

VERSORGUNGSSICHERHEIT ALS RECHTSBEGRIFF  
AM BEISPIEL DER ENERGIEWIRTSCHAFT

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades  
des Doktors der Rechtswissenschaft  
(Doctor iuris – Dr. iur)

der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Vorgelegt von:

Anna Franziska Hauer

2020

Erstgutachter: Prof. Dr. Ralf Brinktrine

Zweitgutachter: Prof. Dr. Markus Ludwigs

Tag der mündlichen Prüfung: 20. Mai 2020

Mein Dank gilt an erster Stelle Herrn Prof. Dr. Ralf Brinktrinke für die Überlassung dieses spannenden und herausfordernden Themas, die Betreuung der Arbeit und der Erstellung des Erstgutachtens. Ich möchte mich zudem bei Herrn Prof. Dr. Markus Ludwigs für die Erstellung des Zweitgutachtens bedanken.

Ferner danke ich von Herzen meinen Eltern und meiner Schwester für Ihre unverbrüchliche Liebe und Unterstützung. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>KAPITEL I – EINFÜHRUNG</b> .....	<b>1</b>
A.    UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND .....	5
B.    GANG UND ZIEL DER UNTERSUCHUNG.....	6
<b>KAPITEL II – ZUR VERSORGUNGSSICHERHEIT</b> .....	<b>8</b>
A.    BEGRIFFLICHE EINORDNUNG.....	8
I. <i>Semantik</i> .....	8
1.    „Versorgung“ .....	9
2.    „Sicherheit“ .....	9
3.    Kompositum .....	10
II. <i>Versorgungssicherheit – ein unbestimmter Rechtsbegriff</i> .....	10
1.    Inhaltliche Unschärfe.....	10
2.    Auslegungsbedürftigkeit.....	11
a)    Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot .....	12
b)    Bestimmbarkeit durch Auslegung .....	13
3.    Konkretisierungsbefugnisse der Verwaltung innerhalb ihrer Gesetzmäßigkeit.....	14
a)    Eigenverantwortliche Auslegung bei konditionaler Normstruktur .....	15
aa)  Bezugspunkt einer von Nachprüfung freigestellten Verwaltungsentscheidung .....	16
bb)  Das Postulat der einzig rechtmäßigen Entscheidung.....	17
cc)  Die „Lehre vom Beurteilungsspielraum“ .....	19
dd)  Die „Vertretbarkeitslehre“ .....	21
ee)  Die „Normative Ermächtigungslehre“ .....	22
ff)  Rechtssprechungspraxis .....	24
(1)    Umfassende Rechtskontrolle .....	24
(2)    Funktionsgrenzen gerichtlicher Revision .....	25
(3)    Grundrechtsbezogene Rückausnahmen? .....	26
b)    Finale Normsetzung unter Einbeziehung unbestimmter Rechtsbegriffe.....	27
aa)  Das Planungsermessen.....	29
(1)    Ermächtigung zu planerischer Gestaltungsfreiheit.....	29
(2)    Schranke des Planungsermessens: Die „Abwägungsfehlerlehre“ .....	31
bb)  Regulierungsermessen als neue Kategorie administrativer Letztentscheidungs-	
kompetenz? .....	32
(1)    „Regulierung“ – eine Erscheinungsform administrativer Tätigkeit .....	33
(2)    Letztentscheidungskompetenz aufgrund regulierungsspezifischen	
Gestaltungsauftrags .....	34
(3)    Kritik an der Rechtsfortbildung.....	37
(4)    Ausblick.....	39
c)    Konsequenzen für die Fragestellung .....	40
4.    Geleiteter Beurteilungsspielraum?.....	41
a)    Kompensation durch Definition .....	42
b)    Vorwirkung gerichtlicher Kontrolle .....	43
c)    Bindung an Recht und Gesetz .....	44
d)    Selbstbindung der Verwaltung .....	45
III. <i>Zwischenergebnis zur begrifflichen Einordnung</i> .....	46

B.	ABGRENZUNG VERWANDTER BEGRIFFLICHKEITEN .....	47
I.	<i>Leistungsverwaltung</i> .....	47
1.	Wirtschaftsförderung und soziale Frage: Anfänge der Leistungsverwaltung .....	48
2.	Vom absolutistischen Wohlfahrtsstaat zum Rechtsstaatsideal .....	49
a)	Die gute Ordnung des Gemeinwesens: Polizeiordnungen des 18. Jahrhunderts .....	50
b)	Emanzipation des Bürgertums .....	50
3.	Fortentwicklung des Verwaltungsrechts .....	51
a)	Liberaler Freiheitsrechte im Fokus der Rechtswissenschaft .....	51
b)	Fiskustheorie .....	52
c)	Leistungsverwaltung durch Selbstverwaltung .....	52
d)	Frühe rechtswissenschaftliche Thesen zur Leistungsverwaltung .....	53
4.	Die Lehre von der Daseinsvorsorge nach Forsthoff .....	56
a)	Vorüberlegungen zur Notwendigkeit der Begriffsneuschöpfung .....	56
b)	Daseinsvorsorge als Abhilfe sozialer Bedürftigkeit .....	57
c)	Gegenstand und Umfang von „Daseinsvorsorge“ .....	59
d)	Daseinsvorsorgeverantwortung: Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses .....	60
e)	Konsequenzen für das Verständnis von Leistungsverwaltung .....	61
5.	Zwischenergebnis .....	63
II.	<i>Öffentliche Aufgaben</i> .....	63
1.	„Öffentlich“ – ein Rechtsbegriff? .....	64
a)	Kongruenz zu „Staatsaufgaben“ .....	64
b)	Staatliche Allzuständigkeit .....	66
2.	Legitimation durch Gemeinwohlbezug .....	66
3.	Zwischenergebnis .....	68
III.	<i>Öffentliche (Dienst-) Leistungen</i> .....	68
1.	Dienstleistungsbegriff .....	69
a)	Negativdefinition .....	69
b)	Entgeltlichkeit als positives Definitionsmerkmal .....	70
2.	Sinngehalt Öffentlicher Dienstleistungen .....	71
a)	Öffentliche Dienstleistungen als Begriffseinheit .....	72
b)	Wiederum: Gemeinwohlbezug .....	72
c)	Staatlich vorgegebene (Sonder-)Rechte und/ oder Pflichten .....	73
3.	Zwischenergebnis .....	74
IV.	<i>Öffentliche Versorgung, auch: öffentliche Versorgungswirtschaft</i> .....	75
1.	Beschränkung auf leitungsgebundene Versorgungsaufgaben? .....	75
2.	Trägerschaft .....	76
3.	Zwischenergebnis .....	76
V.	<i>Zwischenergebnis zur Abgrenzung verwandter Begrifflichkeiten</i> .....	77
C.	WESENSGEHALT DER VERSORGUNGSSICHERHEIT .....	79
I.	<i>Materielle Versorgungssicherheit</i> .....	79
1.	Kernbereich .....	79
a)	Status quo als Verpflichtung zur Besitzstandswahrung? .....	79
aa)	Bestandsgarantie als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips? .....	80
bb)	Bestandsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG .....	81
cc)	Zwischenergebnis zur Bedeutung des status quo in rechtlicher Hinsicht .....	82
b)	Gefahrenabwehrrechtliche Komponente der Versorgungssicherheit .....	84
aa)	Gefahrenabwehr – eine Verwaltungsaufgabe .....	85
(1)	Allgemeines und besonderes Gefahrenabwehrrecht .....	85
(2)	Trennungs- und Einheitssystem .....	86
bb)	„Gefahr“ .....	87
(1)	Gefahrenformen .....	88
(2)	Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge .....	89
(3)	Zwischenergebnis .....	92

cc)	Schutzgut: Öffentliche Sicherheit.....	93
(1)	Individualrechtsgüterschutz.....	94
(2)	Kollektivgüterschutz.....	97
c)	Zwischenergebnis zur Kernbereichsdefinition .....	98
2.	Randbereich.....	99
<b>II.</b>	<b>Formelle Versorgungssicherheit.....</b>	<b>100</b>
1.	Rückgriff auf Spezialgesetze .....	100
2.	Justiziabilität .....	100
a)	Vorab: Exkurs zum gestuften Verantwortungsmodell .....	101
b)	Primärrechtsschutz .....	106
aa)	Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz.....	106
(1)	Objektive Rechtspflicht.....	108
(2)	Subjektiv öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch .....	110
(3)	Generalisierter Maßstab für die Normen des Regulierungsrechts? .....	111
(4)	Zwischenergebnis .....	113
bb)	Verfassungsbeschwerde.....	114
c)	Sekundärrechtsschutz .....	116
cc)	Amtshaftungsanspruch.....	116
(1)	Beamter im haftungsrechtlichen Sinne.....	117
(2)	Amtspflicht mit Drittbezug.....	118
(3)	Schuldhaftige Verletzungshandlung.....	119
i.	Rechtmäßigkeit des Handelns .....	120
ii.	Unterlassen gebotener Maßnahmen .....	122
(4)	Zwischenergebnis .....	124
dd)	Aufopferung.....	124
d)	Zwischenergebnis zur Justiziabilität .....	125
<b>D.</b>	<b>ZUSAMMENFASSUNG ZU KAPITEL II.....</b>	<b>128</b>
<b>E.</b>	<b>THESEN .....</b>	<b>129</b>
<b>KAPITEL III – STRUKTURMERKMALE DER ENERGIEWIRTSCHAFT – .....</b>		<b>132</b>
<b>A.</b>	<b>ERZEUGUNGSSEITIGE VERSORGUNGSSICHERHEIT .....</b>	<b>132</b>
<b>B.</b>	<b>ÜBERTRAGUNGSSEITIGE VERSORGUNGSSICHERHEIT .....</b>	<b>133</b>
1.	Der physikalische Energieerhaltungssatz .....	135
2.	Aufbau des leitungsgelassenen Versorgungssystems .....	136
a)	Gliederung in Spannungsebenen .....	136
b)	Organisation im Verbund .....	138
aa)	Nationaler Netzregelverbund.....	138
bb)	ENTSO-E – Das europäische Verbundsystem .....	139
(1)	Netzkodizes .....	140
(2)	Gemeinschaftsweiter zehnjähriger Netzentwicklungsplan.....	141
<b>KAPITEL IV – VERSORGUNGSSICHERHEIT IM ENERGIESEKTOR – .....</b>		<b>142</b>
<b>A.</b>	<b>NORMATIVE GRUNDLAGEN UND GESETZGEBUNGSTECHNIK.....</b>	<b>144</b>
<b>I.</b>	<b>Heterogenität des Energierechts.....</b>	<b>144</b>
1.	Umfangreiche legislative Befassung .....	145
2.	Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz .....	150
<b>II.</b>	<b>Risikosteuerung .....</b>	<b>152</b>
1.	Determination durch gesetzliche Wertung.....	152

a)	Von einem dualen zum fünfgliedrigen Zweckprogramm .....	152
b)	Funktion und Nützlichkeit in der Rechtsanwendung .....	154
aa)	Zielvorgaben als ungeschriebene Tatbestandsmerkmale? .....	155
bb)	Stellungnahme .....	157
c)	Gewichtung der Kriterien .....	157
2.	Aktive Risikosteuerung durch moderne Gesetzgebungstechnik.....	159
a)	Ausdehnung des Aufgabenkreises der Exekutiven .....	159
b)	Normvollzug durch Privatrechtssubjekte .....	160
c)	Eine dritte Ebene: verbandsautonomes Netzrecht .....	160
<b>B.</b>	<b>MATERIELLRECHTLICHE LESART VON VERSORGUNGSSICHERHEIT IM</b>	
	<b>ENERGIERECHT .....</b>	<b>163</b>
<b>I.</b>	<b><i>Energieversorgungssicherheit im weiten Sinn: Der Normalfall</i>.....</b>	<b>165</b>
1.	Ausgangspunkt: Der status quo als Näherungswert.....	165
a)	Informationsabfrage, Berichterstattung und Monitoring.....	166
aa)	Auskunftspflichten der Netzbetreiber .....	167
bb)	Behördliche Berichterstattung .....	168
(1)	Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur .....	168
(2)	Bericht zum Stand und zur Entwicklung der Versorgungssicherheit im Bereich der Versorgung mit Elektrizität .....	169
(3)	Monitoringbericht zur Energiewende.....	170
b)	Exkurs: Bemessungsgrundlagen für Versorgungsunterbrechungen.....	170
2.	Programmierter Qualitätsstandard durch Regulierung des Netzbetriebs.....	171
a)	Allgemeine Betriebspflicht der Netzbetreiber .....	172
aa)	Qualitative Anforderungen .....	172
(1)	Netzzuverlässigkeit .....	172
(2)	Netzleistungsfähigkeit .....	173
bb)	Aufgabenbeschreibung .....	173
(1)	Uneingeschränkte Betriebspflicht bestehender Netze? .....	174
(2)	Bedarfsgerechte Netzentwicklung.....	174
(3)	Vorbehalt wirtschaftliche Zumutbarkeit .....	176
b)	Netzspezifische Aufgaben der Betreiber .....	177
aa)	Aufgaben der Betreiber von Übertragungsnetzen .....	177
(1)	Kooperatives Zusammenarbeiten der Betreiber aller Regelzonen .....	178
(2)	Umfassende Auskunftsrechte gegenüber den Nutzern .....	179
bb)	Systemverantwortung .....	179
(1)	Handlungsvoraussetzung: Besorgnis kritische Netzzustände .....	180
(2)	Bestimmbarkeit des beachtlichen Risikos – abermals: status quo ante.....	182
(3)	Exkurs: Bemessungsgrundlage kritischer Netzzustände .....	182
(4)	Gestuftes Engpassmanagement .....	184
i.	Netz- und marktbezogene Maßnahmen .....	185
ii.	Ultima ratio: Übergang zur Gefahrenabwehr.....	187
3.	Zugangsregulierung – ein gesamtheitlicher Ansatz .....	187
a)	Netzanschluss .....	189
aa)	Anschlussverpflichtete und -Berechtigte .....	190
bb)	Anschlussbedingungen .....	191
(1)	Anschluss zu angemessenen Bedingungen .....	192
(2)	Internes und externes Diskriminierungsverbot.....	193
cc)	Anschlussverweigerung .....	194
(1)	Punktuelle Verweigerungseinwand.....	194
(2)	Verweigerungsgründe.....	195
i.	Technische und betriebsbedingte Gründe .....	197
ii.	Wirtschaftliche Gründe .....	197
(3)	Keine Dauereinreden .....	198
b)	Zugang zu den Energieversorgungsnetzen.....	198
aa)	Zugangsrecht.....	198
bb)	Kontrahierungszwang und vertraglicher Anspruchsgrundlage.....	199
cc)	Zugangsbedingungen.....	200

(1)	Netzentgelt und weitere Bedingungen.....	200
(2)	Gesetzliche Determination – Netzzugangsverordnungen .....	201
dd)	Zugangsverweigerung.....	202
ee)	Abermals: keine Dauereinreden.....	203
4.	Kontinuität und Entwicklungsoffenheit.....	203
a)	Zuverlässigkeit der Energieversorgung.....	203
b)	Netzausbauplanung .....	204
aa)	Gemeinsamer Szenariorahmen für die Netzentwicklungsplanung .....	205
bb)	Gemeinsamer nationaler Netzentwicklungsplan .....	207
(1)	Zustandekommen .....	208
(2)	Allgemeine Anforderungen .....	209
i.	Inhalt des Netzentwicklungsplans.....	209
ii.	Exkurs: Das “NOVA” -Prinzip.....	210
(3)	Bestätigung und Rechtswirkung.....	211
cc)	Umweltbericht .....	212
dd)	Bundesbedarfsplan.....	213
II.	<i>Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall</i> .....	215
1.	Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für den Spannungs- und Verteidigungsfall – Wirtschaftsicherstellungsgesetz (WiSiG) .....	216
2.	Gefahrenabwehrrechtliche Bestimmungen zur Anlagen- und Systemsicherheit – „KRITIS“ .....	217
3.	Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für Störfälle in der Energiewirtschaft – Energiesicherungsgesetz (EnSiG).....	218
a)	Unmittelbare Gefährdung oder Störung der Energieversorgung.....	218
b)	Notwendigkeit der Deckung lebenswichtigen Energiebedarfs.....	219
c)	Befugnisse und Maßnahmen .....	220
III.	<i>Zwischenergebnis zur materiellen Interpretation</i> .....	222
C.	ASPEKTE FORMELLER VERSORGUNGSSICHERHEIT IM ENERGIERECHT.....	225
I.	<i>Organisation der Aufgabenerfüllung im Bereich der leitungsgebundenen   Versorgung mit Elektrizität</i> .....	225
1.	Aufgabenprivatisierung - Privatwirtschaftliche Wahrnehmung.....	225
a)	Aufgabe(n) der Energieversorgungsunternehmen.....	225
b)	Energieversorgung – eine verantwortungsvolle Tätigkeit.....	227
aa)	Genehmigungspflichtigkeit des Netzbetriebs .....	228
bb)	Versagungsgründe .....	230
(1)	Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über Genehmigungsvoraussetzungen? .....	231
(2)	Stellungnahme .....	232
i.	Zuverlässigkeit.....	232
ii.	Leistungsfähigkeit.....	233
(3)	Ermessensreduzierung bei nachträglichem Wegfall der Genehmigungsfähigkeit.....	234
2.	Staatsaufgabe „Energieversorgung“.....	234
a)	Begründungsnotwendigkeit staatlicher Trägerschaft? .....	234
b)	Erledigung durch Gewährleistung.....	235
c)	Rückversicherung durch Auffangverantwortung .....	236
d)	Unmittelbare staatliche Erfüllungsverantwortung.....	237
3.	Zwischenergebnis zur praktischen Aufgabenerfüllung.....	239
II.	<i>Vollzugskompetenz</i> .....	240
III.	<i>Individuelle Geltendmachung</i> .....	241
1.	Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem EnWG.....	241
a)	Positiver privatrechtlicher Herstellungsanspruch.....	242
aa)	Freie Wahl der Netzebene?.....	243
bb)	Anspruch auf Grund- und Ersatzversorgung .....	244
(1)	Anspruchsinhaber .....	244

(2)	Ausnahmen von der Grundversorgungspflicht.....	245
i.	Wirtschaftliche Unzumutbarkeit.....	246
ii.	Eigen- oder Drittversorgung.....	246
iii.	Reserve- und Zusatzversorgung.....	246
b)	Unterlassungsanspruch und Schadensersatzpflicht.....	247
aa)	Zivilrechtliche Haftung bei Verstoß gegen Zugangsregulierung.....	247
(1)	Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch.....	247
i.	Parteien des Schuldverhältnisses.....	248
ii.	Tatbestandsmäßige Handlung.....	249
iii.	Rechtsfolge – Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung.....	249
(2)	Schadensersatzanspruch.....	250
i.	Tatbestandsvoraussetzungen.....	250
ii.	Tatbestandswirkung einer Entscheidung der Regulierungsbehörde.....	251
iii.	Schadensermittlung.....	251
bb)	Vertragliche Haftung bei Versorgungsstörungen und Eingriffsmaßnahmen.....	251
(1)	Vorwerfbare Pflichtverletzung.....	252
(2)	Haftungsprivileg für typische Versorgungsstörungen.....	253
i.	Hintergrund.....	253
ii.	Anwendungsbereich.....	254
iii.	Schadenskategorien.....	256
iv.	Angepasster Haftungsmaßstab und Höchstsummenhaftung.....	257
cc)	Deliktische Haftung.....	258
(1)	Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB.....	258
i.	Verletzungshandlung: Nichtbeachtung von Verkehrssicherungspflichten.....	259
ii.	Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Verletzungshandlung und objektiver Verschuldensmaßstab.....	260
(2)	Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes.....	261
(3)	Gleichlauf verschuldensabhängiger Haftung.....	262
dd)	Gefährdungshaftung.....	262
(1)	§ 2 Abs. 1 HPfLG als Anspruchsgrundlage bei Versorgungsstörungen.....	262
i.	Aufteilung nach Risikosphären.....	263
ii.	Haftungsbeschränkung.....	263
(2)	Ersatzpflicht nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG bei Schädigung durch defizitäre Versorgung.....	264
i.	Fehlerhaftigkeit des Produktes „Elektrizität“.....	264
ii.	Herstellereigenschaft von Netzbetreibern.....	265
iii.	Haftungsausschluss und -beschränkung.....	266
2.	Anspruch auf behördliche Durchsetzung.....	267
a)	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Drittvorname.....	267
b)	Besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde.....	268
aa)	Antragsbefugnis: Erhebliche Berührung.....	268
bb)	Drittsschutz der Bestimmungen in den Abschnitten „Netzanschluss“ und „Netzzugang“.....	269
cc)	Prüfungsauftrag der Behörde.....	270
c)	Allgemeine Missbrauchsaufsicht.....	271
aa)	Missbräuchliches Verhalten.....	271
(1)	Generalklausel.....	271
(2)	Regelbeispiele.....	272
(3)	Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB.....	273
bb)	Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörde.....	274
(1)	Unterlassungsverfügung.....	274
(2)	Anordnung von Maßnahmen.....	274
cc)	Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde.....	275
d)	Allgemeine Aufsicht.....	276
aa)	Tatbestand – Verstoß gegen das EnWG.....	276
bb)	Befugnisse der allgemeinen Aufsicht.....	277
(1)	Abstellungsbefugnis.....	277

	(2) Anordnungsbefugnis.....	278
	(3) Investitionsverpflichtung.....	278
	(4) Feststellungsbefugnis .....	279
3.	Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde.....	279
4.	Zwischenergebnis zur individuellen Geltendmachung .....	280
 <b>KAPITEL V – FAZIT UND AUSBLICK –.....</b>		<b>281</b>
I.	<i>Fazit zu These 1 .....</i>	<i>286</i>
II.	<i>Fazit zu These 2 und 3.....</i>	<i>286</i>
III.	<i>Fazit zu These 4 .....</i>	<i>287</i>
IV.	<i>Ausblick .....</i>	<i>287</i>
 <b>LITERATURVERZEICHNIS.....</b>		<b>289</b>

KAPITEL I  
– EINFÜHRUNG –

*„Das Wichtigste im Moment ist die Wiederherstellung der Versorgung. Ursachenforschung wird man betreiben, sobald die Menschen wieder einkaufen und zur Arbeit gehen können.“*

*„Wie kann es in ganz Europa dazu kommen? Das ist doch nicht normal.“*

*„Kann es in modernen, miteinander verbundenen Stromnetzen leider schon. Deshalb widmet der Minister der Modernisierung der Stromnetze und des Stromsystems seit geraumer Zeit höchste Aufmerksamkeit, auch und gerade auf europäischer Ebene.“*

*„Hilfsdienste?“*

*„Sind im Dauereinsatz. Die Feuerwehr hat in den vergangenen Stunden Tausende Menschen aus Fahrstühlen und U-Bahnen befreit. Rotes Kreuz und andere kümmern sich um Kranke, Alte und Reisende, die auf den Straßen stecken geblieben sind.“*

*„Wieso das?“*

*„Ohne Strom kann man nicht tanken.“*

*„Ist das Ihr Ernst!“*

*„Leider.“*

(Auszug aus dem Roman „Black Out – Morgen ist es zu spät“ von Marc Elsberg)

Das völlige Versagen der Stromversorgung, ein sog. „Blackout“, ist das ultimative Bedrohungsszenarium unserer Zeit. Die Umwelt des Menschen ist heute vollständig auf den Einsatz eklektischer Energie ausgerichtet.<sup>1</sup> Die Elektrifizierung unserer modernen Kultur hat den Menschen maximal abhängig von einer gesicherten Versorgung mit Energie gemacht. Fällt sie aus, bleibt es nicht bei bloßen Unannehmlichkeiten. Innerhalb kürzester Zeit bringt ein Stromausfall gravierende Kollateralschäden mit sich.<sup>2</sup> Und es handelt sich hierbei keineswegs nur um ein Gedankenspiel oder die fiktive Kulisse eines Katastrophenfilms. Die in Marc Elsbergs Thriller „Blackout“ skizzierten Bilder, in dem ein durch Hackerangriffe herbeigeführter Stromausfall Europa und die USA an den Rand des Abgrunds stürzt, musste der Autor nicht gänzlich neu erfinden. Was passiert, wenn die Stromversorgung großflächig, auch nur für ein paar Stunden ausfällt, lässt sich anhand eines Blicks in die Geschichte historischer Stromausfälle nachvollziehen.

Beinahe 40 Jahre ist es her, dass ein Stromausfall am 13. Juli 1977 den Alltag in New York zum Erliegen brachte. Einher gingen bürgerkriegsähnliche Zustände, inklusive tausender Plünderungen und Brandlegungen.<sup>3</sup> Als ein Blitzeinschlag im März 1999 in São Paulo, Brasilien, das Netz zusammenbrechen ließ, setzte sich der ripple-down-Effekt in zehn Bundesstaaten fort. Vier Stunden ohne Strom waren ausreichend um Chaos ausbrechen zu lassen. Menschen waren plötzlich in Zügen, U-Bahnen und Fahrstühlen gefangen, Jugendbanden raubten Autofahrer aus, die auf den dunklen Straßen zum Anhalten gezwungen waren.<sup>4</sup> Szenen, die sich in Brasilien in darauffolgenden Jahren erneut wiederholen sollten.<sup>5</sup> In Niedersachsen schaltete der Energieversorger Eon am 4. November 2006 eine Hochspannungsleitung ab, um dem Kreuzfahrtschiff „Norwegian

---

<sup>1</sup> Wie die Einführung der Elektrizität den Alltag der Menschen veränderte wird anschaulich durch die Berichte von Zeitzeugen, nachzulesen bei *Arnold*, „Als das Licht kam“, Erinnerungen an die Elektrifizierung.

<sup>2</sup> *Kloepfer*, Schutz kritischer Infrastrukturen, S. 9.

<sup>3</sup> *Pitzke, Marc*, Blackout von 1977, New Yorks dunkelste Nacht, in: Spiegel Online v. 13.07.2007, online abrufbar unter {<http://www.spiegel.de/panorama/zeitgeschichte/blackout-von-1977-new-yorks-dunkelste-nacht-a-493609.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>4</sup> *Sueddeutsche Zeitung* v. 15.11.2012, Historische Stromausfälle, Dunkle Stunden, abrufbar unter {<http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/historische-stormausfaelle-dunkle-stunden-1.1523828>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>5</sup> *Focus Online* v. 11.11.2009, Stromausfall – Mega-Blackout stürzt Brasilien ins Chaos, abrufbar unter {[http://www.focus.de/panorama/welt/stromausfall-mega-blackout-stuerzt-brasilien-ins-chaos\\_aid\\_453115.html](http://www.focus.de/panorama/welt/stromausfall-mega-blackout-stuerzt-brasilien-ins-chaos_aid_453115.html)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *Spiegel Online* v. 5.02.2014, Blackout in Brasilien Drei Millionen Menschen ohne Strom, abrufbar unter {<http://www.spiegel.de/panorama/brasilien-stromausfall-in-elf-bundesstaaten-a-951557.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

Pearl“ die Zufahrt auf die Ems zu ermöglichen. Der Engpass im Netz löste eine Kettenreaktion in ganz Europa aus – eineinhalb Stunden lang mussten daraufhin zehn Millionen Menschen unfreiwillig auf Strom verzichten.<sup>6</sup> Diese Beispiele sind nicht abschließend, die Aufzählung ließe sich mit weiteren Vorfällen beliebig fortsetzen.<sup>7</sup>

Die Bundesrepublik Deutschland hat eines der weltweit zuverlässigsten Elektrizitätsversorgungssysteme, das sich aktuell allerdings im Umbau befindet.<sup>8</sup> Als im März 2011 in Fukushima, Japan, ein Reaktorstörfall mit verheerenden Folgen für Mensch und Umwelt eintrat, war das Vertrauen in die zivile Nutzung der Atomkraft erschüttert.<sup>9</sup> In Deutschland erwies sich der Vorfall in Japan geradezu als Katalysator für einen politischen Paradigmenwechsel. In ihrer Regierungserklärung sagte Bundeskanzlerin Angela Merkel in diesem Zusammenhang zur zukünftigen deutschen Energiepolitik:

*„[...] Nach Fukushima geht es um etwas anderes. Es geht um die Verlässlichkeit von Risikoannahmen und um die Verlässlichkeit von Wahrscheinlichkeitsanalysen. Denn diese Analysen bilden die Grundlage, auf der die Politik Entscheidungen treffen muss, Entscheidungen für eine zuverlässige, bezahlbare, umweltverträgliche, also sichere Energieversorgung in Deutschland. Deshalb füge ich heute ausdrücklich hinzu: Sosehr ich mich im Herbst letzten Jahres im Rahmen unseres umfassenden Energiekonzepts auch für die Verlängerung der Laufzeiten der deutschen Kernkraftwerke eingesetzt habe, so unmissverständlich stelle ich heute vor diesem Haus fest: Fukushima hat meine Haltung zur Kernenergie verändert.“<sup>10</sup>*

In den folgenden Monaten war eine Beschleunigung der historischen Zeit zu beobachten. Unter dem Schlagwort „Energiewende“ vollzog sich innerhalb kürzester Zeit ein tiefgreifender Kurswechsel in der deutschen Energiepolitik.<sup>11</sup> Nachdem erst im Dezember 2010 das heftig umstrittene Laufzeitverlängerungsgesetz<sup>12</sup> verabschiedet worden war,

---

<sup>6</sup> UCTE, Final Report – System Disturbance on 4 November 2006.

<sup>7</sup> Vgl. Kahle, S. 46 f.; Lauwe/Riegel, IZ 2008, 113, 116 f.

<sup>8</sup> Psola, S. 11

<sup>9</sup> Ebert, Vince, Die Hirnabschaltung der Deutschen nach Fukushima, in: *Die Welt* v. 08.3.2012, abrufbar unter {<http://www.welt.de/debatte/kommentare/article13910506/Die-Hirnabschaltung-der-Deutschen-nach-Fukushima.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>10</sup> BReg, Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Angela Merkel zur Energiepolitik "Der Weg zur Energie der Zukunft" (Mitschrift) v. 09.06.2011.

<sup>11</sup> Sellner/Fellenberg, NVwZ 2011, 1025; Ziehm, ZNER 2012, 221.

<sup>12</sup> Elfte Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 08.12.2010 (BGBl. I S. 1814.)

fand diese Trendwende ihren Höhepunkt schließlich in der 13. Atomrechtsnovelle<sup>13</sup>, in der der Ausstieg aus der zivilen Nutzung der Atomkraft bis spätestens 2022 beschlossen wurde.<sup>14</sup> Unter dem Eindruck des katastrophalen Verlaufs der Ereignisse in Fukushima wurde das frühestmögliche Ende der gewerblichen Erzeugung von Elektrizität aus Kernenergie angestrebt.<sup>15</sup> Bis dato sind bereits neun Kernkraftwerke stillgelegt worden,<sup>16</sup> ab Ende Dezember 2017 folgen weitere.<sup>17</sup>

Die Konnotation „Energiewende“ erschöpft sich indessen nicht in der Grundsatzentscheidung für den Atomausstieg. Wir leben in einer Gesellschaft, die den Komfort von Strom und Wärme in Anspruch nehmen kann, sobald der Bedarf danach auftritt. Der Ausfall des Anteils der Atomkraft an der Abdeckung der Nachfrage und die Schließung der so entstandenen Versorgungslücke durch Ersatzkapazitäten ist eine Herausforderung, die sich als Konsequenz der Ausstiegsentscheidung zeitnah und dringlich stellt.<sup>18</sup> Der beschleunigte Ausstieg bringt unmittelbar die Notwendigkeit eines beschleunigten Ausbaus mit sich, wenn die Liste gravierender Stromausfälle nicht mit Fällen aus dem Bundesgebiet fortgeführt werden soll. In diesem Zusammenhang sind auch – noch stärker als bisher – die „Erneuerbaren Energien“ in das Zentrum des kollektiven Bewusstseins gerückt. Bis zum Jahr 2050 sollen regenerative Primärenergieträger den Energieverbrauch zu einem Anteil von mindestens 60 %, den Bruttostromverbrauch zu mindestens 80 % abdecken.<sup>19</sup> Die Herausforderungen, welche die Energiewende an die Versorgungssicherheit stellt, machen indes nicht beim Ausgleich der Diskrepanz des Soll und Haben des Energiekontos im Hinblick auf den nachfrageseitigen Erzeugungsbedarfs Halt. Die Bewältigung dieser Aufgabe ist vielschichtig, eine eindimensionale Lösung gibt es nicht. Zur Bewältigung der Umstellung auf kernkraftfreie Versorgung bedarf es eines ganzheitlichen Ansatzes. Das

---

<sup>13</sup> Dreizehntes Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 31.07.2011 (BGBl. I S. 1704).

<sup>14</sup> § 7 Abs. 1a Nr. 6 AtG n. F.

<sup>15</sup> Steinbach/Steinbach, Einleitung, Rn. 8; Sellner/Fellenberg, NVwZ 2011, 1025, 1026; Wahlhäuser, ZNER 2014, 534, 536.

<sup>16</sup> Namentlich handelt es sich dabei um folgende Kernkraftwerke: Biblis A, Neckarwestheim I, Biblis B, Brunsbüttel, Isar 1, Unterweser, Philippsburg 1, Krümel und Grafenrheinfeld; § 7 Abs. 1a Nr. 1, Nr. 2 AtG n. F.

<sup>17</sup> § 7 Abs. 1a Nr. 3 bis 6 AtG n. F.

<sup>18</sup> Psola, S. 11.

<sup>19</sup> Zum Vergleich: Im Jahr 2012 lag der Anteil erneuerbarer Energien am Stromverbrauch durchschnittlich noch bei 22%, BMWi, Energie in Deutschland, Trends und Hintergründe zur Energieversorgung, S. 7, 24.

Energiekonzept der Bundesregierung<sup>20</sup> sah bereits 2010 diverse Aktionsfelder vor, die durch ihr Zusammenwirken die Sicherstellung einer zuverlässigen, wirtschaftlichen und umweltverträglichen Energieversorgungsstruktur für eine weiterhin wohlhabende und wettbewerbsfähige Volkswirtschaft verwirklichen sollen.<sup>21</sup> Energieeffizienz soll den Verbrauch eindämmen, jede Kilowattstunde Strom, die nicht nachgefragt wird, schon die knappen Ressourcen.<sup>22</sup> Der überbleibende Bedarf, der bisher auch durch Kernkraft befriedigt wurde, muss nun auf andere Weise aufgefangen werden, um die Versorgungssicherheit weiter gewährleisten zu können. Die Entscheidung für den Ausstieg war somit gleichsam eine Entscheidung für den Ausbau, nämlich von Anlagen zur Erzeugung und Netzen zum Zwecke der Verteilung.<sup>23</sup>

## A. Untersuchungsgegenstand

„Versorgungssicherheit“ ist derzeit eines der Hauptanliegen und daher immense Triebkraft der Energiepolitik. Ein vitales Interesse an einer verlässlichen Versorgungslage hat gerade im Hinblick auf Energie nicht nur jeder Einzelne, der diese Ware tagtäglich konsumiert, auch für Politik und Wirtschaft hat diese mit Blick auf den Industriestandort Deutschland Priorität.<sup>24</sup>

Eine anerkannte juristische Definition von Versorgungssicherheit gibt es bislang indessen nicht.<sup>25</sup> Es klafft eine Lücke zwischen praktischer Bedeutsamkeit und wissenschaftlicher Untersuchung. Die rechtsdogmatische Aufarbeitung ist allerdings denknotwendige Voraussetzung für jede weitere juristische Befassung mit dem Gegenstand der

---

<sup>20</sup> BReg, Das Energiekonzept, S. 3, 7 ff.

<sup>21</sup> Zur Rolle der Kernkraft beim Umbau der Energieversorgung äußerte sich die Bundesregierung in ihrem Papier Ende 2010 indes noch folgendermaßen: „Ein solcher Prozess benötigt nicht nur Zeit, sondern muss auch wirtschaftlich vernünftig ausgestaltet werden. Um diesen Übergang zu gestalten, brauchen wir noch zeitlich befristet die Kernenergie und werden deshalb die Laufzeiten um durchschnittlich 12 Jahre verlängern.“, BReg, Das Energiekonzept, S. 3, 7 ff., 16; Greinacher, ZUR 2011, 305; Ahlers, IR 2016, 122.

<sup>22</sup> BReg, Das Energiekonzept, S. 12 ff.

<sup>23</sup> BReg, Das Energiekonzept, S. 21 ff.

<sup>24</sup> Elspas, S. 13, 14; Müller, S. 79, 80; Renner/Jasper, S. 91, 94.

<sup>25</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band1, § 1 EnWG (2007), Rn. 13; Groscurth/Bode, et 2012, S. 19; Moser, S. 52 f.; diverse Annäherungen an den Rechtsbegriff sind zusammengefasst bei Kahle, S. 102 ff., 110.

Versorgungssicherheit und ihm nahestehenden Rechtsfragen.<sup>26</sup>

Nicht erst seit der Debatte um die Energiewende ist der Begriff in aller Munde und wird beinahe inflationär verwandt. Eine nähere wissenschaftliche Befassung mit dem rechtlichen Bedeutungsgehalt dieser Begrifflichkeit erscheint daher dringend geboten, findet sie sich doch in diversen Regelwerken als Leitprinzip und Tatbestandsmerkmal.<sup>27</sup> Zur Auseinandersetzung mit der Substanz der Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff soll die vorliegende Arbeit einen Beitrag leisten. „Versorgungssicherheit“ soll als Rechtsbegriff subsumierbar gemacht werden.

## **B. Gang und Ziel der Untersuchung**

Zu Anfang wird auf Begriff und Gegenstand der Versorgungssicherheit eingegangen. Es wird eine Abgrenzung nach außen, zu verwandten Termini und vermeintlichen Synonymen, vorgenommen. Darauf aufbauend wird der, der Versorgungssicherheit innewohnende, Bedeutungsgehalt und seine rechtlichen Konsequenzen untersucht (*Kapitel II. Zur Versorgungssicherheit*). So soll untersucht werden, ob und welche Rolle Versorgungssicherheit bei der Gesetzeserfüllung spielt. Insbesondere wird in diesem Zusammenhang beleuchtet, ob die behördliche Entscheidung durch ihren Deutungsinhalt determiniert ist. In materieller Hinsicht muss zu diesem Zweck der Versuch einer Definition unternommen werden. Versorgungssicherheit soll auf ihren kleinsten gemeinsamen Nenner gebracht werden. Die Frage, ob damit für die Rechtsanwendung ein Mehrwert gewonnen ist, der Begriff der Versorgungssicherheit als Zielvorgabe gar justiziabel ist, wird anschließend überprüft.

Der konkreten Betrachtung von Versorgungssicherheit im Energierecht wird eine Übersicht zu allgemeinen Grundlagen und relevanten Gesetzmäßigkeiten vorangestellt. Sie wird der rechtlichen Betrachtung vorgearbeitet. Indem naturwissenschaftliche Gesetzmäßigkeiten und sonstige Parameter vor die Klammer gezogen beschrieben werden, kann später darauf aufgebaut werden, ohne den Blick durch überbordende

---

<sup>26</sup> „Was der Staat nicht definieren kann, kann er auch nicht schützen.“, so *Isensee*, S. 35, angelehnt an *Arndt*, NJW 1966, 25, 28.f

<sup>27</sup> Vgl. etwa § 1 Abs. 1 EnWG.

Exkurse zu verstellen (*Kapitel III. Strukturmerkmale der Energiewirtschaft*).

Schließlich soll, aufbauend auf der abstrakten Befassung mit dem Rechtsbegriff, analysiert werden, wie der Untersuchungsgegenstand sektorspezifisch im Energierecht zu verstehen ist. Lassen sich die Ergebnisse, die nicht dinggebunden im ersten Kapitel für wahr befunden wurden, anhand eines Rechtsgebietes, welches von „Versorgungssicherheit“ ganz besonders (mit)bestimmt wird, verifizieren und möglicherweise ausdifferenzieren? Ein energierechtlicher Abgleich und die normtextliche Rückanknüpfung soll gewissermaßen als Lackmusprobe für die in Kapitel II formulierten Thesen dienen (*Kapitel IV. Versorgungssicherheit im Energiesektor*).

Die Arbeit schließt mit einem Fazit und einem Ausblick auf die voraussichtliche Entwicklung des Untersuchungsgegenstandes (*Kapitel V. Fazit und Ausblick*).

## KAPITEL II

### – ZUR VERSORGUNGSSICHERHEIT –

„Was ein Wort bedeutet, kann ein Satz nicht sagen.“

(Ludwig Wittgenstein, 1889-1951)

#### A. Begriffliche Einordnung

Auch wenn sich die Wortbedeutung von „Versorgungssicherheit“ aus ihrer Zusammensetzung auf den ersten Blick zu erschließen scheint, nämlich in der Weise, dass die Versorgung – in Bezug auf das jeweilige Substrat – eben gesichert ist, greift diese Sinndeutung zu kurz und ist zur rechtlichen Würdigung eines Sachverhalts nicht hilfreich.

#### I. Semantik

Die Annäherung an die Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff beginnt mit der Feststellung dessen, was umgangssprachlich darunter verstanden wird.<sup>28</sup> Der Gesetzgeber bedient sich im Gesetzgebungsprozess aus dem gesamten, ihm in der deutschen Sprache zur Verfügung stehenden Wortschatz.<sup>29</sup> Dabei ist das herkömmliche Sprachverständnis unter Umständen der Ursprung einer Lehre, die letztlich mit dem einst gewöhnlichen Begriff im Zusammenhang steht, in seiner Vielgestaltigkeit aber über diesen hinauszugehen vermag.<sup>30</sup> Zunächst soll sich deshalb dem inhaltlichen Gehalt der Versorgungssicherheit, angelehnt an die klassische Methode der grammatischen

---

<sup>28</sup> Voßkuhle, S. 16.

<sup>29</sup> Es handele sich bei Gesetzen um sprachliche Äußerungen, die einem Verständnis zugeführt werden müssen, so: Larenz/Canaris, S. 25, 141; Rütters/Fischer/Birk, S. 101 f., Rn. 150.

<sup>30</sup> Rütters/Fischer/Birk, S. 102, Rn. 152.

Auslegung, genähert werden.<sup>31</sup> So soll aufgezeigt werden, welche Konnotationen im Allgemeinen mit Versorgungssicherheit, bzw. ihren zusammen gesetzten Bestandteilen, verknüpft sind.

## 1. „Versorgung“

In (Bedeutungs-) Wörterbüchern finden sich zu dem Begriff der Versorgung diverse Paraphrasierungen, so etwa „Versorgung“ als „das Versorgen mit etw.; das Versorgtwerden“, „das Sorgen für den [Lebens]unterhalt, Bereitstellen des [Lebens]unterhaltes“<sup>32</sup>, sowie als „Ausstatten, mit dem Notwendigsten versehen“<sup>33</sup>, es handle sich dabei um ein „System sozialer Existenzsicherung bestimmter Gruppen oder der gesamten Gesellschaft mit Rechtsanspruch auf bestimmte Leistungen, denen keine Verpflichtung der Versorgungsberechtigten in Form von Beiträgen gegenüberstehen“.<sup>34</sup> Zum aktuellen Sprachverständnis sind außerdem im Duden folgende Bedeutungsvarianten aufgeführt: „jmdm. Etw., was er [dringend] braucht, woran es ihm fehlt, geben, zukommen lassen“, „für jmds. Unterhalt sorgen, ernähren“, „sich als Verantwortlicher um etw. kümmern, sich einer Sache annehmen“, usw.<sup>35</sup>

## 2. „Sicherheit“

Unter „Sicherheit“ lassen sich folgende Einträge nachlesen: „In allgemeinerem Sinne, Geschütztsein vor Gefahr, Zustand, in dem man geborgen ist“.<sup>36</sup> „Sicherheit“ definiere sich unter anderem als „Zustand des Sicherseins, Geschütztseins vor Gefahr oder Schaden; höchstmögliches Freisein von Gefährdungen“<sup>37</sup>, daneben auch als „das Freisein von Fehlern und Irrtümern, Zuverlässigkeit“<sup>38</sup> und wird assoziiert mit „Zuverlässigkeit, Festigkeit, Abwesenheit von Zweifel und Wanken, auf Personen, Zustände und Dinge bezogen.“<sup>39</sup>

---

<sup>31</sup> Larenz/Canaris, S. 141.

<sup>32</sup> Duden, „Versorgung“; Pielow: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 10 f

<sup>33</sup> Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band 25, Sp. 1364.

<sup>34</sup> Der Große Herder, S. 666, Pielow, S.10 f.

<sup>35</sup> Duden, „versorgen“.

<sup>36</sup> Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band 25, Sp. 1364.

<sup>37</sup> Duden, „Sicherheit“.

<sup>38</sup> Duden, „Sicherheit“.

<sup>39</sup> Deutsches Wörterbuch von Jacob Grimm und Wilhelm Grimm, Band 16, Sp. 724-728.

### 3. Kompositum

Als zusammengesetztes Substantiv vereint „Versorgungssicherheit“ beide Sinninhalte in sich. Seine Prägung erhält der Begriff durch den Gewährleistungs- und Garantiedanken der bereits im Fürsorgeelement von „Vorsorge“ angelegt ist und durch den Sicherheitsaspekt weiter verstärkt wird.<sup>40</sup> Versorgungssicherheit wird demnach allgemein als Abwesenheit von Mangel an prioritären Gütern oder Dienstleistungen angesehen. Damit einher geht ein Zustand, der frei ist von Gefahren, die sich gerade aus einer defizitären Versorgungslage ergeben.

## II. Versorgungssicherheit – ein unbestimmter Rechtsbegriff

„Versorgungssicherheit“ bezeichnet also abstrakt die zuverlässige Gewährleistung bzw. die Bereitstellung von Gütern. Eine Aussage über den rechtlichen Gehalt des Begriffes ist damit indes noch nicht getroffen.<sup>41</sup> Der Frage, welcher materiellrechtliche Gehalt der Versorgungssicherheit zukommt, soll sich im Folgenden methodisch genähert werden.

### 1. Inhaltliche Unschärfe

Sobald der Begriff der Versorgungssicherheit Bestandteil einer Normierung ist, wird die Frage ihrer inhaltlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit relevant. Die Begrifflichkeit ist vor allem deshalb schwer zu erfassen, da die Anforderungen, welche an die Bejahung oder Verneinung einer sicheren Versorgung zu stellen sind, nicht eindeutig sind. Eine gewisse Abstraktheit ist dem Recht zwar stets immanent,<sup>42</sup> zuweilen eröffnen Begrifflichkeiten jedoch eine besondere, darüberhinausgehende Offenheit des Tatbestandes.

---

<sup>40</sup> „Gewährleistung, Garantie der Versorgung“, vgl. Duden, „Versorgungssicherheit“.

<sup>41</sup> Reflektiertes Erfassen normativen Sinngehaltes vollzieht sich erst im Wege der Auslegung. Nimmt der Adressat die sprachliche Äußerung als unproblematisch entgegen, bleibt das Verstehen unreflektiert, so *Larenz/Canaris*, S. 25 f.; *Kahle*, S. 89.

<sup>42</sup> Letztlich kann beinahe jeder Begriff der Teil eines gesetzlichen Tatbestandes ist als unbestimmt benannt werden, eine vollkommene Präzision ist sprachlich nicht möglich, die Unbestimmtheit ist daher stets eine Frage der graduellen Abstufung ihrer selbst, vgl. *Pache*, S. 38 f.; *Ehlers/Pünder/Jestaedt*, § 11 IV 1, Rn. 24.

Der Gesetzgeber bedient sich dieses Instruments, wenn Verwaltungshandeln gerade nicht im Vorhinein präzise bestimmt werden soll oder dies schlicht nicht möglich ist.<sup>43</sup> Letzteres gilt ganz besonders bei Planungsvorgängen, ihre Sachzwänge schließen eine vorausblickende, umfassende Rechtsetzung nahezu aus.<sup>44</sup> Wenn die Kriterien, anhand derer die Erkenntnis über einen bestimmten Sachverhalt ermittelt werden sollen, nicht eindeutig sind, handelt es sich um einen sog. unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>45</sup> Im Einzelnen bedeutet dies, dass im Lichte der Versorgungssicherheit gegebenenfalls lediglich eine Verwaltungsentscheidung rechtmäßig sein kann. Die Maßstäbe, welche die entsprechende Rechtsfolge auf Tatbestandsseite erst auslösen können, sind jedoch nicht immer vorherzusagen.<sup>46</sup> Ebenso wenig steht inhaltlich fest, wie die Verwaltung Versorgungssicherheit in der Abwägung – per se als auch im Verhältnis zu anderen Belangen – bewertet und einstellt.<sup>47</sup> Der unbestimmte Rechtsbegriff gibt zwar eine Tendenz vor, von der sich die Exekutive leiten zu lassen hat, im Übrigen ist die konkrete Rechtsanwendung jedoch nicht vorbestimmt.<sup>48</sup>

## 2. Auslegungsbedürftigkeit

Die Verwaltung kann die Unsicherheit beim Gesetzesvollzug jedoch nicht offenlassen. Sie muss den unbestimmten Rechtsbegriff in jedem Einzelfall mit einer konkreten inhaltlichen Aussage aufladen.<sup>49</sup> Durch das Bedürfnis, den zutreffenden Sinngehalt unter mehreren in Frage kommenden zu erkennen, wird der Begriff der Versorgungssicherheit

---

<sup>43</sup> Ipsen, S. 119, Rn. 467; ders. auf S. 120, Rn. 469; Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 IV 1, Rn. 23; Rüthers/Fischer/Birk, S. 125, Rn. 185. Rechtsvergleichend wird die Tendenz zur Verwendung einer vagen Gesetzessprache außerdem damit erklärt, dass so die Einigungskosten der politischen Mehrheitsfindung reduziert und die Verantwortung auf die Verwaltung verlagert werden soll (sog. „responsibility shift“), vgl. Döhler, S. 215, 228, 230.

<sup>44</sup> Instruktiv zur Rechtsnatur der Planung vgl. BVerfG v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137, 162; BVerfG v. 17.07.1996 – BvF 2/93, BVerfGE 95, 1, 16; BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 304; umfassend auch: HStR/Hoppe, Band IV, § 77.

<sup>45</sup> Maurer, § 7, Rn. 29; dagegen: Schütz, der unter Bezugnahme auf BVerwG v. 10.03.1954 – 1 C 5/53, DÖV 1954, 532 die Zuordnung unbestimmter Rechtsbegriffe zum Tatbestand und Ermessen zur Rechtsfolgenseite als unzweckmäßig erachtet, vgl. Schütz, DÖV 1954, 556, 557; zur linguistischen (Un-)Möglichkeit Begriffe als eindeutig bestimmt oder unbestimmt zu kategorisieren, vgl. Koch, S. 14 ff; Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 IV 1, Rn. 24;

<sup>46</sup> Maurer, § 7, Rn. 29.

<sup>47</sup> Pache, S. 31; Maurer, § 7, Rn. 63.

<sup>48</sup> Ipsen, S. 118, Rn. 461.

<sup>49</sup> Maurer, § 7, Rn. 30.

zum Gegenstand der Auslegung.<sup>50</sup>

Auslegung ist Reflexion zum Zweck des richtigen – im juristischen Kontext rechtmäßigem – Verständnis von Text.<sup>51</sup> Es gilt, den normativ verbindlichen Gehalt zu erschließen, anhand dessen der konkrete Sachverhalt zu subsumieren ist.<sup>52</sup> In der juristischen Hermeneutik steht ein Kanon von Auslegungskriterien zur Verfügung, derer man sich dabei zur Erkenntnisgewinnung bedienen kann, wobei die eine im Einzelfall gewinnbringender sein mag als die andere. Je vager der auszulegende Begriff, umso schwieriger gestaltet sich etwa die grammatische Auslegung. Die Sinnerfassung ist dabei besonders fehleranfällig, da sie durch eine subjektive Einfärbung allzu leicht zu verfälschen ist.<sup>53</sup>

Der Vorgang der Rechtsanwendung lässt sich in Arbeitsschritte aufspalten. Am Anfang steht die eben beschriebene sinnerfassende Auslegung des Tatbestands. Darauf folgen die Sachverhaltsermittlung und schließlich die Sachverhaltsbeurteilung.<sup>54</sup> Letztere, auch Subsumtion genannt, vereint das Ergebnis der Auslegung mit der im Einzelfall vorliegenden Lebenswirklichkeit.<sup>55</sup>

#### a) Rechtsstaatliches Bestimmtheitsgebot

Die Eigenart unbestimmter Rechtsbegriffe, in besonderem Maße der Auslegung zu bedürfen, ist unbedingt zu dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Bestimmtheit von Gesetzen ins Verhältnis zu setzen. Als eine der zahlreichen Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips, Art. 20 Abs. 3 GG, konkretisiert es das Gebot der Rechtssicherheit.<sup>56</sup> Die verfassungsrechtliche Verpflichtung der Legislativen zu einer präzisen und ausführlichen Abfassung gesetzlicher Tatbestände dient dem Interesse des jeweiligen Normadressaten. Die Maßstäbe an denen dieser sein Verhalten ausrichtet und

---

<sup>50</sup> Ipsen, S. 119, Rn. 465.

<sup>51</sup> Larenz/Canaris, S. 26.

<sup>52</sup> Larenz/Canaris, S. 34; Reuss, DÖV 1954, 55, 56.

<sup>53</sup> Zu den Auslegungsmethoden im Einzelnen vgl. Larenz/Canaris, S. 141 ff.; Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 IV 2, Rn. 25.

<sup>54</sup> Von einer "doppelten Erkenntnis", bezogen auf den Tatbestand und den Sachverhalt, geht Reuss aus, vgl. Reuss, DÖV 1954, 55, 56; Papier, FS Ule 1987, S. 235, 242; Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772.

<sup>55</sup> Reuss, DÖV 1954, 55, 56.

<sup>56</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 20 GG, Rn. 129; Stern, Band I, § 20 Das rechtsstaatliche Prinzip, S. 784, 796.

die im Einzelnen daraus resultierenden Konsequenzen müssen im Voraus berechenbar sein.<sup>57</sup> Tatsächlich ist es allerdings beinahe unmöglich, dieses Ideal einer erschöpfenden, jede Nuance der Lebenswirklichkeit deskriptiv abbildender Norm, streng zu befolgen.<sup>58</sup>

b) *Bestimmbarkeit durch Auslegung*

Diese Feststellung, dass ein ausschließlich aus präzisen Merkmalen bestehender Tatbestand kaum jemals gleichzeitig den praktischen Bedürfnissen gerecht wird, ist derart evident, dass sie als immanente Schranke des Bestimmtheitsgebotes gelten kann.<sup>59</sup> Gesetze sind gerade dazu bestimmt, eine Vielzahl denkbarer Lebenssachverhalte unter den, in Bezug auf ihren jeweiligen Regelungsgegenstand, kleinsten gemeinsamen Nenner zusammenzufassen. Der parlamentarische Gesetzgeber kann dabei, anders als bspw. die Verwaltung beim Erlass von Verwaltungsakten, auf eine gewisse Abstraktion und Generalität nicht verzichten, ohne dass Normen ihren originären Zweck verfehlen. Im Gegenteil, eine auf einen einmaligen Sachverhalt zugeschnittene Norm würde sogar diametral der Verfassung und dem darin verbürgten Gleichbehandlungsgebot entgegenstehen.

Das Bundesverfassungsgericht zieht die Grenze der Reichweite des Bestimmtheitsgebotes insofern, als dass der Gesetzgeber nicht gehalten ist, alle Einzelheiten im förmlichen Gesetz selbst zu regeln, er könne seine Vorgaben vielmehr abstrakt umreißen und hierbei auch auf unbestimmte Gesetzesbegriffe zurückgreifen, wenn sie der näheren Deutung im Wege der Auslegung zugänglich seien.<sup>60</sup> Das Bestimmtheitsgebot ist also nicht starr, sondern entsprechend dem Lebenssachverhalt und dem Normzweck graduell abstufbar.<sup>61</sup> Die Auslegungsbedürftigkeit eines Rechtsbegriffs, welcher Bestandteil eines gesetzlichen Tatbestandes ist, löst demnach keine verfassungswidrige Unbestimmtheit aus.<sup>62</sup> Die Möglichkeit der Auslegung macht die Begrifflichkeit praktisch handhabbar, mithin *bestimmbar*. Dem rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebot wird also mit einer bestimmbar

---

<sup>57</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 20 GG, Rn. 129.

<sup>58</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band VI, Art. 103 Abs. 2 GG (1992), Rn. 185.

<sup>59</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band VI, Art. 103 Abs. 2 GG (1992), Rn. 185.

<sup>60</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band VI, Art. 103 Abs. 2 GG (1992), Rn. 186.

<sup>61</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 20 GG, Rn. 130.

<sup>62</sup> Pache, S. 36.

Norm genügt.<sup>63</sup>

Auslegungsbedarf ist auch nicht unbedingt ein Malus, er lässt es zu, dass Gesetze sich veränderten Umständen anpassen. Solange ein großer Sprachschatz vorhanden ist, in dem selbst Synonyme um Nuancen abweichen, weil sie mit unterschiedlichen Konnotationen belegt sind, bleibt pure Normpräzision eine Illusion.<sup>64</sup> In einer Disziplin, die keinen Naturgesetzen, sondern menschlichen Vorgaben folgt, ist die Auslegung kraft Natur der Sache, eine ständige Konstante.

### 3. Konkretisierungsbefugnisse der Verwaltung innerhalb ihrer Gesetzesmäßigkeit

Abgeleitet aus dem Verfassungsprinzip vom demokratischen Rechtsstaat ist die vollziehende Gewalt an Recht und Gesetz gebunden.<sup>65</sup> Die Exekutive ist auf diese Weise den Entscheidungen des demokratisch legitimierten Parlaments verpflichtet. Abgesehen von Erwägungen der Gewaltenteilung dient die Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung mittelbar ebenfalls der Rechtssicherheit. Verwaltungsentscheidungen werden, zumindest theoretisch, vorhersehbar. Dem Verfassungsgrundsatz von der Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung ist in umfassender Weise entsprochen, wenn den in Tatbestand und Rechtsfolge eindeutig und unmissverständlich vorgeschriebenen Verhaltensregeln der Exekutiven Folge geleistet wird. Beim Gesetzesvollzug ergeben sich regelmäßig gleichwohl Unsicherheiten über den Inhalt der Normen.<sup>66</sup> Denn kaum sind Gesetze jemals optimal ausformuliert.<sup>67</sup> Je unbestimmter die anzuwendende Norm, umso weiter reicht die Aufgabe der Rechtsanwender, die Norm im Einzelfall zu konkretisieren und zu individualisieren.<sup>68</sup> Sie stellt sich somit gleichsam als Korrelat des Grades der normtextlichen Unbestimmtheit dar. Die von der Legislative durch den Normtext vorbestimmte Regelungsdichte und die einzelfallbezogene Konkretisierung bedingen sich gegenseitig und sind notwendigerweise Antagonisten.<sup>69</sup> Gesteht man der Verwaltung, gegründet auf eben jene Überlegung, dass eine Bewältigung der Rechtswirklichkeit ohne Beurteilungsspielraum schlecht denkbar ist, einen solchen zu, bedeutet dies allerdings

---

<sup>63</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 133.

<sup>64</sup> *Larenz/Canaris*, S. 26; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 133.

<sup>65</sup> Art. 20 Abs. 3 2. Hs. GG, „Gesetzesmäßigkeit der Verwaltung“, vgl. dazu etwa Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 92; *Haack*, S. 21.

<sup>66</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 133.

<sup>67</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 130.

<sup>68</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 131; Ehlers/*Pünder/Jestaedt*, § 11 IV 2, Rn. 25

<sup>69</sup> Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 20 GG, Rn. 131.

keineswegs denknotwendig eine gleichlaufende Kontrollfreistellung der Behörde.<sup>70</sup> Denn außer der Handhabe unbestimmter Rechtsbegriffe durch die Verwaltung im Wege der Auslegung, ist die klassische Methode der Normkonkretisierung eine Entscheidung durch die Judikative herbeizuführen.<sup>71</sup> Das Bedürfnis nach Kontrolle ergibt sich aus dem Erfahrungssatz, dass jede Schlüsselposition fehleranfällig ist. Eigeninteressen oder sachfremde Einflussnahme durch Dritte sind Einfallstore für eine illegale Lockerung der Gesetzesbindung. Es existieren inzwischen stehende Begriffe wie „*shirking*“<sup>72</sup> oder „*bureaucratic drift*“, die solche Missstände bezeichnen. Gewaltenteilung ist notwendiges Element eines jeden demokratischen Staates. Verwaltungskontrolle muss effektiv wirksam einen sachlichen, willkürfreien Gesetzesvollzug begleiten.<sup>73</sup> Die Frage ob und in welchem Umfang eine gerichtliche Kontrolle einer Verwaltungsentscheidung, die auf der Auslegung eines unbestimmten Rechtsbegriffs gründet, möglich sein muss, wird nicht einheitlich bewertet.<sup>74</sup> Zu dem Verhältnis der Exekutiven zur Ausfüllung gesetzlicher Unschärfe und einer etwaigen Ersetzungsbefugnis der Judikativen werden differenzierte Auffassungen, sowohl im Hinblick auf das Ergebnis, wie auch die Begründung, vertreten. Die vorliegende Arbeit hat nicht die Absicht den Streitstand in all seinen Dimensionen aufzuarbeiten. Die nachfolgende Darstellung will die Gemengelage in ihren wesentlichen Zügen umreißen, soweit sie für den Untersuchungsgegenstand von Relevanz sind.

a) *Eigenverantwortliche Auslegung bei konditionaler Normstruktur*

Der Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen ist wesentlich von der normativen Struktur mitbestimmt, innerhalb derer sie Verwendung finden. Konditionalnormen folgen einem zweigliedrigen Aufbau.<sup>75</sup> Die Erfüllung des Tatbestandes ist Bedingung für den Eintritt der Rechtsfolge.<sup>76</sup> Bevor die Lehren von Verwaltungsermessen,

---

<sup>70</sup> Gerade in diesem Sinne versteht allerdings die auf *Bachof* zurückgehende Lehre vom Beurteilungsspielraum die gleichnamige Rechtsfigur. Zur Heranführung an das situative Grundproblem in der sich die Verwaltung in der Rolle als Rechtsanwender wiederfindet, soll „Beurteilungsspielraum“ vorerst noch ohne diesen spezifischen Bedeutungsgehalt verwandt werden; *Brinktrine*, S. 37 f.

<sup>71</sup> *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band VI, Art. 103 Abs. 2 GG (1992), Rn. 187.

<sup>72</sup> Zu Deutsch: „Drückebergerei“.

<sup>73</sup> *Döhler*, S. 215, 216.

<sup>74</sup> *Maurer*, § 7, Rn. 30.

<sup>75</sup> *Brinktrine*, S. 27; *Graulich*, S. 77, 78 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, S. 78, Rn. 115; *Dolde*, NVwZ 2006, 857.

<sup>76</sup> Im Vergleich zu anderen Jurisdiktionen zeichnet sich die deutsche Gesetzgebung noch durch eine überwiegende Konditionalprogrammierung aus, *Döhler*, S. 215, 230.

Beurteilungsspielraum und Planungsermessen entwickelt wurden,<sup>77</sup> fasste man die verschiedenen Erscheinungen administrativer Entscheidungsfreiräume noch unter einem einheitlichen Ermessensbegriff zusammen.<sup>78</sup> Dem heutigen Rechtsverständnis liegt indessen zugrunde, dass die Lehre vom Verwaltungsermessen ausschließlich auf die Rechtsfolgenseite einer Norm zu beziehen ist.<sup>79</sup> Unbestimmte Rechtsbegriffe sind dagegen auf Tatbestandsseite zu verorten.<sup>80</sup> Sie sind dann Teil jener Voraussetzungen, die den Boden für eine Rechtsgestaltung bereiten.<sup>81</sup> Bevor auf den Streitstand über ihren Umgang bei Konditionalnormen eingegangen wird, ist vorab festzuhalten welche beiden Grundannahmen diesem vorgelagert sind.

*aa) Bezugspunkt einer von Nachprüfung freigestellten Verwaltungsentscheidung*

Auf einer Zeitachse ist Rechtsvollzug kein punktueller Vorgang. Wie oben<sup>82</sup> beschrieben, folgen Auslegung, Beweiswürdigung und Subsumtion einander chronologisch nach. Die letztverbindliche Interpretation von Rechtssätzen ist dabei stets exklusive Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt. Ein Beurteilungsspielraum der Exekutiven hat hier aus rechtsstaatlichen Gründen keinen Platz.<sup>83</sup> Zudem ist Rechtsfindung originäre Funktion der Judikativen.<sup>84</sup> Eine administrativ determinierte Rechtserkenntnis anzuerkennen, hieße die

---

<sup>77</sup> Zu den anerkannten Gattungen einer gelockerten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle, vgl. *Maurer*, § 7 Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff; zu widersprechen ist dabei jedoch der Beschreibung als gelockerte Gesetzesbindung (dort Rn. 6); diese bleibt stets erhalten, mag auch die nachträgliche Überprüfbarkeit nicht vorgesehen sein, Art. 20 Abs. 3 GG; *Voßkuhle*, JUS 2008, 117, 119.

<sup>78</sup> Zur historischen Entwicklung vgl. *Pache*, S. 52 ff.

<sup>79</sup> *Reuss* hat an dieser Entwicklung maßgeblich mitgewirkt, vgl. *Reuss*, DVBl. 1953, 649 ff und *ders.* in DÖV 1954, 557 ff.

<sup>80</sup> Unbestimmte Rechtsbegriffe auf Tatbestandsseite können mit Ermessensermächtigungen auf Rechtsfolgenseite zusammentreffen, man spricht dann von sog. „Koppelungsvorschriften“; *Voßkuhle*, JUS 2008, 117, 119.

<sup>81</sup> Ob bestimmt oder unbestimmt – Rechtsbegriffe sind stets normative Elemente des Tatbestands, *Reuss*, DÖV 1954, 55, 56.

<sup>82</sup> Vgl. „Auslegungsbedürftigkeit“, S. 11.

<sup>83</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 99; *Papier*, FS Ule 1987, S. 235, 242.

<sup>84</sup> *HStR/Papier*, Band VIII, § 177 Rn. 68 ff.; *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772; *Papier*, FS Ule 1987, S. 235, 242, unter Bezugnahme auf *Bachof*, JZ 1955, 97, 98; *Papier*, DÖV 1986, 621, 624; *Ule*, DVBl. 1953, 491, 496; dagegen *Franßen*, FS Zeidler, 1987, S. 429, 434 m.w.N.; *Gusy*, DVBl. 1987, 487, 498, *Koch*, S. 44 f.; *Pache* merkt hierzu kritisch an, dass die Argumentation mit dem Kernbereich judikativer Funktionen einen gewissen Gleichlauf aufweist zu jenen, die Letztentscheidungsbefugnisse der Verwaltung gleichfalls funktional begründen wollen, vgl. *Pache*, S. 45 (dort Fn. 182).

dritte Gewalt auszuhöhlen und das Gewaltenteilungsprinzip zu verletzen.<sup>85</sup> Entsprechendes gilt für die Beweiswürdigung.<sup>86</sup> Bezugspunkt einer tatbestandsverdichtenden Einschätzungsprärogative im Sinne einer Freistellung von gerichtlicher Kontrolle kann daher ausschließlich der Subsumtionsvorgang sein.<sup>87</sup> An dieser Grundannahme mag gezweifelt werden, wenn man davon ausgeht, dass sich die Zusammenführung von Rechtssatz und Sachverhalt kaum jemals ohne sachliche Vervollständigung durchführen lässt.<sup>88</sup> Rechtsanwendung schließt zumeist eine Interpretation, eine wertende Sinnerfassung der vorliegenden Gegebenheiten mit ein. Wer sich bemüht, eine Rechtsnorm zu verstehen, wendet sie im Grunde bereits an.<sup>89</sup> Vorstehendes darf jedoch keinesfalls in dem Sinne missverstanden werden, dass etwa ein „Auslegungsverbot“ der Exekutiven oder eine Vorlagepflicht an die Gerichte bei fehlender gefestigter Rechtsprechung bestünde. Selbstverständlich ist nicht ausgeschlossen, dass die Verwaltung – ebenso wie jeder sonstige Rechtsanwender – das Gesetz vor seiner Anwendung auslegt, sofern es an gefestigter Rechtsprechung als Referenz fehlt.<sup>90</sup> Nur hat sie dabei eben keine Letztentscheidungskompetenz inne. Es muss entsprechend damit gerechnet werden, dass das gefundene Auslegungsergebnis anlässlich eines Verfahrens durch die Gerichte verworfen und ersetzt wird.<sup>91</sup>

#### *bb) Das Postulat der einzig rechtmäßigen Entscheidung*

Beim Ringen um die Einsicht über das Für und Wider administrativer Beurteilungsspielräume kreist man unablässig um den gegenständlichen Bezug des

---

<sup>85</sup> Redeker/von Oertzen, § 114, Rn. 15; Pache, S. 44; Papier, DÖV 1986, 621, 623 f.; Bachof, JZ 1955, 97, 101; Reuss weist außerdem darauf hin, dass die Gerichte ihrerseits eine solche Überprüfung wegen Art. 19 Abs. 4 GG ohnehin nicht zurückweisen dürfen, vgl. Reuss, DVBl. 1953, 649, 650.

<sup>86</sup> Eine Bindung des Gerichts an die behördliche Sachverhaltsfeststellung ist schon aufgrund § 86 VwGO ausgeschlossen, Schoch, Jura 2004, 612, 616.

<sup>87</sup> Statt vieler: BVerfG v. 05.02.1963 – 2BvR 21/60, BVerfGE 15, 275, 282.

<sup>88</sup> „Das ist alles keineswegs so „klar und für jeden verständlich“ wie Papier meint. [...] Wie kann die Subsumtion einen Beurteilungsspielraum eröffnen, den die Prämissen nicht enthalten? Wird die conclusio damit nicht gehaltvoller als ihre Prämissen und ist ein derartiges Ergebnis mit den Gesetzen der Logik noch zu vereinbaren?“, Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429, 434; Larenz/Canaris, S. 33; Pache, S. 44; Korbmacher, DÖV 1965, 696, 699.

<sup>89</sup> Larenz/Canaris, S. 34.

<sup>90</sup> Provokativ beschreibt Franßen die Situation die sich die Verwaltung offenbar gegenüber sieht als ein „[...] mit der Stange im Nebel herumrühren [...]“, vgl. Franßen, FS Zeidler 1984, S. 429, 430.

<sup>91</sup> Vgl. etwa BVerwG v. 20.09.1984 – 7 C 57/83, BVerwGE 70, 143, 151 ff; BVerwG v. 24.11.1994 – 2 C 21/93, BVerwGE 97, 128, 129; Pache, S. 48.

Beurteilungsspielraums. Vom Ergebnis der Rechtsanwendung her gedacht ist nämlich zweifelhaft, ob ihr Resultat alternativlos sein muss. Ergibt sich aus einem singulären Rechtssatz und Sachverhalt schlüssig ebenfalls nur eine einzige rechtmäßige Rechtsfolge? Ein unbestimmter Tatbestand, so viel steht fest, bereitet Schwierigkeiten bei der Rechtsfindung, weil sich die Rechtsfolge dem unbefangenen Betrachter nicht unmittelbar aufdrängt. Es bedarf einer besonderen gedanklichen Anstrengung, die Norm zur Anwendung zu bringen.<sup>92</sup> Es sind regelmäßig mehrere, in ihren Auswirkungen für den Adressaten divergierende, Entscheidungen denkbar.<sup>93</sup> Es kann sich allerdings immer nur eine Entscheidung durchsetzen. Idealerweise deckt sich diese später mit dem Ergebnis einer gerichtlichen Überprüfung, sofern sich eine anschließt. Immerhin unterliegen sie gleichermaßen der von der Verfassung vorgegebenen Bindung an Recht und Gesetz.<sup>94</sup> An dieser Stelle greifen grundlegende rechtstheoretische Erwägungen<sup>95</sup> und subjektives Dafürhalten über den Umgang mit tatbestandlicher Ungewissheit ineinander.<sup>96</sup> Wenn in jeder Rechtsnorm eine in concreto als einzig rechtmäßig in Betracht kommende angelegt ist,<sup>97</sup> dann ist der Ansatz ein völlig anderer, als auf der Überzeugung basierend, dass aus einer gesetzlichen Grundlage parallel mehrere legitime Entscheidungen hervorgehen können. Die Entscheidung zwischen ihnen kann dann zwar nur alternativ getroffen werden, die eine überwiegt die andere aber keineswegs an Güte. Ob man das Postulat der einzig rechtmäßigen Entscheidung als vorgegeben anerkennen mag<sup>98</sup> oder nicht, trifft bereits eine Entscheidung über die Positionierung im Streitstand über die Anerkennung administrativer Beurteilungsspielräume.<sup>99</sup> Die Rechtsentwicklung der Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe wird von diesem rechtstheoretischen „Glaubensbekenntnis“ geformt und hat hier auch seinen Anfang genommen.

---

<sup>92</sup> Reuss, DVBl. 1953, 649, 650.

<sup>93</sup> Redeker, NVwZ 1992, 305, 306; mitunter wird bezweifelt, ob sich eine exklusiv richtige Entscheidung mit dem Wesen des unbestimmten Rechtsbegriffs vereinbaren lässt, vgl. etwa Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429 ff.; Bachof, JZ 1955, 97.

<sup>94</sup> Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429, 433.

<sup>95</sup> Mit der allein rechtmäßigen Entscheidung hat sich schon Kelsen befasst, vgl. Kelsen, S. 353.

<sup>96</sup> „Die Vorstellung, daß bei der Anwendung des [unbestimmten Rechtsbegriffs] nur eine richtige Lösung möglich sei, erweist sich als eine Fiktion.“, so BVerwG v. 16.12.1971 – 1 C 31.68, BVerwGE 39, 197, 203; Kelsen, S. 353; eindeutig ablehnend dagegen Bachof, JZ 1972, 204, 208; Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429, 432; Meyer, NVwZ 1986, 513, 521; Hesse, S. 22 f., Rn. 56 f.

<sup>97</sup> Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429, 433.

<sup>98</sup> Maurer, § 7, Rn. 29.

<sup>99</sup> Pache bezeichnet den Beurteilungsspielraum als Durchbrechung des Grundsatzes der einzig rechtmäßigen Entscheidung, Pache, S. 33.

Auf der Hypothese einer ausschließlich rechtmäßigen Entscheidung fußt die Scheidung des vormals homogenen Ermessensverständnisses in Verwaltungsermessen und unbestimmten Rechtsbegriff.<sup>100</sup> *Reuss* ordnete das Vorliegen nur einer einzigen rechtmäßigen Entscheidung als Wesensmerkmal des unbestimmten Rechtsbegriffs ein.<sup>101</sup> Ermessen zeichnet sich durch Handlungsalternativen aus, unbestimmte Rechtsbegriffe demgegenüber dadurch, dass lediglich eine Maßnahme richtig ist. Dies treffe deshalb zu, da unbestimmte von bestimmten Rechtsbegriffen nicht wesensverschieden seien. Beide sind normative Instrumente mittels derer der Gesetzgeber umfassend ordnend tätig wird.<sup>102</sup> Die „Besonderheit“ unbestimmter Rechtsbegriffe besteht in den *Erkenntnisschwierigkeiten*, die sie bei der Findung der einzig rechtmäßigen Entscheidung, die in ihnen selbst verborgen liegt, bereiten. Nimmt man an, dass das Gesetz in jedem Einzelfall nur eine einzige rechtmäßige Entscheidung zulässt,<sup>103</sup> sie sinnbildlich in sich trägt, bis es dem Rechtsanwender gelingt sie zu kristallisieren, dann steht hinter der Kontrolle von Verwaltungsentscheidungen die Frage, ob die Judikative das Recht wirklich *besser* erkennen kann als die vollziehende Gewalt.<sup>104</sup> Gesteht man hingegen zu, dass theoretisch eine Fülle von rechtmäßigen Entscheidungsalternativen bestehen, so tritt ein weiterer Aspekt hinzu. Denkbar ist dabei stets, dass die Verwaltung statt einer (alternativ) rechtmäßigen eine unrechtmäßige Entscheidung trifft, der Rechtsschutzaspekt bleibt also erhalten. Daneben gilt es nun aber ebenfalls darüber zu entscheiden, wem die Auswahl zwischen den Alternativen obliegen soll. Der Streit um die Anerkennung eigenverantwortlicher administrativer Beurteilungsfreiräume stellt sich also im Grunde als Angelegenheit der Machtverteilung zwischen vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt heraus.

cc) Die „Lehre vom Beurteilungsspielraum“

Eine Auffassung, die der Verwaltung ein eigenes, der gerichtlichen Überprüfung

---

<sup>100</sup> Hier verläuft nach *Reuss* die Grenze zwischen den beiden Rechtsfiguren, vgl. *Reuss*, DVBl. 1953, 649 ff.

<sup>101</sup> So *Reuss*, DVBl. 1953, 649.

<sup>102</sup> Es besteht kein „qualitativer Unterschied zwischen bestimmten und unbestimmten Rechtsbegriffen“, vgl. *Reuss*, DVBl. 1953, 649, 650.

<sup>103</sup> *Maurer*, § 7, Rn. 29; *Pache*, S. 37; *Redeker*, NVwZ 1992, 306 f.; dagegen: *Ule*, VerwArch. 1985, 1, 15; *Ule*, GS Jellinek 1955, S. 309, 319 ff.

<sup>104</sup> *Bachof*, JZ 1972, 641, 644; *Redeker*, NVwZ 1992, 305, 306.

entzogenes Wertungsprivileg, einräumt ist die Lehre vom sog. Beurteilungsspielraum.<sup>105</sup> Ihr Begründer, *Otto Bachof*,<sup>106</sup> knüpfte an die von *Reuss*<sup>107</sup> erarbeitete Gegensätzlichkeit an. Wie jener sah *Bachof* das Ermessen als Handlungs- und Willensfreiraum der Verwaltung, unbestimmte Rechtsbegriffe dagegen als Erkenntnis und Wertungsspielraum. Der Begriff „Beurteilungsspielraum“ schien ihm daher besser geeignet den Vorgang eines Erkenntnisaktes zu bezeichnen. Der Kontrast von Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff sollte sich auch sprachlich fortsetzen.<sup>108</sup> Wesentliche Weiterentwicklung der zuvor vorgetragenen Untersuchungsergebnisse war die Überzeugung *Bachofs*, dass er „echte“ – im Sinne von nachträglicher Kontrolle befreiten – Freiräume der Verwaltung auf Subsumtionsebene anerkennen wollte.<sup>109</sup> Prinzipiell wertet er unbestimmte Rechtsbegriffe als „Verlegenheitslösung“ des Gesetzgebers, gibt aber zu, dass es ihrer Existenz, um der bloßen Praktikabilität willen, bedarf.<sup>110</sup>

Nach ihrer Eigenart werden die Subkategorien „*Wertbegriffe*“ einerseits und „*Erfahrungsbegriffe*“ andererseits unterschieden. Ob diese jeweils einen Beurteilungsspielraum eröffnen und unter welchen Voraussetzungen dies der Fall sein soll, wird ausgehend von dem Postulat der einzig rechtmäßigen Entscheidung erörtert. Ist der fragliche unbestimmte Rechtsbegriff auf subjektive Anschauungen gegründet, handelt es sich um einen *Wertbegriff*, die Annahme einer allein als richtig in Frage kommenden Entscheidung wird hierfür abgelehnt. Denn wie die Beurteilung im Einzelnen ausfällt sei letztlich Ansichtssache und deshalb nicht objektivierbar.<sup>111</sup> Der Gesetzgeber vermeidet ganz bewusst eine Determination von Verwaltungsmaßnahmen. Kraft seiner Entschließungsfreiheit kann er die Grenzen des Verwaltungshandelns bestimmen, dies schließt die Überantwortung von Beurteilungsbefugnissen mit ein. Wenn Tatsachenerfahrungen einen Begriff theoretisch objektiv entscheidbar und damit zu einem Erfahrungsbegriff machen, muss indes davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber

---

<sup>105</sup> Begründet durch *Bachof* und *Ule*, vgl. *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.; *Bachof*, JZ 1972, 641 ff.; *Ule*, GS Jellinek 1955, S. 309 ff.; *Ule*, VerwArch. 1985, 1 ff.; *Rupp*, FS Zeider 1987, S. 455, 463.

<sup>106</sup> Erstmals *Bachof*, JZ 1955, 97 ff.

<sup>107</sup> *Reuss*, DVBl. 1953, 649 ff.

<sup>108</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 98.

<sup>109</sup> „Ist die Auslegung eines unbestimmten Begriffes zweifellos gerichtlich nachprüfbar, so muß Gleiches in den gerichtlichen Tatsacheninstanzen auch für die Feststellung der Sachverhaltsbeurteilung zugrunde gelegten Tatsachen gelten.“, *Bachof*, JZ 1955, 97, 99.

<sup>110</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 99, unter Bezugnahme auf *Ule*, DVBl. 1953, 497.

<sup>111</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 99.

nur eine Entscheidung als die richtige verstanden haben will.<sup>112</sup> Dies schließt dennoch die Ermächtigung zu einem Beurteilungsspielraum durch den Gesetzgeber nicht aus, wenn Sinn und Zweck der Vorschrift einen solchen erfordert.<sup>113</sup> Das „Ob“ der Beurteilungsfreiräume ist also für beide Kategorien positiv zu beantworten, solange und soweit sich der Beurteilungsspielraum auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen lässt. Es wird eindrücklich betont, dass unbestimmte Rechtsbegriffe per se keinen Beurteilungsspielraum eröffnen. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, die den gesetzgeberischen Willen für einen solchen andeuten. Die Grenzen, denen die Verwaltung betreffs zulässig erachteter Beurteilungsspielräume unterliegt, bleiben überprüfbar, im Übrigen sind die Entscheidungen der Verwaltung anzuerkennen.<sup>114</sup>

*dd) Die „Vertretbarkeitslehre“*

Eine andere Auffassung, die der Exekutiven ebenfalls einen ihr allein vorbehaltenen Verantwortungsbereich bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe zuweisen will, beschreitet derweil einen anderen Weg zu seiner Begründung.<sup>115</sup> Auch diese Auffassung möchte nicht so missverstanden werden, dass alle unbestimmten Rechtsbegriffe aus sich selbst heraus nur eine gelockerte rechtliche Bindung vermitteln.<sup>116</sup> Wie Bachof zwischen Wert- und Erfahrungsbegriffen unterscheidet, differenziert *Ule* zwischen faktisch (bzw. deskriptiv) sowie normativ unbestimmten Rechtsbegriffen.<sup>117</sup> Die faktisch-deskriptiv unbestimmten Rechtsbegriffe erfordern zu ihrer Anwendung kein Werturteil und unterliegen deshalb der strengen gerichtlichen Revision.<sup>118</sup> Normativ unbestimmte Rechtsbegriffe sind dagegen wertebezogen. Wenn der unbestimmte Rechtsbegriff den Obersatz formt, muss ihm ein „Mittelsatz“ folgen, bevor der Sachverhalt subsumiert werden kann. Subjektive Wertungsdivergenzen (lassen allerdings selten ein eindeutiges Urteil über die Rechtmäßigkeit des Auslegungsergebnisses zu. Die Rechtsanwender sollen auch nicht allein darauf verwiesen werden, sich objektiv vorgegebener Wertungen

---

<sup>112</sup> *Badura*, FS Bachof 1984, S. 169, 185; bei der Balance zwischen zulässiger Einräumung von Beurteilungsspielräumen und der Pflicht zur rechtssatzmäßigen Regelung der Voraussetzungen für die Eingriffsverwaltung kommt dem Gesetzgeber selbst eine Einschätzungsprärogative zu, vgl. *Bachof*, JZ 1955, 97, 100.

<sup>113</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 100; *Badura*, FS Bachof 1984, S. 169, 185.

<sup>114</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 100 a. E.

<sup>115</sup> Erstmals *Ule*, GS Jellinek 1955, S. 309 ff.; später erneut *Ule*, *VerwArch.* 1985, 1, 9 ff.

<sup>116</sup> *Pache*, S. 66; *Rupp*, FS Zeider 1987, S. 455, 464.

<sup>117</sup> *Pache*, S. 66.

<sup>118</sup> Bspw. „Nachtzeit“, vgl. *Ule*, GS Jellinek 1955, S. 309, 318.

zu bedienen.<sup>119</sup> Ule wählt daher einen Mittelweg. Es bleibt, schon aufgrund Art. 20 Abs. 3 GG,<sup>120</sup> grundsätzlich bei einer umfassenden Revisionsmöglichkeit. Die „Freiheit“ die durch die normativ unbestimmten Rechtsbegriffe eröffnet wird, soll eine relative sein. „Relativ“, weil sich administrative Maßnahmen an der Werteordnung, die sie vorfindet, zu orientieren haben.<sup>121</sup> Sofern die so getroffene Verwaltungsentscheidung angesichts des jeweiligen Grenzfalles vertretbar erscheint, besteht eine Vermutung für ihre Rechtmäßigkeit, die von dem jeweiligen Gericht anzuerkennen ist.<sup>122</sup> Die Vertretbarkeitslehre ist so eigentlich ein Appell an die Verwaltungsgerichte zur Selbstbeschränkung.<sup>123</sup>

ee) Die „Normative Ermächtigungslehre“

Derzeit kann die sog. „normativen Ermächtigungslehre“ als in der verwaltungsrechtlichen Literatur vorherrschend bezeichnet werden. Sie hat die bisherigen Lehren zum Umgang mit unbestimmten Rechtsbegriffen unter Einbeziehung höchstrichterlicher Rechtsprechung<sup>124</sup> fortentwickelt.<sup>125</sup> Gestützt auf den Rechtsschutzauftrag des Art. 19 Abs. 4 GG und der Gesetzesbindung der Staatsgewalten aus Art. 20 Abs. 3 GG, baut die normative Ermächtigungslehre auf dem Primat des parlamentarischen Gesetzgebers auf.<sup>126</sup> Erster Grundsatz und oberste Maxime ist dabei die vollständige richterliche Rechtskontrolle von Hoheitsakten in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht. Aus dem Grad der (Un-) Bestimmtheit darf kein Rückschluss über eine Begrenzung der richterlichen Prüfkompetenz gezogen werden.<sup>127</sup> Die normative Ermächtigungslehre kann sich diesbezüglich ganz wesentlich auf den „Sasbach-Beschluss“ des Bundesverfassungsgerichts berufen, welches ganz grundlegend in diesem Sinne entschieden hat:

---

<sup>119</sup> Ule, GS Jellinek, 1955, S. 309, 322 f.

<sup>120</sup> Ule, GS Jellinek, 1955, S. 309, 328.

<sup>121</sup> Ule, GS Jellinek, 1955, S. 309, 324.

<sup>122</sup> Maurer, § 7, Rn. 31; Ule, GS Jellinek 1955, S. 309, 328.

<sup>123</sup> Ule, GS Jellinek 1955, S. 309, 328.

<sup>124</sup> Insbesondere BVerfG v. 08.07.1982 – 2BvR 1187/80, BVerfGE 61, 82 ff.

<sup>125</sup> Grundlegend zur normativen Ermächtigungslehre: Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 185 ff.; zustimmend Dreier, Die Verwaltung, 1992, 137, 147 f.; Schmidt-Preuß, FS Maurer 2001, S. 777, 788; Modifizierungsbedarf sehen hingegen Schulze-Fielitz JZ 1993, 772, 777 f.; Wahl, NVwZ 1991, 409, 410 ff.

<sup>126</sup> BVerfG v. 16.12.1992 – 1 BvR 167/87, BVerfGE 88, 40, 61; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 182, 187; Ludwigs, RdE 2013, 297, 299.

<sup>127</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 183.

„Unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume sowie der Tatbestandswirkung von Hoheitsakten schließt dies grundsätzlich eine Bindung der rechtsprechenden Gewalt an tatsächliche und rechtliche Feststellungen seitens anderer Gewalten hinsichtlich dessen, was im Einzelfall Rechtens ist, aus.“

Kein Grundsatz besteht ohne Ausnahme und so gilt auch dieser nicht absolut.<sup>128</sup> Neben der Bestätigung des Grundsatzes vollständiger Rechtskontrolle stützt der Beschluss auch die wesentliche Aussage der normativen Ermächtigungslehre.<sup>129</sup> Eine Annahme von Einschätzungsprärogativen der Verwaltung auf der Tatbestandsseite einer Norm ist trotz Art. 19 Abs. 4 GG nicht durchweg ausgeschlossen. Ein exklusiver Beurteilungsspielraum kann vor dem Grundgesetz dann anerkannt werden, wenn die Verwaltung durch das Gesetz, welches den unbestimmten Rechtsbegriff beinhaltet, zur abschließenden Beurteilung ermächtigt wird.<sup>130</sup> Zwar fordert Art. 19 Abs. 4 GG die Gewährleistung lückenlosen Rechtsschutzes, die gerichtliche Revision geht gleichwohl nicht über die materiellrechtliche Bindung der Administrativen, deren Entscheidung auf dem Prüfstand steht, hinaus. Art. 19 Abs. 4 GG dient dem Schutz, nicht der Schaffung, subjektiver Rechte. Maßgeblich für die Kontrolldichte ist das, was der Gesetzgeber gewollt hat.<sup>131</sup> Eine ausdrückliche Ermächtigung wird nicht gefordert,<sup>132</sup> es soll schon ausreichen, wenn sich der Beurteilungsspielraum mittels (richterlicher)Auslegung ermitteln lässt.<sup>133</sup> Das Bundesverfassungsgericht stellte nach allerdings klar, dass auch die Legislative

„nicht frei in der Einräumung behördlicher Letztentscheidungsbefugnisse [ist].“<sup>134</sup>

Gerichtliche Revision ist eine tragende Säule rechtsstaatlicher Gewaltenteilung, welche der Gesetzgeber selbstverständlich nicht nach Gutdünken ausschließen kann.

---

<sup>128</sup> *Pache*, S. 71.

<sup>129</sup> *Pache*, S. 73 f.

<sup>130</sup> *BVerfG* v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, *BVerfGE* 49, 89, 133 ff.; *BVerfG* v. 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, *BVerfGE* 103, 142, 156 f.; *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 185 ff; *Pache*, S. 73; *Ludwigs*, *RdE* 2013, 297, 299.

<sup>131</sup> *Pache*, S. 73.

<sup>132</sup> Geschuldet ist dies der Einsicht, dass sich kaum jemals Gesetze finden, die dem Erfordernis einer ausdrücklichen Anweisung zur Konkretisierung an die Verwaltung genügen, *Maurer*, § 7, Rn. 34.

<sup>133</sup> *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 187; zu den problematischen Aspekten der normativen Ermächtigungslehre, insbesondere der zentralen Frage, unter welchen Voraussetzungen von einer Letztentscheidungszuweisung der Legislativen an die Exekutive zulasten der Judikativen ausgegangen werden kann, vgl. *Pache*, S. 74 ff.

<sup>134</sup> *BVerfG* v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, *BVerfGE* 129, 1, 22.

Eingeschränkt überprüfbare Entscheidungsspielräume müssen deshalb, auch nach der „normativen Ermächtigungslehre, immer von einem hinreichend gewichtigen Sachgrund getragen sein.<sup>135</sup>

*ff) Rechtsprechungspraxis*

Zu der Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe existiert umfassende höchstrichterliche Rechtsprechung.

*(1) Umfassende Rechtskontrolle*

Der bloße Umstand, dass ein Tatbestand einen unbestimmten Rechtsbegriff enthält, kann keinesfalls zwingender Grund zur Annahme eines Beurteilungsspielraums der Verwaltung sein.<sup>136</sup> Zum Umfang der gerichtlichen Kontrolle in Bezug auf Entscheidungen, die auf administrativer Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe beruhen, äußerte sich das Bundesverwaltungsgericht dementsprechend wie folgt:

*„Auch solche Begriffe, deren Inhalt nicht durch einen fest umrissenen Sachverhalt ausgefüllt wird, sondern bei der Rechtsanwendung auf einen gegebenen Tatbestand im Einzelfall der Präzisierung bedarf, unterliegen grundsätzlich der uneingeschränkten Nachprüfung. Soweit Schlußfolgerungen aus einem unbestimmten Rechtsbegriff zu ziehen sind, erstreckt sich diese uneingeschränkte Kontrolle sowohl auf die Bestimmung des Sinngehalts der Norm als auch auf die Feststellung der Tatsachengrundlagen und die Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs auf die im Einzelfall festgestellten Tatsachen.“*

Die verfassungsrechtlich verbürgte Rechtsweggarantie, Art. 19 Abs. 4 GG, vermittelt Anspruch auf tatsächlich wirksame gerichtliche Kontrolle.<sup>137</sup> Andernfalls erschöpfte sich der Justizgewähranspruch in einem rein formalen Zugangsrecht und verfehlte seinen, von der Verfassung vorgesehenen, Zweck. Wirksamer Rechtsschutz umfasst mithin grundsätzlich die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Verwaltungsakte in rechtlicher wie tatsächlicher Hinsicht vollständig nachzuprüfen.<sup>138</sup> Sogar falls eine Entscheidung

---

<sup>135</sup> BVerfG v. 31.05.2011 – 1 BvR 857/07, BVerfGE 129, 1, 23; Ludwigs, RdE 2013, 297, 299.

<sup>136</sup> Pache, S. 37.

<sup>137</sup> BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 1529/84 und 138/87, BVerfGE 84, 59, 77.

<sup>138</sup> BVerwG v. 25.11.1993 – 3 C 38.91, BVerwGE, 94, 307, 309.

vertretbar erscheint, das Gericht den Rechtsbegriff jedoch anders auslegt, ist es zur Aufhebung befugt.

## (2) Funktionsgrenzen gerichtlicher Revision

Zuweilen stößt die Rechtsprechung bei ihrer retrospektiven Überprüfung an funktionale Grenzen.<sup>139</sup> Anhand der Bereiche, in denen dies festgestellt werden konnte, hat sich mittlerweile in der höchstrichterlichen Rechtsprechung eine „Typologie der Letztentscheidungsermächtigungen“<sup>140</sup> herausgebildet. Im gerichtlichen Verfahren steht die Verwaltungsentscheidung dann lediglich eingeschränkt zur Überprüfung.<sup>141</sup> Sie erstreckt sich auf die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens, die zutreffende und erschöpfende Sachverhaltsermittlung, die korrekte Auslegung des Tatbestandes und die Abwesenheit sachfremder Erwägungen.<sup>142</sup> Den aus der Kasuistik des Bundesverwaltungsgerichts zu entnehmenden, traditionell anerkannten Beurteilungsspielräumen ist gemein, dass eine gerichtliche Ersetzung der Verwaltungsentscheidung die Funktion des vom Gesetzgeber zugestandenen Entscheidungsspielraums aus verschiedenen Gründen schlimmstenfalls nutzlos machen würde.<sup>143</sup> Dies ist etwa der Fall bei Prüfungs- bzw. prüfungsähnlichen Entscheidungen,<sup>144</sup> beamtenrechtlichen Beurteilungen<sup>145</sup> sowie Entscheidungen weisungsfreier, unabhängig gestellter Sachverständiger bzw. pluralistisch zusammengesetzter Interessenvertreterausschüsse.<sup>146</sup> Sofern Prognose-, Risiko- und Planungsentscheidungen konditional programmiert sind,<sup>147</sup> zeichnen auch sie sich ebenfalls oftmals durch

---

<sup>139</sup> Ludwigs, RdE 2013, 297, 299.

<sup>140</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 187.

<sup>141</sup> Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772.

<sup>142</sup> Statt vieler BVerwG v. 26.06.1980 – 2 C 8.78, BVerwGE, 60, 245, 246.

<sup>143</sup> Schulze-Fielitz, JZ 1993, 772 f.; Ludwigs, RdE 2013, 297, 299.

<sup>144</sup> Sie zeichnen sich durch ihre Relativität und die Unwiederholbarkeit der Prüfungssituation aus, Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn.47.

<sup>145</sup> Beamtenrechtliche Beurteilungsentscheidungen sind wesentlich wertungsgeprägt und oft prognostisch, so dass nur der Dienstherr in der Lage ist „den Gleichbehandlungsanspruch im Hinblick auf den Zugang zu den von ihm eingerichteten öffentlichen Ämtern zu wahren“, BVerwG v. 19.03.1998 – 2 C 5.97, BVerwGE 106, 263, 267; Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn. 48.

<sup>146</sup> Den jeweiligen Entscheidungsträgern sind jeweils zur Fällung besonderer Fachurteile berufen, ob dies für die Anerkennung von Beurteilungsspielräumen ausreicht, kann bezweifelt werden, näher dazu vgl. Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn. 49.

<sup>147</sup> In der Regel zeichnen sich auf solche Entscheidungen gerichtete Rechtssätze durch eine finale Normstruktur aus.

Beurteilungsermächtigungen aus, wenn auch hier nicht verallgemeinernd von einer „Fallgruppe“ gesprochen werden kann.<sup>148</sup> Insgesamt ist darauf achtzugeben, dass die Zuordnung zu einer juristisch scheinbar abgesicherten Kategorie, nicht die Rückführung auf eine gesetzliche Ermächtigung ersetzt. Die von der Rechtsprechung entwickelte Typologie ist im Wesentlichen eine Arbeits- und Orientierungshilfe und ist auch bloß als solche zu begreifen. Weder ist sie abschließend noch in ihrem aktuellen Bestand definitiv.<sup>149</sup> „Herrin“ über die Beurteilungsspielräume ist, sinnbildlich gesprochen, die Legislative, ihr obliegt die rechtliche Ordnung und Determination des Verwaltungshandelns. Es ist ihr somit nicht verwehrt jederzeit bestehende Befugnisse zu entziehen und neue zu gewähren.<sup>150</sup>

### (3) Grundrechtsbezogene Rückausnahmen?

Bindungen, denen die gesetzgebende Gewalt bei Ermächtigung zu Beurteilungsfreiräumen (abstrahierend: bei der Gesetzgebung) selbst unterworfen ist, sind zumindest immer jene, die sich aus der Verfassung ergeben. Hierbei nehmen die Grundrechte eine prominente Rolle ein. Die eben getroffene Aussage, dass ein einmal anerkannter Beurteilungsspielraum nicht für alle Zukunft unumstößlich feststeht, noch in einem anderen Zusammenhang unbedingt Geltung beanspruchen kann, lässt sich auch anhand verfassungsrechtlicher Judikatur belegen. In besonders grundrechtssensiblen Bereichen, die den klassischen Bereichen administrativer Letztentscheidungsbefugnissen zuzuordnen sind, hat das Verfassungsgericht grundlegend entschieden:

*„Diese aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG abzuleitenden Prüfungsanforderungen binden nicht nur die Bundesprüfstelle, sondern auch die Gerichte. Eine Nachprüfung der dafür maßgebenden Wertungen ist möglich und geboten. Die Gerichte dürfen den Umfang ihrer Prüfung, ob die Indizierung mit der Kunstfreiheit vereinbar ist, nicht dadurch schmälern, dass sie der Bundesprüfstelle insoweit nur einen eingeschränkt nachprüfbaren Beurteilungsspielraum einräumen. Dies wäre mit dem unmittelbar aus Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG folgenden Gebot nicht zu vereinbaren, die widerstreitenden Güter von*

---

<sup>148</sup> Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn. 50.

<sup>149</sup> Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn. 46; Schoch, Jura 2004, 612, 616; zu den grundrechtsbegründeten Korrekturen, die das BVerfG in Einzelfällen vorgenommen hat, gleich unten.

<sup>150</sup> Ehlers/Pünder/Jestaedt, § 11 V 2, Rn. 46; Schoch, Jura 2004, 612, 616.

*Verfassungsrang zur Konkordanz zu bringen.*<sup>151</sup>

Diesem Grundsatzurteil zeitlich nachfolgend hat das Bundesverfassungsgericht diese Feststellung mehrfach bestätigt. In einem späteren Beschluss zu Beurteilungsspielräumen bei Prüfungsentscheidungen hat es außerdem betont, dass

„[...] *praktische Schwierigkeiten allein [...] kein ausreichender Grund [sind], den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz einzuschränken.*“<sup>152</sup>

Bei der Einräumung von Beurteilungsspielräumen hat die Legislative stets die kennzeichnende Grundrechtsdimension zu berücksichtigen, welche die Verwaltungsentscheidungen später entfalten werden.<sup>153</sup>

*b) Finale Normsetzung unter Einbeziehung unbestimmter Rechtsbegriffe*

Neben den Rechtssätzen, die Tatbestand und Rechtsfolge quasi kraft Automatismus<sup>154</sup> verknüpfen existiert ein weiterer Normtypus.<sup>155</sup> Die Lebenswirklichkeit erfordert eine rechtliche Ordnung von Bereichen, für die sich konditional programmierte Verwaltungsentscheidungen als ungeeignetes Instrument herausstellen.<sup>156</sup> Dies ist etwa der Fall, bei notwendiger Ordnung zukunftsöffener Sachverhalte, wie Planungsaufgaben es sind.<sup>157</sup> Die rechtliche Beurteilung kann dann mitunter aus praktischen Gründen nicht im Voraus determiniert sein. Denn in eine abschließende Entscheidung müssen sowohl die bereits tatsächlich vorliegenden ebenso wie prognostische Hypothesen einfließen, selbständig abgewogen und letztlich beurteilt werden.<sup>158</sup> Zwar können Konditionalnormen durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen auf Tatbestands- wie auf Rechtsfolgenseite flexibilisiert

---

<sup>151</sup> BVerfG v. 27.11.1990 – 1BvR 402/87, BVerfGE 83, 130, 148.

<sup>152</sup> BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83, BVerfGE 84, 34, 55.

<sup>153</sup> *Schulze-Fielitz*, JZ 1993, 772; auf die Aussagen und die Bedeutung der normativen Ermächtigungslehre hat die Rechtsprechung des BVerfG indes keine Auswirkung, vgl. *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 185 a. E.

<sup>154</sup> Dies kann, veranschaulichend, für gebundene Entscheidungen, die auf Rechtsfolgenseite keine Ermessensermächtigung aufweisen, gesagt werden.

<sup>155</sup> *Maurer*, § 7, Rn. 2; *Dolde*, NVwZ 2006, 857.

<sup>156</sup> „[...] *Planungsakte können nicht im Wege eines Konditionalprogramms normativ vorherbestimmt werden.*“, BVerfG v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137, 162.

<sup>157</sup> „*Wie kein anderes staatliches Instrument ist die Planung zukunftsgeprägt und zukunftsprägend*“, so: *Kloepfer*, FS Hoppe 2000, S. 111, 113; kritisch *Di Fabio*, FS Hoppe 2000, S. 75, 91 ff.; *Durner*, S. 318 f.

<sup>158</sup> *Badura*, FS Bachof 1984, S. 169, 180.

werden. Ihren antizipiert-ordnenden Charakter verliert sie dabei allerdings nie zur Gänze.<sup>159</sup> Die Steuerung des gewünschten Resultates hat dort durch die Gesetzgebung bereits stattgefunden, lange bevor der konkrete Sachverhalt akut wurde; die Rechtsnorm verhilft ihm nur noch zur Wirkung. Raum für eine zielorientierte Steuerung durch konditionale Programmierung verbleibt nur im Rahmen negativer Rechtsgestaltung, wenn nämlich eine gewisse Rechtsfolge zielwidrig ist und deshalb ausgeschlossen wird.<sup>160</sup> Um den beschriebenen Bedürfnissen gerecht zu werden, gibt es Vorschriften, die sich durch ein sog. „Finalprogramm“ auszeichnen.<sup>161</sup> Sie geben ein verbindliches Ziel vor, die Art und Weise der Realisation wird hingegen der Exekutiven (mittels der gesetzlich bereit gestellten Instrumente) eigenverantwortlich überlassen.<sup>162</sup> Werden Konditionalnormen veranschaulichend als „Wenn, dann“ Rechtssätze beschrieben, lassen sich finale Normen verkürzt als Zweck-Mittel-Demarkation bezeichnen. Wesensmerkmal von Planung und der ihr dienenden Bestimmungen ist ihre Ausrichtung auf Zielvorgaben. Die denkbaren Optionen und Varianten, die dem Planungsträger bei der Zielverwirklichung innerhalb der rechtlichen Grenzen offen stehen, ermöglichen ihm planerische Gestaltungsfreiheit.<sup>163</sup> Staatliche Planungsvorgänge nehmen eine besondere Stellung innerhalb des Systems staatlicher Handlungsformen ein.<sup>164</sup> Es handelt sich weder um die Subsumtion einer abstrakt-generellen Norm im Sinne „schlichter“ Gesetzesanwendung, noch werden durch die Planung selbst abstrakt-generelle Vorgaben für eine unbestimmte Anzahl an Fällen geschaffen.<sup>165</sup> Ihr finaler Charakter zeichnet sich durch Informationsgewinnung, -Auswahl und -Verarbeitung, zum Zwecke einer der Zielsetzung entsprechenden Mittelauswahl, aus.<sup>166</sup> Sie vereint Funktionen zweier Staatsgewalten, der Legislativen und der Exekutiven in sich, ohne einer von beiden eindeutig zugeordnet werden zu können.<sup>167</sup> Unter den Oberbegriff der administrativen Handlungskompetenzen sind Rechtsfolgenermessen, die Ausübung von Beurteilungsspielräumen und das Planungsermessen zu fassen. Sie zeichnen sich alle durch einen Vorgang

---

<sup>159</sup> *Stüer*, S. 437, Rn. 1311.

<sup>160</sup> *HStR/Hoppe*, Band IV, § 77 Rn. 21, 22.

<sup>161</sup> *Stüer*, S. 5, Rn. 9; S. 437, Rn. 1311.

<sup>162</sup> *Stüer*, S. 5, Rn. 9; *Hoppe*, DVBl. 2003, 697, 705.

<sup>163</sup> *HStR/Hoppe*, Band IV, § 77, Rn. 21.

<sup>164</sup> *Stüer*, S. 436, Rn. 1309.

<sup>165</sup> *BVerfG* v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, BVerfGE 95, 1, 16.

<sup>166</sup> *BVerfG* v. 06.06.1989 – 1 BvR 921/85, BVerfGE 80, 137, 162; *HStR/Hoppe*, Band IV, § 77, Rn. 21.

<sup>167</sup> *BVerfG* v. 17.07.1996 – 2 BvF 2/93, BVerfGE 95, 1, 16.

rechtsgestaltenden Abwägens aus.<sup>168</sup> Trotz dieser Gemeinsamkeiten fällt ihre rechtliche Beurteilung unterschiedlich aus.<sup>169</sup> Die herkömmliche strenge Trennung zwischen Ermessensermächtigungen einer- und Beurteilungsspielräumen andererseits, ist bei Finalrechtssätzen nicht möglich. Das Gesetz stellt Planungsziele und -vorgaben auf, innerhalb derer die Verwaltung selbständig rechtsgestaltend tätig werden kann.<sup>170</sup> Es hat sich zur deren rechtlicher Beurteilung hinsichtlich administrativer Freiräume eine eigene Dogmatik entwickelt.

#### *aa) Das Planungsermessen*

Die Feststellung, dass sich ein mehrteiliger Planungsvorgang nicht mittels einfacher Subsumtion bewältigen lässt, hat ebenfalls das Bundesverwaltungsgericht getroffen.<sup>171</sup> Einerseits steht fest, dass Planung ohne Gestaltungsfreiraum ein Widerspruch in sich ist,<sup>172</sup> andererseits muss sich hoheitliche Planung in rechtsstaatlicher Art und Weise vollziehen. Sie muss sich an gewissen Regeln messen lassen, die gleichzeitig ihren gesetzlichen Gestaltungsauftrag nicht behindern und die Eigenheit dieser Handlungsform respektieren.<sup>173</sup> Um dem Gestaltungsauftrag an die Verwaltung, so wie er sich aus dem Gesetz ergibt, entgegenzukommen und das Spannungsverhältnis zwischen praktischer Notwendigkeit und Rechtsstaatlichkeit aufzulösen, hat der vierte Senat des Bundesverwaltungsgerichts anhand der Raumplanung das Institut der „planerischen Gestaltungsfreiheit“ rechtsfortbildend entwickelt.<sup>174</sup>

#### *(1) Ermächtigung zu planerischer Gestaltungsfreiheit*

In seiner Leitentscheidung zur planerischen Gestaltungsfreiheit entschied der vierte Senat des Bundesverwaltungsgerichts im Dezember 1969, dass die Befugnis zur Planung einen administrativen Spielraum einschließt und einschließen muss, weil Planung ohne

---

<sup>168</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 208.

<sup>169</sup> Maurer, § 7, Rn. 63.

<sup>170</sup> Maurer, § 7, Rn. 63.

<sup>171</sup> BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 304; Gärditz, NVwZ 2009, 1005.

<sup>172</sup> BVerwG, v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 304; Stüer, S. 436, Rn. 1309.

<sup>173</sup> BVerwG, v. 30.04.1969 – 4 C 6.68, DVBl. 1969, 697; Stüer, S. 436, Rn. 1309.

<sup>174</sup> BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 304; zu den Hintergründen ausführlich: Hoppe, DVBl. 2003, 687 ff; Badura, FS Bachof 1984, S. 169, 180.

Gestaltungsfreiheit ein Widerspruch in sich wäre.<sup>175</sup> Diese planerische Gestaltungsfreiheit umfasst Elemente des Erkennens, Wertens und Bewertens, sowie des Wollens und kann nicht auf einen bestimmten geistig-seelischen Vorgang reduziert werden.<sup>176</sup> Dort wo die Verwaltung ein solches Planungsermessen ausübt, ist die gerichtliche Kontrolle zurückgenommen. Diese Gestaltungsvollmacht muss der Verwaltung durch das Gesetz indes auch tatsächlich eingeräumt werden. Dass eine Verwaltungsentscheidung einer prognostischen Beurteilung bedarf, reicht nicht schon aus, eine solche zu begründen.<sup>177</sup> Die Ermächtigung erteilt der Gesetzgeber vielmehr mit der Verwendung von Abwägungsklauseln.<sup>178</sup> Die Abwägung ist aufgrund der Zielorientiertheit von Planungsnormen einerseits und der tatsächlichen Betroffenheit verschiedener (öffentlicher wie privater) Belange andererseits, wesentliche Methode der Rechtsfindung.<sup>179</sup> Durch die Verwendung von Abwägungsklauseln signalisiert der Gesetzgeber der Exekutiven die Übertragung eines planerischen Gestaltungsauftrages und ermächtigt (gelenkt durch das Planungsziel und die Abwägungsdirektiven) zugleich zur Ausübung planerischen Ermessens. Planung gestaltet und vollzieht sich also im Wesentlichen durch Abwägungsvorgänge und erschöpft sich in weiten Teilen darin.<sup>180</sup> Auch ohne ausdrückliche Zuweisung wird die Ermächtigung deshalb kraft Sachzusammenhang als unverzichtbares und ungeschriebenes Element eines Planungsmandats in den Gestaltungsauftrag hineingelesen.<sup>181</sup> Erkennt das Gesetz in der vorstehend beschriebenen Weise einem Entscheidungsfreiraum der Verwaltung an, so schließt dieser alle planerischen Gesichtspunkte mit ein. Leitbild ist dabei eine möglich effektive Realisierung der Zielvorgabe.<sup>182</sup>

---

<sup>175</sup> Grundlegend zum Zusammenhang zwischen Planung und Verwaltung vgl. *BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66*, BVerwGE 34, 301, 304; *Stern*, Band II, § 40 Die Planung, S. 713 ff.

