



Sachstand

Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur

Folgen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom
2. September 2021 (C-718/18)

Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur

Folgen des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom
2. September 2021 (C-718/18)

Aktenzeichen: WD 5 - 3000 - 044/22
Abschluss der Arbeit: 07.04.2022
Fachbereich: WD 5: Wirtschaft und Verkehr,
Ernährung und Landwirtschaft

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Hintergrund	4
2.1.	Vorgaben des EU-Rechts	4
2.2.	Ausgestaltung deutsches Recht	5
2.3.	Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-718/18	6
3.	Optionen	7
3.1.	Beibehaltung des Status Quo	7
3.2.	Änderung des Regulierungsgehalts	7
3.3.	Hochzonung	7
3.4.	Herabzonung	8
3.4.1.	Rahmenfestlegungen	8
3.4.2.	Verwaltungsvorschriften	9
3.4.3.	Verordnungsermächtigung	9
3.5.	„Duales Modell“	10
4.	Vorbilder aus anderen EU-Ländern	11
4.1.	Gesetzliche Grundlagen der Unabhängigkeit in einzelnen Mitgliedstaaten	11
4.2.	Slowakei Vorabentscheidungsverfahren	12
4.3.	Belgien Vertragsverletzungsverfahren	13
5.	Andere bundesdeutsche Institutionen	13
5.1.	Datenschutzbehörde	14
5.2.	Bundesbank	15
5.3.	Unabhängigkeit der Gerichte	16
5.4.	Unabhängigkeit des Bundesrechnungshofs	17

1. Fragestellung

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) entschied am 2. September 2021 in der Rechtssache C-718/18, dass die Bundesrepublik Deutschland Vorgaben aus den Richtlinien 2009/72/EG (Elektrizitätsrichtlinie)¹ und 2009/73/EG (Erdgasrichtlinie)² nicht ordnungsgemäß in deutsches Recht umgesetzt habe.³ Vorliegend steht allein die vierte Rüge des Generalstaatsanwalts betreffend die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde zur Diskussion.⁴ Der EuGH hat dieser Rüge stattgegeben und entschieden, dass der nationalen Regulierungsbehörde in Deutschland, der Bundesnetzagentur (BNetzA) die notwendige ausschließliche Unabhängigkeit bei der Wahrnehmung ihrer Regulierungsaufgaben fehle.⁵

Mit Blick auf die nach dem Urteil des EuGH fehlende Unabhängigkeit der BNetzA wird vorliegend dargestellt, welche Optionen Deutschland hat, um auf das EuGH-Urteil zu reagieren und welche Vorbilder aus anderen Ländern oder von anderen bundesdeutschen Institutionen insofern beachtenswert sein könnten.

2. Hintergrund

2.1. Vorgaben des EU-Rechts

Das Unionsrecht sieht zur Gewährleistung von Wettbewerb und flächendeckender Versorgung im Bereich der Energieversorgung die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörde vor. Nach der Elektrizitäts- und Erdgasrichtlinie sind die zuständigen nationalen Regulierungsbehörden dafür verantwortlich, anhand transparenter Kriterien die Fernleitungs- oder Verteilungstarife bzw. die entsprechenden Methoden festzulegen oder zu genehmigen sowie Methoden zur Berechnung oder Festlegung bestimmter Bedingungen festzulegen oder zu genehmigen (Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b Richtlinie 2009/72 bzw. Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b Richtlinie 2009/73). Zudem haben die Mitgliedstaaten die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde zu gewährleisten sowie, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und

-
- 1 Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG (ABl. 2009, L 211, S. 55), wurde mit Wirkung vom 1.1.2021 durch die Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.6.2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU (ABl. 2019, L 158, S. 125) aufgehoben. Sie bleibt jedoch in zeitlicher Hinsicht auf den vorliegenden Rechtsstreit anwendbar.
 - 2 Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.7.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG (ABl. 2009, L 211, S. 94).
 - 3 EuGH, Urteil vom 2.9.2021, [C-718/18](#). Siehe zum Urteil insgesamt auch Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, [Aktueller Begriff](#), Urteil des EuGH zur Regulierung des deutschen Elektrizitäts- und Erdgasmarktes (Rs. C-718/18), 22.9.2022.
 - 4 Generalanwalt beim EuGH (Pitruzzella), [Schlussantrag vom 14.1.2021, C-718/18](#), Europäische Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland, Rn. 98 ff.
 - 5 EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-718/18, Rn. 103ff.

transparent ausüben (Art. 35 Abs. 4 und Abs. 5 Richtlinie 2009/72 bzw. Art. 39 Abs. 4 a Richtlinie 2009/73).

2.2. Ausgestaltung deutsches Recht

In Deutschland entscheidet die **Bundesnetzagentur** (BNetzA)⁶ als selbstständige Bundesoberbehörde insbesondere über die Genehmigung der Netzentgelte für die Durchleitung von Strom und Gas. Zudem beseitigt die BNetzA Hindernisse beim Zugang zu den Energieversorgungsnetzen für Lieferanten und Verbraucher.

§ 24 Satz 1 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) **ermächtigt die Bundesregierung**, die Regulierung des Netzzugangs und die Bestimmung der Entgelte für den Netzzugang mit Zustimmung des Bundesrats näher auszugestalten. Dabei umfasst die Ermächtigung neben der Festlegung abstrakt genereller Bedingungen und Berechnungsmethoden das Recht der Bundesregierung, der Bundesnetzagentur Vorgaben zur Berechnung der Netzentgelte in bestimmten Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen zu machen.⁷

Auf Grundlage der Verordnungsermächtigung hat der Verordnungsgeber neben der Anreizregulierungsverordnung (ARegV)⁸ vier Kernverordnungen erlassen: die Stromnetzzugangsverordnung (StromNZV)⁹, die Stromnetzentgeltverordnung (StromNEV)¹⁰, die Gasnetzzugangsverordnung (GasNZV)¹¹ und die Gasnetzentgeltverordnung (GasNEV).¹²

Das System aus EnWG und den auf § 24 EnWG beruhenden (Kern-)Verordnungen und der damit einhergehenden hohen Normierungsdichte wird als **normierende Regulierung** bezeichnet.¹³

6 Nach § 2 Abs. 1 a des Gesetzes über die Bundesnetzagentur (BNetzAG) ist die BNetzA unter anderem auf dem Gebiet des Rechts der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas tätig.

