

## Zur Verselbstständigung von Unionsagenturen

Eine Untersuchung am Beispiel der Energie-Agentur ACER und ihrer Mitwirkung beim Erlass tertiären Unionsrechts

von  
Martin A. Steger

1. Auflage

Nomos Baden-Baden 2015

Verlag C.H. Beck im Internet:  
[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 8487 1989 1

Martin A. Steger

# Zur Verselbstständigung von Unionsagenturen

Eine Untersuchung am Beispiel der Energie-Agentur ACER  
und ihrer Mitwirkung beim Erlass tertiären Unionsrechts



**Nomos**

Veröffentlichungen des Instituts für  
Energierrecht an der Universität zu Köln

herausgegeben von:

Professor Dr. Ulrich Ehrlicke, LL.M. (London), M.A.,  
o. Professor an der Universität zu Köln  
Direktor des Instituts für das Recht der  
Europäischen Union und des  
Instituts für Energierrecht

Band 183

Martin A. Steger

# Zur Verselbstständigung von Unionsagenturen

Eine Untersuchung am Beispiel der Energie-Agentur ACER  
und ihrer Mitwirkung beim Erlass tertiären Unionsrechts



**Nomos**

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Köln, Univ., Diss., 2014

ISBN 978-3-8487-1989-1 (Print)

ISBN 978-3-8452-6132-4 (ePDF)

1. Auflage 2015

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2015. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die Europäische Union und ihre Verwaltungsstrukturen erscheinen selbst der Fachöffentlichkeit mitunter fern und intransparent. Die von zentraler europäischer Ebene aus erfolgende abschließende Regelung konkreter Sachverhalte kann für den Einzelnen hingegen deutlich spürbar sein. Das fällt besonders auf, wenn die entsprechenden Bereiche erst einmal als nationale Zuständigkeit wahrgenommen werden. Dieser Kontrast führt dazu, dass Europäische Verwaltung und Rechtssetzung immer wieder in die Kritik geraten. Betrachtet man die Verwaltungsstrukturen der Europäischen Union, die die entsprechenden Verhaltensweisen zu verantworten haben, zeigen sich Entscheidungsfindung und Maßnahmen oft als komplex und für die Betroffenen wenig durchschaubar. Es wird nach Legitimität gefragt, gerade wenn nicht Altbekanntes wie die Europäische Kommission tätig werden. Unionsagenturen und sie umgebende Netzwerke, bestehend aus verschiedenen Verwaltungseinheiten auf mitgliedsstaatlicher und europäischer Ebene, sind bereiter Ausdruck dieser Problematik. Dass es eine politische wie rechtliche Herausforderung darstellt, im EU-Vertrag und im AEUV nicht weiter behandelte „vertragsfremde“ Einrichtungen mit weitreichenden Befugnissen auszustatten, wurde im Energiesektor zuletzt mit der Gründung der Agentur für die Zusammenarbeit der nationalen Energieregulierungsbehörden, kurz ACER, deutlich. Bereits jetzt deutet viel darauf hin, dass die Bedeutung von ACER nicht unterschätzt werden sollte. Die Agentur wird als Vorform einer europäischen Regulierungseinrichtung in den Energiemärkten aktiv. Ihre Handlungen wirken sich letztlich auf die Souveränität der Mitgliedsstaaten und die Zuständigkeit ihrer Regulierungsbehörden in Energiefragen aus. Die von ACER vorangetriebene Schaffung eines einheitlichen integrierten europäischen Binnenmarkts für Strom und Gas wird technische, wirtschaftliche und rechtliche Veränderungen in den bestehenden europäischen Energiemärkten herbeiführen. Die Agentur hat das Potenzial, nachhaltig Einfluss auf Beschaffenheit und Abgrenzung der Märkte zu nehmen und insoweit die Spielregeln der Marktakteure mit festzulegen. Gründung und Wirken der mächtigen Unionsagentur ACER auf der Grundlage des geltenden Europarechts sowie die rechtliche Zulässigkeit hiervon stellen den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung dar.

*Vorwort*

Für die erste Heranführung an die Themen des europäischen Energierechts und die Problematik des Energieregulierungsverbands möchte ich an erster Stelle Herrn Rechtsanwalt Dr. Holger Stappert danken. Weiter danke ich Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian O. Steger, dessen Begeisterung für die Europäische Union und ihre Themen mich in zahlreichen Diskussionen angesteckt hat. Ebenfalls gilt herzlicher Dank meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Ulrich Ehricke, LL.M., M.A., der die Arbeit stets umfassend förderte. Herrn Prof. Dr. Burkhard Schöbener danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Schließlich möchte ich mich besonders bei meiner Verlobten, Frau Gesche Domke, für die geduldige und liebevolle Unterstützung bedanken.

Düsseldorf, im November 2014  
Martin Steger

## Inhaltsverzeichnis

Abkürzungen	17
A. Einleitung	21
I. Einführung	21
II. Problemstellung	32
1. Institutionelle Entwicklungen in der Europäischen Union	32
a) Unionsagenturen	32
b) Unionsagenturen als Teil von Kooperation, Verbund oder Netzwerk	38
2. ACER im Spannungsfeld vernetzter Energieregulierung	46
a) Diskussion horizontaler Gesichtspunkte im Legislativverfahren	47
b) Diskussion vertikaler Gesichtspunkte im Legislativverfahren	54
3. Mögliche „Verselbstständigung“ der Unionsagentur ACER	58
III. Vorgehensweise	75
B. Rechtliche Einbindung von Agenturen in das Unionsrecht	81
I. Die <i>Meroni</i> -Rechtsprechung des EuGH als Ausgangspunkt	81
1. Überblick über die Erwägungen des Gerichtshofs	84
a) Abgrenzung „Übertragung von Befugnissen“ zu „Ermächtigung“	84
b) Zulässigkeit einer „Übertragung von Befugnissen“	86
aa) Erfordernis einer Rechtsgrundlage im Vertrag	86
bb) Erfordernis inhaltlicher Bestimmtheit der Übertragung	87
cc) Verbot der Übertragung weitreichender Ermessensbefugnisse	87
dd) Erfordernis einer umfassenden Aufsichts- und Rechtsschutzfunktion	91

*Inhaltsverzeichnis*

c)	Zusammenfassung	92
2.	Folgerungen im Anschluss an <i>Meroni</i>	93
a)	Erfordernis einer Rechtsgrundlage	93
aa)	Betroffene Kompetenzfragen	93
bb)	Bezüge zu Kompetenzfragen in <i>Meroni</i>	97
b)	Das Rechtsinstitut des sog. institutionellen Gleichgewichts als Begründungsansatz für <i>Meroni</i>	105
c)	Die Delegation von Befugnissen	113
aa)	Delegationsvorgänge im europäischen Kontext	114
bb)	Das Verhältnis der „Delegation“ zum Begriffspaar „Ermächtigung“/„Übertragung“	119
cc)	Weitung des Delegationsbegriffs aufgrund eines weiten Durchführungsbegriffs des EuGH	126
dd)	Entwicklung einer inhaltlichen Abgrenzung der Begriffe „Übertragung von Befugnissen“ und „Ermächtigung“	139
ee)	Zusammenfassung	147
d)	Übertragbarkeit von Ausführungsbefugnissen und beschränktem Ermessen	151
e)	Gesichtspunkte eines „angemessenen Kontrollniveaus“	162
3.	Zusammenfassung	171
II.	Das sog. institutionelle Gleichgewicht in der Prägung der <i>Meroni</i> -Rechtsprechung und seine Bedeutung für Unionsagenturen und Netzwerke	175
1	<i>Meroni</i> in späteren Aussagen des EuGH	176
a)	Gutachten <i>Stilllegungsfonds Binnenschifffahrt</i>	177
b)	Rechtssache <i>Tralli / EZB</i>	180
c)	Zusammenfassung	183
2.	Das sog. institutionelle Gleichgewicht im geltenden Vertragswerk	185
a)	Primärrechtliche Anknüpfungspunkte	187
aa)	Die Schrankentrias des Art. 5 EUV	187
(1)	Die Grundsätze der begrenzten Einzelermächtigung und Organkompetenz	189
(a)	Sicherungsfunktion zugunsten der institutionellen Strukturen	189
(b)	Bedeutung für den Einsatz „vertragsfremder“ Einrichtungen	192

