

3. Energiewirtschaftsforum

Alte Antworten auf neue Fragen - Verwaltungsrechtliche Lösungen regulatorischer Probleme

Rechtsanwalt Sebastian Helmes
Rechtsanwalt Dr. Dominik Greinacher
Berlin, den 15. Februar 2007

Gliederung

1. Überblick
2. Genehmigungsfiktion Netzentgelte
3. Rückwirkung der Netzentgeltgenehmigung
4. Beiladung zum Verfahren
5. Akteneinsichtsrecht und Betriebsgeheimnis im Verfahren
6. Ausblick

I. Überblick (1)

Ursprünglich: Verhandelter Netzzugang, §§ 6 ff EnWG 1998

> Beteiligte:

- Netzbetreiber, Netznutzer
- Im (gesetzlichen) Regelfall: Keine staatlichen Stellen
➔ Privatrecht

> Ausnahme:

- Alternativer Netzzugang, § 7 EnWG 1998
- Vorherige behördliche Kontrolle

Heute: Regulierter Netzzugang

> Beteiligte:

- Netzbetreiber, Netznutzer
- Regulierungsbehörde
- Rechtsverhältnisse zwischen allen Beteiligten

I. Überblick (2)

Regulierter Netzzugang:

- > Regulierung:
 - Schaffen der Voraussetzungen für einen Wettbewerb
 - Staatliche Eingriffs- und Regelungsbefugnisse
 - Materiell: Verwaltungshandeln → Verwaltungsrecht

Neues Recht - neue Fragen:

- > Antworten auf der Grundlage des überkommenen Verwaltungsrechts?
- > Jedenfalls Hilfen zur Lösung neuer Probleme

II. Genehmigungsfiktion Netzentgelte (1)

Ausgangslage:

- > Netzentgelte bedürfen der Genehmigung, § 23a EnWG
- > Genehmigung ist zu erteilen, wenn Voraussetzungen vorliegen (gebundene Entscheidung - „Kontrollerlaubnis“)
 - Kein Ermessen
 - Kein Beurteilungsspielraum
- > Antragsfrist: 6 Monate vor Wirksamkeit der Entgelte
- > Antragsfrist = Entscheidungsfrist für die Regulierungsbehörde
- > Nach fruchtlosem Ablauf der Frist: Fiktion der Genehmigung

Genehmigungsfiktion Netzentgelte (2)

Genehmigungsfiktion

- > Voraussetzung: Vollständige Unterlagen
 - Vollständigkeit: § 23 a Abs. 3 Satz 4 EnWG
 - Rechtlich: Kein Spielraum der Regulierungsbehörde - Vorgabe nach Gesetz und noch zu erlassender Rechtsverordnung (damit gerichtlich überprüfbar)
 - Tatsächlich: Behörde wird einen gewissen Entscheidungsspielraum haben (siehe auch § 23 a Abs. 3 Satz 6 EnWG: Die Behörde kann weitere Unterlagen verlangen)
 - P: Keine ausdrückliche Verpflichtung der Behörde, Vollständigkeit festzustellen/Unvollständigkeit zu rügen
 - Aber: § 23a Abs. 4 Satz 3 Nr. 2 EnWG: Ausschluss der Fiktion wenn Antragsteller nicht rechtzeitig Auskunft erteilt – Auskunft auf ein Auskunftersuchen (?)
 - Auskünfte können also auch bei vollständigen Unterlagen verlangt werden (OLG Düsseldorf – B.v. 21.7.2006 – VI-3 Kart 289/06)

Genehmigungsfiktion Netzentgelte (3)

Rechtsfolge:

- > Nach Fristablauf Genehmigung wie beantragt

Fragen:

- > Nachträgliche Korrektur?
- > Rückwirkung?
 - Tatsächliche Rückwirkung?
 - Ökonomische Rückwirkung (Mehrerlösabschöpfung)?

