

UNIV.-PROF. DR. IUR. CHRISTIAN KOENIG LL. M. (LSE), BONN*

Entflechtungszertifizierung von grenzüberschreitenden Elektrizitäts-Verbindungsleitungen

Einzelzuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates als Anker der gegenseitigen Anerkennung?

Das dritte Energiebinnenmarktpaket 2009 hat die gegenseitige Anerkennung und den One-Stop-Shop Regulierungsgrundsatz für die Entflechtungsverfahren eingeführt. Eine Zertifizierung kann nur dann die Überprüfung der Einhaltung der Entflechtungsregeln für einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb wirksam gewährleisten, wenn die zuständige mitgliedstaatliche Regulierungsbehörde auch über die hoheitlichen Befugnisse für einen effektiven Zugriff auf die zu regelnden organisatorischen, eigentums, gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Tatbestände des Transportnetzbetreibers

in Bezug auf die – in ihrem Sitzstatut – verpflichtete juristische Person verfügt. Danach ist nur die Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates für die – von den anderen Mitgliedstaaten jeweils anzuerkennende – Entflechtungszertifizierung eines grenzüberschreitend tätigen Transportnetzbetreibers zuständig. Treten gleichwohl grenzüberschreitende Wirksamkeitsprobleme bei der Entflechtung auf, so müssen die Regulierungsbehörden die hierfür eröffneten Amtshilfe- und supranationalen Konsultationsverfahren beschreiten.

Entflechtungszertifizierung · gegenseitige Anerkennung · Zuständigkeit des Sitzmitgliedstaates · Amtshilfe · supranationale Konsultationsverfahren

I. Das Ausgangsverfahren Baltic Cable

Das von der Bundesnetzagentur (BNetzA) von Amts wegen gem. § 4a I 2 3. Alt. EnWG eingeleitete Verfahren zur Zertifizierung von Baltic Cable AB¹ gibt Anlass, die Zuständigkeiten der nationalen Regulierungsbehörden bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zu analysieren.

Baltic Cable AB mit Sitz in Schweden ist Betreiberin des Baltic Cable, einer zwischen Trelleborg (Schweden) und Lübeck ver-

laufenden 250 km langen 450 kV-Gleichstrom-Verbindungsleitung. Diese grenzüberschreitende Verbindungsleitung ist auf deutscher Seite an das Übertragungsnetz der Tennet TSO GmbH und auf schwedischer Seite an das schwedische Höchst-

* Univ.-Prof. Dr. jur. Christian Koenig ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn. Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten, welches der Verfasser im Auftrag der Baltic Cable AB erstellt hat. Der Verfasser dankt Herrn Carl Prior für seine wertvollen Recherchearbeiten.
1 BNetzA, Beschl. v. 21.3.2014 – BK6-12-027.

spanungsnetz der Svenska Kraftnät angebunden. Die Besonderheit des Falles liegt u. a. darin, dass Baltic Cable AB ausschließlich diese eine singuläre Verbindungsleitung und darüber hinaus eben keine weiteren Leitungen oder Netze betreibt.

Die *BNetzA* hat in dem eingangs genannten Zertifizierungsverfahren entschieden, dass eine Zertifizierung der Baltic Cable AB nicht erteilt werden könne, weil die Baltic Cable AB die für Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB) geltenden Entflechtungsvorschriften der §§ 8, 9 und 10 bis 10e EnWG nicht erfülle. Baltic Cable AB hat den Beschluss der *BNetzA* vor dem *OLG Düsseldorf* im Wege der Anfechtungsbeschwerde (§§ 75 I, 78 I und III, 83 II 1 EnWG) erfolglos angefochten. Gegen den Beschluss des *OLG Düsseldorf* vom 24.2.2016² hat Baltic Cable AB Rechtsbeschwerde vor dem *BGH* eingelegt. Zur Begründung wird angeführt, dass der Betreiber einer singulären Verbindungsleitung kein ÜNB ist und dementsprechend auch keiner Zertifizierung bedarf. Abgesehen von diesem materiell-rechtlichen Argument trägt Baltic Cable AB vor, dass die *BNetzA* schon nicht zuständig ist, um gegenüber einer in Schweden ansässigen Gesellschaft eine Zertifizierungsentscheidung zu treffen. Vielmehr könne allenfalls die schwedische Regulierungsbehörde eine solche Zuständigkeit beanspruchen.

Die folgende Abhandlung beschränkt sich auf die aufgeworfenen komplexen Fragen nationaler und internationaler Zuständigkeiten nationaler Regulierungsbehörden sowie supranationaler Konsultationspflichten bei der Zertifizierung von grenzüberschreitenden Elektrizitäts-Verbindungsleitungen. Der Frage, ob singuläre grenzüberschreitende Elektrizitäts-Verbindungsleitungen überhaupt zertifizierungsfähige Übertragungsnetze darstellen, soll hier nicht nachgegangen werden.

II. Gegenseitige Anerkennung der Entflechtungszertifizierung

1. Mitgliedstaatliche Einzelzuständigkeit als Anker der gegenseitigen Anerkennung

Mit dem dritten Energiebinnenmarktpaket 2009 sind vielfältige Mechanismen eingeführt worden, um einen grenzüberschreitenden Energietransport zu erleichtern. Während vor der Einführung harmonisierter Entflechtungsregeln grenzüberschreitend tätige ÜNB teilweise divergierende, nicht harmonisierte Regulierungsvorgaben der Mitgliedstaaten einhalten mussten, die den grenzüberschreitenden Energietransport behinderten, führt das dritte Energiebinnenmarktpaket die gegenseitige Anerkennung und den One-Stop-Shop Regulierungsgrundsatz ein.

Der One-Stop-Shop Regulierungsgrundsatz hat sich sektorenübergreifend seit der *Cassis-Rechtsprechung des EuGH*³ zum Herkunftslandprinzip⁴ und dann auf der Grundlage des Binnenmarktinstitutes der gegenseitigen Anerkennung⁵ bewährt, etwa in den harmonisierten Gemeinschaftsrahmen der Arzneimittelzulassung⁶ oder der DienstleistungsRL⁷. Das dritte Energiebinnenmarktpaket 2009 ist dagegen ein „Binnenmarkt-Nachzügler“, es konnte sich erst recht spät gegen die sektorspezifischen Beharrungskräfte mitgliedstaatlicher Besonderheiten durchsetzen.

