

Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State

Zur veränderten Rolle des Staates
nach der Deregulierung der Stromwirtschaft
in Deutschland, Großbritannien und der EU

Von

Reinhard Ruge



Duncker & Humblot · Berlin

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	21
I. Untersuchungsgegenstand und Gang der Untersuchung	21
II. Zur Rechtsvergleichung im allgemeinen, im öffentlichen Recht und im Bereich des Energierechts	22
1. Rechtsvergleichung im allgemeinen	22
a) Ziele	22
b) Methode	23
2. Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht	24
3. Rechtsvergleichung im Bereich des Energierechts	25
B. Volkswirtschaftliche Grundlagen der Liberalisierung öffentlicher Aufgaben ...	27
I. Privatisierung und Deregulierung	27
II. Privatisierung: Eigentumsstruktur und Effizienz	28
1. Begriff	28
2. Gretchenfrage: Effizienzsteigerung durch private Eigentumsform?	29
a) Eigentumsrechts-Theorie	30
b) Prinzipal-Agent-Theorie	30
c) Public Choice Theorie	31
d) Empirische Untersuchungen	31
III. Deregulierung: Wettbewerb und Rechtsvereinfachung	32
1. Begriff der Regulierung	32
2. Gründe für Regulierung	34
a) Normative Theorie der Regulierung: Fünf Fälle des Marktversagens	35
aa) Informationsdefizit	36
bb) Externe Effekte	36
cc) Monopole	37
dd) Ruinöser Wettbewerb	39
ee) Öffentliche Güter	39

b) Theorie der Privatinteressen/Positive Theorie der Regulierung	44
aa) Capture-Theorie	44
bb) Public-Choice-Theorie	45
cc) Theorie der Interessengruppen	46
2. Deregulierung und Wettbewerb	46
3. Deregulierung und Re-Regulierung	47
C. Kongruenz und Differenz in der Begrifflichkeit: Rechtswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften im Vergleich	48
I. Gemeinsame Wurzeln der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften bei der Be- trachtung des Staates	48
1. Von der Antike bis zum Mittelalter: Einheit von Ethik, Wirtschafts- und Staatsdenken	48
2. Merkantilismus, Kameralistik und die „gute Policy“	49
3. Staatswissenschaft und Staatswissenschaften	51
II. Auseinanderentwicklung der Staatswissenschaft als einigendes Band von Rechtswissenschaften und Nationalökonomie	53
1. Das Phänomen	53
2. Positivismus als Erscheinung der modernen Wissenschaften	54
3. Rechtspositivismus: Auseinanderfallen von Recht und Moral	56
a) Die Situation vor dem Auftreten des Rechtspositivismus	57
b) Hobbes als Ahne des Rechtspositivismus	59
c) Zentrale These des Rechtspositivismus: Trennung von Recht und Moral	60
d) Rechtspositivismus in Großbritannien	62
e) Besonderheiten des Rechtspositivismus in der deutschen Staatsrechts- lehre	63
f) Untersuchungsgegenstand und Methode der Rechtswissenschaft	64
4. Positivismus und Nationalökonomie	64
a) Wirtschaftsdenken bis zum Mittelalter	64
b) Trennung des wirtschaftswissenschaftlichen vom moralischen Denken ..	65
c) Der Methodenstreit in Deutschland: Schmoller gegen Menger	66
d) Untersuchungsgegenstand und Methode der heutigen Nationalökonomie	67