7 *Ruffert*, JuS 2022, 88; *Mussaëus/Küper/Lamott*, RdE 1/2022, 9, 10.

8 Anreizregulierungsverordnung vom 29.10.2007 (BGBl. I S. 2529), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 23.11.2021 (BGBl. I S. 4955).

9 Stromnetzzugangsverordnung vom 25.7.2005 (BGBl. I S. 2243), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 16.7.2021 (BGBl. I S. 3026).

10 Stromnetzentgeltverordnung vom 25.7.2005 (BGBl. I S. 2225), zuletzt geändert durch Artikel 2 der Verordnung vom 27.7.2021 (BGBl. I S. 3229).

11 Gasnetzzugangsverordnung vom 3.9.2010 (BGBl. I S. 1261), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 16.7.2021 (BGBl. I S. 3026).

12 Gasnetzentgeltverordnung vom 25.7.2005 (BGBl. I S. 2197), zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung vom 27.7.2021 (BGBl. I S. 3229).

13 Im Gegensatz zu einer autonom-administrativen Regulierung, vgl. *Schmidt-Preuß* in: Säcker: Berliner Kommentar, 4. Aufl. 2019, EnWG, § 29 Rn. 8.

Rechtlich ungebundene Entscheidungsspielräume werden am Maßstab des Grundgesetzes gemessen und in Deutschland aus rechtstaatlicher, demokratischer und grundrechtlicher Sicht nicht für vertretbar erachtet.¹⁴

2.3. Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-718/18

Der EuGH sieht in der umfassenden Verordnungsermächtigung des § 24 Satz 1 EnWG eine Übertragung von Zuständigkeiten, die nach Unionsrecht ausschließlich der nationalen Regulierungsbehörde, also der BNetzA, vorbehalten sei und nimmt eine Vertragsverletzung Deutschlands an. Die deutsche Ausgestaltung verstoße gegen Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/72 sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/73.¹⁵

Das Feststellungsurteil des EuGH hat keine direkte Wirkung, insbesondere sind die in Rede stehenden deutschen Vorschriften nicht automatisch nichtig.¹⁶ Vielmehr muss Deutschland als betroffener Mitgliedstaat gem. Art. 260 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹⁷ die Maßnahmen ergreifen, die sich aus dem Urteil des Gerichtshofs ergeben. **Wie** die Entscheidung in deutsches Recht zu implementieren ist, ist fraglich (siehe zur Umsetzungsdiskussion sogleich unter 3.).

Unabhängig davon, wie die Entscheidung zur Sicherstellung einer unionsrechtmäßigen Ausgestaltung zukünftig umgesetzt wird, wird – soweit ersichtlich – nach einhelliger Auffassung nicht vertreten, dass bereits getroffene regulierungsbehördliche Entscheidungen mit Wirkung für die Vergangenheit aufzuheben seien.¹⁸ Aus Gründen der **Rechtssicherheit** wäre eine umfassende Pflicht hierzu schwerlich umsetzbar.

Für die **Übergangszeit**, bis energierechtliche Anpassungen erfolgt sind, hat die BNetzA angekündigt, dass sie das geltende deutsche Recht weiter anwenden und auf dieser Grundlage die Spruchpraxis der Beschlusskammern und der Abteilung in Energiesachen fortführen werde, um einen rechtlosen Zustand zu vermeiden.¹⁹

14 Schmidt-Preuß in: Säcker: Berliner Kommentar, 4. Aufl. 2019, EnWG, § 29 Rn. 8 mwN; Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2021, 589, 590.

15 EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-718/18 (Fn. 3), Rn. 115.

16 BGH Beschluss vom 8.10.2019 – EnVR 58/18, juris, Rn. 61 ff.; vgl. zu allgemeinen Auswirkungen des Urteils *Mussaeus/Küper/Lamott*, RdE 1/2022, 9, 11 mwN.

17 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union vom 9.5.2008 (bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115), letzte Änderung 24.4.2012 (bekanntgemacht im ABl. EU L 112/21).

18 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 10; *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 162 geht von einer Pflicht zum Wiederaufgreifen des Verfahrens aus, während die Rücknahmeentscheidung im Ermessen der BNetzA liege.

19 Bundesnetzagentur zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in Energiesachen, [Pressemitteilung vom 2.9.2021](#); kritisch hierzu *Klahm/Fabritius*, ER 06/21, 238, 240.

3. Optionen

3.1. Beibehaltung des Status Quo

Ein Festhalten an der bisherigen Ausgestaltung ist nach der Entscheidung des EuGH nicht möglich. Die Befolgung des EuGH-Urteils wäre ausschließlich dann keine „Selbstverständlichkeit“, wenn es sich bei der Entscheidung um einen ultra-vires-Akt handelte, das Gericht also außerhalb seines Kompetenzbereichs handelte. Dieser Einwand wird soweit ersichtlich in der einschlägigen Literatur nicht vertreten.²⁰

3.2. Änderung des Regulierungsgehalts

Die Bundesregierung könnte eine neue Rechtsverordnung erlassen, die weniger intensiv in die Regulierungskompetenz der Bundesnetzagentur eingreift:

„Die Bundesregierung könnte die Regelungsdichte der Rechtsverordnungen zurücknehmen und argumentieren, dass der nun erweiterte Ermessensspielraum die Unabhängigkeit der BNetzA sichert, zugleich aber ‚gerade noch‘ das Demokratieprinzip wahrt.“²¹