Gerade im Rahmen des Entflechtungsregimes erweist sich der One-Stop-Shop Regulierungsgrundsatz für die Verwirklichung des Energiebinnenmarkts als unverzichtbar: Haben etwa die von dem grenzüberschreitenden Transportnetz betroffenen Mitgliedstaaten unterschiedliche Modelle zur Umsetzung der eigentumsrechtlichen Entflechtungsvorgaben gewählt, nämlich (1) Fully Ownership Unbundling (FOU), (2) den Independent System Operator (ISO) oder den Independent Transmission Sys-

tem Operator (ITO)⁸, so will das dritte Energiebinnenmarktpaket verhindern, dass ein grenzüberschreitend tätiger ÜNB unterschiedliche mitgliedstaatliche Entflechtungsvorgaben erfüllen und dabei mehrere Regulierungsbehörden bedienen muss.

Das Binnenmarktprinzip der gegenseitigen Anerkennung hat mit Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG⁹ für den grenzüberschreitenden Energietransport sekundärrechtlichen Eingang in die Entflechtungsvorgaben erhalten, die nur in demjenigen Mitgliedstaat erfüllt werden müssen, dessen Regulierungsbehörde die Zertifizierung vornimmt:

„Unternehmen, die Eigentümer eines Übertragungsnetzes sind und denen von der nationalen Regulierungsbehörde [...] bescheinigt wurde, dass sie den Anforderungen des Artikels 9 genügen, werden von den Mitgliedstaaten zugelassen und als Übertragungsnetzbetreiber benannt.“

Danach ist ein grenzüberschreitend tätiger ÜNB nur einmal, nämlich von der originär zuständigen nationalen Regulierungsbehörde zu zertifizieren. Sodann wird dieser zertifizierte ÜNB „von den Mitgliedstaaten zugelassen“. Also sind Entflechtungszertifizierungen gegenseitig anzuerkennen und nach dem One-Stop-Shop Regulierungsgrundsatz nur bei einer mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörde einzuholen und von dieser zu überwachen. Um die gegenseitige Anerkennung und die dieser zugrunde liegende ausschließliche Zuständigkeit der einen Zertifizierungsbehörde mit Rechtsklarheit auszustatten, ist die Benennung als zugelassener ÜNB der *Europäischen Kommission* mitzuteilen, die dies anschließend im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht (Art. 10 II 2 der RL 2009/72/EG).

Flankiert wird die für die praktische Wirksamkeit der gegenseitigen Anerkennung konditionale ausschließliche Einzelzuständigkeit nur einer mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörde durch Art. 38 IV der RL 2009/72/EG. Danach soll die enge Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden nicht deren eigene Originärzuständigkeiten beeinträchtigen:

„Die in Absatz 2 genannten Maßnahmen werden gegebenenfalls in engem Benehmen mit anderen einschlägigen nationalen Behörden und unbeschadet deren eigenen Zuständigkeiten durchgeführt.“

Demgegenüber lässt das dritte Energiebinnenmarktpaket eine gemeinsame Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Regulierungsbehörden nur als Ausnahme zu, etwa bei der Erteilung einer Ausnahme für neue Verbindungsleitungen nach Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009¹⁰, also dann, wenn mehrere

² *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 24.2.2016 – VI-3 (Kart) 110/14.

³ *EuGH*, Urt. v. 20.2.1979 – Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*.

⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, *Europarecht*, 10. Aufl. 2016, Rn. 837.

⁵ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (o. Fn. 4), Rn. 998.

⁶ Vgl. *Ghazarian/Koenig*, *Pharmaceuticals Policy and Law* 2013, 29.

⁷ RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 376, 36; vgl. *Albath/Giesler*, *EuZW* 2006, 38; *Krajewski*, *NVwZ* 2009, 929.

⁸ Zu den drei eigentumsrechtlichen Entflechtungsformen *Säcker/Mohr*, in: *Säcker*, *Berliner Kommentar Energierecht*, Band 1 (Teil 1), 3. Aufl. 2014, § 9 Rn. 1 ff.; *Hälscher*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, *Energierecht*, 3. Aufl. 2015, §§ 8, 9 Rn. 1 ff.

⁹ RL 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der RL 2003/54/EG, ABl. EG Nr. L 211, 55.

¹⁰ Nach Art. 17 I der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. EG Nr. L 211, 15 können neue Verbindungsleitungen von den Bestimmungen des Art. 16 VI der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 (Verwendung der Engpasslöse), Art. 9 (eigentumsrechtliche Entflechtung), Art. 32 (Drittzugang) und Art. 37 VI und X (Netznutzungsentgelte) der RL 2009/72/EG ausgenommen werden.

nationale Regulierungsbehörden einen einheitlichen Sachverhalt zwingend nur gemeinsam und einheitlich regeln können. Eine einheitliche Entscheidung müssen mehrere nationale Regulierungsbehörden insbesondere dann nach Art. 17 IV und V der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 treffen, wenn sich der regulierte Drittzugang auf die territoriale Belegenheit des Netzes in mehreren Mitgliedstaaten erstreckt, also der wirksame Drittzugang eine völkerrechtliche Gebietshoheit überschreiten muss und deshalb nur durch mehrere nationale Regulierungsbehörden gemeinsam und einheitlich umgesetzt werden kann.

2. Anerkennung der mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit als Ausdruck der völkerrechtlichen Gebietshoheit durch das dritte Energiebinnenmarktpaket

Die völkerrechtliche Gebietshoheit¹¹ definiert die ausschließliche Zuständigkeit des Staates, innerhalb der Grenzen seines Territoriums Hoheitsakte zu setzen. Die durch die Gebietshoheit völkerrechtlich vermittelte Hoheitsgewalt erstreckt sich auf alle Akte der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung und deren zwangsweiser Durchsetzung. Die Gebietshoheit des Staates besteht grundsätzlich gegenüber allen in seinem Territorium ansässigen juristischen und befindlichen natürlichen Personen sowie deren Eigentum. Bei juristischen Personen kommt dem Sitzstaat die ausschließliche Zuständigkeit zur Regelung von Eigentums- und Organisationsformaten zu. Freilich kann die völkerrechtliche Bestimmung der Staatsangehörigkeit juristischer Personen Kollisionsfragen aufwerfen, wenn Staaten divergierende gesellschaftsrechtliche Statute (Gründungs-, Sitz- oder Kontrolltheorie) zugrunde legen.¹² Wenn wie im Fall Baltic Cable AB das Gründungs- und das Sitzstatut in einem Staat (Schweden) zusammenfallen, ist für die völkerrechtliche Gebietshoheit im Rahmen von Überwachungsmaßnahmen der Sitz maßgeblich.¹³

a) Keine Einschränkung der Gebietshoheit durch das dritte Energiebinnenmarktpaket