III. Re-Integrationsversuche neuerer Zeit	69
1. Die verschiedenen wissenschaftlichen Ansätze	69
2. Wiederbelebung interdisziplinärer Forschung und Lehre zwischen Recht, Wirtschaft und Politik an den Universitäten in Deutschland und Großbrit- annien	72
a) Forschung und Lehre in Deutschland im ausgehenden 20. Jahrhundert ...	72
b) Forschung und Lehre in Großbritannien	74
IV. Fazit: Differenzen und Kongruenzen	75
1. Kongruenz rechtswissenschaftlicher mit wirtschaftswissenschaftlichen Be- griffen	75
2. Divergenzen zwischen rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Begriff- lichkeiten	76
D. Die Rolle der EU nach der Liberalisierung des Elektrizitätssektors im EU- Recht	77
I. Rechtsdogmatische Grundlagen	77
1. Neutralität, Art. 295 EG	78
2. Staatliche Handelsmonopole, Art. 31 EG	79
3. Öffentliche Unternehmen, Art. 86 I EG	80
4. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, Art. 16 und 86 II EG	82
a) Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und Daseinsvorsorge	82
b) Universaldienste	84
aa) Herkunft des Begriffs	85
bb) Heutige Verwendung im Europarecht	86
5. Typisch hoheitliche Staatsaufgaben und Art. 86 EG: Eingeschränkter Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts	89
II. Deregulierungspolitik der EU	90
1. Wettbewerbsförderung durch Deregulierung	90
2. Gemeinwirtschaftliche Regelungen im Zuge der Deregulierung	93
III. Der Stromsektor bis zur Deregulierung	94
1. EU-Energiepolitik und Rechtsgrundlagen im Primärrecht	94
2. Entwicklungsstadien einer EU-Energiepolitik	97
a) Zögerlicher Anfang: Die 1960er Jahre	97
b) Verstärkte Aktivitäten nach der Ölkrise 1973/74	98
c) Strukturen der Stromwirtschaft vor der Deregulierung	98

IV. Der Stromsektor seit der Deregulierung	99
1. Notwendigkeit und Prinzipien der EU-Strompolitik	99
a) Notwendigkeit einer gemeinschaftlichen Energiepolitik	100
b) Grundprinzipien der EU-Energiepolitik	100
aa) Wettbewerb durch Energiebinnenmarkt	101
bb) Versorgungssicherheit	102
cc) Umweltschutz	103
2. Drei Stufen der Deregulierung in den 1990er Jahren	105
3. Der Beitrag des EuGH zur Entstehung des Strombinnenmarktes	106
a) Das Almelo-Urteil	106
b) Kommission / Niederlande	109
c) Kommission / Italien	110
d) Kommission / Frankreich	111
e) Kommission / Spanien	112
f) PreussenElektra	113
g) Bewertung der Urteile	113
4. Das Rechtsregime im Stromsektor nach der Deregulierung	115
a) Zwei Kategorien rechtlicher Regeln im Stromsektor: Wettbewerbsfördernde und gemeinwirtschaftliche Regeln	116
b) Wettbewerbsfördernde Regelungen	117
aa) Datenerhebung für weitere Deregulierungsschritte: Preistransparenz-RL	117
bb) Interoperabilität nationaler Netze durch Interkonnektoren: Transit-RL	118
cc) Leitungsverbindung Erzeuger / Kunde als zentrale Wettbewerbsbedingung	118
dd) Wettbewerb im Erzeugungsbereich	121
ee) Entflechtung von Rechnungslegung und Verwaltung	121
ff) Schrittweise Marktöffnung und Ungleichgewichtsklausel	123
gg) Aufsicht	124
c) Gemeinwirtschaftliche Regelungen	125
aa) Preisgestaltung	125
bb) Versorgungssicherheit	126
cc) Umweltschutz	126
dd) Art. 3 III RL und Art. 86 II EG	127
ee) Teilhaberechte aufgrund EG-Primärrechts?	127
V. Ergebnis: Veränderte Rolle der EU im Stromsektor	131