3.3. Hochzoning

Gewisse Regelungsinhalte, die bisher auf Verordnungsebene geregelt wurden, könnten auf Legislativebene gehoben und durch den parlamentarischen Gesetzgeber erlassen werden. Ergänzend könnte die BNetzA Rahmen-Festlegungen erlassen. Hiermit wäre dem Einwand begegnet, dass Rechtsverordnungen der Bundesregierung als abstrakt-generelle Weisungen der Bundesregierung in die Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur eingriffen.²²

Die Literatur sieht in der Hochzoning heutiger Verordnungsinhalte auf Ebene eines parlamentarischen Gesetzes keine hinreichende Reaktion auf das Urteil des EuGH.²³ Denn die Verletzung von Art. 37 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/72 sowie Art. 41 Abs. 1 Buchst. a und Abs. 6 Buchst. a und b der Richtlinie 2009/73 bezieht sich auf jede normative Vorstrukturierung. Ersichtlich unterscheidet der EuGH nicht dazwischen, ob die nationale Regulierungsbehörde durch Verordnungen, also materielles Recht, oder durch formelles Gesetz in ihrer Entscheidung beschränkt wird:

„Überdies ist, selbst wenn die von der Bundesregierung nach § 24 EnWG erlassenen Rechtsverordnungen ‚materielle Gesetze‘ sein sollten, in Übereinstimmung mit den Ausführungen des Generalanwalts in Nr. 124 seiner Schlussanträge darauf hinzuweisen, dass die

20 Vgl. zu den Voraussetzungen und Einzelheiten *Schmidt-Preuß*, RdE 4-5/2021, 173, 174.

21 *Hoppe/Laboch-Semku*, NVwZ 2021, 1441, 1442.

22 So etwa *Burgi*, NvWZ Editorial, Heft 23/2018.

23 *Missling/Eberleh*, IR 2021, 250, 251; *Klahm/Fabritius*, ER 06/21, 238, 240; so bereits *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 8; *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 161;

durch die Richtlinien 2009/72 und 2009/73 ausschließlich den NRB zugewiesenen Befugnisse sowie die Unabhängigkeit der NRB gegenüber allen politischen Stellen zu gewährleisten sind, also nicht nur gegenüber der Regierung, sondern auch gegenüber dem nationalen Gesetzgeber, dem es nicht gestattet ist, einen Teil dieser Befugnisse den NRB zu entziehen und sie anderen öffentlichen Stellen zuzuweisen.“²⁴

Somit wäre die Verschiebung der Regelungsinhalte aus einer Verordnung in ein parlamentarisches Gesetz nicht zielführend, um die vom Gericht erkannte Vertragsverletzung zu beheben.

3.4. Herabzonung

Statt einer Verschiebung der Regelungsinhalte von der Verordnungsebene auf die Ebene des parlamentarischen Gesetzgebers (siehe zur Hochzonung unter 3.3) liegt eine **Herabzonung** der bisherigen Verordnungsinhalte auf die Entscheidungsebene der Regulierungsbehörde nahe.²⁵

Die Genehmigungsverfahren für ca. 870 Stromnetzbetreiber²⁶ und ca. 700 Gasnetzbetreiber²⁷ müssten durch die BNetzA standardisiert bearbeitet werden, um eine einheitliche Entscheidungspraxis überhaupt gewährleisten zu können. In Betracht kämen (Rahmen-)Festlegungen, verwaltungsinterne Verwaltungsvorschriften oder Rechtsverordnungen durch die BNetzA.²⁸

3.4.1. Rahmenfestlegungen

Die bisherigen Verordnungsinhalte könnten zumindest teilweise als **Rahmenfestlegungen** durch die BNetzA erlassen werden.²⁹ Festlegungen im Sinn von § 29 EnWG sind eine administrative Handlungsform und bieten der BNetzA die Möglichkeit, Standardfragen zu klären und normative Regeln operationabel zu machen.³⁰ Als administrative konkret-generelle Regelungen handelt es sich bei Festlegungen um Allgemeinverfügungen gem. § 35 Satz 2 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). In der Literatur werden insofern jedenfalls aus Klarstellungsgründen erweiterte Ermächtigungen für die Bundesnetzagentur verlangt.³¹

24 EuGH, Urteil vom 2.9.2021, C-718/18 (Fn. 3), Rn. 130.

25 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 8f.

26 Statista 2022, [Anzahl der Stromnetzbetreiber in Deutschland in den Jahren 2011 bis 2021](#).

27 Statista 2022, [Anzahl der Gasnetzbetreiber in Deutschland in den Jahren 2011 bis 2021](#).

28 So *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 8f.

29 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 8f.

30 *Schmidt-Preuß* in: Säcker: Berliner Kommentar, 4. Aufl. 2019, EnWG, § 29 Rn. 11.

31 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 9.

Rechtsschutz gegen Festlegungen ermöglichen die Beschwerde vor dem Oberlandesgericht Düsseldorf und anschließend die Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof (§§ 75, 86 EnWG). Insofern könnte problematisch sein, dass, soweit eine gerichtliche Überprüfung möglich ist, den Gerichten nach Ansicht der Literatur „überproportional viel Macht“ eingeräumt werde.³²

3.4.2. Verwaltungsvorschriften

Eine Verlagerung von Regelungsinhalten in Verwaltungsvorschriften, die rein verwaltungsintern wirken, stellen nach Ansicht der Literatur mit Blick auf die **Rechtsschutzgarantie** keine rechtmäßige Lösung dar. Gegen Verwaltungsvorschriften als solche stünde den Netzbetreibern keine Rechtsschutzmöglichkeit offen.³³ Insbesondere bei der grundrechtsrelevanten Netzentgeltregulierung soll die Umsetzung daher in dieser Form ausgeschlossen sein.³⁴

3.4.3. Verordnungsermächtigung

Rechtssystematisch liegt es nahe, die abstrakt generellen Regelungen in der Rechtsform der Rechtsverordnung statt in konkret-generellen Festlegungen zu normieren. Denkbar wäre daher, dass statt des bisher berechtigten Ordnungsgebers die BNetzA zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigt wird. Theoretisch könnte die BNetzA entweder direkt oder im Wege der Subdelegation ermächtigt werden. Beiden Möglichkeiten stehen Bedenken entgegen.

