



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Governance-Strukturen im Energierecht“

Dissertation vorgelegt von Philip Stomberg

Erstgutachter: Prof. Dr. Wolfgang Kahl

Zweitgutachter: Prof. Dr. Bernd Grzeszick

Institut für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht

Aufbau und Zielsetzung:

Die Arbeit gliedert sich in *zwei Teile* (1. Teil: Begrifflich-konzeptionelle Grundlagen einer rechtswissenschaftlichen Governance-Analyse insbesondere im Energiebereich; 2. Teil: Governance-Strukturen im Energierecht) und insgesamt *fünf Kapitel* (1. Kapitel: Wandel in der Energiewirtschaft; 2. Kapitel: Das Governance-Konzept im Energiebereich; 3. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsetzung; 4. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Exekutive; 5. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsprechung).

Das *Ziel der Arbeit* ist es ausgehend von der These, dass innerhalb der europäischen Energiewirtschaft ein grundlegender Wandel eingetreten ist, die Strukturen des Zusammenwirkens von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren zu untersuchen und unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten zu bewerten. Das Governance-Konzept, sofern hinreichend eng gefasst, hilft dabei, die rechtlichen Strukturen abzubilden und einzufangen, welche sich durch den „Wandel von Staatlichkeit“ herausgebildet haben – und dies in allen drei Gewalten (Rechtsetzung, Exekutive, Rechtsprechung).

Die nachfolgende Kurzübersicht folgt der beschriebenen Gliederung des Buches.

Kurzübersicht:

Einleitung

In der *Einleitung* erfolgt der Problemaufriss unter Darlegung der These, dass im europäischen Energierecht ein Wandel im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft stattgefunden hat, der die Grundlage sowohl für das Aufkommen zahlreicher neuer Akteure und Akteurskonstellationen, als auch – letztlich in Reaktion hierauf – für die Entwicklung der unterschiedlichsten Modi der staatlichen und gesellschaftlichen Koordination bildet. Eine Folge dieses Wandels zeigt sich darin, dass die vom Bundesverfassungsgericht zum Zwecke der demokratischen Legitimation eingeforderte „ununterbrochene Legitimationskette“ zwischen Volk und den mit originär staatlichen Aufgaben betreuten Organen und Amtswaltern in Teilen zunehmend schwieriger nachgewiesen werden kann. Ein zentrales Steuerungssubjekt, das gleichsam als Projektionsfläche für die Ausübung legitimer Macht dient und damit als Legitimationsmittler etwa bei der Normerzeugung beteiligt ist, ist im europäischen Energierecht immer schwieriger aufzufinden. Vielmehr hat sich das Energierecht in Einzelschritten derart weiterentwickelt („Wandel von Staatlichkeit“), dass die Herrschaftsausübung in weiten Teilen kaum noch mit den klassischen Formen der Steuerungstheorie abgebildet werden kann – etwa weil nicht-staatliche Akteure zunehmend Mitwirkungsbefugnisse übertragen bekommen oder aufgrund der Schaffung immer weitergehender institutioneller Autonomie bei der Politikentwicklung und -gestaltung. Ein zentrales („omnipotentes“) Steuerungssubjekt existiert vielfach nicht mehr – und soll, wie aufgezeigt wird, offensichtlich auch gar nicht mehr existieren. In allen drei staatlichen Gewalten wird die demokratische Legitimation von Entscheidungsprozessen im Energiebereich ausgedünnt. Die Rechtswissenschaft und insbesondere die Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft werden hierdurch vor gänzlich neue Herausforderungen gestellt.

1. Teil: Begrifflich-konzeptionelle Grundlagen einer rechtswissenschaftlichen Governance-Analyse insbesondere im Energiebereich

1. Kapitel: Wandel in der Energiewirtschaft

Im *ersten Kapitel* wird der allmählich fortschreitende Wandel des Zusammenwirkens von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren in der Energiewirtschaft überblicksartig nachgezeichnet, wobei dies vorgeschaltet eine Auseinandersetzung mit der Frage erforderte, welche staatlichen Verantwortlichkeiten im Energiewirtschaftsrecht überhaupt bestanden, bestehen und wie sie sich verändert haben.