E. Staatliche Gewährleistungsverantwortung nach der Liberalisierung des Elektrizitätssektors in Deutschland	133
I. Rechtsdogmatische Grundlagen	133
1. Der Privatisierungsbegriff in der Rechtsdogmatik	134
2. Unterscheidung von Staat und Gesellschaft zur Bestimmung staatlicher Tätigkeiten	137
3. Staatsaufgabenlehre	139
a) Georg Jellinek: exklusive und konkurrierende Staatsaufgaben	139
b) Hans Peters: Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben	140
c) Abgrenzung der Staatsaufgabe zu Staatsziel, Staatszweck und Staatsfunktion	141
d) Fehlen einer einheitlichen Staatsaufgabenlehre	143
4. Daseinsvorsorge	146
a) Die Begründung und der ursprüngliche Inhalt des Begriffs	146
b) Der Begriff im Wandel: Daseinsvorsorge als moderner Rechtsbegriff mit Tatbestand und Rechtsfolge?	149
aa) Ursprung, Tatbestand und Rechtsfolgen des französischen Konzepts des „service public“ im Überblick	149
bb) Merkmale des Tatbestands der Daseinsvorsorge	152
cc) Rechtsfolgen	154
dd) Jüngste Verwendung im Rahmen des Europarechts: Neue Konturen für einen alten Irrwisch?	158
c) Kritik am Begriff der Daseinsvorsorge	158
5. Verantwortungsbereiche als jüngste Kategorie zur Bestimmung staatlicher Betätigung	160
a) Ursprung des Verantwortungsbegriffs in der Rechtswissenschaft	161
b) Zweck und Funktion des Verantwortungsbegriffs in der Rechtswissenschaft	162
aa) Verantwortungsbegriff in heuristischer und normativer Verwendung	163
bb) Verantwortungsbegriff als interdisziplinärer Verbundbegriff	164
cc) Verantwortungsbegriff als Zurechnungsbegriff	164
dd) Verantwortungsbegriff als Kompetenzbegriff	165
ee) Verantwortungsbegriff als Betätigungsabschichtung	165
c) Spielarten des Verantwortungsbegriffs in Gesetz und Dogmatik	167
aa) Der Verantwortungsbegriff in Gesetz und Rechtsprechung	167
bb) Kombinationsmöglichkeiten in der Rechtswissenschaft: Die Rückkehr der Begriffsjurisprudenz?	168

d) Kritik am Verantwortungsbegriff aus der Rechtswissenschaft	169
e) Stellungnahme	170
6. Gewährleistungsverantwortung des Staates	172
a) Begrifflicher Zusammenhang: Erfüllungsverantwortung, Auffangverant- wortung, Infrastrukturverantwortung	172
b) Gewährleistungsverantwortung bei der Bahn	175
c) Gewährleistungsverantwortung bei Post und Telekommunikation	176
d) Gewährleistungsverantwortung in der Literatur	178
e) Normative und heuristische Bedeutungsebene der Gewährleistungsver- antwortung	181
aa) Normativer Befund	183
bb) Heuristischer Befund	183
f) Ergebnis: Existenz einer Gewährleistungsverantwortung in den Berei- chen Bahn, Post und Telekom	186
II. Der Stromsektor bis zur Deregulierung	188
1. Zur Entwicklung der öffentlichen Unternehmen in Deutschland	188
2. Die Strukturen der Stromwirtschaft in Deutschland	189
a) Wirtschaftliche Gründe für Regulierung	189
b) Geschichtliche Entwicklung der Stromwirtschaft in Deutschland im Überblick	190
c) Struktur der Stromwirtschaft im Nachkriegsdeutschland	193
aa) Deutschland – Ost (SBZ/DDR)	194
bb) Deutschland – West	195
3. Das Rechtsregime im Stromsektor vor der Deregulierung (bis 1998)	198
a) Zwei Kategorien rechtlicher Regeln im Stromsektor	198
b) Wettbewerbersetzende Regelungen	199
aa) Ausgangspunkt: Zielrichtung des EnWG 1935	199
bb) Staatliche Regulierung und Aufsichtsbefugnisse	199
(1) Betriebsaufnahmegenehmigung § 5 EnWG 1935	199
(2) Investitionskontrolle § 4 EnWG 1935	200
(3) Betriebsuntersagung und Enteignung §§ 8,9 EnWG 1935 („Ab- meierung“)	201
(4) Wegenutzung § 12 EnWG	201
(5) Wettbewerbsrechtliche Bereichsausnahmen § 103 I GWB a.F. und Energiekartellaufsicht § 103 V (104a)	201
(6) Aussage des EnWG 1935 zur Eigentumsstruktur § 2 II EnWG 1935	202
cc) Wettbewerbsfreundliche Ausnahme: Durchleitungstatbestand des § 103 V S. 2 Nr. 4 GWB	202

