

Inhaltsübersicht

Einleitung	1
<i>Erster Teil: Kooperation zwischen öffentlichen und privaten Akteuren als ein Grundmuster der leitungsgebundenen Energieversorgung</i>	13
Kapitel 1: Ausgangslage und Interessen	13
Kapitel 2: Wandel in der Energiewirtschaft als Wandel im Verhältnis von staatlichen und privaten Akteuren	17
<i>Zweiter Teil: Konsultationen als Instrument der Überwindung regulierungsspezifischer Ungewissheit</i>	33
Kapitel 3: Das Wissensproblem als zentrale Herausforderung der Regulierung.	33
Kapitel 4: Mittel administrativer Wissensgenerierung im Überblick. . .	49
Kapitel 5: Die Wissensgenerierungsfunktion von Konsultationsverfahren und Abgrenzung zu anderen Funktionen	75
<i>Dritter Teil: Konsultationsverfahren in der Praxis und rechtliche Einordnung der Konsultationsergebnisse</i>	109
Kapitel 6: Darstellung bisheriger Konsultationsprozesse	109
Kapitel 7: Ansatzpunkt, Merkmale, Strukturen und Mechanismus der Konsultationsverfahren	134
Kapitel 8: Rechtliche Einordnung der Konsultationsergebnisse	177
<i>Vierter Teil: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen kooperativer Energieregulierung durch Konsultationsverfahren . .</i>	221
Kapitel 9: Das Rechtsstaatsprinzip.	221
Kapitel 10: Das Demokratieprinzip	230

<i>Fünfter Teil: Anforderungen an die Ausgestaltung von Konsultationsverfahren</i>	311
Kapitel 11: Systematisierung der verfassungsrechtlichen Prämissen für Konsultationsverfahren	311
Kapitel 12: Potentielle Verletzungen der verfassungsrechtlichen Prämissen	320
Kapitel 13: Sicherungselemente de lege lata	331
Kapitel 14: Optionen für weitere Sicherungselemente	352
Literaturverzeichnis	377
Sachregister	403

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Konsultationsverzeichnis	XXVII
<i>Einleitung</i>	1
I. Untersuchungsgegenstand	1
II. Begriff der Konsultation	2
1. Allgemeiner Begriffsgebrauch	3
2. Rechtsbegriff der Konsultation	3
3. Behördliche Begriffsverwendung	7
4. Begriffsverwendung im Folgenden	8
III. Untersuchungsziel	9
IV. Untersuchungsgang	9
Erster Teil: Kooperation zwischen öffentlichen und privaten Akteuren als ein Grundmuster der leitungsgebundenen Energieversorgung	13
<i>Kapitel 1: Ausgangslage und Interessen</i>	13
<i>Kapitel 2: Wandel in der Energiewirtschaft als Wandel im Verhältnis von staatlichen und privaten Akteuren</i>	17
I. Entwicklung bis 1998 – Die gemeinsame Sicherung von Monopols- strukturen	18
II. Liberalisierung 1998 – Die gescheiterte regulierte Selbstregulierung	21
III. Energierechtsnovelle 2005 – Der regulierte Netzzugang	28
IV. Fazit	31