Die Gebietshoheit kann durch völkerrechtliche Verträge und/oder durch von solchen abgeleitetes supranationales (EU-) Recht sowie durch Völkergewohnheitsrecht eingeschränkt werden. Die Rechtsangleichungsvorschriften der RL 2009/72/EG treffen keine von der völkerrechtlichen Gebietshoheit der Mitgliedstaaten über den Sitz der juristischen Personen von Transportnetzbetreibern abweichenden supranationalen Regelungen. In diesem Sinne bestätigt Art. 38 IV der RL 2009/72/EG die völkerrechtliche Gebietshoheit des Sitzmitgliedstaates, wenn die enge Zusammenarbeit der nationalen Regulierungsbehörden nicht deren eigene (völkerrechtlich begründete) Originärzuständigkeiten beeinträchtigen soll.

Im Gegensatz zu grenzüberschreitenden, sich auf die territoriale Netzbelegenheit in mehreren Mitgliedstaaten – und damit auf deren jeweilige Gebietshoheit – erstreckenden Drittzugangsverfahren bezieht sich die Entflechtungszertifizierung eines grenzüberschreitend tätigen Transportnetzbetreibers nach Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG und damit auch § 4a EnWG auf jeweils einzelstaatlich zuzuordnende Entflechtungstatbestände und Rechtsfolgen (§§ 8 ff. EnWG). Diese betreffen die organisatorische, eigentums- und gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung eines Transportnetzbetreibers (§ 8 II, § 10 II 2, § 10d EnWG) sowie dessen arbeitsrechtliche Zuordnung von Mitarbeitern (§ 8 II,

§ 10a II, § 10c EnWG) und knüpfen an die jeweilige mitgliedstaatliche Gebietshoheit über die betreffenden juristischen Personen an. Damit trifft das dritte Energiebinnenmarktpaket Regelungen über das „Ob“ und das „Wie“ der Entflechtung selbst, tastet aber nicht die – völkerrechtlich begründete – ausschließliche mitgliedstaatliche Einzelzuständigkeit für Regulierungsmaßnahmen an, die sitzbezogen an juristische Personen zu adressieren sind.

Die insbesondere gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Tatbestände und Rechtsfolgen zur Entflechtung knüpfen nicht an die territoriale Belegenheit des Netzes an, sondern an die juristische Person mit Sitz in einem Mitgliedstaat. Mithin bestimmt sich die mitgliedstaatliche Zuständigkeit bei der Entflechtungszertifizierung aufgrund der Gebietshoheit über den Sitz der juristischen Person des Transportnetzbetreibers.

Die Anerkennung der mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit als Ausdruck der völkerrechtlichen Gebietshoheit durch das dritte Energiebinnenmarktpaket verbietet in Bezug auf die sitzgebundene Entflechtung und deren Zertifizierung Eingriffe in die innere Organisation von juristischen Personen durch andere nationale Regulierungsbehörden als die des Sitzstaates, zumal der Eingriff in die innere Organisation weit über die bloße Verhinderung von schädlichen, grenzüberschreitend wirkenden Verhaltensweisen hinausgeht.¹⁴ Dürfen aber die Netzentflechtungsregeln der §§ 6–10e EnWG aufgrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes nicht – auch nicht aufgrund des Auswirkungsprinzips nach § 109 II EnWG – extraterritorial angewendet und vollzogen werden¹⁵, so muss Gleiches für die präventiv überwachungsakzessorische Entflechtungszertifizierung gelten.

Die völkerrechtliche Gebietshoheit bestätigt zugleich die Binnenmarktregel der ausschließlichen mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit als Anker der gegenseitigen Anerkennung. Nur aufgrund der mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit für sitzbezogene Regulierungsmaßnahmen kann die praktische Wirksamkeit der gegenseitigen Anerkennung von Entflechtungszertifizierungen nach Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG *ratione materiae et temporis* gewährleistet werden. Eine gemeinsame Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Regulierungsbehörden für die Zertifizierung von grenzüberschreitend tätigen Transportnetzbetreibern würde den Netzbetrieb – dem Binnenmarktprinzip widersprechend – nur unnötig verzögern und behindern.

Festzuhalten ist somit, dass die völkerrechtliche Gebietshoheit die ausschließliche Zuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzstaates postuliert und diese ausschließliche Einzelzuständigkeit durch das dritte Energiebinnenmarktpaket nicht abändert, sondern im Gegenteil durch das darin zum Ausdruck kommende Prinzip der gegenseitigen Anerkennung perpetuiert wird.

¹¹ Doehring, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2004, Rn. 73, 882 ff.; Stein/von Buttlar, *Völkerrecht*, 13. Aufl. 2012, Rn. 537.

¹² Doehring, (o. Fn. 11), Rn. 882 ff.

¹³ Dies gilt in der EU auch nach der höchstrichterlichen Harmonisierung der Kollisionsregeln im europäischen Gesellschaftsrecht im Sinne der Gründungstheorie durch das Urteil *Überseering*, nach dem der betreffende Mitgliedstaat „verpflichtet [ist], die Rechts- und Parteifähigkeit zu achten, die diese Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaates besitzt“, *EuGH*, *Urt. v. 5.11.2002 – Rs. C-208/00, Leitsätze – Überseering*. Die (ältere) völkerrechtliche Kontrolltheorie ist damit in Bezug auf EU-Mitgliedstaaten nicht vertretbar.

¹⁴ Markert, in: Säcker, *Berliner Kommentar Energierecht*, Band 1 (Teil 2), 3. Aufl. 2014, § 109 Rn. 5.