Eine **direkte gesetzliche Ermächtigung der BNetzA** zum Erlass von Rechtsverordnungen stehen die abschließende Aufzählung der möglichen Adressaten in Art. 80 Abs. 1 Grundgesetz (GG)³⁵ entgegen. Danach können **Adressaten** einer Verordnungsermächtigung ausschließlich die Bundesregierung, ein Bundesminister oder die Landesregierungen sein.

Daher wird die Ermächtigung der BNetzA im Wege einer **vorweggenommenen Subdelegation** diskutiert.³⁶ Hierfür müsste das Gesetz zunächst die Bundesregierung oder einen Bundesminister, den sogenannten Erstdelegatar, zum Erlass von Rechtsverordnungen ermächtigen und zugleich zwingend die sofortige Übertragung der Befugnis an die BNetzA anordnen. Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG sieht ausdrücklich die Möglichkeit der Weiterübertragung der Verordnungsermächtigung per Verordnung durch den Erstdelegatar an einen nicht näher begrenzten Subdelegatar vor.³⁷

32 Meinzenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 1, 9.

33 Fälle gleichheitswidriger Behandlung ausgenommen; zur grundsätzlichen Ungeeignetheit von Verwaltungsvorschriften zur Umsetzung von Richtlinien: Krämer in: Groeben, von der/Schwarze/Ludwig, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 192 Rn. 59 mwN.

34 Meinzenbach/Klein/Uwer, N&R 2021, 1, 9.

35 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949 (BGBl. S. 1), zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.9.2020 (BGBl. I S. 2048).

36 Ludwigs, EnWZ 5/2019, 160, 161.

37 Zu den näheren Voraussetzungen vgl. etwa Dreier: in, Bauer, Grundgesetz, 3. Aufl. 2015, Art. 80 Rn. 39 ff.

Gegen die Rechtmäßigkeit einer gesetzlich vorweggenommenen Subdelegation werden erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken erhoben. Denn der Gesetzgeber hebele durch die Ermächtigung eines Subdelegatars den in Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG abschließend benannten Adressatenkreis der Erstdelegatäre der Sache nach aus.³⁸ Gleichwohl wurden in der Literatur bereits in der Vergangenheit³⁹ und erneut anlässlich der Prüfung der bundesdeutschen Regulierung durch den EuGH eine vorweg genommene Subdelegation der Verordnungsermächtigung auf die BNetzA als präferierte Lösung in Betracht gezogen.⁴⁰ Die Stimmen argumentieren damit, dass die vorweg genommene Subdelegation dem richtlinienrechtlichen Leitbild einer unabhängigen Regulierungsbehörde entspricht. Zudem schließe der Wortlaut von Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG die vorweg genommene Subdelegation nicht ausdrücklich aus und das GG sei insofern europarechtsfreundlich auszulegen.⁴¹ Gleichwohl verbleibenden verfassungsrechtlichen Bedenken müssten nach Ansicht von *Ludwigs* mit einer Verfassungsänderung in Art. 80 GG begegnet werden.⁴²

Die gesetzlich vorweggenommenen Subdelegationen bieten nach Ansicht seiner Befürworter den **Vorteil**, dass das Konzept des normierenden Regulierungskonzeptes durch die Regulierungsbehörde quasi fortgeführt werden könnte. Hieraus ergäbe sich für Betroffene eine gesteigerte **Vorhersehbarkeit** und **Berechenbarkeit**.⁴³

Die Lösung wird aber auch – unabhängig von ihrer verfassungsrechtlichen Zulässigkeit – teilweise kritisch gesehen. Bei einer Übernahme des bestehenden Verordnungskonzeptes stellen Stimmen in der Literatur allerdings auch kritisch in Frage, ob dies für die neu zu schaffende Unabhängigkeit der BNetzA ausreiche.⁴⁴

3.5. „Duales Modell“

Vereinzelt wird als **Zwischenlösung** ein duales Modell vorgeschlagen:⁴⁵ Der Bundesregierung soll weiterhin die Möglichkeit offen stehen, im Ordnungswege „Policy-Vorschriften“, also besonders wesentliche und rechtsgestaltende Vorschriften, zu erlassen. Daneben sollen der BNetzA operative bzw. fachspezifische Administrativentscheidungen im Wege der Festlegung obliegen.⁴⁶

38 *Ossenbühl* in: Isensee/Kirchhoff, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 5, 3. Aufl. 2007, § 103 Rn. 37; *Uhle* in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, Stand: 1.5.2022, Art. 80 Rn. 34.

39 *Britz*, EuZW 2004, 462, 463f.; *Holznagel/Göge*, ZNER 2004, 218, 223f.

40 *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 161.

41 *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 162.

42 *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 162, Fußnote 33.

43 *Ludwigs*, EnWZ 5/2019, 160, 162.

44 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 9.

45 *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173, 174, 179.

46 *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173, 174ff., 179.

4. Vorbilder aus anderen EU-Ländern

4.1. Gesetzliche Grundlagen der Unabhängigkeit in einzelnen Mitgliedstaaten

Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden gestaltet sich in jedem Mitgliedsstaat unterschiedlich. Das nationale Recht der Mitgliedsstaaten sieht grundsätzlich die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden vor, jedoch sind die näheren Festlegungen nicht einheitlich.