Zweiter Teil: Konsultationen als Instrument der Überwindung regulierungsspezifischer Ungewissheit.	33
<i>Kapitel 3: Das Wissensproblem als zentrale Herausforderung der Regulierung.</i>	33
I. Gewandelte Verwaltungsaufgaben und steigender Wissensbedarf	33
II. Ungewissheiten als typisches Merkmal der netzwirtschaftlichen Regulierung	38
III. Sektor- und modusspezifische Ungewissheiten der Energiergulierung	42
1. Normative Ungewissheit: Der »unfertige« Rechtsrahmen.	43
2. Ungewissheit hinsichtlich der Marktfakten: Informationsasymmetrien.	46
3. Strategische Ungewissheit: Eingeschränkte Folgenabschätzbarkeit.	46
4. Ungewissheit in der Zeit: Regulierung als dynamischer Prozess	47
5. Ungewissheit in der Durchsetzung: Vollzugsprobleme	48
IV. Fazit.	49
<i>Kapitel 4: Mittel administrativer Wissensgenerierung im Überblick</i>	49
I. Eigenständige Wissensgenerierung durch die BNetzA	51
1. Organisationsrechtliche Bündelung von regulierungs- und sektorspezifischem Wissen.	52
2. Personalressourcen.	53
3. Behördliche Ermittlungsbefugnisse und korrespondierende allgemeine Informationspflichten der Marktteilnehmer	54
4. Spezielle Informationspflichten der Marktakteure	55
5. Rechtliche Institutionalisierung von Lernmechanismen.	55
6. Grenzen des behördenzentrierten Ansatzes.	57
II. Beteiligung anderer Akteure	58
1. Staatliche und zwischenstaatliche Akteure	59
a) Bundesregierung und gesetzgebende Körperschaften	59
b) Beratung mit anderen Regulierern im Mehrebenensystem.	60
aa) Horizontaler und vertikaler Verbund auf europäischer Ebene.	61
bb) Landesregulierungsbehörden	63
c) Kartellbehörden	64

2. Sachverständige neutrale Dritte.	65
3. Marktakteure und Verbände als »bessere Sachverständige«	67
a) Verbände als wichtigste Ansprechpartner	68
b) Bereiche privater Selbstregulierung unter behördlicher Aufsicht	70
c) Gesetzliche Ansatzpunkte für die Kommunikation mit interessiertem Sachverstand	73
III. Fazit.	74
<i>Kapitel 5: Die Wissensgenerierungsfunktion von Konsultations- verfahren und Abgrenzung zu anderen Funktionen</i>	<i>75</i>
I. Funktionaler Vergleich mit konsultationsähnlichen Vorgängen	77
1. Interesseneinbindung im Rahmen der Normsetzung	77
a) »Hearings« der Bundestagsausschüsse nach § 70 Abs. 1 GOBT	77
b) Abstimmung ministerieller Gesetzesvorlagen und Verordnungen.	79
2. Die Herausbildung kooperativer und wissensgenerierender Verfahren als übergreifende Entwicklung im Verwaltungsrecht	81
3. Vorbilder aus Regulierungsrecht und Regulierungspraxis.	82
a) Das TKG und die Regulierungspraxis der BNetzA im TK-Sektor.	83
aa) Die Entwicklung einer Konsultationspraxis im TK-Sektor	83
(1) Entgeltregulierung	84
(2) Zusammenschaltung	86
(3) Sonstige Bereiche	88
bb) Verrechtlichte Konsultationsverfahren im Rahmen der TKG-Novelle 2004	88
b) Konsultationen zu Fragen der Energieregulierung auf europäischer Ebene.	91
aa) Anhörungen im Rahmen der Gemeinschaftsgesetzgebung	91
bb) Die Einbindung der Marktakteure auf der Ebene des Europäischen Regulierungsverbands.	91
(1) Die Energieforen von Florenz und Madrid	92
(2) Die Konsultationspraxis der ERGEG	95
(3) Veränderungen im Zuge des 3. Energiebinnen- marktpakets	96
c) Anhörungspraktiken angloamerikanischer Regulierungsbehörden.	97
aa) Vereinigte Staaten von Amerika	99

bb) Großbritannien	100
4. Zwischenergebnis	103
II. Weitere Konsultationsfunktionen im Überblick	104
III. Fazit.	107
Dritter Teil: Konsultationsverfahren in der Praxis und rechtliche Einordnung der Konsultationsergebnisse	109
<i>Kapitel 6: Darstellung bisheriger Konsultationsprozesse</i>	109
I. Konsultation zur Erstellung eines Berichts zur Einführung einer Anreizregulierung.	109
1. Problemstellung	109
2. Gesetzliche Vorgaben	112
3. Konsultationsprozess	113
II. Konsultation zur Entwicklung und Einführung eines Gasnetzzugangsmodells	118
1. Problemstellung	118
2. Gesetzliche Vorgaben	119
3. Konsultationsprozess	121
III. Konsultation zur Bestimmung einheitlicher Geschäftsprozesse und Datenformate bei der Belieferung von Kunden mit Elektrizität	126
1. Problemstellung	126
2. Gesetzliche Vorgaben	128
3. Konsultationsprozess	128
IV. Konsultation zur Richtlinie zur informativischen Entflechtung.	131
1. Problemstellung	132
2. Gesetzliche Vorgaben	132
3. Konsultationsprozess	132
<i>Kapitel 7: Ansatzpunkt, Merkmale, Strukturen und Mechanismus der Konsultationsverfahren</i>	134
I. Der Konkretisierungsbedarf von Regulierungsmaßstäben als Ansatzpunkt der Konsultationsprozesse	134
1. Behördliche Maßstabskonkretisierung	136
a) Die Konkretisierung unbestimmter Maßstäbe des energiewirtschaftlichen Rechtsrahmens	136