¹⁵ Markert, in: Säcker, (o. Fn. 14), § 109 Rn. 5, 11, 15 m. w. N.

b) Gebietshoheitliche Anknüpfung zur Gewährleistung der optimalen Überwachung

Das *OLG Düsseldorf* geht in seinem Beschluss vom 24.2.2016¹⁶ davon aus, dass Zertifizierung und Netzbetrieb nicht isoliert nebeneinander stünden, sondern zusammen im Sinne einer Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebes betrachtet werden müssten. Bei der streitgegenständlichen Verbindungsleitung bestehe ein Diskriminierungsrisiko aufgrund einer organisatorisch problematischen Unternehmensstruktur, in der Netz, Erzeugung und Vertrieb nicht ausreichend getrennt seien, und zwar unabhängig davon, ob die Unternehmensgruppe nach deutschem oder ausländischem Recht organisiert sei, denn die Folgen würden sich im Inland auswirken. Wenn aber der wirksame Vollzug der Entflechtungsregeln – wie im Folgenden unter 3. dargelegt wird – gerade an dem wirksamen behördlichen Zugriff auf die organisatorische, eigentums-, gesellschafts- und arbeitsrechtliche Ausgestaltung eines Transportnetzbetreibers und damit an dessen Sitzstatut als juristischer Person ansetzt, erweist sich die mit dem Auswirkungsprinzip (§ 109 II EnWG) begründete holistische Prämisse des *OLG Düsseldorf* als so nicht mehr vertretbar. Die rechtlich messerscharf von der – an der jeweiligen Belegenheit der Netzabschnitte ansetzenden – Zugangsregulierung des grenzüberschreitenden Netzbetriebes abzugrenzende Entflechtungsregulierung erfüllt ihre präventive Sicherstellungsfunktion für einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb dort am besten, wo der jeweilige Mitgliedstaat aufgrund seiner Gebietshoheit unmittelbar über die gesamte Bandbreite von Überwachungsinstrumenten gegenüber problematischen Organisationsstrukturen der juristischen Person des Transportnetzbetreibers verfügt. Insofern besteht auch kein Raum für eine Abwägung der Regulierungsinteressen¹⁷ zwischen Sitzmitgliedstaat und einem anderen Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich der Entflechtungsstatus im Sitzmitgliedstaat auswirken mag, wenn dieser Status nur dort überwachungsrechtlich optimiert werden kann.

3. Territorialitätsprinzip versus Auswirkungsprinzip?

Während das Territorialitätsprinzip¹⁸ aufgrund der durch das dritte Energiebinnenmarktpaket nicht angetasteten völkerrechtlichen Gebietshoheit der Mitgliedstaaten über den Sitz der juristischen Personen von Transportnetzbetreibern hier nur die Zuständigkeit der schwedischen Regulierungsbehörde für die Entflechtungszertifizierung von Baltic Cable AB als Basisakt der gegenseitigen Anerkennung begründen kann, hat das *OLG Düsseldorf* in seinem Beschluss vom 24.2.2016 eine Zuständigkeit der *BNetzA* nach Maßgabe des Auswirkungsprinzips angenommen.

Die Entflechtungszertifizierung von Transportnetzbetreibern regelt aber nicht den (zugangswirksamen) Netzbetrieb selbst, sondern zielt vorgelagert auf einen präventiven Überwachungsansatz zur Einhaltung der harmonisierten Entflechtungsregeln der §§ 8 ff. EnWG.¹⁹ Die Entflechtungszertifizierung setzt damit auf der Grundlage eines feststellenden Verwaltungsaktes nach § 4a EnWG an der organisatorischen, eigentums- und gesellschaftsrechtlichen Ausgestaltung (§ 8 II, § 10 II, § 10d EnWG) sowie der arbeitsrechtlichen Zuordnung von Mitarbeitern (§ 8 II, § 10a II, § 10c EnWG) eines Transportnetzbetreibers und damit an dessen Sitzstatut als juristischer Person an. Gleichwohl will das *OLG Düsseldorf* in seinem Beschluss eine derart durchgreifende Auswirkung der Entflechtungszertifizierung auf den (zugangswirksamen) Netzbetrieb erkennen, dass das Auswirkungsprinzip (§ 109 II EnWG) das Sitzstatut und damit das Territorialitätsprinzip verdrängt.

a) Effektivität der Regulierung

Gerade weil die Entflechtungszertifizierung die präventive Grundlage für einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb bildet, kann sie diesen nachgelagerten Regelungszweck effektiv nur erreichen, wenn sie am vorgelagerten Sitzstatut der juristischen Person des Transportnetzbetreibers ansetzt. Denn eine Zertifizierungsentscheidung kann nur dann die Überprüfung der Einhaltung der Entflechtungsregeln für einen diskriminierungsfreien Netzbetrieb wirksam gewährleisten, wenn die zuständige mitgliedstaatliche Regulierungsbehörde auch über die hoheitlichen Befugnisse für einen effektiven Zugriff auf die zu regelnden organisatorischen, eigentums-, gesellschafts- und arbeitsrechtlichen Tatbestände des Transportnetzbetreibers in Bezug auf die – in ihrem Sitzstatut – verpflichtete juristische Person verfügt. Effektiven – durch die staatliche Gebietshoheit vermittelten – Zugriff auf die zu regelnden Entflechtungstatbestände hat nur der Sitzstaat. Dies wird besonders bei der in Schweden ansässigen Baltic Cable AB deutlich, die in das Mutterunternehmen, die norwegische Statkraft Energi AS, vertikal integriert ist. Hier gilt es, spezifische schwedisch-norwegische Rechtsverhältnisse der vertikalen Integration im Rahmen der Entflechtungsüberwachung zu adressieren. Das *OLG Düsseldorf* muss sich fragen lassen, wie etwa die *BNetzA* effektiv überwachen kann, ob Entscheidungen über Ernennungen oder Beschäftigungsbedingungen (u.a. Vergütung und Vertragsbeendigung) für Personen der Unternehmensleitung von Baltic Cable AB auch wirklich von deren Aufsichtsrat nach schwedischem Arbeits- und Gesellschaftsrecht getroffen werden (vgl. § 10d II EnWG) und nicht verdeckt vom norwegischen Mutterunternehmen. Hierzu ist nur der Sitzstaat Schweden durch seine Regulierungsbehörde wirksam in der Lage. Auch könnte die Entflechtungsüberwachung von Baltic Cable AB auf spezifische schwedisch-norwegische Kollisions- oder Abstimmungsregeln im Arbeits- und Gesellschaftsrecht treffen.

