

**Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht**

---

**Band 11**

# **Governance-Strukturen im Energierecht**

**Von**

**Philip Stomberg**



**Duncker & Humblot · Berlin**

PHILIP STOMBERG

Governance-Strukturen im Energierecht

Schriften zum Deutschen  
und Europäischen Infrastrukturrecht

Herausgegeben von  
Ralf Brinktrine und Markus Ludwigs

Band 11

# Governance-Strukturen im Energierecht

Von

Philip Stomberg



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg  
hat diese Arbeit im Jahre 2017 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2019 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2198-0632  
ISBN 978-3-428-15416-6 (Print)  
ISBN 978-3-428-55416-4 (E-Book)  
ISBN 978-3-428-85416-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist das Produkt meiner Promotionszeit an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Sie wurde im März 2016 der Juristischen Fakultät vorgelegt und im WS 2017/2018 als Dissertation angenommen. Die Arbeit befindet sich grundsätzlich auf dem Stand ihrer Einreichung, eine Aktualisierung konnte noch bis zum Jahreswechsel 2017/2018 vorgenommen werden.

Der erste Dank gilt meinem Doktorvater und früheren Chef am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht der Universität Heidelberg, Herrn Professor Dr. Wolfgang Kahl, M. A. Er förderte mich bereits während meiner Studienzeit an der Universität Bayreuth und bot mir im Anschluss hieran die Möglichkeit, die vorliegende Arbeit in einer von großer Offenheit und Vertrauen geprägten Arbeitsatmosphäre zu erstellen. Für die eröffneten Chancen bin ich ihm zu tiefstem Dank verpflichtet.

Herrn Professor Dr. Bernd Grzeszick, LL.M., danke ich für die Erstellung des Zweitgutachtens und Frau Professorin Dr. Anne Peters, LL.M., für die Übernahme des Vorsitzes im Rahmen der Disputation.

Der Universität Heidelberg bin ich für die großzügige Gewährung eines Promotionsstipendiums aus Mitteln der Exzellenzinitiative zu großem Dank verpflichtet.

Der Kanzlei Rittershaus Rechtsanwälte, allen voran Herrn Dr. Hartmut Fischer, in dessen Abteilung für Öffentliches Recht ich während eines Teils meiner Promotionszeit gearbeitet habe, danke ich für die stets angenehme Arbeitsatmosphäre, wertvolle Einblicke in die Praxis und die gewährten Freiheiten, die die Fertigstellung dieser Arbeit ermöglichten.

Den Herausgebern der vorliegenden Schriftenreihe, Herrn Professor Dr. Markus Ludwigs und Herrn Professor Dr. Ralf Brinktrine, möchte ich sehr für die ausgesprochen schnelle und unkomplizierte Aufnahme meiner Arbeit danken. Dem gesamten Team von Duncker & Humblot gilt mein Dank für die Betreuung der Veröffentlichung.

In ganz besonderer Erinnerung wird mir das kollegiale, ja freundschaftliche Miteinander am Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht sowie an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg insgesamt bleiben. Das Arbeiten und Forschen in einem derart renommierten Umfeld in gleichzeitig so inspirierender und angenehmer Arbeitsatmosphäre empfand ich als besonderes Privileg. Besonders hervorheben möchte ich an dieser Stelle die stetige Hilfsbereitschaft und den Austausch mit Herrn Dr. Patrick Hilbert. Ebenso gilt mein

Dank Frau Dr. Yasemin Çevrim, Frau Dr. Ulrike Schuster, Herrn Dr. Marcus Schmidtchen, Frau Dr. Franziska Buchwald, Herrn Dr. Jochen Rauber sowie Herrn Professor Dr. Andreas Glaser und Herrn Professor Dr. Jan Henrik Klement.

Der größte Dank gebührt mit meiner Mutter, Heike Stomberg, meinen beiden Schwestern, Yandina und Kira Stomberg, sowie meiner Partnerin, Soja Sche-drinski, den Menschen, die mich in meinem Leben am meisten unterstützen. Meine Mutter gab meinen Schwestern und mir stets den Rückhalt, der es, gerade auch nach dem leider viel zu frühen Tod meines Vaters, überhaupt erst ermöglichte, den gesamten Bildungsweg zu gehen. Für ihre bedingungslose Unterstützung bin ich von Herzen dankbar. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.