(c)	Art. 5 EUV und Art. 13 EUV als Grundnormen des sog. institutionellen Gleichgewichts	195
(2)	Grundsatz der Subsidiarität	197
(3)	Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	208
(4)	Zusammenfassung	212
bb)	Anforderungen infolge des Rechtsstaats- und insbesondere des Demokratieprinzips	215
cc)	Institutionelle Position der Kommission im Bereich des delegierten und Durchführungsrechts	233
dd)	Anforderungen an den Rechtsschutz	240
(1)	Rechtsschutz durch Verfahren	243
(2)	Gerichtlicher Rechtsschutz	245
(a)	Zum Klagegegenstand im Rahmen der Nichtigkeitsklage	251
(b)	Zur Klagebefugnis im Rahmen der Nichtigkeitsklage	259
(c)	Agenturinterner Rechtsschutz durch sekundärrechtliche Festlegung zur Vorbereitung gerichtlichen Rechtsschutzes	268
(d)	Zum Vorabentscheidungsverfahren	272
(3)	Zusammenfassung	275
ee)	Zusammenfassung	279
b)	Mehrwert des sog. institutionellen Gleichgewichts	284
3.	Übertragung und Anpassung von <i>Meroni</i> für die Anwendung auf Unionsagenturen	302
a)	Beschränkung auf den EGKS-Vertrag	303
b)	Beschränkung auf Alleinübertragungen durch ein Organ im Kontrast zu solchen durch den Unionsgesetzgeber	308
c)	Beschränkung auf die Beleihung privater Stellen	310
d)	Beschränkung hinsichtlich der Art übertragener Befugnisse	315
aa)	Beschränkung auf den EGKS-Vertrag	315
bb)	<i>Meroni</i> als generell zu beachtende Grenze	317

*Inhaltsverzeichnis*

cc) Ergänzung der <i>Meroni</i> -Entscheidung jenseits der getroffenen Aussagen	321
(1) Befugnisse im Bereich der Rechtssetzung (insbesondere zum Erlass allgemeinen Rechts)	322
(a) Möglichkeit einer Präzisierung über die Rechtssache <i>Köster</i>	323
(b) Möglichkeit einer Präzisierung über die Rechtssachen <i>van der Vecht</i> und <i>Romano / INAMI</i>	328
(c) Eigene Präzisierung	332
(2) Befugnisse gegenüber Mitgliedsstaaten	340
e) Zusammenfassung	349
4. Notwendigkeit der Flexibilisierung aufgrund gesteigener Bedürfnisse der Unionsverwaltung	354
5. Zusammenfassung	359
III. Folgerungen und Entwicklung eines Prüfungsrahmens	364
C. Prüfung der rechtlichen Einbindung von ACER in das Unionsrecht	385
I. Kompetenzerfordernisse	385
1. Bedeutung der <i>ENISA</i> -Rechtsprechung des EuGH und ihrer Kritik	385
a) Folgerungen für das europäische Agenturwesen	385
b) Kritik der Literatur	391
2. Kompetenzgrundlage gem. Art. 114 AEUV i. V. m. Art. 194 AEUV	398
a) Gründung der ACER unter („insbesondere“) Art. 95 EGV	398
b) (Ergänzende) Stützung auf Art. 194 AEUV	401
3. Organkompetenz und Wahl der Handlungsform	413
4. Zusammenfassung	420
II. Zum allgemeinen Kontrollniveau gegenüber der ACER	423
1. Bedeutung einer aktiven Steuerung und Kontrolle	423
2. Allgemeine Aufsichtsfunktion der Kommission	428
3. Kontrolle der ACER über den Verwaltungsrat	439
4. Kontrolle der ACER über den Regulierungsrat	444
5. Zusammenfassung	452

III. Kontrollniveau hinsichtlich der Entscheidungsrechte bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen	456
1. Überblick	456
a) Entscheidungsrecht in Bezug auf die Modalitäten für den Zugang zu grenzüberschreitenden Infrastrukturen und für deren Betriebssicherheit	456
b) Entscheidungsrecht in Bezug auf Regulierungsausnahmen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Infrastrukturen	459
c) Entscheidungsrecht in technischen Einzelfallfragen	463
2. Gewicht der Befugnisse und Kontrollniveau	464
a) Bedeutung als tertiäres Unionsrecht	464
aa) Agenturgeschaffenes Tertiärrecht als Rechtsquelle	465
bb) Gewicht bei der Lösung von Kollisionsfällen	468
b) Ermessen und politische Dimension	475
aa) Entscheidungsrecht in Bezug auf die Modalitäten für den Zugang zu grenzüberschreitenden Infrastrukturen und für deren Betriebssicherheit	476
(1) Gewicht	476
(2) Angemessenheit des Kontrollniveaus	480
bb) Entscheidungsrecht in Bezug auf Regulierungsausnahmen im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Infrastrukturen	484
(1) Gewicht	484
(2) Kontrollinstrumente	491
(a) Vetorechte der Kommission	491
(b) Leitlinien der Kommission	498
(c) Entscheidungsvorbehalt der Mitgliedsstaaten	499
(3) Angemessenheit des Kontrollniveaus	507
3. Zusammenfassung	508
IV. Kontrollniveau hinsichtlich der Befugnisse im Zusammenhang mit dem Erlass von Rahmenleitlinien, Netzkodizes und Kommissionsleitlinien in deren Anwendungsbereich	512
1. Überblick	512
a) Unverbindliche Rahmenleitlinien	514