<sup>176</sup> *BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66*, BVerwGE 34, 301, 304.

<sup>177</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 208.

<sup>178</sup> Vgl. etwa: § 1 Abs. 6 BauGB, § 17 Abs. 1 S. 2 BFStrG, § 18 AEG, Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 208.

<sup>179</sup> HStR/*Hoppe*, Band IV, § 77, Rn. 24.

<sup>180</sup> *Badura*, FS Bachof 1984, S. 169, 180.

<sup>181</sup> St. Rechtspr. vgl. nur *BVerwG v. 14.02.1975 – 4 C 21.74*, BVerwGE 48, 56, 63; *BVerwG v. 15.04.1977 – 4 C 100.74*, BVerwGE 52, 237, 243; f.; Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 208.

<sup>182</sup> *BVerwG v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 u. a.*, BVerwGE 56, 110, 116 f.

(2) *Schranke des Planungsermessens: Die „Abwägungsfehlerlehre“*

Wie bereits angedeutet, wird die Verwaltung nicht schrankenlos zur Ausübung ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit ermächtigt.<sup>183</sup> In zweierlei Hinsicht unterliegt sie Beschränkungen. Zum einen ist sie auf ein bestimmtes Planungsziel festgelegt, welches gesetzlich vorgegeben und der administrativen Dispositionsbefugnis entzogen ist. Es entscheidet darüber, ob ein rechtsgestaltendes Planungsermessen überhaupt aktiviert wird, dies ist nämlich dann der Fall, wenn die Entscheidung über das „Ob“ einer Zielverfolgung positiv ausfällt. Beim Planungsvorgang selbst, dem „Wie“ der Planung, sind ebenfalls rechtliche Bindungen zu beachten, deren Beachtung vor den Verwaltungsgerichten überprüfbar ist. Welcher Gestalt diese rechtlichen Bindungen sind, ergibt sich für alle Arten hoheitlicher Planung aus allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen sowie aus den für die jeweilige Planung zu beachtenden besonderen Planungsleitsätzen, Optimierungs- und Berücksichtigungsgebote. Staatliche Planung jeder Art belasten regelmäßig diverse, vor allem auch private Interessen.<sup>184</sup> Art. 20 Abs. 3 GG gebietet deshalb, dass bei allen staatlichen Planungen öffentliche und private Belange gegeneinander und untereinander gerecht abzuwägen sind.<sup>185</sup> Das Gebot gerechter Abwägung legitimiert die umfassenden Eingriffs- Gestaltungs- und Bewertungsbefugnisse, die exekutive Organisation und Konzeption prägen. Es ist Garant rechtsstaatlicher Planung,<sup>186</sup> es eröffnet Gestaltungsfreiräume und ist zugleich begrenzender Faktor bei ihrer Wahrnehmung.

Die Verwaltung hat also auch bei der Annahme planerischer Gestaltungsfreiräume stets die gesetzlichen Grenzen derselben, insbesondere das Abwägungsgebot, zu beachten und in einer der Ermächtigung entsprechenden Weise von ihr Gebrauch zu machen. Auf etwaige Missachtungen des Abwägungsgebots wird die Planung anhand der von der Rechtsprechung erdachten und fortentwickelten Abwägungsfehlerlehre überprüft.<sup>187</sup> Die sekundäre Kontrolle orientiert sich an einer Kategorisierung von Fehlerquellen bei den

---

<sup>183</sup> BVerwG v. 07.07.1978 – 4 C 79.76 u. a., BVerwGE 56, 110, 116 f.; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 208.

<sup>184</sup> BVerwG v. 30.04.1969 – 4 C 6.68, DVBl. 1969, 697.

<sup>185</sup> BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301, 304; Stürer, S. 436, Rn. 1308, 1309.

<sup>186</sup> Stürer, S. 436, Rn. 1309.

<sup>187</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 211.

Etappen des Planungsvorgangs.<sup>188</sup> Eine Verletzung des Abwägungsgebotes ist dementsprechend anzunehmen,

*„wenn eine Abwägung überhaupt nicht stattfindet oder wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muss, wenn die Bedeutung der betroffenen Belange verkannt wird oder wenn der Ausgleich zwischen den durch die Planung berührten Belange verkannt wird oder wenn der Ausgleich zwischen den durch die Planung berührten Belangen in einer Weise vorgenommen wird, der zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange außer Verhältnis steht.“*<sup>189</sup>

Beachten die Planungsbehörden diese Grundsätze sowie ggf. spezielle Zielvorgaben, bleibt es im Übrigen ihrer planerischen Gestaltungsfreiheit überlassen, die einzelnen Belange zu gewichten und in einen Ausgleich zu bringen.<sup>190</sup>

*bb) Regulierungsermessen als neue Kategorie administrativer Letztentscheidungskompetenz?*

Eine Kategorie administrativer Letztentscheidungsbefugnis, die erst in den letzten Jahren vom Bundesverwaltungsgericht im Referenzgebiet des Telekommunikationsrechts<sup>191</sup> entwickelt wurde, ist das sog. „Regulierungsermessen“.<sup>192</sup> Es schließt die Lücke, welche sich bisher noch bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe vorfand, sobald finale Normstrukturen das Gesetz beherrschen, ohne dass es sich dabei um staatliche Planung handelt. Herleitung und Fehlerlehre der neuen Rechtsfigur lehnen sich ausdrücklich an die Rechtsfigur des Planungsermessens an.<sup>193</sup>

---

<sup>188</sup> Die Dogmatik zur Abwägungsfehlerlehre ist umfangreich und sieht sich zuweilen des Vorwurfs übergroßer Detailgenauigkeit ausgesetzt, so bei Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 211, eine Übersicht der wesentlichen Prüfungsschritte soll hier ausreichen.

<sup>189</sup> BVerwG v. 20.08.1992 – 4 NB 20.91, BVerwGE 90, 329, 331 f.; st. Senatsrechtspr. seit BVerwG v. 12.12.1969 – 4 C 105.66, BVerwGE 34, 301 ff.

<sup>190</sup> BVerwG v. 20.08.1992 – 4 NB 20.91, BVerwGE 90, 329, 331 f.

<sup>191</sup> BVerfG v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694, 696; BVerwG v. 28.01.2009 – 6 C 39.07, MMR 2009, 786, 789; BVerwG v. 02.04.2008 – 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1367.

<sup>192</sup> Ludwigs, RdE 2013, 297, 301.

<sup>193</sup> Raumplanung und Regulierung unterscheiden sich, trotz Gemeinsamkeiten in der Struktur ihrer normativen Grundlage, fundamental, vgl. Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008.

(1) „Regulierung“ – eine Erscheinungsform administrativer Tätigkeit

Prinzipiell kann jede ordnende Verwaltungstätigkeit unter den Begriff der „Regulierung“ subsumiert werden.<sup>194</sup> Was hebt nun aber diese Erscheinungsform administrativer Tätigkeit von der hergebrachten Eingriffsverwaltung ab?<sup>195</sup>

Wesensprägendes Merkmal des Regulierungsverwaltungsrechts im engeren Sinne ist seine Ausrichtung auf Wettbewerbsetablierung in ehemals monopolbeherrschten Märkten.<sup>196</sup> Hierin liegt auch der Unterschied zum Kartellrecht, welches den privatwirtschaftlichen Wettbewerb bewahren will, wohingegen das Regulierungsrecht solchen erst errichten muss.<sup>197</sup> Gemeinsam ist den betroffenen Wirtschaftssektoren Energie, Telekommunikation, Post und Bahn die Abhängigkeit von dominanten Netzen.<sup>198</sup> Letztere bilden ein sog. „natürliches Monopol“, mit der Folge, dass sich auf Netzebene Wettbewerb als wirtschaftlich widernatürlicher Zustand darstellt und von selbst niemals zustande käme. Denn kein Netzeigentümer setzt sich von sich aus dem Risiko der Gewinnminimierung aus, indem er sein Netz für Mitbewerber öffnet. Hierzu bedarf es, nach der Öffnung der Märkte in den genannten Infrastruktursektoren, der staatlichen Einwirkung.<sup>199</sup>

Wenn auch die Reichweite der Regulierung entsprechend der unterschiedlichen Anforderungen der Marktsegmente variiert, beinhalten alle die Netzzugangs- und Netzanschlusspflichten und die korrespondierende Überwachung der Netzentgelte.<sup>200</sup> Da bis zu den Liberalisierungsprozessen die Auffassung vorherrschte, dass die bestehenden Monopole dem Schutz dieser besonders wichtigen Infrastrukturen dienen, wurde Wettbewerb in diesen Bereichen als schädlich angesehen.<sup>201</sup> Im Zuge des liberalen Sinneswandels hat staatliche Regulierung diese Exklusivität abgelöst. In diesem Sinne bedeutet Regulierung die bewusste sachliche Einflussnahme auf objektiv staatsfremde

---

<sup>194</sup> Ruffert, AöR 1999, 237, 241 m.w.N.; Masing, Die Verwaltung 2003, 1 f.

<sup>195</sup> Umfassend zum Wesen der Regulierung vgl. von Danwitz, DÖV 2004, 977 ff.; zum Unterschied von „Regulierung“ und dem US-amerikanischen Konzept der „regulation“ vgl. Masing, Die Verwaltung 2003, 1, 2 f.; Röhl, JZ 2006, 831; Attendorn, MMR 2009, 238, 239; Brehme, S. 53 ff.

<sup>196</sup> Höppner, S. 133.

<sup>197</sup> Masing, Die Verwaltung 2003, 1, 5; Burgi, DVBl. 2006, 269, 270 f.

<sup>198</sup> Masing, Die Verwaltung 2003, 1, 6; Burgi, DVBl. 2006, 269, 270.

<sup>199</sup> Höppner, S. 134; Ludwigs, JZ 2009, 290, 291.

<sup>200</sup> von Danwitz, DÖV 2004, 977, 979 f.; Masing, Die Verwaltung 2003, 1, 13.

<sup>201</sup> Herholz, S. 7; Moser, S. 45.

Vorgänge zur Verfolgung eines spezifischen Ordnungszweckes. Sie ist wesensbildende Charakteristik des modernen Gewährleistungsstaates und hat sich als solche inzwischen als anerkannte rechtliche Kategorie etabliert.<sup>202</sup> Regulierendes Einwirken kann abstrakt durch Rechtsetzung ebenso wie konkret durch Einzelfallmaßnahmen bewirkt werden.<sup>203</sup> Regulierung verfolgt also zwei wesentliche Zielrichtungen, indem sie die Implementierung wettbewerblicher Strukturen und die Gewährleistung von Versorgungssicherheit und anderer öffentlicher Belange balanciert.<sup>204</sup> Diese Verwaltungsaufgabe wird von einer eigens zu diesem Zweck geschaffenen Verwaltungseinheit des Bundes, der Bundesnetzagentur, wahrgenommen.<sup>205</sup>

(2) *Letztentscheidungskompetenz aufgrund regulierungsspezifischen Gestaltungsauftrags*

Erstmalig bekannte sich das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2007 im Rahmen einer Verpflichtungsklage gegen die Bundesnetzagentur ausdrücklich zu einem umfassenden Auswahl- und Ausgestaltungsspielraum bei der Verwirklichung ihres Regulierungsauftrags.<sup>206</sup> Einige Jahre zuvor konnte die Frage, ob ein „Regulierungsermessen“, das einer gerichtlichen Kontrolle nur eingeschränkt zugänglich ist, anzuerkennen ist, mangels Entscheidungserheblichkeit noch dahin stehen.<sup>207</sup> Schon damals führte das Gericht zu der Natur regulatorischer Tätigkeit der Bundesnetzagentur allerdings bereits aus, dass sie das Ergebnis einer umfassenden und komplexen Abwägung darstellt, bei der gegenläufige öffentliche und private Belange einzustellen, zu gewichten und auszugleichen sind.<sup>208</sup>

Drei Jahre später war das Klagebegehren in der Nachfolgeentscheidung auf die

---

<sup>202</sup> *Burgi*, DVBl. 2006, 269, 270; *Laskowski*, S. 337.

<sup>203</sup> *Schoch*, NVwZ 2008, 241, 245.

<sup>204</sup> *von Danwitz*, DÖV 2004, 977, 984; *Burgi*, DVBl. 2006, 269, 270 f.

<sup>205</sup> Gesetz über die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2503) geändert worden ist; *Holzner/Schumacher*, S. 37, 40; vgl. hierzu auch unten „Vollzugskompetenz“, S. 240.

<sup>206</sup> *BVerwG* v. 28.11.2007 – 4 C 42/06, NVwZ 2008, 575 ff.

<sup>207</sup> *BVerwG* v. 31.03.2004 – 6 C 11/03, BVerwGE 120, 263, 265; zur dogmatischen Verortung des „Regulierungsermessens“ vgl. *Ludwigs*, RdE 2013, 297, 303, der dabei gleichzeitig für eine, alle Erscheinungsformen von Letztentscheidungsbefugnissen umfassende, Systemkategorie des „Verwaltungsermessens“ eintritt.

<sup>208</sup> *BVerwG* v. 31.03.2004 – 6 C 11/03, BVerwGE 120, 263, 271.

Verpflichtung der Bundesnetzagentur zur Auferlegung weitergehender Regulierungsverpflichtungen gegenüber einem Wettbewerber des Klägers gerichtet. Innerhalb der Zulässigkeit der Klage wurde die Voraussetzung der vorherigen Antragstellung bei der Verwaltungsbehörde relevant. Anlässlich dieser Voraussetzung führte das Gericht zum bezeichnenden Charakteristikum des Regulierungsverfahrens zunächst aus, dass jenes auf eine abschließende Gesamtregelung aller Fragen angelegt sei, die die Regulierungsbedürftigkeit des Marktes aufwerfen. Die sich anschließende Regulierungsverfügung sei entsprechend Ausdruck einer gesetzlich ausgeformten Gestaltungsfreiheit, die sich auf die Verwirklichung des gesetzlichen Regulierungsauftrags und die prospektive Bewältigung der damit zusammenhängenden Probleme erstrecke. Bemerkenswert ist dabei, dass diesbezüglich eine Parallele zu Planfeststellungsbeschlüssen gezogen wird.<sup>209</sup> Im Folgenden prüft das Gericht eine etwaige Entbehrlichkeit der vorherigen Antragstellung. Sie komme nicht in Betracht, wenn die klageweise geltend gemachten subjektiven Rechte aufgrund der Besonderheiten des zu Grunde liegenden Fachrechts nur von der Behörde berücksichtigt werden können.<sup>210</sup> Diese Zulässigkeitserwägungen leiteten die erstmaligen zentralen Ausführungen des Gerichts zur Letztentscheidungskompetenz bei Regulierungsmaßnahmen ein.

Der Bundesnetzagentur soll zwar kein Entschließungsermessen hinsichtlich der Aufnahme regulatorischer Tätigkeiten zustehen. Ist eine Marktsituation regulierungsbedürftig, hat sie dem gesetzlichen Gebot Folge zu leisten und mittels des ihr zur Verfügung stehenden Maßnahmenkatalogs entgegenzusteuern.<sup>211</sup> Anders ist, so das Bundesverwaltungsgericht, die Ausgestaltung des ihr so zugewiesenen Regulierungsauftrags zu beurteilen. Der Entscheidung, welche der vorgesehenen Anordnungen sie (alternativ oder ggf. auch kumulativ) gegenüber dem Adressaten erlässt, ist ein Abwägungsprozess vorgeschaltet. Gegenläufige öffentliche und private Belange sind einzustellen, zu gewichten und auszugleichen, dabei ist das gesetzlich vorgeschriebene Regulierungsziel zu beachten.<sup>212</sup> Bedingt durch die von Regulierungszielen bestimmte finale Normstruktur, welche die Abwägung regelmäßig durch unbestimmte Rechtsbegriffe steuert, erkennt das Gericht es als unsachgemäß an,

---

<sup>209</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577, Rn. 25.

<sup>210</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577, Rn. 26 f.

<sup>211</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577, Rn. 28.

<sup>212</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577, Rn. 28 unter Verweis auf BVerwG v. 31.03.2004 – 6 C 11/03, BVerwGE 120, 263, 271.

die Abwägung unbegrenzt der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen und so künstlich von einer sich anschließenden Ermessensbetätigung zu trennen.<sup>213</sup> Die Abwägung zweckentsprechend ausgelegter unbestimmter Rechtsbegriffe soll vielmehr in dem Regulierungsermessen aufgehen.<sup>214</sup> Die gebräuchliche Differenzierung nach Tatbestand und Rechtsfolgeermessen wird hier aufgegeben und durch einen, beide Konzepte in sich vereinigenden, regulierungsspezifischen Gestaltungsauftrag ersetzt.<sup>215</sup>

An dem Grundsatz, dass unbestimmte Rechtsbegriffe grundsätzlich uneingeschränkt gerichtlich nachgeprüft werden können, wird festgehalten. Allerdings nimmt das Gericht hier aufgrund der Vagheit des gesetzlich vorgegebenen Entscheidungsprogrammes an, dass die Funktionsgrenze der Rechtsprechung erreicht ist.<sup>216</sup> Die Revision einer Verwaltungsentscheidung kann nicht über die materiellrechtlichen Bindungen hinausgehen, welcher sie selbst unterlag. Rechtspositionen, welche Art. 19 Abs. 4 GG schützen soll, werden von der Garantie effektiven Rechtsschutzes vorausgesetzt, nicht erst durch sie begründet.<sup>217</sup> Die Legitimation, auf die sich die Parlamente stützen, wenn sie von der Exekutiven eine Entscheidung ohne näher bestimmte gesetzliche Vorgaben fordern, findet sich in der praktischen Notwendigkeit der Übertragung von Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräumen.<sup>218</sup>

Bisher erkannte die bundesverwaltungsgerichtliche Rechtsprechung ein solches praktisches Bedürfnis – verbunden mit der Ermächtigung zu einer Einschätzungsprärogative – an, wenn die zu treffende Entscheidung in besonderem Maße wertgeprägt und sie einer Behörde mit dementsprechender besonderer fachlicher Legitimation zugewiesen ist. Dies nahm das Bundesverwaltungsgericht im Ausgangsfall als gegeben an. Die geregelte Materie ist geprägt von hoher Komplexität und besonderer Dynamik, die Verwaltungsentscheidung ist beinahe frei von normativer Determination und erfordere eine prognostische Beurteilung der Auswirkungen der

---

<sup>213</sup> In beiden Entscheidungen des BVerwG zum „Regulierungsermessen“ handelte es sich bei den streitentscheidenden Normen um sog. „Koppelungsvorschriften“, vgl. §§ 21, 30 TKG, ausführlich vgl. *Ludwigs*, JZ 2009, 290, 291 f.; *Graulich*, S. 77, 79, 90.

<sup>214</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577, Rn. 29.

<sup>215</sup> *Gärditz*, NVwZ 2009, 1005.

<sup>216</sup> Das Bundesverwaltungsgericht bezieht sich hier auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Umfang der Überprüfbarkeit von (juristischen) Prüfungsentscheidungen, vgl. BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83, BVerfGE 84, 34, 49 f.

<sup>217</sup> BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83, BVerfGE 84, 34, 49.

<sup>218</sup> BVerfG v. 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, BVerfGE 103, 142 156 f.

Regulierungsinstrumente in Bezug auf das Regulierungsziel.<sup>219</sup> Als Maßstab für Art und Umfang der gerichtlichen Kontrolle des rechtmäßigen Gebrauchs von dem zugestandenen Regulierungsermessen, hat das Bundesverwaltungsgericht die Abwägungsfehlerlehre zum Planungsermessen auf Ersteres übertragen.<sup>220</sup> Für den Prüfungsumfang der Regulierungsmaßnahmen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bedeutet dies, dass das Gericht die Einhaltung der gültigen Verfahrensbestimmungen, das zutreffende Verständnis des anzuwendenden Gesetzesbegriffes sowie die vollständige und zutreffende Ermittlung des erheblichen Sachverhalts überprüft. Weiterhin ist vollumfänglich nachprüfbar, ob sich die Behörde bei der eigentlichen Beurteilung an allgemeingültige Wertungsmaßstäbe gehalten und insbesondere das Willkürverbot nicht verletzt hat.<sup>221</sup> Im Übrigen beschränkt sich die Kontrolle sodann darauf,

„[...] ob die Bundesnetzagentur die Interessen der Beteiligten ermittelt, alle erforderlichen tatsächlichen Erkenntnisse gewonnen, die für die Abwägung wesentlichen Gesichtspunkte berücksichtigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat.“

Inzwischen hat das Bundesverwaltungsgericht diese Rechtsprechung in nachfolgenden Entscheidungen wiederholt.<sup>222</sup> Das Regulierungsermessen hielt ebenfalls einer verfassungsgerichtlichen Überprüfung stand.<sup>223</sup>

### (3) Kritik an der Rechtsfortbildung

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts sowie der im Zusammenhang stehende Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts fanden in der rechtswissenschaftlichen Fachliteratur kritischen und besorgten Widerhall.<sup>224</sup> Kritik entzündet sich sowohl an der Argumentation, die das Bundesverwaltungsgericht gewählt hat um die Beschneidung der verwaltungsgerichtlichen Rechtmäßigkeitskontrolle zu begründen,<sup>225</sup> als auch an der Einordnung des Regulierungsermessens in Nähe der

---

<sup>219</sup> BVerwG v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 577.

<sup>220</sup> Wieland, DÖV 2011, 705, 707; krit. Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1006.

<sup>221</sup> BVerwG v. 02.04.2008 – 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359, 1361.

<sup>222</sup> BVerwG v. 31.03.2008 – 6 C 14/07, NVwZ 2008, 798, 799, Rn. 5;  
BVerwG v. 02.04.2008 – 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359 ff.

<sup>223</sup> BVerfG v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08, NVwZ 2012, 694 ff.; anders Durner, der eine Senatsentscheidung zur abschließenden Klärung erhofft, Durner, DVBl. 2012, 299, 302.

<sup>224</sup> Attendorn, MMR 2009, 238, 241; Gärditz, NVwZ 2009, 1005 ff.;  
Sachs/Jasper, NVwZ 2012, 649, 653.

<sup>225</sup> Übersichtlich zusammengestellt bei Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1006 ff.

planerischen Abwägung. Die Bedenken beruhen im Wesentlichen auf der Befürchtung einer leichtfertigen Preisgabe des Grundrechtsschutzes um der bloßen Praktikabilität willen.<sup>226</sup> Mitunter wird deutlich von einer „Professionalitätsgläubigkeit“ gesprochen. Es wird zur rechtsstaatlichen Disziplinierung gemahnt, andernfalls drohe sich das der Freiheitsentfaltung im Wettbewerb dienende Regulierungsrecht in ein Planwirtschaftsrecht umzuwandeln.<sup>227</sup> Eine unzureichende Regelungsdichte könne im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG nicht geeignet sein die Annahme eines Regulierungsermessens zu tragen.<sup>228</sup> Zwar sei es zutreffend, dass die zu schützenden Rechtspositionen von Art. 19 Abs. 4 GG vorausgesetzt und nicht begründet werden. Neben den angesprochenen einfachgesetzlichen subjektiv-öffentlichen Rechten sind jedoch ebenfalls etwaige betroffene Grundrechte der Adressaten einzubeziehen.<sup>229</sup> Diese sind zwar durch oder aufgrund eines Gesetzes einschränkbar, die Legislative sieht sich dabei ihrerseits an Vorgaben verfassungsrechtlicher Art gebunden.<sup>230</sup> Rechtsbindungen die durch Art. 19 Abs. 4 GG einer verfassungsrechtlich garantierten Überprüfung zugeführt werden können, beschränken sich nicht auf kodifizierte Bestimmungen. Im Falle einer Regelungslücke und sofern ein entsprechendes Bedürfnis besteht, könnten sie sich ebenfalls auf richterliche Rechtsfortbildung stützen.<sup>231</sup> Es schwingt der Vorwurf der Bequemlichkeit mit, wenn gegen den Verweis auf funktionelle Grenzen der Rechtsprechung der Einwand erhoben wird, dass die ordentliche Gerichtsbarkeit im Kartellrecht kraft Sonderzuweisung<sup>232</sup> quasi wie ein Verwaltungsgericht urteilen und trotz der ebenso komplexen, prognostischen, besondere Sachkunde erfordernde Materie, eine Rechtmäßigkeitskontrolle vornehmen.<sup>233</sup> Damit sei der Beweis gegen eine Überstrapazierung der Verwaltungsgerichte erbracht. Es könne erwartet werden und stehe in keinem funktionellen Gegensatz zum verwaltungsgerichtlichen Tagesgeschäft sich den (anspruchsvollen) Inhalten zu widmen.<sup>234</sup> Beanstandet wird schließlich die Nachbildung der Anforderungen an eine rechtmäßige Abwägung anhand der Grundsätze zur planerischen Gestaltungsfreiheit. Planung sei konzeptionell etwas anders als Regulierung,

---

<sup>226</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008 f.

<sup>227</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1010; *di Fabio*, ZWeR 2007, 266, 273.

<sup>228</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008 f.

<sup>229</sup> *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649, 651.

<sup>230</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1009.

<sup>231</sup> *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649, 652.

<sup>232</sup> Vgl. § 63 GWB.

<sup>233</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1007; *Schmidt*, FS Selmer 2004, S. 499, 502 ff.

<sup>234</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1006 f.

die Gemeinsamkeiten beschränken sich auf „Äußerlichkeiten“ im Sinne sich ähnelnder Normstrukturierung. Wegen des Standortes der Regulierung inmitten der privaten Marktwirtschaft sei die Perspektive eine grundlegend andere als dies bei hoheitlicher Planung der Fall sei. Leitbild müsse eine grundsätzliche Freiheit des privaten Marktverhaltens sein, Maßnahmen die ein abweichendes Verhalten erzwingen, seien rechtfertigungsbedürftig.<sup>235</sup> Anders als im Planungsrecht könne die Behörde den durch Zielbestimmungen vorgegebenen Idealzustand am Reißbrett entwerfen. Ein kritikloser Analogieschluss schaffe in der Konsequenz eine Planwirtschaft.<sup>236</sup> Insgesamt wird dem Bundesverwaltungsgericht eine dem deutschen Verwaltungsrecht systemwidrige Rechtsprechung attestiert, da es der Loslösung der Regulierungsverwaltung von den steuernden Vorgaben des Gesetzgebers und damit einer zunehmenden „Exekutivlastigkeit“ Vorschub leiste.

#### (4) Ausblick

Mit Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes wurde die Rechtsfigur bereits auf einen weiteren, der Regulierung unterliegenden, Wirtschaftszweig übertragen.<sup>237</sup> Ob weitere folgen, bleibt abzuwarten. Es erscheint jedoch nicht ausgeschlossen, dass die vom Bundesverwaltungsgericht getroffenen Aussagen in anderen Netzwirtschaften entsprechende Geltung beanspruchen werden. Das „Regulierungsermessen“ ist jedenfalls bereits begrifflich darauf angelegt, über den Bereich der Telekommunikation hinauszureichen.<sup>238</sup> Ausgerechnet im Energiesektor kann davon indes aus normativ-systematischen Gründen nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Soll an der normativen Ermächtigungslehre auch zukünftig nicht zugunsten eines Regulierungsermessens abgerückt werden, kommt man über § 83 Abs. 5 EnWG nicht hinweg.<sup>239</sup> Angelehnt an die gebräuchlichen Fallgruppen in denen ein Beurteilungsspielraum anerkannt ist, kommt etwas Anderes höchstens dort in Betracht,

---

<sup>235</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008; *Sachs/Jasper*, NVwZ 2012, 649, 650 f.

<sup>236</sup> Gärditz, NVwZ 2009, 1005, 1008.

<sup>237</sup> Eisenbahnregulierungsgesetz vom 29.08.2016 (BGBl. I S. 2082); hierzu bereits *Ludwigs* zu dem von der Bundesregierung am 13.03.2013 vorgelegten Entwurf eines Eisenbahnregulierungsgesetzes (BT-Drs. 17/12726), vgl. *Ludwigs*, RdE 2013, 297, 303.

<sup>238</sup> Anders: *Ludwigs*, JZ 2009, 290, 294, der darauf hinweist, dass das Gericht bewusst herausgestellt hat, „[...] dass die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe grundsätzlich Sache der Gerichte ist [...]“ und schließlich auf die restriktive Rechtsauffassung der Rechtsprechung verweist; vgl. auch *BVerwG* v. 28.11.2007 – 6 C 42/06, NVwZ 2008, 575, 578.

<sup>239</sup> *Ludwigs*, RdE 2013, 297, 304, 306.

wo das Gesetz die Rechtsprechung zweifelsfrei an ihre Funktionsgrenzen führt. Daran sind jedoch hohe Anforderungen zu stellen. Denkbar sind etwa Fälle, in denen wegen der vollständigen Überprüfung sonst eine rechtsschutzverkürzende, überlange Verfahrensdauer zu besorgen ist. Wie so oft wird diesbezüglich eine Einzelnormanalyse notwendig sein.<sup>240</sup>

*c) Konsequenzen für die Fragestellung*

Der Betrachtungsgegenstand „Versorgungssicherheit“ findet sich vor allem in final programmierten Rechtssätzen, ob ausdrücklich oder konkludent, wieder. Anschauungsmaterial zur Verwendung des Rechtsbegriffs „Versorgungssicherheit“ findet sich besonders in den rechtlichen Fundamenten der sog. „kritischen Infrastrukturen“.<sup>241</sup> Beispielhaft und auszugsweise seien hier folgende Bestimmungen aufgeführt:

*„Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere [...] Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas.“*, vgl. § 1 Abs. 1 EnWG; *„Betreiber von Übertragungsnetzen haben 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.[...]“*, vgl. § 12 Abs. 3 EnWG; *„Ziele der Regulierung sind: 4. die Sicherstellung einer flächendeckenden gleichartigen Grundversorgung [...] mit Telekommunikationsdiensten [...]“*, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 4 TKG; *„Die Gewässer sind nachhaltig zu bewirtschaften, insbesondere mit dem Ziel, bestehende oder künftige Nutzungsmöglichkeiten insbesondere für die öffentliche Wasserversorgung zu erhalten oder zu schaffen.“*, vgl. § 6 Abs. 1 Nr. 4 WHG; *„[...] Der Bedarf darf insbesondere dann mit Wasser aus ortsfernen Wasservorkommen gedeckt werden, wenn eine Versorgung aus ortsnahen Wasservorkommen nicht in ausreichender Menge oder Güte oder nicht mit vertretbarem Aufwand sichergestellt werden kann.“*, § 50 Abs. 2 WHG; *„Dieses Gesetz ist anzuwenden zur Sicherung einer Mindestversorgung mit Postdienstleistungen und Telekommunikationsdienstleistungen [...]“*; *“*, § 1 Abs. 2 PTSG.<sup>242</sup>

Welche Erkenntnis kann nun im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand „Versorgungssicherheit“ durch die Darstellung anerkannter Konkretisierungsbefugnisse

---

<sup>240</sup> Ludwigs, RdE 2013, 297, 305 f.

<sup>241</sup> Näher dazu unten bei „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215.

<sup>242</sup> Zu weiteren Beispielen aus dem EnWG vgl. Kahle, S. 199.

bei tatbestandlicher Unbestimmtheit gewonnen werden? Allen Lehren zum Umgang mit normativen Untiefen ist gemein, dass sie darum bemüht sind, dem gesetzgeberischen Willen zur Durchsetzung zu verhelfen. Die tatbestandliche Unschärfe wird dabei immer als vorgegebene Konstante akzeptiert. Ausgangs- und Mittelpunkt der Erwägungen sind stets die Gesetzesbindung der Verwaltung und die verfassungsrechtlich darauf bezogene rechtsstaatliche Kontrolle, Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>243</sup> Im weitesten Sinn wird die Verwaltung aufgrund Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes bereits durch die Parlamente „kontrolliert“, wobei hierbei wohl zutreffender von „Steuerung“ zu sprechen ist.<sup>244</sup> Die Verfassung bringt damit selbst zum Ausdruck, dass in einem Rechtsstaat der diese Bezeichnung auch verdient, die Überprüfung der Rechtmäßigkeit eingefordert werden kann.<sup>245</sup> Das Primat der Gesetzgebung ist also insofern Leitbild, als dass es nach übereinstimmender Meinung in Rechtsprechung und Literatur quasi einer parlamentarischen Vollmachtserteilung an die Exekutive bedarf um ihre Letztentscheidungskompetenz begründen zu können. Eine Auseinandersetzung mit dem gesetzgeberischen Willen dahingehend, was dieser sich in der Sache vorgestellt haben könnte, findet nicht statt. Dies wird ja gerade in die Einschätzungsprärogative ausgelagert. Die rechtswissenschaftliche Forschung beschränkt sich auf die Ermittlung von Maßstäben, anhand derer der zuständige *Entscheidungsträger* bestimmt werden kann.

#### 4. Geleiteter Beurteilungsspielraum?

Der jeweilige Entscheidungsträger ergibt sich also mittels Einzelnormanalyse aus dem Gesetz. Die materiellen Maßstäbe, anhand derer die Entscheidung zu treffen ist, wohnen gleichfalls der Rechtsgrundlage inne.<sup>246</sup> Hinter der Grundannahme der einzig rechtmäßigen Entscheidung,<sup>247</sup> die zunächst wie ein trotziges „es kann nicht sein, was nicht sein darf“ anmutet, steht das gewichtige Argument der richterlichen Unabhängigkeit. Die Rechtsordnung akzeptiert das Bedürfnis nach normativer Unbestimmtheit, nicht zuletzt, weil das Risiko eines exekutiven Machtüberhangs durch

---

<sup>243</sup> Mehde, S. 13.

<sup>244</sup> Mehde, S. 15 f.

<sup>245</sup> Wolff/Bachof/Stober/Kluth, S. 891 f., Rn. 13 f.

<sup>246</sup> Garbers, RdE 2015, 221, 224.

<sup>247</sup> Vgl. oben, „Das Postulat der einzig rechtmäßigen Entscheidung“, S. 17.

das Gegengewicht gerichtlicher Kontrolle entschärft wird.<sup>248</sup> Indem beide, Verwaltung wie Rechtsprechung, anhand identischer Vorgaben Recht anwenden, verrichten sie strukturell dieselbe Arbeit. Unterschiedlich ist lediglich die Perspektive, die Verwaltungsentscheidung ergeht originär, das darauffolgende Urteil dirigierend.<sup>249</sup> Es ist daher auch irreführend von einem „Machtkampf“ zwischen der Exekutiven und Judikativen zu sprechen. Verwaltung und Rechtsprechung stehen in keinem Subordinationsverhältnis zueinander. Sie befinden sich auf Gleichordnungsebene, beide sind ausschließlich Recht und Gesetz unterworfen.<sup>250</sup> Entscheidungsfreiräume der Verwaltung entspringen leidenschaftslos einfach der Zuweisung durch den Gesetzgeber. Nicht das Gericht legt den Aktionsradius der Verwaltung fest, sondern das Gesetz. Ersteres ist nur zur gesetzesakzessorischen Überwachung berufen.<sup>251</sup> Es ist nicht vorgesehen, dass die Gerichte über die Reichweite ihrer Kontrollkompetenzen entscheiden, bevor sie in der Sache urteilen.<sup>252</sup> Was passiert nun dort, wo die Gesetzgebung „versagt“ und den Gerichten die Kontrollmaßstäbe nicht an die Hand liefert?<sup>253</sup>

a) *Kompensation durch Definition*

Die Verwaltung wird, ob ihr im Einzelfall nun ein Beurteilungsspielraum zustehen soll oder nicht, stets als Erste mit dem unbestimmten Rechtsbegriff und seinen Anwendungsschwierigkeiten konfrontiert. Geht es darum zu ermitteln, wo die diesbezügliche Grenzziehung der Legislativen verläuft, ist ihr der sprichwörtliche „schwarzen Peter“ zugeschoben. Denn sie hat die Rechtmäßigkeit und Folgen ihrer Beurteilung zu verantworten. Die Selbstverantwortung für eigene Maßnahmen geht auch nicht im Wege gerichtlicher Revision auf die Judikative über. Das gilt ganz besonders,

---

<sup>248</sup> Reuss, DÖV 1954, 55, 57; Papier, FS Ule 1987, S. 25, 237;

<sup>249</sup> Einen anderen Blickwinkel nimmt dabei Franßen ein, der selbstkritisch die „Funktionsbedingungen der Justiz“ beleuchtet und das Gesetz als Mittel politischer Steuerung „unter den Händen des Richters“ schwinden sieht, Franßen, FS Zeidler 1987, S. 429, 433; Maurer, § 7, Rn. 5.

<sup>250</sup> Maunz-Dürig/Herzog, Band III, Art. 20 GG, V. (1980), Rn. 58; eine besondere Anordnung trifft das Grundgesetz darüber hinaus für die Judikative in Art. 97 GG.

<sup>251</sup> BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 126 f.; Badura, FS Bachof 1984, S. 169, 170.

<sup>252</sup> Badura, FS Bachof 1984, S. 169, 170.

<sup>253</sup> Papier, FS Ule 1987, S. 25, 237.

wenn sie in Ausübung eines ihr zuerkannten Beurteilungsspielraums tätig wird.<sup>254</sup> Für die rechtsanwendende Behörde ist daher von Interesse, ob bereits im Voraus allgemeingültige Kriterien vorhanden sind, welche bei der Subsumtion von „Versorgungssicherheit“ stets einzubeziehen sind. Ließe sich nämlich eine rechtlich fundierte, allgemeingültige Definition von „Versorgungssicherheit“ formulieren, würde das Risiko, dass ihre Rechtsauffassung von den Gerichten möglicherweise überworfen wird, minimiert.<sup>255</sup> Ein Aspekt, der hier außerdem neben den Belangen exekutiver Kontrolle zum Tragen kommt, ist die Vorhersehbarkeit und Beständigkeit von Rechtsentscheidungen.<sup>256</sup> Eine Begrenzung des Spektrums möglicher Verwaltungsentscheidungen durch eine, gewissermaßen „geleitete“ Rechtsanwendung, wäre auch für die Adressaten von Verwaltungsentscheidungen von Nutzen, denn die Rechtslage würde so auch für sie berechenbar. Unter Umständen lassen sich unter Heranziehung von Auslegung und Dogmatik Wesensmerkmale nachweisen,<sup>257</sup> die in der Lage sind, die noch bestehende Definitionslücke zu kompensieren.<sup>258</sup>

#### b) Vorwirkung gerichtlicher Kontrolle

Unterstellt, Vorstehendes ließe sich unter Rückführung auf höherrangiges Recht bejahen, stellt sich die Anschlussfrage, welche Rechtsmacht die Verwaltung verpflichtet, sich im Einzelfall an eben jene zu ermittelnde gesetzesimmanente Maßstäbe zu halten und auf welche Weise eine Definition Eingang in die praktische Verwendung finden kann. (Verwaltungs-) Rechtsprechung ist ihrer Natur nach retrospektiv.<sup>259</sup> Sie wird erst durch Klageerhebung aktiviert und greift auch nur in den Fällen ein, in denen der Gesetzgeber sie erstens zur Wahrnehmung der Rechtmäßigkeitskontrolle berufen hat und in denen zweitens tatsächlich um Rechtsschutz nachgesucht wird.<sup>260</sup> Wie eben bemerkt wurde, ist es jedoch zunächst die Exekutive, welche sich in der Situation wiederfindet, auf ungewisser Rechtsgrundlage eine Verwaltungsentscheidung treffen zu müssen. Beim Vorfinden unbestimmter Rechtsbegriffe, ist es deshalb eventuell notwendig einen

---

<sup>254</sup> *Bachof*, JZ 1955, 97, 100, 102.

<sup>255</sup> *Maurer*, § 7, Rn. 4.

<sup>256</sup> *Redeker*, NVwZ 1992, 105, 309; *Franzius*, DVBl. 2009, 409, 410.

<sup>257</sup> *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Hoffmann-Riem*, S. 725, Rn. 61.

<sup>258</sup> *Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Reimer*, S. 640 f., Rn. 67.

<sup>259</sup> *Maurer*, § 7, Rn. 34.

<sup>260</sup> Sonst bleibt es bei der „*Tatbestands- bzw. Bindungswirkung von Staatsakten*“, vgl. *Maunz-Dürig/Herzog*, Band III, Art. 20 GG, V. (1980), Rn. 60, 62; *Maurer*, § 7, Rn. 4.

Perspektivwechsel vorzunehmen. Der Blick ist von der *formellen* Betrachtung zu lösen und stattdessen einer *materiellen* Herangehensweise zuzuwenden. Die Diskussion um eine Freistellung von nachträglicher Kontrolle ist betreffs der „Versorgungssicherheit“ durch Bereitstellung einer prospektiven, weniger rückwärtsgewandten Grundlage zu ersetzen. Dabei kann die gerichtliche Kontrolle gedanklich Hilfestellung und Stütze sein, denn die Gerichte bilden ihre Rechtsauffassung beim Überprüfungsvorgang nicht willkürlich, sondern sind selbstverständlich auch bei Unbestimmtheit um Objektivierung und Rückanbindung an das Gesetz bemüht. Gesetzestreue und das Streben nach rechtmäßigem Handeln ist der Exekutiven zu unterstellen, nicht zuletzt da sie über Art. 20 Abs. 3 GG daran gebunden ist. Die Verwaltung wird daher ein Eigeninteresse daran haben, dass ihre Entscheidungen nicht verworfen werden. Behörden treffen ihre Maßnahmen bereits im Bewusstsein einer möglichen darauffolgenden verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.<sup>261</sup> Indem sich die Behörden an der hypothetischen Rechtsauffassung orientieren, entfaltet diese, selbst wenn es in concreto nicht zu einer Klageerhebung kommt, eine gewisse faktische „Vorwirkung“.<sup>262</sup>

c) *Bindung an Recht und Gesetz*

Das Damoklesschwert der gerichtlichen Kontrolle kann selbstverständlich nur dort disziplinierend wirken, wo eine solche tatsächlich stattfindet. Die eben angestellten Überlegungen greifen deshalb nur bedingt, wenn eine eigene materielle Befugnis der Verwaltung zur Konkretisierung einer Rechtsnorm gegeben ist, also gerade keine übergeordnete Instanz, die einmal getroffene Entscheidung revidieren kann.<sup>263</sup> Wenn sich die Hypothese eines materiellrechtlichen Kernbereichs der „Versorgungssicherheit“ bewahrheitet, dann ist die Verwaltung über den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung daran ebenfalls gebunden.<sup>264</sup> Findet sich eine begründbare Definition von Versorgungssicherheit, so ist sie, bei entsprechender gesetzlicher Zielvorgabe, gleichsam als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal zu berücksichtigen. Nicht über die Bindung an Recht und Gesetz per se bestehen bei der Unbestimmtheit Zweifel. Falls sie existiert, ist die Verwaltung an eine gesetzesimmanente Lesart ohnehin gebunden. Klärungsbedürftig ist vielmehr, wie sich eine einheitliche Deutung einbringen und

---

<sup>261</sup> Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 1.

<sup>262</sup> Maurer, § 7, Rn. 4.

<sup>263</sup> Maunz-Dürig/Grzeszick, Band III, Art. 20 GG, VI. (2007), Rn.114 f.

<sup>264</sup> Bachof, JZ 1972, 641, 644.

absichern lässt, auf welche Weise die Grenzen eben jener Bindung zu ziehen sind und wer zu dieser maßgeblichen Entscheidung berufen ist.<sup>265</sup>

d) *Selbstbindung der Verwaltung*

Wenn es an der Steuerungskraft der „drohenden“ judikativen Kontrolle fehlt, kann ein Standard materieller Interpretation auch durch die Verwaltung selbst herbeigeführt werden. Fehlt es an gesetzlicher Determinierung, steht es der Exekutiven frei, Verwaltungsvorschriften zur inhaltlichen, verfahrensmäßigen und organisatorischen Konkretisierung zu erlassen.<sup>266</sup> Solange es sich hierbei lediglich um die interne Ordnung des Gesetzesvollzugs und nicht um Rechtsetzung mit Außenwirkung handelt, bedarf es hierzu keiner eigenen parlamentarischen Ermächtigung.<sup>267</sup> Verwaltungsvorschriften fehlt es also an einer rechtlichen Außenwirkung, sie sind reines Organisationsbinnenrecht.<sup>268</sup> Es wird zwischen sog. „norminterpretierenden“ und sog. „normkonkretisierenden“ Verwaltungsvorschriften unterschieden. Besteht betreffs einer gerichtlichen Revision eines unbestimmten Rechtsbegriffs keine Einschränkung, kann aus den – in diesem Fall lediglich norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften – auch keine Bindung gegenüber den Gerichten resultieren.<sup>269</sup> Anderes gilt bei normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften, wie sie im Zusammenhang mit anerkannten Beurteilungsfreiräumen anzutreffen sind.<sup>270</sup> Soweit die Verwaltungsvorschriften den kraft Gesetzes zugebilligten Entscheidungsspielraum ausgestalten, binden sie die Judikative, gleich einer Norm, an ihren Inhalt.<sup>271</sup> Das Streben nach einer einheitlichen Rechtsanwendung ist der rechtsprechenden und der vollziehenden Gewalt gleichermaßen zu Eigen. Mithilfe der innenrechtlichen Konkretisierung anhand von Verwaltungsvorschriften kann nun der misslichen Lage abgeholfen werden, unbestimmte Rechtsbegriffe im entscheidungserheblichen Fall wiederkehrend aufs Neue auszulegen zu müssen. Dann entfalten sie zwar keine rechtliche, aber immerhin faktische

---

<sup>265</sup> *Bachof*, JZ 1972, 641, 644.

<sup>266</sup> *Maunz-Dürig/Grzeszick*, Band III, Art. 20 GG, VI. (2007), Rn. 114 f.

<sup>267</sup> *Maurer*, § 24, Rn. 11 a. E.; *Ehlers/ Pünder/ Ehlers*, § 2 II 2, Rn. 68.

<sup>268</sup> *Maurer*, § 24, Rn.17.

<sup>269</sup> *BVerwG* v. 19.12.1985 – 7 C 65/82, *BVerwGE* 72, 300;  
*Ehlers/ Pünder/ Möstl*, § 19 IV 1, Rn. 29.

<sup>270</sup> *BVerwG* v. 28.10.1998 – 8 C 16/96, *BVerwGE* 107, 338, 341.

<sup>271</sup> *Maurer*, § 24, Rn. 25 a.

Außenwirkung.<sup>272</sup> Wenn sich betreffs eines materiellen Kerngehalts der „Versorgungssicherheit“ erst einmal eine Verwaltungspraxis herausgebildet hat, tritt aufgrund der nach überwiegender Auffassung<sup>273</sup> auf dem Gleichheitsgebot fußenden „Selbstbindung der Verwaltung“ Rechtssicherheit ein.<sup>274</sup> Und zwar auch überall dort, wo die gerichtliche Kontrolle kraft eines administrativen Beurteilungsspielraums beschnitten ist und die Steuerungskraft einer nachvollziehenden Kontrolle nicht durchgreifen kann. Der „missing link“, wenn nach einem Argument für die Rechtsverbindlichkeit einer Definition auch außerhalb gerichtlicher Überprüfungscompetenz gesucht wird, ist also das Gebot der Rechtsanwendungsgleichheit.

Im Gegensatz zu solchen Rechtsbegriffen, deren Deutung einer Revision zugänglich ist und die Rechtsanwendungsgleichheit als natürlicher Impuls aus dem Vorrang des Gesetzes folgt, kommt ihr hier ein rechtserheblicher Eigenwert zu.

### III. Zwischenergebnis zur begrifflichen Einordnung

Der mit „geleitetem Beurteilungsspielraum“ überschriebene Vorgang bezeichnet mitnichten ein neues Konzept zur Behandlung unbestimmter Rechtsbegriffe. Dahinter steht lediglich der Gedanke einer im Bewusstsein etwaiger Rechtskontrolle vollzogenen Interpretation eines unbestimmten Rechtsbegriffes. Die Maßstäbe dessen, was schließlich als einzig rechtmäßige Entscheidung bestehen kann, ergeben sich ausschließlich aus dem Recht selbst und gelten für Verwaltung und Rechtsprechung gleichermaßen. Aus Sicht der vollziehenden Behörde ergibt sich angesichts dessen immer die Schwierigkeit, dass sie die Wertungen, welche das Gericht dem Rechtsbegriff unterlegt, möglicherweise (wenn auch nur geringfügig) verkennt und auf dieser Grundlage eine rechtswidrige Maßnahme erfolgt. Es muss unterstellt werden, dass die Verwaltung stets rechtstreu im Einklang mit Recht und Gesetz handeln will. Sie hat ein Interesse daran, dass die eigene mit der vom Gericht vorgenommenen Auslegung übereinstimmt. Beim Gesetzesvollzug wird sie daher eine Plausibilitätskontrolle anhand einer hypothetischen Rechtmäßigkeitskontrolle der Judikativen durchführen. Zu diesem Zweck bedarf es

---

<sup>272</sup> Maurer, § 24, Rn. 20, 25a.

<sup>273</sup> Maurer, § 24, Rn. 21 ff. m.w.N.

<sup>274</sup> Von einer etablierten Verwaltungspraxis kann erst ab ihrer dritten Anwendung gesprochen werden, für die ersten beiden Fälle behilft sich die Rechtsprechung mit der Figur der sog. „antizipierten Verwaltungspraxis“, vgl. *BVerwG* v. 24.03.1977 – 2 C 14.75, *BVerwGE* 52, 193, 199; *Döhler*, S. 215, 236; *Maurer*, § 24, Rn. 22; *Schneider/Theobald/Albrecht*, § 9, Rn. 21.

allgemeiner materieller Vorgaben. Noch ungeklärt ist an dieser Stelle der materielle, sachliche Gehalt der Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff. Dieser soll im Folgenden ermittelt werden.

## **B. Abgrenzung verwandter Begrifflichkeiten**

Der abstrakte Begriff der Versorgungssicherheit bekommt erst dann eine rechtliche Dimension, wenn man ihn zu den relevanten Parametern in Bezug setzt. Er weckt Assoziationen zu diversen nahestehenden (Rechts-) Begriffen, denn Versorgungssicherheit benötigt stets einen realen Bezugspunkt, nämlich Güter oder Dienstleistungen. In der Literatur werden die entsprechenden vergleichbaren rechtlichen Konzepte und Inhalte oftmals mit denselben Begrifflichkeiten bezeichnet, mögen die Rechtsfolgen im Einzelnen auch variieren.<sup>275</sup> Um nun die Versorgungssicherheit in diesen Kontext einordnen und ihren Bedeutungsgehalt bestimmen zu können sollen im Folgenden artverwandte Begrifflichkeiten definiert werden, um so den rechtlichen Minimalgehalt der Versorgungssicherheit anhand einer negativen Abgrenzung bestimmen zu können.

### **I. Leistungsverwaltung**

Die mit der Versorgungssicherheit in Zusammenhang stehenden und zuweilen konkurrierenden Termini weisen alle einen mehr oder weniger starken Bezug zu einer bestimmten Kategorie öffentlicher Aufgaben auf. Das Portfolio hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung enthält das aus rechtshistorischer Sicht moderne Ressort der leistenden Verwaltung.<sup>276</sup> Als sog. tertiärer Sektor<sup>277</sup> steht sie neben der Ordnungs- und Eingriffsverwaltung.

Die schiere Masse, der von der Verwaltung zu bewältigenden Aufgaben, erfordert eine Kategorisierung- und Typisierung. Öffentliche Aufgaben sind indes kein enumerativer

---

<sup>275</sup> *Ambrosius*, S. 15, 16; *Krajewski*, S. 1.

<sup>276</sup> *Gröttrup*, S. 7.

<sup>277</sup> *Grunow*, S. 325.

Katalog, vielmehr handelt es sich um eine stetig in der Entwicklung begriffene Materie, die von außen durch gesellschaftspolitische Gegebenheiten geformt wird. Die Auffassung dessen, was grundsätzlich dem Staat als öffentliche Aufgabe zugewiesen ist, hat sich auf dem Boden des deutschen Rechts mehrfach geändert und ist auch heute noch im Wandel.

### **1. Wirtschaftsförderung und soziale Frage: Anfänge der Leistungsverwaltung**

Normative Gefüge bestehen niemals um ihrer selbst willen, sie entspringen immer einer Lebenswirklichkeit, die eine rechtliche Ordnung erforderlich macht. So ist auch die öffentliche Leistungsverwaltung Produkt einer organischen Rechtsentwicklung, welche in dem einschneidenden Umbau von Wirtschaft und Gesellschaft an der Schwelle zum 19. Jahrhundert wurzelt.<sup>278</sup>

Im Zeitalter der Industrialisierung entwickelte sich Deutschland in rasantem Tempo von einem Agrar- zu einem Industriestaat. Grundlegende Parameter änderten sich. Auf dem Gebiet der heutigen Bundesrepublik Deutschland verdreifachte sich die Bevölkerungszahl, dieser Trend wurde durch den ersten Weltkrieg zwar gebremst, in der Tendenz war dennoch ein weiterer Zuwachs zu verzeichnen.<sup>279</sup> Die sich gegenseitig bedingende Verstädterung und der sich verlagernde Schwerpunkt der Erwerbstätigkeit von der Scholle in die Fertigungsanlagen, waren Keimzelle für das Phänomen vom Bedürfnis nach öffentlichen Leistungen.<sup>280</sup> Die bisher überwiegend autarke Lebensführung wurde durch die Verlagerung des Lebensmittelpunktes der Gesellschaft vom ruralen in den urbanen Raum abgelöst.<sup>281</sup> Die arbeitsteilige Gesellschaft widmete nunmehr ihre gesamte Arbeitskraft vorwiegend isolierten Tätigkeiten; in diversen existenziellen Lebensbereichen entstanden so Abhängigkeiten von einer Leistungsbereitstellung durch die öffentliche Hand.<sup>282</sup>

Gefördert wurde diese Entwicklung durch sozialpolitische Kofaktoren, namentlich die im Wandel begriffene Rolle der Familie, später ebenfalls durch die Folgen des ersten Weltkriegs.<sup>283</sup> Neben der Beantwortung der sog. sozialen Frage und der sich im

---

<sup>278</sup> Gröttrup, S. 7.

<sup>279</sup> Gröttrup, S. 8 ff.; Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 24 f.

<sup>280</sup> Gröttrup, S. 10 f.

<sup>281</sup> Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 25.

<sup>282</sup> Gröttrup, S. 10 f.

<sup>283</sup> Gröttrup, S. 11, 13.

historischen Ablauf anschließenden Bewältigung der verheerenden Lage, in der sich Deutschland nach Ende des ersten Weltkrieges befand, entsprang die Notwendigkeit öffentlicher Sozial- und Infrastrukturpolitik in ebenso großem Maße den ökonomischen Bedürfnissen eines Flächenstaates der sich zur Industrienation entwickelte. Voraussetzung einer prosperierenden Wirtschaft sind infrastrukturell günstige Voraussetzungen, darunter seien besonders die Bereitstellung von Energie, Wasser und Verkehrsanschlüssen hervorgehoben.<sup>284</sup>

Das also war die Sachlage, mit denen sich der Staat um die Jahrhundertwende konfrontiert sah.<sup>285</sup> Die dogmatischen Grundlagen der Leistungsverwaltung im Sinne der zeitgenössischen Verwaltungswissenschaft lassen sich nicht aus sich heraus erfassen. Vorweg muss vielmehr dargestellt werden, in welcher Realität die moderne Leistungsverwaltung ihren Ursprung nahm, wie sie sich in den Kontext der übrigen Exekutivaufgaben einbettet und auf welche Weise schließlich die juristische Literatur die Rechtsentwicklung begleitet und mitgestaltet hat.

## **2. Vom absolutistischen Wohlfahrtsstaat zum Rechtsstaatsideal**

Damals wie heute ist das Verwaltungsrecht ein Spiegel der Ideengeschichte seiner Zeit.<sup>286</sup> Das Ausmaß und die Zielrichtung der öffentlichen Leistungsfunktionen sind mit dem Rollenverständnis von Staatlichkeit einer jeden Epoche untrennbar verbunden. Grundstein des Verwaltungsrechts ist die Eingriffs- und Ordnungsverwaltung als klassisch obrigkeitszugehöriges Handlungsfeld. Jener Bereich hat im Laufe der Zeit ebenfalls einen grundlegenden Wandel durchlaufen. Auf seiner Entwicklung fußt die Entstehung der leistenden Verwaltung als Funktionseinheit. Bevor näher auf die Anerkennung und wissenschaftliche Befassung mit der Leistungsverwaltung als neuer Kategorie administrativen Handelns eingegangen werden kann, ist ein Rückblick auf die Evolution der klassischen Eingriffsverwaltung wesentlich.

---

<sup>284</sup> Gröttrup, S. 12.

<sup>285</sup> Gröttrup, S. 7 ff.

<sup>286</sup> Gröttrup, S. 23.

a) *Die gute Ordnung des Gemeinwesens: Polizeiodnungen des 18. Jahrhunderts*

Gegründet auf dem Selbstverständnis einer wohlmeinenden Obrigkeit wohnte dem Polizeibegriff des 18. Jahrhunderts ein Wohlfahrtszweck inne.<sup>287</sup> Polizei – im damaligen Sinne zu verstehen als die gute Ordnung des Gemeinwesens<sup>288</sup> – verfolgte über bloße Rechts- und Sicherheitszwecke hinausgehende Intentionen. Mittels einer Fülle von Polizeiodnungen wurde nicht nur das Gemeinwesen, sondern das „gute Leben“ der Individuen geordnet und bestimmt. Welches Verhalten den angestrebten Zustand der „Glückseligkeit“<sup>289</sup> der Bürger im Einzelnen fördert, wurde freilich nicht in deren eigenes Ermessen gestellt, sondern bevormundend festgelegt. Auch wenn Vordenker in der Literatur bereits eine Beschränkung der Polizeitätigkeit auf eine Abwehr künftiger Übel verlangten, fand diese Forderung vorerst keine zeitnahe Umsetzung.<sup>290</sup>

b) *Emanzipation des Bürgertums*

Während die Rechtsordnung auf dem Boden des Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation vorerst ihre patriarchalische Prägung beibehielt,<sup>291</sup> erstarkte unter dem Einfluss epochaler Persönlichkeiten, wie Immanuel Kant und Wilhelm von Humboldt, liberales Gedankengut. Ein strenges Rechtsstaatsideal formte sich, neben dem Bekenntnis zur bürgerlichen Freiheit, als Leitbild des Liberalismus heraus.<sup>292</sup>

Im Mittelpunkt der liberalen Thesen stand das Prinzip der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz. Der dem Polizeibegriff bis dato innewohnende Wohlfahrtszweck wurde als überkommen verworfen. Stattdessen sollte sich jener nunmehr ausschließlich darin erschöpfen, die „*öffentlichen Sicherheit, Gemächlichkeit und Anständigkeit*“ zu

---

<sup>287</sup> Gröttrup, S. 23.

<sup>288</sup> Gröttrup, S. 25; Ruffert, AöR 1999, Band 124, S. 237, 248.

<sup>289</sup> Gröttrup, S. 23, 25; Maier, S. 22, 218.

<sup>290</sup> Gröttrup, S. 25, 26.

<sup>291</sup> Als Anschauungsbeispiel sei hier das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten vom 05.02.1794 genannt, vgl. Gröttrup, S. 26 f.

<sup>292</sup> Gröttrup, S. 27, 28; Kant, § 49; von Humboldt, S. 44.

gewährleisten.<sup>293</sup> Während diese Lehrsätze noch in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts keine Anhänger in der praktizierenden und akademischen Rechtswissenschaft fanden,<sup>294</sup> so kann die Grundsteinlegung für das Gefahrenabwehrrecht im modernen Sinne auf den Erlass der „Kreuzberg Entscheidung“ des preußischen Oberverwaltungsgerichts am 14. Juni 1882 datiert werden.<sup>295</sup>

Das liberale Ideal von der Rechtsstaatlichkeit konnte sich also im Verwaltungsrecht etablieren und letzteres wurde geradezu zur Gallionsfigur der Herrschaft des Gesetzes. Rechtsstaatlichkeit meinte fortan vor allem Staatlichkeit im Sinne einer wohlgeordneten Verwaltung. Als zentrales Instrument exekutiven Handelns entwickelte sich dabei anhand des Polizeibefehls die Lehre vom Verwaltungsakt. So vollzog sich die Rechtsentwicklung von einer patriarchalisch-ordnenden Obrigkeit zu einer justizförmigen Verwaltung, die, vom Wohlfahrtszweck befreit, die Entwicklung zur modernen Dogmatik von der Eingriffsverwaltung vorzeichnet.

### 3. Fortentwicklung des Verwaltungsrechts

#### a) Liberale Freiheitsrechte im Fokus der Rechtswissenschaft

Das 19. Jahrhundert war folglich geprägt von der bürgerlichen Emanzipation und dem Kampf um ein Rechtsregime; aus verwaltungsrechtlicher Sicht also von der Implementierung des Sektors der Eingriffsverwaltung im modernen Sinne. Die Unterwerfung hoheitlichen Handelns unter die Freiheitsrechte der Bürger entspringt der Erkenntnis, dass eine Gesellschaft zu ihrer Aufrechterhaltung und Ordnung eine Staatlichkeit nicht vollkommen entbehren kann.<sup>296</sup> Eine Befreiung des Bürgertums durch gänzliche Abschaffung von Staatsgewalt erschien daher kein gangbarer Weg zur Verwirklichung der liberalen Ideale zu sein. Stattdessen vollzog sich der Wandel in legalen Strukturen. Die Verwaltungswissenschaft, die sich der liberalen Doktrin

---

<sup>293</sup> von Humboldt, S. 44.

<sup>294</sup> Gröttrup, S. 27.

<sup>295</sup> Steiner/Schenke/Schenke, S. 177, Rn. 5; Kugelmann, S. 25 f., Rn. 9 ff., Erichsen VVDStRL 1997, S. 172, 178 f.; die Kreuzbergurteile des Preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 10.06.1880 sind abgedruckt in DVBl. 1985, S. 216–226; ein historischer Abriss der Entwicklung des Gefahrenabwehrrechts in der Zeit des Preußischen Oberverwaltungsgerichts findet sich bei Poscher, S. 30 ff.

<sup>296</sup> Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 18, Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 23 f.

verpflichtet hatte, befasste sich deshalb nahezu ausschließlich mit dem bürgerlichen Recht auf Freiheit und Eigentum.<sup>297</sup>

b) *Fiskustheorie*

Wenn der Staat dem Bürger nicht als Obrigkeit gegenübertrat, also gerade kein Über-Unterordnungsverhältnis begründet werden sollte, kam entsprechend der damaligen Lehre von den Handlungsformen der Verwaltung alternativ lediglich die Qualifikation als fiskalisches Verwaltungshandeln in Frage. „Fiskus“ war in Zeiten des Spätabolutismus zu verstehen als Fiktion einer juristischen Person des Privatrechts. Es handelte sich dabei um eine vom Staat als Hoheitsträger verschiedene Rechtsperson.<sup>298</sup> Hintergrund war wiederum das Obrigkeitsverständnis des Spätabolutismus, denn gegen Akte des Staates die in hoheitlicher Funktion erfolgten, konnte gerichtlicher Rechtsschutz nicht nachgesucht werden.<sup>299</sup> Die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips hatte sich noch nicht auf das Prozessrecht erstreckt. So bediente man sich, sobald finanzielle Interessen betroffen waren, der Hilfskonstruktion des „Fiskus“ als Privatrechtssubjekt, um entschädigungslose Eingriffe in „wohlerworbene Rechte“ der Bürger zu vereiteln.<sup>300</sup> Der Rechtsweg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit war somit eröffnet,<sup>301</sup> auch wenn sich die bürgerlichen Freiheitsverbürgungen auf diese Weise eigentlich in einer Praxis des „dulde und liquidiere“ erschöpften.<sup>302</sup>

c) *Leistungsverwaltung durch Selbstverwaltung*

Bedingt durch eine nunmehr enge Interpretation des Polizeibegriffs, zog sich der Staat aus vielen Bereichen zurück, die aufgrund des ihm bis dahin eigenen Wohlfahrtspflegeauftrags seiner Verantwortlichkeit unterfielen.<sup>303</sup> Dieses Vakuum füllten genossenschaftlich verfasste Bürgergemeinden aus.<sup>304</sup> Anders als die parallel bestehende

---

<sup>297</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 23.

<sup>298</sup> Uerpmann, S. 127; Mayer, S. 49.

<sup>299</sup> Gröttrup, S. 32; zur Entwicklung des Verständnisses von „Fiskus“ seit dem römischen Reich vgl. Lechner, S. 29 ff.

<sup>300</sup> Gröttrup, S. 32.

<sup>301</sup> Uerpmann, S. 126 f.

<sup>302</sup> Gröttrup, S. 32; Mayer, S. 53.

<sup>303</sup> Gröttrup, S. 33, 38.

<sup>304</sup> Gröttrup, S. 33, 36 ff. Jellinghaus, S. 277; Henneke, S. 17, 19 ff.

Gemeindeverwaltung im Sinne einer administrativen Einheit des Staates,<sup>305</sup> standen die Bürgergemeinden nach damaligem Verständnis als Teil der Gesellschaft dem Staat gegenüber.<sup>306</sup> Dieser Dualismus von Staat und Gesellschaft kommt auch im damaligen verfassungsrechtlichen Verständnis von Gemeindefreiheit zum Ausdruck, welches die kommunale Selbstverwaltung in Nähe der Vereinsfreiheit einordnete. Die gemeindliche Selbstverwaltung war demnach nicht als institutionelle Garantie in administrative Strukturen integriert, sondern wurde schlicht als ein gegen den Staat ausgerichtetes Freiheitsrecht der Kommunen interpretiert. Bis der Staat die eingestellten Aufgaben wieder an sich zog, folgte man im Wesentlichen der Devise: Der Staat herrscht, die Gemeinde wirtschaftet.<sup>307</sup> Die wirtschaftliche Selbstverwaltung vollzog sich einerseits mittels Anstaltsbetriebs, andererseits durch sonstige Leistungserbringung.<sup>308</sup> Allerdings blieben die unweigerlich aufkommenden vielfältigen Rechtsfragen, von der Wissenschaft weitgehend unbeachtet und wurden daher zunächst keiner stimmigen Lösung zugeführt.<sup>309</sup> Zweifel bestanden bspw. hinsichtlich der Reichweite des Aufgabenspektrums, der Wahl der zweckentsprechenden Rechtsform sowie der Ausgestaltung der Nutzungsordnungen der Anstalten. Eine nicht unerhebliche Rechtsunsicherheit im Bereich der von den Bürgern zu erbringenden Gegenleistung, des Zugangs und der Nutzung oder der Frage nach der Anwendbarkeit der Gewerbeordnung war die Folge.<sup>310</sup>

*d) Frühe rechtswissenschaftliche Thesen zur Leistungsverwaltung*

Erst gegen Ende des ausgehenden 19. Jahrhunderts fand schließlich eine rechtswissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Frage der sog. gesetzefreien Verwaltung statt.<sup>311</sup> Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nach innen und außen dient dem Staat vor allem seinen eigenen Zwecken.<sup>312</sup> Ob und in welchem Ausmaß er darüber hinaus befugt sein sollte, ohne Anwendung von Zwang tätig zu werden, erschien lange als nebensächlich. Mit Anbruch des neuen Jahrhunderts begann erstmalig die methodische Auseinandersetzung mit dem Gegenstand der

---

<sup>305</sup> Gröttrup, S. 33.

<sup>306</sup> Gröttrup, S. 33, 34 f.; Angermann, ZfP 1963, 89, 92 ff.; Heffter, S. 269

<sup>307</sup> Gröttrup, S. 35, 36

<sup>308</sup> Gröttrup, S. 44.

<sup>309</sup> Gröttrup, S. 39.

<sup>310</sup> Gröttrup, S. 42 f.

<sup>311</sup> Gröttrup, S. 29; Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 23.

<sup>312</sup> Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 13.

Leistungsverwaltung. Die oben dargestellten Schwierigkeiten, die faktische Arbeit welche von den Gemeinden bis dato ohne eindeutige rechtliche Direktion geleistet wurde, in die legalen Strukturen des überkommenen Verwaltungsrechts einzugliedern, macht die Unvollkommenheit des klassischen Verwaltungsrechts sichtbar. Bis *Ernst Forsthoff* mit seinem Lehrwerk zur Daseinsvorsorge das Problembewusstsein dafür schuf, dass ein Denken in den bisherigen Kategorien fruchtlos ist,<sup>313</sup> haben in der Zwischenzeit bereits andere die Dringlichkeit nach rechtlicher Ordnung der Leistungsverwaltung erkannt und erste Lösungsansätze formuliert. Hinter den Thesen steht dabei jeweils der Leitgedanke, dass Grundrechte auch im Bereich der leistenden Verwaltung effektiv zur Geltung kommen müssen. Ziel der dogmatischen Konstruktionen war also vornehmlich, den Bürgern Rechtssicherheit, möglichst mittels eines Anspruchs auf die entsprechenden Leistungen, zu gewähren. Die Möglichkeit die betreffenden Leistungen in Anspruch nehmen zu können, sollte nicht vom Entgegenkommen oder dem Wohlwollen desjenigen abhängen, der die Leistung zur Verfügung stellt, sondern es sollte die Rechtsbeziehung des Leistungsträgers zu seinem Abnehmer eindeutig geordnet werden.<sup>314</sup> Eine Stellschraube war dabei zunächst das Anstaltswesen.<sup>315</sup> So plädierte *Fleiner*<sup>316</sup> für eine Überarbeitung des konventionellen Antagonismus zwischen fiskalischen Unternehmungen der Verwaltung und nicht gewerblichen Anstalten. Er empfahl eine Ausweitung des nicht gewerblichen Anstaltswesens, wobei dieses einem eigens auszuarbeitenden öffentlich-rechtlichen Anstaltsrecht zu unterstellen sei. Die wirtschaftlichen Betätigungen sollten indessen weiterhin dem bürgerlichen Recht zugeordnet bleiben. Notwendiges Unterscheidungsmerkmal in Bezug auf die fragliche Betätigung, sollte ein subjektives Moment bei der Errichtung der Anstalt sein. Sind die Leistungen der Anstalt allen Bürgern gleichmäßig und zu gleichen, billigen Bedingungen gewidmet, so soll es sich um eine nicht-gewerbliche Unternehmung handeln, gleichgültig ob tatsächlich Gewinn erwirtschaftet wird oder nicht.<sup>317</sup> Als Unternehmen, die diesen nicht-gewerblichen Anstaltszweck verfolgen, seien beispielhaft Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke, ebenso wie Leihhäuser oder Bestattungsunternehmer genannt.<sup>318</sup> Nur

---

<sup>313</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 12.

<sup>314</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 336 f.; *Fleiner*, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, S. 15; *Gröttrup*, S. 59.

<sup>315</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 321 ff.; *Gröttrup*, S. 58.

<sup>316</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 327; *Fleiner*, Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, S. 15.

<sup>317</sup> *Gröttrup*, S. 58.

<sup>318</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 323.

bei einer Herrschaft des öffentlichen Rechts, sieht *Fleiner* den dem Betrieb dieser Unternehmungen zugrundeliegenden Fürsorgegedanken gewährleistet. Seiner Auffassung nach weist die reale Rechtsentwicklung ohnehin in Richtung des öffentlichen Rechts.<sup>319</sup> Anders *Köttgen*,<sup>320</sup> der ebenfalls den fehlenden Grundrechtsbezug aufgrund vorwiegend privatrechtlicher Organisation der leistenden Verwaltung als Missstand erfasst, die Organisation von Verwaltungsaufgaben in der Tendenz jedoch immer mehr in Richtung Bürgerliches Recht abdriften sieht.<sup>321</sup> Sein Vorschlag zur Durchsetzung des öffentlichen Rechts sieht in dogmatischer Hinsicht eine wesentliche Einschränkung des öffentlichen Anstaltsbegriffs vor,<sup>322</sup> andererseits fordert er ebenfalls rechtspolitische Bemühungen, um die notwendigen Reformen von oben durchzusetzen.<sup>323</sup> Eine völlig konträre Herangehensweise verfolgte *Kaufmann*,<sup>324</sup> der statt einer Betonung der Notwendigkeit eines öffentlich-rechtlichen Rechtsbezugs, über eine Anpassung des ohnehin überwiegend angewendeten Privatrechts nachdachte.<sup>325</sup> Seine Kritik am deutschen Verwaltungsrecht ist überdies prinzipieller Natur, er beanstandete das deutsche Verwaltungsrecht seiner Zeit als Sonderrecht der Hoheitsverwaltung,<sup>326</sup> das sich in der Funktion eines rechtsstaatlich modifizierten Polizeirechts erschöpfe. Seine These gründet sich vor allem auf rechtsvergleichenden Studien des französischen Konzepts vom „service public“. Unmittelbare Vorarbeit zu der Lehre *Forsthoffs* leistete *Jellinek*, der als Erster den bis dato unangetasteten Dualismus zwischen hoheitlichem und fiskalischem Verwaltungshandeln durchbrach, indem er eine Kategorie der schlichten Hoheitsverwaltung benannte, innerhalb derer der Staat weder eingreifend noch zu wirtschaftlichen Zwecken agiert.<sup>327</sup> *Jellinek* bezeichnete damit insbesondere infrastrukturelle Verwaltungstätigkeiten.<sup>328</sup> Auch wenn sich der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung nicht nachhaltig durchsetzen konnte, so war immerhin der Boden bereitet für die Lehre von der Daseinsvorsorge.<sup>329</sup>

---

<sup>319</sup> *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, S. 337.

<sup>320</sup> *Köttgen*, VVDStrL 1929, S. 105 ff.

<sup>321</sup> *Köttgen*, VVDStrL 1929, S. 105, 106; *Gröttrup*, S. 59.

<sup>322</sup> *Köttgen*, VVDStrL 1929, S. 105, 110.

<sup>323</sup> *Köttgen*, VVDStrL 1929, S. 105, 110, 124 f.

<sup>324</sup> *Kaufmann*, S. 688 ff.

<sup>325</sup> *Kaufmann*, S. 688, 715.

<sup>326</sup> *Gröttrup*, S. 61.

<sup>327</sup> *Jellinek*, S. 21 ff.

<sup>328</sup> *Jellinek*, S. 22; *Gröttrup*, S. 62.

<sup>329</sup> So auch *Forsthoff* selbst in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 9

#### 4. Die Lehre von der Daseinsvorsorge nach Forsthoff

Dass leistende Tätigkeit als eigene Kategorie öffentlich-rechtlicher Verwaltung anerkannt und auf diese Weise in die staatliche Sphäre zurückgeführt wurde, ist wesentlicher Verdienst des Staatsrechtlers *Ernst Forsthoff*.<sup>330</sup> Im Jahr 1938 schöpfte er in seiner Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“, auf soziologischen Befunden basierend,<sup>331</sup> den Begriff der „Daseinsvorsorge“ um den von ihm empfundenen Unzulänglichkeiten der zeitgenössischen liberalen Verwaltungswissenschaft abzuhelfen.<sup>332</sup> Die Entstehungsgeschichte, der im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht gebräuchlichen Dichotomie zwischen Eingriffs- und Ordnungsverwaltung einerseits und Leistungsverwaltung andererseits, ist gleichzeitig die, von der Lehre zur Daseinsvorsorge.<sup>333</sup>

##### a) Vorüberlegungen zur Notwendigkeit der Begriffsneuschöpfung

Mit dem Begriff der Daseinsvorsorge und den darin verbürgten Funktionen bezweckte er, wie seine Vorgänger vor ihm, das Grundverhältnis des Staates in seiner modernen, nämlich leistenden Erscheinungsform zu dem einzelnen Bürger öffentlich-rechtlich zu ordnen. Während dieses Grundverhältnis im Bereich der rechtsstaatlichen Eingriffsverwaltung durch die *Freiheit* bestimmt ist, so beruht es bei der Leistungsverwaltung auf *Teilhabe*. Ihr den Schutz des öffentlichen Rechts zu verleihen, ist der Sinn des Begriffs der Daseinsvorsorge.<sup>334</sup>

Die leistende Verwaltung ist an die Formen des öffentlichen Rechts nicht gebunden. Das

---

<sup>330</sup> *Hellermann*, S. 266; *Kahle*, S. 141.

<sup>331</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 24 f.

<sup>332</sup> *Forsthoff, Ernst*: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart u. a. 1938, auszugsweise abgedruckt in: *Forsthoff, Ernst*: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959; Selbstverständlich muss die wissenschaftliche Arbeit Forsthoffs vor dem geistesgeschichtlichen Hintergrund seiner Zeit gelesen werden. Näheres zur Person Ernst Forsthoff und seiner Haltung zum NS-Regime und dessen Ideologie ist etwa nachzulesen bei: *Rüthers*, myops 2008, 67 ff.; *Assall*, FoR 2007, 44 f.; *Jellinghaus*, S. 15; umfassend hierzu *Meinel*, Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, Ernst Forsthoff und seine Zeit; die vergriffene Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“ veröffentlichte Forsthoff 1959 schließlich erneut, dabei beschränkte er sich allerdings auf Auszüge, denn „[...] die weggelassenen Kapitel enthalten Exemplifikationen auf das damals geltende Recht.“, vgl. *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Vorwort.

<sup>333</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 9.; von *Unruh*, DÖV 2006, 779, 780.

<sup>334</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 9.

Interesse des Einzelnen hinsichtlich Teilhabe an der jeweiligen Leistung besteht jedoch unabhängig von den Gründen, welche die Verwaltung zur privatrechtlichen Formwahl bewogen haben. Darin liegt die Notwendigkeit begründet, ein sachliches Kriterium für die Bestimmung des öffentlichen Elements innerhalb der Leistungsverhältnisse zu ermitteln.

Unabhängig von der jeweiligen Formtypik des Verwaltungshandelns, soll der Schutzfunktionen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Grundrechten,<sup>335</sup> zur Durchsetzung verholfen werden. Sinn und Zweck der Begriffsneuschöpfung war also, dem Einzelnen die Durchsetzung seines Teilhabeanspruchs auch klageweise abzusichern.<sup>336</sup> Denn *Forsthoff* wertete die Verweigerung des Zugangs zu Waren und Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im Vergleich zu den meisten klassischen eingriffsrechtlichen Maßnahmen als prinzipiell grundrechtsintensiveren Eingriff:

*„Die Frage stellt sich: Wie kommt es, daß die Menschen des 20. Jahrhunderts mit Betonung und Bewußtsein die individuellen Freiheiten, die ein Zeitalter als die höchsten und unverlierbaren Errungenschaften feierte, zurückweisen und sich in Bindungen begeben, welche diesem Zeitalter unerträglich gewesen wären. [...] Im modernen Staate behauptet sich der Mensch nicht durch eine ihm garantierte individuelle Freiheit, sondern durch Teilhabe. [...] Heute wird man sagen müssen, daß sich die übrigen staatlichen Funktionen [...] auf der Basis einer durch Teilhabe an der Daseinsvorsorge (im weitesten Sinne) erst ermöglichten Existenz des einzelnen Volksgenossen entfalten. Die Daseinsvorsorge ist also das Primäre.“*<sup>337</sup>

#### b) Daseinsvorsorge als Abhilfe sozialer Bedürftigkeit

Um verständlich zu machen, wie der Begriff der Daseinsvorsorge zu interpretieren ist und auf welchem Verständnis sein Lehrwerk baut, erläutert *Forsthoff* zunächst die

---

<sup>335</sup> Die plakative Aussage *„Die Grundrechte gehören der Geschichte an.“*, (*Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 22) steht dem nicht entgegen. Sie ist wiederum der Zeitgeschichte geschuldet, so *Forsthoff* selbst in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), Vorwort; zum anderen ist damit im Kontext die hergebrachte Dichotomie individueller Freiheits(grund)rechte und staatlichen Zwangs angesprochen, die *Forsthoff* mit seiner Lehre gerade aufbrechen wollte.

<sup>336</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 14; *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 37.

<sup>337</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 28 f., 39, 42.

veränderten Lebensumstände und ihre Konsequenz für die Lebenswirklichkeit der Menschen.<sup>338</sup> Forsthoff unterteilt den Lebensraum des Menschen, in dem er sein Dasein verbringt, in *effektiven* und *beherrschten* Raum. Als beherrschter Raum soll derjenige bezeichnet werden, der dem Menschen in so intensiver Weise zugeordnet ist, dass er als ihm allein gehörend bezeichnet werden darf, über den er faktisch die alleinige Herrschaftsmacht besitzt. Der effektive Raum hingegen ist derjenige, in dem sich das Leben, über den beherrschten Bereich hinaus, tatsächlich abspielt.<sup>339</sup> Durch die industriell-technische Entwicklung kehrt sich die autarke Lebensführung um, sein städtischer Lebensmittelpunkt trennt den Menschen von den existenziellen Lebensgütern.<sup>340</sup> Der moderne Mensch hat im Laufe seiner Entwicklungsgeschichte und ganz besonders seit dem Zeitalter der Industrialisierung auf den eigenen beherrschten Lebensraum, zugunsten der Möglichkeit diesen räumlich auszudehnen, verzichtet. Je weiter sich der beherrschbare Aktionsradius verringert umso eher wächst die soziale Bedürftigkeit.<sup>341</sup> Unter *sozialer Bedürftigkeit* versteht Forsthoff die Lage, in der sich derjenige befindet, der sich die notwendigen oder über das Maß des Notwendigen hinaus erstrebten Lebensgüter erst im Wege der Aneignung<sup>342</sup> zugänglich machen muss. Dieser Zustand besteht unabhängig von dem wirtschaftlichen Vermögen oder Unvermögen des Einzelnen, sich die benötigten Güter und Leistungen durch Hingabe eines finanziellen Gegenwertes zu beschaffen. Sie ist daher nicht zu verwechseln mit der staatlichen Fürsorge; einseitige Leistungsverhältnisse der Verwaltung scheiden aus dem Daseinsvorsorgebegriff von vorneherein aus.<sup>343</sup> Allein die Beschaffungsnot, bedingt durch mangelnde Autarkie des Individuums begründet soziale Bedürftigkeit in diesem Sinne. Alle Anstrengungen, die zur Befriedigung dieses Appropriationsbedürfnisses unternommen werden, bezeichnet Forsthoff nun als *Daseinsvorsorge*.<sup>344</sup> Daseinsvorsorge

---

<sup>338</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 24 f.

<sup>339</sup> Forsthoff, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, S. 7.

<sup>340</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 25.

<sup>341</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 26.

<sup>342</sup> Forsthoff verwendet den Begriff der „Appropriation“.

<sup>343</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 37.

<sup>344</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 26.

lässt sich dementsprechend als Vorsorge für Lebensnotwendigkeiten paraphrasieren.<sup>345</sup>

c) *Gegenstand und Umfang von „Daseinsvorsorge“*

Konturen verleiht *Forsthoff* dem Daseinsvorsorgebegriff durch eine sachbezogene Zuordnung von Gegenständen.<sup>346</sup> Auf eine formaljuristische Bestimmung verzichtet er ganz bewusst, da seine Lehre ohnehin auf eine dogmatisch im Wandel begriffene Materie trifft. Auf Handlungsformen der Verwaltung als Begründungsmodell zur abstrakten Interpretation von Daseinsvorsorge zurückzugreifen, sieht er sich außer Stande.<sup>347</sup> Schließlich soll eben jener Begriff der Rechtsunsicherheit, die mit der Beliebigkeit der Formwahl einhergeht, Abhilfe schaffen. *Forsthoff* benennt exemplarisch Kategorien, die er auf dieser Grundlage als der Daseinsvorsorge zugehörig verstanden haben will. Die Versorgungsbetriebe nennt er als klassischen, der Daseinsvorsorge zuzurechnenden Bereich.<sup>348</sup> Ferner ebenfalls die Verkehrsmittel, gleich ob Personen- oder Güterverkehr.<sup>349</sup> Für Theater und Lichtspielhäuser lehnt er eine lebenswichtige Angewiesenheit des Einzelnen ab, für öffentliche Bäder, insbesondere Heilbäder müsse man eine solche hingegen wohl annehmen.<sup>350</sup> *Forsthoff* gibt zu, dass er darüber, wo die Grenze der in die Daseinsvorsorge einzubeziehenden Versorgungsbedürfnisse exakt verlaufen soll, keine definitive Aussage treffen kann. Eine Differenzierung nach notwendigen und nichtnotwendigen Versorgungsbedürfnissen lehnt er mangels spürbaren Gewinn für die Inhaltsbestimmung und der ständigen Entwicklung dessen, was gemeinhin als notwendig angesehen wird, ab.<sup>351</sup> Daseinsvorsorge weist demnach einen starken Gegenwartsbezug auf, Ausgangspunkt muss der status quo der Versorgungsbedürfnisse und Versorgungslage sein. Ein Anspruch auf ein „Mehr“ an staatlichen Einrichtungen und Leistungen soll daraus nicht abgeleitet werden können. Später hat *Forsthoff* selbst immer

---

<sup>345</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 32.

<sup>346</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 11 f.

<sup>347</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 39.

<sup>348</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 12 f.

<sup>349</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 38 f.

<sup>350</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 38 f.: „Im Übrigen ist hier nicht der Ort, die Grenzen in den Einzelheiten zu ermitteln.“

<sup>351</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 12 f.

wieder Korrekturen an seinem Konzept vorgenommen.<sup>352</sup> Selbst zu Lebzeiten *Forsthoffs* war Daseinsvorsorge kein starres Modell. Was unter allen Umständen in den Umfang der Daseinsvorsorge einzubeziehen ist, wies also schon immer zumindest Randunschärfen auf. Indes lässt sich der Umfang zumindest negativ begrenzen. Folgende Gesichtspunkte, auf die *Forsthoff* bereits die Notwendigkeit von „Daseinsvorsorge“ gestützt hat, fungieren zugleich als begrenzende Faktoren seines Konzepts. Dieses behält nämlich nur dann seinen ihm zgedachten konkreten Sinn, wenn der Einzelne auf den Bestand des Leistungsverhältnisses *angewiesen* ist und dieses von einem *Gegenseitigkeitsverhältnis* geprägt ist.<sup>353</sup> Außerdem beinhaltet Daseinsvorsorge einen notwendigen Bezug zum *Allgemeinwohl*.<sup>354</sup>

d) *Daseinsvorsorgeverantwortung: Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses*

*Forsthoff* setzt die ratio der Begriffsneuschöpfung ins Werk, indem er der Verwaltung auf den Sektoren der Daseinsvorsorge eine korrespondierende Verantwortung auferlegt.<sup>355</sup> Die öffentlich-rechtliche Übernahme der Daseinsvorsorgeverantwortung korrigiert die Schiefelage der Gefahrtragungssphären, welche auftritt wenn individuelle Risikoübernahme nicht länger auf einer freien Entscheidung beruht, sondern sich als alternativlos darstellt.<sup>356</sup> In die Defizite der Privatautonomie muss die hoheitliche Gewalt eintreten und das Risiko in die Gemeinschaft überführen.<sup>357</sup> Davon unberührt bleibt die Entscheidung des Einzelnen den Anspruch auf die hoheitlich protegierte Leistung überhaupt zu erheben, ebenso die rechtliche Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses zum Bürger.<sup>358</sup> Allgemein nimmt der Staat die Daseinsvorsorgeverantwortung als Facette

---

<sup>352</sup> Vgl. dazu den Überblick bei *Krajewski*, S. 21 ff.

<sup>353</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 38; damit ist nicht ausgeschlossen, dass Daseinsvorsorgeleistungen eine soziale Komponente aufweisen, HStR/*Rüfner*, Band IV, § 96, Rn. 12 ff.

<sup>354</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 13.

<sup>355</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 26.

<sup>356</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 36 f.

<sup>357</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 36 f.

<sup>358</sup> *Forsthoff*, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 37.

der Wohlfahrts- oder Gemeinwohlpflege<sup>359</sup> wahr, in dem er die Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses ermöglicht.<sup>360</sup> In Ausgestaltung dieser Verantwortung erfüllt er in den Bereichen der Daseinsvorsorge folgende drei Funktionen: Die Gewährleistung eines angemessenen Verhältnisses von Lohn und Preis, wobei das Recht auf Arbeit und einen angemessenen, durch Arbeit verdienten Lohn zugrunde liegt,<sup>361</sup> die Lenkung des Bedarfs der Erzeugung und des Umsatzes; die Darbringung von Leistungen, auf welche der in die modernen, massentümlichen Lebensformen verwiesene Mensch lebensnotwendig angewiesen ist.<sup>362</sup>

*e) Konsequenzen für das Verständnis von Leistungsverwaltung*

Die *Forsthoff'sche Lehre* ist für die Entstehung der Leistungsverwaltung als Modus hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung zentral, doch setzt sie keinen Schlusspunkt hinter die Darstellung.<sup>363</sup> Anders als bspw. in Frankreich hat die Rechtsentwicklung hin zum modernen Sektor der Leistungsverwaltung nicht gleichzeitig ein dem „service public“ vergleichbaren justiziablen Daseinsvorsorgebegriff hervorgebracht.<sup>364</sup>

Mehr noch, obwohl „Daseinsvorsorge“ beinahe inflationäre Verwendung findet,<sup>365</sup> lässt sich kaum eine einheitliche Auffassung darüber finden, welche Bedeutung ihr nach aktuellem Rechtsverständnis zukommen soll.<sup>366</sup> Die Anerkennung einer Tätigkeit als

---

<sup>359</sup> Dem Gemeinwohl dienlich kann auch staatliches Handeln sein, von dem die Glieder der Gesellschaft nur *mittelbar* profitieren, bspw. Preis- und Währungsstabilität u.ä., Daseinsvorsorge impliziert darüber hinaus eine *unmittelbare* Beziehung des Staates zu dem Bürger, HStR/Rüfner, Band IV, § 96, Rn. 1, 3.

<sup>360</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 27; dort wo bereits ein Gesetz einen Teilhabeanspruch des Einzelnen auf Leistungen der Daseinsvorsorge ausdrücklich anerkennt, ist Zweckerreichung anzunehmen, vgl. Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 10; HStR/Rüfner, Band IV, § 96, Rn. 5.

<sup>361</sup> Diese funktionelle Dimension relativierte er später, vgl. Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 19: „[...] hatte ich noch, der damaligen Rechtslage entsprechend, der Verwaltung die Vorsorge für einen angemessenen Arbeitslohn zugerechnet. Es ist sehr bemerkenswert, daß mit dem Verzicht auf die staatliche Schlichtung bei kollektiven Lohnstreitigkeiten die Verantwortung für den angemessenen Arbeitslohn auf die industrielle Gesellschaft überging. [...]“.

<sup>362</sup> Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger (1938), in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 27.

<sup>363</sup> So Forsthoff selbst in: Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung (1959), S. 14.

<sup>364</sup> Ambrosius, S. 15, 20.

<sup>365</sup> Püttner, Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, S. 45, 48.

<sup>366</sup> Püttner, Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, S. 45, 48; Knauff, S. 47.

Daseinsvorsorge hat per se keine unmittelbar rechtlichen Folgen. Sie dient vielmehr der Kategorisierung gewisser Staatsaufgaben, die sich dadurch auszeichnen, dass ein Marktversagen der Privatwirtschaft im Bereich (lebens-) notwendiger Güter und Dienstleistungen ausgeglichen wird.<sup>367</sup> Sektoren die anerkanntermaßen als Angelegenheiten der Daseinsvorsorge subsumiert werden sind die Grundversorgung mit Wasser und Energie, die Abwasser- und Abfallbeseitigung, der öffentliche Personennahverkehr, Post und Telekommunikationsdienstleistungen, Gesundheitsdienste, Bildungseinrichtungen, das Bank- und Versicherungswesen, und ähnliches mehr.<sup>368</sup>

Art. 106 Abs. 2 AEUV spricht in Anlehnung an die französischen „services public“ von „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“.<sup>369</sup> Sie sind als marktbezogene Tätigkeiten zu verstehen, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden. Seit dem Vertrag von Lissabon sind sie in Art. 14 AEUV vertraglich verankert.<sup>370</sup>

Die rechtliche Ordnung und Intensität staatlicher Beteiligung der vorgenannten Branchen variiert ungemein. Die Heterogenität der einzelnen Daseinsvorsorgeleistungen ist die Ursache, dass ihr Überbegriff kein Anknüpfungspunkt für ein rechtsfolgenbehaftetes Daseinsvorsorgedogma sein kann.<sup>371</sup> Unter dem prägenden Einfluss der Lehre *Forsthoffs* und seinem Bemühen die bezeichneten Aktivitäten dem öffentlichen Recht zu unterstellen, hat sich „Daseinsvorsorge“ zu einem geläufigen Ausdruck für *staatliche* Leistungserbringung entwickelt. Die wichtigen netzgebundenen Daseinsvorsorgeleistungen – Energieversorgung, Telekommunikation, Verkehr und Post – befanden sich noch bis etwa zur Mitte des 20. Jahrhunderts exklusiv in staatlicher Hand.<sup>372</sup> Erst durch marktliberale Rechtsetzung der europäischen Gemeinschaft konnten private Akteure an diesen Daseinsvorsorgeleistungen wirtschaftlich mitwirken.<sup>373</sup>

Aufgrund dieser gewachsenen Strukturen impliziert die Nennung der „Daseinsvorsorge“

---

<sup>367</sup> Henneke, S. 17, 18 f.

<sup>368</sup> HStR/Rüfner, Band IV, § 96, Rn. 7; Henneke, S. 17, 18.

<sup>369</sup> Kahle, S. 164; Pielow, JUS 2006, 780.

<sup>370</sup> von Danwitz, S. 103, Ambrosius, S: 15, 21; Kämmerer, NVwZ 2002, 1041; Koenig, EuZW 2001, 481; Frenz, GewArch 2011, 16 ff.

<sup>371</sup> Waiz, S. 41 f.

<sup>372</sup> von Weizsäcker, S. 9.

<sup>373</sup> Waiz, S. 41, 44.

seinem hergebrachten Begriffshorizont nach irgendeine Form staatlicher Beteiligung.<sup>374</sup> Das wissenschaftliche Erbe *Forsthoffs* hat sich insofern durch die grundsätzliche Zurechnung zum öffentlichen Recht als rechtsdogmatischer Katalysator für eine Expansion hoheitlicher Verwaltungstätigkeit erwiesen.<sup>375</sup> Auf *Forsthoff* lässt sich außerdem eine Gemeinsamkeit aller Erscheinungsformen leistender Verwaltungstätigkeit zurückführen, nämlich das von „Teilhabe“ bestimmte verwaltungsrechtliche Grundverhältnis.<sup>376</sup>

## 5. Zwischenergebnis

Leistungsverwaltung beschreibt die besondere *Rechtsbeziehung*, in der sich der Staat zum Bürger begibt, wenn er ihm nicht repressiv gegenübertritt.<sup>377</sup> Die Daseinsvorsorge ist dabei ein wichtiger Ausschnitt aus dem gesamten Spektrum dessen was in diesem Sinne dem Oberbegriff Leistungsverwaltung unterfällt. Ein Synonym für Leistungsverwaltung ist sie indes nicht.<sup>378</sup>

## II. Öffentliche Aufgaben

„Öffentliche Aufgaben“ beziehen sich, anders als die eben erörterte „Leistungsverwaltung“ jedenfalls nicht ausschließlich auf die Beziehung zweier Rechtssubjekte untereinander. Hier stellt sich vielmehr die Frage, an welches Rechtssubjekt die, dem Aufgabenbegriff immanente Aufforderung zur Vornahme von Handlungen, gerichtet ist.<sup>379</sup> Kann dies aufgeklärt werden, stellt sich konsequenterweise zugleich die Folgefrage nach Umfang und Grenzen der zu erfüllenden, als „öffentlich“ bezeichneten, Aufgaben.

---

<sup>374</sup> Henneke, S. 17, 34.

<sup>375</sup> Maurer, § 2, Rn. 6.

<sup>376</sup> *Forsthoff*, Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, S. 11; *Schmidt-Aßmann*, S. 151.

<sup>377</sup> HStR/*Murswiek*, Band IX, § 192, Rn. 23.

<sup>378</sup> *Krajewski*, S. 26, 42.

<sup>379</sup> *Knauff*, S. 172; *Möllers*, S. 319; *Nordmann*, S. 41; allgemein zum Aufgabenbegriff vgl. *von Hagemeister*, S. 6.

## 1. „Öffentlich“ – ein Rechtsbegriff?

Anders als noch im 19. Jahrhundert ist „öffentlich“ keineswegs unweigerlich mit „staatlich“ gleichzusetzen. Er erschöpft sich definitionsgemäß darin, etwas als für Gesamtheit wichtig oder wertvoll zu qualifizieren.<sup>380</sup> Ob „öffentlich“ tatsächlich alternativ zu „staatlich“ verwendet werden kann, muss daher stets für jeden stehenden Rechtsbegriff separat bestimmt werden. Öffentlich meint daher zunächst formal, eine Mehrheit als Adressaten, eine Offenheit für eine Vielzahl von Personen.<sup>381</sup> Darüber hinaus ist der Begriff der „Öffentlichkeit“ in materieller Hinsicht mit dem des Gemeinwesens verbunden. Denn dessen individuelle Glieder weisen alle gleichermaßen ein Interesse an der spezifischen Aufgabenerfüllung auf, was Ersteres wiederum als „öffentlich“ kennzeichnet.<sup>382</sup> Aus sich heraus ist der Begriff zunächst nicht auf eine bestimmte Institution festgelegt.<sup>383</sup>

### a) Kongruenz zu „Staatsaufgaben“

Ob das Adjektiv „öffentlich“ geeignet ist, bezüglich des Terminus „öffentliche Aufgaben“ den Staat als Träger derselben zu bestimmen,<sup>384</sup> oder nur die Qualität der betreffenden Aufgaben als überindividuell, für das Gemeinwesen besonders wichtig und wertvoll, näher zu spezifizieren, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>385</sup> Es liegt der Gedanke nahe, das Adjektiv „öffentlich“ als Hinweis auf einen Bezug zur Staatlichkeit zu verstehen. Die überwiegende Auffassung bestreitet allerdings vehement die Identität des Begriffspaares „öffentliche Aufgaben“ und „Staatsaufgaben“.<sup>386</sup> Dieser Auffassung vorgelagert ist das Verständnis einer prinzipiellen Separation von gesellschaftlicher und staatlicher Sphäre.<sup>387</sup> Einheit besteht insoweit, als dass Tätigkeitsbereiche, deren Ausübung im öffentlichen Interesse<sup>388</sup> liegt als öffentliche Aufgaben bezeichnet werden

---

<sup>380</sup> Pielow, S. 11; Martens, S. 24 ff.

<sup>381</sup> Pielow, S. 11; Martens, S. 39, 45 ff.

<sup>382</sup> Krajewski, S. 12; Nordmann, S. 40; Martens, S. 22 ff.

<sup>383</sup> Pielow, S. 11.

<sup>384</sup> Zur Staatsaufgabenlehre inklusive ihrer Bezüge vgl. umfassend HStR/Isensee, Band IV, § 73.

<sup>385</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 14; Nordmann, S. 40; synonym verwendet werden die Begriffe etwa bei *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 587; *Klein*, DÖV 1965, 755, 758; eine wesentlich verschiedene Bedeutung vertreten bspw. *Bull*, S. 48.

<sup>386</sup> Martens, S. 117 f.; HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 12; *Bull*, S. 48 f.

<sup>387</sup> von Hagemeister, S. 9

<sup>388</sup> Näher zum Terminus „öffentliches Interesse“ bei *Häberle*, S. 32 ff.; *Uerpmann*, S. 26 ff.

können.<sup>389</sup> Je nach Auffassung ist in diesem Zusammenhang mit „öffentlich“ die Zuständigkeit entweder der Gesellschaft oder des Staates – oder sogar beider im Sinne eines trägerneutralen Oberbegriffs – gemeint.<sup>390</sup> Die scheinbare Verworrenheit rührt daher, dass regelmäßig zwei aufeinander aufbauende Dimensionen einheitlich betrachtet und abgehandelt werden. Zwei Fragen müssen nämlich unbedingt unterschieden werden: Was sind öffentliche Aufgaben und wer ist ihr Träger? („Wer“). Wie ist die Ausgabe zu erfüllen? („Wie“). Aufgabenumfang und Aufgabenträger einerseits und die Modalitäten der Aufgabenerfüllung sind abstrakt.<sup>391</sup> Dies stellt sich als besonders diffizil heraus, denn die Rechtsentwicklung auf der zweiten Ebene, der Organisation der Aufgabenerfüllung, hat moderne Mischformen hervorgebracht, welche die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft verschwimmen lassen.<sup>392</sup> Gerade deshalb gilt es jedoch, beide Stufen sorgfältig getrennt voneinander zu untersuchen.<sup>393</sup> Das Bundesverfassungsgericht geht in seiner Judikatur ebenfalls davon aus, dass öffentliche Aufgaben nicht mit Staatsaufgaben gleichzusetzen sind.<sup>394</sup> Das Verfassungsgericht spricht in seiner Entscheidung zur Bevorratungspflicht für Erdölzeugnisse von öffentlichen Aufgaben im *engen*, nämlich staatlichen Sinne.<sup>395</sup> E contrario handelt es sich nach bundesverfassungsgerichtlicher Auffassung bei öffentlichen Aufgaben in ihrem *weiten* Sinne um einen Sammelbegriff für Aufgaben, die im öffentlichen Interesse liegen. Die Staatsaufgaben sind lediglich eine

---

<sup>389</sup> Pielow, S. 302; Bull, S. 50.

<sup>390</sup> Knauff, S. 172; Pielow, S. 303; ähnlich Weiss, S. 25.

<sup>391</sup> Henneke, S. 17, 23.

<sup>392</sup> Krajewski, S. xvii f.; Henneke, S. 17, 22; Pielow, S. 26 ff.

<sup>393</sup> Schon Bull hat von einer Verknüpfung von Aufgabenzuordnung und Mittelbezeichnung abgeraten; außerdem gilt es Aufgaben, Kompetenzen und Befugnisse voneinander zu unterscheiden, die Aufgabe ist jeweils vorgelagert, vgl. Bull, S. 50, 52 ff.

<sup>394</sup> „Bei einer in diesen Grenzen vorzunehmenden Abwägung ist davon auszugehen, daß staatliche Regelungen auf dem Sektor des Gesundheitswesens im Interesse des Gesamtwohls von allgemeiner Bedeutung sind. Das Ziel einer optimalen Krankenhausversorgung ist ein wichtiges Anliegen des Gesetzgebers. Ihre Sicherstellung wurde als „öffentliche Aufgabe“ normiert. [...] Andererseits hat der Gesetzgeber gerade hierdurch zu erkennen gegeben, daß kein Anlaß besteht, die Wohlfahrtspflege auf dem Gebiet des Krankenhauswesens ganz dem Staat zu übertragen und sie als „staatliche Aufgabe“ auszuweisen. Insoweit wird auch hier ein Raum freier gesellschaftlicher Betätigung respektiert.“, BVerfG v. 19.12.1962 – 1 BvR 541/57, BVerfGE 15, 235, 241; BVerfG v. 25.03.1980 – 2 BvR 208/76, BVerfGE 53, 366, 401; BVerfG v. 05.08.1966 – 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64, BVerfGE 20, 162, 175.

<sup>395</sup> „Dass es sich im vorliegenden Fall um eine öffentliche, ja um eine im engeren Sinn staatliche Aufgabe handelt, unterliegt keinem Zweifel. Die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung ist auch in einer grundsätzlich marktwirtschaftlich geordneten Wirtschaft eine legitime Aufgabe der staatlichen Wirtschaftspolitik, die von der Verantwortung des Staates für den ungestörten Ablauf des wirtschaftlichen Geschehens im Ganzen ausgeht.“, so BVerfG v. 16.03.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292, 311 f.

Unterkategorie.<sup>396</sup>

*b) Staatliche Allzuständigkeit*

Wie erwachsen öffentliche Aufgaben (im weitesten Sinne) zu solchen öffentlichen Aufgaben, die ebenfalls zur Schnittmenge der staatlichen Aufgaben gehören? Charakteristisch für den modernen demokratischen Rechtsstaat ist seine Allzuständigkeit. Der Gesetzgeber kann jede erdenkliche Materie an sich ziehen und zu einem staatlichen Befassungsgegenstand erheben.<sup>397</sup> Mittels Rechtsetzung schafft die Legislative Handlungsermächtigungen für die Erfüllung der nun staatlichen Aufgabe. So übt der Staat die Rechtsmacht aus, sich selbständig und eigenverantwortlich diejenigen Aufgaben auferlegen zu dürfen, denen seiner Einschätzungsprärogative nach von staatlicher Seite aus nachzukommen ist.<sup>398</sup> Staatsaufgaben entspringen also keiner naturrechtlichen oder sonst übergesetzlichen Zuteilung, es ist der Staat selbst der sich zum Träger derselben erklärt, dabei bestimmt er auch Art und Umfang der Angelegenheit selbst.<sup>399</sup> Öffentliche Aufgaben sind aus diesem Grund nicht enumerativ vorherbestimmt oder etwa unter materiellen Gesichtspunkten bestimmbar. Ihre Eingruppierung erfolgt durch die Legislative, bzw. mittelbar durch die oberste Hierarchieebene der Exekutiven durch Rechtsverordnungen. Als „öffentlich“ im staatlichen Sinne gelten jene Aufgaben, für die bestimmt ist, dass Verwaltungsträger oder Gerichte zu ihrer Erfüllung berufen sind.<sup>400</sup> Eine öffentliche Aufgabe wandelt sich also schlicht durch hoheitlichen Zugriff zu einer öffentlich-staatlichen Aufgabe.<sup>401</sup>

## 2. Legitimation durch Gemeinwohlbezug

Die Allzuständigkeit des Staates erklärt und rechtfertigt sich durch das universale Staatsziel „Gemeinwohl“. Der Staat muss sich gegenüber seinen Bürgern für seine Existenz entlasten. Dies geschieht indem er sich dem Ideal des bestmöglichen Gedeihens des Staatsvolks als Kollektiv, sowie der ihm angehörigen Individuen verpflichtet. Zu diesem Zweck erscheint es anerkanntermaßen legitim, die Gesellschaft durch ein

---

<sup>396</sup> Pielow, S. 310.

<sup>397</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 55.

<sup>398</sup> sog. „Kompetenz-Kompetenz“, HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 55.

<sup>399</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 11; von Hagemeister, S. 18.

<sup>400</sup> von Hagemeister, S. 18 f.

<sup>401</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 56; Nordmann, S. 41.

Staatsgebilde zu überformen.<sup>402</sup> Der Staat besteht also nicht etwa um seiner selbst willen, er hat vielmehr einen dienenden Charakter. Demzufolge darf Staatsgewalt zulässigerweise auch nur für solche Belange eingesetzt werden, an denen ein generelles, gemeinwohlförderndes, Interesse besteht. Eine legitime Willensbildung des Staates hat konstitutiv einen Allgemeinbezug aufzuweisen, und darf nicht auf der Verfolgung von Partikularinteressen beruhen.<sup>403</sup> Obwohl sie sich notwendigerweise gleichermaßen auf eine Sache des Gemeinwesens beziehen, sind öffentliche Interessen meist vielgestaltig, mitunter auch gegensätzlich. Trotz etwaiger Widersprüchlichkeiten eint sie jedoch ihre Gemeinwohlorientierung.<sup>404</sup> Das, was als das schlechthin Beste gelten soll, kann deshalb nicht anders als durch die im Verfassungstext enthaltenen, ausdrücklichen Staatszielen des Grundgesetzes angedeutet sein. Das Gemeinwohl steht dahinter und fasst diese gewissermaßen als ihr allgemeingültiger Inbegriff zusammen.<sup>405</sup> Das Staatsziel ist nicht an bestimmte Inhalte oder Tätigkeitsfelder gebunden. Stattdessen ist es als ideelles Ziel zu begreifen nach dem sich alles staatliche Handeln auszurichten hat.<sup>406</sup> Staatsaufgaben sind die Mittel mit denen nach dem Gemeinwohl gestrebt wird und dieses bestenfalls auch bewirkt wird.<sup>407</sup> Das Kriterium des Gemeinwohls unterwirft den Staat sowohl bei der „Erfindung“ als auch bei der Erfüllung von Staatsaufgaben einem beständigen Rechtfertigungszwang und begrenzt staatliches Handeln in beide Richtungen. Das Bundesverfassungsgericht formuliert die Legitimationswirkung des Gemeinwohls wie folgt:

*„Das Grundgesetz hat nicht eine virtuell allumfassende Staatsgewalt verfasst, sondern den Zweck des Staates materialiter auf die Wahrung des Gemeinwohls beschränkt, in dessen Mitte Freiheit und soziale Gerechtigkeit stehen. Die Gewährleistung der Freiheitsrechte ist Ausdruck dafür, daß das Grundgesetz den Staat nicht als den Hüter eines Heilsplans versteht, kraft dessen er legitimiert erscheine, dem Menschen die Gestaltung seines Lebens bis in die innersten Bereiche des Glaubens und Denkens hinein verordnen zu dürfen.“<sup>408</sup>*

---

<sup>402</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71, Rn. 2.

<sup>403</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71 Rn. 12.

<sup>404</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71, Rn. 5.

<sup>405</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71, Rn. 2.

<sup>406</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71 Rn. 3.

<sup>407</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 71, Rn. 7.

<sup>408</sup> BVerfG v. 21.09.1976 – 2BvR 350/75, BVerfGE 42, 312, 332.

