

Die Gewährleistung der Netzstabilität

Inaugural-Dissertation

**zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Rechte durch
die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster**

vorgelegt von Yu-Hsuan Lin

aus Taipeh

2018

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dirk Ehlers

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Bernd Holznagel

Dekan/in: Prof. Dr. Klaus Boers

Tag der mündlichen Prüfung: 15.05.2018

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
II. Vorgehensweise	5
B. Die rechtliche Grundlage des Energiewirtschaftsrechts.....	6
I. Das Erfordernis der Regulierung im Energiesektor.....	6
II. Die Zwecke des Energiewirtschaftsrechts	7
III. Das Rangverhältnis für die Zielsetzungen des § 1 EnWG	41
C. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit	51
I. Pflicht des Netzbetreibers zur Gewährleistung der Netzstabilität (§ 13 Abs. 1 EnWG)	51
II. Das Verhältnis der Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber zum Einspeisemanagement (§ 14 EEG)	75
III. Zwischenergebnis	97
D. Die Problematik der Vorhaltung der Reservekraftwerke	98
I. Das Gesetz zur Schaffung der Regelungskompetenz	99
II. Risikorecht.....	114
III. Kraftwerksbetreiber als Indienstrahle Privater	146
IV. Verfassungsmäßigkeit des Stilllegungsverbots.....	180
E. Kostenausgleich	195
I. Finanzverantwortung	195
II. Einordnung der Regelung der Vergütung	200
F. Fazit.....	239
Literaturverzeichnis.....	243

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
1. Technischer Hintergrund	2
2. Die Gefahr des Zusammenbruchs der Energieversorgung	3
II. Vorgehensweise	5
B. Die rechtliche Grundlage des Energiewirtschaftsrechts	6
I. Das Erfordernis der Regulierung im Energiesektor	6
II. Die Zwecke des Energiewirtschaftsrechts	7
1. Die Versorgungssicherheit	7
a. Die unionsrechtlichen Vorgaben	8
b. Die nationalrechtlichen Vorgaben	11
aa. Verfassungsrechtliche Vorgaben	11
aaa. Die Staatsaufgaben	11
bbb. Die Gesetzgebungskompetenzzuweisung (Art. 74 Nr. 11 GG) ...	15
ccc. Das Sozialstaatsprinzip	16
ddd. Die möglichen Wahrnehmungsformen für die Gewährleistungspflicht	21
bb. Einfachgesetzliche Vorgaben	23
2. Die Preisgünstigkeit der Energieversorgung	26
3. Die Verbraucherfreundlichkeit der Energieversorgung	28
4. Effiziente Energieversorgung	30
5. Die Umweltverträglichkeit	33
a. Die unionsrechtlichen Vorgaben	33
b. Die nationalrechtlichen Vorgaben	36
III. Das Rangverhältnis für die Zielsetzungen des § 1 EnWG	41
1. Vorstellungen des europäischen Energierechts	42
2. Vorstellungen des deutschen Energierechts	44
3. Zwischenergebnis	49
C. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit	51
I. Pflicht des Netzbetreibers zur Gewährleistung der Netzstabilität (§ 13 Abs. 1 EnWG)	51
1. Vorliegen der Gefährdung oder Störung der Sicherheit und Zuverlässigkeit (§ 13 Abs. 4 EnWG)	52
a. Örtlicher Ausfall	53
b. Kurzfristige Netzengpässe	54
c. Die technische Funktionsbedingungen	55

2.	Maßnahmen der Netzbetreiber bei Gefährdung oder Störung	
	(§ 13 EnWG).....	56
a.	Netzbezogene Maßnahmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 EnWG)	58
b.	Marktbezogene Maßnahmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG).....	60
aa.	Der Einsatz von Regelenergie.....	61
bb.	Das Engpassmanagement	62
cc.	Vertraglich vereinbarte ab- und zuschaltbare Lasten.....	65
dd.	Mobilisierung zusätzlicher Reserven.....	69
c.	Notfallmaßnahmen (§ 13 Abs. 2 EnWG)	70
3.	Die Verantwortung der Verteilernetzbetreiber (§ 14 EnWG).....	74
II.	Das Verhältnis der Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber zum Einspeisemanagement (§ 14 EEG)	75
1.	Das Einspeisemanagement gemäß § 14 EEG	76
a.	Zweck des § 14 EEG	77
b.	Technische Vorgaben für das Einspeisemanagement (§ 9 Abs. 1 EEG)	78
c.	Anwendungsbereich des Einspeisemanagements.....	81
aa.	Vorliegen eines Netzengpasses	82
bb.	Wahrung des Vorrangs für Strom aus erneuerbaren Energien, Grubengas und KWK	84
cc.	Berücksichtigung von Verlagerungspotenzialen.....	85
d.	Entschädigungspflicht (§ 15 EEG).....	86
2.	Die Kollisionsregelung und die Auflösung	88
a.	Die gesetzliche Rangfolge der Maßnahmen.....	91
b.	Ausnahmefälle des Einspeisevorrangs von EEG- und KWK-Anlagen... 93	
aa.	Vertragliche Vereinbarungen zur besseren Netzintegration (§ 11 Abs. 3 EEG).....	93
bb.	Verhinderung der Verpflichtungen der Beseitigung einer Gefährdung oder Störung (§ 13 Abs. 3 S. 4 EnWG)	95
III.	Zwischenergebnis	97
D.	Die Problematik der Vorhaltung der Reservekraftwerke	98
I.	Das Gesetz zur Schaffung der Regelungskompetenz	99
1.	Pflicht der Kraftwerksbetreiber	99
a.	Anzeigepflicht mindestens zwölf Monate vor der Stilllegung	100
b.	Betriebs- und Erhaltungspflicht nach bestimmtem Standard (§ 13 b Abs. 4, 5 EnWG)	102
2.	Maßnahme gegen die Kraftwerksstilllegungen (§ 13 b Abs. 2 EnWG).....	102
a.	Systemrelevante Kraftwerke	103

b. Stilllegungsverbot.....	106
3. Sonderstellung der Gaskraftwerke (§ 13 f EnWG).....	107
a. Voraussetzungen für die Geltung des § 13 f EnWG.....	108
b. Folge der Ausweisung	108
4. Netzreserveverordnung	110
5. Dauer der Maßnahmen.....	111
6. Zwischenergebnis.....	113
II. Risikorecht.....	114
1. Sicherheit.....	114
a. Die liberale Phase	115
b. Die sozialstaatliche Phase.....	117
c. Die Vorsorge	118
2. Risiko	120
a. Die im Risiko liegende Ungewissheit	121
b. Von der Gefahr zum Risiko	124
aa. Das Dreistufenmodell	125
bb. Das Zweistufenmodell	127
cc. Die Kennzeichen einer Risikoverwaltung	130
c. Verfassungsrechtliche Grenzen	132
aa. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers	133
bb. Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte.....	135
aaa. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.....	138
bbb. Das Verhältnis zwischen Übermaß- und Untermaßverbot.....	139
ccc. Abwägung.....	142
ddd. Prozeduralisierung des Grundrechtsschutzes	143
d. Zwischenergebnis	145
III. Kraftwerksbetreiber als Indienstnahme Privater.....	146
1. Das rechtliche Institut der Indienstnahme.....	147
a. Merkmale der Indienstnahme	147
aa. Die Übertragung der öffentlichen Aufgaben	148
bb. Zwang	151
cc. Fremd-nützigkeit als Begrenzungsmaßstab	152
b. Die Begrenzung mit anderen Instituten zur Übertragung der öffentlichen Aufgaben	154
c. Die Beispiele der Indienstnahme.....	158
d. Zwischenergebnis	161
2. Die grundrechtliche Rahmen für das Institut der Indienstnahme Privater	162

a.	Die getrennte verfassungsmäßige Beurteilung der Pflichtauferlegung und des Lastenausgleichs	162
b.	Art. 12 Abs. 2 GG als Maßstab der Indienstnahme Privater	164
c.	Vereinbarkeit der Indienstnahme Privater mit Art. 12 Abs. 1 GG.....	167
aa.	Das Verhältnis zwischen Art. 12 und Art. 14 GG	167
bb.	Der eingerichtete Gewerbebetrieb und das ausgeübte Gewerbe	168
cc.	Grundrechtskonkurrenz	170
d.	Der Konnex	172
aa.	Die polizeirechtliche Nichtstörer-Dogmatik.....	175
bb.	Finanzverfassungsrecht.....	178
IV.	Verfassungsmäßigkeit des Stilllegungsverbots.....	180
1.	Schutzbereich	181
2.	Eingriff	182
a.	Eingriff in die Berufsausübungs- oder Berufswahlfreiheit.....	183
b.	Intensität des Eingriffs.....	184
3.	Rechtfertigung	186
a.	Legitimer Zweck	186
b.	Geeignetheit.....	187
c.	Erforderlichkeit.....	188
d.	Angemessenheit.....	190
aa.	Realitätsnahe und sachgerechte Indienstnahme des Anlagenbetreibers	191
bb.	Abwägung.....	192
E.	Kostenausgleich	195
I.	Finanzverantwortung	195
1.	Vergütung	195
2.	Der Gewährleistungsstaat.....	196
a.	Infrastrukturverantwortung des Staats.....	197
b.	Kooperation von Staat und Gesellschaft	198
II.	Einordnung der Regelung der Vergütung	200
1.	Preisregelung.....	200
2.	Sonderabgabe	202
a.	Wirksamkeitsvoraussetzungen von Sonderabgaben.....	203
aa.	Verfolgung eines Sachzwecks.....	203
bb.	Gruppenhomogenität	204
cc.	Sachnähe und Gruppenverantwortung.....	205
dd.	Gruppennützige Verwendung des Aufkommens.....	207
ee.	Haushaltsrechtliche Informationspflicht.....	207

b.	Anwendbarkeit der Sonderabgabendogmatik.....	208
aa.	Formale Maßstäbe	208
bb.	Materielle Bewertung	210
3.	Würdigung.....	211
a.	Maßstäbe zur Abgrenzung zwischen Sonderabgabe und Preisregelung	212
aa.	Entscheidungsspielräume	214
bb.	Aufkommenswirkung	217
cc.	Einschlägigkeit des Urteils des Europäischen Gerichts vom 10. Mai 2016.....	219
dd.	Die Vergütung als Preisregelung.....	222
ee.	Die Lastgleichheit des Bürgers und die Finanzierungsverantwortung	224
b.	Grundrechte der Betroffenen	225
aa.	Systemrelevante Anlagenbetreiber	226
bb.	Übertragungsnetzbetreiber.....	229
aaa.	Die Sonderstellung des Betreibers des Übertragungsnetzes in der Energieversorgung.....	230
bbb.	Die Pflicht des Netzausbaus als Anhaltspunkt für die besondere Verantwortung	231
ccc.	Verfassungsmäßigkeit.....	232
cc.	Endverbraucher.....	235
F.	Fazit.....	239
	Literaturverzeichnis.....	243

A. Einleitung

I. Problemstellung

Die Bedeutung der Energieversorgung für das moderne Leben ist ohne Zweifel groß. Entsprechend einer Formulierung des Bundesverfassungsgerichts kann man sie als „so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot“ ansehen. Um die reibungslose Energieversorgung zu garantieren, ist ein sicheres Energieübertragungsnetzsystem Voraussetzung. Der Energiemarkt selbst ist dynamisch und durch die Energiepolitik beeinflussbar. Nach der Katastrophe in Fukushima 2011 erfuhr die Energiepolitik in Deutschland eine Wende. Der Bundestag entschied, auf die Kernenergie zu verzichten und die im Herbst 2010 beschlossene Laufzeitverlängerung von Kernkraftwerken rückgängig zu machen¹. Die Nutzung der Kernenergie wurde zeitlich gestaffelt und soll bis zum Jahr 2022 beendet sein². Der Einfluss auf das gesamte Energieversorgungssystem ist schwerwiegend. Die Versorgungsunternehmen müssen jetzt versuchen, die Nachfrage der Verbraucher ohne Atomenergie zu gewährleisten. Ein anderer Faktor, der das Energieversorgungssystem komplett verändert, ist die Politik zur Förderung der erneuerbaren Energien. Nach § 8 Abs. 1 EEG sind Netzbetreiber verpflichtet, Anlagen zur Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien unverzüglich vorrangig anzuschließen. In § 11 Abs. 1 EEG werden die vorrangigen Abnahme- und Übertragungspflichten der erneuerbaren Energien geregelt. Wenn diese beiden Faktoren zusammenwirken, wird mit der Gewährleistung der Netzstabilität eine gefährliche Situation ausgelöst. Im Folgenden soll ausgeleuchtet werden, worin der Zusammenhang zwischen der Netzstabilität und der neuen Energiepolitik besteht.

¹ *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstiegs aus der Kernenergie, 2012, S. 13.

² *Scholtka/Helmes*, NJW 2011, S. 3186.

1. Technischer Hintergrund

Energie wird in § 3 Nr. 14 EnWG als „Elektrizität und Gas, soweit sie zur leitungsgebundenen Energieversorgung verwendet werden“, definiert. Elektrizität kann vor allem durch die Umwandlung verschiedener Primärenergieträger (Wasserkraft, Windkraft, Kernenergie, Sonnenenergie, Biomasse sowie insbesondere die sog. fossilen Energieträger Stein- und Braunkohle, Erdöl und Erdgas) erzeugt werden. Die Stromerzeugung kann zudem mittels einiger Systeme, die elektrische Energie unmittelbar aus einer anderen Energieform gewinnen (Photovoltaik, Brennstoffzelle, Wind- und Wasserkraftwerke), erfolgen³. Weil die Gefährdung der Netzstabilität sich auf den Bereich der Elektrizität konzentriert, wird Gas in dieser Arbeit nur als ein Primärenergieträger betrachtet.

Ein bekanntes Charakteristikum der Energie, ihre „Leitungsgebundenheit“, wird schon durch die Legaldefinition deutlich. Auf dem Strommarkt unterteilt sich die Wertschöpfungskette generell in vier Hauptebenen. Auf der sog. Erzeugungsstufe steht die Erzeugung von Strom bzw. Förderung von Erdgas. Dann kommt der Transport der Energie durch den sog. Netzbetrieb. Die erzeugte Elektrizität aus allen Energiequellen kann die Verbraucher nur über ein bestimmtes Netzsystem erreichen. Das Übertragungsnetz transportiert Strom über Höchst- und Hochspannungsleitungen zum Verteilnetz, und das Verteilnetz ist für die Lieferung des Stroms an die Verbraucher zuständig. Schließlich können die Verbraucher auf der letzten Versorgungsstufe die Energie kaufen⁴. Weil das Übertragungsnetz eine Schlüsselstelle in Bezug auf das ganze Energieversorgungssystem einnimmt, liegt in allen Marktstufen das Interesse auf einem störungsfreien Netz.

³ Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 39.

⁴ S. Holznagel/Theurl/Meyer/Schumacher, *Ownership Unbundling*, 2008, S. 8.

Zur Wahrung der Netzstabilität muss der Netzbetreiber zwei Aufgaben erfüllen. Zum einen muss er einen hinreichenden Netzausbau gewährleisten, um neu angeschlossene Kapazitäten vollständig aufzunehmen. Zum anderen muss er die kurzfristige Netzstabilität wahren. Das bedeutet, dass der Netzbetreiber zu jedem Zeitpunkt die Frequenz von 50 Hertz halten muss. Genauer gesagt, dass die Summe der Einspeisungen und die der Ausspeisungen (einschließlich der Verluste) im Netz exakt gleich sein muss⁵. Die stabile Spannung ist ein wichtiger Bestandteil der Maßnahmen zur Aufrechterhaltung einer sicheren Stromversorgung. Die Verantwortung hierfür wird nicht nur von den Übertragungsnetzbetreibern in ihrer Regelzone getragen, sondern durch jeden Netzbetreiber⁶. Aber mit der neuen Situation ist die Gewährleistung der Netzstabilität eine immer größere Herausforderung geworden. In folgendem Teil wird die Kausalität zwischen der Störung des Stromnetzes und der Entwicklung des Energiemarktes erklärt.

2. Die Gefahr des Zusammenbruchs der Energieversorgung

Wie oben schon erwähnt, wird der „Atomausstieg“ auf die Förderung der erneuerbaren Energien und auf das Energieversorgungssystem einen entscheidenden Einfluss haben. Der Anteil der Kernenergie an der Bruttostromerzeugung in Deutschland betrug im Jahr 2010 noch ca. 22 %⁷. Nach der Novelle von 2011 muss die durch sie entstehende Lücke durch andere Energiequellen geschlossen werden. Eine denkbare Alternative sind die erneuerbaren Energien. Dadurch entsteht aber ein neues Problem. Der Anteil regenerativer Stromerzeugung lag im Jahr 2015 bei 31,6 %⁸. Die wichtigsten Energiequellen der erneuerbaren Energien, Windkraft (42,3 %) und Photovoltaik (20 %), sind

⁵ S. *Holznagel/Theurl/Meyer/Schumacher*, *Ownership Unbundling*, 2008, S. 10 f.

⁶ *Theobald/Theobald*, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, 3. Aufl. 2013, S. 218.

⁷ *Koenig/Kühling/Rasbach*, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 40.

⁸ Erneuerbare Energien in Zahlen – BMWi – https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/erneuerbare-energien-in-zahlen-2015-09.pdf?__blob=publicationFile&v=14.

leider fluktuierend. Ohne Wind und Sonne können die Kraftwerke nicht funktionieren, und deshalb muss das konventionelle Kraftwerk für die Versorgungssicherheit weiter in Betrieb sein⁹. Das bedeutet nicht nur doppelte Kosten, sondern auch zunehmende Schwierigkeiten bei der Gewährleistung der Netzstabilität. Wegen des Atomausstiegs und der Zielsetzung des Umweltschutzes werden die Anteile der erneuerbaren Energien in Zukunft weiter steigen. Je größer die Anteile dieser Energien sind, desto schwankender wird die Energieversorgung werden. Um die Nachfrage an Energie zu sichern und die oben erwähnte Frequenz des Netzsystems zu halten, ist eine stabile Energiequelle wie ein fossiles Kraftwerk unentbehrlich.

Aber die vorrangige Abnahme- und Durchführungspflicht der Netzbetreiber für erneuerbare Energien macht den Betrieb der konventionellen Kraftwerke wirtschaftlich nicht mehr rentabel und führt deshalb dazu, dass der Netzbetreiber eine frühzeitige Stilllegung seines konventionellen Kraftwerks in Erwägung zieht¹⁰.

Der Gesetzgeber verabschiedete 2011 eine EnWG-Novelle, genauer § 13 EnWG, in der genauere Regelungen für die Gewährleistung der Netzstabilität niederlegt werden. Der Novelle in § 13 EnWG fehlt leider eine Regelung, die der frühzeitigen Stilllegung der konventionellen Kraftwerke begegnen kann. Zur Reaktion auf dieses Manko legte die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vor, der die Bundesnetzagentur zum Stilllegungsverbot für „systemrelevante“ Kraftwerke ermächtigt¹¹. Zum 20. Dezember 2012 hat der Bundestag ein Drittes Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften¹² beschlossen, in dem Maßnahmen gegen eine frühzeitige Stilllegung der Kraftwerke enthalten sind (§ 13 a Abs. 2 a. F. und § 13 b EnWG n. F.). In dem Gesetz

⁹ Böcker/Welte, et 5/2012, S. 41.

¹⁰ Wolfers/Wollenschläger, N&R 2013, S. 252.

¹¹ BT-Drucks. 17/11705.

¹² BGBl. I, S. 2730.

zur Weiterentwicklung des Strommarkts erscheint der Inhalt des früheren § 13 a Abs. 2 nun in § 13 b EnWG. Aufgrund der Verkündung dieses Gesetzes wurde die Netzreserveverordnung (NetzResV) erlassen, um das Verfahren und die Vergütung für Kraftwerke, die als systemrelevant eingestuft werden und deren Stilllegung deshalb verboten wird, weiter zu konkretisieren.

Durch die neue Maßnahme sind rechtliche Probleme entstanden. Ob das Stilllegungsverbot verfassungsgemäß ist, ist nicht geklärt. Weiter geht es um die Fragen: Welche Verantwortungen muss der Staat noch tragen, wenn er die öffentlichen Aufgaben nicht selbst durchführt? Unter welchen Bedingungen kann der Staat den privaten Betreiber in die Pflicht nehmen, um die öffentlichen Aufgaben durchzusetzen? Der Zusammenhang zwischen Indienstnahme Privater und den Aufgaben soll genauer geprüft werden. Und die Entschädigung der betroffenen Kraftwerksbetreiber muss genauer diskutiert werden. Aufgrund welcher verfassungsrechtlichen Gründe kann der Kraftwerksbetreiber die Entschädigung beanspruchen, inwieweit soll die Entschädigung erfolgen? Auch das ist eine Untersuchung wert. Zudem müsste analysiert werden, ob die Vergütung für die Kraftwerksbetreiber gegen Europarecht oder die Finanzverfassung verstößt.

II. Vorgehensweise

Die Arbeit gliedert sich nebst der Einleitung (A.) in fünf Abschnitte. Zunächst gilt es, die rechtlichen Grundlagen des Energiewirtschaftsrechts herauszuarbeiten (B.). Sodann ist das Augenmerk auf die Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu richten (C.). Ferner ist der Pflicht zur Vorhaltung von Reservekraftwerken nachzugehen (D.). Damit zusammenhängend sind die Anforderungen an den gebotenen Kostenausgleich zu untersuchen (E.). Ein Fazit (F.) schließt die Ausführungen ab.

B. Die rechtliche Grundlage des Energiewirtschaftsrechts

Um die vorliegende Frage zu untersuchen, muss man zuerst die wichtige rechtliche Grundlage des Energierechts betrachten, die für die Interpretation des Inhalts des Gesetzes wichtig ist. In dem folgenden Teil werden die Zielsetzungen des Energiewirtschaftsrechts unter Berücksichtigung seines Verhältnisses zu den Ebenen von Europäischer Union und Nation diskutiert.

I. Das Erfordernis der Regulierung im Energiesektor

Nach der Liberalisierung der Energiemärkte im Jahr 1998 hat sich die Struktur des Energiesektors gründlich verändert¹³. Als Folge müssen nach der Privatisierung neue Regulierungsmodelle für den Energiesektor gefunden werden, um diesen an den freien Markt anzupassen¹⁴. Der Staat ist nicht mehr als monopolistischer Leistungserbringer da, um den Strom anzubieten, sondern ist als Regulierer und Wahrer der Energieversorgung tätig¹⁵. Das neue Verhältnis der Anbieter in den liberalisierten Märkten ist wettbewerbsorientiert, aber das bedeutet nicht, dass die gemeinwohlrelevanten Aufgaben allein in der Hand der freien Märkte liegen dürfen¹⁶. Die Regulierung und die Freiheit der Akteure der Energiemärkte sind nicht zwei Konzepte, die einander gegenüberstehen, sondern müssen zusammenwirken.

Jedes Fachgesetz, das einen spezifischen Sektor reguliert, setzt zuerst die Regulierungsziele und die allgemeinen Zwecke fest. Die Regulierungsziele in § 1 Abs. 2 EnWG sind zum einen die Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas. Zum anderen ist es die Sicherung

¹³ Siehe *Stappert*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 1. Aufl. 2011, S. 4 ff.

¹⁴ *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 34.

¹⁵ Siehe *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 32.

¹⁶ Siehe *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 34.

eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen. Die Regulierungsziele in § 1 Abs. 2 EnWG, insbesondere das Wettbewerbsziel, sind kein Selbstzweck, sondern sind Beitrag zum Erreichen der in § 1 Abs. 1 EnWG genannten Gesetzeszwecke¹⁷. Die expliziten Zwecke von § 1 Abs. 1 EnWG sind eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas. Diese Zwecke aus § 1 Abs. 1 EnWG setzen eine Rahmenbedingung für das EnWG und spielen eine entscheidende Rolle für die Regelungserklärungen. Aber sie können manchmal auch Konflikte hervorrufen. Im folgenden Teil wird über die Bedeutungen und das Verhältnis dieser Zwecke genauer diskutiert.

II. Die Zwecke des Energiewirtschaftsrechts

1. Die Versorgungssicherheit

Die Versorgungssicherheit ist selbstverständlich die wichtigste Aufgabe für das Energieversorgungssystem. Diese kann begrifflich auch viele Komponenten wie die Versorgungsqualität und die Energieeffizienz enthalten¹⁸. Aber der Gesetzeszweck der Sicherheit zeichnet sich primär durch zwei Dimensionen aus¹⁹. Einerseits bedeutet die Versorgungssicherheit, die technische Sicherheit zu gewährleisten. Das Energieversorgungssystem muss nach dem heutigen technischen Maßstab in der Lage sein, die Bedürfnisse der Energieverbraucher zu befriedigen. Wie in Teil A erwähnt, gibt es viele

¹⁷ Vgl. *Britz*, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, S. 436 ff.

¹⁸ *Lippert*, in: Leible/Lippert/Walter, Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, S. 1, 4.

¹⁹ BT-Drucks. 13/7274, S. 14.

Sonderheiten in den Energieversorgungssystemen. Die technische Sicherheit für Menschen und Sachen auf jeder einzelnen Stufe der Energieversorgung (Erzeugung, Transport, Verteilung) muss garantiert sein²⁰.

Andererseits kann die Gewährleistung der Versorgungssicherheit auch aus dem Gesetzeszweck entnommen werden. Eine stets ausreichende und ununterbrochene Befriedigung der Nachfrage nach Energie ist auch für die Existenz des Einzelnen essentiell. Nach der Öffnung der Energiemärkte ist dieser Aspekt besonders wichtig, denn sonst würde die Energieversorgung für den Endverbraucher sich allein aufgrund von Wettbewerbsbedingungen bestimmen und die Grundlage des individuellen Lebens gefährden²¹.

a. Die unionsrechtlichen Vorgaben

Obwohl auf der Primärrechtsebene der ältere EG-Vertrag kein eigenständiges Energiekapitel enthielt²², spielte das Energiewirtschaftsrecht schon längere Zeit im Europarecht eine dominante Rolle²³. Vor dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags hatte sich die Gemeinschaft zur Liberalisierung des Energiesektors vor allem auf Art. 114 AEUV (Ex-Art. 95 EG) – die sogenannte „Binnenmarktkompetenz“ – gestützt²⁴. Erforderlichenfalls wurde diese auch mittels Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 258 ff. AEUV (Ex-Art. 226 EG) und nach den Wettbewerbsregeln in den Artikeln 81 ff. EG (jetzt Art. 101 ff.) ergänzt²⁵.

²⁰ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 25.

²¹ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 26.

²² *Schneider*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2011, § 2, Rn. 6.

²³ *Schneider*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 2011, § 2, Rn. 1.

²⁴ *Müller-Terpitz/Weigl*, EuR 2009, S. 354.

²⁵ *Pielow*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 22, Rn. 18.

Nach dem Vertrag von Lissabon wird mit Art. 194 AEUV zudem erstmals ausdrücklich die Zuständigkeit der Union für die Energieumweltpolitik festgelegt²⁶. Nach Art. 4 Abs. 2 Lit. I AEUV haben die Union und die Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten im Energiebereich. Das bedeutet: Wenn die Union einmal die Kompetenz ausgeübt hat, dürfen die Mitgliedstaaten nicht mehr die gleiche Kompetenz für sich beanspruchen. Die Kompetenzausübung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten ist mit der Art und Weise vergleichbar, in der im Grundgesetz die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz geregelt wird. In Art. 194 Abs. 1 Lit. a AEUV wurden bestimmte Ziele wie die „Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union“, die „Förderung der Energieeffizienz“ und die „Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen“ sowie die „Förderung der Interkonnektion der Energienetze“ eingeschrieben. Um diese Ziele zu verwirklichen, dürfen das Europäische Parlament und der Rat gemäß ordentlichem Gesetzgebungsverfahren die erforderlichen Maßnahmen erlassen, vgl. Art. 194 Abs. 2 AEUV.

Der neue Titel für „Energie“ gewinnt zumindest an Rechtsklarheit. Durch die Schaffung der Kompetenz im Bereich Versorgungssicherheit bekommt die Kommission mehr Raum für Gesetzesvorschläge, mit denen sie früher sehr zurückhaltend war. Zugleich haben sich damit die Zweifel erledigt, ob der Erlass energiepolitischer Regelungen auf die Kompetenz zu einer „präventiven Rechtsangleichung“ gestützt werden durfte²⁷. Auf europäischer Ebene gewinnt die Absicherung der Versorgungssicherheit zudem eine große Bedeutung, da das Ziel der Integration der Energiemärkte der Mitgliedstaaten der Europäischen Union und der Öffnung für den Wettbewerb durch die

²⁶ Haratsch/Koenig/Pechstein, *Europarecht*, 7. Aufl. 2010, S. 634.

²⁷ Kahl, *EuR* 2009, S. 601, 609; Schneider, in: Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 2011, § 2, Rn. 11.

Erhöhung der Versorgungszuverlässigkeit so viel effizienter erreicht werden kann²⁸. Auch die Regelungen der Charta der Grundrechte der Europäischen Union sollen beachtet werden. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV ist die Charta verbindlich. Nach Art. 36 der Charta anerkennt und achtet die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Zu diesen Dienstleistungen gehört auch die Energieversorgung. Die Versorgungssicherheit der Europäischen Union soll sowohl hinsichtlich kurzfristiger Gefährdungen als auch langfristig und nachhaltig verbessert werden. Der kurzfristigen Herstellung der Versorgungssicherheit können vor allem die Entwicklung von Krisenreaktionsmechanismen, die Analyse der Ölmarktinfrastrukturen einschließlich der Bevorratung und die Einrichtung von Erdgasspeichern in der Europäischen Union dienen²⁹. Langfristig und nachhaltig soll die Versorgungssicherheit durch eine Diversifizierung der Energiequellen aufrechterhalten werden³⁰.

Näher geregelt wird die Versorgungssicherheit in sekundärrechtlichen Regelungen der Europäischen Union. So bestimmt die RL 2005/89/EG, in der auf die Notwendigkeit hingewiesen und betont wird, den Substanzerhalt der Netze durch Investitionen zu sichern, deren Betrieb durch das Vorhalten von angemessener Erzeugungs- und Reservekapazität stabil zu machen, Netzsicherheit zu fördern und somit die Versorgungssicherheit zu erhalten³¹.

²⁸ Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 204.

²⁹ Ruffert, in: Hendl/Marburger/Reiff/Schröder, *Energieversorgung und Umweltschutz*, 2009, S. 22.

³⁰ Ruffert, in: Hendl/Marburger/Reiff/Schröder, *Energieversorgung und Umweltschutz*, 2009, S. 22.

³¹ Zur Umsetzung der RL 2005/89/EG dient etwa die Kraftwerks-Netzanschlussverordnung, BGBl. I, 2007, S. 1187.

b. Die nationalrechtlichen Vorgaben

aa. Verfassungsrechtliche Vorgaben

aaa. Die Staatsaufgaben

Da die heutige Energieversorgungsstruktur sich schon stark geändert hat, ist es schwieriger als früher geworden, die Verantwortung für die Energiesicherheit zwischen Staat und Gesellschaft aufzuteilen. Wenn man ermitteln will, welche Verantwortungen für welche bestimmte Aufgaben der Staat wahrnehmen soll oder wie der Staat und die Gesellschaft sich eine Aufgabe teilen müssen, könnte die Diskussion über die Staatsaufgaben hilfreich sein.

Aufschluss darüber, welche Aufgaben der Staat wahrzunehmen hat und welche der Gesellschaft zu überantworten sind, könnte die Staatsaufgabenlehre geben. So lassen sich die Staatsaufgaben nicht präzise, abschließend und dauerhaft definieren. Je nachdem ob man sie aus verfassungsrechtlichem, wirtschaftlichem, sozialem oder empirischem Blickwinkel betrachtet, kommt man zu unterschiedlichen Bedeutungsgehalten. In der Literatur gibt es immer wieder den Versuch, die staatlichen Aufgaben festzulegen und damit zu helfen, den Aktionsradius des Staats zu begrenzen. *Isensee* geht vom Gemeinwohl aus und gibt so den ersten Anhaltspunkt. Das Gemeinwohl ist die umfassendste und abstrakteste aller Zielvorgaben. Es wird in seiner originären, klassischen Bedeutung als das Leitbild vom guten Zustand des Gemeinwesens beschrieben. Das Gemeinwohl konturiert den Verantwortungsbereich des Verfassungsstaats, und in diesem Sinne gilt es als der Inbegriff aller äußeren Bedingungen, unter denen sich die Grundrechtsträger ihrer Menschenwürde gemäß in Freiheit entfalten können³².

³² *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, § 57, Rn. 134.

Auf der zweiten Konkretisierungsstufe werden die Begriffe „öffentliche Interessen“ und „Staatsziele“ vorgebracht. Die öffentlichen Interessen sind die einzelnen Belange des Gemeinwohls, und die Staatsziele werden als „jene öffentlichen Interessen“ definiert, die der Staat sich zu eigenen macht und in deren Dienst er sich planmäßig stellt³³. Die Unterscheidung zwischen „Staatszielen“ und „Staatsaufgaben“ ist dadurch gegeben, dass Staatsziele sich nur relativ abstrakt bestimmen lassen, man die Staatsaufgaben aber relativ konkret formulieren kann³⁴.

Ein weiterer Schritt zur Konkretisierung ist, „öffentlichen Aufgaben“ und „Staatsaufgaben“ zu unterscheiden. Die öffentlichen Aufgaben sind jene Tätigkeitsbereiche, die den öffentlichen Interessen entsprechen³⁵. Sie sind aber nicht allein für die staatlichen Träger zugänglich. Die kirchlichen Caritasverbände, das Privatschulwesen, die Aktivitäten der gemeinnützigen Stiftungen und der Wohlfahrtsverbände dienen ebenfalls öffentlichen Interessen, die der staatliche Sektor ebenfalls verfolgen soll³⁶. In bestimmten Fällen, in denen die private Hand dies ebenso gut leisten kann wie der Staat, hat der Staat weder ein Bedürfnis noch den Wunsch, die öffentlichen Aufgaben in eigener Regie zu übernehmen³⁷. Dies entspricht auch dem Prinzip, dass jeder Private die von der Verfassung geschützte Freiheit genießen und freiwillig entfalten kann, wenn seine Aktivitäten nicht gegen die Verfassungsordnung gerichtet sind.

Staatliche Aufgaben bilden auf der anderen Seite einen Unterfall öffentlicher Aufgaben. Staatsaufgaben sind solche, die der Staat nach Maßgabe bzw. in den Grenzen der Verfassung erfüllt³⁸.

³³ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, § 57, Rn. 135.

³⁴ *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 44 f.

³⁵ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, § 57, Rn. 136; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971); *Peters*, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Band II, 1965, S. 878.

³⁶ *Löwer*, DVBl. 1991, S. 138.

³⁷ *Peters*, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Band II, 1965, S. 878.

³⁸ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts III, § 57, Rn. 137.

In den Judikaten des Bundesverfassungsgerichts werden die Termini „Staatsaufgaben“ und „öffentliche Aufgaben“ manchmal nicht deutlich getrennt, wie an dem ersten Parteienfinanzierungsurteil gezeigt werden kann. Es bestimmt, dass die Abhaltung von Wahlen eine „öffentliche Aufgabe“ sei und den Parteien bei Durchführung dieser öffentlichen Aufgaben von Verfassung wegen eine entscheidende Aufgabe zukomme³⁹. Und in dem Erftverband-Urteil war das Bundesverfassungsgericht der Meinung, dass „die Regelung der Wasserwirtschaft im Erftgebiet eine legitime öffentliche Aufgabe“ sei⁴⁰. Nach der Kategorie der Literatur gehören diese zwei Fälle eher zu den Staatsaufgaben. In der Rundfunkentscheidung präzisiert das BVerfG die Begriffe öffentliche und staatliche Aufgaben als zwei Konzepte mit diesen Sätzen: dass „die Veranstaltung von Rundfunksendungen eine öffentliche Aufgabe sei und dass, wenn sich der Staat in irgendeiner Form mit dieser Aufgabe befasse, sie zu einer staatlichen Aufgabe i. S. d. Art. 30 GG werde“⁴¹.

Nach der Meinung der Literatur und Judikatur kann man die Staatsaufgaben als solche formulieren, die dem Gemeinwohl dienen und die der Staat in eigener Regie unter verfassungsmäßiger Ordnung vollzieht⁴². Die Bildung des selbstständigen Begriffs der Staatsaufgaben basiert auf dem Dualismus von Staat und Gesellschaft sub specie der Aufgabenwahrnehmung im Verfassungsstaat⁴³. Das Vorliegen von Staatsaufgaben impliziert legitime Maßstäbe des Staatshandelns und unterschiedliche Verantwortungen des Staats. Da das Gemeinwohl ein hochabstraktes und dynamisches Konzept ist, können die Staatsaufgaben nicht immer unverändert bleiben, um es zu verfolgen. Der Staat

³⁹ BVerfGE 20, 56 (113).

⁴⁰ BVerfGE 10, 89 (51).

⁴¹ BVerfGE 12, 205 (134).

⁴² *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 153 f.; *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 171.

⁴³ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 43.

muss sie vielmehr entsprechend expandieren bzw. zuschneiden. Damit bekommt der Staat große Handlungsspielräume, obwohl er bei der Realisierung der Staatsaufgaben deshalb nicht frei in seinen Handlungen ist. Die Grundprinzipien und Entscheidungen der Verfassung sollten als Interpretationsmaßstäbe und als die Grenzen für alle Staatsorgane bindend sein. Der Verfassungsstaat mit dem Zweck der Gemeinwohlverwirklichung bekommt keine allumfassende „General- und Blankovollmacht“ im Handeln⁴⁴. Aber zur Verfolgung von Staatsaufgaben müssen die abstrakten Staatszielbestimmungen zu konkreten, durchsetzbaren Regeln werden, die man mit anderen Verfassungswerten wie dem Schutz der Freiheit in Einklang bringen kann. Aufgrund dieses Charakters werden die Staatsaufgaben primär durch politische Prozesse, in denen mehrere Prinzipien und Staatsziele harmonisieren und bei denen in den meisten Fällen ein Kompromiss erfolgt, entschieden⁴⁵.

Ob ein Bereich als Staatsaufgabe qualifiziert werden kann oder muss, ist zuerst einmal vom positiven Recht abhängig⁴⁶. Die Existenz der öffentlichen Interessen genügt als Voraussetzung der Staatsaufgaben nicht. In dem Prozess der Bildung staatlicher Aufgaben muss ausgewiesen werden, mit welchen verfassungsrechtlichen Anhaltspunkten der Staat eine öffentliche Aufgabe in eigener Regie übernehmen soll oder sogar muss. Im folgenden Teil wird verdeutlicht, wie man die Versorgungssicherheit bezüglich der Energieversorgung als Staatsaufgabe mit verfassungsrechtlichen Gründen aus dem Aufgabenbereich des Staats herausnehmen kann.

⁴⁴ *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 30; *Krüger*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl. 1966, S. 760 f.

⁴⁵ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 29.

⁴⁶ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, § 57, Rn. 137; *Peters*, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Band II, 1965, S. 895.

bbb. Die Gesetzgebungskompetenzzuweisung (Art. 74 Nr. 11 GG)

Zuerst soll geprüft werden, ob das Grundgesetz einen Kompetenztitel für die Versorgungssicherheit enthält. Anders als bei der Eisenbahn, der Post und der Telekommunikation, bei denen das Grundgesetz eigenständige Vorschriften vorsieht (Art. 87 e, 87 f GG), enthält das Grundgesetz keine Regelung über die Gewährleistung der Energiesicherheit. Man kann in Art. 74 Nr. 11 GG lediglich eine Kompetenzzuweisung über „Energiewirtschaft“ finden.

Das primäre Ziel der Kompetenznormen ist, die Grenzen von Bund und Ländern in einer föderalen Zuständigkeitsordnung zu ziehen, aber neben der Kompetenzebene kommt diesen Kompetenzvorschriften auch eine materiell-rechtliche Bedeutung zu⁴⁷. Kompetenznormen wie Art. 73, 74 GG haben nicht nur die Funktion einer Regelung der Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern, sondern zeigen auch, dass bestimmte Sachbereiche und Materien durch Bund oder Länder geregelt werden sollen. Manche Aufgaben sind gemeinwohlrelevant; deshalb schafft der Verfassungsgeber die erforderliche Kompetenz, um diese Aufgaben zu erledigen⁴⁸. Diese Schlussfolgerung zu ziehen ist denknotwendig. Kompetenzvorschriften fungieren in dieser Dimension auch als Bereichsscheidung zwischen Staat und Gesellschaft⁴⁹. Aber hier muss man insofern aufpassen, als es unterschiedliche Qualitäten hinsichtlich des Aufgabengehalts zwischen den Kompetenznormen im Grundgesetz gibt⁵⁰. Art. 74 Nr. 11 GG allein kann nicht als aufgabenrechtlicher Anhaltspunkt betrachtet werden. Diese Norm weist an, dass die Energiewirtschaft gesetzlich geregelt werden soll. Und das ist schon alles;

⁴⁷ *Ossenbühl*, in: FS Lukes, S. 530; *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 152.

⁴⁸ Siehe *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, S. 152.

⁴⁹ *Hünnekens*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 124.

⁵⁰ *Hünnekens*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 124.

mehr kann man aus dieser Vorschrift nicht ableiten⁵¹. Ob der Staat die Energieversorgung durch die öffentliche Hand oder privatrechtliche Organisationen vornehmen soll, bleibt offen. Muss der Staat die Versorgungssicherheit im Energiebereich gewährleisten? Ohne eine vergleichbare Struktur wie in Art. 87 e und Art. 87 f GG kann ein genauer Aufgabeninhalt mit Art. 74 Nr. 11 GG nicht bestimmt werden. Um einen Umriss der Aufgabeninhalte im Energiebereich zu erhalten, muss man andere Anhaltspunkte in der Verfassung finden.

ccc. Das Sozialstaatsprinzip

Nach Art. 20 Abs. 1 GG ist die Bundesrepublik Deutschland ein „demokratischer und sozialer Bundesstaat“. In Art. 28 Abs. 1 GG ist vorgesehen, dass die Länder „die Grundsätze des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats“ in ihrer Verfassungsordnung behalten sollen. Obwohl das Sozialstaatsprinzip nur als Adjektiv in Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 Abs. 1 GG erscheint, ändert dies seine grundlegende Bedeutung nicht⁵². Das Beiwort „sozial“ enthält ein Staatsziel, das sämtliche Staatsorgane verfolgen müssen⁵³. Der Begriff des Sozialstaats oder des sozialen Rechtsstaats kann nur unter der Berücksichtigung des Hintergrunds der Geschichte der letzten 100 Jahre verstanden werden. Die Entwicklung des Sozialstaats spiegelt bis zu einem gewissen Grad die Überwindung des bürgerlichen Rechtsstaats des 19. Jahrhunderts wider⁵⁴. Das Sozialstaatsprinzip sollte gegen eine formelle Rechtsstaatlichkeit, in der der Staat nur auf „Freiheit und Eigentum“ achten muss, stehen und soziale Gerechtigkeit verwirklichen⁵⁵.

⁵¹ *Ossenbühl*, in: FS Lukes, S. 533.

⁵² *Ipsen*, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, S. 265.

⁵³ *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 103.

⁵⁴ *Ipsen*, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, S. 265.

⁵⁵ Vgl. BVerfGE 5, 198.

Das Sozialstaatsprinzip ist nicht nur eine Beschreibung des Zustands, sondern als verbindlicher verfassungsrechtlicher Auftrag an den Gesetzgeber zu verstehen. Aber wegen der Weite und Unbestimmtheit des Sozialstaatsprinzips können hieraus in der Regel keine bestimmten Gebote der Sozialgewährleistung entnommen werden⁵⁶. Dem entsprechend qualifiziert auch das Bundesverfassungsgericht die Sozialstaatsklausel als unmittelbar geltendes Recht⁵⁷, betont aber die Offenheit seiner Umsetzung, d. h., das Mandat des Gesetzgebers hat den zur Erreichung des Ziels geboten erscheinenden Weg zu beschreiten⁵⁸.

Trotz der Unbestimmtheit und Erfüllungsbedürftigkeit bleibt das Sozialstaatsprinzip nicht völlig konturlos. Ein allgemein anerkannter Grundsatz ist, dass der Staat einen Mindestbestand an sozialer Sicherheit garantieren muss⁵⁹. Aus Art. 1 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 1 GG kann ein „Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums“ entnommen werden, das durch den Gesetzgeber „realitätsgerecht“ konkretisiert und immer wieder aktualisiert werden muss⁶⁰. Das Sozialstaatsprinzip enthält dann schon einige Kernaufgaben, zu deren Verwirklichung der demokratische Gesetzgeber keinen weiteren Spielraum mehr hat, und ist nicht der Einschätzungsprärogative anheimgestellt. Die Gewährung von Arbeitslosenhilfe, die Anrechnung des Einkommens des Ehepartners bei Eheleuten oder das steuerfreie Einkommen zur Schaffung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein des Steuerpflichtigen: Solche Aufgaben zählen zu den Kernaufgaben⁶¹. Auch konkrete

⁵⁶ *Sachs*, in: *Sachs, Grundgesetz Kommentar*, 6. Aufl. 2011, Art. 20, Rn. 47; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz*, 12. Aufl. 2011, Art. 20, Rn. 29; BVerfGE 103, 242 (259 f.); 110, 412 (445).

⁵⁷ BVerfGE 1, 97 (105).

⁵⁸ *Hünnekens*, *Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur*, 1995, S. 117; BVerfGE 22, 180 (204).

⁵⁹ *Ipsen*, *Staatsrecht I*, 22. Aufl. 2010, S. 266; *Hofmann*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Kommentar zum Grundgesetz*, 12. Aufl. 2011, Art. 20, Rn. 29.

⁶⁰ BVerfG, Urteil v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09 –, Rn. 133.

⁶¹ *Sommermann*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz*, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 120.

Rechte des Einzelnen und konkrete Pflichten des Staats können sich aus den Grundrechten in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip ableiten lassen. So gewinnt z. B. der Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG) hier eine besondere Bedeutung. Vor allem in Fällen, in denen für eine bestimmte Bevölkerungsgruppe bereits bestimmte staatliche Leistungen gewährt werden, kann der Gleichheitsgrundsatz gebieten, weitere Personen in die begünstigende Regelung einzubeziehen⁶².

Auch der Begriff der „Daseinsvorsorge“ taucht in der Diskussion des Sozialstaatsprinzips immer wieder auf⁶³. Die Konzeption der Daseinsvorsorge wurde von *Forsthoff* 1938 erstmals vorgebracht⁶⁴. Nach dessen Meinung ist Daseinsvorsorge die Darbringung von Leistungen, auf welche der auf die modernen massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist⁶⁵. Für *Forsthoff* gehört Daseinsvorsorge zum Bereich der leistenden Verwaltung, und es spielt keine Rolle, ob die Leistungen durch eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Organisationsform erfüllt werden⁶⁶. In dem Konzept von *Forsthoff* existiert zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Dienstleistungsempfänger immer ein öffentlich-rechtliches Verhältnis⁶⁷. Nach 1954 hat *Forsthoff* den Umfang der Daseinsvorsorge erweitert. Er definiert Daseinsvorsorge als „alles, was von Seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personengruppen in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen“⁶⁸. Dies setzt nicht mehr voraus, dass die erbrachten Leistungen lebensnotwendig sind, um sie als Daseinsvorsorge

⁶² *Sommermann*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20, Rn. 126; BVerfGE 6, 257, 264; 12, 354; 103, 225, 235 ff.

⁶³ Z. B. *Bachof*, VVDStRL 12, 1954, S. 40; *Bausback*, DÖV 2006, S. 90; *Ipsen*, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, S. 270.

⁶⁴ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.

⁶⁵ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 7.

⁶⁶ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 22 ff.

⁶⁷ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 15.

⁶⁸ *Forsthoff*, Verwaltungsrecht I, 1961, S. 370.

zu kategorisieren. Später hat *Forsthoff* den Umfang der Leistung der Daseinsvorsorge weiter expandiert und sie auch auf nicht-physische Leistungen bezogen wie die, die der Erfüllung des Staatsauftrags oder der sozialen Bedürftigkeit des modernen Stadtmenschen zu Hilfe kommen. Für ihn ist alles, was zur normalen Ausstattung des modernen Daseins gehört, soziale Bedürftigkeit⁶⁹.

Da die Definition der Daseinsvorsorge so hoch abstrakt und vage ist, scheint zweifelhaft, ob sie als Rechtsbegriff einen Maßstab etablieren kann⁷⁰. In der Literatur wird Daseinsvorsorge meist als deskriptiver, soziologischer Begriff bewertet⁷¹. Die Zuordnung einer Leistung zur Daseinsvorsorge ohne weitere Vermittlung begründet noch kein Verwaltungsmonopol⁷². Der Begriff leistet auch nicht die Verdeutlichung, welche Daseinsvorsorge durch den Staat und welche durch die freie Wirtschaft angeboten werden soll. Es ist auch unklar, welche Rechtsfolgen es gibt, wenn eine Leistung als Daseinsvorsorge eingeordnet wird⁷³. Der Begriff Daseinsvorsorge beschreibt nur einen Status, in dem bestimmte allgemein anerkannte Güter und Dienstleistungen durch die Verwaltung angeboten werden. Das Konzept von *Forsthoff* geht von einer empirischen Beobachtung aus. Vor dem Hintergrund der industriell-technischen Entwicklung des 19. und 20. Jahrhunderts hat sich die Lebensform des Bürgers verändert. Für den Einzelnen ist die Möglichkeit zur Autarkie immer mehr verlorengegangen, und er ist zunehmend auf die Leistung der Verwaltung angewiesen, um notwendige Güter zu beschaffen⁷⁴. Da seit Beginn des 20. Jahrhunderts ein wesentlicher Teil der Leistungen

⁶⁹ *Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 76 f.; *Krajewski*, VerwArch 2008, S. 176.

⁷⁰ *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 116; *Ossenbühl*, DÖV 1971, S. 516 f.; *Püttner*, LKV 1991, S. 211.

⁷¹ *Löwer*, DVBl. 1991, S. 136 f.; *ders.*, Energieversorgung, S. 116; *Ossenbühl*, DÖV 1971, S. 516 f.; *Schmidt-Aßmann*, BB 1990, Beilage 34, S. 14.

⁷² *Badura*, DÖV 1966, S. 628; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 243.

⁷³ *Börner*, BayVBl. 1971, S. 407.

⁷⁴ *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 5 f.

und Güter, die nach dem jeweiligen Maßstab der Zivilisation für den Einzelnen für unentbehrlich gehalten werden, von der Verwaltung bereitgestellt wurden, muss sich die Rolle der Verwaltung entsprechend entwickeln. Das bedeutet, dass die Verwaltung nicht nur als traditionelle Eingriffsverwaltung und zur Gefahrenabwehr tätig werden muss, sondern auch die Aufgabe der Erbringung grundlegender Dienstleistungen übernimmt. Sinn der Daseinsvorsorge ist, eine Rechtsfigur zu entwickeln, die die Teilhabe des Einzelnen an den Leistungen der Verwaltung sichern kann⁷⁵. Das Hauptziel dieses Konzepts ist, die Leistungsverwaltung in eine damals nur auf die Eingriffsverwaltung zugeschnittene Verwaltungsdogmatik zu integrieren⁷⁶.

Mit obiger Erörterung kann angezeigt werden, dass das Konzept der Daseinsvorsorge und das Sozialstaatsprinzip bestimmte Ähnlichkeiten haben. Die Daseinsvorsorge und das Sozialstaatsprinzip dienen in gleicher Weise dem Ziel, Not zu vermeiden und Dienste und Güter möglichst vielen möglichst gleich zugänglich zu machen⁷⁷. Diese beiden Topoi sind nicht inhaltlich identisch, wie *Zacher*⁷⁸ dargelegt hat. Der erklärt, dass für den Auftrag der Daseinsvorsorge nur gewisse notwendige Leistungen und Güter durch das Gemeinwesen oder unter eigener Verantwortung und Kontrolle der Verwaltung bereitzustellen sind, während der Ausgleich sozialer Disparitäten auch zu den Aufgaben des Sozialstaats gehört. Aber gewissermaßen sind die Inhalte der zwei Konzepte deckungsgleich. Als deskriptiver, systematisierender Begriff kann Daseinsvorsorge dazu dienen, die Bestimmung und Beschreibung eines bestimmten Inhaltsspektrums des Sozialstaatsprinzips zu erleichtern. Der Begriff kann als Aufgabentransmitter wirken und sich mit dem Sozialstaatsprinzip ergänzen. *Ossenbühl*⁷⁹ führt aus, dass der

⁷⁵ *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 9 ff.

⁷⁶ *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, S. 9 f.; *Löwer*, DVBl. 1991, S. 136.

⁷⁷ *Hünnekens*, Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, 1995, S. 120.

⁷⁸ *Zacher*, in: *Isensee/Kirchhof: HbStR I*, 1987, § 25, Rn. 57 ff.

⁷⁹ *Ossenbühl*, DÖV 1971, S. 517.

Begriff „Daseinsvorsorge“ nicht eine problemlösende, sondern eine problemverdeutlichende Funktion habe.

Im Fall der Energieversorgungssicherheit ist dies zweifellos ein Tätigkeitsbereich des Sozialstaats oder ein notwendiger Dienst der Daseinsvorsorge. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird die Sicherstellung der Energieversorgung durch geeignete Maßnahmen als eine „öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung“ bewertet⁸⁰. In einem anderen Beschluss der Dritten Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts⁸¹ ist die Durchführung der Wasser- und Energieversorgung als die typische, die Daseinsvorsorge betreffende Aufgabe der kommunalen Gebietskörperschaften angesprochen. *Forsthoff* hielt auch das 1935 in Kraft getretene Energiewirtschaftsgesetz für eine vorbildliche Form der Regulierung von Daseinsvorsorge⁸². Ohne sichere Energieversorgung würde von dem menschenwürdigen Leben und der Selbstentfaltung in moderner Zeit wenig übrig bleiben. Aus dem Sozialstaatsprinzip i. V. m. anderen Grundrechten wie dem auf Menschenwürde oder dem Gleichheitsgrundsatz kann abgeleitet werden, dass der Staat die zeitgemäße Energieversorgung für die Allgemeinheit gewährleisten muss.

ddd. Die möglichen Wahrnehmungsformen für die Gewährleistungspflicht

Der Staat muss also die sichere Energieversorgung garantieren; das ist eine unstrittige Schlussfolgerung. Aber es bleiben noch viele ungelöste Fragen. Die Garantie des Sozialstaats ist hoch abstrakt, sodass sie durch den Gesetzgeber weiter konkretisiert werden muss. Deshalb bekommt der Gesetzgeber das Vorrecht und den Spielraum dazu, wie die Energieversorgung gesichert und gewährleistet werden kann. Wie *Peters*⁸³

⁸⁰ BVerfGE 66, 248, 258.

⁸¹ NJW 1990, S. 1783.

⁸² *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938, S. 33 ff.

⁸³ *Peters*, in: FS für Hans Carl Nipperdey, Band II, 1965, S. 877 ff.

ausführte, kann die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben in fünf Stadien geordnet werden. Die Verwaltung kann die Versorgung ganz der privaten Hand überlassen, wenn die Aufgabe durch Private besser erledigt werden kann. Mit erhöhtem öffentlichem Interesse muss die Behörde in anderen Fällen die Erfüllung der Aufgabe überwachen oder Regeln aufstellen. In bestimmten Kernbereichen muss die Aufgabe durch eine staatliche Behörde nach staatlicher Normierung erfüllt werden, wenn die betreffenden Interessen besonders wichtig sind.

Die Kompetenzzuweisung in Art. 74 Nr. 11 GG verpflichtet nur dazu, dass der Gesetzgeber die Regelungen für die Energiewirtschaft erstellen muss. Das Sozialstaatsprinzip bietet nur das Existenzminimum an. Aber in welcher Form die Verwaltung diese Aufgabe erfüllen muss oder wie die Aufgabe zwischen Privaten und dem Staat verteilt werden soll, kann allein aus den Kompetenztiteln und dem Sozialstaatsprinzip nicht abgeleitet werden. Und die Leistungspflicht des Staats bleibt auch nicht statisch, sondern muss mit der technischen und gesellschaftlichen Entwicklung aktualisiert werden, da das Sozialstaatsprinzip ein dynamisches Prinzip ist.

Die Leistung des Sozialstaats ist auch nicht grenzenlos. Ein Verteilungs- und Umverteilungsprozess ist in einem Sozialstaat notwendig. Die Finanzmittel des modernen Staats müssen zuerst durch Steuern oder andere Abgaben beschafft werden, um die Leistung anbieten zu können. Es ist ein komplizierter Vorgang, wie oder wem bestimmte Leistungen zukommen können⁸⁴. Bei dem Vorgang der Ressourcenverteilung ist der Staat für den Begünstigten der Leistungsstaat und für den Benachteiligten gleichzeitig der typische Eingriffsstaat. Auch auf den Sozialstaat als Staat sind alle Grundsätze, die sich auf den Staat beziehen, anwendbar. Die Struktur des Art. 28 GG

⁸⁴ Ipsen, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, S. 270.

zeigt schon klar, dass die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer „Rechtsstaat“ ist. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, in dem Vorgang der Gesetzgestaltung zu vermitteln, wie ein Ausgleich zwischen sozialer Gerechtigkeit und individueller Freiheit erreicht werden kann⁸⁵.

Aus diesen Gründen ist die Gewährleistung der Energieversorgung eigentlich eine einfachgesetzliche Aufgabe. Wie die für das würdige Leben notwendige Energie gewährt und garantiert werden soll, muss durch einfache Gesetze weiter konkretisiert werden. Im Folgenden werden die besonderen und wichtigen Regelungen betrachtet.

bb. Einfachgesetzliche Vorgaben

Als grundlegende energierechtliche Regelung enthält das EnWG das wichtigste Regelwerk des Energiesektors. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit ist hier bereits als Hauptzweck in § 1 EnWG niedergelegt. Um diesen Zweck zu erreichen, müssen auch entsprechende Mittel zur Verfügung stehen.

Wie oben schon erwähnt, wird in einem liberalen Energiemarkt für die Energie grundsätzlich durch Privathand gesorgt. § 2 EnWG verpflichtet die Energieversorgungsunternehmen i. S. d. § 3 Nr. 18 EnWG, im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften eigenverantwortlich zur Energieversorgung beizutragen. § 2 Abs. 1 EnWG scheint eigenständige Verpflichtungen der Energieversorgungsunternehmen festzulegen, da die Nichteinhaltung ihrer Pflicht nach § 65 EnWG zum hoheitlichen Eingriff der zuständigen Behörde führen kann⁸⁶. Aber die Verpflichtung wird nicht nur nach dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 EnWG „im Rahmen der Vorschriften dieses Gesetzes“ auferlegt. Das EnWG regelt auch ausführlich die Sicherheit des Netzbetriebs und der Energieanlagen. Energieanlagen sind Anlagen zur Erzeugung, Speicherung, Fortleitung oder Abgabe

⁸⁵ Ipsen, Staatsrecht I, 22. Aufl. 2010, S. 271.

⁸⁶ Säcker, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 2, Rn. 2.

von Energie (§ 3 Nr. 15 EnWG). Und gemäß § 49 Abs. 1 EnWG sind Energieanlagen so zu errichten und zu betreiben, dass die technische Sicherheit gewährleistet ist. Die zuständige Behörde hat nach § 49 Abs. 7 EnWG das Recht, Betriebseinrichtungen zu betreten und betriebliche Unterlagen einzusehen, falls dies erforderlich erscheint, um die technische Sicherheit der Energieanlagen zu überwachen⁸⁷. Die Regelung von § 11 Abs. 1 EnWG verpflichtet den Netzbetreiber, ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz zu betreiben. Diese Regelung konkretisiert und erweitert für die Netzbetreiber die allgemeine Verpflichtung aller Energieversorgungsunternehmen aus § 2 Abs. 1 i. V. m. § 1 Abs. 1 EnWG. Mit der Verankerung von gesetzlichen Pflichten soll sichergestellt werden, dass die Netzbetreiber ihre Netze, bei denen es sich um natürliche Monopole mit überragender Bedeutung für die Allgemeinheit handelt, unter maßgeblicher Beachtung von Gemeinwohlinteressen betreiben⁸⁸. Und durch die Systemverantwortung des Netzbetreibers gemäß §§ 13 ff. EnWG werden die Anforderungen an die Errichtung und Erhaltung von Energieanlagen ergänzt. Die Regelungen der Systemverantwortung lösen aber gleichzeitig auch viele Probleme aus, die in Kapitel C konkreter und genauer diskutiert werden.

§ 50 EnWG ermächtigt das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, zur Sicherung der Energieversorgung Rechtsverordnungen mit Zustimmung des Bundesrats zu erlassen. Energieversorgungsunternehmen können verpflichtet werden, einen bestimmten Vorrat an Materialien zur Erzeugung von Elektrizität und Gas ständig vorzuhalten, damit die Abgabeverpflichtungen oder der eigene Bedarf notfalls für 30 Tage abgedeckt werden können⁸⁹. Aber falls die Vorratspflicht dazu führte, dass das betroffene Energieversorgungsunternehmen betriebliche Schwierigkeiten erleidet oder

⁸⁷ *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 3. Aufl. 2013, S. 205.

⁸⁸ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 11, Rn. 3.

⁸⁹ *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 3. Aufl. 2013, S. 205.

die Brennstoffversorgung nicht aufrechterhalten kann, kann gemäß § 50 Nr. 2 EnWG die Freistellung von einer solchen Vorratspflicht und die zeitlich begrenzte Freigabe von Vorratsmengen erlassen werden. Nach § 51 EnWG wird ein Monitoring der Versorgungssicherheit durchgeführt. Die Nachfrageentwicklung, die Kapazitäten, die Qualität der Netze, die Netzwartung und die Maßnahmen zur Bewältigung von Störungen sind gemäß § 51 Abs. 2 EnWG besonders berücksichtigt. Neben dem Monitoring gibt es nach § 52 EnWG eine Meldepflicht für Versorgungsnetzbetreiber bei Versorgungsstörungen. Danach müssen die Energieversorgungsnetzbetreiber der Regulierungsbehörde über alle in ihrem Versorgungsbereich auftretenden Unterbrechungen berichten⁹⁰. Endlich ist auch die Grundversorgungspflicht nach § 36 EnWG relevant für die Versorgungssicherheit. Für die Belieferung von Haushaltskunden (i. S. d. Legaldefinition des § 3 Nr. 22 EnWG) mit Energie im Niederdruck- bzw. Niederspannungsbereich muss deshalb für allgemeine, im Internet zu veröffentlichende Bedingungen und Preise vorgesorgt werden. Die grundsätzlich bestehende wettbewerbliche Vertragsfreiheit kann nicht geltend gemacht werden⁹¹. Für den jeweiligen Grundversorger besteht damit in seinem Versorgungsgebiet ein Kontrahierungszwang, der ausschließen soll, dass ein Haushaltskunde ansonsten keine Versorgung zu angemessenen Preisen erhalten würde⁹². Die Regulierungsbehörde kann nach § 65 EnWG alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen erlassen, falls der Grundversorger seine Grundversorgungspflicht verletzt.

Die genannten Regelungen des EnWG nehmen die Energieversorgungsunternehmen, insbesondere die Netzbetreiber, in die Verantwortung und verpflichten sie, für ein un-

⁹⁰ Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 206.

⁹¹ Vgl. Moser, *RdE* 2007, S. 348.

⁹² Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 208.

unterbrochenes Energieangebot zu sorgen sowie Störungen der Netzstabilität zu beseitigen. Doch stellen sich vielfältige Fragen. So bedürfen die grundrechtlichen Grenzen der staatlichen Inpflichtnahme der Klärung. So bedarf es einer Untersuchung, ob die Energieversorgungsunternehmen eine Entschädigung verlangen können, wenn sie im öffentlichen Interesse tätig werden müssen. Den aufgeworfenen Fragestellungen wird in den Kapiteln D und E nachgegangen.

2. Die Preisgünstigkeit der Energieversorgung

Neben der Versorgungssicherheit gehörte die Preisgünstigkeit von Anfang an zu den Zwecksetzungen des Energiewirtschaftsrechts (vgl. EnWG 1935)⁹³. Auf europäischer Ebene wird dem Kostenfaktor im Rahmen der Energieversorgung ebenfalls Beachtung geschenkt. Allerdings wird das Kriterium der Preisgünstigkeit im EU-Recht als Bestandteil des Ziels der Versorgungssicherheit verstanden⁹⁴.

Ob die Preisgünstigkeit als ein Teilaspekt von Versorgungssicherheit zu begreifen ist, ist hier nicht relevant, da das EnWG sie schon als eigenständigen und damit gültigen Gesetzeszweck anerkannt hat⁹⁵. Jedoch können die in § 1 EnWG genannten Gesetzeszwecke stets miteinander kollidieren. Einerseits kann Preisgünstigkeit als Voraussetzung und Element von Versorgungssicherheit verstanden werden, weil der stetige Energiebezug ökonomisch nur gesichert ist, wenn er auch bezahlbar ist. Andererseits kann zwischen den beiden Zielen der wegen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit erforderliche Kostenaufwand zum Konflikt führen⁹⁶. Von Gesetzes wegen sind alle Zwecke möglichst optimal zu erfüllen. Treten sie in Widerspruch zueinander,

⁹³ *Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 36.

⁹⁴ Europäische Kommission, Grünbuch, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit (KOM 2000/769 endg.), S. 2.

⁹⁵ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 27.

⁹⁶ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2006, § 1, Rn. 31.

müssen sie im Wege der Abwägung gemäß der praktischen Konkordanz miteinander in Einklang gebracht werden. Dies bedeutet, dass eine Lösung gefunden werden muss, die den konfligierenden Zwecken möglichst beiderseits gerecht wird. Aber an diesen Gesetzeszwecken kann sich der Gesetzgeber bei der Auslegung und Anwendung energiewirtschaftsrechtlicher Normen nur begrenzt orientieren⁹⁷. Es ist nicht möglich, alle Gesetzeszwecke in § 1 Abs. 1 EnWG immer festzuhalten, da diese Zwecke manchmal immanent Konflikte bergen. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, die miteinander streitenden Ziele auszugleichen und alle Ziele möglichst optimal zu erfüllen⁹⁸. Deshalb ist es gleich, ob die Preisgünstigkeit als ein Teilaspekt der Versorgungssicherheit oder als ein eigenständiges Ziel verstanden wird, da für die einzelfallbezogene Anwendung und Interpretation spezieller energiewirtschaftsrechtlicher Normen der Gesetzgeber die Zwecke von § 1 Abs. 1 EnWG nur berücksichtigen und optimieren soll und die beste Lösung zwischen beiden Zwecken vermittelt.

Die Preisgünstigkeit richtet sich nicht nur auf einen möglichst billigen Energiebezug für die Verbraucher. Vielmehr wird die Situation des jeweiligen Energieversorgungsunternehmens berücksichtigt. Die Leistungsfähigkeit eines Energieversorgers und die Notwendigkeit der Erhaltung seiner Investitionskraft müssen beachtet werden. Und die Chance, angemessene Gewinne zu erzielen, soll auch nicht vernachlässigt werden⁹⁹. Unter diesem Blickwinkel kann auch gezeigt werden, dass das Begehren nach Preisgünstigkeit trotzdem den sicheren und stabilen Betrieb des Energieversorgungsunternehmens nicht gefährden sollte. Ansonsten wird unter einem langfristigen Aspekt ein Zusammenbruch des Unternehmens herbeigeführt und dadurch schließlich nicht nur die Preisgünstigkeit, sondern auch die Versorgungssicherheit bedroht.

⁹⁷ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 41.

⁹⁸ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 42.

⁹⁹ *Salje*, Energiewirtschaftsgesetz, 1. Aufl. 2006, § 1, Rn. 37.

Mit frühen monopolistischen Strukturen ist der Zweck der Preisgünstigkeit nicht so einfach zu erreichen, da ohne Konkurrenz der Energieversorger kein Motiv hat, den Preis zu senken. Der Gesetzgeber des EnWG 1998 ging davon aus, dass das Ziel der Preisgünstigkeit der Energieversorgung sich gerade in einem wettbewerblichen System am besten realisieren lässt¹⁰⁰. Es konnte erwartet werden, dass in offenen Märkten die bestmögliche Versorgung der Verbraucher durch eine wettbewerbliche Preisbildung entstehen würde. Die Kunden sollten von wettbewerbsbedingten Preissenkungen profitieren¹⁰¹. Neben der wettbewerblichen Konkurrenz werden die Versorgungspreise durch andere Maßnahmen wie die spezifische Missbrauchsaufsicht nach § 29 GWB oder die hoheitliche Regulierung der Netznutzungsentgelte weiter abgesichert.

3. Die Verbraucherfreundlichkeit der Energieversorgung

Die Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen mit den Endkunden soll kundenfreundlich erfolgen¹⁰². Verbraucherfreundlichkeit kann als Oberbegriff für die anderen Zielen, insbesondere die Versorgungssicherheit, die Preisgünstigkeit und die Umweltverträglichkeit, verstanden werden. Wenn ein Energieversorgungsunternehmen sichere, preisgünstige und umweltverträgliche Energie stellen kann, würde dieses Produkt gleichzeitig die Anforderung der Verbraucherfreundlichkeit erfüllen¹⁰³.

Auch auf der Europarechtsebene kann man einen Anhaltspunkt für das Ziel der Verbraucherfreundlichkeit finden. Wie die Strom- und Gasrichtlinie des 3. Binnenmarkt-

¹⁰⁰ BT-Drucks. 13/7274, S. 13.

¹⁰¹ *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 21.

¹⁰² *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 11.

¹⁰³ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 32.

pakets(RL 2009/72EG) verlangen dies schon zahlreiche Vorgaben zum Kundenschutz.¹⁰⁴ Art. 3 RL 2009/72EG¹⁰⁵ verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zum Schutz der Kunden zu ergreifen. Nach Art. 3 Abs. 3 RL 2009/72EG sollte die Grundversorgung aller Haushaltskunden gewährleistet werden. Die Möglichkeit des reibungslosen Wechsels des Energielieferanten für jeden Kunden und Informationen über den eigenen Verbrauch gehören auch zu dieser Pflicht. Der Kunde muss in Strom- oder Gasrechnungen bestimmte Informationen finden können.

Auf der nationalen Ebene enthält das EnWG ebenfalls viele Regelungen zum Schutz des Kunden. Aber die konkretisierten Regelungen für die Verbraucherfreundlichkeit richten sich primär auf eine erleichterte vertragliche Ausgestaltung und Abwicklung der Lieferbeziehungen zum Versorger¹⁰⁶. Wie oben schon erwähnt, ist die Verbraucherfreundlichkeit ein Oberbegriff für alle anderen Ziele. Deshalb werden natürlich bestimmte Aufgaben wie die Preiskontrolle oder die Grundversorgung durch andere Regelungen abgedeckt. Zum Schutz des Verbrauchers verpflichtet der Gesetzgeber im EnWG den Versorger zu detaillierten, aber transparenten Informationen für den Kunden. Dadurch kann ein funktionierender Wettbewerb wirklich durchgesetzt werden¹⁰⁷. Nach § 41 Abs. 1 und 2 EnWG müssen die Versorgungsverträge einfach und verständlich sein und Informationen über wesentliche Vertragsbestandteile und Kundenrechte enthalten. § 40 EnWG erlegt Energielieferanten umfangreiche Verpflichtungen bezüglich des Inhalts und des Verfahrens der Rechnungsstellung für Energielieferungen an

¹⁰⁴ *Johnston/Block*, EU Energy Law, Rn. 7.01.

¹⁰⁵ Art. 3 RL 2009/73/EG für den Gasbereich.

¹⁰⁶ *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 13.

¹⁰⁷ *Gundel*, GewArch 2012, S. 139.

Letztverbraucher auf. Wie die Versorgungsverträge müssen die Rechnungen auch einfach und verständlich sein¹⁰⁸. Transparenz und Barrierefreiheit beim Lieferantenwechsel sollen für den Kunden gewährleistet sein. Gemäß § 14 Abs. 4 StromNZV dürfen Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen keine Entgelte für die Abwicklung eines Lieferantenwechsels verlangen, da dadurch eine erhebliche Wechselbarriere entstehen könnte¹⁰⁹. § 20 a Abs. 2 EnWG, der auf der Strom- und Gasrichtlinie des 3. Binnenmarktpakets¹¹⁰ basiert, befristet das Verfahren für den Wechsel des Lieferanten auf drei Wochen. Die Frist beginnt mit dem Zugang der Anmeldung zur Netznutzung durch den neuen Lieferanten bei dem Netzbetreiber, an dessen Netz die Entnahmestelle angeschlossen ist¹¹¹. § 111 a–§ 111 c EnWG sehen auch ein neues Verbraucher-schlichtungsverfahren vor, um mögliche Verbraucherbeschwerden zu behandeln¹¹². Dieses Verfahren bietet neben dem ordentlichen Rechtsweg eine kostenlose Beilegung für Verbraucher an. Um das Schlichtungsverfahren einzuleiten, muss die Verhandlung zwischen den Vertragspartnern hinsichtlich Netzzugang, Versorgung und Messung zuvor scheitern¹¹³.