*Inhaltsverzeichnis*

b) Netzkodizes	515
c) Kommissionsleitlinien im Anwendungsbereich von Netzkodizes	518
d) Aufsichtsfunktion der ACER	520
2. Rahmenleitlinien	522
a) Bedeutung als agenturgeschaffenes „soft law“	522
aa) Tatsächliche und rechtliche Wirkungsweisen von „soft law“	523
bb) Wirkungen von Rahmenleitlinien als Handlungsform des „soft law“	527
b) Rechtsschutz	536
c) Ermessen und politische Dimension	540
d) Angemessenheit des Kontrollniveaus	546
3. Netzkodizes	549
a) Inhaltliche und rechtliche Vorgaben	549
b) Bedeutung einer „Verrechtlichung“ im Komitologieverfahren	554
aa) Komitologie in der Europäischen Union	554
(1) Zu Geschichte und Funktion	554
(2) Rechtsgrundlagen	557
(a) Primär- und sekundärrechtliche Verankerung	557
(b) Regelungsverfahren mit Kontrolle	562
(3) Mitwirkung der ACER	567
(a) ACER im Komitologieverfahren	567
(b) Auswirkungen des Vertrages von Lissabon	572
(4) Zusammenfassung	581
bb) Die Instrumente des Netzkodex und der Kommissionsleitlinie	583
(1) Verhältnis	583
(2) Qualität ohne Erlass im Komitologieverfahren	587
(3) Qualität bei Erlass im Komitologieverfahren	590
(a) Zwingende Anwendung des Komitologieverfahrens bei „Annahme“ oder „Erlass“ jeglicher Netzkodizes	590
(b) Wahl der Handlungsform	596

(c) Rechtsschutz gegen „verrechtlichte“ Netzkodizes und Leitlinien	601
(d) Verhältnis zu nationalen Netzregelungen	603
(4) Zusammenfassung	612
c) Gewicht der Befugnisse und Angemessenheit des Kontrollniveaus	616
4. Zusammenfassung	625
D. Ergebnis	631
I. Mangel an Regelungen zur Beurteilung von Delegationen an Unionsagenturen und aushilfsweise Heranziehung des „institutionellen Gleichgewichts“ nach <i>Meroni</i>	631
II. Erfordernis eines „angemessenen Kontrollniveaus“ und teilweise Verselbstständigung der Unionsagentur ACER	634
III. Gesichtspunkte von Rechtsunsicherheit und Rechtsschutz	648
IV. Vorschläge zur Behebung des bestehenden rechtswidrigen Zustands und Fazit	653
E. Ergebnisse in Thesen	659
Literatur	669

## Abkürzungen

Hinsichtlich übriger Abkürzungen wird verwiesen auf *Kirchner, Hildebert*, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 7. Auflage, Berlin u. a. 2012, sowie auf *Steinhauer, Anja*, Duden, das Wörterbuch der Abkürzungen, 6. Auflage, Mannheim u. a. 2011.

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
ACER	Agency for the Cooperation of Energy Regulators
Admin. L. Rev.	Administrative Law Review (Zeitschrift)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Beschl.	Beschluss
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Deutschland)
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BWGZ	„BWGZ – Die Gemeinde“, Zeitschrift für die Städte und Gemeinden für Stadträte, Gemeinderäte und Ortschaftsräte, Organ des Gemeindetags Baden-Württemberg (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEER	Council of European Energy Regulators
CMLR	Common Market Law Review (Zeitschrift)
d. d. Verf.	durch den Verfasser
DJT	Deutscher Juristentag
E.C.L.R.	European Competition Law Review (Zeitschrift)
E.L. Rev.	European Law Review (Zeitschrift)
EG	Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl

*Abkürzungen*

EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ENISA	European Network and Information Security Agency
EnR	Energierrecht
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
ERGEG	European Regulators' Group for Electricity and Gas
Erwgr.	Erwägungsgrund bzw. Erwägungsgründe
et	ENERGIEWIRTSCHAFTLICHE TAGESFRAGEN (Zeitschrift)
EU	Europäische Union
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschafts- gemeinschaft
FS	Festschrift
GA / GAin	Generalanwalt / Generalanwältin
GG	Grundgesetz
h. M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
Hrsg.	Herausgeber
i. E.	im Ergebnis
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
JERL	Journal of Energy and Natural Resources Law (Zeitschrift)

*Abkürzungen*

KOM	Mitteilung (oder sonstige Verlautbarung) der Europäischen Kommission
KSE	Kölner Schriften zum Europarecht
LIEI	Legal Issues of Economic Integration (Zeitschrift)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N&R	Netz und Recht (Zeitschrift)
NRB	Nationale Regulierungsbehörde(n)
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des EuGH und des EuG
Sp.	Spiegelstrich
TKG	Telekommunikationsgesetz
UAbs.	Unterabsatz
Urt.	Urteil
v.	vom bzw. von
Var.	Variante
verb.	verbundene
VO	Verordnung
VwR	Verwaltungsrecht
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien
ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung

## A. Einleitung

### I. Einführung

Am 3. März 2011 nahm die europäische Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, kurz ACER (Agency for the Cooperation of Energy Regulators), ihre Arbeit auf. Im Zusammenhang mit dieser institutionellen Veränderung in der Europäischen Union war bereits eine umfangreiche Novellierung der Rechtslage im Energiesektor erfolgt: Am 3. September 2009 war das sog. dritte Energiepaket in Kraft getreten.<sup>1</sup> Der Kommissar für Energie der Europäischen Union, *Günther H. Oettinger*, erklärte zum Anlass der Arbeitsaufnahme von ACER, „[...] oberstes Ziel [sei] es, alle noch bestehenden Hindernisse für den Energie-Binnenmarkt zu beseitigen und so für einen ungehinderten Energiehandel in der gesamten EU zu sorgen. Der europäische Energie-Binnenmarkt [müsse] bis 2014 für alle Unternehmen und Verbraucher Wirklichkeit werden.“ Gerade die Integration der nationalen Energiemärkte solle durch eine von ACER ge-

---

1 Dieses „Paket“ v. 13.7.2009 umfasst fünf Rechtsakte (allesamt abgedr. in ABl. L 211 v. 14.8.09, 1 ff.): Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (im Folgenden „RL Strom“); Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG („RL Gas“); Verordnung 713/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden („VO ACER“); Verordnung 714/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung 1228/2003/EG („VO Strom“); Verordnung 715/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung 1775/2005/EG („VO Gas“); das dritte Energiepaket wird mitunter auch bezeichnet als „drittes Energiebinnenmarktpaket“, „drittes Legislativpaket“ oder „drittes Maßnahmenpaket“ für den Energiesektor; einen gerafften inhaltlichen Überblick bietet etwa *K. Schreiber*, N&R 2009, 154 (154 ff.), eine kritische Würdigung inhaltlicher Neuerungen *Gundel/Germelmann*, EuZW 2009, 763 (763 ff.).

## A. Einleitung

förderte Netzentwicklung unterstützt werden, ergänzte der erste Direktor von ACER, *Alberto Pototschnig*.<sup>2</sup>

Diesen Zitate können bereits Begründungsansätze für eine Existenzberechtigung der neu geschaffenen europäischen „Agentur“ entnommen werden: Um funktionsfähigen Wettbewerb auf einem integrierten gesamteuropäischen Energiemarkt zu erreichen, bedarf es neuer Wege und Mittel, so der Tenor. Der bisher bestehende Rechtsrahmen sowie die bisher durchgeführte Zusammenarbeit nationaler Regulierungsbehörden, der Europäischen Kommission und weiterer Einrichtungen auf europäischer Ebene, wie der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas (ERGEG) und des Rates der Europäischen Energieregulierer (CEER),<sup>3</sup> sollen zwar zu wettbewerblichen Verbesserungen ge-

---

2 *Kommission*, Presseerklärung Agentur v. 2.3.11; zum Ziel der Vollendung des Strom- und Gasbinnenmarkts bis zum Jahre 2014 s. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen 4. Februar 2011.