Damit ist bereits angedeutet, dass ein im Gemeinwohl liegendes öffentliches Interesse an staatlichem Handeln eine notwendige, allerdings nicht allein hinreichende, Voraussetzung ihrer Zulässigkeit ist.<sup>409</sup> Unter der Geltung des Grundgesetzes kommt dem Staat zwar tatsächlich ein grundsätzliches, allumfassendes Aufgabenerfindungsrecht zu. Allerdings bestehen die Befugnisse des Staates auch wenn unzweifelhaft ein Gemeinwohlinteresse zu bejahen ist, nicht grenzenlos. Die Verfassung erlegt ihm dabei über den Gemeinwohlbezug hinausgehende, formelle wie materielle Schranken auf.<sup>410</sup>

### 3. Zwischenergebnis

Im Gegensatz zu der zuvor beschriebenen Leistungsverwaltung bezieht sich der Begriff der öffentlichen Aufgaben nicht auf die Charakterisierung des Rechtssubjekts „Verwaltung“ innerhalb einer Rechtsbeziehung, sondern beschreibt einen nicht abschließend zu benennenden „Arbeitsauftrag“ des Gesetzgebers an die vollziehende Gewalt und Rechtsprechung. Welche Maßnahmen die Erfüllung derselben im Einzelfall erfordert, lässt die Bezeichnung „öffentliche Aufgabe“ offen. Sowohl im Gewand der Eingriffs-, wie auch der Leistungsverwaltung erfüllt die Exekutive demnach „öffentliche Aufgaben“. Eine sachbezogene Bestimmung des gesamten Spektrums „öffentlicher Aufgaben“, wie Forsthoff es einst für die Daseinsvorsorge unternommen hat, ist hier wegen des Aufgabenerfindungsrechts der Legislativen ausgeschlossen. Innerhalb der Grenzen der Verfassung steht es dem Gesetzgeber frei, Sachgebiete an sich zu ziehen und sie somit „öffentlich“ zu machen.

### III. Öffentliche (Dienst-) Leistungen

Aus dem Spektrum der öffentlichen Aufgaben lassen sich wiederum „Öffentliche Dienstleistungen“ herauslösen. Sie weisen ihrerseits eine gewisse Begriffsverwandtschaft zur oben erörterten Leistungsverwaltung auf.

---

<sup>409</sup> HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 56.

<sup>410</sup> BVerfG v. 14.07.1998 – 1 BvR 1640/97, BVerfGE 98, 218, 246; HStR/Isensee, Band IV, § 73, Rn. 5.

## 1. Dienstleistungsbegriff

Obleich wohl jeder dem allgemeinen Verständnis nach eine Vorstellung davon hat, was „Dienstleistungen“ sind, existiert kein, nach wissenschaftlichen Standards einheitlicher, Dienstleistungsbegriff.<sup>411</sup> Grundsätzlich zeichnen sich nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch alle Dienstleistungen durch Immaterialität und Intangibilität aus. Ihnen ist gemein, dass sie körperlos und gegenständlich nicht greifbar sind.<sup>412</sup> Außerdem sind Dienstleistungen dadurch ausgezeichnet, dass bei ihrer Erbringung ein externer Faktor (sachliche oder personelle Betriebsmittel) mitwirkt. Typischerweise fallen ihre Erbringung und ihr Absatz zeitlich zusammen. Darüber hinaus hat sich bisher keine übereinstimmende, nach positiven Elementen bestimmte, Definition herausgebildet. Die Materien, die den evidenten Filter der „Stofflichkeit“ passieren und so möglicherweise unter „Dienstleistungen“ zu fassen sind, sind ihrem Umfang nach weiterhin denkbar weit und heterogen.<sup>413</sup>

### a) *Negativdefinition*

Einvernehmen besteht indes bezüglich einer negativen Demarkation des Dienstleistungsbegriffs.<sup>414</sup> Als normatives Fundament dient dabei europäisches Primärrecht. Anhand der gegenseitigen Abgrenzung der sachlichen Schutzbereiche der Grundfreiheiten lässt sich der Dienstleistungsbegriff begrenzen.<sup>415</sup>

Nach Maßgabe von Art. 57 Abs. 1 AEUV sind Dienstleistungen im Sinne der Verträge Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden und nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr (Art. 28 bis 37 AEUV und Art. 63 AEUV) sowie über die Freizügigkeit der Personen (Art. 45 AEUV) unterliegen. Hervorgehoben werden in Art. 57 Abs. 2 AEUV gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche und freiberufliche Tätigkeiten. Eine Dienstleistung liegt demnach vor, wenn die in Rede stehende Tätigkeit weder mit „Waren“ im Zusammenhang steht, noch als Kapitalübertragung i.S.v. Art. 63 AEUV zu qualifizieren ist.

---

<sup>411</sup> *Krajewski*, S. 10.

<sup>412</sup> *Krajewski*, S. 9 f.; *Hegner*, S. 203, 205.

<sup>413</sup> *Krajewski*, S. 10 f.

<sup>414</sup> *Krajewski*, S. 10.

<sup>415</sup> Wegen ihrer unmittelbareren Anwendbarkeit können die Grundfreiheiten ohne Weiteres zur Interpretation herangezogen werden; vgl. *Ehlers*, S. 213.

Eine Ware ist ein körperlicher Gegenstand, der einen Geldwert hat und daher Gegenstand von Handelsgeschäften sein.<sup>416</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der Grundfreiheit des freien Warenverkehrs verifiziert das oben, anhand der allgemein gebräuchlichen Wortverwendung gefundene Ergebnis, dass Dienstleistungen zwar ein Wirtschaftsgut mit einem in sich verkörpertem Geldwert darstellen, es ihnen aber an Sachqualität fehlt. Der Handel mit Waren kann allerdings gleichwohl als Dienstleistung gelten, sofern er eine selbstständige Tätigkeit darstellt und der Produktion nicht vollständig untergeordnet ist.<sup>417</sup> Der Begriff „Kapitalverkehr“ umfasst alle auf Geld oder Sachkapital bezogenen Transaktionen, die nicht direkt durch den Waren- und Dienstleistungsverkehr bedingt sind und primär zu Anlagezwecken erfolgt.<sup>418</sup>

*b) Entgeltlichkeit als positives Definitionsmerkmal*

Aus Unionsrecht und dem deutschen Privatrecht lässt sich ferner ein wesentliches positives Definitionsmerkmal ableiten.<sup>419</sup> Dienstleistungen sind gemäß Art. 57 Abs. 1 AEUV in der Regel Leistungen, die gegen Entgelt erbracht werden. Auch nationales Zivilrecht enthält diese Wertung. § 611 Abs. 1 BGB ordnet an, dass durch den Dienstvertrag derjenige, welcher Dienste zusagt zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet wird. Für die Annahme einer Dienstleistung ist die synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung, wie § 611 Abs. 1 BGB sie anordnet, allerdings nicht konstitutiv. Als Entgelt zählt jede, wie auch immer geartete, wirtschaftliche Gegenleistung.<sup>420</sup>

In ihren Anfängen war die Union ein Staatenverbund, der sich zur marktwirtschaftlichen Zusammenarbeit gegründet hatte. Im Mittelpunkt stand – und steht auch heute noch – der gemeinsame Binnenmarkt als Inbegriff von Wirtschafts- und Währungsangelegenheiten und Herzstück der europäischen Integration.<sup>421</sup> Die übrigen Politikbereiche der Union

---

<sup>416</sup> *EuGH v. 14.12.1972 – Rs. 29/72 (Marimex/Italienische Finanzverwaltung)*, Slg. 1972, 1309, Rn. 4 f.; *Calliess/Ruffert/Kingreen*, Art. 34-36 AEUV, Rn. 120; *Frenz*, HB-EuR, Band 1, Rn. 808.

<sup>417</sup> *Krajewski*, S. 10.

<sup>418</sup> *Calliess/Ruffert/Bröhmer*, Art. 63 AEUV, Rn. 8.

<sup>419</sup> *Krajewski*, S. 10.

<sup>420</sup> *EuGH v. 27.09.1988 – Rs. 263/86 (Belgischer Staat/Humbel)*, Slg. 1988, 5365, 5388; *Calliess/Ruffert/Kluth*, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 11, 12; *Frenz*, HB-EuR, Band 1, Rn. 3027.

<sup>421</sup> „Der Europäische Binnenmarkt ist einer der Stützpfeiler der Europäischen Union.“, vgl. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, KOM (2007) 724, endg., S. 3.

haben sich nach und nach erweitert, ihre vornehmlich wirtschaftliche Prägung hat sich dabei nichtsdestotrotz erhalten. Deshalb setzt der Europäische Gerichtshof, wenn unter Berufung auf Art. 56 ff. AEUV Eingriffe abgewehrt bzw. Ansprüche hergeleitet werden sollen, die Voraussetzung der Handelbarkeit auf einem Markt voraus.<sup>422</sup> Die Stoßrichtung der vorliegenden Betrachtung ist demgegenüber eine andere – der Vertragstext soll ausschließlich eine Erkenntnisquelle für die inhaltliche Deutung eines allgemeinen Dienstleistungsbegriffes sein. Schließlich lässt der Wortlaut auch eine andere Interpretation zu. Durch den Einschub „in der Regel“, vgl. Art. 57 Abs. 1 AEUV, wird die Bedeutung der Entgeltlichkeit für das Vorliegen einer Dienstleistung relativiert. Es kommt zum Ausdruck, dass sie zwar den Anschein für das Vorliegen einer Dienstleistung im Sinne der Verträge begründet, bei ihrem Fehlen den Anwendungsbereich aber nicht unbedingt ausschließt. Möglicherweise bedarf es dann eines erhöhten Begründungsaufwandes zur Annahme einer solchen Dienstleistung. Von vornherein ausgeschlossen ist dies dem Wortlaut nach jedoch keineswegs. Hier wird das Merkmal der Entgeltlichkeit deshalb nicht als marktmäßige Handelbarkeit verstanden, die den Dienstleistungsbegriff von nichtwirtschaftlichen Tätigkeiten scheidet, sondern als Zuordnungshilfe. Nach der hier vertretenen Auffassung sollen bspw. die unmittelbare Staatsverwaltung sowie die Justiz ebenfalls als Dienstleistungen gelten.<sup>423</sup>

## 2. Sinngehalt Öffentlicher Dienstleistungen

Fraglich ist nun, mit welchem Sinngehalt der Terminus der „Öffentlichen Dienstleistungen“ dann belegt ist, wenn er in Literatur und Rechtsprechung Verwendung findet.

---

<sup>422</sup> *EuGH v. 12.12.1974 – Rs. 36/74 (Walrave und Koch/Association Union Cycliste Internationale)*, Slg. 1974, 1405, 1418; *EuGH v. 05.10.1988 – Rs. 196/87 (Steymann/Staatssecretaris van Justitie)*, Slg. 1988, 6159, 6172; Calliess/Ruffert/*Kluth*, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 11.

<sup>423</sup> *Krajewski*, S. 11.

a) *Öffentliche Dienstleistungen als Begriffseinheit*

Der zusammen gesetzte Terminus der Öffentlichen Dienstleistungen ist, anders als seine einzelnen Bestandteile, weder in der nationalen, noch innerhalb der supranationalen Rechtsordnung ein anerkannter, rechtsfolgenbehafteter Begriff.<sup>424</sup> Letztlich kann jedes Verwaltungshandeln bei großzügiger Auslegung als Dienstleistung verstanden werden. Schließlich dient jedes Verwaltungshandeln der Erfüllung allgemeiner oder spezifischer (Gesetzes-) Zwecke und der dahinter stehenden Befriedigung von Interessen und Bedürfnissen.<sup>425</sup> Anders als seine französische wörtliche Übersetzung „*service public*“,<sup>426</sup> hinter der sich ein umfassendes Konzept des Staats- und Verwaltungsrechts Frankreichs verbirgt, erschöpft sich die deutsche Terminologie in seiner deskriptiven Funktion.<sup>427</sup> Es lassen sich jedoch Spezifika erkennen, die alle, den öffentlichen Dienstleistungen typischerweise zugerechneten Aktivitäten, als kleinsten gemeinsamen Nenner aufweisen.

b) *Wiederum: Gemeinwohlbezug*

Das oben festgestellte Verhältnis des Sammelbegriffs „öffentliche Aufgaben“ zu den „Staatsaufgaben“, setzt sich inhaltsgleich bei den „öffentlichen Dienstleistungen“ fort. Sie können sich ebenfalls, je nachdem wie man „öffentlich“ verstanden haben will, auf eine mehr oder weniger weite Gruppe von Dienstleistern beziehen. Öffentliche Dienstleistungen sind also nicht begriffsnotwendig auf die Erbringung durch staatliche Einrichtungen beschränkt. Private Unternehmen können gleichfalls Tätigkeiten, an denen die Allgemeinheit ein besonderes überindividuelles, in diesem Sinne „öffentliches“ Interesse aufweist, zum Gegenstand ihres wirtschaftlichen oder nichtwirtschaftlichen Tuns machen.<sup>428</sup> Werden öffentliche Dienstleistungen von staatlicher Seite erbracht, dann zumindest auch zu dem Zweck sonst zu befürchtende Defizite auszugleichen.<sup>429</sup> Sie sind

---

<sup>424</sup> Pielow, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 8; Krajewski, S. 9; Bull, VerwArch. 1995, 621, 624; Ambrosius, S. 15,19.

<sup>425</sup> Grimmer, Die Verwaltung 1990, 25.

<sup>426</sup> Zu „*service public*“ vgl. etwa: Püttner, Daseinsvorsorge und *service public* im Vergleich, S. 45 ff.

<sup>427</sup> Pielow, S. 8; Krajewski, S. 9; Ambrosius, S. 15, 19 f.

<sup>428</sup> Krajewski, S. 13.

<sup>429</sup> Grimmer, Die Verwaltung 1990, 25, 26.

auf das Gemeinwohl als notwendiges Zulässigkeitskriterium ausgerichtet.

*c) Staatlich vorgegebene (Sonder-)Rechte und/ oder Pflichten*

Von staatlicher Seite erbrachte Dienstleistungen müssen zu Legitimierungszwecken auf das Gemeinwohl bezogen sein. Daraus kann jedoch nicht etwa der Umkehrschluss gezogen werden, dass private Dienstleistungen nicht ebenso gemeinnützig sein können.<sup>430</sup> Hier reicht der Gemeinwohlbezug der staatlichen Erbringung nicht vollständig aus um nachzuweisen, dass zwischen „gesellschaftlich-öffentlichen“ und „staatlich-öffentlichen“ Dienstleistungen ein wesensmäßiger Unterschied besteht. Eine Dienstleistung kann auch durch äußerliche Charakteristika als dem staatlichen Sektor zugehörig bestimmt werden.<sup>431</sup> Sie sind nicht nur materiell, etwa durch das Gemeinwohlerfordernis, die Grundrechtsverpflichtung der öffentlichen Hand und sonstige materiellrechtliche Vorgaben der Verfassung, sondern auch formell in verfahrensrechtlicher Hinsicht enger an normative Regeln gebunden.<sup>432</sup> In der Formwahl ist der Staat frei. Entweder ist die Einrichtung und Finanzierung der staatlichen Stellen welche die Dienstleistung unmittelbar selbst erbringen normativ festgelegt,<sup>433</sup> oder die privaten Dienstleister sind besonderen Regulierungsmechanismen unterworfen.<sup>434</sup> Wie stark der private Dienstleister der staatlichen Sphäre zugeordnet bzw. untergeordnet ist, kann erheblich variieren.<sup>435</sup> Hinsichtlich der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zur öffentlichen Verwaltung und der Wahl der Regulierungsinstrumente besteht Gestaltungsvielfalt. Zumeist werden sie, entweder im öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Organisationsmodus, von einem öffentlichen Träger erbracht oder zumindest aus öffentlichen Mitteln finanziert bzw. bezuschusst.<sup>436</sup> Die staatlich vorgegebenen Sonderpflichten oder –Rechte ermöglichen die Zuordnung einer Tätigkeit zum öffentlich-rechtlichen Sektor, unabhängig davon ob das Instrument selbst bereits öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich verfasst sein mag.

---

<sup>430</sup> Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 3.

<sup>431</sup> Grimmer, Die Verwaltung 1990, 25, 26; Hegner, S. 203, 206.

<sup>432</sup> Grimmer, Die Verwaltung 1990, 25, 26; Hegner, S. 203, 206.

<sup>433</sup> Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 16 ff.

<sup>434</sup> Hegner, S. 203, 205 f.; Krajewski, S. 6.

<sup>435</sup> Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 16 ff.

<sup>436</sup> Krajewski, S. 6; Grunow, S. 325, 327.

### 3. Zwischenergebnis

Öffentliche Dienstleistungen stellen einen Ausschnitt der öffentlichen Aufgaben dar. Will man sie deren engerer Bedeutung unterordnen, weisen sie entsprechend einen Gemeinwohlbezug auf. Im deutschen Rechtsraum stellen sie keinen echten Rechtsbegriff dar. Ihre Verwendung dient vielmehr dazu, eine dem breiten Spektrum der staatlichen Befassung zugehörige Tätigkeit in der Weise zu präzisieren, dass der Adressat Informationen über die Beschaffenheit dieser Tätigkeit erhält. Sie ist nämlich gegen Entgelt zu erbringen, ihr fehlt ein körperlicher Bezug, ebenso wenig handelt es sich um eine finanzielle Transaktion. Sie zeichnet sich außerdem durch gesetzlich auferlegte Pflichten oder gewährte Rechte aus. In der hier zugrunde gelegten Deutung sind alle öffentlichen Dienstleistungen immer öffentliche Aufgaben, aber nicht alle öffentlichen Aufgaben sind öffentliche Dienstleistungen.

Zu klären ist abschließend noch das zu Anfang angerissene Verhältnis öffentlicher Dienstleistungen zur Leistungsverwaltung, welche sich begrifflich ineinander wiederfinden. Es erscheint zunächst sinnig „öffentliche Dienstleistungen“ durch Zusammenlegung der oben befundenen Interpretationen von „Leistungsverwaltung“ und „öffentlichen Aufgaben“ zu bestimmen. Das würde bedeuten, dass die *leistende* Tätigkeit der Verwaltung auf Gleichordnungsebene gegenüber den Bürgern mit dem Begriff der öffentlichen Dienstleistung zu erfassen ist. Dass dies zu kurz greift, wird am Beispiel der Justiz deutlich. Sie lässt sich unter den Begriff der öffentlichen Dienstleistung nach den oben genannten Kriterien subsumieren.<sup>437</sup> Ihre Tätigkeit ist indes keine, zumindest nicht ausschließlich, leistende. Denn Urteile entfalten regelmäßig Eingriffswirkung. Öffentliche Dienstleistungen schließen den eingreifenden Modus von Verwaltungshandeln also nicht aus, die Begriffe gehen also nicht vollständig ineinander auf. „Öffentliche Dienstleistungen“ sind aufgaben- die „Leistungsverwaltung“ hingegen mittelbezogen.

---

<sup>437</sup> *Krajewski*, S. 11.

#### IV. Öffentliche Versorgung, auch: öffentliche Versorgungswirtschaft

Ein weiterer, der deutschen Rechtssprache geläufiger,<sup>438</sup> typisierender Gattungsbegriff für bestimmte Dienstleistungssektoren und Unternehmen gleich privater oder öffentlicher Rechtsform, ist die „Öffentliche Versorgung“, oder auch - bereits konkretisierend - die „öffentliche Versorgungswirtschaft“.<sup>439</sup> Wiederum ist er mit keiner korrespondierenden Rechtsfolge belegt. Die öffentliche Versorgungswirtschaft ist Teilstück dessen, was zuletzt als „öffentliche Dienstleistungen“ beschrieben wurde. Sie ist hinsichtlich der Frage, wie weit sie zu fassen ist, gleich auf zwei Ebenen unterschiedlicher Interpretation zugänglich. Einerseits in Bezug auf die vorausgesetzte Beschaffenheit - und infolgedessen den Umfang - ihrer Versorgungsaufgaben. Andererseits setzt sich die Frage nach dem Umgang mit ihrer „öffentlichen“ Eigenschaft fort.

##### 1. Beschränkung auf leitungsgebundene Versorgungsaufgaben?

Ob dem Ausdruck „öffentliche Versorgung“ überhaupt ein inhaltlicher Eigenwert zukommt, hängt davon ab, ob er sich den öffentlichen Dienstleistungen gegenüber durch irgendein besonderes Merkmal abhebt. Der Bereich „öffentlicher Versorgung“ kann restriktiv unter Zuhilfenahme des Charakteristikums der „Leitungsgebundenheit“ umrissen werden. In diesem, ihrem überlieferten Sinn fungiert „öffentliche Versorgung“ als Bezeichnung für die Belieferung der Allgemeinheit mit leitungs- oder netzgebundenen Waren wie Wasser, Strom, Gas und Wärme.<sup>440</sup> Es lässt sich indes ebenfalls ein erweitertes Verständnis mit der öffentlichen Versorgung vereinbaren. Möglicherweise sind über die netzgebundenen Sektoren hinaus, alle Bereiche der Grundversorgung<sup>441</sup> einzubeziehen. Demnach handelte es sich auch in Bereichen wie bspw. der Gesundheitspflege, dem Kreditwesen oder dem Rundfunk gleichfalls um Bereiche der öffentlichen Versorgung. Beide Deutungen finden unabhängig voneinander Halt im

---

<sup>438</sup> Pielow, S. 12.

<sup>439</sup> Krajewski, S. 14, unter Bewertung des von Pielow herausgearbeiteten Konzeptes der öffentlichen Versorgung.

<sup>440</sup> Anders als das früher der Fall war, ist die kommunale Verkehrswirtschaft heute nicht mehr Teil der öffentlichen Versorgung in diesem Sinne, Pielow, S. 12 f.

<sup>441</sup> Die von staatlicher Seite bereit gestellte Grundversorgung wird gemeinhin mit „Daseinsvorsorge“ bezeichnet, HStR/Rüfner, Band IV, § 96, Rn. 1, 6.

Gesetz.<sup>442</sup> Das Für und Wider einer Beschränkung auf leitungsggebundene Versorgungsaufgaben lässt sich schwerlich argumentativ auflösen. Die abweichenden Bedeutungsinhalte ergeben sich, aus einer, von individuellem Dafürhalten geleiteten beliebigen Verwendung des Begriffs, im jeweiligen Kontext. Hier wird die Leistungsgebundenheit als Wesenszug der Öffentlichen Versorgungswirtschaft angesehen, da der Begriff der Daseinsvorsorge ohnehin schon überstrapaziert ist. Für Grundversorgung durch den Staat gibt es ja schon einen Begriff, nämlich den der Daseinsvorsorge. Dieser weist seinerseits Randunschärfen auf und ist den Anforderungen der jeweiligen Zeit anzupassen. Es erscheint nicht zuträglich das Begriffswirrnis noch dadurch zu bereichern, in dem man öffentliche Versorgung nun ebenfalls synonym verwendet. Hier soll sie deshalb so verstanden werden, dass ihrer Verwendung ein eigener Sinn zukommt.

## 2. Trägerschaft

Es stellt sich hier erneut die Frage, welchen Aussagegehalt das Adjektiv „öffentlich“ hinsichtlich der Versorgungswirtschaft überhaupt hat. In der Literatur wird vertreten, dass sich die „Öffentlichkeit“ auf die Natur der Ware beziehe. So werde sie als für die Allgemeinheit zugänglich gekennzeichnet und von der Eigenversorgung abgegrenzt.<sup>443</sup> Anders als die Daseinsvorsorge impliziere „öffentliche Versorgung“ gerade keine staatliche Erledigung und sei daher trägerneutral.<sup>444</sup> Obwohl viele Versorgungsaufgaben überwiegend noch durch die kommunalen Gebietskörperschaften erledigt werden, lässt dies keineswegs den Rückschluss zu, dass ihnen die Aufgabe allein zustehen soll.<sup>445</sup> Das gilt umso mehr angesichts der knappen finanziellen und personellen Mittel der Kommunen bei wachsenden Anforderungen an die Bewältigung der öffentlichen Versorgung.<sup>446</sup>

## 3. Zwischenergebnis

Öffentliche Versorgungswirtschaft ist Kern dessen, was nach deutscher Rechtstradition

---

<sup>442</sup> Vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 3 ROG; § 35 Abs. 1 Nr. 3 BauGB; § 150 BauGB; *Pielow*, S. 11.

<sup>443</sup> *Pielow*, S. 14.

<sup>444</sup> *Pielow*, S. 14, 19; *Krajewski*, S. 540.

<sup>445</sup> *Pielow*, S. 14.

<sup>446</sup> *Ronellenfitsch*, GS Forsthoff 2003, S. 53, 97.

als Daseinsvorsorge bezeichnet wird. Leitungsgebundene Waren rufen in besonderer Weise eine soziale Bedürftigkeit hervor, wie *Forsthoff* sie beschrieben hat.<sup>447</sup> Die Angewiesenheit auf Netze schafft Abhängigkeiten, denn zum Konsum der Dienstleistung ist man auf Dritte angewiesen, die das eigene Appropriationsbedürfnis befriedigen. Die Daseinsvorsorge ist allerdings diffuser als die öffentliche Versorgungswirtschaft.<sup>448</sup> Sie schließt die verschiedensten Versorgungsaktivitäten ein, bis hin zu kulturellen Dienstleistungen. Die öffentliche Versorgungswirtschaft geht demnach vollständig als einer ihrer wichtigsten Repräsentanten in dem Daseinsvorsorgebegriff auf. Nach den hier getroffenen Erkenntnissen definiert sie sich als entgeltliche Bereitstellung von gemeinwohlbezogenen, leitungsgebundenen Gütern und Dienstleistungen, die mit staatlich vorgegebenen Sonderrechten und oder Pflichten belegt sind.

## V. Zwischenergebnis zur Abgrenzung verwandter Begrifflichkeiten

Abermals stellt sich die Frage, welches Ergebnis nun für das Verständnis von „Versorgungssicherheit“ durch obige Darstellung gewonnen wurde? Die Aufspaltung von Rechtsbegriffen in ihre Einzelteile und die Sezierung von Wortzusammensetzungen war kein Selbstzweck. Alle obigen Begriffe dienen der Absicht eine bereichsspezifische Abgrenzung zu ziehen und unterscheiden sich im Einzelnen konzeptionell.<sup>449</sup> Im Wesentlichen versuchen die obigen Terminologien Aussagen über das Aufgabenspektrum des Staates zu treffen, nämlich die Erfüllungsverantwortung des Staates im Bereich der Existenzinfrastruktur von der privatwirtschaftlichen Wahrnehmung abzugrenzen. Dabei variieren die Kriterien nach Art und Umfang. Recht – auch wenn es nicht mit ihm endet – beginnt mit dem Begriff.<sup>450</sup> Um es mit *Isensee* zu sagen:

„Was der Staat nicht definieren kann, das kann er auch nicht schützen.“<sup>451</sup>

Für die Verwaltung bedeutet die Erfüllung öffentlicher Ausgaben stets

---

<sup>447</sup> Ausführlich unter „Die Lehre von der Daseinsvorsorge nach Forsthoff“, S. 56.

<sup>448</sup> *Pielow*, S. 18.

<sup>449</sup> *Ambrosius*, S. 15.

<sup>450</sup> *Kahr*, DÖV 2009, 535, 536.

<sup>451</sup> *Isensee*, S. 35, angelehnt an: *Arndt*, NJW 1966, 25, 28.

Gesetzeserfüllung.<sup>452</sup> An dieser Schnittstelle drückt nun der Begriff „Versorgungssicherheit“ die Güte der Dienstleistung als Beitrag zur konkreten Problembewältigung aus. Versorgungssicherheit ist eine Qualitätsanforderung, bei der Gesetzesanwendung durch die Exekutive genauso wie bei der Befolgung durch private Akteure, in der Regel vermittelt durch Regulierungsrecht. Ferner soll dem Terminus der Versorgungssicherheit, so wie sie der nachfolgenden Untersuchung zugrunde gelegt wird innerhalb dieser Kategorie ein eigenständiger rechtlicher Bedeutungsgehalt zukommen. Nämlich in der Weise, dass innerhalb seines Einzugsgebietes, die mit ihm verbundenen Anforderungen hinsichtlich der einbezogenen öffentlichen Leistungen, sichergestellt sind. Versorgungssicherheit bildet eine Querschnittsanforderung in allen dargestellten Kategorien. Es handelt sich um einen realen Zustand, der für alle Sektoren, die unter die obigen Begriffe zu fassen sind, hypothetisch verifizierbar ist. Er tritt mit keinem der anderen Konzepte in Konkurrenz und muss deshalb auch nicht negativ abgegrenzt werden. Versorgungssicherheit ist innerhalb jeder der Kategorien materiell erstrebenswert und dementsprechend beachtlich. Eben darüber wurde bislang allerdings noch kein Wort verloren. Fest steht nunmehr zwar abstrakt, dass dem Rechtsbegriff „Versorgungssicherheit“ besondere Bedeutung zukommt, was „Versorgungssicherheit“ substantiell ausmacht, welchen materiellrechtlichen Inbegriff sie hat, ist weiterhin offen.

Die Abgrenzung gegen verwandte Begrifflichkeiten hat den Untersuchungsgegenstand zwar immerhin etwas erhellt, aber noch keine zufriedenstellende Antwort gegeben. Aufgrund der vorstehenden Ergebnisse und einer grundsätzlichen Vorstellung davon, was Versorgungssicherheit nach allgemeiner Lebenserfahrung bedeuten soll, kann man ahnen oder glauben zu wissen, was gemeint sein soll, wenn von Versorgungssicherheit die Rede ist. Eine rechtlich abgesicherte Definition ist damit indes nicht gewonnen. Was kann jemanden geantwortet werden, der fragt: Was bedeutet Versorgungssicherheit? Wie Versorgungssicherheit gegenwartsnah zu beschreiben, kurzum zu definieren ist, soll nachfolgend weiter untersucht werden. Auf die bisher getroffenen Feststellungen wird hierzu aufgesetzt.

---

<sup>452</sup> Vgl. zum Ganzen „Konkretisierungsbefugnisse der Verwaltung innerhalb ihrer Gesetzesmäßigkeit“, S. 14.

## C. Wesensgehalt der Versorgungssicherheit

Entsprechend der Wesensmerkmale und Elemente, die auf sie Einfluss nehmen, lässt sich Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff anhand seiner Dimensionen in verschiedene Facetten aufspalten.

### I. Materielle Versorgungssicherheit

Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich Versorgungssicherheit in materieller Hinsicht in einen Kern- und einen Randbereich aufteilen.

#### 1. Kernbereich

In Anknüpfung an die Überlegung vom „geleiteten Beurteilungsspielraum“ und nachdem oben festgestellt wurde, dass „Versorgungssicherheit“ die Qualität, das Niveau, der öffentlichen Dienstleitung im Wege der Gesetzeserfüllung bezeichnet; ist an dieser Stelle nunmehr der konkrete, fassbare Gehalt der Versorgungssicherheit zu erforschen. „Versorgungssicherheit“ soll durch Herausbildung allgemeingültiger Bewertungsmaßstäbe subsumtionsfähig gemacht werden. Gegenstand der nachstehenden Erörterung ist die Suche nach einem kleinsten gemeinsamen Nenner, einem materiellrechtlichen Kern, der auf den Rechtsbegriff der Versorgungssicherheit in jedem Kontext zutrifft.

##### a) *Status quo als Verpflichtung zur Besitzstandswahrung?*

Es erscheint naheliegend, den Kernbereich der Versorgungssicherheit branchenübergreifend anhand des quantitativen und qualitativen status quo zu bestimmen. Das gegenwärtige Niveau der Versorgungslage könnte eine Art Besitzstand formen, auf deren Erhalt der Bürger vertrauen darf.<sup>453</sup> Das hieße auch, dass sich dieser Besitzstand

---

<sup>453</sup> „Besitzstand“ ist ein Begriff der in der Rechtswissenschaft in zwei spezifischen Zusammenhängen Verwendung findet. Zum einen bedeutet „Gemeinschaftlicher Besitzstand“ die Gesamtheit der für die Mitgliedstaaten der EU verbindlichen Rechtsakte („acquis“). Daneben ist „Besitzstand“ ein Begriff des Arbeits- und Sozialrechts. Damit ist während des Arbeitsverhältnis bzw. der Beitragszeit erworbene Ansprüche gemeint. An letztere Bedeutungsvariante sind die folgenden Überlegungen angelehnt.

mit dem technischen Fortschritt und den wachsenden Ansprüchen und Bedürfnissen der Menschen stetig aktualisiert und erweitert.<sup>454</sup> Es gilt im Folgenden zu überprüfen, ob die gegenwärtige Versorgungslage überhaupt eine geschützte öffentlich-rechtliche Rechtsposition darstellt. Falls dies bejaht werden kann ist weiter zu prüfen, ob auf Grund einer solchen ein negatives Abweichen vom status quo ante abgewehrt werden kann.<sup>455</sup>

*aa) Bestandsgarantie als Ausfluss des Sozialstaatsprinzips?*

Eine absolute Bestandsgarantie lässt sich möglicherweise verfassungsrechtlich begründen. Vielleicht stünde ein Absinken des Versorgungsniveaus unter den letzten aktuellen Stand im Widerspruch zu dem Sozialstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG. Seine historischen Wurzeln hat es als Antwort auf die soziale Frage im Zeitalter der Industrialisierung.<sup>456</sup> Inzwischen hat die, alle Staatsgewalt bindende, Staatsleitlinie andere Herausforderungen zu bewältigen.<sup>457</sup> Wesentlicher Berührungspunkt sind dabei auch Daseinsvorsorgeleistungen sowie Infrastrukturbelange.<sup>458</sup> Obwohl über Reichweite und Inhalt der Sozialstaatsdeklaration im Einzelnen Uneinigkeit besteht,<sup>459</sup> steht doch fest, dass ihre allgemeine Bedeutung darin liegt, Schief lagen zu Ungunsten der sozial Schwachen auszugleichen. Eine von Abhängigkeitsverhältnissen beherrschte Bedürfnislage prägt den Inhalt der Sozialstaatsklausel.<sup>460</sup> Gleichwohl lässt sich aus Art. 20 Abs. 3 GG keine dahingehende normative Einrichtungsgarantie entnehmen. Eine dynamische Sozialpolitik würde so verhindert. Jede gesetzliche Justierung, die sich für den Berechtigten irgendwie positiv auswirkt, würde verfassungsrechtlich zementiert. Muss oder soll die Entscheidung später einmal revidiert werden, stünde dies unter einem verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsvorbehalt.<sup>461</sup> Die verbleibenden Spielräume

---

<sup>454</sup> Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 12.

<sup>455</sup> HStR/Murswiek, Band IX, § 192, Rn. 3.

<sup>456</sup> Maunz/Dürig/Herzog, Band III, Art. 20 GG (VIII. Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit) (1980), Rn. 10; Stern, Band I, § 21 Das sozialstaatliche Prinzip, S. 877 ff.

<sup>457</sup> Maunz/Dürig/Herzog, Band III, Art. 20 GG (VIII. Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit) (1980), Rn. 6.

<sup>458</sup> Maunz/Dürig/Herzog, Band III, Art. 20 GG (VIII. Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit) (1980), Rn. 12 ff; Stern, Band I, § 21 Das sozialstaatliche Prinzip, S. 897 ff.

<sup>459</sup> BVerfG v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE, 5, 85, 206; Maunz/Dürig/Herzog, Band III, Art. 20 GG (VIII. Die Verfassungsentscheidung für die Sozialstaatlichkeit) (1980), Rn. 18 ff.

<sup>460</sup> BVerfG v. 17.08.1956 – 1 BvB 2/51, BVerfGE 5, 85, 206.

<sup>461</sup> von Hagemeyer, S. 157 f.

würden außerdem nicht mehr durch den Gesetzgeber, sondern durch die Gerichte ausgefüllt werden, nämlich dann, wenn im Streitfall darüber zu entscheiden ist, welche Gegenstände dem Bestandsschutz unterstehen. Genuin politische Fragen würden dem parlamentarischen Diskurs und einer öffentlichen Debatte entzogen.<sup>462</sup> Dies entspricht auch der Auffassung höchstrichterlicher Rechtsprechung, wonach Art. 20 Abs. 3 GG keine unmittelbaren, klagbaren Leistungsansprüche zu vermitteln vermag.<sup>463</sup>

*bb) Bestandsgarantie aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG*

Der Begriff „Besitzstand“ ist, in seiner hier verwendeten Bedeutung, dem Sozialrecht entlehnt und bezeichnet dort die Gesamtheit der Ansprüche und Anwartschaften, die ein Lohnabhängiger bisher akkumuliert hat, quasi dessen sozialversicherungsrechtlicher Status.<sup>464</sup> Auch wenn das Bundesverfassungsgericht es ursprünglich ablehnte, öffentlich-rechtlich begründete vermögenswerte Positionen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie einzubeziehen, so erkennt es den Besitzstand heute als eigentumsrechtliche Position an, soweit die konstituierenden Merkmale des von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Eigentums nachgewiesen werden können.<sup>465</sup> Die Sicherung der wirtschaftlichen Existenz jedes Einzelnen ist heute ganz besonders von eigenem Arbeitseinkommen, bzw. solidarisch erbrachten Daseins- und Fürsorgeleistungen abhängig. Daseinsvorsorge ist deshalb aus entwicklungsgeschichtlichen Gründen eng mit dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff verwoben.<sup>466</sup>

Vielleicht stellt der gegenwärtige Stand der Versorgungssicherheit einen vergleichbaren „Besitzstand“ eigentumsrechtlicher Prägung dar und kann deshalb analog dem sachlichen Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zugeordnet werden.<sup>467</sup> Die Anforderungen, die

---

<sup>462</sup> von Hagemester, S. 157 f.

<sup>463</sup> BVerfG v. 03.12.1969 – 1 BvR 624/56, BVerfGE 27, 253, 283; BVerfG v. 09.04.1975 – 2 BvR 879/73, BVerfGE 39, 302, 315; BSG v. 20.12.1957 – 7 RKg 4/56, BSGE 6, 213, 219; BSG v. 23.04.1963 – 1 RA 349/62, BSGE 19, 97, 100; BSG v. 09.04.1963 – 10 RV 1059/60, BSGE 19, 88, 92.

<sup>464</sup> Ossenbühl, FS Zeidler 1987, S. 625.

<sup>465</sup> Vgl. zum Ganzen Krause, S. 79 ff.

<sup>466</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff. unter Verweis auf BVerfG v. 09.06.1975 – 1 BvR 2261, 2268/73, BVerfGE 40, 65, 84.

<sup>467</sup> Wenn das bejaht werden kann, ist darauf einzugehen in welcher seiner Funktionen (Abwehr-, Schutz- oder Leistungsfunktion) das Grundrecht aktiv wird, vgl. zu den Rechtswirkungen der Grundrechte umfassend HStR/Isensee, Band IX, § 191 und HStR/Murswiek, Band IX, § 192.

das Verfassungsgericht hierfür aufgestellt hat, reflektieren den Charakter der Eigentumsgarantie als Schutz von Freiheitsausübung im vermögensrechtlichen Bereich. Sie soll dem Grundrechtsberechtigten so eine eigenverantwortliche Gestaltung seines Lebens ermöglichen.<sup>468</sup> Das Bundesverfassungsgericht betont die Privatnützigkeit und eine Verfügungsbefugnis des Berechtigten als wesensbildende Eigenschaften von „Eigentum“ im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Der personale Bezug des Eigentumsobjekts zu seinem Inhaber ist nicht nur über seine Nutzung, sondern ebenso durch eigene Leistung des Grundrechtsträgers herzustellen. Die Eigenleistung ist dann der Grund für die Schutzwürdigkeit des Objekts.<sup>469</sup> Im Einzelnen kann sich die Zuordnung als Abwägungsfrage herausstellen. Zwar erkennt das Bundesverfassungsgericht Eigentumsschutz öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen nur dann an, wenn sie als Äquivalent eigener Leistung zu qualifizieren sind. Diese Eigenleistungen müssen indes nicht vollständig zur Finanzierung der Rechtsposition ausreichen. Die Höhe des Eigenanteils und der Schutz von Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG stehen jedoch in direkter Relation.<sup>470</sup> Anrechte auf Leistungen der Rentenversicherung substituieren Vorsorge durch private Vermögensbildung und sind deshalb ihrem Wesen nach als „Besitzstand“ dem verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriff zugehörig.<sup>471</sup>

*cc) Zwischenergebnis zur Bedeutung des status quo in rechtlicher Hinsicht*

Obwohl beide ein Element besonderer Bedürftigkeit (Angewiesensein auf den Inhalt des Anspruchs, bzw. die Aufrechterhaltung des Versorgungsniveaus von Dienstleistungen und Waren hinsichtlich derer Abhängigkeiten bestehen) aufweisen, sind sozialrechtliche Anwartschaften und das Vertrauen auf den zukünftigen Fortbestand der gegenwärtigen Versorgungssituation nicht vergleichbar. Öffentliche Dienstleistungen sind zwar entgeltlich. Mit der Hingabe der Gegenleistung wird aber nicht auf eine Anwartschaft gezahlt, die sich bereits heute als werthaltige Rechtsposition im Vermögen niederschlägt, sondern auf die gegenwärtige Inanspruchnahme einer Leistung. Auf den aktuellen Stand der Versorgungssicherheit lässt sich der Leitgedanke verfassungsrechtlichen

---

<sup>468</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff. unter Verweis auf BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 339.

<sup>469</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff. unter Verweis auf BVerfG v. 07.05.1963 – 2 BvR 481/60, BVerfGE 16, 94, 113; BVerfG v. 03.03.1965 – 1 BvR 208/59, BVerfGE 18, 392, 397.

<sup>470</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff.

<sup>471</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff. unter Verweis auf BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 339.

Eigentumsschutzes daher nicht übertragen. Die sich durch eine gewisse Qualität auszeichnenden Versorgungsleistungen beruhen nicht auf einer persönlichen Arbeitsleistung des Abnehmers, sondern auf der eines Dritten, und zwar des jeweiligen Versorgungsunternehmens. Der Kunde verschafft sich die Leistung nur gegen Entgelt, an dem Zustandekommen der Versorgungslage hat er selbst höchstens einen sehr mittelbaren Einfluss (etwa indem das Versorgungsunternehmen aufgrund der Entgeltlichkeit überhaupt wirtschaftlich am Markt tätig sein kann). Es fehlt daher an dem personalen Bezug des einzelnen Bürgers, er übt keine Herrschaft über den status quo der Versorgungssicherheit aus.<sup>472</sup>

Versorgungssicherheit ist außerdem ein Zustand, keine subjektiv-öffentlich verfestigte Rechtsposition. Aus einer schlichten Realität, einem bloßen Zustand, lassen sich bei einem normgeprägten Grundrecht, wie Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG eines ist, nur dann Rechtspositionen ableiten, wenn ein Gesetz diesem Zustand den Status einer vermögenswerten Position verleiht.<sup>473</sup> In Bezug auf die Versorgungssicherheit fehlt es an einem hinreichend bestimmten Sachverhalt, der dem Einzelnen eine Rechtsposition verschafft, welche derjenigen des Eigentümers entspricht. Hierzu ist Versorgungssicherheit viel zu unbestimmt, ihre Substrate zu weit gestreut. Ein allgemeines, alle Sektoren betreffendes, subjektiv-öffentliches Recht, an das für die Eröffnung des sachlichen Schutzbereiches angeknüpft werden könnte, ist nicht denkbar, da es kein vor die Klammer gezogenes „Versorgungssicherheitsrecht“ gibt, sondern jede betroffene Branche einem eigenen Regelwerk unterliegt. Vertrauensschutzerwägungen greifen hier ebenso wenig. Es besteht bereits kein schutzwürdiges Vertrauen in die Aufrechterhaltung einer günstigen Rechtslage,<sup>474</sup> noch weniger kann aufgrund Tatsachen eines Lebenssachverhaltes schutzwürdiges Vertrauen entstehen. Eine Gewöhnung an bestimmte Lebensumstände begründen keinen subjektiven Eigentumsbezug. Der Kernbereich von Versorgungssicherheit lässt sich zumindest materiellrechtlich nicht mit einem schlichten Verweis auf den Ausgangszustand im Augenblick der Betrachtung allgemeingültig erfassen.

---

<sup>472</sup> BVerfG v. 28.02.1980 – 1 BvL 17/77 u. a., BVerfGE 53, 257, 289 ff; BVerfG v. 11.10.1962 – 1 BvL 22/57, BVerfGE 14, 288, 293; BVerfG v. 19.07.1967 – 2 BvL 1/65, BVerfGE 22, 241, 253; BVerfG v. 16.10.1968 – 1 BvL 7/62, BVerfGE 24, 220, 226.

<sup>473</sup> Maunz-Dürig/Papier, Band II, Art. 14 GG (2010), Rn. 35; Kahle, S. 187.

<sup>474</sup> Dreier/Schulze-Fielitz, Art. 20 GG, Rn. 148.

b) *Gefahrenabwehrrechtliche Komponente der Versorgungssicherheit*

Eine generelle Aussage darüber, was mindestens als Zustand einer gesicherten Versorgung gelten kann, lässt sich *rechtlich* jedenfalls nicht durch einen Hinweis auf die *tatsächlich* vorgefundene Situation erfassen; denn die Sektoren sind durch Fachgesetze unterschiedlich geordnet. Dennoch muss es möglich sein, einen abstrakt-generellen Begriff, der trotz fachspezifischer Normierung, hier wie dort Verwendung findet, auf seinen grundlegenden Bedeutungsgehalt zu reduzieren. Dass die Tätigkeiten der Verwaltung, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung betrieben werden, zwar öffentliche Aufgaben im engeren Sinne sind, aus den „Daseinsvorsorgeleistungen“ indessen ausgenommen bleiben,<sup>475</sup> regt den Gedanken an, dass das Verhältnis der Gefahrenabwehr zu bspw. der Versorgung mit Energie oder Trinkwasser, den Kernbereich dessen ausmacht, was als „Versorgungssicherheit“ bezeichnet wird. Die Suche nach einer wissenschaftlich begründbaren Definition nimmt für gewöhnlich ihren Anfang bei einer Zusammenstellung der, nach eigenem Dafürhalten hypothetisch in Frage kommenden Lösungen, die anschließend auf ihre Begründbarkeit überprüft werden. Die Mutmaßung der Existenz eines Besitzstandes wurde vorstehend bereits verworfen.

Die These vom gefahrabwehrrechtlichen Kernbereich der Versorgungssicherheit entstammt dem Gedankenspiel, mit welchen Konsequenzen zu rechnen ist, wenn „Versorgungssicherheit“ hinweg gedacht wird. Die Folgen, welche im Falle defizitärer Versorgung wahrscheinlich sind, betreffen nicht ausschließlich, aber vor allem die Vitalsphäre des menschlichen Daseins. Man denke nur an Energie und Trinkwasser<sup>476</sup>, um die wohl markantesten Beispiele zu nennen. Es bedarf nicht viel Phantasie sich vorzustellen, dass aufgrund einer Reduktion oder gar eines Ausbleibens dieser Güter die Schwelle für den Eintritt von Gefahren für das Leben und die körperliche Unversehrtheit dramatisch gesenkt ist. Wie der Mangelzustand beschaffen sein muss, damit ein Abweichen von einem Zustand sicherer Versorgung festgestellt werden kann, ist eben

---

<sup>475</sup> „Der Begriff der Daseinsvorsorge behält seinen konkreten Sinn nur dann, wenn man ihn auf diejenigen staatlichen Leistungen beschränkt, die für die Allgemeinheit und den einzelnen als Glied dieser Allgemeinheit bestimmt sind. Insbesondere wird man zur Daseinsvorsorge nicht die Tätigkeit der Verwaltung zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung rechnen dürfen.“, Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 13.

<sup>476</sup> Laskowski, S. 32; Zur exemplarischen Illustration sei verwiesen auf: Die Welt v. 05.08.2013, Stadtverwaltung sperrt Wasserversorgung für Roma, online abrufbar unter: {<http://www.welt.de/politik/ausland/article118706848/Stadtverwaltung-sperrt-Wasserversorgung-fuer-Roma.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

jene Definitionsfrage, die es zu beantworten gilt. Mit einer gefahrenabwehrrechtlichen Kernbereichsbestimmung ließe sich „Versorgungssicherheit“ aus dem Zusammenspiel zweier Kategorien öffentlicher Aufgaben ableiten.<sup>477</sup>

aa) *Gefahrenabwehr – eine Verwaltungsaufgabe*

Die Abwehr von Gefahren ist eine traditionelle Verwaltungsaufgabe.

(1) *Allgemeines und besonderes Gefahrenabwehrrecht*

Die rechtlichen Bestimmungen zur Gefahrenabwehr firmieren unter der Bezeichnung „Polizei- und Ordnungsrecht“.<sup>478</sup> Wenn von „Gefahrenabwehrrecht“ die Rede ist, dann ist automatisch der aufgabenbezogene, sog. *materielle* Polizeibegriff, in Bezug genommen.<sup>479</sup> Jede staatliche Tätigkeit, die der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung zu dienen bestimmt ist, qualifiziert sich danach als „Polizei“.<sup>480</sup> Die Kombination von polizeilichem Schutzgut und drohender Gefahr bringt die präventive Orientierung des Rechtsgebietes zum Ausdruck. Mithilfe der polizeilichen Befugnisse soll dem Eintritt von Schäden vorgebeugt werden.<sup>481</sup> Dass Gefahrenabwehrrecht nicht vollständig in der Bezeichnung „Polizeirecht“ aufgeht, sondern um das „Ordnungsrecht“ ergänzt wird, ist länderspezifischen Besonderheiten geschuldet.<sup>482</sup> Die *institutionelle* Zuständigkeit einer *bestimmten* Behörde innerhalb des staatlichen Verwaltungsapparates ist, zumindest auf Grundlage des materiellen Polizeibegriffs, für die Zuordnung zum Gefahrenabwehrrecht irrelevant.<sup>483</sup>

Innerhalb all jener Normen, welche der Aufrechterhaltung von öffentlicher Sicherheit und

---

<sup>477</sup> § 1 EnwG verfolgt mit dem Begriff der Sicherheit zwei Zielrichtungen. Zum einen die Bedarfsdeckung, des Weiteren die Gefahrenabwehr mit Blick auf die der Bedarfsdeckung dienenden Tätigkeiten und Anlagen, vgl. etwa *Tettinger*, RdE 2002, 225 226. Hier soll nochmals betont werden, dass die obigen Ausführungen sich ausschließlich auf den Bereich der „Bedarfsdeckung“, nämlich die Versorgungssicherheit bezieht. Nach der hier vertretenen Auffassung, kommt dieser selbst eine gefahrenabwehrrechtliche Komponente zu.

<sup>478</sup> *Kugelman*, S. 1, Rn. 3; S. 4, Rn. 11.

<sup>479</sup> *Steiner/Schenke/Schenke*, S. 182, Rn. 13.

<sup>480</sup> Das Gefahrenabwehrrecht umfasst, diesem Verständnis folgend das Polizei- und Ordnungsrecht, *Steiner/Schenke/Schenke*, S. 176, Rn.2; S. 178, Rn. 9; *Martens*, DÖV 1982, S. 89, 92 f.; *Schenke*, S. 9, Rn. 20.

<sup>481</sup> *Kugelman*, S. 2, Rn. 4.

<sup>482</sup> *Kugelman*, S. 1, Rn. 3.

<sup>483</sup> *Steiner/Schenke/Schenke*, S. 176, Rn. 1.

Ordnung dienen, wird ferner zwischen „allgemeinem“ und „besonderem“ Gefahrenabwehrrecht unterschieden.<sup>484</sup> Das *allgemeine* Gefahrenabwehrrecht ist traditionelles „Hausgut“ der Länder, Art. 70 Abs. 1 GG. Sie verfügen über die Gesetzgebungskompetenz die Befugnisse, welche zur Bewahrung der polizei- und ordnungsrechtlichen Schutzgüter erforderlich sind, festzulegen. Neben den Polizeigesetzen der Länder, deren primäres Regelungsziel die Gefahrenabwehr darstellt, existieren besondere Normierungen zum Erhalt von öffentlicher Sicherheit. Sie stehen im Zusammenhang mit einer bestimmten Sachmaterie und werden quasi als Annex „mitgeregelt“.<sup>485</sup> Die Gesetzgebungskompetenz für dieses *besondere* Gefahrenabwehrrecht richtet sich wegen des sachlichen Kontextes nach der Kompetenz für den primären Regelungsgegenstand.<sup>486</sup> So kommt es zustande, dass sich auch in Bundesgesetzen punktuell gefahrenabwehrrechtliche Regelungen finden.<sup>487</sup>

## (2) Trennungs- und Einheitssystem

Welche Stellen dem sog. *institutionellen* Polizeibegriff nach als „Polizei“ bezeichnet werden, hängt von ihrer organisatorischen Gliederung in den Ländern ab.<sup>488</sup> Je nachdem ob in dem jeweiligen Bundesland die Polizeiorganisation dem sog. Einheits- bzw. Trennungssystem folgt, nehmen die Polizeibehörden einen mehr oder eben weniger prominenten Platz innerhalb der öffentlichen Verwaltung ein.<sup>489</sup> Diese oben bereits angedeuteten, landesspezifischen Besonderheiten gehen auf die Entpolizeilichung der Verwaltung, ganz besonders in der britischen Besatzungszone, nach dem Ende des zweiten Weltkrieges zurück.<sup>490</sup> Man war bestrebt die Befugnisse der Polizei zu beschneiden und so wurde die Vollzugspolizei von der übrigen Ordnungsverwaltung organisatorisch isoliert.<sup>491</sup> Die Bundesländer, in denen sich Polizei- und

---

<sup>484</sup> BVerfG v. 10.02.2004 – 2 BvR 834, 1588/02, BVerfGE 109, 190, 215; Kugelman, S. 4, Rn. 11.

<sup>485</sup> Bspw. gewerbe- und versammlungspolizeiliche Vorschriften, Steiner/Schenke/Schenke, S. 182, Rn. 14.

<sup>486</sup> Steiner/Schenke/Schenke, S. 249, Rn. 134.

<sup>487</sup> BVerfG v. 10.02.2004 – 2 BvR 834, 1588/02, BVerfGE 109, 190, 215; eine Zusammenstellung der in vom Bundesgesetzgeber erlassenen spezialpolizeilichen Regelungen findet sich bei Steiner/Schenke/Schenke, S. 184 ff., Rn. 17 ff.

<sup>488</sup> Steiner/Schenke/Schenke, S. 180, Rn. 10.

<sup>489</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 276, Rn. 233 a. E.

<sup>490</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 275, Rn. 230.

<sup>491</sup> Lisken/Denninger/Boldt/Stolleis, S. 29, Rn. 67 f.

Sicherheitsbehörden<sup>492</sup> die Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr teilen, befinden sich heute gegenüber dem Einheitssystem in der Mehrzahl.<sup>493</sup> Da beide Behörden materielle Polizeiaufgaben wahrnehmen,<sup>494</sup> muss ihre sachliche Zuständigkeit gegeneinander abgegrenzt werden. Dem Grundsatz nach liegt die Zuständigkeit für die Gefahrenabwehr bei den Ordnungsbehörden.<sup>495</sup> Demgegenüber wird die Polizei nur tätig, soweit ihr die Abwehr durch eine andere Behörde nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.<sup>496</sup> Abgesehen von der Abwehr von Gefahren in Fällen besonderer Dringlichkeit ist die Polizei ferner zuständig für die Erfüllung sonstiger ihr durch Gesetz übertragene Aufgaben.<sup>497</sup> Hingegen belässt das *Einheitssystem* die Zuständigkeit für alle materiellrechtlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr weiterhin exklusiv bei den Polizeibehörden. Der institutionelle und materielle Polizeibegriff sind hier deckungsgleich.<sup>498</sup>

bb) „Gefahr“

Es kann nur dann von einer gefahrenabwehrrechtlichen Substanz der Versorgungssicherheit die Rede sein, wenn sich die charakteristischen Komponenten der Gefahrenabwehr in ihr nachweisen lassen. Ein von der Rechtsordnung als schützenswert anerkanntes Gut und eine diesbezügliche Gefährdungslage aktivieren die Befugnisse der Gefahrenabwehr. In Bezug auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ist dementsprechend zu eruieren, welche Gefahrenform den Mangelzustand als spiegelbildliches Negativ der Versorgungssicherheit ausmacht. Eine *Gefahr* ist die

---

<sup>492</sup> Je nach landesspezifischer Bezeichnung auch: „Ordnungsbehörde“, „Gefahrenabwehrbehörde“ oder „Verwaltungsbehörde“, *Kugelman*, S. 6, Rn. 21.

<sup>493</sup> Im Einzelnen ergeben sich noch Unterschiede als dass sich die institutionelle Trennung teilweise auch in separaten Gesetzen fortsetzt (Bayern, Brandenburg, Nordrhein-Westfalen, Thüringen) während in anderen dem Trennungssystem angehörigen Bundesländern die Aufgaben und Befugnisse sowohl der Polizei- als auch der Ordnungsbehörden zusammengefasst sind (Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, Hamburg, Niedersachsen, Sachsen-Anhalt, Hessen), *Kugelman*, S. 29, Rn. 25; *Lisken/Denninger/Denninger*, S. 276, Rn. 233.

<sup>494</sup> Vgl. hierzu etwa Art. 6 BayLStVG sowie Art. 2 Abs. 1 BayPAG.

<sup>495</sup> *Kugelman*, S. 29, Rn. 24.

<sup>496</sup> Vgl. etwa Art. 3 BayPAG.

<sup>497</sup> Vgl. etwa Art. 2 Abs. 4 BayPAG.

<sup>498</sup> Eine dem Einheitssystem entsprechende Polizeiorganisation ist inoch in den folgenden Ländern implementiert: Baden-Württemberg, Bremen, Saarland, Sachsen; *Lisken/Denninger/Denninger*, S. 276, Rn. 233; *Kugelman*, S. 29, Rn. 26.

unmittelbare Vorstufe eines Schadens.<sup>499</sup> Von einer Gefahr ist auszugehen, wenn eine Sachlage oder ein Verhalten bei ungehindertem Ablauf des objektiv zu erwartenden Geschehens mit (hinreichender) Wahrscheinlichkeit ein polizeilich geschütztes Rechtsgut schädigen wird.<sup>500</sup> „Gefahr“ kann verkürzt also als Wahrscheinlichkeit eines Schadens beschrieben werden. Ein *Schaden* ist wiederum das nachteilige Abweichen vom vorhandenen Bestand des betreffenden Schutzgutes. Ein Schadensfall ist nur bei einer objektiv festzustellenden Rechtsgutsminderung zu bejahen, unerhebliche Beeinträchtigungen sind vom Schadensbegriff ausgenommen.<sup>501</sup>

### (1) Gefahrenformen

Die Gefahr selbst wird erneut, entsprechend dem Bezugspunkt ihrer Prognose, gestaffelt.<sup>502</sup> Wenn festgestellt werden soll, ob ein hinreichender Grund für polizeiliches Einschreiten besteht, sind Eintrittswahrscheinlichkeit und der zu erwartende Schadensumfang die bestimmenden Faktoren.<sup>503</sup> Eine allgemein bestehende sog. *abstrakte Gefahr* ist anzunehmen, wenn in einem verallgemeinerten Lebenssachverhalt grundsätzlich mit einem Schadensfall zu rechnen ist.<sup>504</sup> Die abstrakte Gefahr ist demnach eine Hypothese, keine reale Situation. Die Tatsache allein, dass in gewissen Sachlagen typischerweise eine Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung erwartet wird, erlaubt allerdings keine vollzugspolizeilichen Maßnahmen die in fremde Rechtssphären hineinreichen.<sup>505</sup> Wird eine abstrakte Gefahr festgestellt, kann sie stattdessen mit generell-abstrakten Mitteln, also durch rechtssatzförmige Verordnung, abgewehrt werden.

Die Befugnisnormen erfordern auf Tatbestandsseite vielmehr eine Gefahr die bereits fest umrissen ist.<sup>506</sup> Eine solche *konkrete Gefahr* bezeichnet eine zeitlich und örtlich bestimmte bzw. bestimmbare Sachlage, die im Einzelfall tatsächlich oder jedenfalls bei verständiger Würdigung der jeweiligen Gegebenheiten (ex ante) in naher Zukunft die

---

<sup>499</sup> Kugelmann, S. 2, Rn. 4.

<sup>500</sup> BVerwG v. 26.02.1974 – 1 C 31.72, BVerwGE 45, 51, 57; statt vieler Lisken/Denninger/Denninger, S. 202, Rn. 39.

<sup>501</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 202, Rn. 40.

<sup>502</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347, 351 unter Verweis auf BVerwG v. 26.06.1970 – 4 C 99.67, DÖV 1970, 713, 715.

<sup>503</sup> Scherzberg, VerwArch. 1993, 484, 490.

<sup>504</sup> BVerwG v. 26.06.1970 – 4 C 99.67, DÖV 1970, 713, 715; Steiner/Schenke/Schenke, S. 199, Rn. 47; Knemeyer/Schmidt, S. 30.

<sup>505</sup> Knemeyer/Schmidt, S. 30; Darnstädt, S. 99 ff.

<sup>506</sup> Knemeyer/Schmidt, S. 25.

hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts in sich birgt.<sup>507</sup> Wann ein Schadenseintritt als genügend wahrscheinlich gilt um eine konkrete Gefahr – wie sie für die Befugnis zur Ergreifung polizeilicher Maßnahmen mit Eingriffscharakter erforderlich ist<sup>508</sup> – auszulösen, ist durch wertende Abwägung unter zu Hilfenahme der allgemeinen Lebenserfahrung zu bestimmen. Essentiellen Einfluss auf die Gefahrprognose haben die Bedeutung des betroffenen Schutzgutes sowie die Höhe des absehbaren Schadens.<sup>509</sup> Umso wertvoller das zu erhaltende Rechtsgut und/oder je höher der zu besorgende Schaden, desto eher ist von einer Gefahrenlage auszugehen.<sup>510</sup>

## (2) Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge

Gefahrenabwehr knüpft an die Existenz einer Gefahr an. Ein örtlich-situativ und zeitlich bestimmtes Schadensszenario ist Grundlage allen polizeilichen Handelns im materiellen Sinn.<sup>511</sup> Die Prognose muss sich bei beiden Spielarten von „Gefahr“ auf tatsächliche Anhaltspunkte zurückführen lassen. Jede Vorhersage beinhaltet Zweifel, diese beziehen sich bei dem polizeilichen Gefahrbegriff indes allein auf das „Ob“ ihrer Realisierung; nicht auf ihre tragende, tatsächliche Grundlage. Desto vager das sichere Wissen der Behörde über den potentiell gefahrbehafteten Sachverhalt ist – die Schadenswahrscheinlichkeit etwa weit in der Zukunft liegt oder von dem Hinzutreten bzw. Ausbleiben weiterer Faktoren abhängt – umso eher ist, mangels des Vermögens eine, ausreichend durch Fakten abgesicherte, Gefahrprognose zu stellen, das Vorliegen einer Gefahr zu verneinen.<sup>512</sup> Stattdessen wird eine solche Situation als mögliche Gefahr bzw. *Gefahrenverdacht* bezeichnet.<sup>513</sup> Trotzdem findet die Bekämpfung von Gefahren faktisch bereits unterhalb dieser Gefahrenschwelle statt.<sup>514</sup> So wie das Gefahrenabwehrrecht nicht erst das Eintreten eines Schadens abwartet, existieren

---

<sup>507</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 203, Rn. 42; Schenke, S. 37, Rn. 69; Knemeyer/Schmidt, S. 25; Legaldefinitionen in: § 2 Nr. 1 a NdsSOG, § 2 Nr. 3 a BremPOIG, § 3 Nr. 3 a SachsAnhSOG, § 54 Nr. 3 a ThürOBG.

<sup>508</sup> Darnstädt, S. 31.

<sup>509</sup> BVerwG v. 26.02.1974 – 1 C 31.72, BVerwGE 45, 51, 61.

<sup>510</sup> Martens, DÖV 1982, 89, 93; Breuer, DVBl. 1978, 829, 833.

<sup>511</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 203, Rn. 41.

<sup>512</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347, 352; Lisken/Denninger/Denninger, S. 203, Rn. 41.

<sup>513</sup> Knemeyer/Schmidt, S. 30 f.

<sup>514</sup> Scherzberg, VerwArch. 1993, 484, 490; Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Grundprinzipien des Umweltrechts, Rn. 33 ff.; Breuer, DVBl. 1978, 829, 836; Ossenbühl, NVwZ 1986, 161, 163; Ruthig, S. 11, 22.

zahlreiche ordnungsrechtliche Normierungen,<sup>515</sup> die präventiv bereits dem Entstehen von Gefahren vorbeugen. Die zugrundeliegenden Sachverhalte zeichnen sich durch arteigene Risikopotenziale aus. Ihnen wohnen gewissermaßen eine Grundgefährlichkeit bzw. „Betriebsgefahr“<sup>516</sup> inne. Mithilfe von ordnungsrechtlichen Instrumenten wird auf diese Materie lenkend eingewirkt, um einem abträglichen, schlimmstenfalls in der Schadensverwirklichung mündenden, Geschehensablauf vorzubauen.<sup>517</sup> Der Gesetzgeber bedient sich dabei bspw. Genehmigungserfordernissen, Verboten (mit Erlaubnisvorbehalt) sowie planungs-, abgaben-, und marktwirtschaftliche Instrumenten. Ohne dass überhaupt eine „echte“ Gefahr vorliegt, wird so Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge betrieben.<sup>518</sup>

Gefahrenabwehr ist allerdings von anderer Qualität als Gefahrenvorsorge und kann nicht auf Letztere erstreckt werden.<sup>519</sup> Das heißt, wenn zum Zwecke des Rechtsgüterschutzes ein Risikopotenzial unterhalb der Gefahrenschwelle gesenkt werden soll und dies zugleich Anordnungen mit Eingriffsqualität erfordert, kann nicht auf die Maßnahmen des allgemeinen Polizei- und Ordnungsrechts rekuriert werden.<sup>520</sup> Denn diese setzen in materieller Hinsicht eben das Vorliegen einer Gefahr voraus. Über diese Wortlautgrenze darf sich die Polizei nicht hinwegsetzen. Der Grund für hoheitliche Vorsorgemaßnahmen ist ein *Risiko*.<sup>521</sup> Anders als die Subsumtion eines Sachverhalts als „Gefahr“, erfordert die Bewertung eines Risikos mehr als die bloße Gesetzesanwendung. Sie setzt eine wertende Abwägung voraus, deren Ausgang darüber entscheidet, welches Risiko noch erlaubt sein soll bzw. welche Freiheitsbeschränkungen man für deren Eliminierung hinzunehmen bereit ist.<sup>522</sup> Diese Offenheit der rechtlichen Beachtlichkeit von Risiken unterscheidet sie wesentlich von jeglichen Gefahrbegriffen.<sup>523</sup> Festgelegt werden beide nämlich nach ein

---

<sup>515</sup> Vgl. etwa § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG, § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 6 Abs. 2 GenTG, § 7 BBodSchG, § 6 GenTG, § 53 IfSG.

<sup>516</sup> Eine Betriebsgefahr geht etwa von ortsfesten Anlagen zur Erzeugung oder zur Bearbeitung oder Verarbeitung oder zur Spaltung von Kernbrennstoffen oder zur Aufarbeitung bestrahlter Kernbrennstoffe aus, vgl. § 7 AtG.

<sup>517</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BverwGE 116, 347, 352.

<sup>518</sup> Liskan/Denninger/Denninger, S. 203, Rn. 41; Kloepfer, Handbuch des Katastrophenrechts, § 18 Katasrophenvorsorge und Katastrophenvermeidung, Rn. 39 ff.

<sup>519</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BverwGE 116, 347, 352; Ossenbühl, NVwZ 1986, 161, 163.

<sup>520</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BverwGE 116, 347, 352.

<sup>521</sup> Zu den historischen Vorstellungen von „Risiko“ umfassend bei Bonß, S. 49 ff.

<sup>522</sup> BVerwG v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BverwGE 116, 347, 352 unter Verweis auf BVerfG v. 28.02.2002 – 1 BvR 1676/01, DVBl. 2002, 614.

<sup>523</sup> Gusy, DÖV 1996, 573, 579.

und denselben Parametern, dem Bezugspunkt „Schaden“ und seiner Eintrittswahrscheinlichkeit. Letztere ist bei einem „bloßen“ Risiko der Gefahr gegenüber herabgesetzt. Die Annahme, die Eintrittswahrscheinlichkeit beschränke sich beim Risiko demnach nur auf eine hauchdünne Realisierungsquote, wäre allerdings zu kurz gedacht. Sie ist vielmehr „unberechenbar“ denn „unwahrscheinlich“. Es mangelt regelmäßig an ausreichend statistischen Erfahrungswerten, auf deren Basis eine belastbare (Gefahr-)Prognose erstellt werden könnte.<sup>524</sup>

Es ist deshalb ein Trugschluss, davon auszugehen, ein Risiko sei weniger bedrohlich als eine Gefahr. Die prinzipielle Wertentscheidung über die (Rechts-) Erheblichkeit von Risiken kann aus rechtsstaatlichen Gründen nicht von der Exekutiven, sondern muss, im Einklang mit der Wesentlichkeitstheorie, von einem Parlament getroffen werden.<sup>525</sup> Mit Freiheitsbeschränkungen verbundene Gefahrenvorsorge kann also nur dort stattfinden, wo der Gesetzgeber eine entsprechende rechtliche Grundlage geschaffen hat.<sup>526</sup> Durch die Kodifizierung von *Gefahrenvorsorgemaßnahmen* wird nicht nur das grundrechtliche Schutzniveau, welches der Staat durch Vorsorge gewährleistet, näher bestimmt, sondern zugleich das sog. Rest- bzw. Grenzkrisiko negativ abgegrenzt.<sup>527</sup> Infolge der Normierung – als Ergebnis einer parlamentarischen Risikobewertung – werden alle übrigen, dem Anwendungsbereich nicht subsumierbaren Ursachen und Kausalverläufe der Gesellschaft zur eigenverantwortlichen Vorsorge und gegebenenfalls zur Folgenbewältigung auferlegt.<sup>528</sup> Die unsichere Tatsachengrundlage, welche die Gefahrenvorsorge auszeichnet und überhaupt die Notwendigkeit einer Abwägung provoziert, wirkt noch darüber hinaus fort. Regelmäßig erfordert nämlich die Sachmaterie zu ihrer Durchdringung einer besonders qualifizierten Expertise. Das korrespondierende kleinteilige Regelungsbedürfnis übersteigt dabei zunehmend das, was ein Gesetz mittels abstrakt-genereller Festlegung zu leisten vermag. Wo dies zutrifft, beschränkt sich der parlamentarische Gesetzgeber deshalb auf die allgemeine Vorgabe, in denen seine wesentliche Risikobewertung zum Ausdruck kommt. Gleichzeitig wird die Verwaltung

---

<sup>524</sup> *Ossenbühl*, NVwZ 1986, 161, 163; *Kloepfer*, Umweltrecht, § 3 Umweltverfassung und Umweltverwaltung, Rn. 81 und § 4 Grundprinzipien des Umweltrechts, Rn. 33 ff.; *Jaeckel*, S. 5, 9.

<sup>525</sup> *Jaeckel*, S. 5, 10.

<sup>526</sup> *BVerwG* v. 03.07.2002 – 6 CN 8/01, BVerwGE 116, 347, 353.

<sup>527</sup> Vgl. etwa Anforderungen in § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG, § 11 Abs. 1 Nr. 4, § 16 Abs. 1 Nr. 2 GenTG „Stand von Wissenschaft und Technik“, dagegen in § 3 VI BImSchG „Stand der Technik“, § 49 Abs. 1 EnWG „allgemein anerkannten Regeln der Technik“.

<sup>528</sup> *Gusy*, DÖV 1996, 573, 579.

zum Erlass von Rechtsverordnungen und bzw. oder Beurteilungsspielräumen ermächtigt, damit sie die weitere Konkretisierung leisten kann. Eine solche allgemeine Vorgabe ist bspw. die dynamische Voraussetzung eines gewissen „Standes von Wissenschaft und Technik“ oder eben die einer sicheren Versorgung.<sup>529</sup>

In einigen Bereichen, so etwa im Umweltrecht als auch im technischen Sicherheitsrecht,<sup>530</sup> lässt sich das Risiko als ein „aktives“ beschreiben. Es besteht aufgrund eines externen Bedrohungsfaktors die latente Eventualität, dass das von ihm ausgehende Risiko in eine Gefahr umschlägt.<sup>531</sup> Ferner gibt es Vorgänge welche zuweilen ein „passives“ Risikopotenzial bergen. Die mögliche Gefahrenquelle wirkt nicht von außen auf die Sachlage ein, sondern ist quasi als „Sollbruchstelle“ bereits eingebaut. Wenn es etwa um die Bereithaltung von existenziell wichtigen Waren und Dienstleistungen geht, besteht das unterschwellige Risiko, dass die Versorgung zum Erliegen kommt. Das permanente Risiko, aus dem sich mögliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit speisen, ist das Versorgungsdefizit. Einmal arbeitet die Gefahrenvorsorge gegen das Eintreten eines Zustandes an, im anderen Fall arbeitet sie gerade an der Aufrechterhaltung eines Zustandes. Versorgungssicherheit ist der Zustand, welcher im Hinblick auf das Gut, mit dem sich das jeweilige Fachgesetz befasst, „vorsorglich“ bewahrt werden soll.

### (3) Zwischenergebnis

Bei der Suche nach dem gefahrenabwehrrechtlichen Kern der Versorgungssicherheit, fällt auf, dass die Fachgesetze, welche den Betrachtungsgegenstand als Zielvorgabe beinhalten, keineswegs auf eine „Gefahr“ abstellen. Das ist auch nur konsequent, da sie nicht dem klassischen Gefahrenabwehrrecht zugehörig sind. Die These, dass sich Versorgungssicherheit - möchte man sie auf ihren Wesensgehalt reduzieren - sich durch den Gefahrbegriff definieren lässt, ist trotzdem kein Irrweg. Die Beantwortung der Ausgangsfrage welche Gefahrenform, die für eine Definition maßgebliche sein soll, muss allerdings den Umweg über das Verhältnis von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge

---

<sup>529</sup> BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 133 ff.; BVerwG v. 15.04.1999 – 7 B 278/98, NVwZ 1999, 1232, 1233 f.; Jaeckel, S. 5, 10, 12; Wahl/Wahl/Appel, S. 138.

<sup>530</sup> Liskan/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 13.

<sup>531</sup> Dies geschieht üblicherweise durch ausdrückliche spezialgesetzliche Anordnung, in dem ermächtigenden Gesetz von der "Gefahrenabwehr" zur "Vorsorge" gegen drohende Schäden, vgl. etwa § 7 Abs. 2 Nr. 3 AtG, § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG, § 6 Abs. 2 GenTG, § 7 BBodSchG.

nehmen.<sup>532</sup>

Die Zielvorgabe der Versorgungssicherheit stellt eine Art Untermaßverbot dar, einen Zustand der möglichst nicht zu unterschreiten ist.<sup>533</sup> Der Indikator, ob die notwendige Mindestanforderung, die an eine „noch sichere“ Versorgung zu stellen ist, verfehlt wurde, ist das Vorliegen einer Gefahr. Solange und soweit Schäden für die öffentliche Sicherheit ausbleiben, wird das notwendige Versorgungsminimum nicht unterschritten – in ihrem Kernbereich ist der Zustand sicherer Versorgung dann intakt. Sobald allerdings aufgrund einer konkreten Gefahr die Gefahrenabwehrbefugnisse der Vollzugspolizei aktiviert werden, ist e contrario die Versorgungssicherheit zu verneinen. Das „Versagen“ der Gefahrenvorsorge wird durch den Wechsel der Zuständigkeiten sichtbar gemacht. Anhand des konkreten Gefahrbegriffs gelingt somit eine negative Definition von „Versorgungssicherheit“.

#### cc) Schutzgut: Öffentliche Sicherheit

Weiterhin ist zu ermitteln welches Schutzgut die Versorgungssicherheit in sich trägt. Der Rechtsbegriff „Versorgungssicherheit“ steht nicht für sich allein. Er ist vielmehr auf reale Gegenstände bezogen, welche ihrerseits notwendige Bedingung zur Verwirklichung und Bewahrung eines Schutzgutes sind. Welche Rechtsgüter im Einzelnen überhaupt den Schutz des Gefahrenabwehrrechts verdienen und in welchem Rang sie dabei stehen, ist selbstverständlich zeitgeistabhängig.<sup>534</sup> Gleichwohl benannte bereits das Preußische Allgemeine Landrecht aus dem Jahr 1794 die Gewährleistung der *öffentlichen Sicherheit* als zentralen Gegenstand und Grund polizeilicher Gefahrenabwehr.<sup>535</sup> Dieses Schutzgut ist der Grund, weshalb an einer sicheren Versorgung mit bestimmten Waren und Dienstleistungen überhaupt ein öffentliches Interesse besteht. Die Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit umfasst den Schutz subjektiver Rechtsgüter und Rechte des Einzelnen, den Schutz von Einrichtungen und Veranstaltungen des Staates und sonstiger

---

<sup>532</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 13.

<sup>533</sup> Störring, S. 38.

<sup>534</sup> Kugelmann, S. 7 f., Rn. 27; Erichsen, VVDStRL 1977, S. 172, 187.

<sup>535</sup> § 10 Titel 17 Teil II PrALR (1794): „Die nöthigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe, Sicherheit und Ordnung, und zur Abwendung der dem Publico, oder einzelnen Mitgliedern deselben, bevorstehenden Gefahr zu treffen, ist das Amt der Polizey.“; Lisken/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 16; das zweite polizeiliche Schutzgut, die öffentliche Ordnung (mit Ausnahme von Bremen und Schleswig-Holstein nehmen alle Länder auf sie Bezug), ist für die angestellte Untersuchung ohne Relevanz und bleibt daher außer Betracht.

Träger von Hoheitsgewalt sowie überhaupt die Unverletzlichkeit der objektiven Rechtsordnung.<sup>536</sup> Die öffentliche Sicherheit weist also sowohl einen individualrechtlichen als auch einen kollektivrechtlichen Bezug auf.<sup>537</sup>

(1) Individualrechtsgüterschutz

Die Reichweite der öffentlichen Sicherheit wird hinsichtlich der Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt individuell zuordenbar sind,<sup>538</sup> durch die dem Staat grundrechtlich verordneten Schutzpflichten bestimmt.<sup>539</sup> Die Funktion der Grundrechte beschränkt sich nicht auf die Auferlegung einer Rechtfertigungspflicht bei freiheitsbeschränkenden Akten öffentlicher Gewalt. Um den grundrechtlichen Gewährleistungen effektiv zur Durchsetzung zu verhelfen, leiten sich darüber hinaus ebenfalls positive staatliche Schutz- und Handlungspflichten ab.<sup>540</sup> Das von einem, die Gefahrenschwelle überschreitende, Versorgungsdefizit sicher betroffene Individualgut ist das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, wie es in Art. 2 Abs. 2 GG verbürgt ist. Der Schutz von Leben und Gesundheit ist der häufigste praktische Anwendungsfall der Schutzpflichtfunktion der Grundrechte.<sup>541</sup> Die Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 GG ist umfassend:

*„Sie gebietet dem Staat sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen; das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer bewahren.“<sup>542</sup>*

---

<sup>536</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 16; Drews/Wacke/Vogel/Martens, S. 232.

<sup>537</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 16.

<sup>538</sup> Hiervon sind solche Rechtspositionen zu unterscheiden, die aufgrund ihrer privatrechtlichen Herkunft vorrangig mit den Mitteln des Privatrechts zu schützen sind, der Bürger kann sich grundsätzlich vor den Zivilgerichten vor den Übergriffen Anderer Privatrechtssubjekte wehren, vgl. Kugelman, S. 83, Rn. 58.

<sup>539</sup> Kugelman, S. 83, Rn. 59; Klein, NJW 1989, 1633, 1637 f.; Stern, DÖV 2010, 241, 243 ff.

<sup>540</sup> BVerfG v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198; BVerfG v. 25.02.1975 – 1 BvF 1/74 u. a., BVerfGE 39, 1, 41 f. unter Verweis auf BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 140 ff.; BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30, 57; BVerfG v. 03.10.1979 – 1 BvR 614/79, BVerfGE 52, 214-220; BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 78; Kugelman, S. 83, Rn. 59.

<sup>541</sup> Stern, DÖV 2010, 241, 244.

<sup>542</sup> So wörtlich BVerfG v. 16.10.1977 – 1 BvQ 5/77 –, BVerfGE 46, 160, 164.

Wenn Branchen versagen, auf deren Produkte oder Dienstleistungen Menschen existenziell angewiesen sind, sind Leben und Gesundheit empfindlich schnell betroffen. Beispielhaft sei nur auf die Versorgung mit elektrischem Strom<sup>543</sup> und Trinkwasser<sup>544</sup> und die Abfallentsorgung<sup>545</sup> verwiesen.

In welcher Weise der Staat seiner Pflicht zur Bewahrung der Unversehrtheit des Schutzgutes gegen Übergriffe von Seiten Dritter nachkommt steht ihm frei. Alle in Betracht kommenden Mittel – ob tatsächlicher<sup>546</sup> oder normativer<sup>547</sup> Natur – sind von seiner Einschätzungsprärogative umfasst, solange sie den Zweck ausreichend fördern. Durch die Maßnahmen muss ein wirksamer Schutz für das durch Dritte gefährdete Grundrecht erreicht werden. Das Niveau grundrechtlicher Gewährleistung soll nicht unter

---

<sup>543</sup> *Schwäbische.de* v. 29.07.2013, Ein Stromausfall am Krankenhaus Bad Waldsee hat am Samstagabend einen Großeinsatz der Rettungskräfte ausgelöst. Feuerwehr und Technisches Hilfswerk mussten vorübergehend die Notstromversorgung sicherstellen, abrufbar unter {[http://www.schwaebische.de/region/oberschwaben/bad-waldsee/stadtnachrichten-bad-waldsee\\_artikel,-Stromausfall-fuehrt-zu-Grosseinsatz-am-Krankenhaus-Bad-Waldsee-\\_arid,5475091.html](http://www.schwaebische.de/region/oberschwaben/bad-waldsee/stadtnachrichten-bad-waldsee_artikel,-Stromausfall-fuehrt-zu-Grosseinsatz-am-Krankenhaus-Bad-Waldsee-_arid,5475091.html)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *tz-online* v. 15.11.2012, Die Uniklinik Großhadern hat es am Donnerstag besonders getroffen: Sie hing eine Stunde am Notstrom-Tropf!, abrufbar unter {<http://www.tz-online.de/aktuelles/muenchen/stromausfall-uniklinikum-haengt-eine-stunde-notstrom-tropf-tz-2619156.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>544</sup> *Lüdemann, Dagny*, Wasserausfall in Lübeck, in: *Zeit Online* v. 21.11.2010, abrufbar unter {<http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2010-11/luebeck-wasserversorgung-ausfall>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); „*Im Fall der Jahrtausendflut in Bayern wurden Kuh- und Schafsweiden geflutet. Die Ausscheidungen der Tiere gelangten ins Wasser und verunreinigten es mit den Bakterien. Trinkt nun ein Mensch das verunreinigte Wasser, gelangt E. coli mit dem Wasser erneut in den menschlichen Darm. [...] Besonders Kinder und ältere Menschen sind gefährdet.*“, vgl. *tz-online* v. 10.06.2013, Trinkwasser nach Flut: Was muss man beachten?, abrufbar unter {<http://www.tz-online.de/aktuelles/bayern/keime-trinkwasser-nach-flut-wasser-abkochen-muss-beachten-tz-2946888.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>545</sup> „*Dies hat allerdings spürbare Gesundheitsfolgen: Mehr Krebsfälle, mehr kranke Säuglinge sind hier zu zählen als im übrigen Italien.*“, vgl. *Schönau, Birgit*: Müll bis zu den Hängen des Vesus, in: *Zeit Online* v. 07.01.2008, abrufbar unter: {<http://www.zeit.de/online/2008/02/neapel-muell>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); „Man spricht vom „Dreieck des Todes“. Die Lebenserwartung der Menschen sei etwa zwei Jahre kürzer als im Schnitt der anderen Regionen. Schon frühere Untersuchungen maßen eine unnormale hohe Anzahl von Geburtsdefekten. Lungen-, Leber- und Atemwegs-Erkrankungen kommen hier weit häufiger vor als anderswo.“, vgl. *Bremer, Jörg*: Das stinkt zum Himmel, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* v. 03.08.2012, abrufbar unter {<http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/umwelt/brennende-muellberge-in-neapel-das-stinkt-zum-himmel-faz-11841687.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>546</sup> Bspw. durch Aufklärungskampagnen oder Warnungen.

<sup>547</sup> *HStR/Isensee*, Band IX, § 191, Rn. 3.

das fundamentale Minimum absinken.<sup>548</sup> Seiner Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG hat der Staat mitunter durch den Erlass von polizei- und ordnungsrechtlichen Statuten Genüge getan.<sup>549</sup> Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte knüpft an das spezifische Dreiecksverhältnis an, in dem der Eingriff in das Grundrecht nicht etwa hoheitlich, sondern durch einen anderen Grundrechtsträger erfolgt. Versorgungsunterbrechungen, die sich auf menschliches Verhalten zurückführen lassen, liegen durchaus im Bereich des Möglichen, etwa im Falle terroristischer Angriffe auf kritische Infrastruktur.<sup>550</sup> Auch weniger drastische Eingriffe durch Privatrechtssubjekte sind denkbar, z.B. durch diskriminierende Marktzutrittsbarrieren.<sup>551</sup>

In den Sektoren der leitungsgebundenen Versorgung besteht die Besonderheit, dass die überwiegend als wahrscheinlich geltenden Gefahrenquellen aus der Umwelt selbst stammen. Sie können deshalb als „natürliche“ Gefahrenquellen bezeichnet werden.<sup>552</sup> Die beeinträchtigende Wirkung lässt sich keinem Rechtssubjekt zurechnen, so dass es jeweils an der Eingriffsqualität mangelt.<sup>553</sup> Die faktische Belastung ist jedoch keinesfalls geringer.

In Ansehung dieser „natürlichen“ Gefahrquellen bedarf es dogmatisch eigentlich keiner Herleitung aus der Schutzpflichtdimension der Grundrechte, denn das staatliche Handeln löst einem Dritten gegenüber gerade kein Rechtfertigungsbedürfnis aus. Es handelt sich dann vielmehr schlicht um eine Staatsaufgabe „sui generis“.<sup>554</sup> Dementgegen möchte eine andere Auffassung ebenfalls jene, aus der Natur kommende Vorkommnisse, die in grundrechtliche Schutzbereiche hineinreichen, dem staatlichen Schutzpflichtenregime unterstellen. Begründet wird dies mit ihrer Schutzgutorientierung, eine Differenzierung

---

<sup>548</sup> HStR/*Isensee*, Band IX, § 191, Rn. 149;

Maunz-Dürig/*Di Fabio*, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (2004), Rn. 89.

<sup>549</sup> Maunz-Dürig/*Di Fabio*, Band I, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (2004), Rn. 86; *Stern*, DÖV 2010, 241, 247.

<sup>550</sup> *Kremers, Patrick*: Deutsche Meiler – bedingt terrorsicher, in: *Zeit Online* v. 15.09.2010, abrufbar unter {<http://www.zeit.de/politik/deutschland/2010-09/kernkraftwerke-angriff>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>551</sup> *Bull*, S. 245.

<sup>552</sup> So bspw. jede Art von Naturkatastrophe, vgl. etwa zu den Zuständen in New Orleans nach dem Hurrikan „Katrina“ in *Zeit Online* v. 01.04.2009, abrufbar unter {<http://www.zeit.de/online/2005/35/folgen>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *Drews/Wacke/Vogel/Martens*, S. 222.

<sup>553</sup> *Ossenbühl*, NVwZ 1986, 161, 164; *Störring*, S. 43 f.

<sup>554</sup> HStR/*Isensee*, Band IX, § 191, Rn. 206 f.; *Ossenbühl*, NVwZ 1986, S. 161, 164.

nach der Herkunft der Bedrohung lasse sich hiermit nicht vereinbaren.<sup>555</sup> In den Schutz vor nichtstaatlichen Zugriffen auf die verbürgten Gewährleistungen seien deshalb alle denkbaren Gefahrenquellen unterschiedslos einzubeziehen. Der ungleiche Ursprung der Gefahr soll sich lediglich bei der Ausgestaltung der Schutzpflichten auswirken, nicht jedoch bereits die Berufung auf Grundrechte verwehren. Wo gegenläufige Grundrechtspositionen auszugleichen sind, werden erhöhte Anforderungen gestellt. Es bedarf bspw. in jedem Fall einer Rechtsgrundlage, außerdem ist das Verhältnismäßigkeitsprinzip zu beachten. Demgegenüber stellt sich die Situation bei natürlichen Gefahrenquellen zweidimensional dar, was flexiblere Reaktionen ermöglicht.<sup>556</sup> In der Regel werden sich die Gefahren kumulativ aus verschiedenen Quellen speisen,<sup>557</sup> sodass der Streit bereits aus diesem Grund dahinstehen kann. Selbst wenn dies nicht zutreffen sollte, spielt der Begründungsweg deshalb keine Rolle, da sich der Gesetzgeber ohnehin dem Schutz vor natürlichen Gefahrenquellen angenommen hat. Ob dies als Erfüllung seiner Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG oder als Wahrnehmung einer Staatsaufgabe zu werten ist, spielt für den Betrachtungsgegenstand keine Rolle. Jedenfalls steht fest, dass aus der Schutzpflichtdimension des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine Pflicht zur Bekämpfung von gesundheitsgefährdenden und lebensbedrohlichen Auswirkungen etwaiger Versorgungsdefizite folgt.<sup>558</sup> Leben und die körperliche Unversehrtheit sind also die zur öffentlichen Sicherheit gehörenden, individuellen Rechtsgüter, um deren Willen die Versorgungssicherheit aufrecht zu erhalten ist.

## (2) Kollektivgüterschutz

Der Gemeinschaftsbezug der öffentlichen Sicherheit ergibt sich nach ihrer hergebrachten Definition aus der Schutzwürdigkeit der Einrichtungen des Staates in ihrem Bestand und ihrer Funktionsfähigkeit.<sup>559</sup> Darauf sind die kollektiven Schutzgüter polizeilicher Gefahrenabwehr indes nicht ausschließlich beschränkt.<sup>560</sup> Die öffentliche Sicherheit ist ebenfalls betroffen, wenn so genannte kollektive Rechtsgüter gefährdet sind. Deren

---

<sup>555</sup> Dietlein, S. 103.

<sup>556</sup> Dietlein, S. 103 f.

<sup>557</sup> Dietlein, S. 106.

<sup>558</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 78.

<sup>559</sup> Lisken/Denninger/Denninger, S. 192, Rn. 16.

<sup>560</sup> Czychowski, DVBl. 1970, 379, 382.

Schutz ist mit Rücksicht auf die Allgemeinheit, vornehmlich also auf das Leben in der staatlich organisierten Gemeinschaft geboten.<sup>561</sup> Zwar kann die Versorgungssicherheit selbst nicht als ein solches Allgemeingut qualifiziert werden, wohl aber die auf sie bezogenen einzelnen sektoralen Versorgungsleistungen. Ihnen kommt zuweilen ein schützenswerter Eigenwert zu. Ihre Bedeutung steigt und fällt dann nicht nur reziprok entsprechend dem Rang eines Individualschutzgutes, sondern ist aufgrund ihrer integralen Bedeutung für die Existenz und Funktion einer Gemeinschaft selbständiges Schutzgut. Natürlich steht hinter der Erhebung der Versorgungsleistung in den Rang eines Allgemeingutes immer noch der Gedanke des Schutzes von Leben und Gesundheit (oder anderer grundrechtlicher Verbürgungen). Das kollektive Schutzgut hat sich aber verselbständigt und einen rechtlichen Eigenwert erlangt. So ist beispielsweise eine zuverlässige Energieversorgung, unter anderem, notwendige Bedingung für eine prosperierende Volkswirtschaft einer Industrienation. Das Gesellschaftskollektiv hat unter diesem Gesichtspunkt ein eigenes, von den Belangen seiner Mitglieder unabhängiges Interesse an der Bewahrung dieses Gutes. Dies macht deutlich, dass die Betroffenheit eines Individual- bzw. Kollektivschutzgutes qualitativ zu unterscheiden ist. Letzteres ist mehr als eine Zusammenfassung von Individualschutzgütern.<sup>562</sup> Die elementaren Versorgungsdienste, namentlich die Versorgung mit Energie und Wasser, sind als kollektive Schutzgüter entsprechend anerkannt.<sup>563</sup> Sind diese Rechtsgüter durch eine Gefahr bedroht, kann eine Störung der öffentlichen Sicherheit festgestellt werden.<sup>564</sup>

*c) Zwischenergebnis zur Kernbereichsdefinition*

Zusammenfassend kann hinsichtlich der materiellen Interpretation Folgendes festgehalten werden: Die verbindliche Festlegung eines Minimalgehaltes dem Gefahrenabwehrrecht zu entnehmen bedeutet, den Kernbereich von Versorgungssicherheit zu definieren als:

*„Abwesenheit konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit aufgrund defizitärer Versorgungszustände.“*

Versorgungssicherheit ist der Zustand, der „vorsorglich“ bewahrt werden soll. Öffentliche

---

<sup>561</sup> BVerwG v. 16.11.1973 – 4 C 44/69, NJW 1974, 815, 817.

<sup>562</sup> BVerwG v. 16.11.1973 – 4 C 44/69, NJW 1974, 815, 817; Czychowski, DVBl. 1970, 379, 381; Knemeyer/Schmidt, S. 21.

<sup>563</sup> BVerwG v. 16.11.1973 – 4 C 44/69, NJW 1974, 815, 817; Czychowski, DVBl. 1970, 379, 381.

<sup>564</sup> Czychowski, DVBl. 1970, 379, 381.

Sicherheit ist dabei zu lesen als Gefahr für das Leben und die Gesundheit von Menschen oder bedeutender kollektiver Versorgungsleistungen insgesamt. Die individualrechtliche und die kollektivrechtliche Ausprägung ergänzen sich. Wenn ein Allgemeingut in seinem Bestand und seiner Funktion gefährdet ist, so wird dies regelmäßig mit einer Gefahr für die Individualgüter Leben und Gesundheit zusammentreffen. Gleichwohl ist es für die Negativdefinition nicht erforderlich, dass beide Schutzgüter kumulativ gefährdet sind. Auch wenn die Gefahrenvorsorge lediglich lokal versagt und infolgedessen „nur“ eine konkrete Gefahr für die individualrechtliche Komponente zu bejahren ist – während Bestand und Funktion der Versorgungsleistung insgesamt nicht vollständig von dem Störfall betroffen sind - ist nach der hier vertretenen Auffassung die Versorgungssicherheit (partiell) nicht gegeben. Auch umgekehrt kann es einmal sein, dass das besonders geschützte Rechtsgut – teilweise oder vollständig – betroffen ist, ohne dass Personen hierdurch zu Schaden kommen.<sup>565</sup> Bei dem Verständnis von Versorgungssicherheit kommt es keineswegs auf die räumliche Ausdehnung der Gefahr an.

## 2. Randbereich

Der Grund, weshalb eine subsumtionsfähige Definition von Versorgungssicherheit sich auf ihren Minimalgehalt beschränken muss, liegt darin, dass sie Randunschärfen aufweist. Wie eingangs bereits festgestellt wurde, ist das, was gemeinhin als Zustand akzeptabler Versorgung empfunden wird, dem aktuellen Standard und einer entsprechenden Dependenz oder auch nur der Gewöhnung angepasst. Was Anfang des 20. Jahrhunderts hinsichtlich Qualität und Quantität gewisser Versorgungsleistungen angemessen war, ist es heute sicher nicht mehr.<sup>566</sup> Das was gemeinhin subjektiv als „Versorgungssicherheit“ empfunden wird umfasst deshalb weitere, über die schiere Abwesenheit von Gefahren für das Leben und die Gesundheit hinausgehende, flankierende Elemente. Diese stehen mit dem rechtlich erfassbaren Kernbereich in einem engen Zusammenhang, decken darüber hinaus aber auch ein „Mehr“ an Versorgungssicherheit ab. Dazu zählen bspw. die Zuverlässigkeit, Dauerhaftigkeit und Erreichbarkeit der Versorgung unterhalb der Gefahrenschwelle; wenn die Versorgung lückenhaft und störanfällig ist, es dadurch aber noch nicht zu einer konkreten Gefahr

---

<sup>565</sup> Beispiel bei *Czychowksi*, DVBl. 1970, 379, 381.

<sup>566</sup> *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, S. 12.

kommt. Diesbezüglich kann auf den status quo rekurriert werden. Idealerweise umfasst ein Zustand sicherer Versorgung ebenfalls Komfortelemente, etwa Verbraucherfreundlichkeit, Preisgünstigkeit- und Stabilität, Nachhaltigkeit etc. Teilweise sind diese sogar als selbständige Zielvorgaben anerkannt.<sup>567</sup>

## II. Formelle Versorgungssicherheit

### 1. Rückgriff auf Spezialgesetze

Für Fragen der Zuständigkeit, des Verfahrens und der Form sei auf die jeweiligen Fachgesetze verwiesen.<sup>568</sup> Es existiert keine gebündelte Zuständigkeit bei einer „(Bundes-) Behörde für Versorgungssicherheit“, vielmehr wird die Zielverwirklichung arbeitsteilig bewirkt. Diverse, sich überlagernde staatliche Aktivitäten wirken zur Verwirklichung eines Zustandes von Versorgungssicherheit zusammen, Planung und Regulierung stehen nebeneinander. Es überlagern sich fachspezifische Regelwerke und ein dem Staat zur Verfügung stehender (nicht einmal ausschließlich ordnungsrechtlicher) Instrumentenmix<sup>569</sup> zur Realisierung von Versorgungssicherheit. Die Zuständigkeit der jeweiligen Behörde ist also sowohl sektoral wie anwendungsspezifisch aus dem jeweiligen Gesetz heraus zu bestimmen, welches „Versorgungssicherheit“ als Rechtsbegriff enthält. Grundsätzlich sind die Länder zum Gesetzesvollzug berufen, die Zuständigkeit der jeweiligen Behörde ist jedoch spezifisch für jeden Anwendungsfall zu bestimmen. Die formelle Komponente der Versorgungssicherheit folgt den Anordnungen des anwendbaren Fachgesetzes. Im Bericht der Netzwirtschaften ist eine Bundesbehörde – die Bundesnetzagentur – die zuständige Regulierungsbehörde.<sup>570</sup>

### 2. Justiziabilität

Wenn der Versorgungssicherheit in sachlicher Hinsicht ein absoluter Deutungskern

---

<sup>567</sup> Ehricke, ZNER 2004, 211, 212; Kahle, S. 107; Säcker, RdE 2015, 1, 4 ff.

<sup>568</sup> Schröter, GewArch 2013, 432, 435; vgl. §§ 54 ff. EnWG.

<sup>569</sup> Genehmigung, Planung, Regulierung, etc.

<sup>570</sup> „Regulierung“ – eine Erscheinungsform administrativer Tätigkeit“, S. 33.

innewohnt, dann ist er kraft der Rechtsbindung der Verwaltung beim Gesetzesvollzug auch in diesem Sinne zu berücksichtigen.<sup>571</sup> Materiellrechtliche Verbürgungen sind allerdings nur dann effektiv werthaltig, wenn sie von einer anderen Rechtspersönlichkeit eingefordert werden können und ebenfalls gerichtlich durchsetzbar sind.<sup>572</sup> Es stellt sich deshalb die Frage ob „Versorgungssicherheit“ eine justiziable Rechtsposition darstellt.

a) *Vorab: Exkurs zum gestuften Verantwortungsmodell*

Die Frage nach der Justiziabilität ist zugleich die nach dem Verantwortlichen. Nachdem oben Ausführungen zu Begründung und Gegenstand öffentlicher Aufgaben gemacht wurden<sup>573</sup>, sei hier die Durchführung, das „Wie“ der Aufgabenerfüllung angesprochen.<sup>574</sup> Angetrieben durch die Fortentwicklung des europäischen Binnenmarktes<sup>575</sup> sowie die Privatisierung<sup>576</sup> der großen Netzwirtschaften vollzog sich insbesondere<sup>577</sup> im Bereich der Daseinsvorsorgeleistungen eine Wandlung vom schieren Leistungs- hin zu einem sog. *Gewährleistungsstaat*.<sup>578</sup> Hinter diesem Schlagwort verbirgt sich eine Aufteilung von Verantwortungsbereichen zwischen Staat und Gesellschaft. Bevor also näher auf eine etwaige klageweise Geltendmachung von Versorgungssicherheit eingegangen werden kann, ist zu klären wer für selbige überhaupt verantwortlich zu zeichnen hat.

Aus der Übernahme einer Angelegenheit zur Erledigung folgen gleich mehrere Pflichten die sich unter dem Begriff der „Verantwortung“ zusammenfassen lassen.<sup>579</sup> Denjenigen, dem eine Aufgabe zur Erfüllung zugewiesen ist, trifft etwa eine über die Leistungspflicht

---

<sup>571</sup> Maurer, § 8, Rn. 1.

<sup>572</sup> Maurer, § 8, Rn. 4.

<sup>573</sup> Vgl oben bei „Öffentliche Aufgaben“, S. 63.

<sup>574</sup> Knauff, S. 66.

<sup>575</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 806, Rn. 98; Schoch, NVwZ 2008, 241, 243.

<sup>576</sup> Näher zu den verschiedenen Privatisierungsarten (Organisationsprivatisierung, Vermögensprivatisierung, materielle Privatisierung, Finanzierungsprivatisierung, funktionelle Privatisierung, Verfahrensprivatisierung) vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 810 ff., Rn. 108 ff.; Schuppert, Die Verwaltung 1998, 415, 416 f.; Schoch, NVwZ 2008, 241, 243; Brehme, S. 23 ff.

<sup>577</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 785, Rn. 53; Schoch, NVwZ 2008, 241, 243;

<sup>578</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 73; Kahle, S. 157 ff.; Krajewski, S. 549 ff.; Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 833 ff.; Schoch, NVwZ 2008, 241, 242; Weiss, S. 291 ff.; Rn. 158 ff.

<sup>579</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 244; näher zur „Verwaltungsverantwortung“ bei Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 829, Rn. 148.

hinausgehende Gutleistungspflicht. Welches Anforderungsprofil es diesbezüglich zu erfüllen gilt, ergibt sich aus den Fachgesetzen, vgl. etwa § 1 EnWG. Soweit es um *öffentliche Aufgaben*<sup>580</sup> geht, ist festzustellen, dass der Staat keineswegs darauf verwiesen ist diese selbst, mithilfe seines eigenen Verwaltungsunterbaus, zu erledigen.<sup>581</sup> Die prinzipielle Allzuständigkeit des Staates wird hierdurch nicht etwa relativiert. Er ist weiterhin potenziell allzuständig, indes nicht notwendigerweise allein zuständig.<sup>582</sup> Ob der Staat bei der (insbesondere materiellen) Privatisierung öffentlicher Aufgaben irgendwelchen Grenzen unterliegt, ist mit dieser Feststellung indes noch nicht beantwortet.

Es bleibt die Frage, ob staatlicherseits ein unveräußerlicher Aufgabenkanon vorhanden ist, welcher private Beteiligung per se ausschließt.<sup>583</sup> Aus der Verfassung folgen keine solchen absoluten Unzulässigkeitskriterien.<sup>584</sup> Zwar lassen sich enumerativ Aufgaben benennen, die traditionell genuin staatlich erfüllt werden, bspw. Finanzen und Justiz.<sup>585</sup> Eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Eigenbefassung besteht hierzu allerdings nicht. Welche Funktionen notwendigerweise, oder auch nur aus Gründen der Sachdienlichkeit, von staatlichen Behörden wahrzunehmen sind, ist letztlich eine politische Entscheidung.<sup>586</sup>

Auch wenn keine unmittelbaren Privatisierungsverbote in Form notwendiger Staatsaufgaben bestehen, so sieht sich der Staat in Ansehung der Privatisierung doch gewissen verfassungsrechtlichen Bindungen gegenüber,<sup>587</sup> die einen ersatzlosen Rückzug aus vormaligen Betätigungsfeldern inhibieren.<sup>588</sup> Diese, mit der Privatisierung in Zusammenhang stehenden, qualitativen Verpflichtungen speisen sich aus unterschiedlichen konstitutionellen Quellen. Ein bereichsspezifischer Gewährleistungsauftrag des Staates hat im Sektor der leitungsgebundenen

---

<sup>580</sup> Vgl. zu dem Begriffsverständnis bereits oben unter „Öffentliche Aufgaben“, S. 63.

<sup>581</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 802, Rn. 91; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 152.

<sup>582</sup> *Knauff*, S. 63.; *Schuppert*, DÖV 1995, 761, 768.

<sup>583</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 12.

<sup>584</sup> *Bull*, S. 245.

<sup>585</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 12; *von Hagemeyer*, S. 102.

<sup>586</sup> *von Hagemeyer*, S. 103.

<sup>587</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 12; *von Hagemeyer*, S. 105 ff.

<sup>588</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 5; *Weiss*, S. 291.

Versorgungswirtschaft als Staatszielbestimmung<sup>589</sup> ausdrücklich Eingang in die Verfassung gefunden, vgl. Art. 87 e Abs. 4 S. 1 GG<sup>590</sup> und Art. 87 f GG<sup>591</sup>. Abseits dieser ausdrücklichen Anordnungen leitet sich eine Gewährleistungspflicht des Staates vor allem aus der objektiven Schutzpflichtdimension der Grundrechte<sup>592</sup> und dem Sozialstaatsprinzip ab.<sup>593</sup> Aus dem Sozialstaatsprinzip folgt etwa die Pflicht den Bürgern Zugang zu Gütern und Dienstleistungen zu garantieren, deren Beschaffung nicht, oder nur unter Überwindung von Diskriminierungsbarrieren, möglich ist.<sup>594</sup>

Der Staat darf also privatisieren, verbleibt aber in einer *Garantenstellung* hinsichtlich einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung durch die Privaten.<sup>595</sup> Anhand der jeweiligen *Leistungstiefe*, quasi der Beteiligungsquote an der Aufgabenerfüllung,<sup>596</sup> lassen sich folgende Verantwortungskategorien<sup>597</sup> bilden: Mit Wahrnehmung der sog. „*Erfüllungsverantwortung*“ (auch: „*Vollzugsverantwortung*“) besorgt der Staat die Aufgabe eigenhändig.<sup>598</sup> Die Exekutive vollzieht in diesem Fall anhand der ihr zu diesem Zweck übertragenen Befugnisse das Gesetz, welches die zu verrichtende Aufgabe (sowie etwaige sonstige Verwaltungszwecke) normativ vorschreibt.<sup>599</sup> Dort wo sich der Staat aus Vollzugsverantwortung zurückzieht, geschieht das allerdings nicht ersatzlos, an ihre Stelle treten vielmehr die Surrogate der *Gewährleistungs-* bzw. *Auffangverantwortung*.<sup>600</sup> Letztere ähneln sich sehr, knüpfen jedoch jeweils an eine qualitativ anders ausgestaltete Verantwortung an und stehen deshalb nach überwiegender Auffassung mit einem

---

<sup>589</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 e GG (2006), Rn. 182; Knauff, S. 235 ff.

<sup>590</sup> Art. 87 e IV S. 1 GG: „Der Bund gewährleistet, daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird.“

<sup>591</sup> Art. 87 f I GG: „Nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.“; vgl. hierzu Freund, S. 40.

<sup>592</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 18.

<sup>593</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 244; Badura, FS Starck 2007, S. 153, 159.

<sup>594</sup> Bull, S. 245; von Hagemeister, S. 159.

<sup>595</sup> von Hagemeister, S. 159.

<sup>596</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 244.

<sup>597</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 16; Schoch, NVwZ 2008, S. 241, 244; Hoffmann-Riem, FS Vogel, 2000, S. 47, 52 ff.; Schuppert, S. 402 ff., 898ff.; Schmidt-Aßmann, S. 109 ff.; Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 829 ff., Rn. 148 ff.; Knauff, S. 74; Weyer, FS Kühne 2009, S. 423; Weiss, S. 116 f.; Krajewski, S. 555 ff.

<sup>598</sup> Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 831, Rn. 153; Krajewski, S. 556.

<sup>599</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 244.

<sup>600</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 243; Burgi, ZSE 2007, 46; Badura, FS Starck, S. 153, 1159 f.

selbständigen rechtlichen Aussagegehalt nebeneinander.<sup>601</sup>

Soweit sich der Staat auf die Übernahme der „Gewährleistungsverantwortung“ zurückzieht, überlässt er die tatsächliche Aufgabenerfüllung Privatrechtssubjekten.<sup>602</sup> Gleichzeitig leistet er aber weiterhin einen aktiven Beitrag zu einer gemeinwohlorientierten Aufgabenerfüllung, indem er normativ die hierzu erforderlichen Rahmenbedingungen schafft.<sup>603</sup> Indem der Privatwirtschaft, in den ehemals staatlich dominierten Branchen sozialstaatlich erwünschte Bedingungen diktiert werden, wird gewährleistet, dass durch die Implementierung wettbewerblicher Strukturen den Leistungsempfängern kein durch Marktversagen bedingter Nachteil entsteht.<sup>604</sup> Hier wird sichtbar, dass sich die Rolle des Staates in Ansehung der klassischen Daseinsvorsorgeleistungen abermals wandelt.<sup>605</sup> Die aus dem Gewährleistungsmodell folgende Dreiecksbeziehung hat nämlich zur Konsequenz, dass sich der Staat den privaten Versorgungsunternehmen gegenüber vornehmlich dem Handlungsmodus der Eingriffsverwaltung bedient, wenn er hoheitliche Maßnahmen zur Sicherstellung einer flächendeckenden und angemessenen Versorgung anordnet.<sup>606</sup> Eine Leistungsbeziehung besteht darüber hinaus nur zwischen dem privatwirtschaftlich verfassten Versorgungserbringer und seinen Kunden. Deshalb ist es misslich von einem „Rückzug des Staates“ zu sprechen, wie in diesem Zusammenhang oft zu lesen ist. Das Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern ist vielmehr von einem Systemwechsel, weg von einem reinen Leistungs-, hin zum Gewährleistungsstaat geprägt.<sup>607</sup> Das Bundesverwaltungsgericht beschreibt dieses Privatisierungsfolgenrecht, das sich vor allem auf den Sektoren der leitungsgebundenen Versorgung durchgesetzt hat, als

*„neuen Formen der Grundversorgung der Allgemeinheit mit Dienstleistungen [...] die das Modell der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung zur Sicherung des Allgemeinwohls mit einer besonderen staatlichen Infrastrukturverantwortung verbinden,*

---

<sup>601</sup> Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 836, Rn. 166; Knauff, S. 63; Schoch, NVwZ 2008, 241, 244.

<sup>602</sup> Maunz-Dürig/Möstl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 78; Knauff, S. 66 f.; Gramm, S. 271; Krajewski, S. 557 f.; Ruthig, S. 11, 22.