Das *OLG Düsseldorf* hat mit seiner Begründung der Zuständigkeit der *BNetzA* sowohl die Reichweite des Auswirkungsprinzips (§ 109 II EnWG) als auch die Zielsetzung der Entflechtungszertifizierung als präventive Regulierung zur Sicherstellung eines diskriminierungsfreien Netzbetriebs verkannt. Selbst wenn man unterstellen würde, dass Baltic Cable AB aufgrund von Entflechtungsmängeln deutsche (an die Verbindungsleitung aber gar nicht unmittelbar angeschlossene) Netznutzer (mittelbar) diskriminieren oder Kapazitäten künstlich verknappten würde, so könnten doch solche Entflechtungsmängel nur durch die schwedische Regulierungsbehörde wirksam ausgeräumt werden. Nur die schwedische Regulierungsbehörde verfügt effektiv über die hierzu erforderlichen Befugnisse und Qualifikationen im Rahmen des schwedischen Energie-, Gesellschafts- und Arbeitsrechtsverbundes, um auf die juristische Person Baltic Cable AB überwachungsrechtlich an ihrem Sitz in Schweden unmittelbar zuzugreifen. Durch Entflechtungsmängel bedingte Diskriminierungsauswirkungen des Verbindungsleitungsbetriebes im deutschen Hoheitsgebiet könnten im Sinne des präventiv ansetzenden Zertifizierungssystems verursachungsgerecht gar nicht durch mit der Zertifizierung untrennbar verbundene Überwachungsmaßnahmen seitens der *BNetzA* wirksam vermieden werden. Dies gilt auch im Hinblick auf die im Beschluss des *OLG Düsseldorf* angesprochenen Möglichkeiten des vertikal integrierten Unternehmens, die Engpassituation im europä-

¹⁶ *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 24.2.2016 – VI-3 (Kart) 110/14.

¹⁷ Vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 26.11.2008 – VI (Kart) 8/07, Rn. 36.

¹⁸ Zur Bestätigung des Territorialitätsprinzips als Regelungsanknüpfung nach dem EnWG vgl. *Bourwieg*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, (o.Fn. 8), § 109 Rn. 12.

¹⁹ *Stamm*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, (o.Fn. 8), § 4a Rn. 3.

ischen Stromnetzverbund zu beeinflussen oder solche Engpass-relevanten Leitungen gezielt auszugliedern, um so die Entflechtungsregeln zu umgehen.²⁰ Auch dann hätte die schwedische Regulierungsbehörde am Betreibersitz den unmittelbarsten und wirksamsten Überwachungszugriff. Sie könnte am besten solchen Veränderungen u. a. aufgrund von mit der Zertifizierung verbundenen Nebenbestimmungen entgegenwirken. Von der *BNetzA* nach § 4a IV EnWG angeordnete Bedingungen, Auflagen oder Widerrufsvorbehalte²¹, welche kritischen Veränderungen begegnen sollen, könnten dagegen weit weniger effektiv als von der schwedischen Regulierungsbehörde gegenüber der juristischen Person *Baltic Cable AB* vollzogen werden. Abgesehen von diesen Vollzugsdefiziten, ist ein Mehrwert gegenüber dem sitzmitgliedstaatlichen Vollzug im Rahmen des vollharmonisierten EU-Entflechtungsregimes ohnehin nicht erkennbar.²²

b) Kein bloßer Verbotsvollzug

Im Sinne der Überwachungswirksamkeit ist auch das im internationalen²³ und europäischen²⁴ Wettbewerbsrecht entwickelte Auswirkungsprinzip zu verstehen, das in § 109 II EnWG nach dem Vorbild des § 130 II GWB lediglich sektorspezifisch kodifiziert worden ist. Das Auswirkungsprinzip befugt nationale Wettbewerbs- und Regulierungsbehörden, Sachverhalte mit einem Auslandsbezug zu regeln, soweit diese sich im inländischen Geltungsbereich in einer die Schutzzwecke der Rechtsordnung verletzenden Weise auswirken.²⁵ Das wettbewerbsrechtliche Auswirkungsprinzip löst dabei jeweils die Rechtsfolge eines Verbotes aus (Kartell-, Missbrauchsverbot oder Fusionsversagung), das im Auswirkungs-Hoheitsgebiet wirksam mit Sanktionen (wie Bußgeldern) vollzogen und auch vollstreckt werden kann. Der auf dem Auswirkungsprinzip gründende Verbotsvollzug und die mit ihm verbundenen Handlungs- bzw. Unterlassungsimperative erreichen hier auch Unternehmen mit Sitz außerhalb des Geltungsbereichs der Vollzugsrechtsordnung. So hat das Auswirkungsprinzip in den Fällen *Microsoft I* und *Microsoft II*²⁶ eine wirksame Vollzugsanwendung gefunden. In *Microsoft I* befand die *Kommission*, dass *Microsoft* mit außereuropäisch veranlasseten Verhaltensweisen konkurrierenden (auch außereuropäisch ansässigen) Herstellern von Serverbetriebssystemen für Arbeitsgruppen bestimmte Informationen über Schnittstellen vorenthalten habe, welche diese zur Herstellung voller Interoperabilität ihrer Programme mit Windows-basierten Kunden-PCs benötigten. Der Missbrauchsverbotsvollzug nach Art. 102 AEUV konnte aufgrund der damit verbundenen Sanktionen *Microsoft* wirksam veranlassen, den Missbrauch abzustellen.

Demgegenüber zielt die Entflechtungszertifizierung von Transportnetzbetreibern nicht auf einen bloßen Verbotsvollzug, sondern auf einen präventiven Überwachungsansatz zur Einhaltung der harmonisierten Entflechtungsregeln. Deren wirksamer Vollzug setzt – wie dargelegt – aber an den behördlichen Zugriff auf die organisatorische, eigentums-, gesellschafts- und arbeitsrechtliche Ausgestaltung eines Transportnetzbetreibers und damit an dessen Sitzstatut als juristischer Person an.

Aufgrund des völkerrechtlichen Nichteinmischungsgrundsatzes steht das Auswirkungsprinzip nach § 109 II EnWG bzw. § 130 II GWB zum einen unter der – die Intervention erst rechtfertigenden – Anwendungsprämisse des wirksamen Rechtsvollzuges gegenüber den außerhalb des gesetzlichen Geltungsbereichs veranlassenden „Verhaltensweisen“. Zum anderen knüpft der Wortlaut des § 109 II EnWG an grenzüberschreitend wirkende „Verhaltensweisen“ an, nicht aber an – wegen der Rechts- und Gebietshoheit – statische Tatbestände wie an das Sitzstatut juristischer Personen. Während der grenzüberschreitende Netz-

betrieb als „Verhaltensweise“ unter den Tatbestand des Auswirkungsprinzips nach § 109 II EnWG subsumiert werden kann, sind auf das Sitzstatut juristischer Personen konzentrierte Regelungstatbestände wie der Entflechtungsüberwachung und -zertifizierung vom Auswirkungsprinzip nach § 109 II EnWG nach Maßgabe der grammatikalisch-teleologischen Auslegung auszunehmen.