So hat das konkrete Ausräumen zwischen staatlicher Steuerung und gesellschaftlicher Eigeninitiative im Laufe der Zeit ein System verschiedener Verantwortungsstufen hervorgebracht, das in gewisser Hinsicht bereist den Grundstein für die später aufkommende Governance-Diskussion legte. Das insbesondere von den Vertretern der sog. „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ propagierte Konzept verschiedener Verantwortungsstufen konnte aufgenommen und entwicklungsgeschichtlich auf den Energiebereich seit Inkrafttreten des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) 1935 übertragen werden. Bemerkenswert war dabei der Übergang von der staatlichen Erfüllungs- zur staatlichen Gewährleistungsverantwortung, der im Ergebnis nichts anderes bedeutete, als einen „Teiltrückzug“ des Staates, dessen neues Rollenverständnis fortan darin bestand, durch die Etablierung geeigneter rechtlicher Strukturen eine Steuerung der privaten Leistungserbringung zu bewirken. Als wesentliche „Wandelungsimpulse“ ließen sich dabei innerstaatliche Liberalisierungs- und von außen kommende Europäisierungstendenzen ausmachen. So ging das EnWG 1935 noch von einer Erfüllungsverantwortung nur des Staates für die Energieversorgung aus, während mit Erlass des EnWG 1998 ein Paradigmenwechsel eintrat. Die Organisation der Energieversorgung auf dem Wettbewerbs- und Kooperationsprinzip aufbauend, zog sich der Staat auf seine Gewährleistungs- und Auffangverantwortung zurück („regulierte Selbstregulierung“, „Regulierung im Dialog“, „Collaborative Governance“). Als konkrete Ausformungen dessen ließen sich das Konzept des „verhandelten Netzzugangs“ (§ 6 EnWG 1998) und die sog. Verbändevereinbarungen ausmachen.

Die Novelle des EnWG 2003 intensivierte die Europäisierung des Energierechts und zog insbesondere für die Bundesrepublik Deutschland einen wieder etwas stärker regulierenden Ansatz nach sich (Beleg: rechtlicher Nachvollzug der Verbändevereinbarungen im Kontext einer Art „paktierten Gesetzgebung“).

Mit dem EnWG 2005, dessen Grundausrichtung mit dem EnWG 2011 später beibehalten wurde, änderte sich die staatliche Verantwortungsübernahme im Kontext der Energieversorgung (vor dem Hintergrund des Zweiten Binnenmarktpaketes der EG) erneut: Es folgte eine grundsätzliche Re-Regulierung, die den Staat dazu anhielt, seine Aufgaben wieder vermehrt in den Formen der Gewährleistungsverantwortung wahrzunehmen und das in Teilen „freie Spiel“ der gesellschaftlichen Akteure – insbesondere im Rahmen der Netzzugangsregulierung – zu beenden. Es wurde ein System des regulierten Netzzugangs geschaffen. Zu diesem Zweck wurden (weitgehend unabhängig gestellte) Regulierungsbehörden aufgebaut und die Netzbetreiber (als Konsequenz der staatlichen Beobachtungsverantwortung) wieder verstärkt an Veröffentlichungs-, Berichts-, und Mitteilungspflichten gebunden.

An diese Entwicklung anknüpfend und erneut europarechtlich veranlasst (Drittes Binnenmarktpaket) folgte der Erlass des EnWG 2011. Dies hatte eine weitere Ausdifferenzierung des Energiemarktes zur Folge: insbesondere weitere Unabhängigstellung der Regulierungsbehörde, Verschärfung des Modells des regulierten Netzzugangs, Multiplizierung der Akteure (insbesondere Gründung des Verbundes der europäischen Übertragungsnetzbetreiber – ENTSO – und der Agentur für die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden – ACER –). Insgesamt konnte eine Entwicklung aufgezeigt werden, in der der Regelsetzungsprozess komplexer wird und neue Aspekte der Selbstregulierung Eingang in das europäische Energierecht finden, wenn auch in einem stärker formalisierten Rahmen als bisher.

Es sind diese Selbstregulierung von, Kooperation mit und Unabhängigstellung von stetig zahlreicher auftretenden Akteuren, die das Staats- und Verwaltungsrecht vor immer größere Probleme stellen. Das Auftreten des Staates ist zunehmend schwieriger zu greifen, insbesondere, weil es zwischen teilweisem Rückzug, Auffangverantwortung und Selbsterfüllung stetig hin und her schwankt. Anknüpfungspunkte für eine Diskussion und Analyse des Governance-Konzepts zeigen sich hierbei ganz deutlich. Eben weil es sich auch bei der „Verantwortungsteilung“ – gleichsam zum Governance-Konzept – um einen „Schlüsselbegriff“ handelt, ist dieser gut geeignet, die aufgezeigten entwicklungsgeschichtlichen Veränderungen nachzuzeichnen, zu durchdenken und fortzuentwickeln. Dabei wird deutlich, dass insbesondere der Übergang zum Gewährleistungsstaat eine entscheidende Zäsur in der energierechtlichen Entwicklung darstellte, weil er eine Neujustierung innerhalb der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft einleitete. Die Grundgedanken des Gewährleistungsstaates und die des Governance-Konzepts sind – dies konnte an mehreren Beispielen belegt werden – zumindest in ihrem Ausgangspunkt von ähnlicher Beschaffenheit.