<sup>603</sup> Maunz-Dürig/Möstl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 78; Knauff, S. 66 f.

<sup>604</sup> BVerwG v. 30.06.2004 – 4 C 3/03, DVBl. 2004, 1298, 1299; Schoch, NVwZ 2008, 241, 244.

<sup>605</sup> Zur Entwicklung der Leistungsverwaltung vgl. bereits oben unter „Leistungsverwaltung“, S. 47.

<sup>606</sup> Knauff, S. 67; Weiss, S. 300 ff.

<sup>607</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 6; Wieland, Die Verwaltung 1995, 315.

die marktwirtschaftlich bedingte Nachteile für die Bevölkerung verhindern soll.“<sup>608</sup>

Essentielles Instrument der Gewährleistungsverantwortung ist, neben dem Vergaberecht,<sup>609</sup> vornehmlich das sog. Regulierungsrecht.<sup>610</sup> Es beinhaltet, neben bekannten ordnungsrechtlichen Werkzeugen des allgemeinen und besonderen Verwaltungsrechts, etwa Zulassungs- einschließlich Marktzugangskontrolle, Wirtschaftsaufsicht, Fach- und Raumplanung, nebst anreizbezogener Mittel.<sup>611</sup> Unter der Bezeichnung „Regulierungsrecht“ finden sie sich zusammen, wenn sie zur Wahrnehmung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung angewendet werden.<sup>612</sup>

Die *Auffangverantwortung* bezeichnet demgegenüber eine administrative Reservefunktion.<sup>613</sup> Wird die betreffende gemeinwohlbezogene Aufgabe<sup>614</sup> von den kommerziellen Leistungserbringern nicht, oder nur unzureichend erfüllt, lebt die subsidiäre Erfüllungsverantwortung des Staates vorübergehend, gegebenenfalls auch dauerhaft, wieder auf.<sup>615</sup> Die Auffangverantwortung steht mithin als Korrektiv alternativ neben einer privat organisierten Aufgabenerfüllung.<sup>616</sup> Sie kann demnach auch als latente Erfüllungsverantwortung bezeichnet werden. Aktiviert sie sich im Falle privatwirtschaftlicher Verfehlung von Gemeinwohlzwecken, so stellt sie gegenüber der Gewährleistungsverantwortung ein „Mehr“ staatlichen Engagements dar. Welcher Verantwortungskategorie die jeweiligen öffentlichen Aufgaben zuzuordnen sind, hängt

---

<sup>608</sup> BVerwG, v. 30.06.2004 – 4 C 3/03, DVBl. 2004, 1298, 1299.

<sup>609</sup> Burgi, ZSE 2007, 46, 48.

<sup>610</sup> Weiss, S. 118; Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 16; Maunz-Dürig/Möstl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 76; Knauff, S. 84 ff.

<sup>611</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 16; Weiss, S. 116; Schoch, NVwZ 2008, S. 241, 246.

<sup>612</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 246.

<sup>613</sup> Schoch, NVwZ 2008, 241, 244; Schuppert, S. 407 f.; Brehme, 52; Krajewski, S. 556.

<sup>614</sup> VGH Mannheim v. 11.02.2008 – 10 S 2422/07, NVwZ 2008, 919, 921; OVG Schleswig v. 22.04.2008 – 4 LB 7/06, NVwZ 2008, 922, 923, OVG Lüneburg v. 24.01.2008 – 7 ME 192/07, NVwZ 2008, 1137, 1338.

<sup>615</sup> Spielarten der Auffangverantwortung sind die sog. „Einstandsverantwortung“, die „Abfederungsverantwortung“ und die „Rückholoption“. Der Staat tritt also entweder in die Leistungsbeziehung ein, mildert besondere Härten für Betroffene ab oder zieht die Aufgabe sogar insgesamt wieder an sich, vgl. Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 836, Rn. 166; Schoch, NVwZ 2008, 241, 247; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 338; Klaus, S. 285, Rn. 643.

<sup>616</sup> Maunz-Dürig/Korioth, Band IV, Art. 30 GG (2006), Rn. 11; Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 836, Rn. 166; Schuppert, S. 939 ff.; Hoffmann-Riem, DÖV 1997, 433, 441 f.

von dem vorliegenden Privatisierungstyp ab<sup>617</sup> und ist deshalb anhand der, dem entsprechenden Sektor zugrundeliegenden Normen, zu bestimmen.<sup>618</sup> Welche rechtlichen Konsequenzen sich aus einer (Mit-) Verantwortung des Staates infolge materiellen Privatisierung<sup>619</sup> öffentlicher Infrastruktur ergeben, ist im Folgenden näher zu erörtern.<sup>620</sup>

#### b) Primärrechtsschutz

Primärrechtsschutz beschreibt den rechtlichen Weg, der zur Durchsetzung des eigentlichen Begehrens zu beschreiten ist.

##### aa) Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz

Auf dem Gebiet der leitungsgebundenen Daseinsvorsorge findet sich also ein Dreiecksverhältnis bestehend aus Staat, Leistungserbringer und Bürger vor.<sup>621</sup> Eine unmittelbare rechtliche Beziehung besteht einerseits im Verhältnis des Staates zum Leistungserbringer. Hier tritt der Staat in der Regel hoheitlich auf, wenn die zuständigen Behörden in Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung Regulierungsrecht vollziehen.<sup>622</sup>

In Ansehung der Versorgungsleistung kommt eine unmittelbare rechtliche Beziehung zwischen den Versorgungsunternehmen, juristischen Personen des Privatrechts, und seinen Kunden zustande, welche die marktmäßige Leistung in Anspruch nehmen.<sup>623</sup> Diese Rechtsbeziehung wird in der Regel privatwirtschaftlich ausgestaltet sein.<sup>624</sup> Störungen in den Leistungsbeziehungen, insbesondere Gewährleistungs- und Benutzungsrechte, sind entsprechend vorrangig in diesem Verhältnis abzuwickeln und

---

<sup>617</sup> Weiss, S. 291; von Hagemester, S. 130 ff.

<sup>618</sup> Klaus, S. 291, Rn. 667.

<sup>619</sup> Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Schulze-Fielitz, S. 811, Rn. 112.

<sup>620</sup> Murswiek, S. 26.

<sup>621</sup> Schmidt-Preuß bezeichnet solche und vergleichbare Konstellationen als „multipolare Konfliktlage“, Schmidt-Preuß, FS Schenke 2011, S. 1167, 1169.

<sup>622</sup> Näheres zu der Rechtsbeziehung zwischen privatwirtschaftlichen Regulierungsadressaten und der Regulierungsverwaltung, insbesondere der Bedeutung subjektiv-öffentlicher Rechte der Versorgungsunternehmen bei Burgi, DVBl. 2006, 269 ff.

<sup>623</sup> Krajewski, S. 532.

<sup>624</sup> Die normative Vorgabe von Vertragsbedingungen ändert nichts an dem zivilrechtlichen Charakter des zustandekommenden Vertrages.

auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgen.<sup>625</sup>

Fraglich ist, wie in dieser Dreieckskonstellation das (Rechts-)Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern beschaffen ist. Es stellt sich die Frage, ob sich insofern ein Anspruch auf aktives Tätigwerden, gerichtet auf die Realisierung materieller Versorgungssicherheit, begründen lässt.<sup>626</sup> Kann der Bürger die staatliche Letztverantwortung klageweise einfordern und von ihm zu diesem Zwecke den Erlass von Bescheiden bzw. verfahrensfreien Realakten einfordern? Primärrechtsschutz<sup>627</sup> kann, wenn Klagegegenstand die Verpflichtung zu irgendeiner hoheitlichen Aktivität ist, grundsätzlich im Wege der Verpflichtungsklage bzw. der sog. allgemeinen Leistungsklage nachgesucht werden.<sup>628</sup> § 42 Abs. 2 VwGO verlangt hierzu, in Ausgestaltung von Art. 19 Abs. 4 GG, die Geltendmachung einer subjektiven Betroffenheit.<sup>629</sup> „Versorgungssicherheit“ ist also dann justiziabel, wenn daraus für die potenziellen Kläger ein *subjektiv öffentliches Recht* folgt.<sup>630</sup> Ein solches subjektives öffentliches Recht ist die, dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts zur Verfolgung eigener Interessen verliehene Rechtsmacht, eine bestimmte, objektive Rechtspflicht einfordern zu können.<sup>631</sup> Der Umstand allein, dass ein Gesetz den Terminus der Versorgungssicherheit verwendet, privilegiert den in den Schutzbereich Einbezogenen nicht automatisch in prozessualer Hinsicht. Es bleibt stets bei dem Erfordernis einer Klagebefugnis im Sinne eines subjektiv öffentlichen Rechts. Nur zur Durchsetzung eben solcher subjektiv-öffentlicher Rechte kann der Bürger in einem prozessförmigen Verfahren Rechtsschutz nachsuchen.<sup>632</sup>

---

<sup>625</sup> von Hagmeister, S. 129.

<sup>626</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 64; Rebhahn, S. 14 f.

<sup>627</sup> Zu diesem Begriff siehe Rebhahn, S. 15.

<sup>628</sup> Rebhahn, S. 20 f.

<sup>629</sup> §§ 42, 113 VwGO beschränken sich annerkanntermaßen nicht auf die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, sondern finden gleichfalls entsprechende Anwendung für die allgemeinen Leistungsklagen und Feststellungsklagen; Maurer, § 8, Rn. 5.

<sup>630</sup> Rebhahn, S. 14.

<sup>631</sup> BVerwG v. 24.06.1954 – 5 C 78/54, BVerwGE 1, 159, 161; Maurer, § 8, Rn. 2; Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 I 3, Rn. 3.

<sup>632</sup> Maurer, § 8, Rn. 5.

Deren normative Grundlage ist vorrangig der einfachen Rechtsordnung zu entnehmen. Aufgrund des sog. *Anwendungsvorrang des einfachen Rechts* verbietet sich zunächst ein unmittelbares Abstellen auf Grundrechtspositionen.<sup>633</sup>

### (1) Objektive Rechtspflicht

Fundamentale Voraussetzung eines subjektiv-öffentlichen Leistungsanspruches ist das Vorliegen einer objektiven Rechtspflicht, ohne die ein korrespondierender Anspruch ins Leere ginge.<sup>634</sup> „Versorgungssicherheit“ ist vorwiegend in final programmierte Zielbestimmungen eingebettet.<sup>635</sup> Diese stellen zweifellos objektive Rechtssätze dar. Ob sie darüber hinaus auch eine objektive *Rechtspflicht* statuieren erscheint indes problematisch.<sup>636</sup>

Eine solche setzt Art. 19 Abs. 4 GG, der den Rechtsweg gegen Akte öffentlicher Gewalt eröffnet, allerdings als notwendigen Bezugspunkt systemlogisch voraus.<sup>637</sup> Der Rechtssatz muss einem Träger öffentlicher Gewalt gegenüber, eine zwingende Rechtspflicht auferlegen.<sup>638</sup> Letztere muss sich indes nicht auf die Norm in ihrer Gänze erstrecken; Ermessenstatbestände und Bestimmungen mit administrativen Beurteilungsspielräumen genügen ebenfalls den Anforderungen des Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>639</sup> Rechtspflicht und Rechtsgewähranspruch entsprechen sich in ihrem Umfang und ihrer Reichweite. Deshalb scheidet eine Justitiabilität bereits dort an dem Erfordernis einer objektiven Rechtspflicht, wo der Rechtssatz dem hoheitlichen Adressaten kein zwingendes Verhalten vorschreibt.

Final konstruierte Bestimmungen zeichnen sich typischerweise dadurch aus, dass sie lediglich die Aspiration des benannten Ziels (hier: Versorgungssicherheit) zur

---

<sup>633</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 121, 127; die normexterne Wirkung der Grundrechte ist umstritten. Nach überwiegender Auffassung ist eine wehrfähige Rechtsposition, die sich direkt aus den Grundrechten ableitet nicht per se ausgeschlossen. Sie soll bspw. aufleben, wenn die Belastungsintensität besonders hoch ist, oder die grundrechtlichen Verbürgungen keine einfachgesetzliche Konkretisierung erfahren haben, vgl. Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 123 ff.; Ehlers/Pünder/*Scherzberg*, § 12 III 1, 2, Rn. 12 ff.

<sup>634</sup> Maurer, § 8, Rn. 6; *Rebhahn*, S. 130.

<sup>635</sup> Vgl. oben „Finale Normsetzung unter Einbeziehung unbestimmter Rechtsbegriffe“, S. 27.

<sup>636</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 131 ff.

<sup>637</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 134.

<sup>638</sup> Sog. „Striktheitsgebot“, *Schmidt-Preuß*, FS Schenke 2011, S. 1167, 1168.

<sup>639</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 135; *Schmidt-Preuß*, FS Schenke 2011, S. 1167, 1168.

Rechtspflicht erheben, einen diesbezüglichen Erfolg jedoch gerade nicht.<sup>640</sup> Von einer verfehlten Zielverfolgung wird allenfalls dann ausgegangen, wenn die eingesetzten Mittel derart offensichtlich ungeeignet sind, dass sie an der Ernsthaftigkeit des Vorhabens Zweifel begründen. Wegen der großzügigen Einschätzungsprärogative, die dem Gesetzgeber zusteht, wird dies jedoch kaum einmal der Fall sein.<sup>641</sup> Etwas Anderes könnte für die Zielbestimmungen gelten, in denen sich verfassungsrechtlich verbürgte, infrastrukturelle Gewährleistungen fortsetzen. Dort wird ein erfolgsbezogenes Element, in Form eines Untermaßverbotes, in den Gewährleistungsauftrag hineingelesen.<sup>642</sup> Zielbestimmungen geben als einfachgesetzliche Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Gewährleistungsauftrags eine objektive Rechtspflicht, nicht nur der Zielverfolgung, sondern vor allem die der Zielerreichung verbindlich vor.<sup>643</sup>

Hinsichtlich der Frage, wie der Erfolg beschaffen sein muss, dass insofern von einer ordnungsgemäßen „Erfüllung“ dieser Pflicht die Rede sein kann, ist auf die Ergebnisse zum materiellen Gehalt von Versorgungssicherheit zurück zu verweisen.<sup>644</sup> Die herausgearbeiteten Definitionsmerkmale sind geeignet das anvisierte Resultat, gleichsam als tatbestandlichen Erfolg, rechtsverbindlich zu beschreiben. Finale Zielprogramme statuieren also höchstens im Einzelfall eine den Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 4 GG genügende, objektive Rechtspflicht.

Anders fällt diese Beurteilung aus, wenn die Individualnormen derjenigen Fachgesetze, welche im Lichte der Zielbestimmung „Versorgungssicherheit“ zu interpretieren sind, auf ihre Eigenschaft als zwingenden Rechtssatz hin betrachtet werden.<sup>645</sup> Sie gehören überwiegend der Kategorie des Regulierungsrechts an und erlegen Trägern der öffentlichen Gewalt verbindliche Rechtspflichten auf, welche zur Zielerreichung beitragen sollen. Selbst wenn die Voraussetzung einer objektiven Rechtspflicht also in Ansehung der programmatischen Zielvorgabe „Versorgungssicherheit“ zu scheitern droht, helfen partiell zumindest jene konkreten Rechtsnormen, welche der

---

<sup>640</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 e GG (2006), Rn. 182.

<sup>641</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 e GG (2006), Rn. 182; Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 64.

<sup>642</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 e GG (2006), Rn. 182; Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 f GG (2010), Rn. 64.

<sup>643</sup> Maunz-Dürig/Mörtl, Band VI, Art. 87 e GG (2006), Rn. 182.

<sup>644</sup> Vgl. Abschnit „Materielle Versorgungssicherheit“, S. 79 ff.

<sup>645</sup> Zur rechtlichen Bedeutung der Zweckbestimmung von § 1 Abs. 1 EnWG vgl. Nordmann, S. 74, 79 f.

Versorgungssicherheit zu dienen bestimmt sind und selbst eine dezidierte Rechtspflicht statuieren, darüber hinweg.

Im Zusammenhang mit der Frage nach einem klagbaren Anspruch, insbesondere nach der Substanz der konkreten Rechtspflicht, sind nebenbei die Grundsätze zur richterlichen Überprüfung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie sie oben dargestellt wurden, zu beachten. Ausgehend vom Regelfall einer umfassenden Kontrolle, bestehen die beschriebenen Einschränkungen, soweit Beurteilungsspielräume vom Gesetzgeber zugewiesen sind.<sup>646</sup>

## (2) *Subjektiv öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch*

Es ist nicht jede objektive öffentlich-rechtliche Rechtspflicht ipso iure mit einem entsprechenden subjektiven öffentlich-rechtlichen Rechtsanspruch verbunden.<sup>647</sup> Der in Rede stehende Rechtssatz muss darüber hinaus ebenfalls mit der Zweckbestimmung versehen sein, zumindest auch privaten Interessen zu dienen.<sup>648</sup> Diese notwendige Abgrenzung von Interessensphären folgt aus der Funktionsbestimmung des öffentlichen Rechts, Gemeinwohlziele zu verwirklichen. Die prozessuale Durchsetzung von Partikularinteressen, welche sich auf eine öffentlich-rechtliche Norm berufen, bedarf deshalb eines besonderen Begründungsaufwandes und muss vor allem vom Gesetzgeber vorgesehen sein.<sup>649</sup> Dort wo Abwehr- Leistungs- Schutz oder Gestaltungsrechte nicht bereits ausdrücklich normiert sind,<sup>650</sup> fragt die, zum Zwecke der Abgrenzung öffentlicher und privater Interessensphären entwickelte sog. *Schutznormlehre*<sup>651</sup> nach dem Schutzzweck des vorliegenden Rechtssatzes.

Vorliegend wird der Frage nachgegangen, ob der Bürger den Staat auf eine sichere Versorgung mit (leitungsgebundenen) Waren und Dienstleistungen in Anspruch nehmen kann. Dabei ist festzustellen, dass sich eine mehrseitige Gemengelage vorfindet, welche sich aus dem Gemeinwohlinteresse des Staates, dem Gewinnstreben der

---

<sup>646</sup> Vgl. oben „Umfassende Rechtskontrolle“, S. 24.

<sup>647</sup> Maurer, § 8, Rn. 6.

<sup>648</sup> Schmidt-Preuß, FS Schenke 2011, S. 1167.

<sup>649</sup> Maurer, § 8, Rn. 8.

<sup>650</sup> Bspw. § 4 Abs. 1 BSHG, § 4 Abs. 1 UIG, § 1 BaFÖG, §§ 38, 39 SGB I, Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 127; Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 II 1, 2, Rn. 8.

<sup>651</sup> Statt vieler BVerfG v. 17.12.1969 – 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297, 307; Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 127; Schmidt-Preuß, FS Schenke 2011, S. 1167 f.; Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 II 1, 2, Rn. 9.

Versorgungsunternehmen und dem individuellen Interesse der Kunden an einer ordnungsgemäßen Versorgung zusammensetzt. Diese hat der Gesetzgeber fachgesetzlich in Ausgleich gebracht und geordnet. Der faktischen Bewirkung der öffentlichen Aufgabe hat sich der Staat durch die Entscheidung für das Gewährleistungsmodell entäußert, eine Verpflichtung auf Selbstvornahme scheidet mangels Anspruchsgrundlage aus.<sup>652</sup>

Vielleicht kommt aber ein *Anspruch auf Drittornahme* in Betracht. Einen solchen kann der Staat erfüllen, indem er den Regulierungsadressaten Maßnahmen aufgibt, welche die Versorgungssicherheit fördern. Die Befugnisnorm, welche den Hoheitsträger zu der begehrten Maßnahme gegenüber dem Versorgungsunternehmen ermächtigt, muss hierzu notwendigerweise zugleich dem Schutz des potenziellen Klägers dienen. Abzustellen ist dabei auf die jeweils durchzusetzende materiellrechtliche Vorschrift.<sup>653</sup> Die Ermittlung des Schutzzwecks ist einmal mehr eine Auslegungsfrage,<sup>654</sup> bei der vor allem die grundrechtskonforme und die systematische Auslegung heranzuziehen sind.<sup>655</sup> Der gesetzgeberische Wille ist demgegenüber nur nachrangig beachtlich.<sup>656</sup> In ständiger Rechtsprechung fasst das Bundesverwaltungsgericht die Schutznormlehre wie folgt zusammen:

*„Aus dem Schutzzweck der Bestimmung muss sich ergeben, dass sie unmittelbar (auch) den rechtlichen Interessen dieses Personenkreises zu dienen bestimmt ist und nicht nur tatsächlich, also reflexartig, seine Rechte berührt.“*<sup>657</sup>

### (3) Generalisierter Maßstab für die Normen des Regulierungsrechts?

Womöglich lassen sich über die eben dargelegten Grundsätze hinausgehende, generelle Parameter erarbeiten, welche bei der Entscheidung helfen, ob im Einzelfall ein individualrechtlicher Schutzzweck vorliegt oder nicht. Im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand „Versorgungssicherheit“ muss hierzu, soviel kann verbindlich festgehalten werden, zumindest (auch) die individualrechtliche Komponente der

---

<sup>652</sup> Dazu bereits unter „Justiziabilität“, S. 100 ff.

<sup>653</sup> *Wendt*, S. 157 f.

<sup>654</sup> *BVerwG v. 10.10.2002 – 6 C 8.01*, BVerwGE 117, 93, 99.

<sup>655</sup> *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 123, 128.

<sup>656</sup> *Maunz-Dürig/Schmidt-Aßmann*, Band III., Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 128.

<sup>657</sup> *BVerwG v. 10.10.2002 – 6 C 8.01*, BVerwGE 117, 93, 99; *Maurer*, § 8, Rn. 8.

öffentlichen Sicherheit<sup>658</sup> betroffen sein. Regelmäßig ist eine Subjektivierung derjenigen Normen anzunehmen, welche in einen grundrechtlichen Schutzbereich hineinragen. Aufgrund der normexternen Grundrechtswirkung folgt aus einer solchen Norm ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Recht des Betroffenen zur Verteidigung des grundrechtlich verbürgten Schutzgutes gegen rechtswidrige Beeinträchtigungen durch den Staat. Wenn die Bestimmung sich nicht auf die abwehrrrechtliche, sondern die Schutzpflichtdimension der Grundrechte zurückführen lässt, so gilt Entsprechendes. Bei der Ermittlung der Schutzrichtung ist also ganz wesentlich auf Grundrechte abzustellen. In einigen Rechtsgebieten, welche typischerweise eine ganz bestimmte Gewährleistung betreffen, hat die Schutznormlehre eine maßgeschneiderte Konkretisierung durch die Rechtsprechung erfahren.<sup>659</sup>

So wird im Umweltrecht – vor dem Hintergrund des Art. 2 Abs. 2 GG – danach unterschieden, ob die jeweilige Norm im Bereich von Gefahrenabwehr oder Gefahrenvorsorge anzusiedeln ist. Die Bestimmungen, die der Abwehr einer Gefahr dienen, sollen dem Betroffenen zugleich ein subjektives Recht zur ihrer Durchsetzung vermitteln. Dementgegen sollen Normierungen, welche tatbestandlich nicht auf das Bestehen einer Gefahr abstellen, sondern vorbeugend agieren, kein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln. Obwohl gegen diese Auffassung Bedenken vorgebracht werden, kann sie doch als herrschend bezeichnet werden.<sup>660</sup> Für das Atom- und Gentechnikrecht wurde diese hergebrachte Differenzierung indes längst aufgegeben, da sie den dort vorzufindenden, tatsächlichen Besonderheiten nicht gerecht wird.<sup>661</sup> Beide Bereiche weisen außergewöhnlich hohe Schadenspotenziale auf, die sich durch eine Vielzahl denkbarer Ursachen noch potenzieren. Hinzu kommt, dass die Eintrittswahrscheinlichkeit eine kaum berechenbare Unbekannte darstellt, mit der Folge, dass hier Bestimmungen zur Gefahrenvorsorge dominieren.<sup>662</sup>

Vielleicht ist es sachgerecht, für solche Vorschriften, die der Versorgungssicherheit dienen, eine Analogie zu der spezifisch umweltrechtlichen Unterscheidung nach subjektivrechtlicher Gefahrenabwehr und objektivrechtlicher Gefahrenvorsorge zu

---

<sup>658</sup> Vgl. „Individualrechtsgüterschutz“, S. 94.

<sup>659</sup> Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 IV, Rn. 18 ff.

<sup>660</sup> Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 IV 2, Rn. 20.

<sup>661</sup> Jaeckel, S. 5, 13 f.

<sup>662</sup> Zum Atomrecht vgl. *BVerwG* v. 19.12.1985 – 7 C 65.82, *BVerwGE* 72, 300, 315; *BVerwG* v. 13.07.1989 – 7 CB 80/88, *NVwZ* 1989, 1168; zum Gentechnikrecht vgl. *VG Neustadt* v. 16.12.1991 – 7 L 1319/91, *NVwZ* 1992, 1008, 1010.

ziehen. Die Interessenlage scheint vergleichbar, wenn die individualrechtliche Komponente der öffentlichen Sicherheit, des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit, betroffen ist. Ein Abgleich mit dem oben hergeleiteten, materiellen Verständnis von Versorgungssicherheit zeigt jedoch, dass diese Unterscheidung hier keine Gültigkeit beanspruchen kann. Soweit es um den Zustand der Versorgungssicherheit geht, knüpfen die gesetzlichen Bestimmungen nicht an eine Gefahren- sondern eine passive Risikosituation an.<sup>663</sup> Das Regulierungsrecht, welches auf mögliche Verursachungsfaktoren vorbeugend einwirkt, operiert noch unterhalb der Gefahrenschwelle und betreibt somit Gefahrenvorsorge. So wäre nach der tradierten, umweltrechtlichen Formel jegliche Subjektivierung von vorneherein ausgeschlossen. Grundrechtliche Schutzpflichten, wie sie sich vorliegend vor allem aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG herleiten, aktivieren sich nicht notwendigerweise erst bei Bestehen einer Gefahr, sondern können, einzelfallabhängig, bereits staatliche Vorsorge verlangen. Eine gegenteilige Annahme findet keinen Halt in der Verfassung. Im Einzelfall besteht durchaus ein subjektives Interesse an der individuellen Durchsetzbarkeit gefahrvorsorgender Maßnahmen.<sup>664</sup> Die Frage nach verwaltungsgerichtlichem Primärrechtsschutz in Ansehung der versorgungssichernden Normierungen macht also weiterhin eine einzelfallbezogene Auslegung nach den Grundsätzen der Schutznormlehre nötig.

#### *(4) Zwischenergebnis*

Ein umfassender Herstellungsanspruch gegen den Staat lässt sich also nicht begründen. Die Inhaberschaft eines subjektiv-öffentlichen Rechts erfordert zu seinem effektiven Schutz auch gar keine hoheitliche Selbstvornahme. Es kann nämlich dort, wo der Gesetzgeber es für angezeigt hielt, dem Rechtsinhaber eine Klagebefugnis zu vermitteln, ein einzelfallbezogener Anspruch auf Drittornahme eingefordert werden.<sup>665</sup> Die Klagebefugnis ist dabei stets eine Frage der Einzelnormanalyse. Sie ist dort anzunehmen, wo das die Gewährleistungsverantwortung ausfüllende Regulierungsrecht, gleichfalls abgrenzbare Individualinteressen schützt und der Kläger sich diesem Personenkreis auch zuordnen lässt. Bereichsspezifische Bestandteile der Versorgungssicherheit erweisen sich

---

<sup>663</sup> Näher dazu bei „Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge“, S. 89.

<sup>664</sup> Ehlers/Pünder/Scherzberg, § 12 IV 2, Rn. 20.

<sup>665</sup> Schmidt-Preuß, FS Schenke 2011, S. 1167, 1175.

so durchaus als justiziabel.<sup>666</sup>

*bb) Verfassungsbeschwerde*

Neben der Geltendmachung eines Anspruchs auf Normvollzug ist im Hinblick auf eine gangbare Klagbarkeit von „Versorgungssicherheit“ auch daran zu denken, den Staat bereits in seiner Rolle als Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen und zu einem, die Versorgungssicherheit fördernden Normerlass zu verpflichten.<sup>667</sup> Für eine Entscheidung über das Bestehen eines solchen Anspruchs, der auf förmliche Gesetzgebungsakte vorbestimmten Inhalts gerichtet ist, steht der Verwaltungsrechtsweg indes nicht offen. Gesetzgeberisches Unterlassen ist nach überwiegender Auffassung nicht als „Akt öffentlicher Gewalt“ i.S.v. Art. 19 Abs. 4 GG zu qualifizieren.<sup>668</sup> Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz ist demgegenüber nicht von vorneherein ausgeschlossen.<sup>669</sup> Die notwendige Beschwerdebefugnis erscheint zumindest dann möglich, wenn durch das Unterlassen zugleich grundrechtliche Schutzpflichten verletzt werden. Der Beschwerdeführer muss sich indes auf einen

*„ausdrücklichen Auftrag des Grundgesetzes berufen [können], der Inhalt und Umfang der Gesetzgebungspflicht im Wesentlichen bestimmt.“*<sup>670</sup>

Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verkörpert eine Grundsatzentscheidung der Verfassung und begründet anerkanntermaßen verfassungsrechtliche Schutzpflichten.<sup>671</sup> Oben wurde festgestellt, dass Versorgungssicherheit in ihrem Kernbereich wesentlich durch Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG definiert wird.<sup>672</sup> Eine Schutzpflicht, die den Gesetzgeber zu legislativem Ertrag zum Zwecke der Versorgungssicherheit verpflichtet, lässt sich im Wege der Verfassungsinterpretation aus den in den Grundrechten verkörperten

---

<sup>666</sup> Ein solcher Anspruch auf Drittvernahme leitet sich bspw. aus §11 Abs. 1 S. 1 EnWG, § 21 TKG ab.

<sup>667</sup> *Sodan*, NVwZ 2000, 601.

<sup>668</sup> Maunz-Dürig/*Schmidt-Aßmann*, Band VI, Art. 19 Abs. 4 GG (2003), Rn. 93;

<sup>669</sup> Statt vieler: *BVerfG* v. 20.02.1957 – 1 BvR 441/53, BVerfGE 6, 257, 264; *BVerfG* v. 11.06.1958 – 1 BvR 1/52, 1 BvR 46/52, BVerfGE 8, 1, 20; *Gleixner*, S. 78 f.; *Sodan*, NVwZ 2000, 601, 607, 608.

<sup>670</sup> *BVerfG* v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303, 333.

<sup>671</sup> *BVerfG* v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, NJW 1988, 1651, 1653; *Sodan*, NVwZ 2000, 601, 603.

<sup>672</sup> Vgl. dazu „Individualrechtsgüterschutz“, S. 94.

Grundsatzentscheidung also durchaus herleiten.<sup>673</sup> Behauptet ein potenzieller Beschwerdeführer also, dass er durch unterbliebene oder unzureichende Gesetzgebung in seinem Grundrecht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt ist, kann er im Wege der Verfassungsbeschwerde grundsätzlich dagegen angehen. Diese Aussage muss aber sogleich relativiert werden.

Das Bundesverfassungsgericht praktiziert nämlich bei der Überprüfung einfachgesetzlicher Konkretisierung verfassungsrechtlicher Schutzpflichten in ständiger Rechtsprechung eine sog. „Evidenzkontrolle“, um der Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsprärogative der Legislative bei der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten Rechnung zu tragen.<sup>674</sup> Ein Anspruch auf die Anordnung lückenloser, jedes Risiko ausschließende, Schutzmaßnahmen zu Gunsten eines Rechtsgutes, selbst wenn es sich um Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG handelt, ist verfassungsrechtlich gerade nicht geboten. Andernfalls wäre es der Legislative praktisch unmöglich widerstreitende Interessen zu berücksichtigen und in einen gerechten Ausgleich zu bringen. Das Verfassungsgericht sieht Schutzpflichten deshalb nur dann als verletzt an, wenn

*„die öffentliche Gewalt Schutzvorkehrungen überhaupt nicht getroffen hat oder die getroffenen Maßnahmen gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind, das gebotene Schutzziel zu erreichen, oder erheblich dahinter zurückbleiben.“*<sup>675</sup>

In der Konsequenz beschränkt sich der geltend gemachte Anspruch auf Normerlass darauf, dass in Ansehung des Grundrechtes (legislative) Maßnahmen ergriffen werden, die nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind.<sup>676</sup> Nur ganz ausnahmsweise ergibt sich aus den Besonderheiten des Einzelfalls, dass der grundrechtlichen Schutzpflicht ausschließlich durch eine bestimmte Maßnahme entsprochen werden kann und die Legislative sich nicht auf ihre Gestaltungsfreiheit zurückziehen kann. Es obliegt im Rahmen der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde dem Beschwerdeführer, dies schlüssig darzutun.<sup>677</sup> Es wird kaum einmal der Fall sein, dass der Gesetzgeber dem

---

<sup>673</sup> BVerfG v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303, 333.

<sup>674</sup> Sodan, NVwZ 2000, 601, 605.

<sup>675</sup> BVerfG v. 14.09.1983 – 1 BvB 920/83, NJW 1983, 2932, 2931; BVerfG v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303, 333; BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 80.

<sup>676</sup> BVerfG v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, NJW 1988, 1651, 1653; BVerfG v. 01.03.1979 – 1 BvR 532/77 u. a., BVerfGE 50, 290, 332 f.; zu den verschiedenen Erscheinungsformen legislativen Unterlassens vgl. Gleixner, S. 84 ff.

<sup>677</sup> BVerfG v. 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, NJW 1988, 1651, 1653.

grobmaschigen Kontrollmaßstab der Evidenzkontrolle nicht standhält. Insbesondere kommt es nämlich nicht darauf an, ob

*„auf dem Gebiet [...] bereits befriedigende Verhältnisse erreicht oder alle denkbaren Schutzmaßnahmen verwirklicht worden sind.“*<sup>678</sup>

Die Ausgangsüberlegung, ob demjenigen Grundrecht, auf das sich der Beschwerdeführer stützt, tatsächlich ein entsprechender Verfassungsauftrag zu entnehmen ist, kann deshalb zumeist offenbleiben. Mangels evidenter Verletzung der grundrechtlichen Schutzpflichten ist die Verfassungsbeschwerde aufgrund fehlender Beschwerdebefugnis regelmäßig nicht erfolgreich.<sup>679</sup>

### *c) Sekundärrechtsschutz*

Bisher wurde die Rechtsschutzmöglichkeit unter der Annahme geprüft, dass die schutzwürdigen Rechtsgüter durch mangelhafte oder nichtexistente Versorgung noch keinen Schaden genommen haben. Nun soll erörtert werden, ob bei Vorliegen eines eben solchen Sachverhaltes auch Sekundärrechtsschutz – verstanden als Entschädigungs-, Ausgleichs-, und Schadensersatzleistungen des Staates<sup>680</sup> – in Betracht kommt. Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf den Amtshaftungs- und den allgemeinen Aufopferungsanspruch und ihre, im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand diskussionswürdigen, Voraussetzungen.

### *cc) Amtshaftungsanspruch*

Für den Fall, dass „[...] ein Beamter vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht [verletzt]“ sieht § 839 Abs. 1 BGB eine Eigenhaftung des Amtswalters vor. Art. 34 GG leitet die deliktische Haftung auf den Staat über und lautet wie folgt:

*„Verletzt jemand in Ausübung eines ihm anvertrauten öffentlichen Amtes die ihm einem Dritten gegenüber obliegende Amtspflicht, so trifft die Verantwortlichkeit grundsätzlich*

---

<sup>678</sup> BVerfG v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303, 333; *Jaeckel*, S. 5, 10.

<sup>679</sup> BVerfG v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 80; BVerfG v. 14.09.1983 – 1 BvB 920/83, NJW 1983, 2932, 2931; BVerfG v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/71, BVerfGE 33, 303, 333; *Störring*, S. 50.

<sup>680</sup> *Erbguth*, VVDStRL 2002, S. 221, 223 f.; *Ehlers/Pünder/Grzeszick*, § 43, Rn. 1.

*den Staat oder die Körperschaft, in deren Dienst er steht. [...]*<sup>681</sup>

Die Amtshaftung ist eine persönliche Haftung, die Pflichtverletzung wird dem Staat nicht etwa zugerechnet, er übernimmt lediglich die Haftung im Wege einer befreienden Schuldübernahme.<sup>682</sup> Möglicherweise ist der Amtshaftungsanspruch eine taugliche Anspruchsgrundlage zur Herleitung von Schadensersatzansprüchen zur Kompensation mangelnder Versorgungssicherheit und ihrer Konsequenzen.

*(1) Beamter im haftungsrechtlichen Sinne*

Haftungsgrund ist im Rahmen des Amtshaftungsanspruchs eine näher zu qualifizierende Handlung eines sog. Beamten im haftungsrechtlichen Sinne.<sup>683</sup> Ob das Handeln einer Person als Ausübung eines öffentlichen Amtes subsumierbar ist, richtet sich in ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nach der eigentliche Zielsetzung der fraglichen Tätigkeit.<sup>684</sup> Die schädigende Handlung muss entweder unmittelbar einer hoheitlichen Tätigkeit zurechenbar sein, oder es muss zumindest ein enger äußerer und innerer Zusammenhang festgestellt werden können.<sup>685</sup>

Die privatwirtschaftlichen Leistungserbringer sind keine Beamten im haftungsrechtlichen Sinne, insbesondere sind sie, mangels Übertragung hoheitlicher Befugnisse, nicht als Beliehene mit der Erbringung betraut.<sup>686</sup> Ob mit der Ausübung eines öffentlichen Amtes in diesem Sinne auch rechtsetzende Tätigkeiten gemeint sind, wird uneinheitlich beurteilt.<sup>687</sup> Fraglos handelt es sich beim Normerlass um eine hoheitliche Tätigkeit. Parlamentarier sind also grundsätzlich – anders als dies bspw. bei Richtern der Fall ist, vgl. § 839 Abs. 2 S. 1 BGB<sup>688</sup> – von der gängigen Bestimmung des amtshaftungsrechtlichen Beamtenbegriffs umfasst. Allerdings kann hier vorweggenommen werden, dass der Bundesgerichtshof die Pflicht zur Rechtsetzung als eine nur der Allgemeinheit gegenüber bestehende versteht und den für § 839 Abs.

---

<sup>681</sup> Dörr, BayVBl. 2013, 613.

<sup>682</sup> Dörr, BayVBl. 2013, 613; Maurer, § 26, Rn. 7.

<sup>683</sup> Ehlers/Pünder/Grzeszick, § 44 II 3, Rn. 27.

<sup>684</sup> BGH v. 15.09.2011 – III ZR 240/10, NVwZ 2012, 381, 382.

<sup>685</sup> Dörr, BayVBl. 2013, 613, 614; Maurer, § 26, Rn. 12.

<sup>686</sup> Maunz-Dürig/Ibler, Band VI, Art. 87 GG (2012), Rn. 261.

<sup>687</sup> Ehlers/Pünder/Grzeszick, § 44 II 3, Rn. 27.

<sup>688</sup> § 839 II 1 BGB: „Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.“

1 BGB i.V.m. Art. 34 GG erforderlichen Drittbezug ablehnt.<sup>689</sup> Sekundärrechtlicher Rechtsschutz auf Grundlage der Amtshaftung beschränkt sich deshalb von vorneherein auf etwaige Pflichtverletzungen von Verwaltungsbeamten beim Vollzug von Planungs- und Regulierungsrecht. Hierzu soll auch der Erlass normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften zählen.<sup>690</sup>

## (2) Amtspflicht mit Drittbezug

Im Mittelpunkt des Amtshaftungsanspruchs steht die Voraussetzung einer drittbezogenen Amtspflicht.<sup>691</sup> Nur bei schuldhafter Verletzung einer solchen findet eine befreiende Schuldübernahme statt, Art. 34 GG. Die haftungsbegründende Sonderverbindung ist nicht etwa die externe Rechtspflicht des Staates gegenüber seinen Bürgern, sondern eine interne Amtspflicht des Beamten gegenüber seinem Dienstherrn.<sup>692</sup> Dienstpflichtswidrigkeit und Rechtswidrigkeit fallen zwar oft zusammen,<sup>693</sup> auf die Rechtmäßigkeit der Handlung im Außenverhältnis kommt es indes für die Haftung nach Amtshaftungsgrundsätzen gerade nicht an.<sup>694</sup>

Eine Amtspflichtverletzung liegt entsprechend vor, wenn der Amtswalter, die sich aus seinem amtlichen Verhältnis zum Staat ergebende Pflichten, verletzt. Ein Anspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn die in Rede stehende Amtspflicht darüber hinaus das haftungsbegrenzende Merkmal des Drittbezugs aufweist.<sup>695</sup> Prinzipiell bestehen Amtspflichten im Interesse der Allgemeinheit.<sup>696</sup> Ein außerhalb des verwaltungsinternen Rechtsverhältnisses stehender Dritter, kann sich nur dann auf eine schuldhaftige Amtspflichtverletzung berufen, sofern

---

<sup>689</sup> Ehlers/Pünder/Grzeszick, § 44 II 3, Rn. 27; bei Erlass von Bebauungsplänen erkennt der Bundesgerichtshof indessen eine Amtspflicht gegenüber denjenigen Planbetroffenen an, die Träger eines entsprechenden subjektiven Rechts sind, *BGH* v. 28.06.1984 – III ZR 35/83, *BGHZ* 92, 34, 51 ff.

<sup>690</sup> *Leisner-Egensperger*, *DÖV* 2004, 65.

<sup>691</sup> *Ossenbühl/Cornils*, S. 44 f., Ehlers/Pünder/Grzeszick, § 44 II 2, 3, Rn. 16; *Dörr*, *BayVBl.* 2013, 613, 615.

<sup>692</sup> *Ossenbühl/Cornils*, S. 45; *Maurer*, § 26, Rn. 17.

<sup>693</sup> Ehlers/Pünder/Grzeszick, § 44 II 3, Rn. 17.

<sup>694</sup> *Ossenbühl/Cornils*, S. 58; *Maurer*, § 26, Rn. 16; *Schlick*, *NJW* 2009, 3487, 3488 f.

<sup>695</sup> *Maurer*, § 26, Rn. 19.

<sup>696</sup> *BGH* v. 27.05.1963 – III ZR 48/62, *BGHZ* 39, 358, 362; *BGH* v. 29.03.1971 – III ZR 110/68, *BGHZ* 56, 40, 45 f.

sich dies aus der Zweckbestimmung der Amtspflicht selbst rechtfertigen lässt.<sup>697</sup> Die rechtlichen Grundlagen, aus denen sich die konkrete Pflichtigkeit des Verletzers ergibt, muss hierzu einerseits objektiv eine drittschützende Tendenz vorgeben, weiterhin muss der Anspruchsteller auch dem geschützten Personenkreis zuordenbar sein.<sup>698</sup> Selbstverständlich muss das betroffene Schutzgut, das der potenzielle Anspruchsinhaber geltend macht, in concreto dem Rechtsgut entsprechen, auf das sich der Drittbezug der Amtspflicht bezieht.<sup>699</sup>

Zur Feststellung der notwendigen Drittbezogenheit lassen sich die Inhalte der Schutznormlehre zu § 42 Abs. 2 VwGO sinngemäß übertragen.<sup>700</sup> Wie oben ist danach zu urteilen, ob die betreffende Handlungsmaxime dazu bestimmt und geeignet ist, nicht lediglich der Befriedigung von Allgemeininteressen zu dienen, sondern Individualinteressen und -belangen einer spezifischen Personenmehrheit zur Geltung zu verhelfen.<sup>701</sup>

### (3) *Schuldhaftes Verletzungshandlung*

Amtspflicht und Verletzungshandlung gehen Hand in Hand, deshalb werden die anerkannten Amtspflichten und die hier in Frage kommende Art und Weise ihrer Verletzung gemeinsam dargestellt. Wegen der fachübergreifend hochgezonten Betrachtung des Untersuchungsgegenstandes müssen die *speziellen* Amtspflichten außer Betracht bleiben.<sup>702</sup> Es wird stattdessen untersucht, inwieweit die Verletzung *allgemeiner* Amtspflichten eine Haftung für Schäden, die auf mangelhafter Versorgung beruhen, begründen kann. Gleichzeitig sind die Handlungen zu benennen, auf die abzustellen ist, wenn es um die Frage der Pflichtverletzung geht. Angesprochen ist hiermit der Zeitpunkt der Verletzungshandlung. Als allgemeine Amtspflichten lassen sich solche bezeichnen, die unabhängig von einer konkreten normativen Anordnung bestehen. Diese „Grundausstattung“ mit Amtspflichten wurde von den Gerichten rechtsfortbildend

---

<sup>697</sup> BGH v. 28.06.1971 – III ZR 111/68, NJW 1971, 1699, 1700; Ossenbühl/Cornils, S. 45.

<sup>698</sup> Maurer, § 26, Rn. 19.

<sup>699</sup> Maurer, § 26, Rn. 19.

<sup>700</sup> Vgl. ausführlich oben bei „Subjektiv öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch“, S. 110.

<sup>701</sup> Statt vieler BGH v. 26.01.1989 – III ZR 194/87, NJW 1989, 976; Schlick, NJW 2008, 127, 130 f.; Schlick, NJW 2009, 3487, 3488 f.

<sup>702</sup> Marer, § 26, Rn. 20 f.

entwickelt.<sup>703</sup> Der Drittbezug der Amtspflicht muss sich allerdings auch in Ansehung dieser allgemeinen Pflichten jeweils konkret nachweisen lassen.<sup>704</sup>

*i. Rechtmäßigkeit des Handelns*

Die Achtung ihrer Bindung an Recht und Gesetz ist zugleich Rechts- und Amtspflicht.<sup>705</sup> Dem Amtswalter wird es dienstlich übertragen, die staatliche Rechtspflicht aus Art. 20 Abs. 3 GG, den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, dem Maßnahmenadressat gegenüber zu wahren. Der Bundesgerichtshof führt hierzu wörtlich aus:

*„Alle Amtsträger, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts haben bei Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben die Gesetze zu beachten sowie gerecht und unparteiisch zu verfahren.“*<sup>706</sup>

Resultieren aus einem rechtswidrigen Gesetzesvollzug Schäden, fallen Amtspflichtwidrigkeit und Rechtswidrigkeit zusammen. Es wurde bereits herausgestellt, dass die Exekutive an den materiellen Deutungsgehalt von „Versorgungssicherheit“, wie er sich durch Auslegung ergibt, gebunden ist.<sup>707</sup> Der Vollzug der Gefahrenvorsorge stellt die Verwaltung dabei vor besondere Schwierigkeiten.

Eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe und nicht zuletzt die Unbestimmtheit von Versorgungssicherheit selbst, verlagert die Entscheidungskompetenz bezüglich der Risikobewertung im Einzelfall auf die Behörden. In Verwaltungsvorschriften, ob norminterpretierend oder -konkretisierend, wird Näheres bestimmt um dem Abhilfe zu schaffen. Neben der Problematik, die sich vornehmlich für die normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften stellt, nämlich ob die behördliche Risikoeinschätzung per se gerichtlich überprüfbar ist,<sup>708</sup> besteht eben die Frage nach der Haftung für fehlerhaftes

---

<sup>703</sup> *Ossenbühl/Cornils*, S. 45 ff.; *Maurer*, § 26, Rn. 20 f.

<sup>704</sup> *BGH* v. 15.02.1979 – III ZR 108/76, *BGHZ* 74, 144, 147 ff.

<sup>705</sup> *BGH* v. 25.01.1973 – III ZR 256/68, *NJW* 1973, S. 616, 618; *BGH* v. 08.05.1980 – III ZR 27/78, *NJW* 1980, 2578, 2579; *BGH* v. 25.10.1984 – III ZR 80/83, *NJW* 1985, 1692; *Stern*, Band I, § 20 Das rechtsstaatliche Prinzip, S. 801 f.

<sup>706</sup> *BGH* v. 10.01.1963 – III ZR 124/61, *NJW* 1963, 644, 645.

<sup>707</sup> Vgl. „Konkretisierungsbefugnisse der Verwaltung innerhalb ihrer Gesetzesmäßigkeit“, S. 14.

<sup>708</sup> *Wahl*, *NVwZ* 1991, 409.

administratives Binnenrecht.<sup>709</sup> Verwaltungsvorschriften nehmen eine eigentümliche Sonderstellung ein, da sie einerseits Hilfsmittel des Gesetzesvollzugs sind, andererseits mit eigenem Regelungsgehalt ausgestattet sind, der ihnen faktisch Normcharakter verleiht. Mit dem Erlass von Verwaltungsvorschriften können, aufgrund ihrer mittelbaren Außenwirkung, die heute kaum noch bestritten wird, Amtspflichten begründet werden die i.S.v. § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG auch einem Dritten gegenüber bestehen.<sup>710</sup> Fraglich ist indes, ob bereits im Erlass der Verwaltungsvorschriften selbst eine Amtspflichtverletzung liegen kann. Dies muss, angesichts der allgemeinen Amtspflicht zu rechtmäßigem Handeln bejaht werden, wenn die Konkretisierung mittels Verwaltungsvorschrift mit der gesetzlichen Grundlage nicht im Einklang steht. Wenn bei Erlass von, der Vorsorge dienenden, Verwaltungsvorschriften Fehler passieren, etwa der Deutungsgehalt von Versorgungssicherheit verkannt oder schlicht nicht berücksichtigt wird, oder sonstige Verfahrens- oder Ermittlungsfehler vorliegen, ist aufgrund der Rechtswidrigkeit automatisch eine Amtspflichtverletzung gegeben.<sup>711</sup>

Über das Bestehen des Anspruchs ist damit indes noch nicht entschieden, es bleibt zu untersuchen, ob die Amtspflicht in Bezug auf den vorliegenden Sachverhalt auch Drittbezug aufweist. In ständiger Rechtsprechung stellt der Bundesgerichtshof heraus, dass alle Amtspflichten im Grundsatz dem Allgemeininteresse dienen, Drittbezug hat entsprechenden Ausnahmecharakter und ist, aus dem Sinn und Zweck der Amtspflicht heraus, in jedem Einzelfall besonders begründungsbedürftig.<sup>712</sup> Hinsichtlich des Erlasses von Verwaltungsvorschriften hat sich der Gerichtshof grundsätzlich in der Weise positioniert, dass

*„[...] Verwaltungsvorschriften dieser Art, die das Anliegen verfolgen, die Auslegung der anzuwendenden Gesetze zunächst einmal für den Bereich der nachgeordneten Verwaltung festzulegen, [...] grundsätzlich nur eine innerdienstliche Bestimmung und Wirkung zu[kommt] und zwar auch dann, wenn sie sich an den gesamten Apparat der*

---

<sup>709</sup> Ossenbühl/Cornils, S. 45; Herbst problematisiert, welche Körperschaft gegenüber dem geschädigten Dritten haftet – die des anweisenden oder die des angewiesenen Amtswalters, vgl. Herbst, Die Verwaltung 2004, 51 ff.

<sup>710</sup> Ossenbühl/Cornils, S. 45, 62.

<sup>711</sup> Die Verwaltungsvorschrift ist dann objektiv rechtswidrig. Ob ein Gericht die inhaltliche Entscheidung ersetzen darf, hat für die hier angestellten Überlegungen keine unmittelbare Relevanz.

<sup>712</sup> BGH v. 28.06.1971 – III ZR 111/68, NJW 1971, 1699.

*Fachverwaltung richten und unbestimmt viele Sachverhalte ordnen sollen.*<sup>713</sup>

Die Kreation administrativen Innenrechts wird ähnlich behandelt wie der formelle Normerlass, der ebenfalls ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit stehen soll. Damit wäre eine Haftung, soweit es sich um die Konkretisierung durch Verwaltungsvorschriften handelt, mangels Drittbezogenheit stets ausgeschlossen. Allerdings erkennt der Bundesgerichtshof einen Drittbezug ausnahmsweise an, sofern sich die Verwaltungsvorschrift auf einen individualisierbaren Personenkreis bezieht.<sup>714</sup> Indem sie eine, gegenüber der Allgemeinheit abgrenzbare Personenmehrheit zum Gegenstand einer Vorschrift macht, bringt die Verwaltung zum Ausdruck, zumindest nicht ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit agieren. Damit ist wieder alles offen. Im Falle der Individualisierbarkeit ist eine Haftung für rechtswidrig erlassene Verwaltungsvorschriften möglich.<sup>715</sup> Die Entscheidung über das endgültige Bestehen des theoretisch denkbaren Anspruchs ist allerdings einmal mehr eine Frage des Einzelfalls.

ii. *Unterlassen gebotener Maßnahmen*

Von amtshaftungsrechtlicher Relevanz kann ebenfalls ein Unterlassen sein. Unterbleibt eine gebotene Handlungspflicht, kann ein Geschädigter sich darauf berufen, sofern sie zugleich um seinetwillen besteht. Eine solche Pflicht ist etwa anzunehmen, sobald die Handlungsvoraussetzungen der polizeilichen Generalklausel gegeben sind. Das Vorliegen einer Gefahr für polizeiliche Schutzgüter berechtigt die Polizei nicht nur zur Abwehr derselben, sie vermittelt zugleich eine, auch dem Rechtsgutsinhaber gegenüber bestehende, Amtspflicht mit entsprechendem Handlungsauftrag.<sup>716</sup> Typischerweise erfordern die Lebenssachverhalte des Gefahrenabwehrrechts eine umgehende Pflichterfüllung.<sup>717</sup>

Wie sind demgegenüber die gefahrvorsorgenden Handlungspflichten zu bewerten? Anders als die Befugnisnormen der Gefahrenabwehr, erfordert der Maßnahmenkatalog

---

<sup>713</sup> *BGH* v. 28.06.1971 – III ZR 111/68, NJW 1971, 1699, 1700; *BGH* v. 12.07.1979 – III ZR 154/77, BGHZ 75, 120, 127 f.; *BGH* v. 22.05.1984 – III ZR 18/83, BGHZ 91, 243, 249; kritisch *Leisner-Egensperger*, DÖV 2004, 65 ff.

<sup>714</sup> *BGH* v. 12.12.1974 – III ZR 76/70, BGHZ 63, 319, 324 f.; *Ossenbühl/Cornils*, S. 45, 62.

<sup>715</sup> *Ossenbühl/Cornils*, S. 45, 62.

<sup>716</sup> *BGH*, v. 11.11.2004 – III ZR 200/03, NVwZ-RR 2005, 149, 151; *BGH*, v. 27.01.1994 – III ZR 109/92, NVwZ 1994, 823, 824; *BGH*, v. 1.06.1970 – III ZR 210/68; NJW 1970, 1877, 1879; *Armbrüster*, S. 77, 78 f.; *Maurer*, § 26, Rn. 22.

<sup>717</sup> *Jaeckel*, S. 5, 16 f.

der Gefahrenvorsorge zumeist eine substanzielle Zukunftsprognose bezüglich der etwaigen Schadensentwicklung, welche zudem auf ungenauer Tatsachengrundlage zu erfolgen hat.<sup>718</sup> Diesen unbefriedigenden Zustand beschreibt das Bundesverfassungsgericht eingängig, indem es gegenwärtigen Erfahrungswerte als „*neuester Stand unwiderlegten möglichen Irrtums*“

bezeichnet.<sup>719</sup> Mit anderen Worten: man kann nach einer gründlichen, umfassenden Informationsbasis für die konkrete Risikobewertung streben, wird sie aber nie endgültig erlangen können. Eine abstrakte Risikobewertung nimmt der Gesetzgeber anhand der Festlegung gefahrvorsorgender Bestimmungen vor. Die schadensnächste Ursache wird zumeist ein Versagen der privaten Leistungserbringer bzw. ein nicht abwendbares Naturereignis sein. Der relevante Zeitpunkt für die Amtshaftung hinsichtlich rechtserheblichem Unterlassens liegt zwischen der grundsätzlichen legislativen Risikobewertung inklusive ihrem immanenten Vollzugauftrag<sup>720</sup> und jenem letzten Ereignis, das kausal für das Versorgungsdefizit geworden ist. Die vorwerfbare Verletzungshandlung wird deshalb auch kein Eingriff im klassischen Sinne sein.<sup>721</sup> Im Verhältnis zu dem potenziellen Leistungsempfänger geht es bei der Gefahrenvorsorge ausschließlich um die Gewährleistung einer angemessenen Versorgung. Ihm gegenüber sind die Bestimmungen auf Bewahrung und Erweiterung seines Rechtskreises ausgerichtet. Eine Beschneidung der Schutzgüter kann in diesem Verhältnis deshalb nicht unmittelbar durch aktives Tun bewirkt werden.<sup>722</sup>

Abzustellen ist beim Vollzug der Gefahrenvorsorge stattdessen auf das Unterlassen gebotener Maßnahmen, wenn also die Behörde vorsätzlich oder fahrlässig eine in Ansehung der Versorgungssicherheit gebotene Maßnahme unterlässt. Die betreffende Maßnahme muss allerdings mit dem für eine Amtshaftung erforderlichen Drittbezug ausgestattet sein, andernfalls ist dem Geschädigten die Berufung auf ein schuldhaftes Unterlassen verwehrt. Anerkannt ist die Drittbezogenheit bspw. für Aufsichtspflichten, die dem Schutz des Lebens, der Gesundheit oder dem Eigentum dienen.<sup>723</sup> In der

---

<sup>718</sup> Siehe bereits oben unter „Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge“, S. 89.

<sup>719</sup> *Jaeckel*, S. 5, 16 f.

<sup>720</sup> *Maurer*, § 26, Rn. 22.

<sup>721</sup> *Jaeckel*, S. 5, 16 f.; *Kümper*, S. 79.

<sup>722</sup> Davon bleibt frei, dass die Regulierungsmaßnahmen den privatwirtschaftlichen Leistungserbringern gegenüber Eingriffscharakter besitzen.

<sup>723</sup> *Kümper*, S. 60.

Konsequenz liegt ein rechtserhebliches Unterlassen nur dort vor, wo die gesetzlich vorgeschriebenen und gebotenen Maßnahmen qualitativ oder quantitativ unterschritten werden, also hinter dem zurückbleiben, was das Gesetz als ordnungsgemäße Risikovorsorge bestimmt. Anders fällt die Beurteilung für ein Unterlassen von Maßnahmen außerhalb der gesetzlich determinierten Rechtserheblichkeit von Risiken aus. Jenseits der gesetzlich als erforderlich erachteten Gefahrenvorsorge liegt die Sphäre des Restrisikos. Hier bleibt ein Unterlassen folgenlos, weil eine Handlungspflicht gesetzlich nicht vorgesehen und deshalb nicht geboten ist.<sup>724</sup>

#### *(4) Zwischenergebnis*

Es muss grundsätzlich unterschieden werden. Wenn die Behörde ihre Aufsichtspflichten oder sonstige Handlungspflichten, welche die Gefahrenvorsorge betreffen, vorwerfbar verletzt und diese Pflichtverletzung kausal für eine Rechtsgutsverletzung wird, kommt eine Inanspruchnahme des Staates nach Amtshaftungsgrundsätzen prinzipiell in Betracht. Das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatbestandsvoraussetzungen, ganz besonders der drittschützende Charakter der Amtspflicht,<sup>725</sup> muss indes stets einer einzelfallbezogenen Überprüfung unterzogen werden. Resultiert der Schaden indes aus der Realisierung eines, vom Gesetzgeber im Vorhinein (bei Ausübung der ihr zustehenden Einschätzungsprärogativen unterliegt sie lediglich einer Evidenzkontrolle) als hinzunehmend festgelegtes Risiko, so ist sie hinsichtlich des Schadenseintritts exkulpiert.

#### *dd) Aufopferung*

Eine Anspruchsgrundlage, die neben dem § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG ebenfalls denkbar erscheint, ist der allgemeine Aufopferungsanspruch.

---

<sup>724</sup> Das lässt sich bereits daran erkennen, dass keine korrespondierenden Handlungsbefugnisse eingeräumt sind. Entsprechend läge sogar ein Fall von Unmöglichkeit vor. Für Maßnahmen gegenüber den Leistungserbringern fehlte es an einer Rechtsgrundlage.

<sup>725</sup> Kümper, S. 65.

Seine Existenz und Voraussetzungen sind gewohnheitsrechtlich anerkannt und lassen sich auf §§ 74, 75 der Einleitung zum Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 zurückführen.<sup>726</sup> Zur Anspruchsbegründung setzt er vor allem zweierlei voraus: Durch einen unmittelbaren Eingriff wird einem Individuum oder einer individualisierbaren Personenmehrheit ein Sonderopfer auferlegt. Ein Sonderopfer bezeichnet einen unüblichen und aufgrund der – insbesondere vergleichsweisen – Schwere der Belastung unzumutbaren Schadenseintritt.<sup>727</sup> Der Eingriff, welcher auch in einem Unterlassen bestehen kann, muss staatlicherseits im Gemeinwohl stattfinden. Dies würde hier voraussetzen, dass die Behörde rechtlich gebotene Maßnahmen bewusst unterlassen hat. Sie würde dann also vorsätzlich handeln. Unter den gegebenen Voraussetzungen unseres Rechtsstaats ist dies eher abwegig. Zudem müsste die gebotene Handlung aus Gründen des Gemeinwohls unterlassen werden, der Anspruchsteller hierdurch besonders prominent belastet sein. Falls ein vorsätzliches Handeln in Rede steht, kommt ein Anspruch zwar tatsächlich in Betracht. Allerdings ist der hierfür in Betracht kommende Sachverhalt äußerst konstruiert. Diese Anspruchsgrundlage hat deshalb keinen echten Mehrwert für die Justiziabilität des Rechtsbegriffs.

d) *Zwischenergebnis zur Justiziabilität*

Von der Frage, ob die Versorgungssicherheit gegeben ist oder nicht, ist die Frage zu unterscheiden, wie weitreichend der Staat für diesen Zustand verantwortlich zu zeichnen hat. Trifft den Staat die Pflicht zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe, umfasst sie in den Sektoren der leitungsgebundenen Versorgungswirtschaft ebenfalls die Letztverantwortung für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit.<sup>728</sup> Wenn die Justiziabilität überprüft wird, kommt es darauf an, die rechtlichen Konsequenzen der Trägerschaft dieser Letztverantwortung im Falle des Angebotsausfalls konkret benennen zu können. Andernfalls bleibt die staatliche Reservefunktion ein reines Lippenbekenntnis.

Der weitreichende Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers erlaubt, dass der Staat die

---

<sup>726</sup> Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten, 1794: § 74: „*Einzelne Rechte und Vorteile der Mitglieder des Staates müssen den Rechten und Pflichten zur Beförderung des gemeinschaftlichen Wohls, wenn zwischen den beiden ein wirklicher Widerspruch (Kollision) eintritt, nachstehen.*“; § 75: „*Dagegen ist der Staat denjenigen, welcher seine besonderen Rechte und Vorteile dem Wohle des gemeinen Wesens aufzuopfern genötigt wird, zu entschädigen gehalten.*“;

MüKoBGB/Wagner, Band 6, vor § 823 BGB, Rn. 29.

<sup>727</sup> MüKoBGB/Ernst, Band 7, vor § 903 BGB, Rn. 144.

<sup>728</sup> Dazu bereits oben „Vorab: Exkurs zum gestuften Verantwortungsmodell“, S. 101.

Entscheidung darüber, welche Risiken als hinnehmbar zu deklarieren sind und ihn so aus seiner (Letzt-)Verantwortung entlassen, selbst trifft.<sup>729</sup> Wenn die denkbare Alternative – eine jedes noch so fernliegende Risiko umfassende Gewährleistung absoluter Schadensfreiheit – nicht in Betracht kommt,<sup>730</sup> ist eine gesetzgeberische Risikoverteilung ohnehin der einzig rechtsstaatlich gangbare Weg. Denn wem, wenn nicht dem parlamentarischen Gesetzgeber, sollte diese Kompetenz sonst zustehen? Indem der Gesetzgeber ein Regime zur Risikovorsorge gesetzlich vorschreibt, legt er zugleich fest welchen Grad der Gefahrgeneigntheit der Bürger als hinzunehmendes Risiko selbst absichern muss.<sup>731</sup> Durch die Kodifikation wird die staatliche Risiko-, und Verantwortungssphäre – innerhalb derer ein letztverantwortliches Entstehen durch den Hoheitsträger die Bewahrung von Versorgungssicherheit absichert – von dem Bereich der ausschließlich privaten Vorsorge abgetrennt. Die Maßnahmen und Befugnisse, die der Verwaltung zur Gefahrenvorsorge an die Hand gegeben werden, sind erforderlich und reagieren auf rechtlich beachtliche hypothetische Geschehensabläufe.

Darüber hinaus wird staatliche Aktivität als entbehrlich, der überbleibende Sockel möglicher Kausalverläufe als zu vernachlässigendes Restrisiko angesehen. Das (Rest-)Risiko, dass trotz sorgfältiger Risikoeinschätzung gleichwohl ein Schaden eintritt, muss gegebenenfalls jeder selbst versichern.<sup>732</sup> Auf unbeachtliche Eintrittswahrscheinlichkeiten erstreckt sich die Letztverantwortung des Staates dann nicht mehr. Verwirklicht sich das Restrisiko doch einmal, mag die „Versorgungssicherheit“ zwar zu verneinen sein, im Vorfeld wurde allerdings ordnungsgemäß und der angezeigten "Erforderlichkeit" entsprechend vorgesorgt. Eine solche Aufteilung nach Risikosphären ist auch interessengerecht. Es gibt keinen Grund das Kostenrisiko für Zufall oder atypische Kausalverläufe auf den Staat abzuwälzen. Es ist jedem selbst überlassen, sich überdies nach eigenem Ermessen privat, etwa durch eine Versicherung, abzusichern.

Die praktische Relevanz der prozessualen Geltendmachung ist aus mehreren Gründen tatsächlich allerdings eher gering. Bei der Risikobewertung wird von einer weiten Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers ausgegangen, das Bundesverfassungsgericht

---

<sup>729</sup> *Breuer*, DVBl. 1978, 829, 834.

<sup>730</sup> Kein Rechtsgut wird von der Verfassung absolut und vorbehaltlos geschützt. Andernfalls käme ein verhältnismässiger Ausgleich kollidierender Verfassungsüter im Einzelfall nicht in Betracht, vgl. dazu auch nochmals „Verfassungsbeschwerde“, S. 114.

<sup>731</sup> *Rebhahn*, S. 8.

<sup>732</sup> *Wolff*, S. 1, 2; vgl. hierzu *Armbrüster*, S. 77, 82 ff.

beschränkt sich im Nachgang dann nur noch auf eine Evidenzkontrolle.<sup>733</sup> Durch die Normierung der Gefahrenvorsorge wird das hinnehmbare Restrisiko festgelegt. Wenn die Maßnahmen der Gefahrenvorsorge nicht greifen ist dies aus Haftungsgesichtspunkten nur relevant, wenn ihr Versagen eindeutig und ohne Zweifel abzusehen war. Der Staat wird sich immer exkulpieren können.

Anders sieht es aus, wenn der Vollzug von Gefahrenvorsorge defizitär durchgeführt wird.<sup>734</sup> Hier ist eine Amtshaftung grundsätzlich denkbar, indes stark von den Umständen des Einzelfalls abhängig. An dieser Stelle kommt indes der Umstand zum Tragen, dass in allen relevanten Referenzgebieten ein hoher Standard herrscht. Die Versorgung mit leitungsgebundenen Waren und Dienstleistungen ist weit überwiegend sichergestellt, quantitativ wie qualitativ. Die Notwendigkeit diesbezüglich Rechtsschutz nachsuchen zu müssen tritt deshalb selten auf.

An dieser Stelle muss ausdrücklich herausgestellt werden, dass die Haftungsfrage in Bezug auf die *Gefahrenvorsorge* keinesfalls die Abwehr gegenwärtiger oder zukünftiger Gefahren beeinflussen kann. Worauf diese ursächlich beruhen, spielt keine Rolle. Die These von der Gefahrenabwehr findet sich also auch in der materiellen Pflichtigkeit wieder. Die endgültige Letztverantwortung in Form der Auffangverantwortung wird nämlich spätestens dann aktiviert, wenn sich das Risiko zu einer Gefahr im Rechtssinne verdichtet. Dort wird der Staat dann plötzlich wieder für die Gefahrenabwehr originär zuständig.

Steht also im Zusammenhang mit der Versorgungssicherheit die Frage nach einem klagbaren Anspruch im Raum, ist unbedingt sorgfältig nach Ausgangslage und Anspruchsziel zu unterscheiden. Im Normalfall kann sich ein positiver Leistungsanspruch in Form eines Herstellungsanspruchs nur höchst ausnahmsweise und kraft einfachgesetzlicher Anordnung ergeben. Weisen die Bestimmungen der Gefahrenvorsorge drittschützenden Charakter auf, sind darüber hinaus auch Entschädigungs- und Schadensersatzansprüche im Falle der Schlechterfüllung denkbar. Im Störfall besteht zunächst ein Abwehranspruch, an den sich wiederum eine

---

<sup>733</sup> *BVerfG* v. 28.02.2002 – 1 BvR 1676/01, NJW 2002, 1638, 1639; *BVerfG* v. 14.09.1983 – 1 BvB 920/83, NJW 1983, 2932, 2931; *BVerfG* v. 18.07.1972 – 1 BvL 32/70 u. 25/ 71, BVerfGE 33, 303, 333; *BVerfG* v. 14.01.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54, 80.

<sup>734</sup> Am Beispiel von Flut- und Hochwasserschäden sind Entschädigungen und Schadensersatz denkbar bei mangelhaften Schutzanlagen, Ausweisung von Bauland und Baugenehmigungsteilungen in betroffenen Gebieten sowie unterbliebenen Evakuierungen, etc.

eigenständige Haftung anschließen kann. Ihr Haftungsgrund ist allerdings von den oben dargelegten Feststellungen unabhängig. Abschließend lässt sich zur Justiziabilität des Rechtsbegriffs Folgendes festhalten: „Versorgungssicherheit“ lässt sich zwar absolut definieren,<sup>735</sup> indes nur relativ garantierten.

## D. Zusammenfassung zu Kapitel II

*„Wo die Natur aus ihren Grenzen wanket, da irret alle Wissenschaft“*

lässt Schiller seinen Wallenstein sagen.<sup>736</sup> Der Gesetz- und Verordnungsgeber begleitet jede Entwicklung, sei es eine technische Innovation, neue Formen privatwirtschaftlicher Betätigung, oder sonstige Ereignisse tatsächlicher Art, um potenzielle Gefahren von der Bevölkerung fernzuhalten. Das resultiert in einem enormen Zuwachs von Regulierungsvorgaben.<sup>737</sup> Wie ist in diesem Zusammenhang mit einem vagen Rechtsbegriff wie „Versorgungssicherheit“ umzugehen, der in der Regel den Brennpunkt darstellt auf den sich die gesetzgeberischen Bemühungen fokussieren? Versorgungssicherheit ist ein zeitloses Konzept – seine Rezeption wird jedoch tatsächlich ständig von den sich immer wandelnden Bedürfnisse einer modernen Gesellschaft überholt. Als Rechtsbegriff muss er auch langfristig den Spagat zwischen Rechtssicherheit und Praktikabilität bewältigen.

Mit der Aufteilung zwischen Kern- und Randbereich kann das gelingen. Die oben ausgearbeitete Lesart von Versorgungssicherheit vermag sich hier nämlich nahtlos einzufügen. Sie lässt sich auf alle relevanten Sektoren übertragen und ist unabhängig von äußeren Faktoren. Es besteht kein Bedürfnis den Rechtsbegriff ständig neu zu interpretieren um ihn an sich verändernde Umstände anzupassen. Er lässt sich vielmehr in das jeweils aktuelle Verständnis hineinlesen. Der vorgeschlagene Dualismus zwischen Kern- und Randbereich stellt sicher, dass die Definition stets rechtssicher angewendet werden kann. Diese Interpretation kann so bereichsübergreifend als juristischer Anker in

---

<sup>735</sup> Dazu schon oben ausführlich unter „Materielle Versorgungssicherheit“, S. 79, sowie zusammenfassend sogleich unter „

Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>736</sup> Wallensteins Tod, 3. Akt, 9. Auftritt.

<sup>737</sup> Maurer, § 26, Rn. 22.

den oftmals unübersichtlich regulierten Versorgungswirtschaften fungieren. Die Frage, wie eine Definition rechtsdogmatisch herzuleiten und praktisch zu implementieren ist, wurde in diesem Kapitel untersucht. Der (Rechts-) Begriff Versorgungssicherheit wurde zu diesem Zweck aus jeder situativen Einbettung herausgeschält – quasi hochgezont – um Aussagen treffen zu können, die verallgemeinerungsfähig sind.

Die nachfolgend zusammengefassten Thesen wurden hierbei aufgestellt:

## E. Thesen

### *These 1:*

*„Versorgungssicherheit“ beinhaltet in materieller Hinsicht einen gefahrenabwehrrechtlichen Kernbereich*

Wie ganz zu Anfang erwähnt,<sup>738</sup> fehlte es bislang an einer etablierten Definition, auch weil es sich dabei eben um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt. Der Gesetzgeber nimmt somit einen Terminus, in einen gesetzlichen Tatbestand auf, dessen Deutung von vorneherein nicht bestimmt ist, ja kraft Natur der Sache nicht eindeutig sein kann. Solche Rechtsbegriffe werden bei der Gesetzeserfüllung von den Behörden dann im Einzelfall durch Auslegung konkretisiert. Das so zustande gekommene Ergebnis ist grundsätzlich gerichtlich umfassend auf seine Rechtmäßigkeit überprüfbar. In der Regel hat sich so bei vielen unbestimmten Rechtsbegriffen doch zumindest eine konsensuale Definition, oder zumindest Einigkeit über prägende Wesenselemente, herausgebildet.<sup>739</sup> Bei Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff ist das bislang nicht der Fall.

Auf diesen Umstand wurde hier aufgesetzt und im Hinblick auf das Verständnis von Versorgungssicherheit die These aufgestellt, dass es durchaus möglich ist, dem Begriff einen allgemeingültigen Minimalgehalt zu unterlegen. Und zwar in der Weise, dass man ihn von Randunschärfen entkleidet und auf das den kleinsten gemeinsamen Nenner reduziert. Dieser Wesensgehalt ist nach der hier vertretenen Auffassung dem Gefahrenabwehrrecht zu entnehmen. Versorgungssicherheit ist auf dieser Grundlage zu

---

<sup>738</sup> Vgl. oben bei „Untersuchungsgegenstand“, S. 5.

<sup>739</sup> Etwa bei dem Rechtsbegriff der „Zuverlässigkeit“; zum Ganzen vgl. oben bei „Versorgungssicherheit – ein unbestimmter Rechtsbegriff“, S. 10 ff.

definieren als

„Abwesenheit konkreter Gefahren für die öffentliche Sicherheit aufgrund defizitärer Versorgungszustände.“

*These 2:*

*„Versorgungssicherheit“ ist eine Querschnittsmaterie und als solche eine Qualitätsanforderung an die Verwaltung bei der Gesetzeserfüllung*

Der Rechtsbegriff „Versorgungssicherheit“ wurde auch konzeptionell erfasst. Mit anderen Worten: es wurde herausgearbeitet, weshalb er nicht beliebig durch artverwandte Termini ersetzt werden kann. Dies ist der Fall, weil Versorgungssicherheit nicht gegenstands-, sondern vielmehr zustandsbezogen ist. Je enger man öffentliche Aufgaben auch fasst, die Komponenten Qualität und Quantität verlieren innerhalb dessen doch nie ihre Bedeutung. „Versorgungssicherheit“ ist demnach eine Querschnittsmaterie und als solche eine Qualitätsanforderung an die Verwaltung bei der Gesetzeserfüllung – die letztlich nichts anderes als die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist.

*These 3:*

*„Geleiteter Beurteilungsspielraum“ der Verwaltung bei der Gesetzesanwendung*

Diese Lesart lässt sich bei der Gesetzesanwendung mittels eines sog. „geleiteten Beurteilungsspielraums“ implementieren.<sup>740</sup> Moderne Gesetzgebungstechnik verlagert Entscheidungskompetenzen zunehmend auf die Exekutive. Die Befugnisnormen sind dabei typischerweise mit einer Arbeitsanweisung in Form einer oder mehrerer abstrakter Zielvorgaben versehen. Diese gesetzgeberische Leitlinienkompetenz muss bei der Rechtsanwendung Rechnung getragen werden. Im Rahmen dieser finalen Normsetzung bleibt das Primat der Legislativen dennoch erhalten, wenn Versorgungssicherheit dort, wo sie als *lege ratio* der anzuwendenden Rechtsgrundlage Eingang gefunden hat, als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal berücksichtigt wird. Rechtmäßiges Verwaltungshandeln muss sich also stets (auch) an dem materiellen Verständnis der Zielvorgabe messen lassen. Soweit die Definition des Kernbereichs reicht, unterliegt die

---

<sup>740</sup> Zum Ganzen vgl. „Geleiteter Beurteilungsspielraum?“, S. 41.

Ausübung des Beurteilungsspielraums hinsichtlich der Förderung und Bewahrung von Versorgungssicherheit umfassender gerichtlicher Revision.

*These 4:*

*„Versorgungssicherheit“ lässt sich absolut definieren, aber nur relativ garantieren*

Die Frage nach der Justiziabilität von Versorgungssicherheit ist zentral. Lässt sie sich zwangsweise nicht durchsetzen bleibt sie ein akademischer Leerbegriff ohne jegliche praktische Relevanz. Entsprechend müsste die vorliegende Untersuchung dann eine tatsächliche Bedeutungslosigkeit feststellen. Dem ist nicht so. Versorgungssicherheit „an sich“ ist zwar nicht klagbar, was ihrem konzeptionellen Charakter geschuldet ist. Partiiell, d. h. dort, wo sie im Einzelfall als Tatbestandsmerkmal oder auch nur als Auslegungshilfe Bedeutung gewinnt, ist effektiver Rechtsschutz in Bezug auf diesen Aspekt gewährt.

Im Wege einer Gegenprobe sollen im folgenden Kapitel diese Thesen auf ein praktisches Anwendungsfeld zurückgeführt und überprüft werden, ob sie zutreffen

### KAPITEL III

#### – STRUKTURMERKMALE DER ENERGIEWIRTSCHAFT –

*„Energie geht nicht verloren.“*

(Hermann von Helmholtz, 1821 – 1894)

#### **A. Erzeugungssseitige Versorgungssicherheit**

Stehen dem Energiebedarf ausreichende Energiequellen zu seiner Befriedigung gegenüber? Dies soll angesprochen sein, wenn von erzeugungssseitiger Versorgungssicherheit die Rede ist. Es stellt sich die Frage, ob insbesondere die Erneuerbaren Energien angesichts des vorbehaltlosen Ausstiegs als ersatzfähige Grundlastträger an die Stelle der Kernkraft nachrücken können. Bis zur Energiewende machte die zivile Nutzung der Kernenergie den Energiemix, auf den sich die Energieversorgung der Bundesrepublik stützt, etwa 18 % aus.<sup>741</sup> Dieser Anteil an der Stromerzeugung ist nunmehr bis spätestens zum Jahre 2022 zu substituieren. Bis dahin soll die Inanspruchnahme von Kernenergie zur Stromerzeugung als Brückentechnologie gestaffelt abgebaut werden und auf das notwendige Minimum beschränkt werden.<sup>742</sup> Folglich wird der Anteil der Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien zu diesem Zweck gesteigert werden.

---

<sup>741</sup> Arbeitsgemeinschaft Energiebilanzen e.V. (AGEB), Stromerzeugung nach Energieträgern 1990-2016, Stand Februar 2017, abrufbar unter {<http://www.ag-energiebilanzen.de>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); Höppner, S. 139.

<sup>742</sup> BT-Drs. 17/6070, S. 5.

So pressant und fundamental die Verfügbarkeit grundlastfähiger Energiequellen in der Tat ist,<sup>743</sup> handelt es sich dabei doch eher um eine technische Herausforderung. Zwar ist der Zubau von Erzeugungsanlagen von Strom aus erneuerbaren Quellen durchaus Gegenstand rechtlicher Befassung. So schafft das Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (EEG) mit der Festlegung vorrangiger Einspeisung und fester Vergütungssätze für Strom aus erneuerbaren Quellen, seit 2000 den rechtlichen Rahmen für Investoren und Anlagenbetreiber.<sup>744</sup> Dennoch ist die Gewähr der erzeugungsseitigen Versorgungssicherheit und die im Zusammenhang stehenden Probleme abhängig von dem Entwicklungsstand der Erzeugungsanlagen sowie von naturwissenschaftlichen Gesetzmäßigkeiten.<sup>745</sup> Die erforderliche Kraftwerksinvestition, die sich auf ca. 40 GW Leistung beläuft muss durch die Technik ermöglicht werden.<sup>746</sup> Die Legislative kann zwar unterstützend eingreifen, muss sich aber letztlich dem Primat der Naturwissenschaften unterordnen.<sup>747</sup> Eine rechtswissenschaftliche Arbeit vermag daher nur einen untergeordneten Beitrag zu leisten.<sup>748</sup> Aus diesem Grund beschränkt sich die Betrachtung im Folgenden auf die übertragungsseitige Versorgungssicherheit.

## B. Übertragungsseitige Versorgungssicherheit

Obwohl obige Aussagen zu naturwissenschaftlichen Grundbedingungen prinzipiell ebenfalls auf die übertragungsseitige Versorgungssicherheit zutreffen, so ist hier doch der Wirkungsgrad des Rechts höher. Die Defizite und Handlungsbedürfnisse sind anders verteilt. Während im Bereich der erzeugungsseitigen Versorgungssicherheit mit der alternativlosen Ausstiegsentscheidung Tatsachen geschaffen wurden, deren Aufarbeitung

---

<sup>743</sup> „Nach dem Abschalten der ersten acht Kraftwerke im März 2011 wurde Deutschland schlagartig vom Netto-Stromexporteur zum Netto-Stromimporteur“, genauer zur Zukunft des erzeugungsseitigen Energiemarkts vgl. *Federico*, et 2012, S. 39 ff.

<sup>744</sup> Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien sowie zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes und des Mineralölsteuergesetzes v. 29.03.2000 (BGBl. I S. 305); Erneuerbare-Energien-Gesetz v. 21.07.2014 (BGBl. I S. 1066), das zuletzt durch Art. 1 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist.

<sup>745</sup> *Schmidt-Preuß*, FS Kühne 2009, S. 329, 332 f.

<sup>746</sup> *Kemfert/Müller*, S. 5.

<sup>747</sup> *Schmidt-Preuß*, FS Kühne 2009, S. 329, 332 f.

<sup>748</sup> Dieser Abschnitt der Wertschöpfungskette ist übrigens auch nicht reguliert, zu einem Vorschlag der erzeugungsseitigen Bedarfsplanung vgl. *Hermes, Georg*: Planungsrechtliche Sicherung einer Energiebedarfsplanung, zit. n. *Pleiner*, DVBl. 2013, S. 971, 973.

man sich jetzt neu gegenüber sieht, besteht im Hinblick auf die Übertragung über die Dringlichkeit der sich – durch die Energiewende vertieften – Aufgaben und auch über die Herangehensweise an ihre Bewältigung prinzipiell Einigkeit. Die Notwendigkeit des Netzausbaus streitet niemand ab.<sup>749</sup>

Auf Übertragungsseite sind es vor allem Defizite im Verwirklichungsprozess, die ein Hemmschuh für die Versorgungssicherheit sein können.<sup>750</sup> Schließlich schlägt der Komplex der Verteilung von Strom die Brücke zu den oben dargestellten Aufgaben, die es zu bewältigen gilt. Die Trias von Erzeugung, Speicherung und Verteilung bedingen sich in ihren Mangelursachen gegenseitig und fordern konsequent eine einheitliche Lösungsstrategie. Gleich einem dreibeinigen Hocker würde die einst ausgerufene Energiewende kippen, wenn auch nur eines der drei Standbeine vernachlässigt wird. Allein das Vermögen eine bedarfsgerechte Menge an Energie erzeugen zu können ist wertlos, wenn das Produkt den Verbraucher nicht erreichen kann.

Entsprechend der Legaldefinition des § 3 Nr. 32 EnWG meint „Übertragung“ den Transport von Elektrizität über ein Höchstspannungs- und Hochspannungsverbundnetz einschließlich grenzüberschreitender Verbindungsleitungen zum Zweck der Belieferung von Letztverbrauchern oder Verteilern, allerdings nicht die Belieferung der Kunden selbst. Die Übertragungs- und Verteilernetzbetreiber unterhalten zu diesem Zwecke eine Infrastruktur zur Energieübertragung, ein Stromübertragungsnetz.<sup>751</sup>

Die Höchstspannungsebene, auf der Strom große Distanzen überwindet, kann dabei sinnbildlich als „Rückgrat“ der Elektrizitätsversorgung bezeichnet werden.<sup>752</sup> Sie nimmt derzeit etwa 17.500 km Trassenlänge ein, die Stromkreislänge lässt sich dabei mit 36.000 km beziffern, da die Trassen regelmäßig mit mehreren Stromkreisen belegt sind.<sup>753</sup> Wenn auch über die absoluten Zahlen der zukünftig zu verwirklichenden Trassenkilometer differenzierte Ansichten bestehen,<sup>754</sup> so ist doch der grundsätzliche Ausbaubedarf der Stromübertragungsnetze unbestritten.<sup>755</sup> Die Gründe für die akute Nachfrage nach mehr

---

<sup>749</sup> Ausführlich zu den Hintergründen *Jarass/Obermair*, S. 22 ff.; *Pleiner*, S. 46 ff.

<sup>750</sup> *Ehricke*, ZNER 2004, 211, 212.

<sup>751</sup> *Höppner*, S. 139.

<sup>752</sup> So wörtlich in der Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze, BT-Drs. 16/10491, S. 9.

<sup>753</sup> Gesetzesbegründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Beschleunigung des Ausbaus der Höchstspannungsnetze, BT-Drs. 16/10491, S. 9.

<sup>754</sup> *Appel*, ER 2012, 3.

<sup>755</sup> Statt vieler nur *Calliess/Dross*, JZ 2012, 1002.

Übertragungsnetzen sind multikausal und miteinander verwoben.<sup>756</sup>

Grundsätzlich kann indes vorweggenommen werden, dass die Sorge um die übertragungsseitige Versorgungssicherheit, die Kehrseite der Lösung zur erzeugungsseitigen Versorgungssicherheit darstellt.<sup>757</sup> Die Besonderheiten, die den Sammelbegriff „Energierrecht“ von anderen Wirtschaftsbereichen abheben, resultieren, wie oben bereits ausgeführt, zu großen Teilen gerade aus den unabänderbaren naturgegebenen Eigenschaften, welche dieses Versorgungssystem prägen. Bevor die Bedürfnisse des Übertragungsnetzverbundsystems rechtswissenschaftlich untersucht werden können, muss der Boden aus diesem Grunde mit einem Überblick über die naturwissenschaftlichen Zusammenhänge und Gesetzmäßigkeiten bereitet werden.<sup>758</sup>

### 1. Der physikalische Energieerhaltungssatz

Der Lebenszyklus einer Ware vollzieht sich von der Produktion über den Transport bis zu ihrem bestimmungsgemäßen Verbrauch. Energie ist grundsätzlich eine Ware, wie jedes andere Wirtschaftsgut auch, als sich ihr Gegenwert in Geld beziffern lässt.<sup>759</sup>

Tatsächlich ist es aber physikalisch unmöglich, Energie zu „produzieren“ oder zu „verbrauchen“.<sup>760</sup> Der Energieerhaltungssatz<sup>761</sup> legt die Gesetzmäßigkeit fest, dass innerhalb eines abgeschlossenen Systems<sup>762</sup> die Gesamtenergie immer konstant bleibt. Für den Menschen ist dabei jedoch nicht jede Energieform verwertbar.<sup>763</sup> Die umgangssprachliche, physikalisch inkorrekte, Bezeichnung bezieht sich deshalb auf die technische Nutzbarkeit. Wenn also von „Energieerzeugung“ die Rede ist, muss eigentlich von „Energieumwandlung“ gesprochen werden. Es wird dabei mittels technischer Verfahren eine Energieform in eine andere überführt, bspw. chemische in thermische

---

<sup>756</sup> Glaser, DVBl 2012, 1283.

<sup>757</sup> Kühling/Pisal, ZNER 2011, 13, 14.

<sup>758</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 14.

<sup>759</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 15.

<sup>760</sup> Pollak/Schubert/Slominski, S. 15.

<sup>761</sup> Atkins/de Paula, S. 33.

<sup>762</sup> Ein abgeschlossenes System tritt weder mechanisch noch thermisch mit der Umgebung in Kontakt, es findet keinerlei Energie-, Informations- oder Stoffaustausch oder sonstige Wechselwirkung mit der Umgebung statt, vgl. Atkins/de Paula, S. 29.

<sup>763</sup> Pollak/Schubert/Slominski, S. 11 f.

Energie.<sup>764</sup>

Die umzuwandelnde Energieform ist, quasi als Substrat, in sog. „Primärenergieträgern“ verkörpert. Dazu zählen bspw. fossile Brennstoffe, Erdöl, Uran sowie die „erneuerbaren Energien“. Das Umwandlungsprodukt, die nutzbare Sekundärenergie kennen wir als Elektrizität, Mineralölprodukte, Fernwärme u. ä. Sekundärenergie ist ein flüchtiges Medium, das sich nur durch beständige Umwandlung in andere Energieformen konservieren lässt.<sup>765</sup> Damit geht einher, dass es sich bei Energie um eine leitungsgebundene Ware handelt, für deren Transport es der Durchleitung durch Netze bedarf.<sup>766</sup>

## 2. Aufbau des leitungsgebundenen Versorgungssystems

Die Marktteilnehmer eines jeden entwickelten Industrielandes sind, damit sie die leitungsgebundene Ware „Energie“ vertreiben, bzw. konsumieren können, an ein Verteilernetz angeschlossen.<sup>767</sup> Es ist *conditio sine qua non* für die gesamte energieökonomische Wertschöpfungskette. Das flächendeckende Energieleitungsnetz ist, wie das Straßennetz, hierarchisch nach zu überbrückender Distanz und Übertragungsmasse überregional und regional verzweigt.<sup>768</sup>

### a) Gliederung in Spannungsebenen

Die Faktoren nach denen sich das Netz zwecks möglichst effektiver und wirtschaftlicher Verteilung in Spannungsebenen gliedert, sind Übertragungsleistung<sup>769</sup> und -entfernung.<sup>770</sup>

Elektrische Leistung ist gleich elektrische Energie pro Zeit. Die umgesetzte elektrische

---

<sup>764</sup> Pollak/Schubert/Slominski, S. 11.

<sup>765</sup> „Aufbewahren“ lässt sich elektrische Energie nach dem derzeitigen Stand von Forschung und Technik lediglich in Wasserkraftwerken, Pump- und Batteriespeichern, Schneider/Theobald/Theobald, § 1, Rn. 1; Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 15.

<sup>766</sup> Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 15; Ehrlicke, ZNER 2004, 211, 212; Kahle, S. 45; Kühling, S. 134; Schneider/Theobald/Theobald, § 1, Rn. 2; Tettinger, RdE 2002, 225, 228; andere leitungsgebundene Waren bzw. Dienstleistungen sind etwa: Wasser, Telekommunikation, Schienenverkehr.

<sup>767</sup> Schneider/Theobald/Theobald, § 1, Rn. 2; Presser, S. 31.

<sup>768</sup> Schneider/Theobald/Theobald, § 1, Rn. 5 f.; Kühling, S. 135; Moser, S. 50.

<sup>769</sup> Die in kWh angegebene Übertragungsleistung errechnet sich aus der pro Zeiteinheit übertragenen elektrischen Energie.

<sup>770</sup> Schneider/Theobald/Theobald, § 1, Rn. 6 f.

Leistung kommt ihrerseits durch elektrische Spannung (U) und Stromstärke (I) zustande. Es bedarf für die Bewältigung hoher Leistungseinheiten also entweder einer hohen Spannung oder einer beträchtlichen Stromstärke.<sup>771</sup> Dass das Übertragungsnetz für elektrische Energie ausgerechnet nach Spannung gegliedert ist, liegt daran, dass hohe Spannungswerte von den Netzbetreibern technisch leichter zu überwachen sind, als hohe Ströme. Je höher die Spannungsebene, auf der Strom transportiert wird, desto geringer fallen Übertragungsverluste aus.<sup>772</sup>

Das deutsche Übertragungsnetz teilt sich in Höchst-, Hoch-, Mittel- und Niederspannungsebene auf.<sup>773</sup> Überregional, d. h. über eine Kilometerlänge von mindestens über 100 km dehnt sich ausschließlich das Höchstspannungsnetz aus, bei Spannungen von 380 kV bzw. 220 kV werden große Distanzen – auch über Landesgrenzen hinweg – überbrückt. Die Höchstspannung wird außerdem zum Anschluss von Kraftwerkseinheiten mit einer installierten Leistung von über 300 MW benötigt. Unterhalb des Höchstspannungsnetzes existieren auf jeder Spannungsebene lokal begrenzte Teilnetze.<sup>774</sup> Bei einer Spannung von 110 kV wird Energie zwischen 10 bis zu 100 km weit im Hochspannungsnetz befördert. Auf diese Weise gelangt der elektrische Strom in die rurale Fläche sowie in urbane Ballungsgebiete. An die Hochspannung schließt sich bei einer Betriebsspannung von 20 kV und 10 kV und einer Reichweite von einigen Kilometern die Mittelspannungsebene an. Erzeuger und Konsumenten im Leistungsbereich von einigen MW bis etwa 50 kW sind unmittelbar an das Mittelspannungsnetz angeschlossen. Die Mehrheit der Netzkunden ist schließlich an das Niederspannungsnetz angeschlossen, das bei einer Stärke von 230 V bzw. 400 V operiert.<sup>775</sup>

---

<sup>771</sup> Dies gilt jedenfalls für Gleichstrom, bei Wechselstrom sind verschiedene Leistungsbegriffe zu unterscheiden, da Stromstärke und Spannung zusätzlich zeitwertabhängig sind, *Demtröder*, S. 44.

<sup>772</sup> Bei einem Transport in Hochspannungsleitungen verursacht der ohmsche Leitungswiderstand Übertragungsverluste, die sich thermisch und durch Koronaentladungen äußern, zum Ohm'schen Gesetz vgl. *Demtröder*, S. 48.

<sup>773</sup> Die vier Spannungsebenen sind durch Umspannwerke miteinander verbunden. Insgesamt werden in Deutschland deshalb sieben Netzebenen unterschieden, da neben den vier Spannungsebenen auch die jeweiligen Umspannungen als jeweils eine Netzebene gelten; *Schneider/Theobald/Theobald*, § 1, Rn. 8; *Kahle*, S. 43 f.; *Moser*, S. 50.

<sup>774</sup> *Schneider/Theobald/Theobald*, § 1, Rn. 7 ff.

<sup>775</sup> Zu den Spannungsebenen der Verteilernetze vgl. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Dossier/netze-und-netzausbau.html> (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

## b) Organisation im Verbund

Das deutsche und europäische Stromnetz ist als Verbundnetz organisiert.<sup>776</sup>

### aa) Nationaler Netzregelverbund

Im deutschen Bundesgebiet betreiben die „Amprion GmbH“<sup>777</sup>, die „TransnetBW GmbH“<sup>778</sup>, die „Tennet TSO GmbH“<sup>779</sup> und die „50Hertz Transmission GmbH“<sup>780</sup> das Höchstspannungsnetz. Jeder der Betreiber ist in seiner Regelzone dafür verantwortlich, dass die Einspeisung elektrischer Energie und ihre Entnahme ausgeglichen sind.<sup>781</sup>

Um Leistungsungleichgewichte möglichst auszuschließen werden die Regelzonen nicht nur intern, sondern ebenfalls gegeneinander abgeregelt. Zur Kooperation und Koordination sind aufgrund des dahingehenden Beschlusses der Bundesnetzagentur alle vier Übertragungsnetzbetreiber im Netzregelverbund zusammengeschlossen.<sup>782</sup> Der Netzregelverbund wurde seit seiner Inbetriebnahme im Jahr 2008 fortlaufend um gemeinsame technische und wirtschaftliche Optimierungsstrategien erweitert. Seit 2010 sind insgesamt vier Module vorgesehen, die seine Systemfunktionalität sicherstellen<sup>783</sup> Jeder Netzbetreiber muss aber auch weiterhin in der Lage sein, seine Regelzone notfalls unabhängig von den verbundenen Regelzonen im Gleichgewicht zu halten.

---

<sup>776</sup> Höppner, S. 137.

<sup>777</sup> Ursprünglich eine Tochtergesellschaft der RWE AG, 2011 erfolgte der Verkauf an ein Investorenkonsortium, vgl. {<http://www.amprion.net>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>778</sup> Tochter des EnBW-Konzerns, vgl. {<http://www.transnetbw.de>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>779</sup> Ursprünglich dem E.ON Konzern zugehörig, zur Abwendung eines Kartellverfahrens wurde die Tennet TSO GmbH 2010 an den niederländischen Wettbewerber Tennet verkauft, vgl. {<http://www.tennet.eu/de>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>780</sup> Ursprünglich gegründet von Vattenfall Europe, 2010 Verkauf an den belgischen Netzbereiber Elia und den australischen Industry Funds Management (IFM), vgl. {<http://www.50hertz.com>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>781</sup> Kahle, S. 39.

<sup>782</sup> BNetzA v. 16.03.2010 – BK6-08-111; BNetzA, Pressemitteilung v. 16.03.2010, Netzregelverbund für deutsche Stromnetze.

<sup>783</sup> Modul 1: Vermeidung gegenläufiger Regelleistungs-Aktivierung (in diesem Modul partizipieren die folgenden ausländischen Netzbereiber am Netzregelverbund: „Energinet.dk“ (Dänemark) seit Oktober 2011, „TenneT“ (Niederlande) seit Februar 2012, „swissgrid“ (Schweiz) seit März 2012, „CEPS“ (Tschechische Republik) seit Juni 2012, „Elia System Operator“ (Belgien) seit Oktober 2012, „APG“ (Österreich) seit April 2015, „RTE“ (Frankreich) seit Februar 2016); Modul 2: Gemeinsame Regelleistungs-Dimensionierung; Modul 3: Gemeinsame Sekundärregelleistungs-Beschaffung; Modul 4: Kostenoptimale Regelleistungs-Aktivierung.

*bb) ENTSO-E – Das europäische Verbundsystem*

Die deutschen Übertragungsnetzbetreiber sind daneben auch auf europäischer Ebene im Verbund organisiert. Angestoßen durch das dritte EU Binnenmarktpaket, hat seit Juli 2009 das „European Network of Transmission System Operators for Electricity“ (ENTSO-E) die „Union for the Coordination of Transmission of Electricity“ (UCTE) abgelöst und ihre operativen Aufgaben übernommen.<sup>784</sup>

Die ENTSO-E zählt 41 Übertragungsnetzbetreiber aus 34 Ländern zu ihren Mitgliedern.<sup>785</sup> Sie ist zuständig für die Kooperation ihrer Mitglieder hinsichtlich der Netzentwicklung und Planung.<sup>786</sup> Nach eigener Aussage der Vereinigung liegt der Schwerpunkt ihrer Tätigkeit auf einer koordinierten Entwicklung des gemeinsamen Übertragungssystems. Ein sicheres, umweltverträgliches und wirtschaftliches, in jeder Hinsicht robustes, europäisches Stromnetz erleichtert einerseits die Verwirklichung eines funktionsfähigen Elektrizitätsbinnenmarktes, zudem garantiert es aus planerischer Perspektive einen hohen Standard an Interoperabilität, Stabilität und Sicherheit.<sup>787</sup>

Diese Anforderungen an das europäische Elektrizitätsübertragungsnetz in die Strukturen des liberalisierten Energiemarktes einzubinden, Systembetrieb, Marktlösungen und technische Entwicklungsschwierigkeiten auszugleichen sowie verschiedene Modelle der Mitgliedstaaten kompatibel zu gestalten ist die Aufgabe der Arbeitsgruppen „System Development Committee“ (SDC) und „System Operations Committee“ (SOC).<sup>788</sup>

---

<sup>784</sup> Vgl. Art. 5 der Verordnung 714/2009/EG 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. EG 2009, Nr. L 211, S. 15, 19; *Dross/Bovet*, ZNER 2004, 439, 432; *Moser*, S. 51.

<sup>785</sup> Vgl. hierzu die Selbstauskunft der ENTSO auf ihrer Homepage {<https://www.entsoe.eu/about-entso-e/Pages/default.aspx>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); {<https://www.entsoe.eu/about-entso-e/inside-entso-e/member-companies/Pages/default.aspx>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>786</sup> Vgl. {<https://www.entsoe.eu/about-entso-e/inside-entso-e/entso-e-structure/working-committees/Pages/default.aspx>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>787</sup> Damit ist die Arbeitsgruppe „System Development Committee“ (SDC) befasst; vgl. {<https://www.entsoe.eu/about-entso-e/system-development/Pages/default.aspx>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>788</sup> Art. 6 StomhandelZVO, Abl. EG 2009, Nr. L 211, S. 19 f.; die übrigen Arbeitsgruppen sind das „Market Committee“ (MC), das „Research Development & Innovation Committee“ (RDIC) sowie die „Legal and Regulatory Group“ (LRG); {<https://www.entsoe.eu/about-entso-e/inside-entso-e/entso-e-structure/working-committees/Pages/default.aspx>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *Steger/ Büdenbender/ Feess/ Nelles*, S. 40.

Zu den Kernaufgaben der ENTSO-E gehören dabei insbesondere die Erarbeitung europäischer Netzkodizes sowie die langfristige europäische Energieinfrastrukturentwicklung.<sup>789</sup>

*(1) Netzkodizes*

Zur raschen Vollendung des europäischen Energiebinnenmarktes sind gemeinsame Regeln zum grenzüberschreitenden Zugang zu den Elektrizitätsübertragungsnetzen notwendig.<sup>790</sup> Zu diesem Zweck erarbeitet die ENTSO-E auf Aufforderung durch die Kommission praktische Regeln für den Netzbetrieb, die sog. Netzkodizes, Art. 8 i.V.m. 6 StromhandelZVO.

Der Regelungsgegenstand der Netzkodizes erstreckt sich auf die folgenden Bereiche: Regeln für Netzsicherheit und -zuverlässigkeit einschließlich der Regeln für technische Übertragungsreservekapazitäten zur Sicherstellung der Netzbetriebssicherheit, Regeln für den Netzanschluss, Regeln für den Netzzugang Dritter, Regeln für den Datenaustausch und die Abrechnung, Regeln für die Interoperabilität, operative Verfahren bei Notfällen, Regeln für Kapazitätsvergabe und Engpassmanagement, Regeln für den Handel in Bezug auf die technische und operative Bereitstellung der Netzzugangsdienste und den Austausch von Ausgleichsenergie zwischen Netzen, Transparenzregeln, Regeln für den Austausch von Ausgleichsenergie (einschließlich netzbezogener Regeln für die Reserveleistung, Regeln für harmonisierte Übertragungsentgeltstrukturen, die ortsabhängige Preissignale einbeziehen und Regeln für den Ausgleich zwischen den Übertragungsnetzbetreibern sowie die Energieeffizienz bei Stromnetzen. Die anschließende „Verrechtlichung“ der Netzkodizes erfolgt unter Beteiligung der ACER und der Europäischen Kommission.<sup>791</sup>

---

<sup>789</sup> Dross/Bovet, ZNER 2014, 430, 432, 435.

<sup>790</sup> Erwägungsgrund (6) VO 714/ 2009, Abl. EG 2009, Nr. L 211, S. 15.

<sup>791</sup> Dross/Bovet, ZNER 2014, 430, 435.

(2) *Gemeinschaftsweiter zehnjähriger Netzentwicklungsplan*

Alle zwei Jahre verabschiedet die ENTSO-E einen – unverbindlichen – gemeinschaftsweiten zehnjährigen Netzentwicklungsplan, Art. 8 Abs. 10 StromhandelZVO.<sup>792</sup> Er beinhaltet die Modellierung des integrierten Netzes, die Entwicklung von Szenarien, eine europäische Prognose zur Angemessenheit der Stromerzeugung und eine Bewertung der Belastbarkeit des Systems.<sup>793</sup>

---

<sup>792</sup> Der aktuelle Plan aus 2016 ist abrufbar unter {<http://tyndp.entsoe.eu>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>793</sup> StromhandelZVO, Abl. EG 2009, Nr. L 211, S. 21; *Dross/Bovet*, ZNER 2014, 430. 432; *Weyer*, ZNER 2009, 210, 211.

## KAPITEL IV

## – VERSORGUNGSSICHERHEIT IM ENERGIESEKTOR –

*„To maintain energy security, one needs a supply system that provides a buffer against shocks. It needs large, flexible markets. And it's important to acknowledge the fact that the entire energy supply chain needs to be protected.“<sup>794</sup>*

(Daniel Yergin)

Im energierechtlichen Kontext knüpfen an den Begriff der Versorgungssicherheit zweierlei Konnotationen an.<sup>795</sup> Einerseits lässt er sich auf den für einen störungsfreien Betrieb bedeutsamen Bereich der technischen Anlagensicherheit beziehen.<sup>796</sup> Um dem Anspruch an eine sichere und zuverlässige Versorgung gerecht zu werden, treffen bspw. die §§ 49 ff. EnWG Vorsorge für die technische Sicherheit. Zum anderen – und auf diesem Verständnis beruhend sollen die nachfolgenden Erörterungen bauen – meint die Benennung von Versorgungssicherheit üblicherweise eine unterbrechungsfreie Energiebedarfsdeckung.<sup>797</sup>

Energie ist ein Bedarfsgut, dessen langfristige Disponibilität schon immer von

---

<sup>794</sup> The War over Resources „Energy Security will be one of the Main Challenges of Foreign Policy“, *Spiegel Online* v. 18.07.2016, abrufbar unter {<http://www.spiegel.de/international/spiegel/the-war-over-resources-energy-security-will-be-one-of-the-main-challenges-of-foreign-policy-a-427350.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>795</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14; Nordmann, S. 36.

<sup>796</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14; Danner/Theobald/*Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2007), Rn. 15; Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 18; Berliner Kommentar/*Säcker/Timmermann*, Band 1, § 1 EnWG, Rn. 9; *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 204, Rn. 7; *Tettinger*, RdE 2002, S. 225, 226; *Braband*, S. 29.

<sup>797</sup> *Ehricke*, ZNER 2004, 211, 212; *Tettinger*, RdE 2002, 225, 226, 228.

besonderem Wert war.<sup>798</sup> Der Wohlstand einer Gesellschaft und der Lebensstandard seiner Subjekte sind einer gesicherten Energieversorgung immediat untergeordnet. Längst hat Energieverbrauch als solcher den Status eines Grundbedürfnisses erlangt. Bei einer hierarchischen Ordnung des Bedarfsspektrums ist es eines, das akut bedient werden will.<sup>799</sup>

Entsprechend erhebt das Bundesverfassungsgericht die ständige Verfügbarkeit ausreichender Energiemengen in den Rang eines absoluten Gemeinschaftsgutes.<sup>800</sup> Absolute Gemeinwohlbelange sind, im Einklang mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung, solche, die allgemein anerkannt und von der jeweiligen Politik unabhängig sind.<sup>801</sup> Plakativ wird die Energieversorgung von der Verfassungsgerichtsbarkeit als Voraussetzung für die Sicherung einer menschenwürdigen Existenz<sup>802</sup> und das öffentliche Interesse an einer gewährleisteteten Versorgung mit Energie für so allgemein wie jenes „am täglichen Brot“ beschrieben.<sup>803</sup> Das Bundesverfassungsgericht weist die Energieversorgung explizit als zur Daseinsvorsorge gehörig aus. Maßnahmen zur Sicherstellung einer solchen geordneten und langfristigen Energieversorgung qualifiziert es entsprechend als öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung.<sup>804</sup> Ebenso großes Gewicht messen auch die jeweiligen Regierungen dem Grundsatz der Versorgungssicherheit zu. Die Vorstellung von einem erstrebens- bzw. erhaltenswerten Zustands der Versorgungssicherheit bestimmt als eine der wesentlichen Einflussgrößen die deutsche und europäische Energiepolitik und findet in der Folge als Leitbild oder Zweckbestimmung Eingang in entsprechende normative Vorgaben.

Nachdem Versorgungssicherheit als Rechtsbegriff abstrakt, zunächst ohne Bezug zu einem konkreten Sektor, untersucht wurde, soll nun erfasst werden, wie sie speziell im Energierecht in normativen Bestimmungen Berücksichtigung gefunden hat.

---

<sup>798</sup> *Kehrberg*, S. 13 ff.; Energiewirtschaftsgesetz vom 13.12.1935, RGBl. I S. 1451; *Ehricke*, ZNER 2004, 211, 212.

<sup>799</sup> *Maslow*, S. 62 ff.

<sup>800</sup> BVerfG v. 16.03.19971 – 1 BvR 52/66 u. a., BVerfGE 30, 292 324.

<sup>801</sup> BVerfG v. 17.07.1961 – 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, 97, 107.

<sup>802</sup> BVerfG v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 258.

<sup>803</sup> BVerfG v. 11.10.1994 – 2 BvR 633/86, BVerfGE 91, 186, 206; *Tettinger*, RdE 2002, 225, 227.

<sup>804</sup> BVerfG v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82 –, BVerfGE 66, 248, 258; *Ehricke*, ZNER 2004, 211, 212.

## A. Normative Grundlagen und Gesetzgebungstechnik

Bei der abstrakten Begutachtung konnte bereits festgestellt werden, dass Bestimmungen, welche sich positivrechtlich mit leitungsbundenen Waren und Dienstleistungen befassen, dazu dienen, einen gewissen Standard aufrechtzuerhalten. Sie müssen jedenfalls hinreichend geeignet sein, den Gefahren vorzubeugen, die aufgrund eines Angebotsab- bzw. -ausfalls realistisch drohen können.<sup>805</sup> Damit hat es allerdings keineswegs sein Bewenden. Der Radius fachgesetzlicher Anordnungen reicht über das absolut notwendige Minimum hinaus.<sup>806</sup> Das materielle Recht lässt so einen Rückschluss auf die Bedeutung zu, die der Gesetzgeber den Waren und Dienstleistungen des jeweiligen Sektors für die Gesellschaft und seine Mitglieder einräumt. Demgemäß soll veranschaulicht werden, mit welchem Verständnis „Versorgungssicherheit“ im Energierecht belegt ist und welche rechtlichen Mittel vorgesehen sind, um ihr in diesem Sinne zur optimalen Entfaltung zu verhelfen.