b) Sonderfall: Die Maßstabsbildung für die Ausübung weitreichender behördlicher Auskunftsbefugnisse	138
2. Selbstregulative Maßstabskonkretisierung	139
II. Merkmale und Strukturen der Konsultationsprozesse	140
1. Typische Merkmale der Konsultationen	140
a) Beteiligte	140
aa) BNetzA.	141
bb) Betroffene Marktakteure	142
cc) Sonstige (mittelbare) Teilnehmer	145
b) Medium der Kommunikation	146
c) Öffentlichkeit und Transparenz	147
d) »Konzepte« als Gegenstand, Orientierungspunkt und Ziel des Austauschs	148
2. Ablaufstrukturen der Konsultationsprozesse	151
a) Identifikation des Konsultationsbedarfs	151
b) Einleitung und Vorstrukturierung	153
aa) Herstellung der Kommunikation	153
bb) Zeitliche Strukturierung	153
cc) Inhaltliche Ausrichtung	155
dd) Bestimmung der Teilnehmer	155
ee) Bestimmung des Konsultationsmodus'	156
c) Der Konsultationsprozess im engeren Sinn: Informations- sammlung und -verwertung.	156
aa) Schriftliche und Ad-hoc-Gremien-Konsultationen	156
bb) Einzügige, gestaffelte und gemischte Konsultationen	158
cc) »Sammelnde« und diskursive Konsultationen	159
d) Ergebnispräsentation.	161
e) Fortgesetztes Lernen.	161
III. Der Mechanismus – Konsultationen zwischen Hierarchie und Gleichordnung.	162
1. Informales Verwaltungshandeln	163
2. Konsultationen zwischen sachverständiger Beratung und kooperativem Interessenausgleich	165
3. Variationen im Verhältnis der Gleichordnung.	167
a) Grundlegende Faktoren	167
aa) Der »Schatten des Regulierers«	167
bb) Machtasymmetrien zwischen den privaten Akteuren.	169
b) Konsultationstypenspezifischer Wandel des Rollen- verständnisses von Behörde und Marktteilnehmern	170
aa) Anhörende Konsultationen	171
bb) Moderierte Konsultationen	171

4. Anreize für eine Konsultationsbeteiligung	174
IV. Fazit.	176
<i>Kapitel 8: Rechtliche Einordnung der Konsultationsergebnisse</i>	<i>177</i>
I. Gesetzesanpassung durch Legislative und Gubernative.	178
II. Rechtsförmliche Umsetzung durch die Regulierungsbehörde	181
1. Die klassische Rechtsform: Der Verwaltungsakt	181
2. Regulierungsbehördliche Normsetzung.	183
a) Rechtsverordnung	184
b) Verwaltungsvorschriften.	185
aa) Verwaltungsbinnenrecht	187
bb) Außenwirkung	190
(1) Bindungswirkung gegenüber dem Bürger	191
(2) Bindungswirkung gegenüber den Gerichten	194
c) Zwischenergebnis.	198
3. Der regulierungsspezifische Sonderfall: Die Festlegung.	199
a) Außenwirksame Verwaltungsvorschrift	201
b) Verwaltungsakt	202
c) Handlungsform sui generis	206
d) Überbegriff gesetzeskonkretisierender Handlungsformen	206
e) Zwischenergebnis.	207
III. Selbstregulative Maßstäbe	209
1. Anknüpfen der privaten Standards an Rechtsnormen: Aufnahme in privatrechtliche Verträge	210
2. Anknüpfen der Rechtsnormen an private Standards: Inkorporation in hoheitlich verantwortetes Recht	210
3. Rechtliche Indizwirkung durch Konkretisierungbedarf und Konkretisierungsauftrag	211
IV. Verbleib auf Konzeptebene.	213
V. Fazit.	218