Genehmigungsfiktion Netzentgelte (4)

Nachträgliche Korrektur fiktiver Netzentgeltgenehmigungen

- > Genehmigung gilt mit Fristablauf als erteilt
- > Inhalt der Genehmigung: Beantragte Entgelttarife
- > Aufgrund der Prüfung kommt Behörde nach Fristablauf (= Genehmigungsfiktion) zu einer anderen Entgeltstruktur - Korrekturmöglichkeit?

oder

Behörde meint ausdrücklich, dass z. B. wegen anfangs unvollständiger Unterlagen keine Genehmigungsfiktion eingetreten ist – gleichwohl Aufhebung?

Genehmigungsfiktion Netzentgelte (5)

„Änderung“, Widerruf und Rücknahme

- > Widerrufsvorbehalt sowohl für ausdrücklich erklärte wie auch für fiktive Entgeltgenehmigungen vorgesehen, § 23a Abs. 4 S. 1 EnWG
- > Außerdem „Änderung“ nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG möglich
- > Daneben: Rücknahme einer rechtswidrigen Entgeltgenehmigung unter den Voraussetzungen von § 48 VwVfG möglich
- > Widerruf kann auch konkludent – durch eine Genehmigung mit anderem Inhalt als die ursprüngliche Genehmigung – erklärt werden
- > Änderung, Widerruf und Rücknahme stehen im Ermessen – Behörde muss dieses Ermessen fehlerfrei ausüben

Genehmigungsfiktion Netzentgelte (6)

Widerruf auch bei ausdrücklicher Erstbescheidung?

- > Behörde geht explizit davon aus, dass keine fiktive Genehmigung vorliegt und erklärt, dass sie diesen nicht widerrufen will
 - Bisherige Rechtsprechung Verwaltungsgerichte bei fiktiven Genehmigungen: Kein konkludenter Widerruf, wenn ausdrücklich Widerruf ausgeschlossen (BVerwG NJW 1975, 2309 ff., OVG Saarlouis NVwZ 2006, 678 ff.)
 - Keine Umdeutung wegen § 47 Abs. 3 VwVfG: Keine Umdeutung eines gebundenen VA (Entgeltgenehmigung) in einen Ermessens-VA
 - Praktisches Problem: zum selben Regelungsgegenstand widersprüchliche (und wirksame) Regelungen

III. Rückwirkung der Genehmigung (1)

Kann die Behörde durch eine ausdrückliche Bescheidung dafür sorgen, dass die Entgeltgenehmigung in die Vergangenheit zurückwirkt?

> Verschiedene Fälle zu unterscheiden:

- Tatsächliche Rückwirkung (Rückdatierung der Geltung)
Ohne vorherige (fiktive) Genehmigung
Mit vorheriger (fiktiver) Genehmigung
- Ökonomische Rückwirkung (Mehrerlösabschöpfung)

Rückwirkung der Genehmigung (2)

Tatsächliche Rückwirkung – ohne (fiktive) Genehmigung

- > Kann die Behörde eine Genehmigung mit einer Geltung ausstatten, die auf den Zeitpunkt der Antragsstellung zurückwirkt?
 - Grundsätzlich: Rückwirkung als belastende Maßnahme bedarf der ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung
 - Genehmigungsregeln des EnWG sind in die Zukunft gerichtet
 - jedoch: keine ausdrücklich Regelung im Gesetz
 - OLG Stuttgart: Zweck des Gesetzes wird durch Rückwirkung am ehesten Rechnung getragen
 - Kritik: Ohne ausdrückliche Regelung keine rückwirkende Aufhebung möglich, „Zweck des Gesetzes“ wird der allgemeinen Anforderung für belastende VA nicht gerecht
 - Rückwirkung deswegen unzulässig

Rückwirkung der Genehmigung (3)