Einige Staaten halten in den rechtlichen Grundlagen fest, dass sowohl die Regulierungsbehörde als auch deren Mitglieder unabhängig von politischen und wirtschaftlichen Eingriffen agieren sollen (**Spanien, Litauen, Slowakei, Frankreich**). Andere Länder haben lediglich festgelegt, dass die Mitglieder bzw. die Organe der Regulierungsbehörde unabhängig sind (**Rumänien, Österreich, Griechenland**) oder nur die Regulierungsbehörde selbst (**Bulgarien, Tschechische Republik, Kroatien, Deutschland, Ungarn**).⁴⁷

In **Spanien** handelt die Regulierungsbehörde vollständig autonom und ist demnach unabhängig von der Regierung, den Behörden und anderen Marktakteuren.⁴⁸

Das Energiesgesetz in **Litauen** sieht vor, dass die Regulierungsbehörde unabhängige Entscheidungen trifft, die folglich nicht von einer staatlichen Institution, einem Unternehmen oder einer anderen Organisation beeinflusst werden dürfen. Außerdem ist ausdrücklich auch die Unabhängigkeit des Kommissionsvorsitzenden und der Kommissionsmitglieder im Gesetz festgehalten. Diese sind verpflichtet unabhängig von Marktinteressen zu handeln und dürfen bei der Erfüllung ihrer Aufgaben weder Weisungen der Regierung oder einer anderen öffentlichen bzw. privaten Person einholen noch ausführen.⁴⁹

Österreich hat ausdrücklich im Gesetz festgelegt, dass die Organe der Regulierungsbehörde bei der Ausübung ihrer Aufgaben nicht an Weisungen der Regierung gebunden sind und unabhängig von Marktinteressen handeln. Einige Tätigkeitsbereiche sind in Österreich von dieser Bestimmung ausgenommen. In diesen Bereichen arbeitet die Regulierungsbehörde unter der Leitung und auf Anweisung des Ministeriums für Wissenschaft, Entwicklung und Wirtschaft. Diese Tätigkeitsbereiche liegen allerdings außerhalb der regulatorischen Verpflichtungen, die das EU-Recht den Regulierungsbehörden vorschreibt oder werden zusätzlich zu diesen bearbeitet.⁵⁰

47 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 41.

48 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40; Real Decreto 657/2018, Capítulo I, Artículo 2.1.

49 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40; Republic of Lithuania – Law on Energy, Art. 8 Nr. 11.3.

50 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40; § 5 Abs. 2 Energie-Control-Gesetz.

In anderen Mitgliedstaaten (**Tschechische Republik, Slowakei, Frankreich, Rumänien**) werden verschiedene Formulierungen genutzt, um die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden zu beschreiben. Die Gesetze bestimmen folglich nicht ausdrücklich die Unabhängigkeit, jedoch ergibt sich diese aus einer Reihe von Bestimmungen.⁵¹

Das Gesetz in **Bulgarien** sieht ausdrücklich lediglich die politische Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von der Exekutive vor. Die Interessen des Marktes finden in Bezug auf die Unabhängigkeit keine Erwähnung.⁵²

In **Kroatien** und **Ungarn** findet die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde von politischen und marktwirtschaftlichen Einflüssen in den Gesetzen, die deren Status und ihre Befugnisse regeln, keine Erwähnung.⁵³

4.2. Slowakei Vorabentscheidungsverfahren

Ein vergleichbarer Sachverhalt wurde in Vorabentscheidungsverfahren⁵⁴ in der Sache „Prezident Slovenskej republiky“ vorgelegt. Dieses Verfahren betrifft die Auslegung von Art. 35 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2009/72/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt. Vorrangig ging es dabei um die Befugnis der Regierung eines Mitgliedstaats, den Präsidenten der Regulierungsbehörde zu ernennen, sowie um die Beteiligung von Vertretern von Ministerien an Verfahren vor der Regulierungsbehörde.⁵⁵ In dieser Entscheidung wird den zuständigen Regulierungsbehörden ein gewisses Ermessen zugesprochen. Auch eine **Beteiligung der Regierung**, insbesondere in Form von Vertretern der Ministerien, ist hiernach möglich. Jedoch darf diese Beteiligung, insbesondere die Stellungnahmen, **keine Weisungen** enthalten, nach denen sich die Regulierungsbehörde bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und Befugnisse zu richten hätte.⁵⁶ Im Rahmen dieses Verfahrens wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, die Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden zu gewährleisten und sicherzustellen, dass diese ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben. Außerdem soll diese Unabhängigkeit weiter gestärkt werden.⁵⁷

51 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40.

52 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40; Energy Act (Bulgarien, englische Übersetzung), Art. 10 (3).

53 [Assessing the independence and effectiveness of national regulatory authorities in the field of energy - Publications Office of the EU \(europa.eu\)](#), S. 40.

54 Urteil des Gerichtshofs, 11.6.2020, [C-378/19](#).

55 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 4.

56 EuGH, 11.6.2020, C-378/19 (Fn. 54), Rn. 63.

57 EuGH, 11.6.2020, C-378/19 (Fn. 54), Rn. 24, 31.

4.3. Belgien Vertragsverletzungsverfahren

Ferner zu erwähnen ist ein Vertragsverletzungsverfahren⁵⁸ gegen das Königreich Belgien. In diesem geht es um einen Verstoß gegen die in Art. 37 Abs. 6 der Richtlinie 2009/72/EG vorgesehene Entscheidungsbefugnis der Regulierungsbehörde und den Verstoß gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit aus Art. 35 Abs. 4 und 5. Der EuGH sieht eine Verletzung darin, dass der belgischen **Regierung entscheidende Befugnisse** übertragen wurden. Die Befugnisse der Regierung beinhalten unter anderem eine Mitwirkung der Gewinnspanne, wodurch der Regulierungsbehörde wichtige Elemente zur Festlegung der Tarife entzogen werden.⁵⁹ Durch Erlass einer technischen Verordnung konnte das Staatsoberhaupt (der König) Einfluss auf den Netzzugang im Strombereich nehmen und durch Erlass eines Verhaltenskodex auf den Zugang zu Erdgasfernleitungen.⁶⁰