Hannover, Februar 2019

*Philip Stomberg*

# Inhaltsverzeichnis

Einleitung .....	9
<i>1. Teil</i>	
<b>Begrifflich-konzeptionelle Grundlagen einer rechtswissenschaftlichen Governance-Analyse, insbesondere im Energiebereich</b> .....	15
<b>§ 1 Wandel in der Energiewirtschaft</b> .....	15
I. Staatliche Verantwortung .....	15
II. Staatliche Verantwortungsstufen .....	18
III. Änderung der Verantwortungsstufen im Energierecht .....	23
1. Das Energiewirtschaftsgesetz von 1935 .....	24
2. Das Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsgesetzes aus dem Jahr 1998 .....	26
3. Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes 2003 .....	30
4. Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes 2005 .....	33
5. Die Novelle des Energiewirtschaftsgesetzes 2011 .....	36
IV. Bezugsrahmen für das Governance-Konzept .....	38
V. Ergebnis .....	43
<b>§ 2 Das Governance-Konzept im Energiebereich</b> .....	47
I. Grundsätzliche Tauglichkeit des Governance-Konzepts im Energiesektor .....	47
II. Governance – Begriff und Leistungspotenzial für die Rechtswissenschaft .....	49
1. Der Governance-Begriff und seine Rezeption .....	50
a) Weiter Governance-Begriff .....	51
b) Enger Governance-Begriff .....	54
aa) Planung .....	54
bb) Steuerung .....	57
cc) Governance .....	61
2. Voraussetzungen für die Anschlussfähigkeit des Governance-Begriffs in der Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft .....	69
a) Anforderungen der Rechtswissenschaft an Governance .....	69
b) Governance und Systemtheorie – zwei ähnlich gelagerte Theorie- angebote? .....	70
c) Bindungen staatlicher Akteure in Governance-Strukturen .....	75
d) Governance als Herausforderung für Demokratiemodelle .....	78
III. Ergebnis .....	90



## 2. Teil

<b>Governance-Strukturen im Energierecht</b>	95
<b>§ 3 Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsetzung</b>	96
I. Governance und Rechtsetzung im Energiebereich	97
1. Governance und Rechtsetzung im Bereich der Kernenergienutzung	98
2. Governance und Rechtsetzung im Bereich der Kraft-Wärme-Kopplung	104
3. Kooperative Normvermeidung	108
4. Governance und Rechtsetzung im Europäischen Energierecht	113
5. Offene Methode der Koordinierung und Europäisches Energierecht	122
II. Governance im Bereich der Rechtsetzung und Demokratie	132
III. Ergebnis	134
<b>§ 4 Governance-Strukturen im Bereich der Exekutive</b>	138
I. Exekutive Governance-Strukturen	139
1. Anfänge	142
2. Zunehmende Verdichtung der Governance-Strukturen	148
a) Horizontalisierung	148
b) Unabhängige nationale Regulierungsbehörden	150
c) Weitergehende Verflechtung zwischen nationalen Regulierungsbehörden, ACER und Kommission	154
d) Zwischenergebnis	159
II. Governance im Bereich der Exekutive und Demokratie	160
III. Ergebnis	164
<b>§ 5 Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsprechung</b>	169
I. Der Energiecharta-Vertrag	170
1. Hintergrund	170
2. Erstes Beispiel: Vattenfall und der Atomausstieg	176
3. Zweites Beispiel: Vattenfall und das Steinkohlekraftwerk Hamburg-Moorburg	189
II. Governance im Bereich der Rechtsprechung und Demokratie	196
III. Ergebnis	201
<b>Zusammenfassung</b>	202
<b>Literaturverzeichnis</b>	211
<b>Sachwortregister</b>	240

## Einleitung

Das europäische Energierecht ist gegenwärtig durch zwei – gerade wegen ihres wechselseitigen Zusammenwirkens<sup>1</sup> – nicht immer eindeutig voneinander zu trennende Tendenzen geprägt. Zum einen ist unverkennbar, dass die Nationalstaaten in dem sensiblen Bereich der netzgebundenen Energiewirtschaft nur schwerlich bereit sind, Einfluss zu teilen oder gar abzugeben. Das Bewahren nationalstaatlichen Einflusses im Bereich der Energiepolitik wird dabei nicht selten mit dem Erhalt nationaler Souveränität gleichgesetzt<sup>2</sup>, wie dies auch im Zuge des Rückkaufs eines EnBW-Aktienpaketes von der französischen *Électricité de France* (EDF) durch die baden-württembergische Landesregierung im Jahr 2010 wiederum deutlich wurde.<sup>3</sup> Die Ursprünge einer solchen Sichtweise mögen schon darin liegen, dass die Schaffung der infrastrukturellen Voraussetzungen zur Garantie einer funktionierenden Energieversorgung seit jeher als eine der originären Staatsaufgaben angesehen wurde, in die nicht-staatliche Akteure lange Zeit<sup>4</sup> überhaupt keinen Eintritt finden sollten.<sup>5</sup> Ein derart nationalstaatlich motivier-

---

<sup>1</sup> Allgemein zum Verhältnis der nationalen Energiepolitiken zum Unionsrecht *Lecheler/Recknagel*, Energierecht, in: Dausen (Hrsg.), EU-Wirtschaftsrecht, 40. Ergänzungslieferung Juni 2016, M., Rn. 1 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang bereits das von der Kommission verabschiedete Weißbuch „Eine Energiepolitik für die Europäische Union“, KOM (95) 682 endg., S. 1, in dem diese eine vollständige Unterordnung der nationalen Energiepolitiken unter die gemeinsamen Ziele forderte, wie sie auf der Gemeinschaftsebene festgelegt würden.