Rückwirkende Änderung der (fiktiven) Genehmigung

- > „Änderung“ nach § 29 Abs. 2 S. 1 EnWG
 - Nur für ursprünglich rechtmäßige Genehmigungen
 - Außerdem nur in die Zukunft gerichtet
- > Widerruf nach § 23a Abs. 4 S. 1 EnWG i.V.m. § 49 VwVfG
 - Widerrufsvorbehalt ist gesetzlich vorgeschrieben
 - Deswegen kann widerrufen werden: Ermessensentscheidung
 - Widerruf ist auch nicht ausgeschlossen, weil sofort ein gleichlautender Bescheid erlassen werden müsste
 - Ist allerdings ebenfalls nur in die Zukunft gerichtet
- > Rücknahme nach § 48 VwVfG
 - Voraussetzung: Rechtswidrigkeit
 - Möglichkeit der Rückwirkung ist ausdrücklich vorgesehen
 - Allerdings eventuell finanzieller Ausgleich notwendig, da Bescheid teilweise begünstigend

Rückwirkung der Genehmigung (4)

Ökonomische Rückwirkung: Mehrerlösabschöpfung

- > Es gelten dieselben Grundsätze, da eine solche ökonomische Rückwirkung – faktisch – Eingriffscharakter hat
- > Damit gilt der Gesetzesvorbehalt
- > Eine Ermächtigung dazu liegt nicht vor
- > Vielmehr ausdrückliche entgegenstehende Regelung:
 - § 23a Abs. 5 EnWG: „Bis dahin genehmigte Entgelte dürfen beibehalten werden“
 - gemäß § 118 Abs. 1b S. 2 EnWG für die erste Genehmigungsperiode „entsprechend“ anwendbar
 - Kann nur so verstanden werden, dass die entsprechende Anwendung sich auf die geforderten Entgelte bezieht

IV. Beiladung zum Verfahren (1)

Beteiligung am Verwaltungsverfahren

- > Beteiligung an verschiedenen Verwaltungsverfahren:
 - Entgeltgenehmigungsverfahren
 - Festlegungsverfahren
 - Missbrauchsverfahren
 - ...
- > EnWG sieht für die verschiedenen Verwaltungsverfahren Beteiligungsmöglichkeiten vor
 - Antragsteller, potentielle Adressaten, § 66 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 EnWG – „geborene“ Beteiligte
 - Beigeladene, § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG: Personen und Vereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt wird und welche die Behörde auf Antrag beilädt

Beiladung zum Verfahren (2)

Beiladungsvoraussetzungen:

- > Interesse an der Entscheidung
- > Erhebliche Berührung der Interessen
- > Antrag
- > positive Entscheidung der Behörde

Folge der Beiladung:

- > Mit der Beiladung sind sie Verfahrensbeteiligte
- > Alle Rechte als Verfahrensbeteiligter
 - Möglichkeit zur Stellungnahme. § 67 Abs. 1 EnWG
 - Akteneinsicht, § 29 VwVfG
 - Anspruch auf Zustellung der Entscheidung, § 73 Abs. 1 EnWG
- > Beschwerderecht, § 72 Abs. 2 EnWG

Beiladung zum Verfahren (3)

Entscheidung über den Beiladungsantrag

- > Entscheidung über die Beiladung steht im Ermessen der Behörde
 - Kontrolle nur bei möglichem Drittschutz – kein allgemeiner Anspruch auf „fehlerfreie Ermessensausübung“!
 - Zweck der Beiladung: Förderung des Verwaltungsverfahrens, nicht: individuelle Interessen der Beiladungspetenten (BGH, B. v. 7. November 2006 – KVR 37/05) => Auswahlermessen der Behörde, ermessenslenkend auch Verfahrensökonomie und Entscheidungsfristen
 - P: Rechtsschutzmöglichkeit (Beschwerderecht) bei der Beiladungsentscheidung zu berücksichtigen?
 - BGH: Beiladungspetent ist auch ohne Beiladung beschwerdebefugt, ergänzende Auslegung von § 63 Abs. 2 GWB (wortgleich mit § 75 Abs. 2 EnWG)