2. Kapitel: Das Governance-Konzept im Energiebereich

Das *zweite Kapitel* schließt an die bereits im ersten Kapitel dargelegten Thesen an und greift den Gedanken, dass die Idee von Governance sich besonders eignet, die infolge des dargestellten Wandels der staatlichen Verantwortung aufgekommenen neuartigen Regelungsstrukturen im Bereich der Energieversorgung zu analysieren, vertiefend auf. Dabei geht es zunächst darum, die grundsätzliche Tauglichkeit des Governance-Konzeptes für den Energiesektor herauszuarbeiten. Ziel ist es, einen für die vorliegende Untersuchung „weiterführenden, mehrwerthaltigen“ Governance-Begriff zu entwickeln.

Gefolgt wird vor diesem Hintergrund einem engen Begriffsverständnis, sodass Governance letztlich definiert wird als „Regelungs- bzw. Koordinationsstrukturen, die sich nicht mehr zwingend von einem Zentrum her analysieren lassen, sondern maßgeblich auch durch private Akteure geprägt sind und die sich einer Einordnung in den klassischen Steuerungs-, Kontroll- und Legitimationszusammenhang einer hierarchisch organisierten Staatlichkeit entziehen“.

Unter Rückgriff auf die zuvor erläuterten Verantwortungsstufen konnte sodann aufgezeigt werden, dass – in Weiterentwicklung der einstigen Zwischenschritte ‚Planung‘ und ‚Steuerung‘ – im europäischen Energierecht derartige Governance-Strukturen inzwischen vorherrschen. Teilbereiche des Energierechts lassen sich mit der klassischen Steuerungstheorie nicht mehr zuverlässig darstellen, vielmehr kommt es zu ausdifferenzierten Verflechtungen der zahlreich mitwirkenden Akteure in Netzstrukturen (Beispiel: Organisation

des grenzüberschreitenden Netzbetriebes). Ein enges Governance-Verständnis eignet sich, um diese Entwicklung einzufangen.

Es erfolgt eine Auseinandersetzung mit grundsätzlichen Einwänden, die vor allem von dogmatisch arbeitenden Juristen gegen das Governance-Konzept als solches erhoben werden. Insbesondere vor dem Hintergrund der zum Teil angemahnten Abkehr von der „Akteursperspektive“ kann – bei aller Unterschiedlichkeit der Ursprünge, Inhalte und Prämissen – eine Ähnlichkeit von Governance-Lehre und Systemtheorie ausgemacht werden und die im Kontext des einen Diskurses (Systemtheorie) vorgebrachten Argumente können in wesentlichen Teilen auf den anderen (Governance) übertragen werden. Im Ergebnis steht dabei, dass der Rechtswissenschaft ein Akteursbezug (verfassungsrechtlich) wesensimmanent ist und vor diesem Hintergrund nur ein gemäßigter Governance-Ansatz sinnvoll erscheint.

Es wurde an Beispielen herausgearbeitet, dass speziell die demokratische Legitimation der europäischen Governance-Strukturen (z.B. Netzwerke) die Rechtswissenschaft vor große Herausforderungen stellt. In diesem Zusammenhang wird die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zumal die „Lissabon-Entscheidung“ (BVerfGE 123, S. 267 ff.), als hilfreich erachtet und herausgearbeitet, dass das Gericht hier ein „offeneres Modell“ demokratischer Legitimation unter Einschluss von ergänzenden, neuen Legitimationsformen entwickelt hat, das – ganz im Sinne des zuvor erarbeiteten Governance-Verständnisses – das Aufbrechen klassischer, althergebrachte Steuerungsmuster anerkennt und gleichzeitig hilft, dieses in demokratiethoretischer Hinsicht zu umhegen.

2. Teil: Governance-Strukturen im Energierecht

Das Governance-Konzept derart eingegrenzt und analysiert, ließ sich sodann im zweiten Teil der Arbeit (erstmalig) der Nachweis von Governance-Strukturen in allen drei Gewalten führen. Sowohl auf der Ebene der *Rechtsetzung*, als auch auf *Verwaltungs-* und sogar der *Rechtsprechungsebene* lassen sich inzwischen – in unterschiedlichem Ausmaß – Strukturen ausmachen, in denen die Gestaltung zu Governance im beschriebenen Sinne übergegangen ist. Unter Zugrundelegung der im ersten Teil gewonnenen Erkenntnisse werden die Strukturen aufgezeigt und eingeordnet, die das Zusammenspiel und die Vernetzung der staatlichen und nicht-staatlichen Kräfte im Energiebereich abbilden und diese sodann insbesondere unter demokratiethoretischen Gesichtspunkten bewertet.

3. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsetzung

An zahlreichen Beispielen wurde festgemacht, dass sich durch die energiepolitische Rechtsetzung Governance-Strukturen wie ein „roter Faden“ ziehen. Aus den unterschiedlichsten Motiven versuchen und versuchen originär für die Gesetzgebung zuständige staatliche Stellen, private Akteure mit in den Regelsetzungsprozess einzubinden und Alternativen zum klassisch-hoheitlichen Gesetzgebungsverfahren zu finden. Gerade in der Konsensbildung mit nicht-staatlichen Akteuren wird mittlerweile häufig *das* Mittel zur Regulierung des Energiemarktes erblickt.

So werden unter anderem für den Bereich der friedlichen Nutzung der Kernenergie und der Kraft-Wärme-Kopplung teils bemerkenswert weitgehende Governance-Strukturen

(„kooperative Rechtserzeugung“) herausgearbeitet und Beispiele für kooperative Normvermeidung genannt, ehe ein Blick auf die unionale Ebene und die von dieser für das deutsche Energierecht ausgehenden Reformimpulse erforderlich war. Gliederungstechnisch separat werden die „Offene Methode der Koordinierung“ (OMK) und deren Bedeutung für Governance im Rahmen des europäischen Energierechts dargelegt und eingeordnet.

Die analysierten Governance-Strukturen im Rahmen der Rechtsetzung werden sodann vor dem Hintergrund des Demokratieprinzips gewürdigt, wobei im Ergebnis unter anderem die enge Verflechtung zwischen staatlichen und privaten Akteuren nicht unproblematisch erscheint, da der originär zur Entscheidung berufene Gesetzgeber in seinem materiellen Gestaltungsspielraum zunehmend eingeengt wird.

4. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Exekutive

Für den Bereich der exekutiven Governance-Strukturen wird ähnlich vorgegangen: Zunächst wird ein breiter Überblick über die einzelnen Erscheinungsformen gegeben, ehe diese sodann demokratietheoretisch hinterfragt werden können.

Es konnte herausgearbeitet werden, dass Vorgänge von erheblicher energiepolitischer Bedeutung aus tradierten hierarchischen Steuerungs- und Legitimationsmustern herausgelöst werden und es zu den verschiedensten Formen der horizontalen Interaktion kommt – und dies wiederum unter Einbindung privater Akteure. Bemerkenswert ist dabei unter anderem, wie sehr der heutige energierechtliche Verbund zu einem Großteil aus informalen Strukturen hervorgegangen ist, die – abseits des „hard law“ – auf ein wechselseitiges Miteinander im Interesse der größtmöglichen Flexibilität und Kooperation setzen.

Auch diese exekutiven Governance-Strukturen bringen dabei – teils erhebliche – Herausforderungen für das klassische Demokratiekonzept der deutschen Staatsrechtswissenschaft mit sich. Reguläre demokratische Rückbindungen werden zunehmend schwieriger. Die herausgearbeitete und (in Teilen) weiterentwickelte Rechtsprechungslinie des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht jedoch, dass zur Legitimation der verflochtenen europäischen Energienetzwerkstrukturen *neben* Rückbindungen staatlicher Akteure und gesetzlichen Vorstrukturierungen auch neue Legitimationsmuster *ergänzend* herangezogen werden können.

5. Kapitel: Governance-Strukturen im Bereich der Rechtsprechung

Der Einfall von Governance in alle drei staatliche Gewalten wird komplettiert, indem (erstmalig) auch im Bereich der Rechtsprechung Governance-Strukturen nachgewiesen werden.

Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit (nach dem Energiecharta-Vertrag) wird in den Mittelpunkt der Analyse gestellt. Anhand zweier Beispiele wird die Etablierung einer nicht-staatlichen „Parallel-Gerichtsbarkeit“ neben den staatlichen, unabhängigen Gerichten erläutert sowie sich mit den hierdurch bedingten demokratietheoretischen und rechtsstaatlichen Problemen auseinandergesetzt. Welche weitreichenden Folgen die aktuelle Entwicklung haben kann, wird unter anderem anhand der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung zum

Atomausstieg vom 06.12.2016 illustriert und auf die Gefahr hingewiesen, dass der Spruch eines (in Legitimations- und Zurechnungszusammenhänge eingebetteten, staatlichen) Gerichts durch eine Art „private Paralleljustiz“ de facto ausgehebelt werden kann.

Die Arbeit schließt mit einer Zusammenfassung in Form von 37 Thesen.

- *Philip Stomberg* -