„Mehrere Bestimmungen des Elektrizitätsgesetzes und des Erdgasgesetzes erlaubten es der Regulierungsbehörde, im vorliegenden Fall der CREG, nicht, verbindliche Entscheidungen über die Transparenz und den freien Wettbewerb auf dem Markt zu treffen und die verhältnismäßigen und erforderlichen Maßnahmen zur Förderung eines wirksamen Wettbewerbs und zur Gewährleistung des reibungslosen Funktionierens des Marktes gegenüber den Elektrizitäts- und Gasunternehmen zu erlassen.“⁶¹

Die Kommission trägt vor, dass der Regulierungsbehörde die Befugnis zum eigenständigen Erlass von Entscheidungen verliehen werden muss.⁶²

In einem anderen Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Belgien wurde bereits ein Verstoß gegen die Richtlinie 2003/54/EG und 96/92/EG festgestellt. Unter anderem wurde darin beanstandet, dass einer **anderen Behörde** als der Regulierungsbehörde die Zuständigkeit für die Berechnung von Tarifen in Bezug auf gewisse Stromleitungsanlagen übertragen wurde.⁶³

5. Andere bundesdeutsche Institutionen

Mit Blick auf andere bundesdeutsche Behörde lässt sich erkennen, dass es bereits unabhängig organisierte Behörden gibt. Diese stellen oberste Bundesbehörden⁶⁴ dar, die kein Ministerium und nicht Teil der Bundesregierung sind. Ähnlich zu unabhängigen obersten Bundesbehörden ist die

58 EuGH, Urteil vom 3.12.2020, [C-767/19](#).

59 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 4; *Ludwigs*, N&R 2021, 1, 5.

60 *Schmidt-Preuß*, RdE 2021, 173, 174; Generalanwalt beim EuGH, Schlussantrag vom 14.1.2021, C-718/18 (Fn. 4), Rn. 124.

61 EuGH, Urteil vom 3.12.2020, C-767/19 (Fn. 58), Rn. 61.

62 EuGH, Urteil vom 3.12.2020, C-767/19 (Fn. 58), Rn. 63.

63 EuGH, Urteil vom 29.10.2009, [C-474/08](#).

64 Oberste Bundesbehörden sind alle Behörden des Bundes, die keiner anderen Behörde nachgeordnet sind (*Weber*, Rechtswörterbuch, Oberste Bundesbehörden).

Unabhängigkeit des Bundesrechnungshofs (als oberstes Bundesorgan) und der Bundesbank zu betrachten. Diese sind im **Grundgesetz** verankert und erhalten somit eine besondere Stellung: Sie unterliegen zwar wie alle übrigen exekutiven Instanzen der Bindung an das Gesetz, jedoch nehmen sie ohne vorgegebene Kontrollinstanz eigenständig die Verantwortung wahr, dieser Bindung zu entsprechen.⁶⁵ Die Unabhängigkeit der **Datenschutzbehörde** ist nicht im Grundgesetz verankert. Sie ist in keine Struktur der Exekutive eingegliedert. Die Kontrolle erfolgt ausschließlich durch die Gerichte und das Parlament. Folglich könnte die Organisation der Datenschutzbehörde als Grundlage dienen, die erforderliche Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur umzusetzen.

5.1. Datenschutzbehörde

Gegenstand in dem Vertragsverletzungsverfahren⁶⁶ Kommission/Deutschland war die Unvereinbarkeit des nationalen Rechts mit Art. 28 Abs. 1 Unterabs. 2 der (Datenschutz-)Richtlinie 95/46 (EG). Die Richtlinie besagt:

„Diese Stellen [Kontrollstellen] nehmen die ihnen zugewiesenen Aufgaben in völliger Unabhängigkeit wahr.“⁶⁷

Eine Verletzung dieser Richtlinie sah der EuGH darin, dass die zuständigen Kontrollstellen in den Bundesländern einer staatlichen Aufsicht unterworfen waren.⁶⁸ Die datenschutzrechtlichen Kontrollstellen sollen vor einem möglichen Missbrauchs durch staatliche Einflussnahme geschützt werden.⁶⁹

Die Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde ist außerdem in Art. 52 der Datenschutzgrundverordnung festgehalten. Im aktuellen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)⁷⁰ heißt es in § 10:

„(1) Die oder der Bundesbeauftragte handelt bei der Erfüllung ihrer oder seiner Aufgaben und bei der Ausübung ihrer oder seiner Befugnisse völlig unabhängig. Sie oder er unterliegt weder direkter noch indirekter Beeinflussung von außen und ersucht weder um Weisung noch nimmt sie oder er Weisungen entgegen.

(2) Die oder der Bundesbeauftragte unterliegt der Rechnungsprüfung durch den Bundesrechnungshof, soweit hierdurch ihre oder seine Unabhängigkeit nicht beeinträchtigt wird.“

65 Kreuter-Kirchhof, NVwZ 2021, 589, 590.

66 EuGH, Urteil vom 9.3.2010, [C-518/07](#).

67 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

68 EuGH, Urteil vom 9.3.2010, C-518/07 (Fn. 66), Rn. 11; s. dazu: *Rofnagel*, Unabhängigkeit der Datenschutzaufsicht – Zweites Gesetz zur Änderung des BDSG, ZD 2015, 106, 107.

69 *Meinzenbach/Klein/Uwer*, N&R 2021, 1, 5f.

70 Bundesdatenschutzgesetz vom 30.6.2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23.6.2021 (BGBl. I S. 1858).

In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass durch den § 10 BDSG Artikel 42 Abs. 1, 2 und 6 der Richtlinie (EU) 2016/680 umgesetzt wurde.⁷¹

Dabei geht es insbesondere darum, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten gewährleistet wird.⁷²

Zuvor war die Behörde dem Bundesinnenministerium untergegliedert und war somit von dessen Weisung abhängig.⁷³ Die vollständige Unabhängigkeit der Datenschutzbehörde wurde mit Verabschiedung des BDSG sichergestellt; sie ist in keine Struktur der Exekutive eingebunden.⁷⁴ Die oberste Aufsichtsbehörde ist seitdem der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI). Dieser ist zuständig für die Überwachung des Datenschutzes bei öffentlichen Stellen des Bundes und bei Unternehmen, die Telekommunikations- und Postdienstleistungen erbringen.⁷⁵ Jedes Bundesland⁷⁶ hat eigene unabhängige Datenschutzbeauftragte, die als oberste Landesbehörde organisiert sind und dementsprechend auf Landesebene zuständig sind.