Beiladung zum Verfahren (4)

Handlungsoptionen für Betroffene:

- > BNetzA ist sehr zurückhaltend bei Beiladungen, vor allem zu Festlegungsverfahren
- > Beiladung ist nach BGH nicht mehr Voraussetzung für das Beschwerderecht
- > Beiladungsvoraussetzungen hingegen schon (erhebliche Berührung in eigenen Interessen)
- > Zur Erhaltung des Beschwerderechts sollte Beiladung beantragt werden,
 - ggf. schon mit Rechtsausführungen, die im Verwaltungsverfahren auch ohne Beiladung berücksichtigt werden können
 - BGH sagt nicht ausdrücklich, dass Antrag erforderlich ist, Entscheidung lässt diesen Schluss aber zu

V. Akteneinsicht vs. Betriebsgeheimnis (1)

Geheimhaltungsinteresse, § 30 VwVfG

- > Verfahrensbeteiligte haben grundsätzlich Anspruch auf Nicht-Offenbarung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse durch die Behörde
- > Das gilt auch für Monopolisten
- > Daher ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe notwendig

Akteneinsicht vs. Betriebsgeheimnis (2)

Akteneinsichtsrecht, § 29 VwVfG

- > Das Recht der Akteneinsicht steht den Verfahrensbeteiligten zu
- > Akteneinsichtsrecht besteht über das gesamte behördliche Verfahren hinweg
- > Liegt ein Geheimhaltungsinteresse nach § 30 VwVfG vor, hat die Behörde Ermessen, § 29 Abs. 2 VwVfG
- > Verweigerung der Akteneinsicht ist VA
- > Rechtsschutz allerdings nur zusammen mit Rechtsschutz gegen die Hauptsache, § 44a VwGO (wenn dadurch effektiver Rechtsschutz nicht vereitelt wird)

Akteneinsicht vs. Betriebsgeheimnis (3)

Pflichtgemäße Ermessensausübung

- > Was in das Ermessen einzubeziehen ist, richtet sich nach dem Zweck der Ermächtigung, § 40 VwVfG
- > Grundsätzlich tangierte Belange, § 29 Abs. 2 VwVfG
 - Effektive Rechtsverfolgung
 - Geheimhaltung der Geschäftsgeheimnisse
- > Konkrete Abwägung der Belange durch praktische Konkordanz (kein vollständiges Zurücktreten eines Belangs)
- > Was ein Geschäftsgeheimnis ist, ist wohl restriktiv auszulegen, wenn keine Wettbewerbssituation besteht

VI. Ausblick: Behördliches Vorabentscheidungsverfahren

Demnächst separate Entscheidung der Regulierungsbehörde über ihre Zuständigkeit möglich – Nichtnutzung führt zur Präklusion

- > Vorgesehen im Rahmen des „Entwurfs eines Gesetzes zur Bekämpfung von Preismissbrauch im Bereich der Energieversorgung und des Lebensmittelhandels“
- > Derzeit im Stadium des Referentenentwurfs

„§ 66a Vorabentscheidung über Zuständigkeit

- (1) Macht ein Beteiligter die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit der Regulierungsbehörde geltend, so kann die Regulierungsbehörde über die Zuständigkeit vorab entscheiden. Die Verfügung kann selbständig mit der Beschwerde angefochten werden.
- (2) Hat ein Beteiligter die örtliche oder sachliche Unzuständigkeit der Regulierungsbehörde nicht geltend gemacht, so kann eine Beschwerde nicht darauf gestützt werden, dass die Regulierungsbehörde ihre Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.“

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

KERMEL & SCHOLTKA
Rechtsanwälte

Rechtsanwalt
Sebastian Helmes

Meinekestraße 4
D - 10719 Berlin

Tel: +(49) 30 / 50 96 95 - 0
Fax: +(49) 30 / 50 96 95 - 77

E-Mail: sebastian.helmes@kermelscholtka.com
Internet: www.kermelscholtka.com