Die *BNetzA* und das *OLG Düsseldorf* hätten selbst bei ihrer (unzutreffenden) Ablehnung der ausschließlichen Einzelzuständigkeit der schwedischen Regulierungsbehörde die Grenzen des Auswirkungsprinzips mit der Folge erkennen müssen, dass die schwedische Regulierungsbehörde zumindest über den „besseren“ Zuständigkeitstitel für die Entflechtungszertifizierung verfügt.

III. Amtshilfe und supranationale Mechanismen

1. Amtshilfe

Die juristische Delikatesse des Falles *Baltic Cable* liegt nun in dem Umstand, dass die schwedische Regulierungsbehörde selbst keine Anstalten gemacht hat, ein Verfahren zur Entflechtungszertifizierung einzuleiten. Der Grund für dieses zögerliche Verhalten mag mitunter darin liegen, dass die schwedische Regulierungsbehörde die *Baltic Cable AB* nicht für zertifizierungsfähig hält. Bekanntlich sieht dies die *BNetzA* anders. Doch anstatt vorzupreschen, hätte die *BNetzA* richtlinienkonform die schwedische Regulierungsbehörde zur Eröffnung eines Zertifizierungsverfahrens im Wege der Amtshilfe bewegen müssen. In diesem Sinne setzt § 8a II VwVfG durch allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht die Binnenmarktregel der ausschließlichen mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit für sitzbezogene Basisakte der gegenseitigen Anerkennung – und damit auch Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG – sektorenübergreifend um:

„Behörden anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union können um Hilfe ersucht werden, soweit dies nach Maßgabe von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft zugelassen ist. Um Hilfe ist zu ersuchen, soweit dies nach Maßgabe von Rechtsakten der Europäischen Gemeinschaft geboten ist.“

Während die deutsche Behörde gem. § 8a II 1 VwVfG nach pflichtgemäßem Ermessen um Amtshilfe ersuchen kann, ist sie nach Satz 2 zum Amtshilfeersuchen aufgrund des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs gar strikt verpflichtet.²⁷ Ähnlich wie Art. 35 der DienstleistungsRL 2006/123/EG zum Amtshilfeersuchen gem. § 8a II 2 VwVfG strikt verpflichtet, wenn Mitgliedstaaten Maßnahmen gegenüber einem in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer ergreifen²⁸, gebietet auch die gegenseitige Anerkennung der Entflechtungszertifizierung durch die Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates nach Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG ein zwingendes Amtshilfeersuchen einer anderen Regulierungsbehörde, wenn in deren Hoheitsgebiet grenzüberschreitende Wirksamkeitsprobleme aufgrund mangelhafter Entflechtungsmaßnahmen im Sitzmitgliedstaat auftreten sollten. Ebenso wenig wie im Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie

20 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 24.2.2016 – VI-3 (Kart) 110/14, Rn. 20.

21 *Stamm*, in: *Britz/Hellermann/Hermes*, (o.Fn. 8), § 4a Rn. 18 ff.

22 *Markert*, in: *Säcker*, (o.Fn. 14), § 109 Rn. 12.

23 *Meessen*, *Völkerrechtliche Grenzen des internationalen Kartellrechts*, 1975, 173 ff.

24 Vgl. *EuG*, *Urt. v. 25.3.1999* – Rs. T-102/96, Rn. 90 – *Gencor*.

25 *Markert*, in: *Säcker*, (o.Fn. 14), § 109 Rn. 5.

26 *EuG*, *Urt. v. 17.9.2007* – Rs. T-201/04 – *Microsoft I*; *EuG*, *Urt. v. 27.6.2012* – Rs. T-167/08 – *Microsoft II*.

27 *Riedel*, in: *Bader/Ronellenfisch*, *Beck'scher Online-Kommentar VwVfG*, 32. Edition 2016, § 8a Rn. 31.

28 *Ohler*, in: *Schlachter/Ohler*, *Europäische DienstleistungsRL*, 2008, Art. 35 Rn. 2 ff.

darf die deutsche Behörde im Rahmen der sitzbezogenen Entflechtungszertifizierung eines Betreibers mit Sitz – der intensivsten Niederlassungsform – in Schweden unilateral vortreten, ohne die richtlinienkonform originär zuständige schwedische Behörde zur Verfahrenseröffnung im Wege der Amtshilfe zu bewegen.

Schließlich wird die Pflicht der *BNetzA*, auf die schwedische Regulierungsbehörde zur Eröffnung eines Zertifizierungsverfahrens auf dem Weg der Amtshilfe einzuwirken, auch von Art. 37 I lit. c) der RL 2009/72/EG bestätigt, wonach die nationalen Regulierungsbehörden in grenzüberschreitenden Angelegenheiten zusammenzuarbeiten haben.

2. Supranationale Mechanismen

a) Entscheidung durch ACER nur bei gemeinsamer Zuständigkeit

Müssen zwei oder mehrere mitgliedstaatliche Regulierungsbehörden im Rahmen der gemeinsamen Zuständigkeit eine einheitliche Entscheidung treffen und bestehen Meinungsverschiedenheiten zwischen diesen Regulierungsbehörden, so entscheidet ACER (*Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden*) nach Art. 8 I 1 der Verordnung (EG) 713/2009²⁹:

„Bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen entscheidet die Agentur über die Regulierungsfragen, die in die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden fallen und zu denen die Modalitäten für den Zugang und die Betriebssicherheit gehören können, nur,

- a) wenn die zuständigen nationalen Regulierungsbehörden innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten ab dem Tag, an dem die letzte dieser Regulierungsbehörden mit der Angelegenheit befasst wurde, keine Einigung erzielen konnten oder
- b) auf gemeinsamen Antrag der zuständigen nationalen Regulierungsbehörden.“