<sup>2</sup> Vgl. *Franzius*, Warum Governance?, KJ 2009, S. 25 (25), der in diesem Kontext bezogen auf Energieversorgungsunternehmen vom Erhalt der „national champions“ spricht.

<sup>3</sup> Vgl. das Interview mit dem seinerzeitigen Ministerpräsidenten des Landes Baden-Württemberg Stefan Mappus, FAZ.NET-Gespräch vom 06.12.2010, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/im-gespraech-stefan-mappus-die-schwaebische-hausfrau-wird-begeistert-sein-1572939.html> (zuletzt aufgerufen am 28.01.2018), in dem dieser bekräftigt, es sei für das Land Baden-Württemberg „niemals akzeptabel [...], die Mehrheit dieses strategisch wichtigen Unternehmens an einen ausländischen Investor zu verkaufen.“ Die Anteile der EnBW befinden sich seitdem wieder zu 90 Prozent in öffentlicher Hand, vgl. *Kahl/Bews*, Rechtsfragen der Energiewende, JURA 2014, S. 1004 (1008).

<sup>4</sup> Früher wurden hierfür überwiegend militärstrategische Argumente ins Feld geführt, vgl. vor diesem Hintergrund etwa die umfangreichen Ermächtigungen des Reichswirtschaftsministers zur Sicherstellung der Landesverteidigung in § 13 EnWG 1935; vgl. auch *Franzius*, Warum Governance?, KJ 2009, S. 25 (25).

<sup>5</sup> So in seinem Ursprung bereits *Smith*, Wohlstand der Nationen, 1789, S. 582, der dem Staat originär drei Aufgaben zuerkennt: die Verteidigungspolitik des Landes, den Aufbau von Rechtsstaatlichkeit durch ein zuverlässiges Justizwesen sowie die Gründung öffentli-

tes Privatisierungsmisstrauen prägte das politische Handeln in vielen europäischen Staaten<sup>6</sup> bis in die jüngste Vergangenheit.<sup>7</sup> Aufgebrochen wurden derartige Strukturen erst durch eine weitere für das Energierecht auszumachende Tendenz: die zunehmende Einbindung der Energiewirtschaft in den europäischen Zusammenhang.<sup>8</sup> Insbesondere durch diese ist ein Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft<sup>9</sup> eingetreten, der die Grundlage sowohl für das Aufkommen zahlreicher neuer Akteure, als auch – in Reaktion hierauf – für die Etablierung

---

cher Anstalten und Einrichtungen, die Private nicht sinnvoll betreiben könnten, weil der Gewinn die Kosten niemals decken könne; hierauf eingehend *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 304 f.; siehe auch bereits *Hesse*, Staatsaufgaben, 1979, S. 55 ff.; allgemein zur Gütererbringung durch den Staat *Waechter*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008, S. 138 ff.

<sup>6</sup> Zu Vorhalten der französischen Politik gegenüber dem Markt in Energiefragen vgl. jüngst *Schubert*, Energiepolitik in Frankreich – Zaudern statt Handeln, in: FAZ.net v. 21.08.2013, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaftspolitik/energiepolitik-in-frankreich-zaudern-statt-handeln-12540085.html> (zuletzt aufgerufen am 28.01.2018); so auch *Franzius*, Warum Governance?, in: KJ 2009, S. 25 (25); zum Verhältnis von Staat und Markt in Europa *ders.*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 364 ff.; zu Letzterem vgl. *Kahl*, Rezension, AöR 135 (2010), S. 452 (452 ff.).

<sup>7</sup> Noch heute gibt es Vorschläge zu einer erneuten Verstaatlichung im Energieversorgungsbereich, insbesondere in Bezug auf die Energieversorgungsnetze. Vgl. zu den vermeintlichen Vorteilen einer Verstaatlichung *Helm*, Infrastructure investment, the cost of capital, and regulation: an assessment, in: Oxford Review of Economic Policy, Vol. 25/3 (2009), S. 307 (320); vgl. auch eine diesbezügliche Pressemitteilung der Partei „Die Linke“, abrufbar unter <http://www.linksfraktion.de/pressemitteilungen/abgeordnete/energie-netze-verstaatlichen/> (zuletzt aufgerufen am 25.04.2016); vgl. in diesem Zusammenhang und im Zuge der aktuellen Debatte zur Etablierung einer europäischen Energieunion *Rodi/Behm*, Die Energieunion – rechtliche und politische Gehalte einer neuen europäischen Spezialunion, ZEuS 2016, S. 177 (200), die vor dem Hintergrund anhaltender energiepolitischer Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedstaaten zu Recht die Frage aufwerfen, wie viel ein solches Vorgehen wert ist, wenn die Interdependenzen im Energiebereich, etwa mit Blick auf die nationale Importabhängigkeit von Energieressourcen, eine autonome und effektive nationalstaatliche Energiepolitik ohnehin konterkarieren.