3 Im Sommer des Jahres 2000 wurde der „Rat der Europäischen Energieregulierungsbehörden“ (kurz: „CEER“) als eine gemeinnützige Einrichtung unter belgischem Recht gegründet, s. *CEER*, Articles of Association, abrufbar im Internet: <[http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER\\_HOME/EER\\_PUBLICATIONS/CEER\\_PAPER\\_S/Founding%20Documents%20and%20Rules/Other/CEER\\_Statutes-EN\\_2012-12-03.pdf](http://www.ceer.eu/portal/page/portal/EER_HOME/EER_PUBLICATIONS/CEER_PAPER_S/Founding%20Documents%20and%20Rules/Other/CEER_Statutes-EN_2012-12-03.pdf)> (Stand: 27.1.2014). Im CEER sind derzeit die nationalen Regulierungsbehörden sowie die entsprechenden Behörden von Island und Norwegen organisiert. Über die gemeinsame Erstellung von Berichten und Studien und die Äußerung fundierter Fachansichten mit gesamteuropäischem Fokus sollen erprobte Standards guter Regulierungspraxis (insbesondere unverbindliche Leitlinien als „good practice“-Regelungen) ausgetauscht und fortentwickelt werden. Da die Kommission den Wert eines solchen Expertenforums mit grenzüberschreitendem Bezug erkannte, gründete sie im Jahre 2003, diesmal durch förmlichen Kommissionsbeschluss, zudem die „Gruppe der Europäischen Energieregulierer“ („European Group of Energy Regulators“, kurz: „ERGEG“), s. *Kommission*, Beschluss v. 11.11.03 zur Einsetzung der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas, 2003/796/EG, ABl. L 296 v. 14.11.03, 34. Die ERGEG, besetzt mit Vertretern der nationalen Regulierungsbehörden (NRB) der Europäischen Union, sollte der Kommission als förmliche Beratungsstelle in europäischen Regulierungsangelegenheiten dienen und auf Aufforderung der Kommission oder eigeninitiativ tätig werden. In der Übergangsphase vom Inkrafttreten der Rechtsakte des dritten Energiepakets im September 2009 bis zum Erreichen der vollständigen Operabilität der ACER („interim period“) übernahm die ERGEG gemeinsam mit dem CEER und in Abstimmung mit der Kommission wichtige Vorarbeiten, um der ACER die Arbeitsaufnahme zu erleichtern, etwa im Bereich Rahmenleitlinien und Netzkodizes, s. nur die frühen Vorschläge in *CEER/ERGEG*, Implementing 3rd package: next steps, 8 ff., 16 ff. Kurz nach der vollen Arbeitsfähigkeit der ACER zum 3. März 2011

führt haben. Dennoch wurde wiederholt auf einen Bedarf an Nachbesserungen hingewiesen.<sup>4</sup>

Bereits im Jahr 2005 hatte die Kommission auf ein nach ihrer Ansicht unbefriedigendes Maß an Marktintegration und grenzüberschreitendem Wettbewerb sowie die Notwendigkeit hingewiesen, die Zusammenarbeit und Koordinierung der nationalen Regulierungsbehörden zu intensivieren.<sup>5</sup> Damals hatte sie es allerdings noch als „verfrüht bezeichnet, darüber zu entscheiden, ob weitere legislative Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene erforderlich sind“.<sup>6</sup> Diese Einstellung hatte das Unionsorgan jedoch wenig später mit der Veröffentlichung des Grünbuchs „Eine europäische Strategie für nachhaltige, wettbewerbsfähige und sichere Energie“ geän-

---

wurde die ERGEG, deren Aufgehen im Regulierungsrat der ACER vorgesehen war, durch Kommissionsentscheidung zum 1. Juli 2011 aufgelöst, s. Kommission, Beschluss v. 16.5.11 zur Aufhebung des Beschlusses 2003/796/EG der Kommission zur Einsetzung der Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas, 2011/280/EU, ABl. L 129 v. 17.5.11, 14. Der CEER existiert weiter und arbeitet nun, wie zuvor der ERGEG, auch der ACER zu. Die bisher durch die ERGEG ausgeführten Aufgaben gehen teilweise auf den CEER, teilweise auf die Agentur über (etwa die Koordinierung der sog. Regionalen Initiativen, s. u. Fn. 9); zu CEER und ERGEG vgl. *Herzmann*, ZNER 2005, 216 (216 f.); *Arndt*, Verw. 39 (2006), 100 (109 ff. und 105 ff.); *Cameron*, Competition, 105 und 101 ff., 108 f.; *Wallnöfer*, wbl 2008, 163 (165 f.); *Haverbeke/Naesens/Vandorpe*, JERL 2010, 28 (3), 403 (412 ff.); *Weiß*, Verwaltungsverbund, 139 f.; *ders.*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung Energiewirtschaft, Kap. 40 Rn. 27 ff.; zu den daneben ebenfalls fortbestehenden Regulierungsforen für Strom (Florenz) und Erdgas (Madrid) vgl. zusätzlich *C. Held/Prat*, IR 2004, 194 (194 ff.); *Eberlein*, Regulation by Cooperation, 66 ff.

- 4 Vgl. Erwgr. Nr. 3 VO ACER; zusammenfassend s. KOM(2008) 192 endg., 12 f.; die jüngeren Entwicklungen bewertend COM(2012) 663 final, 2 ff.; vgl. auch (zum Strombereich) *Hermeier*, RdE 2007, 249 (249 ff.); *Weiß*, Verwaltungsverbund, 143 f.
- 5 Diesen Missstand belege u. a. die fehlende Preiskonvergenz im Binnenmarkt und das geringe Volumen im grenzüberschreitenden Energiehandel als Folge von Marktzutrittschranken, unzureichender grenzüberschreitender Verbindungskapazitäten, hohem Konzentrationsgrad auf nationalen Märkten und mangelnder Liquidität, s. KOM(2005) 568 endg., 2.
- 6 KOM(2005) 568 endg., 3, 14 und 17; vgl. allg. den Überblick zum den Binnenmarkt für Energie prägenden Sekundärrecht vor dem dritten Energiepaket *Pollak/Schubert/Slominski*, Energiepolitik, 115 ff.; insbesondere zur Neuordnung der Regulierung (des Netzzugangs) infolge der europäischen Elektrizitäts- und Erdgasrichtlinien (2003/55/EG bzw. 2003/54/EG) aus dem Jahre 2003 vgl. exemplarisch den Überblick bei *J.-P. Schneider*, ZWeR 2003, 381 (388 ff.), *Lecheler/Gundel*, EuZW 2003, 621 (621 ff.), und *Baur*, ZNER 2004, 318 (318 ff.).