4. Effiziente Energieversorgung

Wie man das Ziel „Effizienz“ verstehen kann, ist relativ offen. Wenn man von der Richtung der „Kosteneffektivität“ ausgeht, ist die Zielsetzung der Effizienz der Anforderung der Preisgünstigkeit sehr ähnlich¹¹⁴. Wenn man von der Richtung der „Ener-

¹⁰⁸ Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 197.

¹⁰⁹ Koenig/Kühling/Rasbach, *Energierrecht*, 3. Aufl. 2013, S. 84.

¹¹⁰ Art. 3 IV a RL 2009/72/EG, Art. 3 VI a RL 2009/73/EG.

¹¹¹ Theobald/Theobald, *Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts*, 3. Aufl. 2013, S. 127.

¹¹² Dazu Scholtka/Helmes, *NJW* 2011, S. 3191.

¹¹³ Säcker/Timmermann, in: Säcker, *Berliner Kommentar zum Energierrecht*, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 19.

¹¹⁴ Britz, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, 2010, S. 447.

gieeffizienz“, also Effizienz des Einsatzes von Primärenergieträgern bei der Erzeugung, beim Transport und bei der Verteilung von Energie, ausgeht, dann kann die Zielsetzung durch die Umweltverträglichkeit und die Versorgungssicherheit gedeckt werden¹¹⁵.

Auf europäischer Ebene ist das Thema Energieeffizienz auch nicht so neu. Anlässlich der Ölkrise in den 1970er Jahren wurden Maßnahmen zum sparsamen bzw. effizienten Umgang wegen der Versorgungssicherheit resp. Importabhängigkeit eingeführt¹¹⁶. Später wurde dieses Thema durch das „Grünbuch über Energieeffizienz oder Weniger kann mehr sein“ von der Kommission der Europäischen Gemeinschaften neu belebt¹¹⁷. Es forderte Energieeinsparungen in Höhe von 20 % bis 2020. Der kurz darauf verabschiedete „Aktionsplan für Energieeffizienz“ (2007–2012)¹¹⁸ sah Einsparpotenziale in Höhe von 100 Mrd. Euro im Jahr vor. Der EU-Aktionsplan 2007–2009 „Eine Energiepolitik für Europa“¹¹⁹ brachte in seiner Folge die bekannte Initiative „20-20-20 bis 2020“ hervor. Die erneuerbare Energie sollte einen 20%igen Anteil am EU-Gesamtennergieverbrauch ausmachen. Die Treibhausgasemissionen sollten um mindestens 20 % (gegenüber dem Stand von 1990) reduziert werden, und das Ziel, dass der Energieverbrauch bis 2020 (gemessen an den Prognosen für dieses Jahr) um 20 % verringert wird, ist ebenfalls festgeschrieben. In den Erwägungsgründen zur RL 2009/28/EG (Erneuerbare-Energien-Richtlinie)¹²⁰ wird auch mehrfach das Ziel der 20%igen Steigerung der Energieeffizienz erwähnt. Die Richtlinie betont die Energieeffizienz als

¹¹⁵ Vgl. *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 36.

¹¹⁶ Siehe RL 92/42/EG.

¹¹⁷ *Pielow*, ZUR 2010, S. 116.

¹¹⁸ Mitteilung der Kommission v. 19.10.2006, „Aktionsplan für Energieeffizienz: Das Potenzial ausschöpfen“, KOM (2006) 545.

¹¹⁹ Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 08./09.03.2007 (Drucks. 7224/1/07 v. 02.05.2007).

¹²⁰ Siehe RL 2009/28/EG v. 23.04.2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. Nr. L 149/16 (Art. 3 ff.) mit verbindlichen nationalen Gesamtzielen und Maßnahmen bezüglich der Nutzung erneuerbarer Energien.

(Haupt-)Instrument des Klimaschutzes; eine große Rolle spielt dabei auch die Erhöhung des Anteils erneuerbarer Energien. Die EU-RL zur Energieeffizienz vom 25.10.2012 zielt weiter auf einen gemeinsamen Rahmen für die Förderung der Energieeffizienz in der EU ab¹²¹. Nach Art. 194 Abs. 1 Lit. c AEUV wird die Förderung von Energieeffizienz und Energieeinsparung als Ziel der Energiepolitik festgelegt.

Auf Empfehlung des Ausschusses für Wirtschaft und Arbeit wurde das Ziel einer „effizienten“ Energieversorgung in das EnWG von 1998 aufgenommen. Die Begründung für den Vorschlag zur Einführung dieses Gesetzeszwecks bezog sich hinsichtlich der Effizienz der Energieversorgung insbesondere auf die Kosteneffizienz, und zwar vor allem hinsichtlich der Energieversorgungsnetze¹²². In diesem Verständnis sollte das Effizienzziel eine besonders enge Beziehung zum anderen Gesetzeszweck der Preisgünstigkeit haben¹²³. Die Steigerung der Energieeffizienz konnte eine entsprechende Energieersparnis verursachen. Wegen der Knappheit und des hohen Preises sowohl für Primärenergiebrennstoffe als auch für erneuerbare Energien (Sonne, Wind, Biomasse) ist die Anforderung der Effizienzsteigerung eine selbstverständliche Schlussfolgerung, um die Ziele in § 1 Abs. 1 EnWG besser zu erreichen. Diese Verpflichtung müssen die Unternehmen beim Bau neuer Kraftwerke und neuer Energieanlagen berücksichtigen¹²⁴. Zur Durchsetzung der Energieeffizienz in der Praxis muss der Gesetzgeber zusätzlich auch spezialgesetzliche Normen – etwa für den Baubereich und für elektrische Geräte – vorsehen¹²⁵.

¹²¹ Siehe RL 2012/27/EU, die Erwägung 60.

¹²² BT-Drucks. 15/5268, S. 116.

¹²³ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 35; *Theobald*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 1, Rn. 17.

¹²⁴ Siehe *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 22.

¹²⁵ Zu energiebezogenen Maßnahmen im Mietrecht siehe *Klinski*, WuM 2012, S. 354.

Als Rechtsbegriff besteht für die Energieeffizienz schon eine gewisse Unsicherheit, da der Bedeutungsgehalt von Effizienz davon abhängig ist, aus welcher Rechts- oder Wissenschaftsperspektive man sie betrachtet¹²⁶. Aber wie oben schon erwähnt, sind die Ziele in § 1 Abs. 1 EnWG orientierende und optimale. Die Effizienz der Energieversorgung kann als Beurteilungsmethode oder Abwägungsdirektive betrachtet werden und im Zusammenhang mit anderen Grundsätzen im Einzelfall beste Lösungen vermitteln.

5. Die Umweltverträglichkeit

a. Die unionsrechtlichen Vorgaben

Das Konzept des Umweltschutzes spielt schon lange sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene eine große Rolle. Bei den Tätigkeiten der Union zählt die Politik auf dem Gebiet der Umwelt zu den vorrangigen. Art. 191 Abs. 1 AEUV bestimmt, die Umwelt zu erhalten, zu schützen, ihre Qualität zu verbessern, zum Schutze der menschlichen Gesundheit beizutragen und eine umsichtige und rationelle Verwendung der natürlichen Ressourcen zu gewährleisten sowie umweltschützende Maßnahmen auf internationaler Ebene zu fördern. Grundsätze der Umweltpolitik sind das Vorsorge- und Vorbeugungsprinzip, das Prinzip der Bekämpfung von Umweltbeeinträchtigungen vorrangig an ihrem Ursprung sowie das Verursacherprinzip (Art. 191 Abs. 2 AEUV). Die Umweltpolitik der Union ist Bestandteil aller anderen Unionspolitiken; ihre Ziele sind bei Maßnahmen in diesen Bereichen zu berücksichtigen (Art. 11 AEUV)¹²⁷. Der Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung kann auch aus Art. 37 Grundrechtecharta abgeleitet werden¹²⁸.

¹²⁶ Pielow, ZUR 2010, S. 118.

¹²⁷ Haratsch/Koenig/Pechstein, Europarecht, 7. Aufl. 2010, S. 633 f.

¹²⁸ Groß, NVwZ 2011, S. 131.

Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Energiepolitik in Art. 194 AEUV als eine ausdrückliche Politik der Europäischen Union normiert. Das bedeutet nicht, dass energiepolitische Maßnahmen jetzt nur auf der Grundlage des Art. 194 erlassen werden können. Nach Art. 194 Abs. 2 S. 1 AEUV werden die auf den Energietitel gestützten energiepolitischen Maßnahmen „unbeschadet der Anwendung anderer Bestimmung der Verträge“ erlassen. Art. 194 AEUV bestimmt nicht ausschließliche Kompetenzvorschriften für Energiepolitik¹²⁹. Es ist auch zulässig, dass die umweltfreundliche Energiepolitik wie Förderung erneuerbarer Energien durch die Kompetenz des Art. 191 AEUV erlassen wird. Neben den Regelungen im Primärrecht bewirkt auch das Sekundärrecht in der Energieumweltpolitik viele Initiativen wie das Emissionshandelssystem und die Förderung der erneuerbaren Energien. Die Ursprünge des heutigen Emissionshandelssystems liegen in der Klimarahmenkonvention (United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC)¹³⁰, die am 09.05.1992 in New York von den Vereinten Nationen angenommen wurde und am 21.03.1994 in Kraft trat. Diese Konvention setzt das Ziel, dass die sog. Annex-I-Staaten, also die im Anhang I der Konvention aufgeführten Industrieländer, ihre Emissionen von CO₂ und anderen Treibhausgasen auf das Niveau von 1990 zurückführen (Art. 4 Abs. 2 Lit. B UNFCCC). Eine konkrete Reduzierungsverpflichtung und mit welchen Maßnahmen dieses Ziel erreicht werden kann, wurde in der Klimarahmenkonvention nicht festgelegt. Eine genauere Regelung erfolgte mit dem sog. Kyoto-Protokoll¹³¹, das eine Zusatzvereinbarung zur Klimarahmenkonvention ist und am 11.12.1997 anlässlich der 3. Vertragsstaatenkonferenz in Kyoto beschlossen wurde. Art. 3 Abs. 1 Kyoto-Protokoll legt

¹²⁹ Papenkort/Wellershoff, RdE 2010, S. 81.

¹³⁰ Text in englischer Version unter <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>.

¹³¹ BGBl. 2002 II, S. 966.

das Ziel fest, dass die Emissionen von Treibhausgasen innerhalb des sog. Verpflichtungszeitraumes von 2008 bis 2012 um mindestens 5 % unter das Niveau von 1990 zu senken sind. Für Deutschland verlangte Kyoto eine Senkung um 8 % unter das Emissionsniveau von 1990¹³². Das Pariser Klimaschutzabkommen¹³³ ist die Nachfolgeregelung für das Kyoto-Protokoll. Bis 2020 müssen die Vertragsstaaten nachgebesserte Pläne zu ihren Emissionsreduktionsverpflichtungen bis 2030 vorlegen und ab 2025 alle fünf Jahre nachbessern¹³⁴. Auf der Europaebene ist die RL 2003/87/EG, die sog. Emissionshandelsrichtlinie, die zentrale Norm für den Emissionshandel. Sie regelt in erster Linie die Vorgaben des Kyoto-Protokolls hinsichtlich der Anforderungen an die EU, aber sie geht über Kyoto hinaus¹³⁵.

Eine andere wichtige Maßnahme für Umweltschutz ist die Förderung der erneuerbaren Energien. Europäische Regelwerke zur Förderung des Ausbaus erneuerbarer Energien beschränkten sich in einer frühen Phase nur auf Aktionsprogramme oder Investitions- und Forschungsförderungen sowie auf ein sektorales Vorgehen¹³⁶. Um die erneuerbaren Energien weiterzuentwickeln, wurde 2009 eine Sektor übergreifend angelegte Richtlinie zur Förderung erneuerbarer Energien (RL 2009/28EG) erlassen. Sie ist Teil des EU-Klima- und Energiepakets vom April 2009¹³⁷ und legt als unionsweites Ziel den Anteil von 20 % der „Erneuerbaren“ am EU-Endenergieverbrauch und 10 % im Verkehrssektor bis 2020 fest (Art. 3 Abs. 4 RL 2009/28EG). Die Zielerreichung wird durch mitgliedstaatliche Berichtspflichten und nationale Aktionspläne gefördert

¹³² *Zwinger/Meßing*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, S. 693 f.

¹³³ BGBl. 2016 II, S. 1082.

¹³⁴ *Pritzsche/Vacha*, Energierecht, 2017, S. 284.

¹³⁵ Siehe *Zwinger/Meßing*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, S. 695 ff.

¹³⁶ Die „Ökostromrichtlinie“ (RL 2001/77/EG) regelt nur den Strombereich, die RL 2003/30/EG („Biotreibstoffrichtlinie“) nur den Kraftstoffbereich.

¹³⁷ Europäische Kommission, Pressemitteilung, IP/09/628 v. 23.04.2009.

(Art. 4 RL 2009/28EG). Allerdings gelten für jeden Mitgliedstaat entsprechend den verschiedenen Situationen differenzierte Zielsetzungen. Für Deutschland ist ein nationaler Anteil erneuerbarer Energien von 18 % am gesamten Endenergieverbrauch vorgegeben¹³⁸. Um die Förderung der erneuerbaren Energien zu gewährleisten, entwickelte die Europäische Union das Vorrangprinzip. Zuerst empfiehlt sie den Mitgliedstaaten, erneuerbare Energien vorrangig zu nutzen¹³⁹. Später sind die Mitgliedstaaten aber zur vorrangigen Verwendung der erneuerbaren Energien verpflichtet¹⁴⁰.

b. Die nationalrechtlichen Vorgaben

Auf verfassungsrechtlicher Ebene ist Art. 20 a GG der Anhaltspunkt für den Umweltschutz. Seit Anfang der 70er Jahre ist die Umweltkrise ins Bewusstsein der Allgemeinheit und der Politiker gelangt. Eine Verankerung des Umweltschutzes im Grundgesetz wurde immer wieder gefordert¹⁴¹. Nach langen politischen und konzeptionellen Diskussionen einigte man sich schließlich auf die nunmehr geltende Formulierung des Art. 20 a GG, der am 15.11.1994 in Kraft trat. Im Jahr 2002 wurde ein ergänzendes Ziel, „Schutz der Tiere“, in Art. 20 a GG eingefügt¹⁴².

Wie das Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG legt Art. 20 a GG auch ein Staatsziel fest. Während ein Grundrecht sich auf einen subjektiven Anspruch des Einzelnen bezieht, bestimmt dieses Ziel (nur) eine objektive Verpflichtung für den Staat¹⁴³. Staatszielbestimmungen sind „Verfassungsnormen mit rechtlich bindender Wirkung“, die der Staat in seinem Tätigkeitsbereich fortdauernd beachten oder als Aufgaben weiter

¹³⁸ Pielow, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 2012, § 22, Rn. 31.

¹³⁹ Art. 8 III, IV und Art. 11 III RL 96/92/EG.

¹⁴⁰ Art. 16 II RL 2009/28/EG.

¹⁴¹ Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20 a, Rn. 2.

¹⁴² Epiney, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 a, Rn. 14.

¹⁴³ Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20 a, Rn. 12; Schink, DÖV 1997, S. 222 f.; BVerwG, NVwZ 1998, S. 1081.

erfüllen sollte¹⁴⁴. In erster Linie richten sich Zielbestimmungen an den Gesetzgeber. Dies ergibt sich für die Zielbestimmung des Art. 20 a GG auch daraus, dass ausdrücklich auf die Gesetzgebung Bezug genommen ist¹⁴⁵. Der Gesetzgeber hat einen Ausgestaltungsspielraum, aber er muss die anderen Verfassungsprinzipien und Verfassungsgüter beachten, da der Umweltschutz im „Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung“ durchgeführt werden sollte¹⁴⁶. Aber das schließt selbstverständlich nicht aus, dass der Gesetzgeber – aufgrund seiner Zuordnungsentscheidung – dem Schutz der Umwelt in einzelnen Regelungen einen relativen Vorrang einräumt¹⁴⁷.

Art. 20 a GG verpflichtet den Staat, die natürlichen Lebensgrundlagen zu schützen. Dies schließt die gesamte natürliche Umwelt des Menschen ein¹⁴⁸. Die Umweltfaktoren Luft, Wasser und Boden, Pflanzen, Tiere und Mikroorganismen in ihren Lebensräumen sowie Klima und Landschaft einschließlich der verschiedenen Wechselwirkungen zwischen ihnen gehören zu dem Konzept „die natürlichen Lebensgrundlagen“¹⁴⁹. In der Entstehungsphase des Art. 20 a GG spielte bereits der Streit zwischen einer anthropozentrischen und einer ökozentrischen Perspektive eine große Rolle. Befürworter der ökozentrischen Perspektive wie *Stone* behaupteten, dass der Natur und Umwelt eigene subjektive Rechte zukommen müssten, ansonsten könne ein angemessener Umwelt- und Naturschutz nicht wirklich gewährleistet werden¹⁵⁰. Aber diese Richtung stößt in der Realität auf viele Schwierigkeiten. Das Rechtssystem ist in jeder

¹⁴⁴ *Murswiek*, in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 6. Aufl. 2011, Art. 20 a, Rn. 13.

¹⁴⁵ *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 84 f.

¹⁴⁶ Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 13/6000, S. 67 f.

¹⁴⁷ *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 85.

¹⁴⁸ *Jarass/Pieroth*, GG, 14. Aufl. 2012, Art. 20 a, Rn. 2; *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 a, Rn. 16.

¹⁴⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Aufl. 2015, Art. 20 a, Rn. 28.

¹⁵⁰ *Stone*, Southern California Law Review 45 (1972), S. 450 ff.; *Klein*, DVBl. 1991, S. 729 ff.

Beziehung aus dem Blickwinkel des Menschen entworfen und auf den Menschen ausgerichtet¹⁵¹. Und der Verzicht auf einen ökozentrischen Ansatz führt auch nicht selbstverständlich zu der Schlussfolgerung, dass es keinen Umweltschutz um seiner selbst willen geben darf. Der Kernpunkt des anthropozentrischen Gedankens ist nämlich, dazu beizutragen, dass die Perspektive notwendigerweise vom Menschen bestimmt wird und der Umweltschutz mit den vitalen Interessen des Menschen in Einklang gebracht werden soll. Da die Natur ein Gesamtbild inklusive Menschen darstellt, ist es manchmal sehr schwer, die Folgen bestimmter Maßnahmen vorherzusagen und eine genaue Grenze zu ziehen. Weil der Mensch auch ein Bestandteil der Natur ist und die Eingriffe in das ökologische Gleichgewicht deshalb in der Regel in der einen oder anderen Form auch als Eingriffe auf Menschen zurückwirken¹⁵², müssen, um die menschlichen Interessen sinnvoll zu definieren, alle Faktoren möglichst umfassend bestimmt werden. Deshalb müssen die natürlichen Lebensgrundlagen auch aus anthropozentrischer Sicht unabhängig von menschlich konkretem und momentanem Nutzen für den Menschen geschützt werden¹⁵³. Zusammenfassend gesagt ist es gleich, ob man Art. 20 a GG aus anthropozentrischer oder ökologischer Perspektive interpretiert. Wegen der Eigenschaft der ökologischen Gegebenheiten muss man langfristig auch nicht direkt für den Menschen relevante Faktoren berücksichtigen, wenn man eine möglichst nachhaltige Entscheidung treffen will.

Das einfachgesetzliche Energierecht nimmt die verfassungsrechtliche Vorgabe des Art. 20 a GG in vielfältiger Weise auf. So ist schon darauf hingewiesen worden, dass § 1 Abs. 1 EnWG die Umweltverträglichkeit als eine Zielsetzung des Gesetzes benennt.

¹⁵¹ Ausführlich *Steinberg*, Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, S. 63 ff.

¹⁵² Die Rodung von Wäldern zum Beispiel könnte zukünftige Schlammlawinen auslösen.

¹⁵³ *Epiney*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Aufl. 2010, Art. 20 a, Rn. 28 f.; *Westphal*, JuS 2000, S. 341.

Der Begriff „Umwelt“ steht in Bedeutungsnähe zum Terminus „natürliche Lebensgrundlagen“ in Art. 20 a GG¹⁵⁴. § 3 Nr. 33 EnWG konkretisiert das Merkmal der Umweltverträglichkeit. Wenn die Energieversorgung den Erfordernissen eines nachhaltigen, insbesondere rationellen und sparsamen Umgangs mit Energie genügt, eine schonende und dauerhafte Nutzung von Ressourcen gewährleistet und die Umwelt möglichst wenig belastet, soll das Ziel der Umweltverträglichkeit als „erfüllt“ betrachtet werden¹⁵⁵.

Als Instrumente zur Erreichung der Umweltverträglichkeit werden in § 3 Nr. 33 EnWG der Nutzung von Kraft-Wärme-Kopplung und erneuerbaren Energien besondere Bedeutung zugemessen. Der Begriff „erneuerbar“ meint, dass solche Energiequellen durch den Prozess der Regeneration gewissermaßen unerschöpflich sind¹⁵⁶. Mit dem Stromeinspeisungsgesetz 1990 gab es schon eine Regelung zur Förderung der erneuerbaren Energien¹⁵⁷. Ende Juli 2011 wurde das im Wesentlichen am 01.01.2012 in Kraft getretene Gesetz zur Neuregelung des Rechtsrahmens für die Förderung der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien als Teil des Gesetzespakets zur Energiewende beschlossen¹⁵⁸, durch das das EEG 2009 zum EEG 2012 fortentwickelt wurde. Neben einigen Vorgaben wie die der Direktvermarktung, wodurch die Marktintegration der EE-Stromerzeugung vorangetrieben werden soll, oder die des Ausbaus

¹⁵⁴ *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 25; *Behrends*, ZNER 2000, S. 186.

¹⁵⁵ *Hellermann/Hermes*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 1, Rn. 39; *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 27.

¹⁵⁶ *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 35.

¹⁵⁷ Ausführliche Entwicklung siehe *Schneider*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 21, Rn. 24 ff.

¹⁵⁸ BGBl. I vom 28.07.2011, S. 1634; BT-Drucks. 17/6071; BT-Drucks. 17/6363.

der EE-Stromerzeugung sowie durch punktuelle Anpassungen der Einspeisevergütungen wurden die Grundprinzipien des EEG weiter beibehalten¹⁵⁹. Das wichtigste Instrument zur Förderung erneuerbarer Energien ist das aus europarechtlicher Ebene stammende Vorrangprinzip. Das bedeutet die Anschluss- (§ 8 EEG), Abnahme- (§ 11 EEG) und Vergütungspflicht (§ 21 EEG) des Netzbetreibers. Wegen dieser Pflicht muss der Netzbetreiber Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien bzw. Grubengas unverzüglich und vorrangig an sein Netz anschließen, Strom aus erneuerbaren Energien bzw. Grubengas unverzüglich und vorrangig abnehmen. Den Strom aus Anlagen, die ausschließlich erneuerbare Energien oder Grubengas einsetzen, müssen Netzbetreiber und Anlagenbetreiber mit gesetzlich fixierten Mindestpreisen vergüten¹⁶⁰. Dieser Festpreis wird im EEG als Einspeisevergütung bezeichnet. Allerdings hatte der Gesetzgeber schon mit dem EEG 2014 versucht, die Finanzierung der erneuerbaren Energien in ein marktwirtschaftlich basiertes System umzuwandeln¹⁶¹. Das EEG 2017 hat das Konzept vom EEG 2014 aufgenommen. Ein Förderanspruch für erneuerbare Energien soll grundsätzlich durch eine Marktprämie, die durch Ausschreibung ermittelt werden muss, realisiert werden (vgl. § 19 Abs. 1 Nr. 1, § 22 EEG 2017). Wenn das Netz nicht zur Aufnahme des gesamten in der Anlage erzeugten Stroms geeignet ist, muss der Netzbetreiber das Netz unter bestimmten Voraussetzungen entsprechend ausbauen¹⁶². Für die Stromeinspeisung aus Anlagen der Kraft-Wärme-Kopplung gelten ähnliche Regelungen. Nach § 4 KWK-G sind Betreiber von Netzen zur allgemeinen Versorgung aller Spannungsebenen verpflichtet, KWK-Anlagen

¹⁵⁹ *Schneider*, in: *Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 21, Rn. 36.

¹⁶⁰ Siehe *Salje*, *EEG 2012*, 6. Aufl. 2012, § 16, Rn. 5

¹⁶¹ *Pritzsche/Vacha*, *Energierrecht*, 2017, S. 61.

¹⁶² *Lehnert/Templin/Theobald*, *VerwArch* 2011, S. 86.

i. S. d. Gesetzes an ihr Netz anzuschließen, den in diesen Anlagen erzeugten KWK-Strom vorrangig abzunehmen sowie den aufgenommenen KWK-Strom zu vergüten¹⁶³. Die verschiedenen Methoden zur Umwandlung von Energie aus erneuerbaren Quellen sind aber nicht immer optimal. Problematisch ist hierbei, dass zur Herstellung der erforderlichen Geräte und Anlagen (z. B. Solarzellen) oftmals am Ort der Produktion Techniken verwendet werden, die weder umwelt- noch klimaschonend sind. Insbesondere der Abbau der sog. seltenen Erden ist oft mit enormem Aufwand und chemischen Prozessen verbunden, die den globalen und damit langfristig auch ökologischen Nutzen in Frage stellen können¹⁶⁴. Die Volatilität der EEG-Einspeisung gefährdet außerdem auch die Stabilität des Netzes, und die ganzen Versorgungssysteme müssen entsprechend justiert werden. Dieses Problem wird in Teil C weiter diskutiert.

III. Das Rangverhältnis für die Zielsetzungen des § 1 EnWG

Die aus dem Europäischen Unionsrecht und dem Verfassungsrecht abgeleiteten Ziele des Energiewirtschaftsrechts stellen Optimierungsgebote und Leitlinien für die Interpretation des Energiewirtschaftsgesetzes dar. Jedoch harmonisieren diese Ziele nicht immer miteinander. Die Förderung erneuerbarer Energien ist die wichtigste Maßnahme zum Umweltschutz, aber die Schwachstellen können die Durchsetzung anderer Ziele gefährden. Die schwankende Verfügbarkeit von erneuerbaren Energien bedroht die Versorgungssicherheit, insbesondere wegen der bisher begrenzten Fähigkeit zur Energiespeicherung¹⁶⁵. Ob man eine umweltverträgliche Energieversorgung immer preis-

¹⁶³ *Trzeciak*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, S. 680.

¹⁶⁴ *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 470.

¹⁶⁵ *Schneider*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 21, Rn. 19.

günstiger als bei sonstigen Formen der Versorgung erreichen kann, ist auch sehr zweifelhaft¹⁶⁶. Und der Anstieg des Energiepreises kann zur Verletzung des Ziels der Verbraucherfreundlichkeit führen¹⁶⁷. Wie das Verhältnis zwischen diesen Zielen gestaltet wird und ob ein Ziel absolut vorrangig sein kann – dies zu klären ist auch wichtig für die Anwendung der einzelnen Regelungen. Hier soll diskutiert werden, wie diese Ziele sich auf das zu untersuchende Regelwerk (§ 13, § 13 a EnWG) auswirken können. Da das deutsche Energierecht in wesentlichen Bestandteilen von europarechtlichen Vorgaben geprägt ist¹⁶⁸, soll die Vorstellung der Europäischen Union zu dem Verhältnis der Ziele zuerst untersucht werden. Danach wird analysiert, ob in Verfassung oder Einfachgesetzen Anhaltspunkte für den Vorrang eines einzelnen Ziels gegenüber anderen gefunden werden können.

1. Vorstellungen des europäischen Energierechts

Wie obige Diskussion¹⁶⁹ gezeigt hat, schafft Art. 194 AEUV einen Titel für den Energiebereich. Art. 194 Abs. 1 AEUV legt bestimmte Ziele fest, die in der Energiepolitik der Europäischen Union erreicht werden sollen. Das heißt, die Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts, die Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union, die Förderung der Energieeffizienz und von Energieeinsparungen, die Entwicklung neuer und erneuerbarer Energiequellen sowie die Förderung der Interkonnektion der Energienetze ist hier bereits festgelegt. Eine explizite Aussage über eine Priorisierung einzelner Ziele gegenüber anderen findet sich hier jedoch nicht.

¹⁶⁶ *Salje*, in: Hendlar/Marburger/Reiff/Schröder, Energieversorgung und Umweltschutz, 2009, S. 49.

¹⁶⁷ *Säcker/Timmermann*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 1, Rn. 38.

¹⁶⁸ *Vergoßen*, Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2011, S. 35; *Ehricke*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 3. Aufl. 2013, Rn. 1.

¹⁶⁹ Siehe Teil B II 1 a.

Die Zielsetzungen des Art. 194 Abs. 1 AEUV ähneln zum Teil denen des § 1 Abs. 1 EnWG, sind mit diesen aber nicht identisch. Sie überschneiden sich weithin. So stellt das Ziel der Interkonnektion der Energienetze einen Unterfall des Funktionierens des Energiemarkts dar¹⁷⁰. Die Sicherstellung des Funktionierens des Energiemarkts gewährleistet zugleich die Energieversorgungssicherheit¹⁷¹. Auch die angestrebte Entwicklung erneuerbarer Energien kann nicht nur die Umweltverträglichkeit fördern, sondern verknüpft sich auch in der langfristigen Perspektive eng mit der Sicherheit der Energieversorgung¹⁷². Ebenso dient die Förderung von Energieeffizienz und Energieeinsparungen langfristig der Versorgungssicherheit¹⁷³.

Die Zielsetzungen des Art. 194 Abs. 1 AEUV müssen mit anderen Zielsetzungen des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union harmonisiert werden. Dies ergibt sich schon aus der Einheit der Verträge. Demgemäß verweist Art. 194 AEUV wegen der Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten und der Notwendigkeit einer Erhaltung und Verbesserung der Umwelt auch auf das Funktionieren des Binnenmarkts. Das bedeutet, dass keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des Binnenmarktziels erfolgen darf¹⁷⁴.

Wenn man von dieser europarechtlichen Vorstellung ausgeht, wird deutlich, dass allein aus dem Inhalt von Art. 194 AEUV ein Rangverhältnis nicht herausgelesen werden kann. Die Umweltverträglichkeit und die Versorgungssicherheit spielen überragende Rollen in der energierechtlichen Politik der EU, aber eine Reihenfolge liegt nicht von vornherein vor.

¹⁷⁰ *Hackländer*, Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union, S. 198 f.

¹⁷¹ Vgl. *Hackländer*, Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union, S. 158.

¹⁷² *Hackländer*, Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union, S. 202; *Ruffert*, in: Hendl/Marburger/Reiff/Schröder, Energieversorgung und Umweltschutz, 2009, S. 24.

¹⁷³ *Ruffert*, in: Hendl/Marburger/Reiff/Schröder, Energieversorgung und Umweltschutz, 2009, S. 25.

¹⁷⁴ *Kahl*, in: Schulze-Fielitz/Müller, Europäisches Klimaschutzrecht, 2009, S. 61 f.

2. Vorstellungen des deutschen Energierechts

Auch den in § 1 EnWG aufgeführten Zielsetzungen lässt sich eine Rangordnung nicht entnehmen. Vielmehr bewertet der Gesetzgeber die genannten Zielsetzungen als gleichrangig¹⁷⁵. Nichts anderes ergibt sich aus den hinter den Zielsetzungen stehenden verfassungsrechtlichen Prinzipien. Die verfassungsrechtliche Herleitung des Ziels einer umweltverträglichen Energieversorgung erfolgt in erster Linie aus Art. 20 a GG. Durch die Aufnahme in die Ziele des § 1 EnWG ist das verfassungsrechtlich vorgegebene Staatsziel „Umweltschutz“ auch im Energiewirtschaftsrecht als eine zu beachtende Maxime anzusehen¹⁷⁶. Jedoch lässt sich auch die Sicherheit der Energieversorgung als im Grundgesetz verankert verstehen, speziell die Sozialstaatszielbestimmung aus Art. 20 Abs. 1 GG¹⁷⁷. Die Angewiesenheit des Bürgers und der Wirtschaft auf eine sichere Energieversorgung kann als eine soziale Verantwortung des Staats verstanden werden. Der Staat mit seiner „verfassungsrechtlich sanktionierten Sicherstellungspflicht“ soll eine flächendeckende Stromversorgung zu sozialadäquaten Bedingungen gewährleisten¹⁷⁸. Das Staatsziel des Umweltschutzes in Art. 20 a GG muss auch im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung geschützt werden, d. h., es müssen die zu schützenden Güter des Sozialstaatsprinzips ebenfalls beachtet werden. Die Forderung der Preisgünstigkeit der Energieversorgung kann gleichfalls durch das Sozialstaatsprinzip gedeckt werden. Der Staat muss die Energieversorgung nicht selbst vornehmen, aber die entsprechenden Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass grundsätzlich jedermann an den Energieversorgungsleistungen teilhaben kann. Und die Energieversorgung als erschwinglich, d. h. „preisgünstig“ zu garantieren, ist Voraussetzung für

¹⁷⁵ BT-Drucks. 13/7274, S. 13 f.

¹⁷⁶ *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung, S. 100.

¹⁷⁷ Siehe oben (B. I. 1.).

¹⁷⁸ *Tettinger*, RdE 2002, S. 227; *Wesener*, Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte, S. 134; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 592 f.

die Teilhabe zu sozialadäquaten Bedingungen¹⁷⁹. Eine effiziente Energieversorgung dient langfristig auch der Sicherheit der Energieversorgung. Und die Verbraucherfreundlichkeit als Oberbegriff¹⁸⁰ der anderen Ziele kann sich auf die gleiche verfassungsrechtliche Grundlage beziehen. Diese Staatsziele sind abstrakt und müssen durch den Gesetzgeber im Einzelfall konkretisiert werden. Der Gesetzgeber hat große Spielräume, zu entscheiden, wie diese Interessen ausgeglichen werden sollen. Wenn der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 EnWG und im Gesetzesentwurf keine deutliche Reihenfolge setzt, kann nur durch Anwendung der speziellen Gesetzesregelungen herausgefunden werden, ob eine Zielsetzung vorrangig durchgesetzt werden muss¹⁸¹.

Alle Zielsetzungen generell im Verhältnis zueinander gleichrangig zu verwirklichen, ist nicht möglich. Um langfristig die Verfolgung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG sicherzustellen, muss eine Schwerpunktsetzung im Einzelfall zulässig sein¹⁸². Mit dem Thema Systemverantwortung nimmt das Vorrangprinzip der erneuerbaren Energien Einfluss. Da das Vorrangprinzip die wichtigste Methode zur Förderung erneuerbarer Energien ist und dadurch eine Verbesserung der Umweltverträglichkeit erreicht wird¹⁸³, ist für das untersuchte Thema von Bedeutung, wie dieses Prinzip in dem bestimmten Fall einer Gefährdung des Energieversorgungssystems behandelt werden soll.

Das Vorrangprinzip wird durch den Fördermechanismus des EEG gewährleistet. Grundsätzlich gelten für das Verhältnis von EEG und EnWG die allgemeinen Kollisionsregelungen für verschiedene Gesetze. Das Verhältnis des EEG zum EnWG wird dabei insbesondere durch die Lex-specialis-Regelung bestimmt¹⁸⁴. Die Zielsetzungen

¹⁷⁹ *Kuxenko*, Umweltverträgliche Energieversorgung, S. 101.

¹⁸⁰ Siehe oben (B. I. 3.).

¹⁸¹ Vgl. *Salje*, EnWG, 2006, § 1, Rn. 52.

¹⁸² *Vergoßen*, Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2011, S. 39; *Büdenbender*, RdE 2003, S. 202.

¹⁸³ Siehe oben (B. I. 5.).

¹⁸⁴ *Lehnert/Templin/Theobald*, VerwArch 2011, S. 91.

des § 1 Abs. 1 EnWG müssen als allgemeine Aussagen auch für das EEG gelten, aber die Frage ist, ob das EEG spezielle Regelungen einführen kann, die den Regelungen des EnWG vorgehen¹⁸⁵. Mit diesem Sonderstatus könnte sich die Gewichtung der allgemeinen energiepolitischen Ziele einer „sicheren, preisgünstigen, verbraucherfreundlichen, effizienten und umweltverträglichen leitungsgebundenen Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas“ durch das Vorrangprinzip zugunsten der Umweltverträglichkeit verschieben¹⁸⁶. Der Vorrang der erneuerbaren Energien birgt Konfliktpotenzial bezüglich der Ziele, eine preisgünstige und sichere Energieversorgung zu gewährleisten.

Aber trotz dieses ersten Eindrucks steht das Vorrangprinzip nicht wirklich der Preisgünstigkeit entgegen. Dass diese Förderung zu einer Erhöhung der Strompreise führen kann, ist unstrittig. Aber es ist auch zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit der degressiven Förderung und der regelmäßigen Überprüfung der Vergütungssätze durch die in § 65 EnWG vorgeschriebenen Erfahrungsberichte eine ständige Optimierung der mit dem EEG verbundenen Mehrkosten anstrebt¹⁸⁷. Und auf lange Sicht können erneuerbare Energien dazu dienen, die Abhängigkeit von den immer teureren fossilen Rohstoffen zu vermindern. Am Ende wird der Energiepreis vermutlich dadurch günstiger werden. Die Preisgünstigkeit umfasst nicht nur den billigsten Preis, sondern muss auch die langfristige Entwicklung der Energieversorgung berücksichtigen¹⁸⁸.

Die Versorgungssicherheit dagegen steht in einem gespannten Verhältnis zum Vorrangprinzip. Wie dieses Vorrangprinzip weiter durchgeführt werden kann, ist umstritten. Nach teilweise vertretener Ansicht entfaltet dieses Prinzip eine absolute Wirkung¹⁸⁹.

¹⁸⁵ *Vergoßen*, Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2011, S. 40.

¹⁸⁶ *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 2, Rn. 27.

¹⁸⁷ *Reshöft*, in: Reshöft, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 3. Aufl. 2009, § 2, Rn. 28.

¹⁸⁸ Siehe oben (B. I. 2.).

¹⁸⁹ Siehe *Oschmann*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 2, Rn. 36; *Ekardt*, in:

Es wird gesagt, die Regelung habe im Grundsatz zur Folge, dass die Netzbetreiber Strom aus erneuerbaren Energien beim Netzbetrieb zeitlich und sachlich jederzeit vorrangig behandeln müssten. Strom aus erneuerbaren Energien müsse ohne Ausnahme und ohne die Möglichkeit einer Interessenabwägung im Einzelfall mit anderen energiewirtschaftlichen Zielen vollständig abgenommen, übertragen und verteilt werden¹⁹⁰. Eine andere Meinung behauptet, dass das Vorrangprinzip keine absolute Wirkung genießen könne¹⁹¹.

So unterschiedlich beide Meinungen im Ausgangspunkt sind, so sehr kommen sie doch zu gleichen Schlussfolgerungen. Auch die Befürworter eines absoluten Vorrangprinzips verkennen nicht, dass die zwingenden technischen Notwendigkeiten beachtet werden müssen, weil ansonsten ein Stromfluss unmöglich wäre, die Beachtung des Vorrangs also leerliefe. Der Vorrang soll dann nicht relativiert werden, sondern nur vorläufig nicht durchgreifen¹⁹². Dagegen sind die Vertreter eines relativen Vorrangs von vornherein der Ansicht, dass das Vorrangprinzip im Falle einer konkreten Versorgungskrise zurückstehen müsse, um die Versorgungssicherheit zu erhalten¹⁹³. Die technisch erforderlichen Vorgaben zur Erhaltung der Versorgungssicherheit bildeten die Grenze für den Vorrang erneuerbarer Energien¹⁹⁴. Somit führen die unterschiedlichen Auffassungen des Rangverhältnisses von Vorrangprinzip und Versorgungssicherheit zu gleichen Ergebnissen.

Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 2, Rn. 20 ff.; *Möstl*, RdE 2003, S. 95.

¹⁹⁰ *Oschmann*, in: Altmann/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 2, Rn. 43.

¹⁹¹ LG Halle, Urt. v. 31.01.2008 – Az. 12 O 64/07, ZNER 2008, S. 84 f.; *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 2, Rn. 28 ff.; *ders.*, RdE 2005, S. 250; *Dreher/Reshöft*, ZNER 2006, S. 311.

¹⁹² *Ekardt*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 2, Rn. 23.

¹⁹³ LG Halle, Urt. v. 31.01.2008 – Az. 12 O 64/07, ZNER 2008, S. 85; *Dreher/Reshöft*, ZNER 2006, S. 311.

¹⁹⁴ *Reshöft*, in: Reshöft, Erneuerbare-Energien-Gesetz, 3. Aufl. 2009, § 2, Rn. 29.

Der Vorrang der Versorgungssicherheit ist unstrittig. Das Europarecht und die Verfassung setzen keine Priorität zwischen der sicheren und der umweltverträglichen Energieversorgung. So ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, im Kollisionsfall einen Ausgleich herbeizuführen und die Ziele bestmöglich zu verwirklichen¹⁹⁵. Somit muss letztlich der Versorgungssicherheit im Konfliktfall der Vorrang zugebilligt werden. Ohne ein funktionierendes Netz sind Abnahme, Übertragung und Verteilung des Ökostroms ohnehin nicht durchsetzbar. Dementsprechend hat der Gesetzgeber die Nationalrechte geregelt. Nach § 13 Abs. 2 EnWG ist der Betreiber von Übertragungsnetzen in einer kritischen Situation berechtigt, sämtliche Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen in seinen Regelzonen anzupassen oder diese Anpassung zu verlangen, um die Netzstabilität zu garantieren. § 14 Abs. 1 Nr. 2 EEG erlaubt auch, den Vorrang für Strom aus erneuerbaren Energien zu ignorieren, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten. Und die Versorgungssicherheit ist ja auch direkt relevant für die Endverbraucher. Deshalb sieht der Gesetzgeber eine Grundversorgungspflicht (§ 36 Abs. 1 EnWG) für die Energieanbieter vor. Aus vertraglichen Versorgungspflichten muss ein Energieversorgungsunternehmen auch sichere Energie leisten. Wenn eine unmittelbar bevorstehende Gefahr für die Versorgungssicherheit vorliegt und der Übertragungsnetzbetreiber weiter erneuerbare Energien aufnimmt, kann das Energieversorgungsunternehmen seine Grundversorgungspflicht und seine Pflicht aus den Verträgen technisch nicht mehr erfüllen¹⁹⁶. Eine sichere Energieversorgung ist aber die Voraussetzung für die anderen Ziele, ohne sie ist das Erreichen der anderen Ziele nicht denkbar. Aber das Vorrangprinzip zeitigt

¹⁹⁵ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, § 2, Rn. 72.

¹⁹⁶ Salje, EEG, 6. Aufl. 2012, § 2, Rn. 28.

auch Rückwirkungen auf eine evtl. Netzverstärkung¹⁹⁷. Um die Überflutung mit erneuerbaren Energien zu vermeiden und die Stromversorgung am Ende ausschließlich aus regenerativen Energien zu erzeugen, muss die Kapazität der Übertragungsnetze entsprechend erweitert werden.

3. Zwischenergebnis

Die Zielsetzungen sind allgemeine Aussagen und stellen ein Optimierungsgebot für den gesamten energierechtlichen Bereich dar. Jedes Ziel kann seinen Anhaltspunkt im Europarecht und in der Verfassung finden. Aber das gleichzeitige Erreichen aller Ziele ist manchmal nicht möglich und wird auch nicht verlangt. Die Aufgabe des Gesetzgebers ist, zu entscheiden, wie man die Interessen im konkreten Fall ausgleichen und dadurch langfristig eine maximale Optimierung erreichen kann.

Um die Ziele des Umweltschutzes im Energiebereich zu verwirklichen, sind Fördermaßnahmen für erneuerbare Energien erforderlich. Das Vorrangprinzip für die erneuerbaren Energien verschiebt die allgemeine Zielsetzung zugunsten der Umweltverträglichkeit. Aber dieser Grundsatz erhöht gleichzeitig das Risiko für die Netzstabilität. Wenn das Vorrangprinzip mit der Gewährleistung der Netzstabilität kollidiert, muss die Sicherheit der Energieversorgung vorgehen. Man kann die Versorgungssicherheit als systemimmanente Einschränkung verstehen, die das Vorrangprinzip relativiert, aber an der Schlussfolgerung ist damit nichts geändert. Aus technischen Gründen ist es auch selbstverständlich, dass die Sicherheit des Netzes zuerst eingehalten werden muss. Ansonsten könnte gar kein Strom, weder regenerativer noch konventioneller,

¹⁹⁷ Salje, EEG, 6. Aufl. 2012, § 2, Rn. 20.

übertragen werden. Um das Problem des Netzengpasses zu lösen, damit die Netzkapazität die aufkommenden erneuerbaren Energien aufnehmen kann, ist die Stärkung der Netzkapazität ein nötiger Schritt.

C. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit

Gemäß § 11 Abs. 1 EnWG sind Betreiber von Energieversorgungsnetzen – hierzu gehören gemäß § 3 Nr. 2 EnWG sowohl Betreiber von Übertragungsnetzen (ÜNB) als auch Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen (VNB) – verpflichtet, ein sicheres und zuverlässiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben. Die von der Bundesregierung im Sommer 2011 beschlossene Energiewende macht diesen gesetzlichen Auftrag zu einer besonderen Herausforderung. Die stetige Zunahme dezentraler Einspeisung und der mit dem Atomausstieg verbundene Ausfall an Erzeugungskapazität erhöhen das Risiko für die sichere und zuverlässige Energieversorgung.¹⁹⁸ Für den Fall, dass die Sicherheit oder Zuverlässigkeit der Stromversorgung gefährdet oder gestört ist, legen §§ 13, 14 EnWG fest, mit welchen Maßnahmen die ÜNB und VNB eingreifen können. Diese Aufgabe wurde den ÜNB und VNB vom Gesetzgeber zugewiesen, weil sie den Überblick sowie die technischen Einwirkungsmöglichkeiten haben, um Störungen des Systems bereits im Vorfeld zu erkennen, und diese auch unterbinden können¹⁹⁹.

I. Pflicht des Netzbetreibers zur Gewährleistung der Netzstabilität (§ 13 Abs. 1 EnWG)

§ 13 EnWG ist seit der EnWG-Novelle v. 07.07.2005 im EnWG enthalten. Die Vorschrift stammt nicht aus dem Europarecht, sondern kann im Kern auf technische Regelwerke der Energiewirtschaft zurückgeführt werden. Grid Code ist ein technisches Regelwerk der Verbundunternehmen und der deutschen Verbundgesellschaft (DVG).

¹⁹⁸ *Weise/Hartmann/Wöldeke*, RdE 2012, S. 181.

¹⁹⁹ *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 220; BT-Drucks. 15/3917, S. 56 f.

Es enthält die Bedingungen für die Nutzung beziehungsweise den diskriminierungsfreien Zugang zu den deutschen Übertragungsnetzen. Später aktualisierte der Verband der Netzbetreiber e. V. (VDN) die Regelungen des Grid Code in mehreren Schritten, was schließlich zur Veröffentlichung des Transmission Codes führte²⁰⁰. Der Transmission Code 2007 der deutschen Netzbetreiber enthält auch heute noch wichtige Aussagen zur Konkretisierung der Systemverantwortung²⁰¹. Er konkretisiert Aufgaben und Rechtsstellung der Übertragungsnetzbetreiber im Hinblick auf die Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems der Elektrizitätsversorgung in ihrer Regelzone²⁰². Die Regeln des Transmission Codes haben keine unmittelbare Rechtswirkung nach außen. Die Übertragungsnetzbetreiber legen diese Regeln den bilateralen Vereinbarungen mit den Marktteilnehmern zugrunde²⁰³.

1. Vorliegen der Gefährdung oder Störung der Sicherheit und Zuverlässigkeit (§ 13 Abs. 4 EnWG)

Tatbestandsvoraussetzung für die Verpflichtung und Berechtigung des Übertragungsnetzbetreibers, Maßnahmen nach § 13 EnWG zu ergreifen, ist eine Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems (vgl. § 13 Abs. 1 EnWG). Sicherheit bedeutet, dass ein Netz den Ausfall einzelner Komponenten verkraften muss, ohne dass Unterbrechungen der Stromversorgung auftreten. Zuverlässigkeit bedeutet, dass Ausfälle nur in geringer Zahl auftreten und die jeweilige

²⁰⁰ *de Wyl/Thole/Bartsch*, in: Schneider/Theobald, Recht der Energiewirtschaft, 4. Aufl. 2013, § 16, Rn. 252 f.

²⁰¹ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 8.

²⁰² *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 1.

²⁰³ *Hermanns*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, Kap. 3, Rn. 26.

Unterbrechungsdauer ebenfalls gering ist²⁰⁴. Eine Gefährdung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems liegt nach § 13 Abs. 4 EnWG vor, wenn „kurzfristige Netzengpässe“ oder „örtliche Ausfälle“ zu besorgen sind oder wenn zu besorgen ist, dass die Haltung von Frequenz, Spannung oder Stabilität nicht in ausreichendem Maße gewährleistet werden kann. Diese Aufzählung würde schon alle denkbaren Gefährdungssituationen abdecken, aber wenn man von teleologischen Gründen ausgeht, können diese nicht als abschließend aufgelistet werden²⁰⁵. Wenn aus irgendeinem Grund eine Gefährdung oder Störung vorliegt, muss der Netzbetreiber mit Hilfe von § 13 EnWG tätig werden. Anders als der Begriff der „Gefährdung“ wird derjenige der „Störung“ gesetzlich nicht definiert. Nach allgemeinem Verständnis tritt eine Störung zeitlich nach einer Gefährdung ein und setzt voraus, dass die Gefährdung tatsächlich eintritt²⁰⁶. Folgend werden die drei aufgezählten Fälle genauer beleuchtet.

a. Örtlicher Ausfall

Örtliche Ausfälle liegen vor, wenn ein Punkt des Übertragungsnetzes (Leitungsverknüpfung, Mast, Schalter, Transformator) nicht mehr seine vorgesehene Funktion erfüllen kann²⁰⁷. Diese Situationen können auf technische Defekte, Naturereignisse und Naturkatastrophen oder auf vorsätzliche Beschädigung zurückzuführen sein²⁰⁸. In diesem Fall ist der verantwortliche Netzbetreiber zur Kontrolle der fraglichen Netzbe-

²⁰⁴ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 416; Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 5 f.

²⁰⁵ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 118.

²⁰⁶ Scholz/Tüngler; RdE 2010, S. 317; Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 10.

²⁰⁷ Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 7.

²⁰⁸ Erbring/Kuring/Ruge, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 165.

standteile zumindest vorübergehend nicht fähig. Der Transport von Strom in die betroffene Netzregion wird dadurch eingeschränkt.²⁰⁹ Nach einem Erst-recht-Schluss erfüllt ein überregionaler Ausfall den Tatbestand des § 13 Abs. 4 EnWG.

b. Kurzfristige Netzengpässe

Unter einem Netzengpass im Sinne der § 13 Abs. 4 EnWG versteht man eine Situation, in der ein Bestandteil des Stromnetzes wegen unzureichender Kapazitäten nicht alle Stromflüsse im Rahmen des von den Marktteilnehmern gewünschten Handelns bewältigen kann²¹⁰. Kurzfristige Netzengpässe sind solche, die nur unregelmäßig auftreten und eine gewisse Dauer nicht überschreiten²¹¹. Der Transmission Code 2007 der deutschen Netzbetreiber definiert Netzengpässe mit Hilfe des (n-1)-Kriteriums. Das (n-1)-Kriterium meint, dass der sichere Netzbetrieb auch noch gewährleistet sein muss, wenn ein Betriebsmittel, zum Beispiel ein Leistungstransformator, ein Generator oder eine Freileitung, ausfällt²¹². Ein Engpass besteht danach dann, wenn das (n-1)-Kriterium nicht eingehalten wird oder wenn der zuständige Netzbetreiber die begründete Erwartung hat, dass bei Akzeptanz aller bereits bekannten oder prognostizierten Fahrplananmeldungen ohne durch ihn veranlasste Sondermaßnahmen das (n-1)-Kriterium nicht eingehalten werden kann²¹³. Der Ausfall eines Betriebsmittels darf nicht dazu führen, dass andere Betriebsmittel überlastet werden und deshalb abgeschaltet werden müssen²¹⁴. Solche Abschaltungen können zu einer Spaltung des europäischen Verbundnetzes in separate Teilnetze führen oder eine Inselnetzbildung bewirken. Auch ein

²⁰⁹ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 119.

²¹⁰ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 417.

²¹¹ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 42; Erbring/Kuring/Ruge, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 166.

²¹² Erbring/Kuring/Ruge, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 166.

²¹³ VDN, Transmission Code 2007, S. 76.

²¹⁴ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 120.

Ausfall einzelner Teilnetze und sogar ein Totalausfall des gesamten Verbundsystems könnten passieren²¹⁵. Die Legaldefinition spricht nur von einem kurzfristigen Netzengpass, aber nach einem Erst-recht-Schluss gehören länger andauernden Netzengpassituationen natürlich auch zu den Gefährdungen oder Störungen nach § 13 Abs. 4 EnWG²¹⁶.

c. Die technische Funktionsbedingungen

Frequenzhaltung, Spannungshaltung sowie Netzstabilität gehören zu den technischen Funktionsbedingungen eines jeden Elektrizitätsnetzes²¹⁷. Das erforderliche Maß für die Frequenz- und Spannungshaltung sowie die Haltung der Stabilität des Netzes ergibt sich aus den für diese Kenngrößen im technischen Regelwerk²¹⁸ festgelegten Grenzwertbereichen. Sie dürfen nicht verlassen werden²¹⁹. Ein längeres Abweichen von der Sollfrequenz 50 Hertz führt zu Beschädigungen an Betriebsmitteln oder Verbrauchsanlagen²²⁰. Eine Über- oder Unterschreitung der zulässigen Spannung kann dieselben Probleme verursachen, da alle technischen Komponenten nur für ein bestimmtes Spannungsband ausgelegt sind²²¹.

Um zu ermitteln, ob kritische Netzzustände vorliegen, muss der Netzbetreiber auf Grundlage der in seiner Schaltwarte zusammenlaufenden Daten eine Prognose erstellen. Diese Prognose muss nach den allgemeinen rechtlichen Anforderungen, ausgehend von dem zutreffend festgestellten Sachverhalt, zu einer schlüssigen Annahme

²¹⁵ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 418.

²¹⁶ Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 8.

²¹⁷ Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 9.

²¹⁸ Siehe die VDE-Richtlinien gemäß § 49 Abs. 2 Ziff. 1.

²¹⁹ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 6.

²²⁰ Erbring/Kuring/Ruge, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 167.

²²¹ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 121.

kommen²²². Allerdings ist diese Entscheidung in der Praxis immer unter großem Zeitdruck auf der Grundlage komplexer Sachverhalte zu treffen²²³, weshalb Fehleinschätzungen selbstverständlich vorkommen. Wenn der Netzbetreiber vor dem Ergreifen einer Maßnahme des § 13 EnWG alle Erkenntnismittel ausgeschöpft hat und daraus objektiv auf eine Gefahrenlage im Sinne des § 13 Abs. 3 EnWG schließen konnte, dann konnte und musste er rechtmäßiger Weise auch Maßnahmen nach § 13 EnWG ergreifen. Hierbei handelt es sich um eine Ex-ante-Beurteilung²²⁴.

2. Maßnahmen der Netzbetreiber bei Gefährdung oder Störung (§ 13 EnWG)

Nach § 13 Abs. 1 ist der Übertragungsnetzbetreiber berechtigt einzugreifen, wenn eine Überschreitung der in der Vorschrift genannten Netzzustände oder eine andere mögliche Gefährdung zu besorgen ist. Das bedeutet, dass nur die Möglichkeit der Gefährdung oder Störung auszuschließen nicht genügt. Es handelt sich hier um eine Wahrscheinlichkeit der Gefährdung oder Störung, die auszuschließen ist²²⁵. In welchem Maß die Wahrscheinlichkeit auszuschließen ist, kann nicht mit einer abstrakten mathematischen Methode entschieden werden. Es ist vielmehr eine Einzelfallentscheidung, die aufgrund der gegebenen Umstände getroffen werden können muss, falls es ohne ein Eingreifen der Übertragungsnetzbetreiber bei ungehindertem Verlauf zu den unerwünschten Netzzuständen kommt²²⁶. Entsprechend des Gefahrbegriffs des Polizei- und Ordnungsrechts sind die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts, die zeitliche Nähe des möglichen Schadenseintritts und das zu erwartende Ausmaß des möglichen Schadens in Beziehung zueinander zu setzen²²⁷.

²²² König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 123.

²²³ BT-Drucks. 15/3917, S. 57.

²²⁴ Weise/Hartmann/Wöldeke, RdE 2012, S. 182.

²²⁵ Weise/Hartmann/Wöldeke, RdE 2012, S. 181.

²²⁶ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 7.

²²⁷ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 7.

Bei Vorliegen einer Gefährdung oder Störung sieht § 13 EnWG ein Stufensystem vor. Zunächst haben die Übertragungsnetzbetreiber netzbezogene Maßnahmen zu ergreifen, die ohne unmittelbare Außenwirkung sind. § 13 Abs. 1 Nr. 1 EnWG hat Netzschaltung als Beispiel ausdrücklich angesprochen²²⁸. Wenn die netzbezogenen Maßnahmen nicht ausreichen, die Gefährdung oder Störung zu beseitigen, können marktbezogene Maßnahmen mit Außenwirkung stattfinden. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2, 3 EnWG sind Regenergieeinsatz, vertraglich vereinbarte abschaltbare und zuschaltbare Lasten, Informationen über Engpässe und Management von Engpässen sowie die zusätzliche Reserve die marktbezogenen Maßnahmen. Reichen diese Maßnahmen auch noch nicht aus, ist der Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 13 Abs. 2 EnWG berechtigt und verpflichtet, die kritischen Netzzustände mit den Notfallmaßnahmen zu behandeln²²⁹. § 13 Abs. 2 EnWG berechtigt und verpflichtet den Betreiber von Übertragungsnetzen, sämtliche Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen in seiner Regelungzone den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Netzbetriebs anzupassen oder diese Anpassung zu verlangen. Obwohl es im Gesetz nicht ausdrücklich angeordnet wird, sind nach h. M.²³⁰ netzbezogene Maßnahmen gegenüber marktbezogenen Maßnahmen vorrangig. Dieses Rangverhältnis kommt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip, da der Eingriff mit marktbezogenen Maßnahmen, durch die das Recht dritter Marktteilnehmer betroffen ist, tief greifender ist als mit netzbezogenen Maßnahmen, die sich ausschließlich auf den internen Netzbetrieb der Netzbetreiber auswirken²³¹.

²²⁸ *Tüngler*, in: Kment, Energiewirtschaftsgesetz, 2015, § 13, Rn. 21.

²²⁹ *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 2; *Weyer*, RdE 2010, S. 233; *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 220.

²³⁰ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 14; *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 11; *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 15 f.; *Altrock/Herrmann*, ZNER 2010, S. 352.

²³¹ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 14.

Wenn die netzbezogenen Maßnahmen geeignet sind, die kritischen Netzzustände zu beseitigen, darf der Netzbetreiber nicht in die nächste Phase eintreten.

Die Einhaltung der Verhältnismäßigkeit und damit der Stufenfolge wird von der Regulierungsbehörde überwacht, und im Falle eines Fehlverhaltens kommen aufsichtsrechtliche Maßnahmen in Betracht²³².

a. Netzbezogene Maßnahmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 1 EnWG)

Netzbezogene Maßnahmen sind solche Maßnahmen, die lediglich den technischen Netzbetrieb betreffen und keine Beteiligung der Netznutzer erfordern²³³. § 13 Abs. 1 Nr. 1 nennt Netzschaltungen als Beispiel, während der Transmission Code in Anhang A. 1 insbesondere Topologiemassnahmen und die Ausnutzung betrieblich zulässiger Toleranzbänder vorsieht²³⁴. Mit diesen Maßnahmen greift der Netzbetreiber in die elektrotechnische Struktur des Netzes ein, um den Lastfluss im Netz umzulenken und dadurch eine Entlastung gefährdeter oder gestörter Netzelemente zu erreichen²³⁵. Das Zu- oder Abschalten von Leitungen oder Transformatoren, das Kuppeln oder Trennen von Sammelschienenpaaren und der Sammelschienenwechsel einer Last oder eines Erzeugers gehören zu dieser Art von Netzschaltungen²³⁶. Und die Wiedereinschaltung von Netzelementen, die für z. B. Wartungsarbeiten ausgeschaltet wurden, ist die einfachste und zunächst offensichtlichste Maßnahme, um die möglichst volle Verfügbarkeit des Netzes herzustellen²³⁷. Eine andere denkbare Maßnahme ist, die Netzstruktur selbst zu beeinflussen. Die Veränderung einer Netzstruktur kann dazu beitragen, den

²³² Vgl. *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 17.

²³³ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 15; *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 232.

²³⁴ *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 12.

²³⁵ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 16.

²³⁶ *Kaptue Kamga*, Regelzonenübergreifendes Netzengpassmanagement mit optimalen Topologiemassnahmen, S. 42 f.

²³⁷ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 174.

Lastfluss auf den engpassgefährdeten Kuppelleitungen in geringem Maße zu beeinflussen und auf andere, weniger stark ausgelastete Leitungen zu verschieben. Der Einsatz der Topologiemassnahmen wirkt sich nicht immer positiv aus. Die Abweichung von der optimalen Netzstruktur führt mitunter zu einer Verminderung der Versorgungssicherheit, zu einer Erhöhung der Übertragungsverluste und gegebenenfalls auch zu Problemen hinsichtlich der Spannungshaltung im Übertragungsnetz²³⁸. Diese negativen Auswirkungen müssen auch berücksichtigt werden.

Im Transmission Code 2007 ist die Ausnutzung betrieblich zulässiger Toleranzbänder auch als Beispiel für netzbezogene Maßnahmen genannt²³⁹. Hier handelt es sich um die gezielte Überlastung von Netzelementen mit im Rahmen der allgemeinen Regeln anerkannter Technik²⁴⁰. Hier sind die Spannung und Ströme im Übertragungsnetz beziehentlich. Für die engpassbedrohten Betriebsmittel können die Spannungswerte möglichst hoch eingestellt werden, um die Übertragungskapazität zu steigern, solange das zulässige Spannungsband gehalten wird²⁴¹. Auch im Hinblick auf die Strombelastbarkeit der maßgeblichen Betriebsmittel ist das eine denkbare Methode zur temporären Höherauslastung²⁴².

Das Problem der netzbezogenen Maßnahmen ist die Möglichkeit, etwaige negative Rückwirkungen zu entwickeln. Eine vorsichtige Analyse der Netzzustände in der Anfangsphase und eine intensivere Beobachtung während des Ablaufs der netzbezogenen

²³⁸ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 174.

²³⁹ VDN, Transmission Code 2007, Anhang A. 1.

²⁴⁰ VDN, Transmission Code 2007, Anhang A. 1.

²⁴¹ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 175.

²⁴² *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 18.

Maßnahmen ist erforderlich, um die potenzielle Gefährdung der Betriebsmittel zu begrenzen²⁴³. Allerdings lassen sich die Gefährdungen nicht gänzlich ausschließen. Die Auswahl der netzbezogenen Maßnahmen muss sich wiederum nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip richten, also geeignet, erforderlich und angemessen sein²⁴⁴. Der Zweck des § 13 EnWG ist, die Netzstabilität zu schützen, und wenn der Einsatz der netzbezogenen Maßnahmen mit einem absehbaren hohen Risiko zur Gefährdung der Netzstabilität führen würde, sind diese Maßnahmen eben nicht geeignet, die Netzstabilität zu gewährleisten.

b. Marktbezogene Maßnahmen (§ 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG)

Anders als bei den netzbezogenen Maßnahmen werden bei Durchführung marktbezogener Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG die Netznutzer, die mit dem Übertragungsnetzbetreiber vertragliche Vereinbarungen haben, einbezogen²⁴⁵. In der Praxis spielt die marktbezogene Maßnahme eine zentrale Rolle für das Netzsicherheitsmanagement²⁴⁶. Marktbezogene Maßnahmen werden in § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG beispielhaft aufgeführt. Vertraglich vereinbarte abschaltbare und zuschaltbare Lasten, die Mobilisierung zusätzlicher Reserven und das Management von Engpässen sowie der Einsatz von Regelenergie gehören zu der Gruppe der marktbezogenen Maßnahmen. Der Transmission Code 2007 nennt Countertrading und Redispatch als marktbezogene Maßnahmen²⁴⁷.

²⁴³ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 177.

²⁴⁴ Vgl. *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 19.

²⁴⁵ *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 13; *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 232.

²⁴⁶ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 21.

²⁴⁷ *Theobald/Theobald*, Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Aufl. 2013, S. 221.

aa. Der Einsatz von Regelenergie

Regelenergie ist gemäß § 2 Nr. 9 StromNZV diejenige Energie, die zum Ausgleich von Leistungsungleichgewichten in einer Regelzone eingesetzt wird. Einspeisungen und Ausspeisungen der Netznutzer können nicht immer gleich sein. Um die Netzfrequenz möglichst nah am Sollwert von 50 Hertz stabil zu halten, ist der Einsatz von Regelenergie erforderlich²⁴⁸. Die Primärregelung sichert den sekundenweise erfolgenden Ausgleich von Leistungsbilanzstörungen (§ 3 Nr. 8 StromNZV). Es gibt drei Arten von Reserven. Die Sekundärregelung dient einerseits der Ablösung der eingesetzten Primärregelleistung und andererseits dem dauerhaften Ausgleich der Leistungsbilanz (§ 3 Nr. 10 StromNZV). Schließlich tritt drittens subsidiär die Minutenreserve hinzu, die größere Bilanzstörungen kompensiert, wenn die Sekundärregelung dazu nicht genügt²⁴⁹.

Die Beschaffung der Regelenergie muss in gemeinsamen Ausschreibungen der Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 22 EnWG in transparenter und nichtdiskriminierender Weise erfolgen²⁵⁰.

Wie gesagt, dient die Regelenergie dem Ausgleich von Ein- und Ausspeisungen der Netznutzer. Deswegen gehört sie eigentlich nicht zu den ordentlichen Instrumenten des Netzmanagements. Der Einsatz von Regelenergie für kurzfristige Netzzustände könnte dazu führen, dass die Regelenergiekapazitäten vorzeitig ausgeschöpft und nicht mehr für den originalen Zweck einsetzbar sind. Aus diesem Grund soll die Regelenergie nur im äußersten Notfall in Form der manuell aktivierbaren Minutenreserve abgerufen werden, um den Ausfall wichtiger Leitungen abzuwenden²⁵¹. Der Einsatz von

²⁴⁸ BT-Drucks. 15/3917.

²⁴⁹ *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 3. Aufl. 2013, S. 93.

²⁵⁰ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 182.

²⁵¹ Bundesnetzagentur, Bericht zu den Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze

Regelenergie führt auch zur Erhöhung der Netzbetriebskosten, was sich wiederum auf die Netzzugangsentgelte auswirkt²⁵². Dies widerspricht wiederum dem Prinzip der Preisgünstigkeit, sodass auch aus diesem Grund der Einsatz der Regelenergie überdacht werden muss.

bb. Das Engpassmanagement

Zu den marktbezogene Maßnahmen gehören nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG ferner die Information über Engpässe und das Management von Engpässen. Wenn eine bloße Information über Engpässe bereits geeignet ist, die Gefährdung oder Störung zu beseitigen, muss diese dann weniger einschneidende Maßnahme gewählt werden²⁵³.

Reichen Informationen über Engpässe nicht aus, kritische Netzelemente in Gefährdungs- und Störungssituationen zu entlasten, kommt der Einsatz von Engpassmanagementtechniken in Betracht. Darunter ist eine Anpassung von Last und Erzeugung, also eine direkte Steuerung von Stromeinspeisungen und Stromausspeisungen als die in der Praxis wirkungsvollste Maßnahme zu verstehen²⁵⁴. Beim Engpassmanagement handelt es sich um Einspeisungen von Strom, d. h., es erfolgt auf der Erzeugerseite.

Im Rahmen eines Erzeugungsmanagements weisen die systemverantwortlichen Netzbetreiber auf der Grundlage von im Vorfeld abgeschlossener Verträge eine Anpassung der Einspeisung von Erzeugungs- oder Speicheranlagen an oder greifen selbst in die Fahrweise von geeigneten Anlagen ein. Diese Maßnahme dient dazu, dass eine Stromeinspeisung räumlich verlagert und deshalb ein netzentlastender Stromfluss herbeigeführt und dadurch die aus dem konkreten Gefährdungs- oder Störungsereignis folgende Überlastung einzelner Netzelemente abgewendet wird. Bei diesem Vorgang

und die Versorgungssicherheit, S. 72.

²⁵² Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 24.

²⁵³ Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 24.

²⁵⁴ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 23 f.

wird die Kraftwerkseinsatzsteuerung nicht mehr in der Hand der Stromgroßhandelsmärkte belassen, sondern die Netzbetreiber greifen unmittelbar ein, um Gefahr abzuwehren. Da die Kraftwerkseinsatzsteuerung auch als Dispatch bezeichnet wird, spricht man in Hinblick auf die entsprechenden Anpassungsmaßnahmen der Netzbetreiber von einem sogenannten Redispatch²⁵⁵.

Um die Netzstabilität besser zu gewährleisten, wurden bestimmte neue Regelungen durch das Dritte Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften in §§ 13 ff. EnWG eingefügt. Der Kreis der betroffenen Erzeugungsanlagen ist dadurch ausgeweitet worden. Nach § 13 a EnWG sind alle Betreiber von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung mit einer Nennleistung ab 10 MW auf Anforderung der Betreiber von Übertragungsnetzen zur Mitwirkung an Anpassungsmaßnahmen verpflichtet, während ursprünglich nur diejenigen mit einer Nennleistung ab 50 MW²⁵⁶ verpflichtet wurden. Damit werden die wechselseitigen Interessen ausgeglichen. Früher bestand für verantwortliche Betreiber von Übertragungsnetzen nur die Möglichkeit, zwischen bilateralen Vereinbarungen oder Maßnahmen ohne Vergütung gemäß § 13 Abs. 2 EnWG zu wählen. § 13 a EnWG sichert einerseits, dass die Übertragungsnetzbetreiber, wenn freiwillige bilaterale Vereinbarungen nicht bestehen, das Recht haben, das Erzeugungsmanagement gegenüber Betreibern von Erzeugungsanlagen durchzusetzen²⁵⁷. Gleichzeitig regelt dieser Paragraph auch die Vergütungspflicht für die Übertragungsnetzbetreiber, und so werden die von den Anpassungsmaßnahmen betroffenen Anlagenbetreiber nicht nur zum Teilnehmen an der Netzstabilität verpflichtet, sondern sie haben auch Anspruch auf Entschädigungen. Übertragungsnetzbetreiber haben zwei Möglichkeiten: Zum einen können sie auf dem Wege eines Vertrags mit den Betreibern

²⁵⁵ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 24.

²⁵⁶ BGBl. I, S. 1690.

²⁵⁷ BT-Drucks. 17/6072, S. 71.

von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung von elektrischer Energie, zum anderen mittels Anforderung einer angemessenen Vergütung in das Erzeugungsmanagement eingreifen. Allerdings ist eine Vereinbarung zwischen Anlagenbetreiber und Übertragungsnetzbetreiber vorrangig anzustreben. Nur durch eine Vereinbarung können die Besonderheiten aufgrund von Standort oder Typ einer Anlage angemessen berücksichtigt werden²⁵⁸. Für die anderen Erzeugungsanlagen und Speicher unter 10 MW können Übertragungsnetzbetreiber auch Verträge abschließen, wenn es für die Anpassungsmaßnahmen nötig ist. § 13 a EnWG enthält nur eine Regelung für die Erzeugungsanlagen und Speicher ab 10 MW, aber es ist nicht ausgeschlossen, sonstige Erzeugungsanlagen und Speicher durch vertragliche Vereinbarung in das Gewährleistungssystem einzubeziehen²⁵⁹.

Die Bundesnetzagentur wird als zuständige Regulierungsbehörde nach § 13 j Abs. 1 S. 1 EnWG zur Konkretisierung dieser Pflicht ermächtigt. Am 31.10.2012 haben die Beschlusskammern 6 und 8 der Bundesnetzagentur mit dem Erlass zweier Festlegungen von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht. Es handelt sich um die „Festlegung zur Standardisierung vertraglicher Rahmenbedingungen für Eingriffsmöglichkeiten der Übertragungsnetzbetreiber in die Fahrweise von Erzeugungsanlagen“ und die „Festlegung von Kriterien für die Bestimmung einer angemessenen Vergütung bei strombedingten Redispatch-Maßnahmen und bei spannungsbedingten Anpassungen der Wirkleistungseinspeisung“²⁶⁰.