### I. Heterogenität des Energierechts

Wenn ein Gegenstand anhand einer Referenz überprüft werden soll, muss der Prüfungsmaßstab feststehen. Was ist also „Energierecht“ überhaupt? Für die ordnungsbedürftige Materie „Energie“ existiert kein homogenes Regelwerk. All das, was unter dem Stichwort „Energierecht“ zusammengefasst wird, ist eine umfangreiche Materie. Ihre zahlreichen Regelungsgegenstände sind zuweilen äußerst heterogen und bilden zugleich zahlreiche Schnittmengen. Diverse Rechtsquellen speisen, was

---

<sup>805</sup> Vgl. dazu oben „

Abgrenzung verwandter Begrifflichkeiten“, S. 77 ff. und „Gefahrenabwehr durch Gefahrenvorsorge“, S. 89.

<sup>806</sup> Vgl. dazu schon oben „Randbereich“, S. 99, insbesondere „Rückgriff auf Spezialgesetze“, S. 100.

schließlich zusammenfassend als „Energierrecht“ bezeichnet wird.<sup>807</sup>

Dabei lässt sich das deutsche Energierecht in drei aufeinander aufbauenden Stufen kategorisieren.<sup>808</sup> Die Basis bildet das allgemeine Zivil-, Verwaltungs-, und Wettbewerbsrecht.<sup>809</sup> Darauf bauen sektorspezifische Modifikationen auf. Sie wirken auf den allgemeinen Rechtsrahmen ein, um ihn den Charakteristika und Notwendigkeiten der Energieversorgung<sup>810</sup> entsprechend anzupassen.<sup>811</sup> Beispielhaft seien hier die Möglichkeit der Enteignung zum Zwecke des Flächenerwerbs sowie die planungsrechtliche Sonderstellung der Energieversorgungsunternehmen genannt.<sup>812</sup> Schließlich bestehen, spiegelbildlich zu den sich aus den Modifikationen ergebenden Privilegierungen, auch beschränkende Vorgaben für die Marktteilnehmer.<sup>813</sup>

Die nachfolgende Darstellung beschränkt sich auf Letztere. Der Fokus wird im Wesentlichen auf die ordnungsrechtlichen Vorgaben verengt,<sup>814</sup> sowie auf jene gesetzlichen Bestimmungen, welche die Versorgung mit *Elektrizität* zum Gegenstand haben. Eine überbordende und ungefilterte Wiedergabe der zahllosen, die Versorgungssicherheit unmittelbar oder mittelbar betreffenden Direktiven verkehrt den Sinn und Zweck eines Querschnitts ins Gegenteil. Es wird daher eine, dem Befassungsgegenstand entsprechende, Auswahl getroffen. Dabei kann weiter nach der Ausgangslage, aus der die Versorgungssicherheit heraus bewahrt werden soll, unterschieden werden. Das Energierecht hält für Normal- und Störfall nämlich unterschiedliches Instrumentarium bereit.<sup>815</sup>

## 1. Umfangreiche legislative Befassung

Der Gesetzgeber hat sich unter verschiedenen Aspekten und Voraussetzungen Gedanken

---

<sup>807</sup> Einen umfassenden Überblick bietet *BMWi*, Gesetzeskarte Energieversorgungssystem.

<sup>808</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 31.

<sup>809</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 31 ff.

<sup>810</sup> Dazu bereits ausführlich in „Kapitel III – Strukturmerkmale der Energiewirtschaft –“, S. 132.

<sup>811</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 33 ff.

<sup>812</sup> *BVerfG* v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 35; *Kahle*, S. 155.

<sup>813</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 35.

<sup>814</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 506 f.

<sup>815</sup> *Tettinger*, RdE 2002, 225, 228; vgl. zum Normalfall: „Energieversorgungssicherheit im weiten Sinn: Der Normalfall“, S. 165 ff.; sowie zum Störfall: „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215 ff.

rund um das Thema „Versorgungssicherheit“ gemacht. (Energie-) Versorgungssicherheit ist zwar ein feststehender Begriff, der so vor allem in der öffentlichen Diskussion als Schlagwort verwandt wird, der Gesetzgeber bedient sich daneben aber auch noch allerlei sinnverwandter Begriffe. Etwa „*Deckung lebenswichtigen Bedarfs an Energie*“<sup>816</sup> oder „*Sicherheit und Zuverlässigkeit der Energieversorgung*“<sup>817</sup> und einiger mehr. Teilweise haben sie deckungsgleiche Bedeutung, zuweilen werden gewisse Aspekte besonders betont.<sup>818</sup> Die Vorschriften des Energierechts sind überwiegend – und sei es auch nur mittelbar – von der Sorge um eine Gewährleistung von Versorgungssicherheit geprägt.<sup>819</sup> So fördern bspw. das EEWärmeG<sup>820</sup> i.V.m. der EnEV<sup>821</sup> mittelbar auch die Versorgungssicherheit. Alles was den Verbrauch, etwa durch eine optimale Energieeffizienz, drosselt, begünstigt im Umkehrschluss die Versorgungssicherheit.

Der Energieversorgungssicherheit wurde besonders in den letzten Jahren – veranlasst durch die Konfrontation mit realen Bedrohungszuständen – zunehmend Aufmerksamkeit geschenkt.<sup>822</sup> Das hat sich insbesondere seit der Energiewende im Jahr 2011 auch merklich in der Gesetzgebung niedergeschlagen und zu einem Zuwachs an Vorschriften, die sich im weitesten Sinne mit der Netz- und Systemsicherheit auseinandersetzen, geführt.<sup>823</sup> Beispielhaft sei etwa § 12 Abs. 1, 2 EEG genannt, der zu Gunsten der Einspeisung von Strom aus erneuerbaren Energien einen Anspruch auf Erweiterung der Netzkapazität vorsieht.<sup>824</sup> Die §§ 12 a ff. EnWG normieren eine konkrete Bedarfsplanung für den Netzausbau.<sup>825</sup> § 1 S. 3 NABEG erklärt ausdrücklich, dass die Realisierung der in Bezug genommenen Stromleitungen aus Gründen eines überragenden öffentlichen Interesses erforderlich ist.

Die deutsche Energiewirtschaft wird zudem ganz wesentlich von europäischen

---

<sup>816</sup> § 1 EnSiG 1975.

<sup>817</sup> Amtliche Überschrift Teil 6 EnWG.

<sup>818</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 23.

<sup>819</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 24; *Kahle*, S. 199.

<sup>820</sup> Erneuerbare-Energien-Wärmegesetz v. 07.08.2008 (BGBl. I S. 1658), das zuletzt durch Art. 9 des Gesetzes v. 20.10.2015 (BGBl. I S. 1722) geändert worden ist.

<sup>821</sup> Energieeinsparverordnung v. 24.07.2007 (BGBl. I 2007, S. 1519), die zuletzt durch Art. 3 der Verordnung v. 24.10.2015 (BGBl. I S. 1789) geändert worden ist.

<sup>822</sup> Berliner Kommentar/*Säcker*, Band 1, EnWG Einl. A., Rn. 3.

<sup>823</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 66 ff; vgl. hierzu „Netzausbauplanung“, S. 204 ff.

<sup>824</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 66.

<sup>825</sup> Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der Beschleunigungsgesetzgebung vgl. *Durner*, DVBl. 2011, 853 ff.; *ders.* in NUR 2012, 369.

Richtlinien und Vorgaben mitbestimmt und fortentwickelt.<sup>826</sup> Die Gewährleistung einer hohen Sicherheit der Elektrizitätsversorgung wird als eine Grundvoraussetzung für das erfolgreiche Funktionieren des Binnenmarktes erkannt und entsprechend zum Gegenstand europäischer Rechtsetzung gemacht.<sup>827</sup> Art. 194 Abs. 1 b AEUV führt die „Gewährleistung der Energieversorgungssicherheit in der Union“ explizit als Ziel der Energiepolitik der Union auf.<sup>828</sup> Seit der ersten Binnenmarktrichtlinie für Strom aus dem Jahr 1996 ist die Verwirklichung des europäischen Energiebinnenmarktes Triebkraft der europäischen Energiepolitik, vgl. auch Art. 26 AEUV.<sup>829</sup> Bis heute entwickeln europäische Sekundärrechtsakte das Energiewirtschaftsrecht ständig fort.<sup>830</sup> Zuletzt wurde der europäische Rechtsrahmen durch das „Dritte Binnenmarktpaket Energie“ umfassend erneuert.<sup>831</sup>

Weil es sich bei Stromnetzen um sog. „natürliche Monopole“ handelt, kann es mit der Marktöffnung allein noch nicht sein Bewenden haben. Denn bei leitungsgebundenen Waren und Dienstleistungen finden sich Marktstrukturen vor, in denen bei ungestörtem Ablauf kein Wettbewerb zustande kommt – es kommt vielmehr unweigerlich zu einem Marktversagen. Die Bereitstellung einer leitungsgebundenen Netzstruktur bringt unverhältnismäßig hohe Fixkosten mit sich. Da sich für einen wirtschaftlichen Netzbetrieb die Investitionskosten amortisieren müssen, erhöht eine Anbietervielfalt das Preisniveau.

---

<sup>826</sup> Berliner Kommentar/*Schmidt-Preuß*, Band 1, EnWG Einl. B., Rn. 77.

<sup>827</sup> Danner/Theobald/*Gundel*, Band 1, Europäisches Energierecht (2013), Rn. 11; *Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Eine Energiepolitik für Europa, KOM (2007) 1 endg., S. 7.

<sup>828</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 37 f.; *Börner*, RdE 2014, 367, 368.

<sup>829</sup> Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. EG 1977 Nr. L 27, S. 20; ausführlich zur Historie des Europäischen Energierechts: Danner/Theobald/*Gundel*, Band 1, Europäisches Energierecht (2013), Rn. 37 ff.; *Allwardt*, S. 39; *Höppner*, S. 133; *Moser*, S. 45.

<sup>830</sup> Zu der Art und Weise der Umsetzung sowie den von ihr getragenen Überzeugungen sogleich unten bei „Von einem dualen zum fünfgliedrigen Zweckprogramm“, S. 152.

<sup>831</sup> Danner/Theobald/*Gundel*, Band 1, Europäisches Energierecht (2013), Rn. 46 ff.; *Gundel/Germelmann*, EuZW 2009, 763 ff.

Ein einzelnes Unternehmen kann den Markt deshalb kostengünstiger versorgen als mehrere Anbieter dazu in der Lage sind. Aus diesem Grund bedarf es weiterer staatlicher Intervention, welche maßgeblich auch von europäischem Sekundärrecht (vor-) bestimmt wird.<sup>832</sup>

Die EU-Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie (EltRL 2009)<sup>833</sup> enthält gemeinsame Regulierungsvorschriften für die Elektrizitätserzeugung, -übertragung, -verteilung und -versorgung. Außerdem macht sie Vorgaben im Bereich des Verbraucherschutzes. Regelungsgegenstand ist auch die Organisation und Funktionsweise des Elektrizitätssektors, der freie Marktzugang, Ausschreibungs- und Genehmigungsverfahren sowie der Netzbetrieb. In der Richtlinie wird auch die Verpflichtung zur Gewährleistung der Grundversorgung und Rechte der Stromverbraucher festgelegt, Art. 1 EltRL 2009. Versorgungssicherheit ist dabei auch ein europäisches Anliegen, das neben dem wettbewerblichen Motiv stets mitberücksichtigt wird.<sup>834</sup> Soweit in der Richtlinie von „Versorgung“ die Rede ist, meint sie den Verkauf einschließlich des Weiterverkaufs von Elektrizität an Kunden, vgl. hierzu die Legaldefinition in Art. 2 Nr. 19 EltRL 2009. Die Mitgliedstaaten haben nach Art. 4 S. 1 EltRL-2009 für die Beobachtung der Versorgungssicherheit zu sorgen. Was im Einzelnen im Hinblick darauf zu beobachten ist – und nach Auffassung des Europäischen Parlaments und des Rats daher notwendige Bedingungen für einer versorgungssicheren Lage auf dem Elektrizitätsbinnenmarkt sind – wird in Art. 4 S. 2 EltRL-2009 näher ausgeführt. Demgemäß ist alle zwei Jahre Bericht zu erstatten über:

*„[...] insbesondere das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage auf dem heimischen Markt, die erwartete Nachfrageentwicklung, die in der Planung und im Bau befindlichen zusätzlichen Kapazitäten, die Qualität und den Umfang der Netzerwartung sowie Maßnahmen zur Bedienung von Nachfragespitzen und zur Bewältigung von Ausfällen eines oder mehrerer Versorger.“*

---

<sup>832</sup> Pindyck/Rubinfeld, S. 514 f.; Danner/Theobald/Gundel, Band 1, Europäisches Energierecht (2013), Rn. 17; Hermes, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 99, 100.

<sup>833</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Abl. 2009, Nr. L 211, S. 55 ff.

<sup>834</sup> Danner/Theobald/Gundel, Band 1, Europäisches Energierecht (2013), Rn. 11.

In Deutschland wurde die Richtlinie mit der Novellierung des Energiewirtschaftsgesetzes im August 2011 umgesetzt.<sup>835</sup> Integraler Bestandteil des juristischen Rückgrats der Energiewirtschaft sind auch die im dritten Binnenmarktpaket enthaltene Stromhandelszugangsverordnung<sup>836</sup> und die Verordnung zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden.<sup>837</sup> Um Stromtransport auch europaweit effizient und benachteiligungsfrei ausgestalten zu können, müssen die nationalen Elektrizitätsübertragungsnetze grenzüberschreitend integriert und koordiniert werden. Hierzu legt die Stromhandelszugangsverordnung Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel fest. Kernstück der Verordnung war die – am 1. Juli 2009 durch Ablösung der seit dem Jahr 1999 bestehenden European Transmission System Operators (ETSO) erfolgte – Gründung eines Europäischen Verbundes der Übertragungsnetzbetreiber (ENTSO-E) inklusiver der Definition ihrer Aufgaben, die vor allem in der Verpflichtung zur Ausarbeitung von gemeinschaftlichen Netzkodizes („Network Codes“) und eines zehnjährigen Netzentwicklungsplans bestehen.<sup>838</sup>

Neben der Regulierung zur Sicherheit der Transportnetze ist wegen der Importabhängigkeit von Drittstaaten auch die Versorgung mit Primärenergieträgern ein europäisches Anliegen.<sup>839</sup> Daneben existieren Rechtsakte, die sich primär der Versorgungssicherheit widmen, bspw. die Infrastrukturrichtlinie.<sup>840</sup> und die Richtlinie über europäische kritische Infrastrukturen.<sup>841</sup>

---

<sup>835</sup> Vgl. unter „Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz“, S. 150.

<sup>836</sup> Verordnung (EG) Nr. 714/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 (StromhandelZVO), Abl. 2009, Nr. L 211, S. 15.

<sup>837</sup> Verordnung (EG) Nr. 713/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 zur Gründung einer Agentur für die Zusammenarbeit der Energieregulierungsbehörden (ACERVO), Abl. 2009, Nr. L 211, S. 1.

<sup>838</sup> Dazu schon unter „ENTSO-E – Das europäische Verbundsystem“, S. 139; Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band Band 3, Einf. EnSiG, Rn. 42.

<sup>839</sup> Danner/Theobald/Gundel, Band 1, Europäisches Energirecht (2013), Rn. 18, 37.

<sup>840</sup> Richtlinie 2005/89/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 18.01.2006 über Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und von Infrastrukturinvestitionen, Abl. Nr. L 33, S. 22.

<sup>841</sup> Richtlinie 2008/114/EG des Rates v. 08.12.2008 über die Ermittlung und Ausweisung europäischer kritischer Infrastrukturen und die Bewertung der Notwendigkeit, ihren Schutz zu verbessern, Abl. Nr. L 345, S. 75; umgesetzt durch die ÜNSchutzV.

## 2. Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz

Herzstück des Energierechts ist das Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung vom 7. November 2005, kurz „Energiewirtschaftsgesetz“.<sup>842</sup> Es legt fundamentale Bestimmungen zum Recht der leitungsgebundenen Energie fest und trifft dabei auch explizite Aussagen zur Versorgungssicherheit. Gleichfalls lassen sich Erkenntnisse über die Versorgungssicherheit aus der Gesetzessystematik und seiner organischen Rechtsentwicklung erschließen. Es wird durch zahlreiche Verordnungen spezifiziert. Für den Stromsektor sind auf Grundlage des EnWG insbesondere ergangen: die Stromnetzzugangsverordnung,<sup>843</sup> die Systemstabilitätsverordnung,<sup>844</sup> die Anreizregulierungsverordnung,<sup>845</sup> die Stromnetzentgeltverordnung,<sup>846</sup> die Konzessionsabgabenverordnung,<sup>847</sup> die Kraftwerks-Netzanschlussverordnung,<sup>848</sup> die Netzreserveverordnung,<sup>849</sup> die Verordnung zum Schutz von Übertragungsnetzen,<sup>850</sup> die Niederspannungsanschlussverordnung<sup>851</sup> und die Stromgrundversorgungsverordnung<sup>852</sup>.

Als Ausgangspunkt ist zusammenzustellen, welche Aussagen sich dem EnWG in Bezug auf die Versorgungssicherheit entnehmen lassen. Dabei ist vorzuschicken, dass diejenigen Vorschriften, die auf dem Energiesektor zur rechtlichen Gewähr von Versorgungssicherheit erlassen sind, stets von den typischen Spezifika dieses

---

<sup>842</sup> Energiewirtschaftsgesetz v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970, 3621), das zuletzt durch Art. 2 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2532) geändert worden ist.

<sup>843</sup> Stromnetzzugangsverordnung v. 25.07.2005 (BGBl. I S. 2243), die zuletzt durch Art. 5 des Gesetzes v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034) geändert worden ist.

<sup>844</sup> Systemstabilitätsverordnung v. 20.07.2012 (BGBl. I S. 1635), die zuletzt durch Art. 2 der Verordnung v. 14.09.2016 (BGBl. I S. 2147) geändert worden ist.

<sup>845</sup> Anreizregulierungsverordnung v. 29.10.2007 (BGBl. I S. 2529), die durch Art. 5 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2503) geändert worden ist.

<sup>846</sup> Stromnetzentgeltverordnung v. 25.07.2005 (BGBl. I S. 2225), die durch Art. 4 des Gesetzes v. 17.07.2017 (BGBl. I S. 2503) geändert worden ist.

<sup>847</sup> Konzessionsabgabenverordnung v. 09.01.1992 (BGBl. I S. 12, 407), die zuletzt durch Art. 3 Abs. 4 der Verordnung v. 01.11.2006 (BGBl. I S. 2477) geändert worden ist.

<sup>848</sup> Kraftwerks-Netzanschlussverordnung v. 26.06.2007 (BGBl. I S. 1187).

<sup>849</sup> Netzreserveverordnung v. 27.06.2013 (BGBl. I S. 1947), die zuletzt durch Art. 4 des Gesetzes v. 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106) geändert worden ist.

<sup>850</sup> Verordnung zum Schutz von Übertragungsnetzen v. 06.01.2012 (BGBl. I S. 69), die durch Art. 315 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist

<sup>851</sup> Niederspannungsanschlussverordnung v. 01.11.2006 (BGBl. I S. 2477), die zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034) geändert worden ist.

<sup>852</sup> Stromgrundversorgungsverordnung v. 26.10.2006 (BGBl. I S. 2391), die zuletzt durch Art. 9 des Gesetzes v. 29.08.2016 (BGBl. I S. 2034) geändert worden ist.

Wirtschaftszweiges (mit-) bestimmt sind.<sup>853</sup> Auch ohne dass Versorgungssicherheit expressis verbis als Tatbestandsmerkmal genannt ist, enthält das EnWG Normen, die dazu bestimmt sind, dieselbe aufrecht zu erhalten und den Normalbetrieb zu überwachen, also gerade um ihretwillen bestehen.<sup>854</sup> Dies ergibt sich unmittelbar aus der Zweckerklärung des EnWG selbst. § 1 Abs. 2 EnWG benennt die Ziele der Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze nämlich einerseits als die

*„Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas“* sowie die *„Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen.“*

Zentraler Beweggrund für die Bereitstellung eines ordnungsrechtlichen Rahmens ist, seit dem erstmaligen Inkrafttreten des EnWG, immer die Sorge um eine sichere Versorgung mit Energie gewesen. Das hat sich bis heute nicht geändert.<sup>855</sup> Der Leitgedanke der staatlichen Befugnisse ist heute freilich ein völlig anderer als noch im Jahr 1935.<sup>856</sup> Im wettbewerbsfreien Raum erfüllten die Aufsichtskompetenzen eine handlungsbegrenzende Funktion, jetzt soll die Regulierung ein etwaiges Versagen der liberalisierten Märkte ausgleichen.<sup>857</sup> Damals wie heute sind die Bestimmungen des EnWG geprägt von einem Gegengewichtscharakter zu dem praktizierten Marktmodell. Das tragende Handlungsmotiv, nämlich die Gewährleistung von Versorgungssicherheit, ist stets gleichgeblieben.<sup>858</sup> Das ordnungsrechtliche Instrumentarium, welches das EnWG bereithält, um ihr im eigenen Sinne bestmöglich zur Geltung zu verhelfen, soll nachfolgend summarisch erfasst werden.

---

<sup>853</sup> Tettinger, RdE 2002, S. 225, 228.

<sup>854</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG, Rn. 52 ff.

<sup>855</sup> RGBI. I 1935, S. 1451.

<sup>856</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2012), Rn. 1; Braband, S. 10; Ringel, S. 192; eine Übersicht zu den Instrumenten der staatlichen Energieaufsicht (bezogen auf das EnWG 1935) findet sich in: BVerfG v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248, 258 f.

<sup>857</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2012), Rn. 2; Braband, S. 9.

<sup>858</sup> Tettinger, RdE 2002, S. 225, 228.

## II. Risikosteuerung

Die Arbeitstechnik des Energiewirtschaftsgesetzes lässt erkennen, dass Versorgungssicherheit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal an einschlägigem Recht teilnimmt. Das Regelwerk ist stark ergebnisorientiert. Anhand finaler Programmsätze hat der Bundesgesetzgeber eine Zweck-Mittel Demarkation bestimmt, die Feinsteuerung wird hingegen delegiert. Versorgungssicherheit ist dabei immer zugleich Gesetzeszweck und Tatbestandsvoraussetzung.

### 1. Determination durch gesetzliche Wertung

#### a) Von einem dualen zum fünfgliedrigen Zweckprogramm

Ausweislich des § 1 Abs. 1 EnWG ist lege ratio des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht. „Sicherheit“ und „Preisgünstigkeit“ waren bereits im EnWG 1935<sup>859</sup> vom 13. Dezember 1935 als energiepolitische Ziele festgelegt.<sup>860</sup> Die Verwirklichung derselben suchte man seinerzeit noch durch umfängliche Staatsaufsicht über die gegebenen monopolistischen Strukturen zu erreichen.<sup>861</sup> Versorgungssicherheit wurde durch Ausschluss von Wettbewerb garantiert.<sup>862</sup> Beinahe sechs Jahrzehnte später wurde die Energiewirtschaft auf deutschem Rechtsboden grundlegend umgeformt. Mit dem „Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts“ vom 24. April 1998 wurde das völlig neugefasste Energiewirtschaftsgesetz verkündet.<sup>863</sup> Veranlasst wurde diese Novelle durch die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie 1996, welche zur Vollendung des Energiebinnenmarktes die Verwirklichung eines wettbewerbsorientierten

---

<sup>859</sup> RGBl. I 1935, Nr. 139, S. 1451.

<sup>860</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 1.

<sup>861</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 1, a. E.; Braband, S. 9; Masing, Die Verwaltung 2003, 1, 13.

<sup>862</sup> von Weizsäcker, S. 9.

<sup>863</sup> BGBl. I S. 730.

Elektrizitätsmarktes als notwendiges Durchgangsstadium erkannte und realisierte.<sup>864</sup>

Die nunmehr normativ angeordnete Herangehensweise zur Gewähr von Versorgungszuverlässigkeit war eine dem bisherigen Verständnis diametral entgegenstehende. Fortan wurde die Gestaltung der Energieversorgung in der Bundesrepublik, entsprechend der Vorgaben der Elektrizitätsbinnenmarktrichtlinie, liberalisiert und Wettbewerb wurde nicht länger als Bedrohung,<sup>865</sup> sondern als tragende Säule zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit beurteilt.<sup>866</sup> Abgesehen von diesem einschneidenden Paradigmenwechsel wurden außerdem die bisherigen Zielbestimmungen um die der *Umweltverträglichkeit* zu einer Trias ergänzt.<sup>867</sup>

Zum Zwecke der weiteren zügigen Vollendung eines gemeinsamen voll funktionsfähigen Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktes verabschiedeten das europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union im Jahr 2003 die Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarktrichtlinien 2003.<sup>868</sup> Beide wurden zwischenzeitlich zwar durch Nachfolgerichtlinien ersetzt, die einschlägigen Vorschriften aber wortgleich fortgeschrieben.<sup>869</sup> Die Umsetzung der beiden Richtlinien zwecks einer beschleunigten Liberalisierung erfolgte seinerzeit ebenfalls durch eine Änderung des EnWG. Die starke Rolle, die der Wettbewerb bei der Zielerreichung einnimmt, wird auch weiterhin von einer gemeinwohlorientierten Regulierung begleitet. Neben der Ablösung des Modells des verhandelten durch jenes vom regulierten Netzzugang, wurden die Zielbestimmungen um

---

<sup>864</sup> Richtlinie 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt v. 19.12.1996, Abl. EG 1997, Nr. L 27, S. 20 ff.; vgl. Erwägungsgrund (2) EitRL 1996, Abl. EG 1997, Nr. L 27, S. 20; Art. 3 EitRL 1996, Abl. EG 1997, Nr. L 27, S. 20, 23.; *Ringel*, S. 194.

<sup>865</sup> *Braband*, S. 10.

<sup>866</sup> vgl. Erwägungsgrund (4) EitRL 1996, Abl. EG 1997, Nr. L 27, S. 20; *Danner/Theobald/Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 2; *Kriegelstein*, S. 29.

<sup>867</sup> *Danner/Theobald/Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 3; *Kahle*, S. 195.

<sup>868</sup> Richtlinie 2003/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, Abl. 2003, Nr. L 176, S. 37 ff; Richtlinie 2003/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.06.2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/92/EG, Abl. 2003, Nr. L 176, S. 57 ff.

<sup>869</sup> Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, Abl. 2009, Nr. L 211, S. 55 ff.; Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.07.2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, Abl. 2009, Nr. L 211, S. 94 ff; *Danner/Theobald/Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 4.

zwei weitere Attribute ergänzt, nämlich den *Verbraucherschutz* und *Effizienz*.<sup>870</sup>

b) *Funktion und Nützlichkeit in der Rechtsanwendung*

Da sich aus den fünf Zielkriterien kein direkter Handlungsauftrag an die Marktakteure ableiten lässt, fragt sich, welche Funktion § 1 Abs. 1 EnWG stattdessen bei der Rechtsanwendung hat.<sup>871</sup> Ob bei Subsumtion und Auslegung der dem Zielkatalog nachgestellten Einzelbestimmungen des EnWG auf ersteren zu rekurrieren ist, bedarf einer präzisen Begründung und keiner selbstverständlichen Annahme und Praxis. Möglicherweise konfligiert eine zweckorientierte Auslegung nämlich insoweit mit dem Gebot des Vorrangs des Gesetzes, als das über den Umweg der Sinndeutung im Lichte der Zielbestimmungen, die einzelnen Tatbestände entgegen ihrem ursprünglich durch die Legislative zgedachten bestimmungsgemäßen Gesetzesinhalt ausufert.<sup>872</sup> Es ist so unter Umständen eine verfälschte Lesart spezieller Tatbestände zu besorgen, wenn die vor die Klammer gezogene *ratio legis* – welche sich schließlich auf ein Normgefüge in seiner Gänze bezieht – bei der Interpretation seiner Einzelnormen bemüht wird.<sup>873</sup>

Aus der Logik des Prinzips von der Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung folgt zunächst zwingend, dass gegen eine Rechtsfindung, die Rechtssätze zueinander in Relation setzt, grundsätzlich keine Bedenken vorgebracht werden können.<sup>874</sup> Vielmehr würde ein Gesetz, das widersprüchliche Wertentscheidungen in sich trägt, gerade aus diesem Grund rechtsstaatliche Mängel aufweisen.<sup>875</sup> Die Einheit der Rechtsordnung, verstanden als Werte- oder Prinzipieneinheit, kann aber nicht dazu führen, dass Begrifflichkeiten stets homogen verwendet und interpretiert werden müssen.<sup>876</sup> Um die rechtsgestaltende Freiheit der Legislativen zu erhalten, muss das Postulat von der Einheit der Rechtsordnung mit der prinzipiellen Relativität der Rechtsbegriffe im Einklang stehen. Vorstehendes gilt uneingeschränkt für die Auslegung der Normen unter gegenseitiger Bezugnahme, sowie einer etwaig vorrangigen Richtlinien- oder verfassungskonformen Auslegung, aus der sich ebenso eine

---

<sup>870</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 4.

<sup>871</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2013), Rn. 5; Köhn, ZNER 2005, 16, 18 f.

<sup>872</sup> Köhn, ZNER 2005, 16 f.

<sup>873</sup> Kahle, S. 195; Köhn, ZNER 2005, 16, 17.

<sup>874</sup> Bydlinski, S. 443.

<sup>875</sup> Rüthers/Fischer/Birk, S. 95, Rn. 145.

<sup>876</sup> BVerfG v. 26.03.1969 – 1 BvR 512/66, BVerfGE 25, 309, 313.

Zweckorientierung ergeben kann.<sup>877</sup> § 1 Abs. 1 EnWG unterlegt mit seinem Zweckprogramm dem EnWG darüber hinaus eine Basis, an der sich die nachfolgenden Normen aufgrund seiner umfassenden Bedeutung und seines Geltungsanspruchs auszurichten haben. Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn sich die hierarchische Überordnung des Zweckprogramms als grundlegende Wertung verifizieren lässt.<sup>878</sup>

*aa) Zielvorgaben als ungeschriebene Tatbestandsmerkmale?*

§ 1 Abs. 1 EnWG entzieht sich – aufgrund der Eigenart seines Inhalts – der üblichen Normtypik von vollständigen und unvollständigen Rechtssätzen.<sup>879</sup> Er weist weder einen konditionalen Aufbau, noch den Charakter eines unselbständigen Zusatzes auf. § 1 Abs. 1 EnWG trägt seinem Adressaten stattdessen auf, bestimmte Zwecke zu erfüllen, ohne diese Zwecke an spezifische Tatbestandsvoraussetzungen zu binden.<sup>880</sup> Die Wahl der Mittel zur künftigen Verwirklichung der ihm innewohnenden Zwecke überlässt § 1 Abs. 1 EnWG den staatlichen Entscheidungsträgern. Anknüpfungspunkt ist damit kein in der Vergangenheit liegender Sachverhalt aus dem eine Rechtsfolge resultiert, sondern ein zukunftsbezogenes Fern- bzw. Dauerziel. Zweckprogramme werden angesichts dieser Eigenarten als *Normtypus sui generis* charakterisiert.<sup>881</sup>

Aufgrund der Unterschiede in der Beschaffenheit der im EnWG vorzufindenden Normtypen bestehen Zweifel, ob die Auslegung der konditionalen Einzelnormen anhand des Zweckprogramms ohne weiteres möglich ist. Die Auffassungen divergieren hier.<sup>882</sup> Während manche<sup>883</sup> den sich auf ein Normgefüge als Einheit beziehende Gesetzeszweck gleichfalls in die separaten Tatbestände hineinlesen, lehnt die Gegenauffassung<sup>884</sup> eine solche Vorgehensweise mit dem Verweis auf die mangelnde Justiziabilität solcher programmatischen Rechtssätze ab.<sup>885</sup> Eine vermittelnde Ansicht versteht eine solche zweckorientierte Auslegung als nachrangig gegenüber der systematischen und

---

<sup>877</sup> Köhn, ZNER 2005, 16, 18; Zippelius, S. 29.

<sup>878</sup> Köhn, ZNER 2005, 16, 18; Bydlinski, S. 443.

<sup>879</sup> Larenz/Canaris, S. 71 ff.; Kahle, S. 196; Köhn, ZNER 2005, 16, 18 f.

<sup>880</sup> Zippelius, S. 28; Köhn, ZNER 2005, 16, 18; Garbers, RdE 2015, 221, 223.

<sup>881</sup> Köhn, ZNER 2005, 16, 19.

<sup>882</sup> Köhn, ZNER 2005, 16 ff.

<sup>883</sup> EnWG/Hellermann/Hermes, § 1 EnWG, Rn. 40 ff.; Brugger, AöR 1994, 1, 27 f.; Hassold, FS Larenz 1983, S. 211, 229; Ringel, S. 209.

<sup>884</sup> Köhn, ZNER 2005, 16 ff.

<sup>885</sup> Köhn, ZNER 2005, 16, 17.

teleologischen Methodik. Erst wenn die übrigen Auslegungsmethoden Zweifel bestehen lassen, dürfe subsidiär auf diese *lege ratio* zurückgegriffen werden.<sup>886</sup>

Die inhaltliche Kritik stützt sich im Wesentlichen darauf, dass die Einzelnormen jeweils einem originären Sinn und Zweck dienen und sich eben nicht in der bloßen Konkretisierung des § 1 Abs. 1 EnWG erschöpfen. Diese Rechtsnorm schreibe abstrahierend – und infolge dessen nur fragmentarisch – den gesetzgeberischen Willen in Bezug auf das gesamte Normgefüge fest.<sup>887</sup> Der Rückblick auf die wechselvolle Geschichte des EnWG zeige, dass sich die Zielvorgaben mit völlig unterschiedlichem Instrumentarium gleichermaßen vereinbaren lassen.<sup>888</sup> Die Bestimmungen des EnWG waren retrospektiv von völlig konträren Überzeugungen getragen, die jeweils für sich beanspruchten, der allein gangbare Weg zum Ziel zu sein. Gemeinsam war den Konzepten indes die Zielprogrammatik des § 1 Abs. 1 EnWG (vorbehaltlich seiner Ergänzungen). Dies zeige eindrücklich, dass eine Auslegung die sich allein an § 1 Abs. 1 EnWG orientiert, das Ergebnis manipulierte.<sup>889</sup> Stattdessen sei stets die Einzelnorm anhand der anerkannten juristischen Hermeneutik zu ermitteln. Im Rahmen der teleologischen Auslegung sei dabei ein Rückgriff auf das Zweckprogramm nur subsidiär vorzunehmen.<sup>890</sup> Ein sachgerechter Ausgleich der im Einzelfall opponierenden Interessen sei demnach nicht aus dem Zweckprogramm, sondern aus den Wertungen der speziellen Bestimmungen heraus herzustellen.<sup>891</sup> So werde außerdem gewährleistet, dass dem Gesetzgeber das Privileg erhalten bleibt, über Art und Ausmaß der allgemeinen Zielverwirklichung zu bestimmen. Anders käme es möglicherweise zu einer Überbewertung gewisser Belange und das „Konkretisierungsprimat“<sup>892</sup> der Legislativen würde unterlaufen.<sup>893</sup>

---

<sup>886</sup> EnWG 1998 Erläuterungen/*Schneider*, § 1 EnWG, Rn.1;  
Berliner Kommentar/*Säcker/Timmermann*, Band 1, § 1 EnWG, Rn. 3.

<sup>887</sup> *Köhn*, ZNER 2005, 16, 19.

<sup>888</sup> Eine Übersicht zur chronologischen Entwicklung des Energiewirtschaftsrechts findet sich bei *Theobald/Theobald*, S. 35 f.

<sup>889</sup> *Köhn*, ZNER 2005, 16, 19 f.

<sup>890</sup> *Köhn*, ZNER 2005, 16, 20.

<sup>891</sup> *Köhn*, ZNER 2005, 16, 19 f.

<sup>892</sup> *Hassold*, FS Larenz 1983, S. 211, 232; *Göldner*, S. 182 f., 208, 237.

<sup>893</sup> *Köhn*, ZNER 2005, 16, 19.

*bb) Stellungnahme*

Den dargestellten Bedenken an einer Auslegung anhand des Zweckprogrammes ist entgegenzuhalten, dass auf eine explizite Nennung des konkreten Regelungszwecks jenseits der Eingangsbestimmung des § 1 Abs. 1 EnWG vom Gesetzgeber ausnahmslos verzichtet wird. Durch eine zweckorientierte Auslegung soll deshalb gerade das spezifische Motiv der fraglichen Norm ermittelt werden.<sup>894</sup> Ein isoliertes Abstellen auf § 1 Abs. 1 EnWG, wie es nach oben dargestellter Auffassung moniert wird, steht dabei nicht in Rede, die teleologische Auslegung fügt sich vielmehr als Erkenntnisquelle bei der Sinndeutung von Normen in die anerkannte Methodenlehre ein. Das Programm von § 1 Abs. 1 EnWG bildet sinnbildlich die Leitplanke bei der Norminterpretation. Diese hat so zu erfolgen, dass schließlich die Norm bei ihrer Anwendung ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Gesetzeszweckes darstellt.<sup>895</sup>

Der unter Verweis auf die wechselvolle Normhistorie von § 1 Abs. 1 EnWG erhobene Einwand, eine Auslegung anhand der Zielvorgaben manipulierte das Ergebnis, ist entgegenzuhalten, dass hieraus ebenso gut – wenn nicht sogar besser – der gegenteilige Schluss gezogen werden kann. Dies ist doch vielmehr ein eindrucksvolles Beispiel dafür, wie wichtig eine Betonung der Zielvorgabe ist; hebt sie doch gegenüber den Einzelnormen besonders hervor, dass nicht der Weg, sondern das Ziel im Mittelpunkt steht. Dem steht auch nicht entgegen, dass einzelne Bestimmungen einen Dispens von den grundsätzlichen Wertentscheidungen zulassen. Tatsächlich lässt sich auch insofern eine Rückanknüpfung an das prinzipielle Zielprogramm herstellen, als diese Bestimmungen die Verhältnismäßigkeit des Normgefüges garantieren. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die allgemeinen Zielbestimmungen des § 1 Abs. 1 EnWG bei der Rechtsanwendung als eine Art Folgenkontrolle nach dem Maßstab des Normzwecks dienen.<sup>896</sup>

*c) Gewichtung der Kriterien*

Versorgungssicherheit und Preisgünstigkeit waren die beiden ursprünglich vorgesehenen Zielvorgaben. Auf diesem Grundlagenprogramm bauten die folgenden Novellen auf und

---

<sup>894</sup> Zu § 1 KWKG vgl. etwa *BGH* v. 11.02.2004 – VIII ZR 236/02, ZNER 2004, 178, 179 f.

<sup>895</sup> *Hassold*, FS Larenz 1983, S. 211, 231.

<sup>896</sup> *Hassold*, FS Larenz 1983, S. 211, 231.

ergänzten sie sukzessive. Darauf ließe sich die Überlegung gründen, dass denjenigen Kriterien, die am längsten anerkannt, sind auch eine besondere Wichtigkeit zugesprochen werden kann, im Falle eines Zielkonfliktes sich die historisch ältesten also durchsetzen. Tatsächlich ist das Verhältnis der Zielbestimmungen untereinander jedoch ein gleichrangiges.<sup>897</sup> Dieser Ansatz einer Zielsynthese lässt sich schon der amtlichen Begründung zum EnWG 1998 entnehmen.<sup>898</sup> Angestrebt ist eine Zieloptimierung, bei der alle Vorgaben zu gleichen Teilen verwirklicht werden. Keinesfalls soll es auf einen derartigen unlösbaren Zielkonflikt hinauslaufen, dass sich eines der Kriterien auf Kosten der anderen absolut durchzusetzen vermag.<sup>899</sup> Sie relativieren sich gegenseitig, kein Kriterium soll „um jeden Preis“ erfüllt werden, ggf. sind zugunsten der übrigen Voraussetzungen Abstriche zu machen.<sup>900</sup> Die Versorgung mit Elektrizität soll unter preisgünstigen, umweltverträglichen, Verbraucherschützenden und effektiven Bedingungen so sicher wie *möglich* sein. Genauso soll sie so preisgünstig als *möglich* sein, solange sie dabei sicher, umweltverträglich, Verbraucherschützend und effektiv ist.<sup>901</sup> Das Wortspiel lässt sich mit allen fünf Zielvorgaben gleichermaßen durchführen. Wichtig ist dabei, dass jedes der Kriterien für sich genommen eine energiepolitische Schlüsselposition besetzt. Jedem ist möglichst restlos zu entsprechen, solange und soweit dies parallel auch für die übrigen vier gilt.<sup>902</sup>

Zum Teil gehen sie, wie es oben bereits zur Sprache kam,<sup>903</sup> was ihre materielle Substanz angeht, zum Teil sogar ineinander auf. Sie stehen dann nicht zur selbstständigen Verwirklichung nebeneinander, sondern vereinigen sich zu einer Schnittmenge, die mehreren Kriterien zu gleichen Teilen zuzuordnen ist. Wie kein anderes, bildet Versorgungssicherheit die übrigen vier Zielvorgaben mit ab. Ganz besonders deutlich wird dies anhand der Preisgünstigkeit, sie geht zu einem Gutteil in der Versorgungssicherheit – dort in deren Randbereich – auf. Wechselwirkungen weist aber bspw. auch die Effizienz der Versorgung auf. Auf Erzeugungsseite hat sie wesentlichen Einfluss auf die Versorgungssicherheit: Je höher der Effizienzgrad ist, umso weniger

---

<sup>897</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2007), Rn. 5 ff.; Braband, S. 28; Berliner Kommentar/Säcker/Timmermann, Band 1, § 1 EnWG, Rn. 4 f.

<sup>898</sup> BT-Drs. 806/96, S. 27; Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 1 EnWG (2007), Rn. 7, 26.

<sup>899</sup> Braband, S. 28 f.; Kahle, S. 109, 131.

<sup>900</sup> Braband, S. 28; Germelmann, EnWZ 2013, 488, 489 ff.

<sup>901</sup> Braband, S. 28.

<sup>902</sup> Berliner Kommentar/Säcker/Timmermann, Band 1, § 1 EnWG, Rn. 5.

<sup>903</sup> Vgl. oben unter „Randbereich“, S. 99.

entsteht aufgrund verminderter Nachfrage ein Erzeugungsdruck.

## 2. Aktive Risikosteuerung durch moderne Gesetzgebungstechnik

Gefahrenabwehrrecht ist traditionell auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung angesiedelt. Risikoverwaltung zeichnet sich hingegen durch präventive Kontrollmechanismen sowie Bewertungs- und Überwachungsmechanismen (sog. „Monitoring“) aus. Sie befasst sich vor allem mit der Aneignung von „Risiko-Knowhow“. Bekannte Erfahrungssätze und Informationen, das sog. Gefährdungswissen, wird auf diese Weise zum Zweck einer optimalen Risikobegrenzung ständig fortentwickelt.<sup>904</sup> Damit geht eine unbestimmte gesetzliche Steuerung der Administration einher, die sich in die Formen der hergebrachten Rechtsdogmatik nicht nahtlos einzufügen vermag. Der Gesetzgeber kann aufgrund der im Mittelpunkt der Risikovorsorge stehenden Ungewissheit nur die wesentlichen Leitlinien vorgeben. Die praktischen Bedürfnisse erfordern im Übrigen eine Konkretisierung durch die Verwaltung sowie die Mitwirkung der Normunterworfenen selbst.<sup>905</sup>

Die Gestaltung des EnWG ist Ausdruck dieses besonderen Flexibilitätsbedürfnisses. Statt statischer Grenzwerte dominieren hier dynamische Rechtsbegriffe und programmatische Zielvorgaben das Normgefüge. Die Aufgabenprivatisierung hat konsequenterweise Auswirkungen auf den Adressatenkreis zahlreicher Bestimmungen, etwa den des dritten Teils über die Regulierung des Netzbetriebs. Es hat sich im Prozess der Risikoabschätzung und des Risikomanagements zwischen Legislative, Exekutive, Wissenschaft und der Privatwirtschaft ein Dialog etabliert. Staat und Energieversorgungsunternehmen stehen sich nicht in einem klassischen Über-Unterordnungsverhältnis gegenüber, sondern sind in ein besonderes Rechtsverhältnis eingebunden, aus dem sich gegenseitige, kontinuierliche Rechte und Pflichten ergeben.<sup>906</sup>

### a) Ausdehnung des Aufgabenkreises der Exekutiven

Die Gesamtheit der energierechtlichen Normen sind anwendungsbezogene Konkretisierungen der in § 1 EnWG vorangestellten Zielvorgaben. Das EnWG hat in

---

<sup>904</sup> Köck, S. 65, 69.

<sup>905</sup> Di Fabio, S. 464 f.; Di Fabio, VVDStRL 1996, S. 253, 242 f.

<sup>906</sup> Köck, S. 65, 70; sowie grundlegend zum Ganzen: Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis.

seinem Anwendungsbereich die Agenda der Verwaltung über den Vollzug legislativer Regulierung hinaus erweitert. Die Vielzahl der Verordnungsermächtigungen – allein der Teil über die Regulierung des Netzbetriebs enthält um die zwanzig – sind symptomatische Merkmale einer modernen Gesetzgebungstechnik, die Entscheidungskompetenzen auf die Exekutive verlagert.<sup>907</sup> § 1 Abs. 1 EnWG setzen sich hier als Regelungsschranken und Auslegungshilfe bei der Gesetzesanwendung fort, vgl. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Das Zweckprogramm ist der administrativen Rechtsetzung als sinngebendes Leitbild bezüglich Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung vorgelagert und liegt entsprechend gleichfalls deren Anwendung beim Erlass von Verwaltungs- oder Realakten voraus.<sup>908</sup>

*b) Normvollzug durch Privatrechtssubjekte*

Neben die bemerkenswert umfangreiche Ermächtigung zu exekutiver Normsetzung tritt eine weitere Eigentümlichkeit beim Normvollzug. Dass sich der Staat der primären Erfüllungspflicht entäußert hat bringt mit sich, dass die privatrechtlichen Leistungserbringer im Wege der Regulierung dem Gesetzeszweck des Energierechts unterworfen werden. Sie sind gleichermaßen an das Zielprogramm gebunden und haben ihr Handeln und ihre Prognosen daran auszurichten, § 1 Abs. 2 EnWG.<sup>909</sup> Alle Zielvorgaben, so auch der vorliegende Untersuchungsgegenstand, stellen eine explizite Handlungsanweisung für die Netzbetreiber dar, die durch die Einzelbestimmungen des dritten Teils nähere Ausgestaltung erfahren. Weit überwiegend sind die gesetzlichen Bestimmungen des EnWG primär an Privatrechtssubjekte adressiert. Sie erlauben Rückschlüsse über die konkrete energierechtliche Lesart von Versorgungssicherheit.

*c) Eine dritte Ebene: verbandsautonomes Netzrecht*

Die dem Gewährleistungsmodell geschuldete privatrechtliche Aufgabenerfüllung hat außerdem weitere Regelwerke hervorgebracht, die mittelbar ebenfalls ein Phänomen dieser Gesetzgebungstechnik sind und deshalb hier nicht unerwähnt bleiben können. Das sog. *verbandsautonome Netzrecht* ist von derart überragender praktischer Bedeutung,

---

<sup>907</sup> Berliner Kommentar/*Schmidt-Preuß*, Band 1, EnWG Einl. C., Rn. 181; *Hädicke*, S. 33, 44; *Schmidt-Aßmann*, FS Vogel 2000, S. 477, 484.

<sup>908</sup> Berliner Kommentar/*Schmidt-Preuß*, Band 1, EnWG Einl. C., Rn. 181; *EnWG/Hellermann/Hermes*, § 1 EnWG, Rn. 45.

<sup>909</sup> *Schmidt-Aßmann*, FS Vogel 2000, S. 477, 487 f.

dass die für die Ausformung netzbetreiberseitigen Handlungspflichten relevanten Bestimmungen ohne diese Dokumente unvollständig wären.<sup>910</sup> Es handelt sich um gemeinsame Vorgaben, die sich die Netzbetreiber selbst aufgegeben haben. Darin wird konkret bestimmt, wie das Übertragungs- und Verteilernetz den gesetzlich übertragenen Aufgaben entsprechend (technisch) zu betreiben ist.

Um auf die Liberalisierung der Strommärkte zu reagieren, haben die Verbände der Stromwirtschaft und der deutschen Industrie 1998 zur Umsetzung der Vorgaben des EnWG, was die Gestaltung des – damals noch verhandelten – Netzzugangs und der Netzzugangsentgelte angeht, rechtlich unverbindliche Verbändevereinbarungen geschlossen. Diese Rahmenrichtlinien wurden von technischen Anwendungsregeln flankiert, welche die Interoperabilität des Netzes sicherstellen sollen. Letztere sind auch unter dem Regime des regulierten Netzzugangs beachtlich geblieben. Im Jahr 2003 und zuletzt im Jahr 2007 wurden die allgemeinen technischen Anschlussbedingungen an das Höchstspannungsnetz und die Regeln für den Betrieb des Übertragungsnetzes unter der Bezeichnung „TransmissionCode“ erneut überarbeitet. Sie finden auf alle Anlagen Anwendung, die in den Netzregelverbund einspeisen. Die Anschlussbedingungen für die übrigen Spannungsebenen sind gesondert in verschiedenen Regelwerken festgelegt, etwa im DistributionCode 2007 oder in den Anwendungsregeln des Verbands der Elektrotechnik, Elektronik und Informationstechnik („VDE“).<sup>911</sup>

Bei dem verbandsautonomen Recht handelt es sich also um eine anwendungsbezogene Umsetzung der Zielvorgaben. Versorgungssicherheit spielt dabei eine wesentliche Rolle. Daraus lässt sich ableiten auf welches Verständnis von Versorgungssicherheit sich die Netzbetreiber übereinstimmend geeinigt haben und wie sie es ständig praktizieren. Mangels rechtlicher Verbindlichkeit sind sie für die Netzbetreiber ein Durchführungsinstrument bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben, im Übrigen können sie jedoch nur als praktische Orientierung dienen. Weil es an demokratischer Legitimation fehlt, können sie insbesondere zur Definition von Versorgungssicherheit im energierechtlichen Kontext höchstens mittelbar herangezogen werden. Die Einflussnahme der Regulierungsbehörde bleibt vorbehalten für den Fall, dass die die Bestimmungen des

---

<sup>910</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 23.

<sup>911</sup> Abrufbar unter {<https://www.vde.com/de/fnn/dokumente/vde-anwendungsregeln-in-kraft>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

TransmissionCode einmal hinter den Gewährleistungen des EnWG zurückbleiben.<sup>912</sup>

Die EnTSO-E hat, wie es gemäß Art. 8 StromhandelZVO zu ihren Aufgaben gehört, ein Paket von insgesamt fünf europäischen Netzkodizes erarbeitet.<sup>913</sup> Die Vorgaben der Netzkodizes hinsichtlich der europaweit maßgeblichen technischen Anforderungen sind rechtsverbindlich. Nach und nach werden deshalb die aktuell gültigen Netzkodizes von den neuen Anwendungsregeln, welche wiederum die von den Netzkodizes vorgegebenen Anschlussbedingungen berücksichtigen, abgelöst werden.<sup>914</sup> Die technischen Mindestanforderungen für Netze und Erzeugungsanlagen sollen so in ganz Europa harmonisiert werden und das Netz dadurch europaweit interoperabel machen. Einerseits ist das ein weiterer Schritt zur Verwirklichung eines einheitlichen europäischen Energiebinnenmarktes, andererseits soll für die dezentrale Einspeisung erneuerbarer Energien ein stabiles und zuverlässiges Netz bereitstehen.<sup>915</sup> Die Anwendungsregeln werden derzeit vom Forum Netztechnik/Netzbetrieb („FNN“), einem Ausschuss im VDE, zur Umsetzung der Verordnung 2016/631 der Kommission zur Festlegung eines Netzkodex mit Netzanschlussbestimmungen für Stromerzeuger, die am 17. Mai 2016 in Kraft getreten ist, grundlegend überarbeitet.<sup>916</sup>

Die Systemvorgaben für Erzeugungsanlagen, die für alle Spannungsebenen gelten, sind von den Netzbetreibern bis spätestens zum 17. Mai 2018 in die nationalen Regelwerke zu überführen und umzusetzen, vgl. Art. 7 Abs. 4 VO 2016/631.

---

<sup>912</sup> EnWG/*Bourwieg*, § 11 EnWG, Rn. 23.

<sup>913</sup> Vgl. dazu schon oben unter „Netzkodizes“, S. 140.

<sup>914</sup> Konkret gehen die Anforderungen aus dem RfG in eine ganze Reihe von Anwendungsregeln ein: Technische Anschlussregeln Höchstspannung (E VDE-AR-N 4130); Technische Anschlussregeln Hochspannung (E VDE-AR-N 4120); Technische Anschlussregeln Mittelspannung (E VDE-AR-N 4110); Erzeugungsanlagen am Niederspannungsnetz (E VDE-AR-N 4105); TAR Niederspannung (E VDR-AR-N 4100).

<sup>915</sup> *Höppner*, S. 134 f.

<sup>916</sup> Verordnung (EU) 2016/631 der Kommission vom 14. April 2016 zur Festlegung eines Netzkodex mit Netzanschlussbestimmungen für Stromerzeuger, Abl. 2016, Nr. L 112, S. 1.

## **B. Materiellrechtliche Lesart von Versorgungssicherheit im Energierecht**

Eine Legaldefinition von „Sicherheit“ findet sich zwar in Art. 2 Nr. 28 der EltRL-2009. Für das materielle Verständnis von Versorgungssicherheit ist sie aber wertlos, denn sie stellt lediglich deklaratorisch klar, was ohnehin unstrittig ist, nämlich dass der Sicherheitsaspekt sowohl die Sicherheit der Elektrizitätsversorgung und Bereitstellung als auch die Betriebssicherheit meint. Es ist also die für allgemeingültig erachteten Definition anhand der einschlägigen Gesetze die energierechtliche Lesart von Versorgungssicherheit herauszuschälen. Wenn das Ergebnis, das in Kapitel II gefunden wurde richtig ist, muss das Verständnis von Versorgungssicherheit speziell im Energierecht sich vollständig darin integrieren lassen. Anhand der nachfolgenden Zuordnung normativer Belege, lässt sich diese These überprüfen und substantiell belegen.

Mit Versorgung meint das deutsche Recht – das sei klarstellend bemerkt – den Verkauf von Energie an die Kunden. Es geht nicht um die kostenlose Verteilung.<sup>917</sup> Welche Erwartungen Endverbraucher hinsichtlich des Produktes für das sie zahlen, berechtigterweise anstellen, ist ein Gradmesser für den Entwicklungsstand der Technik und den Wohlstand einer Gesellschaft. Ein unter jedem Gesichtspunkt optimales Ergebnis mag zwar punktuell oder aktuell wirtschaftlich nicht zu erreichen sein, sodass gewisse Unzulänglichkeiten toleriert werden.<sup>918</sup> Andererseits werden merkliche Einschränkungen eines einmal gepflegten Standards kaum mehr klaglos hingenommen werden. Dabei ist die Toleranzschwelle umso niedriger, je höher der Zivilisationsgrad des zu versorgenden Kollektivs ist. Heute wird bereits ein nur vorübergehender Stromausfall als empfindliche Einbuße empfunden, die geeignet ist, den ganz alltäglichen Ablauf ins Stocken zu bringen. Schon simpelste Vorgänge lassen sich nicht durchführen, weil die Versorgung

---

<sup>917</sup> Vgl. Legaldefinition „Versorgung“ in § 3 Nr. 36 EnWG: „die Erzeugung oder Gewinnung von Energie zur Belieferung von Kunden, der Vertrieb von Energie an Kunden und der Betrieb des Energieversorgungsnetzes“; Art. 2 Nr. 19 EltRL 2009; Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 21.

<sup>918</sup> So ist es etwa technisch ohne weiteres möglich, rurale Gebiete flächendeckend mit Highspeedinternet zu versorgen, allerdings nur gegen einen erheblichen Investitionsaufwand.

mit Elektrizität nicht substituiert werden kann. So benötigt man bspw. zum Kaffeekochen zwar keinen Vollautomaten, zumindest aber bedarf auch die rudimentärste Zubereitungsform kochendes Wasser. Kein moderner Haushalt verfügt heutzutage allerdings noch über einen Brennholzofen. Weitere Beispiele lassen sich beliebig aufzählen. Je komplexer die zu verrichtende Aufgabe, umso ausufernder werden dabei die Konsequenzen, etwa in ausnahmslos jeder Industrie.

Das Anforderungsprofil, das abstrakt an einen Zustand verwirklichter Versorgungssicherheit zu stellen ist, wurde in Kapitel II erörtert und ist als Basis auch den besonderen Ansprüchen des Energiesektors zu Grunde zu legen. In allen Infrastruktursektoren ist der Forderungskatalog indes zugunsten der oben als „Randbereich“ bezeichneten Faktoren versetzt.<sup>919</sup> Versorgungssicherheit wird praktisch auf höherem Niveau praktiziert, als es oben theoretisch absolut definiert wurde. Das falsifiziert keineswegs die Definition. Es darf lediglich nicht aus dem Blick verloren werden, dass sich der Dialog um die Versorgungssicherheit überwiegend im *Randbereich* abspielt. Die außerordentliche Abhängigkeit, in der sich der Mensch in unserem Zeitalter zu elektrischer Energie befindet, reflektiert sich in den Bemühungen, die der Staat auf sich nimmt, damit seinen Angehörigen möglichst zu keiner Zeit ein Nachteil entsteht. Dass sich eine branchenübergreifende, rechtsdogmatische Untersuchung auf den Kernbereich konzentrieren muss – weil dies der kleinste gemeinsame Nenner ist – darf nicht zu dem Schluss verleiten, dass allein darauf der politische und gesetzgeberische Fokus liegt. Gestaltungsspielräume bestehen vor allem im Randbereich. Anders als das materielle Zentrum ist die Peripherie formbar. Hier können Wertungen wie Preisgünstigkeit oder Umweltschutzaspekte einfließen und mit dem Anliegen „Versorgungssicherheit“ verknüpft werden.

---

<sup>919</sup> Vgl. oben unter „Randbereich“, S. 99.

## I. Energieversorgungssicherheit im weiten Sinn: Der Normalfall

In Anlehnung an das in Kapitel II gefundene Ergebnis zum materiellen Gehalt der Versorgungssicherheit<sup>920</sup> lässt sich festhalten, dass die Praxis, wenn sie von Versorgungssicherheit spricht, nicht allein den oben bezeichneten Kernbereich<sup>921</sup>, sondern darüber hinaus auch die Elemente des Randbereichs<sup>922</sup> einbezieht. Das deutsche Stromnetz operiert auf einem hohen Niveau. Dies korrespondiert mit der gesetzgeberischen Vorstellung von Energieversorgungssicherheit.

Das energierechtliche Regelwerk ist eigentlich nicht primär darauf ausgerichtet den Kernbereich der Energieversorgungssicherheit zu bewahren. Wie oben festgestellt wurde, ist diese Aufgabe schwerpunktmäßig der Gefahrenabwehr zuzuordnen. Hier geht es vielmehr darum, das gewohnt hohe Schutzniveau unbedingt zu erhalten. Arbeitshypothese des EnWG ist also mitnichten ein Gedanke der Schadensbegrenzung, sondern ein Zustand, der unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt optimal erscheint. Energieversorgungssicherheit im Sinne des Planungs- und Regulierungsrechts ist deshalb *mindestens* der status quo. Über seinen bewahrenden Charakter weist er außerdem ein zukunftsbezogenes Element auf. Versorgungssicherheit bedeutet auch immer Versorgung auf dem jüngsten Stand der Technik.<sup>923</sup>

### 1. Ausgangspunkt: Der status quo als Näherungswert

Welchem Standard der Betrieb eines Energieversorgungsnetzes zu entsprechen hat, damit er die Prädikate „sicher“, „zuverlässig“ und „bedarfsgerecht“ verdient, wird den Netzbetreibern weder in § 11 Abs. 1 EnWG noch in den §§ 12 ff. EnWG mitgeteilt. Mit den Gegenständen, die der Gesetzgeber als prinzipiell regelungsbedürftig angesehen und geordnet hat, schafft er einen Rahmen in dem sich ein Zustand energierechtlicher Versorgungssicherheit entfalten soll. Im Wesentlichen beschränkt er sich dabei allerdings

---

<sup>920</sup> Vgl. „

Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>921</sup> Vgl. „Kernbereich“, S. 79 ff.

<sup>922</sup> Vgl. „Randbereich“, S. 99.

<sup>923</sup> BT-Drs. 13/ 7274, S. 14.

darauf, die Mittel zur Zweckerreichung festzulegen. Für die Antwort auf die Frage, wie genau jener Zustand, den es ja zu erreichen gilt, beschaffen ist, hilft das EnWG selbst nur bedingt weiter.

Aufschluss gibt allerdings eine Lektüre der Monitoring-Berichte, die vom Bundesministerium der Wirtschaft und der Bundesnetzagentur veröffentlicht werden. Darin ist nachzulesen, ob das ordnungsrechtlich geschaffene Korsett funktioniert oder zukünftig nachjustiert werden muss. Die Tatsache, dass ein möglichst hohes Schutzniveau gewollt ist, belegen die Bestimmungen des EnWG in ihrer Gesamtschau. *Woran* dieses zu messen ist, ergibt sich aus den Vorschriften über die Berichterstattung und das Monitoring und eben diesen Dokumenten selbst. Sie stellen eine belastbare Datengrundlage zur Verfügung. Dabei geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass der zuletzt erreichte Standard als Referenzwert fungiert. Er liegt auch der Wartungspflicht des § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG zugrunde, die den gegenwärtigen Netzbestand bewahrt. Er ist in die Versorgungssicherheit mit hineinzulesen und soll jedenfalls nicht unterschritten werden. Der gegenwärtige status quo ist quasi die „Sicherungskopie“, ein „Backup“ von Versorgungssicherheit in ihrem weiten Sinne. Trotzdem bleibt der aktuelle Zustand, auch wenn er derzeit als versorgungssicher gelten kann, nur ein Näherungswert – denn das EnWG ist entwicklungs offen konzipiert.<sup>924</sup> Eine Aufwertung des status quo ante gilt als erstrebenswert. Übersteigt die Nachfrageentwicklung die verfügbaren Kapazitäten, sind die Netzbetreiber gehalten das Netz bedarfsgerecht auszubauen. Wird der Standard tatsächlich angehoben, gilt er fortan als relevanter Maßstab.<sup>925</sup> Dass der aktuelle Versorgungsstatus gleichwohl zu keiner Zeit einen justiziablen Besitzstand formen kann, wurde oben bereits dargestellt.<sup>926</sup>

#### a) Informationsabfrage, Berichterstattung und Monitoring

Die Aktivitäten der Netzbetreiber werden durch ein mehrstufiges System von „checks und balances“ begleitet. Es ist ein Zusammenspiel aus Eigen- und Fremdre reflexion, in dessen Mittelpunkt das sog. „Monitoring“ steht.<sup>927</sup> Dieses besonders aufwändige und gründliche Aufsichtsinstrument wird gleich zweimal durchgeführt – durch die

---

<sup>924</sup> Dazu unten näher bei „Kontinuität und Entwicklungsoffenheit“, S. 203.

<sup>925</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 18.

<sup>926</sup> Vgl. oben unter „Status quo als Verpflichtung zur Besitzstandswahrung?“, S. 79.

<sup>927</sup> Zur Bedeutung und Tragweite des Begriffs „Monitoring“, vgl. Moser, S. 188 ff.

Regulierungsbehörde und durch das Bundesministerium der Wirtschaft und Technologie, deren Aufsicht sie wiederum selbst unterstellt ist.

*aa) Auskunftspflichten der Netzbetreiber*

Die Daten, welche hierfür benötigt werden, stellen die Netzbetreiber zur Verfügung.<sup>928</sup> Obwohl die Regulierungsbehörde selbstverständlich mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet ist, die relevanten Informationen einseitig verlangen zu können, vgl. §§ 35 Abs. 2, 69 EnWG, sind die Berichtspflichten teilweise bereits als periodische oder anlassbezogene gesetzliche Pflichten vorgeschrieben.

Zur Vermeidung schwerwiegender Versorgungsstörungen ist bspw. alle zwei Jahre eine *Schwachstellenanalyse* zu erarbeiten und darüber zu berichten, § 13 Abs. 9 EnWG. Ferner sind sie nach § 12 Abs. 5 EnWG verpflichtet, Informationen zwecks des Monitorings nach § 51 EnWG an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie zu übermitteln. Auch die in Bedarfsplanung der §§ 12 a ff. EnWG enthält einige institutionalisierte Informationspflichten. Alle zwei Jahre bestimmt die Bundesnetzagentur sog. *europäisch kritische Anlagen*, d. h. solche, deren Störung oder Zerstörung erhebliche Auswirkungen in mindestens zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben kann. Die Betreiber haben zur Vorbereitung in Frage kommende Anlagen vorzuschlagen und ihre Auswahl zu begründen. Nach deren Festlegung haben sie Sicherheitspläne zu erstellen und Sicherheitsbeauftragte zu benennen und dies der Regulierungsbehörde in einem Ergebnisbericht nachzuweisen, § 12 g Abs. 1 und 2 EnWG. Näheres regelt die ÜNSchutzV, vgl. § 12 g Abs. 3 EnWG. Jährlich haben die Netzbetreiber bis zum 30. April eines Jahres gegenüber der Bundesnetzagentur alle im Vorjahr in ihrem Netz aufgetretenen Versorgungsunterbrechungen vorzulegen, § 52 Abs. 1 S. 1 EnWG.<sup>929</sup> Insbesondere haben die Netzbetreiber über den Zeitpunkt, Dauer, Ausmaß und die Ursache der Versorgungsunterbrechungen zu berichten, § 52 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 EnWG. Die Meldepflicht bei Versorgungsstörungen erleichtert das Monitoring durch die Bundesnetzagentur, da die Abfrage identifizierter Versorgungsdefizite nicht gesondert anzuordnen ist, sondern jährlich von sich aus zur Verfügung zu stellen ist. Punktuell ist ggf. über die Gründe von Systemmanagementmaßnahmen zu informieren, § 13 Abs. 7 EnWG. Wann die

---

<sup>928</sup> *Dalibor*, RdE 2013, 207.

<sup>929</sup> *Kahle*, S. 219; *Moser*, S. 203.

Benachrichtigung der Bundesnetzagentur über Versorgungsstörungen keinen Aufschub duldet und von den Netzbetreibern nicht ausschließlich in dem Bericht gemäß § 52 EnWG aufzunehmen ist, regelt § 13 Abs. 8 EnWG. Grundsätzlich, das zeigen § 13 EnWG und §§ 12 a ff. EnWG, geht das EnWG von einem kooperativen Verhältnis der Netzbetreiber und der Behörde aus.

*bb) Behördliche Berichterstattung*

Alle behördlichen Veröffentlichungspflichten sind in § 63 EnWG zusammengefasst.<sup>930</sup> Besondere Beachtung verdienen dabei der Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur (vgl. §§ 63 Abs. 3, 35 EnWG) und der Bericht zum Stand und zur Entwicklung der Versorgungssicherheit im Bereich der Versorgung mit Elektrizität des Aufsicht führenden Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, in den auch die Erkenntnisse aus dem Monitoring der Versorgungssicherheit nach § 51 EnWG aufzunehmen ist (vgl. § 63 Abs. 2 Nr. 2 EnWG). Die Energiewirtschaft und ihre gedeihliche Entwicklung sind von solcher Bedeutung, dass sie gleich zweifacher exekutiver Nachprüfung unterliegt. Die engmaschige Überwachung ist das notwendige Gegengewicht dazu, dass der Privatwirtschaft die eigenverantwortliche Erbringung der Energieversorgung übertragen ist.

*(1) Tätigkeitsbericht der Bundesnetzagentur*

Die *Bundesnetzagentur* veröffentlicht jährlich ihren Tätigkeitsbericht, §§ 63 Abs. 3 EnWG.<sup>931</sup> Ziel energiewirtschaftlicher Regulierung ist eine Marktsituation, in der bei der Versorgung mit leitungsgebundener Energie ein wirksamer und unverfälschter Wettbewerb stattfindet und die Versorgungsnetze langfristig leistungsfähig und zuverlässig betrieben werden, § 1 Abs. 2 EnWG. Diese Maxime ist zugleich die Aufgabenbeschreibung der zuständigen Regulierungsbehörde. Zur Wahrnehmung der Aufgaben, die ihr durch das EnWG übertragen sind, insbesondere zur Herstellung von Markttransparenz, schreibt § 35 EnWG ein Monitoring vor.<sup>932</sup> Der Katalog an Tätigkeiten, die zu überwachen und nachzuvollziehen sind, umfasst insbesondere die Mechanismen zur Behebung von Kapazitätsengpässen im nationalen Elektrizitätsnetz und

---

<sup>930</sup> Danner/Theobald/*Theobald/Werk*, Band 1, § 63 EnWG (2012), Rn. 2.

<sup>931</sup> *BNetzA/BKartA*, Monitoring-Bericht 2016.

<sup>932</sup> *Moser*, S. 201.

bei den Verbindungsleitungen, § 35 Abs. 1 Nr. 2 EnWG, die Zeit die von Betreibern für die Herstellung von Anschlüssen und Reparaturen benötigt wird, § 35 Abs. 1 Nr. 3 EnWG, die Veröffentlichung angemessener Informationen über Verbindungsleitungen, Netznutzung und Kapazitätszuweisung. § 35 Abs. 1 Nr. 4 EnWG, sowie den Umfang, in dem die Netzbetreiber ihren Aufgaben nach den §§ 11 bis 16 a EnWG nachkommen, § 35 Abs. 1 Nr. 8 EnWG. Darüber hinaus ist es ihr unbenommen, in ihrem Amtsblatt oder auf ihrer Internetseite jegliche Informationen zu veröffentlichen, die für Haushaltskunden Bedeutung haben können, § 63 Abs. 4 EnWG.

*(2) Bericht zum Stand und zur Entwicklung der Versorgungssicherheit im Bereich der Versorgung mit Elektrizität*

Im Bereich der leitungsgebundenen Elektrizitätsversorgung veröffentlicht das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie erstmalig bis zum 31. Juli 2018 und dann mindestens alle zwei Jahre gemäß § 63 Abs. 2 Nr. 2 EnWG einen Bericht zum Stand und zur Entwicklung der Versorgungssicherheit im Bereich der Versorgung mit Elektrizität und übermittelt sie unverzüglich an die Europäische Kommission. Das Ministerium hat dabei insbesondere darzulegen, inwieweit Importe zur Sicherstellung der Versorgungssicherheit in Deutschland beitragen. Die im Rahmen des von ihr durchgeführten „Monitorings der Versorgungssicherheit“ nach § 51 EnWG gewonnenen Erkenntnisse und etwaige getroffene oder geplante Maßnahmen sind in diesen Bericht zu inkorporieren. Das Monitoring nach § 51 EnWG betrifft im Bereich der Versorgung mit Elektrizität gemäß § 51 Abs. 3 Nr. 1-7 EnWG insbesondere das Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage auf dem heimischen Markt, die erwartete Nachfrageentwicklung und das verfügbare Angebot, die in der Planung und im Bau befindlichen zusätzlichen Kapazitäten, die Qualität und den Umfang der Netzwartung, eine Analyse von Netzstörungen sowie Maßnahmen zur Bedienung von Nachfragespitzen und zur Bewältigung von Ausfällen eines oder mehrerer Versorger. Der Monitoringbericht stellt die aktuelle Versorgungslage fest und bewertet, ob die getroffenen bzw. geplanten Vorsorgemaßnahmen der Netzbetreiber angesichts der zu erwartenden Entwicklungen des Stromsektors ausreichen, damit die Versorgung stets gewährleistet ist. Ein ordnungsgemäßes Monitoring umfasst also, wie § 51 Abs. 4 EnWG ausdrücklich herausstellt, die Messung und die Bewertung der Versorgungssicherheit anhand technisch anerkannter Indikatoren und unter Zuhilfenahme von Schwellenwerten, bei deren Über- oder Unterschreiten eine Prüfung sowie ggf. die Ergreifung angemessener Maßnahmen zur Gewährleistung der Versorgungssicherheit zu erfolgen hat. Das Gesetz geht zur

Identifikation der Versorgungslage methodisch vom status quo aus und analysiert diesen Zustand im Hinblick auf mögliche Entwicklungsszenarien, vgl. § 51 Abs. 4 S. 3 EnWG. Werden Mängel identifiziert, kann dem rechtzeitig vorgebeugt werden, ohne Gefahr zu laufen, dass lange Vorlaufzeiten tauglicher Gegenmaßnahmen ein dauerhaftes Versorgungsdefizit realisieren.<sup>933</sup>

### *(3) Monitoringbericht zur Energiewende*

Die Bundesregierung hat dem Bundestag gemäß § 63 Abs. 1 EnWG jährlich über den Netzausbau, den Kraftwerkszubau und Ersatzinvestitionen sowie Energieeffizienz und die sich daraus ergebenden Herausforderungen zu berichten und erforderliche Handlungsempfehlungen vorzulegen. Außerdem enthält der Bericht gemäß § 98 Abs. 1 EEG den Stand des Ausbaus der erneuerbaren Energien und die Erreichung des Zielanteils der aus erneuerbaren Energien erzeugten Stroms (vgl. § 1 Abs. 2 EEG), den Stand der Direktvermarktung von Strom aus erneuerbaren Energien, die Entwicklung der Eigenversorgung im Sinne des § 61 EEG und die Herausforderungen die sich aus den genannten Punkten ergeben. Dieser Monitoringprozess bewertet jährlich, ausgehend vom status quo, den Fortschritt der Energiewende. Der erste Teil des Berichts behandelt die Umsetzung der quantitativen Ziele, der zweite Teil konzentriert sich hingegen auf die Rahmenbedingungen und weiteren Ziele der Energiewende, zu denen zuvorderst auch die Versorgungssicherheit zählt.<sup>934</sup>

#### *b) Exkurs: Bemessungsgrundlagen für Versorgungsunterbrechungen*

Netzbetreiber sind gemäß § 52 EnWG verpflichtet, der Bundesnetzagentur jeweils bis zum 30. April über alle in ihrem Netz im Vorjahr aufgetretenen Versorgungsunterbrechungen einen Bericht vorzulegen, der mindestens über den Zeitpunkt, die Dauer, das Ausmaß und die Ursache der Versorgungsunterbrechung Auskunft gibt. Aus den ihr aufgrund von § 52 EnWG übermittelten Daten errechnet die Regulierungsbehörde international und supranational genormte Kennziffern. Unterbrechungshäufigkeit (System Average Interruption Frequency Index – „SAIFI“), Unterbrechungsdauer (System Average Interruption Duration Index – „SAIDI“) und

---

<sup>933</sup> Danner/Theobald/*Theobald/Werk*, Band 1, § 63 EnWG (2009), Rn. 8.

<sup>934</sup> *BMWi*, Fünfter Monitoring-Bericht zur Energiewende, Die Energie der Zukunft, Berichtsjahr 2015, S. 2, 4.

Nichtverfügbarkeit (Customer Average Interruption Duration Index – „CAIDI“) drücken die Zuverlässigkeit der Versorgung mit leitungsgebundener Energie in Zahlen aus. Das *Nichtverfügbarkeitskriterium* gibt die Zeit in Stunden an, in denen in der Bundesrepublik die Stromversorgung über den Erhebungszeitraum von einem Jahr nicht gewährleistet war. Es werden nur solche Unterbrechungen in die Berechnung einbezogen, die weder auf höherer Gewalt oder geplanten Unterbrechungen beruhen und die Bagatelleschwelle von drei Minuten überschreiten.<sup>935</sup>

Im Jahr 2015 lag der durchschnittliche Nichtverfügbarkeitswert bei ca. 12,70 Minuten. Im europaweiten Vergleich ist die Versorgung im Bundesgebiet damit als besonders zuverlässig, wengleich der Monitoringbericht auch feststellt, dass ein ausgeglichenes Verhältnis von Erzeugung und Last zunehmend schwerer sicherzustellen ist.<sup>936</sup>

## 2. Programmierter Qualitätsstandard durch Regulierung des Netzbetriebs

Der dritte Teil des EnWG enthält Bestimmungen, die regulierend auf die Energiewirtschaft einwirken. Sie verrechtlichen die Aufgabenzuweisung an die Netzbetreiber, sowie deren Pflichten in Bezug auf Netzanschluss und -zugang. Die Regulierung der Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze dient den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und Gas und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen, § 1 Abs. 2 EnWG. Wie ein Besteller, der einen Werkunternehmer mit der Verrichtung einer Aufgabe betraut hat, verlangt der Gesetzgeber, dass diverse Vorgaben umgesetzt werden. Über die erfolgsbezogene Herstellung des „Werkes“ in Gestalt eines versorgungssicheren Netzbetriebs hinaus, muss das Produkt auch qualitativ dem Standard entsprechen, um als mangelfrei abgenommen zu werden. Den Energieversorgungsunternehmen sind die Konditionen der Energiewirtschaft deshalb weitgehend gesetzlich vorgeschrieben. Den §§ 11 bis 16 a EnWG sind die Aufgaben der Netzbetreiber in Ansehung des gesetzlich

---

<sup>935</sup> Versorgungsqualität – SAIDI-Wert 2006-2015, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/Versorgungssicherheit/Versorgungsunterbrechungen/Auswertung\\_Strom/Versorgungsu nterbrech\\_Strom\\_node.html;jsessionid=30DCCFA385E854CC7E52DDCC372AC6C3](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Versorgungssicherheit/Versorgungsunterbrechungen/Auswertung_Strom/Versorgungsu nterbrech_Strom_node.html;jsessionid=30DCCFA385E854CC7E52DDCC372AC6C3)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *Elspas*, S. 13, 15; *Theobald*, RdE 2015, 161, 163.

<sup>936</sup> *BMWi*, Monitoring-Bericht nach § 51 EnWG zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, S. 3 f.

vorgesehenen Netzstandards, vgl. § 1 Abs. 2 EnWG, zu entnehmen.<sup>937</sup>

*a) Allgemeine Betriebspflicht der Netzbetreiber*

§ 11 Abs. 1 S. 1 EnWG verpflichtet Betreiber von Energieversorgungsnetzen ein sicheres, zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz diskriminierungsfrei zu betreiben, zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, soweit es wirtschaftlich zumutbar ist. Adressaten sind die jeweiligen Inhaber der tatsächlichen Sachherrschaft über Netze jeder Spannungsstufe.<sup>938</sup>

*aa) Qualitative Anforderungen*

Die Betreiber haben für die Sicherheit, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit ihrer Netze zu sorgen. Gleichzeitig sind die Vorgaben von § 1 Abs. 1 EnWG zu beachten.<sup>939</sup> Alle Übertragungs- bzw. Verteilernetze haben bei ihrem Betrieb diesen Anforderungen zu genügen. Durch bedarfsgerechte Investitionen ist das Netz nachhaltig in Stand zu halten. § 11 Abs. 1 S. 1 Var. 1 EnWG fordert insoweit sowohl technische Anlagensicherheit als auch eine unterbrechungsfreie Versorgung mit Elektrizität. Während der technische Sicherheitsaspekt beinahe eine Selbstverständlichkeit ist und ohnehin in § 49 EnWG separat geregelt wird, liegt der Fokus dieser Eigenschaftsanforderung auf der materiellen Versorgungssicherheit.<sup>940</sup> Aufschluss darüber, wann ein Netzbetrieb als zuverlässig und leistungsfähig i.S.v. § 1 Abs. 1 S. 1 Var. 2, 3 EnWG gelten kann, geben die §§ 18 ff. ARegV.

*(1) Netzzuverlässigkeit*

*Netzzuverlässigkeit* beschreibt die Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, Energie möglichst unterbrechungsfrei und unter Einhaltung der Produktqualität zu transportieren, vgl. § 19 Abs. 3 S. 1 ARegV. Zulässige Bewertungskriterien sind insbesondere die Dauer und Häufigkeit der Unterbrechung der Energieversorgung, die Menge der nicht gelieferten Energie sowie die Höhe der nicht gedeckten Last, vgl. § 20 Abs. 1

---

<sup>937</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 52, Rn. 25.

<sup>938</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 6, 8; Weyer, ZNER 2009, 2010.

<sup>939</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 56; EnWG/Hellermann/Hermes, § 1 EnWG, Rn. 40 ff.; Ringel, S. 207; Moser, S. 207.

<sup>940</sup> Vgl. auch Art. 12 EltRL 2009; Kahle, S. 200.

S. 1 ARegV. Zuverlässigkeit beschränkt sich nicht ausschließlich auf die bloße Verfügbarkeit, zusätzlich muss die Transporttätigkeit einen gewissen qualitativen Standard erfüllen. Den Netzbetreibern obliegt über die schlichte Leistungserbringung hinaus auch eine diesbezügliche Gutleistungspflicht. Zuverlässig ist ein Netzbetrieb dann, wenn er den Transport in mengen- und qualitätsgerechter Weise durchführt.<sup>941</sup>

## (2) Netzleistungsfähigkeit

*Netzleistungsfähigkeit* beschreibt die Fähigkeit des Energieversorgungsnetzes, die Nachfrage nach Übertragung von Energie zu befriedigen, § 19 Abs. 3 S. 2 ARegV. Hier können insbesondere die Häufigkeit und Dauer von Maßnahmen zur Bewirtschaftung von Engpässen und die Häufigkeit und Dauer des Einspeisemanagements nach § 14 EEG als Bewertungsmaßstab herangezogen werden, § 20 Abs. 5 S. 3 ARegV. Wie leistungsfähig das Netz tatsächlich ist, wird für den Endverbraucher kaum spürbar werden. Sein Konsumverhalten ist zwar Bezugspunkt der Leistungsfähigkeit, Defizite können in der Regel jedoch abgedeckt werden, bevor sie eine beeinträchtigende Wirkung entfalten.<sup>942</sup> Ein einwandfreier Netzbetrieb kann außerdem praktisch nur durch regelzonenübergreifendes, kooperatives Zusammenwirken der Betreiber stattfinden.<sup>943</sup>

## bb) Aufgabenbeschreibung

Vor allem muss das Netz ordnungsgemäß, d. h. im Einklang mit den eben beschriebenen Anforderungen, betrieben und gewartet werden.<sup>944</sup> Der Netzbetrieb umfasst deshalb prinzipiell alle Tätigkeiten, die tatsächlich notwendig sind, um Energie zuverlässig und leistungsfähig über ein Leitungsnetz zu transportieren. Das Netz muss dazu operativ geführt und betriebsbereit vorgehalten werden. Auch die Wartung stellt eine Bereitstellungsmaßnahme dar, wegen ihrer besonderen Wichtigkeit findet sie explizite Erwähnung.<sup>945</sup> Zum ordnungsgemäßen Netzbetrieb zählen weiterhin die sog. Systemdienstleistungen.<sup>946</sup> Sie betreffen zwar nicht die eigentliche Übertragung und Verteilung, doch ein sicherer und stabiler Netzbetrieb ist ohne sie nicht möglich. Zu

---

<sup>941</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 16.

<sup>942</sup> Dazu gleich unten bei "Systemverantwortung", S. 179.

<sup>943</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 10.

<sup>944</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 9.

<sup>945</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 30.

<sup>946</sup> TransmissionCode 2007, S. 86.

diesen Systemdienstleistungen zählen die Betriebsführung an sich, inklusive dem Netzengpassmanagement des § 13 EnWG, die Vorhaltung von Regelleistung zur Absicherung der Netzfrequenz, eine konstante Spannungserhaltung sowie ggf. der Versorgungswiederaufbau nach einem Blackout.<sup>947</sup> Der Zusatz, dass der Netzbetrieb diskriminierungsfrei geschehen muss, flankiert die Vorschriften der Zugangsregulierung.<sup>948</sup> Auch durch Maßnahmen der Netzführung darf es nicht dazu kommen, dass die Nutzung ohne sachlichen Grund vereitelt oder erschwert wird.<sup>949</sup>

### *(1) Uneingeschränkte Betriebspflicht bestehender Netze?*

Aus rechtswissenschaftlicher Hinsicht ist es indes weniger interessant, wie der Netzbetrieb praktisch umgesetzt wird, solange er den beschriebenen Qualitätsanforderungen entspricht. Es ist vielmehr problematisch, ob § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG dahingehend auszulegen ist, dass die Netzbetreiber auch dazu verpflichtet sind ihre Netze *überhaupt* zu betreiben. Ob es den Netzbetreibern freisteht, eine Anlage brachliegen zu lassen oder ob sich dies aufgrund § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG verbietet, steht erst nach systematischer Auslegung, insbesondere unter Heranziehung von § 1 Abs. 1 EnWG fest. Die besseren Argumente sprechen für die Annahme einer echten Betriebspflicht. Der Umstand, dass der Gesetzgeber eine Zugangsregulierung für erforderlich gehalten hat, macht deutlich, dass Übertragungs- und Verteilernetze limitiert sind. Die entsprechende Erkenntnis ergibt sich gleichfalls aus der Tatsache, dass das EnWG Investitionspflichten vorsieht. Schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen muss es möglich sein, vorrangig den aktiven Betrieb statt eines Neubaus zu erwirken. Schon der Betrieb „an sich“ ist deshalb eine Verpflichtung i. S. d. § 65 Abs. 2 EnWG. Dieses Ergebnis wird gleichfalls von der versorgungssicherheitsrechtlichen Zielvorgabe in § 1 Abs. 1 EnWG getragen.<sup>950</sup>

### *(2) Bedarfsgerechte Netzentwicklung*

Die Betreiber von Energieversorgungsnetzen sind nicht nur verpflichtet den status quo

---

<sup>947</sup> TransmissionCode 2007, S. 49 ff.

<sup>948</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 26.

<sup>949</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 26.

<sup>950</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 11 EnWG (2008), Rn. 18; EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 27.

eines sicheren, zuverlässigen und leistungsfähigen Energieversorgungsnetzes zu pflegen und dieses diskriminierungsfrei zu betreiben, § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG. Sie haben es ebenso *bedarfsgerecht* zu optimieren, verstärken und auszubauen, soweit ihnen dies *wirtschaftlich zuzumuten* ist, § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG.<sup>951</sup> Ihnen wird eine gesetzliche Investitionspflicht auferlegt.<sup>952</sup> Sie besteht reziprok solange und soweit ein diesbezüglicher *Bedarf* zu befriedigen ist. Von einem solchen kann dann gesprochen werden, wenn die Netzentwicklung langfristig in Ansehung der Versorgungssicherheit erforderlich ist. Bei kurzfristigen Gefährdungen und Störungen der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems, sind vorrangig Maßnahmen des Engpassmanagements durchzuführen, vgl. § 13 EnWG.<sup>953</sup> Eine Verpflichtung zur zukunftsorientierte Netzpflege entsteht andererseits auch nicht erst dann, wenn akuter Bedarf auftritt, falls bspw. Netzanschluss- und Zugangsansprüche aus technischen Gründen drohen verweigert zu werden, vgl. §§ 17 Abs. 2, 20 Abs. 2 EnWG.<sup>954</sup> Ihrer Natur nach besteht sie vielmehr latent.

Im Sinne der Versorgungssicherheit sind die Netzbetreiber gehalten, zukünftige Entwicklungen zu antizipieren und nicht erst auf bestehende Nachfrage zu reagieren. Die vorausschauende Ermittlung eben jenes Bedarfs i.S.v. § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG beruht auf einer prognostischen Einschätzung, die im Jahr 2011 durch die §§ 12 a ff. EnWG prozeduralisiert wurde.<sup>955</sup> Die erforderliche Kapazität, die ihre Netzausbaupflicht begründet und begrenzt, wird von den Netzbetreibern selbst nach dem in §§ 12 a ff. EnWG vorgesehenen Verfahren ermittelt, von der Regulierungsbehörde bestätigt und schließlich vom Bundesgesetzgeber in Gesetzesform überführt. Die sog. *Bedarfsplanung* der §§ 12 a bis 12 e EnWG erfolgt stufenweise, sie erstreckt sich auf das gesamte Bundesgebiet.<sup>956</sup> Eine Orientierung an dem tatsächlichen Bedarf fördert die Planungssicherheit der Netzbetreiber, Netzengpässen mit negativem Einfluss auf die

---

<sup>951</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 13; Barchewitz, S. 133; Säcker, Franz Jürgen, S. 100 f.

<sup>952</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 31.

<sup>953</sup> Netzoptimierung vor Netzverstärkung vor Netzausbau- "NOVA-Prinzip", Steinbach/Heimann, § 12 b EnWG, Rn. 2, 19.; Kühling/Pisal, ZNER 2011, S. 13, 14; Pleiner, S. 2; Wahlhäuser, ZNER 2014, 534, 536.

<sup>954</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 11 EnWG (2008), Rn. 23.

<sup>955</sup> Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 26.07.2011, (BGBl. I S. 1554); Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 6; zur alten Rechtslage vgl. EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 35 ff. und Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 8.

<sup>956</sup> Calliess/Dross, JZ 2012, 1002, 1005.

Unternehmensbilanzen wird vorgebeugt.<sup>957</sup> Zugleich wird ein unwirtschaftliches Overinvestment verhindert.<sup>958</sup> Durch das Leitbild von einem „gerechten Bedarfs“ findet somit eine Art „Investitionsregulierung“ statt.<sup>959</sup> Er bestimmt auch das Verhältnis der Maßnahmen untereinander, zu einem Netzausbau zwingt § 11 EnWG die Netzbetreiber nur dann, wenn dies durch einen entsprechenden Bedarf gerechtfertigt ist und andere Maßnahmen keine Abhilfe schaffen können.<sup>960</sup> Was im Einzelnen aus § 11 EnWG geschuldet ist, ist deshalb nicht aus der Vorschrift selbst zu entnehmen, sondern vielmehr präzise aus den Vorgaben des Netzentwicklungsplans, der Effizienz-, Wirtschaftlichkeits- und Zumutbarkeitsaspekte anhand des Maßstabs der Bedarfsgerechtigkeit ausreichend berücksichtigt.<sup>961</sup>

Im Übrigen ist die Pflicht zum *Netzausbau* i. S. d. § 11 EnWG nicht zu verwechseln mit einer etwaigen Pflicht zum – erstmaligen – *Neubau* von Netzen. Sie kann aus § 11 EnWG nicht abgeleitet werden.<sup>962</sup>

### (3) Vorbehalt wirtschaftliche Zumutbarkeit

Indes steht der energiewirtschaftliche Bedarf unter dem *Vorbehalt wirtschaftlicher Zumutbarkeit*.<sup>963</sup> Selbst, wenn zweifelsohne die Notwendigkeit von Maßnahmen zur Sicherung der Energieversorgung besteht, darf die Realisierung von Maßnahmen unter Berufung auf das Zumutbarkeitskriterium unterbleiben, wenn andernfalls die finanzielle unternehmerische Gesundheit des pflichtigen Unternehmens gefährdet würde. Um die Zumutbarkeit bestimmen zu können, sind Kosten und Nutzen in jedem Einzelfall gegeneinander abzuwägen. In Ansehung des konkreten Vorhabens sind die betroffenen Belange zunächst zu ermitteln und anschließend einer Abwägung zuzuführen. Neben den Interessen des Netzbetreibers und der Netzkunden sind in die Abwägung vor allem die – hier zumeist gegensätzlichen – allgemeinen energiepolitischen Ziele gemäß § 1 Abs. 1

---

<sup>957</sup> Säcker, RdE 2009, 305, 306.

<sup>958</sup> Kühling/Pisal, ZNER 2011, S. 13; Säcker, RdE 2009, 305, 307.

<sup>959</sup> Kühling/Pisal, ZNER 2011, 13.

<sup>960</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 11 EnWG (2008), Rn. 23 ff.;  
Koenig/Kühling/Winkler, WuW 2003, 228, 239; a. A. Ritzau/deWyl/Hartmann, ET 6/2007, 84.

<sup>961</sup> Scherer, NVwZ 2010, 1321, 1323.

<sup>962</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 11 EnWG (2008), Rn. 28; Koenig/Kühling/Winkler,  
WuW 2003, 228, 240.

<sup>963</sup> Säcker, Franz Jürgen, S. 104 f.

EnWG, also vor allem auch die Versorgungssicherheit, einzustellen.<sup>964</sup> Die Netzbetreiber können im Falle wirtschaftlicher Unzumutbarkeit bedarfsgerechte Maßnahmen unterlassen, ohne sich den behördlichen Aufsichtsmaßnahmen der §§ 65 ff. EnWG ausgesetzt zu sehen.<sup>965</sup>

#### b) Netzspezifische Aufgaben der Betreiber

Die den Netzbetreibern explizit zugewiesene Aufgaben sind in den §§ 12 bis 16a EnWG aufgeführt, vgl. auch § 11 Abs. 1 S. 2 EnWG.<sup>966</sup> Neben der allgemeinen Anordnung für alle Netzbetreiber in § 11 EnWG, werden die Vorschriften bereichsspezifisch nach Elektrizitätsnetzen (§§ 12 bis 14 EnWG) und Gasleitungen (§§ 15, 16 EnWG) unterteilt. Innerhalb der Vorschriften über die Elektrizitätsnetze behandelt die §§ 12 ff. EnWG die Übertragungs- und § 14 EnWG die Verteilerebene.<sup>967</sup> Nachfolgend wird, dem Schwerpunkt der Arbeit entsprechend, nur ein Ausschnitt der konkreten Aufgaben, quasi stellvertretend, dargestellt. Aus einer Übersicht über die Aufgaben und Pflichten der Übertragungsnetzbetreiber soll ein Beitrag zum Verständnis von Versorgungssicherheit im Energierecht gewonnen werden.

#### aa) Aufgaben der Betreiber von Übertragungsnetzen

Die großflächige Verteilung von Elektrizität findet über das Übertragungsnetz statt, die Aufgaben seiner Betreiber innerhalb der jeweiligen Regelzone beschreibt § 12 EnWG.<sup>968</sup> Im Einklang mit den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1 und 2 EnWG haben die Betreiber von Übertragungsnetzen nach § 12 Abs. 1 S. 1 EnWG die *Energieübertragung durch das Netz* unter Berücksichtigung des Austauschs mit anderen Verbundnetzen *zu regeln* und mit der *Bereitstellung* und dem *Betrieb* ihrer Übertragungsnetze im nationalen und internationalen Verbund zu einem sicheren und zuverlässigen Elektrizitätsversorgungssystem in ihrer Regelzone und damit zu einer sicheren

---

<sup>964</sup> BGH v. 29.05.1979 – KVR 4/78, BGHZ 74, 327, 335 f.; BGH v. 23.06.2009 – EuVR 48/08, RdE 2009, 336, 338; Schulte-Beckhausen/Ungemach, FS Kühne 2009, S. 365, 371; EnWG-Kment/Tüngler, § 11 EnWG, Rn. 45; Ringel, S. 206.

<sup>965</sup> EnWG-Kment/Tüngler, § 11 EnWG, Rn. 51; Ringel, S. 222.

<sup>966</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 53, Rn. 29.

<sup>967</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 53, Rn. 28.

<sup>968</sup> Moser, S. 208; Kahle, S. 213.

Energieversorgung beizutragen.<sup>969</sup> Daran orientieren sich auch die technischen Spezifikationen im TransmissionCode, den sich die Übertragungsnetzbetreiber selbst auferlegt haben.<sup>970</sup> Nur wenn alle Übertragungsnetzbetreiber die darin niedergeschriebenen gemeinsamen Regeln des Verfahrens und der Technik für Netzzugang- und Nutzung beachten, kann das gesamte Übertragungsnetz kooperativ bewirtschaftet werden.<sup>971</sup> Grenzüberschreitender Austausch von elektrischer Leistung zwischen Übertragungsnetzen verschiedener Regelzonen, eine bundesweite Aufnahme und Verteilung erneuerbarer Energien nach dem EEG, sowie die diskriminierungsfreie Datenbereitstellung wird durch diese gemeinsamen Vorschriften praktisch durchführbar.<sup>972</sup>

(1) *Kooperatives Zusammenarbeiten der Betreiber aller Regelzonen*

Zu anderen Netzbetreibern, zu denen technische Verbindungen des eigenen Übertragungsnetzes bestehen, schreibt § 12 Abs. 2 EnWG wechselseitige Informations-, Koordinations-, und Austauschpflichten vor.<sup>973</sup> Betreiber von Übertragungsnetzen haben Betreibern eines anderen Netzes, mit dem die eigenen Übertragungsnetze technisch verbunden sind, die notwendigen Informationen bereitzustellen, um den sicheren und effizienten Betrieb, den koordinierten Ausbau und den Verbund sicherzustellen. So soll die Interoperabilität des Netzverbundsystems begünstigt werden.<sup>974</sup> § 12 Abs. 3 S. 1 EnWG hebt die Bedeutung von Kontinuität für das Übertragungsnetz hervor. Die Leistungserbringer müssen die Fähigkeit des Netzes, die Nachfrage nach Übertragung von Elektrizität zu befriedigen, *dauerhaft* sicherstellen. Die hierzu notwendige Übertragungskapazität und Zuverlässigkeit des Netzes soll konstant bereitgestellt sein. Mit dieser verbindlichen Vorgabe, wird gesetzlich in die unternehmerische Planungsfreiheit eingegriffen. Eine Wirtschaft mit verknapptem Netzbetrieb ist von vorneherein ausgeschlossen.<sup>975</sup>

---

<sup>969</sup> EnWG/ *Bourwieg*, § 12 EnWG, Rn. 10.

<sup>970</sup> Es sei darauf hingewiesen, dass der TransmissionCode 2007 demnächst – bis spätestens 2019 – durch neue Anwendungsregeln ersetzt werden wird, die sich derzeit in Bearbeitung befinden, dazu schon oben unter „Eine dritte Ebene: verbandsautonomes Netzrecht“, S. 160.

<sup>971</sup> TransmissionCode 2007, S. 8.

<sup>972</sup> TransmissionCode 2007, S. 7 f.

<sup>973</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 57, Rn. 40.

<sup>974</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 12 EnWG, Rn. 23 ff.; *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 57, Rn. 40.

<sup>975</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 57, Rn. 41.

(2) *Umfassende Auskunftsrechte gegenüber den Nutzern*

Seinem sachlichen und personellen Anwendungsbereich nach, wäre § 12 Abs. 4 EnWG eigentlich eher bei § 13 EnWG zu verorten. Er richtet sich, anders als es die amtliche Überschrift von § 12 EnWG vermuten lässt, nicht an die Übertragungsnetzbetreiber, sondern an alle, die an das Übertragungsnetz angeschlossen sind – also elektrischen Strom einspeisen und entnehmen.<sup>976</sup> Alle die das Übertragungsnetz nutzen, sind verpflichtet, den Betreibern der Übertragungsnetze auf Verlangen unverzüglich die Informationen einschließlich etwaiger Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereitzustellen, die notwendig sind, damit die Übertragungsnetze sicher und zuverlässig betrieben, gewartet und ausgebaut werden können. Auf die Erhebung dieser Daten sind die Netzbetreiber angewiesen um die Leistungsbilanz für ihre Regelzone erstellen zu können, welche sie ihrerseits – unter anderem – an das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie für das Monitoring nach § 51 EnWG übermitteln, vgl. § 12 Abs. 5 Nr. 2 EnWG. So finden die erfassten Informationen letztlich Eingang in den Monitoring-Bericht.<sup>977</sup>

*bb) Systemverantwortung*

Übertragungsnetzbetreiber besetzen innerhalb des Netzverbundsystems eine technische Schlüsselposition.<sup>978</sup> Nur sie haben realen Zugriff auf das Netz und vermögen fluktuierende Stromzu- und Abflüsse an allen Netzknoten der Regelzone gegeneinander auszugleichen umso die Netzspannung konstant zu halten.<sup>979</sup> Deshalb überträgt § 13 EnWG ihnen die sog. Systemverantwortung für das Elektrizitätsversorgungssystem in der jeweiligen Regelzone.<sup>980</sup> Zur einheitlichen Besorgung haben sich alle Übertragungsnetzbetreiber dem gemeinsam entwickelten TransmissionCode<sup>981</sup> unterworfen, auf den im Folgenden noch zurück zu kommen ist. Dieses autonome Regelwerk schreibt die wenigen praktischen Vorgaben, die § 13 EnWG macht,

---

<sup>976</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 56, Rn. 39.

<sup>977</sup> Dazu schon oben bei „Informationsabfrage, Berichterstattung und Monitoring“, S. 166.

<sup>978</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 57, Rn. 42.

<sup>979</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 13 EnWG (2008), Rn. 2.

<sup>980</sup> Kahle, S. 216.

<sup>981</sup> TransmissionCode 2007, Netz- und Systemregeln der deutschen Übertragungsnetzbetreiber; vgl. dazu oben „Eine dritte Ebene: verbandsautonomes Netzrecht“, S. 160.

naturwissenschaftlich-technisch fort.<sup>982</sup>

Bei einer Gefährdung oder vorliegenden Störung sieht § 13 EnWG einen gestaffelten Maßnahmenkatalog vor, den die Übertragungsnetzbetreiber zur Beseitigung von Unregelmäßigkeiten ergreifen können und müssen. § 12 EnWG ist im Zusammenhang mit § 13 EnWG zu lesen.<sup>983</sup> § 12 Abs. 4 EnWG erlaubt es den Übertragungsnetzbetreibern zwar, von den Nutzern zu verlangen, ihnen unverzüglich Informationen bereit zu stellen, die sie für den ordnungsgemäßen Netzbetrieb i. S. d. § 12 Abs. 1 EnWG benötigen. § 13 EnWG stellt jedoch, anders als § 12 EnWG, nicht nur der Regulierungsbehörde, sondern den Übertragungsnetzbetreibern selbst echte Handlungsbefugnisse gegenüber den anderen Marktbeteiligten zur Verfügung.<sup>984</sup>

(1) *Handlungsvoraussetzung: Besorgnis kritische Netzzustände*

Der Zeitpunkt, zu dem die Übertragungsnetzbetreiber auf Grundlage von § 13 Abs. 1 EnWG in das Versorgungssystem ihrer Regelzone einzugreifen berechtigt und verpflichtet sind, ist auf eine *Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems* festgelegt, vgl. § 13 Abs. 1 EnWG.<sup>985</sup>

Eine *Gefährdung* liegt in der jeweiligen Regelzone vor, wenn örtliche Ausfälle des Übertragungsnetzes oder kurzfristige Netzengpässe zu besorgen sind *oder* zu besorgen ist, dass die Haltung von Frequenz, Spannung oder Stabilität durch die Übertragungsnetzbetreiber nicht im erforderlichen Maße gewährleistet werden kann, § 13 Abs. 3 EnWG.

Die Tatbestandsalternative „*Störung* des Elektrizitätsversorgungssystems“ wird in § 13 Abs. 4 EnWG zwar nicht legal definiert, dem allgemeinen Sprachverständnis nach ist sie als eine bereits verwirklichte Gefährdung zu verstehen.<sup>986</sup> Anders als bei der Gefährdung muss auch nicht beurteilt werden, ob eine Störung zu besorgen ist. Sobald defizitäre Netzzustände auftreten sind diese als Störung i.S.v. § 13 Abs. 1 EnWG subsumierbar und verlangen Beseitigungsmaßnahmen der Übertragungsnetzbetreiber. Eine *Besorgnis* kritischer Ausfallerscheinungen, die das Netz gefährdet erscheinen lassen, geht einer

---

<sup>982</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 13 EnWG (2008), Rn. 3.

<sup>983</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 57, Rn. 42; EnWG/Bourwieg, § 12 EnWG, Rn. 10.

<sup>984</sup> EnWG/Bourwieg, § 12 EnWG, Rn. 7.

<sup>985</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 57, Rn. 42.

<sup>986</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 13 EnWG (2008), Rn. 6.

Störung also voraus. Eine solche Gefährdung der Sicherheit und Zuverlässigkeit ist somit die niedrigste Schwelle einer beachtlichen Eintrittswahrscheinlichkeit gegenüber einem nicht mehr beachtlichen (Rest-)Risiko.

Die Übertragungsnetzbetreiber haben ihr Netz diesbezüglich ständig prognostisch zu beurteilen. Die Tatsachengrundlage, auf die sich ihrer Prognose stützt, muss den Betroffenen und der Regulierungsbehörde gegenüber offengelegt und ggf. belegt werden, § 13 Abs. 10 EnWG. Auf Grund der Umstände des Einzelfalls muss der Schluss naheliegen, dass es bei ungehindertem Fortlauf der Ereignisse zu den unerwünschten Konsequenzen kommt. Der gewisse Wahrscheinlichkeitsgrad, welcher Voraussetzung für eine Gefährdung i. S. d. §§ 13 Abs. 1 und 4 EnWG ist, schwankt zwischen den beiden Extremen der bloßen Möglichkeit einerseits und einer an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit andererseits.<sup>987</sup>

Bei der prognostischen Bewertung gilt, ebenso wie im allgemeinen Gefahrenabwehrrecht: Umso näher eine Störung rückt und je größer das Ausmaß ihres potenziellen Schadens ist, umso geringerer Überzeugung bedarf es von der tatbestandlich vorausgesetzten Wahrscheinlichkeit des Eintritts.<sup>988</sup> Ein i. S. d. § 13 EnWG beachtlicher Wahrscheinlichkeitsgrad kann vorab nicht verallgemeinernd festgelegt werden. Eine Prognose welche die immer gleiche Risikowahrscheinlichkeit als maßgeblich annimmt, ohne dass die Umstände des Einzelfalls Berücksichtigung finden konnten, kommt zwingend zu fehlerhaften Ergebnissen. Entweder unterbleiben Maßnahmen, wo sie tatsächlich angezeigt waren, es verwirklicht sich bspw. ein eher geringes Risiko mit jedoch erheblichem Ausmaß, das schon durch eine minimalinvasive Maßnahme hätte vollständig beseitigt werden können. Oder es werden völlig unverhältnismäßige Maßnahmen ergriffen, die vielleicht angesichts der Unmittelbarkeit einer bevorstehenden Risikoverwirklichung nachvollziehbar, aber angesichts des zu erwartenden Schadens außer Verhältnis sind.

Es zeigt sich, dass aufgrund des, der Prognose immanenten Unsicherheitsfaktors „Eintrittswahrscheinlichkeit“, eine Abgrenzung anhand eines Untermaßverbotes die geeignetste Methode zur Bewertung abwägungsrelevanter Risiken ist.<sup>989</sup>

---

<sup>987</sup> EnWG/Bourwieg, § 13 EnWG, Rn. 7.

<sup>988</sup> EnWG/Bourwieg, § 13 EnWG, Rn. 7.

<sup>989</sup> Vgl. dazu schon bei der abstrakten Definition von Versorgungssicherheit, bei der ebenfalls eine negative Definition zu Hilfe genommen wurde. S. 92.

Ausschlaggebend ist deshalb die Frage: Als wie unwahrscheinlich muss sich ein Geschehensablauf darstellen, damit er nicht mehr als Gefährdung i.S.v. § 13 Abs. 4 EnWG, sondern als rechtlich unbeachtliches Restrisiko bewertet wird und Vorsorgemaßnahmen somit unterbleiben?<sup>990</sup>

(2) *Bestimmbarkeit des beachtlichen Risikos – abermals: status quo ante*

Einzig kodifizierte Vorgabe hinsichtlich der Bestimmung des rechtlich relevanten, d. h. beachtenswerten Risikos ist die Bedingung einer effektiven und möglichst dichten Vorsorge. Der Schwierigkeit eine vernünftige Umgrenzung der gerade noch beachtlichen Eintrittswahrscheinlichkeit zu finden, wäre abgeholfen, wenn sich dem Gesetz hierfür eine Grenzzahl bereitstellte.<sup>991</sup> Anders als dies in anderen Gesetzen – etwa dem Bundes-Immissionsschutzgesetz (BImSchG) und seinen Durchführungsverordnungen<sup>992</sup> – der Fall ist, sieht das EnWG jedoch an keiner Stelle konkrete Zahlenwerte vor, die Auskunft darüber geben können, wann die Grenze zum hinnehmbaren Risiko jedenfalls überschritten sein soll.<sup>993</sup> Es war ja gerade Anlass der vorliegenden Untersuchung, dass sich das Gesetz diesbezüglich maximal darauf beschränkt von einer „Gefährdung“ oder „Störung“ zu sprechen. Statt absoluter Beträge legt der Gesetzgeber Wert auf Flexibilität, die sich in eben jenen ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen niederschlägt. Die dynamische Regelungstechnik beugt einer Überholung durch Fortschritt vor – letztlich wird der status quo als faktische Grenzzahl herangezogen. Der letzte Stand der Technik ist in die Versorgungssicherheit i.S.v. § 1 Abs. 1 EnWG mit hineinzulesen. Diese besondere Wertzuweisung muss schlussendlich aber vor allem praktisch messbar gemacht und in technisches Vokabular übersetzt werden.

(3) *Exkurs: Bemessungsgrundlage kritischer Netzzustände*

Da das Gesetz eine konkrete Formulierung einer beachtlichen Gefährdung nicht enthält, haben die Netzbetreiber eigene Maßstäbe entwickelt, anhand derer sie die ihnen abstrakt auferlegten Pflichten ins Werk setzen können. Als Bemessungsgrundlage kritischer

---

<sup>990</sup> Breuer, DVBl. 1978, 829, 834.

<sup>991</sup> Breuer, DVBl. 1978, 829, 835.

<sup>992</sup> Verordnungen zum Bundesimmissionsschutzgesetz (*BImSchV*).

<sup>993</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 18.