## A. Einleitung

dert.<sup>7</sup> In diesem Grünbuch behandelte die Kommission u. a. das Thema eines aus ihrer Sicht notwendigen Umbaus der Regulierungsaufsicht hinsichtlich grenzüberschreitender Fragestellungen. Die entworfenen Ausbesserungsmaßnahmen sollten ergriffen werden, um dem bestehenden „institutionellen Defizit“ im bisherigen Regulierungsregime für den Energiesektor wirksam zu begegnen.<sup>8</sup> Die Kommission unterbreitete zur aus ihrer Sicht notwendigen Ausfüllung der „Regulierungslücke“ drei Änderungsvorschläge, welche als Ausgangspunkt für die Diskussionen um die Schaffung der ACER gesehen werden können:

Nach den Überlegungen Kommission sollte zum einen über die Entwicklung von für den Aufbau und Betrieb eines einzigen integrierten europäischen Energienetzes europaweit geltenden Netzregeln nachgedacht werden. Es müsse über die Ergebnisse bisheriger Anstrengungen auf regionaler Ebene<sup>9</sup> hinausgehende, harmonisierte Regeln für Fragen des

---

7 KOM(2006) 105 endg.; kritisch zu den hierin vorgeschlagenen Neuerungen im Energiesektor *Holznapell/Schumacher*, DVBl. 2007, 409 (410 ff.); zur Bedeutung des Grünbuchs für die Stellung der Kommission als „Agenda-Setter“ und als Auslöser für eine „ausführliche politische Debatte über die künftige Rolle der EU in der Energie- und Klimapolitik – die sich in ihren Grundzügen an den Vorgaben der Kommission orientiert“, *Geden/Fischer*, Energie- und Klimapolitik, 38 ff., 68 ff.; vgl. auch *Pollak/Schubert/Slominski*, Energiepolitik, 91 ff., 105 ff.; zur Bedeutung der Publikationen der Kommission als „Orientierungspunkt“ für die Rechtssetzungstätigkeit des Unionsgesetzgebers im Energiesektor vgl. *Schulenberg*, Energiepolitik, 149, 132 ff.; kritische Stimmen gegenüber dem damaligen Aktivismus der Kommission und seinen frühen Ergebnissen (etwa den Kommissionsentwürfen zur ACER) fanden und finden sich weiterhin, s. *Schimansky*, in: Bochumer Beiträge Berg- und EnR Nr. 52, 53 (53).

8 Dieses „institutionelle Defizit“ (auch „Regulierungslücke“, „regulatorische Lücke“ oder engl. „regulatory gap“) bezeichnet die Unzulänglichkeiten insbesondere bei der Behandlung grenzüberschreitender Aspekte unter dem vorhandenen Regulierungsrechtsrahmen, v. a. durch die Regulierungsbehörden, prägnant hierzu etwa *Sir Mogg*, in: *Joining-Up Regulators*, 9 (10 ff.); *Kühling/Pisal*, RdE 2010, 161 (162); s. a. *Cameron*, *Competition*, 99 f.; KOM (2006) 851 endg., 13 f. und KOM(2008) 192 endg., 8 f.; zweifelnd noch *Schmidt-Preuß*, in: FS Scholz, 903 (921).

9 Dies betrifft die sog. Regionalen Initiativen, welche verschiedentlich im dritten Energiepaket (indirekt) über die Verpflichtung zur Berücksichtigung regionaler Aspekte Erwähnung finden. Diese Initiativen wurden von der ERGEG im Frühjahr 2006 ins Leben gerufen. Sie sind gebietsmäßig begrenzte, aber regelmäßig grenzüberschreitende, Plattformen, welche die Diskussionskultur, die Abstimmung der Vorgehensweisen im Markt und die gemeinsame Marktentwicklung durch freiwillige Vereinbarungen der hoheitlichen Stellen und sonstigen Marktakteure fördern sollen. Bei dieser Unterstützung des Zusammenwachsens von Regionalmärkten

grenzüberschreitenden Handels mit Strom und Erdgas, beispielsweise für Netzzugangsbedingungen, geben. Diese könnten festgelegt werden in einem „europäischen Netz-Kodex“.

Zweitens könnte ein „europäisches Zentrum für Energienetze“ als formalisierter Zusammenschluss der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber auf europäischer Ebene eingerichtet werden. Dieses könnte für die Ausarbeitung des Netz-Kodex mit zuständig sein.

Drittens könnte „beispielsweise“ zur Intensivierung der Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden und zur effizienten Behandlung grenzüberschreitender Angelegenheiten ein selbstständiger „europäischer Energieregulierer“ geschaffen werden, der über Entscheidungsbefugnisse zu gemeinsamen „Regeln und Vorgehensweisen“ der Regulierung und namentlich im Zusammenhang mit dem Erlass des „europäischen Netz-Kodex“ verfügen könnte, wo er gegebenenfalls durch das „europäische Zentrum für Energienetze“ unterstützt würde.<sup>10</sup>

Auf der Grundlage dieser Überlegungen veröffentlichte die Kommission im Jahr 2007 parallel drei im Zusammenhang stehende Mitteilungen für den Energiebereich. Fußend auf einer wettbewerbsorientierten Untersuchung der europäischen Gas- und Elektrizitätssektoren<sup>11</sup> sowie einem zusammenfassenden Bericht über die Erfahrungen und Aussichten bei der Verwirklichung des Energiebinnenmarktes<sup>12</sup> schlug sie „Eine Energiepoli-

---

wird ein dezentralisierter Ansatz („bottom-up“) im Kontrast zum zentralistischen Ansatz der Energieregulierung von europäischer Ebene aus („top-down“) gewählt; vgl. im Einzelnen die grundlegenden Diskussionsentwürfe der *ERGEG* in *Creation of Regional Electricity Markets* sowie *Roadmap for a Competitive Single Gas Market*; *CEER/ERGEG, Implementing 3rd package: next steps*, 14; für die Literatur s. etwa *Haverbeke/Naesens/ Vandorpe*, *JERL* 2010, 28 (3), 403 (425 f.); im dritten Energiepaket sind hinsichtlich der Berücksichtigung regionaler Aspekte insbesondere folgende Normierungen von Bedeutung: Art. 6 RL Strom bzw. Art. 7 RL; Art. 8 Abs. 6 VO Strom bzw. Gas; Art. 8 Abs. 10 UAbs. 2 lit. a) VO Strom bzw. Gas und Art. 12 VO Strom bzw. Gas; Art. 12 Abs. 1 VO Strom bzw. Gas; Art. 14 Abs. 4 S. 2 VO ACER; Art. 11 Abs. 2 VO ACER; Art. 12 Abs. 3 VO Strom bzw. Gas; vgl. hierzu auch *Neveling*, *ZNER* 2007, 378 (381).

10 KOM(2006) 105 endg., 6 f., 21 f.

11 KOM(2006) 851 endg.; s. ergänzend das auch die vorgenannte Mitteilung enthaltende Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen – Bericht der Generaldirektion Wettbewerb, SEK(2006)1724 v. 10.1.07; zusammenfassend *Haverbeke/Naesens/Vandorpe*, *JERL* 2010, 28 (3), 403 (407 f., insbesondere Fn. 28).