²⁵⁸ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 438 f.

²⁵⁹ Vgl. König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 448.

²⁶⁰ de Wyl/Hartmann/Weise, EnWZ 2013, S. 66 f.

cc. Vertraglich vereinbarte ab- und zuschaltbare Lasten

§ 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG nennt vertraglich vereinbarte ab- und zuschaltbare Lasten als eine der Anpassungsmaßnahmen. Mit Last bezeichnet man die Leistungsentnahmen zum Zweck des Verbrauchs²⁶¹. Außer in die Erzeugungsebene können Übertragungsnetzbetreiber auch in die Verbrauchsebene eingreifen, um eine Gefährdung oder Störung abzuwenden²⁶². Dieses Instrument kann dazu dienen, netzentlastende Stromflüsse herbeizuführen und dann die Überlastung einzelner Netzelemente zu beseitigen²⁶³. Bei einer Überlastung der Nord-Süd-Trassen kann z. B. eine Last in Süddeutschland abgeschaltet werden, um den dortigen Strombedarf zu reduzieren und Stromtransporte aus dem Norden entbehrlich zu machen. Als Alternative können Übertragungsnetzbetreiber auch eine Last in Norddeutschland zuschalten; dann wird überflüssiger Strom an Ort und Stelle aus dem Netz genommen²⁶⁴. Um das Lastmanagement abzuwickeln, müssen zunächst die genaue Engpassbelastung und der für eine Entlastung notwendige Anpassungsbedarf sowie die dafür geeigneten Verbrauchsanlagen ermittelt werden. In der Folge werden die geeigneten Anlagenbetreiber aufgefordert, in bestimmtem Umfang ihren Stromverbrauch entsprechend zu verringern oder zu erhöhen. Es liegt deshalb keine Reduzierung der vorhandenen Strommenge im Netz vor, sondern eine Verlagerung der Stromflüsse²⁶⁵. Die Abschaltung von Last ist viel wichtiger als die Zuschaltung von Last, da konkreter Bedarf in der Praxis meist auf Seiten der Abschaltung von Last liegt. Deshalb hielt die Bundesregierung eine Verordnung für die Zuschaltung von Last nicht für nötig, obwohl die Ermächtigung nach

²⁶¹ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 14.

²⁶² König, EnWZ 2013, S. 201.

²⁶³ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 55.

²⁶⁴ König, EnWZ 2013, S. 201.

²⁶⁵ König, Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, S. 453.

§ 13 i Abs. 2 EnWG für das Erlassen der Verordnung der Ab- oder Zuschaltung von Last beides erfasst²⁶⁶.

Eine Maßnahme des Lastmanagements kann gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG nur im Rahmen der Verträge ergriffen werden. In der Literatur wird behauptet, § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG verpflichte die Übertragungsnetzbetreiber nicht, solche Vereinbarungen zu treffen; doch seien sie gut beraten, sich für marktbezogene Maßnahmen einen entsprechenden vertraglichen Spielraum zu verschaffen²⁶⁷. Diese Ansicht ist nicht vertretbar. Zuerst sollte es klar sein, dass die Übertragungsnetzbetreiber verpflichtet sind, Gefährdungen oder Störungen eines sicheren und zuverlässigen Elektrizitätsversorgungssystems zu beseitigen. Der Einsatz von marktbezogenen Maßnahmen setzt voraus, dass eine konkrete Gefährdung vorliegt. Auf den ersten Blick wird diese Gefahr während des Abschlusses der Verträge noch nicht konkret erscheinen. Erst bei einer Anpassung oder Abschaltung der Last wird die Problematik auftauchen²⁶⁸. Aber wenn die kritischen Netzzustände, örtliche Netzausfälle oder kurzfristige Netzengpässe usw. nach vergangenen Erfahrungen oder aus technischen Gründen sehr wahrscheinlich passieren werden und der Abschluss der Verträge die geeignetste Maßnahme ist, diese Gefährdung zu beseitigen, haben die Übertragungsnetzbetreiber schon weniger Frei- raum für einen Nichtabschluss solcher Verträge. Und man muss zudem auch die Pflicht der Energieversorgungsnetzbetreiber nach § 11 Abs. 1, § 12 Abs. 1 und 3 EnWG beachten, die zum Betrieb eines sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Energieversorgungsnetzes auffordert. Aus dieser Pflicht heraus müssen die Übertragungsnetzbetreiber im Vorfeld Maßnahmen ergreifen, damit sie in der Lage sind, Gefährdungen

²⁶⁶ Bundesnetzagentur, Bericht zu den Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit, S. 28 ff.

²⁶⁷ *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 14.

²⁶⁸ *Weyer*, RdE 2010, S. 233.

der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems in ihrer Regelzone entweder von vornherein vorzubeugen oder zumindest diese durch Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 EnWG zu beseitigen²⁶⁹. Dieser Interpretation entspricht auch das Drei-Stufen-System des § 13 Abs. 1 und 2 EnWG. Nach § 13 Abs. 2 EnWG sind die Übertragungsnetzbetreiber berechtigt und verpflichtet, die Notfallmaßnahmen zu ergreifen, wenn die Maßnahmen des § 13 Abs. 1 EnWG nicht ausreichend sind oder die Gefährdung oder Störung nicht rechtzeitig zu beseitigen ist. Diese Stufe kann nicht wegen des Nichtabschlusses von Verträgen konterkariert, d. h. eine Pflichtverletzung der Übertragungsnetzbetreiber ermöglicht werden²⁷⁰. Deshalb sind Übertragungsnetzbetreiber grundsätzlich verpflichtet, im vorhersehbar erforderlichen Umfang Verträge für zu- oder abschaltbare Lasten abzuschließen. § 13 i Abs. 1 Nr. 1 EnWG ermächtigt die Bundesregierung, eine Rechtsverordnung zu erlassen, um die Beschaffung von Ab- und Zuschaltleistung über vertraglich vereinbarte ab- und zuschaltbare Lasten effizient und einheitlich zu verwirklichen.

Nach § 13 i Abs. 2 S. 1 EnWG sollen die Vereinbarungen über zu- und abschaltbare Lasten nur unter der Bedingung abgeschlossen werden, dass ihnen wirtschaftlich und technisch sinnvolle Angebote zugrunde liegen. Als wirtschaftlich sinnvoll gelten Angebote zum Erwerb der Lasten, für die eine Vergütung zu zahlen ist, die die Kosten von Versorgungsunterbrechungen nicht übersteigt, zu denen es ohne die Nutzung der zu- oder abschaltbaren Lasten kommen könnte (§ 13 i Abs. 2 S. 3 EnWG). In der Praxis ist die Abschaltung viel bedeutsamer; deshalb erließ die Bundesregierung nach Ermächtigung durch § 13 i Abs. 1 EnWG nur die Verordnung zu abschaltbaren Lasten (AbLaV). § 4 AbLaV regelt den konkreten Inhalt der Vergütung abschaltbarer Lasten.

²⁶⁹ *Weyer*, RdE 2010, S. 233.

²⁷⁰ Vgl. *Weyer*, RdE 2010, S. 234.

Die Anbieter von Abschaltleistung aus abschaltbaren Lasten erhalten zwei Typen von Vergütungen. Eine ist die Vergütung für die Bereitstellung von Abschaltleistung und die andere ist ein Arbeitspreis für jeden Abruf der Abschaltleistung (§ 4 Abs. 2, 3 AbLaV). Der monatliche Leistungspreis für die Bereitstellung beträgt gemäß § 4 Abs. 2 AbLaV 250 EUR pro MW. Das bedeutet 3.000 EUR pro Jahr. Diese Vergütung ist nicht unstrittig. In der Diskussion der Bundesregierung sprach sich das Umweltministerium gegen eine Bereitstellungsprämie aus²⁷¹, da sie eine unnötige Erhöhung des Strompreises verursachen könne. Die durch die „Energiewende“ verursachten Kosten sollten so gering wie möglich sein. Die Kosten für Vergütungen sind nicht unerheblich. Nach § 1 Abs. 1 AbLaV sollen die Übertragungsnetzbetreiber Abschaltleistung bis 3.000 MW erwerben. Die Kosten würden dann 90 Mio. EUR erreichen. Mit dem Arbeitspreis könnte die Summe der Vergütungen bis 320,4 Mio. EUR betragen²⁷². Aus technischen Gründen und nach Praxisbedürfnis²⁷³ würden die Gesamtkosten eher zwischen 50 und 150 Mio. EUR liegen. Aber diese Kosten sind auch sehr hoch im Vergleich zu den Kosten des Erzeugungsmanagements²⁷⁴. Sie müssen von den Endverbrauchern getragen werden (§ 18 AbLaV), um Nachteile für die Übertragungsnetzbetreiber zu vermeiden²⁷⁵. Im Übrigen kann die Abschaltung von Lasten nur unter bestimmten Bedingungen sinnvoll genutzt werden. Die abschaltbaren Verbraucher müssen in einer geeigneten netztopologischen Lage liegen²⁷⁶, und die Abschaltung von

²⁷¹ Zeit Online, Rösler und Röttgen streiten über Industrieprämie, 01.02.2012.

²⁷² Gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 und 4 soll die Mindestverfügbarkeit der abschaltbaren Lasten 16 Stunden im Monat betragen. Bei einem maximalen Arbeitspreis (400 EUR) ergäben sich Abrufkosten in Höhe von 230,4 Mio. EUR. Siehe *König*, EnWZ 2013, S. 203.

²⁷³ Z. B. ist es in der Sommerzeit erfahrungsgemäß nicht wirklich nötig, durch Abschaltung von Lasten einzugreifen.

²⁷⁴ *König*, EnWZ 2013, S. 203.

²⁷⁵ BT-Drucks. 17/11671, S. 14.

²⁷⁶ Z. B. kann die Überlastung auf den Leistungssystemen vom Großraum Rhein-Ruhr in den Großraum Rhein-Main nur durch die Abschaltung von Verbrauchern, die in Süddeutschland oder im angrenzenden südlichen Ausland liegen, abgemildert werden.

Lasten muss zeitlich flexibel sein, um sie kritischen Situationen anzupassen²⁷⁷. Wegen dieser Voraussetzungen sind nicht alle Produktionsanlagen geeignet für die Abschaltung von Lasten. Außerdem könnte der Produktionsausfall enorme wirtschaftliche Schäden auslösen, und so kann man die Bereitschaft der Unternehmen zur Lastabschaltung nicht sehr hoch veranschlagen²⁷⁸. Auch nach der Meinung der Bundesnetzagentur ist die Abschaltung von Lasten nur eine langfristige Option und kein sinnvoller Weg, damit gegenwärtig netztechnische Probleme zu beheben²⁷⁹. Hinzu kommt, dass nach § 4 Abs. 3 AbLaV der Anspruch auf Vergütung für die Bereitstellung der Abschaltleistung nicht davon abhängig ist, inwieweit der Betreiber des Übertragungsnetzes die Abschaltleistung abrufen. Und anstatt durch eine Ausschreibung einen günstigen Anbieter zu finden, wird der Preis für die Bereitstellung vorher festgeschrieben²⁸⁰. Dies könnte zu einem überhöhten Preis für die Abschaltung von Lasten führen. Aus diesen Gründen ist die Abschaltung von Lasten eigentlich eine ungeeignete Maßnahme zur Problemlösung.

dd. Mobilisierung zusätzlicher Reserven

Unter Mobilisierung zusätzlicher Reserven sind alle Maßnahmen zu verstehen, die über den regulären Netzbetrieb hinausgehen. Dazu zählen beispielsweise der zusätzliche Ankauf von Regelenergie, die Wiederinbetriebnahme entwidmeter Netzteile oder das Anfahren von im Probetrieb befindlichen Erzeugungsanlagen²⁸¹.

²⁷⁷ Bundesnetzagentur, Bericht zu den Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit, S. 50.

²⁷⁸ Bundesnetzagentur, Bericht zu den Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit, S. 51.

²⁷⁹ Bundesnetzagentur, Bericht zu den Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit, S. 51, 71 f.

²⁸⁰ Siehe König, EnWZ 2013, S. 204.

²⁸¹ Erbring/Kuring/Ruge, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 187; Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 24.

Das Countertrading ist auch eine marktbezogene Maßnahme gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 3 EnWG. Als Countertrading werden Handelsgeschäfte der systemverantwortlichen Netzbetreiber bezeichnet, mit denen Lastflüsse ausgelöst werden sollen, die sich entlastend auf überlastete Netzelemente auswirken²⁸². Der Unterschied zwischen Erzeugungs- oder Lastmanagement und Countertrading liegt darin, dass bei Letzterem die gewünschten Anpassungsmaßnahmen nicht direkt bei den Betreibern der Anlagen angefordert werden, sondern durch Handelsgeschäfte auf die Stromflüsse Einfluss genommen wird²⁸³.

Um Rechtsklarheit zu erreichen, hat der Gesetzgeber in § 13 Abs. 1 Nr. 3 EnWG eine eigene Nummer für Reserven aufgenommen, während § 13 Abs. 1 Nr. 2 EnWG a. F. die Reserven mit anderen Maßnahmen zusammenlegte. Zu den Reserven gehören insbesondere die Netzreserve nach § 13 d EnWG sowie die Kapazitätsreserve nach § 13 e EnWG. Diese werden daher in Nummer 3 ausdrücklich aufgeführt²⁸⁴.

c. Notfallmaßnahmen (§ 13 Abs. 2 EnWG)

Wenn netz- oder marktbezogene Maßnahmen gemäß § 13 Abs. 1 EnWG nicht ausreichen, eine Gefährdung oder Störung des Elektrizitätsversorgungssystems rechtzeitig zu beseitigen, berechtigt und verpflichtet § 13 Abs. 2 EnWG die Übertragungsnetzbetreiber zu Notfallmaßnahmen.

Da die Notfallmaßnahmen ein sehr schwerer Eingriff sind, sollten sie nur im Ausnahmefall erlaubt sein²⁸⁵. Der Einsatz der Notfallmaßnahmen ist die letzte Stufe des Sicherheitssystems; allerdings sind die Übertragungsnetzbetreiber nach § 13 Abs. 2 EnWG nicht in jedem Fall zu dem vorherigen Versuch verpflichtet, der Gefährdung

²⁸² König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 81.

²⁸³ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 81.

²⁸⁴ BT-Drucks. 18/7317, S. 85.

²⁸⁵ BT-Drucks. 15/3917, S. 57.

oder Störung mit Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 EnWG zu begegnen²⁸⁶. Wenn die netz- oder marktbezogenen Maßnahmen aus der Sicht der Übertragungsnetzbetreiber als nicht als erfolgversprechend eingestuft werden, ist bereits die Voraussetzung für den Einsatz der Notfallmaßnahmen erfüllt²⁸⁷. Hat der Übertragungsnetzbetreiber entschieden, die Notfallmaßnahmen zu ergreifen, muss ein Beurteilungsspielraum unter Berücksichtigung von Informationshorizont und erforderlicher Reaktionsgeschwindigkeit eingeräumt werden²⁸⁸. Es ist nicht überzeugend, wenn man unterstellt, dass die auf technisch-physikalischen Prognosen beruhende Entscheidung des Fachpersonals durch die Entscheidung der Regulierungsbehörde oder durch die der Gerichte ersetzt werden kann²⁸⁹. Da die notwendigen Informationen und Techniken nur den Übertragungsnetzbetreibern zur Verfügung stehen, ist es auch nicht logisch, ihre Entscheidung durch die weniger sachverständige Behörde oder durch Gerichte ersetzen zu lassen. In bestimmten Fällen hat die Verwaltung einen verwaltungsrechtlichen Beurteilungsspielraum²⁹⁰. Es handelt sich hier um eine ähnliche Situation.

Nach der Rechtsprechung besteht ein Beurteilungsspielraum in bestimmten Fällen wie bei Prüfungsentscheidungen²⁹¹ oder Entscheidungen wertender Art durch weisungsfreie, mit Sachverständigen und/oder Interessenvertretern besetzte Ausschüsse²⁹²; dasselbe gilt für Prognoseentscheidungen und Risikobewertungen vor allem im Bereich des Umweltrechts und Wirtschaftsrechts²⁹³. Der Übertragungsnetzbetreiber muss eine

²⁸⁶ *Scholz/Tüngler*, RdE 2010, S. 318.

²⁸⁷ *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 190.

²⁸⁸ *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 28.

²⁸⁹ Vgl. *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 192.

²⁹⁰ Siehe *Mauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 7, Rn. 31 ff.

²⁹¹ BVerfGE 84, 34; BVerwGE 99, 74.

²⁹² BVerwGE 12, 20; BVerwGE 59, 213; BVerwGE 62, 330.

²⁹³ BVerwGE 79, 208; BVerwGE 82, 295.

ähnliche Prognoseentscheidung treffen. Zum Beispiel müssen im Fall der Genehmigung von Kernkraftwerken die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik erforderlichen Vorgaben eingehalten werden (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG). Ob die Anlagen die nötigen Vorgaben einhalten, ist – wie beim Einsatz der Notfallmaßnahmen gemäß § 13 Abs. 2 EnWG – eine technische Prognose, die nach technischen und wissenschaftlichen Kriterien beantwortet werden soll²⁹⁴. Deshalb soll bei solchen Entscheidungen durch die Regulierungsbehörde oder Gerichte nur geprüft werden, ob eine Entscheidung grundsätzlich – aus der Sicht ex ante – sorgfältig getroffen wurde²⁹⁵. Es ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber favorisiert, dass die Übertragungsnetzbetreiber zum Wohle der Allgemeinheit schnellstmöglich eingreifen, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems wiederherzustellen²⁹⁶. Zur Reduzierung der Hemmung regelt § 13 Abs. 5 EnWG die Beschränkung der Haftung der Übertragungsnetzbetreiber. Liegen die Voraussetzungen für Notfallmaßnahmen im Sinne von § 13 Abs. 2 EnWG vor, ist die Haftung für Vermögensschäden nach § 13 Abs. 5 S. 3 EnWG ausgeschlossen. Damit soll sichergestellt werden, dass sich die Übertragungsnetzbetreiber nicht durch drohende Haftungsrisiken davon abhalten lassen, die aus netztechnischer Sicht erforderlichen Maßnahmen durchzuführen²⁹⁷. Wenn die Entscheidungen der Netzbetreiber wegen der Nachprüfbarkeit durch Regulierungsbehörden oder Gerichte aufgrund des dann unvorhersehbaren Haftungsrisikos behindert würden, wäre das mit der Intention des Gesetzgebers nicht vereinbar.

²⁹⁴ Siehe *Erbring/Kuring/Ruge*, in: Säcker, Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, 2010, S. 107-129, Rn. 194.

²⁹⁵ Vgl. *Salje*, EnWG, 2006, § 13, Rn. 28; auch *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 30.

²⁹⁶ BT-Drucks. 15/3917, S. 57.

²⁹⁷ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 125.

Zur Beseitigung der Gefährdungs- oder Störungssituation ruhen die jeweils betroffenen Leistungspflichten (§ 13 Abs. 5 S. 1 EnWG). Eine Verletzung von Leistungspflichten der Übertragungsnetzbetreiber wird hier deshalb ausgeschlossen. Nur die vertraglichen Nebenpflichten der Beteiligten untereinander gemäß § 241 Abs. 2 BGB sollen während der Durchführung von Notfallmaßnahmen weiter erhalten bleiben²⁹⁸. Entstehen trotz Ruhens der Leistungspflichten Schäden beim Netzkunden, so ist insofern die Haftung für Vermögensschäden ausgeschlossen. Unter Vermögensschäden im Sinne von § 13 Abs. 5 S. 3 EnWG sind aber nicht lediglich die „reinen Vermögensschäden“ zu verstehen, wie sie etwa von § 823 Abs. 1 BGB nicht erfasst werden, sondern alle Nicht-Personen- und Nicht-Sachschäden²⁹⁹.

Nach § 13 Abs. 2 EnWG sind die Übertragungsnetzbetreiber berechtigt und verpflichtet, sämtliche Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen in ihren Regelzonen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs des Übertragungsnetzes anzupassen oder eine entsprechende Anpassung zu verlangen³⁰⁰. Wie bei den Maßnahmen aus § 13 Abs. 1 EnWG handelt es sich bei den Notfallmaßnahmen um solche sowohl auf der Erzeugerseite als auch auf der Abnehmerseite. Allerdings sind sie auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Die Anpassung von Stromeinspeisungen ist als ein gesetzliches Erzeugungsmanagement zu betrachten, die Anpassung von Stromabnahmen dagegen als ein gesetzliches Lastmanagement³⁰¹. Der Transit ist ein Spezialfall der Übertragung, bei dem sowohl der liefernde Bilanzkreis als auch der empfangende Bilanzkreis in einer nicht benachbarten Regelzone liegen. Ein Transit wird also über dazwischenliegende Übertragungsnetze abgewickelt³⁰².

²⁹⁸ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 127.

²⁹⁹ Salje, EnWG, 2006, § 13, Rn. 42.

³⁰⁰ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 20.

³⁰¹ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 89.

³⁰² VDN, Transmission Code 2007, S. 86.

Nach § 13 Abs. 2 Satz 2 EnWG müssen Übertragungsnetzbetreiber bei einer Anpassung von Stromeinspeisungen und Stromabnahmen insbesondere die betroffenen Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen und die Stromhändler so weit wie möglich vorab informieren. Der Gesetzgeber regelt nur die Informationspflicht bei einer Anpassung von Stromeinspeisungen und Stromabnahmen, d. h., bei einer Anpassung von Stromtransiten ist eine vorherige Information nicht erforderlich³⁰³. Und die Übertragungsnetzbetreiber müssen die unmittelbar Betroffenen sowie die Regulierungsbehörde in Bezug auf die nach § 13 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG ergriffenen Maßnahmen informieren (§ 13 Abs. 7 EnWG).

3. Die Verantwortung der Verteilernetzbetreiber (§ 14 EnWG)

Während § 13 EnWG die Pflichten der Übertragungsnetzbetreiber regelt, behandelt § 14 EnWG die Pflicht der Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen, soweit sie für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Elektrizitätsversorgung in ihrem Netz verantwortlich sind³⁰⁴. Die Verteilernetzbetreiber sind verpflichtet, die in § 13 EnWG genannten Maßnahmen zu ergreifen, soweit diese sich im konkreten Einzelfall in von Aufgabenzuschnitt und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten her vergleichbaren Situationen befinden wie die der Übertragungsnetzbetreiber³⁰⁵. Ca. 98 Prozent des in Deutschland verlegten Stromnetzes werden von Elektrizitätsverteilernetzbetreibern betrieben³⁰⁶; deshalb soll die Rolle der Verteilernetzbetreiber auch nicht unterschätzt werden.

³⁰³ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2010, § 13, Rn. 23.

³⁰⁴ Weise/Hartmann/Wöldeke, RdE 2012, S. 182.

³⁰⁵ BT-Drucks. 15/3917, S. 57.

³⁰⁶ Bundesnetzagentur, Monitoringbericht 2011, S. 87.

Die Verteilernetzbetreiber müssen auch die Maßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber oder die Maßnahmen eines verantwortlichen Betreibers von Elektrizitätsverteilernetzen, in dessen Netz sie unmittelbar oder mittelbar technisch eingebunden sind, nach dessen und entsprechend den dadurch begründeten Vorgaben eines vorgelagerten Betreibers von Elektrizitätsverteilernetzen durch eigene Maßnahmen unterstützen (§ 14 Abs. 1 c EnWG). Vor dem 04.08.2011 bestand gemäß § 14 Abs. 1 a EnWG a. F. nur eine gesetzliche Mitwirkungspflicht des Verteilernetzbetreibers direkt im Verhältnis zum Übertragungsnetzbetreiber³⁰⁷. Nach der Schaffung der neuen Regelung des § 14 Abs. 1 c EnWG ist es klar, dass die Mitwirkungspflicht der Verteilernetzbetreiber an Maßnahmen des vorgelagerten Verteilernetzes, in das sie eingebunden sind, ebenfalls gilt. Damit sind die Betreiber von Elektrizitätsverteilernetzen zur Zusammenarbeit mit allen anderen Betreibern verpflichtet, sofern sie in deren Netzen kaskadenartig eingebunden sind³⁰⁸.

II. Das Verhältnis der Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber zum Einspeisemanagement (§ 14 EEG)

Neben § 13 EnWG enthält das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) auch die Regelung, Anlagen zur Erzeugung von Strom aus KWK und erneuerbaren Energien im Fall von Netzengpässen zu drosseln. In welchem Verhältnis diese beiden Regelungen stehen sollen, wird sehr oft diskutiert. Das Bundesumweltministerium hat das Verhältnis zwischen beiden Regelungen verwirrend genannt³⁰⁹. Folgend wird die Regelung des EEG verdeutlicht und das Verhältnis der beiden Regelungen analysiert.

³⁰⁷ *Weise/Hartmann/Wöldeke*, RdE 2012, S. 183.

³⁰⁸ BT-Drucks. 17/6072, S. 73.

³⁰⁹ Bundesumweltministerium, Entwurf EEG-Erfahrungsbericht, 2011, S. 39.

1. Das Einspeisemanagement gemäß § 14 EEG

Wie in Abschnitt b ausgeführt wird, ist der Einspeisevorrang von Strom aus Erneuerbaren-Energien- und KWK-Anlagen als ein wichtiges Prinzip im Gesetz geregelt (§ 11 EEG, § 4 Abs. 1 und 3 S. 2 KWKG). Aber in § 14 EEG wird eine Ausnahmeregelung niedergelegt, um einen speziellen Fall zu behandeln. § 14 EEG modifiziert die Abnahmepflicht des § 11 Abs. 1 EEG sowie die des § 4 Abs. 1 S. 1 KWKG bei Netzengpässen³¹⁰.

Zuerst wurde das System „Erzeugungsmanagement“ in das Erneuerbare-Energien-Gesetz 2004 aufgenommen. Die Verpflichtung der Netzbetreiber zur vorrangigen Abnahme der erneuerbaren Energien besteht nur, soweit das Netz oder der Netzbereich nicht durch Strom aus zeitlich vor diesen Anlagen angeschlossenen Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien oder Grubengas vollständig ausgelastet ist (§ 4 Abs. 3 S. 2 EEG 2004). Diese Formulierung „aus zeitlich vor diesen Anlagen angeschlossenen Anlagen“ weist darauf hin, dass hier ein Prioritätsprinzip zugunsten der zeitlich früher angeschlossenen Anlagen konstituiert wurde³¹¹. Mit der alten Regelung bestand aber die Frage, ob der Netzbetreiber verpflichtet war, in einer zeitlich absteigenden Reihenfolge die Anlagen immer dann vom Netz zu nehmen, wenn das Netz bereits vollständig ausgelastet war, oder ob dem Netzbetreiber erlaubt sein sollte, ganze Gruppen von Anlagen stufenweise zu drosseln³¹². Die praktische Umsetzung seitens des Erzeugungsmanagements führte auch zu einem in steigendem Maße wirtschaftlich kritischen Abregeln von Windenergieanlagen³¹³. Aus diesem Grund wurde

³¹⁰ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 1.

³¹¹ *Dreher/Reshöft*, ZNER 2006, S. 311.

³¹² *Ehricke*, in: *Frenz/Müggenborg*, EEG, 2. Aufl. 2011, § 11, Rn. 3; siehe *Salje*, RdE 2005, S. 250 ff.; *Dreher/Reshöft*, ZNER 2006, S. 311 ff.

³¹³ BT-Drucks. 16/8148, S. 46.

das „Erzeugungsmanagement“ durch das „Einspeisemanagement“ in der EEG-Novelle von 2009 abgelöst. Diese neue Regelung soll dazu dienen, dass eine möglichst große Zahl an Erneuerbaren-Energien-Anlagen an das Stromnetz angeschlossen und möglichst viel Strom aus erneuerbaren Energien und KWK in das Stromnetz eingespeist wird und gleichzeitig die Netzsicherheit bei Netzengpässen gewährleistet bleibt³¹⁴.

Allerdings warf die verabschiedete Fassung des § 11 EEG 2009 in der Praxis zahlreiche Fragen auf. Besonders sollte das Verhältnis zwischen § 13 EnWG und § 11 EEG verbessert werden, da die beiden Regelungen „unzureichend aufeinander abgestimmt“ sind³¹⁵. Der Gesetzgeber hat deshalb die betroffenen Regelungen von EEG³¹⁶ und EnWG³¹⁷ novelliert, um zu ermöglichen, dass das Managementsystem besser funktioniert. 2014 erfuhr das Erneuerbare-Energien-Gesetz eine grundlegende Reform³¹⁸. Die Regelung des Einspeisemanagements wurde zu § 14 EEG umgezogen. Zu einer Pflicht zur Abnahme des gesamten Stroms aus erneuerbaren Energien (oder aus Grubengas) – § 11 Abs. 1 EEG – und auch der Pflicht der Erweiterung der Netzkapazität bei Engpässen – § 12 EEG – wurde eine Ausnahme in Gestalt des Einspeisemanagements in § 14 EEG vorgesehen³¹⁹.

a. Zweck des § 14 EEG

Zweck des § 14 Abs. 1 EEG (Ex § 11 Abs. 1 EEG 2012) ist die Formulierung von klaren, berechenbaren Parametern für die Nichtabnahme von Strom aus erneuerbaren Energien, obwohl die Netzbetreiber nach § 11 Abs. 1 (§ 8 EEG 2012) grundsätzlich

³¹⁴ *Schumacher*, ZUR 2009, S. 523.

³¹⁵ Bundesumweltministerium, Entwurf EEG-Erfahrungsbericht 2011, S. 39.

³¹⁶ BGBl. 2011 I, S. 1634.

³¹⁷ BGBl. 2011 I, S. 1554.

³¹⁸ BGBl. 2014 I, S. 1066.

³¹⁹ BR-Drucks. 157/14, S. 184.

zur vorrangigen Abnahme der erneuerbaren Energien verpflichtet werden³²⁰. Das Einspeisemanagement muss sowohl die Netzsicherheit und -stabilität gewährleisten als auch bei hohen Anteilen von erneuerbaren Energien die Planungs- und Investitionssicherheit für die Anlagenbetreiber aufrechterhalten. Ein Interessenausgleich muss dann zwischen einem sicheren, verlässlichen Netz und einer möglichst großen Abnahme erzeugter erneuerbarer Energien stattfinden³²¹.

§ 14 Abs. 2 EEG (Ex § 11 Abs. 2 EEG 2012) statuiert eine unverzüglich und vorab zu erfüllende Informationspflicht des Netzbetreibers gegenüber Anlagenbetreibern, wenn der Netzbetreiber Maßnahmen des Einspeisemanagements zum Einsatz bringt³²². Die früher in § 4 Abs. 3 S. 3 EEG 2004 enthaltenen Auskunft- und Nachweispflichten der Netzbetreiber, die Maßnahmen des Einspeisemanagements vorgenommen haben, sind jetzt in § 14 Abs. 3 S. 1 und 2 EEG 2012 niedergelegt³²³. Abs. 3 bezweckt hier, dass die Anlagenbetreiber die Erforderlichkeit der Anwendung des Einspeisemanagements überprüfen können. Diese Pflicht soll den Missbrauch von Einspeisemanagements verhindern und mehr Transparenz bezüglich der Durchführung der Maßnahmen schaffen³²⁴.

b. Technische Vorgaben für das Einspeisemanagement (§ 9 Abs. 1 EEG)

Aus technischen Gründen können nur Anlagen, die mit den entsprechenden Merkmalen im Sinne von § 9 Nr. 1 EEG ausgestattet sind, in das Einspeisemanagement einbezogen werden³²⁵. Die technischen Vorgaben wurden schon in § 6 EEG 2009 geregelt. Netzbetreiber müssen die Ist-Einspeisung von an ihr Netz angeschlossenen Anlagen

³²⁰ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 6.

³²¹ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 6.

³²² *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 4.

³²³ *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 5.

³²⁴ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 7.

³²⁵ *Schumacher*, ZUR 2009, S. 524.

übermittelt bekommen und ferngesteuerten Zugriff auf die Einspeisung der Anlagen erhalten³²⁶. Unter Ist-Einspeisung sind online zur Verfügung gestellte Daten über die tatsächliche Einspeisung zu verstehen. Dabei ist in Übereinstimmung mit der energiewirtschaftlichen Praxis eine viertelstundenscharfe Ablesung ausreichend³²⁷.

Das EEG 2012 enthält vier Änderungen bzw. Klarstellungen gegenüber der Regelung des EEG 2009: die Ausweitung der technischen Anforderungen auf KWK-Anlagen, erweiterte Anforderungen an Anlagen zur Erzeugung von Strom aus solarer Strahlungsenergie, konkrete technische Anforderungen und die Rechtsfolgen im Falle eines Verstoßes³²⁸. Da § 6 Nr. 1 EEG 2009 nicht KWK-Anlagen explizit erfasst, besteht deswegen eine Regelungslücke und Streit darüber, ob diese Regelungslücke mit Hilfe einer Analogie geschlossen werden müsse³²⁹. Nach der Aufnahme der KWK-Anlagen in den Gesetzestext verliert dieser Streit seine Bedeutung. Es war auch fraglich, ob § 6 EEG 2009 auf Photovoltaikanlagen Anwendung finden kann, da die Rechtsgrundlage dem Netzbetreiber lediglich ermöglicht, Anlagen mit einer installierten Leistung von mehr als 100 KW zu regeln³³⁰ und diese Solaranlagen³³¹ keine Leistung aufweisen können, die 100 KW übersteigt³³². § 6 Abs. 3 EEG 2012 sieht eine Regelung zur Zusammenfassung mehrerer Anlagen³³³ vor, um Solaranlagen in das Einspeisemanage-

³²⁶ *Schumacher*, ZUR 2012, S. 17.

³²⁷ BT-Drucks. 16/8148, S. 42 f.

³²⁸ *Schumacher*, ZUR 2012, S. 17 ff.

³²⁹ Für eine analoge Anwendung von § 6 EEG 2009 auf KWK-Anlagen: *Schumacher*, ZUR 2009, S. 524; *Schäfermeier*, in: Reshöft, EEG-Handkommentar, 3. Aufl. 2011, § 11, Rn. 10; gegen die Anwendung *Schmelzer/Beck*, ZNER 2011, S. 245; *Jacobshagen/Kachel*, in: Danner/Theobald, Energierecht, 71. EL 2011, § 4 KWKG, Rn. 36.

³³⁰ § 6 Abs. 1 EEG 2009.

³³¹ Photovoltaikanlagen sind modular aufgebaut, wobei jedes einzelne Modul für sich genommen in der Lage ist, Strom zu erzeugen und damit eine einzelne Anlage im Sinne von § 3 Nr. 1 EEG 2009 darstellt. *Schmelzer/Beck*, ZNER 2011, S. 246.

³³² *Altrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 6, Rn. 15.

³³³ Diese Anlagen müssen sich auf demselben Grundstück oder sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe befinden und innerhalb von zwölf Monaten in Betrieb genommen werden.

ment einzubeziehen. Der in § 6 Nr. 1 EEG 2009 benutzte Begriff „betriebliche Einrichtungen“³³⁴ wurde durch den Gesetzgeber gestrichen, da eine trennscharfe Unterscheidung zwischen technischen und betrieblichen Einrichtungen schwierig ist³³⁵. Die Rechtsfolgen eines Verstoßes waren früher nicht klar. Deshalb werden diese in § 6 Abs. 6 EEG 2012 aufgeführt. Die Norm verweist im Wesentlichen auf § 17 Abs. 1 EEG 2012, der wiederum einen Wegfall der Vergütung vorsieht³³⁶.

Die technischen Vorgaben wurden in der EEG-Novelle 2014 nach § 9 EEG umgezogen. Grundsätzlich blieb die Struktur des § 6 EEG 2012 erhalten. Der Gesetzgeber hat selbstverständlich die strittigen Fälle und unklaren Begriffe in § 6 EEG 2012 ergänzend novelliert. § 9 Abs. 1 EEG 2014 regelt weiterhin die Pflicht der Anlagenbetreiber und Betreiber von KWK-Anlagen, ihre Anlagen mit technischen Einrichtungen auszustatten. Allerdings wird § 9 Abs. 1 EEG 2014 durch die Vorgaben über mehrere Anlagen ergänzt. Bislang war im Fall mehrerer Anlagen nicht klar, ob jede einzelne Anlage eine entsprechende technische Einrichtung vorhalten müsse³³⁷. Die Änderungen des § 9 Abs. 1 EEG verdeutlichen, dass die Anlagenbetreiber von mehreren Anlagen, die Strom aus gleichartigen erneuerbaren Energien erzeugen, ihre Pflicht zu technischen Einrichtungen erfüllen, wenn eine gemeinsame technische Einrichtung am gemeinsamen Verknüpfungspunkt mit dem Netz geregelt ist und die gesamte Ist-Einspeisung der Anlagen ferngesteuert abgerufen werden kann³³⁸. Die Formulierung „sonst in un-

³³⁴ Der mögliche Maßstab ist zu ermitteln, aus welcher Sphäre – der des Anlagenbetreiber oder der des Netzbetreibers – die unmittelbare Regelung der Anlage erfolgt. *Clearingstelle*, Empfehlung 2010/5 vom 04.10.2010.

³³⁵ *Schäfermeier*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 6, Rn. 10.

³³⁶ *Schumacher*, ZUR 2012, S. 18.

³³⁷ Ausführlich die Entscheidung des Landgerichts Berlin, Az. 22 O 352/11.

³³⁸ BR-Drucks. 157/14, S. 178.

mittelbarer Nähe“ in § 6 Abs. 3 EEG 2012 führt bei Photovoltaikanlagen zu erheblichen Auslegungsproblemen³³⁹. Um Rechtssicherheit zu schaffen, entschied der Gesetzgeber, diese unklare Formulierung zu streichen. Die Pflicht des § 9 Abs. 3 EEG 2014 gilt dann nur für die Fälle, dass Neuanlagen als eine Anlagenzusammenfassung betrachtet werden, wenn die Photovoltaikanlagen sich auf demselben Grundstück im grundbruchrechtlichen Sinne oder in demselben Gebäude befinden³⁴⁰.

Nach § 9 Abs. 1 S. 1 EEG ist jede EEG- und KWK-Anlage, deren installierte Leistung 100 KW übersteigt, mit einer technischen Einrichtung zur ferngesteuerten Einspeisereduzierung und Ist-Einspeisung auszustatten. Die installierte Leistung einer Anlage bemisst sich gem. § 3 Nr. 31 EEG nach der elektrischen Wirkleistung³⁴¹, die die Anlage im Dauerbetrieb technisch maximal erbringen kann, wenn Lebensdauer und Sicherheit der Anlage nicht über das normale Maß hinaus beeinträchtigt werden³⁴².

c. Anwendungsbereich des Einspeisemanagements

Als Ausnahmeregelung gegenüber dem Vorrangprinzip berechtigt § 14 Abs. 1 EEG den Netzbetreiber, wegen Netzüberlastungen die Anlagen zur Erzeugung von erneuerbaren Energien und von Strom aus Kraft-Wärme-Kopplung zu regeln. Anlagen mit einer installierten Leistung von weniger als 100 KW werden nicht ins Einspeisemanagement einbezogen. Diese sog. Bagatellgrenze soll private Betreiber von kleinen Anlagen vor übermäßigem Aufwand schützen³⁴³. Für Photovoltaikanlagen ist es aber

³³⁹ Der Gesetzgeber hat diese Formulierung „sonst in unmittelbarer räumlicher Nähe“ allerdings an weiteren Stellen in den Gesetzestext aufgenommen, u. a. in § 19 und in die Regelung zum Eigenverbrauch bei der Photovoltaik in § 33 Abs. 2 EEG 2009. Das Verständnis desselben Wortlautes in § 19 kann eine andere Bedeutung als in § 33 Abs. 2 EEG 2009 oder in § 6 Abs. 3 EEG 2009 haben. *Schäfermeier*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 6, Rn. 22.

³⁴⁰ BR-Drucks. 157/14, S. 179.

³⁴¹ Die Wirkleistung wird als „die elektrische Leistung, die für die Umsetzung in eine andere Leistung verfügbar ist“, definiert (Transmission Code 2007). „Sie ist abzugrenzen von der Blindleistung, die für diese Umwandlung nicht verwendbar ist.“ BT-Drucks. 17/6071, S. 61.

³⁴² BT-Drucks. 17/6071, S. 61.

³⁴³ BT-Drucks. 16/8148, S. 46.

anders. § 9 Abs. 2 EEG (Ex § 6 Abs. 2 EEG) erstreckt sich auf die Pflicht der technischen Einrichtungen zu Photovoltaikanlagen mit einer installierten Leistung schon von über 30 KW. Der Grund dafür, dass Photovoltaikanlagen mit einer installierten Leistung unter 100 KW ins Einspeisemanagement einbezogen werden sollen, ist der große Umfang der mittlerweile insgesamt installierten Photovoltaikleistung³⁴⁴. Es ist unter diesen Umständen nötig, dass auch kleine Anlagen in ihrer Einspeiseleistung reduziert werden können, um die Systemstabilität zu gewährleisten³⁴⁵.

aa. Vorliegen eines Netzengpasses

Nach § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG kommt eine Regelung von Stromerzeugungsanlagen nur in Betracht, soweit andernfalls im jeweiligen Netzbereich einschließlich des vorgelagerten Netzes ein Netzengpass entstände. Unter Netzbereich sind Teilabschnitte von Übertragungs- oder Verteilernetzen zu verstehen; diese müssen durch Schaltstationen, Transformatoren oder sonstige technische Einrichtungen abgrenzbar sein, sodass eine Eingrenzung des Netzengpasses technisch möglich ist³⁴⁶.

Wie in § 13 Abs. 1 EnWG wird der Begriff Netzengpass in § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG ebenfalls nicht definiert. Nach Gesetzesbegründung bestehen Netzengpässe, wenn die Spannungsbänder nicht eingehalten werden können oder die Strombelastbarkeit der Leitungen überschritten wird³⁴⁷. Transmission Code 2007 definiert den Begriff Netzengpass mit Hilfe des (n-1)-Kriteriums³⁴⁸. Der „Distribution Code 2007“ definiert für das Verteilernetz das Vorliegen eines Netzengpasses, wenn „im ungestörten Betrieb die Betriebsmittel überlastet werden, das Netz nicht in der Lage ist, die einspeise- oder

³⁴⁴ *Altrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 6, Rn. 23.

³⁴⁵ BT-Drucks. 17/6071, S. 63.

³⁴⁶ *Schäfermeier*, in: *Reshöft/Schäfermeier*, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 11, Rn. 13; *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 14; *Ehricke*, in: *Frenz/Müggenborg*, EEG, 2. Aufl. 2011, § 11, Rn. 12.

³⁴⁷ BT-Drucks. 17/6071, S. 64.

³⁴⁸ Siehe oben (C. I. 1. a.).

entnahmeseitig gewünschten Energieflüsse zu stellen oder dies eine Gefährdung bzw. Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit beinhaltet“³⁴⁹. Alle Definitionsansätze konzentrieren sich auf einen Zustand, in dem das Netz infolge von Kapazitätsengpässen nicht mehr sicher betrieben werden kann³⁵⁰. Wenn kritische Netzzustände dagegen nicht durch Kapazitätsengpässe, sondern durch andere Gründe (wie das Problem der Frequenzhaltung) verursacht werden, gehört dies dann nicht zum Anwendungsbereich des Einspeisemanagements³⁵¹.

Im Fall von planmäßigen Wartungsarbeiten kann die Netzkapazität im Interesse der Versorgungssicherheit zeitweise reduziert werden. Dies kann auch einen Netzengpass auslösen, aber dieser Fall soll nicht in das Einspeisemanagement einbezogen werden. Das Einspeisemanagement des § 14 Abs. 1 EEG steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erweiterungspflicht des § 12 EEG. Es soll als Überbrückung für Netzengpässe funktionieren bis zu der Fertigstellung der erforderlichen Kapazitätserweiterung. Allerdings ist es nicht das Ziel des Einspeisemanagements, bessere Rahmenbedingungen für die Erneuerbare-Energien-Anlagen und Strom aus KWK-Anlagen gegenüber konventionellen Energien zu schaffen³⁵². Wenn ein Netzengpass durch Wartungs- oder Instandhaltungsarbeiten verursacht wird, sollen dies alle Einspeiser generell entschädigungslos hinnehmen; dies soll nicht in das Einspeisemanagement einbezogen werden. Für die Netzbetreiber wäre es auch nicht zumutbar, das Netz so auszubauen, dass es auch bei Wartungsarbeiten nicht zu Abregelungen kommt³⁵³.

³⁴⁹ Regeln für den Zugang zu Verteilungsnetzen, Version 1.1, August 2007, S. 22.

³⁵⁰ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 34; auch *Schumacher*, ZUR 2012, S. 20.

³⁵¹ *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 235.

³⁵² Vgl. *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 35.

³⁵³ *Schumacher*, ZUR 2012, S. 20.

Für den Einsatz des Einspeisemanagements wird nicht verlangt, dass ein Netzengpass vorliegt, sondern dass ein solcher ohne Regelung entstünde. Deshalb handelt es sich um eine Prognoseentscheidung. Diese Prognose muss selbstverständlich mit konkreten Tatsachen unterlegt werden. Wie bei jeder Prognose ist eine Ex-ante-Betrachtung zum Zeitpunkt der Regelung vorzunehmen³⁵⁴.

bb. Wahrung des Vorrangs für Strom aus erneuerbaren Energien, Grubengas und KWK

Nach § 14 Abs. 1 S. 2 EEG müssen die Netzbetreiber sicherstellen, dass insgesamt die größtmögliche Strommenge aus erneuerbaren Energien und KWK abgenommen wird. Diese Vorschrift dient offenbar dazu, dass die Anlagendrosselung aufgrund des Einspeisemanagements örtlich, zeitlich und anlagenbezogen in möglichst minimalem Umfang ausgeübt werden kann³⁵⁵. Das Vorrangprinzip ist wichtig zur Förderung der neu entwickelten erneuerbaren Energien. Allerdings würde ein ausnahmslos verstandenes Vorrangprinzip dazu führen, dass die wegen netz- und systemtechnischer Anforderungen zwingend nötigen konventionellen Kraftwerke vom Netz genommen werden müssten³⁵⁶. Deshalb lässt § 14 Abs. 1 Nr. 2 EEG eine Ausnahme zu: Erneuerbare Energien, Grubengas und KWK-Anlagen können vor konventionellen Kraftwerken abge-regelt werden, wenn Letztere am Netz bleiben müssen, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten³⁵⁷. Wie in Abschnitt B schon gesagt wurde, ist es so, dass diese sogenannten Must-run-Units³⁵⁸ für die

³⁵⁴ Schäfermeier, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 11, Rn. 18; *Wustlich/Hoppenbrock*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 33; *Schumacher*, ZUR 2009, S. 524 f.

³⁵⁵ *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 15.

³⁵⁶ *Schäfermeier*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 11, Rn. 19.

³⁵⁷ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 38.

³⁵⁸ Must-run-Unit wird auch als netztechnisch erforderliches Minimum bezeichnet. Der Begriff wird auch in § 13 Abs. 2 a S. 5 geregelt.

Versorgungssicherheit erforderlich sind und ohne sie die Abnahme und Übertragung von erneuerbaren Energien oder Strom aus KWK-Anlagen nicht möglich wären³⁵⁹. Als Ausnahmefall soll der Begriff des netztechnisch erforderlichen Minimums eng ausgelegt werden. Die Bundesnetzagentur hat in ihrem Leitfaden ausgeführt: Zur Bestimmung des netztechnisch erforderlichen Minimums kommt es ausschließlich auf den tatsächlichen Bedarf für die Netz- und Systemsicherheit an. Das technische Minimum eines Einzelkraftwerks ist nicht maßgeblich³⁶⁰.

cc. Berücksichtigung von Verlagerungspotenzialen

Nicht durch den Gesetzestext geklärt ist die Frage, ob die Möglichkeit der zeitlichen Verlagerung von Einspeisung berücksichtigt werden muss. In der Literatur wird vertreten, dass Stromerzeuger, die ihre Einspeisung verschieben³⁶¹ können, zuerst abregelt werden müssen, da diese ihre Energie später erzeugen können und der Strom deshalb durch die Abregelung nicht endgültig verlorengeht³⁶². Dieser Meinung entspricht auch das Ziel des § 14 Abs. 1 Nr. 3 EEG, eine größtmögliche Strommenge aus EE und KWK abzunehmen³⁶³. Zu berücksichtigen ist aber die Relevanz der Anlage für das Netz. In solche Anlagen, welche die stärksten Auswirkungen auf die Netzkapazität und die Netzsicherheit haben, soll in kritischen Netzzuständen zuerst eingegriffen werden³⁶⁴. Die Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzes soll als Hauptziel durchgesetzt werden, und wenn sie schon erfüllt oder zumindest nicht gefährdet ist, kann der Netzbetreiber gleichzeitig ein anderes Ziel anstreben.

³⁵⁹ Auch *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 237.

³⁶⁰ Bundesnetzagentur, Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement, Stand: 29.03.2011, S. 6.

³⁶¹ Z. B. sollen Biomasseanlagen vor Windkraftanlagen geregelt werden, da Biomasse speicherbar ist.

³⁶² *Schumacher*, ZUR 2012, S. 20.

³⁶³ *Schumacher*, ZUR 2009, S. 526.

³⁶⁴ *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 236; *Schumacher*, ZUR 2009, S. 526.

Zur Verhinderung eines willkürlichen Drosselungsverhaltens sind Netzbetreiber nach § 14 Abs. 1 Nr. 3 EEG auch verpflichtet, vorab Daten über die Ist-Einspeisung netzregionsbezogen abzurufen. Nur auf dieser Basis ergriffene Maßnahmen können seitens der Netzbetreiber als sorgfältig und nichtdiskriminierend betrachtet werden³⁶⁵.

d. Entschädigungspflicht (§ 15 EEG)

Die Härtefallregelung ist mit dem EEG 2009 eingeführt worden. Die Novelle von 2012 erweiterte die berechtigten Betreiber von KWK-Anlagen und begrenzte die Entschädigung auf 95 % der entgangenen Vergütungen³⁶⁶. Der Inhalt des § 12 EEG 2012 ist im Wesentlichen unverändert in § 15 EEG 2014 enthalten³⁶⁷.

§ 15 EEG (Ex § 12 EEG) beinhaltet eine Entschädigungsregelung für den Fall, dass der Netzbetreiber die Einspeisung von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus EE, Grubengas oder KWK wegen eines Netzengpasses im Sinne von § 14 Abs. 1 EEG reduziert. Zweck der Vorschrift ist zum einen ein kompensatorischer Effekt. Sie soll die Finanzierbarkeit neuer Projekte gewährleisten, um einen Zubau von Kapazitäten bei Anlagen zur Erzeugung von Strom aus den erfassten Energiequellen zu fördern³⁶⁸. Zum anderen soll die Vorschrift dazu führen, dass der Netzbetreiber das Einspeisemanagement effizient einsetzt und dadurch dazu beigetragen werden kann, die Zielvorgaben des EEG zu erreichen³⁶⁹.

Die Voraussetzungen für eine Entschädigung sind das Vorliegen eines Engpasses und die Reduzierung der Einspeisung. § 15 Abs. 1 EEG verlangt nicht das Vorliegen aller Anspruchsvoraussetzungen von § 14 Abs. 1 EEG, um zur Entschädigung berechtigt zu

³⁶⁵ *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 18.

³⁶⁶ BT-Drucks. 17/6071, S. 64.

³⁶⁷ BR-Drucks. 157/14, S. 184.

³⁶⁸ *Ehricke*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 12, Rn. 2.

³⁶⁹ BT-Drucks. 16/8148, S. 47.

sein. Vielmehr ist ausreichend, dass ein Netzengpass i. S. d. § 14 EEG gegeben ist³⁷⁰. In § 12 Abs. 1 EEG 2009 war der Entschädigungsanspruch berechtigt, wenn eine Maßnahme des Einspeisemanagements nach § 11 EEG 2009 vorlag. Dadurch entsteht die Frage, ob auch ein Entschädigungsanspruch nach § 12 EEG 2009 zu zahlen ist, wenn der Netzbetreiber die Einspeisung von Anlagen mit Maßnahmen der §§ 13, 14 EnWG abregelt³⁷¹. Wegen der Formulierung „die aufgrund von Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 EEG Strom nicht einspeisen können“ wurde in der Literatur die Meinung vertreten, dass die Entschädigungspflicht des Netzbetreibers nach § 12 Abs. 1 EEG 2009 an das Einspeisemanagement nach § 11 EEG 2009 geknüpft werden solle³⁷². Da diese Regelung dem Netzbetreiber die Möglichkeit eröffnet, die Entschädigungspflicht zu umgehen, und dies mit dem Zweck der Vorschrift zur Sicherstellung der Refinanzierung des Anlagenbetreibers³⁷³ nicht vereinbar ist, hat der Gesetzgeber das Regelwerk in § 12 EEG 2012 neu gefasst. Die Gesetzesbegründung des § 12 EEG 2012 äußert ausdrücklich, dass § 12 EEG nicht auf den Fall, in dem alle Anspruchsvoraussetzungen des § 11 EEG erfüllt sind, beschränkt ist. Vielmehr ist es ausreichend, dass ein Netzengpass im Sinne des § 11 EEG vorliegt³⁷⁴. Die Regelung im EnWG ist auch entsprechend geändert worden, um das Einspeisemanagement in das System der Netzstabilität mit einzubeziehen. Nach § 13 Abs. 3 S. 3 und 4 EnWG sollen bei Durchführung der Maßnahmen nach § 13 EnWG die speziellen Anforderungen nach §§ 14 (Ex 11) EEG und 15 (Ex 12) EEG eingehalten werden. Von dieser Pflicht kann nur abgewichen werden,

³⁷⁰ Schäfermeier, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 12, Rn. 10.

³⁷¹ Hoppenbrock in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 12, Rn. 35.

³⁷² Vgl. Scholz/Tüngler, RdE 2010, S. 321; Hoppenbrock, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 3. Aufl. 2011, § 12, Rn. 17; Ehrlicke, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 12, Rn. 12; Schumacher, ZUR 2009, S. 529.

³⁷³ BT-Drucks. 16/8148, S. 47.

³⁷⁴ Vgl. BT-Drucks. 17/6071, S. 65.

wenn die Einhaltung der Verpflichtung nach dem EEG die Beseitigung einer Gefährdung oder Störung des Elektrizitätsversorgungssystems behindern würde. Es ist nicht ersichtlich, dass die Anwendung der Härtefallregelung des § 15 EEG 2014 die Beseitigung von kritischen Netzzuständen behindern könnte³⁷⁵.

Und die Anlagenbetreiber dürfen die Entschädigung beanspruchen, wenn die Einspeisung in das Netz reduziert wird. Dies ist dann der Fall, wenn der Anlagenbetreiber wegen der Maßnahmen der Netzbetreiber keinen oder weniger Strom ins Netz einspeisen konnte, als die Anlage zu diesem Zeitpunkt ohne die Maßnahmen des Netzbetreibers eingespeist hätte. Wichtig ist, dass die betroffenen Anlagenbetreiber dadurch einen finanziellen Nachteil erleiden³⁷⁶.

2. Die Kollisionsregelung und die Auflösung

Der Anwendungsbereich der Systemverantwortung des § 13 EnWG und das Einspeisemanagement des § 14 EEG überschneiden sich. Das Vorliegen von Netzengpässen i. S. d. § 14 Abs. 1 EEG stellt stets eine Gefährdung i. S. d. § 13 Abs. 4 EnWG dar. Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 13 deutlich weiter als der des § 14 EEG. Und Sinn und Zweck der beiden Systeme sind nicht identisch. Für das EEG ist neben der Versorgungssicherheit auch die Einhaltung des Vorrangprinzips³⁷⁷ eine wichtige Aufgabe. Deshalb muss das Rangverhältnis in der Regelung mit unterschiedlichen Konstellationen weiter verfeinert werden.

In der a. F. sind § 13 EnWG und § 11 EEG 2009 zwei parallele Wege. Es gibt keine ausdrückliche Regelung über das Verhältnis zwischen EnWG und EEG, es wird nur in § 11 Abs. 2 EEG 2009 geregelt, dass neben dem Einspeisemanagement die Rechte aus

³⁷⁵ Vgl. *Schäfermeier*, in: Reshöft/Schäfermeier, EEG-Handkommentar, 4. Aufl. 2014, § 12, Rn. 11.

³⁷⁶ *Hoppenbrock*, in: Altrock/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 12, Rn. 33.

³⁷⁷ Vgl. BT-Drucks. 16/8148, S. 46.

§ 13 Abs. 1 EnWG gegenüber Betreibern von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien und KWK fortbestehen, soweit die Maßnahmen nach § 11 EEG 2009 nicht ausreichen, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten. Dem Wortlaut nach wird gesagt, dass die Anwendung der Maßnahmen von § 13 Abs. 1 EnWG nur unter dem Vorbehalt anwendbar seien, dass die Maßnahme des § 11 EEG 2009 nicht ausreiche³⁷⁸. Da das Einspeisemanagement nach § 11 Abs. 2 EEG 2009 vorrangig für die Regelung der Anlagen der erneuerbaren Energien und der KWK angewendet werden soll, ist der Netzbetreiber mit §§ 13, 14 EnWG berechtigt, grundsätzlich auch Anlagenbetreiber konventioneller Energien (mit Ausnahme) zu regeln³⁷⁹. Das heißt, dass das Vorrangprinzip prinzipiell eingehalten werden soll. Dieser Gedanke steht aber mit der Regelung des § 2 Abs. 2 EnWG im Widerspruch. Nach § 2 Abs. 2 EnWG sollen die Verpflichtungen nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und nach dem Kraft-Wärme-Kopplungsgesetz vorbehaltenlich der §§ 13, 14 EnWG unberührt bleiben. Dem Wortlaut nach wird der Vorrang der §§ 13, 14 EnWG gegenüber der Verpflichtung des EEG und des KWKG bestätigt³⁸⁰. Wie diese scheinbar kollidierenden Regelungen miteinander vereinbart werden sollen, wird mit Hilfe des § 13 EnWG a. F. auch nicht deutlicher. Nach § 13 Abs. 1 S. 2 EnWG ist der Netzbetreiber nur verpflichtet, die Pflicht aus EEG und KWKG zu berücksichtigen. Mit anderen Worten, der Netzbetreiber muss die Pflicht nicht unter allen Umständen erfüllen³⁸¹. Aber nach welchen Kriterien eine sachgerechte Rangfolge der Maßnahmen nach § 11 Abs. 1 EEG, § 13 Abs. 1 und § 14 Abs. 1 EnWG ermittelt werden könnte, ist aus diesen Regelungen nicht abzuleiten³⁸². Wenn man § 2

³⁷⁸ Vgl. *Schumacher*, ZUR 2009, S. 527.

³⁷⁹ Vgl. *Vergoßen*, Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2011, S. 192 f.

³⁸⁰ Vgl. *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2008, § 2, Rn. 12.

³⁸¹ *Hellermann*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 2008, § 13, Rn. 16.

³⁸² *Ehricke*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 11, Rn. 25.

Abs. 2, § 13 Abs. 1 S. 2 a. F. und § 11 Abs. 2 EEG 2009 zusammen betrachtet, könnte im ersten Augenblick die Schlussfolgerung gezogen werden, dass § 11 Abs. 1 EEG 2009 zuerst angewendet werden müsse und dann auf § 13 Abs. 1 EnWG subsidiär zurückgegriffen werden könne.

Diese Interpretation ist nicht überzeugend, wenn man sie mit den Folgen zusammen betrachtet. Da der Netzbetreiber wegen des Einspeisemanagements die Anlagen drosseln kann, wird in die Rechte des Anlagenbetreibers schwerwiegend eingegriffen³⁸³. Angesichts der Tatsache, dass es sich bei den netzbezogenen Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 EnWG um mildere Mittel handelt, wird die Meinung vertreten, dass es sich bei dem Verweis auf § 11 Abs. 2 EEG 2009 um ein Redaktionsversehen handele³⁸⁴. Der vorrangigen Anwendung der netzbezogenen Maßnahmen des § 13 Abs. 1 EnWG entspricht auch das Ziel, die größtmögliche Strommenge aus EEG- und KWK-Anlagen abzunehmen. Wenn die netzbezogenen Maßnahmen schon hinreichend für die kritischen Netzzustände wären, könnte die Reduzierung der Einspeisung des ökonomischen Stroms vermieden werden³⁸⁵. Die Bundesnetzagentur folgt auch dieser Ansicht, dass netzbezogene Maßnahmen zuerst angewendet werden sollten³⁸⁶. Um diese Streitigkeit zu lösen, müssen die Regelungen von EEG und EnWG entsprechend korrigiert werden.

Die Notfallmaßnahmen aus § 13 Abs. 2 EnWG sind wegen ihres schwerwiegenden Eingriffs für den Anlagenbetreiber nachrangig anzuwenden³⁸⁷. Früher gab es auch Un-

³⁸³ *Schumacher*, ZUR 2009, S. 527.

³⁸⁴ *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 239.

³⁸⁵ Vgl. *Altrock/Vollprecht*, ZNER 2011, S. 239.

³⁸⁶ Siehe Bundesnetzagentur, Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement – Abschaltreihenfolge, Berechnung von Entschädigungszahlungen und Auswirkungen auf die Netzentgelte, 29.03.2011, S. 7.

³⁸⁷ Siehe oben (C. I. 2. c.).

einigkeit über den Anspruch der Entschädigung. § 13 Abs. 4 EnWG schließt die Entschädigung aus, während § 15 EEG (Ex § 12 EEG) die Pflicht zur Entschädigung vorgibt. Dieser Konflikt wurde ebenfalls durch Gesetzesänderung gelöst³⁸⁸. Folgend wird die Rangfolge der Maßnahmen unter den geltenden Gesetzen verdeutlicht.

a. Die gesetzliche Rangfolge der Maßnahmen

Die Gesetzgebung folgt grundsätzlich der Meinung der Bundesnetzagentur. Sie hat folgende Kriterien genannt, die für die Entscheidung der Reihenfolge eine wichtige Rolle spielen³⁸⁹: Zuerst sind es Netz- und Systemsicherheitsaspekte (für einen sicheren Netz- und Systembetrieb zwingend benötigte Erzeugungsanlagen sollen zunächst nur bis zum netztechnisch erforderlichen Minimum heruntergefahren werden). Dann sind die Umweltgesichtspunkte zu beachten (EE-, KWK- und Grubengasanlagen sollen so lange wie möglich ins Netz einspeisen). Am Schluss kommen die ökonomischen Auswirkungen (keine Mehrkosten ohne ökologischen Mehrwert).

Um die Regelungen besser nebeneinander anzuwenden, hat der Gesetzgeber den Satz in § 11 Abs. 2 EEG 2009 gestrichen und das Verhältnis zwischen Einspeisemanagement und Systemverantwortung in § 13 EnWG geregelt³⁹⁰. Die neue Fassung des § 11 Abs. 1 Nr. 2 EEG 2012 betont nur, dass der Vorrang für Strom aus EE und KWK sowie Grubengas eingehalten werden muss, es sein denn, dass die Anlage zur Stromerzeugung am Netz bleiben muss, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten. In § 14 EEG 2014 ist dieser Inhalt unberührt erhalten. Aus dieser Regelung muss dann nicht die Schlussfolgerung gezogen werden,

³⁸⁸ Siehe oben (C. I. 2. d.).

³⁸⁹ Bundesnetzagentur, Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement – Abschaltreihenfolge, Berechnung von Entschädigungszahlungen und Auswirkungen auf die Netzentgelte, 29.03.2011, S. 5.

³⁹⁰ Vgl. BT-Drucks. 17/6071, S. 64.

dass die Maßnahme des Einspeisemanagements vor den netzbezogenen Maßnahmen geltend gemacht werden soll.

Das Verhältnis wird in § 13 Abs. 3 EnWG geregelt. Diese Vorschrift ist in Umsetzung der Empfehlungen des Entwurfs des EEG-Erfahrungsberichts und in weitgehender Umsetzung des Leitfadens der Bundesnetzagentur formuliert, um die bereits vorher geltende Rechtslage klarzustellen³⁹¹. Dieser Absatz verdeutlicht zunächst den gleichen Gedanken wie § 14 EEG, dass der Vorrang von Strom aus Erneuerbaren-Energien-, Grubengas- und KWK-Anlagen beim Durchsetzen aller Maßnahmen nach § 13 Abs. 1 und Abs. 2 EnWG eingehalten werden muss³⁹². Der Gesetzgeber macht klar, dass das Vorrangprinzip auch bei der Gewährleistung der Netzsicherheit berücksichtigt werden muss. Die netzbezogene Maßnahme soll dann zunächst betrachtet werden, da hierbei die Anlagenbetreiber nicht eingreifen müssen und das Vorrangprinzip einhalten können³⁹³.

Wenn ein Netzbetreiber gezwungen ist, Maßnahmen zu ergreifen, welche die Stromeinspeisung, Stromtransite und Stromabnahmen der Anlagenbetreiber beeinträchtigen, um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Netzes zu gewährleisten, soll das Vorrangprinzip grundsätzlich eingehalten werden, und deshalb sollen die Ströme aus konventionellen Anlagen zuerst abgeregelt werden. Aber ein absoluter Vorrang der alternativen Energien existiert auch nicht³⁹⁴. Im Ausnahmefall wie das sogenannte netztechnisch erforderliche Minimum (§ 13 Abs. 3 S. 5 EnWG) kann der Netzbetreiber das

³⁹¹ BT-Drucks. 17/6072, S. 71 f.

³⁹² *Wustlich/Hoppenbrock*, in: Altröck/Oschmann/Theobald, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 75.

³⁹³ Die netzbezogenen Maßnahmen sind auch nicht ohne Gefahr. Im extremen Fall können auch sie zum Netzzusammenbruch führen. Aber hier soll den verantwortlichen Netzbetreibern ein bestimmter Spielraum gelassen werden. Siehe oben (C. I. 2. b.).

³⁹⁴ *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 11, Rn. 24.

Vorrangprinzip durchbrechen und die Einspeisungen von EE- und KWK-Anlagen regeln, obwohl die konventionellen Energien noch am Netz bleiben. Nach § 13 Abs. 3 S. 2 EnWG kann der Betreiber von Übertragungsnetzen auch mit dem Betreiber von EE- und KWK-Anlagen eine vertragliche Vereinbarung treffen und die erneuerbaren Energien abregeln.

b. Ausnahmefälle des Einspeisevorrangs von EEG- und KWK-Anlagen

aa. Vertragliche Vereinbarungen zur besseren Netzintegration (§ 11 Abs. 3 EEG)

Nach § 13 Abs. 3 S. 2 EnWG ist es möglich, in ein vertragliches Erzeugungsmanagement der Netzbetreiber auch Anlagen zur Erzeugung von Strom aus EE und KWK einzubeziehen. Das Erzeugungsmanagement wurde im Laufe der letzten Jahre vornehmlich von Unternehmen entwickelt³⁹⁵; deshalb handelt es sich nicht um eine Neuheit. Erst mit der Einführung des EEG 2004 wurde mit § 4 Abs. 1 S. 3 EEG die Zulässigkeit einer vertragsbrechenden Abweichung vom Abnahmevorrang konstituiert³⁹⁶. Diese Vereinbarungen zwischen den Netzbetreibern und den Betreibern von EE- und KWK-Anlagen können nur unter dem Vorbehalt abgeschlossen werden, dass dies nach den Vorschriften des EEG und KWKG zulässig ist. § 11 Abs. 3 EEG sieht vor, dass eine vertragliche Vereinbarung zur Verbesserung der Netzintegration ausnahmsweise zugelassen werden kann. Der Gesetzgeber hat diejenigen Fallgestaltungen vorgestellt, in denen der Netzausbau Zeit benötigt und der Anlagenbetreiber daran interessiert ist,

³⁹⁵ *Vergoßen*, Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz, 2011, S. 175.

³⁹⁶ *Dreher/Reshöff*, ZNER 2006, S. 316.

möglichst früh die Abnahme- und Vergütungspflicht wenigstens für einen Teil der Anlagenkapazität zu realisieren³⁹⁷. Mit dem Erzeugungsmanagement darf die Einspeisung von Strom aus EE und Grubengas auch zeitgleich und unabhängig vom Zeitpunkt der Inbetriebnahme reguliert werden³⁹⁸.

Die Voraussetzung für das Erzeugungsmanagement ist die Verbesserung der Integration der jeweiligen Anlagen in das Netz. Wie die Integration erfüllt werden kann, wird in § 11 Abs. 3 EEG nicht definiert. Allerdings kann die Gesetzesbegründung zum damaligen § 4 Abs. 1 S. 3 EEG einen Hinweis geben, nämlich, dass dies möglich ist, wenn diese Vereinbarung für beide Beteiligte und letztlich auch für den Stromkunden vorteilhaft ist³⁹⁹. Es wäre durchaus sinnvoll, wenn der Anlagenbetreiber auf sein Recht partiell (zeitlich oder mengenbezogen) verzichtet und danach einen finanziellen Ausgleich mit weiter gehender Einspeisung bekommt, sodass dieser in der Summe nicht schlechter dasteht als im Fall der unbeschränkten Ausübung seiner Rechte. Gleichzeitig kann der Netzbetreiber in der Lage sein, Kosten⁴⁰⁰ einzusparen, und ihm eine kontinuierliche Einspeisung von Strom ermöglicht werden⁴⁰¹. Dieses Regelwerk kann, anders als § 14 EEG, nur eine Duldungspflicht festlegen, um eine bessere Handlungsmöglichkeit zu erlauben und die Flexibilität des ganzen Systems zu erhöhen.

Bei der Einbeziehung von EE- und KWK-Anlagen in ein vertragliches Erzeugungsmanagement muss jedenfalls das Vorrangprinzip berücksichtigt werden⁴⁰². Mit anderen Worten, das Erzeugungsmanagement darf nicht als Umgehungsmittel des Vorrangprinzips angewendet werden.

³⁹⁷ *Salje*, EEG, 6. Aufl. 2012, § 8, Rn. 15.

³⁹⁸ *Ehricke*, in: Frenz/Müggenborg, EEG, 2. Aufl. 2011, § 11, Rn. 3.

³⁹⁹ Vgl. BT-Drucks. 15/2864, S. 33.

⁴⁰⁰ Z. B. kann ein Netzausbau dadurch vermieden werden, dass die Netzleitungen nicht alle Strommengen aufnehmen müssen. Siehe BT-Drucks. 15/2864, S. 32.

⁴⁰¹ Vgl. BT-Drucks. 15/2864, S. 33.

⁴⁰² Vgl. *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 54.

bb. Verhinderung der Verpflichtungen der Beseitigung einer Gefährdung oder Störung (§ 13 Abs. 3 S. 4 EnWG)

Wie schon mehrere Male erwähnt, muss die Gewährleistung der Netzsicherheit und Zuverlässigkeit als eine Voraussetzung für alle anderen Prinzipien angesehen werden. Um diesen Grundsatz durchzusetzen und das Verhältnis zwischen §§ 13, 14 EnWG und § 14 EEG klarzustellen, sieht der Gesetzgeber das Prinzip in § 13 Abs. 3 S. 4 EnWG vor. Soweit die Einhaltung des EE-KWK-Vorrangprinzips die Beseitigung einer Gefährdungs- oder Störungssituation verhindern würde, kann gemäß Abs. 3 S. 4 EnWG ausnahmsweise davon abgewichen werden. Dieses Szenario kann man sich allerdings nicht so einfach vorstellen⁴⁰³.

Abs. 3 S. 5 EnWG beschreibt dann das wichtigste Beispiel des sog. netztechnisch erforderlichen Minimums. Ein solcher Ausnahmefall liegt insbesondere vor, soweit die Netzbetreiber zur Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems auf die Mindesteinspeisung aus bestimmten Anlagen angewiesen sind⁴⁰⁴. Die Bestimmung des netztechnisch erforderlichen Minimums ist ausschließlich von dem tatsächlichen Bedarf für die Netz- und Systemsicherheit abhängig⁴⁰⁵.

Nach der in die EnWG-Novelle 2011 eingefügten Regelung ist die Rangfolge schon klar geworden. Für die konventionellen Energien soll der Netzbetreiber zuerst mit netzbezogenen Maßnahmen eingreifen, da diese die Anlagenbetreiber und Verbraucher nicht betreffen. Wenn die netzbezogenen Maßnahmen nicht genügen, um die kritischen Netzzustände zu verhindern, kommen die marktbezogenen Maßnahmen in Betracht. Falls die netzbezogenen und marktbezogenen Maßnahmen nicht in der Lage

⁴⁰³ BT-Drucks. 17/6072, S. 72.

⁴⁰⁴ *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 77.