5.2. Bundesbank

Die Unabhängigkeit der Bundesbank ist in Art. 88 GG verankert. § 12 (Verhältnis der Bank zur Bundesregierung) des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank (BBankG)⁷⁷ setzt dies um:

„Die Deutsche Bundesbank ist bei der Ausübung der Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen, von Weisungen der Bundesregierung unabhängig. Soweit dies unter Wahrung ihrer Aufgabe als Bestandteil des Europäischen Systems der Zentralbanken möglich ist, unterstützt sie die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung.“

Die Rechtsform der Bundesbank wird beschrieben als eine bundesunmittelbare juristische Person, § 2 BBankG.⁷⁸ Es besteht Streitigkeit darüber, ob die Bundesbank als oberstes Bundesorgan

71 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, Drucksache [18/11325](#), zu § 10 (Unabhängigkeit), S. 84.

72 Richtlinie (EU) [2016/680](#), Erwägungsgrund 117.

73 Kommentar zu Art. 52 DSGVO – [Wie wird die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden in Deutschland gewährleistet?](#); Kühling/Buchner, DS-GVO (3. Auflage 2020), Art. 52 Unabhängigkeit, C. Umsetzung in Deutschland.

74 BT – Drucksache [18/2848](#), S. 16.

75 Kühling/Buchner/Bange, 3. Aufl. 2020, BDSG § 9 Rn. 4.

76 So z. B. § 18 Niedersächsisches Datenschutzgesetz (NDSG).

77 Gesetz über die Deutsche Bundesbank in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 1992 (BGBl. I S. 1782), zuletzt geändert durch Artikel 14 Abs. 3 des Gesetzes vom 28. Juni 2021 (BGBl. I S. 2250).

78 Näheres zu der Rechtsform der Bundesbank s. *Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber*, 95. EL Juli 2021, GG Art. 88 Rn. 68.

i. S. d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG als „anderer Beteiligter“ zu qualifizieren ist. Sie ist zwar nicht an der Staatsleitung beteiligt, jedoch in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestattet.⁷⁹

Das Ziel der Unabhängigkeit wurde auch EU-rechtlich durch Art. 130 und Art. 282 Abs. 3 S. 2 AEUV festgeschrieben. Laut Art. 130 AEUV dürfen die Zentralbanken bei Wahrnehmung ihrer Befugnisse, Aufgaben und Pflichten, keine Weisungen von Organen, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union, Regierung der Mitgliedstaaten oder anderen Stellen einholen oder entgegennehmen.

Art. 88 S. 2 GG verdeutlicht, dass die Bundesbank dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet ist. Durch Einfügung von Art. 88 Satz 2 GG hat der Verfassungsgeber im Dezember 1992 die Voraussetzungen für den Transfer von Kompetenzen der Bundesbank auf das europäische Zentralbanksystem geschaffen.⁸⁰ Mit dem Eintritt in die dritte Stufe der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion ist die Währungssouveränität unwiderruflich auf die Europäische Zentralbank übergegangen.⁸¹ Der Bundesbank verbleiben auch nach Ausübung der Option des Art. 88 S. 2 GG eigenverantwortliche Funktionen, etwa nach Art. 14.4, 16, 18, 22–24 ESZB-Satzung.⁸²

Die sachliche (institutionelle) Unabhängigkeit wird durch die angeordnete Weisungsfreiheit gewährleistet. Bereits ein Versuch der Einflussnahme ist ausdrücklich untersagt und die Unabhängigkeit ist für die Institution und die Mitglieder ihrer Beschlussorgane garantiert.⁸³

Auch die Unabhängigkeit der in den Beschlussorganen mitwirkenden natürlichen Personen ist geschützt (persönliche Unabhängigkeit). Zu der Unabhängigkeitsgarantie gehört es, dass Mitglieder der Beschlussorgane nicht während einer Amtszeit entlassen oder versetzt werden können.⁸⁴

5.3. Unabhängigkeit der Gerichte

Die Richter fungieren als rechtsprechende Gewalt und dies unabhängig von Einflussnahmen Dritter auf die Streitentscheidung. Die richterliche Unabhängigkeit ist wichtiger Bestandteil der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG).⁸⁵

79 *Jarass/Pieroth*, 16. Aufl. 2020, GG Art. 93 Rn. 66; *Dürig/Herzog/Scholz/Walter*, 95. EL Juli 2021, GG Art. 93 Rn. 207.

80 *Berger/Rübsamen*, 2. Auflage 2014, BBankG Einleitung, Rn. 6.

81 *Heun*, in: *Dreier*, 3. Auflage 2018, GG Art. 88 Rn. 8 mwN.

82 *Heun*, in: *Dreier*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 88 Rn. 17; Europäische Zentralbank, Institutionelle Vorschriften, [Satzung der ESZB und der EZB](#).

83 *Sachs/Siekmann*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 88 Rn. 54.

84 *Sachs/Siekmann*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 88 Rn. 58, 59.

85 *Dreier/Schulze-Fielitz*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 97 Rn. 14.