12 KOM(2006) 841 endg.

A. Einleitung

tik für Europa<sup>13</sup> vor. Die Europäische Kommission verdeutlichte in diesen Dokumenten weiter die von ihr ausgemachten wettbewerblichen Probleme in den europäischen Elektrizitäts- und Gasmärkten und einen aus ihrer Sicht weiterhin bestehenden Revisionsbedarf bezüglich des Regulierungsregimes.<sup>14</sup>

In ihrer „Energiepolitik für Europa“ entwarf die Kommission konkrete Strategien zur Vollendung des Binnenmarktes im Sinne der drei Ziele europäischer Energiepolitik: Wettbewerbsfähigkeit, Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit.<sup>15</sup> Was institutionelle Lösungsansätze und damit auch die Schaffung einer europäischen Regulierungseinrichtung betraf, griff die Kommission die Vorschläge des Rates der Europäischen Energieregulierer, CEER,<sup>16</sup> auf. Diese hatte der Rat der Energieregulierer als Reaktion auf das Grünbuch der Kommission<sup>17</sup> bereits im Juli 2006 veröffentlicht. Die Kommission machte auf dieser Grundlage selbst mehrere Vorschläge.<sup>18</sup> Sie betonte neben der Fortentwicklung der ERGEG zur „ERGEG+“ die Möglichkeit der Schaffung einer neuen Stelle auf Unionsebene. Diese

---

13 KOM(2007) 1 endg.; hierzu vgl. auch *Geden/Fischer*, Energie- und Klimapolitik, 40 ff.

14 Im Einzelnen s. KOM(2006) 851 endg.; s. a. Mitteilungen der Kommission KOM(2006) 841 endg. und KOM(2007) 1 endg.; vgl. hierzu die darauf aufbauenden Vorschläge der *ERGEG*, response to COM(2007) 1, 3 und 11 ff.; vgl. allg. zu den energiepolitischen Herausforderungen *Geden/Fischer*, Energie- und Klimapolitik, 21 ff.

15 KOM(2007) 1 endg., 7 f.; mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon wurden in Art. 194 Abs. 1 lit. a) bis d) AEUV ähnliche Zielsetzungen normiert, s. *Gundel*, in: *Energiewirtschaft im Spannungsfeld*, 65 (66 f.); vgl. auch *Hackländer*, Energiekompetenz, 111 f.; *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, EUV/AEUV, Art. 194 AEUV Rn. 8; zur jüngeren politischen Grundlage vgl. *Europäischer Rat*, Schlussfolgerungen 8./9. März 2007, 11, und hierzu die Erläuterungen zum „energiepolitischen Zieldreieck“ bei *Geden/Fischer*, Energie- und Klimapolitik, 13 ff.; s. a. KOM(2006) 105 endg., 20 f.; bereits früh war die Wichtigkeit der Ausrichtung der gemeinsamen EU-Energiepolitik an derartigen Zielen betont worden, etwa „Wettbewerbsfähigkeit“, „Energieversorgungssicherheit“ und „Umweltschutz“, s. dazu insbesondere KOM(95) 682, 2 ff., 14 ff.

16 Zum Wesen des CEER s. o. Fn. 3; im Einzelnen zu den Vorschlägen vgl. *CEER*, Grünbuch 2006, 3 ff.

17 KOM(2006) 105 endg.

18 Zusammenfassung bei *Holznapel/Schumacher*, RdE 2007, 225 (225 ff.); den Vorschlag der Fortentwicklung der ERGEG zur „ERGEG+“ als notwendig und hinreichend ansehend *Neveling*, IR 2007, 173 (174 ff., 194 ff.); eine separate Regulierungseinrichtung bevorzugend *Hermeier*, RdE 2007, 249 (254 f.).

müsse namentlich mit der Befugnis ausgestattet sein, Regulierungsentscheidungen technischer Art im Einzelfall zu treffen, soweit sie den grenzüberschreitenden Handel betreffen.<sup>19</sup> Erstmals ausdrücklich angesprochen wurde die Möglichkeit der Ausgestaltung dieser Stelle als europäische „Agentur“ – wenn auch nur in einer Fußnote.<sup>20</sup>

Noch bevor die Kommission mit einem konkreten Gesetzesvorschlag initiativ wurde, legte die ERGEG aufbauend auf diesen Arbeiten einen eigenen Entwurf vor. Dieser sah u. a. die Schaffung der sog. ERGEG*plus* vor.<sup>21</sup> An diesen frühen Entwurf schloss sie wenig später einen noch weiter ins Detail gehenden „3rd Legislative Package Input“ an.<sup>22</sup> In den damit in die Diskussionen eingeführten umfangreichen Dokumenten erklärte sie ihre Vorstellung eines novellierten Rechts- und Regulierungsrahmens. Wesentlicher Teil hiervon war u. a. das sog. europäische System der Energieregulierung („ESER“), einer erstmals konkret als „Agentur“ qualifizierten Regulierungseinrichtung, die eine modifizierte Version der ursprünglich von der Kommission vorgeschlagenen „ERGEG+“ darstellte.

Auf Grundlage dieser Vorarbeiten wurde schließlich von der Kommission mit einem Entwurfspaket zum dritten Energiepaket am 19. September 2007 – unter Vorlage einer Folgenabschätzung<sup>23</sup> – das Legislativverfahren formal eröffnet.<sup>24</sup> Kernstück zur Überarbeitung des Regulierungsregimes

---

19 KOM(2006) 841 endg., 16.

20 KOM(2006) 841 endg., 16, Fn. 27, sowie KOM(2007) 1 endg., 9 f., Fn. 14, wo auf den damals in der Diskussion stehenden Entwurf der Kommission für eine interinstitutionelle Vereinbarung zur Festlegung von Rahmenbedingungen für die europäischen Regulierungsagenturen, KOM(2005)59, Bezug genommen wird, welcher aber später als überholt zurückgenommen wurde (s. hierzu unten Fn. 173); früh zur Agenturlösung für die Literatur *Neveling*, IR 2007, 173 (174 f.).

21 ERGEG, response to COM(2007) 1; diesen frühen Vorschlag der ERGEG kritisch würdigend *Holzsnagel/Schumacher*, RdE 2007, 225 (226, 229 ff.); grundsätzlich als rechtlich zulässig einordnend hingegen *Neveling*, IR 2007, 173 (174 ff.), 194 (194 ff.).

22 S. insbesondere ERGEG, Paper 2: European system of energy regulation; Paper 3: Network Regulation; Paper 4: ETSOplus/GIEplus; Paper 5: Powers and Independence of National Regulators.

23 *Kommission*, Arbeitsdokument Folgenabschätzung Drittes Energiepaket, SEK(2007) 1180.

24 Dieses Paket umfasste den Vorschlag zu fünf Rechtsakten (vgl. auch oben Fn. 1): Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, KOM(2007) 528 endg. (im Folgenden auch: „KOM RL-E Strom“); Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgas-

## A. Einleitung

in institutioneller Hinsicht war dabei der Vorschlag einer Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.<sup>25</sup> Das Legislativverfahren zum dritten Energiepaket, das die Schaffung der ACER mit zum Gegenstand hatte, fand seinen Abschluss am 13. Juli 2009 mit der Unterzeichnung der Rechtsakte durch Rat und Parlament. Mit der anschließenden Veröffentlichung der VO ACER im Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. August 2009<sup>26</sup> und dem erwähnten Inkrafttreten am 3. September 2009 wurde die ACER formell begründet und Teil der europäischen Rechtswirklichkeit. Wenige Monate später begannen die ersten operativen Agenturarbeiten<sup>27</sup> am Sitz der ACER in Ljubljana, Slowenien.<sup>28</sup>

---

binnenmarkt, KOM(2007) 529 endg. (im Folgenden auch: „KOM RL-E Gas“); Vorschlag für eine Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, KOM(2007) 530 endg. (im Folgenden auch: „KOM VO-E ACER“); Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung 1228/2003/EG über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, KOM(2007) 531 endg. (im Folgenden auch: „KOM VO-E Strom“); Vorschlag für eine Verordnung zur Änderung der Verordnung 1775/2005/EG über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen, KOM(2007) 532 endg. (im Folgenden auch: „KOM VO-E Gas“); die Rechtsaktvorschläge der Kommission sind allesamt im Internet einsehbar unter <<http://eur-lex.europa.eu>> (Stand: 27.1.14); kritisch zur wettbewerbspolitischen Neujustierung infolge der Stärkung der regulierungsbehördlichen Befugnisse durch die im Paket enthaltenen Richtlinien *Ehricke*, RdE 2008, 159 (159 ff.); zu den Verordnungen *Lecheler*, RdE 2008, 167 (167 ff.); allg. s. a. *Kühling/Hermeier*, IR 2008, 98 (98 ff.); *von Rosenberg*, E.C.L.R. 2008, 29(9), 512 (516).