⁴⁰⁵ Bundesnetzagentur, Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement – Abschaltreihenfolge, Berechnung von Entschädigungszahlungen und Auswirkungen auf die Netzentgelte, 29.03.2011, S. 6.

sind, die Netzsicherheit einzuhalten, darf der Netzbetreiber schließlich die Notfallmaßnahmen ergreifen.

Für die EE-, KWK- und Grubengasanlagen spielt das Vorrangprinzip eine wichtige Rolle. Die netzbezogenen Maßnahmen können eingesetzt werden, sofern sie den Vorrang einspeiseprivilegierter Anlagen einhalten können. Die Maßnahmen des § 13 Abs. 1 EnWG sollen gemäß § 13 Abs. 3 S. 1 EnWG den Vorrang der EE und KWK einhalten; deshalb muss der Netzbetreiber mit marktbezogenen Maßnahmen zunächst den konventionellen Strom regeln. Ausnahmsweise darf der Netzbetreiber wegen vertraglicher Vereinbarungen oder aufgrund von § 13 Abs. 3 S. 5 EnWG die Anlagen zur Erzeugung erneuerbaren Energien oder KWK regeln, obwohl die konventionellen Energien noch im Netz bleiben. Wenn alle konventionellen Energien schon vom Netz genommen sind und Netzengpässe weiter vorliegen, ist der Netzbetreiber berechtigt, die Maßnahmen des Einspeisemanagements von § 14 EEG durchzuführen und die EE- und KWK-Anlagen zu drosseln. Falls das Einspeisemanagement nicht fähig ist, die Netzengpässe zu beseitigen, muss der Netzbetreiber auf die Notfallmaßnahmen zurückgreifen. Nach § 13 Abs. 3 S. 3 EnWG sind bei Durchführung der Notfallmaßnahmen bei einer „Überlastung der Netzkapazität“⁴⁰⁶ die speziellen Anforderungen nach den §§ 14 (Ex § 11) und 15 (Ex § 12) EEG einzuhalten. Deshalb muss der Netzbetreiber sicherstellen, dass nur erneuerbare Energien und das technische Minimum am Netz bleiben. Und die Drosselung der EE-, KWK- und Grubengasanlagen muss gemäß § 15 EEG vergütet werden.

⁴⁰⁶ Der Begriff „Überlastung der Netzkapazität“ wird in § 11 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EEG 2009 verwendet. Mit dem EEG 2012 wurde dieser Begriff in „Netzengpass“ geändert. Es wurde offensichtlich vergessen, eine einheitliche Änderung in § 13 Abs. 2 a S. 3 vorzunehmen. *Wustlich/Hoppenbrock*, in: *Altrock/Oschmann/Theobald*, EEG, 4. Aufl. 2013, § 11, Rn. 76.

III. Zwischenergebnis

Während bis Erlass des Energiewirtschaftsgesetzes 2011 Unklarheiten über das Verhältnis der nach dem Energiewirtschaftsgesetz und dem Erneuerbare-Energien-Gesetz zu treffenden Maßnahmen bestanden, hat § 13 Abs. 2 und Abs. 3 EnWG nunmehr eine eindeutige Regelung getroffen. Danach muss die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems gewährleistet, gleichzeitig aber die möglichst weitgehende Abnahme der erneuerbaren Energien garantiert werden. Somit darf das für die erneuerbaren Energien sowie die Kraft-Wärme-Kopplung geltende Vorrangprinzip nur ausnahmsweise durchbrochen werden. Wird die Einspeisung von Strom aus einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, Grubengas oder Kraft-Wärme-Kopplung wegen eines Netzengpasses reduziert, muss der Netzbetreiber nach Maßgabe des § 15 EEG eine Härteentschädigung leisten.

D. Die Problematik der Vorhaltung der Reservekraftwerke

Mit den Maßnahmen der §§ 13, 14 EnWG und des § 14 EEG kann der Netzbetreiber die kritischen Netzzustände grundsätzlich umgehen. Allerdings hat sich die Situation mit der Entwicklung der erneuerbaren Energien inzwischen geändert. Wegen der erhöhten Teilnahme der erneuerbaren Energien am Energiemarkt und dem Einspeisungsvorrang von EE, KWK und Grubengas sind die Anlagen zur Erzeugung konventioneller Energien nicht mehr immer rentabel. Das führt zum Plan einer frühzeitigen Stilllegung von nicht rentablen Kraftwerken.

Der Atomausstieg verschlimmert diesen Zustand noch. Seit dem Atom-Moratorium der Bundesregierung vom 14.03.2011 und der anschließenden Novelle des Atomgesetzes vom 31.07.2011 sind insbesondere in Süddeutschland nicht mehr genügend Stromerzeugungskapazitäten vorhanden, um die Elektrizitätsversorgungssicherheit in den Wintermonaten ohne Eingriff in den Markt gewährleisten zu können⁴⁰⁷. Zwar waren und sind in Deutschland grundsätzlich ausreichende Erzeugungskapazitäten vorhanden, die Transportkapazitäten der Übertragungsnetze reichen jedoch nicht aus, um in Starklastzeiten zur Winterzeit den im Norden erzeugten Strom in den Süden Deutschlands zu transportieren⁴⁰⁸. Die Bundesnetzagentur hat auch abgelehnt, eine atomare Kaltreserve nach § 7 AtG aufrechtzuerhalten⁴⁰⁹. Man sorgt sich, dass die Stabilität der Netze und möglicherweise sogar die Versorgungssicherheit durch ein regionales Unterangebot an konventioneller Kraftwerkskapazität gefährdet werden

⁴⁰⁷ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 a, Rn. 1.

⁴⁰⁸ Bundesnetzagentur, Bericht zum Zustand der leitungsgebundenen Energieversorgung im Winter 2011/12, S. 12.

⁴⁰⁹ Bundesnetzagentur, Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit. Bericht zur Notwendigkeit eines Reservekernkraftwerks im Sinne der Neuregelung des Atomgesetzes v. 31.08.2011, S. 6.

könnte⁴¹⁰. Um diesem kritischen Zustand zu begegnen, muss der Netzbetreiber Reserveenergien schaffen und nötigenfalls eine Stilllegung des Kraftwerks verbieten.

Die Maßnahmen der §§ 13, 14 EnWG a. F. und § 14 EEG können leider das Stilllegungsverbot nicht einleiten. Deshalb muss eine neue Ermächtigungsgrundlage geschaffen werden, um diese Regelung zu ermöglichen. Im Folgenden wird das Regelwerk des § 13 b EnWG angesprochen und die Rechtsfrage diskutiert.

I. Das Gesetz zur Schaffung der Regelungskompetenz

Kernstück der umfangreichen Neuregelungen zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit war die am 29.11.2012 beschlossene „Winterreserve“⁴¹¹. Der neu eingeführte § 13 a ff EnWG bieten den Übertragungsnetzbetreibern die Möglichkeit, die Stilllegung von Kraftwerken zu verbieten und sog. „systemrelevante Gaskraftwerke“ zu verpflichten, ihre Leistung durch Möglichkeiten eines Brennstoffwechsels abzusichern⁴¹². 2016 wurde die Regelung für ein Stilllegungsverbot nach § 13 b EnWG verschoben, aber an den Inhalten wurde nicht viel geändert.

1. Pflicht der Kraftwerksbetreiber

Die Erhaltung der nötigen Stromerzeugungskapazität ist ohne die Beteiligung der Anlagenbetreiber unmöglich. § 13 b Abs. 1 EnWG führt eine verbindliche Pflicht für den Betreiber von Anlagen ein, der Gefährdung der Sicherheit des Netzes vorzubeugen.

⁴¹⁰ Fehling, Die Verwaltung 47 (2014), S. 317.

⁴¹¹ BT-Drucks. 17/11705.

⁴¹² de Wyl/Hartmann/Weise, EnWZ 2013, S. 66.

a. Anzeigepflicht mindestens zwölf Monate vor der Stilllegung

Mit dem neu eingeführten § 13 a Abs. 1 EnWG wird ein System geschaffen, nach dem Kraftwerksbetreiber geplante vorübergehende oder endgültige Stilllegungen von Kraftwerken mit einer Nennleistung ab 10 MW mindestens zwölf Monate im Voraus zwingend anzeigen müssen⁴¹³.

Die Anzeigepflicht gilt für alle Betreiber von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung elektrischer Energie mit einer Nennleistung ab 10 MW. Mit welcher Erzeugungstechnologie die Ströme produziert werden, spielt hierbei keine Rolle⁴¹⁴. Die Mindestnennleistung, ab der die Anzeigepflicht greift, wird auch vergleichsweise niedrig angesetzt⁴¹⁵. Die Absicht des Gesetzgebers ist, mit diesen Regelungen sicherzustellen, dass die Übertragungsnetzbetreiber und die Bundesnetzagentur alle Informationen bekommen, die sich auf die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems potenziell auswirken können.

Die Stilllegungen werden in zwei Typen aufgeteilt. Ein Typ ist die vorläufige Stilllegung. Sie ist gemäß § 13 b Abs. 3 EnWG die Maßnahme, die bewirkt, dass eine Anlage nicht mehr anfahrbereit ist, aber innerhalb eines Jahres nach Anforderung durch den Betreiber eines Übertragungsnetzes wieder betriebsbereit gemacht werden kann, um eine geforderte Anpassung ihrer Einspeisung nach § 13 a Abs. 1 EnWG umzusetzen. Revisionen und technisch bedingte Störungen werden von den Gruppen vorläufiger Stilllegungen ausgeschlossen. Die sog. Kaltreserve kann als ein typisches Beispiel der vorläufigen Stilllegungen genannt werden. Die Bundesnetzagentur definiert solche

⁴¹³ Hofmann, EnWZ 2014, S. 51.

⁴¹⁴ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 a, Rn. 3.

⁴¹⁵ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 a, Rn. 4.

Kraftwerke als Kaltreserve, die innerhalb von sechs Monaten wieder in Betrieb genommen werden können⁴¹⁶. Vorläufig stillgelegte Anlagen sind für die Aufrechterhaltung der Systemsicherheit nicht mehr täglich verfügbar, jedoch auch nicht endgültig verloren. Es entspricht daher dem Gebot der Verhältnismäßigkeit, dass vorläufige Stilllegungen lediglich fristgerecht zuvor angezeigt werden müssen, ohne ein generelles Verbot vorläufiger Stilllegungen bei grundsätzlich systemrelevanten Anlagen vorzusehen⁴¹⁷.

Anders ist es bei endgültigen Stilllegungen. Es handelt sich um Maßnahmen, die den Betrieb der Anlagen endgültig ausschließen oder bewirken, dass eine Anpassung der Einspeisung nicht mehr innerhalb eines Jahres geleistet werden kann⁴¹⁸. Eine solche Stilllegung kann aus immissionsrechtlichen⁴¹⁹ oder aus wirtschaftlichen Gründen erfolgen⁴²⁰. Zur Klarstellung der Definition und zur genaueren Abgrenzung zwischen vorläufiger und endgültiger Stilllegung hat der Gesetzgeber in § 13 b Abs. 3 und 5 EnWG den zeitliche Faktor konkretisiert⁴²¹. Mit der Zeitdauer von einem Jahr kann die Beurteilung der vorläufigen oder endgültigen Stilllegung erleichtert werden.

Die Anzeigepflicht besteht gemäß § 13 b Abs. 1 EnWG sowohl gegenüber dem systemverantwortlichen Betreiber des Übertragungsnetzes als auch gegenüber der Bundesnetzagentur. Anders gesagt: Der Anlagenbetreiber muss zwei Anzeigen vorlegen. In welcher Form, das wird in der Vorschrift nicht geregelt; deshalb wäre auch eine Anzeige per E-Mail denkbar. Die Stilllegung ohne Anzeige und vor Ablauf der 12-

⁴¹⁶ Bundesnetzagentur, Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit, v. 11.04.2011, S. 37.

⁴¹⁷ *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 a, Rn. 12.

⁴¹⁸ BT-Drucks. 18/7317, S. 89.

⁴¹⁹ Z. B. kann der Betreiber für die Erzeugungsanlage keine gültige Betriebsgenehmigung bekommen.

⁴²⁰ *König*, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 a, Rn. 6.

⁴²¹ BT-Drucks. 18/7317, S. 89.

Monats-Frist ist gemäß § 95 Abs. 1 Nr. 3 e und 3 f EnWG grundsätzlich verboten und bußgeldbewehrt.

b. Betriebs- und Erhaltungspflicht nach bestimmtem Standard (§ 13 b Abs. 4, 5 EnWG)

Gemäß § 13 b Abs. 4 EnWG muss der Betreiber der Anlage, deren vorläufige Stilllegung nach § 13 b Abs. 1 EnWG verboten ist, die Betriebsbereitschaft der Anlage für Anpassungen der Einspeisung nach § 13 a Abs. 1 EnWG weiter vorhalten oder wiederherstellen können⁴²².

Sind die Voraussetzungen des Stilllegungsverbots gemäß § 13 b Abs. 5 EnWG erfüllt, wird der betroffene Anlagenbetreiber gemäß § 13 b Abs. 5 S. 3 EnWG verpflichtet, seine Anlage zumindest in einem Zustand zu erhalten, der eine Anforderung zur weiteren Vorhaltung oder Wiederherstellung der Betriebsbereitschaft ermöglicht, soweit dies nicht technisch oder rechtlich ausgeschlossen ist.

2. Maßnahme gegen die Kraftwerksstilllegungen (§ 13 b Abs. 2 EnWG)

Nach § 13 b Abs. 1 EnWG sind sowohl vorläufige als auch endgültige Stilllegungen ohne vorherige Anzeige und vor Ablauf der Frist nach Satz 1 verboten, wenn ein Weiterbetrieb technisch und rechtlich möglich ist („kleines Stilllegungsverbot“⁴²³). Wenn der Anlagenbetreiber ohne Anzeige oder vor Ablauf der zwölfmonatigen Frist seine Anlage stilllegt, hat der systemverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber keine Möglichkeit zu überprüfen, ob die betroffene Anlage systemrelevant ist oder nicht. Daher ist das kleine Stilllegungsverbot für die Durchsetzung der Vorschrift nötig. Dann ist der systemverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 13 b Abs. 2 EnWG

⁴²² BT-Drucks. 18/7317, S. 90.

⁴²³ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 a, Rn. 11.

verpflichtet, unverzüglich zu prüfen, ob die angezeigte Anlage systemrelevant ist. Es ist auch möglich, vor Ablauf der Frist die Anlage stillzulegen, soweit der Übertragungsnetzbetreiber und die Bundesnetzagentur sie als nicht systemrelevant beurteilen. Um die Systemsicherheit zu schützen, können endgültige Stilllegungen systemrelevanter Anlagen gemäß § 13 b Abs. 5 EnWG verboten werden. Allerdings bezieht sich das nicht auf alle Anlagen. Nur bei systemrelevanten Kraftwerken mit einer Nennleistung von mehr als 50 MW kann auch nach Ablauf der Anzeigefrist eine Stilllegung verboten werden, da es nicht wahrscheinlich ist, dass eine Anlage unter 50 MW systemrelevant sein kann⁴²⁴.

a. Systemrelevante Kraftwerke

Um weitere Maßnahmen zu ergreifen, muss der systemverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber ermitteln, ob das betroffene Kraftwerk systemrelevant ist oder nicht. Die Systemrelevanz ist sozusagen das Kernstück des ganzen Regelwerks. Der Begriff der Systemrelevanz beschreibt bestimmte Lebenssachverhalte. Er soll die Vernetzung einzelner Elemente hin zu einem komplexen System und die Reaktionsverbundenheit der einzelnen Elemente hervorheben, in deren Folge „Dominoeffekte“ auftreten können. Die beiden Merkmale „Verflechtung“ und „Reaktionsverbundenheit“ zeichnen das Elektrizitätsversorgungssystem aus⁴²⁵. Elektrizitätsnetze in Deutschland und Europa sind miteinander verbunden. Damit kann die Betriebs- und Versorgungssicherheit erhöht werden⁴²⁶. Auf der anderen Seite birgt jedoch diese Vermaschung der Netze die

⁴²⁴ BT-Drucks. 17/11705, S. 25.

⁴²⁵ Steffens, VerwArch 2014, S. 316.

⁴²⁶ Wenn ein Ausfall einer Leitung, eines Kraftwerks oder eines Transformators vorliegt, kann die Last wegen der Verflechtung auf angrenzende, verbundene Leitungen verteilt werden. Siehe Schwab, Elektroenergiesysteme, 2. Aufl. 2009, S. 514 ff.

Gefahr eines kaskadenartigen Ausfalls. Spannung und Frequenz müssen unter Toleranz minimaler Abweichung konstant gehalten werden. Bei stärkeren Abweichungen sorgt installierte Schutztechnik in den Betriebsmitteln für deren automatische Abschaltung, um Schäden an Geräten zu vermeiden. Hitzeinduzierte Kurzschlüsse oder unkontrollierte Ringflüsse können ebenfalls zum Ausfall einzelner Betriebsmittel führen⁴²⁷. Da die meisten Betriebsmittel Abschaltautomatiken enthalten, ist die Reaktionsverbundenheit im Fall der Überschreitung der Auslösungsschwelle hoch. Die Reaktion einzelner Netzelemente wird rasant fortgesetzt, wenn ein Fehler aufgrund rapider Frequenz- oder Spannungsabweichung im Netz auftritt. Dies bewirkt u. U. einen Dominoeffekt und einen kaskadenartigen Ausfall des Übertragungsnetzes, die Isolation einzelner Netze und ggf. weitere Ausfälle im europäischen Verbundnetz⁴²⁸. Mit diesen besonderen Strukturen kann das Ermitteln der Systemrelevanz nicht auf starren Kausalverläufen beruhen. Da die Gefahr theoretisch auf jedes einzelne Betriebsmittel übergreifen könnte, muss der systemverantwortliche Übertragungsnetzbetreiber mit Hilfsmitteln wie Berechnungsmodellen und Lastflusssimulationen die systemischen Risiken wahrrscheinlichkeitstheoretisch abbilden⁴²⁹. Damit ist die Einschätzung und Vermutung bezüglich der Risiken unausweichlich.

Nach § 13 b Abs. 2 S. 2 EnWG ist eine Anlage systemrelevant, wenn ihre dauerhafte Stilllegung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer nicht unerheblichen Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems führt und diese Gefährdung oder Störung nicht durch andere angemessene Maßnahmen beseitigt werden kann. Entscheidendes Kriterium für die Systemrelevanz

⁴²⁷ Schwab, *Elektroenergiesysteme*, 2. Aufl. 2009, S. 901.

⁴²⁸ Schwab, *Elektroenergiesysteme*, 2. Aufl. 2009, S. 900 ff.

⁴²⁹ Vgl. Steffens, *VerwArch* 2014, S. 319.

eines Kraftwerks ist seine Bedeutung für den Erhalt der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems und das Fehlen von Alternativen zur Absicherung des endgültigen Wegfalls dieser Kapazitäten⁴³⁰. Mit der Formulierung „nicht unerhebliche Gefährdung“ wird indiziert, dass der Gesetzgeber die Eingriffsschwelle niedriger als bei Verwendung der Formulierung „erhebliche Gefährdung“ angesetzt wissen will⁴³¹. Die Gefährdung muss – in gleicher Interpretation wie in § 13 Abs. 4 EnWG – nicht tatsächlich vorliegen, sondern braucht nur hypothetisch zu sein⁴³².

Wenn der Übertragungsnetzbetreiber eine Anlage für systemrelevant hält und diese als solche ausgewiesen werden soll, verpflichtet er gemäß § 13 b Abs. 5 EnWG den Betreiber, die Genehmigung der Ausweisung unverzüglich bei der Bundesnetzagentur zu beantragen. Dieser Antrag muss hinlänglich begründet werden, und es soll eine Kopie des Antrags mit Begründung unverzüglich dem betroffenen Anlagenbetreiber übermittelt werden. Das Gesetz enthält keine Regelung, ob die Bundesnetzagentur auch den Antrag von der Genehmigung der Ausweisung sofort behandeln muss, wenn die Anlage die Voraussetzung des § 13 b Abs. 2 S. 2 EnWG erfüllt. Aber die Bundesnetzagentur ist verpflichtet, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten, und um diese Verpflichtung zu erfüllen und kritischen Netzzuständen vorzubeugen, soll die Bundesnetzagentur möglichst schnell überprüfen, ob der Antrag auf Genehmigung der Ausweisung begründet ist oder nicht. Nach § 13 b Abs. 5 S. 6 EnWG hat die Bundesnetzagentur den Antrag innerhalb einer Frist von drei Monaten zu bescheiden, ansonsten gilt die Genehmigung als erteilt.

Die Eigenschaften der unvollständigen Informationen, der Komplexität der Vorgänge, die zur Gefahr führen können, und der hypothetischen Gefährdung erinnern an einen

⁴³⁰ BT-Drucks. 17/11705, S. 25.

⁴³¹ *Steffens*, *VerwArch* 2014, S. 318.

⁴³² *König*, in: *Säcker*, *Berliner Kommentar zum Energierecht*, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13, Rn. 122.

anderen Rechtsbereich – das Risikorecht. Die Entwicklung und die Analyse des Risikorechts können für die Untersuchung des Begriffs der Systemrelevanz hilfreich und wegweisend sein. Dies wird in Teil II weiter diskutiert.

b. Stilllegungsverbot

Es ist auch möglich, nach Ablauf der Vorlauffrist eine endgültige Stilllegung der Erzeugungsanlage weiterhin zu verbieten. Solange und soweit der Übertragungsnetzbetreiber die Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung elektrischer Energie mit einer Nennleistung von 10 MW mit Genehmigung der Bundesnetzagentur als systemrelevant ausweist und der Betrieb technisch und rechtlich möglich ist, darf die geplante Stilllegung verboten werden.

Der betroffene Kraftwerksbetreiber kann über seine Anlage nicht mehr frei disponieren, sondern muss bis zur endgültigen Stilllegung den Betrieb nach Maßgabe angeforderter Systemsicherheitsmaßnahmen beschränkt aufrechterhalten⁴³³. Gemäß des § 13 d Abs. 1 EnWG darf die Anlage, die nach § 13 b Abs. 4 und 5 EnWG sowie nach Maßgabe der Netzreserveverordnung von den Betreibern von Übertragungsnetzen als „Netzreserve“ eingeordnet wird, nur zum Zweck der Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems eingesetzt werden⁴³⁴. Der Gesetzgeber hat die Netzreserve und die Kapazitätsreserve deutlich getrennt. Während die Kapazitätsreserve gemäß § 13 e EnWG zum Absichern der Stromversorgung eingesetzt werden soll⁴³⁵, kann die Netzreserve nur für die Systemsicherheit genutzt werden.

⁴³³ Hofmann, EnWZ 2014, S. 51.

⁴³⁴ BT-Drucks. 18/7317, S. 94.

⁴³⁵ BT-Drucks. 18/7317, S. 94.

Für vorläufig stillgelegte Erzeugungsanlagen stellt die Pflicht zur Herstellung der Betriebsbereitschaft gemäß § 13 b Abs. 1 EnWG einen sehr großen Eingriff dar. Deshalb kann ein Betreiber einer als systemrelevant ausgewiesenen Anlage die Zahlung einer angemessenen Vergütung für die erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen verlangen⁴³⁶. Der Anspruch beschränkt sich auf die Erstattung der erforderlichen Auslagen⁴³⁷. Die Opportunitätskosten, die durch das Stilllegungsverbot entstehen, sind gemäß § 13 c Abs. 3 EnWG erstattungsfähig.

3. Sonderstellung der Gaskraftwerke (§ 13 f EnWG)

Anders als bei der Erzeugungsanlage in § 13 b EnWG handelt es sich in § 13 f EnWG um Gaskraftwerke, die sich im kommerziellen Betrieb befinden⁴³⁸. Wenn es um einen solchen Fall geht, dass eine Gaskraftanlage aus wirtschaftlichen Gründen stillgelegt werden soll, dann soll der Übertragungsnetzbetreiber einfach auf § 13 b EnWG zurückgreifen.

Wegen der Erfahrungen aus dem Winter 2011/2012⁴³⁹ sieht der Gesetzgeber in § 13 f EnWG eine Sonderregelung für Gaskraftwerke vor. Gaskraftwerke sind traditionell Spitzenlastkraftwerke, die nur einen Bruchteil der 8.760 Stunden im Jahr Energie erzeugen. Da es ein Konkurrenzverhältnis zwischen Gaskraftwerken und anderen Gasnetznutzern um die Gasnetzkapazität gibt, handelt es sich für einen Betreiber um eine wirtschaftliche Entscheidung, ob er bei knappen Gasnetzkapazitäten und entsprechenden Preissignalen die Netzkapazität bucht⁴⁴⁰. Wegen der Wetterbedingungen im Winter 2012 kam es in Süddeutschland zu einer Gasversorgungskrise, die einige wichtige

⁴³⁶ *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 a, Rn. 37.

⁴³⁷ BT-Drucks. 17/11705, S. 25.

⁴³⁸ *Bourwieg*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 c, Rn. 10.

⁴³⁹ Bundesnetzagentur und Bundeskartellamt, Monitoringbericht 2013, Stand: Dezember 2013, S. 41.

⁴⁴⁰ *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 c, Rn. 1.

Gaskraftwerke beeinflusste. Um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten, braucht der Übertragungsnetzbetreiber alle verfügbaren Ressourcen. Deshalb schuf der Gesetzgeber in § 13 f EnWG die rechtliche Grundlage für die Ausweisung von Gaskraftwerken als systemrelevante Anlagen durch die Übertragungsnetzbetreiber⁴⁴¹, um die wichtigen Gaskraftwerke in das Gewährleistungssystem einzubeziehen.

a. Voraussetzungen für die Geltung des § 13 f EnWG

§ 13 f Abs. 1 EnWG setzt ebenfalls 50 MW als Mindestleistung für die betroffenen Gaskraftwerke an. Das steht auch mit der Regelung in § 13 b EnWG in Einklang. Eine Gaskraftanlage, deren Leistung unter 50 MW liegt, kann in der Tat nicht für das Elektrizitätssystem von Bedeutung sein.

Kriterium für die Bestimmung der Systemrelevanz einer Anlage ist, ob eine Einschränkung der Gasversorgung dieser Anlage zu einer nicht unerheblichen Gefährdung oder Störung der Sicherheit des Stromversorgungssystems führen würde⁴⁴². Wie die Situation in § 13 b EnWG ist die Gefährdung oder Störung hier auch hypothetisch. Der Übertragungsnetzbetreiber muss nicht eine tatsächliche Gefahr erkennen, um eine Anlage als systemrelevant auszuweisen.

b. Folge der Ausweisung

Wenn der Übertragungsnetzbetreiber ein Gaskraftwerk als systemrelevant ausweist und die Ausweisung durch die Bundesnetzagentur genehmigt wird, ergeben sich zwei Rechtsfolgen. Die erste ist, dass die systemverantwortlichen Übertragungsnetzbetrei-

⁴⁴¹ BT-Drucks. 17/11705, S. 25.

⁴⁴² BT-Drucks. 17/11705, S. 25.

ber gemäß § 16 Abs. 2 a EnWG berechtigt sind, den Fernleitungsnetzbetreibern gegenüber anzuordnen, dass der Gasbezug der systemrelevanten Gaskraftwerke nur nachrangig eingeschränkt werden darf, was bedeutet, dass die Fernleitungsnetzbetreiber wegen der Anordnung des verantwortlichen Übertragungsnetzbetreibers verpflichtet sind, die Gasversorgungssicherheit nicht zu Lasten der Elektrizitätsversorgungssicherheit einzuschränken⁴⁴³. Die Herausforderung für den Fernleitungsnetzbetreiber, die Sicherheit des Gasnetzes zu gewährleisten, erhöht sich durch diese Regelung beträchtlich. Wie der Fernleitungsnetzbetreiber den Vorrang des Elektrizitätsversorgungssystems einhält und gleichzeitig die Pflicht zur Gewährleistung der Sicherheit des Gasversorgungssystems erfüllt, wird hier nicht diskutiert. Ferner stellt sich die Frage, wie denn die dem Übertragungsnetzbetreiber zugestandene Befugnis, ein Gaskraftwerk als systemrelevant auszuweisen und den Fernleitungsnetzbetreiber anzuweisen, den Gasbezug nach § 13 f Abs. 1 EnWG einzuschränken, rechtlich einzustufen ist⁴⁴⁴. Ein zivilrechtliches Verhältnis zwischen dem Übertragungsnetzbetreiber und dem Fernleitungsnetzbetreiber existiert nicht. Bei der Anweisung des Übertragungsnetzbetreibers könnte es sich um eine öffentlich-rechtliche Befugnis handeln. Da der Übertragungsnetzbetreiber eine private Person ist, müsste der Staat ihm die Verwaltungsaufgabe übertragen, um hoheitliche Gewalt in seinem Namen auszuüben⁴⁴⁵. Das würde bedeuten, dass die Voraussetzungen einer Beleihung gegeben sind. Nach der Lehre vom institutionellen Gesetzesvorbehalt setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, dass Art und Umfang der Befugnisse festgelegt werden muss⁴⁴⁶. Allerdings muss die Ausweisung, dass ein Gaskraftwerk systemrelevant sei, nach § 13 f Abs. 1 S. 7 EnWG

⁴⁴³ König, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 13 c, Rn. 13.

⁴⁴⁴ Vgl. Barbknecht, in: Säcker, Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Aufl. 2013, § 16, Rn. 10 a f.

⁴⁴⁵ Vgl. Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2008, S. 307.

⁴⁴⁶ Schmidt-Assmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2006, S. 272.

durch die Bundesnetzagentur genehmigt werden, was bedeutet, dass die hoheitlichen Befugnisse in der Hand des Staats bleiben.

Die zweite Rechtsfolge ist die Pflicht des Betreibers des systemrelevanten Gaskraftwerks, eine Leistung im erforderlichen Umfang durch Inanspruchnahme der vorhandenen Möglichkeiten für einen Brennstoffwechsel abzusichern (§ 13 f Abs. 2 S. 1 EnWG)⁴⁴⁷. Der Betreiber des Gaskraftwerks kann von dieser Pflicht nur abweichen, wenn sie technisch und rechtlich nicht zu realisieren oder wirtschaftlich nicht zumutbar wäre. Dann soll die Absicherung der Leistung auf andere Art und Weise erfolgen⁴⁴⁸. Im Gegenzug zu dieser Pflicht kann der Gaskraftbetreiber die Erstattung der Mehrkosten von dem Übertragungsnetzbetreiber verlangen (§ 13 f Abs. 2 S. 2 EnWG). Die Vorratshaltung von Ersatzbrennstoff, notwendige Umrüstungen für einen Brennstoffwechsel oder die Buchung fester Kapazitäten sind erstattungsfähig, und die Betreiber von Anlagen können deshalb mit dem Übertragungsnetzbetreiber darüber verhandeln⁴⁴⁹.

4. Netzreserveverordnung

§ 13 b EnWG ermächtigt die Bundesregierung und die Regulierungsbehörde, den gesetzlichen Rahmen für bestimmte Systemsicherheitsinstrumente durch Verordnungen beziehungsweise Festlegungen näher auszugestalten⁴⁵⁰. Aufgrund dieser Ermächtigung hat die Bundesregierung die „Verordnung zur Regelung des Verfahrens der Beschaffung einer Netzreserve sowie zur Regelung des Umgangs mit geplanten Stilllegungen von Energieerzeugungsanlagen zur Gewährleistung der Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems“ (Netzreserveverordnung – NetzResV) verabschiedet.

⁴⁴⁷ Hofmann, EnWZ 2014, S. 51.

⁴⁴⁸ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 c, Rn. 36.

⁴⁴⁹ Bourwieg, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 c, Rn. 40.

⁴⁵⁰ Sötebier, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 b, Rn. 1.

Die Netzreserveverordnung konkretisiert die Regelungen, wie der Übertragungsnetzbetreiber eine Netzreserve beschaffen soll. Die Bestimmungen zum Umgang mit geplanten Stilllegungen von Energieerzeugungsanlagen werden präzisiert. Nach § 1 Abs. 2 NetzResV soll eine Netzreserve auf Grundlage des Abschlusses von Verträgen zwischen Übertragungsnetz- und Anlagenbetreibern gebildet werden. Diese Verträge müssen mit der Bundesnetzagentur abgestimmt werden (§ 5 Abs. 1 S. 2 NetzResV). Die Vertragsdauer kann bis zu 24 Monate, in begründeten Fällen auch länger betragen (§ 5 Abs. 1 S. 3 NetzResV). Sie sind auf die systemrelevanten Anlagen ausgerichtet, da ein solcher Vertrag nur abgeschlossen werden kann, wenn der Vertragspartner ein Betreiber einer systemrelevanten Anlage ist (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 NetzResV).

5. Dauer der Maßnahmen

Um das Verhältnismäßigkeitsprinzip festzuhalten, sollte eine Ausweisung der Systemrelevanz nur auf den Umfang der Anlage und den Zeitraum begrenzt sein, der jeweils erforderlich ist, um die Gefährdung oder Störung abzuwenden. Entscheidend für den sachlich notwendigen Umfang ist die Frage, ob ein Teil der Erzeugungsleistung oder einzelne von mehreren Kraftwerksblöcken ausreichend für die Stabilisierung des Systems sind⁴⁵¹. Allerdings erhöht die Komplexität des Elektrizitätsversorgungssystems⁴⁵² die Schwierigkeit, den notwendigen Umfang der Leistung zu spezifizieren. Wie in dem Fall der Bestimmung der Systemrelevanz ist es manchmal schwer, sich nur auf einzelne Anlagen zu fokussieren, da der Ausfall einer einzelnen Anlage zu einer Kettenreaktion führen kann. Eine ähnliche Situation liegt auch bei der Entscheidung vor, wie viel Leistung für die Netzsicherheit ausreicht. Bestimmte Beurteilungsspielräume und Hypothesen sind unweigerlich nötig, um die Netzstabilität zu sichern.

⁴⁵¹ Vgl. *Sötebier*, in: Britz/Hellermann/Hermes, EnWG, 3. Aufl. 2015, § 13 a, Rn. 23.

⁴⁵² Siehe oben (D. I. 2. a.).

Die zeitliche Grenze ist dagegen deutlich gesetzt. Nach § 13 b Abs. 4 S. 2 (vorläufige Stilllegungen) und Abs. 5 S. 7 (endgültige Stilllegungen) EnWG beträgt die Dauer der Ausweisung der Systemrelevanz nicht länger als 24 Monate. Allerdings kann eine Anlage nach Ablauf der 24 Monate erneut eine vorläufige Stilllegung planen aufgrund erneuter „Systemrelevanz“; dann erfolgt wieder eine Ausweisung für einen Zeitraum von 24 Monaten (§ 13 b Abs. 4 S. 2 EnWG). Für endgültige Stilllegungen kann sich die Ausweisung der Systemrelevanz auch verlängern, wenn die Systemrelevanz der Anlage durch eine Systemanalyse des regelzonenverantwortlichen Betreibers eines Übertragungsnetzes für einen längeren Zeitraum nachgewiesen und von der Bundesnetzagentur bestätigt wird (§ 13 b Abs. 5 S. 7 EnWG).

Wenn der Übertragungsnetzbetreiber seine Verpflichtung zur bedarfsentsprechenden Netzentwicklung gemäß § 11 EnWG gut erfüllt, ist die Maßnahme des Stilllegungsverbots nicht mehr nötig und der Einsatz dieser Maßnahmen auch nicht mehr gerechtfertigt. Der Gesetzgeber hat das Stilllegungsverbot in einem dritten Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften deutlich als ein Übergangsmittel geregelt⁴⁵³. Die Maßnahmen, die eine dauerhafte Kraftwerksreserve, z. B. die Einführung von Kapazitätsmärkten⁴⁵⁴, schaffen können, werden immer noch intensiv diskutiert.

⁴⁵³ Vgl. *Ruge*, EnWZ 2013, S. 9.

⁴⁵⁴ Mit den Kapazitätsmärkten handelt es sich um die Einführung von Mechanismen, in deren Rahmen im Gegensatz zu reinen Energiemärkten auch die bloße Vorhaltung von Kapazitäten vergütet wird. Auf dem deutschen Strommarkt war die Bereitstellung von Kapazitäten zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit nicht von großer Bedeutung, da sie nur untergeordnet auf dem Regellenergie Markt eine Rolle spielt. *Däuper/Voß*, ZNER 2012, S. 119.

Aber mit der neuen Änderung von 2016 wird die Frist für die Maßnahme des Stilllegungsverbots aufgehoben. Um die benötigten Kapazitäten zu sichern, hat der Gesetzgeber die Geltungszeit der Netzreserve über 2017 hinaus verlängert⁴⁵⁵. Das bedeutet, dass das Stilllegungsverbot als Regelmaßnahme eingesetzt werden kann.

6. Zwischenergebnis

Die neuen Regelungen des EnWG richten sich auf die Stilllegungspläne der Anlagenbetreiber aus. §§ 13 b ff. EnWG regeln den Umgang mit geplanten Stilllegungen der Betreiber von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung elektrischer Energie und schaffen die Rechtsgrundlage dafür, den Anlagenbetreibern Pflichten aufzuerlegen, um die Sicherheit und Verlässlichkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten. Eine Stilllegung von Anlagen ist nur zulässig, wenn die Anlagen nicht als „systemrelevant“ bewertet werden. Kompliziert ist, wie eine Anlage als systemrelevant zu beurteilen ist. Wegen der Komplexität des Elektrizitätsversorgungssystems ist es manchmal sehr schwer, sich auf bestimmte Anlagen zu spezifizieren. Die Entwicklung und Analyse des Risikorechts kann dabei helfen, den Begriff der Systemrelevanz zu verdeutlichen. Im Folgenden wird das Konzept des Risikorechts dargestellt und die Lösung für diese Schwierigkeit mit dem Subjekt „Systemrelevanz“ anhand des Risikorechts analysiert.

Die Maßnahmen der §§ 13 b ff. EnWG sind ein schwerwiegender Eingriff in die Freiheit des Anlagenbetreibers, und es muss genauer geprüft werden, ob dieser mit der Verfassungsordnung in Einklang gebracht werden kann.

⁴⁵⁵ BT-Drucks. 18/7317, S. 58.

II. Risikorecht

Eine Gesellschaft entwickelt sich immer weiter. Mit ihren wissenschaftlich-technischen Errungenschaften sind nicht nur Verbesserungen des Gemeinwohls verbunden, sondern auch eine Fehleranfälligkeit, die Schadenspotenziale in sich trägt⁴⁵⁶. In der modernen Gesellschaft entsteht wegen des durch neue Technologien steigenden Risikopotenzials zunehmende Ungewissheit, und deshalb werden verstärkte Sicherheitsvorkehrungen benötigt⁴⁵⁷.

1. Sicherheit

Um den Begriff des Risikos besser zu umreißen, ist es hilfreich, zuerst den gegensätzlichen Begriff „Sicherheit“ zu diskutieren.

Der Begriff der Sicherheit ist mehrdeutig. Schon *Wilhelm von Humboldt* hat sich dahingehend geäußert, dass man unter Sicherheit alles Mögliche verstehen könne, denn der Begriff sei „zu weit und vielumfassend, um nicht einer genaueren Auseinandersetzung zu bedürfen“⁴⁵⁸. Im Schrifttum finden sich meist Negativbeschreibungen im Sinne einer Freiheit von Gefahren, Risiken, Bedrohungen oder Sorgen bzw. einer Unversehrtheit der Rechtsgüter⁴⁵⁹. Aber es ist unstrittig, dass die Gewährleistung der Sicherheit der Bürger die klassische Aufgabe des Staats ist. Auf der anderen Seite ist der Staat in der modernen Zeit als Rechtsstaat gekennzeichnet. Mit der Entwicklung des

⁴⁵⁶ Vgl. *Schulze-Fielitz*, in: Schulte/Schröder, Handbuch des Technikrechts, 2. Aufl. 2011, S. 455.

⁴⁵⁷ *Breuer*, NuR 1994, S. 159.

⁴⁵⁸ *v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1792, IX.

⁴⁵⁹ *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 141; *Anter*, in: Möllers/van Ooyen, Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, S. 16.

Rechtsstaats änderte sich der Begriff der Sicherheitsgewähr entsprechend. Das Verhältnis zwischen diesen sogenannten zwei Polen moderner Staatlichkeit⁴⁶⁰ (Gewährung von Rechtssicherheit und Gewährung von Sicherheit) ist schwer zu bestimmen. Es ist aber sicher, dass es ein Spannungsfeld zwischen den beiden Begriffen gibt und dass sie manchmal nicht in Einklang gebracht werden können. Die Entwicklung des Rechtsstaats kann grundsätzlich in drei Phasen unterschieden werden. In jeder Phase wurde auch das Verständnis der Sicherheit weiterentwickelt.

a. Die liberale Phase

Die erste Phase ist der „liberale“ Rechtsstaat, der sich im Gefolge der bürgerlichen Revolutionen des ausgehenden 18. Jahrhunderts auch in Deutschland entfaltet hat⁴⁶¹. Sein Hauptcharakter ist eine allgemeine Orientierung an der liberalen Freiheitsidee. Der Staat ist die Lösung für die Bedrohung, dass die Freiheit eines Menschen durch andere Menschen angegriffen werden kann. Der von den Theoretikern wie *Thomas Hobbes* und *John Locke* entwickelte Gedanke eines Sozialvertrags beschreibt den Zusammenhang zwischen Staat und Sicherheit: In dem Naturzustand, wenn der Staat nicht existiert, kann Leben und Eigentum der Bürger nicht sicher sein, denn es kann und ist für alle möglich, ständig durch andere Menschen angegriffen zu werden, da es keine Gewalt gibt, die die Menschen im Zaume hält. Dem Staat wird deswegen durch eine vertragliche Übereinkunft das Gewaltmonopol übertragen, bei dem alle wechselseitig auf ihr Recht zur Ausübung von Gewalt verzichten und es auf den Staat übertragen, diesen also zur Anwendung von Gewalt ermächtigen und dazu, den Frieden zu erzwingen⁴⁶². Allerdings ist der Staat selbst jetzt die Bedrohung der Sicherheit, da er

⁴⁶⁰ *Volkman*, JZ 2004, S. 696.

⁴⁶¹ *Volkman*, JZ 2004, S. 697.

⁴⁶² Siehe *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Kap. 13, 17; *Locke*, *Two Treatises of Government*, 1690, II § 4 ff., 123 ff., 134 ff.

nun der allein legitimierte Gewaltanwender ist. Um diese Sicherheitsgefahr zu unterbinden, wird das Recht als Lösung angeboten. Staatliche Herrschaft sollte danach nicht nur mit Hilfe des Rechts ausgeübt werden, sondern auch selbst an das Recht gebunden sein⁴⁶³. Deshalb wird der Staat als liberal- rechtlicher Staat bezeichnet.

Nach diesem Gedanken ist die Gewährleistung der Freiheit die primäre Aufgabe des Staats. Er geht von der Idee tendenziell unbegrenzter individueller Freiheit bei gleichzeitiger Begrenztheit des Staats, seiner Aufgaben und seiner Mittel aus⁴⁶⁴. Aber die Freiheit des einen ist immer auch das Risiko des anderen⁴⁶⁵. Unter dieser Konstellation wird die Gewährleistung der Sicherheit als der legitime Staatszweck, welcher den Eingriff des Staats rechtfertigt, betrachtet⁴⁶⁶, entsprechend dem bekannten Satz bei *Wilhelm von Humboldt*: ‚Denn ohne Sicherheit ist keine Freiheit.‘⁴⁶⁷ Auf der einen Seite muss der Staat die Freiheit des Einzelnen möglichst maximieren, und auf der anderen Seite muss er das Leben und Eigentum usw. des Bürgers schützen und Gefahren und Risiken abwehren. Der Rechtsstaat muss zwischen der Freiheit und der Sicherheit ausgleichen. Der Staat, der zuerst für Sicherheit steht, garantiert damit Freiheit, weil die Ausübung von Freiheit aller ein Mindestmaß an Sicherheit voraussetzt. Die Garantien von Sicherheit und Freiheit befinden sich so in einem komplementären Verhältnis⁴⁶⁸. Der liberale staatliche Schutzauftrag geht primär von einem repressiven Verständnis

⁴⁶³ Siehe *Volkmann*, JZ 2004, S. 697.

⁴⁶⁴ Zum rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 126.

⁴⁶⁵ *Gusy*, VVDStRL 63 (2004), S. 156.

⁴⁶⁶ *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 10.

⁴⁶⁷ *v. Humboldt*, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, Kap. IV, S. 58.

⁴⁶⁸ *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 37.

aus⁴⁶⁹. Nach diesem Konzept soll der Schutz und die Sicherung bestehender Rechtsgüter gegen rechtswidrige Beeinträchtigung durch Dritte primär durch repressive Mittel erreicht werden⁴⁷⁰.

b. Die sozialstaatliche Phase

Der Anspruch der liberalstaatlichen Sicherung ist auf Staatsabwehr und Sicherung der Freiheit fixiert⁴⁷¹. Mit der Entwicklung des Sozialstaats zieht die Befriedigung des Interesses des Bürgers immer mehr die Aufmerksamkeit auf sich. Wie oben⁴⁷² schon diskutiert, ist das Sozialprinzip entwickelt worden, um die Ungerechtigkeit in der Gesellschaft zu überwinden. Im Vergleich zum liberal-rechtlichen Staat werden die Aufgaben des Sozialstaats auf das materielle Wohl des Bürgers erweitert. In Verbindung mit anderen Menschenrechten soll der Staat seinen Bürgern einen sozialen Mindestbestand garantieren.

Aus diesem veränderten Blickwinkel ist die Sicherheitsgewährleistung nicht mehr nur auf die Abwehr des Eingriffs in die Rechtsgüter begrenzt. Das Rechtsstaatsprinzip soll einen Doppelauftrag umfassen, der nicht allein eindimensional auf die reine Begrenzung staatlichen Handelns gerichtet ist, sondern vielmehr gleichzeitig staatliches Handeln zum Schutz der Bürger erfordern kann⁴⁷³. Deshalb wird wieder die Intervention des Staats verlangt. Die aktive Auftrag, sich um das Leben des Bürgers zu kümmern, und der passive Auftrag, die personale Sphäre zu schützen, stehen manchmal miteinander in Konflikt. Das Mittel zur Gewährleistung der Sozialsicherheit geht in die traditionellen repressiven Handlungen über. Die Leistungsverwaltung ist zur Erfüllung

⁴⁶⁹ *Hobbes*, *Leviathan*, 1651, Kap. 17.

⁴⁷⁰ *Gusy*, *VVDStRL* 63 (2004), S. 157.

⁴⁷¹ *Mösl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002, S. 15.

⁴⁷² Siehe oben (B. I. 1. b. ccc.).

⁴⁷³ *Calliess*, *JZ* 2006, S. 322.

der Aufgabe besser geeignet, und der Staat hat gleichzeitig mehr Spiel- und Gestaltungsräume für diesen neuen Bereich.

c. Die Vorsorge

Das Bedürfnis moderner Gesellschaften nach Sicherheit ist im Vergleich zur konventionellen Gesellschaft quantitativ und qualitativ verändert. Mit der Zunahme technisch-wissenschaftlicher Instrumentalität werden immer häufiger die Gefahrensituationen erzeugt, die staatlicher Regulierung bedürfen und den Staatszweck der Sicherheitsgewährleistung neu prononcieren⁴⁷⁴. Die Fortentwicklung grundrechtlicher Schutzpflicht erfordert diesen Gedanken. Die grundrechtlichen Schutzpflichten haben in erster Linie objektivrechtlichen Charakter. Sie dienen den Grundrechten als Institution. Aber sie kommen auch den Rechtsgütern des einzelnen Grundrechtsträgers zugute⁴⁷⁵. Die Erkenntnis wird zugrunde gelegt, dass die Grundrechte ihre Funktion, Gewährleistung von Freiheit zu sein, nicht allein durch die negative Dimension, in der die Grundrechte nur als Abwehrrechte gegen den Staat betrachtet werden, erfüllen können, sondern dass Freiheit vielfach auch des Schutzes gegen nicht-staatliche Gefährdungen sowie der Schaffung der Voraussetzungen für Freiheitsausübung durch den Staat bedarf⁴⁷⁶. Der Grundrechtsgedanke von *Isensee* geht auch davon aus, dass „Freiheit erst im Staat und durch den Staat“⁴⁷⁷ verwirklicht werden kann. *Murswiek* entwickelt sein Konzept aus der Perspektive des staatlichen Gewaltmonopols und des daraus

⁴⁷⁴ Siehe *Forsthoff*, Der Staat der Industrie-Gesellschaft, 1971, S. 25.

⁴⁷⁵ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 49.

⁴⁷⁶ *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 25; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Aufl. 2008, Rn. 85 ff.

⁴⁷⁷ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 34 ff.

abzuleitenden Selbsthilfeverbots und zeigt, dass ein Abwehrrecht auch gegen die staatliche Duldung wirkt⁴⁷⁸. Diese Richtung läuft dann letztlich geradewegs auf ein allgemeines Schutzpflichtenregime hinaus. Ein subjektives Verfassungsrecht auf Schutz kann teilweise im Wege einer „Versubjektivierung“ des objektiven Schutzauftrags über Art. 1 S. 2 GG vorgenommen werden⁴⁷⁹. Jenseits eines Rückgriffs auf Art. 1 S. 2 GG kann die Gewährleistung von Sicherheitsbelangen auch aus den grundrechtlichen Schrankenvorbehalten, dem Demokratieprinzip, dem Sozialstaatsprinzip und diversen Kompetenztiteln zur Wahrnehmung der Aufgaben innerer und äußerer Sicherheit begründet werden⁴⁸⁰.

Mit der grundrechtlichen Schutzpflicht wird die Garantiefunktion des Staats, die ursprünglich nur in die Hand der Politik gelegt war, von objektiver Bindung unter bestimmten Konstellationen⁴⁸¹ auf ein subjektives Recht umgestellt⁴⁸². Die Subjektivierung des Sicherheitsdenkens verbreitert dessen Reichweite auf den Schutz des Sicherheitsgefühls⁴⁸³. Es ist ein unterschiedliches Konzept, ob etwas sicher ist oder ob ich (mir) sicher bin⁴⁸⁴.

Die Sicherheitserwartung des Bürgers hat sich auch geändert. Statt Krisen erst dann zu bekämpfen, wenn sie eingetreten sind, soll der Staat die Situation verhindern, aus der

⁴⁷⁸ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 89 ff., 127 ff.

⁴⁷⁹ *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 151.

⁴⁸⁰ *Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 130.

⁴⁸¹ Das Gericht sieht die Sicherheit von Staat und Bürgern als unverzichtbare Verfassungswerte und Staatsziele an, hält an der Priorität der abwehrrechtlichen Dimension der Grundrechte fest, sieht aber auch bei Gefahren insbesondere für Leib und Leben staatliche Schutzpflichten vorliegen. Diese sind zwar primär durch gesetzgeberische Gestaltung zu konkretisieren, aber je nach der Art des bedrohten Rechtsguts, dem Bedrohungsgrad und Verantwortungszusammenhang kann die Schutzverpflichtung zunehmen. *Brugger*, VVDStRL 63 (2004), S. 132; BVerfGE 39, 1 (42); 46, 160 (164); 49, 24 (53); 49, 89 (140 ff.); 53, 30 (57 ff.); 88, 203 (251).

⁴⁸² *Volkmann*, JZ 2004, S. 700.

⁴⁸³ *Gusy*, VVDStRL 63 (2004), S. 159.

⁴⁸⁴ *Kaufmann*, Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Aufl. 1973, S. 72 ff.

heraus das Risiko entstehen kann⁴⁸⁵. Diese Entwicklung der Schutzerwartung zur Sicherheit zeigt die Änderung der Rolle des Staats. Je umfangreichere Staatsaufträge erwachsen, desto aktiver muss der Staat im Bereich der Sicherheitsgewährleistung sein. Der Konflikt zwischen dem liberal-rechtsstaatlichen Gedanken, mit dem der Staat nur begrenzt in die Freiheit des Bürgers eingreifen soll, und dem neu entwickelten Vorsorgekonzept ist ersichtlich.

2. Risiko

Der Begriff „Risiko“ selbst weist hinsichtlich seiner frühesten Verwendung und genauen Herkunft Unschärfen auf⁴⁸⁶: Er soll vom griechischen Wort für Klippe, die zu umschiffen wäre, oder vom arabischen Wort für Lebensunterhalt, der von Gott und Schicksal abhängt, abstammen⁴⁸⁷. Mit der Abwendung von den Divinationslehren wurde es zur Aufgabe, selbst die Gefahren und Chancen eines Wagnisses zu kalkulieren – der Bedarf nach einer Beschreibung dieser Situation, nach dem Wort „Risiko“, entstand. Dieses Wort hat sich im Bereich des Versicherungswesens und der Finanzmärkte bis heute erhalten und gilt als Synonym für beträchtliche Gewinnchancen, aber auch hohe Verlustmöglichkeiten⁴⁸⁸. Hier richtet sich das Interesse selbstverständlich auf den öffentlich-rechtlichen Bereich. Wie oben schon gezeigt, sind Freiheit und Risiko eigentlich sehr eng verbunden. Hätten menschliche Entscheidungen keine ungewissen Folgen, wäre der Mensch in seinen Entscheidungen nicht frei. Risiken sind die Kehrseite der Freiheit⁴⁸⁹. Der Abschlussbericht der Risikokommission vom Juni 2003⁴⁹⁰ beginnt daher auch mit dem Satz: Ein Leben ohne Risiko ist nicht vorstellbar.

⁴⁸⁵ *Volkman*, JZ 2004, S. 700.

⁴⁸⁶ *Jaekel*, in: *Jaekel/Janssen*, Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, S. 5.

⁴⁸⁷ *Mackensen*, Etymologisches Wörterbuch, 1966, Stichwort „Risiko“.

⁴⁸⁸ *Jaekel*, in: *Jaekel/Janssen*, Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, S. 6.

⁴⁸⁹ *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 266.

⁴⁹⁰ Die Ad-hoc-Kommission „Neuordnung der Verfahren und Strukturen zur Risikobewertung und

Wo Freiheit die Grundlage von Wettbewerb, technischem Fortschritt oder gesellschaftlicher Innovation ist, steigen Handlungsalternativen und Störungsanfälligkeit exponentiell an⁴⁹¹. Wenn der Bürger seine Freiheit entfalten will, ist es unausweichlich, gegen die Rechte anderer zu verstoßen und dadurch die Sicherheit zu gefährden. Hier ist dann die Intervention des Staats nötig, um die Staatsaufgabe der Sicherheitsgewährleistung zu erfüllen. Die klassische Staatsfunktion verlangt nur die Gefahrenabwehr, wenn die Sicherheit durch individuelle Handlungen bedroht wird. Mit der Änderung der Sicherheitserwartung wird vom Staat verlangt, der Gefahr oder Bedrohung der Sicherheit schon vorzubeugen. Um andere als eine konkrete Gefahr zu unterbinden, muss der Staat jetzt mögliche Krisen bereits im Ansatz aufspüren und ersticken. Deshalb handelt es sich um einen Plan für abstrakte Risiken⁴⁹². Allerdings muss der Staat einige Probleme bei der Bewältigung des Risikos lösen. Zuerst muss die Ungewissheit der Risiken behandelt werden. Sodann bedarf der Übergang von einer Gefährdung zum Risiko der genaueren Betrachtung.

a. Die im Risiko liegende Ungewissheit

In der komplexen Gesellschaft der Moderne mit ihrem permanenten wissenschaftlich-technischen Fortschritt sind der Staat und seine Rechtsordnung mehr und mehr gezwungen, normative Entscheidungen auf der Grundlage unzureichenden Tatsachenswissens zu treffen⁴⁹³. Der Grund für diese Ungewissheit ist aus den vielen Dimensio-

Standardsetzung im gesundheitlichen Umweltschutz der Bundesrepublik Deutschland“ wurde gemeinsam vom Bundesministerium für Gesundheit und dem Bundesministerium für Umweltschutz und Reaktorsicherheit eingesetzt, Abschlussbericht abrufbar unter www.uminfo.de/aktionsprogramm.

⁴⁹¹ Gusy, VVDStRL 63 (2004), S. 156; v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991, S. 30 ff.

⁴⁹² Siehe Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 198.

⁴⁹³ Thiel, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 70.

nen entstanden, die es einzubeziehen gilt. Zunächst fehlt es häufig an einer „Risikokommunikation“⁴⁹⁴ zwischen den Naturwissenschaften und der Rechtsetzung sowie Rechtsanwendung.

Die modernen Naturwissenschaften und Technologien können neue Erkenntnisse gewinnen, die aber zugleich auch immer größere Gebiete des Neuen und Unerforschten eröffnen. Schon früh steht der pflichtgemäß handelnde Beamte Situationen gegenüber, in denen er nicht sofort die Gefahr beurteilen kann. Zum Beispiel kann er nicht wissen, ob eine Schlägerei nur eine Filmproduktion oder eine ordnungswidrige Aktivität ist⁴⁹⁵. Aber die Ungewissheit der modernen Gesellschaft entsteht nicht mehr als Ergebnis individuellen Handelns, sondern aus sozialen, technischen oder kognitiven Prozessen heraus⁴⁹⁶. Am Beispiel der Gentechnik kann man die Grenzen der Berechenbarkeit und Vorhersagbarkeit von Prozessen und Systemen verdeutlichen: Wissenschaftler auf dem Gebiet der Gentechnik wollen das Erbgut beeinflussen, um die im Organismus gewünschten Erscheinungsformen auszuprägen und unerwünschte zu unterdrücken. Allerdings bestehen im Umgang mit Gentechnik noch zahlreiche Ungewissheiten. Schon der Einbauort der neuen Gensequenzen kann nicht komplett gezielt gesteuert werden⁴⁹⁷. Aufgrund weiterer Forschung wurde aber herausgefunden, dass auch die Lage einer Gensequenz und der Ablesevorgang des Erbguts für die späteren Ausprägungen im Organismus eine große Rolle spielen. Um die gewünschten Ergebnisse zu erzielen, müssen die Transformationsvorgänge manchmal bis zu tausendmal wiederholt werden⁴⁹⁸. Je mehr die Wissenschaftler über die Gentechnik entdecken, desto

⁴⁹⁴ Es soll ein interaktiver Austausch von Informationen und Meinungen über Gefahren und Risiken, risikobezogenen Faktoren und Risikowahrnehmung geschehen. *Simon*, BayVBl. 2009, S. 162 ff.; *Böhm*, NVwZ 2005, S. 609 ff.

⁴⁹⁵ Siehe *Jaeckel*, in: *Jaeckel/Janssen*, Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, S. 8.

⁴⁹⁶ Vgl. *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 266.

⁴⁹⁷ *Palme/Schlee*, Gentechnikrecht, 2009, S. 61.

⁴⁹⁸ *Jaeckel*, in: *Jaeckel/Janssen*, Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, S. 9.

mehr tauchen sie ein in neue, unbekannte Bereiche. Das Risiko der Gentechnik ergibt sich auch nicht aus bestimmten einzelnen Untersuchungen, sondern kann sich durch komplexe Vorgänge langfristig in Ökosystemen auswirken. Es ist sehr schwer vorherzusagen, ob die weitere genetische Forschung schwerwiegende Folgen in der Nahrungsmittelkette auslösen wird⁴⁹⁹. Die Forschung kann Möglichkeiten eröffnen, dass Stoffe, Entwicklungsprodukte und Vorgänge der Natur „von Grund auf“, „von innen her“ und im Ergebnis irreversibel umprogrammiert werden⁵⁰⁰.

Die Ungewissheit führt zum Zurechnungsproblem. Bei der Gefahr können die hinreichende Wahrscheinlichkeit einer Rechtsgutverletzung und die Zurechenbarkeit auf ihre Störer schon vorher bestimmt werden. Dagegen ist beim Risiko die Rechtsgutverletzung ungewiss. Sie kann in weiter Zukunft oder sehr bald oder gar nicht passieren⁵⁰¹. Weder ist absehbar, welche und wessen Rechtsgüter gefährdet sind, noch welche Wirkungszusammenhänge welche Ursachenketten auslösen. Daher können auch individualisierbare Störer bei Risiken nicht ohne weiteres ausgemacht werden⁵⁰². Der Staat und seine Rechtsordnung können aber eine Regulierung von Risiken nicht wegen der Ungewissheit unterlassen, sondern müssen die Ungewissheit und ihren Konsequenzen berechenbar und zurechenbar machen, mit anderen Worten, die Ungewissheit kalkulieren und in rationale Entscheidungen transformieren⁵⁰³. Es ist naiv und illusionär, sich das Ziel zu setzen, jedes Risiko zu vermeiden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Kalkar-Beschluss vom 08.08.1978⁵⁰⁴ mit Bezug auf die Kerntechnik schon geäußert: „Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern,

⁴⁹⁹ Vgl. *Palme/Schlee*, Gentechnikrecht, 2009, S. 53 ff.

⁵⁰⁰ Vgl. *Breuer*, NuR 1994, S. 160.

⁵⁰¹ *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 267.

⁵⁰² *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 268.

⁵⁰³ *Scherzberg*, VVDStRL 63 (2004), S. 217.

⁵⁰⁴ BVerfGE 49, 89 (143).

die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise erwachsen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muss es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden.“

b. Von der Gefahr zum Risiko

Die Abgrenzung der Risikovorsorge von der Gefahrenabwehr ist im ersten Augenblick nicht schwer, aber in der Praxis gibt es viele Schwierigkeiten.

Die Gefahr ist der Zentralbegriff des Polizei- und Ordnungsrechts und das klassische Instrument, das das traditionelle rechtsstaatliche Polizei- und Ordnungsrecht zur Bewältigung der Problematik des Ausgleichs von Freiheits- und Sicherheitsinteressen unter Ungewissheitsbedingungen bereithält⁵⁰⁵. Vor rund 100 Jahren hat das preußische Oberverwaltungsgericht die polizeirechtliche Gefahr als eine Situation definiert, wo „aus gewissen gegenwärtigen Zuständen nach dem Gesetz der Kausalität gewisse andere Schaden bringende Zustände erwachsen werden“⁵⁰⁶. Das preußische Oberverwaltungsgericht hat sich bei der Definition der polizeirechtlichen Gefahr so geäußert: Sie liegt vor, wenn eine Sachlage bei ungehindertem Geschehensablauf mit Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden für die Schutzgüter der öffentlichen Sicherheit führen würde⁵⁰⁷. Nach dieser Definition kann man ein paar Komponenten herausstellen, die einen behördlichen Eingriff legitimieren können: Zuerst ist da die Kenntnis von den

⁵⁰⁵ Möstl, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 162.

⁵⁰⁶ PrOVG vom 15.10.1894, PrVBl. 16, 125 (126). Zitiert in BVerwGE 72, 300 (315) (Wyhl) = NuR 1987, S. 356 ff.

⁵⁰⁷ PrOVGE 45, 339 (340); 77, 341 (345); 78, 272 (278).

Umständen. Dann wird diese Kenntnis mittels einer Erfahrungsregel bewertet. Der Bewertung nach kann die zuständige Behörde die Schlussfolgerung ziehen, dass Rechtsgüter nach Geschehensablauf mit Wahrscheinlichkeit geschädigt werden⁵⁰⁸. Diese Definition zeigt schon, dass die Gefahrenabwehr selbst ein wertendes und dynamisch angelegtes Element enthält. Die Gefahrensituation ist selbstverständlich nicht immer klar und durchsichtig, und um den Eingriff zu rechtfertigen, muss eine Prognose nach plausibler empirischer Kenntnis gemacht werden. Das Gewicht des gefährdeten Rechtsguts und die Größe des zu erwartenden Schadens spielen hier auch eine Rolle. Je wichtiger das Rechtsgut und je schwerwiegender die Folge der Gefahr ist, desto leichter wird die Legitimation des Eingriffs⁵⁰⁹. Geht es um den Schutz besonders hochwertiger Rechtsgüter, soll schon „eine entferntere Möglichkeit eines Schadens die begründete Befürchtung seines Eintritts auslösen“⁵¹⁰.

aa. Das Dreistufenmodell

Wahrscheinlichkeit ist ein wichtiges Merkmal für die Beurteilung der Gefahr. Wenn der Maßstab der Wahrscheinlichkeit zur bloßen Möglichkeit erweitert wird, verliert der Maßstab seine Kontur. Da es sich bei der Risikovorsorge um eine in die Zukunft orientierte Maßnahme handelt, ist es nicht so einfach, eine hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für ein geschütztes Rechtsgut zu bestimmen⁵¹¹. Um das Abgrenzungsproblem zu lösen, wird das Risiko im klassischen „Dreistufenmodell“⁵¹² als eine Gefahr mit geringerer Wahrscheinlichkeit verstanden. Das Modell differenziert die Schadenseintrittschance nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit in drei

⁵⁰⁸ *Di Fabio*, NuR 1991, S. 354.

⁵⁰⁹ Vgl. *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 162.

⁵¹⁰ *Dreows/Wacke/Vogel/Martens*, Gefahrenabwehr, 1986, S. 224.

⁵¹¹ Vgl. *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 169 f.

⁵¹² *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 268.

Stufen: die Gefahr, das Risiko und das Restrisiko. Der Begriff der Gefahr kann in Literatur und Rechtsprechung im polizeirechtlichen Sinn gefunden werden: Gefahr ist eine Lage, in der bei ungehindertem Ablauf des Geschehens ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Schaden an einem polizeilich geschützten Rechtsgut führen wird⁵¹³. Dagegen bedeuten Risiken eine niedrigere Wahrscheinlichkeit. Anders als das Risiko ist das Restrisiko eine bloß hypothetische Möglichkeit. Es ist unwahrscheinlich, und deswegen braucht es keine rechtliche Steuerung oder Kontrolle. Das Konzept des „Restrisikos“ verfolgt den Ansatz, dass unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Schädigungseignung menschlichen Handelns und wegen der fehlenden Möglichkeit der menschlichen Erkenntnis aller künftigen Kausalverläufe schlicht nicht alle Risiken erfasst und vermieden werden können⁵¹⁴. So auch die Aussage des Bundesverfassungsgerichts, dass es nicht erreichbar sei, jedes mögliche Risiko zu verhindern, ansonsten müsste auf alle risikogeneigte Technik verzichtet werden. Das Restrisiko beschreibt dann ein für das alltägliche Leben hinnehmbares Risiko⁵¹⁵. Die Eingrenzung des Restrisikos kann nicht mit wissenschaftlich-analytischen Mitteln vorgenommen werden, zumal stets Risiken und mit ihnen die Möglichkeit von Schadenseintritten verbleiben; kennzeichnend für das Restrisiko ist die normative Entscheidung darüber, welche möglichen Schadensereignisse in Kauf genommen werden sollen und welche nicht⁵¹⁶. Das Modell der dreigeteilten Stufung von Gefahr, Risiko und Restrisiko dient dazu, dass bei verschiedenartiger Gefährdung je nach Intensität auf das Erfordernis einer vorsorgenden Schadensprophylaxe hingewiesen werden kann⁵¹⁷. Im Immissionsschutzrecht ist im Anschluss an die Tatbestände des

⁵¹³ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 83.

⁵¹⁴ *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 91 f.

⁵¹⁵ Vgl. *Breuer*, NVwZ 1990, S. 213.

⁵¹⁶ *Wahl/Appel*, in: *Wahl, Prävention und Vorsorge*, 1995, S. 89.

⁵¹⁷ Vgl. *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 62 f.

§ 5 BImSchG und die Besonderheiten des Luftreinhalterechts die klassische Dreiteilung geradezu idealtypisch verwirklicht worden.

Während das Restrisiko relativ klar eingestuft werden kann, ist die Unterscheidung zwischen Risiko und Gefahr viel schwieriger. Die Abgrenzung wird nicht tatbestandlich, sondern mit Blick auf die Rechtsfolgen vorgenommen⁵¹⁸. Die Verteilung auf die drei Bereiche Gefahr, Risiko und Restrisiko bedeutet nur eine graduelle, fließende Abgrenzung, ohne dass scharfe Einschnitte gezogen werden könnten. Aber mit der Pauschalisierung der drei Stufen ist die schwierige Frage, an welchem exakten Moment der Umschlag von einer zur anderen Stufe erfolgt, nicht beantwortet⁵¹⁹.

bb. Das Zweistufenmodell

Um dem Abgrenzungsproblem abzuhelpen, wurde ein Zweistufenmodell⁵²⁰ eingebracht. Die Abgrenzung ist hier nicht mehr nur von der Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts abhängig. Das Risiko wird jetzt zum Oberbegriff erklärt⁵²¹. Das Zweistufenmodell geht davon aus, dass das Risiko auf die Möglichkeit einer Beeinträchtigung hin bewertet wird, während die Gefahr weiter auf die Wahrscheinlichkeit begrenzt wird⁵²². Das Risiko als Oberbegriff enthält dann eine ausreichend konkretisierte Gefahr und eine noch nicht ausreichend konkretisierte Gefahr. Gefahr wird dann als Unterfall des Risikos betrachtet, und die Beurteilung des Risikos wird dadurch auf dem Weg einer Möglichkeitsanalyse vom Maßstab der Gefahr emanzipiert. Während die immissionsschutzrechtliche Entwicklung die Erschaffung der begrifflichen Trias des

⁵¹⁸ *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 269.

⁵¹⁹ *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 62 f.; kritisch auch *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 269.

⁵²⁰ *Murswiek*, VVDStRL 48 (1990), S. 207; *Ossenbühl*, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, 2000, S. 27; *Simon*, BayVBl. 2009, S. 161.

⁵²¹ *Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aßmann/Kunig*, UGB-AT, § 2 Abs. 6 sowie Begründung S. 119 f.

⁵²² *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 93.

Dreistufenmodells beflügelt hat, schlägt sich das Modell einer zweistufigen Teilung in dem Umweltrecht nieder. Nach § 2 Abs. 6 UGB-Entwurf – Allgemeiner Teil soll der Begriff des (Umwelt-)Risikos die Möglichkeit des Eintritts einer Umweltbeeinträchtigung bezeichnen, soweit sie nicht aufgrund praktischer Vernunft ausgeschlossen erscheint; Umweltgefahr soll dasjenige Umweltrisiko sein, das unter Berücksichtigung des Grades seiner Eintrittswahrscheinlichkeit und des möglichen Schadensumfangs nicht mehr hinnehmbar ist⁵²³.

Ein anderes Beispiel ist das Atomrecht. Bei der Anlagensicherheit wird dies durch die Einbeziehung nur theoretisch denkbarer Schadensmöglichkeiten in den Genehmigungstatbestand seit jeher anerkannt, da es sich um die Beurteilung komplexer und besonders gefahrenträchtiger Anlagen handelt. Die Begrifflichkeit des traditionellen polizeirechtlichen Gefahrentatbestandes, mit dem eine bestimmte Gefahrenwelle als noch hinnehmbares Restrisiko angesehen wird, wird im Atomrecht erweitert⁵²⁴. Wegen der katastrophalen Folgen des Atomunfalls gehen die Genehmigungsprozesse davon aus, dass eine „Vorsorge gegen Schäden“ erreicht werden muss und deshalb der Grad von Gefahr nicht differenziert wird. Das Bundesverwaltungsgericht hat im Wyhl-Urteil⁵²⁵ Gefahr und Risiko auch nicht in einen Gegensatz gesetzt, sondern mit dem Satz „bestmögliche(.) Gefahrenabwehr und Risikovorsorge“ in eine Gruppe gelegt und verlangt, dass „Gefahren und Risiken“ von Kernkraftwerken im Hinblick auf den Stand von Wissenschaft und Technik „praktisch“ ausgeschlossen sein müssen. Wegen bestehender Unsicherheiten und Wissenslücken kann die nach § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtomG gebotene „Schadensvorsorge“ nicht erlauben, „exakt bis an die Gefahrengrenze zu gehen“.

⁵²³ *Appel*, NuR 1996, S. 229.

⁵²⁴ *Di Fabio*, NuR 1991, S. 355.

⁵²⁵ BVerwGE 72, 300, 315 f.

Der Meinung des Bundesverwaltungsgerichts nach gibt es im Atom- und Strahlenschutzrecht eine „Pufferzone“, um die schlechten Folgen zu verhindern⁵²⁶.