Netzzustände i.S.v. § 13 Abs. 4 EnWG dient ihnen das sog. „(n-1) Kriterium“.<sup>994</sup> Die Übertragungsnetzbetreiber berücksichtigen das „(n-1) Kriterium“ bei ihrer Planung und dem Betrieb des gemeinsamen Übertragungsnetzes.<sup>995</sup> Es findet auch in den obligatorischen Monitoring-Berichten im Zusammenhang mit verfügbaren Netzreserven bzw. Kapazitätsengpässen Erwähnung.<sup>996</sup> Es entspricht ingenieurmäßiger Übung und obwohl es rechtlich nicht verbindlich ist, wird es als maßgebliches Kriterium herangezogen um den Rechtsbegriff Versorgungssicherheit naturwissenschaftlich handhabbar zu machen.<sup>997</sup>

Der Platzhalter „(n)“ beschreibt dabei das Netz in seiner Gesamtheit inklusive all seiner Betriebsmittel. Der Zusatz „(-1)“ meint, dass bei Ausfall eines beliebigen Bausteins im Netz, sei es eine Leitung, ein Kraftwerk oder ein Transformator, die Stabilität des Netzes insgesamt nicht beeinträchtigt sein darf. Kann aufgrund des vorhandenen Lastflusses dieses Kriterium nicht eingehalten werden oder besteht für die Übertragungsnetzbetreiber Grund zu der Annahme, dass bei Akzeptanz aller angemeldeten Einspeisungen und Entnahmen das Kriterium nicht eingehalten wird, ist von einem Netzengpass auszugehen.<sup>998</sup> Anhang C des TransmissionCodes beschreibt die Auswirkungen, die bei Ausfall eines Netzbetriebsmittels nicht eintreten dürfen, damit das „(n-1) Kriterium“ als erfüllt angesehen werden kann. Im Übertragungsnetz auf der Spannungsebene 380 kV bzw. 220 kV werden folgende Einschränkungen des Netzbetriebs als unvereinbar mit einem gefährdungs- und störungsfreien Betrieb aufgezählt: Dauerhafte Grenzwertverletzungen und Betriebsmittelebeanspruchungen, die den sicheren Systembetrieb gefährden bzw. Betriebsmittel über Gebühr beanspruchen oder zerstören, das Eintreten von Versorgungsunterbrechungen trotz Ausweichen auf nachgelagerte Netzebenen, Folgeauslösungen, die eine Störungsausweitung befürchten lassen sowie schließlich die Notwendigkeit Übertragungen zu ändern oder zu unterbrechen.<sup>999</sup>

Der TransmissionCode enthält darüber hinaus auch eine dezidierte Subsumtion des

---

<sup>994</sup> TransmissionCode 2007, dort Anhang C; § 5 I 2 Nr. 3 KraftNAV; EnWG/*Bourwieg*, § 13 EnWG, Rn. 5.

<sup>995</sup> TransmissionCode 2007, S. 56 f.; Steinbach/*Heimann*, § 12 b EnWG, Rn. 21; *Moser*, S. 51.

<sup>996</sup> *BMWi*, Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 51 EnWG zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Juli 2014, S. 27.

<sup>997</sup> BT-Drs. 16/10491, S. 9; EnWG/*Bourwieg*, § 11 EnWG, Rn. 22; *Schmidt-Preuß*, FS Kühne 2009, S. 329, 340.

<sup>998</sup> TransmissionCode 2007, S. 48.

<sup>999</sup> TransmissionCode 2007, dort Anhang C – Anwendung des (n-1) Kriteriums, S. 2.

gefährdeten bzw. gestörten Betriebes. Wird das „(n-1) Kriterium“ voll erfüllt spricht das Regelwerk von einem anforderungsgerechten, d. h. dem normalen Betrieb, in dem Last und Erzeugungsausfälle bis 3.000 MW beherrscht werden und ausreichende Regel- und Übertragungsreserven vorhanden sind. Nach ökonomischen Erfahrungssätzen ist ein Kapazitätsüberschuss von 15 bis 20 % notwendig, um die in § 1 Abs. 2 EnWG formulierten Interessen ohne Abstriche verwirklichen zu können.<sup>1000</sup> Sind die Reserven hingegen ausgeschöpft und kommt es zu vereinzelt Grenzwertüberschreitungen<sup>1001</sup> welche die 5 % Marke nicht überschreiten, die Kundenversorgung andererseits noch voll, allenfalls mit leichten Qualitätseinbußen gewährleistet ist, wird der Betrieb als gefährdet eingestuft, denn das „(n-1) Kriterium“ ist nicht mehr erfüllt, eine Störung steht bevor. Von einer Störung geht der TransmissionCode schließlich aus, wenn alle Netzreserven ausgeschöpft sind, die Grenzwerte um mindestens 10 % überschritten werden. Im Falle einer Betriebsstörung werden zwar nicht mehr unbedingt alle Kunden versorgt, große Teile des Netzes funktionieren aber, mitunter eingeschränkt, noch.<sup>1002</sup>

Anhand des „(n-1) Kriteriums“ lässt sich so einfach und zweifelsfrei bestimmen, welche Risiken als beachtlich im Rechtssinne einzuordnen sind.<sup>1003</sup> Die Regulierungsbehörden dürfen diese Informationen und Zahlen allerdings nicht kritiklos hinnehmen und an die Stelle des Gesetzeswortlautes setzen. Wenn die Energieversorgungsunternehmen einen Standard als Bemessungsgrundlage nutzen, muss die Regulierungsbehörde grundsätzlich trotzdem objektiv und kritisch überprüfen ob dies tatsächlich (noch) den abstrakten gesetzlichen Anforderungen entspricht.<sup>1004</sup>

#### (4) Gestuftes Engpassmanagement

An dieser Stelle sei deutlich hervorzuheben, dass es sich im Anwendungsbereich des Engpassmanagements – auch bei einer definitiven Störung i.S.v. § 13 Abs. 1 EnWG – immer noch um den *Normalfall* handelt. Auch wenn insbesondere die begriffliche Gegenüberstellung von Normalfall versus Betriebsgefährdung bzw. Betriebsstörung im

---

<sup>1000</sup> Kühling/Pisal, ZNER 2011, S. 13; Säcker, RdE 2009, S. 305, 306.

<sup>1001</sup> Damit sind die Spannungsgrenzwerte, zulässige Ströme auf Betriebsmitteln und Netzkurschlussleistungen angesprochen, TransmissionCode 2007, S. 63 a. E.; EnWG/Bourwieg, § 13 EnWG, Rn. 6.

<sup>1002</sup> TransmissionCode 2007, S. 72.

<sup>1003</sup> Breuer, DVBl. 1978, S. 829, 834.

<sup>1004</sup> EnWG/Bourwieg, § 11 EnWG, Rn. 23.

TransmissionCode das Gegenteil vermuten lässt, normiert das EnWG kein Störfallrecht. Das Gesetz erlaubt einen frühen und schnellen Zugriff auf die Befugnisse des § 13 EnWG. Sie stehen außerdem auch bei nur sporadischen und vorübergehenden Engpässen ohne Einschränkung zur Verfügung. Selbst wenn das Netz noch beanstandungslos funktioniert, kann allein die begründete Erwartung der Betreiber, dass demnächst das Netz die Nachfrage nicht wird bedienen können, vorbeugende Maßnahmen rechtfertigen.<sup>1005</sup> Anders als bei einem „echten“ Störfall ist die Versorgungssicherheit hier (noch) nicht in ihrem gefahrenabwehrrechtlichen Kernbereich betroffen. Engpassmanagement ist Gefahrenvorsorge.

*i. Netz- und marktbezogene Maßnahmen*

Je nachdem wie schwer die kritischen Zustände das Netz belasten, haben die Betreiber von Übertragungsnetzen<sup>1006</sup> stufenweise von den ihnen übertragenen Befugnissen Gebrauch zu machen um den Engpass abzuwenden. Die möglichen Maßnahmen können sich gegen Netznutzer auf Erzeuger- wie Verbraucherseite richten.<sup>1007</sup> Der Passus „berechtigt und verpflichtet“ darf nicht zur Annahme verleiten, den Netzbetreibern wäre ein Entschließungsermessen eingeräumt. Wegen des Eingriffscharakters des Engpassmanagements bedürfen ihre Anordnungen vielmehr einer gesetzlichen Befugnis. Mit der „Berechtigung“ zum Engpassmanagement ist kein Spielraum für eigene Ermessensentscheidungen über das „Ob“ der Maßnahmen, sondern das rechtliche Dürfen gemeint. Sind die Handlungsvoraussetzungen positiv festgestellt, sind die Netzbetreiber zu Gegenmaßnahmen verpflichtet. Bei der einheitlichen Auslegung und Anwendung der unbestimmten Tatbestandsvoraussetzungen, haben sich die Netzbetreiber selbst geholfen, indem sie sich gemeinsam den TransmissionCode auferlegt haben.<sup>1008</sup>

Vorgesehen sind zunächst netz- und marktbezogene Maßnahmen, § 13 Abs. 1 Nr. 1 und 2 EnWG.<sup>1009</sup> Zur Veranschaulichung, was unter „netzbezogenen Maßnahmen“ zu verstehen ist, nennt § 13 Abs. 1 Nr. 1 EnWG Netzschaltungen. Der Einsatz von

---

<sup>1005</sup> EnWG/*Bourwieg*, § 13 EnWG, Rn. 5 ff.

<sup>1006</sup> Verteilernetzbetreiber sind zum Engpassmanagement nur soweit berechtigt und verpflichtet, als sie für die Sicherheit und Zuverlässigkeit der Elektrizitätsversorgung in ihrem Netz verantwortlich sind, vgl. § 14 Abs. 1 EnWG; *Wendt*, S. 59.

<sup>1007</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 57, Rn. 42.

<sup>1008</sup> TransmissionCode 2007, dort Anhang A: Formularblätter zur Umsetzung der Systemverantwortung.

<sup>1009</sup> *Garbers*, RdE 2015, 221, 225.

Regelenergie, vertraglich vereinbarte ab- und zuschaltbare Lasten, Informationen über Engpässe und Management von Engpässen werden als Beispiel für marktbezogene Maßnahmen aufgezählt. Falls nötig werden, sind die Übertragungsnetzbetreiber dazu berechtigt und verpflichtet, sämtliche Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen in ihren Regelzonen den Erfordernissen eines sicheren und zuverlässigen Betriebs des Übertragungsnetzes anzupassen oder diese Anpassung zu verlangen, § 13 Abs. 2 EnWG. Das kann auch bedeuten, dass auf zusätzliche Reserven, insbesondere die Netzreserve nach § 13 d EnWG und die Kapazitätsreserve nach § 13 e EnWG zurückzugreifen ist. Das Verfahren zur Beschaffung von Netzreserven aus bestehenden Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung elektrischer Energie, den Einsatz von Anlagen in der Netzreserve nach § 13d Abs. 1 des EnWG sowie Anforderungen an Anlagen in der Netzreserve auf Grundlage von § 13 i Abs. 3 Nr. 2 des EnWG zur Gewährleistung eines versorgungssicheren Elektrizitätsversorgungssystems, ist in der Netzreserveverordnung (NetzResV)<sup>1010</sup> näher geregelt. Sie präzisiert zudem die Bestimmungen zum Umgang mit geplanten Stilllegungen von Erzeugungsanlagen oder Anlagen zur Speicherung von elektrischer Energie auf Grundlage von § 13a Abs. 1, der §§ 13b bis 13d sowie 13i Abs. 3 Nr. 1 des EnWG.

Wenn diese Mittel die Gefährdung oder Störung nicht oder nicht rechtzeitig beseitigen, sollen sämtliche Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen den gegenwärtigen Erfordernissen angepasst werden, § 13 Abs. 2 EnWG.<sup>1011</sup> In einem solchen Fall ordnet § 13 Abs. 5 EnWG ein Ruhen aller hiervon betroffenen Leistungspflichten bis zur Beseitigung der Gefährdung oder Störung an.

Unabhängig von einer konkreten Gefahr oder Störung i.S.v. § 13 Abs. 4 EnWG haben die Übertragungsnetzbetreiber außerdem alle zwei Jahre eine Schwachstellenanalyse durchzuführen und auf dieser Grundlage die notwendigen Maßnahmen zu treffen, § 13 Abs. 9 EnWG. Über das Ergebnis der Analyse und die notwendigen Maßnahmen ist die Regulierungsbehörde jährlich wiederkehrend bis zum 31. August zu informieren.

---

<sup>1010</sup> Verordnung zur Regelung der Beschaffung und Vorhaltung von Anlagen in der Netzreserve (Netzreserveverordnung - NetzResV) vom 27. Juni 2013, (BGBl. I S. 1947), zuletzt geändert durch Art. 4 G zur Änd. der Bestimmungen zur Stromerzeugung aus Kraft-Wärme-Kopplung und zur Eigenversorgung vom 22.12.2016 (BGBl. I S. 3106).

<sup>1011</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 57, Rn. 44.

ii. *Ultima ratio: Übergang zur Gefahrenabwehr*

Wenn auch Betriebsanpassungen nach § 13 Abs. 2 EnWG nicht ausreichen sollten, um Versorgungsstörungen für lebenswichtigen Bedarf im Sinne des § 1 EnSiG abzuwenden, ist ultima ratio schließlich die unverzügliche Unterrichtung der Regulierungsbehörde darüber, dass alle Maßnahmen zur Abwendung dieser Störungen fruchtlos ausgeschöpft sind, vgl. § 13 Abs. 8 EnWG. Der Sachverhalt wird an die Regulierungsbehörde weitergetragen, damit sie prüfen kann, ob ein die staatliche Erfüllungsverantwortung auslösender Moment gegeben ist, d. h. der Anwendungsbereich des EnSiG eröffnet ist und welche Maßnahmen auf dieser Grundlage zu ergreifen sind.<sup>1012</sup>

### 3. Zugangsregulierung – ein gesamtheitlicher Ansatz

In der Gefahrenabwehr haben sich individuelle Belange für gewöhnlich zu einer Bedrohung für hochrangige Schutzgüter verdichtet. Sie vermögen sich deshalb auch gegenüber zahlenmäßig stärker vertretenen Gemeinschaftsinteressen durchzusetzen. Anders im Geltungsbereich des EnWG. In Ansehung der Versorgungssicherheit genießt das kollektive Wohl Vorrang vor Partikularinteressen, selbst wenn diese auch schützenswert sind. An der Zugangsregulierung wird diese vorweggenommene Interessenabwägung anschaulich. Hier findet die These von der gesetzlichen Determination abermals eine Stütze.

Dreh- und Angelpunkt eines liberalisierten Energiemarktes ist der Zugang zu den Netzwirtschaftsleistungen.<sup>1013</sup> Wettbewerbliche Marktstrukturen sind in der Energiewirtschaft ohne grundsätzlichen Anspruch auf Netzanschluss und -zugang aller Marktteilnehmer wegen ihrer Leitungsgebundenheit nicht zu etablieren.<sup>1014</sup> Dieses Spezifikum rechtfertigt deshalb auch einen staatlichen Eingriff in die Grundrechtspositionen der Anspruchsverpflichteten aus Art. 12 GG und

---

<sup>1012</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 13 EnWG (2008), Rn. 69; ausführlich dazu unter „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215 ff.

<sup>1013</sup> Kühling, S. 182 ff.

<sup>1014</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 11 EnWG (2008), Rn. 16; Kühling, S. 138; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 61, Rn. 1.

Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>1015</sup> Gegenüber dem allgemeinen Netzzugangsanspruch aus § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB sind die spezielleren Voraussetzungen der Anspruchsgrundlagen des EnWG niedrigschwelliger; die Beeinträchtigung des Eigentums und der unternehmerischen Handlungsfreiheit also umso intensiver.<sup>1016</sup> Es gilt bei Zugangsregulierung exakt zwischen dem Netzanschluss, der Anschlussnutzung und dem Netzzugang zu unterscheiden, denn sie variieren in Bedeutung und Voraussetzungen.<sup>1017</sup>

Der *Netzanschluss* ist zunächst allein die Herstellung und Erhaltung einer physischen Verbindung zum Netz.<sup>1018</sup> Unter *Anschlussnutzung* wird, darauf aufbauend, das Recht zur Nutzung des Netzanschlusses zur Entnahme von Elektrizität und Gas verstanden.<sup>1019</sup> Gegenstand des Netzanschlusses und seiner anschließenden Nutzung sind also Bedingungen der physischen Nutzung zur Entnahme oder Einspeisung von Energie.<sup>1020</sup> Die diesbezügliche Regulierung ordnet entsprechend das Rechtsverhältnis zwischen dem Netzbetreiber und dem Netzkunden, der an das Netz angeschlossen ist oder dieses zur Entnahme von Energie nutzt.<sup>1021</sup> Der *Netzzugang* nach § 20 EnWG zielt demgegenüber auf den Transport von Energie über das Netz.<sup>1022</sup> Wenn auch der Netzanschluss rechtliche und tatsächliche Voraussetzung des Netzzugangs ist,<sup>1023</sup> so sind sie doch voneinander abstrakt. Der Anspruch auf Netzanschluss besteht unabhängig davon, zwischen wem der Netzzugang vereinbart worden ist und von wem ein Kunde Energie bezieht.<sup>1024</sup>

Diese Trennung ist Konsequenz der durch die in Teil 2 des EnWG angeordneten Entflechtung der vier Wertschöpfungsebenen „Erzeugung“, „Vertrieb“, „Übertragung“

---

<sup>1015</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 61, Rn. 1.

<sup>1016</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 61, Rn. 1.

<sup>1017</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 19; EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 2.

<sup>1018</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 35; EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 2; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 62, Rn. 4.

<sup>1019</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 23; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 62, Rn. 4; vgl. dazu auch die Legaldefinition für die Niederspannungsebene in § 3 Abs. 1 NAV, demnach umfasst die Anschlussnutzung weder die Belieferung des Anschlussnutzers mit Energie, noch den Zugang zu den Versorgungsnetzen i. S. d. § 20 EnWG. Das Anschlussnutzungsverhältnis besteht zwischen dem jeweiligen Anschlussnutzer und dem Netzbetreiber.

<sup>1020</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 59.

<sup>1021</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 20 ff.

<sup>1022</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 59; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 62, Rn. 5.

<sup>1023</sup> „Der Anschluss an ein Energieversorgungsnetz ist tatsächliche und rechtliche Voraussetzung für den Netzzugang.“, vgl. BR-Drs. 613/04, S. 105; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 62, Rn. 4.

<sup>1024</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 59.

und „Verteilung“, wie sie in § 3 Nr. 38 EnWG angesprochen sind.<sup>1025</sup> Die jeweiligen Produkte muss der Kunde nicht mehr länger von dem marktbeherrschenden, vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen beziehen, sondern kann zwischen den Wettbewerbern eine eigene Auswahl treffen.<sup>1026</sup> Indem die Voraussetzungen für den Netzanschluss, die Anschlussnutzung und den Netzzugang gesetzlich festgelegt sind, können Letztverbraucher die leitungsgebundene Ware nachfragen und konsumieren. Und zwar unabhängig davon, ob der Energieerzeuger mit dem Netzbetreiber wirtschaftlich identisch ist, oder mit ihm im Wettbewerb steht.<sup>1027</sup> So profitiert nicht nur der Verbraucher. Ein Konkurrent kann beim Vertrieb seiner Waren die Netze ebenso beanspruchen, wie das, zumeist marktbeherrschende, Unternehmen welches das Netz betreibt. Ohne Zugangsrechte hätte sich der Wettbewerber wohl nicht durchsetzen können.<sup>1028</sup> Die Netzzugangsregulierung nimmt dementsprechend eine prominente Stellung innerhalb des Energiewirtschaftsrechts ein.<sup>1029</sup> Anders als in anderen Sektoren der regulierten Netzwirtschaften, sind im Energierecht die Bestimmungen über die Zugangsregulierungen mit denen der Entgeltregulierung verknüpft.<sup>1030</sup>

#### a) Netzanschluss

Wer von wem zu welchen Bedingungen<sup>1031</sup> den Anschluss an ein Energieversorgungsnetz verlangen kann, regelt im Allgemeinen § 17 EnWG.<sup>1032</sup> Unter diesen Voraussetzungen soll ein interoperables Versorgungsnetz realisiert werden, in dem Wettbewerb stattfinden kann.<sup>1033</sup>

---

<sup>1025</sup> BR-Drs. 613/04, S. 106 ff.

<sup>1026</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 19.

<sup>1027</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 1.

<sup>1028</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 61, Rn. 1.

<sup>1029</sup> Kühling, S. 182 ff.

<sup>1030</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 61, Rn. 2.

<sup>1031</sup> Anhand dieser, an die gängige zivilrechtliche Anspruchsprüfung angelehnte, Frage lassen sich Ansprüche aus den Bestimmungen über die Netzregulierung sinnvoll strukturieren, vgl. Koenig/Kühling/Rasbach, S. 63, Rn. 6.

<sup>1032</sup> Verdrängt wird der Anwendungsbereich des § 17 EnWG von dem für die allgemeine Versorgung von Letztverbrauchern spezielleren § 18 EnWG, Kahle, S. 224; vgl. hierzu auch Unberath/Fricke, NJW 2007, 3601, 3603.

<sup>1033</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 1, 2; die Nutzung des Anschlusses umfasst § 17 EnWG auch ohne dass es hierzu gesonderter Erwähnung bedarf, ENWG/ Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 6; Kahle, S. 203.

Aus § 17 Abs. 1 EnWG folgt zwar kein unmittelbarer Anspruch auf Netzanschluss, stattdessen aber ein Anspruch auf Vertragsschluss, wobei der Vertragsinhalt grundsätzlich weiterhin auf einem Verhandlungsergebnis der Vertragsparteien beruhen muss.<sup>1034</sup> Der so gesetzlich kodifizierte *Kontrahierungszwang* stellt eine Ausnahme von dem, die Privatrechtsordnung beherrschenden Grundsatz der Privatautonomie, dar.<sup>1035</sup> In dem von den Parteien verhandelten Netzanschlussvertrag werden die Details der Anbindung der Kundenanlage an das Netz festgelegt.<sup>1036</sup> Fehlt es bisher an einem solchen Vertragsschluss, darf der Betreiber des Energieversorgungsnetzes später den Netzzugang einseitig verweigern.<sup>1037</sup> Im Falle einer rechtswidrigen Verweigerung des Netzanschlusses ist der Anschlusspetent trotz der Rechtsnatur des Anspruchs aus § 17 Abs. 1 EnWG nicht darauf verwiesen, zur Durchsetzung seines Anschlussbegehrens zunächst einmal auf Abgabe einer Willenserklärung zum Vertragsschluss zu klagen. Statthaft ist dann aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes auch eine reguläre Leistungsklage. Falls sie zulässig und begründet ist, ersetzt das Urteil zugleich die Zustimmung des Netzbetreibers zum Abschluss eines Netzanschluss- und Nutzungsvertrages.<sup>1038</sup>

*aa) Anschlussverpflichtete und -Berechtigte*

Schuldner der Netzanschlussverpflichtung aus § 17 Abs. 1 EnWG sind alle Betreiber von Energieversorgungsnetzen.<sup>1039</sup> Gemäß der Legaldefinition der §§ 3 Nr. 2 und 4 EnWG sind Übertragungs- ebenso wie Verteilernetzbetreiber einbezogen. Gegenüber der früheren Rechtslage wurde der Kreis der pflichtigen Netzbetreiber ausgeweitet.<sup>1040</sup> Die Norm geht von einer Marktbeherrschung des Betreibers der jeweiligen Regelzone kraft natürlichem Monopol aus.<sup>1041</sup>

Anspruchsinhaber sind alle denkbaren Netzkunden.<sup>1042</sup> Der Kreis der Berechtigten wird

---

<sup>1034</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 81; EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 7 f.

<sup>1035</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 10.

<sup>1036</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 86.

<sup>1037</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 81; BR-Drs. 613/04, S. 105.

<sup>1038</sup> BGH v. 11.06.2003 – VIII ZR 161/02, ZNER 2003, 234, 240; EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 46.

<sup>1039</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 6; Becker, S. 475.

<sup>1040</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 3, 5.

<sup>1041</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 5.

<sup>1042</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 7; vorbehaltlich der gemäß § 18 Abs. 1 EnWG Anspruchsberechtigten.

im Gesetz dezidiert aufgezählt. Demnach sind Letztverbraucher<sup>1043</sup> gleich- oder nachgelagerte Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetze sowie -leitungen<sup>1044</sup>, Erzeugungs- und Speichieranlagen sowie Anlagen zur Speicherung elektrischer Energie<sup>1045</sup> von den Betreibern an ihr jeweiliges Netz anzuschließen, § 17 Abs. 1 EnWG. Was unter vor- oder nachgelagerten Netzen zu verstehen ist, ist in den Begriffsbestimmungen des § 3 EnWG ebenso wenig nachzulesen, wie der Begriff der Elektrizitätsleitung. Überkommen ist eine absteigende Staffelung nach Höchst-, Hoch-, Mittel-, und Niederspannung. Die niederen Spannungsebenen sind den höheren nachgelagert.<sup>1046</sup> Unter Elektrizitätsleitung sind alle Versorgungsleitungen mit Transportfunktion subsumierbar, solange sie nicht selbst ein Energieversorgungsnetz darstellen.<sup>1047</sup>

Der Petent hat grundsätzlich ein Wahlrecht, an welche Spannungsebene des Netzes er angeschlossen werden will.<sup>1048</sup> Denn mangels klarer technischer Leistungsgrenzen ist eine eindeutige Zuordnung nicht immer möglich. Ziffer 2.2. DistributionCode 2007 sieht zwar eine Richtlinie zur Prüfung der richtigen Anschlussebene vor. Welche die für die Mittelspannung typische Leistung sein soll, wird hier allerdings nicht näher bestimmt.<sup>1049</sup> Will der Netzbetreiber der getroffenen Wahl nicht folgen, so kann er dies nur unter den Voraussetzungen des § 17 Abs. 2 EnWG tun.<sup>1050</sup>

#### *bb) Anschlussbedingungen*

Nicht nur der Anspruch auf Anschluss an das Netz, auch zu welchen Bedingungen dieser stattzufinden hat, ist gesetzlich vorgeschrieben.<sup>1051</sup> Die Anspruchsberechtigten sind zu technischen und wirtschaftlichen Bedingungen, die angemessen, diskriminierungsfrei, transparent und nicht ungünstiger sind, als sie von den Betreibern der Energieversorgungsnetze in vergleichbaren Fällen für Leistungen innerhalb ihres

---

<sup>1043</sup> Vgl. § 3 Nr. 25 EnWG: Natürliche oder juristische Personen, die Energie für den eigenen Verbrauch kaufen.

<sup>1044</sup> Vgl. § 3 Nr. 2, 4, 12 EnWG.

<sup>1045</sup> Vgl. § 3 Nr. 9 EnWG.

<sup>1046</sup> *EuGH* v. 22.05.2008 – Rs. C-439/06 (Citiworks), NVwZ 2008, 769, 771.

<sup>1047</sup> EnWG/*Bouriwieg*, § 17 EnWG, Rn. 14; *Buntscheck*, WuW 2006, 30, 34.

<sup>1048</sup> *BGH* v. 23.06.2009 – EuVR 48/08, NJOZ 2009, 3597, 3599; *BGH* v. 28.06.2005 – KVR 27/04, BGHZ 163, 296, 297; *Danner/Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 36 ff.

<sup>1049</sup> DistributionCode 2007, S. 12.

<sup>1050</sup> EnWG/*Bouriwieg*, § 17 EnWG, Rn. 16.

<sup>1051</sup> *Danner/Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 77.

Unternehmens oder gegenüber verbundenen oder assoziierten Unternehmen angewendet werden, von den Betreibern an ihr Netz anzuschließen, § 17 Abs. 1 EnWG.

Die weitere Konkretisierung wird dem Ordnungsgeber überlassen, § 17 Abs. 3 EnWG.<sup>1052</sup> Die Bundesregierung wird ermächtigt, in einer Rechtsverordnung Vorschriften über die technischen und wirtschaftlichen Bedingungen für einen Netzanschluss nach § 17 Abs. 1 EnWG oder Methoden für die Bestimmung dieser Bedingungen zu erlassen und zu regeln, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen die Regulierungsbehörde diese Bedingungen oder Methoden festlegen oder auf Antrag des Netzbetreibers genehmigen kann, § 17 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 EnWG. Insbesondere können unter angemessener Berücksichtigung der Interessen der Betreiber von Energieversorgungsnetzen und der Anschlussnehmer Vertragsbedingungen einheitlich festgesetzt, sowie Regelungen über den Vertragsschluss, den Gegenstand und die Beendigung von Verträgen getroffen werden und festgelegt sowie näher bestimmt werden, in welchem Umfang und zu welchen Bedingungen ein Netzanschluss nach § 17 Abs. 2 EnWG zumutbar ist, wobei auch das Interesse der Allgemeinheit an einer möglichst kostengünstigen Struktur der Energieversorgungsnetze berücksichtigt werden kann, § 17 Abs. 3 S. 2 Nr. 1-3 EnWG. Auf dieser Ermächtigung beruht die Kraftwerks-Netzanschlussverordnung (KraftNAV). Sie regelt Bedingungen für den Netzanschluss von Erzeugungsanlagen mit einer Nennleistung ab 100 Megawatt an Elektrizitätsversorgungsnetze mit einer Spannung von mindestens 110 Kilowatt, § 1 KraftNAV.<sup>1053</sup>

#### *(1) Anschluss zu angemessenen Bedingungen*

Die angemessenen Bedingungen sind nach allgemeinen Grundsätzen zu bestimmen. Die Netzbetreiber dürfen den Netzanschluss für potenzielle Netzkunden nicht mittelbar im Wege der Vertragsgestaltung durch unverhältnismäßige Anforderungen technischer oder wirtschaftlicher Art erschweren.<sup>1054</sup> Ziel und Aufwand der dem Interessenten auferlegten Bestimmungen müssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen.<sup>1055</sup> In technischer Hinsicht nehmen die Netzbetreiber regelmäßig Rückgriff auf die

---

<sup>1052</sup> Becker, S. 475.

<sup>1053</sup> Rufin, ZUR 2009, 66 f.

<sup>1054</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 15.

<sup>1055</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 15

Anschlussvoraussetzungen, die der TransmissionCode verlangt. Mangels Rechtsverbindlichkeit kann im Einzelfall ein Abweichen von den dort vorgesehenen Anschlussbedingungen angezeigt sein, bspw. falls die dort festgeschriebenen Anforderungen den Petenten sonst überforderten.<sup>1056</sup>

(2) Internes und externes Diskriminierungsverbot

Der Netzbetreiber wird außerdem dem Diskriminierungsverbot unterstellt.<sup>1057</sup> Grundsätzlich müssen alle Zugangsberechtigte im Hinblick auf den Netzanschluss gleichbehandelt werden.<sup>1058</sup> Ungleichbehandlungen müssen durch einen sachlichen Grund zu rechtfertigen sein.<sup>1059</sup> Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt deshalb bspw. dann nicht vor, wenn sich eine Bevorzugung etwa mit dem in § 8 Abs. 1 EEG gesetzlich vorgeschriebenen Anschlussvorrang zugunsten von Anlagen zur Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien begründen lässt.<sup>1060</sup>

Das Verbot der Schlechterstellung nimmt schließlich noch einmal konkret Bezug auf eine besondere Facette des Diskriminierungsverbotes. Die Konditionen für den Leistungsaustausch dürfen innerhalb und außerhalb des Energieversorgungsunternehmens nicht allein aufgrund des Merkmals der Angehörigkeit zu dem Unternehmen variieren. Sonderkonditionen und damit ein Wettbewerbsvorteil aufgrund der Zugehörigkeit zu einer Unternehmensgruppe stehen dem Schlechterstellungsverbot entgegen.

Auch Interne müssen die Leistungen zum marktüblichen Preis und identischen technischen Bedingungen am Markt erwerben.<sup>1061</sup> Das Verfahren und die konkreten Bedingungen, die der Netzbetreiber für die Durchführung des Netzanschlusses verwendet, müssen nicht nur angemessen und diskriminierungsfrei ausgestaltet sein. Sie müssen auch von den am Verfahren Beteiligten nachvollzogen und ohne weiteres befolgt werden können – Netzanschlussbedingungen müssen transparent gestaltet sein. Der Betreiber hat, um dieser Anforderung zu entsprechen, umfassend über alle

---

<sup>1056</sup> EnWG/*Bourwieg*, § 17 EnWG, Rn. 19.

<sup>1057</sup> Das Diskriminierungsverbot lässt sich auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 I GG zurückführen, vgl. *Danner/Theobald/Hartmann*, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 23.

<sup>1058</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 16.

<sup>1059</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 16.

<sup>1060</sup> BR-Drs. 613/04, S. 105; EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 21.

<sup>1061</sup> *Danner/Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 78; EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 20.

Netzzugangsbedingungen zu informieren.<sup>1062</sup> Im Bereich der technischen Vorschriften regelt § 19 EnWG diesbezüglich Näheres. Betreiber sind nach § 19 EnWG verpflichtet, technische Netzanschlussbedingungen festzulegen und im Internet zu veröffentlichen.<sup>1063</sup>

*cc) Anschlussverweigerung*

Unter den Voraussetzungen von § 17 Abs. 2 EnWG können Betreiber von Energieversorgungsnetzen den Netzanschluss ausnahmsweise verweigern. Dazu müssen sie nachweisen, dass ihnen die Gewährung des Netzanschlusses aus *betriebsbedingten* oder *sonstigen wirtschaftlichen* oder *technischen* Gründen unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG *nicht möglich* oder *nicht zumutbar* ist. Die Darlegungs- und Beweislast für die Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Gewährung des Netzanschlusses liegt also beim Netzbetreiber.<sup>1064</sup> Um dem Adressaten eine Überprüfung der Verweigerung zu erleichtern, hat die Begründung die Textform, § 126 b BGB, einzuhalten und darf sich gleichfalls nicht in bloßen Wortformeln erschöpfen, § 17 Abs. 2 S. 2 EnWG.<sup>1065</sup> Die Verweigerungsgründe haben Ausnahmecharakter und sind deshalb restriktiv auszulegen.<sup>1066</sup>

*(1) Punktueller Verweigerungseinwand*

Obwohl die Ausschlussstatbestände der §§ 17 Abs. 2 und 20 Abs. 2 EnWG gleichlaufen, setzt sich die Abstraktheit von Netzanschluss und Netzzugang auch beim Anspruchsausschluss fort.<sup>1067</sup> Eine vom Netzbetreiber vorgebrachte Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit trägt deshalb nur, wenn sie sich ausschließlich auf Nachweise bezieht, die in direktem Zusammenhang mit dem örtlichen Netzanschluss und dessen Nutzung stehen.<sup>1068</sup> Bezugsgröße von Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit i.S.v. § 17 Abs. 2 EnWG ist allein der Netzanschlusspunkt, an den der Berechtigte verlangt angeschlossen

---

<sup>1062</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 17 EnWG, Rn. 17.

<sup>1063</sup> EnWG/*Bourwieg*, § 17 EnWG, Rn. 19.

<sup>1064</sup> Danner/Theobald/*Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 123.

<sup>1065</sup> BR-Drs. 613/ 04, S. 105.

<sup>1066</sup> *OLG Düsseldorf* v. 25.06.2008 – VI-3 Kart 210/07 (V), ZNER 2008, 238, 239; EnWG/*Bourwieg*, § 17 EnWG, Rn. 23, *Becker*, S. 477.

<sup>1067</sup> Danner/Theobald/*Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 125 ff.

<sup>1068</sup> Danner/Theobald/*Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 127; EnWG/*Bourwieg*, § 17 EnWG, Rn. 24.

zu werden.<sup>1069</sup>

Begründet der Netzbetreiber bspw. die Verweigerung des Netzanschlusses unter Berufung auf die technische Unmöglichkeit wegen Kapazitätsmangels, so muss der Engpass die Fassungskraft des Anschlusses betreffen. Entsprechend ist auch § 17 Abs. 2 S. 3 EnWG zu lesen, der ausdrücklich auf einen Kapazitätsmangel abhebt und für diesen Fall statuiert, dass die Begründung der Verweigerung auf Verlangen der beantragenden Partei auch aussagekräftige Informationen darüber enthalten muss, welche konkreten Maßnahmen und damit verbundene Kosten zum Ausbau des Netzes erforderlich wären, um den Netzanschluss durchzuführen. Die Norm ist so zu lesen, dass sich der Kapazitätsmangel auf den konkreten Netzanschlusspunkt bezieht.<sup>1070</sup> Die Konzeption des EnWG lässt eine rechtfertigende Wirkung von Kapazitätsengpässen auf der nächsten Wertschöpfungsebene nicht zu, vgl. auch § 6 Abs. 2 KraftNAV.<sup>1071</sup> Vielmehr ist dieser Mangel kurzfristig mithilfe der Maßnahmen des § 13 EnWG zu überbrücken. Gegebenenfalls besteht auch Anlass, ihm langfristig durch, an einem prognostischen Bedarfsprofil orientiertem, Netzausbau abzuhelfen.<sup>1072</sup>

## (2) Verweigerungsgründe

Die Netzbetreiber können ein Anschlussbegehren sowohl aufgrund *objektiven Unvermögens* als auch aufgrund *subjektiver Unzumutbarkeit* zurückweisen, vgl. § 17 Abs. 2 S. 1 EnWG.

Steht der Netzanschlusspunkt als relevanter Bezugspunkt fest, ist der Verweigerungstatbestand der Unmöglichkeit im Sinne objektiven Unvermögens leicht zu definieren.<sup>1073</sup> Unmöglichkeit im Sinne objektiven Unvermögens stellt einen *absoluten Verweigerungsgrund* dar.<sup>1074</sup> Die Unmöglichkeit kann jeweils aus technischen, betriebsbedingten oder sonstigen wirtschaftlichen Gründen herrühren, § 17 Abs. 2 S. 1 EnWG.

---

<sup>1069</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 31.

<sup>1070</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 25.

<sup>1071</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 127; Wendt, S. 54.

<sup>1072</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 25.;  
zur Bedarfsplanung nach den §§ 12 a ff. EnWG vgl. oben „Netzausbauplanung“, S. 204.

<sup>1073</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 27.

<sup>1074</sup> Peters, S. 97 f.

Will sich der Netzbetreiber hingegen aus denselben Gründen auf eine Unzumutbarkeit des Anschlusses zurückziehen, sind dabei die Vorgaben des § 1 EnWG zu beachten. Üblicherweise wird eine umfassende *Abwägung* vorgenommen um zu einem Ergebnis zu gelangen, das die widerstreitenden Belange möglichst schonend und geltungserhaltend berücksichtigt.<sup>1075</sup> Es ist eine Doppelhypothese anzustellen, welcher Partei im Hinblick auf eine bestmögliche Realisierung von Versorgungssicherheit der Vorzug gebührt.<sup>1076</sup> Auszugehen ist dabei von der Gewährung als Regelfall und der Verweigerung als zu rechtfertigende Ausnahme.<sup>1077</sup> Als unzumutbar im Sinne von § 17 Abs. 2 EnWG gilt ein Netzanschlussbegehren daher erst dann, wenn es sich unter Berücksichtigung aller relevanten Gesichtspunkte als besondere Härte darstellt. Ein Netzanschluss, der nicht mehr als ganz interessengerecht gelten kann, berechtigt die Netzbetreiber keineswegs ohne Weiteres dazu, ihn unter Berufung auf § 17 Abs. 2 EnWG verweigern zu dürfen. Die Interessen der Anschlusspetenten sind gegenüber denen der Netzbetreiber, bis zur Grenze der Unzumutbarkeit, privilegiert.<sup>1078</sup>

Es bleibt noch zu klären, nach welchen Kriterien, außer der Konzentration auf den jeweiligen Netzanschlusspunkt, die Verweigerungsgründe zu beurteilen sind. Maßgeblich könnte das Austauschverhältnis des konkreten Netzanschlussvertrages sein, der auf seine Verweigerungstauglichkeit überprüft wird. Alternativ ist ein weitergehender Ansatz, unter Einbeziehung allgemeiner energiewirtschaftlicher Wirkungen des Anschlussbegehrens, denkbar. Dass auch sonstige energiewirtschaftliche Belange, die außerhalb des zweiseitigen Vertragsverhältnisses liegen, Berücksichtigung finden müssen, folgt schon aus dem Wortlaut von § 17 Abs. 2 EnWG. Es wird ausdrücklich auf die Ziele des § 1 EnWG verwiesen und vorgeschrieben, dass sie als abwägungsrelevante Belange angemessen zu berücksichtigen sind.<sup>1079</sup> Vor allem die Versorgungssicherheit ist bei der Abwägung der widerstreitenden Interessen einzubeziehen.<sup>1080</sup> Auch ohne diesen klarstellenden Verweis haben die Netzbetreiber gemäß § 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 EnWG sachlich-energiewirtschaftliche Überlegungen zum Maßstab ihres Handelns zu machen. Für eine übergreifende, über die zweiseitige vertragliche Perspektive hinausgehende,

---

<sup>1075</sup> *BGH* v. 11.12.2012 – EnVR 8/12, RdE 2013, 370, 371 f.

<sup>1076</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 143.

<sup>1077</sup> *OLG Düsseldorf* v. 25.06.2008 – VI-3 Kart 210 (08) (V), ZNER 2008, 238, 239; Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 143.

<sup>1078</sup> *Schulte-Beckhausen/Ungemach*, FS Kühne 2009, S. 365, 368; EnWG/Bourwieg, § 18 EnWG, Rn. 24.

<sup>1079</sup> EnWG/Bourwieg, § 17 EnWG, Rn. 28; EnWG-Kment/Gerstner, § 17 EnWG, Rn. 48.

<sup>1080</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 134.

Bewertung der Unmöglichkeit spricht also auch die systematische Auslegung.

*i. Technische und betriebsbedingte Gründe*

Dementsprechend ist von einer technischen Unmöglichkeit auszugehen, wenn die von Anschlusspetenten gewünschten Bedingungen in Ansehung von § 1 Abs. 1 EnWG praktisch nicht durchzuführen ist.<sup>1081</sup> Technische Gründe liegen bei einem Sachzusammenhang mit den §§ 19 und 49 EnWG vor, betriebsbedingte Gründe betreffen eher den organisatorischen Ablauf des Netzbetriebs.<sup>1082</sup>

Dass ein Anschluss technisch unmöglich i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB ist, wird selten der Fall sein, letztlich wird es auf die wirtschaftliche Zumutbarkeit ankommen, vgl. § 17 Abs. 2 S. 3 EnWG.<sup>1083</sup> Es wird deshalb allein auf die Frage hinauslaufen, ob der jeweilige Betreiber verpflichtet werden kann, im Hinblick auf das Anschlussbegehren, sein Netz auszubauen oder zu verstärken. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 StromNZV vermitteln der Netznutzungsvertrag oder Lieferantenrahmenvertrag den Zugang zum gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz, nach Satz 2 ist der Anspruch ausdrücklich durch die vorhandenen Kapazitäten begrenzt. Allein im Anwendungsbereich von § 6 Abs. 1 S. 1 KraftNAV sind mögliche und zumutbare Maßnahmen zur Ertüchtigung des Netzanschlusspunktes oder zum Ausbau des Netzes gesetzlich vorgesehen.<sup>1084</sup>

*ii. Wirtschaftliche Gründe*

Sehen sich die Netzbetreiber aufgrund eines Netzanschlussbegehrens mit paradoxen Folgekosten konfrontiert oder zu krassen Überwälzungen auf die Netznutzer gezwungen, berechtigt sie §§ 17 Abs. 2 i.V.m. § 1 Abs. 1 EnWG dazu, sich auf Unzumutbarkeit zu berufen, obwohl die Kostenerstattung durch die Entgeltregulierung sowie eine etwaige Kapitalinvestition des Anspruchstellers gesichert wäre.<sup>1085</sup> Diese Auslegung konfliktiert auch nicht mit dem Grundsatz der restriktiven Auslegung der Verweigerungsgründe.

---

<sup>1081</sup> EnWG-Kment/*Gerstner*, § 17 EnWG, Rn. 48.

<sup>1082</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 129.

<sup>1083</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 130.

<sup>1084</sup> EnWG-Kment/*Gerstner*, § 17 EnWG, Rn. 50 ff.

<sup>1085</sup> EnWG-Kment/*Gernstner*, § 17 EnWG, Rn. 54; hiervon wird etwa ausgegangen, wenn eine Investition die Verschlechterung des Effizienzwertes nach § 12 aRegV bedingt, Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 134; EnWG/*Bourwieg*, § 17 EnWG, Rn. 33.

Denn eine von § 1 EnWG geleitete Abwägung berücksichtigt die grundsätzliche Privilegierung von Anschlussbedingungen ja bereits. Sobald allerdings nachteilige Fern- und Fortwirkungen im Hinblick auf ein langfristig angelegtes leistungsfähiges und zuverlässiges Energieversorgungsnetz i.S.v. § 1 Abs. 2 EnWG erwartet werden, sind individuelle Anschlussbegehren zurück zu stellen.<sup>1086</sup>

### (3) Keine Dauereinreden

Mängel, die einen Verweigerungsgrund nach § 17 Abs. 2 EnWG begründen, müssen vom Netzbetreiber durch geeignete Maßnahmen alsbald behoben werden.<sup>1087</sup> Die Einreden können auch nur so lange erhoben werden, bis ihre Ursache behoben ist. Daneben bleibt es dem Anschlussnehmer unbenommen, die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit selbst abzuwenden.<sup>1088</sup>

#### b) Zugang zu den Energieversorgungsnetzen

Der Netzzugang wurde im deutschen Rechtsraum mit der Umsetzung der Elektrizitäts- und Erdgasbinnenmarkttrichtlinien neu geordnet. Der regulierte Netzzugang, wie er heute in den §§ 20 ff. EnWG kodifiziert ist, ersetzte das vormalige Verhandlungsmodell.<sup>1089</sup> Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen die §§ 20 ff. EnWG der „*Ermöglichung* [des] *wirksamen Wettbewerbs auf den dem Netzbereich vor- und nachgelagerten Märkten*“ dienen.<sup>1090</sup>

#### aa) Zugangsrecht

§ 20 Abs. 1 EnWG bestimmt generalklauselartig, dass „jedermann“ der Zugang zu Energieversorgungsnetzen aller Art diskriminierungsfrei und nach sachlich gerechtfertigten Kriterien zu gewähren ist.<sup>1091</sup> Anspruchsberechtigt sind alle natürlichen

---

<sup>1086</sup> EnWG-Kment/*Gerstner*, § 17 EnWG, Rn. 57.

<sup>1087</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 129 f.

<sup>1088</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 135 ff.

<sup>1089</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 10; *Presser*, S. 240, 282.

<sup>1090</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 46; Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 15;

<sup>1091</sup> Danner/*Theobald/Hartmann*, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 17; *Hädicke*, S. 33, 48; *Wendt*, S. 8.

und juristischen Personen.<sup>1092</sup> Inhaltlich richtet sich der Netzzugangsanspruch auf den Transport von Energie durch das Netz.<sup>1093</sup> Energieerzeuger haben einen Anspruch darauf, elektrische Energie in das Netz einzuspeisen, damit sie an einem, vom Einspeisestandort verschiedenen, Entnahmepunkt abgeleitet und konsumiert werden kann. Lieferanten oder nachgelagerte Netzbetreiber können das Netz zur Durchleitung beanspruchen.<sup>1094</sup>

*bb) Kontrahierungszwang und vertraglicher Anspruchsgrundlage*

Obwohl der Netzzugang reguliert ist, schreibt das Gesetz in § 20 Abs. 1a EnWG vor, dass das Rechtsverhältnis vertraglich zu begründen und auszugestalten ist.<sup>1095</sup> Es obliegt den Letztverbrauchern und den Lieferanten mit den Netzbetreibern sog. „*Netznutzungsverträge*“ bzw. „*Lieferrahmenverträge*“ abzuschließen.<sup>1096</sup> Sie vermitteln erst den Zugang zu dem gesamten Elektrizitätsversorgungsnetz, § 20 Abs. 1a S. 3 EnWG. Damit derjenige Netzbetreiber, welcher im konkreten Einzelfall Vertragspartner geworden ist, auch wirklich den Zugang zu dem gesamten Netz gewährleisten kann, sind alle Übrigen verpflichtet in dem Ausmaß zusammen zu arbeiten, das zur Erreichung dieses Zwecks erforderlich ist, § 20 Abs. 1a S. 4 EnWG. Grundsätzlich trägt jeder Netzbetreiber nur die Verantwortung für die eigene Regelzone, da der Energiefluss ein ineinandergreifendes System verlangt, finden sich Kooperationselemente wie dieses überall im Gesetz. Weil bei fehlender vertraglicher Rechtsgrundlage keine gesetzlichen Auffangbestimmungen vorgesehen sind, insbesondere keine gesetzliche Anspruchsgrundlage zur Forderung der Netzentgelte, darf der Betreiber den Zugang bis zum Vertragsschluss aufschieben.<sup>1097</sup>

---

<sup>1092</sup> EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 8.

<sup>1093</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 21.

<sup>1094</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 20.

<sup>1095</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 13; Moench/Krappel, RdE 2012, 309 f.; erst mit dem nachträglichen Einschub von § 20 Abs. 1 a EnWG wurde dem verfassungsrechtlichen Wesentlichkeitsgebot entsprochen, bis dahin wurde lediglich auf die marktüblichen Regelungen der Verbändevereinbarungen abgestellt; Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 15; Hädicke, S. 33, 48 f.

<sup>1096</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 34; zum Musternetznutzungsvertrag vgl. *BNetzA* v. 16.04.2015 – BK6-13-042; vom Wege/Weise, IR 2015, 103 ff.

<sup>1097</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 29.

*cc) Zugangsbedingungen*

Der Netzzugangsanspruch ist auf den Gebrauch des Versorgungsnetzes zum Energietransport gerichtet.<sup>1098</sup> Wie beim Netzanschluss ist auch bei § 20 EnWG das Diskriminierungs- und Schlechterstellungsverbot zu beachten. Ein Anspruchsteller darf weder gegenüber anderen Externen diskriminiert werden,<sup>1099</sup> noch dürfen sich die Bedingungen ihm gegenüber als ungünstiger darstellen, als das für Unternehmensinterne oder Angehörige verbundener Unternehmen der Fall ist. Sowohl die Bedingungen als auch das Entgelt für den Netzzugang müssen angemessen und diskriminierungsfrei nach innen und außen sein, § 21 Abs. 1 EnWG.<sup>1100</sup> Allerdings beanspruchen weder Diskriminierungs- noch das Schlechterstellungsverbot eine formale Gleichbehandlung.<sup>1101</sup>

*(1) Netzentgelt und weitere Bedingungen*

Der Zugangsanspruch besteht nicht vorbehaltlos, seine synallagmatische Gegenleistungspflicht ist die Zahlung des Netzentgeltes.<sup>1102</sup> Sie allein steht zur Gewährung von Netzzugang in einem vertraglichen Gegenseitigkeitsverhältnis. In vielerlei Hinsicht bedarf der Netznutzungs- bzw. Lieferantenrahmenvertrag zu seiner Erfüllung, über die Entgeltlichkeit hinaus, näherer Bestimmung.<sup>1103</sup>

Geschieht das seitens der Netzgesellschaft durch die einseitige Auferlegung sonstiger Bedingungen, unterliegen alle Konditionen, die über die Erbringung einer Gegenleistung in Geld hinausgehen, einem sachlichen Rechtfertigungszwang, § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG. Die Vorstellung, dass die Parteien die wechselseitigen Rechte und Pflichten, innerhalb der gesetzlich dafür vorgesehenen Grenzen, frei aushandeln, entspricht nicht der Praxis. Individualabreden sind mit dem Massengeschäft kaum vereinbar, deshalb werden die

---

<sup>1098</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 22; zur Unterscheidung zwischen „Netzanschluss“, „Netznutzung“ und „Netzzugang“, vgl. oben unter „Zugangsregulierung – ein gesamtheitlicher Ansatz“, S. 187.

<sup>1099</sup> BGH v. 12.11.2013 – EnVZ 11/13, EnWZ 2014, 128.;  
OLG Frankfurt am Main v. 21.01.2014 – 11 U 56/13, RdE 2014, 202, 203;  
Garbers, RdE 2015, 221, 224 f.

<sup>1100</sup> BGH v. 29.04.2008 –KVR 28/07, NVwZ 2009, 195, 196, 198 f.;  
EnWG/ Britz, § 20 EnWG, Rn. 19; Garbers, RdE 2015, 221, 223.

<sup>1101</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 23; Kühling/el-Barudi, DVBl. 2005, 1470, 1475.

<sup>1102</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 20.

<sup>1103</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 9, 16; Kühling/el-Barudi, DVBl. 2005, 1470, 1475.

Zugangsbedingungen überwiegend vorformuliert. Die gesetzlich vorgesehene Vertragsfreiheit reduziert sich so de facto auf eine formale Abschlussfreiheit. Typische vorformulierte Vertragsbedingungen, die als sachlich gerechtfertigt gelten, sind etwa solche über die Laufzeit, Fälligkeitstermine, Bestimmungen über die Haftung, Fehlerfolgen bei Vertragsstörungen u. ä.<sup>1104</sup> Werden den Zugangsberechtigten einseitig Pflichten auferlegt, müssen sie sich wiederum an gesetzlichen Vorgaben messen lassen.<sup>1105</sup> Auch wenn ein Sachgrund vorliegt, dürfen sie den Anspruchsteller nicht über Gebühr strapazieren, sodass der Zugangsanspruch mittelbar erschwert oder ein faktisches Zugangshindernis geschaffen würde.

## (2) Gesetzliche Determination – Netzzugangsverordnungen

Obwohl der Netzzugang vertraglich begründet und prinzipiell privatautonom ausgestaltet werden kann, ist er in weiten Teilen gesetzlich determiniert.<sup>1106</sup> Einerseits wird unmittelbar regulierend auf das Vertragsverhältnis eingewirkt, vgl. etwa § 24 EnWG. Andererseits nehmen gesetzliche Vorgaben mittelbar Einfluss auf die Zugangsbedingungen, wenn die Netzbetreiber sie ihrerseits einhalten müssen um regulative Vorschriften nicht zu verletzen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Systemverantwortung der Netzbetreiber, § 13 EnWG, relevant.<sup>1107</sup>

Soweit normative Bestimmungen die Netzzugangsbedingungen unmittelbar oder mittelbar vorschreiben, sind sie der privatautonomen Gestaltung der Parteien entzogen.<sup>1108</sup> Durch §§ 24 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 EnWG wird der Ordnungsgeber ermächtigt, die Voraussetzungen des Netzzugangsanspruchs entweder selbst oder durch die Regierungsbehörde näher auszugestalten. Die auf § 24 EnWG beruhenden Netzzugangs- und Netzentgeltverordnungen stellen Bedingungen, die kraft Gesetzes als sachlich gerechtfertigt gelten.<sup>1109</sup> So regelt die Verordnung über den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromnetzzugangsVO) die Bedingungen für Einspeisungen von elektrischer Energie in Einspeisestellen der

---

<sup>1104</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 13.

<sup>1105</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 9.

<sup>1106</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 11.

<sup>1107</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 14.

<sup>1108</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 11.

<sup>1109</sup> BR-Drs. 613/04, S. 109; Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 12; EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 17.

Elektrizitätsversorgungsnetze und die damit verbundene zeitgleiche Entnahme von elektrischer Energie an räumlich davon entfernt liegenden Entnahmestellen der Elektrizitätsversorgungsnetze. Die Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (StromnetzentgeltVO) bestimmt grundlegend die Festlegung der Methode zur Bestimmung der Netzentgelte einschließlich der Ermittlung der Entgelte für dezentrale Einspeisungen. In der seit dem 1. Januar 2009 maßgeblichen Verordnung über die Anreizregulierung der Energieversorgungsnetze (ARegV), wird die Bestimmung der Netzentgelte im Wege der Anreizregulierung, statt auf allein kostenbasierter Entgeltregelung, geregelt.<sup>1110</sup>

*dd) Zugangsverweigerung*

Betreiber von Energieversorgungsnetzen können den Zugang einredeweise verweigern, soweit sie nachweisen, dass ihnen die Gewährung des Netzzugangs aus *betriebsbedingten* oder *sonstigen Gründen* unter Berücksichtigung der Ziele des § 1 EnWG *nicht möglich* oder *nicht zumutbar* ist, § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG.<sup>1111</sup> Die Ablehnung ist in Textform zu begründen und der Regulierungsbehörde unverzüglich mitzuteilen, § 20 Abs. 2 S. 2 EnWG.<sup>1112</sup>

Die Zugangsverweigerungsgründe des § 20 Abs. 2 EnWG stellen sich als das negatorische Gegenstück zu den in § 20 Abs. 1 S. 1 EnWG beschriebenen Netzzugangskriterien dar.<sup>1113</sup> § 20 Abs. 2 EnWG entspricht in seinem sachlichen Anwendungsbericht den Kriterien, die §§ 17 Abs. 2, 18 Abs. 1 S. 2 EnWG dort für die Verweigerung des Netzanschlusses aufstellt.<sup>1114</sup> Es gilt auch hier, dass die Gewährung die Regel, eine Verweigerung die Ausnahme darstellt.<sup>1115</sup>

Unmöglichkeit gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 EnWG entspricht – wie schon bei dem Anspruch

---

<sup>1110</sup> Moench/Krappel, RdE 2012, 309, 311; Rufin, ZUR 2009, 66, 68.

<sup>1111</sup> EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 23.

<sup>1112</sup> Das Standardformular zur Mitteilung der Verweigerung des Netzzugangs gemäß § 20 Abs. 2 EnWG ist abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/Mess-undZaehlwesen/Netzanschluss/Zugangsverweigerung/zugangsverweigerung-node.html](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Mess-undZaehlwesen/Netzanschluss/Zugangsverweigerung/zugangsverweigerung-node.html)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>1113</sup> EnWG/Britz, § 20 EnWG, Rn. 15.

<sup>1114</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 186.

<sup>1115</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 184; EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 23.

auf Netzanschluss – auch hier dem bürgerlich-rechtlichen Konzept i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB. Unzumutbarkeit ist dementsprechend parallel dem dortigen Konzept gleichfalls als Unverhältnismäßigkeit zu verstehen.<sup>1116</sup> Sie ist stets das Ergebnis einer umfassenden, an den Zielen von § 1 Abs. 1 EnWG angelehnten, Interessenabwägung.<sup>1117</sup> Wirtschaftliche Unzumutbarkeit liegt bspw. vor, wenn der Zugangspetent zur Zahlung des Netzentgelts nicht in der Lage, oder nicht willens ist. Bei streitigen Forderungen ist eine gerichtliche Klärung herbeizuführen – statt einer kategorischen Zugangsverweigerung kann der Netzbetreiber dann Sicherheitsleistungen verlangen, § 23 Abs. 2 S. 2 StromNZV.<sup>1118</sup>

*ee) Abermals: keine Dauereinreden*

Unmöglichkeit kann hier ebenfalls nur so lange eingewandt werden, wie die Ausbaumaßnahme, zu der die Netzbetreiber verpflichtet sind, durchgeführt ist oder gegen den Ausbau selbst der Einwand der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit erhoben werden kann.<sup>1119</sup> Auf Verlangen der beantragenden Partei muss die Begründung im Falle eines Kapazitätsmangels auch aussagekräftige Informationen darüber enthalten, welche Maßnahmen und damit verbundene Kosten zum Ausbau des Netzes erforderlich wären, um den Netzzugang zu ermöglichen; die Begründung kann nachgefordert werden, § 20 Abs. 2 S. 3 EnWG. Dem Anspruchsteller bleibt es nämlich unbenommen, die Kosten für den Ausbau selbst zu übernehmen und so die Voraussetzungen für einen Zugangsanspruch selbst zu schaffen.<sup>1120</sup>

#### **4. Kontinuität und Entwicklungsoffenheit**

*a) Zuverlässigkeit der Energieversorgung*

Gesetzgeberisches Leitbild ist ein langfristig angelegter, leistungsfähiger und zuverlässiger Betrieb der Energieversorgungsnetze, § 1 Abs. 2 EnWG. Entsprechend ist dem Zustand der Versorgungssicherheit ein Entwicklungs- und Optimierungsgebot immanent. Der status quo, welcher das Untermaßverbot markiert, schöpft den Gehalt des

---

<sup>1116</sup> von Hammerstein, ZNER 2006, 110, 114.

<sup>1117</sup> EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 27.

<sup>1118</sup> EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 29.

<sup>1119</sup> Danner/ Theobald/Hartmann, Band 1, § 20 EnWG (2010), Rn. 193.

<sup>1120</sup> EnWG-Kment/Kment, § 20 EnWG, Rn. 28.

Rechtsbegriffs nicht umfassend aus.

Energieversorgungssicherheit ist nicht statisch, sondern zeichnet sich im Gegenteil durch einen starken Zukunftsbezug aus. Die Herausforderungen für die Versorgungssicherheit liegen im Ungewissen und sind mitbestimmt von ihrerseits weichen Faktoren – etwa der zukünftigen Bedarfsentwicklung, der Umweltpolitik oder dem Stand der technischen Entwicklung. Ganz nach dem Motto „Wer rastet der rostet“ sind Wartung, Ausbesserung, und Optimierung ständig vonnöten. Wäre das EnWG nicht entwicklungs offen konzipiert, wäre die Energieversorgung ständig im Rückstand, weil sich die Wirtschaft nicht bedarfsgerecht entwickeln könnte – und müsste.<sup>1121</sup>

#### *b) Netzausbauplanung*

Errichtung, Betrieb und die Änderung von Hochspannungsleitungen bedürfen der Durchführung einer Planfeststellung, vgl. § 43 S. 1 EnWG sowie § 18 Abs. 1 NABEG.<sup>1122</sup> Am Ende jeder Planung steht die Entscheidung über die Zulässigkeit konkreter Vorhaben. Jeder Fachplanung ist jedoch zunächst – im Einklang mit der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts – das Erfordernis der Planrechtfertigung vorangestellt:

*„[...] für das beabsichtigte Vorhaben gemessen an den Zielsetzungen des jeweiligen Fachplanungsgesetzes ein Bedarf besteht, die geplante Maßnahme unter diesem Blickwinkel also erforderlich ist. Das ist nicht erst bei Unausweichlichkeit des Vorhabens der Fall, sondern wenn es vernünftigerweise geboten ist.“<sup>1123</sup>*

Die Planrechtfertigung dient vor allem der Verwirklichung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Vorhaben, die in sonstige öffentliche Interessen und/oder Rechte Dritter eingreifen, sollen unterbleiben, sofern sie nicht unbedingt notwendig erscheinen.<sup>1124</sup> Im Zusammenhang mit der Sicherstellung der Energieversorgung durch leitungsgebundene Vorhaben bedarf es in diesem Zusammenhang einer prognostischen Entscheidung. Sie beruht auf einem umfangreichen Prüfraster und sorgsamer Abwägung,

---

<sup>1121</sup> Vgl. Kahle, S. 105.

<sup>1122</sup> Grigoleit/Weisensee, UPR 2011, 401, 405; Appel, UPR 2011, 406, 409, 414; Greinacher, ZUR 2011, 305, 307; Schirmer/Seifert, ZUR 2013, 515; Lang/Rademacher, RdE 2013, 145, 146, 148; Kämper, RdE 2013, 112, 114.

<sup>1123</sup> BVerwG v. 13.12.2007 – 4 C 9/06, BVerwGE 130, 83, 100.

<sup>1124</sup> BVerwG v. 01.04.2005 – 9 VR 7/05, ZUR 2005, 376.

die grundsätzlich eingebettet in das Raumordnungsverfahren sowie sich das anschließende Planfeststellungs- bzw. Genehmigungsverfahren stattfindet.<sup>1125</sup> Für gewisse leitungsgebundene Vorhaben wird diese Entscheidung allerdings nunmehr in einem gesonderten Verfahren vorweggenommen und parlamentarisch legitimiert.<sup>1126</sup> Der Gesetzgeber steuert die Verwaltung bei der Planung also einerseits durch materielle, abstrakte Zielprogramme<sup>1127</sup>, andererseits vor allem auch durch formelle Verfahrensvorschriften. Seit der EnWG Novelle aus dem Jahr 2011 ist in den §§ 12 a ff. EnWG eine Art „Investitionsregulierung“ vorgesehen.<sup>1128</sup> Als legislative Produkte dieses separaten Verfahrens rechtfertigen das Gesetz zum Ausbau von Energieleitungen (Energieleitungsausbaugesetz – EnLAG)<sup>1129</sup> und das Bundesbedarfsplangesetz (BBPlG) mit der Feststellung über die energiewirtschaftliche Erforderlichkeit von Vorhaben zugleich deren Inanspruchnahme von Raum. Konsequentermaßen entfällt in diesen Fällen die Prüfung der Planrechtfertigung im Planfeststellungsverfahren.<sup>1130</sup>

Die Abschichtung von Verfahrenselementen hat zweierlei Vorteile: Die Verrechtlichung einer Bedarfsplanung, die ohnehin aus praktischer Vernunft von den Übertragungsnetzbetreibern durchgeführt würde, nutzt Synergieeffekte – der gesamte Planungsprozess wird effektiviert und beschleunigt. Gleichzeitig bietet dieses Vorgehen Planungs- und vor allem Investitionssicherheit für Investoren.<sup>1131</sup>

#### *aa) Gemeinsamer Szenariorahmen für die Netzentwicklungsplanung*

Die erste Stufe der Bedarfsplanung ist die im zwei-Jahres-Rhythmus fortzuführende Erarbeitung eines gemeinsamen Szenariorahmens durch die Übertragungsnetzbetreiber, vgl. § 12 a EnWG.<sup>1132</sup> Dem gemeinsamen Szenariorahmen liegen mindestens drei hypothetische Entwicklungspfade, sog. Szenarien, zugrunde. Sie decken die

---

<sup>1125</sup> Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332, 333.

<sup>1126</sup> Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 25 f.

<sup>1127</sup> Vgl. dazu schon oben „Aktive Risikosteuerung durch moderne Gesetzgebungstechnik“, S. 159.

<sup>1128</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 55, Rn. 33; Grigoleit/Weisensee, UPR 2011, 401; Lang/Rademacher, RdE 2013, 145, 147.

<sup>1129</sup> Vgl. hierzu ausführlich Säcker, Franz Jürgen, S. 13; Schirmer, DVBl. 2010, 1349 ff.

<sup>1130</sup> Holznagel/Nagel, DVBl. 2010, 669, 672; Greinacher, ZUR 2011, 305, 307; Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332, 333; Lang/Rademacher, RdE 2013, 145, 146.

<sup>1131</sup> Steinbach/Nebel/Riese, § 18 NABEG, Rn. 42 f.; Steinberg, ZUR 2011, 340, 341.

<sup>1132</sup> Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 4; Grigoleit/Weisensee, UPR 2011, 401, 403; zum Begriff der „Betreiber von Übertragungsnetzen“ vgl. die Legaldefinition in § 3 Nr. 10 EnWG.

Konsequenzen der energiepolitischen Ziele der Bundesregierung ab, die mittel- und langfristig als wahrscheinlich gelten, vgl. § 12 a Abs. 1 S. 2 EnWG.<sup>1133</sup> Eines der Szenarien muss zudem die erwartete Entwicklung für die mindestens nächsten fünfzehn und höchstens zwanzig Jahre darstellen, § 12 a Abs. 1 S. 3 EnWG.

Die Netzbetreiber legen offen, welche Annahmen sie hinsichtlich Erzeugung, Versorgung, Verbrauch von Strom sowie dem grenzüberschreitenden Austausch von Strom dem Szenariorahmen zugrunde gelegt haben. Variablen, welche die relevanten Entwicklungsmodelle bestimmen, sind die Zusammensetzung des Kraftwerkparks einschließlich der Erzeugungsleistung, die Jahreshöchstlast sowie der Verbrauch.<sup>1134</sup> Zu berücksichtigen sind ferner geplante Investitionsvorhaben der europäischen Netzinfrastruktur.<sup>1135</sup> Seit Inkrafttreten der sog. Energieinfrastrukturverordnung (auch „TEN-E Verordnung“)<sup>1136</sup>, sind nach der dynamischen Verweisung des § 12 a Abs. 1 S. 4 EnWG die in der Unionsliste aufgeführten „Vorhaben von gemeinsamen Interesse“ heranzuziehen.<sup>1137</sup>

Die Übertragungsnetzbetreiber legen der Bundesnetzagentur bis zum 10. Januar eines jeden geraden Kalenderjahres den Entwurf des erarbeiteten Szenariorahmens vor. Dieser wird von der Bundesnetzagentur öffentlich bekannt gemacht. Die Öffentlichkeit, insbesondere potenzielle Netznutzer, nachgelagerte Netzbetreiber und Träger öffentlicher Belange erhalten Gelegenheit zur Äußerung, vgl. § 12 a Abs. 2 EnWG. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Öffentlichkeitsbeteiligung *genehmigt* die Bundesnetzagentur als zuständige Regulierungsbehörde den Entwurf, § 12 a Abs. 3 EnWG.<sup>1138</sup> Bei der Genehmigung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.v. § 35 VwVfG, die Regulierungsbehörde kann den eingereichten Entwurf ebenfalls

---

<sup>1133</sup> Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 13 ff; Calliess/Dross, JZ 2012, S. 1002, 1005; Erbguth NVwZ 2012, 326, 327.

<sup>1134</sup> Vgl. Grafik NEP 2012, S. 360.

<sup>1135</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 16 f.; Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 18 ff.

<sup>1136</sup> Verordnung EU Nr. 347/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.04.2013 zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 713/2009, (EG) Nr. 714/2009 und (EG) Nr. 715/2009, Abl. L 115, S. 39; Presser, S. 189 ff.

<sup>1137</sup> Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 26; Gärditz, S. 24 f.; Frey, ZeuS 2013, 19, 30; Giesberts/Tiedge, NVwZ 2013, 836, 837; Rufin, ZUR 2009, 66, 72; Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332, 336 f.; Vogt/Maaß, RdE 2013, 151, 152; Reichert/Voßwinkel, IR 2012, 98, 99; Dross/Bovet, ZNER 2014, 430, 433.

<sup>1138</sup> Die Aufgaben der Regulierungsbehörde nimmt die Bundesnetzagentur wahr, §§ 54 Abs. 1, Abs. 3 EnWG.

unter Änderungen festsetzen oder mit Nebenbestimmungen versehen, vgl. auch § 12 a Abs. 3 S. 2 EnWG.<sup>1139</sup> Der genehmigte Szenariorahmen beinhaltet ein Entwicklungsgebot, auf ihn gründet sich der gemeinsame nationale Netzentwicklungsplan.<sup>1140</sup>

Erstmalig legten die Übertragungsnetzbetreiber den Entwurf des Szenariorahmens am 19. Juli 2011 bei der Bundesnetzagentur vor. Die Szenarien erstreckten sich auf den Zeitraum bis 2022, eines darüber hinaus bis 2032.<sup>1141</sup> Inzwischen liegt bereits der fünfte Szenariorahmen vor. Er enthält vier Szenarien, wovon drei das Zieljahr 2030, einer langfristig das Jahr 2035, in den Blick nehmen.<sup>1142</sup> Die Szenarien bilden – ausgehend von den maßgeblichen rechtlichen und politischen Parametern – unterschiedliche Entwicklungspfade der deutschen Energielandschaft ab. Das konservative Szenario A 2030 geht von einer durch Kohleverstromung konventionell geprägten Erzeugungsstruktur unter moderatem Anstieg der Erneuerbaren Energien aus.<sup>1143</sup> Im Innovationsszenario C 2030 hingegen wird von einem schnelleren Ausbau der erneuerbaren Energien ausgegangen.<sup>1144</sup> Das Transformationsszenario B 2030/ 2035 stellt einen Mittelweg zwischen diesen beiden Szenarien dar, es legt einen mittleren Ausbau der Erneuerbaren Energien zugrunde. Dieser Entwicklungspfad liegt auch dem langfristigen Szenariorahmen zugrunde.<sup>1145</sup>

#### *bb) Gemeinsamer nationaler Netzentwicklungsplan*

Der gemeinsame Netzentwicklungsplan ist von den Übertragungsnetzbetreibern wiederkehrend auf Grundlage des gemeinsamen Szenariorahmens zu entwickeln, der Entwurf ist spätestens bis zum 10. Dezember jedes geraden Kalenderjahres auf ihren Internetseiten zu veröffentlichen und der Öffentlichkeit ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, vgl. § 12 b Abs. 3 EnWG.<sup>1146</sup>

---

<sup>1139</sup> Steinbach/Heimann, § 12 a EnWG, Rn. 35.

<sup>1140</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 18, Rn. 11; Schirmer/Seiferth, ZUR 2013, 515, 516.

<sup>1141</sup> BNetzA, Genehmigung Szenariorahmen 2011 (Netzentwicklungsplanung), S. 51 ff.

<sup>1142</sup> BNetzA, Genehmigung Szenariorahmen (NEP Strom 2017-2030), S. 70.

<sup>1143</sup> BNetzA, Genehmigung Szenariorahmen (NEP Strom 2017-2030), S. 121 ff.

<sup>1144</sup> BNetzA, Genehmigung Szenariorahmens (NEP Strom 2017-2030), S. 139 ff.

<sup>1145</sup> BNetzA, Genehmigung Szenariorahmens (NEP Strom 2017-2030), S. 127 ff., 133 ff.; vgl. auch Lang/Rademacher, RdE 2013, 145, 147.

<sup>1146</sup> Schmitz/Jornitz, NVwZ 2012, 332, 336.

Der Netzentwicklungsplan soll den Marktteilnehmern einerseits Angaben darüber liefern, welche wichtigen Übertragungsinfrastrukturen in den nächsten zehn Jahren errichtet oder ausgebaut werden müssen und andererseits diese durchzuführenden Maßnahmen räumlich einordnen.<sup>1147</sup> Ausgehend von dem genehmigten Szenariorahmen treffen die Übertragungsnetzbetreiber im Wege einer wertenden Abwägung die Entscheidung über den konkreten Ausbaubedarf, § 12 b Abs. 1 EnWG.<sup>1148</sup> Bei der Erarbeitung des Netzentwicklungsplan-Entwurfs werden die nachfolgend beschriebenen Arbeitsschritte durchlaufen.

(1) *Zustandekommen*

Der Szenariorahmen fasst die zu den Entwicklungspfaden erhobenen Daten über die mutmaßliche Erzeugungsleistung und Last zusammen. Dieser Datensatz allein berücksichtigt indes noch nicht alle Faktoren, die eine Bedarfsplanung erst sinnvoll machen. Der abstrakte Szenariorahmen wird deshalb durch die Erstellung des Netzentwicklungsplans, insbesondere bspw. durch die *Regionalisierung* von Erzeugung und Last, „verfeinert“.<sup>1149</sup>

Der erste Arbeitsschritt ist die geographische Umsetzung der Daten des gemeinsamen Szenariorahmens auf das bundesweite Übertragungsnetz. Dort, wo die Lastflüsse am intensivsten sind, muss das Netz am ehesten optimiert, verstärkt oder eben ausgebaut werden. Auf der Basis der Datensätze wird die angenommene Erzeugungsleistung den entsprechenden Netzknotenpunkten zugeordnet.<sup>1150</sup> Ein konkreter Trassenverlauf wird innerhalb dieser Stage noch nicht festgelegt, die Verortung im Raum beschränkt sich auf die Benennung der Netzverknüpfungspunkte zwischen denen Maßnahmen zur Verringerung der Netzbelastung erforderlich sind.<sup>1151</sup> Die Transportleistung, welche das Netz zu erbringen hat, steht außerdem in unmittelbarer Abhängigkeit von Angebot und Nachfrage. Das Anbieterverhalten und die künftige Nachfrage variieren nach der Modellierung des Strommarktes. Das ökonomische *Marktmodell* muss deshalb bei der

---

<sup>1147</sup> Vgl. Art. 22 EitRL; Steinbach/Heimann, § 12 b EnWG, Rn. 3.

<sup>1148</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 20, Rn. 12; Kment, RdE 2011, 341, 343.

<sup>1149</sup> BNetzA, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 23 ff.; vgl. auch NEP 2024, S. 39.

<sup>1150</sup> BNetzA, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 20 ff.; NEP 2022, S. 17, NEP 2024, S. 45.

<sup>1151</sup> BNetzA, Jahresbericht 2012, S. 48.

Netzplanung unbedingt Beachtung finden.<sup>1152</sup>

Das Netz muss einer gewissen Inanspruchnahme standhalten. Ob es hierzu „nur“ optimiert werden muss, oder ob ein Neubau notwendig wird, bestimmt sich nach der aktuellen und künftigen tatsächlichen Belastung des Netzes. Die sog. *Netzbelastung* variiert in Abhängigkeit von den Einspeisungen in das Übertragungsnetz sowie den Entnahmen bis zu dem zeitlichen Bezugspunkt des Jahres 2030.<sup>1153</sup> Das sog. *Startnetz* dient als Berechnungsgrundlage. Anhand von Lastflussberechnungen und Stabilitätsuntersuchungen wird das Startnetz auf seine Eignung für die prognostizierte Netzbelastung untersucht. Aus der Saldierung von Startnetz und Netzbelastung leitet sich der Netzentwicklungsbedarf ab.<sup>1154</sup>

## (2) Allgemeine Anforderungen

Welchen allgemeinen inhaltlichen Anforderungen der Netzentwicklungsplan genügen muss, bestimmen §§ 12 b Abs. 1 und 2 EnWG.

### i. Inhalt des Netzentwicklungsplans

Aufzuführen sind alle *wirksamen* Maßnahmen zur bedarfsgerechten Optimierung, Verstärkung und zum Ausbau des Netzes, die in den nächsten zehn Jahren für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb i.S.v. § 1 EnWG erforderlich sind.<sup>1155</sup> Versorgungssicherheit ist als oberster Planungsgrundsatz zu berücksichtigen.<sup>1156</sup> Die Maßnahmen sind so zu entwerfen, dass das Übertragungsnetz dem *n-1 Kriterium* genügt.<sup>1157</sup>

Weiterer inhaltlicher Mindestbestandteil sind Angaben über Netzausbaumaßnahmen, die

---

<sup>1152</sup> *BNetzA*, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 25 ff.; vgl. auch NEP 2022, S. 17 f., 342.

<sup>1153</sup> *BNetzA*, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 19; vgl. früher bspw. NEP 2022, S. 16, NEP 2024, S. 19.

<sup>1154</sup> *BNetzA*, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 28 ff.; NEP 2022, S. 16, NEP 2024, S. 59, 62.

<sup>1155</sup> *De Witt/Durinke/Kause*, S. 21 Rn. 13; im Einzelnen vgl. Steinbach/*Heimann*, § 12 b EnWG, Rn. 22.

<sup>1156</sup> Steinbach/*Heimann*, § 12 b EnWG, Rn. 21; zum n-1 Kriterium vgl. bereits oben unter „Exkurs: Bemessungsgrundlagen für Versorgungsunterbrechungen“, S. 170.

<sup>1157</sup> *BNetzA*, Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom, S. 30 ff.; NEP 2024, S. 62; Steinbach/*Heimann*, § 12 b EnWG, Rn. 21.

in den nächsten drei Jahren ab Feststellung des Netzentwicklungsplans durch die Regulierungsbehörde – unter Berücksichtigung des Minimierungsgebots – für einen sicheren und zuverlässigen Netzbetrieb *erforderlich* sind, § 12 b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG. Für alle Netzausbaumaßnahmen muss der Netzentwicklungsplan einen Zeitplan beinhalten, § 12 b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EnWG. Ferner hat er gemäß § 12 b Abs. 1 S. 2 Nr. 3 a) bis c) Pilotprojekte auszuweisen, nämlich solche für eine verlustarme Übertragung hoher Leistungen über große Entfernungen, sowie den Einsatz von Hochtemperaturseilen, einschließlich der Prüfung und Bewertung dieser Einsätze.<sup>1158</sup> Angaben zu verwendeten Übertragungstechnologien werden ebenfalls Bestandteil des Plans, § 12 b Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG. Ab dem zweiten Durchlauf umfasst er einen Bericht über den Stand der Umsetzung des letzten Netzentwicklungsplans und im Verzögerungsfalle gleichfalls die entsprechenden Gründe, § 12 I b Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EnWG.<sup>1159</sup>

Der gemeinsame nationale Netzentwicklungsplan hat den gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan nach Art. 8 Abs. 3 b VO (EG) Nr. 714/2009 sowie vorhandene Offshore-Netzpläne zu berücksichtigen, vgl. § 12 b Abs. 1 S. 5 EnWG.<sup>1160</sup> Durch diese Planungsvorgabe wird einer unerwünschten Beschränkung auf rein nationale Bedürfnisse vorgebeugt.<sup>1161</sup>

Dem Netzentwicklungsplan ist eine zusammenfassende Erklärung darüber beizulegen, ob die Konsultationen gemäß §§ 12 a Abs. 2 S. 2, 12 b Abs. 3 S. 1 EnWG Berücksichtigung gefunden haben und ggf. aus welchen Erwägungen dem Netzentwicklungsplan gegenüber anderen Planungsmöglichkeiten der Vorzug gegeben wurde, vgl. § 12 b Abs. 4 EnWG. Bei Fortschreibung des Netzentwicklungsplans beschränkt sich die Öffentlichkeitsbeteiligung auf Änderungen gegenüber dem Vorjahr, solange das gesamte Procedere wenigstens alle vier Jahre sowie bei wesentlichen Änderungen des Netzentwicklungsplans durchgeführt wird, vgl. § 12 c Abs. 6 EnWG.

ii. *Exkurs: Das “NOVA” -Prinzip*

Bei der Planung ist nach dem sog. *NOVA-Prinzip*, auch „*Minimierungsgebot*“ genannt, vorzugehen. Das Akronym steht für „*Netzoptimierung vor Netzverstärkung vor*

---

<sup>1158</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 21, Rn.14.

<sup>1159</sup> NEP 2024, S. 75.

<sup>1160</sup> Steiner/Heimann, § 12 b, Rn. 29; De Witt/Durinke/Kause, S. 22, Rn.15.

<sup>1161</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 22, Rn. 15.

Netzausbau“.<sup>1162</sup> Das Verhältnis der Maßnahmen zueinander ist nämlich keineswegs beliebig. Vorhaben, die einen Netzausbau zum Gegenstand haben, sind ultima ratio. Sie sind in den Netzentwicklungsplan ausschließlich dann aufzunehmen, wenn keines der „milderen Mittel“ wenigstens gleich effektiv ist.<sup>1163</sup>

### (3) Bestätigung und Rechtswirkung

Anders als der Szenariorahmen, wird der Netzentwicklungsplan der Bundesnetzagentur nicht etwa zur Genehmigung, sondern zur *Bestätigung* vorgelegt.<sup>1164</sup> Sie teilt indes deren Rechtsnatur, es handelt sich gleichfalls um einen Verwaltungsakt i. S. d. § 35 VwVfG. Der konsultierte und überarbeitete Entwurf des Netzentwicklungsplans ist unverzüglich nach Fertigstellung, spätestens jedoch zehn Monate nach Genehmigung des Szenariorahmens, der Regulierungsbehörde zur Prüfung und Bestätigung vorzulegen, § 12 b Abs. 5 EnWG.<sup>1165</sup> Der bestätigte Netzentwicklungsplan konkretisiert die abstrakte Pflicht der Übertragungsnetzbetreiber aus § 11 EnWG. Die Bestätigung entfaltet deshalb auch nur Wirkung für und gegen die Betreiber des Übertragungsnetzes und ist ausschließlich durch sie anfechtbar. § 12 c Abs. 4 S. 2 EnWG schließt Drittrechtsschutz ausdrücklich aus.<sup>1166</sup> Eine Rechtsschutzlücke entsteht, mangels Bindungswirkung für die Planfeststellung, deshalb trotzdem nicht.<sup>1167</sup> Vor der Bestätigung prüft die Regulierungsbehörde freilich den vorgelegten Entwurf. Den Prüfungsmaßstab legt § 12 c Abs. 1 EnWG fest.<sup>1168</sup> Die Regulierungsbehörde prüft die Übereinstimmung des Netzentwicklungsplans mit den an ihn gerichteten Anforderungen aus §§ 12 b Abs. 1, 2 und 4 EnWG.

Hier wird das arbeitsteilige Konzept der Bedarfsplanung greifbar. Der Entwurf des Netzentwicklungsplans fällt zwar in das Ressort der Übertragungsnetzbetreiber, die strategische Umweltprüfung und der Entwurf des Bundesbedarfsplans hingegen in den

---

<sup>1162</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 20, Rn. 13.

<sup>1163</sup> Steinbach/Heimann, § 12 b EnWG, Rn. 19 f.

<sup>1164</sup> Steinbach/Heimann, § 12 b EnWG, Rn. 5; Steinbach/Heimann, § 12 c EnWG, Rn. 45.

<sup>1165</sup> Grigoleit/Weisensee, UPR 2011, 401, 404; aktuell liegt der fünfte Netzentwicklungsplan Strom einschließlich Umweltbericht vor (Zieljahr 2030), sowie der erste Offshore-Netzentwicklungsplan (Zieljahr 2025) der die Anbindungen von Winderzeugung auf der Nord- und Ostsee an das deutsche Übertragungsnetz regelt, vor; Steinbach/Heimann, § 12 b EnWG, Rn. 16; Erbguth NVwZ 2012, 326, 327; Schirmer/Seiferth, ZUR 2009, 515, 517.

<sup>1166</sup> De Witt/Durinke/Kause, S. 13, Rn. 3.

<sup>1167</sup> NEP 2022, S. 373.

<sup>1168</sup> Steinbach/Heimann, § 12 c EnWG, Rn. 2.

exekutivischen Verantwortungsbereich.<sup>1169</sup>

Ab nächstem Jahr sind die Übertragungsnetzbetreiber gemäß § 12 d EnWG ferner verpflichtet, der Regulierungsbehörde jährlich bis zum 30. September einen gemeinsamen Umsetzungsbericht über den Stand der Umsetzung des zuletzt bestätigten Netzentwicklungsplans vorzulegen. Falls die Umsetzung hinter dem Erwartungshorizont zurückbleibt, sind in den Umsetzungsbericht ebenfalls die Gründe hierfür mitzuteilen.

### cc) Umweltbericht

Die Pflicht zur Erstellung eines Umweltberichts gemäß §§ 12 c Abs. 2 EnWG i.V.m. 40 UVPG beruht auf europäischen Vorgaben.<sup>1170</sup> Sie dient der Vorsorge von Risiken auf die Umwelt. Umweltauswirkungen sollen nämlich möglichst frühzeitig festgestellt werden, um bei der Zulässigkeit von Vorhaben bzw. der Aufstellung von Plänen berücksichtigt werden zu können.<sup>1171</sup>

Der Umweltbericht wird von der Bundesnetzagentur parallel zur Erstellung des Netzentwicklungsplans angefertigt. Er wird indes nicht in den Netzentwicklungsplan inkorporiert, sondern wird erst im Rahmen des Bundesbedarfsplans nach § 12 e EnWG relevant.<sup>1172</sup> Er ist allerdings so frühzeitig durchzuführen, damit ihr Zweck überhaupt wirksam werden kann. Die Bundesnetzagentur muss die Ergebnisse der Umweltprüfung bereits bei der Bestätigung des Netzentwicklungsplans vorliegen haben, sodass sie diese bei ihrer Verwaltungsentscheidung berücksichtigen kann. Andernfalls würde die Umweltprüfung auf ministerielle Ebene „hochgezont“ und die Bestätigung des Netzentwicklungsplans nachträglich überprüft. Die Umweltverträglichkeitsprüfung würde zu einem massiven Hemmschuh des Verfahrensablaufs. Allein der Gleichlauf von Umweltprüfung und Erstellung des Netzentwicklungsplans ist verfahrenstechnisch sinnvoll und effektiv. Die Erstellung des Umweltberichts dient also allein der Vorbereitung des Bundesbedarfsplans, vgl. § 12 b Abs. 2 S. 1 EnWG. Bei nachträglicher

---

<sup>1169</sup> Steinbach/Heimann, § 12 c EnWG, Rn. 2.

<sup>1170</sup> Richtlinie 2001/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27.06.2001 über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme, Abl. L 197, S. 30 ff.; Kloepfer, Umweltrecht, § 5 Instrumente des Umweltrechts, Rn. 518 ff.; Säcker, Franz Jürgen, S. 47.

<sup>1171</sup> Kloepfer, Umweltrecht, § 5 Instrumente des Umweltrechts, Rn. 509; zum Vorsorgeprinzip im Umweltrecht vgl. näher Kloepfer, Umweltrecht, § 4 Grundprinzipien des Umweltrechts, Rn. 33 ff.

<sup>1172</sup> NEP 2022, S. 331.

Änderung des Bedarfsplans besteht die Umweltverträglichkeitsprüfungspflicht nach § 12 e Abs. 5 EnWG V i.V.m. § 14 d S. 1 UVPG.<sup>1173</sup>

*dd) Bundesbedarfsplan*

Spätestens alle drei Jahre, sowie bei wesentlichen Änderungen leitet die Regulierungsbehörde den Netzentwicklungsplan als Entwurf für einen Bundesbedarfsplan der Bundesregierung zu, vgl. § 12 e I 1, 3 EnWG. Die Bundesregierung hat den Entwurf für einen Bundesbedarfsplan ihrerseits mindestens alle drei Jahre dem Bundesgesetzgeber vorzulegen, vgl. § 12 e I 2 EnWG. Die Bundesnetzagentur hat die länder- und grenzüberschreitenden Höchstspannungsleitung sowie die Anbindungsleitungen zwischen Offshore-Windpark-Umspannwerken zu den Anknüpfungspunkten am Festland in dem Entwurf kenntlich zu machen und ihre diesbezüglichen Entscheidungen zu begründen, § 12 e Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG.<sup>1174</sup>

Die Bedarfsplanung schließt mit der Annahme des Bundesbedarfsplans durch förmliches Gesetzgebungsverfahren ab.<sup>1175</sup> Mittels parlamentarischer Legitimierung macht sich der Bundesgesetzgeber so die bisher weitgehend staatsfreie Bedarfsplanung der Übertragungsnetzbetreiber zu Eigen.<sup>1176</sup> Die erste Bedarfsermittlung fand ihren Abschluss im Bundesbedarfsplangesetz vom 23. Juli 2013.<sup>1177</sup> Die in den Bedarfsplan aufgenommenen Vorhaben entsprechen den Zielsetzungen des § 1 EnWG, § 12 e Abs. 2 S. 3 EnWG. Konsequenterweise stellt die Überführung des Bundesbedarfsplans in ein Bundesgesetz für die in ihm enthaltenen Vorhaben die energiewirtschaftliche Notwendigkeit und den vordringlichen Bedarf derselben fest, § 12 e Abs. 4 S. 1 EnWG.<sup>1178</sup>

Zwischen der Feststellung der energiewirtschaftlichen Erforderlichkeit und dem vordringlichen Bedarf ist zu differenzieren, es handelt sich nicht um Synonyme. Energiewirtschaftlich erforderlich meint zeitlich dringend. Vordringlich kann ein Bedarf

---

<sup>1173</sup> Steinbach/Heimann, § 12 c EnWG, Rn. 10.

<sup>1174</sup> Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 16; *Erbguth* NVwZ 2012, 326, 327; *Schirmer/Seiferth*, ZUR 2009, 515, 517.

<sup>1175</sup> BR-Drs. 343/ 11, S. 174.

<sup>1176</sup> *Scherer*, NVwZ 2010, S. 1321, 1323; *De Witt/Durinke/Kause*, S. 13, Rn. 3.

<sup>1177</sup> Bundesbedarfsplangesetz v. 23.07.2013 (BGBl. I S. 2543; 2014 I S. 148, 271), das zuletzt durch Art. 12 des Gesetzes v. 26.07.2016 (BGBl. I S. 1786) geändert worden ist; *Wahlhäuser*, ZNER 2014, 534, 537.

<sup>1178</sup> Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 24.

zwar aufgrund einer besonderen Dringlichkeit sein, an sich handelt es sich dabei allein um einen planungsrechtlichen Begriff an den das Gesetz einige verfahrensrechtliche Privilegien knüpft.<sup>1179</sup> Vereinigt ein Vorhaben die Zielsetzungen des § 1 EnWG, ist es gleichfalls als energiewirtschaftlich erforderlich zu qualifizieren, an seiner Realisierung besteht ein vordringlicher Bedarf. Die Aussagen von § 12 e Abs. 3 S. 3 EnWG und § 12 e Abs. 4 EnWG sind also wechselbezüglich. Die Zielbestimmung des § 1 EnWG fließt bei der Bedarfsfeststellung durch die Übertragungsnetzbetreiber notwendigerweise mit ein, deshalb weisen auch die Vorhaben des Bundesbedarfsplanes später dieses „Gütesiegel“ auf.

Die Feststellungen entfalten Bindungswirkung in zweierlei Richtung. Für die Übertragungsnetzbetreiber konkretisiert sich deren allgemeine Ausbaupflicht nach § 11 EnWG zu einer sanktionsbewehrten Investitionspflicht, vgl. § 65 Abs. 2 a EnWG.<sup>1180</sup> Zweite Komponente seiner Rechtswirkungen ist der Bestand der Feststellungen im Planfeststellungsverfahren. Einwände gegen den Bedarf können im Planfeststellungsverfahren nicht mehr erfolgreich vorgebracht werden. Die gesetzliche Bedarfsplanung entlastet das Planfeststellungsverfahren um die inzidente Prüfung der Planrechtfertigung. Sie ist nicht mehr Gegenstand dieses Verfahrens, gegen eine Zulassung des konkreten Vorhabens ist der Einwand mangelhafter Erforderlichkeit präkludiert.

Im Übrigen liegt in den Rechtswirkungen des Bundesbedarfsplanes kein Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz begründet – nicht über die Durchführung eines Vorhabens, sondern die vorgreifliche Frage seines Bedarfs wird entschieden.<sup>1181</sup>

---

<sup>1179</sup> Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 29.

<sup>1180</sup> Insofern geht die Bindungswirkung des Bundesbedarfsplangesetzes über die des § 1 Abs. 2 EnLAG hinaus, der die energiewirtschaftliche Erforderlichkeit und den vordringlichen Bedarf nur in Ansehung der Planfeststellung verbindlich feststellt; Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 31.

<sup>1181</sup> Steinbach/Heimann, § 12 e EnWG, Rn. 27.

## II. Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall

Allein der Umstand, dass das Störfallrecht separat normiert ist, bezeugt, dass der Gesetzgeber hierbei von einem Lebenssachverhalt ausgeht, der vom Normalfall abweicht. Es knüpft an besondere Voraussetzungen an und beinhaltet andere Rechtsfolgen.<sup>1182</sup> Je nachdem ob sich ein Regelwerk, gleich welcher Ordnung nach dem Stör- bzw. Normalfall ausrichtet, lässt es sich entsprechend dem Kern- bzw. Randbereich von Energieversorgungssicherheit zuordnen. Alle Gesetze und Rechtsverordnungen lassen sich anhand dieser Weichenstellung in Gefahrenabwehrrecht einer- und Gefahrenvorsorge andererseits kategorisieren.<sup>1183</sup>

Ohne eine sichere und zuverlässige Energieversorgung ist die Existenz moderner Industriegesellschaften angesichts ihres hohen Zivilisationsgrads nicht möglich.<sup>1184</sup> Wird die Energieinfrastruktur nach Art oder Ausmaß ungewöhnlich gestört, bedeutet dies eine ernste Bedrohung für alle Einrichtungen und Individuen, die auf sie angewiesen sind. Zu der evidenten Einsicht, dass eine unzureichende Energieversorgung eine erhebliche Schwachstelle ausmacht, tritt das sog. *Verletzlichkeitsparadoxon*. Je geringer der Ausfall von Versorgungsleistungen in einem Land ist, umso schwerwiegender wirkt es sich aus, falls es doch einmal zu einer Störung kommt. Bei einem konstant hohen Schutzniveau ist die Fallzahl von Ausfällen in quantitativer Hinsicht unwesentlich. Verwirklicht sich allerdings doch einmal ein Risiko, ist dieser singuläre Vorfall von qualitativ wesentlichem Gewicht.<sup>1185</sup>

Die Unerreichbarkeit von Energie für die Menschen ist ein Schreckensszenario, welches, wie eingangs bereits dargestellt, häufig als Roman- oder Filmkulisse dient.<sup>1186</sup> Die Fiktion liegt indes nicht weit von den Gefahren, die sich real entfalten können. Die potenziellen

---

<sup>1182</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 24.

<sup>1183</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 24 f.

<sup>1184</sup> BMI, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 4 f.

<sup>1185</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 13;  
BMI, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 10 f.;  
Lauwe/Riegel, IZR 2008, 113; in diesem Sinne auch Dombrowsky, S. 27 ff.

<sup>1186</sup> So etwa in Marc Elsbergs Thriller „Blackout“.

Ursachen für solch ein katastrophales Versorgungsdefizit sind mannigfaltig. Entsprechend einem umfassenden *All-Gefahren-Ansatz* sind interne wie externe Bedrohungen jeder Art hypothetisch in der Lage eine Versorgungskrise auszulösen.<sup>1187</sup> Naturereignisse, technisches bzw. menschliches Versagen, System- und Organisationsversagen, Unfälle und Havarien können zivile Ursachen von Versorgungsstörungen sein. Als feindliche Bedrohungen gelten bspw. Sabotage und sonstige Kriminalität, Terrorismus, Bürgerkriege und Kriege.<sup>1188</sup>

### **1. Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für den Spannungs- und Verteidigungsfall – Wirtschaftssicherstellungsgesetz (WiSiG)**

Um im Spannungs- und Verteidigungsfall, die zur Deckung des Bedarfs der Zivilbevölkerung und der Streifkräfte erforderliche Versorgung mit Gütern und Leistungen zu gewährleisten, ermächtigt das Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft sowie des Geld- und Kapitalverkehrs (Wirtschaftssicherstellungsgesetz – WiSiG) die Bundesregierung zum Erlass von Rechtsverordnungen unter anderem auf den Gebieten der Erzeugung, Weiterleitung, Umwandlung, Umspannung, Zuteilung, Abgabe, dem Bezug und der Verwendung von elektrischer Energie, § 1 Abs. 1 Nr. 4 WiSiG.

Rechtsverordnungen nach § 1 WiSiG dürfen nur erlassen werden, um eine Gefährdung der Versorgung zu beheben oder zu verhindern – und wenn ihr Zweck durch marktgerechte Maßnahmen nicht, nicht rechtzeitig oder nur mit unverhältnismäßigen Mitteln erreicht werden kann, § 2 Abs. 2 WiSiG. Dass ein Störfall vorliegt ergibt sich bereits aus der Gefahrquelle, dem Spannungs- bzw. Verteidigungsfall.<sup>1189</sup>

In qualitativer Hinsicht bedarf er keiner weiteren Begründung. Allein die Tatsache, dass ein Spannungs- bzw. Verteidigungsfall vorliegt rechtfertigt die vorgesehenen Befugnisse – natürlich vorbehaltlich der stets zu beachtenden Verhältnismäßigkeit. Sie sind auf das unerlässliche Maß zu beschränken und inhaltlich so zu gestalten, daß in die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingegriffen und die Leistungsfähigkeit der Gesamtwirtschaft möglichst wenig beeinträchtigt wird, § 2 Abs. 3

---

<sup>1187</sup> Art. 80 a GG; Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 69; BMI, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 9.

<sup>1188</sup> BMI, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 9.

<sup>1189</sup> Leupold, S. 88 f, 90 f.

WiSiG. Sie dürfen außerdem nur nach Maßgabe der Art. 80 a GG angewandt werden, § 2 Abs. 1 WiSiG.

## 2. Gefahrenabwehrrechtliche Bestimmungen zur Anlagen- und Systemsicherheit – „KRITIS“

Die Zweiteilung in betriebsmittelbezogene und Versorgungssicherheit im Übrigen setzt sich im Störfallrecht fort. Wie bei der Gefahrenvorsorge hat der Gesetzgeber sowohl den reinen körperlichen Bestand als auch die Funktionsfähigkeit von Infrastruktur geregelt.

Die Betriebsmittel der Energiewirtschaft zählen zu den sog. *kritischen Infrastrukturen* (*KRITIS*). Es handelt sich dabei nach anerkannter Definition des Bundesministerium des Inneren um Organisationen und Einrichtungen mit wichtiger Bedeutung für das staatliche Gemeinwesen, bei deren Ausfall oder Beeinträchtigung nachhaltig wirkende Versorgungsengpässe, erhebliche Störungen der öffentlichen Sicherheit oder andere dramatische Folgen eintreten würden, vgl. auch § 1 Nr. 3 BSI-KritisV.<sup>1190</sup>

Eine Infrastruktur ist demnach als besonders bedeutsam, mithin als „kritisch“ zu bewerten, wenn sich die Konsequenzen, welche eine Störung oder ein Funktionsausfall für die Versorgungssicherheit der Gesellschaft mit wichtigen Gütern und Dienstleistungen hat als besonders bedeutsam darstellen.<sup>1191</sup> Die Energieversorgung erfüllt diese Definitionsmerkmale fraglos, sie zählt zu den sog. *technischen Basisinfrastrukturen*.<sup>1192</sup>

Die Anlagen- und Systemsicherheit wird unter verschiedenen Gesichtspunkten behandelt. § 12 g Abs. 3 EnWG trifft i.V.m. der Verordnung zum Schutz der Übertragungsnetze (ÜNSchutzV)<sup>1193</sup> Anordnungen für die Anlagensicherheit im Krisenfall. Aufgabe des

---

<sup>1190</sup> BSI-Kritisverordnung v. 22.04.2016 (BGBl. I S. 958), die durch Art. 1 der Verordnung v. 21.06.2017 (BGBl. I S. 1903) geändert worden ist; *BMI*, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 4; *Kloepfer*, Schutz kritischer Infrastrukturen, S. 9, 11 f.; *Lauwe/Riegel*, IZR 2008, 113, 114.

<sup>1191</sup> *BMI*, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 7.

<sup>1192</sup> Zu den sog. *Basisinfrastrukturen* zählen auch: Informations- und Kommunikationstechnologie, Transport und Verkehr, (Trink-) Wasserversorgung und Abwasserentsorgung; die sog. *sozioökonomischen Dienstleistungsinfrastrukturen* umfassen derweil: Gesundheitswesen, Ernährung, Notfall- und Rettungswesen, Katastrophenschutz, Parlament, Regierung, öffentliche Verwaltung, Justizeinrichtungen, Medien und Kulturgüter, vgl. *BMI*, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 8.

<sup>1193</sup> Verordnung zum Schutz von Übertragungsnetzen v. 06.01.2012 (BGBl. I S. 69), die durch Art. 315 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

*Zivilschutzes* ist es, durch nichtmilitärische Maßnahmen die Bevölkerung, ihre Wohnungen und Arbeitsstätten, lebens- oder verteidigungswichtige zivile Dienststellen, Betriebe, Einrichtungen und Anlagen sowie das Kulturgut vor Kriegseinwirkungen zu schützen und deren Folgen zu beseitigen oder zu mildern. Behördliche Maßnahmen ergänzen die Selbsthilfe der Bevölkerung, § 1 Abs. 1 ZSKG.<sup>1194</sup> Ganz wesentlich für die Anlagen- und Systemsicherheit ist auch die industrielle IT-Sicherheit.<sup>1195</sup>

### **3. Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für Störfälle in der Energiewirtschaft – Energiesicherungsgesetz (EnSiG)**

Anders als das WiSiG, welches Ermächtigungen betreffs der Energieversorgung im Spannungs- bzw. Verteidigungsfall kraft Sachzusammenhang mitregelt, ist das Energiesicherungsgesetz (EnSiG)<sup>1196</sup>, das nach der ersten Ölkrise zur Entstehung gelangte, speziell für solche Störfälle vorgesehen, die in der Energiewirtschaft auftreten oder auf sie einwirken.<sup>1197</sup> Es regelt sowohl die Rücklagenbildung hinsichtlich Gas und Erdöl, als auch den Ressourcenhaushalt mit Strom und Gas in Krisenzeiten. Ihr sachlicher Anwendungsbereich setzt zweierlei voraus: Die zustandsbezogene Voraussetzung einer unmittelbaren Gefährdung oder Störung der Energieversorgung sowie die darauf bezogene zweckorientierte Voraussetzung der Erforderlichkeit der Deckung des lebenswichtigen Bedarfs an Energie.

#### *a) Unmittelbare Gefährdung oder Störung der Energieversorgung*

Maßnahmen auf Grundlage des EnSiG stehen unter der aufschiebenden Bedingung, dass ein Störfall im Sinne einer *Gefährdung oder Störung der Energieversorgung* bejaht werden kann. Ein solcher setzt zumindest eine konkrete Gefahr im Rechtssinne voraus, wenn sie sich nicht bereits in einer Störung verwirklicht hat. Ein bloßes Risiko reicht hier

---

<sup>1194</sup> Zivilschutz- und Katastrophenhilfegesetz v. 25.03.1997 (BGBl. I S. 726), das zuletzt durch Art. 2 Nummer 1 des Gesetzes v. 29.07.2009 (BGBl. I S. 2350) geändert worden ist; *Meyer-Teschendorf*, S. 29.

<sup>1195</sup> Gesetz zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme v. 17.07.2015 (BGBl. I S. 1324).

<sup>1196</sup> Energiesicherungsgesetz 1975 v. 20.12.1974 (BGBl. I S. 3681), das zuletzt durch Art. 324 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

<sup>1197</sup> *Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 1, 10; *Bews*, IR 2013, 194, 196.

nicht aus!<sup>1198</sup>

Hinsichtlich der Beschaffenheit von Gefährdungen oder Störungen der Energieversorgung i.S.v. § 1 Abs. 1 EnSiG kann auf § 13 Abs. 1 EnWG Bezug genommen werden. Die Abgrenzung zwischen Normal- und Störfall findet anhand von § 13 Abs. 8 EnWG statt. Stellen sich marktgerechte Maßnahmen als unwirksam heraus und versagt das für den Normalfall probate Engpassmanagement, liegt ein Störfall vor, dem mittels der Gefahrenabwehr abzuwehren ist.<sup>1199</sup>

Die Gefahr oder Störung muss in Ansehung der Energieversorgung vorliegen. Sie ist von solch überragender Bedeutung, dass auf sie abzielende Bedrohungen nicht nur eine Gefahr für Individualrechtsgüter hervorruft. Vielmehr ist die Energieversorgung als solche bereits als eine schutzwürdige Infrastruktureinrichtung anzuerkennen. Der Gesetzgeber hat somit die kollektive Komponente des Störfalls hervorgehoben. Die Gefahr oder Störung muss sich qualitativ oder quantitativ derart ausgedehnt haben, dass die Energieversorgung in ihrem Eigenwert betroffen ist.<sup>1200</sup>

Welche Energieform (Elektrizität oder Gas etc.) betroffen ist, spielt keine Rolle. Seit dem Jahr 2002 ist es gleichfalls ohne Belang, auf welcher Ursache die Beeinträchtigung beruht. Ursprünglich waren die Befugnisse des EnSiG zwar nur für Störungsfälle zivilen Ursprungs vorgesehen, ihr Anwendungsbereich wurde dann später durch das Terrorismusbekämpfungsgesetz<sup>1201</sup> erweitert, Art. 20 TerrorBekämpfG. Es kann nunmehr auch dann Anwendung finden, wenn die Versorgungsstörung auf einer feindlichen Ursache, etwa terroristischer Akte, beruht.

#### *b) Notwendigkeit der Deckung lebenswichtigen Energiebedarfs*

Im Störfall knüpft das EnSiG hinsichtlich seines sachlichen Anwendungsbereichs weiterhin an eine Notwendigkeit der Deckung des lebenswichtigen Energiebedarfs an. Diese zweckorientierte Voraussetzung bezieht die individualrechtlichen Schutzgüter mit

---

<sup>1198</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, § 1 EnSiG (2013), Rn. 7; die Gefährdung oder Störung muss über die i.S.v. § 13 Abs. 1 EnWG hinausgehen; Kahle, S. 241; Leupold, S. 71.

<sup>1199</sup> Kahle, S. 242; vgl. dazu schon oben unter „Systemverantwortung“, S. 179.

<sup>1200</sup> Vgl. dazu schon „Schutzgut: Öffentliche Sicherheit“, S. 93.

<sup>1201</sup> Gesetz zur Bekämpfung des internationalen Terrorismus v. 09.01.2002 (BGBl. I S. 361); Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 71.

ein.<sup>1202</sup> Obwohl diese Annahme naheliegt, fordert das Gesetz im Hinblick auf die individualrechtlichen Erhaltsgüter gerade keine konkrete Gefahr. Die Notwendigkeit einer gewissen Bedarfsabdeckung bezeichnet lediglich den legitimen Gesetzeszweck, welcher den einschneidenden Rechtsfolgenkatalog rechtfertigt. Zwischen der konkreten Gefahr für die Energieversorgung und der erforderlichen Sättigung lebenswichtigen Energiebedarfs muss allerdings ein Unmittelbarkeitszusammenhang bestehen. Die Gefährdung oder Störung der Energieversorgung ist notwendige, allein nicht hinreichende Anwendungsvoraussetzung von § 1 Abs. 1 EnSiG.

Das Gesetz gibt wenige Anhaltspunkte dazu, wie der unbestimmte Rechtsbegriff des „lebenswichtigen Bedarfs“ i.S.v. § 1 Abs. 1 EnSiG grundsätzlich zu verstehen ist. Fest steht nur, dass de lege lata als „lebenswichtig“ auch der Bedarf zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben und internationaler Verpflichtungen gilt, § 1 Abs. 1 S. 2 EnSiG. Teilweise wird die Auffassung vertreten, wann der lebenswichtige Bedarf als gefährdet gelten kann, erschließe sich im Übrigen im Umkehrschluss aus den Angelegenheiten, zu denen eine Rechtsverordnung erlassen werden kann.<sup>1203</sup>

Dieser Deduktion kann allerdings nicht gefolgt werden, da sie nicht ganz präzise ist. Was der Gesetzgeber zur Deckung des lebenswichtigen Bedarfs für nötig erachtet und wie er diesen dann abzusichern gedenkt sind zwei unterschiedliche Dinge. Das EnSiG erweitert den Befugnis katalog über die marktgerechten Maßnahmen hinaus. Dabei handelt es sich nur um die zulässigen Krisenbewältigungsmaßnahmen. Diese Rechtsfolge trifft jedoch keine Aussage über den lebenswichtigen Energiebedarf. Es wäre zirkelschlüssig die Rechtsfolge zur Interpretation des Tatbestands heranzuziehen. Die Notwendigkeit der Deckung des lebenswichtigen Energiebedarfs kann vielmehr zuverlässig anhand des Kernbereichs von Versorgungssicherheit bestimmt werden.<sup>1204</sup> Wortlaut und Gesetzssystematik deuten schon an, dass hier wegen der situativen Anomalität ein auf das Wesentliche reduzierter Bedarf anerkannt wird, der nur die Grundbedürfnisse deckt.

### *c) Befugnisse und Maßnahmen*

Zur Deckung des lebenswichtigen Bedarfs an Energie können im Störfall Verfügungen erlassen werden. Das EnSiG ist zusammen mit den auf seiner Grundlage erlassenen

---

<sup>1202</sup> Vgl. „Schutzgut: Öffentliche Sicherheit“, S. 93.

<sup>1203</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, § 1 EnSiG (2013), Rn. 5, 12; Lippert, S. 675.

<sup>1204</sup> Vgl. dazu umfassend oben bei „Kernbereich“, S. 79 ff.