Vierter Teil: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen kooperativer Energieregulierung durch Konsultationsverfahren	221
<i>Kapitel 9: Das Rechtsstaatsprinzip</i>	221
I. Frühzeitiger subjektiver Rechtsschutz	222
II. Gewährleistung einer rationalen Aufgabenwahrnehmung	223
III. Ermöglichung effektiver gerichtlicher Kontrolle.	227
IV. Fazit.	229
<i>Kapitel 10: Das Demokratieprinzip</i>	230
I. Formen der Legitimation von Herrschaft.	230
II. Erfordernis und klassische Modi der demokratischen Legitimationsvermittlung nach dem Grundgesetz.	232
1. Funktionelle und institutionelle Legitimation	233
2. Organisatorisch-personelle Legitimation	233
3. Sachlich-inhaltliche Legitimation	234
4. Das demokratische Legitimationsniveau	236
III. Defizitäre demokratische Legitimation der energiewirtschaftlichen Regulierungsverwaltung?	238
1. Leitbilder der Regulierungstheorie: Konfliktpotential mit der demokratischen Legitimation der Verwaltung	239
a) Gestaltungsspielräume statt gesetzlicher Vorabprogrammierung.	239
b) Politische Unabhängigkeit der Regulierungsinstanz statt Ministerialverwaltung	240
c) Kooperative Einbindung der Marktakteure statt hierarchischer Steuerung.	243
2. Die formal zurückhaltende Umsetzung der Leitbilder durch das Energiewirtschaftsrecht	244
a) Gesetzliche Vorabprogrammierung statt Gestaltungsspielräume.	244
b) Ministerialverwaltung statt politischer Unabhängigkeit der Regulierungsinstanz	245
c) Hierarchische Steuerung statt kooperativer Einbindung der Marktakteure	246
3. Die Regulierungspraxis	246
a) Fortbestehender Konkretisierungsbedarf des Rechtsrahmens	246

b) Faktische Weisungsunabhängigkeit der Regulierungsbehörde	246
c) Regulierung im Dialog mit den Marktteilnehmern	248
4. Zwischenergebnis	248
IV. Impulse für das nationale Demokratieverständnis durch Recht und Praxis der Europäischen Union	249
1. Das europäische Demokratiedefizit als Ansatzpunkt und Grenze der Vergleichbarkeit	250
2. Die gemeinschaftliche Tradition der Einbindung Privater.	253
a) Der Wirtschafts- und Sozialausschuss	254
b) Der soziale Dialog	255
3. Neue Impulse im Verfassungs- und Reformvertrag: Partizipative Demokratie	257
4. Das Weißbuch »Europäisches Regieren« als umfassendes Konzept für ein offenes Gemeinschaftshandeln.	260
a) Rezeption der Governance-Diskussion	261
b) Partizipation und Transparenz als demokratische Kompensation der stärkeren Output-Ausrichtung	262
5. Die neue Konsultations- und Dialogkultur in der Europäischen Union	263
6. Zwischenergebnis	267
V. Die Einbindung betroffener und sachverständiger Interessen als Quelle demokratischer Legitimation unter dem Grundgesetz	267
1. Klassisch-monistisches Demokratieverständnis	268
a) Das gesamte Volk der Staatsangehörigen als exklusiver Bezugspunkt	268
b) Problemfälle nach monistischem Demokratieverständnis	271
aa) Gesamtvolk und Teilmölkler	272
bb) Hoheitliche Entscheidungen durch Private: Funktionale Selbstverwaltung	275
c) Zwischenergebnis.	278
2. Die Lippeverbandsentscheidung als Wende in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung?	279
a) Entscheidungshintergrund	279
b) Neue Ansätze	280
aa) Legitimation durch Selbstverwaltung.	280
bb) Legitimation durch Funktionalität	284
c) Zwischenergebnis.	285
3. Ergänzende Formen der Legitimationsvermittlung auf der Grundlage eines offeneren Demokratieverständnisses.	286
a) Anerkennung des Prinzipiencharakters	286

b) Flexibleres Demokratieverständnis.	287
c) Typologie ergänzender Formen der Legitimationsvermittlung	288
aa) Effektivität des Staatshandelns.	290
bb) Partizipation der Herrschaftsbetroffenen.	294
cc) Verwaltungstransparenz	302
4. Anknüpfungspunkte für die Konsultationspraxis der BNetzA. . .	303
VI. Fazit.	307