Ob die „Möglichkeit“ eine passendere oder präzisere Begrenzungsfähigkeit anbieten kann, ist nicht ohne Zweifel. *Lepsius* hat das Grundverständnis, dass die Wahrscheinlichkeit des Gefahreintritts auf die bloße Möglichkeit reduziert werden soll, kritisiert⁵²⁷: Die Möglichkeit eines Schadenseintritts könne kein Gegenstand rechtlicher Regelungen sein. Ein solches Risikoverständnis erzeuge illusionäre Erwartungen und müsse aufgegeben werden, da Gegenstand des Rechts nicht die Technik, sondern der Umgang des Menschen mit ihr sei. Wenn man die Möglichkeit von Gefahren komplett ausschließen wolle, müsste man gleichzeitig die Möglichkeit freien menschlichen Verhaltens verbieten. Diese Kritik ist nicht unbegründet, aber wegen der Komplexität und Vielfältigkeit des Fachbereichs muss jedes Risiko nach Hintergrund und wissenschaftlichem Standard weiter analysiert werden. Eine allgemeine Differenzierungsgrenze, die etwa sogar für das ganze bestehende Risiko gelten kann, ist unmöglich. Allerdings kann die zweistufige Einteilung das grundlegende Verständnis von Gefahr und Risiko neu justieren⁵²⁸. Die präzise Unterscheidung zwischen Gefahr und Risiko ist in neu entwickelten Bereichen wie Umwelt, Atomschutz oder Gentechnik nicht mehr nötig, da mit beiden sorgfältig umgegangen werden muss. Eine trennscharfe Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Vorsorge ist kaum zu erreichen. Beide besitzen zahlreiche Überschneidungsbereiche und sind eng miteinander verknüpft⁵²⁹. Das Risiko als Oberbegriff kann alle Gefahrsituationen erfassen, aber es ist nötig, es weiter zu konkretisieren und zu spezifizieren.

⁵²⁶ Vgl. *Breuer*, NVwZ 1990, S. 214.

⁵²⁷ *Lepsius*, VVDStRL 63 (2004), S. 277.

⁵²⁸ *Jaeckel*, Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik, S. 69; *Appel*, NuR 1996, S. 229 f.

⁵²⁹ *Thiel*, Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr, 2010, S. 94.

cc. Die Kennzeichen einer Risikoverwaltung

Da eine allgemein gültige Abgrenzung von „Gefahr“ und „Risiko“ nicht möglich und auch nicht nötig ist, wird in der Literatur nach anderen Richtungen geforscht.

Di Fabio arbeitet spezifische Kennzeichen einer Risikoverwaltung heraus. Die neuartigen Gefährdungslagen hätten bestimmte typische Merkmale. Zunächst reiche der Wissensstand für eine auf Erfahrung oder sicherem Regelwissen beruhende Wahrscheinlichkeitsprognose im klassischen Sinn nicht aus, und wegen dieses kognitiven Defizits werde die Aufgabe der Gefahrenabwehr weit vorverlagert⁵³⁰. Das bedeute die Abweichung vom polizeirechtlichen Gefahrenatbestand. Im Sinne des Atomrechts brauche es nur theoretisch denkbaren Schadensmöglichkeiten, um eine Genehmigung zu versagen. Im immissionsschutzrechtlichen Bereich müsse wegen prinzipiell nicht vollständig aufklärbarer Ursache-Wirkungs-Zusammenhänge zwischen Schadstoffemissionen und Rechtsgüterschädigungen auch ein Schutzgrundsatz aufgestellt werden. Auf die Schädlichkeitsschwelle werde ganz verzichtet, und jenseits praktischer Vorstellbarkeit und auch nur theoretischer Möglichkeit würden staatliche Freiheitsbegrenzungen erlaubt. Mit der genetischen Forschung und Produktion wird auch der Präventionsgedanke im Sinne möglichst weitgreifender Risikominimierung in den Vordergrund gestellt, da sie als ein Wissenschafts- und Technikgebiet angesehen wird, das einerseits von einem zumindest abstrakt hohen Gefährdungspotenzial begleitet ist und andererseits als in wissenschaftlicher Erfahrung lückenhaft empfunden wird. Zweitens seien wegen der Schwierigkeit, gesicherte Erkenntnisse zu gewinnen, die staatlichen Entscheidungen nur unter Zuhilfenahme internen oder externen naturwissenschaftlichen Sachverständigen möglich. Wie im Atomrecht ergäben sich die konkreten

⁵³⁰ *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 85 f.; 90 f.; 118.

Anforderungen für den sicheren Betrieb kerntechnischer Anlagen weder aus Gesetzen noch aus Rechtsverordnungen, sondern nur aus untergesetzlichen Normen und Regelwerken, welche von Sachverständigengremien wie etwa dem Kerntechnischen Ausschuss (KTA) und der Reaktorsicherheitskommission (RSK) erlassen werden. Eine rechtliche Verbindlichkeit kommt diesen Regeln nicht zu, aber sie sind für die Konkretisierung abstrakter Rechtsbegriffe unverzichtbar⁵³¹. Im Gentechnikbereich ist es ebenso. Nach § 4 GenTG wurde beim BGA die Zentrale Kommission für die biologische Sicherheit als Sachverständigengremium eingerichtet. Die Stellung der Kommissionsmitglieder entspricht derjenigen externer Sachverständiger in anderen vergleichbaren Bereichen: Sie sind unabhängig und nicht weisungsunterworfen. Nach der allgemeinen Aufgabenumschreibung des § 5 GenTG scheint die Kommission nur ein Empfehlungs- und Beratungsgremium zu sein. Allerdings ist ihre Stellung durch ihr faktisches Entscheidungsrecht im Rahmen sowohl des Anlagen- wie des Freisetzungsgenehmigungsverfahrens wesentlich stärker als diejenige eines reinen Beratungsgremiums⁵³².

Auch ein wichtiges Merkmal sei es, dass staatliche Maßnahmen nicht ohne Rückgriff auf Wertungen getroffen werden könnten. Wegen der Abkehr vom linear geordneten Weltbild im Bereich der Naturwissenschaften und einem wachsenden Bewusstsein der Ungewissheit kann der Staat nicht mehr eine eindeutige Entscheidung treffen und eine klare Entscheidungsbegründung geben. Mit dem Argument, dem Risiko vorzubeugen, können prinzipiell sehr schwer eindeutig festlegbare Grenzen gezogen werden, und das zwingt zur Auswahl⁵³³. Der Entscheider muss trotz der Unterstützung durch Sachverständige aus einem Informationsdefizit und aus bloßen Verdachtsmomenten heraus

⁵³¹ *Schirra*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, S. 627.

⁵³² *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 130 f.

⁵³³ *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 110, 116.

handeln und Abwägungen vornehmen, welche Risiken vorrangig zu mindern sind und in welchem Verhältnis Aufwand und Nutzen zu stehen haben.

Es ist nicht mehr die wichtigste Aufgabe des Gesetzgebers, zwischen normativen Begriffen wie „Gefahr“ oder „Gefahrenverdacht“ mit der Formulierung „Risikoentscheidung“ zu unterscheiden, sondern die unterschiedlichen Bereiche mit diesen Entscheidungsmerkmalen ihren Eigenschaften nach zu behandeln. In der Praxis des Verwaltungsrechts wird das Risiko durch ein neues Ordnungssystem behandelt, das die Entscheidungssubjekte, die Organisation, das Verfahren und die Handlungsformen des Umgangs erfasst⁵³⁴. Der Gesetzgeber muss eine rationale Strategie verfolgen und manchmal dynamisierte gesetzliche Aufträge zur Risikominderung geben und der Verwaltung mehr Beurteilungsspielraum überlassen, um wissenschaftliche Kenntnisbildung in gestaltungsoffenen Risikoentscheidungen aufzunehmen⁵³⁵.

c. Verfassungsrechtliche Grenzen

Wegen der verfassungsrechtlichen Schutzpflicht soll der Staat das potenzielle Risikopfer mit einem Mindestmaß an Sicherheit gewährleisten⁵³⁶. Um das Risiko von Schadensfolgen zu verhindern, muss der Staat den Zeitpunkt des Eingriffs vorverlagern. Aber die Risikovorsorge kann die Eingriffsmaßnahmen des Staats nicht unbegrenzt rechtfertigen.

Wenn der Staat die Eingriffsmaßnahme durchführt, um den Eintritt des Risikos zu vermeiden, sind normalerweise bereits die Grundrechte des potenziellen Risikoverursachers betroffen. Da Erzeugung und Nutzung der Technik normalerweise in der Privat-hand liegt, werden in den meisten Fällen Art. 12 GG: die Berufsfreiheit, Art. 14 GG:

⁵³⁴ Vgl. *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 115.

⁵³⁵ Vgl. *Di Fabio*, Jura 1996, S. 570; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, S. 448 ff.

⁵³⁶ Vgl. *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 233.

die Eigentumsgarantie und Art. 2 GG: die allgemeine Handlungsfreiheit des Unternehmers beschränkt. Zuerst muss verdeutlicht werden, dass der Risikoverursacher verpflichtet ist, die Gefährdung von Gemeinschaftsgütern oder von Rechtsgütern anderer zu vermeiden. Das ist eine selbstverständliche Freiheitsschranke und verletzt deswegen nicht den Kernbereich der grundrechtlich geschützten Freiheit⁵³⁷. Allerdings ist die Kausalität zwischen der Risikoverursachung und den Risikofolgen in der modernen Gesellschaft manchmal sehr schwer zu bestimmen⁵³⁸. Dadurch entsteht die Frage, wie der Gesetzgeber die Rechtsgüter potenzieller Risikopfer und die Grundrechte des Unternehmers miteinander vereinbart. Mit anderen Worten: Wie können die Schutzpflichten und die abwehrrrechtliche Funktion des Staats gleichzeitig erfüllt werden. Da die Aufgaben des Grundgesetzes nicht nur auf die freiheitslimitierende Dimension beschränkt sind, sondern ebenso die freiheitsermöglichende einschließen⁵³⁹, befindet sich der Gesetzgeber im Vorgang der Umsetzung in einem „mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis“⁵⁴⁰.

Inwieweit sich diese potenziell konflikträchtigen Grundrechtsausübungen zusammen entwickeln können, ist nicht einfach zu beantworten. Im Folgenden wird versucht, die Maßstäbe zu etablieren.

aa. Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers

Zuerst muss betont werden, dass die Schaffung der Rahmenbedingungen, innerhalb derer die Bürger ihre aus dem Grundgesetz abgeleiteten Rechte frei entfalten können, die Aufgabe des Gesetzgebers ist.

⁵³⁷ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 237.

⁵³⁸ Siehe oben (D. II. 2. a.).

⁵³⁹ *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 433.

⁵⁴⁰ *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 256 ff.

Obwohl der Gesetzgeber wegen Art. 1 Abs. 3 GG an das Grundrecht gebunden ist, erhält er hierbei Gestaltungsspielräume⁵⁴¹. Der Gesetzgeber hat unstreitig einen weiten Gestaltungsspielraum, wenn es um die Wahrnehmung der grundrechtlichen Schutzpflichten geht. Es ist auch allgemein akzeptiert, dass bei vorbehaltlos gewährleisteten Grundrechten aus „kollidierendem Verfassungsrecht“⁵⁴² die Gestaltungsspielräume hergeleitet werden können. Wird in die Grundrechte eingegriffen, ist zu unterscheiden, ob die Grundrechte normgeprägt sind (so insbesondere Art. 14 Abs. 1 GG) oder nicht⁵⁴³. Allerdings ist es auch nicht möglich, die Reichweite gesetzgeberischer Gestaltungsspielräume allein aus dem materiellen Gehalt der Grundrechte selbst zu ermitteln, da das Grundgesetz oft für eine verfassungsrechtliche Frage nicht eindeutig entscheidet⁵⁴⁴. Deshalb ist der Rückgriff auf die staatsorganisationsrechtliche Funktionenordnung des Grundgesetzes für die Bestimmung der Gestaltungsspielräume nötig⁵⁴⁵. Die Unsicherheit kommt aus der aus verschiedenen Gründen entstandenen Ungewissheit⁵⁴⁶, wenn die gesetzgeberischen Entscheidungen getroffen werden sollen. In einer anderen Situation, in der die normativen Vorgaben der Verfassung auch nicht ganz klar und durch eine Offenheit geprägt sind, spielt die Interpretation auch eine große Rolle⁵⁴⁷. Manchmal kann mit einer Norm des Grundgesetzes methodisch nicht nur *eine* richtige Auslegung gegeben werden, und welche Auslegung die beste Lösung wäre, darüber soll die Legislative eine Entscheidung treffen.

⁵⁴¹ Dazu umfassend *Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998.

⁵⁴² Vgl. BVerfGE 28, 243, 261; st. Rspr., BVerfGE 81, 278 (292 ff.).

⁵⁴³ Vgl. *Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005, S. 85.

⁵⁴⁴ Vgl. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, § 2, Rn. 45.

⁵⁴⁵ Siehe *Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 2. Aufl. 2001, S. 96 ff.

⁵⁴⁶ Die Ungewissheit kann auf empirischen Gründen, z. B. wegen der unsicheren Tatsachengrundlage der Entscheidung oder wegen der Eigenschaft der normativen Entscheidungen des Gesetzgebers, die regelmäßig auf die Zukunft gerichtet sind, bestehen. Siehe *Scherzberg*, in: Engel/Halfmann/Schulte, Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen, 2002, S. 113 ff.

⁵⁴⁷ Vgl. *Hesse*, in: Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1995, § 1, Rn. 15 ff.

Die Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers zu ermitteln bedeutet oftmals auch, das Verhältnis zwischen Verfassungskontrollorgan und Umsetzungsorgan zu bestimmen. Es hat eine sich von Handlungsnorm oder Kontrollnorm unterscheidende inhaltliche Reichweite, und seine verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit wird entsprechend beeinflusst⁵⁴⁸. Wenn der Gesetzgeber in Erfüllung der von der Verfassung aufgetragenen Aufgaben handelt, soll das Grundgesetz als Handlungsnorm Spielräume für die Legislative geben, und die Judikative kann nicht in vollem Umfang kontrollieren. Das heißt, dass derselben Verfassungsbestimmung ein weiter, an die Legislative gerichteter, und ein enger, an die Judikative gerichteter Gehalt entnommen wird⁵⁴⁹. Dadurch kann auch verhindert werden, dass ein von *Böckenförde*⁵⁵⁰ befürchteter Jurisdiktionsstaat entsteht und das Prinzip der Gewaltenteilung durchbrochen wird.

bb. Verhältnismäßigkeit und Kontrolldichte

Die Gestaltungsspielräume der Legislative sind gut begründet, aber das bedeutet nicht, dass durch die Judikative keine Kontrolle stattfinden darf. Das grundrechtliche Verhältnis zwischen Staat, Schutzbegünstigtem und von der Schutzmaßnahme belastetem Dritten stellt sich in Form einer Dreieckskonstellation dar, in der die gegenseitigen Grundrechtsfunktionen einander beeinflussen⁵⁵¹: Je weiter der Schutzanspruch reicht, desto stärkere Belastungen durch staatliche Schutzmaßnahmen muss der Dritte hinnehmen, während die Reichweite des Schutzanspruchs davon abhängig ist, inwieweit Schutzmaßnahmen mit den Abwehrrechten dieses Dritten vereinbar sind.

⁵⁴⁸ Vgl. *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, S. 337 ff.

⁵⁴⁹ *Forsthoff*, in: Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, S. 232 f.

⁵⁵⁰ *Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, *Der Staat* 29 (1990), S. 159, 190, 196.

⁵⁵¹ *Calliess*, DVBl. 2003, S. 1096, 1102.

Das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist wegen seiner die Interessen abwägende Funktion fähig, das Abwehrrecht und die Schutzpflicht miteinander zu verknüpfen. Der Gesetzgeber soll anhand der handlungsleitenden Kriterien des Verhältnismäßigkeitsprinzips beide gegenläufige Perspektiven bei der ausgestaltung der verschiedenen verfassungsrechtlich relevanten Güter berücksichtigen. Als klassische Dimension der Grundrechte besteht das Verhältnismäßigkeitsprinzip in seiner abwehrrechtlichen Variante als Übermaßverbot aus drei weiteren Teilgebieten: Die staatliche Maßnahme muss zur Erreichung ihres Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein⁵⁵². Dagegen ist aus Schutzpflichtperspektive ein Untermaßverbot heranzuziehen: Die Schutzpflicht verlangt, dass die zu ihrer Erfüllung getätigte staatliche Maßnahme wirksam, ausreichend und angemessen ist⁵⁵³. Wenn die Schutzmaßnahmen der vorliegenden Schutzpflicht nicht genügen, werden sie als unwirksam und deshalb als ungeeignet angesehen⁵⁵⁴. Die Schutzmaßnahmen müssen nicht nur wirksam, sondern auch ausreichend sein. Sie müssen also das erforderliche Maß an Schutz leisten, um das gebotene Schutzziel erreichen zu können⁵⁵⁵. Das erforderliche Maß kann allerdings nicht isoliert festgelegt werden, sondern wird bestimmt anhand der im Grundrechtskonflikt betroffenen gegenläufigen Freiheitsrechte oder Schutzansprüche anderer, die von einer grundrechtsschützenden Maßnahme betroffen wären⁵⁵⁶. Die Schutzmaßnahme muss dann unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter angemessen sein⁵⁵⁷, muss also alle betroffenen Interessen zusammen betrachten. Damit wird es möglich,

⁵⁵² Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 1985, S. 100.

⁵⁵³ BVerfGE 88, 203 (254).

⁵⁵⁴ BVerfGE 77, 170 (215); 77, 381 (405); 92, 26 (46).

⁵⁵⁵ BVerfGE 77, 170 (215); 79, 174 (202).

⁵⁵⁶ Mayer, *Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie*, 2005, S. 155.

⁵⁵⁷ BVerfGE 88, 203 (254).

eine Disproportionalität oder ein Missverhältnis zwischen den entgegenstehenden Positionen zu vermeiden⁵⁵⁸.

Zu berücksichtigen ist, dass das Verhältnismäßigkeitsprinzip zuerst aus abwehrrechtlicher Dimension heraus entwickelt wurde. Grundlage für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist deshalb ein grundrechtliches Regel-Ausnahme-Verhältnis. Das bedeutet, dass die Freiheit des Bürgers gegenüber dem Staat allgemein akzeptiert wird und die Grundrechte „von der öffentlichen Gewalt jeweils nur so weit beschränkt werden dürfen, als es zum Schutz öffentlicher Interessen unerlässlich ist“⁵⁵⁹. Aber diese Formel passt nicht gut für mehrpolige Verfassungsrechtsverhältnisse, da der Gesetzgeber die zwei entgegenstehenden Seiten einbeziehen muss. In mehrpoligen Rechtsverhältnissen kann das Verhältnismäßigkeitsprinzip auch als verfassungsrechtliche Minimalgarantie⁵⁶⁰ angesehen werden. Durch die Prüfung der Erforderlichkeit können das Schutzminimum und das Eingriffsmaximum bestimmt werden, und das Bundesverfassungsgericht kann in einer weiteren Phase kontrollieren, ob die Maßnahme angemessen ist oder nicht. Die Kontrollierbarkeit der gesetzgeberischen Entscheidung durch die Justiz in mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnissen ist dann nicht mit der konventionellen abwehrrechtlichen Dimension identisch, da der Gesetzgeber weiterer Freiräume bedürfte, um alle betroffenen Rechtsgüter abzuwägen und eine optimale Entscheidung zu treffen. Diese Entscheidung kann nicht durch die Entscheidungen der Justiz ersetzt werden.

⁵⁵⁸ *Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 350 ff.

⁵⁵⁹ BVerfGE 19, 342 (348 f.); 35, 382 (401); 76, 1 (50 f.).

⁵⁶⁰ *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, 1989, S. 210.

aaa. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die obige Diskussion zeigt, dass die Abwägung eine Kernrolle im Ausgleich von konfliktierenden Verfassungsgütern spielt. Die Güterabwägung ist das Instrument zur Entscheidung von „Spannungslagen“, mit dessen Hilfe eine „Konfliktschlichtung“ bei „unmittelbarem Zusammenprall mehrerer Grundrechtssphären“ erfolgen kann⁵⁶¹.

Alexy hat das Abwägungsgesetz so formuliert: „Je höher der Grad der Nichterfüllung des einen Prinzips ist, desto größer muss die Wichtigkeit der Erfüllung des anderen sein.“⁵⁶² Wie man das in der Praxis umsetzen kann, bleibt dann immer noch unklar.

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird die Güterabwägung im Kern als ein Rangvergleich zwischen Rechtsgütern angesehen. Die Abwägung des Gesetzgebers ist aber nur sehr begrenzt kontrollierbar. Allein schon die Prüfungsmaßstäbe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für das Untermaßverbot sind nicht einheitlich.

Der Begriff des Untermaßverbots wurde erstmalig von *Canaris*⁵⁶³ verwendet. *Scherzberg* sieht das Untermaßverbot als die Garantie des „grundrechtlich geschützten Minimalstandards“⁵⁶⁴. Dieser Terminus wurde durch das Bundesverfassungsgericht in die zweite Abtreibungsentscheidung aufgenommen. Bei der Kontrolldichte des Untermaßverbots, die das Verfassungsgericht auch bei den Abwehrrechten nutzt, kann zwischen Evidenz, Vertretbarkeit und Inhaltskontrolle unterschieden werden⁵⁶⁵. In den meisten Fällen wird durch das Gericht im Rahmen der grundrechtlichen Schutzpflichten nur

⁵⁶¹ *Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit, 1961, S. 125 ff.

⁵⁶² *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 71 ff.

⁵⁶³ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), S. 200 ff.

⁵⁶⁴ *Scherzberg*, Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“, 1989, S. 208.

⁵⁶⁵ BVerfGE 50, 290 (332 f.).

eine Evidenzkontrolle durchgeführt⁵⁶⁶. Das Bundesverfassungsgericht kann eine Verletzung der Schutzpflicht nur feststellen, wenn die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Regelungen und Maßnahmen offensichtlich gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, um das Schutzziel zu erreichen⁵⁶⁷. Das zweite Urteil zum Schwangerschaftsabbruch⁵⁶⁸ nahm aber einen strengeren Prüfungsmaßstab vor: „Die Verfassung gibt den Schutz als Ziel vor, nicht aber seine Ausgestaltung im Einzelnen. Allerdings hat der Gesetzgeber das Untermaßverbot zu beachten; insofern unterliegt er der verfassungsgerichtlichen Kontrolle. Notwendig ist ein – unter Berücksichtigung entgegenstehender Rechtsgüter – angemessener Schutz; entscheidend ist, dass er als solcher wirksam ist. Die Vorkehrungen, die der Gesetzgeber trifft, müssen für einen angemessenen und wirksamen Schutz ausreichend sein und zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen.“ Was die konkreten Inhalte des Untermaßverbots sein sollen, hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung offengelassen; das Verhältnis zum Übermaßverbot ist auch deshalb nicht ganz sicher⁵⁶⁹.

bbb. Das Verhältnis zwischen Übermaß- und Untermaßverbot

Wenn man das Untermaßverbot als die Grenze des Mindestschutzes benutzt, entsteht als weitere Frage, wie das Verhältnis gegenüber dem Übermaßverbot ist. Auch in der Literatur wurde das Verhältnis zwischen Übermaß- und Untermaßverbot weiterentwickelt. Es wird behauptet, dass das Untermaßverbot gegenüber dem Übermaßverbot keine neuen inhaltlichen Anforderungen enthalte. *Hain* ist der Auffassung, dass das

⁵⁶⁶ Vgl. BerfG, NJW 1996, S. 651 = EuGRZ 1996, S. 120 (Ozon).

⁵⁶⁷ BVerfGE 79, 174 (202).

⁵⁶⁸ BVerfGE 88, 203 (254).

⁵⁶⁹ *Calliess*, in: FS Starck, 2007, S. 207.

Untermaßverbot auch in Dreieckskonstellationen anwendbar sei und mit dem Übermaßverbot zusammen zwei Grenzen habe, die den Handlungsspielraum des Gesetzgebers einengen⁵⁷⁰. Seiner Meinung nach besteht keine Spannung zwischen Mindest- und Höchstmaß, zwischen Unter- und Obergrenze gesetzgeberischen Handelns. „Beide Grenzen fallen vielmehr zusammen.“ „Was sich aus der Perspektive des Beeinträchtigten als Frage nach dem zulässigen Höchstmaß, aus dem Blickwinkel des Schutzsuchenden als Problem der Mindestanforderungen darstellt, wird durch ein und dieselbe Lösung anhand des Verhältnismäßigkeitsprinzips i. w. S. beantwortet.“⁵⁷¹

Calliess richtet sich gegen diese Identitäts- bzw. Kongruenzthese. Er zeigt, dass das Ziel des Übermaßverbots mit dem des Untermaßverbots nicht identisch ist. In Anbetracht der These einer Identität bzw. Kongruenz von Übermaß- und Untermaßverbot sollten einige Punkte bedacht werden. Das Argument der Identitätsthese werde der unterschiedlichen dogmatischen Funktion von Schutzpflicht und Untermaßverbot nicht gerecht. Denn während die Schutzpflicht die „Ob-Frage“ regule, also, ob der Staat überhaupt schützend tätig werden müsse, betrifft das Untermaßverbot die „Wie-Frage“, mithin das Problem, wie der Schutz ausgestaltet und welches Maß an Schutz gewährleistet sein müsse. Die Prüfung im Zusammenhang mit dem Übermaßverbot sei auf das Abwehrrecht bezogen und erfülle die Funktion, den staatlichen Eingriff so gering wie nur irgend möglich zu halten. Das Untermaßverbot sei hingegen auf die Schutzpflicht bezogen und erfülle die Funktion, einen so effektiven Schutz wie nur möglich durch staatliche Maßnahmen zu erhalten. Die Hypothese, dass Übermaß- und Untermaßverbot nur ein bloßer Perspektivenwechsel sei, ignoriere diese unterschiedlichen Funktionen⁵⁷².

⁵⁷⁰ *Hain*, DVBl. 1993, S. 983.

⁵⁷¹ *Hain*, DVBl. 1993, S. 983.

⁵⁷² *Calliess*, in: FS Starck, 2007, S. 212.

Da das Übermaß- und das Untermaßverbot die Kontrollmaßstäbe für zwei unterschiedliche Grundrechtsfunktionen darstellen, ist die Identitäts- bzw. Kongruenzthese m. E. nicht vertretbar. Obwohl alle betroffenen Interessen in der dritten Stufe (Verhältnismäßigkeit i. e. S.) zusammen evaluiert werden müssen, kann die Prüfung der Erforderlichkeit der Schutzmaßnahme kaum nur als ein Perspektivenwechsel angesehen werden. In der Prüfung der Erforderlichkeit der Schutzmaßnahme muss diese ausreichen, das Ziel des Grundgesetzes zu erfüllen. Aber es könnte die Legislative auch den Mindestschutz überschreiten und deswegen in die Rechtsgüter Dritter tiefer eingreifen. In diesem Fall muss auf der anderen Seite das Übermaßverbot funktionieren und eine Grenze für einen Maximaleingriff ziehen. Wenn eine Schutzmaßnahme, die auch in die Rechtsgüter Dritter eingreift, vorgenommen wird, soll sie sowohl das Untermaßverbot als auch das Übermaßverbot beachten. Die Maßnahme muss auf der einen Seite die Schutzpflicht zugunsten der Schutzbedürftigen in erforderlichem Maß erfüllen, dabei aber auf der anderen Seite gleichzeitig die betroffenen Dritten berücksichtigen und sie nicht durch die Schutzmaßnahme im Übermaß belasten⁵⁷³. Das heißt, dass die Schutzmaßnahme in zweierlei Hinsicht Rechtfertigung braucht. Die Auffassung, dass das Gleichgewicht zwischen dem Untermaß und dem Übermaß sich nicht in einem Bereich zwischen Mindest- und Höchstmaß herbeiführen lässt, sondern nur in einem Punkt, in dem die Gewichte sich entsprechen⁵⁷⁴, verkennt die verschiedenen Zielsetzungen der Erforderlichkeit für Übermaß- und Untermaßverbot⁵⁷⁵ und berücksichtigt

⁵⁷³ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, 1992, § 111, Rn. 168 ff.; *Jarras*, AöR 110 (1985), S. 363, 382 ff.

⁵⁷⁴ *Hain*, DVBl. 1993, S. 983.

⁵⁷⁵ Die Erforderlichkeit im Sinne des Übermaßverbots ist eine auf ein konkretes Gesetzeswerk bezogene Größe. Demgegenüber stellt die Erforderlichkeit des Untermaßverbots eine das konkrete Gesetz transzendierende, von dessen Zielkonzeption grundsätzlich unbeeinflusste und unmittelbar auf das Verfassungsrecht bezogene Größe dar. *Dietlein*, ZG, 1995, S. 136.

die Gestaltungsspielräume vielleicht nicht genügend. Der Verfassungsauftrag zur Gewährleistung eines effektiven Lebensschutzes ist normalerweise nicht determiniert. Anders gesagt: Die Auswahl des Mittels, das den Zweck am besten verfolgen kann, ist dem Gesetzgeber überantwortet⁵⁷⁶. Zwischen Untermaß- und Übermaßverbot entsteht deshalb ein Korridor⁵⁷⁷, in dem der Gesetzgeber die optimale Maßnahme auswählen kann.

ccc. Abwägung

In der dritten Stufe des Verhältnismäßigkeitsprinzips muss die Güterabwägung, in deren Rahmen die Wechselbezüge zwischen den Rechtspositionen des mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnisses berücksichtigt sind und in der ein Gleichgewicht erreicht werden soll, stattfinden. Trotz der Gestaltungsspielräume kann der Gesetzgeber nicht wirklich „frei“ handeln. Die Ermittlung des Gewichts dieser verschiedenen Interessen muss nach bestimmten Maßstäben erfolgen.

Die Abwägung im Rahmen der mehrpoligen Verhältnismäßigkeitsprüfung soll zuerst durch ein Verfahren erfolgen, in dem die tangierten Interessen und Rechtsgüter sorgfältig konkretisiert und graduiert werden. Das Verfahren hat sich am Maßstab des verfassungsrechtlichen Gewichts der abzuwägenden Interessen zu orientieren⁵⁷⁸. Die Intensität der tangierten Rechtsgüter ist ebenfalls wichtig, um das Gewicht näher zu bestimmen. Art. 19 Abs. 2 GG enthält eine Wesensgehaltgarantie, die der Gesetzgeber berücksichtigen soll. Wenn das Grundrecht nur in seinem Randbereich betroffen ist, bekommt es in dem Verfahren der Abwägung weniger Gewicht als ein solches, das in seinem Wesensgehalt betroffen ist⁵⁷⁹.

⁵⁷⁶ Dietlein, ZG, 1995, S. 137.

⁵⁷⁷ Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 578.

⁵⁷⁸ Vgl. Wendt, AöR 104 (1979), S. 414.

⁵⁷⁹ Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 582.

Welches Rechtsgut wichtiger ist als andere, ist durch das Grundgesetz nicht genau bestimmt; deshalb ist eine verhältnismäßige Zuordnung gegenläufiger Grundrechtspositionen als Verfahren der Konfliktlösung nur als wertende Zuordnung möglich⁵⁸⁰. In dem Abwägungsprozess ist es für den Gesetzgeber wichtig, alle Rechtsgüter zu einer wechselseitigen Optimierung zu bringen. Es müssen für alle Rechtsgüter Grenzen gezogen werden, damit sie zur optimalen Wirksamkeit gelangen können⁵⁸¹. Beide Verfassungsgüter, Grundrecht und Schutzpflicht, sollen zur höchstmöglichen Entfaltung gelangen, um damit den betroffenen grundrechtlichen Gütern die größtmögliche Verwirklichung zu sichern und deren gegenläufige Entfaltungsmöglichkeiten auch bei Kollisionen zu optimieren⁵⁸².

ddd. Prozeduralisierung des Grundrechtsschutzes

Es gehört auch zu den Aufgaben des Gesetzgebers, die erforderliche Beachtung der Grundrechte bei der Abwägung im Einzelfall zu gewährleisten. Die Grundrechte sind als subjektiv-öffentliche Rechte bewertet, weil sie staatlichen Maßnahmen entgegenstehen können. Für ein Individuum wird ein Grundrecht als subjektives Recht betrachtet, das bei einer das Grundrecht berührenden Entscheidung maßgeblich berücksichtigt und im konkreten Einzelfall in die Abwägung seinem Gewicht entsprechend einbezogen werden muss⁵⁸³. Die Wesensgehaltgarantie verlangt eine grundrechtliche Mindest-

⁵⁸⁰ *Hermes*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, 1987, S. 253 ff.

⁵⁸¹ *Calliess*, in: FS Starck, 2007, S. 217.

⁵⁸² *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1999, Rn. 72, 317 ff.

⁵⁸³ *Ipsen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Aufl. 2002, Rn. 204.

position, die sowohl auf Grundrechtsbegrenzung als auch auf Grundrechtsausgestaltung Rücksicht nimmt, um sie auch im konkreten Einzelfall zu garantieren⁵⁸⁴. Der Gesetzgeber soll ein Verfahren schaffen, durch das nicht die „Gefahr einer Entwertung der materiellen Grundrechtsposition besteht“⁵⁸⁵.

Es gibt mehrere Möglichkeiten, wie dieses Verfahren eingerichtet werden soll. Entscheidend ist, die Möglichkeit anzubieten, dass das betroffene grundrechtliche Interesse im Einzelfall in den konkreten Entscheidungsprozess eingebracht werden kann. Dadurch können die tangierten Interessen im konkreten Fall berücksichtigt werden⁵⁸⁶. Denkbar ist z. B., die ausdrücklichen Berücksichtigungspflichten in dem Entscheidungsprozess zu regeln. Besonders bei komplexen Verwaltungsentscheidungen wie im Anlagenzulassungsrecht und Planungsrecht, wo oftmals eine Vielzahl unterschiedlicher grundrechtlich relevanter Güter betroffen sind, ist es wichtig, Verfahrensvorschriften zu statuieren, um die von einer privaten oder öffentlichen Entscheidung betroffenen grundrechtlichen Belange bereits im Vorfeld der Entscheidung zu artikulieren und damit hinreichend zu beachten⁵⁸⁷. Im Vergleich zu einer nachgelagerten gerichtlichen Überprüfung kann dieses vorgelagerte Verfahren oftmals mehr Grundrechtswirklichkeit schaffen, da die grundrechtlich relevanten Rechtsgüter im Vorfeld der Entscheidung berücksichtigt und abgewogen werden können⁵⁸⁸. Für die Betroffenen bietet die Verfahrensgarantie eine unersetzbare Möglichkeit, vor den Entscheidun-

⁵⁸⁴ Häberle, Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Aufl. 1983, S. 180 f.

⁵⁸⁵ BVerfGE 63, 131, 143.

⁵⁸⁶ Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005, S. 181.

⁵⁸⁷ Siehe: Kahl, VerwArch 2004, S. 1, 3 ff.

⁵⁸⁸ Vgl. Häberle, VVDStRL 30 (1972), S. 43, 88.

gen, die ihre Grundrechtssphäre berühren, hinreichende Informationen zu bekommen⁵⁸⁹. Mit dieser Voraussetzung wird es für die Betroffenen möglich, ihre Stellungnahme zielgerichtet vorzubereiten und sich gegen die staatliche Entscheidung angemessen zu verteidigen⁵⁹⁰. Dieses vorgelagerte Verfahren kann auch als eine Maßnahme gegen die Ungewissheit bei Entscheidungen funktionieren. Mit dem nachträglichen Änderungsvorbehalt oder der Widerrufsmöglichkeit kann die Pflicht zur dauerhaften Beobachtung und gegebenenfalls zur Nachbesserung⁵⁹¹ erfüllt werden, falls die frühe Entscheidung sich als unzureichend erweist. Die „Dynamisierung der Regulierung“⁵⁹² dient dazu, einen im ursprünglichen Entscheidungspunkt noch nicht als notwendig vorhergesehenen Grundrechtsausgleich zu ermöglichen⁵⁹³.

d. Zwischenergebnis

Mit der Entwicklung des Risikorechts wurde deutlich gemacht, dass die Änderung des Sicherheitskonzepts eine große Rolle spielt. Der Staat soll nicht mehr nur die Freiheit des Bürgers gewährleisten, sondern auch das Risiko verhindern, den Gefahren eintritt. Wegen der Eigenschaft des Risikos kann der Staat allerdings in vielen Fällen der Folgen seiner Entscheidungen nicht gewiss sein.

Die Abgrenzung der Begriffe der Gefahr und des Risikos ist nicht immer eindeutig. In der Literatur wird versucht, die spezifischen Kennzeichen einer Risikoverwaltung herauszuarbeiten. Aber auch die Dogmatik der Verfassung ist betroffen. Um das Risiko vorzeitig zu vermeiden, muss der Staat Schutzmaßnahmen verabschieden, die in die Rechtsgüter Dritter eingreifen können. Die Spannung zwischen Schutzpflicht und

⁵⁸⁹ Scherzberg, ThürVBl. 2003, S. 197 f.

⁵⁹⁰ Vgl. Grimm, NVwZ 1985, S. 869 f.

⁵⁹¹ BVerfGE 88, 203, 309 ff.

⁵⁹² Scherzberg, VVDStRL 63 (2004), S. 251.

⁵⁹³ Mayer, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie, 2005, S. 187.

Grundrechten wird im Risikorecht besonderes deutlich. Es ist die Aufgabe des Gesetzgebers, alle betroffenen Interessen abzuwägen und auszugleichen. Die Kontrolldichte des Bundesverfassungsgerichts kann nicht zu weit gehen, ansonsten würde die Gewaltenteilung in Legislative und Justiz bedroht. Da die Grundrechtsinterpretation zur Aufgabe des Gesetzgebers gehört und durch eine tatsächliche Unsicherheit geprägt ist, braucht die Legislative Gestaltungsspielräume.

Die Gesetzgebung im Bereich der kollidierenden Verfassungsrechte ist natürlich nicht grenzenlos, sondern muss das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren. Um die Schutzpflicht und das Grundrecht Dritter zu befriedigen, soll das Übermaß- und Untermaßverbot beachtet werden. Die Schutzmaßnahme muss zum einen ausreichend sein, um das Ziel des Grundgesetzes zu erfüllen, zum anderen darf sie in das Grundrecht Dritter nicht unverhältnismäßig eingreifen. Endlich sollen eine Abwägung und ein Ausgleich aller Rechtsgüter stattfinden. Eine sorgfältige Bewertung und eine wechselseitige Optimierung aller Rechtsgüter sind notwendig. Durch bestimmte Verfahren können der Grundrechtsschutz und der Ausgleich zwischen den Interessen im Einzelfall besser garantiert werden.

III. Kraftwerksbetreiber als Indienstnahme Privater

Ein weiterer wichtiger Blickwinkel soll in dem Fall des Stilllegungsverbots berücksichtigt werden. Um die Stabilität der Energieversorgung zu gewährleisten, muss der Kraftwerksbetreiber sein Kraftwerk weiter betreiben, obwohl er es – gestützt auf seine berufliche Freiheit – stilllegen will. Die Energie wird nicht mehr durch den Staat angeboten, aber die Gewährleistung der Energieversorgung bleibt immer noch Staatsaufgabe. Diese öffentliche Aufgabe muss der Kraftwerksbetreiber jetzt wegen § 13 a ff EnWG aufnehmen, und es stellt sich sodann die Frage, ob die Pflicht der Weiterbetrie-
bung eine Indienstnahme des Kraftwerksbetreibers ist. Wenn ja, muss weiter gefragt

werden, unter welchen Voraussetzungen der Staat die öffentlichen Aufgaben auf einen Privaten übertragen kann.

1. Das rechtliche Institut der Indienstnahme

a. Merkmale der Indienstnahme

Das Zusammenwirken des Staats mit Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben kann faktisch und rechtlich in vielfältigen Formen erfolgen. Die Indienstnahme Privater ist eine von ihnen. Deshalb ist die Erforschung der Indienstnahme immer mit dem Begriff der öffentlichen Aufgabe⁵⁹⁴ eng verbunden. Eine klare begriffliche Umschreibung, Systematisierung und Typisierung für die Indienstnahme wird allerdings übergangen⁵⁹⁵. Die von *Ipsen* im Jahre 1950 untersuchte Indienstnahme von Privaten für Verwaltungs-/öffentliche Aufgaben bezog sich ausschließlich auf staatliche Aufgaben⁵⁹⁶. Nach *Ipsen*⁵⁹⁷ steht der Indienstgenommene in einem besonderen, gesetzlich begründeten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis, das ihn zur Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben verpflichtet und in dem er hoheitlichen Einwirkungen untersteht⁵⁹⁸. Allerdings ist es nicht das Ziel *Ipsens*, ein geschlossenes Rechtssystem zu entwickeln, sondern nur, eine aus aktuellem Anlass gerade nach dem Kriege entstandene Realsituation juristisch aufzuarbeiten⁵⁹⁹.

Die Indienstnahme ist von der Beleihung zu unterscheiden. Unter Beleihung versteht man das Einräumen hoheitlicher Zuständigkeiten⁶⁰⁰. Dagegen wird von Indienstnahme

⁵⁹⁴ Zur Unterscheidung zwischen öffentlichen und staatlichen Aufgaben siehe oben (B. I. 1. b. aa. aaa).

⁵⁹⁵ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91, Rn. 48.

⁵⁹⁶ *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 145 f.

⁵⁹⁷ *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 141.

⁵⁹⁸ *Ellers*, Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinkauf, 2010, S. 28.

⁵⁹⁹ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 12. Auch *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 90; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 452.

⁶⁰⁰ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 90, Rn. 30.

gesprochen, wenn der Gegenstand nicht auf staatliche Aufgaben ausgerichtet, ihre Durchführung grundsätzlich dem Staat selbst vorbehalten ist, da die Durchführung das Innehaben hoheitlicher Gewalt erfordert⁶⁰¹; solche Aufgaben sind Gegenstände, die vom Staat auf Private übertragen werden können. Das Konzept der Indienstnahme wird als Inanspruchnahme von persönlichem oder sachlichem privatem Potenzial zur Erledigung öffentlicher Aufgaben verstanden⁶⁰².

Die Indienstnahme Privater meint Privatrechtssubjekte, welche dem Staat als Grundrechtsberechtigte gegenüberreten⁶⁰³. Die Unternehmen, die allein vom Staat organisiert sind, um öffentliche Aufgaben durchzuführen, sind nicht das Subjekt der Indienstnahme Privater⁶⁰⁴.

aa. Die Übertragung der öffentlichen Aufgaben

Das erste Merkmal ist die Übertragung von „öffentlichen Aufgaben“⁶⁰⁵, zum Teil aber auch von „staatlichen Aufgaben“⁶⁰⁶ auf Private. Öffentliche, gemeinwohlerhebliche Aufgaben sollen nach dem Grundgesetz durch Bürger und Staat arbeitsteilig erfüllt werden. Die Verwirklichung des Gemeinwohls ist zuerst der grundrechtlichen Freiheit anvertraut⁶⁰⁷. Diese Freiheit wird hauptsächlich eigennützig wahrgenommen, sollte im wirtschaftlichen, politischen und ideellen Wettbewerb aber – als Werk einer unsichtbaren Hand – typischerweise ins Gemeinwohl münden⁶⁰⁸. Die unsichtbare Hand ist leider nicht unfehlbar oder funktioniert nicht immer, deshalb muss sie auch durch die

⁶⁰¹ Kirmer, Der Begriff der öffentliche Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1995, S. 271.

⁶⁰² Schirra, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 8.

⁶⁰³ Schirra, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 8.

⁶⁰⁴ v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 14.

⁶⁰⁵ BVerfGE 114, 196 (244).

⁶⁰⁶ Ehlers, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2010, § 1, Rn. 82; Kube, DStJG 29 (2006), S. 33; BVerfGE 30, 292 (311).

⁶⁰⁷ Vgl. Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 70 ff.

⁶⁰⁸ Kube, Die Verwaltung 41 (2008), S. 3.

sichtbare Hand⁶⁰⁹ ergänzt werden. Die staatliche Gemeinwohlverwirklichung bewegt sich damit im Spannungsfeld zwischen Freiheitspflege und freiheitlicher Distanz, zwischen grundrechtlichem Ausgestaltungsauftrag und grundrechtlichem Abwehranspruch⁶¹⁰.

Ob die Indienstnahme Privater auch die Übertragung der Staatsaufgaben betreffen kann, ist problematisch. Da es bislang keine stringente Staatsaufgabenlehre gibt⁶¹¹, ist es sehr schwer zu definieren, welche Aufgaben zu den originären Staatsaufgaben gehören und überhaupt nicht auf Private übertragen werden dürfen. *Ipsen* formuliert seinen Gegenstand der Indienstnahme Privater dagegen nur für Verwaltungsaufgaben⁶¹². Die von *Ipsen* definierten „öffentlichen Verwaltungsaufgaben“ sind die Aufgaben, die „der Staat“ ohne die Indienstnahme „mit seiner eigenen oder ihm zugeordneten Verwaltungsapparatur aus öffentlichen Mitteln wahrnehmen müsste“⁶¹³. Dem Verständnis sind *Forsthoff* und *Ossenbühl* gefolgt und haben von „Verwaltungsobliegenheiten“⁶¹⁴ gesprochen. Der Begriff der Verwaltungsobliegenheiten wird als „Verwaltungsgeschäfte“, die „an sich“ vom staatlichen Behördenapparat selbst erfüllt werden müssten⁶¹⁵, konzipiert. Die Indienstnahme wird danach als die gesetzliche Abgabe oder Überbürdung einer Verwaltungsaufgabe⁶¹⁶ definiert. In dem idealen Fall, dass das Gesetz zuerst der Verwaltung die Erfüllung einer Aufgabe zuweist und dann diese „Verwaltungsaufgabe“ Privaten überbürdet, kann diesem Konzept der Indienstnahme zur

⁶⁰⁹ *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HStR IV, 3. Aufl. 2006, § 71, Rn. 121.

⁶¹⁰ *P. Kirchhof*, *Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit*, 2004.

⁶¹¹ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 159; *Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 1 f.

⁶¹² *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 141 ff.

⁶¹³ *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 141 ff.

⁶¹⁴ *Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1973, S. 178 ff.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 155 f.

⁶¹⁵ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 156.

⁶¹⁶ *Forsthoff*, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1973, S. 179 f.

Erfüllung öffentlicher Verwaltungsaufgaben gefolgt werden. Allerdings entspricht dieses Verfahren nicht der Praxis. In den meisten Fällen kann man die „Verwaltungsaufgabennorm“ gar nicht finden⁶¹⁷. Zudem kann man sich nur schwer vorstellen, wie solche originären Staatsaufgaben auf einen verfassungsrechtlich vorgegebenen Begriff rekurrieren können. Ohne eine explizite verfassungsrechtliche Vorgabe, die bis jetzt noch nicht einheitlich entwickelt ist, kann die Abgrenzung zwischen öffentlichen Aufgaben, Staatsaufgaben und Verwaltungsaufgaben kaum deutlich gezogen werden⁶¹⁸.

Die Diskussion, ob die übertragene Aufgabe eine Verwaltungsaufgabe ist, kann vielleicht dazu dienen, die Erfüllungspflicht der staatlichen Verwaltungsbehörde zu bestimmen und die Entschädigungsansprüche des Privaten zu klären. Allerdings kann eine durch Gesetz definierte Verwaltungsaufgabe auch nicht als bei der Durchführung ausschließlich durch die öffentliche Hand zu bewerkstellende interpretiert werden, sodass der private Grundrechtsträger auf keinen Fall an ihr teilnehmen darf⁶¹⁹.

Die Form der Indienstnahme Privater kann sehr vielfältig sein, und die Aufgaben sind nicht auf bestimmte typische Verwaltungsaufgaben beschränkt. Der Schwerpunkt der Indienstnahme ist die Übertragung bestimmter Aufgaben und Pflichten auf Private. Dadurch wird in die Sphäre des Grundrechtsträgers eingegriffen. Dass die beauftragten Aufgaben zu den öffentlichen Aufgaben bzw. den Staatsverwaltungsaufgaben gehören, ist nicht so wichtig, soweit die Aufgaben dem Gemeinwohl dienen. Wie das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Privaten in Bezug auf die Erledigung der Aufgaben ist und welche Ansprüche an die Indienstnahme Privater gestellt werden, muss nach den spezifischen Aspekten des Indienstgenommenseins analysiert werden. Es ist nicht nötig, manche Bereiche begrifflich schon von Anfang an auszuschließen.

⁶¹⁷ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 68.

⁶¹⁸ Vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 158 f.

⁶¹⁹ Vgl. *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 223.

bb. Zwang

Der Begriff der Indienstnahme Privater, der auf *Ipsen* zurückgeht, bezieht sich in seiner personalen Komponente nur auf Personen, die nicht schon kraft eines freiwillig eingegangenen öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Dienst- oder Arbeitsverhältnisses zu entsprechenden Leistungen verpflichtet sind⁶²⁰. Dieses Merkmal ist bei der privaten Kompromissbereitschaft unter hoheitlichem Druck nicht zweifelsfrei⁶²¹. Um das Merkmal des Zwangs zu bestimmen, soll der Private einzig unmittelbar durch Gesetze oder zumindest aufgrund eines Gesetzes in Dienst genommen werden. *Ipsens* Meinung nach liegt eine Indienstnahme nur vor, wenn die Pflicht direkt durch ein Gesetz gesetzt ist⁶²². Der Definition *Ipsens* nach soll die Pflicht des Indienstgenommenen zur Erledigung der zugewiesenen Aufgabe nicht durch einen Verwaltungsakt konkretisiert und aktualisiert werden müssen. Vielmehr wird die Pflicht unmittelbar durch Erfüllung des gesetzlichen Tatbestandes begründet und vollzogen⁶²³. Dagegen behauptet *Ferger*, dass die durch Einzelverwaltungsakt oder Rechtsverordnung in Anspruch genommenen Dienste auch schutzwürdig seien⁶²⁴. Um zu vermeiden, dass der Staat durch den Formwechsel den möglichen Ausgleichsanspruch des Bürgers hintergeht, sollen die aufgrund eines Gesetzes in Anspruch genommenen Dienste auch als Indienstnahme angesehen werden.

Aus dem Blickwinkel des in Dienst genommenen Dritten ist es selbstverständlich, dass die Pflicht zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch ein Gesetz oder aufgrund

⁶²⁰ *Gallwas*, BayVBl. 1971, S. 245.

⁶²¹ Vgl. *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 255.

⁶²² *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 141.

⁶²³ *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 143 ff.

⁶²⁴ *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Köln 1979, S. 6.

eines Gesetzes auferlegt werden muss, da sie einen Eingriff in die Freiheit (Berufsfreiheit oder Eigentumsfreiheit) des Privaten darstellt.

cc. Fremdnützigkeit als Begrenzungsmaßstab

Zu klären bleibt des Weiteren, ob die Fremdnützigkeit und Fremdtätigkeit ein notwendiges Kriterium der Indienstnahme ist. Die Differenzierung zwischen eigen- und fremdnütziger Tätigkeit könnte relevant für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung sein⁶²⁵. Eine fremdnützige Leistungspflicht soll durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden⁶²⁶. Der Versuch, die Fremdnützigkeit als ein Abgrenzungskriterium zu entwickeln, ist nicht verwunderlich.

Allerdings ist es manchmal sehr schwer, eine exakte Linie zwischen öffentlichem Interesse und eigenen Geschäften zu ziehen. In den meisten Fällen überschneiden sich die beiden. In der Literatur werden die Begriffe „Verwaltungspflicht“ und „Grundpflicht“ als Kriterium vorgebracht. Zunächst wird der Begriff „Verwaltungspflicht“ als Gegenbegriff zu „Verwaltungsobliegenheit“ gebraucht. Die Verwaltungspflicht lädt ursprünglich nicht staatliche Aufgaben auf den Einzelnen ab, sondern aktiviert die Solidarität der Bürger mit dem Gemeinwesen und im Verhältnis zueinander, wo die eigenen Möglichkeiten nicht zureichen⁶²⁷. *Otto Bachof* definiert Verwaltungspflichten als die Pflichten, die dem Einzelnen auferlegt sind, um der Verwaltung die Erfüllung ihrer Aufgaben zu ermöglichen, und nannte als Beispiele Meldepflichten, Buchführungspflichten, Steuererklärungs- und Steuerabführungspflichten⁶²⁸. Diese Pflichten können logischerweise nur von den betroffenen Privaten erfüllt werden und scheiden damit als

⁶²⁵ *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 225.

⁶²⁶ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 78.

⁶²⁷ *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 198.

⁶²⁸ *Bachof*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner*, Die Grundrechte III/1, 2. Aufl. 1972, S. 258 f.

Gegenstand einer Delegation durch den Staat aus⁶²⁹. Als ein Abgrenzungsmittel ist dies aber auch nicht eindeutig. Um die Grenze für die Verwaltungspflichten zu ziehen, soll man zuerst die Reichweite des Gegenbegriffs „Verwaltungsobliegenheiten“ bestimmen. Die Verwaltungsobliegenheiten werden als „Verwaltungsgeschäfte“, die an sich vom staatlichen Behördenapparat selbst erfüllt werden müssten⁶³⁰, bezeichnet. Allerdings bleibt die Reichweite der Verwaltungsobliegenheiten selbst, die nicht verfassungsrechtlich vorgesehen sind, unklar. Deshalb ist der Begriff „Verwaltungspflicht“ kein brauchbares Kriterium, um die eigen- oder fremdnützige Tätigkeit zu unterscheiden.

Der Begriff „Grundpflichten“ wird als eigene Angelegenheit des Pflichtenträgers⁶³¹ betrachtet und nicht als Indienstnahme. Diese Pflichten sind in der Verfassung ausgesprochene Pflichten oder Bindungen des Einzelnen, die in der staatlichen Vergemeinschaftung oder in den wesentlichen Staatsaufgaben ihre Rechtfertigung finden und an die Entscheidungs- oder Handlungsfreiheit des Einzelnen appellierend seine Freiheit aufgrund Gesetzes oder unmittelbar kraft Verfassungsnorm einschränken⁶³². In der Literatur werden Grundpflichten als verfassungsverbindlich gemachte Aktivierung und Mobilisierung der den Grundrechtsinhabern zustehenden Freiheiten und Vermögenspotenzialen für Zwecke des Gemeinwohls angesehen, und deshalb gehören sie nicht zu dem Anwendungsbereich der Indienstnahme⁶³³. Das Problem dieses Konzepts ist, dass die Grundpflichten aus der Verfassung herausgenommen werden müssten. Aller-

⁶²⁹ Steiner, *Öffentliche Verwaltung durch Private*, 1975, S. 197.

⁶³⁰ Ossenbühl, *VVDStRL* 29 (1971), S. 156.

⁶³¹ Namentlich v. Heimburg, *Verwaltungsaufgaben und Private*, 1982, S. 17 f.

⁶³² Badura, *DVBl.* 1982, S. 868.

⁶³³ Götz, *VVDStRL* 41 (1983), S. 29 f.

dings ist das Grundgesetz eigentlich sehr zurückhaltend in diesem Bereich. Diese Enthaltsamkeit kann als Reaktion⁶³⁴ auf die totale Inpflichtnahme der Volksgenossen im Dritten Reich⁶³⁵ verstanden werden. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG bezeichnet beispielhaft die Grundpflicht. Den Eltern wird die Pflege und Erziehung ihrer Kinder nicht nur als Recht zugestanden, sondern zugleich als Pflicht auferlegt⁶³⁶. Ohne die von der Verfassung vorgegebenen Regelungen müssen die Grundpflichten in die Verfassung hineingelesen werden, und sodann wird „auch wieder etwas aus ihnen herausgelesen“⁶³⁷. Dadurch entsteht die Gefahr, dass aus dem im Grundgesetz gar nicht vorgesehenen Begriff der Grundpflicht unter Umgehung des Gesetzgebers Rechtspflichten abgeleitet werden⁶³⁸. Die Grundpflicht muss vorsichtig anhand der konkreten Einzelfälle analysiert werden; deshalb soll man in der Phase der Begriffsdeutung nicht schon voreilig etwas von der Reichweite der Indienstnahme ausschließen. Ohne deutliches Abgrenzungskriterium ist die Diskussion der eigen- oder fremdnützigen Tätigkeit für die Begriffsdeutung der Indienstnahme nicht nützlich.

b. Die Begrenzung mit anderen Instituten zur Übertragung der öffentlichen Aufgaben

Wenn man die Indienstnahme mit anderen öffentlich-rechtlichen Instituten vergleicht, können ihre Konturen deutlicher gezogen werden. Anders als bei der Beleihung muss die Indienstnahme Privater nicht die hoheitlichen Kompetenzen auf den Privaten übertragen⁶³⁹. Ob die Einräumung einer Befugnis als Negativkriterium der Indienstnahme Privater bewertet werden soll, ist nicht unstrittig. Ein Großteil der Literatur sieht die

⁶³⁴ Vgl. *Klein*, Der Staat 14 (1975), S. 158.

⁶³⁵ Eingehend *Weber*, in: Huber, Idee und Ordnung des Reiches, Bd. II, 1943, S. 5.

⁶³⁶ *Merten*, BayVBl. 1978, S. 557.

⁶³⁷ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 262.

⁶³⁸ *Grimm*, VVDStRL 41 (1983), S. 103, 106.

⁶³⁹ Vgl. *Erichsen*, in: Erichsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 12, Rn. 18.

Übertragung hoheitlicher Befugnisse als entscheidendes Abgrenzungskriterium⁶⁴⁰. Allerdings schloss *Ipsen*, der Schöpfer der Indienstnahme Privater, nicht aus, dass der Staat bei Indienstnahme Privater unter Umständen auch hoheitliche Kompetenzen überträgt, um die öffentlichen Aufgaben zu erledigen⁶⁴¹. Es lässt sich nicht leugnen, dass das Ziel und die Wirkung der Beleihung mit denen der Indienstnahme Privater vergleichbar sind⁶⁴². Der Zweck der Beleihung, die öffentliche Verwaltung zu dezentralisieren, die Personen des öffentlichen Rechts zu entlasten sowie private Initiative, Situationsbeherrschung, Verwaltungspotenzial, Finanzmittel, technische u. a. Sachkenntnis nutzbar zu machen⁶⁴³, kann man auch im Bereich der Indienstnahme wiedererkennen⁶⁴⁴. Der Rechtsstellungstheorie kann nur den Rückschluss zulassen, dass „ohne Befugnisse keine Beleihung⁶⁴⁵“ existieren kann. Aber der Umkehrschluss, dass die Einräumung von Befugnissen als Beleihung bewertet werden muss, kann nicht gezogen werden.

Um die Grenzen zwischen Beleihung und Indienstnahme vernünftig zu ziehen, bietet *Plewa* zwei Unterscheidungskriterien an: Der erste Punkt sei, die Interessen des Privaten zu beachten, dem bei der Beleihung etwas „gegeben“ werde – nämlich Hoheitsgewalt –, während ihm bei der Indienstnahme etwas „genommen“ werde – nämlich Arbeitskraft bzw. die Dispositionsbefugnis über sein betriebliches Potenzial⁶⁴⁶. Als zweites Unterscheidungskriterium solle von dem Punkt „das Verhältnis des Stellenwertes von Pflicht zur Aufgabenerfüllung einerseits und von hoheitlichen Befugnissen

⁶⁴⁰ *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 127; *Kirchhof*, DVBl. 1984, S. 659; *Tettinger*, DVBl. 1976, S. 754; *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 12, Rn. 106 f.

⁶⁴¹ Vgl. *Ipsen*, in: FS Kaufmann (1950), S. 159.

⁶⁴² v. *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 14.

⁶⁴³ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2010, S. 285.

⁶⁴⁴ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91, Rn. 50.

⁶⁴⁵ *Burgi*, in: Festschrift Maurer, 2001, S. 588.

⁶⁴⁶ *Plewa*, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater, 1978, S. 23 ff.

andererseits“ ausgegangen werden⁶⁴⁷. Wenn die Übertragung von Hoheitsgewalt nur zur Erledigung der öffentlichen Aufgaben diene, mit anderen Worten, wenn die Hoheitsbefugnis nur einen „zwangsläufigen Annex⁶⁴⁸“ zu öffentlichen Aufgaben bilde, solle dies als Indienstnahme bewertet werden. Diese Kriterien sind aber nicht sehr hilfreich. Besonders in dem Fall, dass der Private von dem Staat sowohl die Aufgabe als auch die Hoheitsgewalt übertragen bekommt. Um eine deutliche Trennungslinie zu ziehen, soll die Übertragung der Hoheitskompetenz das Begrenzungskriterium zwischen Beleihung und Indienstnahme sein. Bei der Beleihung werden Private mit der Ausübung öffentlich-rechtlicher Handlungsbefugnisse betraut. Das ist bei der Indienstnahme nicht der Fall.

Der Verwaltungshelfer unterstützt den Staat und andere öffentlich-rechtliche Aufgabenträger bei der Durchführung bestimmter Verwaltungsaufgaben, aber er ist unselbstständig tätig und als Werkzeug in die Erledigung hoheitlicher Aufgaben eingeschaltet⁶⁴⁹. Deshalb muss der Staat bei anderen Verhältnissen als der Beleihung die hoheitliche Gewalt nicht auf Private übertragen. Die beiden Bereiche der Indienstnahme und der Verwaltungshilfe weisen erhebliche Schnittmengen auf⁶⁵⁰. In der Literatur gibt es die Meinung, dass dem Verwaltungshelfer lediglich der Vollzug einer Aufgabe übertragen wird, während die Aufgabe selbst im Verantwortungsbereich des Staats verbleibt⁶⁵¹. Dieser Maßstab ist aus Blick des Staatshaftungsrechts richtig. Da das Handeln des Verwaltungshelfers der Behörde zugeordnet und er nur als Werkzeug der Verwaltung angesehen wird⁶⁵², muss die Behörde die Verantwortung übernehmen, wenn

⁶⁴⁷ Plewa, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater, 1978, S. 43.

⁶⁴⁸ Plewa, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater, 1978, S. 37.

⁶⁴⁹ Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2010, S. 286.

⁶⁵⁰ Scholz, Archiv PT 1995, S. 178.

⁶⁵¹ Uibleisen, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Indienstnahme Privater, 2006, S. 180.

⁶⁵² Vgl. Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl. 2010, § 91, Rn. 2.

sein Handeln das Recht Dritter verletzt. Anderen als Verwaltungshelfern ist die Aufgabe in dem Fall der Indienstnahme des Privaten selbst übertragen. Mit anderen Worten, der Private soll in eigener Verantwortung tätig sein und sich nicht der staatlichen Verwaltung zurechnen⁶⁵³.

Bei Indienstnahme Privater müssen diese zu aktiven Tätigkeiten verpflichtet werden. Anders als bei reinem Dulden oder Unterlassen muss der Private zur Erledigung öffentlicher Aufgaben aktiv werden; ansonsten könnte jede staatliche Beschränkung von vermögenswerten Rechten als Indienstnahme angesehen werden⁶⁵⁴.

Auf den ersten Blick unterscheidet sich Indienstnahme auch von den Geldleistungspflichten. Der in Dienst genommene Private wird nicht durch eine Zahlungspflicht belastet, sondern seine Freiheit wird beschränkt. Aber für den Privaten bedeuten Zahlungspflicht und Indienstnahme keine wesentlichen Unterschiede, sondern es handelt sich für ihn eher um eine Art Stufenverhältnis⁶⁵⁵. Für nicht-steuerliche Geldleistungspflichten hat die Rechtsprechung schon einen Maßstab (besonderes für die Sonderabgabe) entwickelt. Es gibt einen allgemeinen Konsens, dass allein der Steuer das Privileg zukommt, „dem Bürger ohne Nachweis der Belastungsnotwendigkeit auferlegt werden zu können“⁶⁵⁶. Sowohl die Zahlungspflicht und die Dienstleistungspflicht brauchen sachliche Gründe, um die Belastung zu rechtfertigen. Allerdings ist die spezifische Zurechnung für die Indienstnahme und für nicht-steuerliche Geldleistungspflichten nicht gleich. Für die Indienstnahme sollen die Auferlegung der Dienstleistungspflicht und die Kostenerstattung separat gerechtfertigt werden⁶⁵⁷.

⁶⁵³ *Greenawalt*, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in Deutschland, 2009, S. 174.

⁶⁵⁴ *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 12.

⁶⁵⁵ *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 13.

⁶⁵⁶ Vgl. *Henseler*, Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben, 1984, S. 36.

⁶⁵⁷ Siehe Kapitel D, III, 2 ff.

c. Die Beispiele der Indienstnahme

In den 60er und 70er Jahren wurde die Verpflichtung der Mineralölproduzenten bzw. Mineralölimporteure zur Lagerung von Erdölmindestvorräten für Krisenzeiten sehr heftig diskutiert⁶⁵⁸. Die Verpflichtung entstand aus dem ehemaligen Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen vom 09.09.1965, das aufgehoben und durch das Erdölbevorratungsgesetz abgelöst wurde⁶⁵⁹; allerdings bestimmt die Neuregelung den Erdölbevorratungsverband als Adressat der Bevorratungspflicht (vgl. § 1 Abs. 1 ErdölBevG). Diese Regelung dient dazu, die aus der Einfuhrabhängigkeit der deutschen Energieversorgung resultierende Gefahr und die dadurch möglicherweise entstehende wirtschaftliche Störung bei vorübergehenden Unterbrechungen der Einfuhrströme abzumildern⁶⁶⁰. Das Bundesverfassungsgericht trifft in dem Beschluss zur Bevorratungspflicht für Erdölerzeugnisse grundlegende Aussagen auch zur Indienstnahme Privater⁶⁶¹.

In der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichts war der Erste Senat der Meinung, dass die Bevorratungspflicht keine Übertragung typischer staatlicher Funktionen sei, die ihrem Wesen nach nur von Staatsorganen wahrgenommen werden könnten. Das Gesetz verpflichte „lediglich zu wirtschaftlichen Maßnahmen und Verhaltensweisen, die nach Form und Inhalt zu dem Bereich privater Unternehmertätigkeit“ gehören⁶⁶². Der Erste Senat erkenne, dass die Pflicht zur Vorratshaltung als grundrechtlicher Eingriff verstanden werden könne, aber sie sei nicht verfassungswidrig. Die Verfassungsmäßigkeit der Vorratshaltungspflicht werde in erster Linie an Art. 12 Abs. 1

⁶⁵⁸ Vgl. *Ipsen*, AöR 1965, S. 393 ff.; *Plewa*, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater, 1978.

⁶⁵⁹ BGBl. I 1978, S. 1073.

⁶⁶⁰ BVerfGE 30, 292 (317 ff.).

⁶⁶¹ BVerfG, Beschluss v. 16.03.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66; BVerfGE 30, 292 (312) unter Hinweis auf BVerfGE 22, 308 (383).

⁶⁶² BVerfGE 30, 292 (311 f.).

GG gemessen, und wegen des „absoluten“ Gemeinschaftsguts höchsten Rangs, der Energieversorgung, sei das nicht als unverhältnismäßig im Vergleich zur Belastung Privater anzusehen⁶⁶³. Von dem Ausgleichsanspruch für die Minderung wirtschaftlicher Wettbewerbsfähigkeit gehe das Bundesverfassungsgericht nicht aus, und die Pflicht des Gesetzgebers, die Lasten durch positive Maßnahmen zu schützen, werde auch verneint⁶⁶⁴. Das Gericht weise darauf hin, dass den betroffenen Unternehmen die Gefahrensituationen nicht fremd seien und sie damit rechnen müssten, dass der Gesetzgeber ihnen angesichts der Importabhängigkeit und der Krisenanfälligkeit der Mineralölwirtschaft in gewissen Grenzen Opfer für das Gemeinwohl zumute⁶⁶⁵. Das Gericht halte die Bevorratungspflicht für eine verfassungskonforme Vorschrift, aber sage auch deutlich, dass die Zulässigkeit der „Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben“ nicht einheitlich beurteilt werden könne, da die Art der übertragenen Aufgaben im Einzelfall für das Erlauben der Indienstnahme wesentlich sei⁶⁶⁶. Die rentabilitätsmindernden Auswirkungen der Belastung sollten möglichst gering gehalten werden, es müsse aber nicht durch eine positive Maßnahme die Rentabilität gewährleistet werden, da die wirtschaftlichen Profite von verschiedenartigen und variablen Faktoren abhängen und nicht immer von den betroffenen Unternehmen beeinflusst werden könnten. Die Pflicht des Gesetzgebers begrenze sich nur darauf, die Möglichkeit der Rentabilität nicht durch die Ausgestaltung des Gesetzes zu verhindern. Die Abwälzung der Bevorratungskosten über den Preis auf den Verbraucher sei auch nicht verboten⁶⁶⁷. Das Gericht weise auch darauf hin, dass die Berufsausübungsregelungen unter Art. 12 GG

⁶⁶³ BVerfGE 30, 292 (323 f.).

⁶⁶⁴ BVerfGE 30, 292 (325).

⁶⁶⁵ BVerfGE 30, 292 (325 f.).

⁶⁶⁶ BVerfGE 30, 292 (311).

⁶⁶⁷ BVerfGE 30, 292 (326).

in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG geprüft werden sollten. Allerdings sei es unverkennbar, dass die Auferlegung der unentgeltlichen Bevorratungspflicht die betroffenen Unternehmen härter träfe als die übrige Unternehmensgruppe⁶⁶⁸. In dieser Entscheidung betont das Gericht den Erschließungs- und Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers über die mit dem Gesetz verfolgten wirtschaftspolitischen Ziele und lehnt die positive Maßnahme der Entschädigung für die Rentabilitätsminderung ab.

Die Verpflichtung der Nahverkehrsunternehmen zur unentgeltlichen Beförderung Schwerbehinderter nach §§ 145 ff. SGB IX wurde von der Rechtsprechung auch als Indienstnahme qualifiziert⁶⁶⁹. In § 145 Abs. 1 SGB IX wird geregelt, dass schwerbehinderte Menschen, die infolge ihrer Behinderung im Straßenverkehr entweder erheblich beeinträchtigt, hilflos oder gehörlos sind, im öffentlichen Personennahverkehr in ganz Deutschland kostenlos zu befördern sind. Das verpflichtete Unternehmen ist aber berechtigt, nach § 145 Abs. 3 SGB IX einen Anspruch zu erheben, dass die durch die unentgeltliche Beförderung entstehenden Fahrgeldausfälle erstattet werden. Die Erstattung kann aber nicht nach dem tatsächlich ausgefallenen Fahrgeld erfolgen, sondern es erfolgt für das Unternehmen nur eine pauschale Entschädigung im Sinne des § 148 Abs. 2, 3 SGB IX⁶⁷⁰. Der Prozentsatz, den jedes Unternehmen nach den von ihm nachgewiesenen tatsächlichen Fahrgeldeinnahmen im Sinne des § 148 Abs. 2, 3 SGB IX beanspruchen kann, wird gemäß § 148 Abs. 4 SGB IX bundeslandspezifisch einzeln geregelt und gilt für alle in diesem Land ansässigen Nahverkehrsunternehmen. Das tatsächliche Aufkommen des Unternehmens an schwerbehinderten Fahrgästen wird nicht berechnet⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ BVerfGE 30, 292 (327, 330 ff., 333).

⁶⁶⁹ BVerfGE 68, 155.

⁶⁷⁰ *Greenawalt*, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in Deutschland, 2009, S. 177.

⁶⁷¹ *Greenawalt*, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in

Das Verwaltungsgericht Oldenburg hat in einem Fall die seit dem 1. Januar 2005 geltende Fassung des § 148 Abs. 5 SGB IX als verfassungsgemäß beurteilt. Dem Gericht nach ist die Vorschrift unter Anwendung der vom Bundesverfassungsgericht an eine Härteklausel gestellten Anforderungen mit Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar. Der Gesetzgeber müsse nicht für die vollständige Gleichbehandlung aller denkbaren Einzelfälle sorgen, um verfassungsgemäße Zustände herzustellen. Es genüge, generalisierende, typisierende und pauschalierende Regelungen zu verwenden, ohne nur aufgrund der damit unvermeidlich verbundenen Härten gegen den Gleichheitssatz zu verstoßen⁶⁷².

Grundsätzlich kann die Indienstnahme auch damit gerechtfertigt werden, dass die Vorteile einer wirtschaftlichen Bestätigung mit Belastungen verbunden werden können. Ob es einer Kostenerstattung bedarf, hängt von Verhältnismäßigkeitserwägungen ab.

d. Zwischenergebnis

Der in Dienst genommene Private soll als „nicht-staatliches Subjekt“, dem ohne seinen Willen einseitig durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes im öffentlichen Interesse ein Pflichtenstatus auferlegt wird, definiert werden⁶⁷³. Die Pflicht beschränkt sich auf die aktiven Leistungen und tritt hauptsächlich als Dienstleistungspflicht in Erscheinung. Ob die Pflicht mit einer Ausgleichsverpflichtung korrespondiert, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Unter diesem Blickwinkel ist das Stilllegungsverbot für den systemrelevanten Kraftwerksbetreiber eine Indienstnahme. Die Pflicht zur Weiterbetriebung des nicht mehr rentablen Kraftwerks ist durch das Gesetz auferlegt, und der Wille des Kraftwerksbetreibers ist nicht relevant. Die auferlegten Pflichten sind nicht

Deutschland, 2009, S. 177.

⁶⁷² VG Oldenburg, 13 A 3349/06 vom 26. Juni 2007.

⁶⁷³ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 95.

nur ein Dulden oder eine Geldleistung, sondern aktive Leistungen, die nötig sind, um die Anlage in einem gesetzlich geforderten Zustand zu halten (§ 13 a Abs. 3 S. 1 EnWG).