b) Gemeinwirtschaftliche Regelungen	203
aa) Preisgestaltung	203
bb) Anschluß- und Versorgungspflicht	204
cc) Versorgungssicherheit durch Bevorratung und technische Regelungen	205
dd) Umweltschutz	205
4. Fazit: Keine Erfüllungsverantwortung des Staates vor der Deregulierung	206
III. Der Stromsektor seit der Deregulierung	207
1. Das politische Umfeld: Politik der Privatisierung und Deregulierung in Deutschland	207
a) Ursachen der Diskussion in Deutschland	207
b) Ziele und Gründe der allgemeinen Privatisierungs- und Deregulierungspolitik	209
c) Politische Umsetzung der allgemeinen Privatisierungs- und Deregulierungsideen	211
aa) Programme und Dokumente	211
bb) Praktische Umsetzung der politischen Programme	213
2. Die Deregulierungspolitik im Stromsektor	215
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Deregulierung des Stromsektors: Gewährleistungsverantwortung in normativer Hinsicht	218
a) Berechtigung des Staates	218
b) Verpflichtung des Staates: Staatliche Gewährleistungsverantwortung	219
aa) Staatszielbestimmung des Art. 20 I GG: Sozialstaatsprinzip	220
bb) Staatszielbestimmung des Art. 20a GG: Umweltstaatsprinzip	223
cc) Menschenwürde, Art. 1 GG	224
dd) Grundrechte als normative Vorgaben	227
ee) Gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht, Art. 109 II GG	231
ff) Kompetenzordnung: Gesetzgebungskompetenz Art. 74 I Nr. 11 und Verwaltungskompetenz Art. 83 ff. GG	231
c) Ergebnis: Existenz staatlicher Gewährleistungsverantwortung für Stromversorgung in normativer Hinsicht	232
4. Bestehendes Rechtsregime im Stromsektor	233
a) EU-rechtlicher Zusammenhang	233
aa) Wettbewerbsfördernde und wettbewerbsausschließende Regelungen	234
(1) Betriebsaufnahmegenehmigung § 5 EnWG 1935 und Art. 5 I StromBM-RL	234
(2) Investitionskontrolle § 4 EnWG und Art. 4 und 5 RL	234

(3) Wegebenutzung und Demarkationsverträge	234
(4) Durchleitungsverpflichtung	235
(5) Entflechtung und Transparenz	235
bb) Gemeinwirtschaftliche Regelungen	235
(1) Preisgestaltung und Umweltschutz	235
(2) Anschluß- und Versorgungspflicht, Versorgungssicherheit	235
(3) Quersubventionen der Stadtwerke	236
b) Wettbewerbsfördernde Regelungen	236
aa) Zielrichtung des EnWG 1998	236
bb) Betriebsaufnahmegenehmigung § 3 EnWG 1998	237
cc) Streichung der Investitionskontrolle des § 4 EnWG 1935	237
dd) Streichung der Abmeierung nach §§ 8, 9 EnWG 1935	238
ee) Wegenutzung § 13, 14 EnWG 1998	238
ff) Durchleitungsverpflichtung	239
(1) Energierechtlicher Durchleitungsanspruch	239
(2) Kartellrechtlicher Durchleitungsanspruch	241
gg) Stromhandel über Strombörsen	242
c) Gemeinwirtschaftliche Regelungen	242
aa) Preisgestaltung	243
bb) Anschluß- und Versorgungspflicht	244
cc) Versorgungssicherheit	245
dd) Umweltschutz	245
ee) Braunkohleverstromung in Ostdeutschland	246
5. Ergebnis: Staatliche Gewährleistungsverantwortung im deutschen Strom-	
sektor	246
F. Der „Regulatory State“ nach der Deregulierung des Elektrizitätssektors in	
 Großbritannien	250
I. Begriffliche Grundlagen	250
1. Der Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung vergleichbares Be-	
griffspaar: „Providing and Regulatory State“	250
2. „Providing State“, „Productive State“ und „Rowing State“	250
3. „Regulatory State“	251
a) Bedeutung	251
b) Regulierung „UK Style“	252
c) Traditionelle Regulierung in Großbritannien, das Modell „Regulation	
UK Style“ und die Wirklichkeit: Kritik	254
4. Die Begriffe „Government“ und „State“	254