Fünfter Teil: Anforderungen an die Ausgestaltung von Konsultationsverfahren	311
--	-----

<i>Kapitel 11: Systematisierung der verfassungsrechtlichen Prämissen für Konsultationsverfahren</i>	311
---	-----

I. Offener Zugang und gleiche Beteiligungschancen	311
II. Effektivität	314
III. Kontrolle	316
IV. Fazit.	318

<i>Kapitel 12: Potentielle Verletzungen der verfassungsrechtlichen Prämissen</i>	320
--	-----

I. Privilegierung bestimmter Interessen – insbesondere die »Capture«-Problematik.	321
II. Einschränkungen der Effektivität	324
1. Defizite in der Informations- und Interessenverarbeitung.	324
2. Zeitliche Verzögerung	327
3. Zusätzlicher Ressourcenaufwand.	328
4. Verfehlen von Akzeptanz	329
III. Undurchsichtigkeit	329
IV. Fazit.	330

<i>Kapitel 13: Sicherungselemente de lege lata</i>	331
--	-----

I. Personal und Organisation	331
1. Unabhängigkeitssicherung	331
2. Effektivitätssicherung	333
3. Sicherung eines hinreichenden Kontrollniveaus	335

II. Prozedurale Sicherungselemente.	336
1. Spezifisches Verfahrensrecht des Regelungsgebietes	337
a) Identifizierung energiewirtschaftsrechtlicher Verfahrensvorgaben.	337
b) Unmittelbare Anwendbarkeit auf Konsultationen	338
c) Analoge Anwendbarkeit auf Konsultationen	339
d) Potentiell analog anwendbare Vorschriften	340
2. Verfahrensvorschriften nach dem VwVfG.	343
a) Anwendbarkeit im Energiewirtschaftsrecht	344
b) Anwendbarkeit auf Konsultationen	345
c) Potentiell analog anwendbare Vorschriften	346
aa) Verfahrensrechtliche Sicherung einer chancengleichen Beteiligung.	347
bb) Verfahrensrechtliche Effektivitätssicherung	348
cc) Verfahrensrechtliche Kontrollsicherung	349
III. Fazit.	350
<i>Kapitel 14: Optionen für weitere Sicherungselemente</i>	<i>352</i>
I. Mögliche Vorgaben für Personal und Organisation	352
II. Mögliche Vorgaben für das Konsultationsverfahren.	353
1. Verlockungen und Risiken einer Verfahrensverrechtlichung	354
2. Umfang und Gegenstände der Verrechtlichung bei vergleichbaren Prozessen	355
a) Intensive Verfahrensverrechtlichung	355
aa) (Raumbezogenes) Planungsrecht	355
bb) »Rulemaking« US-amerikanischer Bundesbehörden	359
b) Umhegung durch Teilverrechtlichung	361
aa) Konsultationsverfahren nach dem TKG	361
bb) Anhörungsvorschriften beim Erlass umweltrechtlicher Verordnungen und Verwaltungsvorschriften.	362
c) Orientierung an rechtsunverbindlichen Richtlinien	364
aa) Rahmenvorgaben der Europäischen Kommission	364
bb) Guidelines der ERGEG.	366
cc) Leitlinien für administrative Anhörungen im Vereinigten Königreich	367
3. Vorschläge.	368
a) Gesetzliche Verankerung	369
b) Zugang und Beteiligung	370

Inhaltsverzeichnis

XIX

c) Verfahrensgestaltung	371
d) Dokumentation, Veröffentlichung und Begründung	373
III. Fazit.	375
Literaturverzeichnis	377
Sachregister	403