Die Indienstnahme wird hier als ein Oberbegriff der Einbeziehung eines Privaten zur Durchführung öffentlicher Aufgaben genutzt. Allerdings ist das Verhältnis zwischen dem Staat und dem Privaten noch nicht ganz klar. Unter welchen Voraussetzungen die Indienstnahme gerechtfertigt sein kann und wie die Verantwortung des Staats und des Privaten verteilt werden soll, muss mit Einzelregelungen genauer festgelegt werden.

2. Die grundrechtliche Rahmen für das Institut der Indienstnahme Privater

a. Die getrennte verfassungsmäßige Beurteilung der Pflichtauferlegung und des Lastenausgleichs

Im Falle einer Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit einer Indienstnahme Privater stellen sich zwei Probleme: Zum einen ist das die Verfassungsmäßigkeit der Begründung der Indienstnahme und zum anderen der Aspekt, wer die Kosten trägt⁶⁷⁴. Es wäre nicht nötig, die Frage der Kosten zu überprüfen, wenn die Heranziehung des Privaten bereits verfassungswidrig ist. Das Bundesverfassungsgericht bewertet die Frage der Kostentragung in vielen Fällen zusammen mit der Verfassungsmäßigkeitsprüfung⁶⁷⁵. In der Literatur kann man auch Anhänger dieser Praxis finden. *Möstl* argumentiert, dass die entgeltliche Indienstnahme für den Staat weniger wirtschaftlich sei und daher im Vergleich zur unentgeltlichen Indienstnahme kein gleich effektives Mittel. Es sei sinnvoller, die Entgeltlichkeit der Indienstnahme zusammen mit anderen Problemen in der Phase der Zumutbarkeit zu evaluieren⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 221.

⁶⁷⁵ BVerfGE 30, 292 (311, 326); 33, 240 (244); 54, 251 (271); 68, 155 (170 ff.).

⁶⁷⁶ *Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 344.

Eine andere Meinung⁶⁷⁷ fordert, dass die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme und die Kostentragung separat geprüft werden sollten. *Ossenbühls* Meinung nach ist die entgeltliche Indienstnahme dennotwendig stets „verhältnismäßiger“ als die unentgeltliche. Wenn man deshalb die Schlussfolgerung zöge, dass jeder staatliche Zugriff auf private Leistungsapparaturen entweder an dem betroffenen Grundrecht scheitert oder nur gegen Bezahlung zulässig sei, wäre das Ergebnis offensichtlich untragbar⁶⁷⁸. *Burgi* ist der gleichen Ansicht. Wenn Entschädigungszahlungen in Erwägung gezogen werden, wären entschädigungslose Indienstnahmen am Ende durchweg unverhältnismäßig, da die Indienstnahme gegen Entgelt immer als verhältnismäßige Alternative zur Verfügung stünde⁶⁷⁹. Ein anderes Argument wird durch den Vergleich mit dem Verbot des „Duldens und Liquidierens“ flankiert. Eine Entschädigung kann nur gebilligt werden, wenn eine Enteignung unter Berücksichtigung der Junktimklausel rechtmäßig ist. Ähnlich wie nach Art. 14 GG sollen Entschädigungen bei anderen Freiheitsgrundrechten auch wegen eines rechtmäßigen Eingriffs stattfinden⁶⁸⁰. Ansonsten könne der Schutz des Grundrechts durch Entschädigung ins Leere laufen. *Uibeleisen* kritisiert die Meinung *Möstls*. Wenn die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme und der Kostenübertragung zusammen unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit stattfinde, könnte dies die Möglichkeit für den Staat eröffnen, die privaten Kräfte durch großzügig gewährte Entschädigungszahlungen ins Unermessliche auszudehnen. Es ist ebenso darauf hinzuweisen, dass die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme sich auf ganz andere Aspekte als die der Kostentragung ausrichtet. Für

⁶⁷⁷ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 262; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 255 f.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 180 ff.; *Gallwas*, BayVBl. 1971, S. 247; *Tiemann*, Der Staat 16 (1977), S. 190 f.

⁶⁷⁸ *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 181.

⁶⁷⁹ *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 255 f.

⁶⁸⁰ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 277.

die Aufgabenbegründung durch eine Indienstnahme ist es wichtig, dass die jeweilige Aufgabe von Privaten sinnvoller wahrgenommen werden kann. Deswegen sollen die Argumente wie Sach- und Fachkunde der Privaten betont werden. Für die Frage der Kostentragung sollte man sich dagegen auf die Dimension der Verantwortlichkeit und der Interessenkongruenz als Hauptthema konzentrieren⁶⁸¹.

Die zweite Ansicht ist hier überzeugender. Da die Schwerpunkte der Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme und der Kostentragung nicht gleich sind, sollte zuerst die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme überprüft werden. Wenn die Indienstnahme selbst verfassungskonform ist, dann kann das Problem der Kostentragung geprüft werden.

b. Art. 12 Abs. 2 GG als Maßstab der Indienstnahme Privater

Art. 12 Abs. 2 GG regelt, dass niemand zu einer bestimmten Arbeit gezwungen werden darf, außer im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht. In einer Entscheidung des Bundesfinanzhofs hat das Gericht die Indienstnahme Privater an Art. 12 Abs. 2 GG gemessen⁶⁸². In der Literatur gibt es auch Befürworter. *Gregor Kirchhof* ist der Meinung⁶⁸³, dass die Indienstnahme des Arbeitgebers zum Lohnsteuereinbehalt zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 GG gehöre, da das Lohnsteuerrecht den Arbeitgeber zu einer von ihm nicht gewählten und seine Freiheit einschränkenden Arbeit verpflichte. *Starck* kritisiert die Haltung des Bundesverfassungsgerichts, die neuartige Indienstnahme Privater auf Art. 12 Abs. 1 GG zu verlagern und damit der strengen Formulierung des Gleichheitssatzes des

⁶⁸¹ *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 225.

⁶⁸² BFH, Urt. v. 05.07.1963 (VI 270/62 U), BStBl. III 1963, S. 468.

⁶⁸³ *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 146 ff.

Art. 12 Abs. 2 GG auszuweichen und die Indienstnahme Privater als Berufsausübungsregeln zu „verharmlosen“⁶⁸⁴.

Dieser Ansicht wurde aber weder vom Bundesverfassungsgericht⁶⁸⁵ noch von der herrschenden Meinung⁶⁸⁶ gefolgt. Die Entstehung des Absatz 2 des Art. 12 GG war in besonderem Maß durch die Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus und durch die in totalitären, sozialistischen Staaten damals auch im Bereich der Arbeit angewandten Zwangsmaßnahmen bedingt und geprägt⁶⁸⁷. Unter dieser Bedingung sollte das Verbot des Arbeitszwangs dem Schutz des Einzelnen vor der Herabwürdigung seiner menschlichen Persönlichkeit dienen und als Abwehrrecht im klassischen Sinne betrachtet werden⁶⁸⁸. Wenn man die Überprüfung des Art. 12 Abs. 2 GG mit dem Konzept „Herabwürdigung“ verknüpft, ist die Indienstnahme Privater in vielen Fällen als Gegenstand nicht zweifelsfrei, da in den meisten Fällen juristische Personen betroffen sind. Es ist nicht einfach, sich vorzustellen, dass eine juristische Person wegen „Zwangsarbeit“ herabgewürdigt werden kann⁶⁸⁹. Ein Argument geht vom Merkmal der „Arbeit“ aus. Unter Arbeit im Sinne von Art. 12 Abs. 2 GG kann man jede körperliche oder geistige, selbstständige oder unselbstständige, entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit verstehen, die einen nicht unbedeutenden Aufwand mit sich bringt⁶⁹⁰. Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 GG ist daher nicht berührt, wenn es sich bei der auferlegten Verpflichtung um eine Tätigkeit handelt, die einem Selbstständigen oder Un-

⁶⁸⁴ *Starck*, in: v. Mangolt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 3, Rn. 83.

⁶⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 29.11.1967 (1 BvR 175/66), BVerfGE 22, S. 380 (382).

⁶⁸⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 12, Rn. 90; *Kloubert*, Rechtliche Stellung des Arbeitgebers im Lohnsteuerabzugsverfahren, 1988, S. 67 f.; *Schick*, Grundfragen des Lohnsteuerverfahrens, 1983, S. 45.

⁶⁸⁷ *Manssen*, in: v. Mangolt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rn. 294. Unter Hinweis auf BVerfGE 74, 102, 116.

⁶⁸⁸ *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 170, Rn. 118.

⁶⁸⁹ *Uibleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 227.

⁶⁹⁰ *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 147, Rn. 119.

selbstständigen nur als Nebenwirkung seiner eigentlichen beruflichen Tätigkeit auferlegt wird⁶⁹¹. *Bracher* sieht die Verpflichtung zum Erledigen bestimmter Tätigkeiten als Begleiterscheinung des Berufs und nicht als eigenständige Belastung an. In diesen Berufen greift der Schutzbereich des Arbeitszwangs nicht, da der Beruf von vornherein durch diese Verpflichtung geprägt ist⁶⁹².

Ob die Indienstnahme Privater im Rahmen des Art. 12 Abs. 2 GG überprüft werden soll, ist vom historischen Aspekt her zu verneinen. Dass öffentliche Aufgaben Privaten auferlegt werden, kann nur sehr schwer als Herabwürdigung der menschlichen Persönlichkeit angesehen werden. Bei der Indienstnahme Privater geht es auch selten um eine freie berufliche Tätigkeit, sondern in den meisten Fällen lediglich um Nutzung bereits zuvor ausgeübter betrieblicher Vorgänge. Art. 12 Abs. 2 GG steht jedenfalls einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen öffentlichen Dienstleistungspflicht nicht entgegen. Nichts anderes kann dann auch für neuartige Dienstleistungspflichten gelten. Allerdings sind viele öffentliche Aufgaben nach dem 2. Weltkrieg in erheblichem Maß kompliziert geworden, und es ist verfehlt, sie ohne weiteres als herkömmlich einzustufen⁶⁹³. Mit der Beschränkung der „Herkömmlichkeit“ ist Art. 12 Abs. 2 GG auch nicht geeignet, neuartige Dienstleistungspflichten zu begründen und mit der Verfassungsordnung in Einklang zu bringen.

⁶⁹¹ *Manssen*, in: v. Mangolt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rn. 298.

⁶⁹² *Bracher*, Gefahrenabwehr durch Private, 1987, S. 164.

⁶⁹³ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 215.

c. Vereinbarkeit der Indienstnahme Privater mit Art. 12 Abs. 1 GG

aa. Das Verhältnis zwischen Art. 12 und Art. 14 GG

Der Unternehmenswert besteht sowohl aus vergangenheits- als auch aus zukunftsbezogenen Elementen. Er drückt den ideellen Wert der Gesamtheit eines Unternehmens aus und beinhaltet dessen in Zukunft zu erwartendes Gewinnpotenzial⁶⁹⁴. Deshalb kann die Auferlegung der Pflicht für einen Kraftwerksbetreiber in die Berufsfreiheit und das Vermögen eingreifen. Darum ist es erforderlich, das Verhältnis zwischen Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 GG zu bestimmen.

Generell grenzt man die Schutzbereiche von Art. 12 GG und Art. 14 GG danach ab, dass die Eigentumsgarantie das bereits Erworbene, d. h. das Ergebnis der Betätigung, die Berufsfreiheit hingegen den Erwerb, d. h. die Betätigung selbst, schütze⁶⁹⁵. Der Schutz der Berufsfreiheit sei primär persönlichkeitsbezogen und zukunftsgerichtet⁶⁹⁶ und die Eigentumsgarantie in erster Linie objektbezogen und darüber hinaus als Bestandschutz vergangenheitsgerichtet. Durch Art. 14 GG wird dabei nicht nur der Bestand in der Hand des jeweiligen Rechtsträgers, sondern auch die rechtliche Herrschaft des Eigentümers im Sinne autonomer Bestimmung der Nutzung und Verwendung der betreffenden Rechtsposition geschützt⁶⁹⁷. In der Rechtspraxis ist leider manchmal keine scharfe Trennung zwischen beiden Grundrechten gegeben, sodass die Formel nicht im Sinne einer rigiden separierenden Abgrenzung behandelt werden kann⁶⁹⁸. Durch wirtschaftslenkende Maßnahmen sind Berufs- und Eigentumsfreiheit jedoch oft

⁶⁹⁴ *Seer*, DStJG 23 (2000), S. 95.

⁶⁹⁵ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 12, Rn. 98; mit Verweis auf BVerfGE 30, 292 (334 f.); 31, 8 (32); 65, 237 (248).

⁶⁹⁶ BVerfGE 30, 292 (334).

⁶⁹⁷ *Uibleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 230 f.

⁶⁹⁸ *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Hofmann, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 12, Rn. 98.

gleichermaßen betroffen⁶⁹⁹, z. B. durch Anbaubeschränkungen für die Weinwirtschaft oder durch Regelungen über die Mitbestimmung von Arbeitnehmern⁷⁰⁰.

Die Indienstnahme wurde vom Bundesverfassungsgericht bislang grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt der Berufsfreiheit der Unternehmer und dem Gebot der Lastengleichheit beurteilt. Der Zweck der Indienstnahme ist nicht ein Zugriff auf die Substanz des Betriebseigentums, sondern auf die spezifischen Unternehmensfunktionen der Indienstgenommenen; deshalb sei Art. 14 GG nicht tangiert⁷⁰¹. Mit der Indienstnahme ist jedoch auch eine Inanspruchnahme privater Einrichtungen und Betriebsmittel verbunden. Daher drängt sich eine Prüfung der grundrechtlichen Eigentumsfreiheit auf⁷⁰². In der älteren Literatur wird die Indienstnahme in zwei Gruppen differenziert. Während es sich bei der „einfachen“ Indienstnahme um reine Dienstleistungen handelt, bezieht die „komplexe“ Indienstnahme darüber hinaus auch das private Eigentum in Form des gesamten Wirtschaftsunternehmens ein⁷⁰³. In vielen Fällen der modernen Indienstnahme wie beim Stilllegungsverbot werden nicht nur die reinen Dienstleistungen, sondern der gesamte Betrieb und die Menschenkraft in Beschlag genommen. Eine besondere Schwierigkeit bei der Indienstnahme ergibt sich dann, wenn man sie mit dem Konzept „Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs“ behandelt.

bb. Der eingerichtete Gewerbebetrieb und das ausgeübte Gewerbe

Seit langem ist umstritten, wieweit das Recht am eingerichteten Gewerbebetrieb und am ausgeübten Gewerbe eine eigentumsrechtlich geschützte Position im Sinne von

⁶⁹⁹ Vgl. BVerfGE 8, 71 (79 ff.); 21, 150 (160).

⁷⁰⁰ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rn. 289.

⁷⁰¹ BVerfGE 30, 292 (335).

⁷⁰² *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), S. 178.

⁷⁰³ *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979, S. 195 ff.

Art. 14 GG darstellt. Der Bundesgerichtshof knüpft an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an und denkt den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als „sonstiges Recht“ i. S. d. § 823 Abs. 1 BGB und ordnet den Gewerbebetrieb als verfassungsrechtlich geschütztes Eigentum ein⁷⁰⁴. Geschützt seien auch geschäftliche Verbindungen, Beziehungen, der Kundenstamm, mithin „alles das, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des konkreten Betriebs ausmacht“. Alles stehe im Schutzbereich der Eigentumsgarantie⁷⁰⁵. In der Literatur wird auch behauptet, dass die gesamte Sach- und Rechtsgemeinschaft eines Unternehmens geschützt sei, mithin auch der spezifische Mehrwert, den ein Betrieb als „organische Einheit“ über die Summe der Einzelrechte hinaus beinhalte⁷⁰⁶.

Das Bundesverfassungsgericht lässt offen, ob das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Schutzbereich des Art. 14 GG fällt. Das Unternehmen sei die tatsächliche Zusammenfassung der zu ihm gehörenden Sachen und Rechte. Diese seien als solche bereits eigentumsrechtlich geschützt⁷⁰⁷. Der Eigentumsschutz des Betriebs als solcher könne dabei jedenfalls nicht weiter reichen als der Schutz der betrieblichen Grundlagen selbst⁷⁰⁸.

Obwohl es unterschiedliche Meinungen über die Reichweite des Rechts des Unternehmens gibt, kann der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs selbst nicht in Frage gestellt werden. Der Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb berührt normalerweise gleichzeitig die Berufs- und Eigentumsfreiheit⁷⁰⁹.

⁷⁰⁴ RGZ 58, 24; BGHZ 2, 387.

⁷⁰⁵ BGHZ 23, 157 (162 ff.); 45, 150 (155); 78, 41 (44).

⁷⁰⁶ Engel, AöR 118 (1993), S. 169, 171.

⁷⁰⁷ BVerfGE 74, 129 (148); 51, 193 (221).

⁷⁰⁸ BVerfGE 58, 300 (353).

⁷⁰⁹ Leisner, Sozialversicherung und Privatversicherung, 1974, S. 362.

Einen groben Unterschied zwischen Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie zum Zeitpunkt der Freiheitsausübung zu machen, ist manchmal zu einfach. Der „tätigkeitsbezogene“ Eingriff muss nicht nur vor Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch vor Art. 14 Abs. 1 GG bestehen⁷¹⁰. *Wallerath* hat darauf hingewiesen, dass ein Eingriff in die gewerbliche Tätigkeit zwangsläufig auch Eigentumsrechte berührt, soweit die Nutzung der in einem Gewerbebetrieb zusammengefassten Güter mit der durch Art. 12 GG geschützten Tätigkeit identisch ist⁷¹¹. Die Auferlegung einer Pflicht wie ein Stilllegungsverbot oder eine Betriebspflicht auf einen Kraftwerksbetreiber kann nicht nur seine Berufsfreiheit beschränken, sondern gleichzeitig auch in seine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsposition als Eigentümer eingreifen. Die Frage ist daher, in welchem Konkurrenzverhältnis Art. 12 GG und Art. 14 GG stehen.

cc. Grundrechtskonkurrenz

Wenn denselben Grundrechtsträger mehrere Grundrechte betreffen, stellt sich die Frage nach der Grundrechtskonkurrenz⁷¹². Das Bundesverfassungsgericht hat die Tendenz, ein Alternativverhältnis zwischen Art. 12 und Art. 14 GG zu sehen⁷¹³. Zur Abgrenzung der Schutzbereiche der beiden Grundrechte voneinander bei Eingriffen in die Gewerbefreiheit hat das Bundesverfassungsgericht die Formel „das Erworbenes und der Erwerb“ entwickelt. Allerdings macht diese Formel häufig nur einen zeitlich-phasenmäßigen Unterschied der Freiheitsausübung aus, aber nicht einen qualitativen Rechtsunterschied⁷¹⁴. Das Unternehmen schafft oder erweitert seinen Bestand (Art. 14 Abs. 1 GG) durch die gewerbliche Tätigkeit (Art. 12 Abs. 1 GG), wobei die

⁷¹⁰ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 2006, Art. 12, Rn. 141.

⁷¹¹ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 230.

⁷¹² *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 90.

⁷¹³ BVerfGE 81, 108 (122); 30, 292 (325).

⁷¹⁴ *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, 2006, Art. 12, Rn. 148.

Nutzung dieses Bestands zugleich wieder gewerbliche Betätigung ist und sich nicht abstrakt bestimmen lässt, was Voraussetzung für das andere Grundrecht ist⁷¹⁵. Wenn die beiden Rechte bei der Prüfung einer Indienstnahmeregelung einschlägig sind, könnte Art. 14 GG als Prüfungsmaßstab in Betracht kommen, soweit dies aus den zu Art. 12 Abs. 1 GG dargelegten Gründen nicht beanstandet werden kann⁷¹⁶.

Ossenbühl vertritt die Ansicht, dass eine strikte Exklusivität der beiden Grundrechte nicht unterstützbar sei⁷¹⁷. *Wallerath* hat darauf hingewiesen, dass die „stärkere“ Betroffenheit des einen Grundrechts nicht die Betroffenheit eines anderen Grundrechts ausschließen könne⁷¹⁸. Eine Idealkonkurrenz wird allerdings überwiegend von der Literatur angenommen⁷¹⁹. Es wird behauptet, dass die Idealkonkurrenz der beiden Grundrechte keine praktischen Auswirkungen habe, da in diesem Falle auch die Schranken der beiden Grundrechte identisch seien⁷²⁰: eine zulässige Regelung der Berufsausübung sei regelmäßig auch eine zulässige Eigentumsbeschränkung⁷²¹. Sinn und Zweck des Art. 12 Abs. 1 GG und des Art. 14 GG sind nicht identisch. Allerdings ist es nicht erforderlich, beide Grundrechte zu überprüfen. Wenn beide Grundrechte in einem Fall betroffen sind, reicht die Prüfung des Art. 12 GG für den Schutz des Betroffenen aus. Ohne sachliche Gründe ist eine kostenlose Indienstnahme unter Prüfung der Berufsfreiheit auch nicht verfassungsmäßig. Wenn die Indienstnahme Privater nicht mit einer vollständigen Kostenerstattung verbunden ist, können die intensiven

⁷¹⁵ *Drüen*, Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, 2012, S. 218; *Kellenberger*, Der verfassungsrechtliche Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, 1999, S. 109.

⁷¹⁶ BVerfGE 33, 240 (247).

⁷¹⁷ *Ossenbühl*, RdE 1997, S. 46.

⁷¹⁸ *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, S. 270.

⁷¹⁹ *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 14, Rn. 105.

⁷²⁰ *Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, 6. Aufl. 2012, Art. 14, Rn. 105.

⁷²¹ BVerfGE 17, 232 (248); 21, 150 (163).

Grundrechteingriffe aufgrund des Verstoßes gegen das Übermaßverbot nicht gerechtfertigt sein.

d. Der Konnex

Die Indienstnahme Privater könnte auch gegen das durch Art. 3 Abs. 1 GG geschützte Gleichheitsrecht verstoßen.

Der Gedanke der Gleichheit gehört allein wegen seines abstrakten Gehalts zu den ältesten ideengeschichtlichen Grundlagen moderner Grundrechte⁷²². Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem bzw. die Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem durch das Gesetz⁷²³. Eine Beeinträchtigung des Art. 3 Abs. 1 GG zu beurteilen, setzt eine Verschiedenheit voraus⁷²⁴. Wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, bedarf es einer Rechtfertigung, die der Rechtfertigung des Eingriffs in das Freiheitsrecht entsprechen muss.

Das Bundesverfassungsgericht hat im Zusammenhang mit der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG wiederholt die Frage aufgeworfen, ob innerhalb der jeweils betroffenen Berufsgruppe bestimmte, zahlenmäßig begrenzte Gruppen typischer Fälle ohne zureichende sachliche Gründe stärker belastet würden⁷²⁵. Zu untersuchen ist dann, ob innerhalb des Adressatenkreises einer Indienstnahme eine bestimmte Gruppe mit objektiven Kriterien bestimmt werden kann und diese Gruppe ohne Grund stärker belastet wird als die übrigen⁷²⁶. In der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwerbehindertentransport⁷²⁷ handelt es sich um die betroffene Berufsgruppe von

⁷²² Heun, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3, Rn. 1.

⁷²³ Paehlke-Gärtner, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 3 I, Rn. 56.

⁷²⁴ Heun, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 3, Rn. 19.

⁷²⁵ BVerfGE 30, 292 (327); 68, 155 (173).

⁷²⁶ Uibleisen, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 248.

⁷²⁷ BVerfGE 68, 155.

Betreibern von Nahverkehrsunternehmen, bei denen sich der Kreis der Fahrgäste wesentlich anders als im Landesdurchschnitt zusammensetzt. Durch einen überdurchschnittlich hohen Prozentsatz von begünstigten Schwerbehinderten in seinen Fremdenverkehrs- und Naherholungsgebieten mit der Möglichkeit unentgeltlicher Beförderung könnte dieses Unternehmen wesentlich stärker als Unternehmen, die nicht in Naherholungsgebieten angesiedelt seien, belastet werden⁷²⁸.

Der gleichheitsrechtliche Gedanke spielt auch eine wichtige Rolle für das Konzept des eingriffsrechtfertigenden Verantwortungskonnexes zwischen Grundrechtsträger und Gemeinwohl⁷²⁹. *Kube* ist der Ansicht, dass die Adressierung eines Grundrechtseingriffs und das begehrte Gemeinwohl einen eingriffsrechtfertigenden, aus der Freiheitsausübung folgenden Konnex bilden müssen⁷³⁰. Am Beispiel des bereits erwähnten Falls der Verpflichtung zur Beförderung der Schwerbehinderten muss das Unternehmen nach gesetzlich auferlegter Pflicht Schwerbehinderte in seinen Fremdenverkehrs- und Naherholungsgebieten begünstigen. Wenn es eine besondere Sach- und Finanzierungsverantwortung gibt, mit anderen Worten, einen Konnex zwischen diesem Unternehmen und der Beförderung der Schwerbehinderten, dann ist die Auferlegung der Pflicht berechtigt. Dieses Konzept ist besonders bedeutsam bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der unentgeltlichen Indienstnahme Privater. *Burgi* vertritt die Ansicht, dass einige Gesichtspunkte berücksichtigt werden müssen, wenn man das Problem der Verantwortung behandelt. An erster Stelle zu nennen sei der Anteil der erzwungenen Dienstleistungen an der gesamten vom Grundrechtsschutz erfassten Dienstleistungstätigkeit des Betroffenen. Die Rechtfertigungshürden wären niedriger, wenn es sich um eine eher randweise Inanspruchnahme handele, die sich eng an die vorhandene

⁷²⁸ BVerfGE 68, 155 (173).

⁷²⁹ Vgl. *Kube*, JZ 2010, S. 270.

⁷³⁰ *Kube*, JZ 2010, S. 265.

unternehmerische Tätigkeit anlehnt⁷³¹. Je intensiver die auferlegte Dienstleistung auf die Staatsaufgaben ausgerichtet sei und sich deswegen wesensmäßig von der „normalen“ Unternehmenstätigkeit unterscheide, desto schwerer falle die Rechtfertigung einer Zwangsdienstleistung⁷³². Einen weiteren Aspekt ergibt sich aus dem Grad der Sachnähe, d. h. der Verflochtenheit der abverlangten Dienstleistung mit einzelnen Tatbestandsmerkmalen aus dem normativen Gesamtkonzept innerhalb des betroffenen Aufgabenfelds⁷³³. Die Verbindung zwischen auferlegter Aufgabe und dem Indienstgenommenen ist relevant für die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater. Je stärker der Konnex zwischen dem Aufgabeträger und dem hinter der Vorschrift stehenden begehrten Gemeinwohlgut ist, desto leichter kann der Eingriff in die Freiheit gerechtfertigt werden. Die Sach- und Finanzverantwortungen des Indienstgenommenen richten sich auf unterschiedliche Dimensionen aus, aber sie sind auch in bestimmter Weise verbunden. Wenn es zwischen dem begehrten Gemeinwohlgut und dem Indienstgenommenen keinen besonderen Konnex gibt, sondern die Beauftragung nur aufgrund der Effizienz oder aus Kostenersparnisgründen bei der Durchführung erfolgt, kann eine unentgeltliche Regelung sehr schwer legitimiert werden. Umgekehrt: Ist die Bindung sehr deutlich erkennbar, dann ist die unentgeltliche Übertragung der öffentlichen Aufgabe auch verfassungsmäßig. Zu betonen ist, dass der Finanzausgleich die Verfassungswidrigkeit der Regelung nicht beheben kann. Wenn der Staat eine öffentliche Aufgabe einem Privaten auferlegt, der keine Sachkenntnis oder zu wenig Konnex mit der Aufgabe hat, kann die Entschädigung die Verfassungswidrigkeit nicht ändern.

⁷³¹ *Burgi*, *GewArch* 1999, S. 397.

⁷³² *Burgi*, *GewArch* 1999, S. 397.

⁷³³ *Burgi*, *GewArch* 1999, S. 398.

In manchen anderen Bereichen wurde die Untersuchung der Verantwortung schon vor einiger Zeit vorgenommen. Im Folgenden wird das System erklärt und untersucht, ob das Stilllegungsverbot im Rahmen dieser Rechtsordnung gelten kann.

aa. Die polizeirechtliche Nichtstörer-Dogmatik

Die aus dem Polizeirecht entwickelte Unterscheidung zwischen Störer und Nichtstörer kann als die Quelle der Rechtswertungen genutzt werden. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben können Polizei- und Ordnungsbehörden verschiedene Maßnahmen ergreifen. Sie können sowohl Eingriffe, die der Betroffene passiv dulden muss, als auch Eingriffe, die dem Betroffenen durch Gebot oder Verbot ein aktives Verhalten abverlangen, vornehmen⁷³⁴. Das bedeutet nicht, dass die Behörde willkürlich Eingriffe an jedermann adressieren kann. Grundsätzlich muss der für die Gefahr Verantwortliche, der traditionelle sog. Störer, in Anspruch genommen werden⁷³⁵. Es ist auch möglich, einen Nichtstörer heranzuziehen, wenn der in der Lage ist, die Gefahrensituation abzuwehren. Eine solche Fallgestaltung wird als polizeilicher bzw. ordnungsbehördlicher Notstand bezeichnet⁷³⁶. In polizeilichem Notstand ist es nicht möglich, die Gefahr rechtzeitig zu bekämpfen, weder durch die Heranziehung eines Störers noch durch den Einsatz eigener Mittel der Polizei- und Ordnungsbehörden. Typische Fälle polizeilichen Notstands sind die Einweisung von Obdachlosen in leer stehenden Wohnraum, der Kampf gegen eine Naturkatastrophe unter Heranziehung Dritter oder die Auflösung einer Demonstration, um die Eskalation von Gewalt zu verhindern⁷³⁷.

⁷³⁴ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 9, Rn. 1.

⁷³⁵ *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 9, Rn. 2.

⁷³⁶ *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 234.

⁷³⁷ *Württemberg*, in: Achterberg/Püttner/Württemberg, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 21, Rn. 217.

Die Störer der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung kann man in Handlungsstörer und Zustandsstörer unterscheiden. Der Handlungsstörer ist eine Person, die durch ihr Verhalten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung herbeiführt⁷³⁸. Die Zustandsverantwortlichkeit knüpft dagegen an die Sachherrschaft, d. h. an die rechtlichen und tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sache, vor allem aber an die mit dem Eigentum verbundene Sozialpflichtigkeit an⁷³⁹. Wenn eine Person (eine natürliche oder juristische) als Störer qualifiziert wird, wird sie von der Behörde bei der Bekämpfung von Gefahren im Fall der Inanspruchnahme von Personen in erster Linie in Haftung genommen⁷⁴⁰.

Die Zurechnungskriterien eines Handlungsstörers und eines Zustandsstörers gehen von verschiedenen Maßstäben aus. Für die Verhaltensverantwortlichkeit geht es um die Gefahrenverursachung. Notwendig ist eine spezifisch gefahrenabwehrrechtliche Kausalitätslehre, die der Funktion des Polizei- und Ordnungsrechts, die Verknüpfung von Verhalten und Verantwortlichkeit des „Störers“ normativ zu begründen, gerecht wird⁷⁴¹. Entscheidend ist der Begriff der unmittelbaren Verursachung. Die Abgrenzung zwischen Mittelbarkeit und Unmittelbarkeit der Verursachung ist von einer Gefahrengrenze oder -schwelle abhängig⁷⁴². Die Zustandsverantwortlichkeit findet dagegen in der durch die Sachherrschaft vermittelten Einwirkungsmöglichkeit auf die gefahrenverursachende Sache ihren legitimierenden Grund⁷⁴³. In diesem Fall ist die Verant-

⁷³⁸ *Würtenberger*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 21, Rn. 200.

⁷³⁹ *Würtenberger*, in: Achterberg/Püttner/Würtenberger, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl. 2000, § 21, Rn. 202.

⁷⁴⁰ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2009, § 4, Rn. 230.

⁷⁴¹ *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 209 f.

⁷⁴² *Pieroth/Schlink/Kniesel*, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2014, § 9, Rn. 15.

⁷⁴³ *Schoch*, in: Schmidt-Aßmann/Schoch, Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2008, S. 218; OVG Hamburg, NJW 1992, S. 1909.

wortlichkeit durch die Sache, die die Gefahr verursacht, vorausgesetzt. Wie beim Verhaltensstörer ist die Frage der Zustandsverantwortlichkeit mittels der Theorie der unmittelbaren Verursachung zu beantworten⁷⁴⁴.

Die Zurechnungsschwierigkeit der Gefahr der Energieversorgung wurde schon in Kapitel C kurz erwähnt. Die Gefährdung oder Störung der Energieversorgung wird nicht durch das Verhalten des Kraftwerksbetreibers ausgelöst, sondern entsteht aus mehreren anderen Gründen. Wegen der durch Gesetz vorgesehenen Förderung wachsen die Prozentsätze der erneuerbaren Energien immer weiter an. Gleichzeitig schwankt die Energieversorgung auch stärker, da die Erzeugung von erneuerbaren Energien von Wetterbedingungen abhängig ist. Man braucht dann neben der unstabilen erneuerbaren Energie die konventionelle Energie, um die Netzstabilität und Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund kann hergeleitet werden, dass die Quelle der Gefahr nicht in dem Kraftwerk, das wegen der Unrentabilität von dem Betreiber stillgelegt werden soll, sondern in der neuen Struktur der Energieversorgung zu suchen ist. Der Kraftwerksbetreiber kann nicht als Handlungsstörer angesehen werden. Die Gefahr kommt auch nicht aus dem Kraftwerk selbst; sie kann sogar durch das Kraftwerk beseitigt werden. Deswegen passt der Typ des Zustandsstörers mit dem Stilllegungsverbot nicht zusammen. Denkbar ist der polizei- bzw. ordnungsbehördliche Notzustand, da das systemrelevante Kraftwerk in der Lage ist, die gefährdete oder gestörte Netzstabilität wiederherzustellen, und es nicht möglich ist, die Gefahr oder Störung der Netzstabilität durch Einsatz der Behörde zu verhindern.

⁷⁴⁴ *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 4, Rn. 268; *Schoch*, JuS 1994, S. 936 f.

Der polizeiliche Notstand setzt nur das Vorliegen einer gegenwärtigen erheblichen Gefahr⁷⁴⁵ voraus⁷⁴⁶. Der Umfang der Inanspruchnahme des Nichtstörers ist auch zu beachten. Inhaltlich ist die Inanspruchnahme des Nichtstörers im Hinblick auf das Übermaßverbot auf die Maßnahmen zu beschränken, die sachlich und zeitlich unbedingt erforderlich sind. Mit anderen Worten: Die Inanspruchnahme muss grundsätzlich von vornherein zeitlich eng befristet sein⁷⁴⁷.

Die Gefahr der Netzstabilität ist nicht unrealistisch, obwohl Zeit und Ort nicht genau begrenzt werden können. Ohne die Maßnahme – das Stilllegungsverbot – wäre die Netzstabilität gefährdet und die Gewährleistung des Gemeinwohls erschwert. Um der Gefahr vorzubeugen, müssen die zeitlichen und sachlichen Grenzen entsprechend erweitert werden. Mit dem Grenzkriterium „Systemrelevanz“ kann der Umfang des Stilllegungsverbots bestimmt werden. Grundsätzlich kann man sagen, dass die zur polizeilichen Heranziehungen des Nichtstörers entwickelten Grundsätze für die Indienstnahme Privater fruchtbar gemacht werden können.

bb. Finanzverfassungsrecht

Ein anderer wichtiger Rechtsgedanke des eingriffsrechtfertigenden Konnexes kommt aus dem Finanzverfassungsrecht. Zur Finanzierung eines Gemeinwohlziels ist die Steuer als verfassungsrechtlich gebotenes Mittel an erster Stelle⁷⁴⁸ positioniert. Alle anderen nichtsteuerlichen Abgaben wie Gebühren, Beiträge und Sonderabgaben knüpfen an eine besondere Finanzierungsverantwortlichkeit an, die im Kern aus einer Verantwortung für die Folgen der eigenen Freiheitsausübung herrührt⁷⁴⁹. Die Erhebung

⁷⁴⁵ § 6 Abs. 1 Nr. 1 PolG NW, § 19 Abs. 1 Nr. 1 OBG NW.

⁷⁴⁶ Thiel, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl. 2014, § 8, Rn. 134; Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Aufl. 2013, § 5, Rn. 314.

⁷⁴⁷ Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, 6. Aufl. 2009, § 5, Rn. 320.

⁷⁴⁸ P. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 3. Aufl. 2007, § 118, Rn. 1 ff.

⁷⁴⁹ Kube, JZ 2010, S. 268.

der Gebühren verbindet sich mit der Gegenleistung für eine besondere Leistung wie für eine Amtshandlung oder für die Inanspruchnahme öffentlicher Einrichtungen⁷⁵⁰. Dagegen ist die Erhebung von Beiträgen eine Geldleistung, die als Gegenleistung dafür gezahlt wird, dass der Staat dem Bürger einen individuellen Vorteil anbietet⁷⁵¹. Ob der Bürger den Vorteil tatsächlich in Anspruch nimmt, ist nicht relevant⁷⁵². Die Erhebung von Sonderabgaben ist besonders problematisch, da sie auch ohne staatliche Gegenleistung geschehen kann. Zur Abgrenzung von der Steuer setzt eine Sonderabgabe voraus, dass es eine spezifische Beziehung zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck gibt⁷⁵³. Die Form und die Zwecke der Sonderabgaben sind vielfältig, aber die Erhebung muss für alle Typen der Sonderabgaben eine besondere Nähe zu dem mit der Abgabe verfolgten Zweck aufweisen. Dieser enge Verantwortungszusammenhang von einander prinzipiell gleichgeordneten Akteuren verlangt, dass jeder einzelne Akteur bei typisierender Betrachtung die Gefahr, der die Sonderabgabe begegnen will, entweder aktiv mitverursacht hat oder dieser Gefahr in spezifischer Weise passiv ausgesetzt ist⁷⁵⁴.

Der Abgabenträger muss dann in Anspruch genommen werden, weil er wegen seiner Freiheitsausübung die Sachverantwortung trägt. Das Bundesverfassungsgericht betont in seiner Entscheidung zur Forstabsatzfonds-Abgabe vom Mai 2009, dass die Zurechnung einer Sonderlast durch eine Sonderabgabe insbesondere „an den Verursachungsgedanken“ anknüpft und ihre Rechtfertigung dann „in einer Verantwortlichkeit für die Folge gruppenspezifischer Zustände oder Verhaltensweisen findet“⁷⁵⁵.

⁷⁵⁰ *Erichsen*, Jura 1995, S. 47.

⁷⁵¹ BVerfGE 7, 244 (254 ff.); BVerwGE 74, 196 (198).

⁷⁵² BVerwG NJW 1987, S. 794.

⁷⁵³ *Jarass*, DÖV 1989, S. 1018.

⁷⁵⁴ *Waldhoff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl. 2013, § 67, Rn. 165.

⁷⁵⁵ BVerfG NVwZ 2009, S. 1031 f.

Das gemeinsame Ziel der Indienstnahme Privater und der Sonderabgabe ist, die öffentliche Hand zu entlasten – zum einen durch die Aufnahme von Sach- und Personenkraft und zum anderen durch die Erschließung einer neuen Finanzquelle. Aber die zwei Rechtssysteme richten sich auf unterschiedliche Zwecke aus. Für die Indienstnahme Privater ist eine Sachleistung des Indienstgenommenen für die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben unentbehrlich, weshalb die Situation eher mit dem polizeirechtlichen Notstand vergleichbar ist. In diesem Fall können die Fähigkeiten und die Sachkenntnisse des Indienstgenommenen schon als ausreichender Konnex angesehen werden. Der Konnex spielt auch dabei eine Rolle, ob die Indienstgenommenen einen Anspruch auf Kostenausgleich haben. Wenn ihnen nur wegen ihrer Fähigkeiten und Sachkenntnisse die Aufgabe auferlegt wird, ist eine Anforderung der Kostenerstattung zwingend.

IV. Verfassungsmäßigkeit des Stilllegungsverbots

Nach dem oben dargelegten Ergebnis soll das Stilllegungsverbot in erster Linie unter Art. 12 Abs. 1 GG überprüft werden.

Nach der absolut herrschenden Meinung und Rechtsprechung ist denn auch davon auszugehen, dass Art. 12 Abs. 1 GG als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit innerhalb der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung der Bundesrepublik eine „wertentscheidende Grundsatznorm“ bildet⁷⁵⁶. Art. 12 Abs. 1 GG deckt als Grundrecht den gesamten Bereich des privaten Wirtschaftens ab. Geschützt wird berufliches wirtschaftliches Handeln der Bürger, gleichgültig, ob sie als Einzelperson oder in organisierten Gesellschaftsformen agieren⁷⁵⁷.

⁷⁵⁶ Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 498 f.

⁷⁵⁷ Ossenbühl, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieges aus der Kernenergie, 2012, S. 74.

1. Schutzbereich

Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen und somit die Grundlage seiner Lebensführung selbst zu bestimmen. Gewährleistet ist der Entschluss, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in dem gewählten Beruf zu ergreifen, beizubehalten oder aufzugeben⁷⁵⁸. Da die Berufsfreiheit die Freiheit, eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit zu ergreifen und wahrzunehmen, umfasst, ist Art. 12 Abs. 1 GG trotz seines individualrechtlich-personalen Grundzugs gemäß Art. 19 Abs. 3 GG jedenfalls insoweit auf inländische juristische Personen des Privatrechts anwendbar, als eine bestimmte Erwerbstätigkeit „ihrem Wesen und ihrer Art nach“ in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann⁷⁵⁹.

Nach der 1958 mit dem Apothekenurteil⁷⁶⁰ begründeten klassischen Drei-Stufen-Lehre des Bundesverfassungsgerichts hat sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers bei steigender Intensität der Grundrechtsbeeinträchtigung an entsprechend höherwertigen Gemeinwohlbelangen auszurichten⁷⁶¹. Mit jeweils zunehmender Eingriffsintensität können die Regelungen als Berufsausübung, subjektive sowie objektive Berufswahl ausdifferenziert werden. Zur Legitimierung einer Regelung zur Berufsausübung werden vernünftige Erwägungen bezüglich des Gemeinwohls benötigt⁷⁶². Bei den subjektiven Regelungen der Berufswahl, die an persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten ansetzende Berufszulassung voraussetzt, werden besonders wichtige Gemeinschaftsgüter verlangt, um den Eingriff in

⁷⁵⁸ *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl. 2011, S. 151.

⁷⁵⁹ *Tettinger*, AöR 108 (1983), S. 104 f.

⁷⁶⁰ BVerfGE 7, 377 (405 ff.).

⁷⁶¹ *Altrock*, Subventionierende Preisregelungen, 2002, S. 239.

⁷⁶² BVerfGE 7, 377 (405 f.); 16, 286 (297); 65, 116 (125); 70, 1 (28); 78, 155 (162); 81, 79 (84); 85, 248 (259); 93, 362 (369).

die Berufsfreiheit zu legitimieren⁷⁶³. Die dritte Stufe der Berufsbeschränkung verlangt nachweisbare oder doch höchstwahrscheinliche schwerwiegende Gefahren für ein überragendes Gemeinschaftsgut, um den Eingriff zu legitimieren, da es sich hier um objektive Zulassungsvoraussetzungen handelt, auf die der Einzelne keinen Einfluss hat⁷⁶⁴.

Als „Beruf“ kann jede Tätigkeit verstanden werden, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient⁷⁶⁵. Es genügt, dass durch die betreffende Tätigkeit ein maßgeblicher Beitrag zur Erhaltung der Lebensgrundlage geschaffen wird⁷⁶⁶. Die juristische Person kann ebenfalls Berufsfreiheit genießen. Zur Unternehmerfreiheit gehört auch die Freiheit, das frei gegründete und organisierte Unternehmen nach eigenen Vorstellungen, Planungen, Bewertungen und Entschlüssen zu führen und zu entwickeln⁷⁶⁷. In dem Fall des Stilllegungsverbots wird die Dispositionsfreiheit des Kraftwerksbetreibers beschränkt. Der Betreiber kann nicht nach seiner Vorstellung das nicht mehr rentable Kraftwerk stilllegen und die Betriebsmittel und die Arbeitskräfte an anderer Stelle nutzen.

2. Eingriff

Art. 12 Abs. 1 GG schützt gegenüber finalen Grundrechtseingriffen, d. h. gegenüber solchen Regelungen, die objektiv berufsbezogen sind und die Berufstätigkeit ganz oder teilweise unterbinden oder die Modalitäten beruflicher Tätigkeit verbindlich vorgeben⁷⁶⁸. Häufiger als der finale Grundrechtseingriff kommt in der Praxis jedoch der

⁷⁶³ BVerfGE 13, 97 (107); 19, 330 (337); 73, 301 (316 ff.); 93, 213 (235).

⁷⁶⁴ *Ossenbühl*, Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieges aus der Kernenergie, 2012, S. 77.

⁷⁶⁵ BVerfGE 7, 377 (397); 54, 301 (313).

⁷⁶⁶ BVerfGE 7, 377 (397); 102, 197 (212); 105, 252 (264 ff.).

⁷⁶⁷ *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), S. 18.

⁷⁶⁸ *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 12, Rn. 54.

Fall vor, dass die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG durch solche Regelungen beeinträchtigt wird, die zwar keine berufsregelnde Zielrichtung besitzen, gleichwohl aber „berufsregelnde Tendenz deutlich erkennen lassen“, oder aber von einigem Gewicht sind und einen konkreten Personenkreis in seiner Berufsfreiheit betreffen⁷⁶⁹.

Das Stilllegungsverbot und die Pflicht der weiteren Betreibung sind klassischer imperativer Eingriff. Der Kraftwerksbetreiber kann nicht mehr seine Betriebsmittel für eigene Zwecke disponieren. Diskutierbar hier ist, ob das Stilllegungsverbot eine Beschränkung der Berufsausübung oder eine Beschränkung der Berufswahl ist.

a. Eingriff in die Berufsausübungs- oder Berufswahlfreiheit

Mit der Berufsausübungsregelung sind solche Regelungen gemeint, die lediglich diejenigen Modalitäten der beruflichen Betätigung regeln, deren Vorhandensein oder Nicht-Vorhandensein die Identität des Berufs nicht berührt⁷⁷⁰. Unter Berufswahl ist die freie Entscheidung zu verstehen, eine Berufstätigkeit aufzunehmen und einen bestimmten Beruf auszuüben⁷⁷¹. Als „negative“ Berufswahlfreiheit ist auch das Recht geschützt, auf einen Beruf zu verzichten⁷⁷² und einen Beruf nicht gegen den eigenen Willen ergreifen zu müssen⁷⁷³. Das Recht, einen Beruf aufzugeben oder sich aus dem Berufsleben freiwillig zu verabschieden, ist im weiteren Sinne auch Inhalt der „negativen Berufsfreiheit“⁷⁷⁴.

Im Einzelfall kann es schwierig sein, eine Beschränkung der Berufswahl und eine der Berufsausübung abzugrenzen, da sie in vielfältiger Weise miteinander verbunden sind. Eine wertende Betrachtung ist nötig, um die Beschränkung der Berufswahl und der

⁷⁶⁹ *Umbach*, in: *Umbach/Clemens*, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 12, Rn. 55.

⁷⁷⁰ *Erk*, Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, 2008, S. 95.

⁷⁷¹ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 26.

⁷⁷² BVerfGE 58, 358 (364 f.); 68, 256 (267).

⁷⁷³ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 26.

⁷⁷⁴ BVerfGE 85, 360 (373); *Lücke*, Die Berufsfreiheit, 1994, S. 10 f.

Berufsausübung richtig zu unterscheiden⁷⁷⁵. Ob das Stilllegungsverbot nur als eine die Berufsausübung regelnde Maßnahme für den Kraftwerksbetreiber oder als die Beschränkung seiner Berufswahlfreiheit in dem Sinne, den Beruf aufzugeben, bewertet werden soll, ist von den Konturen seines Berufs abhängig. Im Fall des Stilllegungsverbots will der Kraftwerksbetreiber nicht mehr rentable Kraftwerke stilllegen. Das kann bedeuten, dass er sich aus dem Berufsleben als Kraftwerksbetreiber verabschieden will. Wenn man es aus diesem Blickwinkel sieht, kann das Stilllegungsverbot als eine Beschränkung der negativen Berufswahlfreiheit angesehen werden. Allerdings kann die Situation eines Kraftwerksbetreibers, der mehrere Kraftwerke betreibt, auch anders betrachtet werden. In einem solchen Fall hat er wahrscheinlich nicht die Absicht, sein Berufsleben als Kraftwerksbetreiber aufzugeben, sondern nur, auf unrentable Geschäfte zu verzichten.

b. Intensität des Eingriffs

Die Stufenlehre teilt die Eingriffe der Berufsfreiheit grundsätzlich in drei Gruppen ein und verbindet mit jeder Gruppe eine unterschiedliche Intensität des Gemeinwohls. Aber das bedeutet nicht, dass der Eingriff in die Berufsausübung immer leichter wäre als der Eingriff in die Berufswahlfreiheit. Es ist nicht richtig, wenn man annimmt, dass Berufsausübungsregelungen stets nur eine unbedeutende, geringfügige Grundrechtsbeeinträchtigung darstellen. In mehreren Fällen kommen die Berufsausübungsregelungen mit belastenden und einschneidenden Auswirkungen zusammen, die die Eingriffsintensität einer der beiden höheren „Stufen“ erreichen⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 27.

⁷⁷⁶ *Umbach*, in: Umbach/Clemens, Grundgesetz, Bd. I, 2002, Art. 12, Rn. 84.

Es wird auch kritisiert, dass die Einteilung in drei Stufen zu starr sei und die Verhältnismäßigkeitsprüfung in einem bruchlosen Spektrum erfolgen müsse⁷⁷⁷. Wenn ein Eingriff deutlich als Eingriff in die Berufsausübung eingestuft werden kann und die Intensität sehr groß sei, müsse der Rechtfertigungsmaßstab auf dieses Höhenniveau gebracht werden⁷⁷⁸. Eine andere Kritik betrifft die Unstimmigkeit der Stufenlehre. Das Bundesverfassungsgericht betont auf der einen Seite, dass die Berufsfreiheit als einheitliche angesehen werden müsse, setzt aber auf der anderen Seite verschiedene Rechtfertigungen für die Berufsausübung und die Berufswahl an⁷⁷⁹. Diese Unstimmigkeit gibt dem Gesetzgeber dann die Chance, die Stufen nach eigenem Willen zuzuordnen⁷⁸⁰. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zwischen 2003 und 2009 haben die Eingriffe nicht von Anfang an einer bestimmten Stufe zugeordnet und mit festgestellter Rechtfertigung beurteilt⁷⁸¹. Das legt vielleicht den Schluss nahe, dass eine am Einzelfall orientierte Bewertung empfohlen wird, um die Einzelfälle gerechter beurteilen zu können. Die Stufentheorie ist grundsätzlich geeignet, die berufsregelnden Bestimmungen vorzustrukturieren und als eine Vororientierung für die Schranken- und Eingriffsprüfung aufzunehmen. Allerdings ist eine spätere Verfeinerung in der Verhältnismäßigkeitsprüfung unbedingt nötig⁷⁸².

Auswirkung und Intensität des Stilllegungsverbots für den Kraftwerksbetreiber sind deutlich ausgeprägt und die Beurteilung davon unabhängig, ob die Regelung als Einschränkung der Berufsausübung oder der Berufswahl eingestuft wird. Der Grund-

⁷⁷⁷ *Schlink*, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976, S. 58 f.

⁷⁷⁸ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 67.

⁷⁷⁹ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12, Rn. 154.

⁷⁸⁰ *Mann*, in: Sachs, Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 12, Rn. 155.

⁷⁸¹ Vgl. BVerfGE 95, 193 (214); 102, 197 (213); 115, 276 (304 f.).

⁷⁸² *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VIII, 2010, § 170, Rn. 84.

rechtsträger verliert im Fall des Stilllegungsverbots nicht nur sein Recht, das unrentable Geschäft zu beenden, er muss auch das Kraftwerk weiter auf einem bestimmten Niveau betreiben. Die Indienstnahme des Kraftwerksbetreibers schränkt die negative Berufswahlfreiheit ein, und deshalb müssen die Rechtfertigung und die Prüfung unter sehr strengen Maßstäben stattfinden.

3. Rechtfertigung

Die Berufsfreiheit des Kraftwerksbetreibers ist durch die Verfassung garantiert. Um dieses Grundrecht zu beschränken, ist eine Rechtfertigung notwendig. Mit dem Thema der Indienstnahme Privater ist die Frage besonders wichtig und untersuchenswert, inwieweit der Grundrechtseingriff wegen der Erfüllung öffentlicher Aufgaben legitimiert werden kann.

Um den Eingriff in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen, muss die Regelung grundsätzlich dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen. Das heißt, dass das Stilllegungsverbot zuerst ein legitimes Ziel verfolgen und dann auch für das gewünschte Ziel geeignet, erforderlich und angemessen sein muss.

a. Legitimer Zweck

Es ist wichtig, dass ein legitimer Zweck vorliegt, bevor die Prüfung der einzelnen Stufen der Verhältnismäßigkeit stattzufinden hat⁷⁸³. Entscheidend ist, dass die durch Gesetz verabschiedete Regelung „im Interesse des Gemeinwohls“ erfolgt⁷⁸⁴. Hier handelt es sich um einen sehr schwerwiegenden Eingriff, deshalb muss ein Tatbestand nach den herkömmlichen in der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verwendeten Maßstäben zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher

⁷⁸³ BVerfGE 115, 276 (307).

⁷⁸⁴ Vgl. BVerfGE 36, 47 (59).

schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter vorliegen⁷⁸⁵. Die erwarteten Gefahren können nicht nur durch einen pauschalen Verweis behauptet, sondern müssen im Einzelfall konkret dargetan werden⁷⁸⁶.

Die Wichtigkeit der Energieversorgung wurde schon in vielen Teilen dieser Arbeit betont. Die Regelung des Stilllegungsverbots ist zur Gewährleistung der Netzstabilität und der dadurch garantierten stabilen Energieversorgung erfolgt. Es richtet sich auf das Gemeinwohl auf höchstem Niveau. Die Anforderung „überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ liegt vor. Und die Gefahr ist auch nicht unwahrscheinlich, sondern ohne Stilllegungsverbot unvermeidlich. Deshalb ist die Anforderung des legitimen Zwecks zweifellos erfüllt.

b. Geeignetheit

Um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu genügen, muss die Indienstnahme Privater geeignet sein, den gewünschten Zweck zu erreichen⁷⁸⁷. „Geeignet“ bedeutet, dass ein Mittel fähig ist, einen solchen Zweck zu erreichen⁷⁸⁸. Allerdings bedeutet es nicht, dass der Gesetzgeber nur das optimale oder effektivste Mittel wählen darf⁷⁸⁹. Zur Geeignetheit eines Mittels hat der Gesetzgeber einen großen Einschätzungsspielraum. Ein Mittel wird in der Regel als geeignet angesehen, es sein denn, dass es in der Vergangenheit dem Gesetzeszweck eindeutig nicht diente⁷⁹⁰.

Das Hauptziel des Stilllegungsverbots ist die Gewährleistung der Netzstabilität, um dadurch die stabile Energieversorgung zu erreichen. Das Mittel ist hilfreich, wenn es

⁷⁸⁵ BVerfGE 7, 377 (408 f.); 25, 1 (11); 59, 302 (315).

⁷⁸⁶ BVerfGE 11, 168 (186).

⁷⁸⁷ BVerfGE 46, 120 (145 f.); 68, 193 (218).

⁷⁸⁸ BVerfGE 115, 276 (308); 80, 1 (24 f.); 117, 163 (188).

⁷⁸⁹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 12, Rn. 42.

⁷⁹⁰ Z. B. BVerfGE 19, 119 (126 f.) – Sachkundenachweis im Einzelhandel im Hinblick auf den Vertrauensschutz.

dem Problem abhilft, dass das Übertragungsnetz wegen der schwankenden Energieerzeugung der erneuerbaren Energien gefährdet oder gestört ist. Ob das Stilllegungsverbot das effektivste Mittel ist, kann das Bundesverfassungsgericht wegen des Prärogativs des Gesetzgebers nicht zu streng kontrollieren.

Eine andere Dimension ist das Gebot des Untermaßverbots. Die Regelung muss auch als Schutzmaßnahme die Schutzpflicht des Staats erfüllen. Mit anderen Worten: Die Regelung des Stilllegungsverbots muss die Gewährleistung der Energieversorgung wirksam fördern. Der Faktor, dass das Stilllegungsverbot die Gefährdung oder Störung der Netzstabilität wirksam verhindern kann, ist entweder als Eingriffsmaßnahme oder als Schutzmaßnahme legitimiert. Deshalb ist der Forderung nach Geeignetheit des Untermaßverbots auch genügt.

c. Erforderlichkeit

Der Eingriff muss erforderlich sein. Gemäß den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ist ein Mittel erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht eine andere, gleich wirksame, aber das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkende Maßnahme hätte wählen können⁷⁹¹. Der Gestaltungs- und Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers über die Erforderlichkeit ist wie der zur Geeignetheit weit⁷⁹². Welche Maßnahme die wirksamste ist, kann nicht immer durch die Praxis geprüft werden. Wenn die Prognose des Gesetzgebers nicht unvertretbar ist, soll diese Prognose akzeptiert werden⁷⁹³. Es gibt auch kein Optimierungsgebot, das aus dem Grundgesetz hergeleitet werden kann, den Gesetzgeber zu verpflichten, eine bestimmte, beste Lösung

⁷⁹¹ BVerfGE 30, 292 (316).

⁷⁹² Vgl. BVerfGE 77, 84 (109); 102, 197 (218).

⁷⁹³ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2010, Art. 12, Rn. 138.

zu wählen⁷⁹⁴. Wenn es im Gestaltungsraum mehrere Möglichkeiten gibt, soll der Gesetzgeber die Wahlfreiheit haben, welche Maßnahme durchzuführen ist. Der Gesetzgeber ist auch berechtigt, ein Alternativmittel zu wählen, um höhere finanzielle Aufwendungen zu vermeiden. In diesem Fall wird gegen das Prinzip der Erforderlichkeit nicht verstoßen⁷⁹⁵.

Das Stilllegungsverbot kann als das erforderliche Mittel angesehen werden, wenn es keine weniger intensive und gleich wirksame Maßnahme gibt. Der Hintergrund des Risikos der Netzstabilität wurde schon erklärt. Um das potenziellen Risiko für das Energieversorgungsnetz zu vermeiden, ist der Netzausbau langfristig die beste Lösung. Allerdings ist es nicht möglich, eine kurzfristige Gefährdung der Netzstabilität durch einen zeitaufwendigen Netzausbau zu beheben. Deshalb ist der Netzausbau nicht als gleich wirksames Mittel zu bewerten.

Eine andere Möglichkeit ist die Reduzierung der erneuerbaren Energien. Wenn die Menge der erneuerbaren Energien abnehmen würde, könnte das Risiko der Gefährdung der Netzstabilität vermindert werden. Zu überlegen ist, ob die Förderung der erneuerbaren Energien das Ziel verfolgt, die Umwelt zu schützen, und auch langfristig die Energieversorgung gewährleisten kann⁷⁹⁶. Dieses verfassungsrechtliche Gebot sollte auch berücksichtigt werden. Die Reduzierung der Förderung erneuerbarer Energien würde aber das Ziel des Umweltschutzes und der Sicherung der Energieversorgung langfristig gefährden; deshalb kann sie nicht als das mildere Mittel angesehen werden.

Eine denkbare Maßnahme wäre auch die Verstaatlichung des systemrelevanten Kraftwerks. Aber es ist zweifelhaft, ob die Verstaatlichung als milderes Mittel zu bewerten

⁷⁹⁴ G. Kirchhof, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, S. 177.

⁷⁹⁵ Manssen, Staatsrecht – Grundrechtsdogmatik, 1995, Rn. 630 f.

⁷⁹⁶ Siehe oben Kapitel B.

ist. Zunächst hat der Staat normalerweise keine hinreichenden Kenntnisse und nicht genügend Personal, um solche Anlagen zu betreiben. Die Aufwendungen eines Betriebs durch den Staat wären deutlich größer im Vergleich mit der Weiterbetreuung durch den alten Anlagenbetreiber. Aus diesem Gesichtspunkt kann die Verstaatlichung des systemrelevanten Kraftwerks nicht als gleich wirksame Maßnahme angesehen werden. Nach der Verstaatlichung würde der Anlagenbetreiber die Befugnis zur Disposition über sein Eigentum verlieren, weshalb der Eingriff auch nicht unbedingt milder wäre als das Stilllegungsverbot. Es gibt keine andere Maßnahme, die deutlich milder und gleich wirksam wäre, als es das Stilllegungsverbot ist, und deshalb kann das Stilllegungsverbot als erforderlich bewertet werden.

Als Schutzmaßnahme muss das Stilllegungsverbot ebenfalls ausreichen, um das Gemeinwohl zu schützen. Das systemrelevante Kraftwerk ist in der Lage, die schwankenden erneuerbaren Energien in Ausnahmefällen zu ersetzen und die Gefährdung der Netzstabilität zu vermeiden, und kann deshalb als ausreichende Maßnahme angesehen werden.

d. Angemessenheit

Letztlich spielt die Angemessenheit der Regelung eine besonders wichtige Rolle. Auf dieser Stufe muss geprüft werden, ob der Grundrechtseingriff und der angestrebte Zweck in angemessenem Verhältnis zueinander stehen⁷⁹⁷. Mit anderen Worten: ob die Regelung „zumutbar“ ist. Um die „Grenze der Zumutbarkeit“ zu ziehen, müssen alle betroffenen Interessen berücksichtigt werden⁷⁹⁸. In diesem Fall werden die Interessen des Kraftwerkbetreibers und das Gemeinwohl der stabilen Energieversorgung berück-

⁷⁹⁷ *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2010, Art. 12, Rn. 139.

⁷⁹⁸ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 13. Aufl. 2014, Art. 12, Rn. 44.

sichtigt. Ob beim Stilllegungsverbot die Interessen des Anlagenbetreibers und das Gemeinwohl in angemessenem Verhältnis zueinander stehen, soll im Folgenden geprüft werden.

aa. Realitätsnahe und sachgerechte Indienstnahme des Anlagenbetreibers

Es spielt in der Prüfungsphase der Angemessenheit eine wichtige Rolle, ob der in Dienst genommene Private besondere Verantwortung für das Gemeinwohl hat. Wenn dem systemrelevanten Anlagenbetreiber wegen seiner besonderen Sachnähe und seines besonderen Wissens zugemutet werden kann, die Gefährdung der Netzstabilität zu verhindern, kann die Maßnahme des Stilllegungsverbots gerechtfertigt werden.

Zuerst kann betont werden, dass der Anlagenbetreiber nicht der Verursacher des Risikos ist. Die potenzielle Gefährdung der Netzstabilität ergibt sich aus der Förderung erneuerbarer Energien. Deshalb ist die Stelle des Anlagenbetreibers eher mit dem polizeirechtlichen Nichtstörer vergleichbar. Der Anlagenbetreiber ist nicht der Verursacher, hat aber die Fähigkeit und die Fachkenntnisse, das Übertragungsnetz in bestimmten Fällen vor der Gefahr zu schützen. Wenn der Staat selbst ein neues Kraftwerk bauen und betreiben würde, dann müsste Personal mit den gleichen Fachkenntnissen eingesetzt werden, ansonsten könnte dem Risiko nicht vorgebeugt werden. Aus Sicht der Effizienz wäre diese alternative Maßnahme keine gute Idee, und die Weiterbetreuung des Kraftwerks ist für den Anlagenbetreiber auch keine völlig fremde Tätigkeit. Außer dem systemrelevanten Anlagenbetreiber gibt es eigentlich auch keinen, der das Risiko der Netzstabilität zeitgerecht beheben könnte. Wegen seiner Fähigkeit steht der systemrelevante Anlagenbetreiber im Vergleich zu anderen Bürgern näher zum Gemeinwohl.

bb. Abwägung

Es ist auch wichtig, dass die Maßnahme für den Betroffenen nicht unzumutbar ist. Das Stilllegungsverbot ist ein sehr schwerwiegender Eingriff für den Kraftwerksbetreiber. Allerdings sind die entgegenstehenden öffentlichen Interessen auch überragend wichtig. Für den Betreiber des systemrelevanten Kraftwerks fällt die entscheidende Fähigkeit weg, das nicht mehr profitable Geschäft zu beenden und das Kapital in einen anderen Bereich zu investieren⁷⁹⁹. Dies untersagt der Gesetzgeber mit dieser Maßnahme und gefährdet so die Existenz des Unternehmens.

Aber dieser schwerste Eingriff in die Berufsfreiheit ist unvermeidlich, um die Stabilität des gesamten Netzes, die als Gemeinwohlgut auf höchstem Niveau eingestuft wird, zu sichern. In dem Fall der Gefährdung der Netzstabilität ist der Gesetzgeber verpflichtet, ausreichende Schutzmaßnahmen zu ergreifen, und dann muss die Verwaltung, die Bundesnetzagentur, die durch den Gesetzgeber verabschiedete Maßnahme ergreifen. Der Status der systemrelevanten Anlage ist nicht mehr nur ein privatrechtliches Geschäft, sondern wird als ein Teil der Infrastruktur eingestuft. Ohne diesen Teil kann die Funktion des Übertragungsnetzes in bestimmtem Umfang beschädigt werden. Wenn die systemrelevante Anlage funktionaler Teil des Übertragungsnetzes ist, soll sie wegen ihrer kritischen Stellung in der Infrastruktur sowieso unter stärkerer Kontrolle stehen⁸⁰⁰.

Zu berücksichtigen ist, dass die Interessen des Anlagenbetreibers auch in dem Entscheidungsverfahren beachtet werden müssen. Der Gesetzgeber hat das verfassungsrechtliche Gebot auch im Gesetz konkretisiert. Zuerst wird der Umfang der Beschränkung durch das Konzept „Systemrelevanz“ begrenzt. Gemäß § 13 a Abs. 2 S. 1 EnWG

⁷⁹⁹ *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salije/Schmidt-Preuß, *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 107, Rn. 31.

⁸⁰⁰ Vgl. *Steffens*, *VerwArch* 105 (2014), S. 331.

muss der Übertragungsnetzbetreiber seinen Antrag auf Genehmigung der Ausweisung nach Prüfung der Anzeige einer Stilllegung begründen. Das Stilllegungsverbot für eine Anlage darf nur 24 Monate dauern (§ 13 a Abs. 2 S. 9 EnWG). Neben der zeitlichen Beschränkung wird das Interesse des betroffenen Anlagenbetreibers auch durch die Beteiligung an dem Verfahren geschützt. Der Übertragungsnetzbetreiber muss nach § 3 Abs. 1 NetzResV mit der Bundesnetzagentur zusammenarbeiten und den Bedarf der Erzeugungskapazität für die Netzreserve bestimmen. Die für die Prüfung der Netzreserve und die Systemanalyse sowie die Parameter relevanten Werte müssen veröffentlicht werden.

Eine kostenlose Indienstnahme ist im Fall des Stilllegungsverbots nicht verfassungsgemäß, da der Anlagenbetreiber keine Möglichkeit einer besonderen Zurechnung für die Kosten der Weiterbetrieung des Kraftwerks hat. Eine Tragung der Kosten wird dann zu einer unzumutbaren Belastung für den Grundrechtsträger. Nach § 13 c Abs. 1 EnWG müssen die Kosten des Betriebes der systemrelevanten Anlage vergütet werden. Nach § 4 Abs. 2 NetzResV können die Betreiber von Anlagen ihr Interesse am Abschluss eines Vertrags zur Aufnahme ihrer Anlage in die Netzreserve bekunden. Mit der Kostenerstattung wird die Intensität des Eingriffs zumindest erleichtert. Ob die Abwälzung dieser Kosten an die Energieverbraucher verfassungsmäßig ist, wird weiter in Kapitel E diskutiert.

Das Stilllegungsverbot ist eine nötige Maßnahme, um die Schutzpflicht des Staats zu erfüllen. Ohne es kann die Gefahr der Netzstabilität nicht ausgeschlossen werden. Die Maßnahme wird nur eintreten, wenn eine Anlage als systemrelevant bewertet wird, und ist nur 24 Monate gültig. Die Indienstnahme wird auch entschädigt. Aus diesen Gründen kann das Stilllegungsverbot für die Betreiber von systemrelevanten Anlagen trotz des schwerwiegenden Eingriffs gerechtfertigt werden.

Das Stilllegungsverbot soll als eine Maßnahme für die Transformationszeit des Energiemarkts erlassen werden. In der Zukunft soll mit dem Ausbau des Übertragungsnetzes die Erforderlichkeit des Stilllegungsverbots immer mehr schwinden. Auf der anderen Seite kann der Betreiber des Übertragungsnetzes durch eine vertragliche Maßnahme die benötigten Kapazitäten schaffen. Der tiefste Eingriff in die Berufsfreiheit, insbesondere in die Investitionsfreiheit, könnte dann mit der geänderten Situation nicht mehr gerechtfertigt werden.

E. Kostenausgleich

I. Finanzverantwortung

Die Kosten des Stilllegungsverbots werden zunächst von dem Betreiber des Übertragungsnetzes vergütet (§ 13 c Abs. 1 EnWG) und danach von ihm auf die Energieverbraucher abgewälzt (§ 13 c Abs. 5 EnWG). Zu klären bleibt die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Abwälzung. Ob die Vergütung der systemrelevanten Anlage trotz ihres privatrechtlichen Charakters als eine öffentliche Abgabe eingestuft werden soll, muss genauer analysiert werden, weil die Sonderabgabe nur unter strengeren Voraussetzungen gerechtfertigt werden kann. In diesem Kapitel werden zuerst die gesetzlichen Regelungen zur Kostenerstattung bei einem Stilllegungsverbot untersucht, und danach wird analysiert, in welchem Verhältnis Begünstigter und Kostenträger zueinander stehen.

1. Vergütung

Nach § 13 c Abs. 1 und Abs. 3 EnWG müssen die Kosten, die durch ein vorläufiges oder endgültiges Stilllegungsverbot entstehen, mit einer angemessenen Vergütung erstattet werden. Die Opportunitätskosten, die nach der alten Fassung der Netzreserveverordnung nicht erstattungsfähig waren, sind nach § 13 c Abs. 4 n. F. mit einer angemessenen Verzinsung jetzt zu erstatten. Gemäß § 13 c Abs. 1 EnWG soll die Vergütung für ein vorläufiges Stilllegungsverbot die folgenden Punkte umfassen:

1. die für die Vorhaltung und die Herstellung der Betriebsbereitschaft notwendigen Auslagen (Betriebsbereitschaftsauslagen),
2. die Erzeugungsauslagen und
3. den anteiligen Wertverbrauch.

Bei der Erteilung eines endgültigen Stilllegungsverbots sind gemäß § 13 c Abs. 3 EnWG die Kosten für die erforderlichen Erhaltungsmaßnahmen laut § 13 b Abs. 5 S. 11 EnWG die Betriebsbereitschaftsauslagen und die Erzeugungsauslagen (Erhaltungsauslagen) erstattungsfähig. Sie sind ab dem Zeitpunkt erstattungsfähig, an dem der Betreiber eines Übertragungsnetzes die Systemrelevanz ausweist.

Nach § 13 Abs. 5 EnWG können die durch die Vergütung entstehenden Kosten der Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 11 Abs. 2 S. 4 ARegV als dauerhafte und nicht beeinflussbare Kostenanteile anerkannt werden. Nicht beeinflussbar bedeutet dabei, dass die entsprechenden Kostenanteile für einen Effizienzvergleich nicht zugänglich sind⁸⁰¹. Diese Kosten werden auf die Netznutzungsentgelte abgewälzt, die Mehrkosten also letztendlich durch den Endverbraucher getragen.

2. Der Gewährleistungsstaat

Die Versorgungssicherheit ist ein zentrales Anliegen der Energieregulierung. Jedoch ist der Staat nach der Liberalisierung der Energiemärkte nicht länger selbst Energieversorger; Privatunternehmen haben die Aufgabe übernommen, die Energienachfrage zu erfüllen. Das Rechtssystem muss sich an diese Änderung anpassen. Die entscheidende Frage ist, welche Rollen der Staat und die Privatunternehmen für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit jeweils spielen sollen. Dazu muss das Verhältnis zwischen Staat und Bürger untersucht werden, denn im Vergleich zu früher hat sich die Verantwortlichkeit des Staats geändert. Anhand des Begriffs des Gewährleistungsstaats lässt sich diese Veränderung gut darstellen. *Hoffmann-Riem* hat das Konzept des Gewährleistungsstaats formuliert⁸⁰²: Vom Staat wird auch dort, wo er Aufgaben nicht

⁸⁰¹ *Meyer/Paulus* in: Holznagel/Schütz, Anreizregulierungsverordnung Kommentar, 2013, § 11, Rn. 54.