II. Der Stromsektor bis zur Deregulierung	255
1. Entwicklung öffentlicher Unternehmen in Großbritannien	255
2. Geschichtliche Entwicklung der Stromwirtschaft in Großbritannien im Überblick	256
3. Das Rechtsregime im Stromsektor vor der Deregulierung 1989	257
a) Wettbewerbsersetzende Regeln	258
aa) Eigentumsstruktur	258
bb) Investitionsentscheidungen	258
cc) Preisgestaltung	259
b) Gemeinwirtschaftliche Regeln („Social Regulation“)	259
aa) Anschluß- und Versorgungspflicht	259
bb) Verbraucherschutz und „Disconnections“	260
cc) Versorgungssicherheit	260
dd) Umweltschutz	261
4. Fazit: Der britische Staat als „Providing State“	261
III. Der Stromsektor seit der Deregulierung	261
1. Das politische Umfeld: Politik der Privatisierung und Deregulierung in Großbritannien	261
a) Ursachen der Diskussion in Großbritannien	262
b) Ziele und Gründe der allgemeinen Privatisierungs- und Deregulierungs- politik	263
c) Politische Umsetzung der allgemeinen Privatisierungs- und Deregulie- rungspolitik	264
2. Deregulierungspolitik im Stromsektor	266
3. Verfassungsrechtliche Vorgaben bei der Deregulierung des Stromsektors? ...	267
a) Parliamentary Sovereignty oder Supremacy: Parlamentarische Allmacht	267
aa) Ursprung des Prinzips	267
bb) Inhalt des Prinzips	268
(1) Umfassende und unbeschränkbare Souveränität ohne konkurrie- rende legislative Autoritäten	268
(2) Einschränkung der Souveränität möglich	270
(3) Formelle, keine materielle Einschränkung der Souveränität	271
cc) Bedeutung des Prinzips für energiewirtschaftliche Regelungen	272
b) Constitutional Conventions	272
c) Eine vergessene Geschichte: Common Law Prinzipien als gemeinwirt- schaftliche Ansprüche?	275
d) Grundrechte nach britischem Recht	277

e) Menschenrechte nach der EMRK	279
aa) Die EMRK und britisches Verfassungsrecht	279
bb) Positive Rechte aus der EMRK?	282
f) EU-Recht	283
aa) Parliamentary Sovereignty und britische EU-Mitgliedschaft	284
bb) Gemeinwirtschaftliche Regelungen im EU-Recht und ihre nationale Umsetzung	287
g) Ergebnis: Keine verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben für gemeinwirtschaftliche Regelungen im Stromsektor	287
4. Bestehendes Rechtsregime im Stromsektor nach der Deregulierung	288
a) Wettbewerbsfördernde Regelungen („Competitive Regulation“)	290
aa) Eigentumsstrukturen	290
bb) Das Lizenzsystem: Betriebsaufnahmegenehmigung und Betriebsbedingungen	291
cc) Preisgestaltung („Pricing“): „Electricity-Pool“ und seine Abschaffung	291
(1) Funktion, Organisation und Arbeitsweise des Pools	291
(2) Kritik am Strom-Pool	295
(3) Abschaffung des Strom-Pools	298
b) Gemeinwirtschaftliche Regelungen („Social Regulation“)	305
aa) Anschluß- und Versorgungspflicht	305
bb) Umweltfreundliche Regelungen	305
cc) Verbraucherschützende Regelungen	306
c) Rechtliche Umsetzung der Reform	307
aa) Rechtsgrundlage für Lizenzänderungen	308
bb) Notwendige Lizenzänderungen	309
cc) Rechtliche Struktur des Balancing and Settlement Codes	309
d) Notwendige Änderungen der bindenden Industrievereinbarungen	310
IV. Ergebnis: Der britische Staat als „Regulatory State“ im Stromsektor	310
G. Gesamtergebnis	312
English Summary	317
Literaturverzeichnis	322
Sachwortverzeichnis	346