25 Kritisch zusammenfassend *Neveling*, ZNER 2007, 378 (382, 378 ff.); *Lecheler*, RdE 2008, 167 (170 ff.).

26 Verordnung 713/2009/EG, ABl. L 211 v. 14.8.2009, 1.

27 Bereits vor der formalen Arbeitsaufnahme am 3.3.11 erfolgten beispielsweise die konstituierende Sitzung des Verwaltungsrates am 22.3.10, des Regulierungsrates am 4./5.5.10 sowie am 6.5.10 die formelle Berufung des ersten Direktors der Agentur, *Alberto Pototschnig*; s. a. *ACER*, Work Programme 2012, 13; s. a. *Kommission*, Presseerklärung Agentur v. 2.3.11.

28 Ein entsprechender Vertrag zwischen der Agentur und dem slowenischen Staat, der u. a. die befristete unentgeltliche Überlassung von Agenturräumlichkeiten vorsah, wurde am 26.11.2010 unterzeichnet und trat nach Ratifizierung durch das slowenische Parlament am 1.2.2011 in Kraft; daneben besteht ein Büro der Agentur in Brüssel in den Räumlichkeiten des CEER; s. *ACER*, Work Programme 2012, 14.

Hinsichtlich der drei von der Kommission zu Beginn der Diskussionen um die Neuaufstellung des europäischen Energieregulierungsregimes im Jahr 2006 angeführten Arbeitsbereiche<sup>29</sup> war damit eine Lösung im europäischen Recht verankert worden:

Zur Beseitigung der „Regulierungslücke“ war auf dem vorgeschlagenen Lösungsweg durch Schaffung eines „europäischen Energieregulierers“ mit der Errichtung der ACER ein erster Schritt getan. Die Agentur erhielt unter anderem die Aufgabe, bei grenzüberschreitenden Problemstellungen den bisherigen Lösungsansätzen von Unionsebene aus zum Durchbruch zu verhelfen, indem sie am Aufstellen von (verbindlichen) Regeln für insbesondere Netznutzung, Netzbewirtschaftung und Netzsicherheit unter besonderer Einbeziehung der Expertise der übrigen Marktakteure mitwirkt (Bereich der sog. Netzkodizes und Rahmenleitlinien).<sup>30</sup> Hierdurch war dem von der Kommission in ihren frühen Überlegungen thematisierten Instrument „europäischer Netz-Kodex“ eine in Unionsrechtsakten benannte Form gegeben worden.

Das von der Kommission vorgeschlagene „europäische Zentrum für Energienetze“ hatte durch die kooperativen Zusammenschlüsse von Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern im Europäischen Verbund der Betreiber von Stromübertragungsnetzen („ENTSO-Strom“)<sup>31</sup> sowie im Europäischen Verbund der Betreiber von Erdgasfernleitungsnetzen

---

29 S. KOM(2006) 105 endg., 6 f., 21 f.

30 Vgl. insbesondere Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2, 3 und 5 VO ACER; Art. 6 Abs. 2, 4, 5 sowie Abs. 10, 11 VO Strom bzw. Gas; zum Erlassverfahren im Einzelnen s. u. C.IV.

31 Das ENTSO-Strom (offiziell „ENTSO-E“) wurde am 19. Dezember 2008 gegründet und hat im Juli des Jahres 2009 seine Tätigkeit aufgenommen. Es repräsentiert derzeit 41 Übertragungsnetzbetreiber aus 34 Nationen und ersetzt frühere Zusammenschlüsse wie etwa ATSOI, BALTSO, NORDEL, UKTSOA, UCTE und ETSO; vgl. hierzu *Wallnöfer*, wbl 2008, 163 (164 f.); *Schneller*, in: *Zweite Bayreuther Energierechtstage*, 25 (27 ff.); *Schulte-Beckhausen*, RdE 2011, 77 (78 f.); *Fischerbauer*, ZNER 2012, 453 (455); vgl. auch *Cameron*, *Competition*, 103 f.; weitere Information im Internet unter <<http://entsoe.eu>> (Stand: 27.1.14).

A. Einleitung

(„ENTSO-Gas“)<sup>32</sup> ebenfalls eine institutionelle Ausgestaltung erfahren.<sup>33</sup> Ausweislich der Verordnungen ist Zweck der Verbände, die Vollendung und das Funktionieren des Energiebinnenmarktes sowie den grenzüberschreitenden Handel zu fördern und die optimale Verwaltung, den koordinierten Betrieb und die sachgerechte technische Weiterentwicklung der Übertragungs- und Fernleitungsnetze zu gewährleisten.<sup>34</sup> Der ACER wurde zur Schaffung von Transparenz und Effizienz eine Strukturierungs- und Aufsichtsrolle hinsichtlich der Arbeit der beiden Verbände zugeschrieben.<sup>35</sup> Die ENTSO sind als Interessenvertreter der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber aufgrund der eingerichteten Verfahrensstrukturen zur „normierenden Zusammenarbeit“ mit und unter Aufsicht der Kommission und der ACER verpflichtet.<sup>36</sup>

Die Agentur ACER übernimmt entsprechend ihres in der VO ACER niedergelagerten Zwecks zur Förderung der Arbeit der nationalen Regulie-

---

32 Das ENTSO-Gas (offiziell „ENTSO-GAS“) wurde am 1. Dezember 2009 gegründet und vereint in sich 39 Fernleitungsnetzbetreiber aus 24 Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. Es ersetzt Vorgängerorganisationen wie die EASEE-Gas oder die GIE; vgl. die Nachweise oben in Fn. 31; weitere Information im Internet unter <<http://entsog.eu>> (Stand: 27.1.14).

33 Zwar sprechen die Rechtsakte nicht ausdrücklich die (Rechts-) Form des Zusammenschlusses an, doch deutet Art. 6 Abs. 4 Halbs. 1 RL Strom bzw. Art. 7 Abs. 4 Halbs. 1 RL Gas mit der Formulierung bezüglich von durch die Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber „zur Umsetzung der Zusammenarbeit errichteten gemeinsamen Unternehmen“ auf die Notwendigkeit einer „Kooperation in einer gesellschaftsrechtlich verbindlichen Form“ hin, *Schulte-Beckhausen*, RdE 2011, 77 (80). Die Gründung von ENTSO-Strom bzw. Gas als Gesellschaft belgischen Rechts entspricht dem; vgl. auch *Barbknecht*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung Energiewirtschaft, Kap. 16 Rn. 8 f.; für einen Überblick der wesentlichen Aufgaben am Beispiel des ENTSO-Strom s. *Schneller*, in: Zweite Bayreuther Energierechtstage, 25 (30 f.).