⁸⁰² *Hoffmann-Riem*, in: Schuppert, Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 91.

eigenhändig erfüllt und Leistungen nicht selbst erbringt, erwartet, dass er gewährleistet und Strukturen dafür bereitstellt, dass Lösungen für gesellschaftliche Probleme möglichst vielen gesellschaftlichen Interessen gerecht werden. Die ubiquitären Prozesse der Liberalisierung der Wirtschaft und die damit verbundenen Privatisierungen sind Zeichen einer Veränderung der Rolle der Verwaltung innerhalb des Gewährleistungsstaats⁸⁰³. Auch die Energieversorgung wird mit der Aufgabenprivatisierung nach geltender Rechtsordnung nicht mehr vom Staat selbst durchgeführt. Der tritt die Erfüllungsverantwortung an die Gesellschaft ab und behält die Versorgungsgarantie.

a. Infrastrukturverantwortung des Staats

Die Infrastruktur spielt im Rahmen der Gesamtwirtschaft immer eine besonders wichtige Rolle. Normalerweise können sich Infrastrukturbereiche, wie etwa das Straßennetz oder die Schienenwege, ohne staatliches Engagement nicht erfolgreich entwickeln⁸⁰⁴. Deshalb besteht naturgemäß eine enge Verbindung zwischen Infrastrukturen und staatlicher Verantwortlichkeit. Infrastrukturen sind im Wesentlichen Bestandteile der öffentlichen Daseinsvorsorge, weil insbesondere die Bevölkerung auf deren Leistungsfähigkeit angewiesen ist⁸⁰⁵.

Infrastrukturbereiche werden mit der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung immer komplexer, sie sind in starkem Maß durch die moderne Wissenschaft und die damit verbundenen technologischen Errungenschaften geprägt. Ein Konzept einer wirtschaftlichen Infrastruktur⁸⁰⁶ wird erforderlich. Dazu gehören alle von der öffentlichen Hand getragenen oder beeinflussten Maßnahmen zur Schaffung, zur Unterhaltung so-

⁸⁰³ Vgl. *Franzius*, *VerwArch* 99 (2008), S. 351.

⁸⁰⁴ *Hermes*, *Die staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 164.

⁸⁰⁵ *Hermes*, *Die staatliche Infrastrukturverantwortung*, 1998, S. 165.

⁸⁰⁶ *Stober*, *Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts*, 1989, S. 598.

wie zur bedarfsgerechten, dem technischen Fortschritt entsprechenden Weiterentwicklung von Einrichtungen, die geeignet sind, gegenwärtig und künftig eine funktionierende, leistungs- und wettbewerbsfähige Wirtschaftstätigkeit zu gewährleisten. Das Bundesverfassungsgericht hat die Einrichtungen der Energie- und Wasserversorgung, des Nahverkehrs und der Abfallbeseitigung sowie Krankenhäuser, Altenheime und Kindergärten als „örtliche Infrastruktur“ gekennzeichnet⁸⁰⁷. *Hermes* hat eine verfassungsrechtliche Neukonzeption des Staatsaufgabenverständnisses im Hinblick auf netzgebundene Infrastrukturen vorgelegt. Daraus lassen sich konkrete Schlussfolgerungen für den rechtliche Rahmen der leitungsgebundenen Energieversorgung entwickeln. Nach der Untersuchung von *Hermes* soll der private oder der „gemischt-wirtschaftliche“ Betrieb von Infrastruktureinheiten, insbesondere derjenige von Energieversorgungsnetzen einer „übertragenen Aufgabenerfüllung“ zugeordnet werden. Diese unterliege engen Bindungen, sodass der Status des Betreibers „dem eines Beliehenen“ nahekomme⁸⁰⁸. Ein Energieversorgungsunternehmen sei demnach nicht Teilnehmer am wirtschaftlichen Wettbewerb, sondern „Träger einer öffentlichen Einrichtung oder einer öffentlichen Sache“. Es könne sich bei der staatlichen Konkretisierung seiner Allgemeinwohlbindung nicht auf Grundrechte berufen⁸⁰⁹.

b. Kooperation von Staat und Gesellschaft

Es kann nicht geleugnet werden, dass das Energieversorgungsnetz als Infrastruktur mit der öffentlichen Aufgabe einer zuverlässigen Energieversorgung der Bevölkerung untrennbar verbunden ist. Allerdings ist zu beachten, dass sich nach der Privatisierung

⁸⁰⁷ BVerfGE 38, 258 (270 f.).

⁸⁰⁸ *Hermes*, Die staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 9 sowie S. 380.

⁸⁰⁹ *Hermes*, Die staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 9 sowie S. 381 f.

der Energieversorgung die Verantwortung des Staats verändert hat und sich Infrastrukturbestandteile wie das Übertragungsnetz nicht mehr in seinem Eigentum befinden. Für den Staat bleibt es jedoch im Rahmen seiner Verantwortung für die öffentliche Daseinsvorsorge weiterhin eine Hauptaufgabe, eine stabile Energieversorgung trotz dieser Änderungen zu gewährleisten. Er muss folglich durch unterschiedlichen Maßnahmen sowie durch verwaltungsrechtliche Aufsicht den Ausbau und den Erhalt des Energieversorgungsnetzes so kontrollieren, dass dem Bedarf der Verbraucher jederzeit entsprochen wird. Wenn ein Kraftwerk für die Stabilität des Übertragungsnetzes wichtig ist, wird es als ein Teil der gesamten Infrastruktur der Energieversorgung angesehen, und der Staat steht in einer besonderen Verantwortung für den Erhalt dieses Kraftwerks. Insofern sind die Regelungen des Stilllegungsverbots zur Sicherstellung der gesamten Infrastruktur einzusetzen und damit Bestandteil der Erfüllung der Gewährleistungsverantwortung.

Es ist zulässig, den Energieversorgungsunternehmen Pflichten nachträglich aufzuerlegen, um die Versorgungssicherheit zu gewährleisten. Die Kosten müssen aber ausgeglichen werden. Wer für die Kostenerstattung verantwortlich ist, hängt davon ab, wie der Staat sich zu den Energieversorgungsunternehmen verhält. Zu fragen ist, ob der Staat aufgrund der Gewährleistungsverantwortung für die Kostenerstattung verantwortlich ist. Die Pflicht des Finanzausgleichs lässt sich aus dieser Verantwortung nicht ableiten. Der Staat hat bestimmte Freiräume, um eine öffentliche Aufgabe von Privaten erledigen zu lassen und die Kosten im wirtschaftlichen Marktsystem zu refinanzieren. Der Betreiber einer Anlage hat bei einem Stilllegungsverbot einen Anspruch auf angemessene Vergütung gegen den Betreiber des Übertragungsnetzes. Diese Regelung greift in die Freiheit des Übertragungsnetzbetreibers ein. Dieser kann die Kosten durch

die Netznutzungsentgelte auf den Endverbraucher abwälzen. Ob diese Abwälzung an Energieendverbraucher als Abgabe zu klassifizieren ist, wird untersucht werden.

II. Einordnung der Regelung der Vergütung

Ein weiterer wichtiger Punkt ist, welche Mittel zum Ausgleich der Finanzlast von Kraftwerksbetreibern eingesetzt werden sollen, da hierbei unterschiedliche verfassungsrechtliche Maßstäbe zu berücksichtigen sind. Die Regelung des Kostenausgleichs nach § 13 c EnWG hat eine Zahlungspflicht für den Betreiber von Übertragungsnetzen zur Folge. Diese Kosten werden durch die Netznutzungsentgelte schließlich auf den Endverbraucher abgewälzt. Auf den ersten Blick betrifft diese Regelung nur Private, denn auf die Geldleistung erhält der Staat keinen direkten Zugriff. Allerdings könnte die Regelung aufgrund großer staatlicher Einflussnahme als eine Sonderabgabe eingestuft werden. Ob der Staat in der Tat auf diesem Umweg eine Sonderabgabe erhebt oder der Gesetzgeber eine Preisregelung vornimmt, muss unter Berücksichtigung des Charakters der Sonderabgabe analysiert werden.

1. Preisregelung

In der Praxis wird die Befriedigung öffentlicher Interessen sehr oft durch Preisregelungen vorgenommen. Viele Produkte, zum Beispiel Arzneimittel oder Lebensmittel, können einer Preisbindung unterliegen oder steuerlich entlastet sein. Produkte dürfen aufgrund des Schutzes von Gemeinwohlsgütern gefördert werden, beispielsweise wenn sie dem Umweltschutz oder der Naturerhaltung dienen. Somit können die Merkmale einer Preisregelung wie folgt formuliert werden: Ein Marktpreis kann durch einen staatlichen Eingriff entweder künstlich auf einem niedrigen Niveau gehalten oder in Form einer Mindestvergütung regulierend erhöht werden, ohne dass der Staat bei der

Preiserhebung dazwischengeschaltet wird⁸¹⁰. Hier lässt sich die Überschneidung von staatlicher Preisregelung und öffentlich-rechtlicher Abgabe sehr deutlich erkennen. Bei beiden Rechtsinstituten handelt es sich um die Auferlegung einer Geldleistung. Die Preisregelung hat aber in der Regel mit privatrechtlichen Austauschverhältnissen zu tun. Durch sie kann ein aus gesetzgeberischer Sicht angemessener Preis gestaltet und so der Gefahr eines Marktversagens entgegengewirkt werden⁸¹¹. Zu regulieren ist dabei lediglich der Vorgang des Wertaustauschs zwischen Parteien, wobei die Regulierung nicht unbedingt auf Waren beschränkt sein muss und auch Dienstleistungen oder ideelle Werte beinhalten kann⁸¹².

Die Preisregelung fällt grundsätzlich nicht in den Anwendungsbereich der Finanzverfassung. Nach der Vorgabe des Bundesverfassungsgerichts berühren Preisinterventionen des Staats nur den Bereich privatautonom vereinbarter Leistungsbeziehungen, weshalb es bereits genügt, dass die Preisinterventionen den formellen und materiellen Voraussetzungen des Grundgesetzes entsprechen⁸¹³.

Beim Fall der Mindestvergütung wird immer wieder die Frage gestellt, ob diese als Preisregelung oder eher als eine Sonderabgabe eingestuft werden muss. Ob die Vergütung der Kosten einer Anlage, deren Stilllegung aufgrund ihrer Relevanz für ein Infrastruktursystem mit öffentlicher Versorgungsaufgabe verboten wird, als eine Preisfestlegung im oben angeführten Sinne eingeordnet werden kann, soll nach einer Betrachtung der Systematik von Sonderabgaben analysiert werden.

⁸¹⁰ *Schwichtenberg*, Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht Nr. 02/13 2013, S. 13.

⁸¹¹ *Rheker*, Die rechtliche Einordnung der EEG-Umlage als Sonderabgabe oder als Preisregelung, 2016, S. 95 f.

⁸¹² *Rheker*, Die rechtliche Einordnung der EEG-Umlage als Sonderabgabe oder als Preisregelung, 2016, S. 96.

⁸¹³ BVerfGE 114, 196 (250).

2. Sonderabgabe

Da die staatlichen öffentlichen Aufgaben grundsätzlich durch Steuern finanziert werden sollen, ist die Erhebung anderer Abgaben nicht ohne Weiteres zulässig. Hierbei sind die Sonderabgaben besonders problematisch. Wie oben bereits erwähnt, besitzt die Sonderabgabe im Vergleich zu anderen Abgabearten einen großen Makel: Sie steht mit Steuern in einem Konkurrenzverhältnis. Es gibt keine expliziten Regelungen über den Abgabentypus ‚Sonderabgabe‘ im Grundgesetz. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bildet sie eine eigenständige Abgabenart zur Finanzierung besonderer Aufgaben außerhalb des allgemeinen Staatshaushalts und beschränkt sich dabei auf besondere Gruppen von Abgabepflichtigen⁸¹⁴. Danach muss es für die Sonderabgabe eine besondere Rechtfertigung geben. Das Problem der Sonderabgabe ist die Budgetflüchtigkeit, weshalb das Bundesverfassungsgericht ihr nur die Stellung einer zeitlich begrenzten, seltenen und jederzeit zurücknehmbaren Ausnahme zuweist⁸¹⁵. Aufgrund dieses Ausnahmecharakters muss die Legitimation der Sonderabgabe periodisch überprüft werden⁸¹⁶. In der Praxis stellen Sonderabgaben indessen keine Ausnahmen dar. Vielmehr greift der Staat zur Finanzierung seiner Aufgaben häufig auf dieses Instrument zurück⁸¹⁷. So werden allein im Verantwortungsbereich des Bundes fast 30 verschiedene Sonderabgaben erhoben⁸¹⁸. Um aufgrund dieser Häufigkeit eine Beliebigkeit zu vermeiden, bietet sich eine Kontrolle unter besonderen Zulässigkeitskriterien an.

⁸¹⁴ BVerfGE 82, 159 (181); 81, 156 (186 f.).

⁸¹⁵ BVerfGE 55, 274 (300 f.).

⁸¹⁶ P. Kirchhof, Jura 1983, S. 516.

⁸¹⁷ F. Kirchhof, Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Aufl. 2001, S. 10.

⁸¹⁸ Wahlhäuser, NVwZ 2005, S. 1390.

Es gibt verschiedene Formen von Sonderabgaben. Die meisten gehören zur Gruppe der Sonderabgaben mit Finanzierungszweck⁸¹⁹. Daneben kann die Sonderabgabe auch als Lenkungsinstrument genutzt werden. Sie belastet dann bestimmte dem Staat unerwünschte Verhaltensweisen mit dem Zweck, den potenziellen Abgabeschuldner so zu einem gewünschten Verhalten zu bewegen⁸²⁰. Ein Beispiel dafür ist die Schwerbehindertenabgabe, die Arbeitgeber dazu anhalten soll, Schwerbehinderte einzustellen, um die Abgabe nicht entrichten zu müssen⁸²¹. Es gibt auch den Subtyp der Ausgleichsabgabe. Dabei wird eine Abgabe erhoben, um bestimmte Vorteile, die durch den Staat subventioniert werden, zu revidieren⁸²². Um eine Abgabe einem bestimmten Typ zuzuordnen zu können, muss auf den primären Zweck der Abgabe abgestellt werden⁸²³.

a. Wirksamkeitsvoraussetzungen von Sonderabgaben

aa. Verfolgung eines Sachzwecks

Es ist nicht erlaubt, eine Sonderabgabe allein aus Gründen der bloßen Mittelbeschaffung zu erheben⁸²⁴. Dieses Verbot ist unumgänglich, wenn Sonderabgaben von der Steuer unterschieden werden sollen. Der Gesetzgeber darf trotz seiner Sachkompetenz nicht ohne Verfolgung eines Sachzwecks eine Sonderabgabe erheben. Beispielsweise hat das Bundesverfassungsgericht in einer Entscheidung die Erhebung einer Altenpflegeumlage zugelassen, da sie die Steigerung der Attraktivität der Altenpflegeausbildung verfolge und nicht nur der Beschaffung von Finanzierungsmitteln diene⁸²⁵.

⁸¹⁹ *Germelmann*, GewArch 2009, S. 477.

⁸²⁰ *P. Kirchhof*, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 3. Aufl. 2007, § 119, Rn. 93.

⁸²¹ BVerfGE 57, 139 (167).

⁸²² BVerfGE 78, 249 (266).

⁸²³ *Germelmann*, GewArch 2009, S. 477; *Ossenbühl*, DVBl. 2005, S. 667; *Jarass*, DÖV 1989, S. 1017 ff.

⁸²⁴ BVerfGE 108, 186 (220); *Jochum*, StuW 2006, S. 139.

⁸²⁵ BVerfGE 108, 186 (220 f.).

bb. Gruppenhomogenität

Zunächst muss eine abgrenzbare, homogene gesellschaftliche Gruppe existieren, die sich durch eine gemeinsame, in der Rechtsordnung oder der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorgegebene Interessenlage oder durch besondere gemeinsame Gegebenheiten von der Allgemeinheit und von anderen Gruppen unterscheidet⁸²⁶. Ohne diese Voraussetzung kann eine Sonderabgabe nur sehr schwer von einer Steuer unterschieden werden. Die Existenz einer solchen homogenen Gruppe begrenzt die Anwendbarkeit der Sonderabgabe und kann dadurch ihre verfassungsrechtliche Bedenklichkeit entschärfen⁸²⁷. Mit einer strengen Definition der Homogenität kann die Berechtigung von Sonderabgaben bereits in der Vorphase bejaht oder verneint werden. Das Bundesverfassungsgericht setzt diese Hürde, um den Ausnahmecharakter der Sonderabgabe zu sichern⁸²⁸.

Ob eine Gruppe als homogen qualifiziert werden kann, ist nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts von dem mit der Sonderabgabe verfolgten Zweck abhängig. Jedes Gruppenmitglied muss das Merkmal einer besonderen Nähe zu diesem Zweck aufweisen⁸²⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat z. B. die Arbeitgeber als homogene Gruppe qualifiziert, weil sie sich selbst als solche begreifen, was sich daran zeige, dass sie sich in Arbeitgeberorganisationen zusammengeschlossen hätten⁸³⁰. Die Unternehmen der Land- und Ernährungswirtschaft gelten in Bezug auf den Absatzfonds ebenfalls als homogene Gruppe wegen „ihrer gemeinsamen Betroffenheit als Wettbewerber innerhalb der Europäischen Gemeinschaft“⁸³¹. Für einkommensteuerpflichtigen Personen

⁸²⁶ BVerfGE 82, 159 (180); *Heimlich*, NVwZ 1998, S. 123.

⁸²⁷ Vgl. *Kluth*, JA 1996, S. 262.

⁸²⁸ *Waldhoff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl., § 67, Rn. 164.

⁸²⁹ *Waldhoff*, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Aufl., § 67, Rn. 165.

⁸³⁰ BVerfGE 55, 274.

⁸³¹ BVerfGE 82, 159.

mit einem bestimmten, genau abgrenzbaren Einkommen⁸³² oder für die Stromverbraucher⁸³³ wird dagegen die Qualifizierung als homogene Gruppe verneint. *Ossenbühl* kritisiert die Pauschalität der Begründung der bejahenden Entscheidungen. Seiner Meinung nach können Kriterien zur Ermöglichung einer Sonderabgabe nicht separat diskutiert werden, sondern müssen zusammen mit dem zentralen Kernpunkt, der Finanzierungsverantwortung, betrachtet werden⁸³⁴. Diese Ansicht ist als mit der Natur der Sonderabgabe vereinbar anzusehen, denn eine genaue Analyse führt zu dem Ergebnis, dass alle Zulässigkeitskriterien einer Sonderabgabe in der Umformulierung der Finanzierungsverantwortung gründen. Allein durch sie kann eine homogene Gruppe bestimmt werden, und folglich kann die Sonderabgabe nur aufgrund der Finanzierungsverantwortung zweckgemäß genutzt werden⁸³⁵.

cc. Sachnähe und Gruppenverantwortung

Wie oben schon erwähnt wurde, kann die Erhebung einer Sonderabgabe grundsätzlich durchgeführt werden, wenn die belastete homogene Gruppe mit dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck in Beziehung steht⁸³⁶, und zwar muss diese Gruppe mit dem mit der Erhebung verfolgten Zweck deutlich näher verbunden sein als jede andere Gruppe und die Allgemeinheit der Steuerzahler⁸³⁷. In der Leitentscheidung zur Ausbildungsplatzförderungsabgabe hat das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung der „Sachnähe“ betont. Da sie für die Beurteilung der Zulässigkeit der Sonderabgabe bedeutsam sei, müsse der Begriff der Sachnähe nicht formal, sondern materiell-inhaltlich bestimmt werden. Ihre Festlegung in Beziehung zu bestimmten Gruppen müsse unter

⁸³² BVerfGE 67, 256 (279).

⁸³³ BVerfGE 91, 186 (205).

⁸³⁴ *Ossenbühl*, DVBl. 2005, S. 670 f.

⁸³⁵ Vgl. *Staudacher*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Sonderabgaben, 2004, S. 59.

⁸³⁶ *Heimlich*, NVwZ 1998, S. 124.

⁸³⁷ *Jarass*, DÖV 1989, S. 1018.

Anknüpfung an vorgegebene Strukturen der Lebenswirklichkeit und unter Berücksichtigung der Rechts- und Sozialordnung vorgenommen werden⁸³⁸. Um das Prinzip der Lastengleichheit zu erfüllen, muss der Gesetzgeber die Sachnähe der Sonderabgabe real vorfinden und darf sie nicht durch Gesetz selbst herstellen⁸³⁹. Durch diese Voraussetzung kann die Sonderabgabe von der Steuer deutlich abgegrenzt werden.

Im vorherigen Kapitel D⁸⁴⁰ wurde das Thema der Sachnähe schon einmal diskutiert. In unterschiedlichen Rechtsbereichen gibt es bereits viele Begriffe, um die Zurechenbarkeit im Sinne von Sachnähe zu verankern. Um dabei einen Ausnahmezustand zu rechtfertigen, muss der Gesetzgeber solide und plausible Gründe anführen. Besonders wichtig ist, dass Finanzierungsverantwortung und Sachnähe nicht ohne Grund verbunden werden dürfen. In der Entscheidung zur Ausbildungsabgabe werden beispielsweise die Arbeitgeber aus ihrer spezifischen geschichtlichen Entwicklung heraus dargestellt und ihre rechtliche Sonderstellung als Gruppe aufgrund ihrer Homogenität eingestuft. Zudem wird ihre spezifische Gruppenverantwortung aus der „Natur der Sache“ begründet, da nur Arbeitgeber über die Möglichkeit verfügen, Arbeitsplätze zu schaffen⁸⁴¹. Sicherlich ist es möglich, dass man Arbeitgeber in eine spezifische abgrenzbare gesellschaftliche Position einordnen kann, weil sie in der Lage sind, Arbeitsplätze zu schaffen; allerdings kann daraus nicht die Schlussfolgerung für die Finanzierungsverantwortung hinsichtlich der Ausbildungsabgabe abgeleitet werden. *Staudacher* hat die Schlussfolgerung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Fall der Enteignung verglichen. Trotz des Sachgrunds des öffentlichen Interesses erhalte der Eigentümer von Grund und Boden im Falle seiner Enteignung eine Entschädigung⁸⁴².

⁸³⁸ BVerfGE 55, 274 (306 f.).

⁸³⁹ P. Kirchhof, in: Isensee/Kirchhof, HbStR V, 3. Aufl. 2007, § 119, Rn. 81.

⁸⁴⁰ Siehe oben (D. III. 2. d.).

⁸⁴¹ BVerfGE 55, 274 (312 f.).

⁸⁴² *Staudacher*, Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Sonderabgaben, 2004, S. 60 f.

Dieses Beispiel zeigt, dass die Finanzierungsverantwortung einer Gruppe neben dem Tatbestand der Sachnähe weitere Begründungen erfordert.

dd. Gruppennützige Verwendung des Aufkommens

Die Verwendung des Aufkommens von erhobenen Abgaben ist ebenfalls nicht beliebig, sondern unterliegt Beschränkungen. Eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts dazu lautet: „Die außersteuerliche Belastung von Angehörigen einer Gruppe setzt voraus, dass zwischen den Belastungen und den Begünstigungen, die die Sonderabgabe bewirkt, eine sachgerechte Verknüpfung besteht. Das ist der Fall, wenn das Abgabeaufkommen im Interesse der Gruppen der Abgabepflichten, also ‚gruppennützig‘ verwendet wird.“⁸⁴³. Dieses Kriterium einer gruppennützigen Verwendung hat verschiedene Zwecke. Zuerst ist es unter haushaltsrechtlichem Aspekt von Bedeutung, da die gruppennützige Verwendung verhindern kann, dass Verwaltungen die Abgabeaufkommen willkürlich verwenden. Die Haushaltsflüchtigkeit der Abgabe kann somit von vornherein vermieden werden. Zudem erleichtert das Kriterium einer gruppennützigen Verwendung die Abgrenzung von der Steuer⁸⁴⁴.

ee. Haushaltsrechtliche Informationspflicht

In der Entscheidung zur Altenpflegeumlage hat das Bundesverfassungsgericht geäußert: „Eine hinreichende Information über Bestand und Entwicklung der verschiedenen Sonderabgaben ist notwendige Voraussetzung gerade auch für eine effektive Wahrnehmung der speziellen Kontroll- und Anpassungspflichten des Sonderabgabengesetzgebers.“⁸⁴⁵ Diese Berichtspflicht wird in einer jüngeren Entscheidung zu einer

⁸⁴³ BVerfGE 55, 274 (307 f.).

⁸⁴⁴ *Schiller*, Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, 2000, S. 122.

⁸⁴⁵ BVerfGE 108, 186 (219).

Sonderabgabe – zur Verfassungsmäßigkeit der Beiträge zum Klärschlamm-Entschädigungsfonds – erneut bestätigt⁸⁴⁶.

b. Anwendbarkeit der Sonderabgabendogmatik

Ob die Vergütung von Kosten aus der Verhinderung einer Stilllegung eines systemrelevanten Kraftwerks als Sonderabgabe angesehen werden kann oder ob zumindest wegen der Ähnlichkeit mit anderen öffentlichen Gefährdungssituationen für die Finanzverfassung gleiche Maßstäbe gelten können, lässt sich unter verschiedenen Gesichtspunkten betrachten.

Diskussionen um die Anwendbarkeit abgabenrechtlicher Maßnahmen im Rahmen der Bestimmungen des Stromeinspeisungsgesetzes sollen bei der hier analysierten Situation berücksichtigt werden. Viele Kritiker vergleichen die Förderregelungen des Stromeinspeisungsgesetzes mit dem als verfassungswidrig beurteilten „Kohlepfennig“ und ziehen daraus unterschiedliche Schlussfolgerungen. Es gibt grundsätzlich zwei Ausgangspunkte, um die finanzverfassungsrechtlich relevanten Regelungen zu bewerten: Es kann entweder auf formale Maßstäbe oder auf materielle Verbindungen abgestellt werden.

aa. Formale Maßstäbe

Ein formaler Maßstab hat den Vorteil der Klarheit aufgrund einer festgelegten Regelung. Um den Anforderungen des Finanzverfassungsrechts zu entsprechen, muss es sich dabei allerdings um ein Rechtsverhältnis in einem formal hoheitlichen Bereich handeln⁸⁴⁷. Öffentliche Abgaben, zu denen die Sonderabgaben zählen, sind im Rechtsinne öffentlich-rechtliche Zahlungspflichten des Schuldners gegenüber juristischen

⁸⁴⁶ BVerfGE 110, 370 (389, 393).

⁸⁴⁷ *Altrock*, Subventionierende Preisregelungen, 2002, S. 126.

Personen des öffentlichen Rechts, die deren Einnahmenerzielung dienen und gegebenenfalls im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchgesetzt werden können⁸⁴⁸. Falls die Pflicht zur Geldleistung ein öffentlich-rechtlich organisiertes Rechtssubjekt trifft, ist die Frage des Abgabenrechts berührt, ansonsten sollen die Regelungen als Preisgestaltungen zwischen privatrechtlichen Trägern gelten. Wenn keine öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht und keine Abgabengläubiger vorliegen, sondern es lediglich einen direkten Kontakt zum privaten Wirtschaftssubjekt gibt, wird es sich immer um Preispolitik – und damit um Wirtschaftspolitik –, nicht aber um Finanzpolitik handeln⁸⁴⁹. Der Vorteil des formellen Maßstabs ist folglich die Klarheit der Begrenzung. Es lässt sich unmittelbar erkennen, ob eine öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht existiert oder nicht.

Die Abgrenzung wird von der Rechtsprechung geteilt. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur Arbeitnehmerweiterbildung, in der es um gesetzliche Freistellungs- und Entgeltfortzahlungspflichten im Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer ging, eine Sonderabgabe abgelehnt, weil eine Geldleistungspflicht gegenüber dem Staat nicht begründet werde⁸⁵⁰. Ebenso sieht der Bundesgerichtshof die EEG-Umlage nicht als Sonderabgabe an, weil die Voraussetzung – eine für öffentliche Abgaben erforderliche Aufkommenswirkung für die öffentliche Hand – fehle. In einem Urteil des OLG Hamm⁸⁵¹ wird ebenfalls geäußert: Zwingende Voraussetzung für eine Sonderabgabe ist, dass es sich um eine öffentliche Abgabe handelt, hiermit also eine Aufkommenswirkung zugunsten der öffentlichen Hand erreicht wird. Sämtliche

⁸⁴⁸ *Kloepfer/Wimmer*, UPR 1993, S. 410.

⁸⁴⁹ *Scholz*, ET 1995, S. 601.

⁸⁵⁰ Vgl. BVerfGE 77, 308 (339).

⁸⁵¹ OLG Hamm, Urteil vom 14. Mai 2013, Az. 19 U 180/12.

Geldmittel, die durch das EEG 2012 geschaffen und gesteuert würden, bewegten sich ausschließlich zwischen juristischen Personen des Privatrechts⁸⁵².

bb. Materielle Bewertung

Dagegen stellt sich bei einer materiellen Bewertung die Frage, ob die finanzverfassungsrechtlich relevanten Regelungen nicht die Schutzgüter gefährden, die von der Finanzverfassung geschützt werden. Solche Schutzgüter sind in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hervorgehobene Prinzipien wie die Sicherung des Budgetrechts des Parlaments, bundesstaatliche Regelungen des Finanzausgleichs sowie der Schutz der Belastungsgleichheit⁸⁵³. Befürworter einer materiellen Bewertung vertreten die Ansicht, dass ein „Umschlag“ zwischen staatlicher Preisbindung und öffentlich-rechtlichem Abgabenrecht möglich sei⁸⁵⁴, da die Wirkung für die belasteten Wirtschaftssubjekte gleich sei, entweder aufgrund einer „herkömmlichen“ gegenleistungslosen öffentlich-rechtlichen Abgabe oder durch andere Formen. *Friauf* geht davon aus, dass der durch das Stromeinspeisungsgesetz erzwungene Subventionszweck für erneuerbare Energien einen ähnlichen und vergleichbaren Hintergrund hat wie die Situation bei der Entscheidung zum „Kohlepfennig“⁸⁵⁵. Bei beiden Regelungen hätten zum Erreichen der angestrebten Zwecke besondere, wichtige öffentliche Aufgaben als Begründung gedient und es gebe keinen Grund, unterschiedliche Beurteilungen aufgrund der jeweiligen Formenwahl vorzunehmen.

Die Richtung, finanzverfassungsrechtlich relevante Regelungen materiell zu bewerten, wurde schon recht früh vertreten. So ist auch *Forsthoff* der Meinung, dass eine staatliche Regelung zur Beteiligung der Arbeitgeber an vermögenswirksamen Leistungen

⁸⁵² BGH, Urteil vom 25.06.2014 – VIII ZR 169/13, in: DVBl. 2014, S. 1343.

⁸⁵³ *Pohlmann*, NJW 1997, S. 546; BVerfGE 91, 186 (202).

⁸⁵⁴ *Arndt*, RdE 1995, S. 42 f.

⁸⁵⁵ *Friauf*, ET 1995, S. 599.

der Arbeitnehmer mit einer staatlichen Umverteilungsmaßnahme und damit mit einer öffentlich-rechtlichen Abgabepflicht vergleichbar sei. Auf die rechtlichen Unterschiede komme es in diesem Fall nicht an, da das Gesetz bewusst und gewollt auf den gleichen Effekt angelegt sei. Für *Forsthoff* ist die gesetzlich gesteuerte direkte Umverteilung vermögenswirksamer Leistungen, die nicht im Haushaltsplan als Einnahmen oder Ausgaben erscheinen, als verfassungswidrig zu bewerten, denn ansonsten könne auf den Grundsatz einer gleichmäßigen Heranziehung aller zu den öffentlichen Lasten gänzlich verzichtet werden und alle Manipulationen der Güterverteilungsordnung müssten als verfassungsmäßig anerkannt werden⁸⁵⁶.

3. Würdigung

Bei Zugrundelegung formaler Maßstäbe kann die Gefahr nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber eine öffentlich-rechtliche Abgabe als Preisbindung ausgibt. Die materielle Bewertung soll für die Beurteilung des Vorliegens einer Sonderabgabe ausschlaggebend sein. Die Kosten für den Weiterbetrieb einer zur Stilllegung vorgesehenen systemrelevanten Anlage sind nach § 13 c EnWG nicht vom Staat aufzubringen, sondern werden von den Betreibern des Übertragungsnetzes vergütet und auf die Endverbraucher abgewälzt. Es bleibt zu diskutieren, ob die Regelungen der § 13 c EnWG als Sonderabgabe eingestuft und deshalb unter den strengen Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts geprüft werden müssen oder ob sie als Preisregelungen nur unter den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen sind. Um die Frage zu beantworten, ob finanzverfassungsrechtliche Maßstäbe in diesem Fall gelten müssen, sollten zuerst die getroffenen Regelungen genauer analysiert werden.

⁸⁵⁶ *Forsthoff*, BB 1965, S. 388.

a. Maßstäbe zur Abgrenzung zwischen Sonderabgabe und Preisregelung

Die Ansicht von *Forsthoff* geht zwar etwas zu weit, verweist aber auf einen wichtigen Punkt: nämlich dass Grenzen gesetzt werden müssen, die es dem Gesetzgeber verwehren, eine öffentlich-rechtliche Abgabe in bürgerlich-rechtliche Schulden zu verwandeln und auf die private Ebene zu verschieben⁸⁵⁷. Die formale Bewertung kann sich schwer einer Kritik entziehen, in der problematisiert wird, dass der Gesetzgeber allein durch Formwechsel ganz unterschiedliche Folgen zeitigt. Wenn es das Bundesverfassungsgericht abgelehnt hat, die Heranziehung zu einem Kohlepfennig als Sonderabgabe auszugestalten, weil die Verbraucher nicht als eine homogene Gruppe mit Finanzierungsverantwortung für diese Aufgabe angesehen werden können, stellt sich die Frage, aus welchen Gründen der Gesetzgeber berechtigt sein sollte, in einer vergleichbaren Situation aus Gemeinwohlgründen privatrechtlichen Personen eine Geldleistungspflicht aufzuerlegen. Legt man eine materielle Bewertung zugrunde, bleibt die Frage, wie eine Grenze zwischen Abgabe und Preisregelung gezogen werden kann. Dazu ist ein ergänzendes Mittel nötig. *Ossenbühl* hat auf den Kernpunkt verwiesen, dass Preisregelungen in einer Marktwirtschaft die Aufgabe haben, Defizite im Marktmechanismus zu kompensieren⁸⁵⁸. Der Energiebereich ist in diesem Zusammenhang ein sehr gutes Beispiel, denn aufgrund des natürlichen Monopols der Energiebereitstellung muss der Energiepreis immer einer Preisaufsicht unterliegen. Da sich Übertragungsnetzbetreiber in einer marktbeherrschenden Position befinden, muss der Staat in die Energiepreisbildung eingreifen und so faire Marktbedingungen schaffen⁸⁵⁹. Die öffentliche Preiskontrolle soll somit ein Marktversagen verhindern und die Interessen

⁸⁵⁷ Vgl. *Mußgnug*, in: FS Forsthoff 1972, S. 285 f.

⁸⁵⁸ *Ossenbühl*, RdE 1997, S. 52.

⁸⁵⁹ Vgl. *Theobald*, NJW 1997, S. 551.

der Verbraucher und die betriebswirtschaftlichen Bedürfnisse der Energieversorgungsunternehmen möglichst gut harmonisieren⁸⁶⁰.

Höhere Kosten für die Netzreserve sind auf die geänderte Marktstruktur und die Förderung erneuerbarer Energien zurückzuführen. So müssen, um die Stabilität des Energieversorgungsnetzes zu sichern, die systemrelevanten Kraftwerke als Netzreserve weiter betrieben werden. Wenn der Endverbraucher diese Kosten zu tragen hat und der Energiepreis dadurch erhöht werden muss, muss die Frage erlaubt sein, ob diese Kosten überhaupt mit der Kompensation des Marktverhältnisses zusammenhängen. Der Wechsel der Energiequellen zum Erreichen solch wichtiger Staatsziele wie dem Umweltschutz und der langfristigen Verbesserung der Energieversorgungssicherheit bedeutet aber nicht, dass die damit verbundenen Aufgaben unbedingt durch öffentliche Mittel finanziert werden müssen. Der Staat kann öffentlichen Aufgaben auch der privaten Hand überlassen, wenn sie diese Aufgaben besser erledigen kann. In einem solchen Fall ist der Staat dennoch nicht gänzlich befreit von diesen Aufgaben, denn das Rechtsgut der Versorgungssicherheit muss er auch nach einer Privatisierung der Energieversorgung gewährleisten. Da die systemrelevanten Energiekraftwerke für die Stabilität des Energieversorgungsnetzes wichtig sind, können sie als Teil der gesamten Infrastruktur angesehen werden. Das Betreiben von systemrelevanten Anlagen ist dann nicht mehr allein eine wettbewerbliche Aktivität im Rahmen des Markts, sondern dient auch der Durchführung einer öffentlichen Aufgabe. Somit stellt sich die Frage: Kann diese Angelegenheit allein durch das Marktsystem garantiert werden und ist es lediglich Aufgabe des Staats, Rahmenbedingung für einen diesbezüglich funktionierenden

⁸⁶⁰ *Ossenbühl*, RdE 1997, S. 54.

Markt zu schaffen? Die Regulierung der Marktverhältnisse und die Durchführung öffentlicher Aufgaben sind nicht zwei unvereinbare Konzepte. Die Gewährleistung der Versorgungssicherheit kann durch Regulierung des Markts erreicht werden. Der Gesetzgeber sieht Regelungen zur Finanzierung der systemrelevanten Anlagen vor, um das Marktverhältnis zwischen dem Betreiber des Übertragungsnetzes und dem von systemrelevanten Anlagen zu kontrollieren. Die Kosten der Sicherung der Infrastruktur werden durch den Energiemarkt gedeckt. Die Regelungen der Kostenerstattung sind gleichzeitig Gewährleistungsmaßnahme für eine öffentliche Aufgabe und Preisbildungsmaßnahme für den Energiemarkt.

aa. Entscheidungsspielräume

Zur besseren Unterscheidung von Preisregelung und Sonderabgabe dient auch folgender Punkt: In der Literatur⁸⁶¹ werden die Entscheidungsspielräume der Privaten als ein entscheidendes Merkmal für die Preisregelung hervorgehoben. *Manssen* vergleicht die Regelungen des alten EEG-Gesetzes und die neuen Regelungen zur Weiterentwicklung der ursprünglichen Vergütungsgarantien, die sogenannte „Neue Wälzung“, und kommt zu folgender Schlussfolgerung: Weil die Entscheidung der Übertragungsnetzbetreiber und der Energieversorgungsunternehmen über die Art und den Umfang der Weitergabe der Kosten an Kunden früher zwanglos erfolgen konnte⁸⁶², sei die gesetzliche Regelung zur Finanzdeckung der Mehrkosten eine Preisregelung. Da mit der „Neuen Wälzung“ die Refinanzierung der entstandenen Kosten gesetzlich präzise geregelt und alle Prozesse administrativ überwacht werden, sei dies einer Preisregelung zumindest „verdächtig“⁸⁶³. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts ist eine

⁸⁶¹ Siehe: *Manssen*, DÖV 2012, S. 500; *Manssen*, WiVerw 2012, S. 184; *Gawel*, DVBl. 2013, S. 413.

⁸⁶² *Manssen*, DÖV 2012, S. 500.

⁸⁶³ *Manssen*, DÖV 2012, S. 501.

unmittelbare gesetzliche Regelung für die Herleitung der Abgabenträgerschaft nicht erforderlich, sondern eine solche könne aus der Zielsetzung, aus dem Regelungsgehalt und aus flankierenden Vorkehrungen erschlossen werden⁸⁶⁴. Wenn die gesetzlichen Regelungen auf die kaufmännische Freiheit des Privaten keinerlei Rücksicht nehmen, wird die Grenze der Preisregelung überschritten. In diesem Fall könnte die Regelung als Sonderabgabe bewertet werden und unter die Kontrolle strenger Verfassungsmaßstäbe geraten.

Um die Entscheidungsspielräume innerhalb des Markts zu ermitteln, muss die Marktstruktur berücksichtigt werden. Mit dem zuvor erwähnten Beispiel der EEG-Umlage hat *Gawel* gezeigt, dass die Struktur des Energiemarkts mehrstufig und deswegen im Vergleich mit einem einstufigen Markt viel komplexer ist⁸⁶⁵. Energie als ein Wirtschaftsgut könne nur über Energieversorgungsunternehmen sowie Übertragungsnetzbetreiber und Verteilnetzbetreiber den Endverbraucher erreichen. Anders als bei einem geschlossenen Kreislauf im Rahmen eines einstufigen Marktes sollten daher die Regelungen, die auf den Energiemarkt gerichtet sind, genauer analysiert werden. Ziel ist, zu erkennen, in welchem Teil der Wertschöpfungskette Eingriffe erfolgen sollen. Nach Meinung von *Gawel* sind die Regelungen des EEG auf das Ziel einer angemessenen Förderung von erneuerbaren Energien ausgerichtet, damit soll aber die Wettbewerbsfähigkeit der Übertragungsnetzbetreiber nicht gefährdet werden. Da die Anlagen zur Erzeugung erneuerbarer Energien nicht gleichmäßig in allen Gebieten errichtet werden können, kann die Förderung in einem Gebiet, in dem viel erneuerbare Energie erzeugt wird, die Endverbraucher stark belasten. Unter diesem Gesichtspunkt ist die „Neue

⁸⁶⁴ BVerfGE 91, 186 (203).

⁸⁶⁵ *Gawel*, DVBl. 2013, S. 414 f.

Wälzung“ eher eine Preisregelung, die auf einen Ausgleich der Belastung in unterschiedlichen Gebieten ausgerichtet ist.

Die Regelungen zur Finanzierung der systemrelevanten Anlagen ähneln der EEG-Umlage sehr. Der Übertragungsnetzbetreiber listet die Kosten für das Betreiben der systemrelevanten Anlagen auf und gibt die entsprechenden Mehrkosten weiter an die nächsten Glieder der Wertschöpfungskette bis hin zum Endverbraucher. Im Vergleich zur EEG-Umlage ist jedoch die Vergütung der systemrelevanten Anlage nicht so detailliert geregelt. Ob und wie die entstandenen Mehrkosten auf den nächsten Akteur abgewälzt werden, können die Energieversorgungsunternehmen selbst entscheiden. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber ein leichtes Umschiffen der Hürden für abgabenrechtliche Anforderungen. Es ist normalerweise nicht zu erwarten, dass Übertragungsnetzbetreiber oder Verteilnetzbetreiber die zusätzlichen Kosten selbst übernehmen. Trotzdem kann nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die Entscheidungsfreiheit der Energieversorgungsunternehmen völlig restringiert ist.

Der Hintergrund der beiden vorstehend gegenübergestellten Regelwerke – die Finanzierung der systemrelevanten Anlagen und die EEG-Umlage – ist nicht ganz identisch. Die EEG-Umlage wurde eingeführt, um die Nutzung erneuerbarer Energien zu fördern und dabei ein Finanzrisiko der Übertragungsnetzbetreiber zu vermeiden. Die Vergütung der Netzreserve geschieht dagegen mit der Intention, die Kosten der Anlagenbetreiber auszugleichen, um dadurch die Netzstabilität zu gewährleisten. Im Fall der EEG-Umlage muss der Gesetzgeber das Ziel der Förderung erneuerbarer Energien und das Marktverhältnis berücksichtigen. Deshalb soll diese Regelung trotz des sichtbaren Geldflusses zwischen Privaten und dem nationalen Ausgleichsmechanismus als Preisregelung angesehen werden. Das Motiv einer Vergütung der Netzreserve ist direkt mit

der Förderung erneuerbarer Energien verbunden, sie erklärt sich aus der dabei vorgenommenen Änderung der Marktstruktur. In dem neuen Energiemarkt ist das konventionelle Kraftwerk nicht mehr profitabel, aber für die Stabilität des Übertragungsnetzes unentbehrlich. In dieser Situation kann der Markt ohne den Eingriff des Staats die Sicherheit der Energieversorgung nicht gewährleisten. Aus diesem Blickwinkel heraus handelt es sich bei der Regelung des Stilllegungsverbots auch um einen Eingriff in die Marktverhältnisse mit der Absicht, ein Defizit der Marktstruktur zu beheben.

Es ist einleuchtend, dass das Stilllegungsverbot einer öffentlichen Aufgabe, nämlich der Sicherheit der Energieversorgung dient. Aber das bedeutet nicht, dass die Finanzierung dieser Kosten durch öffentliche Abgaben erfolgen muss. Die Gewährleistung der Energieversorgung ist nach wie vor eine öffentliche Aufgabe, daran hat sich auch nach der Privatisierung der Energieversorgung nichts geändert. Aber die öffentliche Hand trägt nur noch eine „Reserveverantwortung“⁸⁶⁶, das heißt, sie greift nur dann ein, wenn der Markt die vollständige Bereitstellung der notwendigen Dienstleistung nicht mehr leisten kann. Ein direkter Eingriff durch öffentlich-rechtliche Organisationen ist selbstverständlich auch eine Option, aber der Staat kann ebenso durch die Regulierung der Marktverhältnisse das Gemeinwohl gewährleisten.

bb. Aufkommenswirkung

Die Aufkommenswirkung wird ebenfalls oft als Maßstab für die Erhebung einer Sonderabgabe vorgebracht. Nach Meinung von *Kube*, *Palm* und *Seiler* kann man von einer Aufkommenswirkung sprechen, wenn eine Quersubventionierung dem Staat derge-

⁸⁶⁶ G. Kirchhof, AöR 2007, S. 251.

stalt zugerechnet werden kann, dass sie als abgekürzter Zahlungsweg einer vorangegangenen staatlichen Mittelvereinnahmung erscheint⁸⁶⁷. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung ebenfalls sinngemäß geäußert: Der zentrale Grundtatbestand der staatlichen Einnahme erfordert sowohl eine private Belastungswirkung als auch eine hoheitlich zurechenbare, öffentliche Aufkommenswirkung⁸⁶⁸. Mit welchen Voraussetzungen der Begriff Aufkommenswirkung erfüllt werden kann, hat das Bundesverfassungsgericht nicht weiter erklärt. *Manssen* vertritt die Ansicht, dass eine Aufkommenswirkung angenommen werden kann, wenn sich das hoheitliche Gemeinwesen mit der Abgabe die Verfügungsgewalt über Finanzmittel verschafft, auch ohne dass die Abgabe in den Haushalt oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen fließt⁸⁶⁹. Diese Definition des Begriffs der Aufkommenswirkung blieb nicht ohne Reaktion. *Gawel* kritisierte sie in Bezug auf öffentliches Aufkommen. Seiner Meinung nach büßt der Abgabebegriff auf diese Weise seine Begrenzungsfunktion ein. So werde jeder aufgrund gesetzgeberischer Intentionen ausgelöste Finanzstrom als Abgabe eingestuft⁸⁷⁰. Die Kritik von *Gawel* geschah nicht ohne Grund: Wenn davon ausgegangen wird, dass der Staat allein aufgrund dieser Regelung bestimmte Finanzmittel ohne Beteiligung öffentlicher Haushalte als öffentliche Abgabe qualifizieren kann, wird die Reichweite der öffentlichen Abgaben konturlos erweitert. Es ist daher unbedingt nötig, mit einer weiteren Voraussetzung die Reichweite der öffentlichen Abgaben exakt zu bestimmen.

Bei genauer Analyse der Verlautbarung des Bundesverfassungsgerichts kann die Voraussetzung der Aufkommenswirkung ohne ein weiteres Kriterium der Zurechen-

⁸⁶⁷ *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, S. 929.

⁸⁶⁸ BVerfGE 114, 196 (249).

⁸⁶⁹ *Manssen*, WiVerw 2012, S. 183.

⁸⁷⁰ *Gawel*, DVBl. 2013, S. 411.

barkeit zu leicht erfüllt werden. In diesem Zusammenhang ist vor allem die Frage relevant, ob der Staat eine Aufgabe überhaupt mit öffentlichen Abgaben finanzieren muss. Wenn eine Aufgabe zweifelsfrei durch öffentliche Abgaben finanziert werden muss, dann kann das durch den mittels Gesetz ausgelösten Finanzstrom als indirekte öffentliche Abgabe angesehen werden. Aber hier taucht sofort das Problem auf, welche Aufgaben durch öffentliche Abgaben finanziert werden müssen. Ohne eine klare Auflistung, was zur Staatsaufgabe gehört, ist es sehr schwierig, von Beginn an zu sagen, welche staatlich verfügbare Einnahme einer Aufkommenswirkung entspricht.

cc. Einschlägigkeit des Urteils des Europäischen Gerichts vom 10. Mai 2016

Eine sehr interessante Entwicklung auf europarechtliche Ebene spiegelt das Urteil des Europäischen Gerichts vom 10. Mai 2016⁸⁷¹, in dem die Begrenzung der EEG-Umlage für die stromintensive Industrie verhandelt wird. Das Europäische Gericht hat darin Maßstäbe entwickelt, um die Frage zu beurteilen, ob die EEG-Umlage 2012 ein Staatsmittel sei. Diese Maßstäbe können auch für die Beurteilung der Frage geltend gemacht werden, ob sich die Vergütungsregelung bei geplanten Stilllegungen von Anlagen als staatliche Abgabenerhebung qualifizieren lässt, weil beide Regelungen gleichermaßen die Abwälzung der Kosten auf den Endverbraucher behandeln. In der Beurteilung der Frage, ob die EEG-Umlage eine staatliche Beihilfe sei, die den Bestimmungen des Art. 107 AEUV unterliege, müsse grundsätzlich auf das Urteil zu PreussenElektra vom 13. März 2001 Bezug genommen werden. In diesem Urteil wird die Regelung des Mindestpreises für erneuerbare Energien nicht als eine staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV eingestuft, weil der Vorteil nicht unmittelbar oder mittelbar aus staatlichen Mitteln bewirkt wurde⁸⁷².

⁸⁷¹ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15.

⁸⁷² EuGH, Rs. C-379/98, Slg. 2001, S. I-2099, Rn. 59.

Anders als im Urteil zu PreussenElektra hat das Europäische Gericht die Begrenzung der EEG-Umlage auf die stromintensive Industrie als staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV bewertet. Es stützt sich wohl vor allem auf zwei Gesichtspunkte: Zum einen reiche für das Vorliegen einer Beihilfe bereits die staatlich veranlasste Verminderung der von einem Unternehmen normalerweise zu zahlende Belastung aus⁸⁷³. Zum anderen sah das Gericht in der Reduzierung der EEG-Umlage auch einen Einsatz staatlicher Mittel. Nach seiner Auffassung ist der Sachverhalt, der dem Urteil vom 13. März 2001 zu PreussenElektra zugrunde liegt, mit dem EEG 2012 nicht vergleichbar. Demnach seien die Struktur und die Rolle der Übertragungsnetzbetreiber völlig andere. Nach dem Rechtsrahmen des EEG 2012 werde die ausdrückliche Abwälzung der Mehrkosten auf die Letztverbraucher vorgenommen, und der Übertragungsnetzbetreiber werde als Mittelsperson mit der Erhebung oder Verwaltung der die Beihilfe bildenden Beträge betraut⁸⁷⁴. In dem Urteil zu PreussenElektra werden die privaten Unternehmen nur zur Abnahme unter Einsatz ihrer eigenen finanziellen Mittel verpflichtet. Im Vergleich zur Rechtssache PreussenElektra sei der Rechtsrahmen des EEG 2012 gänzlich anders formuliert. Der Pflicht zur zusätzlichen Vergütung der Erzeuger von EEG-Strom werde mit Mitteln, die mit der EEG-Umlage erwirtschaftet worden seien, nachgekommen. Diese Mittel könnten ausschließlich nur für diesen Zweck und allein unter staatlicher Kontrolle verwendet werden⁸⁷⁵. Die in der EEG-Umlage geschaffene besondere Ausgleichsregelung liege beim Sachverhalt der PreussenElektra ebenfalls nicht vor⁸⁷⁶. Und alle mit dem EEG 2012 zusammenhängenden Finanzflüsse müssten in einem gesonderten Bankkonto geführt werden⁸⁷⁷. Der Einsatz

⁸⁷³ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 49.

⁸⁷⁴ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 99.

⁸⁷⁵ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 101 ff.

⁸⁷⁶ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 103.

⁸⁷⁷ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 117.

der EEG-Umlage bleibe ungeachtet ihrer Verwaltung durch die Übertragungsnetzbetreiber unter dem beherrschenden Einfluss der öffentlichen Hand⁸⁷⁸. Der Staat habe nicht nur festgelegt, wem der Vorteil gewährt werden soll, welche Förderkriterien gelten und wie hoch die Förderung ausfällt, sondern er habe auch die finanziellen Mittel zur Deckung der Kosten der Förderung des EEG-Stroms bereitgestellt⁸⁷⁹. Mit dieser Argumentation hat das Europäische Gericht in erster Instanz entschieden, dass die EEG-Umlage 2012 – anders als die Pflicht gemäß dem Urteil zu PreussenElektra – eine staatliche Beihilfe ist. In diesem Urteil werden zusätzlich die Entscheidungsspielräume der privaten Unternehmen betont und als entscheidende Unterscheidung der beiden Rechtssachen hervorgehoben. Der spezifisch für EEG-Umlagen gebildete Fonds mit einem gesonderten Bankkonto zeigt die Unterschiede der Regelungen des Urteils zu PreussenElektra und den Regelungen des EEG 2012 deutlich.

Nach Meinung des Europäischen Gerichts sind die Kontrolldichte des Staats und die Entscheidungsspielräume der Privaten für die Beurteilung des Einsatzes eines staatlichen Mittels entscheidend. Die Vergütung gemäß § 13 c EnWG wird nicht durch einen extra gegründeten Fond ausgeglichen, der unter spezifischer Kontrolle des Staats steht und ausschließlich für diesen Zweck genutzt wird. Der Gesetzgeber sieht nur vor, dass die Kosten durch Netznutzungsentgelte abgewälzt werden dürfen. Nach diesem Maßstab muss die Vergütungsregelung bei geplanten Stilllegungen von Anlagen als Preisregelung eingestuft werden.

⁸⁷⁸ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 94.

⁸⁷⁹ EuG, Urt. v. 10.05.2016 – T-47/15, Rn. 95.

dd. Die Vergütung als Preisregelung

Die Preisregelung ist ebenfalls eine hoheitliche Maßnahme, um ein Marktverhältnis zu regulieren und damit die dahinterstehenden öffentlichen Interessen zu berücksichtigen. Im Fall der EEG-Umlage wird die Regelung auf der einen Seite zur Unterstützung erneuerbarer Energien eingesetzt und dient gleichzeitig zur Regulierung des neuen Marktverhältnisses. Die Kostenerstattung für den Betrieb einer systemrelevanten Anlage weist dieses Merkmal ebenfalls auf. Allerdings soll sie nicht als öffentliche Abgabe eingestuft werden, da der Betreiber des Übertragungsnetzes im Vergleich zur EEG-Umlage hierbei einen wesentlich größeren Entscheidungsspielraum hat. Die Regelung ist der klassischen Preisregelung – wie der Festlegung eines Mindestpreises – zwar wenig ähnlich, aber der Kernpunkt, nämlich die Spielregeln für die Aktionen zwischen Privaten untereinander festzulegen⁸⁸⁰, ist der gleiche. Der Zweck des Gesetzes ist, die Versorgungssicherheit zu gewährleisten⁸⁸¹. Um diesen Zweck zu erreichen, müssen die Anlagen, die für die Netzstabilität relevant sind, weiter auf dem Markt bleiben. Aufgrund der neuen Struktur sind die stillzulegenden systemrelevanten Anlagen nicht mehr rentabel; deshalb können sie bei unveränderter Beibehaltung der vorhandenen Marktregelungen nicht überleben. Um dieses Szenario zu vermeiden, greift der Gesetzgeber ein und verpflichtet die Betreiber von Anlagen des Übertragungsnetzes zur Kostenerstattung. Die Mehrkosten werden dann durch das Marktsystem auf den Endverbraucher abgewälzt. Die Regelungen des Stilllegungsverbots und der Kostendeckung regulieren auf diese Weise ein neues Marktverhältnis und vermeiden die Gefährdung der Netzstabilität. Es ist nur logisch, dass diese Regelungen als Preisregelung eingestuft werden müssen.

⁸⁸⁰ Vgl. *Brandt*, Überlegungen zur erneuten Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des EEG, in: *Jahrbuch Windenergierecht* 2014, S. 107.

⁸⁸¹ BT-Drucks. 18/7317, S. 58.

Die Regelungen zum Stilllegungsverbot und zur entsprechenden Kostendeckung gefährden weder die Schutzzwecke der Sonderabgabe noch die Budgethoheit und den bundesstaatlichen Finanzausgleich. Die Budgethoheit ist in Art. 110 Abs. 1 und 2 GG geregelt. Alle Einnahmen und Ausgaben sind demnach in den Haushaltsplan einzustellen und auszugleichen⁸⁸². Das Prinzip der Vollständigkeit des Haushaltsplans⁸⁸³ garantiert die politische Gestaltungsbefugnis und die Regierungskontrolle⁸⁸⁴. Alle staatlichen Aktivitäten werden in einem Budget erfasst, und das Parlament kann im Rahmen der Haushaltsplanung diese Aktivitäten kontrollieren⁸⁸⁵. Der Gesetzgeber kann aber auch eine Vorschrift verabschieden, die das Verhältnis zu Privaten regelt. Die Aufgabe des Staats ist hier nicht die Durchsetzung, sondern die Überwachung und Kontrolle der Aktivität des Privaten. Die Vollständigkeit des Haushalts wird dabei in keiner Weise berührt. Auch der bundesstaatliche Finanzausgleich ist nicht betroffen. Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts widerspiegelt der Länderfinanzausgleich die dem Bundesstaatsprinzip innewohnende Spannungslage, die richtige Mitte zu finden zwischen der Selbstständigkeit, der Eigenverantwortlichkeit und der Bewahrung der Individualität der Länder auf der einen und dem solidarergemeinschaftlichen Charakter der Bundesrepublik Deutschland auf der anderen Seite⁸⁸⁶. Deshalb verstößt die Preisregelung auch nicht gegen den Schutzbereich des bundesstaatlichen Finanzausgleichs, da sie nur die Geldflüsse zwischen Privaten betrifft.

⁸⁸² BVerfGE 45, 1 (31).

⁸⁸³ BVerfGE 91, 186 (202).

⁸⁸⁴ *Altrock*, Subventionierende Preisregelungen, 2002, S. 132.

⁸⁸⁵ Vgl. BVerfGE 55, 274 (303).

⁸⁸⁶ BVerfGE 72, 330 (398).

ee. Die Lastengleichheit des Bürgers und die Finanzierungsverantwortung

Die Energieversorgung bleibt trotz ihrer Privatisierung immer Staatsaufgabe. Die Rolle des Staats hat sich zwar geändert, doch hat der Staat immer noch die Gewährleistungsverantwortung. Die Regulierung des Energiemarktes hat sowohl den Zweck, Missstände zu verhindern als auch ein hohes Gemeinwohl sowie eine Versorgungssicherheit zu ermöglichen und Umweltschutzgrundsätzen nachzukommen. Im Fall der Energieversorgung ist dies selbstverständlich, da ein funktionierender Energiemarkt als Mittel zur Durchsetzung der öffentlichen Interessen geschaffen wird. In diesem Sinn ist die Regulierung des Energiepreises eine Staatsaufgabe und sollte daher auch in die allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien mit eingebunden werden.

Der Staat ist aufgrund seiner Gewährleistungsverantwortung berechtigt und verpflichtet, den Energiemarkt zu regulieren und ihn mit den Interessen der Betroffenen in eine Balance zu bringen. Besonders wichtig ist die Gewährleistung der Grundrechte Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie. Die Preisregelung kann dabei die Betroffenen finanziell ebenso belasten wie eine öffentliche Zwangsabgabe. Das bedeutet zwar nicht, dass dieselben Anforderungen wie an eine Abgabe zu stellen sind⁸⁸⁷, doch muss jedenfalls der aus Art. 3 Abs. 1 GG abgeleitete Grundsatz der Lastengleichheit⁸⁸⁸ gewahrt werden, da die Preisregelung auch der Steuerung und Gewährleistung öffentlichen Gemeinwohls dient. Der Grundsatz der Lastengleichheit verlangt eine verhältnismäßige

⁸⁸⁷ Vgl. *Richter*, Grenzen der wirtschaftlichen Förderung regenerativer Stromeinspeisungen in Deutschland, 1999, S. 178.

⁸⁸⁸ *Richter*, Grenzen der wirtschaftlichen Förderung regenerativer Stromeinspeisungen in Deutschland, 1999, S. 226.

Gleichheit. Das heißt, dass alle Bürger nach dem Maß ihrer individuell unterschiedlichen Leistungsfähigkeit zur Begleichung öffentlicher Lasten beitragen sollen⁸⁸⁹. Dieser Grundsatz sollte in allen Bereichen und bei allen Handlungsformen staatlicher Tätigkeit berücksichtigt werden⁸⁹⁰.

Zum Erreichen von Lastengleichheit erfordern die Maßnahmen Sachnähe und Finanzierungsverantwortung. Durch die Untersuchung, welche Bedeutung die Parteien für die Energieversorgung haben, kann der Staat die Kostenverteilung sachgerecht regulieren, ohne das Risiko einzugehen, das Gleichheitsprinzip oder das Steuerstaatsprinzip zu gefährden. Zentraler Aspekt dabei ist, dass bei der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit der Regelung betreffend die Kostendeckung der systemrelevanten Anlage nicht nur die Eingriffsintensität zu berücksichtigen ist, sondern auch die spezifischen Gründe, warum die Regelung dem Betroffenen zugerechnet wurde. Es muss zuerst gefragt werden, ob der Gesetzgeber die Pflicht der Kostendeckung dem Übertragungsnetzbetreiber auferlegen darf.

b. Grundrechte der Betroffenen

Die Regelung der Vergütung dient dem Ausgleich des Finanzdefizits bei systemrelevanten Anlagebetreibern, was nicht nur für die Stabilität des Übertragungsnetzes, sondern auch für den Erhalt des Energiemarkts von Bedeutung ist. Unter diesem Gesichtspunkt müssen die Regelungen des Stilllegungsverbots zugleich als Regulierung des Energiemarkts beurteilt werden, denn ohne ein stabiles Energieversorgungssystem kann die Marktordnung gefährdet werden. Dieser Gefahr kann durch gesellschaftliche Selbstregulierung nicht entgegengewirkt werden. Die Regelungen des Gesetzgebers

⁸⁸⁹ *Friauf*, Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger, in: FS für Jahrreiß, S. 47.

⁸⁹⁰ v. *Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 578.

entsprechen so der Rolle des Gewährleistungsstaats: Der Staat beseitigt durch die Regulierung Missstände und steuert die Entwicklung des Markts im Sinne der Ziele des Gemeinwohls⁸⁹¹.

Dementsprechend wurde in Kapitel D festgehalten, dass die Beschränkung der Freiheit des Betroffenen unvermeidlich ist, um dem Risiko einer instabilen Energieversorgung vorzubeugen. In den Vorgang des Finanzausgleichs können die Übertragungsnetzbetreiber, die Anlagenbetreiber und auch die Verbraucher einbezogen werden. Die Kostenverteilung der Vergütung greift hauptsächlich in die Berufsfreiheit und allgemeine Handlungsfreiheit der Betroffenen ein. Nachfolgend wird analysiert, ob die Preisregelung bei den drei genannten Betroffenen gerechtfertigt ist.

aa. Systemrelevante Anlagenbetreiber

In Kapitel D wurde die Einschränkung der Berufsfreiheit bei systemrelevanten Anlagenbetreibern bereits diskutiert. Die Einschränkung der Berufsfreiheit aufgrund des Stilllegungsverbots kann sich als gerechtfertigt erweisen, da einerseits der Konnex zwischen dem Anlagenbetreiber und der ihm auferlegten Aufgabe deutlich genug erkennbar und andererseits die Aufgabe im Sinne des öffentlichen Interesses sehr wichtig ist⁸⁹². Aber der finanzielle Verlust, der durch ein erzwungenes Weiterbetreiben der Anlage entsteht, ist etwas anderes. Im Schrifttum wird behauptet, dass das Netzeigentum mit einer besonderen Systemverantwortung verbunden sei und diese Verantwortung auf die an das Netz angeschlossenen Kraftwerke ausstrahlen könne⁸⁹³. Inwieweit jedoch diese sogenannte Mitverantwortung zu rechtfertigen ist, kann bezweifelt werden. Die Rolle des Betreibers eines Übertragungsnetzes ist eine besondere, denn er steht an

⁸⁹¹ Siehe: *Schmidt-Preuß*, Regulierung – Reflexionen aus Anlass der Liberalisierung im Strom- und Gassektor, in: FS Schmidt, S. 547 ff.

⁸⁹² Siehe oben (D. IV.).

⁸⁹³ *Möstl*, EnWZ 2015, S. 247.

zentraler Stelle der Energieversorgung. Im Vergleich dazu ist der Anlagenbetreiber nur Energieerzeuger und hat traditionell nichts mit der Aufgabe der Netzstabilität zu tun. Aufgrund des Atomausstiegs und des verstärkten Aufkommens erneuerbarer Energien in den Netzen sind die Vorteile der konventionellen Kraftwerke für die Gewährleistung der Netzstabilität zwar unentbehrlich geworden, aber eine Pflicht zu ihrem Weiterbetrieb kann daraus nicht abgeleitet werden. Die Ableitung der Auferlegung von Pflichten an Anlagenbetreiber unter dem Gesichtspunkt der Gefahren- und Risikoabwehr⁸⁹⁴ ist überzeugender. Auf jeden Fall dürfte klar sein, dass es keine Rechtfertigung für das unentgeltliche Übernehmen auferlegter Pflichten gibt.

Allerdings genügt es nicht, dass allein die Kosten des Weiterbetriebs vergütet werden. *Schmidt-Preuß* hat für den Fall des Stilllegungsverbots das damit verbundene tiefe Eingreifen in die Investitionsfreiheit betont. So gehöre es auch zu einer zentralen Aufgabe eines Unternehmens, auf ein in Verbindung mit einer Investition begonnenes unrentables Geschäft oder auf Teile dieses Geschäfts zu verzichten, um die eingetretenen oder zu erwartenden Verluste zu mindern und die Existenz des Unternehmens zu sichern⁸⁹⁵. Ohne diese negative Investitionsfreiheit laufe auch die Berufsfreiheit eines Unternehmers völlig ins Leere. Dabei ist zu unterstreichen, dass die Verluste eines konventionellen Kraftwerks nicht nur potenziell möglich erscheinen, sondern aufgrund der vorhandenen Marktbedingungen unvermeidbar sind. In § 13 a Abs. 3 EnWG a. F. wird lediglich ein Anspruch auf „angemessene Vergütung für erforderliche Erhaltungsmaßnahmen“ geregelt. Und § 6 Abs. 1 S. 2 ResKV a. F. hat die Erstattung der Opportunitätskosten explizit ausgeschlossen. Ob diese restriktive Haltung das Gebot der Zumutbarkeit erfüllen kann, ist fragwürdig. Hier sollte der Beschluss des OLG

⁸⁹⁴ *Steffens*, *VerwArch* 2014, S. 313 ff.

⁸⁹⁵ *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salije/Schmidt-Preuß, *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 107, Rn. 31.

Düsseldorf vom 28. April 2015 herangezogen werden. Dort wird die angemessene Vergütung über den sogenannten Redispatch diskutiert. In dem Beschluss wird geäußert: Entgegen der Auffassung der Bundesnetzagentur ist der Ansatz von Opportunitätskosten, Marktprämien oder Schattenpreisen nicht von vornherein auszuschließen. Vielmehr sind solche entgangenen Gewinnmöglichkeiten, die durch Redispatch entstehen, im Sinne einer „angemessenen Vergütung“ zu berücksichtigen⁸⁹⁶. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf sind Opportunitätskosten ein Teil der Grenzkosten, und nach der österreichischen Netzentgelt-Verordnung sind auch die erstattungsfähig⁸⁹⁷. *Burgi* hat ebenfalls den Legitimationsdruck des Stilllegungsverbots betont und die zu einfache gesetzliche Konzeption sowie das strenge Verständnis der Bundesnetzagentur kritisiert⁸⁹⁸.

§ 13 c Abs. 3 EnWG n. F. hat die Reichweite der Erstattung erweitert. Die Opportunitätskosten werden jetzt nicht mehr von vornherein ausgeschlossen. Wenn aufgrund der Verpflichtung für die Netzreserve eine verlängerte Kapitalbindung bei Grundstücken oder anderen weiterverwertbaren technischen Anlagen besteht, sind entsprechende Opportunitätskosten in Form einer angemessenen Verzinsung zu erstatten⁸⁹⁹. Mit dieser neuen Regelung wird der Gedanke der Erstattung von Aufwendungen im Rahmen der Rendite reformuliert. Es ist zu begrüßen, dass die Regelung der Kostendeckung in diese Richtung geändert wird. Eine Kürzung der Kompensation eines massiven Eingriffs in die Berufsfreiheit kann gegen das Übermaßverbot verstoßen. Durch die Erweiterung der Kostenerstattung wird die erhebliche Einschränkung der Berufsfreiheit

⁸⁹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2015, Az. VI-3 Kart 306/12 (V), Rn. 167.

⁸⁹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2015, Az. VI-3 Kart 306/12 (V), Rn. 171.

⁸⁹⁸ *Burgi*, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, in: Schmidt-Preuß/Körper, Regulierung und Gemeinwohl, 2016, S. 166.

⁸⁹⁹ BT-Drucks. 18/7317, S. 93.

abgemildert. Durch Investitionen zu profitieren und Verluste zu vermeiden ist essentiell für ein Unternehmen. Wenn der Staat diese Möglichkeit einschränkt, muss er eine Alternative, die Erstattung der Opportunitätskosten, anbieten⁹⁰⁰. So kann ein Unternehmen langfristig am Markt überleben. Aufgrund der neuen Struktur des Energiemarkts ist die Netzreserve für die Versorgungssicherheit notwendig. Aber ohne angemessene Gewinnmöglichkeit ist ein Energieerzeugungsunternehmen nicht lebensfähig. Die Möglichkeit, Opportunitätskosten erstattet zu bekommen, kann die Überlebensfähigkeit eines Unternehmens verbessern und zugleich die Sicherheit der Energieversorgung fördern.

bb. Übertragungsnetzbetreiber

Die Vorschrift der Vergütung belastet formell die Übertragungsnetzbetreiber, da sie für die Vergütung der systemrelevanten Anlagen verantwortlich sind (§ 13 c Abs. 3 EnWG). Diese Verpflichtung zu einer Geldleistung soll als Preisregelung angesehen werden. Wenn diese Regelung im Rahmen des Prüfkanons zum sogenannten „Apotheken-Urteil“ aus dem Jahr 1958 betrachtet werden soll, muss auch geprüft werden, ob ein spezifischer Zurechnungsgrund zwischen der Preisregelung und dem Betreiber des Übertragungsnetzes existiert. Art. 12 Abs. 1 GG kann als Beschränkung für den Gesetzgeber manchmal nur begrenzt funktionieren, da der im Regulierungsrecht auf ein „großes Reservoir an rechtfertigenden Zielen zurückgreifen“ kann⁹⁰¹. Mit der Prüfung eines spezifischen Zurechnungsgrunds kann eine willkürliche Einschränkung der Freiheit durch den Gesetzgeber vermieden werden.

⁹⁰⁰ *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salije/Schmidt-Preuß, *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 107, Rn. 33.

⁹⁰¹ *Lepsius*, in: Fehling/Ruffert, *Regulierungsrecht*, 2010, § 4 Rn. 51.

aaa. Die Sonderstellung des Betreibers des Übertragungsnetzes in der Energieversorgung

Der Betreiber des Übertragungsnetzes nimmt eine zentrale Position bei der Energieversorgung ein. Er besitzt das Netzeigentum oder ist in der Lage, das Netz zu kontrollieren; damit besitzt er ein Monopol im Versorgungsgebiet. Aufgrund dieser Monopolstellung muss er vom Staat streng kontrolliert werden, da das Übertragungsnetz für die Energieversorgung essentiell ist. Nach der Privatisierung des Energiesektors wird die Staatsaufgabe der Energieversorgung durch Privatunternehmen durchgeführt. Der Betreiber des Übertragungsnetzes spielt deshalb eine unersetzliche Rolle für die Energieversorgung, da er die Macht über eine nicht duplizierbare Infrastruktur ausübt. Der Staat verzichtet auf die Erfüllungs- und übernimmt die Gewährleistungsverantwortung⁹⁰². Nach § 12 Abs. 3 EnWG haben Betreiber von Übertragungsnetzen „dauerhaft die Fähigkeit des Netzes sicherzustellen, die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen und insbesondere durch entsprechende Übertragungskapazität und Zuverlässigkeit des Netzes zur Versorgungssicherheit beizutragen“. Die Aufgabe der Energieversorgung wird so zwischen Staat und Gesellschaft aufgeteilt. Die Sicherheit und Erhaltung des Übertragungsnetzes ist für den Eigentümer eine selbstverständliche Aufgabe. Die in §§ 13 ff. EnWG geregelten Maßnahmen und Pflichten beinhalten nicht eine allein durch das Gesetz geschaffene Verantwortung, sondern eine Konkretisierung und Regulierung einer gemeinwohlrelevanten Aufgabe. Da die Gewährleistung der Netzstabilität mit der Entwicklung der Marktstruktur einhergeht, müssen die Maßnahmen zur Gewährleistung der Netzstabilität im Falle einer Änderung des

⁹⁰² *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 3. Aufl. 2013, S. 203.