In Art. 97 Abs. 1 GG heißt es:

„Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen.“

Diese sachliche Unabhängigkeit garantiert, dass die Richter in ihrer richterlichen Tätigkeit an Weisungen nicht gebunden sind. Die Weisungsfreiheit bedeutet, dass die Entscheidung und der Entscheidungsprozess frei von Einwirkungen anderer sein muss. Darunter fallen auch Empfehlungen oder andere vermeidbare Einflussnahmen, die geeignet sind, einen Richter in seiner Unabhängigkeit zu beeinflussen. Von Art. 97 Abs. 1 GG sind alle Richter in gleichem Umfang geschützt, Berufs- und Laienrichter, haupt- und nebenberufliche sowie ehrenamtliche Richter, Richter auf Zeit, auf Lebenszeit, auf Probe und kraft Auftrags.⁸⁶

Die persönliche Unabhängigkeit sichert zusätzlich zur sachlichen Unabhängigkeit, dass die Richter während der Amtszeit soweit wie möglich in ihrem amtsrechtlichen Status von vermeidbaren Einflussnahmen der Exekutive verschont bleiben. Die Richter werden so dahingehend abgesichert, dass sie für Entscheidungen, die in sachlicher Unabhängigkeit getroffen wurden, nicht in persönlicher Weise verantwortlich gemacht werden können. Für hauptamtlich und planmäßig angestellte Richter wird dies durch Art. 97 Abs. 2 GG ergänzt. Danach können Richter gegen ihren Willen nur noch kraft richterlicher Entscheidung nach Maßgabe formeller Gesetze vorzeitig aus ihrem Amt gedrängt werden.⁸⁷

Die institutionelle Unabhängigkeit der Gerichte selbst ist verfassungsrechtlich nicht ausdrücklich geregelt. Diese ergibt sich aber aus „grundgesetzlichen Grundsätzen“⁸⁸ und einfachgesetzlichen Vorschriften. Laut § 1 Gerichtsverfassungsgesetz wird die richterliche Gewalt durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt. Diese hängt unmittelbar mit der Unabhängigkeit der Richter zusammen.⁸⁹

Insgesamt ist die richterliche Unabhängigkeit als Beispiel für eine unabhängige Behörde mit Exekutivgewalt allenfalls bedingt geeignet: Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung beruht insbesondere auch auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 GG).

5.4. Unabhängigkeit des Bundesrechnungshofs

Die Aufgabe des Bundesrechnungshofs ist die umfassende Finanzkontrolle des Bundes, Art. 114 Abs. 2 GG. Die Prüfungskompetenz steht im Vordergrund, der Bundesrechnungshof kann allerdings auch außerhalb seines verfassungsmäßigen Prüfauftrags in einer Beratungsfunktion tätig

86 Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, 95. EL Juli 2021, GG Art. 97 Rn. 19, 21, 22; Sachs/Detterbeck, 9. Aufl. 2021, GG Art. 97 Rn. 11.

87 Dreier/Schulze-Fielitz, 3. Aufl. 2018, GG Art. 97 Rn. 48; Dürig/Herzog/Scholz/Hillgruber, 95. EL Juli 2021, GG Art. 97 Rn. 98.

88 Meyer, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 7. Auflage 2021, Art. 97 Rn. 142.

89 Anders/Gehle/Vogt-Beheim, 80. Aufl. 2022, GVG § 1 Rn. 3.

werden, § 88 Bundeshaushaltsordnung (BHO)⁹⁰. Der Prüfungsgegenstand ist die Haushalts- und Wirtschaftsführung. Dieser Prüfungsgegenstand, der Prüfungsmaßstab und das Prüfungsverfahren werden in den §§ 88 bis 104 BHO näher festgelegt.⁹¹

Eine entsprechende Kontrolle setzt die Unabhängigkeit des Bundesrechnungshofs voraus, denn nur so kann die Grundfunktion der Finanzkontrolle gewährleistet werden. In Art. 114 Abs. 2 GG wird die Institution des Bundesrechnungshofs als solche garantiert und in Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG wird explizit die richterliche Unabhängigkeit für die Mitglieder des Bundesrechnungshof gewährleistet.⁹²

Der Bundesrechnungshof wird in § 1 Bundesrechnungshofgesetz als oberste Bundesbehörde bezeichnet. Es handelt sich jedoch nach herrschender Ansicht um ein oberstes Bundesorgan, das im Organstreitverfahren als „anderer Beteiligter“ (Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG) parteifähig ist. Die Streitbeteiligung ist vergleichbar mit der der Bundesbank (s. unter 5.2.). Der Bundesrechnungshof ist gegenüber anderen Staatsorganen unabhängig und selbstständig, nur Gesetz und Verfassung unterworfen und nicht in politische Verantwortung eingebunden.⁹³

Durch Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG wird die sachliche und persönliche Unabhängigkeit wie bei Richtern in entsprechender Weise garantiert. Die Mitglieder des Bundesrechnungshofs sind folglich den Richtern in ihrer Unabhängigkeit gleichgestellt (vgl. unter 5.3.). Diese Unabhängigkeitsgarantie umfasst für den Bundesrechnungshof auch die freie Wahl des Prüfungsgegenstandes und die selbständige Schwerpunktsetzung.⁹⁴

90 Bundeshaushaltsordnung vom 19.8.1969 (BGBl. I S. 1284), zuletzt geändert durch Artikel 21 des Gesetzes vom 20.8.2021 (BGBl. I S. 3932).

91 *Kai von Lewinski/Daniela Burbat*, 1. Aufl. 2013, BHO § 88 Rn. 5f.

92 *Dreier/Heun/Thiele*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 114 Rn. 22; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 114 Rn. 110.

93 *Jarass/Pieroth*, 16. Aufl. 2020, GG Art. 114 Rn. 3; *Dreier/Heun/Thiele*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 114 Rn. 20; *Jarass/Pieroth*, 16. Aufl. 2020, GG Art. 93 Rn. 66; *Dürig/Herzog/Scholz/Walter*, 95. EL Juli 2021, GG Art. 93 Rn. 207; a. A. zur Einordnung des Bundesrechnungshofs als oberstes Bundesorgan: v. *Münch/Kunig/Meyer*, 7. Aufl. 2021, GG Art. 93 Rn. 58.

94 *Dreier/Heun/Thiele*, 3. Aufl. 2018, GG Art. 114 Rn. 23; v. *Mangoldt/Klein/Starck/Schwarz*, 7. Aufl. 2018, GG Art. 114 Rn. 110.