Nach dem Verordnungswortlaut („Bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen [...] die in die Zuständigkeit der nationalen Regulierungsbehörden fallen“) und dem organschaftlichen Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung (Art. 13 II S. 1 EUV), wonach jedes Unionsorgan nur nach Maßgabe der ihm eigens und ausdrücklich zugewiesenen Befugnisse handeln darf,³⁰ beschränkt sich die Entscheidungsermächtigung von ACER nach Art. 8 I 1 der Verordnung (EG) 713/2009 auf die Ausnahmefälle einer gemeinsamen Zuständigkeit mitgliedstaatlicher Regulierungsbehörden. Erfasst werden z. B. Meinungsverschiedenheiten zwischen nationalen Regulierungsbehörden bei der Erteilung einer Ausnahme für neue grenzüberschreitende Verbindungsleitungen nach Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 oder der gebündelten Kapazitätsvergabe bei grenzüberschreitenden Infrastrukturen, also Fälle, in denen mehrere nationale Regulierungsbehörden einen einheitlichen, ihre jeweilige Einzelgebietshoheit überschreitenden Sachverhalt zwingend nur gemeinsam und einheitlich regeln können. Bestätigt wird die Beschränkung der Entscheidungsermächtigung von ACER auf Fälle einer gemeinsamen Zuständigkeit durch die in Art. 8 I 1 angeführten Regelbeispiele des grenzüberschreitenden Betriebsbezuges („Modalitäten für den Zugang und die Betriebssicherheit“).

Wenn aber die mitgliedstaatliche Einzelzuständigkeit gerade in Bezug auf die sitzgebundene Entflechtung und deren Zertifizierung Eingriffe in die innere Organisation von juristischen Personen durch andere nationale Regulierungsbehörden als der

des Sitzstaates verbietet³¹, so bleibt hier auch ACER nach dem Prinzip der begrenzten Einzelmächtigung mangels einer gemeinsamen Zuständigkeit das Verfahren nach Art. 8 I 1 der Verordnung (EG) 713/2009 versperrt.

b) Einschaltung der Europäischen Kommission bei Einzelzuständigkeit

Treten Abstimmungsschwierigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten über die Ausübung einer Einzelzuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates auf, so ist nach Art. 39 IV bis VI der RL 2009/72/EG nicht ACER, sondern die *Europäische Kommission* einzuschalten:

„(4) Jede Regulierungsbehörde, die der Auffassung ist, dass eine von einer anderen Regulierungsbehörde getroffene Entscheidung von Belang für den grenzüberschreitenden Handel nicht im Einklang mit den gemäß dieser Richtlinie oder der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 erlassenen Leitlinien steht, kann die Kommission innerhalb von zwei Monaten ab dem Tag, an dem die fragliche Entscheidung ergangen ist, davon in Kenntnis setzen.

[...]

(6) Hat die Kommission beschlossen, den Fall weiter zu prüfen, so erlässt sie innerhalb von vier Monaten nach dem Tag, an dem dieser Beschluss gefasst wurde, eine endgültige Entscheidung,

- a) keine Einwände gegen die Entscheidung der Regulierungsbehörde zu erheben, oder
- b) von der betreffenden Regulierungsbehörde einen Widerruf ihrer Entscheidung zu verlangen, weil den Leitlinien nicht nachgekommen wurde.“

Zwar knüpft der Wortlaut des Art. 39 IV bis VI der RL 2009/72/EG an eine positive „Entscheidung“ der jeweils einzelzuständigen Regulierungsbehörde an, sinnentsprechend muss dieses Verfahren jedoch auch dann anwendbar sein, wenn aus (objektiver) Sicht der *BNetzA* ein richtlinienwidriges Unterlassen der gebotenen Einzelzuständigkeitsausübung vorliegt. Sofern die schwedische Regulierungsbehörde daher dem Amtshilfeersuchen der *BNetzA* nicht nachkommt, kann diese das Verfahren nach Art. 39 IV bis VI beschreiten. Würde man anders entscheiden, liefe wie hier bei der unterlassenen Entflechtungszertifizierung durch die Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates die praktische Wirksamkeit der von Art. 39 IV bis VI verfahrensrechtlich abgesicherten gegenseitigen Anerkennung nach Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG leer. Im Übrigen ist nicht einzusehen, warum die ausdrückliche Ablehnung des Amtshilfeersuchens (= positive Entscheidung) zur Durchführung eines Verfahrens nach Art. 39 IV bis VI berechtigen soll, die Untätigkeit einer Behörde, d. h. das Fehlen einer ablehnenden Entscheidung, eine solche Berechtigung jedoch ausschließen sollte. Das bloße Unterlassen muss daher einer positiven Entscheidung gleichgestellt werden.

Wenn nun im Fall *Baltic Cable* die schwedische Regulierungsbehörde trotz ihrer Einzelzuständigkeit für die sitzgebundene Entflechtung und deren Zertifizierung unionsrechtswidrig kein Verfahren zur Entflechtungszertifizierung einleitet und damit der gegenseitigen Anerkennung den gebotenen Basisakt vorenthält, so muss die *BNetzA* das von § 57a II EnWG in deutsches

²⁹ Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden, ABl. EG Nr. L 211, 1.

³⁰ Haratsch/Koenig/Pechstein, (o. Fn. 4), Rn. 156.

³¹ Markert, in: Säcker, (o. Fn. 14), § 109 Rn. 5.

Recht umgesetzte Kommissionsverfahren nach Art. 39 IV bis VI der RL 2009/72/EG beschreiben. Zwar räumt der Wortlaut von § 57a II EnWG – ebenso wie Art. 39 IV der RL 2009/72/EG – der *BNetzA* Ermessen ein („kann der Europäischen Kommission jede Entscheidung einer Regulierungsbehörde eines anderen Mitgliedstaates mit Belang für den grenzüberschreitenden Handel [...] zur Prüfung vorlegen“). Will allerdings eine originär unzuständige Regulierungsbehörde die Einzelzuständigkeit eines untätigen Sitzmitgliedstaates in einer faktischen Ersatzvornahme überspielen und an dessen Stelle ein Verfahren der Entflechtungszertifizierung einleiten, so kann man mit guten Gründen von einer ausnahmsweisen Ermessensreduzierung auf null und damit von der gebundenen Einzelfallpflicht zur Einleitung des Kommissionsverfahrens nach Art. 39 IV der RL 2009/72/EG ausgehen. Denn das Spannungsverhältnis zwischen der unionsrechtlich – aufgrund der Entflechtungseffektivität – begründeten Einzelzuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates einerseits und dem Binnenmarktgebot andererseits, mit der Entflechtungszertifizierung möglichst zügig und regulatorisch zuverlässig einen Basisakt für die gegenseitige Anerkennung zu schaffen, kann nur durch den supranationalen Schiedsrichter, nämlich durch die *Kommission* im Verfahren nach Art. 39 IV bis VI der RL 2009/72/EG aufgelöst werden. Ein zuständigkeitsbedingtes *non liquet*³² in der Entflechtungszertifizierung würde jedenfalls dem Binnenmarktprimat der gegenseitigen Anerkennung nach Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG widersprechen und kann zügig wie regulatorisch zuverlässig nur durch die *Kommission* vermieden werden.