Markts entsprechend korrigiert werden. Der Atomausstieg und die Förderung erneuerbarer Energien gehen auf eine staatliche Entscheidung zurück; allerdings wird damit die Verantwortung für die Netzstabilität nicht neu geschaffen – sie gehört nach wie vor zum Kernpunkt des Geschäfts, denn ohne eine stabile Infrastruktur ist die Übertragung der Energie nicht möglich.

Der Betreiber des Übertragungsnetzes besitzt ein natürliches Monopol. Die Netzentgelte werden daher nicht durch einen offenen Leistungswettbewerb beeinflusst⁹⁰³, weshalb eine externe Kontrolle nötig ist. Allerdings ändert die staatliche Regulierung nichts an der Natur der Aufgabenverteilung zwischen dem Staat und dem Betreiber des Übertragungsnetzes. Der Betreiber des Übertragungsnetzes hat eine besondere Sachnähe zur Gewährleistung der Netzstabilität.

bbb. Die Pflicht des Netzausbaus als Anhaltspunkt für die besondere Verantwortung

Die Pflicht des Netzausbaus stellt eine weitere Begründung dar, mit der die spezifische Zurechnung für den Betreiber des Übertragungsnetzes gerechtfertigt werden kann. Mit der Energiewende ist die Energieversorgung nicht unproblematischer geworden. Zwar kann die Kapazität der Netze auf den Bedarf im gesamten Bundesgebiet bezogen als ausreichend bewertet werden, aber die Kapazitäten sind nicht gleichmäßig genug verteilt, um Gefährdungen der Systemstabilität grundsätzlich ausschließen zu können⁹⁰⁴. Zur Lösung dieses Problems ist der Ausbau des Übertragungsnetzes notwendig. Um

⁹⁰³ *Jansen*, in: Stuhlmacher/Stappert/Schoon/Jansen, Grundriss zum Energierecht, 2011, S. 168.

⁹⁰⁴ *Franke*, in: Grundel/Lange, Neuausrichtung der deutschen Energieversorgung, 2014, S. 66.

den erforderlichen Netzausbau zu garantieren, wurden im Sommer 2011 neue Vorschriften erlassen⁹⁰⁵. Zuvor war das Vorliegen einer Ausbaupflicht gemäß § 4 EnWG 1998 umstritten, jetzt wird diese Pflicht in § 11 Abs. 1 EnWG ausdrücklich geregelt⁹⁰⁶. Die Stromerzeugung aus Windkraft hat sich hauptsächlich in Norddeutschland, wo besonders viele dafür geeignete Standorte vorhanden sind, entwickelt. Um die erzeugte Energie in den Westen und Süden Deutschlands zu transportieren, ist der Ausbau des Übertragungsnetzes seit Längerem erforderlich⁹⁰⁷. Im Jahr 2006 hat der Gesetzgeber das Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz erlassen. Wenn die Betreiber von Übertragungsnetzen ihre Netze zeitgerecht ausbauen könnten, wären Maßnahmen wie Stilllegungsverbote nicht mehr nötig. Somit ist der Betreiber eines Übertragungsnetzes vielleicht nicht direkt ursächlich für eine Gefährdung der Systemstabilität verantwortlich, aber durch Unterlassungen beim Netzausbau ist er daran auch nicht gänzlich unschuldig.

ccc. Verfassungsmäßigkeit

Die Auferlegung der Zahlungspflicht ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Betreibers von Übertragungsnetzen. Sie bedeutet eine Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung. Nach der Dreistufentheorie soll das mit „vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls“ gerechtfertigt werden⁹⁰⁸.

Die Zahlungspflicht für den Betreiber eines Übertragungsnetzes ist nicht willkürlich und unbegründet, sondern resultiert aus einem spezifischen Zurechnungsgrund.

⁹⁰⁵ *Heimann*, in: Baur/Saliye/Schmidt-Preuß, *Regulierung in der Energiewirtschaft*, 2. Aufl. 2016, Kap. 101, Rn. 1.

⁹⁰⁶ *Theobald/Zenke/Dessau*, in: Schneider/Theobald, *Recht der Energiewirtschaft*, 4. Aufl. 2013, § 15, Rn. 119.

⁹⁰⁷ *Franke*, in: Faßbender/Köck, *Versorgungssicherheit in der Energiewende – Anforderungen des Energie-, Umwelt- und Planungsrechts*, 2014, S. 28.

⁹⁰⁸ *Kämmerer*, in: v. Münch/Kunig, *Grundgesetz*, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Art. 12, Rn. 61.

Der Gesetzgeber sieht die Regelung vor, um die Kosten des Weiterbetriebs systemrelevanter Anlage innerhalb des Marktsystems zu verteilen. Dadurch können Energiemarkt und Versorgungssicherheit stabil bleiben. Der Zweck des Gesetzes ist somit legitim. Ohne die Vergütung sind der Weiterbetrieb und die Erhaltung der systemrelevanten Anlage nicht möglich, weshalb die Maßnahme auch als geeignet angesehen werden kann. Dass die Regelung der Vergütung erforderlich ist, ist auch nicht besonders problematisch. Die Vergütung kann durch Steuern finanziert werden, aber die Erforderlichkeit ihrer Regelung entfällt deshalb nicht⁹⁰⁹. Die Auferlegung der Geldleistungspflicht ist im Vergleich mit einer Erhebung öffentlicher Abgaben effizienter und besser in den Markt zu integrieren.

Anders als das Stilllegungsverbot handelt es sich bei der Auferlegung der Zahlungspflicht um keinen massiven Eingriff. Aufgrund des vorhandenen Marktsystems kann der Betreiber des Übertragungsnetzes ohne zusätzliche Bemühungen diese Pflicht erfüllen – sie befindet sich in seinem Verantwortungsbereich. Nach § 13 c Abs. 5 EnWG kann der Betreiber eines Übertragungsnetzes die Kosten in Form der Netzentgelte ausgleichen, weshalb die Regelung der Vergütung für Betreiber von Übertragungsnetzen auch zumutbar ist.

Zu beachten ist noch, ob Grundrechtsbeschränkungen, die – für sich gesehen – nur unproblematische Belastungen mit sich bringen, in der Summe eine zu weit gehende Inanspruchnahme zur Folge haben. Nach §§ 14, 19 ff. EEG muss der Betreiber eines Übertragungsnetzes erneuerbare Energien aufnehmen, verteilen und vergüten. Daneben hat er gemäß §§ 12 ff. EnWG auch die Verantwortung zum Netzausbau. Gemäß § 65 Abs. 2 a EnWG können die Investitionen für den Netzausbau durch rechtliche

⁹⁰⁹ BVerfGE 109, 64 (86).

Instrumente erzwungen werden⁹¹⁰. Die Pflichten für den Betreiber eines Übertragungsnetzes greifen immer tief in seine Investitionsfreiheit ein.

Der Meinung von *Lücke* nach liegt ein Gesamteingriff vor, wenn der Grundrechtsträger in seinem Grundrecht beschränkt wird und die Eingriffe im Wesentlichen diesem Zweck dienen⁹¹¹. *Kirchhof* hat dagegen betont, dass es unerheblich sei, ob durch eine Grundrechtbeschränkung in verschiedene Freiheiten eingegriffen wird. Entscheidend ist, ob die konkrete Wirkung einer Maßnahme durch eine zusätzliche Beeinträchtigung verstärkt wird⁹¹². Die Regelungen der Vergütungspflicht von erneuerbaren Energien, der Pflicht des Netzausbaus und der Zahlungspflicht bei Stilllegungsverbot greifen in die gleiche Freiheit des Grundrechtsträgers, die Berufsfreiheit des Betreibers von einem Übertragungsnetz, ein. Der Zweck ist ebenfalls der gleiche, nämlich die Förderung erneuerbarer Energien und die Sicherheit der Energieversorgung zu gewährleisten. Ob diese Regelungen zusammen eine unzumutbare Beschränkung der Berufsfreiheit bewirken, ist zu bezweifeln. Nach der Liberalisierung der Energieversorgung richten sich die meisten Regulierungsmaßnahmen auf Betreiber von Übertragungsnetzen, da hier ein natürliches Monopol vorhanden ist. Aufgrund ihrer Monopolstellung unterliegen sie einer intensiven Kontrolle des Staats. Die Beschränkungen sind nicht identisch, sondern ergänzen einander. Diese Regelungen können den Zweck effizienter und besser erreichen. Und eine Beschränkung der Freiheit der Berufswahl liegt auch nicht vor, weil die Kosten durch Netznutzungsentgelte auf den Endverbraucher weitergegeben und so ausgeglichen werden können⁹¹³. Aus diesen Gründen kann die

⁹¹⁰ *Schmidt-Preuß*, in: Baur/Salije/Schmidt-Preuß, Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Aufl. 2016, Kap. 106, Rn. 18.

⁹¹¹ *Lücke*, DVBl. 2001, S. 1471.

⁹¹² *G. Kirchhof*, NJW 2006, S. 734.

⁹¹³ Vgl. *Klement*, AöR 134 (2009), S. 73.

Preisregelung trotz der Kumulation von Eingriffen in die Berufsfreiheit gerechtfertigt werden.

cc. Endverbraucher

Die Überwälzung der Kosten auf den Endverbraucher ist aufgrund § 13 c Abs. 5 EnWG unvermeidlich. Deshalb müssen in die Bewertung der Rechtfertigung für die Beschränkung der Grundrechte sowohl der Betreiber des Übertragungsnetzes als auch der Stromverbraucher einbezogen werden⁹¹⁴.

Zuerst ist zu fragen, welche Rechte des Stromverbrauchers eingeschränkt werden. Der Strompreis wird aufgrund der Überwälzung der Kosten erhöht, und der Endverbraucher muss mehr Geld zahlen. Das Bundesverfassungsgericht ist der Meinung, dass Art. 14 GG nicht das Vermögen als solches gegen Eingriffe durch die Auferlegung von Geldleistungspflichten schützt⁹¹⁵. Ein Verstoß gegen Art. 14 GG könne in Betracht kommen, wenn die Geldleistungspflichten den Pflichtigen übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen würden⁹¹⁶. Denkbar ist die Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Endverbraucher. Dieses Grundrecht wird als „Auffanggrundrecht“ angesehen und schützt die allgemeine Handlungsfreiheit des Einzelnen nach Maßgabe der verfassungsmäßigen Rechtsordnung, soweit nicht eine Entscheidungs- oder Handlungsmöglichkeit Gegenstand des Schutzes eines spezielleren Grundrechts ist⁹¹⁷. Nach Art. 2 Abs. 1 GG kann nur durch imperative Regelung der öffentlichen Gewalt eingegriffen werden⁹¹⁸. § 13 c Abs. 5 EnWG erlaubt,

⁹¹⁴ Vgl. *Burgi*, JZ 2013, S. 749.

⁹¹⁵ BVerfGE 4, 7 (17); 95, 267 (300).

⁹¹⁶ BVerfGE 14, 221 (241); *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 14, Rn. 65.

⁹¹⁷ BVerfGE 6, 32 (11).

⁹¹⁸ *Manssen*, Staatsrecht II – Grundrechte, 14. Aufl. 2017, S. 73.

die Kosten auf den Endverbraucher abzuwälzen. Das ist eine Einschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit.

Gefragt werden muss zudem, ob es eine spezifische Zurechnung der Überwälzung auf den Endverbraucher gibt. Das systemrelevante Kraftwerk kann als ein Teil der Infrastruktur angesehen werden und ist für den neuen Markt, in dem erneuerbare Energien zunehmend stärker vertreten sind, unentbehrlich. Der Umbau des Energiemarkts ist zum Erreichen der Klimaschutzziele notwendig. In der Gesetzesbegründung des EEG 2014 wird hinsichtlich der Kostenverteilung der EEG-Umlage mit dem Verursacherprinzip argumentiert, da die Stromversorgung primär durch fossile und nukleare Erzeugungsquellen, die negativen Folgen für Klima und Umwelt hinterlassen, gedeckt wird⁹¹⁹. Der Verbraucher ist ursächlich dafür verantwortlich, dass Energieerzeuger Energie anbieten, und deshalb sind die für Klima und Umwelt negativen Folgen entstanden. Auch in der Literatur wird diesem Argument gefolgt⁹²⁰. Die Energiereserve konventioneller Kraftwerke ist für die Förderung erneuerbarer Energien und eine gleichzeitige Gewährleistung der Versorgungssicherheit unverzichtbar. Die Energieverbraucher als Verursacher der negativen Folgen sollen die Kosten für die Förderung von Klima- und Umweltschutz tragen. Auf anderen Seite bedeutet der Energiemarkt mit zusätzlichen erneuerbaren Energien auch eine Verbesserung der Qualität. Die Verbraucher können sauberere, umweltfreundlichere Energieprodukte genießen. Aufgrund dieser Überlegung ist es nicht unbegründet, die Kosten auf die Endverbraucher abzuwälzen.

Der Schrankenvorbehalt der „verfassungsmäßigen Ordnung“ hat eine beherrschende Bedeutung für die Interpretation des Art. 2 Abs. 1 GG. Jedes Gesetz oder jede sonstige

⁹¹⁹ BT-Drucks. 18/1304, S. 109 f.

⁹²⁰ Siehe, *Gawel*, DVBl. 2013, S. 416 f.

Rechtsvorschrift kann die allgemeine Handlungsfreiheit beschränken, wenn sie mit der Verfassung im Einklang steht⁹²¹. Die Regelung der Überwälzung muss dann verhältnismäßig sein. Der Gesetzgeber sieht die Regelung vor, um die Kosten des Weiterbetriebs systemrelevanter Anlage im Marktsystem zu verteilen. Dadurch können Energiemarkt und Versorgungssicherheit stabil bleiben. Das ist ein legitimer Zweck. Die Regelung muss weiterhin in einem sachlichen Zusammenhang mit dem verfolgten Zweck stehen⁹²². Die Überwälzung ist zur Sicherung von Energiemarkt und Versorgungssicherheit geeignet. Zudem muss der Eingriff erforderlich sein. Es wurde schon mehrmals erwähnt, dass das Mittel der Steuer nicht dieselbe Wirkung hat. Letztlich darf der Eingriff nicht unverhältnismäßig für den mit ihm verfolgten Zweck sein⁹²³. Für den Endverbraucher ist der Strompreis aufgrund des Stilllegungsverbots nicht extrem gestiegen, weshalb die Regelung einer Umwälzungsmöglichkeit trotz des öffentlichen Interesses an preiswerter Energiebereitstellung für ihn nicht unzumutbar ist. Zu beachten ist, dass die Sicherheitsmaßnahmen nach § 13 EnWG allein bereits schon extrem hohe Kosten erzeugen. Ein Redispatch und das Einspeisemanagement im Jahr 2015 kosteten schon ca. 402,5 Millionen Euro⁹²⁴. Alle Kostenlasten durch Netzsicherheitsmaßnahmen, den Netzausbau sowie die Schaffung der Netzreserve und der Kapazitätsreserve werden letztendlich auf den Endverbraucher verlagert. Ob diese Entwicklung nicht gegen den Zweck des § 1 EnWG, die Beachtung der Preisgünstigkeit, verstößt oder diesen Grundsatz zumindest nicht genügend berücksichtigt, ist in Zweifel

⁹²¹ *Badura*, Staatsrecht, 6. Aufl. 2015, S. 328.

⁹²² BVerfGE 55, 159 (165 ff.).

⁹²³ BVerfGE 96, 10 (21).

⁹²⁴ Redispatch in Deutschland, S. 9

zu ziehen. Falls der Energiepreis zu stark steigt, könnte dies den Verbraucher übermäßig belasten und seine Vermögensverhältnisse grundlegend beeinträchtigen⁹²⁵. Dann wäre Art. 14 GG verletzt.

⁹²⁵ BVerfGE 14, 221 (241).

F. Fazit

Um die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten, hat der Bundesgesetzgeber in §§ 13 ff. EnWG detaillierte Regelungen erlassen. Diese müssen mit den sowohl im Europäischen Unionsrecht und Verfassungsrecht als auch den in § 1 EnWG in concreto normierten Zwecken des Energie(-Wirtschafts-)rechts vereinbar sein. Bei diesen Zwecksetzungen handelt es sich um Optimierungsgebote. Eine besondere Bedeutung kommt einerseits der Versorgungssicherheit, andererseits der Umweltverträglichkeit der Energieversorgung zu. Die gleichzeitige und gleichgewichtige Erreichung aller Zwecksetzungen auf dem Gebiet des Energiewirtschaftsrechts ist weder möglich noch normativ vorgegeben. Zur Verwirklichung der Ziele des Umweltschutzes sind Fördermaßnahmen für erneuerbare Energien erforderlich. Demzufolge ist für erneuerbare Energien ein Vorrangprinzip eingeführt worden. Dieses wirft aber zugleich erhebliche Probleme für die Gewährleistung der Netzstabilität auf. Im Kollisionsfall muss die Sicherheit der Energieversorgung Priorität gegenüber der vorrangigen Einspeisung der erneuerbaren Energie in das Netz genießen. Wird die Netzstabilität nicht gewährleistet, gibt es keine Energieversorgung – unabhängig davon, ob die Elektrizität aus traditionellen oder regenerativen Energiequellen erzeugt wird. Somit ist die Netzstabilität auch nach der Energiewende unbedingt und uneingeschränkt zu gewährleisten.

Lange Zeit unklar war das Verhältnis der Systemverantwortung der Betreiber von Übertragungsnetzen zu dem Einspeisungsmanagement bezüglich Abnahme, Übertragung und Verteilung des Stroms aus erneuerbaren Energien. Während es dem Erneuerbare-Energien-Gesetz um die Sicherstellung der Einspeisung und vorrangig um die Abnahme der erneuerbaren Energien ging, kam es dem Energiewirtschaftsgesetz vor

allem darauf an, die Sicherheit und Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems zu gewährleisten. Nach Sinn und Zweck der Regelung musste die Sicherheit und Zuverlässigkeit von jeher als vorrangig angesehen werden. Das den erneuerbaren Energien zugutekommende Vorrangprinzip ist grundsätzlich einzuhalten und darf nur in Ausnahmefällen durchbrochen werden. Dies kommt mittlerweile in § 13 EnWG eindeutig zum Ausdruck. Wird die Einspeisung von Strom aus einer Anlage zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien, Grubengas oder Kraft-Wärme-Kopplung wegen eines Netzengpasses reduziert, muss der Netzbetreiber den Betreiber der Anlagen nach Maßgabe des § 15 EEG entschädigen. Ist eine konventionelle Energieanlage systemrelevant, weil ihre Stilllegung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer nicht unerheblichen Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems führen würde, kann ein Stilllegungsverbot ergehen. Um dieses rechtlich angemessen erfassen zu können, ist es in das Risikorecht einzuordnen. Ein Risiko zeichnet sich durch die Ungewissheit eines Schadenseintritts aus. Um diesen zu vermeiden, muss der Staat Schutzmaßnahmen ergreifen, die in die Grundrechte Dritter – hier der Anlagenbetreiber – eingreifen können. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, im Spannungsverhältnis von Schutzrecht und grundrechtlichen Freiheiten die betroffenen Interessen unter Beachtung des Übermaß- und Untermaßverbots abzuwägen und auszugleichen. Hierbei sind nach Möglichkeit alle geschützten Interessen optimal zu berücksichtigen. Dem Gesetzgeber kommt ein verfassungsgerichtlich kontrollierter Spielraum zu. Diese Vorgaben sind bei der Interpretation des Stilllegungsverbots heranzuziehen.

Rechtstechnisch stellt sich das Stilllegungsverbot als eine Indienstnahme Privater dar. Die auferlegte Pflicht besteht nicht nur in einem Dulden oder der Erbringung von

Geldleistungen, dem Anlagenbetreiber wird vielmehr eine aktive Leistung abverlangt, um die Anlage in dem gesetzlich geforderten Zustand zu erhalten.

Die Indienstnahme greift in das durch Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Grundrecht der Berufsfreiheit der privaten Anlagenbetreiber ein. Eingriff und Finanzausgleich sind separat zu betrachten. Der Eingriff stellt sich schwerwiegend dar, weil der Betreiber die Fähigkeit verliert, das nicht mehr profitable Geschäft zu beenden und das freiwerdende Kapital in einen anderen Bereich zu investieren. Dies kann (jedenfalls ohne Entschädigung) das Überleben des Unternehmens gefährden. Doch ist der Eingriff unvermeidlich, weil nur so die Stabilität des gesamten Netzes und damit ein Gemeinwohlgut höchsten Ranges gesichert werden können. Ungeachtet dessen ist der Erlass eines Stilllegungsverbots nur verfassungsgemäß, wenn den schutzwürdigen Interessen des Anlagenbetreibers hinreichend Rechnung getragen wird. Dem ist der Gesetzgeber nachgekommen. Der Betreiber des Übertragungsnetzes muss die Notwendigkeit der Ausweisung einer systemrelevanten Anlage im Falle einer geplanten vorläufigen oder endgültigen Stilllegung begründen (§ 13 b Abs. 2 S. 3 EnWG). Der Übertragungsnetzbetreiber muss nach § 3 Abs. 1 NetzResV mit der Bundesnetzagentur zusammenarbeiten und den Bedarf der Erzeugungskapazität für die Netzreserve bestimmen. Die für die Prüfung der Netzreserve und für die Systemanalyse relevanten Werte einschließlich der zugrunde liegenden Parameter müssen veröffentlicht werden. Der so informierte Anlagenbetreiber kann gem. § 4 NetzResV am Verfahren teilnehmen und seine Interessen zur Geltung bringen. Die Ausweisung einer Anlage als systemrelevant gilt lediglich für die Dauer von 24 Monaten, kann allerdings gegebenenfalls verlängert werden. Deshalb sind Stilllegungsverbote grundsätzlich als gerechtfertigt anzusehen. Kann sich der Betreiber des Übertragungsnetzes die benötigten Kapazitäten allerdings anderweitig (etwa durch eine vertragliche Abmachung) beschaffen, stellt sich die

Rechtslage anders dar. Ebenso kann der Ausbau des Übertragungsnetzes dazu führen, dass Stilllegungsverbote nicht mehr erforderlich sind.

Im Falle eines Stilllegungsverbots hat der Betreiber des Übertragungsnetzes dem Betreiber der Anlage eine Vergütung zu entrichten (§ 13 c EnWG). Dies wirkt sich auf den Betreiber der Anlage wie die Erhebung einer öffentlichen Abgabe aus. Deshalb könnte erwogen werden, an die Pflicht zur Zahlung einer Vergütung dieselben Anforderungen wie an die Erhebung einer Sonderabgabe zu stellen. Allerdings ähnelt die Vergütungspflicht eher einer Preisregulierung. In jedem Falle muss das Prinzip der Lastengleichheit beachtet werden. Im Ergebnis kann der mit der Vergütungspflicht einhergehende Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, da ein hinreichender Zurechnungsgrund besteht und der Betreiber des Übertragungsnetzes die Kosten in Form erhöhter Netzentgelte auf die Stromverbraucher überwälzen kann. Die Betreiber eines Übertragungsnetzes können nicht nur durch die Pflicht, den Betreibern stillgelegter Anlagen eine Vergütung zu zahlen, belastet werden, sondern auch durch Auferlegung zahlreicher weiterer Pflichten. Aber die Zwecke dieser Beschränkungen sind nicht identisch, sondern sie ergänzen einander; deshalb liegt eine Kumulation des Grundrechteingriffs nicht vor. Auch für den Verbraucher ist eine Verletzung der grundrechtlich geschützten Interessen nicht ersichtlich, weil der Strompreis aufgrund des Stilllegungsverbots nicht extrem gestiegen, die Erhöhung demnach zumutbar ist.

Bei alledem muss beachtet werden, dass den Endverbrauchern immer mehr Kosten der Energiewende zugemutet werden, was dem Zweck des § 1 EnWG zuwiderläuft, eine preisgünstige Energieversorgung zu gewährleisten.

Literaturverzeichnis

- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985.
- Altrock, Martin: Subventionierende Preisregelungen – Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG, München 2002.
- Ders./Herrmann, Nicolai: Ausbau der Windenergie und Laufzeitverlängerung – energiewirtschaftliche und rechtliche Herausforderungen für das zukünftige Marktdesign, in: ZNER 2010, S. 350 ff.
- Ders./Vollprecht, Jens: Zur Entwicklung des Einspeisemanagements zwischen dem Vorrang Erneuerbarer Energien und dem Ausbau fluktuierender Stromerzeugungskapazitäten, in: ZNER 2011, S. 231 ff.
- Ders.: Technische Vorgaben, in: Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald, Christian: EEG, 4. Auflage, München 2013, § 6.
- Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 08./09.03.2007.
<http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&f=ST%207224%202007%20REV%201>
- Anter, Andreas: Die politische Idee der Sicherheit. Theoriegeschichte und Staatspraxis eines modernen Konzepts, in: Möllers, Martin H. W./van Ooyen, Robert Chr.: Jahrbuch Öffentliche Sicherheit 2008/2009, Frankfurt am Main 2008, S. 15 ff.
- Appel, Ivo: Stufen der Risikoabwehr, in: NuR 1996, S. 227 ff.
- Arndt, Hans-Wolfgang: Zur finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit subventionierender Vergütungen nach dem Stromeinspeisungsgesetz vom 7. Dezember 1990, in: RdE 1995, S. 41 ff.
- Arnim, Hans Herbert von: Rechtsfragen der Privatisierung – Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote, Wiesbaden 1995.
- Bachof, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff.
- Ders.: Freiheit des Berufs, in: Bettermann, Karl August/Nipperdey, Hans Carl/Scheuener, Ulrich: Die Grundrechte III/1, 2. Auflage, Berlin 1972, S. 155 ff.
- Badura, Peter: Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat, in: DÖV 1966, S. 624 ff.
- Ders.: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: DVBl. 1982, S. 861 ff.
- Ders.: Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 6. Auflage, München 2015.
- Barbknecht, Klaus-Dieter: Systemverantwortung der Betreiber von Fernleitungsnetzen, in: Säcker, Franz Jürgen: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013, § 16.

- Bausback, Winfried: Public Private Partnerships im deutschen Öffentlichen Recht und im Europarecht – Spannungsfeld zwischen Daseinsvorsorge, Liberalisierung und Risikomanagement, in: DÖV 2006, S. 901 ff.
- Behrends, Andrea: Der Verfassungsauftrag zum Schutz der Umwelt (Art. 20 a) und die gesetzgeberische Behandlung der regenerativen Energieerzeugung, in: ZNER 2000, S. 184 ff.
- Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission. <http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/12/060/1206000.pdf>
- Birk, Dieter/Desens, Marc/Tappe, Henning: Steuerrecht, 16. Auflage, Karlsruhe 2013.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Grundrechte als Grundsatznormen – Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik, in: Der Staat 29 (1990), S. 1 ff.
- Böcker, Dietrich/Welte, Dietrich H.: Unverzichtbare fossile Energie – Wahrnehmung und Wirklichkeit in Deutschland, in: et 5/2012, S. 40 ff.
- Böhm, Monika: Risikoregulierung und Risikokommunikation als interdisziplinäres Problem, in: NVwZ 2005, S. 609 ff.
- Börner, Bodo: Irrwisch Daseinsvorsorge, in: BayVBl. 1971, S. 406 ff.
- Bourwieg, Karsten: § 13, in: Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg: EnWG, München 2010, § 13.
- Bracher, Christian-Dietrich: Gefahrenabwehr durch Private, Berlin 1987.
- Brandt, Edmund: Überlegungen zur erneuten Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit des EEG, in: Jahrbuch Windenergierecht 2014, BMV, S. 83-110.
- Breuer, Rüdiger: Anlagensicherheit und Störfälle – vergleichende Risikobewertung im Atom- und Immissionsschutzrecht, in: NVwZ 1990, S. 211 ff.
- Ders.: Probabilistische Risikoanalysen und Gentechnikrecht, in: NuR 1994, S. 157 ff.
- Ders.: Freiheit des Berufs, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbStR), Bd. VIII, Heidelberg 2010, § 170.
- Britz, Gabriele: Energie, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias: Regulierungsrecht, Tübingen 2010, § 9.
- Brugger, Winfried: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: VVDStRL 63 (2004), S. 103 ff.
- Bryde, Brun-Otto: Eigentum und Erbrecht, in: v. Münch, Ingo/Kunig, Philip: Grundgesetz, 6. Auflage, München 2012, Art. 14.
- Büdenbender, Ulrich: Rechtsfragen des Elektrizitätswirtschaftlichen Netzzugangs bei umfassendem Ausbau der Windenergieverstromung, in: RdE 2003, S. 193 ff.
- Bull, Hans Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Auflage, Kronberg 1977.

- Bunke, Christian: Der Grundrechtsvorbehalt – Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, Baden-Baden 1998.
- Bundesnetzagentur: Auswirkungen des Kernkraftausstiegs auf die Übertragungsnetze und die Versorgungssicherheit. Bericht zur Notwendigkeit eines Reservekraftwerks im Sinne der Neuregelung des Atomgesetzes v. 31.08.2011. https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2011/BerichtNotwResKKW31August2011pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Dies.: Bericht zum Zustand der leitungsgelassenen Energieversorgung im Winter 2011/12. http://www.pfbach.dk/firma_pfb/bundesnetzagentur_netzbericht_zustandwinter11_12.pdf
- Dies.: Leitfaden zum EEG-Einspeisemanagement, Stand: 29.03.2011. https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/ErneuerbareEnergien/Einspeisemanagement/Leitfaden_1_0/LeitfadenEEG_Version10_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=2
- Dies.: Monitoringbericht 2011. https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2011/MonitoringBericht2011.pdf?__blob=publicationFile
- Dies. und Bundeskartellamt: Monitoringbericht 2013, Stand: Dezember 2013. [file:///C:/Users/user/Downloads/Monitoringbericht_2013_\(Bundesnetzagentur\).pdf](file:///C:/Users/user/Downloads/Monitoringbericht_2013_(Bundesnetzagentur).pdf)
- Bundesumweltministerium: Entwurf EEG-Erfahrungsbericht, 2011. https://www.bhkw-infozentrum.de/download/eeg_erfahrungsbericht_2011_entwurf.pdf
- Burgi, Martin: Finanzieller Ausgleich für Bürokratielasten – ein Verfassungsgebot, in: GewArch 1999, S. 393 ff.
- Ders.: Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe – Staatsaufgabendogmatik – Phänomenologie – Verfassungsrecht, Tübingen 1999.
- Ders.: Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Festschrift Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 581 ff.
- Ders.: Die Energiewende und das Recht, in: JZ 2013, S. 745 ff.
- Ders.: Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, in: Schmidt-Preuß, Mattias/Körber, Torsten: Regulierung und Gemeinwohl, Baden-Baden 2016, S. 143 ff.
- Calliess, Christian: Rechtsstaat und Umweltstaat, Tübingen 2001.
- Ders.: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: DVBl. 2003, S. 1096 ff.

- Ders.: Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis, in: JZ 2006, S. 321 ff.
- Ders.: Die Leistungsfähigkeit des Untermaßverbots als Kontrollmaßstab grundrechtlicher Schutzpflichten, in: Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 201 ff.
- Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 184 (1984), S. 200 ff.
- Däuper, Olaf/Voß, Jan Ole: Rechtliche Ausgestaltungsmöglichkeiten von Kapazitätsmechanismen auf dem Stromerzeugungsmarkt, in: ZNER 2012, S. 119 ff.
- de Wyl, Christian/Hartmann, Thies Christian/Weise, Michael: Schutz der Systemstabilität und die Haftung des Netzbetreibers bei Maßnahmen nach §§ 13, 14 EnWG, in: EnWZ 2013, S. 66 ff.
- Ders./Thole, Christian/Bartsch, Alexander: Gesetzliche Anschlusspflicht und vertragliche Ausgestaltung der Netznutzung bei Strom und Gas, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian: Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, München 2013, § 16.
- Di Fabio, Udo: Entscheidungsprobleme der Risikoverwaltung – Ist der Umgang mit Risiken rechtlich operationalisierbar?, in: NuR 1991, S. 353 ff.
- Ders.: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat – Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.
- Ders.: Gefahr, Vorsorge, Risiko: Die Gefahrenabwehr unter dem Einfluß des Vorsorgeprinzips, in: Jura 1996, S. 566 ff.
- Dietlein, Johannes: Das Untermaßverbot – Bestandsaufnahme und Entwicklungschancen einer neuen Rechtsfigur, in: ZG 1995, S. 131 ff.
- Dreher, Jörg/Reshöft, Jan: Erzeugungsmanagement nach dem EEG – Zulässigkeit und Grenzen, in: ZNER 2006, S. 311 ff.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang: Gefahrenabwehr – Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, Köln 1986.
- Drüen, Klaus-Dieter: Die Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen, Tübingen 2012.
- Ehlers, Dirk: Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk: Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010, § 1.
- Ehricke, Ulrich: § 11, in: Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen: EEG, 2. Auflage, Berlin 2011, § 11.
- Ders.: Europäisches Recht der erneuerbaren Energien, in: Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen: EEG, 3. Auflage, Berlin 2013.

- Ekardt, Felix: § 2, in: Frenz, Walter/Müggenborg, Hans-Jürgen: EEG, 2. Auflage, Berlin 2011, § 2.
- Ellers, Oliver: Die gesetzliche Verpflichtung privater Arbeitgeber zum Lohnsteuereinkommen, Hamburg 2010.
- Engel, Christoph: Eigentumsschutz für Unternehmen, in: AöR 118 (1993), S. 169 ff.
- Epiney, Astrid: Artikel 20 a, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, München 2010, Art. 20 a.
- Erbring, Hans-Peter/Kuring, Matthias/Ruge, Reinhard: Die Systemverantwortung der Netzbetreiber, in: Säcker, Franz Jürgen: Handbuch zum deutsch-russischen Energierecht, München 2010, S. 107 ff.
- Erichsen, Hans-Uwe: Öffentliche Abgaben – Steuern, Gebühren, Beiträge, Sonderabgaben, in: Jura 1995, S. 47 ff.
- Ders.: Das Verwaltungshandeln, in: Erichsen, Hans-Uwe: Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Berlin 1998, § 12.
- Erk, Claudia: Die künftige Vereinbarkeit des EEG mit Verfassungs- und Europarecht, Baden-Baden 2008.
- Europäische Kommission: Grünbuch, Hin zu einer europäischen Strategie für Energieversorgungssicherheit. <http://edz.bib.uni-mannheim.de/www-edz/pdf/kom/gruenbuch/kom-2000-0769-de.pdf>
- Dies.: Pressemitteilung, IP/09/628 v. 23.04.2009. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-09-628_de.htm
- Fehling, Michael: Neues Regulierungsrecht im Anschluss an die Energiewende, in: Die Verwaltung 47 (2014), S. 313 ff.
- Ferger, Herbert: Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Köln 1979.
- Forsthoff, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart 1938.
- Ders.: Über Maßnahme-Gesetze, in: Gedächtnisschrift für Jellinek, 1955, S. 221 ff.
- Ders.: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.
- Ders.: Der Entwurf eines Zweiten Vermögensbildungsgesetzes – Eine verfassungsrechtliche Würdigung, in: BB 1965, S. 381 ff.
- Ders.: Der Staat der Industrie-Gesellschaft, München 1971.
- Ders.: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, München 1973.
- Franke, Peter: Der Stand der Energiewende – Perspektiven und Problem aus Sicht der Bundesnetzagentur, in: Grundel, Jörg/Lange, Knut Werner: Neuausrichtung der deutschen Energieversorgung – Zwischenbilanz der Energiewende, Tübingen 2014, S. 65 ff.

- Ders.: Herausforderungen für Netzbetreiber und Regulierungsbehörde, in: Faßbender, Kurt/Köck, Wolfgang: Versorgungssicherheit in der Energiewende – Anforderungen des Energie-, Umwelt- und Planungsrechts, Baden-Baden 2014, S. 19 ff.
- Franzius, Claudio: Der Gewährleistungsstaat, in: *VerwArch* 99 (2008), S. 351 ff.
- Friauf, Karl Heinrich: Öffentliche Sonderlasten und Gleichheit der Steuerbürger, in: Festschrift für Hermann Jahrreiß zum 80. Geburtstag, Köln 1974, S. 45 ff.
- Ders.: Das Stromeinspeisungsgesetz als Mittel einer unzulässigen Zwangssubventionierung zu Lasten privater Unternehmen, in: *ET* 1995, S. 597 ff.
- Gallwas, Hans-Ullrich: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch unentgeltliche Dienstleistung Privater, in: *BayVBl.* 1971, S. 245 ff.
- Gawel, Erik: Die EEG-Umlage: Preisregelung oder Sonderabgabe?, in: *DVBl.* 2013, S. 409 ff.
- Gellermann, Martin: Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande – Untersuchung zur normativen Ausgestaltung der Freiheitsrechte, Tübingen 2000.
- Germelmann, Claas Friedrich: Präzisierungen in der Sonderabgaben-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: *GewArch* 2009, S. 476 ff.
- Götz, Volkmar: Grundpflichten als verfassungsrechtliche Dimension, in: *VVDStRL* 41 (1983), S. 8 ff.
- Gramm, Christof: Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.
- Greenawalt, Tim: Die Indienstrafe privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in Deutschland, Berlin 2009.
- Grimm, Dieter: Diskussionsbeitrag, in: *VVDStRL* 41 (1983), S. 103 ff.
- Ders.: Verfahrensfehler als Grundrechtsverstöße, in: *NVwZ* 1985, S. 865 ff.
- Ders.: Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt am Main 1991.
- Groß, Thomas: Die Bedeutung des Umweltstaatsprinzips für die Nutzung erneuerbarer Energien, in: *NVwZ* 2011, S. 129-133.
- Gundel, Jörg: Der Verbraucherschutz im Energiesektor zwischen Marktliberalisierung und Klimaschutzzielen, in: *GewArch*, 2012, S. 137 ff.
- Gusy, Christoph: Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, in: *VVDStRL* 63 (2004), S. 153 ff.
- Hackländer, Daniel: Die allgemeine Energiekompetenz im Primärrecht der Europäischen Union, Frankfurt am Main 2010.
- Häberle, Peter: Grundrechte im Leistungsstaat, in: *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 ff.
- Ders.: Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG, 3. Auflage, Heidelberg 1983.
- Hain, Karl-Eberhard: Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, in: *DVBl.* 1993, S. 982 ff.
- Haratsch, Andreas/Koenig, Christian/Pechstein, Matthias: *Europarecht*, 7. Auflage, Tübingen 2010.

- Hayek, Friedrich A. von: Die Verfassung der Freiheit, 3. Auflage, Tübingen 1991.
- Heimann, Ursula: Planung und Netzausbau, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Mattias: Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Köln 2016, Kapitel 101.
- Heimburg, Sibylle von: Verwaltungsaufgaben und Private – Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Berlin 1982.
- Heimlich, Jörn: Die Abgabepflicht des Telekommunikationsgesetzes, in: NVwZ 1998, S. 122 ff.
- Heintzen, Markus: Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 ff.
- Hellermann, Johannes: § 2, in: Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg: EnWG, München 2008, § 2.
- Ders./Hermes, Georg: § 1, in: Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg: EnWG, München 2010, § 1.
- Henseler, Paul: Begriffsmerkmale und Legitimation von Sonderabgaben, Baden-Baden 1984.
- Hermanns, Meinulf: Stromnetzzugang, StromNZV, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schon, Heike/Jansen, Guido: Grundriss zum Energierecht, Frankfurt am Main 2011, Kapitel 3.
- Hermes, Georg: Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit – Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987.
- Ders.: Staatliche Infrastrukturverantwortung – Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.
- Hesse, Konrad: Verfassung und Verfassungsrecht, in: Benda, Ernst/Maihofer, Werner/Vogel, Hans-Jochen: Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Auflage, Berlin 1995.
- Ders.: Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Auflage, Heidelberg 1999.
- Heun, Werner: Die Entwicklung des Steuerstaatskonzepts in theoretischer und tatsächlicher Hinsicht, in: Sacksofky, Ute/Wieland, Joachim: Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, Baden-Baden 2000, S. 10 ff.
- Ders.: Gleichheit, in: Dreier, Horst: Grundgesetz, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 2013, Art. 3.
- Hobbes, Thomas: Leviathan, England 1651.

- Hoffmann-Riem, Wolfgang: Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert, Gunnar Folke: Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, Baden-Baden 2005, S. 89-108.
- Hofmann, Hans: Artikel 20, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel: Kommentar zum Grundgesetz, 12. Auflage, Köln 2011, Art. 20.
- Hofmann, Holger: Aktuelle Entwicklung auf dem Stromerzeugungsmarkt im Jahr 2013, in: EnWZ 2014, S. 51 ff.
- Holznapel, Bernd/Theurl, Theresia/Meyer, Eric/Schumacher, Pascal: Ownership Unbundling – Rechtliche und ökonomische Bewertung eigentumsrechtlicher Entflechtungsmaßnahmen gegenüber Energienetzbetreibern, Berlin 2008.
- Hoppenbrock, Volker: § 12, in: Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald, Christian: EEG, 4. Auflage, München 2013, § 12.
- Hünnekens, Georg: Rechtsfragen der wirtschaftlichen Infrastruktur, Köln 1995.
- Humboldt, Wilhelm von: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, [Ort] 1792.
- Ipsen, Hans Peter: Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: FS Erich Kaufmann (1950), S. 141 ff.
- Ders.: Gesetzliche Bevorratungsverpflichtung Privater – Erläutert am Modell des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölzeugnissen vom 9. September 1965, in: AöR 1965, S. 393 ff.
- Ipsen, Jörn: Staatsrecht II – Grundrechte, 5. Auflage, München 2002.
- Ders.: Staatsrecht I – Staatsorganisationsrecht, 22. Auflage, München 2010, S. 265.
- Isensee, Josef: Steuerstaat als Staatsform, in: Festschrift für Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, S. 409 ff.
- Ders.: Das Grundrecht auf Sicherheit – Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaats, Berlin 1983.
- Ders./Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbStR), Bd. I, Karlsruhe 1987.
- Ders.: Das Gemeinwohl als vorverfassungsmäßige Idee des richtigen staatlichen Handelns, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbStR), Bd. III, Karlsruhe 1988, § 57.
- Ders.: Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts (HStR), V, Heidelberg 1992, § 111.
- Ders.: Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts (HStR), IV, 3. Auflage, Heidelberg 2006, § 71.
- Jacobshagen, Ulf/Kachel, Markus: § 4 KWKG, in: Danner, Wolfgang/Theobald, Christian: Energierecht, 71. Ergänzungslieferung, München 2011, § 4 KWKG.

- Jaeckel, Liv: Gefahrenabwehrrecht und Risikodogmatik – Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts, Tübingen 2010.
- Ders.: Wer wagt, gewinnt – es sei denn, er verliert. Rechtsdogmatische Überlegungen zum Risiko, in: Jaeckel, Liv/Janssen, Gerold: Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, Tübingen 2012, S. 5 ff.
- Jansen, Guido: Netzentgelte, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schoon, Heike/Jansen, Guido: Grundriss zum Energierecht – Der rechtliche Rahmen für die Energiewirtschaft, Frankfurt am Main 2011.
- Jarras, Hans D.: Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 110 (1985), S. 363 ff.
- Ders.: Verfassungsrechtliche Grenzen für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben, in: DÖV 1989, S. 1013-1022.
- Ders.: Art. 12, in: Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo: GG, 14. Auflage, München 2012, Art. 12.
- Jochum, Heike: Neustrukturierung der Sonderabgabendogmatik – gewidmet Herrn Prof. Rudolf Wendt in herzlicher Verbundenheit –, in: StuW 2006, S. 134 ff.
- Johnston, Angus/Block, Guy: EU Energy Law, 2012.
- Kämmerer, Jörn Alex: Berufsfreiheit, in: v. Münch, Ingo/Kunig, Philip: Grundgesetz, Bd. I, 6. Auflage, München 2012, Art. 12.
- Kahl, Wolfgang: Grundrechtsschutz durch Verfahren in Deutschland und in der EU, in: VerwArch 2004.
- Ders.: Die Kompetenzen der EU in der Energiepolitik nach Lissabon, in: EuR 2009, S. 601 ff.
- Ders.: Energie und Klimaschutz – Kompetenzen und Handlungsfelder der EU, in: Schulze-Fielitz, Helmuth/Müller, Thorsten: Europäisches Klimaschutzrecht, Baden-Baden 2009, S. 21 ff.
- Kaptue Kanga, Alain Frank: Regelzonenübergreifendes Netzengpassmanagement mit optimalen Topologiemassnahmen, Wuppertal 2009.
- Kaufmann, Franz-Xaver: Sicherheit als soziologisches und sozialpolitisches Problem, 2. Auflage, Stuttgart 1973.
- Kellenberger, Claus: Der verfassungsrechtliche Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs, Frankfurt am Main 1999.
- Kirchhof, Ferdinand: Private Breitbandkabelanlagen und Postmonopol, in: DVBl. 1984, S. 657 ff.
- Ders.: Das Allgemeine Abgabenrecht, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Würtenberger, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Auflage, Heidelberg 2000, § 20.

- Ders.: Grundriß des Steuer- und Abgabenrechts, 2. Auflage, Karlsruhe 2001.
- Kirchhof, Gregor: Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, Berlin 2005.
- Ders.: Kumulative Belastung durch unterschiedliche staatliche Maßnahmen, in: NJW 2006, S. 732 ff.
- Ders.: Rechtsfolgen der Privatisierung, in: AöR 2007, S. 215 ff.
- Kirchhof, Paul: Die Finanzierung des Leistungsstaats – Die verfassungsrechtlichen Grenzen staatlicher Abgabehoheit, in: Jura 1983, S. 505 ff.
- Ders.: Der Staat als Garant und Gegner der Freiheit, Paderborn 2004.
- Ders.: Nichtsteuerliche Abgaben, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbStR), V, 3. Auflage, Karlsruhe 2007, § 118, § 119.
- Kirmer, Petra: Der Begriff der öffentlichen Aufgaben in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, München 1995.
- Klein, Hans H.: Über Grundpflichten, in: Der Staat 14 (1975), S. 153 ff.
- Ders.: Staatsziele im Verfassungsgesetz – Empfiehlt es sich, ein Staatsziel Umweltschutz in das Grundgesetz aufzunehmen?, in: DVBl. 1991, S. 729 ff.
- Klement, Jan Henrik: Die Kumulation von Grundrechtseingriffen, in: AöR 134 (2009), S. 35 ff.
- Klinski, Stefan: Schnittstellen zwischen Mietrecht und Energierecht vor dem Hintergrund der anstehenden energiebezogenen Mietrechtsreform, in: WuM 2012, S. 354 ff.
- Kloepfer, Michael/Rehbinder, Eckard/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Kunig, Philip: Umweltgesetzbuch – Allgemeiner Teil, Berlin 1991.
- Ders./Wimmer, Norbert: Die Belastung von Endverbrauchern aufgrund der Verpackungsverordnung als Verfassungsproblem – Zur Verfassungsmäßigkeit der mittelbaren Kostenbelastung der Endverbraucher aufgrund der Einführung flächendeckender Entsorgungssysteme nach § 6 Abs. 3 VerpackV – in: UPR 1993, S. 409 ff.
- Kloubert, Franz Peter: Rechtliche Stellung des Arbeitgebers im Lohnsteuerabzugsverfahren, Köln 1988.
- Kluth, Winfried: Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Erhebung von Sondergaben, in: JA 1996, S. 260 ff.
- König, Carsten: § 11, § 13 ff, § 14, in: Säcker, Franz Jürgen: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013.
- Ders.: Engpassmanagement in der deutschen und europäischen Elektrizitätsversorgung, Baden-Baden 2013.
- Ders.: Die Vergütung abschaltbarer Lasten, in: EnWZ 2013, S. 201 ff.

- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Rasbach, Winfried: *Energierrecht*, 3. Auflage, Baden-Baden 2013.
- Krajewski, Markus: *Rechtsbegriff Daseinsvorsorge?*, in: *VerwArch* 2008, S. 174 ff.
- Krüger, Herbert: *Allgemeine Staatslehre*, 2. Auflage, Stuttgart 1966.
- Kube, Hanno/Palm, Ulrich/Seiler, Christian: *Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange – Zu den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben quersubventionierender Preisinterventionen*, in: *NJW* 2003, S. 927 ff.
- Ders.: *Staatsaufgaben und Solidargemeinschaften*, in: *DStJG* 29 (2006), S. 11 ff.
- Ders.: *Öffentliche Aufgaben in Privater Hand – Sachverantwortung und Finanzierungslast*, in: *Die Verwaltung* 41 (2008), S. 1 ff.
- Ders.: *Der eingriffsrechtfertigende Konnex – Zu Inhalt und Grenzen freiheitsbegleitender Verantwortung*, in: *JZ* 2010, S. 265 ff.
- Kühling, Jürgen: *Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften*, München 2004.
- Kuxenko, Michael: *Umweltverträgliche Energieversorgung – Analyse eines neuen Gesetzeszwecks im Energiewirtschaftsrecht*, Baden-Baden 2004.
- Lehnert, Wieland/Templin, Wolf/Theobald, Christian: *Die Erneuerbaren Energien im System des Energierichts*, in: *VerwArch* 2011, S. 83 ff.
- Leisner, Walter: *Sozialversicherung und Privatversicherung – dargestellt am Beispiel der Krankenversicherung*, Berlin 1974.
- Lepsius, Oliver: *Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?*, in: *VVDStRL* 63 (2004), S. 266 ff.
- Ders.: *Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung*, in: Fehling, Michael/Ruffert, Mattias: *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, § 4.
- Lerche, Peter: *Übermaß und Verfassungsrecht – Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, Goldbach 1961.
- Lippert, Michael: *Sicherheit der Energieversorgung – Renaissance eines energierechtlichen Leitziels?*, in: Leible, Stefan/Lippert, Michael/Walter, Christian: *Die Sicherung der Energieversorgung auf der globalisierten Märkten*, Tübingen 2007, S. 1 ff.
- Locke, John: *Two Treatises of Government*, England 1690.
- Löwer, Wolfgang: *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, Köln 1989.
- Ders.: *Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft*, in: *DVBl.* 1991, S. 132 ff.
- Lücke, Jörg: *Die Berufsfreiheit: Eine Rückbesinnung auf den Text des Art. 12 Abs. 1 GG*, Karlsruhe 1994.

- Ders.: Der additive Grundrechtseingriff sowie das Verbot der übermäßigen Gesamtbelastung des Bürgers, in: DVBl. 2001, S. 1469 ff.
- Mackensen, Lutz: Reclams Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache, Stuttgart 1966.
- Mann, Thomas: Berufsfreiheit, in: Sachs, Michael: Grundgesetz, 6. Auflage, München 2011, Art. 12
- Manssen, Gerrit: Staatsrecht – Grundrechtsdogmatik, München 1995.
- Ders.: Art. 12, in: v. Mangolt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, 6. Auflage, München 2010, Art. 12.
- Ders.: Die EEG-Umlage als verfassungswidrige Sonderabgabe, in: DÖV 2012, S. 499 ff.
- Ders.: Die Verfassungsmäßigkeit von EEG-Umlage und besonderer Ausgleichsregelung im Erneuerbare Energien Gesetz, in: WiVerw 2012, S. 170 ff.
- Ders.: Staatsrecht II – Grundrechte, 14. Auflage, München 2017.
- Mauer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011.
- Mayer, Matthias: Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltgarantie – Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers im Grundrechtsbereich, Baden-Baden 2005.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I, Berlin 1895.
- Merten, Detlef: Grundpflichten im Verfassungssystem der Bundesrepublik Deutschland, in: BayVBl. 1978, S. 554 ff.
- Meßerschmidt, Klaus: Gesetzgebungsermessen, Berlin 2000.
- Meyer, Cedric C./Paulus, Kim: Beeinflussbare und nicht beeinflussbare Kostenanteile, in: Holznagel, Bernd/Schütz, Raimund: Anreizregulierungsverordnung – Kommentar, München 2013, § 11.
- Möstl, Markus: Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, Tübingen 2002.
- Ders.: Der Vorrang erneuerbarer Energien – Ein Prinzip des Energiewirtschaftsrechts nimmt Gestalt an, in: RdE 2003, S. 90 ff.
- Ders.: Rechtsfragen der Kraftwerksregulierung, in: EnWZ 2015, S. 243 ff.
- Moser, Michael: Einwirkungsbefugnisse der Bundesnetzagentur auf die Elektrizitätsversorgung, in: RdE 2007, S. 343 ff.
- Müller-Terpitz, Ralf/Weigl, Michaela: Ownership Unbundling – ein gemeinschaftsrechtlicher Irrweg?, in: EuR 2009, S. 348 ff.
- Murswiek, Dietrich: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985.
- Ders.: Die Bewältigung der wissenschaftlichen und technischen Entwicklungen durch das Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 48 (1990), S. 207 ff.

- Ders.: Artikel 20 a, in: Sachs, Michael: Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011, Art. 20 a.
- Mußgnug, Reinhard: Die zweckgebundene öffentliche Abgabe, in: Festschrift für Forsthoff zum 70. Geburtstag, München 1972, S. 259 ff.
- Oschmann, Volker: Anwendungsbereich, in: Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald, Christian: EEG, 3. Auflage, München 2011, § 2.
- Ossenbühl, Fritz: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, in: DÖV 1971, S. 513 ff.
- Ders.: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29 (1971), S. 138 ff.
- Ders.: Staatliches Fernmeldemonopol als Verfassungsgebot, in: Festschrift für Rudolf Lukes zum 65. Geburtstag, Köln 1989, S. 525 ff.
- Ders.: Die Freiheiten des Unternehmers nach dem Grundgesetz, in: AöR 115 (1990), S. 1 ff.
- Ders.: Zur Verfassungswidrigkeit der Vergütungsregelung des Stromeinspeisungsgesetzes, in: RdE 1997, S. 46 ff.
- Ders.: Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter, Wiesbaden 2000.
- Ders.: Zur Rechtfertigung von Sonderabgaben mit Finanzierungszweck, in: DVBl. 2005, S. 667 ff.
- Ders.: Verfassungsrechtliche Fragen eines beschleunigten Ausstieges aus der Kernenergie, Baden-Baden 2012.
- Osterloh, Lerke: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54 (1995), S. 206 ff.
- Paehlke-Cärtner, Cornelia: Gleichheit vor dem Gesetz, in: Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas: Grundgesetz, Band I, Karlsruhe 2002, Art. 3.
- Palme, Christoph/Schlee, Matthias: Gentechnikrecht: Darstellung, Wiesbaden 2009.
- Papenkort, Katja/Wellershoff, Jan-Kristof: Der Energietitel im Vertrag von Lissabon – Alter Wein in neuen Schläuchen, in: RdE 2010, S. 77-83.
- Peters, Hans: Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey, Band II, München 1965, S. 877 ff.
- Pielow, Johann-Christian: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Tübingen 2001.
- Ders.: Effektives Recht der Energieeffizienz? Herausforderung an Rechtsetzung und -anwendung, in: ZUR 2010, S. 115 ff.
- Ders.: Energierecht, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann: Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Karlsruhe 2012, § 22.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard: Grundrechte, Staatsrecht II, 24. Auflage, Heidelberg 2008.

- Ders./Schlink, Bernhard/Kniesel, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Auflage, München 2014.
- Plewa, Dietrich: Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben am Beispiel des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölserzeugnissen vom 09.09.1965 i. d. F. v. 04.09.1975, Speyer 1978.
- Pohlmann, Mario: Der Streit um das Stromeinspeisungsgesetz vor dem Grundgesetz, in: NJW 1997, S. 545 ff.
- Pritzsche, Kai Uwe/Vacha, Vivien: Energierecht – Einführung und Grundlagen, München 2017.
- Püttner, Günter: Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Energieversorgung in Deutschland, in: LKV 1991, S. 209 ff.
- Redispatch in Deutschland – Auswertung der Transparenzdaten.
[https://www.bdew.de/internet.nsf/id/20161103-oe-fakten-und-argumente-redispatch-in-deutschland-de/\\$file/Fakten%20und%20Argumente%20-%20Redispatch%20in%20Deutschland_oA.pdf](https://www.bdew.de/internet.nsf/id/20161103-oe-fakten-und-argumente-redispatch-in-deutschland-de/$file/Fakten%20und%20Argumente%20-%20Redispatch%20in%20Deutschland_oA.pdf)
- Reshöft, Jan: § 2, in: Reshöft, Jan: Erneuerbare-Energien-Gesetz, 3. Auflage, Baden-Baden 2009, § 2.
- Rheker, Marleen: Die rechtliche Einordnung der EEG-Umlage als Sonderabgabe oder als Preisregelung, Baden-Baden 2016.
- Richter, Stefan K.: Grenzen der wirtschaftlichen Förderung regenerativer Stromeinspeisungen in Deutschland, Bochum 1999.
- Röhl, Klaus F.: Allgemeine Rechtslehre, 2. Auflage, Köln 2001.
- Ruffert, Matthias: Vorgaben des Europarechts und nationale Gestaltungsspielräume, in: Hender, Reinhard/Marburger, Peter/Reiff, Peter/Schröder, Meinhard: Energieversorgung und Umweltschutz, Berlin 2009, S. 13 ff.
- Ruge, Reinhard: Die EnWG-Novelle 2012 ist da – Drittes Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftlicher Vorschriften verabschiedet, in: EnWZ 2013, S. 3 ff.
- Ruthig, Josef/Storr, Stefan: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2008.
- Sachs, Michael: Artikel 20, in: Sachs, Michael: Grundgesetz Kommentar, 6. Auflage, München 2011, Art. 20.
- Sacksofsky, Ute: Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben – Zugleich ein Beitrag zur Geltung des Steuerstaatsprinzips, Tübingen 2000.
- Säcker, Franz Jürgen: Aufgaben der Energieversorgungsunternehmen, in: Säcker, Franz Jürgen: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013, § 2.

- Ders./Timmermann, Andreas: Zweck des Gesetzes, in: Säcker, Franz Jürgen: Berliner Kommentar zum Energierecht, Band 1/3, 3. Auflage, Frankfurt am Main 2013, § 1.
- Salje, Peter: EEG-Vorrangprinzip und Netzengpassmanagement – Zur Ausgestaltung von Beschränkungen der gesetzlichen Verpflichtung zur Abnahme von Strom aus erneuerbaren Energien bei Netzengpässen, in: RdE 2005, S. 250 ff.
- Ders.: Energiewirtschaftsgesetz, 1. Auflage, Köln 2006.
- Ders.: Versorgungssicherheit, Preisgünstigkeit und Umweltverträglichkeit als zentrale Forderungen des Energiewirtschaftsrechts – Wettbewerbsfähigkeit?, in: Hendl, Reinhard/Marburger, Peter/Reiff, Peter/Schröder, Meinhard: Energieversorgung und Umweltschutz, Berlin 2009, S. 47 ff.
- Ders.: EEG 2012, 6. Auflage, Köln 2012.
- Schäfermeier, Andreas: § 11, in: Reshöft, Jan: EEG-Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, § 11.
- Ders.: § 6, in: Reshöft, Jan/Schäfermeier, Andreas: EEG-Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014, § 6.
- Schenke, Wolf-Rüdiger: Polizei- und Ordnungsrecht, 8. Auflage, Karlsruhe 2013.
- Scherzberg, Arno: Grundrechtsschutz und „Eingriffsintensität“: das Ausmaß individueller Grundrechtsbetroffenheit als materiellrechtliche und kompetenzielle Determinante der verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Fachgerichtsbarkeit im Rahmen der Urteilsverfassungsbeschwerde, Berlin 1989.
- Ders.: Wissen und Ungewissheit im Recht, in: Engel, Christoph/Halfmann, Jost/Schulte, Martin: Wissen, Nichtwissen, Unsicheres Wissen, Baden-Baden 2002, S. 113 ff.
- Ders.: Von den arcana imperii zur freedom of information – Der lange Weg zur Öffentlichkeit der Verwaltung, in: ThürVBl. 2003, S. 193 ff.
- Ders.: Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, in: VVDStRL 63 (2004), S. 216 ff.
- Schick, Walter: Grundfragen des Lohnsteuerverfahrens, Nürnberg 1983.
- Schiller, Gernot: Sonderabgaben mit einer wirtschaftslenkenden Antriebs- und Sanktionsfunktion in der Wirtschafts- und Finanzverfassung des Grundgesetzes, München 2000.
- Schink, Alexander: Umweltschutz als Staatsziel, in: DÖV 1997, S. 201 ff.
- Schirra, Andreas: Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, Frankfurt am Main 2002.
- Ders.: Nukleare Erzeugung, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schoon, Heike/Jansen, Guido: Grundriss zum Energierecht, Frankfurt am Main 2011, Kapitel 24.

- Schlink, Bernhard: Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976.
- Schmelzer, Knut/Beck, Alexander: EEG-Einspeisemanagement – Ausgewählte Rechtsfragen zu technischen und betrieblichen Vorgaben an Anlagenbetreiber gemäß § 6 Nr. 1 EEG, in: ZNER 2011, S. 244 ff.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard: Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, in BB 1990, Beilage 34, S. 1 ff.
- Ders.: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Auflage, Heidelberg 2006.
- Ders./Schoch, Friedrich: Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2008.
- Schmidt-Preuß, Matthias: Regulierung – Reflexionen aus Anlass der Liberalisierung im Strom- und Gassektor, in: Festschrift für Reiner Schmidt zum 70. Geburtstag, München 2006, S. 547 ff.
- Ders.: Planung und Durchsetzung von Investitionen, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias: Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Köln 2016, Kapitel 106.
- Ders.: Das Stilllegungsverbot gem. § 13 EnWG, in: Baur, Jürgen F./Salje, Peter/Schmidt-Preuß, Matthias: Regulierung in der Energiewirtschaft, 2. Auflage, Köln 2016, Kapitel 107.
- Schmitt, Carl: Verfassungslehre, Berlin 1928.
- Schneider, Jens-Peter: § 2, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian: Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch, München 2011, § 2.
- Schoch, Friedrich: Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht, in: JuS 1994, S. 932 ff.
- Ders.: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard/Schoch, Friedrich: Besonderes Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2008.
- Scholtka, Boris/Helmes, Sebastian: Energiewende 2011 – Schwerpunkte der Neuregelungen im Energiewirtschafts- und Energieumweltrecht, in: NJW 2011, S. 3185 ff.
- Scholz, Ruppert: Die Vergütungsregelung des Stromeinspeisungsgesetzes als Mittel verfassungsmäßiger Wirtschaftslenkung und Umweltpolitik, in: ET 1995, S. 600 ff.
- Ders.: Zur Kostenerstattungspflicht des Staats für gesetzliche Maßnahmen der Telefonüberwachung, in: Archiv PT 1995, S. 169 ff.
- Ders.: Artikel 12, in: Maunz, Theodor/Dürig, Günter: GG, München 2006, Art. 12.
- Scholz, Ulrich/Tüngler, Stefan: Zum Verhältnis des Einspeisemanagements nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz und der Systemverantwortung der Übertragungsnetzbetreiber nach dem Energiewirtschaftsgesetz, in: RdE 2010, S. 317 ff.

- Schulze-Fielitz, Helmuth: Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung – Zur normativen Kraft der Verfassung für das Wachstum und die Begrenzung von Staatsaufgaben, in: Grimm, Dieter: Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, Baden-Baden 1990, S. 11 ff.
- Ders.: Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München 2006, § 12.
- Ders.: Technik und Umweltrecht, in: Schulte, Martin/Schröder, Rainer: Handbuch des Technikrechts, 2. Auflage, Heidelberg 2011, S. 455 ff.
- Ders.: Artikel 20 a, in: Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar, Band 1, 3. Auflage, Tübingen 2015, Art. 20 a.
- Schumacher, Hanna: Durchbrechung des Vorrangs für erneuerbare Energien? Das Einspeisemanagement im Erneuerbare-Energien-Gesetz und das Verhältnis zu den Regelungen des Energiewirtschaftsrechts, in: ZUR 2009, S. 522 ff.
- Dies.: Die Neuregelungen zum Einspeise- und Engpassmanagement, in: ZUR 2012, S. 17 ff.
- Schwab, Adolf J.: Elektroenergiesysteme, 2. Auflage, Heidelberg 2009.
- Schwichtenberg, Vanessa: Die Verfassungskonformität des EEG, in: Martínez, José (Hrsg.): Göttinger Onlinebeiträge zum Agrarrecht Nr. 02/13, S. 1 ff.
- Seer, Roman: Verfassungsrechtliche Grenzen der Gesamtbelastung von Unternehmen, in: DStJG 23 (2000), S. 87 ff.
- Simon, J.: Risikoverwaltung im neuen Lebensmittelrecht, in: BayVBl. 2009, S. 161 ff.
- Sötebier, Jan: § 13, 13 a, b, in: Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg: EnWG, 3. Auflage, München 2015, § 13, § 13 a, b.
- Sommermann, Karl-Peter: Artikel 20, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 6. Auflage, München 2010, Art. 20.
- Stappert, Holger: Teil 1 Einleitung, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schoon, Heike/Jansen, Guido: Grundriss zum Energierecht, 1. Auflage, Frankfurt am Main 2011.
- Starck, Christian: Artikel 3, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, München 2010, Art. 3.
- Staudacher, Richard: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Sonderabgaben, Heidelberg 2004.
- Steffens, Juliane: Das Argument der Systemrelevanz am Beispiel des Energiesektors, in: VerwArch 105 (2014), S. 311 ff.
- Stein, Lorenz von: Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Teil II, 5. Auflage, Leipzig 1885/86.

- Steinberg, Rudolf: Der ökologischer Verfassungsstaat, Frankfurt am Main 1998.
- Steiner, Udo: Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975.
- Stober, Rolf: Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, Stuttgart 1989.
- Ders.: Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Auflage, Stuttgart 2010.
- Stockhausen, Christian von: Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben – Maßstäbe der Finanzverfassung, der Freiheitsrechte und des Prinzips der Lastengleichheit, Berlin 2007.
- Stone, Christopher D.: Should trees have standing? – Toward legal rights for natural objects, in: Southern California Law Review 45 (1972), S. 450 ff.
- Tettinger, Peter J.: Der Immissionsschutzbeauftragte – ein Beliehener?, in: DVBl. 1976, S. 752 ff.
- Ders.: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: AöR 108 (1983), S. 93 ff.
- Ders.: Zum Thema „Sicherheit“ im Energierecht, in: RdE 2002, S. 225 ff.
- Theobald, Christian: Verfassungsmäßigkeit des Stromeinspeisungsgesetzes, in: NJW 1997, S. 550 ff.
- Ders./Zenke, Ines/Dessau, Christian: Netzarten, Netzbetrieb und Netzzugang, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian: Recht der Energiewirtschaft – Praxishandbuch, 4. Auflage, München 2013, § 15.
- Ders./Nill-Theobald, Christiane: Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, 3. Auflage, München 2013.
- Ders.: Grundlagen des deutschen Rechts der Energiewirtschaft, in: Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian: Recht der Energiewirtschaft, 4. Auflage, München 2013, § 1.
- Thiel, Markus: Die „Entgrenzung“ der Gefahrenabwehr – Grundfragen von Freiheit und Sicherheit im Zeitalter der Globalisierung, Tübingen 2010.
- Ders.: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014.
- Tiemann, Burkhard: Verfassungsrechtliche und finanzwirtschaftliche Aspekte der Entstaatlichung öffentlicher Leistungen, in: Der Staat 16 (1977), S. 171 ff.
- Trzeciak, Ralph: KWK-G, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schoon, Heike/Janzen, Guido: Grundriss zum Energierecht, Frankfurt am Main 2011, Kapitel 27.
- Tüngler, Stefan: § 13, in: Kment, Martin: Energiewirtschaftsgesetz, Baden-Baden 2015, § 13.
- Uibleisen, Maximilian: Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, Frankfurt am Main 2006.
- Umbach, Dieter C.: Berufsfreiheit, in: Umbach, Dieter C./Clemens, Thomas: Grundgesetz Bd. I, Heidelberg 2002, Art. 12.

- United Nations Framework Convention on Climate Change – UNFCCC. <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf>
- VDN, Transmission Code 2007. [https://www.bdew.de/internet.nsf/id/A2A0475F2FAE8F44C12578300047C92F/\\$file/TransmissionCode2007.pdf](https://www.bdew.de/internet.nsf/id/A2A0475F2FAE8F44C12578300047C92F/$file/TransmissionCode2007.pdf)
- Vergoßen, Judith: Das Einspeisemanagement nach dem Erneuerbare-Energien-Gesetz im Spannungsverhältnis der Versorgungssicherheit und des Vorrangprinzips, Baden-Baden 2011.
- Vogel, Klaus: Der Finanz- und Steuerstaat, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland (HbStR), Bd. I, Karlsruhe 1987, § 27.
- Volkman, Uwe: Sicherheit und Risiko als Probleme des Rechtsstaats, in: JZ 2004, S. 696 ff.
- Wahl, Rainer/Appel, Ivo: Prävention und Vorsorge: Von der Staatsaufgabe zur rechtlichen Ausgestaltung, in: Wahl, Rainer: Prävention und Vorsorge. Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten, Bonn 1995, S. 1 ff.
- Wahlhäuser, Jens: Wird die „heimliche Steuer unheimlich“? – Ein Zwischenbericht über die Umsetzung des Gebots zur haushaltsrechtlichen Dokumentation von Sonderabgaben im Haushaltsgesetz 2005, in: NVwZ 2005, S. 1389 ff.
- Waldhoff, Christian: Abgabenrecht, in: Ehlers, Dirk/Fehling, Michael/Pünder, Hermann: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 3. Auflage, Karlsruhe 2013, § 67.
- Wallerath, Maximilian: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, Baden-Baden 1988.
- Weber, Tim: Erbringung und Finanzierung des Universaldienstes unter Berücksichtigung der Technikermöglichung in der Telekommunikation – Zur Rechtfertigung der Universaldienstleistungsabgabe des neuen deutschen Telekommunikationsgesetzes, Berlin 2008.
- Weber, Werner: Die Dienst- und Leistungspflichten der Deutschen, in: Huber, Ernst Rudolf: Idee und Ordnung des Reiches, Bd. II, Hamburg 1943.
- Weise, Michael/Hartmann, Thies Christian/Wöldeke, Frank: Energiewende und Netzstabilität – die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen für Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber, in: RdE 2012, S. 181 ff.
- Weiß, Wolfgang: Privatisierung und Staatsaufgaben – Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.
- Wendt, Rudolf: Der Garantiegehalt der Grundrechte und das Übermaßverbot – Zur maßstabsetzenden Kraft der Grundrechte in der Übermaßprüfung, in: AöR 104 (1979), S. 414 ff.

- Wesener, Wolfgang: Energieversorgung und Energieversorgungskonzepte – Zu den rechtlichen und faktischen Möglichkeiten der Umsetzung von Versorgungskonzepten, Münster 1986.
- Westphal, Simone: Art. 20 a GG – Staatsziel „Umweltschutz“, in: JuS 2000, S. 339 ff.
- Weyer, Hartmut: Systemverantwortung und Verträge über abschaltbare Lasten, in: RdE 2010, S. 233 ff.
- Wieland, Joachim: Art. 14, in: Dreier, Horst: Grundgesetz, Bd. I, 3. Auflage, Tübingen 2013, Art. 14.
- Wolfers, Benedikt/Wollenschläger, Burkard: Zwang zum Erhalt von Kraftwerken – Zur Verfassungsmäßigkeit der neuen Regulierung der Energieerzeugung, N&R 2013, S. 251 ff.
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried: Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010.
- Württemberg, Thomas: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Achterberg, Norbert/Püttner, Günter/Württemberg, Thomas: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Auflage, Karlsruhe 2000, § 21.
- Wustlich, Guido/Hoppenbrock, Volker: Einspeisemanagement, in: Altrock, Martin/Oschmann, Volker/Theobald, Christian: EEG, 4. Auflage, München 2013, § 11.
- Zacher, Hans F.: Das soziale Staatsziel, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts (HbStR), Bd. I, Heidelberg 1987, § 25.
- Zwinger, Markus/Meßing, Johannes: Emissionshandelssystem, in: Stuhlmacher, Gerd/Stappert, Holger/Schoon, Heike/Jansen, Guido: Grundriss zum Energierecht, Frankfurt am Main 2011, Kapitel 28.