34 Art. 4 VO Strom bzw. VO Gas; vgl. zur Notwendigkeit der Zusammenarbeit der Netzbetreiber wegen eines bestehenden Koordinierungs- und Harmonisierungsbedarfs allg. *Britz*, ZNER 2006, 91 (91 ff.).

35 S. Erwgr. Nr. 7 VO ACER und zu den Aufgaben der beiden ENTSO im Zusammenspiel mit ACER Art. 6 VO ACER sowie jeweils Art. 4-9 VO Strom und VO Gas; die Literatur sieht die Schaffung der ACER als Ausprägung der Notwendigkeit eines „regulatorischen Widerparts“ zum „Regulierungsobjekt“ ENTSO, s. *Wallnöfer*, wbl 2008, 163 (167); *Hermeier*, RdE 2007, 249 (254); die Übertragungsnetzbetreiber sehen sich selbst mit den ihnen zugewiesenen Aufgaben zudem als Regulierungsobjekt, s. *Schneller*, in: Zweite Bayreuther Energierechtstage, 25 (29, 34 f.).

36 *Schulte-Beckhausen*, RdE 2011, 77 (78 f.); s. dazu auch unten C.IV.3.

rungsbehörden auch eine allgemeine Koordination und Harmonisierung der Maßnahmen dieser Behörden im grenzüberschreitenden Bereich (etwa im „Regulierungssystem für grenzüberschreitende Aspekte“).<sup>37</sup> Im Zusammenhang hiermit steht die Möglichkeit verbindlicher Entscheidungsfindung durch die Agentur in bestimmten Einzelfällen, wo die gemeinsam zuständigen nationalen Regulierungsbehörden keine oder keine fristgerechte Lösung finden können oder die ACER freiwillig anrufen.<sup>38</sup>

Die Agentur ACER erscheint durch die Vorgaben des dritten Energiepakets als ein Akteur einer immer klarer hervortretenden und aus verschiedenen interagierenden Stellen zusammengesetzten europäischen Regulierungsfunktion. Vor allen Dingen durch die institutionellen Neuerungen in Form der Agentur (als hoheitliche Stelle europäischer Regulierung) und des ENTSO-Strom bzw. -Gas (als private Organisationen mit Aufgaben einer „regulierten Selbstregulierung“)<sup>39</sup> ergibt sich eine neuartige, stärker formalisierte und hierarchische Ordnung der Größen der europaweiten Energieregulierung. Die ACER wurde dabei bereits als die „entscheidende

---

37 Art. 38 RL Strom bzw. Art. 42 RL Gas; kritisch wegen des unklaren Anwendungsbereichs des Regulierungssystems im Entwurfsstadium noch *Kühling/Hermeier*, IR 2008, 98 (99); zur Klärung in der Endfassung der VO ACER durch eine Zuständigkeit der ACER zur Aufsetzung wie Umsetzung des Systems *Kühling/Pisal*, RdE 2010, 161 (169); zum Zweck der ACER allg. s. Art. 1 Abs. 2 VO ACER.

38 Art. 9 Abs. 1 VO ACER i. V. m. 17 Abs. 5 UAbs. 1 VO Strom bzw. Art. 36 Abs. 4 UAbs. 3 RL Gas.

39 Die ENTSO sind nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit und werden nur im Zusammenhang mit den hier behandelten Fragen beleuchtet; wegen der vorgesehenen Begleitung durch ACER und der abschließenden Steuerung des Verfahrens durch die Kommission in der Endfassung der VO ACER (allg. s. u.C.IV.) kann – trotz möglicher faktischer Zwänge zur schlichten Billigung aufgrund der Komplexität und Technizität der Regelungen (vgl. *Craig*, EU Administrative Law, 156, 167) – eine solche „regulierte Selbstregulierung“ auch mit Blick auf Effizienzgewinne als gerechtfertigt eingeordnet werden, in diese Richtung *Weiß*, Verwaltungsverbund, 146; *Pritzsche*, in: Baur/Salje/Schmidt-Preuß, Regulierung Energiewirtschaft, Kap. 15 Rn. 39; *Fischerauer*, ZNER 2012, 453 (453, 459); kritisch hingegen *Neveling*, ZNER 2007, 378 (379); *Kühling/Hermeier*, IR 2008, 98 (100 f.); *Britz*, Verw., Beiheft 8/2009, 71 (99 f.); *Gundel/Germelmann*, EuZW 2009, 763 (770, 766 f.); *Gundel*, WiVerw 2010, 127 (131); im Kontrast Einbußen des Einflusses der Netzbetreiber gegenüber der mächtigen Kommission befürchtend *Lecheler*, RdE 2008, 167 (170).

## A. Einleitung

Neuerung“ ausgemacht.<sup>40</sup> Diese Entwicklungen im europäischen Energiesektor rund um die Gründung der ACER, insbesondere ihre Errichtung und Ausstattung mit Befugnissen sowie ihr Wirken gemeinsam mit und gegenüber europäischen und mitgliedstaatlichen hoheitlichen wie privaten Personen, bilden den Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung.

## II. Problemstellung

### 1. Institutionelle Entwicklungen in der Europäischen Union

Der konkrete Untersuchungsgegenstand „ACER“ ist nur ein Beispiel für eine anhaltende allgemeine Entwicklung der Verwaltungs- und Organisationsstrukturen der Europäischen Union. Diese betrifft das Entstehen von Agenturen und vergleichbaren, weitgehend außerhalb der Unionsorgane stehenden Einrichtungen auf Unionsebene sowie deren „Vernetzung“ mit anderen Unions- und auch mitgliedstaatlichen Stellen. Sollen rechtliche Problemstellungen im Zusammenhang mit einer Agentur wie ACER untersucht werden, ist es für das Verständnis des Hintergrunds möglicher (rechtlicher) Problematiken bei Errichtung und Einsatz solcher Verwaltungseinheiten und vernetzenden Strukturen hilfreich, sich zunächst einen Überblick über das „europäische Agenturwesen“ und die Aufgabe der betreffenden Einrichtungen als Teil von Kooperationen, eines Verbundes oder Netzwerks zu verschaffen.

#### a) Unionsagenturen

Aufgrund von Veränderungen der institutionellen Struktur der Europäischen Union soll der Grundsatz vom indirekten Vollzug,<sup>41</sup> also die Um-

---

40 So *Stappert*, in: *Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen*, Grundriss EnR, Teil 1, Einl. Rn. 34.

41 Zum Begriff des „Vollzugs“ vgl. („Durchführung“ als Oberbegriff der Vollzugsformen „Anwendung“ und „Ausführung“ wählend) *Zuleeg*, KSE 9, 47 f.; allg. zum Begriff des „Vollzuges“ *Everling*, DVBl. 1983, 649 (650 ff.); *Klepper*, Vollzugs-kompetenzen, 27 ff.; insbesondere die Begrifflichkeiten der Verwaltung, des (administrativen) Vollzugs und der Durchführung werden häufig gleichgesetzt oder die letzten beiden als Unterfälle von „Verwaltung“ eingeordnet, vgl. beispielsweise die Formulierungen bei *S. Schreiber*, Verwaltungskompetenzen, 20 f.; *Stettner*,