<sup>8</sup> Vgl. *Kahl*, Über einige Pfade und Tendenzen in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft – Ein Zwischenbericht, Die Verwaltung 42 (2009), S. 463 (466), der die Europäisierung und Internationalisierung des Rechts als wichtigste Herausforderung für das System des deutschen Verwaltungsrechts beschreibt; *ders.*, Gewährleistung öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung durch „Staatsaufsicht“, in: Bauer/Huber/Niewiadomski, Ius Publicum Europaeum, 2002, S. 188 (208 ff.); ferner *Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006, S. 14 f., 94 ff., der in diesem Zusammenhang gar von einer „zweiten Phase des Öffentlichen Rechts“ ausgeht; zu jüngsten Bestrebungen der Europäischen Kommission hinsichtlich der Etablierung einer „Energieunion“ *Germelmann*, Die Energieunion – Eine neue Perspektive für die europäische Energiepolitik, EuR 2016, S. 3 (3 ff.).

<sup>9</sup> Zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft als Ausgangspunkt *Kahl*, Gewährleistung öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung durch „Staatsaufsicht“, in: Bauer/Huber/Niewiadomski (Hrsg.), Ius Publicum Europaeum, 2002, S. 188 (190).

der unterschiedlichsten Modi der staatlichen und gesellschaftlichen Koordination bildet.

Im Rahmen dieser beiden Entwicklungen sind drei Aspekte, gleichsam Leitgedanken, auszumachen, denen das europäische Energierecht in jüngster Vergangenheit folgt.

Auffällig ist (auch) im Energiebereich *erstens* die zunehmende Schaffung von „weichen Vorgaben“, in denen – insbesondere seitens der politikwissenschaftlichen Literatur<sup>10</sup> – häufig ein adäquates Mittel zur Lösung staatlicher Probleme gesehen wird, zumindest so lange, wie sich klassisch formale Regulierungsversuche als vermeintlich unzureichend erweisen. Dies geht soweit, dass selbst in Bereichen, die keiner originären Zuständigkeit der Europäischen Union unterliegen, gleichsam „durch die Hintertür“ mittels soft law zumindest indirekte Bindungen der Mitgliedstaaten erzeugt werden. Allein die Annahme der vermeintlichen Zweckmäßigkeit eines europaweit einheitlichen Vorgehens scheint in diesem Zusammenhang als Rechtfertigung zu dienen.

Hinzu tritt *zweitens* der vielfache Versuch der Etablierung einer Struktur der Selbstregulierung im Energiebereich.<sup>11</sup> Auch wenn sich der Gesetzgeber mit der Energierechtsnovelle 2005 für eine Aufgabe der erst 1998 eingeführten regulierten Selbstregulierung mit dem Modell des sog. verhandelten Netzzugangs entschied<sup>12</sup>, so zeigen doch jüngere Vorstöße der Europäischen Union schon wieder erste in diese Richtung gehende Ansätze, wenn etwa die Verordnung (EG) Nr. 714/2009<sup>13</sup> über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel bzw. die Verordnung (EG) Nr. 715/2009<sup>14</sup> über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen die formale Einbindung der Über-

---

<sup>10</sup> Vgl. nur *Grande*, The Regulatory State in the European System of Multi-Level Governance, 2006, S. 9 f.; *Sanden*, Die New Governance-Ansätze in der Europäischen Wirtschaftspolitik, 2009, S. 183.

<sup>11</sup> Allgemein zu diesem Themenkomplex vgl. etwa *Rauch*, Selbstregulierung in der Energiewirtschaft, 2011.

<sup>12</sup> Zur diesbezüglichen Grundentscheidung des Gesetzgebers vgl. etwa *Gundel/Germelmann*, Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, *EuZW* 2009, S. 763 (766); *Lecheler/Gundel*, Ein weiterer Schritt zur Vollendung des Energiebinnenmarktes: Die Beschleunigungs-Rechtsakte für den Binnenmarkt für Strom- und Gas, *EuZW* 2003, S. 621 (625).

<sup>13</sup> Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 15.

<sup>14</sup> Verordnung (EG) Nr. 715/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über die Bedingungen für den Zugang zu den Erdgasfernleitungsnetzen und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1775/2005, ABl. L 211 vom 14.8.2009, S. 36.