Rechtsverordnungen zu lesen, durch die es nähere Ausgestaltung erfährt, § 1 Abs. 1 S. 1 EnSiG.<sup>1205</sup> Sie teilen ihren notstandsrechtlichen Charakter.<sup>1206</sup>

Zur Deckung des lebenswichtigen Energiebedarf hält es der Gesetzgeber demnach für notwendig, dass Produktion, Transport, Lagerung, Verteilung, Abgabe, Bezug und Verwendung sowie Höchstpreise von Energie nicht wesentlich von der Norm abweichen, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EnSiG. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass sich Störungen (auch) aus regulierungswidriger Preispolitik, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnSiG, sowie mangelhafter Herstellung oder Instandhaltung der Produktionsmittel zur Energieversorgung ergeben können, § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 EnSiG. Bedeutung hat das vor allem hinsichtlich der Maßnahmen des Netzbetriebs i.S.v. §§ 11 ff. EnWG.<sup>1207</sup>

Werden Rechtsverordnungen nach § 1 EnSiG als sog. „Vorkrisenverordnungen“ erlassen, bevor die Energieversorgung gefährdet oder gestört ist, so hat die Bundesregierung die Gefährdung oder Störung der Energieversorgung positiv festzustellen<sup>1208</sup>, bevor die Befugnisse zur Anwendung kommen können, § 3 Abs. 3 EnSiG, § 6 Abs. 2 Nr. 1 EltSV.<sup>1209</sup> Es bedarf dann in jedem Einzelfall einer weiteren Verordnung, welche die Intensität sowie die zeitliche Dauer der Versorgungskrise festlegt.<sup>1210</sup>

Die Verordnungen sind gemäß § 1 Abs. 4 EnSiG auf das zur Behebung der Gefährdung unbedingt erforderliche Maß zu beschränken. Sie sind nach dieser Vorschrift insbesondere so zu gestalten, daß in die Freiheit des einzelnen und der wirtschaftlichen Betätigung so wenig wie möglich eingegriffen wird und die Leistungsfähigkeit der Gesamtwirtschaft möglichst wenig beeinträchtigt werden.<sup>1211</sup>

---

<sup>1205</sup> Dazu zählen: Elektrizitätssicherungsverordnung v. 26.04.1982 (BGBl. I S. 514), die zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes v. 26.07.2016 (BGBl. I S. 1786) geändert worden ist; Gassicherungsverordnung v. 26.04.1982 (BGBl. I S. 517), die zuletzt durch Art. 3 Absatz 48 des Gesetzes v. 07.07.2005 (BGBl. I S. 1970) geändert worden ist; Kraftstoff-Lieferbeschränkungs-Verordnung v. 26.04.1982 (BGBl. I S. 520), die zuletzt durch Art. 325 der Verordnung v. 31.08.2015 (BGBl. I S. 1474) geändert worden ist.

<sup>1206</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 8, 69.

<sup>1207</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 13 EnWG (2008), Rn. 71 f.

<sup>1208</sup> Vgl. „Unmittelbare Gefährdung oder Störung der Energieversorgung“, S. 218.

<sup>1209</sup> Leupold, S. 179; Sonderkötter, NJW 1982, 2651.

<sup>1210</sup> Leupold, S. 180; Daleki, DÖV 1984, 706, 707.

<sup>1211</sup> Sonderkötter, NJW 1982, 2651.

### III. Zwischenergebnis zur materiellen Interpretation

§ 1 Abs. 1 EnWG stellt fest, dass Versorgungssicherheit, ebenso wie die übrigen Zielbestimmungen, als erstrebenswertes Gut anerkannt und zu verwirklichen ist. Bisher existiert zwar weder in der Rechtsprechung noch der Literatur eine etablierte Definition von Versorgungssicherheit.<sup>1212</sup>

Aspekte, welche anerkanntermaßen integraler Bestandteil eines Zustandes der gesicherten Versorgung mit Energie sind, können indes, wie in der nachfolgenden tabellarischen Ansicht veranschaulicht, benannt werden.

	<b>Zuverlässigkeit („Ob“) entspricht: Verfügbarkeit</b>	<b>Qualität („Wie“) entspricht: Mängelfreiheit</b>
Erzeugung	Mengenmäßige Versorgungssicherheit	Technische Versorgungssicherheit
Verteilung	Unterbrechungsfreiheit	Güte elektrischer Energie

Typischerweise wird zu diesem Zweck zunächst zwischen Erzeugung und Verteilung unterschieden.<sup>1213</sup> Sodann wird unter dem Schlagwort „Versorgungssicherheit“ Quantität und Qualität des entsprechenden Abschnitts der Wertschöpfungskette anhand hergebrachter Eigenschaften bewertet.<sup>1214</sup> Die Komponenten der Versorgungssicherheit können auch zweistufig als „Ob“ und „Wie“ veranschaulicht werden.

Dem quantitativen Aspekt von Versorgungssicherheit entsprechen im Erzeugungsabschnitt mengenmäßig ausreichende Kapazitäten. Die installierte Gesamtleistung der Kraftwerke soll in der Lage sein, die Nachfrage nach eklektischem Strom befriedigen zu können. Erzeugungsleistung und Spitzenbedarf dürfen keine

<sup>1212</sup> Danner/Theobald/*Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2007), Rn. 13.

<sup>1213</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 18; dazu schon oben bei „Erzeugungsseitige Versorgungssicherheit“, S. 132 und „Übertragungsseitige Versorgungssicherheit“, S. 133.

<sup>1214</sup> Danner/Theobald/*Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 18; *Braband*, S. 29.

negative Differenz ergeben.<sup>1215</sup> Allgemein wird die mengenmäßige Versorgung als zuverlässig eingestuft, solange die Jahreshöchstlast vollständig aus inländischen Erzeugungsanlagen bedient werden kann.<sup>1216</sup> Dieser Teil der Wertschöpfungskette ist nicht reguliert, vielmehr wird darauf vertraut, dass die Gewinnerzielungsabsicht der Erzeuger die mengenmäßige Produktion in ausreichender Art und Weise selbst reguliert.<sup>1217</sup>

Zusätzlich erfordert die qualitative Komponente der Versorgungssicherheit, dass die Erzeugung technisch sicher durchgeführt wird.<sup>1218</sup> Durch die Erzeugung elektrischer Energie darf es nicht zu einer Gefährdung von Personen oder Sachen kommen.<sup>1219</sup> Sofern es die Verteilung elektrischer Energie betrifft, ist mit Versorgungssicherheit sowohl die unterbrechungsfreie Verfügbarkeit von elektrischem Strom als auch die konstante Gleichförmigkeit der Ware angesprochen. Als zuverlässig gilt die Versorgung, wenn der Leistungserbringer den von ihm zu bedienenden Raum derart beherrscht, dass Elektrizität jederzeit zur Verfügung steht.<sup>1220</sup> Um die Zuverlässigkeit eines Systems erfassen zu können, werden europaweit Daten über Unterbrechungsdauer, -Häufigkeit und Nichtverfügbarkeit erhoben. Unterbrechungen werden diesbezüglich allerdings erst relevant, sofern sie länger als drei Minuten andauern.<sup>1221</sup>

Zuverlässigkeit ist an sich ja eigentlich bereits ein Qualitätsmerkmal. Im Hinblick auf die Verteilungsebene sei aber vor allem eine stabile Netzspannung als notwendiges Merkmal versorgungssicherer Energieversorgung angesprochen. Idealerweise bleiben Spannungsfrequenz und -höhe konstant. Bei ausgeglichenem Verhältnis von Leistung und Last beträgt der Nennwert der Spannungsfrequenz 50 Hz. Die Spannungshöhe sollte nicht

---

<sup>1215</sup> *Braband*, S. 29.

<sup>1216</sup> *BMWi*, Die Energiewende in Deutschland, Mit sicherer, bezahlbarer und umweltschonender Energie ins Jahr 2050, Stand Februar 2012, S. 25.

<sup>1217</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14; *Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 16; zu dem von Hermes vorgeschlagenen Modell der Energiebedarfsplanung näher bei *Pleiner*, DVBl. 2013, S. 971, 973.

<sup>1218</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14; *Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 22; *Danner/Theobald/Theobald*, Band 1, § 1 EnWG (2007), Rn. 14.

<sup>1219</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14.

<sup>1220</sup> *BVerwG*, v. 11.07.2002 – 4 C 9/00, BVerwGE 116, 365, 376; *Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 20.

<sup>1221</sup> Versorgungsqualität – SAIDI-Wert 2006-2015, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen\\_Institutionen/Versorgungssicherheit/Versorgungsunterbrechungen/Auswertung\\_Strom/Versorgungsunterbrech\\_Strom\\_node.html;jsessionid=30DCCFA385E854CC7E52DDCC372AC6C3](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/ElektrizitaetundGas/Unternehmen_Institutionen/Versorgungssicherheit/Versorgungsunterbrechungen/Auswertung_Strom/Versorgungsunterbrech_Strom_node.html;jsessionid=30DCCFA385E854CC7E52DDCC372AC6C3)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017); *Elspas*, S. 13, 15.

um mehr als 10 % schwanken.<sup>1222</sup> Ein versorgungssicherer Netzbetrieb muss dazu in der Lage sein, Ursachen, welche die Stabilität beeinflussen, abzufedern. Mangelhaftigkeit des Netzbetriebs zeigt sich bspw. durch Spannungsüberhöhungen oder -Einbrüche, die, abgesehen von der Beeinträchtigung der Energieversorgung, ebenfalls Schäden an weiteren Rechtsgütern, bspw. in Form von Spannungsschäden<sup>1223</sup>, verursachen können.

Die in Kapitel I formulierte Definition der „Versorgungssicherheit“, ist für den Elektrizitätssektor hinsichtlich der Beschaffenheit des Mangelzustandes zu ergänzen: dieser kann *quantitativ* und/oder *qualitativ* beschaffen sein. Es bleibt aber bei der grundsätzlichen Feststellung, dass jedenfalls dann, wenn durch ein wie auch immer beschaffenes Defizit, eine konkrete Gefahr für ein polizeiliches Schutzgut besteht, die Versorgung nicht mehr angemessen und ausreichend ist.

---

<sup>1222</sup> Lossau, Norbert, Warum Strom nicht gleich Strom ist, in: *Die Welt* v. 07.04.2015, abrufbar unter {<https://www.welt.de/wissenschaft/article139221113/Warum-Strom-nicht-gleich-Strom-ist.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>1223</sup> Dazu auch unter „Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem EnWG“, S. 241.

## **C. Aspekte formeller Versorgungssicherheit im Energierecht**

Unter dem Aspekt der formellen Versorgungssicherheit sollen die Rechtsträger angesprochen werden, die damit befasst sind, Versorgungssicherheit in Vollzug zu setzen. Ferner wird in diesem Zusammenhang auch die Frage nach dem Ob und Wie der individuellen Geltendmachung von Versorgungssicherheit behandelt.

### **I. Organisation der Aufgabenerfüllung im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität**

Oben wurde, auf normativer Grundlage, der Rechtsbegriff „Versorgungssicherheit“ in den Kontext des Energierechts eingeordnet. Ausgeblendet wurde dabei bisher die Organisation der Bewirkung, eine zuverlässige und sichere Versorgung mit Elektrizität zu gewährleisten. Mit der Darstellung der praktischen Durchführung ist auch zu beantworten, wer Träger der Letztverantwortung für die Gewähr der Versorgungssicherheit im Energiesektor ist.

#### **1. Aufgabenprivatisierung - Privatwirtschaftliche Wahrnehmung**

##### *a) Aufgabe(n) der Energieversorgungsunternehmen*

Nach § 2 EnWG sind die Energieversorgungsunternehmen zur Gewährleistung der Elektrizitätsversorgung berufen.<sup>1224</sup> Die zu erbringende Versorgungsleistung hat dabei den in § 1 EnWG aufgestellten Anforderungen zu entsprechen, sie muss demnach vor allem möglichst sicher, preisgünstig, verbraucherfreundlich, effizient und umweltverträglich sein, vgl. § 1 Abs. 1 EnWG.

Das EnWG weist die Aufgabe der Herstellung und Aufrechterhaltung von Versorgungssicherheit also grundsätzlich den privatwirtschaftlichen Unternehmen zu,

---

<sup>1224</sup> EnWG/*Bourwieg*, § 12 EnWG, Rn. 1; *Gersdorf*, JZ 2008, 831; insgesamt werden in Deutschland etwa vier Fünftel der sog. kritischen Infrastrukturen privatwirtschaftlich erfüllt, *Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen*, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 29.

(§§ 1, 2 EnWG).<sup>1225</sup> Sie sind die Schuldner der Versorgungsleistung in natura. Die konkreten Aufgaben und Pflichten der Netzbetreiber ergeben sich sodann aus den §§ 11 bis 14 EnWG.

Im deutschen Bundesgebiet betreiben die „Amprion GmbH“, die „TransnetBW GmbH“, die „Tennet TSO GmbH“ und die „50Hertz Transmission GmbH“, zusammengeslossen im Netzregelverbund, das Höchstspannungsnetz. Alle vier Übertragungsnetzbetreiber sind juristische Personen des Privatrechts. Kraft Gesetzes kommt den genannten Energieversorgungsunternehmen also die Erfüllungsverantwortung<sup>1226</sup> für einen Zustand qualifizierter Energieversorgung zu. Den Übergang einer vormals hoheitlich erbrachten Leistung auf Privatrechtssubjekte wird als materielle Privatisierung, auch Aufgabenprivatisierung bezeichnet.<sup>1227</sup>

Jedes Energieversorgungsunternehmen ist, im Rahmen der Vorschriften des EnWG, zu einer Versorgung im Sinne des § 1 EnWG verpflichtet, § 2 Abs. 1 EnWG. Das Zielprogramm des § 1 Abs. 1 EnWG ist damit nicht nur Maßstab für die Energieaufsichtsbehörden. Es richtet sich gemäß § 2 Abs. 1 EnWG auch an jene Marktteilnehmer die als Energieversorgungsunternehmen gelten.<sup>1228</sup> Entsprechend der Legaldefinition in § 3 Nr. 18 EnWG sind das natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Die Marktteilnehmer haben sich also auf allen Stufen der energiewirtschaftlichen Wertschöpfungskette an den in § 1 Abs. 1 EnWG enthaltenen Zielen zu orientieren.<sup>1229</sup> Die Annahme, dass Versorgungssicherheit – neben den übrigen Zielvorgaben – in die Sachnormen des EnWG als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung hineinzulesen ist, findet hier Bestätigung.<sup>1230</sup> Dass die Normadressaten der Privatwirtschaft angehören steht dem nicht entgegen. Die Energieversorgungsunternehmen stehen unter staatlicher Aufsicht, die eine einheitliche Anwendung der Bestimmungen des EnWG und der auf

---

<sup>1225</sup> Weyer, FS Kühne 2009, S. 423.

<sup>1226</sup> Weyer, FS Kühne 2009, S. 423.

<sup>1227</sup> Gersdorf, JZ 2008, 831.

<sup>1228</sup> EnWG/Hellermann, § 2 EnWG, Rn. 7; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 52, Rn. 26.

<sup>1229</sup> EnWG/Hellermann, § 2 EnWG, Rn. 6; Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 2 EnWG (2013), Rn. 6; der Betrieb einer Kundenanlage oder einer Kundenanlage zur betrieblichen Eigenversorgung macht den Betreiber nicht zum Energieversorgungsunternehmen, vgl. § 3 Nr. 18 EnWG a. E.

<sup>1230</sup> Vgl. „Geleiteter Beurteilungsspielraum?“, S. 41, „Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

seiner Grundlage erlassenen Rechtsvorschriften sicherstellt, § 65 Abs. 1 EnWG.

Diese Verpflichtung geht allerdings nicht über den Rahmen hinaus, der mit den speziellen Aufgabenzuweisungen des EnWG ohnehin gesteckt ist. § 2 Abs. 1 EnWG fehlt es also an einem selbständigen Regelungsgehalt.<sup>1231</sup> Sie erschöpft sich in ihrer klarstellenden Funktion, dass die wirtschaftliche Eigenverantwortung die Unternehmen nicht von den allgemeinen Zielvorgaben des § 1 Abs. 1 EnWG entbindet.<sup>1232</sup> § 2 Abs. 1 EnWG legt die Verantwortung für eine, einem qualifizierten Standard entsprechende Versorgung, abstrakt für all jene Energieversorgungsunternehmen fest, denen nach dem EnWG gesetzlichen Pflichten obliegen.<sup>1233</sup> Die praktische Bedeutsamkeit der Aufgabenverpflichtung liegt, neben ihrer Klarstellungsfunktion, in der Heranziehung als Auslegungsmaßstab bei der Anwendung spezieller Normen.<sup>1234</sup>

#### b) Energieversorgung – eine verantwortungsvolle Tätigkeit

Der Netzbetrieb steht als eine besonders verantwortungsvolle Tätigkeit im Mittelpunkt des EnWG.<sup>1235</sup> Unter dem zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich des EnWG 1998 und 2003 bedurfte die Aufnahme der Energieversorgung einer Genehmigung der Energieaufsichtsbehörde. Der reine Netzbetrieb war von dieser Genehmigungspflicht jedoch ausgenommen.<sup>1236</sup> Energieversorgung beinhaltete nach damals noch überwiegender Auffassung ein lieferbezogenes Element. Der Netzbetrieb erhielt zwar die allgemeine Versorgung aufrecht, allerdings ohne dabei in Personalunion als Energieversorger zu gelten.<sup>1237</sup>

Seit 2005 regeln die §§ 4 bis 5 EnWG die behördliche Überwachung.<sup>1238</sup> Unterschieden wird dabei prinzipiell zwischen einer erforderlichen Genehmigung des Netzbetriebs, vgl. § 4 Abs. 1 EnWG und der Anzeige der Energiebelieferung inklusive vorbehaltener Tätigkeitsuntersagung, vgl. §§ 5 S. 1 und 4 EnWG. Das Verhältnis zwischen Netzbetrieb

---

<sup>1231</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 2 EnWG (2013), Rn. 8; EnWG/Hellermann, § 2 EnWG, Rn. 8.

<sup>1232</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 48; Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 2 EnWG (2013), Rn. 8; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 52, Rn. 26.

<sup>1233</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 2 EnWG (2013), Rn. 9.

<sup>1234</sup> EnWG/Hellermann, § 2 EnWG, Rn. 9 f.; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 52, Rn. 26.

<sup>1235</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 14; BT-Drs. 15/3917, S. 50.

<sup>1236</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2012), Rn. 1 f.

<sup>1237</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2012), Rn. 2.

<sup>1238</sup> Kahle, S. 211; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 47, Rn. 6.

und der übrigen Energieversorgung hat sich auf diese Weise umgekehrt. Der Grund für diese Umgestaltung liegt in der europarechtlich katalysierten Grundsatzentscheidung, das Energierecht wettbewerblich auszurichten. Der Netzzugang ist nämlich nicht etwa deshalb unter einen staatlichen Genehmigungsvorbehalt gestellt, weil so eine Kontingentierung der Marktakteure angestrebt wird. Die präventive Aufsicht dient stattdessen allein der Verwirklichung einer den Zielvorgaben entsprechenden Energieversorgung – und damit letztlich der Gefahrenvorsorge.<sup>1239</sup> § 4 Abs. 1 EnWG soll als Steuerungsinstrument insbesondere Beeinträchtigungen der Versorgungssicherheit vorbeugen und den status quo absichern.<sup>1240</sup> Hier findet sich obige Feststellung zum gefahrenabwehrrechtlichen Kernbereich der Versorgungssicherheit für das Energierecht konkret bestätigt.<sup>1241</sup>

#### *aa) Genehmigungspflichtigkeit des Netzbetriebs*

Die Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes bedarf der Genehmigung, § 4 Abs. 1 S. 1 EnWG. Der Marktzutritt ist vom Gesetzgeber somit als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgestaltet worden.<sup>1242</sup>

„*Energieversorgungsnetze*“ sind, ausweislich der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 EnWG, Elektrizitätsversorgungsnetze und Gasversorgungsnetze über ein oder mehrere Spannungsebenen oder Druckstufen.<sup>1243</sup> Soweit es um die Betriebsaufnahme von Elektrizitätsversorgungsnetzen geht, sind Übertragungs- ebenso wie Verteilernetze vom Anwendungsbereich des § 4 Abs. 1 EnWG erfasst. „*Betriebsaufnahme*“ i. S. d. § 4 Abs. 1 EnWG wird verstanden als echter Beginn der Tätigkeit. Planung und Errichtung von Anlagen sind hiervon ausgenommen.<sup>1244</sup> Es kommt auf die tatsächliche Versorgung an, also auf den Zeitpunkt an dem das Netz unter Spannung gesetzt wird, damit es seiner bestimmungsgemäßen Funktion entsprechend arbeiten kann.<sup>1245</sup> Genehmigungspflichtig

---

<sup>1239</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 50; Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 8; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 47, Rn. 6; Berringer, S. 123 f.

<sup>1240</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 47, Rn. 6.

<sup>1241</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 17 a. E.

<sup>1242</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 47, Rn. 6; Moser, S. 231.

<sup>1243</sup> Ausgenommen sind Objektnetze i.S.v. § 110 EnWG.

<sup>1244</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 9; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 48, Rn. 9.

<sup>1245</sup> OLG Düsseldorf v. 17.04.2014 – VI-2 Kart/2/13, NZBau 2014, 577; EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 35; Theobald, RdE 2015, 161, 164.

ist also ausschließlich der erstmalige Marktzutritt.<sup>1246</sup>

Daraus folgt, dass durch das Inkrafttreten des EnWG 2005 am 13. Juli 2005 eine Tätigkeit i.S.v. § 4 Abs. 1 EnWG für Unternehmen, die sie bereits vor diesem Zeitpunkt ausführten, nicht nachträglich genehmigungsbedürftig wird.<sup>1247</sup> Diese tatsächliche Ungleichbehandlung zwischen neuen und bestehenden Netzbetreibern wird jedoch sogleich von § 4 Abs. 2 S. 2 EnWG korrigiert.<sup>1248</sup> Eine Anlage zum Betrieb eines Energieversorgungsnetzes kann danach auch für die Zukunft untersagt werden, selbst wenn für die ursprüngliche Aufnahme keine Genehmigung erforderlich war. Die Untersagungsgründe decken sich dabei mit denen, die eine Versagung der Genehmigung begründen, vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 und S. 2 EnWG.<sup>1249</sup> Die Genehmigungsfähigkeit setzt zugleich die energiewirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Antragstellers voraus, spiegelbildlich genügt zur Versagung das Fehlen nur eines der beiden Merkmale.<sup>1250</sup>

Normadressat von § 4 Abs. 1 EnWG ist derjenige, der ein Energieversorgungsnetz betreiben will. *Netzbetreiber* sind alle Netz- oder Anlagenbetreiber, die von § 3 Nr. 2 bis 7 und 10 EnWG erfasst sind, vgl. § 3 Nr. 27 EnWG. Im Wesentlichen lassen sich alle Unternehmen, die Energie in der Elektrizitäts- oder Gassparte, gleich welcher Spannungsebene, übertragen und verteilen, subsumieren.<sup>1251</sup>

Jede Partei hat die für sie günstigen Tatsachen beizubringen. Dem Antragsteller obliegt im Antragsverfahren die vollständige Vorlage der erforderlichen Genehmigungsunterlagen, er trägt die Beibringungs- und Nachweislast.<sup>1252</sup> Möchte hingegen die Energieaufsichtsbehörde einen Versagungsgrund annehmen, so ist dieser von ihr nachzuweisen.<sup>1253</sup>

Falls keiner der abschließenden Versagungsgründe des § 4 Abs. 2 EnWG in Betracht

---

<sup>1246</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 48, Rn. 9.

<sup>1247</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2012), Rn. 4.

<sup>1248</sup> Aufgenommen wurde dieser Passus auf Vorschlag des Wirtschaftsausschusses, BT-Drs. 15/5268, S. 18.

<sup>1249</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 6, 10.

<sup>1250</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 17.

<sup>1251</sup> Koenig/Kühling/Rasbach, S. 47, Rn. 8.

<sup>1252</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 13; EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 84; Koenig/Kühling/Rasbach, S. 49, Rn. 13; *VG Minden v. 15.10.2002 – 1 K 2644/01* (zu § 3 EnWG 1998/2003), RdE 2003, 183.

<sup>1253</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 17.

kommt, hat der antragstellende Netzbetreiber einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Genehmigung.<sup>1254</sup> Es handelt sich zwar um eine gebundene Entscheidung,<sup>1255</sup> die Genehmigung kann jedoch in örtlicher und/ oder zeitlicher Hinsicht beschränkt werden. Eine partielle Versagung kann schon aus Verhältnismäßigkeitsgründen geboten sein.<sup>1256</sup> Die Nebenbestimmungen müssen sich dabei an § 36 Abs. 1 Alt. 2 VwVfG<sup>1257</sup> messen lassen, ihr Anknüpfungspunkt darf stets nur die Genehmigungsfähigkeit bei Betriebsaufnahme sein.<sup>1258</sup>

#### *bb) Versagungsgründe*

Die Genehmigung darf nur versagt werden, sofern es entweder an der personellen, technischen und wirtschaftlichen *Leistungsfähigkeit* oder *Zuverlässigkeit* des Antragstellers mangelt, den Netzbetrieb entsprechend den Vorschriften des EnWG auf Dauer zu gewährleisten, § 4 Abs. 2 S. 1 EnWG.

In § 3 EnWG 1998 und 2003 wurde die erforderliche Zuverlässigkeit im Hinblick auf die Ziele des EnWG noch besonders hervorgehoben. Inzwischen geht § 1 Abs. 1 EnWG in den „Vorschriften dieses Gesetzes“ auf, vgl. § 4 Abs. 2 S. 1 EnWG.<sup>1259</sup> Einst durfte eine Genehmigung auch dann versagt werden, wenn bei Aufnahme der Elektrizitätsversorgung die beantragte Versorgungstätigkeit zu ungünstigeren Versorgungsbedingungen für die Gesamtheit der betroffenen Abnehmer führten, oder sich für das verbleibende Gebiet des bisherigen Versorgers erhebliche Nachteile ergäben.<sup>1260</sup> Nach geltendem Recht bleibt die Energieaufsicht in ihrem Kontrollumfang dahinter vergleichsweise zurück, als sich die Genehmigungsversagung gegenwärtig allein auf unternehmensbezogene Tatsachen stützen lässt.<sup>1261</sup>

---

<sup>1254</sup> Danner/Theobald/*Theobald*, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14;  
*Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 48, Rn. 11.

<sup>1255</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 47, Rn. 7.

<sup>1256</sup> Danner/Theobald/*Theobald*, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 18.

<sup>1257</sup> Bzw. dem jeweiligen VwVfG der Länder.

<sup>1258</sup> *Koenig/Kühling/Rasbach*, S. 49, Rn. 15.

<sup>1259</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 101.

<sup>1260</sup> EnWG/*Hermes*, § 4 EnWG, Rn. 17.

<sup>1261</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 85.

(1) *Beurteilungsspielraum bei der Entscheidung über Genehmigungsvoraussetzungen?*

Bei den Attributen „Leistungsfähigkeit“ und „Zuverlässigkeit“ handelt es sich um unbestimmte Rechtsbegriffe.<sup>1262</sup> Einigkeit besteht insoweit, als dass die Auslegung anhand der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG sowie der Grundrechte, insbesondere Art. 12 GG zu erfolgen hat.<sup>1263</sup> Hier findet die Hypothese vom „geleiteten Beurteilungsspielraum“ einen praktischen Beleg.<sup>1264</sup> Ob der zuständigen Behörde hier allerdings ein echter, der nachträglichen gerichtlichen Überprüfung entzogener, Beurteilungsspielraum zustehen soll, wird uneinheitlich beurteilt.

Eine Auffassung möchte der Aufsichtsbehörde einen Beurteilungsspielraum zur Würdigung des Sachverhaltes zusprechen.<sup>1265</sup> Begründet wird eine Einschätzungsprärogative zugunsten der Aufsichtsbehörde mit der, einer Genehmigung oder Versagung innewohnenden, Prognoseentscheidung.<sup>1266</sup> Bei solchen Sachverhalten nähme auch das Bundesverwaltungsgericht regelmäßig einen Beurteilungsspielraum an.<sup>1267</sup>

Die Gegenauffassung sieht allerdings keine Notwendigkeit und aufgrund der besonderen Grundrechtsrelevanz der behördlichen Entscheidung im Falle einer Versagung überdies auch keine Rechtfertigung für eine Kontrollfreistellung.<sup>1268</sup> Insbesondere hat der Gesetzgeber den Genehmigungstatbestand bewusst von dem Merkmal des Ausbleibens negativer Auswirkungen auf die Versorgungsbedingungen ausgenommen und so von dem Einfall energie- bzw. wirtschaftspolitischer Wertungen Abstand genommen.<sup>1269</sup> Die Grundrechtsbelange der Antragsteller sprächen prinzipiell gegen die Annahme eines

---

<sup>1262</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 16; EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 90, 95.

<sup>1263</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14.

<sup>1264</sup> Vgl. „Geleiteter Beurteilungsspielraum?“, S. 41 sowie „Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>1265</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14.

<sup>1266</sup> Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14; vergleichbar mit dem Beurteilungsspielraum sachverständig zusammengesetzter Gremien, *BVerwG* v. 03.03.1987 – 1 C 16.86, NJW 1987, 1429; *Starck*, FS Sandler 1991, S. 167, 179.

<sup>1267</sup> *BVerwG* v. 27.11.1981 – 7 C 57/79, NJW 1982, 1168, 1169.

<sup>1268</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 86, 90; EnWG/*Hermes*, § 4 EnWG, Rn. 17.

<sup>1269</sup> EnWG/*Hermes*, § 4 EnWG, Rn.17.

Beurteilungsspielraums.<sup>1270</sup>

(2) *Stellungnahme*

Letzterer Auffassung ist zuzustimmen. Zwar sind auch andere Sachverhalte, für die ein Beurteilungsspielraum ausdrücklich anerkannt ist, grundrechtssensibel.<sup>1271</sup> Eine etwaige Grundrechtsbetroffenheit schließt deshalb einen Beurteilungsspielraum nicht zwingend aus.<sup>1272</sup> Sie kann von sachlichen Gründen überwunden werden, die bei einer Abwägung als höherrangig gewertet werden.<sup>1273</sup> Solche drängen sich hier allerdings nicht unmittelbar auf, sodass besonders aufgrund der Schutzbereichseröffnung von Art. 12 Abs. 1 GG, ein Eingriff in Form der Genehmigungsversagung gerichtlich überprüfbar bleiben muss. Dafür, dass der unbestimmte Rechtsbegriff keinen Beurteilungsspielraum der Verwaltung auslösen soll, spricht außerdem die Inbezugnahme des gewerberechtlichen Begriffs der „Zuverlässigkeit“, vgl. § 35 GewO. Anerkanntermaßen eröffnet dieser keinen kontrollfreistellenden Beurteilungsspielraum zugunsten der Exekutiven<sup>1274</sup> und enthält dabei ebenfalls eine Prognoseentscheidung.<sup>1275</sup>

i. *Zuverlässigkeit*

An einer bereichsübergreifenden Verwendung des gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsmerkmals bestehen, wie vom Bundesverfassungsgericht entschieden, keine Bedenken. Es hat ausgeführt, dass

*„der Begriff der Zuverlässigkeit vom Gesetzgeber seit jeher verwendet wird und aufgrund einer langen Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung so ausgefüllt worden ist, dass sich an seiner rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit*

---

<sup>1270</sup> Unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Gegenauffassung vgl. Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14.

<sup>1271</sup> So etwa Prüfungsentscheidungen, BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83, BVerfGE 84, 34, 49 f.; vgl. hierzu auch Starck, FS Sendler 1991, S. 167, 177ff.

<sup>1272</sup> In diesem Sinne auch erstere Ansicht: Danner/Theobald/Theobald, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 14.

<sup>1273</sup> So bestehen Einschätzungsprärogativen bei Prüfungen aufgrund der spezifischen Situation, die sich aus diversen Faktoren zusammensetzt und deshalb nicht nachgeholt oder nachgeahmt werden kann, vgl. BVerfG v. 17.04.1991 – 1 BvR 419/81 u. 213/83, BVerfGE 84, 34, 49 f.

<sup>1274</sup> BVerwG v. 15.07.2004 – 3 C 33/03, NVwZ 2005, 453, 454.

<sup>1275</sup> GewO-Kommentar/ Ennuschat, § 35 GewO, Rn. 27 ff.

im Grundsatz nicht zweifeln lässt [...]“<sup>1276</sup>

Vorstehendes schließt nicht aus, dass für andere Sachgebiete weitere Konkretisierungen möglich und erforderlich sind.<sup>1277</sup> Das Bundesverwaltungsgericht qualifiziert einen Gewerbetreibenden dann als unzuverlässig, wenn er

„nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt“<sup>1278</sup>.

Anders als im Gewerberecht ist die Zuverlässigkeit bei § 4 Abs. 2 S. 1 EnWG allerdings ausschließlich betriebs- statt personenbezogen auszulegen – Bezugspunkt ist der auf Dauer angelegte gesetzeskonforme Netzbetrieb.<sup>1279</sup>

## ii. Leistungsfähigkeit

In personeller, technischer und wirtschaftlicher Hinsicht hat der Antragsteller die erforderliche Leistungsfähigkeit aufzuweisen, die benötigt wird, um einen insbesondere § 1 Abs. 1 EnWG genügenden Netzbetrieb dauerhaft aufrecht zu erhalten.<sup>1280</sup> Der Netzbetreiber muss jeweils die dem beantragten Genehmigungsumfang entsprechende Ausstattung aufweisen, um den Vorschriften und Zielen des EnWG gerecht zu werden.<sup>1281</sup> Anhaltspunkte für die Überprüfung der personellen Leistungsfähigkeit sind Anzahl, Ausbildung und Erfahrungsstand der Mitarbeiter.<sup>1282</sup> Die technische Leistungsfähigkeit spricht die Betriebsmittel an, die zu einer dauerhaften Gewährleistung des Netzbetriebs erforderlich sind.<sup>1283</sup> Schließlich bedarf es ausreichender Kapitalausstattung um als wirtschaftlich leistungsfähig i.S.v. § 4 Abs. 2 EnWG zu gelten.<sup>1284</sup>

---

<sup>1276</sup> BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 134.

<sup>1277</sup> BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 134.

<sup>1278</sup> BVerwG v. 02.02.1982 – 1 C 146/80, BVerwGE 65, 1 f.

<sup>1279</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 26 f.

<sup>1280</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 17.

<sup>1281</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 91.

<sup>1282</sup> EnWG 2005-Kommentar, § 4 EnWG, Rn. 88; EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 23.

<sup>1283</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 24.

<sup>1284</sup> EnWG/Hermes, § 4 EnWG, Rn. 25.

(3) *Ermessensreduzierung bei nachträglichem Wegfall der Genehmigungsfähigkeit*

Der Wortlaut von § 4 Abs. 2 S. 1 EnWG erweckt den Eindruck, dass der Verwaltung hinsichtlich der Ver- bzw. Untersagung der Genehmigung des Netzbetriebs ein Ermessensspielraum verbleibt. Dies ist indes nur hinsichtlich solcher Anlagen zutreffend, die dem Genehmigungserfordernis nicht unterliegen, § 4 Abs. 2 S. 2 EnWG.<sup>1285</sup> Liegt im Übrigen einer der Versagungsgründe vor, so hat eine Genehmigung zu unterbleiben oder selbige ist zu entziehen. Diese Auslegung ergibt sich zwingend aus dem Ziel der Energieversorgungssicherheit. Dies belegt exemplarisch die hier vertretene These, dass Versorgungssicherheit als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal Berücksichtigung finden muss.

## 2. Staatsaufgabe „Energieversorgung“

An die sich aus dem Gesetz ergebende Feststellung, dass Privatrechtssubjekte zur Aufgabenerfüllung berufen sind, schließt sich unmittelbar die Frage an, welche Rolle der Staat, der ja immerhin regulierend und ordnend durch Gesetzgebung in die Energiewirtschaft eingreift, hierbei einnimmt. Hat er mit der Aufgabenzuweisung in den §§ 1, 2 EnWG die Verantwortung vollständig auf die Netzbetreiber übertragen und somit dem freien Spiel des Marktes überlassen, oder ist die Übertragung der Einstandspflicht vielmehr in Reichweite und Umfang begrenzt und die Zustandsverantwortlichkeit so letztlich doch beim Staat zu verorten?<sup>1286</sup>

a) *Begründungsnotwendigkeit staatlicher Trägerschaft?*

Im Grunde steht dahinter die Frage nach der korrekten Verortung der Energieversorgung innerhalb der Rechtsordnung. Nicht nur bei der Frage nach der Pflichtigkeit von Privatwirtschaft oder Staat, auch für den Rechtsstatus der Energieversorgungsunternehmen hat diese Weichenstellung Bedeutung. Der Staat kann eine Angelegenheit nur dann übertragen, wenn er ursprünglich selbst Inhaber der Aufgabe war. Ausgangspunkt von Überlegungen über die Verantwortungslast muss daher die Frage sein, woraus sich überhaupt eine staatliche Verantwortung begründen lässt. Es

---

<sup>1285</sup> Danner/Theobald/*Theobald*, Band 1, § 4 EnWG (2007), Rn. 19 f.

<sup>1286</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 3.

ist zu unterscheiden zwischen der Begründung einer Verantwortung kraft Aufgabenzuweisung und der Wahrnehmung ihrer ordnungsgemäßen Erfüllung.<sup>1287</sup>

Eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Zuweisung, wie das Grundgesetz sie etwa in Art. 87 e Abs. 4 GG und Art. 87 f Abs. 1 GG vorsieht, existiert für den Energieversorgungssektor nicht.<sup>1288</sup> Ein Rückgriff auf die theoretischen Zuordnungsmodelle der Staatsaufgabenlehre erübrigt sich dennoch.<sup>1289</sup> Ganz unzweifelhaft war die leitungsgebundene Energieversorgung schon immer eine Staatsaufgabe und ist es auch heute noch.<sup>1290</sup> Rechtstheoretische Begründungen, die auf den Grund der Staatsrechtslehre führen, lassen sich mit dem Verweis darauf abkürzen, dass staatliche Aufgaben jedenfalls solche sind, die der Staat und seine Organe explizit als solche anerkennen.<sup>1291</sup>

#### b) Erledigung durch Gewährleistung

Die Anerkennung staatlicher Verantwortung in dem Bewusstsein, Träger von Rechtspflichten zu sein, offenbarte sich zuletzt nach der Öffnung des Energiemarktes für den Wettbewerb. Statt sich der Aufgabe ersatzlos zu entäußern, wurde lediglich der Erfüllungsmodus der Einstandspflicht umgeformt. Ohne Zweifel trägt der Staat weiterhin die sog. Gewährleistungsverantwortung. Lege ratio, Schuldinhalt und die Mittel ihrer Bewirkung wurden bereits bei der Darstellung des gestuften Verantwortungsmodells dargelegt.<sup>1292</sup> Der Staat hat bei materieller Privatisierung gemeinwohlsensibler Aufgaben Rahmenbedingungen zu schaffen, die marktwirtschaftlich immanente Defizite ausgleichen. Mitunter bedarf die privatwirtschaftliche Erbringung gemeinwohldienlicher Dienstleistungen auch notwendiger staatlicher Vorarbeit. So beansprucht etwa der Zugriff auf privates Eigentum zwingend eine hoheitliche Mitwirkungshandlung in Form der Enteignung.<sup>1293</sup>

---

<sup>1287</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 157 ff.

<sup>1288</sup> *Pielow*, S. 567; *Weyer*, FS Kühne 2009, S. 423, 424.

<sup>1289</sup> *Weyer*, FS Kühne 2009, S. 423; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 336.

<sup>1290</sup> *Theobald/Theobald*, S. 24 f.; *Ipsen*, FS Juristische Gesellschaft zu Berlin 1984, S. 265, 269; *Badura*, FS Schlochauer, 1981, S. 3, 6 f.;  
*Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 92 ff.

<sup>1291</sup> *BVerfG* v. 11.10.1994 – 2 BvR 633/86, BVerfGE 91, 186, 206.

<sup>1292</sup> Vgl. dazu oben unter „Vorab: Exkurs zum gestuften Verantwortungsmodell“, S. 101.

<sup>1293</sup> *BVerfG* v. 20.03.1984 – 1 BvL 28/82, BVerfGE 66, 248; *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 8; *Kahle*, S. 221; *Wichert*, NVwZ 2009, 876 ff.

Soweit es sich, wie dies im Energiesektor der Fall ist, um leitungsgebundene Waren und Dienstleistungen handelt, wird das staatliche Pflichtenprogramm im Rahmen der neuen Formen der Grundversorgung auch als „Infrastrukturverantwortung“ bezeichnet.<sup>1294</sup> Planungs- und Regulierungsrecht sind die Instrumente seiner Wahrnehmung. Das Verantwortungsspektrum beschränkt sich dort auf die Ordnungsgemäßheit der Aufgabenerfüllung.<sup>1295</sup> Den diesbezüglichen Maßstab legen die bereichsspezifischen Fachgesetze fest. Im Energierecht bestimmt § 1 Abs. 1 EnWG das Anforderungsprofil. Die Zugehörigkeit der Energieversorgung zu dem Kanon der Staatsaufgaben und ihre aktuelle Besorgung durch Gewährleistung stehen also fest.

*c) Rückversicherung durch Auffangverantwortung*

Offen ist bisher die Frage geblieben, ob die Staatsaufgabe der „Energieversorgung“ zugleich eine Auffangverantwortung umfasst.<sup>1296</sup> Und zwar in der Weise, dass die Gewährleistung ordnungsgemäßer Leistungserbringung durch Private im Normalfall die originär staatliche Erfüllung überlagert. Letztere soll passiv ruhen und sich im Störfall aktualisieren. Der Staat wird dann, kraft seiner Aufgabenträgerschaft, wieder selbst zum Erfüllungsschuldner er muss quasi „einspringen“.<sup>1297</sup> Aus den Fachgesetzen, hier dem EnWG, lassen sich freilich nur Belege für die Infrastrukturverantwortung finden. Die einfachgesetzliche Kodifikation geht in ihr ja gerade vollständig auf.<sup>1298</sup>

Soll hier eine Auffangverantwortung angenommen werden, muss ein anderes Begründungsmodell gefunden werden. Der situative Hintergrund vor dem der als „Auffangverantwortung“ skizzierte Aufgabenrest erwogen wird, ist der ultimative „worst case“ – das vollständige Versagen der gegenwärtigen Strukturen. Manche knüpfen deshalb an die allgemeine Bedeutung der Aufgabe an. Falls es sich um eine für das Gemeinwohl essentielle Materie handelt, gehe daraus zugleich eine unabdingbare Staatsnähe hervor. Wegen ihres ausnehmenden Werts dürften solche staatlichen Kernaufgaben nicht aus der Hand gegeben werden.<sup>1299</sup> Auch wenn das auf diese Weise

---

<sup>1294</sup> *BVerwG* v. 30.06.2004 – 4 C 3/03, DVBl. 2004, 1298, 1299.

<sup>1295</sup> BT-Drs. 13/7274, S. 10; *Tettinger*, RdE 2002, S. 225, 228;

<sup>1296</sup> Für eine vierte Verantwortungskategorie – nämlich die Auffangverantwortung – plädieren *Schuppert*, S. 407 f.; *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 433, 442.

<sup>1297</sup> *Hoffmann-Riem*, DÖV 1997, 433, 442.

<sup>1298</sup> Vgl. *BMI*, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 8.

<sup>1299</sup> *Wagner*, S. 181.

gefundene Ergebnis überzeugen mag, so verfehlt seine Deduktion doch den eigentlichen Kern staatlicher Auffangverantwortung.

Die Gedankenführung, welche eine Einstufung der Aufgabe ihrem Wert nach vornimmt, übergeht einen wesentlichen Zwischenschritt – nämlich zu benennen, worin das wertbildende Element überhaupt bestehen soll.

Gewissen Aufgaben, dazu zählt auch die Energieversorgung, wird ein hoher Stellenwert zugesprochen, weil die Gesellschaft und ihre Mitglieder von der Befriedigung des jeweiligen Bedürfnisses vital abhängig sind. Ein Versorgungsausfall hat dort eingriffsgleiche Wirkung. Die aufgabenbezogene Beweisführung ist deshalb unvollständig, das Ergebnis eher zufällig zutreffend. Es wird nämlich übersehen, dass die Frage nach einer staatlichen Einstandspflicht für Aufgaben gleich welchen Erfüllungsmodus und welcher grundsätzlichen Priorität bereits nach einheitlichen Grundsätzen geklärt ist. Dafür ist nämlich eine eigene Staatsaufgabe vorgesehen: die Gefahrenabwehr.<sup>1300</sup>

Weitschweifig aufgabenbezogenen Voraussetzungen und Grenzen staatlicher Einstandsverantwortung zu ermitteln ist obsolet. Denn es gilt doch jedenfalls immer, dass bei Versagen der Versorgungssicherheit in ihrem Kernbereich, die Staatsaufgabe „Gefahrenabwehr“ die der „Energieversorgung“ flankiert.<sup>1301</sup> In der Tat trägt der Staat im Energiesektor also eine Auffangverantwortung, er ist nämlich für die Gefahrenabwehr zuständig. Die staatliche Garantenstellung ist aber nicht aufgaben- sondern schutzzweckbezogen zu erschließen. Er bürgt für den Ausfall der privatwirtschaftlichen Leistungserbringung – allerdings nicht pauschal aufgrund seiner Aufgabenträgerschaft – sondern nur dort wo Gefahren für die öffentliche Sicherheit eintreten.

#### *d) Unmittelbare staatliche Erfüllungsverantwortung*

Das Energiewirtschaftsrecht hat überwiegend ein präventives Gepräge.<sup>1302</sup> Sogar dann, wenn eine Störung positiv zu belegen ist und das Gesetz selbst von einer solchen ausgeht, wird in der Regel immer noch der Normalfall vorliegen. Hier bleibt es bei der Aufspaltung in privatwirtschaftliche Erfüllungsschuldner einerseits und den staatlichen

---

<sup>1300</sup> In diesem Sinne auch Maunz-Dürig/*Depenheuer*, Band VI, Art. 87a GG (2008), Rn. 17 ff.

<sup>1301</sup> *Ruffert*, AöR 1999, Band 124, S. 237, 248.

<sup>1302</sup> Vgl. „Energieversorgungssicherheit im weiten Sinn: Der Normalfall“, S. 165.

Gewährleistungsverantwortlichen andererseits.

Der Normalbetrieb ist von einem echten Störfall anhand der Ausdehnung und der Intensität des Versorgungsmangels abzugrenzen. Damit die subsidiäre unmittelbare staatliche Erfüllungsverantwortung aktiviert wird, müssen außergewöhnliche Umstände hinzutreten, die Störung muss etwa auf weitere Schutzgüter durchschlagen.<sup>1303</sup> Störfallrecht – und damit die Auffangverantwortung des Staates – ist, gleichermaßen aufschiebend wie auflösend, bedingt durch den Eintritt einer *Gefahr* für die Versorgungssicherheit im engeren Sinn. Das Begriffspaar Normalfall vs. Störfall ist perspektivisch geprägt von den Handlungszielen Prävention vs. Reaktion (bzw. Kuration).

Störfallrecht ist „Energiesicherheitsrecht im engeren Sinn“ und wird dort relevant wo Versorgungssicherheit in ihrem Kernbereich – wie er oben schon abstrakt definiert wurde – betroffen ist.<sup>1304</sup> Denn die Legitimation für das Eintreten des Staates ergibt sich aus den oben dargestellten gesetzlichen Grundlagen.<sup>1305</sup> Immer dort, wo ein Gesetz staatliche Stellen ausdrücklich als Adressaten und damit als Träger der Erfüllungsverantwortung einsetzt, wird deutlich, dass sie im Anwendungsbereich dieser Gesetze aus ihrer Gewährleistungsverantwortung heraus getreten sind und zur unmittelbaren Erfüllungsverantwortung übergehen können, vgl. §§ 3, 4 EnSiG.<sup>1306</sup>

Aus dem Zusammenspiel der geteilten Verantwortungsträgerschaft für die Sicherheit der Energieversorgung und der Überleitung der Letztverantwortung bei Vorliegen einer Gefahr im Rechtssinne<sup>1307</sup> ergibt sich, dass die formulierte Definition von Versorgungssicherheit im Energiesektor sowie die Differenzierung von Kern- und Randbereich tatsächlich im Einklang mit der gesetzgeberischen Auffassung steht. Dass das EnSiG die Energieversorgung selbst das Schutzgut aufnimmt, widerspricht auch nicht der oben aufgestellten These von der Definition des absoluten Kernbereichs. Die Gefahrenvorsorge, welche ihren Schwerpunkt im Regulierungs- und Planungsrecht

---

<sup>1303</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, § 1 EnSiG (2013), Rn. 25.

<sup>1304</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 11; vgl. „Zwischenergebnis zur Kernbereichsdefinition“, S. 98.

<sup>1305</sup> Vgl. „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215.

<sup>1306</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 15; Lippert, S. 694 f.

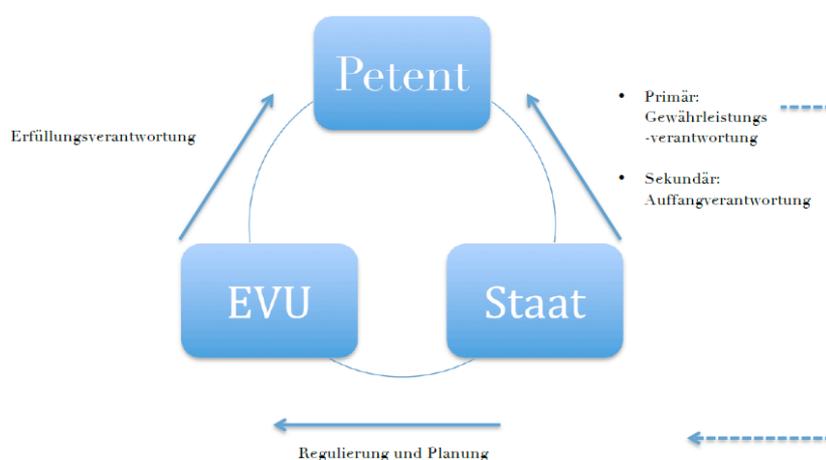
<sup>1307</sup> Zum Anwendungsbereich des EnSiG oben bei „Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für Störfälle in der Energiewirtschaft – Energiesicherungsgesetz (EnSiG)“, S. 218 ff.

hat,<sup>1308</sup> dient hauptsächlich dem Ausgleich von Marktdefiziten, die sich negativ zu Lasten einer versorgungssicheren Energielandschaft auswirken könnten. Ist die regulierte Energiewirtschaft nicht in der Lage, auf Missstände mit den ihr zur Verfügung stehenden Befugnissen zu reagieren, wechselt die Erfüllungsverantwortung in die Hände des Staates. Die Versorgungslage im Sinne des EnWG ist dann Teil der öffentlichen Sicherheit und Ordnung und wird damit selbst zu einem polizeilichen Schutzgut.<sup>1309</sup>

### 3. Zwischenergebnis zur praktischen Aufgabenerfüllung

Fehlt es an echten Rechtspflichten in Ansehung der Versorgungssicherheit, bleibt sie eine Leerformel. Die Zuordnung der Netzverantwortung zu einem Rechtssubjekt könnte für die Bewahrung der Energieversorgungssicherheit also kaum bedeutsamer sein.<sup>1310</sup>

Regulierungs- und Planungsrecht sind die „Vergegenständlichung“ der staatlichen Gewährleistungsverantwortung. Das abstrakte Modell vom Gewährleistungsstaat findet im Energierecht praktische Anwendung.



Erscheint die Übernahme von Gewährleistungsverantwortung zunächst als „Weniger“, ist gerade das Gegenteil der Fall. Die arbeitsteilige Aufgabenerfüllung bedeutet vor allem Risikostreuung. Das Zusammenspiel von privater Erfüllung und dem Korsett staatlicher

<sup>1308</sup> Dazu schon oben bei „Energieversorgungssicherheit im weiten Sinn: Der Normalfall“, S. 165.

<sup>1309</sup> So schon oben unter „Kollektivgüterschutz“, S. 97.

<sup>1310</sup> *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 8.

Gewährleistung setzt die Ausfallgefährlichkeit herab. Als Ausfallbürge trägt der Staat die Verantwortung für einen Zustand sicherer Versorgung. Versagen die kraft Gesetzes mit der Erfüllung betrauten Privatrechtssubjekte und ist die Versorgungssicherheit infolgedessen in ihrem Kernbereich nicht länger gewährleistet, so aktivieren sich die staatlichen Gefahrenabwehrbefugnisse- und Pflichten. Falls kurz- oder mittelfristige Maßnahmen den Normalbetrieb nicht wiederherzustellen vermögen, ist von der Gefahrenabwehr hypothetisch gleichfalls der Rückfall in die staatliche Erbringungsform umfasst.

Unter Zugrundelegung des gefahrenabwehrrechtlichen Kernbereichs<sup>1311</sup> bedarf es für die Kategorie der Auffangverantwortung keines branchenspezifischen Begründungsmodells. Insbesondere erübrigt sich eine Differenzierung nach staatlichen oder privaten Kernaufgaben zur Beantwortung der Frage, ob der Staat im Ernstfall als Garant für die Leistungserbringung persönlich einsteht. Vielmehr verdichtet sich jede denkbare Aufgabe ausnahmslos dann zu einer originär staatlich zu erbringenden, sobald sich bei Nichterfüllung die Befugnisse der Gefahrenabwehr aktivieren.

Davon unberührt bleibt indes die Frage, als wie kostenintensiv sich diese Teamarbeit herausstellt. Wenn über die Aufgabenerfüllung im Energierecht diskutiert wird, steht nicht so sehr der Zustand selbst in Frage, sondern viel eher, welcher Preis hierfür zu zahlen ist. Die Finanzierbarkeit von Versorgungssicherheit gibt der Frage nach der Letztverantwortung für eine sichere Versorgung unter den gegebenen Zuständen ihre eigentliche Brisanz.<sup>1312</sup>

## II. Vollzugskompetenz

In Anbetracht des Ansatzes der angestellten Untersuchung, ist es ebenfalls von wesentlichem Interesse, wie der Gesetzesvollzug durchgeführt wird. Im Energierecht wird von dem Grundsatz der Länderzuständigkeit abgewichen, vgl. §§ 54 Abs. 1 bis 3 EnWG. Die Kompetenzen der Landesregulierungsbehörden sind im Katalog des § 54 Abs. 2 EnWG aufgeführt. Sofern das Gesetz keine eindeutige Festlegung trifft, kommt

---

<sup>1311</sup> Siehe oben unter „Kernbereich“, S. 79, sowie unter „Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>1312</sup> *Gersdorf*, JZ 2008, 831 f.

der Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen („Bundesnetzagentur“) die Auffangkompetenz zu. Verfassungsrechtliche Grundlage ist der Kompetenztitel über die fakultativ bundeseigene Verwaltung, Art. 86, 87 Abs. 3 Alt. 1 GG.<sup>1313</sup>

Die Bundesnetzagentur ist eine selbständige Bundesbehörde im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, § 1 S. 2 BNetzAG. Unter anderem nimmt sie auf dem Gebiet des Rechts der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität und Gas, einschließlich des Rechts der erneuerbaren Energien im Strombereich, die Verwaltungsaufgaben des Bundes wahr, die ihr durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zugewiesen sind, § 2 Nr. 1 BNetzAG. Solche Zuweisungen i. S. d. §§ 2 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Nr. 1 BNetzAG finden sich beispielsweise in den §§ 54 Abs. 1, Abs. 3, 54 a Abs. 2, 56 EnWG und § 31 Abs. 1 NABEG.

### III. Individuelle Geltendmachung

Die Bestimmungen des EnWG alleine wären nicht viel mehr als eine Absichtserklärung, wenn sie nicht auch zwangsweise durchsetzbar sind.<sup>1314</sup> Rechtsschutz ist nach der Konzeption des EnWG, entsprechend der vorzufindenden Dreiecksbeziehung auf mehreren Ebenen vorgesehen.<sup>1315</sup>

#### 1. Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem EnWG

Aus dem Gewährleistungsmodell folgt, dass Ansprüche auf Primär- und Sekundärebene gegen den originären Erfüllungsschuldner, die Energieversorgungsunternehmen, zu richten sind. Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten die aus dem Energiewirtschaftsrecht herrühren sind beispielsweise solche über den Netzanschluss und den Netzzugang, Ansprüche auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz gemäß § 32 EnWG, Streitigkeiten über die Grundversorgung sowie alle denkbaren Ansprüche aus Energielieferverträgen oder Konzessionsverträgen. Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder

---

<sup>1313</sup> BT-Drs. 17/6073, S. 2; Steinbach/*Steinbach*, Einleitung, Rn. 68 f.

<sup>1314</sup> *Störting*, S. 39.

<sup>1315</sup> *Höppner*, S. 123; zu den Akteuren des energiewirtschaftlichen Handelns vgl. *Hermes*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 99, 101.

bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.

Dabei kommt es darauf an, ob die an der Streitigkeit beteiligten Parteien zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und ob sich der Träger hoheitlicher Gewalt der besonderen, ihm zugeordneten Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient oder ob er sich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt.<sup>1316</sup>

Für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die sich unmittelbar aus dem EnWG ergeben, sind die Landgerichte ausschließlich zuständig, §§ 102 ff. EnWG. Bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten aus dem EnWG sind also solche, welche die Rechtsbeziehung zwischen Netzbetreibern- und Netznutzern regeln. Um eine Streitigkeit „aus dem EnWG“, wie § 102 EnWG sie verlangt, handelt es sich, wenn der streitige Anspruch direkt und unmittelbar aus einer Bestimmung des EnWG folgt. Sinn und Zweck der Zuständigkeitskonzentration ist es energiewirtschaftliche Rechtsfragen möglichst spezialisierten Spruchkörpern zuzuweisen. Es ist deshalb im Hinblick auf § 102 EnWG nicht ausreichend, dass der Rechtsstreit nur im Zusammenhang mit dem EnWG steht. Tendenziell wird § 102 EnWG von der Rechtsprechung restriktiv angewandt. Die besondere Sachkunde wird nur dann für erforderlich gehalten, wenn es sich um Rechtsfragen mit grundsätzlicher Bedeutung handelt, nicht unbedingt jedoch bei individuellen Streitigkeiten über einzelvertragliche Zahlungsansprüche, da sich der Anspruch nicht unmittelbar aus dem EnWG, sondern aus dem Vertrag ergibt.<sup>1317</sup> Das zuständige Gericht bestimmt sich im Übrigen dann nach allgemeinen Grundsätzen, vgl. §§ 23, 72 Abs. 1 GVG.

#### *a) Positiver privatrechtlicher Herstellungsanspruch*

Wenn hier von einem positiven privatrechtlichen Herstellungsanspruch die Rede ist, sind damit Primäransprüche von Rechtssubjekten gemeint, die im EnWG begründet sind und mit der Verwirklichung von Versorgungssicherheit i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG im

---

<sup>1316</sup> BVerwG v. 23.07.1958 – 5 C 328.56, BVerwGE 7, 180, 182;  
Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes v. 10.07.1989 – GmS-OGB 1/88,  
BGHZ 108, 284, 287; BGH v. 18.03.1964 – V ZR 44/62, BGHZ 41, 264, 267.

<sup>1317</sup> EnWG/Hölscher, § 102 EnWG, Rn. 11.

Zusammenhang stehen und einen Teilausschnitt derselben repräsentieren.<sup>1318</sup> Leistungsansprüche, die von Einzelnen zur positiven (erstmaligen) Herstellung von Versorgungssicherheit im weiten Sinne erhoben werden, finden sich insbesondere in Teil 3 über die Regulierung des Netzbetriebs und Teil 4 über die Energielieferung an Letztverbraucher, denn es sind diese Abschnitte des EnWG, welche – in nicht abschließender Art und Weise – die Rechtsbeziehungen zwischen den privaten Akteuren regeln. Wer von wem unter welchen Voraussetzungen im Hinblick auf die Versorgungssicherheit eine Leistung verlangen kann ergibt sich aus all den Normen des EnWG, die Anspruchsnormen sind.

*aa) Freie Wahl der Netzebene?*

Praktische Relevanz hat der positivrechtliche Herstellungsanspruch insbesondere bei den Netzanschluss- und Netzzugangsbegehren, sie sind auf dem ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen, § 13 GVG.<sup>1319</sup>

Anlass von Rechtsstreiten ist regelmäßig die Frage der rechtmäßigen Anschlussverweigerung der Netzbetreiber, § 17 Abs. 2 EnWG. Die Netzebene hat für beide Seiten – sowohl den Anschlusspetenten als auch den Netzbetreiber – erhebliche wirtschaftliche Bedeutung. Lange war deshalb umstritten, ob der Anspruch auf Netzanschluss auch die freie Wahl der Netzebene umfasst. Netzbetreiber haben in diesen Fällen den Netzanschluss partiell, d. h. bezogen auf die konkret begehrten Netzebenen verweigert.<sup>1320</sup> Inzwischen ist höchstrichterlich geklärt, dass § 17 EnWG einen umfassenden Anspruch auf Netzanschluss in allen Netzebenen gewährt. Es kommt dem Anschlusspetenten zu, die Anschlussebene zu bestimmen. Der Netzbetreiber kann einem wirtschaftlich begründeten Anschlussbegehren vor allem nicht die technische Möglichkeit einer Versorgung in einer niedrigeren Spannungsebene entgegenhalten.<sup>1321</sup> Die Anschlussverweigerung steht nur dann im Einklang mit § 17 EnWG, wenn der

---

<sup>1318</sup> Vgl. hierzu ausführlich schon oben bei „Materiellrechtliche Lesart von Versorgungssicherheit im Energierecht“, S. 163 ff.

<sup>1319</sup> EnWG/Hölscher, § 102 EnWG, Rn. 6 f.

<sup>1320</sup> Danner/Theobald/Hartmann, Band 1, § 17 EnWG (2009), Rn. 36 ff.

<sup>1321</sup> BNetzA v. 05.09.2007 – BK6-07/ 022, S. 15 ff.; BNetzA v. 23.08.2007 – BK6-07/ 013; BGH v. 23.06.2009 – EnVR 48/ 08; ZNER 2009, 239, 240; BGH v. 28.06.2005 – KVR 27/04, BGHZ 163, 296 ff.; OLG Düsseldorf, v. 25.06.2008 – VI-3 Kart 210/07 (V), 3 Kart 210/07 (V), ZNER 2008, 238, 240; OLG München v. 03.08.2006 – U (K) 5768/05, ZNER 2006, 264 ff.; a. A. LG Nürnberg-Fürth v. 25.05.2007 – 4 HKO 3005/06, RdE 2007, 325, 327.

Netzbetreiber im Einzelfall darlegt und beweist, dass ihm der Netzanschluss aus betriebsbedingten Gründen unmöglich oder nicht zumutbar ist.<sup>1322</sup>

*bb) Anspruch auf Grund- und Ersatzversorgung*

Anschaulich wird der hier verwandte Begriff des Herstellungsanspruchs im Sinne eines gesetzlichen Primäranspruchs bei der sog. Grund- bzw. Ersatzversorgung, die in Teil 4 des EnWG über die Energielieferung an Letztverbraucher normiert ist. Zwischen den beiden Instituten besteht weitgehend Gleichlauf, sodass sie hier gemeinsam dargestellt werden. In jüngster Zeit hat ihre Bedeutung für die Versorgungssicherheit im Zusammenhang mit der Energieversorgung von geflüchteten Personen unerwartet Aufmerksamkeit aus einer neuen Perspektive erlangt.<sup>1323</sup> Grundversorgung umschreibt abstrakt den Zugang zu vitaler Infrastruktur und Dienstleistungen. § 36 EnWG bezweckt, dass Energie jedermann zu einem angemessenen Preis zur Verfügung steht. Sie ist somit sowohl Ausdruck des Kernbereichs von Versorgungssicherheit, insoweit die Ware überhaupt zugänglich gemacht wird, also auch des Randbereichs, da sie den finanziellen Aspekt mitregelt.<sup>1324</sup> Nach der Marktöffnung ist der Gesetzgeber 1998 nämlich davon ausgegangen, dass sich Haushaltskunden bei der Suche nach einem Energieversorgungsanbieter nach wie vor einem faktischen Monopol gegenüberstehen.<sup>1325</sup>

*(1) Anspruchsinhaber*

Aus diesem Grund haben Haushaltskunden, d. h. Letztverbraucher, die Energie überwiegend für den Eigenverbrauch im Haushalt oder für einen Jahresverbrauch von 10.000 Kilowattstunden nicht übersteigenden Eigenverbrauch für berufliche, landwirtschaftliche oder gewerbliche Zwecke kaufen, Anspruch auf eine Energiebelieferung im Rahmen der Grundversorgung.<sup>1326</sup> Sie werden automatisch, d. h. ohne eigenes Zutun in den Grundversorgungstarif eingruppiert, es sei denn, sie treffen keine eigene Entscheidung für einen alternativen Tarif oder Anbieter. Hierzu müssen sie

---

<sup>1322</sup> Dazu schon oben bei „Anschlussverweigerung“, S. 194 ff.

<sup>1323</sup> *Rauch*, EnWZ 2016, 63 ff.

<sup>1324</sup> *Kahle*, S. 225.

<sup>1325</sup> *Hermes*, Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 99, 111 f.; *Unberath/Fricke*, NJW 2007, 3601, 3602.

<sup>1326</sup> *Moser*, S. 217.

lediglich an das Netz der allgemeinen Versorgung in Niederspannung oder im Niederdruck angeschlossen sein. Der Anspruch richtet sich gegen den am jeweiligen Ort gelegenen Grundversorger, also das Energieversorgungsunternehmen, das die meisten Haushaltskunden in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert, vgl. § 36 Abs. 2 S. 1 EnWG. Zumeist sind das die kommunalen Stadtwerke.

Damit die Versorgung darüber hinaus auch im vertragslosen Zustand gesichert ist, bspw. im Übergangszeitraum im Falle eines Anbieterwechsels oder bei Insolvenz des Lieferanten, wird die Grundversorgung durch die Ersatzversorgung ergänzt, § 38 Abs. 1 S. 1 EnWG. Mit § 38 EnWG ist der Situation vorgesorgt, dass die Energieversorgung abrupt unterbrochen wird, weil sich – mangels vertraglicher Grundlage – kein Energieversorger verantwortlich fühlt. Der Grundversorger übernimmt die Ersatzversorgung in jedem Fall bis zu einer Dauer von maximal drei Monaten, § 38 Abs. 2 S. 1 EnWG. Nach tatenlosem Ablauf dieses Zeitraums kommt bei fortgesetztem Verbrauch von Energie wiederum ein Grundversorgungsvertrag zustande.

Das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien des Grundversorgungsvertrags ist in der StromGVV detailliert vorgegeben, vgl. § 39 Abs. 2 EnWG. Der Grundversorger kann lediglich dort, wo eine Regelung durch die StromGVV fehlt oder eine Öffnungsklausel enthalten ist, sog. ergänzende Bedingungen stellen. Das ist zum Beispiel im Hinblick auf Mahn- und Inkassokosten der Fall. Die allgemeinen Preise und Bedingungen sind also durch die StromGVV vorgegeben. Trotzdem sind sie von dem Grundversorger zu veröffentlichen, § 36 Abs. 1 EnWG. Die *Allgemeinen Bedingungen* regeln, wie der Name bereits nahelegt, die wesentlichen Konditionen des Grundversorgungsvertrags. Dazu zählen insbesondere Art und Umfang der Versorgung im laufenden Vertragsverhältnis, die Aufgaben und Rechte des Grundversorgers, sowie die Abrechnung der Energielieferung und die Beendigung des Grundversorgungsvertrages. Sobald das Grundversorgungsverhältnis begründet wurde richtet sich die Gegenleistungspflicht der Haushaltskunden entsprechend nach den Allgemeinen Preisen. Auf die Ersatzversorgung finden Regelungen der StromGVV ebenfalls Anwendung, § 3 Abs. 1 StromGVV.

## (2) *Ausnahmen von der Grundversorgungspflicht*

Unter Umständen hat ein Haushaltskunde ausnahmsweise keinen Anspruch auf die Grundversorgung. Eine Pflicht zur Grundversorgung besteht nicht, wenn die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen aus wirtschaftlichen Gründen nicht zumutbar ist, § 36 Abs. 1 S. 2 EnWG, sowie in den Fällen des § 37 EnWG.

*i. Wirtschaftliche Unzumutbarkeit*

Die Pflicht zur Grundversorgung besteht ausnahmsweise nicht, wenn die Versorgung für das Energieversorgungsunternehmen wirtschaftlich nicht zumutbar ist, § 36 Abs. 1 S. 2 EnWG. In der Regel liegen die Gründe für diesen Ausschlussgrund in der Person des Haushaltskunden, d. h. Zahlungsunfähigkeit oder –Unwilligkeit, Zahlungsrückstände, fehlende Kreditwürdigkeit sowie vorangegangene Fälle des Energiediebstahls. Besteht ein Zahlungsrisiko kann der Grundversorger zur Abwendung des Inkassorisikos von dem Haushaltskunden auch Vorauszahlungen und Sicherheitsleistungen verlangen. Kraft des Verweises in § 38 Abs. 1 EnWG gilt die Ausnahme der wirtschaftlichen Unzumutbarkeit auch für die Ersatzversorgung.

*ii. Eigen- oder Drittversorgung*

Keinen Anspruch auf Grundversorgung hat, wer zur Deckung des Eigenbedarfs eine eigene Erzeugungsanlage nutzt oder sich von einem Dritten versorgen lässt, § 37 Abs. 1 EnWG. Bei einer Eigenerzeugungsanlage kommt es insofern nicht darauf an, wer diese im technischen Sinne betreibt. Eine Ausnahme von der Ausnahme sieht allerdings § 37 Abs. 1 S. 3 EnWG vor. Sofern der Kunde nämlich nur eine Notversorgung parat hält oder eine Kraft-Wärme-Kopplungsanlage bis zu einer Leistung von 50 kW bzw. einer Anlage zur Gewinnung von Energie aus erneuerbaren Quellen betreibt, bleibt der Anspruch auf Grundversorgung gemäß § 36 Abs. 1 EnWG erhalten. Das Notstromaggregat darf hierfür jedoch wirklich nur in seiner designierten Funktion betrieben werden, d. h. zur Deckung des Eigenbedarfs bei einem Ausfall der öffentlichen Versorgung. Im Übrigen darf es nur 15 Stunden pro Monat zur Erprobung betrieben werden.

*iii. Reserve- und Zusatzversorgung*

Die Ausnahme von der Grundversorgung nach § 37 Abs. 1 EnWG ist allerdings kein absoluter Ausschlussgrund. Hat eine Haushaltskunde trotz autarker Bedarfsdeckung Interesse an der Grundversorgung – bspw. zwecks einer Reserveversorgung, die im Falle des Ausfalls oder der Wartung der Eigenerzeugung eintritt – kann er sie auch weiterhin nachfragen. Unter diesen Gegebenheiten ist die Reserveversorgung dem Energieversorgungsunternehmen allerdings nur dann zuzumuten, wenn sie den gesamten Eigenbedarf umfasst und ein fester, von der jeweils gebrauchten Energiemenge

unabhängiger angemessener Leistungspreis<sup>1327</sup> mindestens für die Mindestvertragslaufzeit eines Jahres bezahlt wird, § 37 Abs. 2 EnWG.

Innerhalb der Grenzen des Zumutbaren kann ein Haushaltskunde auch eine Zusatzversorgung verlangen, das gilt vor allem dann, falls die alternative Versorgung den Eigenbedarf nicht vollständig deckt. Der Anspruch aus § 36 Abs. 1 EnWG wird dann von § 37 Abs. 1 EnWG nicht ausgeschlossen, sondern – wiederum unter Berücksichtigung des wirtschaftlich zumutbaren Maßes – lediglich entsprechend der gegebenen Umstände angepasst.

#### *b) Unterlassungsanspruch und Schadensersatzpflicht*

Auch auf Sekundärebene, d. h., wenn es um Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche wegen Zuwiderhandlung gegen gesetzliche Bestimmungen bzw. Nicht- oder Schlechtleistung geht, sind die originären Erfüllungsschuldner in Anspruch zu nehmen. Prinzipiell sind unzählige Pflichtverletzungen, sowohl leistungs- als auch nichtleistungsbezogener Art, denkbar. Hier wird – dem Untersuchungsgegenstand entsprechend – einerseits die Haftung bei Verstoß gegen Vorschriften der Zugangsregulierung, andererseits die vertragliche Haftung bei Versorgungsstörungen in den Blick genommen.

#### *aa) Zivilrechtliche Haftung bei Verstoß gegen Zugangsregulierung*

Der energiewirtschaftliche Zivilschutz gemäß § 32 EnWG beruht, anders als die meisten Vorschriften die mit der Zugangsregulierung im Zusammenhang stehen, nicht auf europäischem Sekundärrecht, sondern ist vielmehr eine sektorspezifische Ausformung von § 33 GWB.<sup>1328</sup> Eine parallele Vorschrift findet sich für den Bereich der Telekommunikation in § 44 TKG.

#### *(1) Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch*

Wer gegen eine Vorschrift der Abschnitte 2 und 3, eine auf Grund der Vorschriften dieser Abschnitte erlassenen Rechtsverordnung oder eine auf Grundlage dieser Vorschriften

---

<sup>1327</sup> Schneider/Theobald/de Wyl/Soetebeer, § 11, Rn. 224.

<sup>1328</sup> BT-Drs.15/3917, S. 63; EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 1.

ergangene Entscheidung der Regulierungsbehörde verstößt, ist dem Betroffenen gemäß § 32 Abs. 1 S. 1 EnWG zur Beseitigung einer Beeinträchtigung und bei Wiederholungsgefahr zur Unterlassung verpflichtet.

*i. Parteien des Schuldverhältnisses*

Anspruchsgegner kann also nur derjenige sein, den die tatbestandlich in Bezug genommenen Pflichten treffen, nämlich die Betreiber von Energieversorgungsnetzen.<sup>1329</sup>

Anspruchsinhaber sind zunächst all diejenigen, welche durch den Verstoß *betroffen* werden, § 32 Abs. 1 S. 1 EnWG. Zur Auslegung des Begriffs des „Betroffenen“ kann zur Orientierung auf die Legaldefinitionen in GWB und TKG zurückgegriffen werden. Hiernach gilt derjenige als betroffen, der als Mitbewerber oder sonstiger Marktbeteiligter durch den Verstoß beeinträchtigt wird, §§ 33 Abs. 1 S. 3 GWB, 44 Abs. 1 S. 3 TKG. In diesem Zusammenhang stellt § 32 Abs. 1 S. 4 EnWG klar, dass die Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 auch dann dem Schutz anderer Marktteilnehmer dienen, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet, § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG.<sup>1330</sup> Mittels § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG können bei einem Verstoß der Netzbetreiber deshalb auch alle indirekten Abnehmer Ansprüche geltend machen. Nach dem gesetzgeberischen Willen gilt das auch für Letztverbraucher, die unter den Begriff der „Marktbeteiligten“ zu subsumieren sind.<sup>1331</sup>

§ 32 Abs. 2 EnWG eröffnet darüber hinaus die Möglichkeit zu einer Verbandsklage. Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche nach § 32 Abs. 1 EnWG können auch von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen geltend gemacht werden. Der Verband muss sich allerdings an einschränkenden Voraussetzungen messen lassen, die als doppelrelevante Tatsache sowohl bei der Prozessführungsbefugnis als auch bei der materiellrechtlichen Aktivlegitimation relevant sind.<sup>1332</sup> Zum einen muss dem fraglichen Verband eine *erhebliche* Zahl von Unternehmen angehört die Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben. Mehr als auf die bloße Anzahl

---

<sup>1329</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 7.

<sup>1330</sup> Damit erübrigt sich, dank des eindeutigen Wortlautes von § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG, auch die Diskussion darüber, ob der Verzicht auf das Schutzgesetzfordernis aus dem GWB auch auf § 32 EnWG übertragbar ist, vgl. EnWG/Robert, § 32 ENWG, Rn. 10.

<sup>1331</sup> BT-Drs.15/3917, S. 63.

<sup>1332</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 12.

seiner Mitglieder, kommt es hierbei darauf an, ob diese den betroffenen Wettbewerbsbereich aufgrund ihrer Marktbedeutung in qualitativer Hinsicht repräsentativ vertreten.<sup>1333</sup> Der Verband muss außerdem nach seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sein, seine satzungsmäßige (Haupt-) Aufgabe – welche in der *Verfolgung gewerblicher oder selbständiger beruflicher Interessen* bestehen muss – tatsächlich wahrzunehmen.<sup>1334</sup> Schließlich muss die Zuwiderhandlung im konkreten Einzelfall auch die Interessen ihrer Mitglieder berühren.

ii. *Tatbestandsmäßige Handlung*

Ohne dass es auf ein Verschulden der Netzbetreiber ankommt, ist der Tatbestand bei jedem Verstoß gegen die Vorschriften der Zugangsregulierung, wie sie sich aus den §§ 17 ff. EnWG, den darauf beruhenden Verordnungen bzw. eine auf dieser Grundlage ergangenen Entscheidungen der Regulierungsbehörde, verwirklicht. Der Anspruch besteht sogar bereits dann, wenn eine Zuwiderhandlung droht, § 32 Abs. 1 S. 2 EnWG. Ein Anspruch ist hier – anders als das im Geltungsbereich des § 33 Abs. 1 GWB der Fall ist – nicht deswegen ausgeschlossen, weil der andere Marktbeteiligte an dem Verstoß mitgewirkt hat, vgl. § 32 Abs. 1 S. 4 EnWG.<sup>1335</sup>

Die Beeinträchtigung des Betroffenen muss ferner auch auf dem Verstoß beruhen. Hinsichtlich der kausalen Verknüpfung ist auf die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln zurückzugreifen.<sup>1336</sup> Die Beweislast richtet sich ebenfalls nach allgemeinen Grundsätzen, jede Partei hat die für sie günstigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen.<sup>1337</sup>

iii. *Rechtsfolge – Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung*

Aus § 32 Abs. 1 EnWG lassen sich drei ineinandergreifende Rechtsfolgen herleiten.

Hält die Beeinträchtigung aktuell noch an, besteht ein Anspruch auf Beseitigung derselben, vgl. § 32 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 EnWG. Dies bedeutet, dass die Störung abzustellen ist, eine etwaige Folgenbeseitigung ist allerdings über den Schadensersatzanspruch nach

---

<sup>1333</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 14.

<sup>1334</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 13, 16.

<sup>1335</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 20.

<sup>1336</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 19; EnWG 2005-Kommentar, § 32 EnWG, Rn. 27; Palandt/Grüneberg, vor § 249 BGB, Rn. 24 ff.

<sup>1337</sup> BT-Drs.15/3917, S. 63; im Einzelnen vgl. EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 25.

§ 32 Abs. 3 EnWG abzuwickeln.<sup>1338</sup>

Wenn die konkrete Beeinträchtigung zwar abgestellt ist, jedoch konkrete objektive Tatsachen vorliegen, die für einen zukünftigen erneuten Verstoß gleicher Art sprechen und so eine Wiederholungsgefahr begründen, ist ein Anspruch auf künftige Unterlassung der Beeinträchtigung gegeben, § 32 Abs. 1 S. 1 Alts. 2 EnWG.

§ 32 Abs. 1 S. 2 EnWG stellt außerdem einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch für den Fall zur Verfügung, dass der Verstoß noch nicht positiv festzustellen ist, jedoch bereits in der nahen Zukunft droht. Hierfür bedarf es – wie bei der Wiederholungsgefahr – objektiver Tatsachen die diese Bedenken stützen.<sup>1339</sup>

## (2) Schadensersatzanspruch

Der Schadensersatzanspruch nach den §§ 32 Abs. 3 bis Abs. 5 EnWG hat einerseits den Zweck, einen wirksamen Ausgleich für den Geschädigten sicherzustellen und andererseits bei den potenziellen Schuldnern einen abschreckenden Effekt zu erzielen.<sup>1340</sup>

Die Parteien des Schuldverhältnisses sind die gleichen wie im Rahmen von § 32 Abs. 1 EnWG, auf den § 32 Abs. 3 EnWG Bezug nimmt. Deshalb sind insbesondere auch Letztverbraucher in den Kreis möglicher Gläubiger des Schadensersatzanspruchs einbezogen.<sup>1341</sup>

### i. Tatbestandsvoraussetzungen

Das tatbestandsmäßige Verhalten ist § 32 Abs. 1 S. 1 EnWG zu entnehmen.<sup>1342</sup> Der Verstoß muss ursächlich für den monierten Schaden sein. Unterschiede zum Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch ergeben sich auf Tatbestandsseite vor allem insoweit, als die Schadensersatzhaftung eine vorsätzliche oder zumindest fahrlässige

---

<sup>1338</sup> L/B/Bornkamm, § 33 GWB, Rn. 92; BerlK-TKG/Rugullis, § 44 TKG, Rn. 23.

<sup>1339</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 24; HK/Kohhoff/Gabel, § 8 UWG, Rn. 29; EnWG 2005-Kommentar, § 32 EnWG, Rn. 12; BK-TKG/Rugullis, § 44 TKG, Rn. 25; Palandt/Herrler, § 1004 BGB Rn. 32.

<sup>1340</sup> EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 2; BT-Drs.15/3640, S. 35 zu § 33 III GWB; für verspätete Anbindung oder Leistungsmängel normieren die §§ 17e bis 17h EnWG ein interessengerechtes, spezialgesetzliches Haftungssystem, vgl. etwa Wiederholt/Bode/Reuter NVwZ 2012, 1207, 1209; Thole, RdE 2013, 53, 57 ff.

<sup>1341</sup> Hierzu ausführlich EnWG/Robert, § 32 EnWG, Rn. 28 ff.

<sup>1342</sup> Moser, S. 250.

Zu widerhandlung des Anspruchsgegners, mithin ein Verschulden i.S.v. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB, voraus.<sup>1343</sup>

*ii. Tatbestandswirkung einer Entscheidung der Regulierungsbehörde*

Ging dem zivilrechtlichen Schadensersatzverlangen eine bestandskräftige Entscheidung der Regulierungsbehörde voraus, die darin einen Rechtsverstoß festgestellt hat, ist das erkennende Zivilgericht in der ihm vorliegenden sog. „follow-on Klage“ daran gebunden, vgl. § 32 Abs. 4 S. 1 EnWG. Gleiches gilt natürlich auch für entsprechende rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die aufgrund einer Anfechtung einer solchen behördlichen Entscheidung ergangen sind, vgl. § 32 Abs. 4 S. 2 EnWG.<sup>1344</sup> Die Tatbestandswirkung beschränkt sich jedoch allein auf das Vorliegen eines Missbrauchs, alle weiteren Tatbestandsvoraussetzungen unterliegen weiterhin der freien Beweiswürdigung des Zivilgerichts.<sup>1345</sup> Der Vorteil für die Geschädigten ist dennoch enorm, da ihnen mittelbar der Amtsermittlungsgrundsatz zu Gute kommt.

*iii. Schadensermittlung*

Die Schadensermittlung erfolgt nach Maßgabe von § 287 ZPO.<sup>1346</sup>

*bb) Vertragliche Haftung bei Versorgungsstörungen und Eingriffsmaßnahmen*

Wenn Versorgungsstörungen Schadensfälle auslösen, stellt § 280 Abs. 1 BGB die zutreffende Anspruchsgrundlage für eine vertragliche Haftung des Energieversorgers dar.<sup>1347</sup> Das haftungsrelevante Schuldverhältnis ist danach zu bestimmen, auf welcher Ebene der Wertschöpfungskette die schuldhaftige Pflichtverletzung stattgefunden hat. Die strenge Abstraktion von Anschluss- und Netznutzung setzt sich hier fort.<sup>1348</sup> Alle Netzverträge – der Lieferantenrahmen- und der Netznutzungsvertrag sowie der Netzanschluss- und Anschlussnutzungsvertrag – stellen somit grundsätzlich ein

---

<sup>1343</sup> Bartsch/vom Wege, EnWZ 2014, S. 152; Risse/Haller/Schilling, NVwZ 2012, 592, 596.

<sup>1344</sup> EnWG/Robert, §. 32 EnWG, Rn. 4.

<sup>1345</sup> EnWG/Robert, §. 32 EnWG, Rn. 35.

<sup>1346</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 64; Behr/Gorn, N&R 2009, 2, 6.

<sup>1347</sup> Bartsch/vom Wege, EnWZ 2014, 152; Moser, S. 243; Schwintowski, EWeRK 2012, 131, 132.

<sup>1348</sup> Vgl. zur Unterscheidung zwischen Netzanschluss und –Nutzung oben bei „Zugangsregulierung – ein gesamtheitlicher Ansatz“, S. 187.

Schuldverhältnis i. S. v. § 280 Abs. 1 S. 1 BGB und somit eine taugliche Haftungsgrundlage dar.<sup>1349</sup>

*(1) Vorwerfbare Pflichtverletzung*

Eine haftungsbegründende Pflichtverletzung kann sich aus dem gesamten Spektrum dessen ergeben, was im Rahmen der jeweiligen Vertragsbeziehung geschuldet ist, namentlich also aus den Hauptleistungspflichten, sowie allen leistungs- und nichtleistungsbezogenen Nebenpflichten.<sup>1350</sup> Das schließt alle Pflichten im Zusammenhang mit dem Netzbetrieb ein, die auf normativen Vorgaben des EnWG bzw. der NAV beruhen oder sich unmittelbar hieraus ergeben, bspw. die Pflicht zur Aufrechterhaltung der Systemsicherheit nach § 13 EnWG.<sup>1351</sup>

Die Haftung geht also selbstverständlich nur so weit, wie das Pflichtenprogramm der Netzbetreiber tatsächlich reicht.<sup>1352</sup> Falls eine Leistungspflicht nicht besteht oder vorübergehend ruht, fehlt es tatbestandlich bereits an einer Pflichtverletzung.<sup>1353</sup> Führt der Netzbetreiber also zulässige Maßnahmen durch, handelt er auch nicht pflichtwidrig. Dies gilt vor allem für Maßnahmen im Rahmen der Systemverantwortung nach § 13 EnWG und §§ 17, 24 NAV.<sup>1354</sup> Erfordert die Gefährdung oder Störung Notfallmaßnahmen nach § 13 Abs. 2 EnWG, wie etwa Anpassungen sämtlicher Stromeinspeisungen, Stromtransite und Stromabnahmen in der betroffenen Regelzone, ist ein Ruhen der Leistungspflichten sogar ausdrücklich angeordnet, § 13 Abs. 5 S. 1 EnWG. Den Netzbetreibern kommt hierbei, im Lichte der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG, ein weiter Einschätzungsspielraum zu. Bei „Binnenkonflikten“ muss also gegebenenfalls das individuelle Versorgungsanliegen eines Einzelnen zu Gunsten des kollektiven Schutzgutes der Energieversorgung „an sich“ zurückstellen. Die Rechtmäßigkeit der durchgeführten Maßnahme wird ex-ante beurteilt. Das Risiko einer Fehleinschätzung trägt der Vertragspartner. Der Systemsicherheit gebührt, unter Zugrundelegung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG der Vorrang.<sup>1355</sup>

Der Schuldner kann für eine vertragliche Pflichtverletzung nach allgemeinen Grundsätzen

---

<sup>1349</sup> Bartsch/vom Wege, EnWZ 2014, 152.

<sup>1350</sup> Palandt/Grüneberg, § 280 BGB, Rn. 12.

<sup>1351</sup> Bartsch/vom Wege, EnWZ 2014, 152, 153.

<sup>1352</sup> OLG Hamm v. 08.05.2013 – 11 U 145/12, IR 2013, 179.

<sup>1353</sup> Danner/Theobald/Hartmann/ Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 2.

<sup>1354</sup> Danner/Theobald/Hartmann/ Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 28 f.

<sup>1355</sup> Dazu schon oben bei „Kollektivgüterschutz“, S. 97.

nur dann haftbar gemacht werden, wenn er sie verschuldet hat d. h., wenn ihm insoweit ein Vorsatz- bzw. Fahrlässigkeitsvorwurf gemacht werden kann, vgl. § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.<sup>1356</sup> Der Geschädigte muss allein die Pflichtverletzung und den Schaden darlegen und beweisen. Gelingt ihm dies, wird der haftungsbegründende Verschuldensmaßstab zu seinen Gunsten widerleglich vermutet, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB.

Will sich der Schuldner entlasten, muss er den Beweis erbringen, dass ein solches Verschulden in Ansehung der vorgeworfenen Pflichtverletzung nicht zutrifft. Dieser Entlastungsbeweis wird den Netzbetreibern durch § 11 Abs. 1 a S. 4 EnWG hinsichtlich der Pflicht zur Bereithaltung eines angemessenen Schutzes gegen Bedrohungen für Telekommunikations- und elektronische Datenverarbeitungssysteme die für einen sicheren Netzbetrieb erforderlich sind, erleichtert. Die ordnungsgemäße Pflichterfüllung wird vermutet, sofern der von der Regulierungsbehörde veröffentlichte Katalog an Sicherheitsanforderungen eingehalten und dies dokumentiert wird, vgl. § 11 Abs. 1 a S. 4 EnWG. Eine ähnliche Regelung findet sich im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb von Energieanlagen in § 49 Abs. 2 Nr. 1 EnWG. Die Pflicht zur Einhaltung der allgemein anerkannten Regeln der Technik wird danach vermutet, wenn bei Anlagen zur Erzeugung, Fortleitung und Abgabe von Elektrizität die technischen Regeln des Verbandes der Elektrotechnik Elektronik Informationstechnik e.V. eingehalten wurden. Ein Verschulden scheidet dann aus.<sup>1357</sup>

## (2) Haftungsprivileg für typische Versorgungsstörungen

Das allgemeine zivilrechtliche Haftungsregime für Leistungsstörungen wird – was das Einstehenmüssen der Energieversorgungsunternehmen für typische Versorgungsstörungen angeht – modifiziert, vgl. §§ 18 NAV, 25a StromNZV.

### i. Hintergrund

Der Netzbetrieb ist eine besonders gefahr- und schadensgeneigte Tätigkeit. Allein seine technische Komplexität erhöht die Fehlerrate. Ferner multipliziert sich die Unberechenbarkeit von Schadensfällen auch durch die Organisation im Netzverbund. Betriebsstörungen in einer Regelzone können sich ohne weiteres in einer anderen

---

<sup>1356</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 276 BGB, Rn. 5.

<sup>1357</sup> *Bartsch/vom Wege*, EnWZ 2014, 152, 153.

fortsetzen. Die Netzbetreiber haben auch keinen Überblick darüber, wie das bezogene Produkt verwendet wird. Eine realistische Schadenskalkulation ist so praktisch ausgeschlossen.<sup>1358</sup>

Brächte man das Haftungsregime der §§ 280 ff. BGB zur Anwendung, ohne diesen Besonderheiten Rechnung zu tragen, so trüge diese wirtschaftliche Unternehmung ein unkalkulierbares und kaum zu versicherndes Haftungsrisiko in sich. Es wären enorme Rückstellungen und Versicherungsprämien notwendig, um dieses aufzufangen – was sich unmittelbar in den Netzentgelten niederschlagen würde. Das allgemeine Interesse an einer kostengünstigen Energieversorgung, auf der einen sowie das mit ihr verbundene hohe Betriebsrisiko auf der anderen Seite, lassen sich mit den allgemeinen zivilrechtlichen Haftungsgrundsätzen nicht zugleich vereinbaren. Besonders im Hinblick auf die Zielvorgabe einer preisgünstigen Energieversorgung, vgl. § 1 Abs. 1 EnWG, die sich im Randbereich mit der Versorgungssicherheit im „klassischen“ Sinne überschneidet, muss also ein Ausgleich geschaffen werden.<sup>1359</sup>

#### ii. Anwendungsbereich

Seitdem die Energiewirtschaft entflochten ist, trifft deshalb § 18 NAV im Verhältnis des Netzbetreibers zu dem jeweiligen Anschlussnehmer hierzu eine Regelung.<sup>1360</sup> Auf die Vertragsbeziehung zwischen Netzbetreiber und Netznutzer findet § 18 NAV entsprechende Anwendung, vgl. § 25 a StromNZV.<sup>1361</sup> So ist sichergestellt, dass die Haftung zwischen Netzbetreiber, Energielieferant und Letztverbraucher ohne Rücksicht auf die schuldrechtliche Vertragsgestaltung einheitlich zu beurteilen ist.<sup>1362</sup> Für die Mittel- und Hochspannung wird die entsprechende Geltung von § 18 NAV regelmäßig vertraglich vereinbart.<sup>1363</sup> Getragen von der Überlegung, dass sich Netzkunden, die auf eine zuverlässige Versorgung in besonderem Maße angewiesen sind, sich eigens gegen schädigende Ereignisse versichern zu können, stellt eine solche, von den Netzbetreibern

---

<sup>1358</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 3, 5.

<sup>1359</sup> BGH v. 25.02.1998 – VIII ZR 276–96, NJW 1998, S. 1640, 1644;  
Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 5, 8.

<sup>1360</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 57.

<sup>1361</sup> Unberath/Fricke, NJW 2007, 3601, 3605.

<sup>1362</sup> BR-Drs. 367/06, S. 73; die Haftung des Grundversorgers als Stromlieferant regelt § 6 III Strom GVV, Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 20.

<sup>1363</sup> Bartsch/vom Wege, EnWZ 2014, 152, 154.

gestellte, formularmäßige Vereinbarung weder eine überraschende Klausel noch eine unangemessene Benachteiligung gegenüber dem jeweiligen Vertragspartner dar.<sup>1364</sup>

Erleidet ein Anschlussnutzer auf Grund eines Ereignisses, welches nicht auf einer *Störung des Netzanschlusses selbst*, sondern vielmehr einer Störung *im Netz* beruht, einen Schaden findet § 18 NAV keine unmittelbare Anwendung. Denn die Verordnung geht davon aus, dass es bei der Ermittlung der richtigen Anspruchsgrundlage nicht auf die Person des Geschädigten, sondern auf die örtliche Belegenheit der Störung ankommt.<sup>1365</sup>

Sind Anschlussnutzer und Anspruchsteller personenidentisch, kann also nicht unbedingt direkt auf § 18 NAV abgestellt werden – auch wenn sich für den Betroffenen jede Netzstörung auch als Anschlussstörung darstellt. Ein Anspruch besteht gleichwohl, der Netznutzungsvertrag entfaltet insoweit Schutzwirkung zugunsten Dritter.<sup>1366</sup>

Gemäß dem, von den Netzbetreibern geschuldeten Pflichtenprogramm, wie die §§ 11 EnWG es vorschreiben, sind sie verantwortlich für die Funktionsfähigkeit des Netzes.<sup>1367</sup> Die angestellten Überlegungen zum Betriebsrisiko und der Notwendigkeit einer abgestuften Haftung tragen entsprechend auch nur dort, wo sich dieses überhaupt in dem Zurückbleiben hinter der geschuldeten Leistung verwirklichen kann.<sup>1368</sup> § 18 NAV findet daher nur dann Anwendung, soweit sich die Pflichtverletzung in der Sphäre typischer Versorgungsstörungen abspielt. Sie muss also in einer vorwerfbaren Unterbrechung bzw. Unregelmäßigkeit der Versorgung bestehen.<sup>1369</sup> Falls der durchgängige und uneingeschränkte Zugriff auf die vertraglich geschuldete Leistung, die Anschluss- bzw. Netznutzung, nicht jederzeit möglich ist, spricht man von *Versorgungsunterbrechung*. Ist (nur) die Qualität der Leistung, bspw. Frequenzschwankungen und Spannungsabfall, gemindert, von einer *unregelmäßigen Versorgung*.

Voraussetzung ist ebenfalls die Berechtigung zur Anschlussnutzung, § 3 NAV. Obgleich Inhalt der Anschlussnutzung allein das Recht zur Nutzung des Netzanschlusses zur

---

<sup>1364</sup> BNetzA, *Beschlusskammer 6* – BK6 p-07-013;

Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 3 f.

<sup>1365</sup> Kritisch hierzu Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 23.

<sup>1366</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 21 ff.

<sup>1367</sup> Vgl. oben bei „Allgemeine Betriebspflicht der Netzbetreiber“, S. 172; Kahle, S. 212.

<sup>1368</sup> Vgl. „Vorwerfbare Pflichtverletzung“, S. 252.

<sup>1369</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 16 NAV (2014), Rn. 11; ders. § 18 NAV (2014), Rn. 57

Entnahme von Elektrizität ist und weder die Belieferung mit Energie noch der Zugang zu den Elektrizitätsversorgungsnetzen nach § 20 EnWG davon umfasst sind, vgl. § 3 Abs. 1 NAV, bestehen Querverbindungen. Das Anschlussnutzungsverhältnis kommt gemäß § 3 Abs. 2 NAV nämlich durch die Entnahme von Elektrizität aus dem Verteilernetz nur unter den Voraussetzungen zustande, dass der Anschlussnutzer spätestens im Zeitpunkt der erstmaligen Entnahme eine vertragliche Grundlage geschaffen hat und ihm oder dessen Lieferanten ein Recht auf Netzzugang zusteht.<sup>1370</sup> Nur so ist gewährleistet, dass der Netzbetreiber Anspruch auf das Entgelt für den Netzzugang hat, § 21 EnWG.<sup>1371</sup> Andernfalls fehlt es an einem gesetzlichen Anschlussnutzungsverhältnis zum Netzbetreiber und damit an einer Grundlage für eine vertragliche Haftung.

Eine etwaige deliktische Haftung des Netzbetreibers bleibt natürlich auch im Falle unberechtigter Nutzung möglich. Je nach Einzelfall ist hier dann hinsichtlich der Anspruchshöhe ein Mitverschulden nach § 254 BGB bzw. die Grundsätze von Treu und Glauben, § 242 BGB, anspruchsmindernd zu berücksichtigen.<sup>1372</sup>

Für alle übrigen Pflichtverletzungen bleibt es bei den allgemeinen zivilrechtlichen Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Beachtlich sind dann ggf. formularvertragliche Haftungsmodifikationen.<sup>1373</sup>

### iii. *Schadenskategorien*

Anders als §§ 249 ff. BGB unterscheidet die NAV nicht zwischen Vermögens- und Nichtvermögensschäden, sondern untechnisch zwischen *Sach- und Vermögensschäden*. In diesem Sinne ist unter einem Sachschaden der unmittelbare, gegenständliche, Schaden zu verstehen. Mittelbare Folgeschäden, etwa entgangener Gewinn und Nutzungsausfall, sind demgegenüber als Vermögensschaden zu subsumieren.<sup>1374</sup> Für Personenschäden ist keine Haftungserleichterung vorgesehen.<sup>1375</sup>

---

<sup>1370</sup> § 38 EnWG hilft im Falle der Ersatzversorgung insoweit ausnahmsweise über einen fehlenden Netzanschlussvertrag hinweg.

<sup>1371</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 2, 10 ff., 57 f.

<sup>1372</sup> BR-Drs. 367/06, S. 54; Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 60 f.; zur deliktischen Haftung sogleich unten bei „Deliktische Haftung“, S. 258.

<sup>1373</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 8.

<sup>1374</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 32.

<sup>1375</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 44.

*iv. Angepasster Haftungsmaßstab und Höchstsummenhaftung*

Je nachdem, welche Schadenskategorie in Rede steht, sieht die Verordnung eine Verschiebung des Haftungsmaßstabes zu Gunsten des Schädigers vor. Was die Rechtsfolgenseite angeht, ist eine Summengrenze vorgesehen. Selbst wenn eine Haftung dem Grunde nach besteht, wird der Geschädigte nur bis zu den vorgegebenen Deckungssummen kompensiert. Die Netzbetreiber sollen, auch der Höhe nach, nicht unbeschränkt haften.

*Sachschäden*

Sachschäden, welche kausal auf einer (einfach) fahrlässig herbeigeführten Pflichtverletzung beruhen, werden dem jeweiligen Gläubiger nur bis zu einem Betrag von jeweils 5.000 € ersetzt, § 18 Abs. 2 S. 1 NAV. Neben der Beschränkung des individuellen Ersatzanspruchs im Falle einfacher Fahrlässigkeit sieht § 18 Abs. 2 S. 2 NAV eine globale Haftungsbeschränkung vor, falls die Pflichtverletzung jedenfalls nicht vorsätzlich verursacht wurde. Der Cap variiert je nach der Anzahl, der an das eigene Netz angeschlossenen Anschlussnehmer von 2,5 Mio. Euro bis zu 40 Mio. Euro. Dieser Betrag bezieht sich auf die Befriedigung aller potenziellen Gläubiger, die einen Anspruch aus demselben Schadensereignis herleiten. Schäden, die in vorgelagerten Netzebenen eintreten, nehmen an der Verteilung aus der globalen Haftungsmasse teil, wenn ihre Haftung gleichfalls entsprechend begrenzt ist, § 18 Abs. 2 S. 3 NAV.

Wird ein dritter Netzbetreiber, mit dem der Geschädigte vertraglich nicht verbunden ist, ursächlich für das schädigende Ereignis, ist dessen Einstandspflicht ebenfalls durch eine fixe Haftungsmasse herabgesetzt. Der deliktische Anspruch, den der Netzanschlussnehmer geltend machen kann, beschränkt sich je Schadensereignis auf das dreifache der in § 18 Abs. 2 NAV genannten Summen, vgl. § 18 Abs. 3 NAV.<sup>1376</sup> Wurden durch ein vorwerfbares Ereignis eine Vielzahl von Schäden verursacht kann sich durch die vorgeschriebene Höchstsummen die individuelle Ersatzschränke von 5.000 € ggf. weiter herabsetzen, § 18 Abs. 5 NAV. Die Ansprüche sind untereinander dann anteilig zu kürzen.

---

<sup>1376</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 47, 50.

*Vermögensschäden*

Bei Vermögensschäden ist die Haftung für einfache Fahrlässigkeit ausgeschlossen, § 18 Abs. 1 S. 2 NAV.<sup>1377</sup> Hinsichtlich des Ersatzes von Vermögensschäden ist die Haftung gegenüber jedem einzelnen Gläubiger ebenfalls auf 5.000 € beschränkt. Die globale Kappung für jedes Schadensereignis beträgt 20 Prozent der Haftungsmasse, die entsprechend für den Ersatz von Sachschäden vorgesehen ist, § 18 Abs. 4 NAV.

*Bagatellschäden und Präklusion*

Bagatellschäden, die den Betrag von 30 Euro nicht überschreiten werden zudem nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit ersetzt, § 18 Abs. 6 NAV.<sup>1378</sup> Falls der Anspruchsteller es entgegen § 18 Abs. 7 NAV versäumt, den Schaden unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern dem Anspruchsgegner mitzuteilen, droht ihm Rechtsverlust. Dem Netzbetreiber wird durch eine verspätete Mitteilung nämlich mitunter die Möglichkeit genommen, den Vorfall untersuchen und sich eventuell exkulpieren zu können. Eine versäumte Schadensmeldung kann daher zu einer vollständigen Anspruchspräklusion führen.<sup>1379</sup>

*cc) Deliktische Haftung*

Regelmäßig wird neben dem vertraglichen Schadensersatzanspruch ein inhaltsgleicher deliktischer Ersatzanspruch aus unerlaubter Handlung gegeben sein. Eigenständige Bedeutung hat er dort, wo es zu einer Rechtsgutsverletzung bei unberechtigter Nutzung kommt.<sup>1380</sup>

*(1) Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB*

Mangelhafte Elektrizitätsversorgung kann eine Schadensersatzpflicht der Netzbetreiber nach § 823 Abs. 1 BGB auslösen, sofern durch die schädigende Handlung geschützte

---

<sup>1377</sup> Zu den Haftungsbegrenzungen gemäß dem vormals maßgeblichen § 6 AVBEltV und den Verschärfungen nach geltendem Recht, vgl. Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 7 ff.; Moser, S. 246.

<sup>1378</sup> BGH v. 25.02.1998 – VIII ZR 276/96, BGHZ 138, 118 ff.

<sup>1379</sup> Danner/Theobald/Hartmann/Blumenthal-Barby, Band 2, § 18 NAV (2014), Rn. 55.

<sup>1380</sup> Vgl. dazu soeben schon oben bei „Haftungsprivileg für typische Versorgungsstörungen“, dort bei „Anwendungsbereich“, S. 254.

Rechte und Rechtsgüter, insbesondere Leben, Körper oder Eigentum, verletzt werden.<sup>1381</sup>

*i. Verletzungshandlung: Nichtbeachtung von Verkehrssicherungspflichten*

Die relevante Verletzungshandlung wird zumeist weniger in der aktiven Ausführung einer unerlaubten Handlung, als vielmehr in der Vernachlässigung von Verkehrssicherungspflichten bestehen. Haftungsgrund ist hier eine mittelbare Rechtsgutsverletzung bzw. das Unterlassen einer notwendigen und zumutbaren Gefahrenabwendungspflicht zur Abwendung einer Beeinträchtigung von Rechtsgütern Dritter.<sup>1382</sup>

Eine allgemeine Rechtspflicht, andere vor eigenem Schaden zu bewahren, ist unserer Rechtsordnung prinzipiell fremd.<sup>1383</sup> Überobligatorische Verantwortung entspricht allerdings dann der Billigkeit, wenn der Schuldner eine zurechenbare Risikoerhöhung für schützenswerte Rechtsgüter verursacht.<sup>1384</sup> Es ist abzuwägen, wo eine Gefahr noch dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen ist und wo es angebracht erscheint, die Risikolast abzunehmen. Die Rechtsprechung hat Fälle der Gefahrschaffung, von Zustands- bzw. Bereichsverantwortlichkeit, der Verkehrseröffnung und des Inverkehrbringens von Sachen, sowie der (faktischen) Übernahme von Aufgaben der Risikosphäre des Verkehrssicherungspflichtigen zugewiesen.<sup>1385</sup>

Den Netzbetreibern obliegt die Errichtung und Unterhaltung des Netzanschlusses, sie allein sind für die Verkehrssicherung desselben verantwortlich §§ 11 ff. EnWG. Die allermeisten Pflichtverletzungen schlagen sich am Netzanschlusspunkt in Form eines Schadens nieder. Den anderen Akteuren des elektrischen Wirtschaftskreislaufs, insbesondere den Stromlieferanten, ist es nicht möglich, hierauf technischen Einfluss zu nehmen. Allenfalls wäre in diesem Zusammenhang an eine Inanspruchnahme aus § 831 BGB zu denken. Dieser Anspruch wird allerdings regelmäßig daran scheitern, dass die Netzbetreiber den Stromlieferanten gegenüber nicht als deren Verrichtungshilfen

---

<sup>1381</sup> Kein Ersatz eines Betriebsausfallschadens nach Stromausfall, *BGH* v. 08.06.1976 – VI ZR 50/75, *BGHZ* 66, 388 ff.; *Schneider/Theobald/Wyl/Thole/Bartsch*, § 16, Rn. 94.; *Bartsch/vom Wege*, *EnWZ* 2014, 152, 153; *Moser*, S. 248.

<sup>1382</sup> *Schneider/Theobald/Wyl/Thole/Bartsch*, § 16, Rn. 97; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB, Rn. 45.

<sup>1383</sup> *BGH* v. 03.06.2008 – VI ZR 223/07, *VersR* 2008, 1083; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB, Rn. 46.

<sup>1384</sup> *Staudinger/Hager*, § 823 BGB, Rn. E 12 ff.; *Palandt/Sprau*, § 823 BGB, Rn. 46.

<sup>1385</sup> *BGH* v. 31.10.2006 – VI ZR 223/05, *NJW* 2007, 762, 763; *BGH* v. 08.02.1972 – VI ZR 155/70, *NJW* 1972, 724, 726; *BGH* v. 01.02.1996 – I ZR 90/94, *NJW-RR* 1996, 1121, 1122.

fungieren.<sup>1386</sup> Es sind also die Netzbetreiber, denen es obliegt Vorkehrungen zu treffen, welche nach den konkreten Umständen zur Gefahrverhütung erforderlich und zumutbar sind.<sup>1387</sup>

Keinesfalls kann von ihnen jedoch verlangt werden, für jeden noch so fernliegenden Schaden vorzusorgen.<sup>1388</sup> Als erforderlich gelten diejenigen Maßnahmen, die ein umsichtiger und vernünftiger Angehöriger des jeweiligen Verkehrskreises für notwendig und ausreichend halten darf, um Dritte zuverlässig vor Schaden durch die ausgeübte Handlung oder den Umgang mit der in Verkehr gebrachten Sache zu bewahren.<sup>1389</sup> Welche Sicherheitserwartungen insoweit als angemessen gelten, wird – neben normativer Vorgaben – vor allem durch den in Verbandregeln anerkannten Stand der Technik konkretisiert.<sup>1390</sup>

ii. *Rechtswidrigkeit der tatbestandsmäßigen Verletzungshandlung und objektiver Verschuldensmaßstab*

Sofern der Vorwurf einmal nicht in der Unterlassung von Verkehrssicherungspflichten, sondern in einem sonstigen Tun oder Unterlassen besteht, indiziert die Tatbestandsmäßigkeit nicht zwingend die Rechtswidrigkeit der Pflichtverletzung. Beruht die Rechtsgutsverletzung nämlich kausal auf einer Handlung, die gesetzlich gestattet oder sogar vorgeschrieben ist, können sich die Netzbetreiber auf diese zur Rechtfertigung berufen. Es handelt sich dann gerade nicht mehr um eine unerlaubte Handlung im Rechtssinne. Es gilt das bei der tatbestandsmäßigen Pflichtverletzung im Rahmen von § 280 Abs. 1 BGB Gesagte. Rechtfertigende Wirkung entfalten bspw. die Vorschriften über die Systemverantwortung und die zulässigen Grenzen des § 16 NAV.<sup>1391</sup>

Erweist sich die Pflichtverletzung allerdings als rechtswidrig muss der Netzbetreiber diesbezüglich auch die subjektive Verschuldenskomponente verwirklicht haben. Wie im

---

<sup>1386</sup> Palandt/*Sprau*, § 831 BGB, Rn. 3, 55; zum sog. "körperschaftlichen Organisationsverschulden" vgl. *Schweers*, S. 134 ff.

<sup>1387</sup> *BGH* v. 02.10.2012 – VI ZR 311/11, NJW 2013, 48, 49.

<sup>1388</sup> *BGH* v. 15.07.2003 – VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459, 1460.

<sup>1389</sup> *BGH* v. 16.05.2006 – VI ZR 189/05, NJW 2006, 2326.

<sup>1390</sup> *BGH* v. 15.07.2003 – VI ZR 155/02, NJW-RR 2003, 1459, 1460;  
*OLG Stuttgart* v. 10.11.1998 – 14 U 34–98StgT, NJW-RR 1999, 752.

<sup>1391</sup> Vgl. „,

Vertragliche Haftung bei Versorgungsstörungen und Eingriffsmaßnahmen", S. 251.

Rahmen der vertraglichen Haftung handelt derjenige schuldhaft, wer den Schaden vorsätzlich oder fahrlässig herbeiführt, § 276 Abs. 1 S. 1 BGB.