IV. Rechtsfolgen der unionsrechtswidrigen Zuständigkeitsanmaßung bei der Entflechtungszertifizierung

Die *BNetzA* hat mit ihrem negativen Zertifizierungsbeschluss³³ die in Art. 10 II 1 der RL 2009/72/EG kodifizierte Binnenmarktregel der ausschließlichen mitgliedstaatlichen Einzelzuständigkeit der schwedischen Regulierungsbehörde für die sitzbezogene Entflechtungszertifizierung verletzt. Statt unilateral vorzupreschen, hätte die *BNetzA* richtlinienkonform die schwedische Regulierungsbehörde zur Eröffnung eines Zertifizierungsverfahrens im Wege der Amtshilfe bewegen und/oder den Weg des Kommissionsverfahrens nach Art. 39 IV der RL 2009/72/EG beschreiten müssen.

Die Rechtsfolgen der unionsrechtswidrigen Zuständigkeitsanmaßung durch die *BNetzA* sowie der Außerachtlassung der richtlinienkonformen Amtshilfe- und Kommissionsverfahren sind nach Maßgabe des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts³⁴ zu bestimmen. Der Vorrang des Unionsrechts bewirkt zunächst, dass die mitgliedstaatlichen Behörden und Gerichte zur Vermeidung von Normkollisionen die maßgeblichen nationalen Bestimmungen, hier also die § 4a EnWG, § 57a II EnWG sowie § 8a II 2 VwVfG, im Lichte des vorrangigen Unionsrechts nach Art. 10 II 1 und Art. 39 IV der RL 2009/72/EG auslegen müssen (Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung)³⁵. Selbst wenn man die Auffassung vertritt, dass insbesondere die §§ 4a, 57a II EnWG mehrere Deutungen zulassen, ist jedenfalls diejenige Auslegung zu wählen, die dem Unionsrecht am besten entspricht³⁶. Nach unionsrechtskonformer Auslegung der

§§ 4a, 57a II EnWG und § 8a II 2 VwVfG war die *BNetzA* gehalten, die schwedische Regulierungsbehörde zur Eröffnung eines Zertifizierungsverfahrens im Wege der Amtshilfe zu bewegen und/oder das Kommissionsverfahren nach Art. 39 IV der RL 2009/72/EG zu beschreiten. Schon die Außerachtlassung der richtlinienkonformen Amtshilfe- und Kommissionsverfahren vor dem unilateralen Erlass des negativen Zertifizierungsbeschlusses macht diesen unionsrechtswidrig. Wie dargelegt, darf die unionsrechtlich begründete Einzelzuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates für eine praktisch wirksame Entflechtungszertifizierung als Basisakt der gegenseitigen Anerkennung unter keinen denkbaren Rechtfertigungsumständen im verfahrensrechtlich harmonisierten Anwendungsbereich der RL 2009/72/EG durch das einseitige Vorpreschen einer anderen Regulierungsbehörde unterlaufen werden.

Da es sich bei dem negativen Zertifizierungsbeschluss der *BNetzA* nach § 4a EnWG um einen konkret-individuellen Verwaltungsakt handelt, bestimmen sich die Folgen eines Unionsrechtsverstößes nach deutschem Verfahrens- und Prozessrecht.³⁷ Soweit nicht davon auszugehen ist, dass der unionsrechtswidrige negative Zertifizierungsbeschluss der *BNetzA* an einem besonders schwerwiegenden und offenkundigen Fehler i.S.d. § 44 I VwVfG³⁸ leidet und damit nichtig wäre, war er als ein unionsrechtswidriger Verwaltungsakt auf jeden Fall durch das *OLG Düsseldorf* aufzuheben.

V. Fazit

Im verfahrensrechtlich harmonisierten Anwendungsbereich der RL 2009/72/EG darf die Einzelzuständigkeit der Regulierungsbehörde des Sitzmitgliedstaates für eine praktisch wirksame Entflechtungszertifizierung als Basisakt und Anker der gegenseitigen Anerkennung nicht durch das einseitige Vorgehen einer anderen Regulierungsbehörde – unter Außerachtlassung der richtlinienkonformen Amtshilfe- und Kommissionsverfahren – unterlaufen werden.

Sollten sich dem mit der Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des *OLG Düsseldorf* vom 24.2.2016 befassten *BGH* als in letzter Instanz entscheidendes nationales Gericht Zweifel oder Fragen zu der entscheidungserheblichen Auslegung des maßgeblichen Unionsrechts, insbesondere der Art. 10 II 1 und Art. 39 IV der RL 2009/72/EG, stellen, so müsste der *Gerichtshof* nach Art. 267 III AEUV um Vorabentscheidung ersucht werden.

Anm. d. Red.

Vgl. zu dieser Thematik auch *Dralle*, EnWZ 2013, 483 ff.

³² Das römisch-rechtliche *non liquet* („es ist nicht klar“) beschreibt Verfahrenszustände, in denen eine unklare Sach- oder Beweislage eine Entscheidung verhindert.

³³ *BNetzA*, Az. BK6-12-027.

³⁴ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (o. Fn. 4), Rn. 179 ff.

³⁵ *EuGH*, Urt. v. 10.4.1984 – Rs. 14/83, Rn. 26 – von Colson u. Kamann, *EuGH*, Urt. v. 13.11.1990 – Rs. C-106/89, Rn. 8, 13 – *Marleasing*.

³⁶ *EuGH*, Urt. v. 4.2.1988 – Rs. 157/86, Rn. 11 – *Murphy*.

³⁷ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, (o. Fn. 4), Rn. 463 ff., 600 ff.

³⁸ *BVerwG*, NVwZ 2000, 1039.