(2) *Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB wegen Verletzung eines Schutzgesetzes*

Als weitere deliktische Anspruchsgrundlage kommt auch § 823 Abs. 2 BGB in Betracht, und zwar dann, wenn der Anspruchsgegner ein Schutzgesetz verletzt hat.<sup>1392</sup> Aufgrund dieser deliktischen Anspruchsgrundlage sind auch bloße Vermögensschäden zu ersetzen.<sup>1393</sup>

Ein Gesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB ist jede Rechtsnorm, die nicht nur den Schutz der Allgemeinheit zum Ziel hat, sondern einzelne Personen oder einzelne Personenkreise gegen die Verletzung eines Rechtsgutes schützt. Wesentlich ist dabei Inhalt und Zweck des Gesetzes, nicht seine tatsächliche Wirkung. Der durch die Verletzungshandlung erzeugte Schaden muss vom Schutzbereich der jeweiligen Norm umfasst sein.<sup>1394</sup>

Das subjektiv-öffentliche Recht im Sinne der Schutznormlehre und das Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB stehen zwar nicht völlig beziehungslos nebeneinander, sind aber auch nicht inhaltsgleich. Der Schluss, dass eine subjektiv öffentlich-rechtliche Norm stets zugleich ein deliktisches Schutzgesetz darstellt, kann nicht gezogen werden.<sup>1395</sup> Obgleich also den Vorschriften über den Netzanschluss und -Zugang drittschützende Wirkung zukommt (vgl. § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG), handelt es sich dabei nicht per se um ein Schutzgesetz im Sinne des Schuldrechts. Eine Einzelfallprüfung im Hinblick auf die generelle Schutzgesetztauglichkeit erübrigt sich also nicht. Der Normzweck, in den der potenzielle Anspruchsteller einzubeziehen ist, muss gerade darin bestehen, gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. Die Vorschriften über den Netzzugang und Netzanschluss gestalten lediglich eine Sonderbeziehung aus.<sup>1396</sup>

Anerkannte Schutzgesetze finden sich im EnWG kaum, in Betracht gezogen wird diese Qualifikation allein für die §§ 17 bis 28 EnWG.<sup>1397</sup> Manche wollen diese Schutzwirkung

---

<sup>1392</sup> Palandt/*Sprau*, vor § 823 BGB, Rn. 4.

<sup>1393</sup> Palandt/*Sprau*, § 823 BGB, Rn. 56

<sup>1394</sup> Palandt/*Sprau*, § 823 BGB, Rn. 56a f.

<sup>1395</sup> *BGH* v. 27.01.1983 – III ZR 131/81; *BGHZ* 86, 356, 362; *Kraft*, S.13, 31.

<sup>1396</sup> Palandt/*Sprau*, § 823 BGB, Rn. 56.

<sup>1397</sup> *Peters*, S. 228.

darüber hinaus auch für die §§ 10, 11 und § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG annehmen.<sup>1398</sup> Technische DIN-Normen oder praktische Standards genügen hingegen keinesfalls den Anforderungen an ein Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB.<sup>1399</sup>

### (3) Gleichlaufverschuldensabhängiger Haftung

Um die Beschränkungen nach § 18 NAV nicht wirkungslos zu machen, beanspruchen sie dort, wo sie auf vertraglicher Ebene zur Anwendung kommen, auch hinsichtlich des Anspruchs aus unerlaubter Handlungen Geltung. So bleibt ein einheitliches Haftungsregime gewährleistet und die Wertungen der Haftungsprivilegien bleiben erhalten.<sup>1400</sup>

### dd) Gefährdungshaftung

Eine Einstandspflicht für Versorgungsstörungen kommt auch ohne Rücksicht auf die Vorwerfbarkeit des schädigenden Ereignisses in Betracht. Die sog. Gefährdungshaftung bietet einen Ausgleich dafür, dass besonders gefahrgeneigte Tätigkeiten, denen eine spezifische Betriebsgefahr innewohnt, gleichwohl erlaubt sind. Und zwar, weil sie entweder sozial nützlich oder adäquat sind.<sup>1401</sup> Im Zusammenhang mit der Frage wie sich Versorgungssicherheit in all ihren Facetten individuell durchsetzen lassen kann, ist insbesondere den beiden nachfolgend dargestellten gesetzlichen Anspruchsgrundlagen Beachtung zu schenken.

#### (1) § 2 Abs. 1 HPfLG als Anspruchsgrundlage bei Versorgungsstörungen

Wird durch die Wirkungen von Elektrizität, Gasen, Dämpfen oder Flüssigkeiten, die von einer Stromleitungs- oder Rohrleitungsanlage oder einer Anlage zur Abgabe der bezeichneten Energien oder Stoffe ausgehen, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Inhaber der Anlage verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, § 2 Abs. 1 S. 1 HPfLG. Eine Haftung auf Grundlage des Haftpflichtgesetzes kommt tatbestandlich also nur bei

---

<sup>1398</sup> Vgl. *Schweers*, S. 128; *Schwintowksi*, EWeRK 2012, 131, 133.

<sup>1399</sup> *Kollmann*, GRUR 2004, 6.

<sup>1400</sup> Palandt/*Sprau*, vor § 823 BGB, Rn. 5a.

<sup>1401</sup> Palandt/*Sprau*, vor § 823 BGB, Rn. 6.

Versorgungsstörungen, nicht hingegen bei einer Unterbrechung in Betracht. Es fehlte hierfür an Wirkungen, welche elektrische Energie denkbar entfalten kann. Die Beeinträchtigung geht bei einem Versorgungsstillstand nämlich gerade davon aus, dass keine Energie mehr fließt.<sup>1402</sup>

*i. Aufteilung nach Risikosphären*

Der Schuldner soll im Rahmen der Gefährdungshaftung nur dort verschuldensunabhängig haften, wo sich die typische Betriebsgefahr verwirklichen kann. Dann wäre es unbillig ihm das Risiko des zufälligen Schadenseintrittes aufzubürden. Die Ersatzpflicht ist dementsprechend ausgeschlossen, wenn der Schaden nicht der Risikosphäre des Ersatzpflichtigen zuzurechnen ist. Das Gesetz lässt eine Haftung deshalb entfallen, wenn der Schaden innerhalb eines Gebäudes entstanden und auf eine darin befindliche Anlage zurückzuführen ist, oder wenn er innerhalb eines im Besitz des Inhabers der Anlage stehenden befriedeten Grundstücks entstanden ist, § 2 Abs. 3 Nr. 1 HPfIG. Eine Haftung ist ferner ausgeschlossen, wenn ein Energieverbrauchgerät oder eine sonstige Einrichtung zum Verbrauch oder zur Abnahme von Energie beschädigt, oder durch eine solche Einrichtung ein Schaden verursacht worden ist, § 2 Abs. 3 Nr. 2 HPfIG, oder wenn der Schaden durch höhere Gewalt verursacht worden ist, § 2 Abs. 3 Nr. 3 HPfIG.<sup>1403</sup>

*ii. Haftungsbeschränkung*

Zugunsten des Schuldners sieht das Haftpflichtgesetz eine Haftungsbegrenzung vor. Eine summenmäßig unbegrenzte Haftung würde die Betätigung mit einem derart hohen finanziellen Risiko behaften, dass sie auch gegen wirtschaftliches Entgelt kaum noch ein attraktives Betätigungsfeld ist. Das ist gerade bei sozial nützlichen Betätigungen, wie der Energiewirtschaft nicht gewollt. Die Energieversorgungsunternehmen bereichern sich durch eine besonders gefahrgeneigte Tätigkeit, die Kehrseite der Medaille ist die grundsätzliche Verpflichtung, Schäden, die der Solidargemeinschaft daraus entstehen, zu kompensieren. Allerdings ist der Abschreckungseffekt einer ständig drohenden, uferlosen, Haftung nicht gewollt. Denn dann stehen auch die wirtschaftlichen Früchte in keinem Verhältnis mehr zu der damit verbundenen Belastung. Die unternehmerische Tätigkeit würde wirtschaftlich völlig entwertet. Hier greifen dieselben strukturellen

---

<sup>1402</sup> *LG Karlsruhe* v. 14.06.2013 – 6 O 310/12, IR 2013, 211.

<sup>1403</sup> *Armbrüster*, S. 78, 81.

Überlegungen wie sie der Verordnungsgeber bei § 18 NAV angestellt hat.<sup>1404</sup>

Der Unternehmer oder Anlageninhaber haftet für Sachschäden deshalb nur bis zum Betrag von 300.000 Euro. Sind auf Grund desselben Ereignisses an mehrere Personen Entschädigungen zu leisten, die insgesamt den Höchstbetrag von 300.000 Euro übersteigen, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in dem ihr Gesamtbetrag zu dem Höchstbetrag steht, §§ 10 Abs. 1 und Abs. 2 HPflG. Hiervon ausgenommen sind Beschädigung von Grundstücken, § 10 Abs. 3 HPflG. Im Falle der Tötung oder Verletzung eines Menschen beträgt die Haftungssumme für jede Person bis zu 600 000 Euro oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich 36 000 Euro, § 9 HPflG.

*(2) Ersatzpflicht nach § 1 Abs. 1 ProdHaftG bei Schädigung durch defizitäre Versorgung*

Wird durch den Fehler eines Produkts eine Person getötet, am Körper oder der Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen. Bei Sachbeschädigungen gilt dies nur, wenn eine andere Sache als das fehlerhafte Produkt beschädigt wird und sie außerdem ihrer Art nach gewöhnlich für den privaten Ge- oder Verbrauch bestimmt und entsprechend hauptsächliche Verwendung gefunden hat, § 1 Abs. 1 ProdHaftG.<sup>1405</sup> Dass aus dem Produkthaftungsgesetz grundsätzlich eine Ersatzpflicht der Netzbetreiber für Schäden, die durch Frequenz- und Spannungsschäden eintreten, abgeleitet werden kann, ist durch den Bundesgerichtshof inzwischen höchstrichterlich geklärt.<sup>1406</sup>

*i. Fehlerhaftigkeit des Produktes „Elektrizität“*

Obleich Elektrizität mangels Körperlichkeit keine Sache i.S.v. § 90 BGB ist, stellt sie qua definitionem ein Produkt im Sinne der Produkthaftung dar, vgl. § 2 ProdHaftG. Sie ist nach Maßgabe von § 3 ProdHaftG fehlerhaft, wenn sie nicht die Sicherheit bietet, mit der unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere Darbietung und gewöhnlichem Gebrauch, sowie dem Zeitpunkt ihres Inverkehrbringens, berechtigterweise gerechnet

---

<sup>1404</sup> Vgl. zur parallelen lege ratio, "Hintergrund", S. 253.

<sup>1405</sup> de Wyl/Rieke, IR 2015, 5; Moser, S. 250.

<sup>1406</sup> BGH v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106 ff.; Klindt, S. 33.

werden kann.<sup>1407</sup>

Maßgeblich für die Beurteilung der Fehlerhaftigkeit ist eine objektive Betrachtung nach Maßgabe der herrschenden Verkehrsauffassung. Die Sicherheitserwartungen die an ein Produkt gestellt werden können, entsprechen im Ergebnis spiegelbildlich den Verkehrssicherungspflichten, die ein Hersteller zu beobachten hat.<sup>1408</sup> Gesetzliche Vorschriften und technische Standards, die hinsichtlich des Produkts verbindliche Vorgaben machen, sind zur Bestimmung der berechtigten Sicherheitserwartungen heranzuziehen. Beispielsweise hat der Netzbetreiber nach § 16 Abs. 3 NAV Spannung und Frequenz möglichst gleichbleibend zu halten, sodass allgemein übliche Verbrauchsgeräte und Stromerzeugungsanlagen einwandfrei betrieben werden können. Bleibt der Hersteller dahinter zurück, steht im Schadensfall fest, dass das Produkt fehlerbehaftet ist. Der Gegenschluss ist allerdings nicht zulässig. „Nur“ weil alle Vorschriften beachtet wurden, ist das Produkt nicht automatisch fehlerfrei.<sup>1409</sup>

#### ii. *Herstellereigenschaft von Netzbetreibern*

Teil des haftungsbegründenden Tatbestandes ist die Herstellereigenschaft des Anspruchsgegners. Hersteller i. S. d. Produkthaftungsgesetzes ist, wer das Endprodukt, einen Grundstoff oder ein Teilprodukt hergestellt hat, § 4 Abs. 1 ProdHaftG.<sup>1410</sup>

Weil der Herstellerbegriff weder die Person noch den Vorgang definiert, ist eine an Sinn und Zweck der Produkthaftungsrichtlinie orientierte Auslegung vorzunehmen.<sup>1411</sup> Grundsätzlich setzt ein „Herstellen“ das "Erzeugen eines Produkts" i. S. d. § 2 ProdHaftG voraus. Der Schutz des Verbrauchers, wie ihn die Richtlinie anstrebt, erfordert allerdings, dass alle am Produktionsprozess Beteiligten haften, wenn das Endprodukt oder der von ihnen gelieferte Bestandteil oder Grundstoff fehlerhaft ist.<sup>1412</sup> Hersteller ist demnach jeder, in dessen Organisationsbereich das Produkt entstanden ist und der es nicht nur vertreibt oder damit handelt, e contrario § 4 Abs. 3 ProdHaftG. Hierzu reicht es aus, dass

---

<sup>1407</sup> Klein, BB 1991, 917, 919.

<sup>1408</sup> Vgl. „Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB“, S. 258.

<sup>1409</sup> BGH v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106, 2107.

<sup>1410</sup> Klein, BB 1991, 917, 921.

<sup>1411</sup> Vgl. EuGH v. 29.05.1997 – Rs. C-300/95 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 1997, I-2649, I-2672.

<sup>1412</sup> EuGH v. 21.12.2011 – Rs. C-495/10 (Centre hospitalier universitaire de Besançon/Dutreux), Slg. I 2011, 14174.

auf die Gestaltung des Produkts oder seine wesentlichen, sicherheitsrelevanten, Eigenschaften Einfluss genommen wird.

Netzbetreiber transformieren Elektrizität auf andere Spannungsebenen, machen sie für die an die jeweilige Spannungsebene angeschlossenen Anlagen bzw. Verbrauchsgeräte nutzbar und verändern so seine wesentliche Eigenschaft. Sie sind deshalb als Hersteller im Sinne der Produkthaftung zu qualifizieren.<sup>1413</sup>

### iii. Haftungsausschluss und -beschränkung

Die Ersatzpflicht des Herstellers ist gemäß § 1 Abs. 2 ProdHaftG insbesondere dann ausgeschlossen, wenn er das Produkt entweder gar nicht in den Verkehr gebracht hat, § 1 Abs. 2 Nr. 1 ProdHaftG, oder nach den Umständen davon auszugehen ist, daß das Produkt den Fehler, der den Schaden verursacht hat, noch nicht hatte, als der Hersteller es in den Verkehr brachte, § 1 Abs. 2 Nr. 2 ProdHaftG.<sup>1414</sup> Ein „Inverkehrbringen“ von Elektrizität erfolgt erst mit der Lieferung des Netzbetreibers über den Netzanschluss an den Anschlussnutzer.<sup>1415</sup> Anders als das Haftpflichtgesetz, das die Haftung an die abstrakte Gefährlichkeit der energetischen Wirkung anknüpft, kommt es bei der Produkthaftung auf die Qualität des Produktes an. Wer den Rechtsverkehr und insbesondere die Rechtsgüter Dritter an seinem Produkt teilhaben lässt und Einwirkungsmöglichkeiten zulässt, muss dafür Sorge tragen, dass von dem Produkt eine möglichst geringe beeinträchtigende Wirkung ausgeht. Wird die Elektrizitätsversorgung unterbrochen, ist das Produkt mangelhaft, d. h. fehlerbehaftet, da es zu diesem Zeitpunkt erstmalig bereits Inverkehr gebracht wurde.

§ 18 NAV findet auf die verschuldensunabhängigen Ansprüche keine Anwendung. Für eine Übertragung fehlt es sowohl an einer planwidrigen Regelungslücke wie auch an einer vergleichbaren Interessenlage. §§ 10, 11 ProdHaftG schreiben in Bezug auf die Rechtsfolgenseite nämlich einen originären Haftungshöchstbetrag vor. Sind Personenschäden durch ein Produkt oder gleiche Produkte mit demselben Fehler verursacht worden, so haftet der Ersatzpflichtige nur bis zu einem Höchstbetrag von 85 Millionen Euro. Übersteigen die an Mehrere zu leistende Entschädigungen diesen Betrag, so verringern sich die einzelnen Entschädigungen in dem Verhältnis, in dem ihr

---

<sup>1413</sup> *BGH* v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106, 2107.

<sup>1414</sup> *Klein*, BB 1991, 917, 923.

<sup>1415</sup> *BGH* v. 25.02.2014 – VI ZR 144/13, NJW 2014, 2106, 2109; *de Wyl/Rieke*, IR 2015, 5.

Gesamtbetrag zu dem Höchstbetrag steht, § 10 ProdHaftG. Im Falle der Sachbeschädigung hat der Geschädigte eine Selbstbeteiligung bis zu 500 Euro zu tragen, § 11 ProdHaftG.

## 2. Anspruch auf behördliche Durchsetzung

Anstelle einer unmittelbaren Klage gegen den Netz- oder Infrastrukturbetreiber, kann auch die Regulierungsbehörde um Rechtsschutz nachgesucht werden.<sup>1416</sup> Dass ein Anspruch auf Einschreiten gegen die Behörde in der Systematik des EnWG vorgesehen ist, zeigt § 75 Abs. 3 S. 1 EnWG.<sup>1417</sup> Die Beschwerde ist demnach auch gegen die Unterlassung einer beantragten Entscheidung der Regulierungsbehörde statthaft, auf deren Erlass der Antragsteller einen Rechtsanspruch geltend macht. Auf Veranlassung privater Personen und Personenvereinigungen sieht das EnWG behördliche Verfahren als vorgeschalteten Rechtsbehelf, gleich dem verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren vor.<sup>1418</sup>

### a) Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen der Drittvorname

Nach allgemeinen Grundsätzen setzt ein Anspruch auf Tätigwerden zweierlei voraus. Zum einen bedarf es einer entsprechenden *Handlungsbefugnis der Behörde*, damit eine Handlungspflicht rechtlich überhaupt erfüllbar ist. Spiegelbildlich muss dem Betroffene ein *subjektiv-öffentliches Recht* auf behördliches Einschreiten geltend machen können. Er muss einen Anspruch aufweisen.<sup>1419</sup>

Bei Verletzung energiewirtschaftlicher Sachnormen räumt das EnWG der Regulierungsbehörde verschiedene Handlungsbefugnisse ein, auf die nachfolgend eingegangen wird. Will ein Dritter die Behörde nun verpflichten, diese im Einzelfall zu seinen Gunsten auszuüben, muss er sich auf die Verletzung einer Norm berufen, die ihm als Dritten zu dienen bestimmt ist.

Zur Bestimmung des drittschützenden Charakters der im Einzelfall zugrundeliegenden Normen des EnWG möchten manche die Schutznormtheorie hier durch ein sog.

---

<sup>1416</sup> Störring, S. 48 f.

<sup>1417</sup> Moser, S. 186.

<sup>1418</sup> Peters, S. 75.

<sup>1419</sup> Vgl. dazu schon „Subjektiv öffentlich-rechtlicher Rechtsanspruch“, S. 110.

*Konfliktschlichtungsprogramm* substituieren.<sup>1420</sup> Diese Auffassung stützt sich auf das, dem EnWG eigentümlichen, Zusammenspiel privater Erfüllungs- und staatlicher Gewährleistungsschuld. Es liege eine multipolare Konfliktlage vor, die über die herkömmliche bipolare Wechselbeziehung zwischen dem Staat und seinen Herrschaftssubjekten hinausgeht. Drittschutz soll demnach dann zu bejahen sein, falls die fragliche Norm kollidierende Privatinteressen derart gewichtet, dass sich schließlich die Verwirklichung der einen auf Kosten der anderen durchsetzt. In diesem Fall sei der Staat als Schlichter berufen und Drittschutz daher anzunehmen.<sup>1421</sup>

Dort wo vordergründig das Verhältnis Privater durch öffentlich-rechtliche Normen geordnet wird, bedarf es nach der hier vertretenen Auffassung indes keineswegs einer Alternative zur Schutznormtheorie. Ob dem Rechtssuchenden ein Privater oder der Staat gegenübersteht, berührt die Maßstäbe der Schutznormtheorie keinesfalls. Besonders im Energierecht, dessen Privatsubjektslastigkeit lediglich auf dem Umbau zum Gewährleistungsmodell beruht, macht deutlich, dass sie hier ohne weiteres Geltung beanspruchen kann. Der drittschützende Charakter einer öffentlich-rechtlichen Norm wird ihr kraft Sinn und Zweck – und nicht durch ihre Adressaten verliehen. Der Charakter einer Norm ist weiterhin nach der allgemein anerkannten Schutznormtheorie zu bestimmen.<sup>1422</sup> Das Konfliktschlichtungsprogramm kann allerdings daneben als Hilfsüberlegung herangezogen werden.

#### *b) Besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde*

Bei dem besonderen Missbrauchsverfahren handelt es sich gemäß § 31 Abs. 1 EnWG um ein Antragsverfahren, das Betroffenen eine Beschwerdemöglichkeit über nonkonformes Verhalten der Netzbetreiber in Ansehung der Vorgaben zum Netzanschluss- und Zugang einräumt.<sup>1423</sup>

##### *aa) Antragsbefugnis: Erhebliche Berührung*

Juristische Personen und Personenvereinigungen können ein Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde nach § 31 Abs. 1 EnWG einleiten, sofern ihre Interessen durch das

---

<sup>1420</sup> Schmidt-Preuß, S. 247 f.; Peters, S. 423.

<sup>1421</sup> Schmidt-Preuß, S. 249 f.; Peters, S. 423.

<sup>1422</sup> BVerwG v. 16.03.1989 – 4 C 36/85, BVerwGE 81, 329 ff.

<sup>1423</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 63; Moser, S. 218.

Fehlverhalten eines Netzbetreibers bezüglich Netzanschluss bzw. -zugang erheblich berührt werden. Ein rechtliches Interesse ist nicht nachzuweisen, es genügt vielmehr allein die Berührung wirtschaftlicher Interessen.<sup>1424</sup> Dies gilt sogar dann, wenn der Antragsteller bloß mittelbar betroffen sein sollte. Die Vorschriften der Abschnitte 2 und 3 dienen nämlich ausdrücklich auch dann dem Schutz anderer Marktteilnehmer, wenn sich der Verstoß nicht gezielt gegen diese richtet, § 32 Abs. 1 S. 4 EnWG.

Um Popularklagen wirksam auszuschließen, muss die Berührung aber immerhin die Schwelle der Erheblichkeit überschritten haben.<sup>1425</sup> Marginale Verstöße ohne wesentliche Bedeutung sind auf dem Zivilrechtsweg zu verfolgen.<sup>1426</sup> Ob die Erheblichkeit ein Antragsrecht auslöst ist letztlich eine Einzelfallfrage, wobei § 31 Abs. 1 S. 4 EnWG wohl den Schluss nahe legt, dass das individuelle Interesse bei natürlichen Personen besonderes Gewicht haben muss.<sup>1427</sup> Entsprechendes gilt bei nur mittelbarer Betroffenheit von dem gerügten Verstoß, hier müssen die Auswirkungen besonders erheblicher erscheinen, um eine Antragsbefugnis bejahen zu können.<sup>1428</sup>

Andererseits dürfen grundsätzlich auch keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, da sonst eine effektive Umsetzung der zugrundeliegenden EltRL vereitelt würde.<sup>1429</sup> Von einer erheblichen Interessenberührung ist in jedem Fall auszugehen, wenn die Interessen spürbar, also nicht nur unwesentlich betroffen werden. Bei der Bewertung sind vor allem die kennzeichnenden Ziele und Wertungen der §§ 1 Abs. 1 und 2 EnWG angemessen zu berücksichtigen.<sup>1430</sup> Hier findet die oben aufgestellte These von den ungeschriebenen Tatbestandsvoraussetzungen abermals Bestätigung.<sup>1431</sup>

Die formellen Antragsvoraussetzungen ergeben sich aus § 31 Abs. 2 EnWG.<sup>1432</sup>

*bb) Drittschutz der Bestimmungen in den Abschnitten „Netzanschluss“ und*

---

<sup>1424</sup> *BGH* v. 11.11.2008 – EnVR 1/08, Rn. 17, ZNER 2009, 39, 40; EnWG/*Robert*, § 31 EnWG, Rn. 8.

<sup>1425</sup> EnWG/*Robert*, § 31 EnWG, Rn. 9.

<sup>1426</sup> *Höch/Göge*, RdE 2006, 340, 342.

<sup>1427</sup> EnWG/*Robert*, § 31 EnWG, Rn. 11.

<sup>1428</sup> *BNetzA* v. 19.03.2007 – BK 6-06-071, S. 18.

<sup>1429</sup> Berliner Kommentar/*Weyer*, § 31 EnWG, Rn. 6.

<sup>1430</sup> *BNetzA* v. 17.11.2006 – BK7-06-74, S. 74; *OLG Düsseldorf* v. 12.06.2013 – VI-3 Kart 165/12 (V), EnWZ 2013, 506 ff.

<sup>1431</sup> Vgl. „Geleiteter Beurteilungsspielraum?“, S. 41; „Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>1432</sup> Ausführlich bei *Höch/Göge*, RdE 2006, 340, 343 f.

*„Netzzugang“*

Im Rahmen von § 31 EnWG bereitet die Frage, ob die Sachnormen, die den Prüfungsumfang des besonderen Missbrauchsverfahrens bestimmen auch drittschützend sind, keine Probleme. Alle Vorschriften betreffend den Netzanschluss und den Netzzugang haben drittschützenden Charakter, vgl. § 32 Abs. 1 S. 3 EnWG.<sup>1433</sup> Auch ohne diesen klarstellenden Passus ergibt sich dies schon aus der Gesetzessystematik – es wäre doch sinnwidrig ein antragsgebundenes besonderes Missbrauchsverfahren vorzuhalten, nur um dann den drittschützenden Charakter der darauf bezogenen Sachnormen zu verneinen.

Die Vorschriften über Netzanschluss und Netzzugang weisen sich also durch einen Doppelcharakter aus, der dem Dualismus zwischen Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortung geschuldet ist. Einerseits begründen sie einen Kontrahierungszwang und stellen eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage dar, zugleich vermitteln sie auch ein subjektiv-öffentliches Recht im Verhältnis zur Regulierungsbehörde.

*cc) Prüfungsauftrag der Behörde*

Ist der Antrag zulässig, haben die Regulierungsbehörden dann zu prüfen, inwieweit das Verhalten des Netzbetreibers mit den Vorgaben in den Vorschriften über den Netzanschluss denen über den Netzzugang oder auf deren Grundlage erlassenen Rechtsverordnungen übereinstimmt, § 31 Abs. 1 S. 2 EnWG.<sup>1434</sup> Soweit das Verhalten nach § 23 a EnWG genehmigt ist, hat die Behörde zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Entgeltgenehmigung vorliegen. Die Verweigerungsgründe haben rechtfertigende Wirkung<sup>1435</sup>

Hinsichtlich des Prüfungsinhalts unterscheidet sich das besondere Missbrauchsverfahren in seinem Anwendungsbereich nicht von der allgemeinen Missbrauchsaufsicht gemäß §§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Abs. 2 EnWG oder dem Aufsichtsverfahren nach §§ 65 Abs. 1 und 2

---

<sup>1433</sup> So auch *Peters*, S. 94.

<sup>1434</sup> StromNZV, StromNEV, NAV, NDAV, AregV; sind nach § 29 Abs. 1 EnWG Bedingungen und Methoden für den Netzanschluss oder den Netzzugang festgelegt oder genehmigt worden, nehmen sie am Prüfungsmaßstab teil, § 31 Abs. 1 S. 2 ENWG.

<sup>1435</sup> *Peters*, S. 95; vgl. zu den Verweigerungsgründen im Einzelnen oben bei „Anschlussverweigerung“, S. 194 sowie „Zugangsverweigerung“, S. 202.

EnWG. Will die Regulierungsbehörde bei einem festgestellten Verstoß Verfügungen gegenüber dem Energieversorgungsunternehmen erlassen, kann sie diese auf alle Handlungsbefugnisse gleichermaßen stützen.

Der Sinn und Zweck des besonderen Missbrauchsverfahrens besteht vor allem in der Einleitungsbefugnis Dritter. Außerdem ist die gerichtliche Revision nicht – wie dies im Rahmen der anderen Verfahren der Fall ist – auf die Überprüfung der behördlichen Ermessensentscheidung beschränkt.<sup>1436</sup>

### c) Allgemeine Missbrauchsaufsicht

Die Regulierungsbehörde kann auch von Amts wegen die allgemeine Missbrauchsaufsicht ausüben, vgl. § 30 Abs. 2 EnWG. Zugleich besteht auch die Möglichkeit, dass ein Dritter ein dahingehendes Einschreiten beantragt. Die Behörde hat dann pflichtgemäß das ihr zustehende Entschließungs- und ggf. auch Auswahlermessen auszuüben.<sup>1437</sup>

Die allgemeine Missbrauchsaufsicht dient zwar primär – jedoch nicht ausschließlich – den Zielvorgaben aus § 1 Abs. 1 EnWG. Soweit Marktteilnehmer ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Interesse vorweisen können, ist ihr Individualschutz gleichfalls einbezogen.<sup>1438</sup> Das Ermessen der Regulierungsbehörde hinsichtlich des „Ob“ der Verfahrenseinleitung ist dann auf null reduziert.<sup>1439</sup>

### aa) Missbräuchliches Verhalten

Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals des missbräuchlichen Verhaltens lässt sich sowohl auf Regelbeispiele als auch auf die Generalklausel zurückgreifen.

#### (1) Generalklausel

Die Generalklausel des § 30 Abs. 1 S. 1 EnWG verbietet Betreibern von Energieversorgungsnetzen, ihre Marktstellung zu *missbrauchen*. Anders als im

---

<sup>1436</sup> BGH v. 03.06.2014 – EnVR 10/13, NVwZ 2014, 1600 f.; Höch/Göge, RdE 2006, 340, 341.

<sup>1437</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 63; EnWG/Robert, § 30 EnWG, Rn. 51;  
EnWG-Kment/Wahlhäuser, § 30 EnWG, Rn. 77.

<sup>1438</sup> EnWG-Kment/Wahlhäuser, § 30 EnWG, Rn. 2.

<sup>1439</sup> Peters, S. 123; Schmidt-Preuß, S. 216.

Kartellrecht ist keine besondere Marktstellung festzustellen, die marktbeherrschende Stellung der Netzbetreiber wird vielmehr aufgrund des für leitungsgebundene Infrastruktur typischen Phänomens natürlicher Monopole, unwiderleglich vermutet.<sup>1440</sup>

Unter den regulatorischen Missbrauchs begriff ist jedes gesetzeswidrige Verhalten eines Betreibers von Energieversorgungsnetzen subsumierbar.<sup>1441</sup> Obgleich – dem kartellrechtlichen Ursprung der Norm folgend – hergebrachte Wertungen nebst Rechtsprechung zu den §§ 19, 20 GWB herangezogen werden können, spielen im Anwendungsbereich der sektorspezifischen, energierechtlichen Missbrauchskontrolle vor allem nicht-wirtschaftliche Zielsetzungen – namentlich die Versorgungssicherheit eine wesentliche Rolle, § 1 Abs. 1 EnWG.<sup>1442</sup> Wie ein roter Faden zieht sich die konkrete Berücksichtigung des energiewirtschaftlichen Zielprogramms im Rahmen der Sachnormen durch das EnWG.<sup>1443</sup>

Die Regulierung der Elektrizitätsnetze hat sich im Übrigen *expressis verbis* an den Zielen der Sicherstellung eines wirksamen und unverfälschten Wettbewerbs bei der Versorgung mit Elektrizität und der Sicherung eines langfristig angelegten leistungsfähigen und zuverlässigen Betriebs von Energieversorgungsnetzen zu orientieren, § 1 Abs. 2 EnWG.

## (2) Regelbeispiele

Der regulatorische Missbrauchs begriff wird von den Regelbeispielen in §§ 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 6 EnWG spezifiziert.

Ein Betreiber verhält sich demnach insbesondere dann missbräuchlich, wenn er Bestimmungen über den Netzanschluss und Netzzugang oder der auf Grund dieser Bestimmungen erlassenen Rechtsverordnungen nicht einhält, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EnWG. Diese *ex-post* stattfindende Kontrolle findet jedoch dort nicht statt, wo *ex-ante* bereits ein Genehmigungsverfahren durchgeführt und positiv beschieden wurde, vgl. §§ 21 a, 23 a EnWG<sup>1444</sup> Im Einklang damit gelten Entgelte als sachlich gerechtfertigt, wenn sie genehmigt wurden und die festgesetzte Obergrenze nicht überschreiten, der

---

<sup>1440</sup> EnWG/Robert, § 30 EnWG, Rn. 14; Kling, S. 156.

<sup>1441</sup> Kling, S. 155.

<sup>1442</sup> Säcker, Christopher, S. 256.

<sup>1443</sup> Vgl. oben „Geleiteter Beurteilungsspielraum?“, S. 41 und „Zusammenfassung zu Kapitel II“, S. 128.

<sup>1444</sup> Kling, S. 156.

Tatbestand des sog. Ausbeutungsmissbrauchs nach § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 EnWG liegt dann nicht vor.<sup>1445</sup> Sonstige Geschäftsbedingungen bleiben allerdings weiterhin der Überprüfung auf einen Konditionenmissbrauch hin überprüfbar.<sup>1446</sup> Hierbei wird kritisch begutachtet, ob die fraglichen Geschäftsbedingungen wettbewerbsfähig, d. h. durchsetzbar sind. Gleichlauf besteht insofern auch hinsichtlich des sog. Strukturmissbrauchs, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 EnWG, wonach eine Genehmigung nach den §§ 21 a, 23 a EnWG geeignet ist, eine Ungleichbehandlung sachlich zu rechtfertigen.<sup>1447</sup>

Weiterhin verhält sich ein Netzbetreiber missbräuchlich, der andere Unternehmen unmittelbar oder mittelbar unbillig behindert oder deren Wettbewerbsmöglichkeiten ohne sachlich gerechtfertigten Grund erheblich beeinträchtigt, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EnWG; bzw. diese gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandelt, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 EnWG.

Missbräuchlich handelt auch derjenige Netzbetreiber, der sich – oder verbundenen Unternehmen – den Zugang zu seinen intern genutzten oder am Markt angebotenen Waren und Leistungen zu günstigeren Bedingungen oder Entgelten ermöglicht, als er sie in anderen Unternehmen bei der Nutzung der Waren und Leistungen oder mit diesen in Zusammenhang stehenden Waren oder gewerbliche Leistungen einräumt, § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 EnWG. Auch hier kann ein Entlastungsnachweis in Form sachlicher Rechtfertigung geführt werden.

### (3) *Verbotsgesetz i.S.v. § 134 BGB*

Das Missbrauchsverbot nach § 30 Abs. 1 EnWG stellt ein Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB dar. Rechtsgeschäfte, die dem entgegenstehen sind demnach (teil-) unwirksam. Sie sind nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen rückabzuwickeln. Etwaige Unterlassungs- Beseitigungs- und Schadensersatzansprüche bleiben im Falle eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 EnWG unbeschadet.<sup>1448</sup> Ferner kommt ein Rückgriff auf die speziellere Anspruchsgrundlage des § 32 EnWG ebenso in Betracht wie eine

---

<sup>1445</sup> EnWG/Robert, § 30 EnWG, Rn. 37.

<sup>1446</sup> EnWG/Robert, § 30 EnWG, Rn. 39.

<sup>1447</sup> Kling, S. 157.

<sup>1448</sup> Siehe oben bei „Unterlassungsanspruch und Schadensersatzpflicht“, S. 247 ff.

subsidiäre Anwendung von §§ 823, 1004 BGB analog.<sup>1449</sup>

### *bb) Eingriffsbefugnisse der Regulierungsbehörde*

Die Regulierungsbehörde verfügt im Rahmen der allgemeinen Missbrauchsaufsicht über verschiedene Eingriffsbefugnisse.

#### *(1) Unterlassungsverfügung*

Die Regulierungsbehörde kann den missbräuchlich handelnden Netzbetreiber nach pflichtgemäßer Ermessensausübung verpflichten, eine Zuwiderhandlung abzustellen, § 30 Abs. 2 S. 1 EnWG. Zur Wahrung des Bestimmtheitsgrundsatzes empfiehlt sich hierbei die konkrete Bezeichnung des Verletzungstatbestandes.<sup>1450</sup>

#### *(2) Anordnung von Maßnahmen*

Die Regulierungsbehörde kann den Unternehmen auch alle Maßnahmen aufgeben, die erforderlich sind, um die Zuwiderhandlung wirksam abzustellen, § 30 Abs. 2 S. 2 EnWG. So hat sie die Möglichkeit auf das „Wie“ der Missbrauchseseitigung Einfluss zu nehmen.<sup>1451</sup> Der Behörde steht es frei, grundsätzlich alle denkbaren Maßnahmen zu treffen. Dies schließt insbesondere auch sog. strukturellen Maßnahmen ein, also solche die einen Eingriff in die Unternehmenssubstanz darstellen. Die Anordnungsermächtigung steht allerdings unter dem Vorbehalt, dass die Maßnahme einerseits zur Unterbindung des Missbrauchs erforderlich sowie andererseits auch geeignet ist. Schließlich muss sich die angeordnete Maßnahme in Ansehung des jeweiligen Verstoßes auch als angemessen darstellen.<sup>1452</sup>

Schließlich konkretisieren §§ 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 und 2 EnWG exemplarisch die Handlungsoptionen der Behörde.<sup>1453</sup> Sie kann insbesondere Änderungen in Bezug auf die gebildeten Netzentgelte oder sonstigen Bedingungen zum Netzanschluss oder Netzzugang verlangen, falls diese von der Genehmigung oder hierfür bestehenden

---

<sup>1449</sup> EnWG-Kment/*Wahlhäuser*, § 30 EnWG, Rn. 80.

<sup>1450</sup> EnWG/*Robert*, § 30 EnWG, Rn. 44.

<sup>1451</sup> EnWG/*Robert*, § 30 EnWG, Rn. 45.

<sup>1452</sup> EnWG/*Robert*, § 30 EnWG, Rn. 47.

<sup>1453</sup> EnWG/*Robert*, § 30 EnWG, Rn. 48.

gesetzlichen Vorgaben abweichen, § 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 1 EnWG. In Fällen rechtswidrig verweigerten Netzanschlusses oder Netzzugangs kann die Regierungsbehörde den Netzanschluss oder Netzzugang anordnen, § 30 Abs. 2 S. 3 Nr. 2 EnWG.<sup>1454</sup>

*cc) Vorteilsabschöpfung durch die Regulierungsbehörde*

Hat ein Unternehmen vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift über den Netzanschluss oder Netzzugang aus dem EnWG bzw. einer erlassenen Rechtsverordnung oder eine auf Grundlage dieser Vorschriften ergangene Entscheidungen der Regulierungsbehörde verstoßen und dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil erlangt, so kann die Regulierungsbehörde die Abschöpfung des wirtschaftlichen Vorteils anordnen und dem Unternehmen die Zahlung des entsprechenden Geldbetrages auferlegen, vgl. § 33 Abs. 1 EnWG.

Der wirtschaftliche Vorteil ist das „Mehr“, welches das Unternehmen durch den Verstoß erwirtschaftet hat. Dieser Betrag wird anhand einer Saldierung der Vermögensverhältnisse bei konformen bzw. nonkonformen Verhalten errechnet. Der überschießende, auf dem Missbrauch beruhende, Gewinnanteil kann darüber hinaus auch geschätzt werden, § 33 Abs. 4 S. 1 EnWG i.V.m. § 287 Abs. 1 ZPO. Er fließt der Staatskasse zu.<sup>1455</sup>

Die Vorteilsabschöpfung gilt als eigenständiges Regulierungsinstrument. Ihr Anwendungsbereich ist indes durch die Subsidiaritätsklausel in § 33 Abs. 2 EnWG begrenzt. Sie tritt gegenüber dem Schadensersatzanspruch aus § 32 EnWG, einer Geldbuße nach § 95 EnWG sowie der Anordnung des Verfalls nach § 29 a OWiG bzw. §§ 73, 73 a StGB zurück, soweit nach diesen Vorschriften eine Abschöpfung bereits stattfindet. Wegen der Konkurrenz zum Schadensersatz wird die Vorteilsabschöpfung nur dort relevant, wo der Schaden von den Anspruchsinhabern wegen Geringfügigkeit nicht verfolgt wird, der Netzbetreiber dennoch einen kausalen wirtschaftlichen Vorteil verzeichnen kann.<sup>1456</sup>

---

<sup>1454</sup> *BNetzA* v. 30.07.2007 – BK6-07-023, S. 23.

<sup>1455</sup> *Kling*, S. 113; *Zeidler*, RdE 2010, 122, 123; *Jacob*, RdE 2009, 42, 46.

<sup>1456</sup> BT-Drs. 15/3640, S. 36; *Kling*, S. 114.

*d) Allgemeine Aufsicht*

Um eine möglichst sichere, preisgünstige und umweltverträgliche leitungsgebundene Energieversorgung i. S. d. § 1 Abs. 1 EnWG aufrecht zu erhalten, kann die Regulierungsbehörde Unternehmen oder Vereinigungen von solchen zu Handlungen und Unterlassen veranlassen, wenn sich ein Widerspruch zu den gesetzlichen Anordnungen offenbart, vgl. § 65 EnWG.<sup>1457</sup>

Die sog. allgemeine Aufsicht fasst – anders als die behördlichen Verfahren nach den §§ 30, 31 EnWG, welche sich auf das Verhalten der Netzbetreiber beschränken – sämtliche Marktakteure die an der Wertschöpfungskette beteiligt sind, ins Auge. Soweit der Anwendungsbereich der allgemeinen Missbrauchsaufsicht gemäß § 30 Abs. 2 EnWG eröffnet ist, findet sie als *lex specialis* alleinige Anwendung. Die allgemeine Aufsicht ist dem Missbrauchsverfahren gegenüber subsidiär, § 65 Abs. 4 EnWG.<sup>1458</sup>

Die allgemeine Aufsicht wird im öffentlichen Interesse zur Wahrung der Ziele des § 1 Abs. 1 EnWG geführt.<sup>1459</sup> Gleichwohl kann es auch auf Antrag eingeleitet werden, ggf. kann auch hier das Ermessen über das Einschreiten auf null reduziert sein.<sup>1460</sup> Zur Antragsbefugnis fehlt zwar eine ausdrückliche Regelung, einen dahingehenden Schluss lässt allerdings §§ 66 Abs. 2 EnWG zu. Danach ist derjenige Verfahrensbeteiligter, der einen entsprechenden Antrag auf Durchführung des Verfahrens gestellt hat., § 66 Abs. 2 Nr. 1 EnWG sowie Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und die, die Regulierungsbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigelegt hat, § 66 Abs. 2 Nr. 3 EnWG.

*aa) Tatbestand – Verstoß gegen das EnWG*

§ 65 Abs. 1 S. 1 EnWG verlangt auf Tatbestandsseite, dass das zu beanstandende Verhalten den Bestimmungen des EnWG sowie den auf seiner Grundlage ergangenen Rechtsvorschriften entgegensteht. § 65 Abs. 2 EnWG formuliert, dass das betreffende

---

<sup>1457</sup> Moser, S. 204 ff.

<sup>1458</sup> *OLG Düsseldorf* v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12 (V), RdE 2013, 128, 130; EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 3; *Holzengel/Göge*, ZNER 2004, 218, 219; *Kling*, S. 110 f.; a. A. *Antweiler/Nieberding*, NJW 2005, 3673, 3674.

<sup>1459</sup> *OLG Düsseldorf* v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12 (V), RdE 2013, 128, 131; EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 7.

<sup>1460</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 9.

Unternehmen seinen Verpflichtungen nach dem EnWG, respektive den hierauf beruhenden Rechtsverordnungen nicht nachkommt. Zwischen den sprachlichen Varianten besteht indes kein inhaltlicher Unterschied. Tatbestandsbegründend ist jeweils allein ein Verstoß gegen das EnWG einschließlich der darauf gestützten Verordnungen sowie ggf. erlassenen Verwaltungsakte.<sup>1461</sup> Auf ein Verschulden kommt es nicht an.<sup>1462</sup>

Die allgemeine Aufsicht steht nicht in Konkurrenz mit etwaigen zivilgerichtlichen Zuständigkeiten. Sie ist allerdings gesperrt, wenn das beanstandete Verhalten früher wirksam genehmigt wurde.<sup>1463</sup>

#### *bb) Befugnisse der allgemeinen Aufsicht*

Im Rahmen der allgemeinen Aufsicht kann die Regulierungsbehörde von den folgenden Befugnissen Gebrauch machen:

##### *(1) Abstellungsbefugnis*

Die Regulierungsbehörde kann die Unternehmen schlicht verpflichten, den Verstoß abzustellen, vgl. § 65 Abs. 1 S. 1 EnWG. Diese Verfügung beinhaltet zugleich das Gebot künftiger Unterlassung.<sup>1464</sup> Sie kann hierbei auch konkret alle erforderlichen Abhilfemaßnahmen vorhaltensorientierter oder struktureller Art vorschreiben, § 65 Abs. 1 S. 2 HS. 1 EnWG. Dieser Passus wurde zur Klarstellung eingefügt, dass auch Maßnahmen, die in die Unternehmenssubstanz eingreifen auf Grundlage der Generalklausel möglich sind.<sup>1465</sup> Ob die Regulierungsbehörde ein Verfahren einleitet und welche Maßnahmen sie schließlich verfügt, steht in ihrem pflichtgemäßen Ermessen.

Sie hat dabei – bei der Auswahl der Mittel sogar explizit – das Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten, § 65 Abs. 1 S. 2 EnWG. Die übliche Prüfungsfolge – Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit – wird hinsichtlich des Prüfungshorizonts auf eine wirksame Abstellung der Zuwiderhandlung eingestellt.<sup>1466</sup> § 65 Abs. 1 S. 3 EnWG betrifft die Verhältnismäßigkeit struktureller Maßnahmen. Sie kommen dann als

---

<sup>1461</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 4.

<sup>1462</sup> OLG Düsseldorf v. 12.12.2012 – VI-3 Kart 137/12 (V), RdE 2013, 128, 131.

<sup>1463</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 5.

<sup>1464</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 10.

<sup>1465</sup> BT-Drs. 17/6072, S. 92; EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 1.

<sup>1466</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 7.

verhältnismäßige Maßnahme in Betracht, wenn eine verhaltensorientierte Maßnahme nicht zur Verfügung steht oder wenn eine solche ausnahmsweise in der Gesamtschau mit einer größeren Belastung für das beteiligte Unternehmen verbunden wäre.<sup>1467</sup>

### (2) Anordnungsbefugnis

Nach § 65 Abs. 2 EnWG können im Falle eines Verstoßes ganz pauschal „Maßnahmen angeordnet“ werden. Damit die Norm nicht vollständig in § 65 Abs. 1 EnWG aufgeht und leerläuft, sondern ihr ein eigener Anwendungsbereich zukommt, ist sie als ergänzende Auffangregelung zu lesen. Alle Verfügungen, die keine Verpflichtung im Sinne der Abstellungsbefugnis darstellen sind entsprechend auf die Anordnungsbefugnis zu stützen.<sup>1468</sup>

### (3) Investitionsverpflichtung

Die Vorschrift des § 65 Abs. 2 a EnWG stellt eine Spezialbefugnis zur zwangsweisen Durchsetzung der im Netzentwicklungsplan vorgesehenen Investitionsmaßnahmen vor.<sup>1469</sup> Hat ein Betreiber von Transportnetzen aus anderen als zwingenden, von ihm nicht zu beeinflussenden Gründen, eine Investition, die nach dem Netzentwicklungsplan in den folgenden drei Jahren nach Eintritt der Verbindlichkeit durchgeführt werden musste, nicht durchgeführt, fordert die Regulierungsbehörde ihn danach in einer zunächst zur Durchführung der betreffenden Investition auf und setzt hierzu eine Frist fest. Hinsichtlich dieser Aufforderung zur Investitionsdurchführung hat die Regulierungsbehörde keinen Ermessensspielraum. Bei der Fristsetzung hat sie natürlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten, wobei angesichts der *lege ratio* einer koordinierten gemeinsamen Netzausbauplanung<sup>1470</sup> und der ohnehin dreijährigen Umsetzungsfrist kurze Fristen in der Regel verhältnismäßig sein dürften.<sup>1471</sup> Die Aufforderung unterbleibt allerdings, sofern die Investition unter Zugrundelegung des jüngsten Netzentwicklungsplans obsolet geworden ist. Sollte die Frist fruchtlos ablaufen,

---

<sup>1467</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 8.

<sup>1468</sup> BT-Drs. 15/3917, S. 70; EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 11.

<sup>1469</sup> Wie die §§ 12 a ff. EnWG dient § 65 Abs. 2 a EnWG der Umsetzung von Art. 22 VII ELTRL-2009; die Vorschrift findet auf alle Transportnetzbetreiber Anwendung, BT-Drs. 17/6072, S. 92.

<sup>1470</sup> BT-Drs. 17/6072, S. 2; BT-Drs. 17/6365, S. 16.

<sup>1471</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 15.

kann die Behörde in einem zweiten Schritt zur Ersatzvornahme übergehen und ein Ausschreibungsverfahren zur Durchführung der betreffenden Investition durchführen. Hierzu kann sie durch Festlegung nach § 29 Abs. 1 EnWG zum Ausschreibungsverfahren nähere Bestimmungen treffen.<sup>1472</sup>

#### (4) Feststellungsbefugnis

Soweit ein berechtigtes Interesse besteht, kann die Regulierungsbehörde gemäß § 65 Abs. 3 EnWG eine Zuwiderhandlung auch feststellen, nachdem diese beendet ist. Ob eine solche vorliegt ist stets eine Einzelfallfrage.<sup>1473</sup> Bei der Beurteilung ist in jedem Fall § 1 Abs. 1 EnWG heranzuziehen, denn diesem ist die Aufsicht schließlich zu dienen bestimmt. Ein berechtigtes Interesse ist vor allem – aber nicht ausschließlich – bei Wiederholungsgefahr anzunehmen.<sup>1474</sup> Andere denkbare Fallgestaltungen, die ein berechtigtes Interesse begründen sind etwa eine unsichere Rechtslage oder eine besonders erhebliche Berührung von Verbraucherinteressen.<sup>1475</sup> Die Vorbereitung eines zivilrechtlichen Schadensersatzanspruchs ist hingegen nicht geeignet, ein solches, berechtigtes Interesse i.S.v. § 65 Abs. 3 EnWG zu begründen.<sup>1476</sup>

### 3. Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde

Ansprüche, die sich gegen die Energieversorger selbst richten sind gerichtlich, je nach dem Klageziel durch Leistungs- oder Feststellungsklage, sofern an ihr ein schutzwürdiges Interesse besteht, geltend zu machen.

Gegen Entscheidungen der Regulierungsbehörde ist gemäß § 75 Abs. 1 EnWG der Rechtsbehelf der Beschwerde statthaft. In sachlicher wie örtlicher Hinsicht ist ausschließlich das OLG Düsseldorf zur Entscheidung über diese Beschwerde berufen, vgl. § 75 Abs. 4 EnWG. Im Beschwerdeverfahren herrscht gemäß § 80 EnWG Anwaltszwang. Das Beschwerdegericht ist an den Untersuchungsgrundsatz gebunden, vgl. § 82 Abs. 1 EnWG. Nach § 81 EnWG entscheidet das Beschwerdegericht über den Rechtsstreit auf Grund mündlicher Verhandlung, wenn die Beteiligten nicht darauf

---

<sup>1472</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 16.

<sup>1473</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 17.

<sup>1474</sup> BT-Drs. 15/3640, S. 51 zu § 32 Abs. 3 GWB.

<sup>1475</sup> EnWG/Hanebeck, § 65 EnWG, Rn. 17.

<sup>1476</sup> BNetzA v. 15.01.2008 – BK8-06-029, S. 8.

verzichten oder trotz ordnungsgemäßer Ladung nicht zum Verhandlungstermin erscheinen.

Hält das Beschwerdegericht die Entscheidung der Regulierungsbehörde für unzulässig oder unbegründet, so hebt er sie auf, vgl. § 83 Abs. 2 S. 1 EnWG. Hat die Regulierungsbehörde eine begehrte Entscheidung rechtswidrig abgelehnt oder unterlassen, so spricht das Gericht die Verpflichtung der Regulierungsbehörde aus, die beantragte Entscheidung vorzunehmen, vgl. § 83 Abs. 4 EnWG. Eine Entscheidung ist durch das Beschwerdegericht auch dann zu korrigieren, wenn der Regulierungsbehörde von ihrem Ermessen fehlsamen Gebrauch gemacht hat. Hatte die Behörde bei ihrer Entscheidung ein Ermessen, ist sie gerichtlich nach allgemeinen Grundsätzen indes nur daraufhin überprüfbar, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten oder durch die Ermessensentscheidung Sinn und Zweck des anzuwendenden Gesetzes verletzt wurden.<sup>1477</sup>

#### **4. Zwischenergebnis zur individuellen Geltendmachung**

Es wurde deutlich, dass es hinsichtlich der Kategorien „Verantwortung“ und „Haftung“ einer exakten Bestimmung des jeweiligen Bezugspunktes bedarf. Geht es um die Verantwortlichkeit für die Staatsaufgabe Energieversorgung, befindet man sich in den Kategorien des Privatisierungsfolgenrechts, der Gewährleistungsverantwortung bzw. der sektorspezifischen Infrastrukturverantwortung. Jenseits dessen liegt die Verantwortlichkeit für die Staatsaufgabe der Gefahrenabwehr. Zur Frage der Justiziabilität von Versorgungssicherheit gilt ebendies. Der Vorwurf ist genau zu bezeichnen, es kann für die Geltendmachung subjektiv-öffentlicher Rechtspositionen einen erheblichen Unterschied machen, ob man sich auf eine Rechtsposition beruft, die der Versorgungssicherheit vorausgeht (Gefahrenvorsorge bzw. Versorgungssicherheit im Randbereich), oder sich bei Gelegenheit und aufgrund mangelnder Versorgungssicherheit (Gefahrenabwehr) beruft.

---

<sup>1477</sup> BGH v. 03.06.2014 – EnVR 10/13, NVwZ 2014, 1600, 1601.

## KAPITEL V

## – FAZIT UND AUSBLICK –

Für den Gebrauch von Rechtsbegriffen, denen ein fixer körperlicher Bezug, sei er gegenständlich oder persönlich, fehlt, kann eine Negativdefinition als flexibles und rechtssicheres Instrument hilfreich sein. Beschaffenheiten von Personen und Sachen lassen sich anhand positiver Merkmale erschöpfend beschreiben. Das gilt in gleicher Weise auch für abgeschlossene Vorgänge, die in der Vergangenheit liegen. Existiert ein physischer Bezugspunkt oder ist der abgeschlossene Vorgang wiederholbar, kann seine Beschreibung zukünftig als Standard im Sinne einer Definition festgelegt werden. Das ist möglich, weil alle relevanten Tatsachen verstandesmäßig unzweifelhaft erfassbar sind.

Versorgungssicherheit hat demgegenüber keinen Anfangs- und Endpunkt. Statt eines zeitlich befristeten Geschehensablaufs stellt sie vielmehr eine, auf unbestimmte Zeit in die Zukunft gerichtete, lineare Zustandsbeschreibung dar. Die – im Wortsinn unendliche – zeitliche Ausdehnung sowie unzählige mögliche Begleitumstände machen eine aufzählende Beschreibung faktisch unmöglich. Dort wo ein oder mehrere Unsicherheitsfaktoren nicht hinweggedacht werden können, kommt es den praktischen Bedürfnissen ohnehin viel mehr entgegen, zweifelsfrei sagen zu können wann sich der fragliche Zustand jedenfalls nicht mehr definitionsgemäß darstellt, als sagen zu können, unter welchen Umständen er positiv als solcher zu qualifizieren ist. Nach der Untersuchung des Energierechts als Referenzgebiet erweist sich die abstrakt erarbeitete Negativdefinition insofern als hilfreich.

Entspricht der status quo einem Zustand gesicherter Versorgung, kann er jedenfalls als wichtige Hilfestellung bei der Versinnbildlichung sowie der praktischen Handhabung des wenig greifbaren Rechtsbegriffs dienen. Zugleich kann der status quo ante jedoch immer nur ein Näherungswert sein. Das Energiewirtschaftsrecht schlägt eine Brücke zwischen dem letzten aktuellen Stand sicherer Versorgung und ihrer notwendigen Kontinuität. Letzteres zeigt sich durch die Bemühungen das Versorgungsniveau durch die Monitoring-Berichte ständig zu überwachen und zu reflektieren. Sie stellen zum einen die notwendigen Datensätze zur Verfügung und geben zugleich Auskunft darüber, ob die

Infrastruktur den vorhandenen Bedürfnissen und Umständen noch angemessen ist.<sup>1478</sup> Auch die subjektiv-öffentliche Rechte, welche im EnWG ihren Ursprung haben, knüpfen überwiegend an den status quo an. Deutlich wird dies vor allem an dem Vorbehalt wirtschaftlicher Zumutbarkeit, unter den alle Ansprüche, die gegenüber einem Energieversorgungsunternehmen erhoben werden können, gestellt sind. Ein Anspruch besteht nur im Rahmen dessen, was den Energieversorgungsunternehmen angesichts der vorhandenen Kapazitäten zugemutet werden kann.<sup>1479</sup> Weiterhin stellen auch die Vorschriften zum Systemmanagement den status quo in den Mittelpunkt. Ihr Sinn und Zweck ist es, anhand der vorgefundenen Gegebenheiten einen Zustand sicherer Versorgung (wieder-) herzustellen.<sup>1480</sup> Eine andere Stoßrichtung haben demgegenüber die im Zuge der Beschleunigungsgesetzgebung eingefügten §§ 12 a ff. EnWG nebst den korrelierenden Normen des NABEG. Hierdurch soll der Ist-Zustand – sofern er gegenwärtig oder auf absehbare Zeit als nicht (mehr) bedarfsgerecht erkannt wurde – gerade überkommen werden.<sup>1481</sup>

---

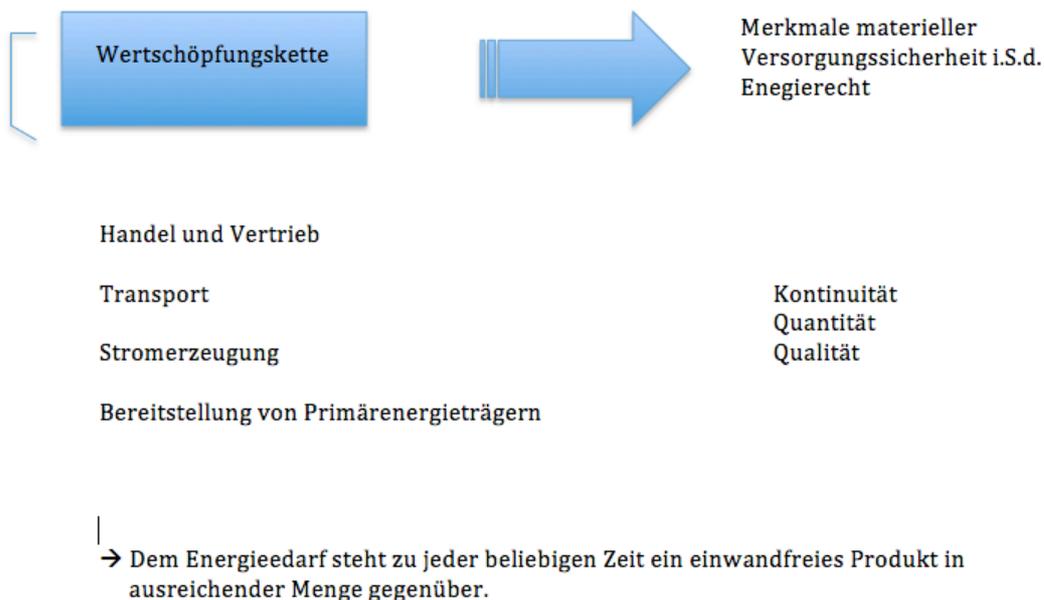
<sup>1478</sup> Vgl. „Informationsabfrage, Berichterstattung und Monitoring“, S. 166 ff.

<sup>1479</sup> Vgl. „Vorbehalt wirtschaftliche Zumutbarkeit“, S. 176 ff.; „Anschlussverweigerung“, S. 194 ff.; „Zugangsverweigerung“, S.202 ff.

<sup>1480</sup> Vgl. „Systemverantwortung“, S. 179 ff.

<sup>1481</sup> Vgl. „Netzausbauplanung“, S. 204 ff.

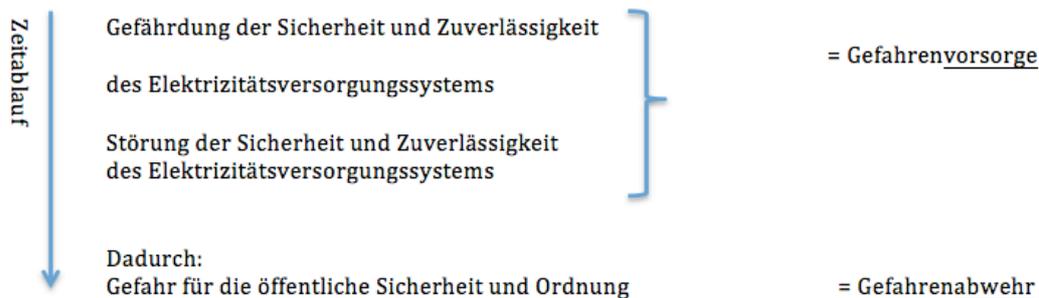
In materiellrechtlicher Hinsicht wird, wie die nachfolgende Abbildung verdeutlichen soll, die energierechtliche Lesart von Versorgungssicherheit von den Schlagworten „Kontinuität“, „Qualität“ und „Quantität“ begleitet, die auf allen Ebenen der Wertschöpfungskette vorhanden sein müssen. Fehlt es an einem dieser Merkmale ist die Versorgung – jedenfalls im Randbereich – ohne das Hinzutreten weiterer Umstände defizitär. Vice versa ist demnach ein Zustand sicherer Versorgung im Sektor der Energiewirtschaft in jedem Fall zu bejahen, wenn dem Energiebedarf zu jeder beliebigen Zeit ein einwandfreies Produkt in ausreichender Menge gegenübersteht.



Im Einzugsgebiet des europäischen Netzregelverbands ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine erhebliche, die Bagatellgrenze überschreitende Störung eintritt, verhältnismäßig gering. Andererseits sind, sollte dieser Fall doch einmal eintreten, die möglichen Folgen ihrem Ausmaß und ihrer Wirkung nach umso gravierender, kaum absehbar und deshalb nur schwer beherrschbar.<sup>1482</sup> Hieraus erklärt sich auch der Überhang von Gesetzgebung

<sup>1482</sup> Danner/Theobald/Schulte-Beckhausen, Band 3, Einf. EnSiG (2013), Rn. 13; vgl. zu diesem sog. „Verletzlichkeitsparadoxon“ schon oben bei „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215 ff.

auf dem Gebiet der Gefahrenvorsorge sowie ihre besondere Bedeutung für die Versorgungssicherheit.<sup>1483</sup>



Das EnWG und die auf seiner Grundlage ergangene Verordnungen sind dem Gefahrenvorsorgerecht zuzuordnen und haben aus diesem Grund auch einen umfassenden Ansatz. Anders als im Gefahrenabwehrrecht, wo eine Voraussetzung rechtmäßigen Handelns das Vorliegen einer Gefahrensituation ist, welche typischerweise oder einzelfallbezogen einen Schadenseintritt als wahrscheinlich erscheinen lässt, werden ausnahmslos alle Schadensmöglichkeiten in Betracht gezogen. Hier ist gerade nicht tunlich, bis an die Gefahrengrenze zu gehen. Dies gilt für den Schutz von Kollektivrechtsgütern ebenso wie für den von Individualrechtsgütern gleichermaßen. Bei der Beurteilung von Schadenswahrscheinlichkeiten beschränkte sich der Gesetzgeber im Hinblick auf die Vorsorgefunktion des EnWG nicht auf Erfahrungssätze, sondern hat Schutzmechanismen vorsorglich auch für solche Risiken geschaffen, die auf theoretischen Überlegungen oder Berechnungen beruhen. Gefahrenvorsorge findet auch dort statt, wo „nur“ ein Gefahrenverdacht oder auch bloß Potenzial für begründete Besorgnis besteht.

Ein lückenloser Schutz der energierechtlichen Versorgungssicherheit und ihrer materiellen und immateriellen Grundlagen kann selbstverständlich weder durch die Energieversorgungsunternehmen noch durch den Staat als Auffangverantwortlichem

<sup>1483</sup> In diesem Sinne *Appel*, S. 44; *Ekardt*, S. 61, 62; vgl. auch „Umfangreiche legislative Befassung“, S. 145.

versprochen und gewährleistet werden.<sup>1484</sup> Ein Restrisiko verbleibt in jedem Fall – ein Schadenseintritt kann niemals absolut, d. h. natur- oder denkgesetzlich ausgeschlossen sein. Eine solche Arbeitshypothese deckte sich auch gar nicht mit den Bedürfnissen der Lebenswirklichkeit. Statt einer Überversicherung muss aus Gründen praktischer Vernunft das Bemühen um eine effektive Vorsorge der maßgebliche Leitgedanke sein. Ein etwaiger Schadenseintritt kann unter diesem Gesichtspunkt als sog. Restrisiko unberücksichtigt bleiben, wenn es aufgrund der bereits getroffenen Vorsorgemaßnahmen und auf Grundlage des Standes von Wissenschaft und Technik der Eintritt eines schädigenden Ereignisses praktisch nicht vorstellbar ist.<sup>1485</sup> Im Energieright ist der Bereich des Restrisikos allerdings verschwindend gering.

Sofern sich dieses Restrisiko entgegen der Erwartung doch in einem Störfall verwirklicht oder die Gefahrenvorsorge der Störung nicht effektiv vorbeugen konnte, stehen im Kernbereich die Instrumentarien des Gefahrenabwehrrechts zur Verfügung. Im Randbereich sind die Folgen durch private Vorsorge abzufangen oder hinzunehmen. Das Risikomanagement des EnWG strebt dennoch stets eine Erhöhung des Schutzniveaus durch Management des Aufallsrisikos an, damit es von vorneherein keinen Übertritt vom Normalfall zum Störfall gibt.

	<b>Normalfall</b>	<b>Störfall</b>
Kernbereich	Gewährleistung	Gefahrenabwehr
Randbereich	Gewährleistung	Private Vorsorge

<sup>1484</sup> BMI, Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen (KRITIS-Strategie), S. 11.

<sup>1485</sup> Vgl. BVerfG v. 08.08.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 143; BVerfG v. 20.12.1979 – 1 BvR 385/77, BVerfGE 53, 30, 58 f.

Daneben finden die oben aufgestellten Thesen im Normgefüge des Energiewirtschaftsrechts tatsächlich Widerhall.

### **I. Fazit zu These 1**

Dass Versorgungssicherheit einen gefahrenabwehrrechtlichen Kern hat, lässt sich anhand der Zweiteilung von Normalfall und Störfall belegen. Dass es zutreffend ist, das Störfallrecht als besonderes Gefahrenabwehrrecht einzuordnen, zeigt sich am Wechsel der Zuständigkeiten. Ganz deutlich wird das Zusammenspiel an der Scharniernorm des § 13 EnWG. Reichen die Maßnahmen der Gefahrenvorsorge nicht aus, um eine Versorgungsstörung für lebenswichtigen Bedarf im Sinne des § 1 EnWG – dem vorliegenden Verständnis nach im Sinne des materiellrechtlichen Kernbereichs – greift die staatliche Auffangverantwortung.<sup>1486</sup>

### **II. Fazit zu These 2 und 3**

Die Thesen, dass Versorgungssicherheit als Querschnittsmaterie eine Qualitätsanforderung an die Verwaltung bei der Gesetzeserfüllung darstellt und als solche im Wege des – vorliegend so bezeichneten – geleiteten Beurteilungsspielraums beachten werden muss, ist zu bejahen. Die Zielvorgaben von § 1 EnWG schlagen sich bei der Auslegung und Anwendung jeder Sachnorm nieder. Sie muss für die Energiewirtschaft angesichts der primär privatrechtlichen Erbringung allerdings noch erweitert werden. Die Versorgungssicherheit stellt in diesem Sinne auch für die Energieversorgungsunternehmer eine Qualitätsanforderung dar. Im Anwendungsbereich des EnWG, also dem Bereich der Gefahrenvorsorge herrscht insofern Gleichlauf mit den Anforderungen, denen die Verwaltung bei unmittelbarer staatlicher Erfüllung läge.

Hieran anknüpfend lässt sich gleichfalls auch die These vom geleiteten Beurteilungsspielraum an einem praktischen Beispiel anschaulich machen. Sie wird also dort relevant, wo es im Hinblick auf die Versorgungssicherheit zu einem Binnenkonflikt kommt.<sup>1487</sup> Mit anderen Worten: Es besteht eine Gemengelage in der sich die zu treffende

---

<sup>1486</sup> Vgl. dazu ausführlich oben bei „Systemverantwortung“, S. 179 ff. und „Gefahrenabwehrrechtliche Ermächtigung für Störfälle in der Energiewirtschaft – Energiesicherungsgesetz (EnSiG)“, S. 218 ff.

<sup>1487</sup> Vgl. oben bei „Vertragliche Haftung bei Versorgungsstörungen und Eingriffsmaßnahmen“, S. 251 ff.

Entscheidung – egal wie sie ausfällt – Versorgungssicherheit als Anliegen aus ihrer jeweiligen Perspektive für sich in Anspruch nehmen kann. Bei der Durchführung von Maßnahmen im Rahmen ihrer Systemverantwortung haben die Netzbetreiber einen weiten Einschätzungsspielraum. Hierbei haben die Energieversorgungsunternehmen – eben im Rahmen ihres „geleiteten Beurteilungsspielraums“ – abzuwägen ob die Versorgungssicherheit „im Kleinen“ d. h. des Einzelnen nach Lage der Dinge zu Gunsten des gemeinen Wohls zurückstehen muss.

### **III. Fazit zu These 4**

Die Schwierigkeit einen wenig greifbaren Begriff wie Versorgungssicherheit rechtlich überhaupt zu definieren, liegt auch darin begründet, weil er sich aus zahllosen – teilweise auch entgegengesetzten – Interessen zusammensetzt, die jeweils Versorgungssicherheit als Anliegen für sich beanspruchen können und in diesem Sinne auch in einen gerechten Ausgleich gebracht werden müssen. Dass sich Versorgungssicherheit – wie oben behauptet wurde – absolut definieren aber nur relativ garantieren lässt, geht damit einher. Dass es keinen universellen Anspruch auf „Versorgungssicherheit“ geben kann ist eigentlich aus sich heraus verständlich. Ihren normativen Beleg findet diese These darüber hinaus in allen Normen des energiewirtschaftlichen Gefahrenabwehrrechts, die eine Anspruchsgrundlage darstellen, dies sind vor allem die Vorschriften des 2. und 3. Teils des EnWG, die zahlreiche Ausnahmen und Vorbehalte enthalten. Dort wirkt es sich aus, dass die Energieversorgungsunternehmen eigentlich eine schizophrene Stellung haben. Einerseits sind sie Normunterworfenen und Erfüllungsschuldner, andererseits handelt es sich immer noch um privatwirtschaftliche Unternehmen mit eigenen subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen, die sie bewahrt sehen wollen. Die Netzbetreiber sind somit zugleich Erfüllungsgehilfen der staatlichen Daseinsvorsorge, zugleich haben sie selbst eine schützenswerte Rechtsposition inne.

### **IV. Ausblick**

Die deutsche „Energiewende“ wird bestimmt gelingen. Das (gesellschafts-)politische Interesse und die Befassung mit Versorgungssicherheit wird jedoch in Zukunft weiterhin die Leitlinie der Energiepolitik bleiben, auch wenn die Energiewende dereinst einmal vollendet sein wird. In einer Zeit verknappter Ressourcen wird sie als Anliegen sogar noch mehr in den Mittelpunkt rücken und an Bedeutung in Zukunft eher zu- denn abnehmen. Zudem hat Versorgungssicherheit in Zeiten des relativ jungen Phänomens des

internationalen Terrorismus – wegen der Angewiesenheit der meisten lebenswichtigen Waren auf eine leitungsgebundene Infrastruktur und dem bereits erwähnten Verletzlichkeitsparadoxon – auch unter dem Gesichtspunkt feindlicher Bedrohungen latenten Risikozuwachs erhalten.<sup>1488</sup>

Auch in anderen Sektoren ist und bleibt Versorgungssicherheit ein neuralgischer Punkt. So werden seltene Metalle (z. B. Lithium) für die e-Mobilität gebraucht. Hier wird die Versorgungssicherheit eine ganz zentrale Rolle spielen, denn die Rohstoffe werden knapp.<sup>1489</sup> Es ist ferner zu erwarten, dass sich insbesondere die Diskussion um die Wasserprivatisierung immer mehr verstärken wird. Bereits heute mahnen Umweltforscher eine anbahnende Trinkwasserverknappung an.<sup>1490</sup>

Jeder, der schon einmal in einem überfüllten Zugabteil einen Platz ergattern wollte, hat eine Ahnung davon, wie sich Verteilungskampf anfühlen muss. Die wahre Bedeutung von Versorgungssicherheit wird wohl erst in ihrer Abwesenheit spürbar.<sup>1491</sup>

---

<sup>1488</sup> Vgl. oben „Energieversorgungssicherheit im engeren Sinn: Der Störfall“, S. 215 ff.

<sup>1489</sup> Endres, Alexandra, Industrie warnt vor Rohstoffknappheit, in: Zeit online v. 26.11.2017 {<http://www.zeit.de/wirtschaft/2017-11/elektromobilitaet-elektroauto-rohstoffe-knappheit-lithium>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

<sup>1490</sup> Müller, S. 155 ff.

<sup>1491</sup> So auch: Kahle, S. 47; Schäuble, S. 21.

## LITERATURVERZEICHNIS

- Ahlers, Eric*: Regulierung in der Komplexitätsfalle, IR 2016, S. 122-125.
- Allwardt, Cederick*: Europäisiertes Energierecht in Deutschland, Berlin 2006.
- Altenschmidt, Stefan*: Die Versorgungssicherheit im Lichte des Verfassungsrechts, NVwZ 2015, S. 559-563.
- Ambrosius, Gerold*: Services Publics, Leistungen der Daseinsvorsorge oder Universaldienste? Zur historischen Dimension eines zukünftigen Elements europäischer Gesellschaftspolitik, in: *Cox, Helmut (Hrsg.)*: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, Baden-Baden 2000, S. 15-43.
- Angermann, Erich*: Das „Auseinandertreten von Staat und Gesellschaft“ im Denken des 18. Jahrhunderts, ZfP 1963, S. 69-101.
- Antweiler, Clemens/Nieberding, Felix*: Rechtsschutz im neuen Energiewirtschaftsrecht, NJW 2005, S. 3673-3676.
- Appel, Ivo*: Staatliche Zukunfts- und Entwicklungsvorsorge, Zum Wandel der Dogmatik des Öffentlichen Rechts am Beispiel des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung im Umweltrecht, Tübingen 2005.
- Appel, Markus*: Die Bundesfachplanung nach §§ 4 ff. NABEG – Rechtsnatur, Bindungswirkungen und Rechtsschutz, ER 2012, S. 3-12.
- Appel, Markus*: Neues Recht für neue Netze – das Regulierungsregime zur Beschleunigung des Stromnetzausbaus nach EnWG und NABEG, UPR 2011, S. 406-416.
- Armbrüster, Christian*: Katastrophenschäden, insbesondere Versicherbarkeit und andere Ersatzmöglichkeiten, in: *Kloeper, Michael (Hrsg.)*: Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Baden-Baden 2008, S. 77-88.
- Arndt, Adolf*: Umwelt und Recht, 1. Der BGH und das Selbstverständliche (§ 100 StGB), 2. Die Kunst im Recht, NJW 1966, S. 25-28.
- Arnold, Viktoria (Hrsg.)*: „Als das Licht kam“, Erinnerungen an die Elektrifizierung, Wien u. a. 2003.

- Assall, Moritz*: Deutsche Lebensläufe, Wie NS-Rechtswissenschaftler nach 1945 weiter lehrten und schrieben, FoR 2007, S. 44-45.
- Atkins, Peter W./de Paula, Julio*: Physikalische Chemie, 4. Aufl., Weinheim 2008.
- Attendorn, Thorsten*: Das „Regulierungsermessen“, Ein deutscher „Sonderweg“ bei der gerichtlichen Kontrolle tk-rechtlicher Regulierungsentscheidungen?, MMR 2009, S. 238-241.
- Bachof, Otto*: Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, JZ 1955, S. 97-102.
- Bachof, Otto*: Anmerkung zu BVerwG v. 16.12.1971 – I C 31.68, JZ 1972, S. 204-210.
- Bachof, Otto*: Neue Tendenzen in der Rechtsprechung zum Ermessen und zum Beurteilungsspielraum, Zum Beschluß des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 17.10.1971, JZ 1972, S. 641-646.
- Badura, Peter*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Unternehmenszwecke bei der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand,  
in: *von Münch, Ingo (Hrsg.)*: Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer zum 75. Geburtstag, Berlin 1981, S. 3-23.
- Badura, Peter*: Gestaltungsfreiheit und Beurteilungsspielraum der Verwaltung, bestehend aufgrund und nach Maßgabe des Gesetzes,  
in: *Püttner, Günter (Hrsg.)*: Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag am 6. März 1984, München 1984, S. 169-189.
- Badura, Peter*: Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung,  
in: *Grote, Rainer/Härtel, Ines/Hain, Karl-E./Schmidt, Thorsten Ingo/Schuppert, Gunnar Folke/Winderhoff, Christian (Hrsg.)*: Die Ordnung der Freiheit, Festschrift für Christian Starck zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2007, S. 153-164.
- Barchewitz, Paul*: Ausbausteuerung im Energieregulierungsverbund am Beispiel der Verbindungsleitungen, Eine rechtswissenschaftliche Analyse des Instrumentenmixes aus Investitionsanordnung, Investitionsbudget und Regulierungsausnahme unter Berücksichtigung des dritten Energiepakets, Baden-Baden 2012.
- Bartsch, Alexander/vom Wege, Jan-Hendrik*: Die Haftung des Netzbetreibers, Rechtliche Grundlagen und aktuelle Rechtsprechung, EnWZ 2014, S. 152-158.
- Becker, Sebastian*: Individuelles Energiewirtschaftsrecht, Berlin 2006.

- 
- Behr, Nele/Gorn, Cornelia*: Schadensersatzklagen wegen Verletzung sektorspezifischen Wettbewerbsrechts, N&R 2009, S. 2-7.
- Berringer, Christian*: Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, München 2004.
- Bews, James*: Der Beitrag von Gasspeichern zur Versorgungssicherheit, IR 2013, S. 194-197.
- Börner, Achim-Rüdiger*: EU-Energieversorgungssicherheit und Solidaritätspflicht, RdE 2014, S. 367-372.
- Böwing, Andreas u. a.*: Energiewirtschaftsgesetz 1998, Frankfurt am Main 1999; (zitiert als: EnWG 1998 Erläuterungen/*Verfasser*).
- Bonß, Wolfgang*: Vom Risiko. Unsicherheiten und Ungewissheit in der Moderne, Hamburg 1995.
- Braband, Gabriele*: Strompreise zwischen Privatautonomie und staatlicher Kontrolle, München 2003.
- Brehme, Julia*: Privatisierung und Regulierung der öffentlichen Wasserversorgung, Tübingen 2010.
- Breuer, Rüdiger*: Gefahrenabwehr und Risikoversorge im Atomrecht – Zugleich ein Beitrag zum Streit um die Berstsicherung für Druckwasserreaktoren, DVBl. 1978, S. 829-839.
- Brinktrine, Ralf*: Verwaltungsermessen in Deutschland und England, Eine rechtsvergleichende Untersuchung von Entscheidungsspielräumen der Verwaltung im deutschen und englischen Verwaltungsrecht, Heidelberg 1998.
- Britz, Gabriele/Hellermann, Johannes/Hermes, Georg*: EnWG Energiewirtschaftsgesetz Kommentar, 3. Aufl. München 2015; (zitiert als: EnWG/*Bearbeiter*).
- Britz, Gabriele*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, NVwZ 2002, S. 705-706.
- Brugger, Winfried*: Konkretisierung des Rechts und Auslegung der Gesetze, AöR 1994, Band 119, S. 1-34.
- Bull, Hans Peter*: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Kronberg 1977.
- Bull, Hans Peter*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, VerwArch. 1995, S. 621-631.

*Bundesministerium des Inneren (BMI)*: Nationale Strategie zum Schutz Kritischer Infrastrukturen, KRITIS-Strategie, Stand Juni 2009, abrufbar unter {<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/2009/kritis.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur*: Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom (Zieljahr 2030) vom 4. August 2017 abrufbar unter {<https://www.netzausbau.de/bedarfsermittlung/2030/nep-ub/de.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*: Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 63 Abs. 2a EnWG zur Wirksamkeit und Notwendigkeit der Maßnahmen nach den §§ 13 Abs. 1a und 1b, 13a-c und 16 Abs. 2a EnWG, Stand Juli 2014, abrufbar unter {[https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/bericht-zu-enwg-massnahmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/bericht-zu-enwg-massnahmen.pdf?__blob=publicationFile&v=3)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*: Fünfter Monitoring-Bericht zur Energiewende, Die Energie der Zukunft, Berichtsjahr 2015, abrufbar unter {<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/fuenfter-monitoring-bericht-energie-der-zukunft.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*: Gesetzeskarte für das Energieversorgungssystem, Karte zentraler Strategien, Gesetze und Verordnungen, Stand Januar 2017, abrufbar unter {<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/gesetzeskarte.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi)*: Monitoring-Bericht des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie nach § 51 EnWG zur Versorgungssicherheit im Bereich der leitungsgebundenen Versorgung mit Elektrizität, Stand Juli 2014, abrufbar unter {<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Studien/monitoring-bericht-zur-versorgungssicherheit.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie* (Kraft Organisationserlass per 17. Dezember 2013 von “Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie” in “Bundesministerium für Wirtschaft und Energie” umbenannt – *BMWi*): Die Energiewende in Deutschland, Mit sicherer, bezahlbarer und umweltschonender Energie ins Jahr 2050, Stand Februar 2012, abrufbar unter {[http://digital.bib-bvb.de/view/bvbsingle/single.jsp?dvs=1509308152531~847&locale=de\\_DE&VIEWER\\_URL=/view/bvbsingle/single.jsp?&DELIVERY\\_RULE\\_ID=39&bfe=view/action/singleViewer.do?dvs=&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true](http://digital.bib-bvb.de/view/bvbsingle/single.jsp?dvs=1509308152531~847&locale=de_DE&VIEWER_URL=/view/bvbsingle/single.jsp?&DELIVERY_RULE_ID=39&bfe=view/action/singleViewer.do?dvs=&frameId=1&usePid1=true&usePid2=true)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

- Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (BMWi):* Energie in Deutschland, Trends und Hintergründe zur Energieversorgung, Stand Februar 2013, abrufbar unter {<http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Energie/energie-in-deutschland.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur:* Bedarfsermittlung 2017-2030, Vorläufige Prüfungsergebnisse Netzentwicklungsplan Strom (Zieljahr 2030) vom 4. August 2017 abrufbar unter {<https://www.netzausbau.de/bedarfsermittlung/2030/nep-ub/de.html>} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur (BNetzA), Beschlusskammer 6, § 17 EnWG:* Veröffentlichung zur Haftungsregelung in Netzanschluss- und Anschluss- nutzungsverträgen oberhalb der Niederspannung, – BK6p-07-013, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK6-GZ/2007/2007\\_0001bis0999/2007\\_001bis099/BK6-07-013/BK6-07-013\\_BKV\\_import.html?nn=269642](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK6-GZ/2007/2007_0001bis0999/2007_001bis099/BK6-07-013/BK6-07-013_BKV_import.html?nn=269642)} [https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK6-GZ/2007/2007\\_0001bis0999/2007\\_001bis099/BK6-07-013/BK6-07-013\\_Dokument.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Service-Funktionen/Beschlusskammern/1BK-Geschaeftszeichen-Datenbank/BK6-GZ/2007/2007_0001bis0999/2007_001bis099/BK6-07-013/BK6-07-013_Dokument.pdf?__blob=publicationFile&v=3)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur (BNetzA):* Pressemitteilung vom 16. März 2010, Bundesnetzagentur ordnet Netzregelverbund für deutsche Stromnetze an, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2010/100316NetzregelverbundStromId18377pdf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Presse/Pressemitteilungen/2010/100316NetzregelverbundStromId18377pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=3)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur (BNetzA):* Genehmigung des Szenariorahmens für die Netzentwicklungsplanung gemäß § 12 a Abs. 3 EnWG, Az. 8121-12/ Szenariorahmen 2011, abrufbar unter {[https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/2022/SR/Szenariorahmen2022\\_Genehmigung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.netzausbau.de/SharedDocs/Downloads/DE/2022/SR/Szenariorahmen2022_Genehmigung.pdf?__blob=publicationFile)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur (BNetzA):* Genehmigung des Szenariorahmens für die Netzentwicklungspläne Strom 2017-2030, Stand 30. Juni 2016, abrufbar unter {[https://data.netzausbau.de/2030/Szenariorahmen\\_2030\\_Genehmigung.pdf](https://data.netzausbau.de/2030/Szenariorahmen_2030_Genehmigung.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Bundesnetzagentur (BNetzA):* Bericht gemäß § 63 Abs. 4 a EnWG zur Auswertung der Netzzustands- und Netzausbauberichte der deutsche Elektrizitätsübertragungsnetzbetreiber, Bonn, 14.03.2011, abrufbar unter {<https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2011/20110314BerichtNetzzustandNetza>

usbaupdf.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=2} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur/Bundeskartellamt (BNetzA/BKartA)*: Monitoring-Bericht 2016, Monitoringbereich gemäß § 63 Abs. 3 i. V. m. § 35 EnWG und § 48 Abs. 3 i. V. m. § 53 Abs. 3 GWB, Stand 30. November 2016, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/Monitoring/Monitoringbericht2016.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/Monitoring/Monitoringbericht2016.pdf?__blob=publicationFile&v=2)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur (BNetzA)*: Monitoring-Bericht der Bundesnetzagentur 2007, Bericht gemäß § 63 Abs. 4 EnWG i.V.m. § 35 EnWG, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen\\_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/Monitoring/Monitoringbericht2007.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Sachgebiete/Energie/Unternehmen_Institutionen/DatenaustauschUndMonitoring/Monitoring/Monitoringbericht2007.pdf?__blob=publicationFile&v=2)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur (BNetzA)*: Jahresbericht 2012: Energie Kommunikation, Mobilität: Gemeinsam den Ausbau gestalten, abrufbar unter {[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/130506\\_Jahresbericht2012.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/130506_Jahresbericht2012.pdf?__blob=publicationFile).[https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/130506\\_Jahresbericht2012.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Downloads/DE/Allgemeines/Bundesnetzagentur/Publikationen/Berichte/2013/130506_Jahresbericht2012.pdf?__blob=publicationFile)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur (BNetzA)*: Bestätigung Netzentwicklungsplan Strom 2012 durch die Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen v. 25.11.2012, abrufbar unter {[https://data.netzausbau.de/2022/NEP/NEP2022\\_Bestaetigung.pdf](https://data.netzausbau.de/2022/NEP/NEP2022_Bestaetigung.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesnetzagentur (BNetzA)*: Bedarfsermittlung 2024 Bestätigung Netzentwicklungsplan Strom (Zieljahr 2024), v. 4.09.2015, abrufbar unter {[https://data.netzausbau.de/2024/NEP/NEP2024\\_Bestaetigung.pdf](https://data.netzausbau.de/2024/NEP/NEP2024_Bestaetigung.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesregierung (BReg)*: Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, Beschluss des Bundeskabinetts vom 28.09.2010, abrufbar unter {[https://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/\\_Anlagen/2012/02/energiekonzept-final.html](https://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/_Anlagen/2012/02/energiekonzept-final.html)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Bundesregierung (BReg)*: Regierungserklärung von Bundeskanzlerin Angela Merkel zur Energiepolitik "Der Weg zur Energie der Zukunft" (Mitschrift) vom 9.06.2011, abrufbar unter

- {<https://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/Regierungserklaerung/2011/2011-06-09-merkel-energie-zukunft.html>.<https://www.bundesregierung.de/ContentArchiv/DE/Archiv17/Regierungserklaerung/2011/2011-06-09-merkel-energie-zukunft.html>[http://e-energie.pt-dlr.de/documents/umbau-der-energieversorgung-in-deutschland\\_BMWi\\_Dez2011.pdf](http://e-energie.pt-dlr.de/documents/umbau-der-energieversorgung-in-deutschland_BMWi_Dez2011.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).
- Buntscheck, Martin*: Der Anspruch auf Anschluss an die Energieversorgungsnetze nach § 17 EnWG, WuW 2006, S. 30-39.
- Burgi, Martin*: Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl. 2006, S. 269-277.
- Burgi, Martin*: Die Umsetzungsebene der Gewährleistungsverantwortung: Leistungsbeschreibung und Qualitätsprüfung, ZSE 2007, S. 46-67.
- Buschbaum, Henning/Reidt, Olaf*: Wie flexibel ist die Bundesfachplanung bei der Realisierung von Höchstspannungsleitungen nach dem NABEG?, RdE 2015, S. 385-394.
- Bydlinski, Franz*: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., Wien u. a. 1991.
- Calliess, Christian/Dross, Miriam*: Neue Netze braucht das Land: Zur Neukonzeption von Energiewirtschaftsgesetz und Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG), JZ 2012, S. 1002-1011.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.)*: EUV/ AEUV, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtscharta, Kommentar, 4. Aufl., München 2011, (zitiert als: Calliess/Ruffert/Bearbeiter).
- Czychowski, Manfred*: Ordnungsbehördliche Maßnahmen nach Ölunfällen, DVBl. 1970, S. 379-385.
- Daleki, Wolfgang*: Die formellen Voraussetzungen für die Einführung einer Warenbewirtschaftung, DÖV 1984, S. 706-712.
- Dalibor, Marcel*: Monitoring ohne Ermächtigungsgrundlage – zur Rechtslage nach der Novellierung von § 35 EnWG und § 48 III GWB, RdE 2013, S. 207-212.
- Danner, Wolfgang/Theobald, Christian (Hrsg.)*: Energierecht Kommentar, München, Stand 92. EL März 2017; (zitiert als: Danner/Theobald/Bearbeiter).
- von Danwitz, Thomas*: Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse in der europäischen Wettbewerbsordnung,

- in: *Krautscheid, Andreas (Hrsg.): Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl*, Wiesbaden 2009, S. 103-132.
- von *Danwitz, Thomas*: Was ist eigentlich Regulierung? DÖV 2004, S. 977-986.
- Darnstädt, Thomas*: Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge, Eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, Frankfurt am Main 1983.
- Der Große Herder: Nachschlagewerk für Wissen und Leben, 5. Aufl., Band 9, Test bis Zz, Freiburg 1955.
- Demtröder, Wolfgang*: Experimentalphysik 2 Elektrizität und Optik, 6. Aufl., Berlin u. a. 2013.
- Deutsches Wörterbuch von Jacob und Wilhelm Grimm, 16 Bde. in 32 Teilbänden, Leipzig 1854 – 1961, Quellverzeichnis Leipzig, 1971.
- de Witt, Siegfried/Durinke, Peter/Kause, Harriet*: Die Planung der Übertragungsnetze, Bedingung der Energiewende, Berlin 2012.
- de Wyl, Christian/Rieke, Inga*: Zum Umfang der Haftung des Netzbetreibers für Unterbrechungen nach ProdHaftG, IR 2015, S. 5-8.
- Dietlein, Johannes*: Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Di Fabio, Udo*: Die Struktur von Planungsnormen, in:  
*Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Janbernd/Rengeling, Hans-Werner/Schulte, Martin (Hrsg.): Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag*, München 2000, S. 75-96.
- Di Fabio, Udo*: Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.
- Di Fabio, Udo*: Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, S. 575-587.
- Di Fabio, Udo*: Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 1996, Band 56 S. 253, 282.
- Di Fabio, Udo*: Wettbewerbsprinzip und Vwerfassung, Der freie Wettbewerb und die Verantwortung des Staates, ZWeR 2007, S. 266-276.

- Döhler, Marian*: Die begrenzte Rationalität von Delegation und Steuerung in der Bundesverwaltung, in:  
*Ganghof, Steffen/Manow, Philip (Hrsg.)*: Mechanismen der Politik, strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem, Frankfurt am Main 2005, S. 215-239.
- Dörr, Claus*: Amtshaftung in der aktuellen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, BayVBl. 2013, S. 613-623.
- Dolde, Klaus-Peter*: Verwaltungsverfahren und Deregulierung, NVwZ 2006, S. 857-865.
- Dombrowsky, Wolf R.*: Schutz kritischer Infrakstrukturen als Grundpoblem einer modernen Gesellschaft, in:  
*Kloepfer, Michael (Hrsg.)*: Schutz kristischer Infrastrukturen: IT und Energie, Baden-Baden 2010, S. 27-37.
- Dreier, Horst (Hrsg.)*: Grundgesetz Kommentar, Band II, Art. 20-82, 2. Aufl. Tübingen 2006;  
(zitiert als *Dreier/Bearbeiter*).
- Dreier, Horst*: Zur „Eigenständigkeit“ der Verwaltung, Die Verwaltung 1992, S. 137-156.
- Drews, Bill/Wacke, Gerhard/Vogel, Klaus/Martens, Wolfgang*: Gefahrenabwehr, Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 9. Aufl. Köln u. a. 1986.
- Dross, Miriam/Bovet, Jana*: Einfluss und Bedeutung der europäischen Stromnetzplanung für den nationalen Ausbau der Energienetze, ZNER 2014, S. 430-436.
- Duden, Deutsches Universalwörterbuch: [das umfassende Bedeutungswörterbuch der deutschen Gegenwartssprache] / hrsg. von der Dudenred. 8. überarb. und erw. Aufl., Berlin 2015.
- Durner, Wolfgang*: BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 1932/08 – Gerichtliche Kontrolle der telekommunikationsrechtlichen Marktregulierung = DVBl. 4/2012, S. 229 ff. – Anmerkung, DVBl. 2012, S. 299-302.
- Durner, Wolfgang*: Die aktuellen Vorschläge für ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz (NABEG) – Bewertung der Verfassungsmäßigkeit und des Beschleunigungspotentials, DVBl. 2011, S. 853-862.
- Durner, Wolfgang*: Konflikte räumlicher Planungen, Verfassungs-, verwaltungs- und gemeinschaftsrechtliche Regeln für das Zusammentreffen konkurrierender planerischer Raumansprüche, Tübingen 2005.

- Durner, Wolfgang*: Vollzugs- und Verfassungsfragen des NABEG, NuR 2012, S. 369-377.
- Ehricke, Ulrich*: Der europäische Regelungsansatz zur Versorgungssicherheit in Bezug auf Stromnetze- zum Richtlinienvorschlag für die Sicherung der Elektrizitätsversorgung, ZNER 2004, S. 211-217.
- Ekardt, Felix*: Katastrophenvermeidung und Katastrophenvorsorge: Möglichkeiten, Grenzen und Vorgaben, in:  
*Kloeper, Michael (Hrsg.)*: Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Baden-Baden 2008, S. 61-76.
- Ekey, Friedrich L./Klippel, Diethelm/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid/Platz, Gunda*: Heidelberger Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. Heidelberg 2005; (zitiert als: HK/Bearbeiter).
- Elspas, Maximilian Emanuel*: Haftung von Energieversorgungsunternehmen bei einer Störung der Stromversorgung, in:  
*Gundel, Jörg/Lange, Knut Werner (Hrsg.)*: Energieversorgung in Zeiten der Energiewende, Tagungsband der Sechsten Bayreuther Energierechtstage 2015, Tübingen 2015, S. 13-32.
- Erbguth, Wilfried*: Energiewende: Großräumige Steuerung der Elektrizitätsversorgung zwischen Bund und Ländern, NVwZ 2012, S. 326-332.
- Erbguth, Wilfried*: Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 2001, Band 61, S. 221-259.
- Ehlers, Dirk*: Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. Berlin 2014.
- Ehlers, Dirk/Pünder, Hermann (Hrsg.)*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. Berlin 2016; (zitiert als: Ehlers/Pünder/Bearbeiter).
- Erichsen, Hans-Uwe*: Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, 1. Bericht, VVDStRL 1977, Band 35, S. 172-220.
- Federico, Tobias*: Volatilität – der Preis der Energiewende gefährdet die Versorgungssicherheit, et 2012, S. 39-43.
- Fischerauer, Sven/Leffler, Denis (Hrsg.)*: EU-Netzkodizes und Kommissionsleitlinien: Praxishandbuch, Baden-Baden 2016.
- Fleiner, Fritz*: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 3. Neudruck der 8. Aufl.

Tübingen 1928, Aalen 1995.

*Fleiner, Fritz*: Über die Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht, akademische Antrittsrede, Tübingen 1906.

*Forsthoff, Ernst*: Die Daseinsvorsorge und die Kommunen, Köln-Marienburg 1958.

*Forsthoff, Ernst*: Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart u. a. 1938, auszugsweise abgedruckt in:  
*Forsthoff, Ernst*: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.

*Forsthoff, Ernst*: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, Stuttgart 1959.

*Franßen, Everhardt*: (Un)bestimmtes zum unbestimmten Rechtsbegriff, in:  
*Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.)*: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin u. a. 1987, S. 429-454.

*Franzius, Claudio*: Wer hat das letzte Wort im Telekommunikationsrecht? – Zum behördlichen Gestaltungsauftrag für die Zugangs- und Entgeltregulierung nach §§ 21, 30 TKG, DVBl. 2009, S. 409-416.

*Freund, Matthias*: Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation, Staatliche Gewährleistungsverantwortung, München 2002.

*Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht, Band 1, Europäische Grundfreiheiten, 2. Aufl. Berlin u. a. 2011;  
(zitiert als: *Frenz*, HB-EuR).

*Frenz, Walter*: Konkretisierungsbedürftige Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse?, GewArch 2011, S. 16-19.

*Frey, Christopher*: Grundrechtliche Probleme bei einem beschleunigten Ausbau der transeuropäischen Energienetze, ZEuS 2013, S. 19-52.

*Gärditz, Klaus Ferdinand*: Europäisches Planungsrecht, Tübingen 2009.

*Gärditz, Klaus Ferdinand*: „Regulierungsermessen“ und verwaltungsgerichtliche Kontrolle, NVwZ 2009, S. 1005-1011.

*Garbers, Marco*: Rechtliche Vorgaben für die Bundesnetzagentur bei regulatorischen Eingriffen in den Strommarkt im Interesse der Versorgungssicherheit, RdE 2015, S. 221-223.

*Germelmann, Claas Friedrich*: Der Ausbau der Offshore-Windenergie als Herausforderung für das Instrumentarium des staatlichen Konfliktausgleichs,

- 
- EnWZ 2013, S. 488-496.
- Gersdorf, Hubertus*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, JZ 2008, S. 831-840.
- Giesberts, Ludger/Tiedge, Andreas*: Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur, NVwZ 2013, S. 836-841.
- Glaser, Andreas*: Das Netzausbauziel als Herausforderung für das Regulierungsrecht, DVBl. 2012, S. 1283-1289.
- Gleixner, Werner*: Die Normerlassklage, Der Anspruch auf Erlaß untergesetzlicher Normen und formeller Gesetze, Frankfurt am Main 1993.
- Göldner, Detlef*: Vefassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Verfassungskonkretisierung als Methoden- und Kompetenzproblem, Berlin 1969.
- Gramlich, Ludwig*: „Sonst gehen bald die Lichter aus“- Rechtsfragen des Ausbaus von Hochspannungsnetzen im Lichte des Verfassungsrechts, LKV 2008, S. 530-536.
- Gramm, Christof*: Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.
- Graulich, Kurt*: Entscheidungsprärogativen der nationalen Regulierungsbehörde und gerichtliche Kontrollrechte, in:  
*Gramlich, Ludwig/Manger-Nestler, Cornelia (Hrsg.)*: Europäisierte  
Regulierungsstrukturen und –netzwerke, Basis einer künftigen  
Infrastrukturvorsorge, Baden-Baden 2011, S. 77-91.
- Greinacher, Dominik*: Energieleitungsausbau: Tatsächliche Herausforderungen und rechtliche Lösungen, ZUR 2011, S. 305-312.
- Grigoleit, Klaus Joachim/Weisensee, Claudius*: Das neue Planungsrecht für Elektrizitätsnetze, UPR 2011, S. 401-406.
- Grimmer, Klaus*: Dienstleistungsfunktion öffentlicher Verwaltungen und die Verwendung von Informationstechnik, Die Verwaltung 1990, S. 25-47.
- Gröschner, Ralf*: Das Überwachungsrechtsverhältnis, Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel, Tübingen 1992.
- Gröttrup, Hendrik*: Die kommunale Leistungsverwaltung, Grundlagen der gemeindlichen Daseinsvorsorge, Stuttgart u. a. 1973.
- Groscurth, Helmuth-M./Bode, Sven*: Zielkonflikte in der Stromerzeugung im Kontext der

- Energiewende, et 2012, S. 19-23.
- Grüneberg, Christian*: Zum behördlichen Regulierungsermessen im Energiewirtschaftsrecht, RdE 2013, S. 49-54
- Grunow, Dieter*: Öffentliche Dienstleistungen, in:  
*König, Klaus/Siedentopf, Heinrich (Hrsg.)*: Öffentliche Verwaltung in Deutschland, 2. Aufl. Baden-Baden 1997, S. 325-341.
- Günther, Reinald/Brucker, Guido*: Rechtsetzung durch Netzkodizes – Hintergrund und Stand, RdE 2016, S. 216-224.
- Gundel, Jörg*: Haftung, Wälzung und Verschuldenszurechnung beim Offshore-Windkraftausbau: Die Konsequenzen der Neuregelung vom Dezember 2012, RdE 2016, S. 325-331.
- Gundel, Jörg/Germelmann, Claas Friedrich*: Kein Schlussstein für die Liberalisierung der Energiemärkte: Das Dritte Binnenmarktpaket, EuZW 2009, S. 763-770.
- Gusy, Christoph*: Administrativer Vollzugsauftrag und justizielle Kontrolldichte im Recht der Technik, DVBl. 1987, S. 497- 505.
- Gusy, Christoph*: Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, Verfassungsfragen der „Staatsaufgabe Sicherheit“, DÖV 1996, S. 573-583.
- Haack, Stefan*: Grundrechtsschutz und Risikoprävention – Eine verfassungsrechtliche Skizze, in:  
*Jaekel, Liv/Janssen, Gerold (Hrsg.)*: Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Tübingen 2012, S. 21-33.
- Häberle, Peter*: Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung, 2. Aufl. Berlin 2006.
- Hädicke, Knud*: Energiewirtschaft im Umbruch, in:  
*Sander, Gerald G./Becker, Georg (Hrsg.)*: Aktuelle Probleme der Daseinsvorsorge in der Europäischen Union, Stuttgart 2006, S. 33-70.
- von Hagemeister, Adrian*: Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Eine verfassungs- und verwaltungsrechtliche Abhandlung unter Zugrundelegung des Verfassungs- und Verwaltungsrechts der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland, München 1992.
- von Hammerstein, Christian*: Netzanschluss und Netzzugang für Kohle- und Gaskraftwerke, ZNER 2006, S. 110-118.

- Hassold, Gerhard*: Strukturen der Gesetzesauslegung, in:  
*Canaris, Claus-Wilhelm/Diederichsen, Uwe (Hrsg.)*: Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag am 23. April 1983, München 1983, S. 211-240.
- Heffter, Heinrich*: Die deutsche Selbstverwaltung im 19. Jahrhundert, Geschichte der Ideen und Institutionen, 2. Aufl. Stuttgart 1969.
- Hegner, Friedhart*: Öffentliche Dienstleistungen, in:  
*König, Klaus/von Oertzen, Hans Joachim/Wagener, Frido (Hrsg.)*: Öffentliche Verwaltung in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1981, S. 203-220.
- Hellermann, Johannes*: Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, Zum kommunalen Betätigungs- und Gestaltungsspielraum unter den Bedingungen europäischer und staatlicher Privatisierungs- und Deregulierungspolitik, Tübingen 2000.
- Henneke, Hans-Günter*: Die Daseinsvorsorge in Deutschland – Begriff, historische Entwicklung, rechtliche Grundlagen und Organisation, in:  
*Krautscheid, Andreas (Hrsg.)*: Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden 2009, S. 17-37.
- Herbst, Tobias*: Amtshaftung bei rechtswidriger Weisung, Die Verwaltung 2004, S. 51-72.
- Herholz, Ute*: Wachstumspotentiale erneuerbarer Energien und ihre Implikationen für Klimaschutz, Versorgungssicherheit und Wettbewerbsfähigkeit, Frankfurt am Main 2006.
- Hermes, Georg*: Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, in:  
*Schmidt-Aßmann, Eberhard/Dolde, Klaus-Peter (Hrsg.)*: Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung, öffentliche Unternehmen, Frankfurt am Main 2005, S. 99-129.
- Hermes, Georg*: Staatliche Infrastrukturverantwortung, Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa, Tübingen 1998.
- Hesse, Konrad*: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Neudruck der 20. Aufl. Heidelberg 1999.
- Höch, Thomas/Göge, Marc-Stefan*: Das besondere Missbrauchsverfahren der Regulierungsbehörde – Grundlagen und ausgewählte Probleme des besonderen Missbrauchsverfahrens nach dem EnWG 2005, RdE 2006, S. 340-346.

- Höppner, Thomas*: Die Regulierung der Netzstruktur, Elektrizität, Gas, Eisenbahn, Telekommunikation, Baden-Baden 2009.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Tendenzen in der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 433-442.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, in:  
*Kirchhof, Paul/Lehner, Moris/Raupach, Arndt/Rodi, Michael (Hrsg.)*: Staaten und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 47-64.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.)*: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I Methoden Maßstäbe Aufgaben Organisation, 2. Aufl. München 2012;  
(zitiert als: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle/Bearbeiter).
- Holznagel, Bernd/Göge, Marc-Stefan*: Die Befugnisse der REGTP zur Regulierung des Netzzugangs nach dem EnWG – KE 2004, ZNER 2004, S. 218-224.
- Holznagel, Bernd/Nagel, Janina*: Verfahrensbeschleunigung nach dem Energieleitungsausbaugesetz – Verfassungsrechtliche Grenzen und Alternativen, DVBl. 2010, S. 669-677.
- Holznagel, Bernd/Schumacher, Pascal*: Die politische Unabhängigkeit der Bundesnetzagentur, in:  
*Gramlich, Ludwig/Manger-Nestler, Cornelia (Hrsg.)*: Europäisierte Regulierungsstrukturen und –netzwerke, Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge, Baden-Baden 2011, S. 37-53.
- Huerkamp, Florian*: Sicherer Netzbetrieb und Terrorabwehr – Zur Pflicht der Betreiber von Elektrizitätsversorgungsnetzen zum Schutz ihrer Anlagen vor terroristischen Angriffen, RdE 2016, S. 280-285.
- von Humboldt, Wilhelm*: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Stuttgart 1962.
- Ipsen, Hans Peter*: Der Stadtstaat als Unternehmer und Träger der Fachaufsicht, Lehren aus dem Hamburger „Fall Brokdorf“, in:  
*Wilke, Dieter (Hrsg.)*: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin, Berlin u. a. 1984, S. 265-282.
- Ipsen, Jörn*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., München 2015.
- Isensee, Josef*: Wer definiert die Freiheitsrechte? Selbstverständnis der Grundrechtsträger

- und Grundrechtsauslegung des Staates, Heidelberg u. a. 1980.
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.):* Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IV Aufgaben des Staates, 3. Aufl. Heidelberg u. a. 2006; (zitiert als: HStR/Bearbeiter).
- Isensee, Josef/ Kirchhof, Paul (Hrsg.):* Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band IX Allgemeine Grundrechtslehren, 3. Aufl. Heidelberg u. a. 2011; (zitiert als: HStR/Bearbeiter).
- Jacob, Martin:* Mehrerlösabschöpfung in der Anreizregulierung, RdE 2009, S. 42-47.
- Jaeckel, Liv:* Wer wagt, gewinnt – es sei denn, er verliert. Rechtsdogmatische Überlegungen zum Risiko, in:  
*Jaeckel, Liv/Janssen, Gerold (Hrsg.):* Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Tübingen 2012, S. 5-19.
- Jarass, Lorenz:* Netzentwicklungsplan Strom 2025 – Eine kritische Analyse, ZNER 2016, S. 11-22.
- Jarass, Lorenz/ Obermair, Gustav M.:* Welchen Netzbau erfordert die Energiewende? Unter Berücksichtigung des Netzentwicklungsplans 2012, Wiesbaden 2012.
- Jellinek, Walter:* Verwaltungsrecht, Bad Homburg v. d. Höhe u. a. 1966.
- Jellinghaus, Lorenz:* Zwischen Daseinsvorsorge und Infrastruktur, Zum Funktionswandel von Verwaltungswissenschaften und Verwaltungsrecht in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, in:  
*Vec, Miloš (Hrsg.):* Recht der Industriellen Revolution, Band 3, Frankfurt am Main 2006.
- Kahle, Christian:* Die Elektrizitätsversorgung zwischen Versorgungssicherheit und Umweltverträglichkeit, Baden-Baden 2009.
- Kahrl, Frederic:* Das Kritische an den kritischen Infrastrukturen – Bericht zur Tagung „Kritische Infrastrukturen: IT und Energie“ an der Humboldt-Universität zu Berlin am 17. Februar 2009, DÖV 2009, S. 535-537.
- Kämmerer, Axel:* Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas „soziales Gewissen“, NVwZ 2002, S. 1041-1046.
- Kämper, Norbert:* Neues Planungsrecht für Energieleitungen, RdE 2007, S. 112-116.

- 
- Kant, Immanuel*: Die Metaphysik der Sitten, I. Teil: Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797.
- Kaufmann, Erich*: Verwaltung, Verwaltungsrecht, in:  
*Stengel, Karl Freiherr von (Begr.)/Fleischmann, Max (Hrsg)*: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Band 3, 2. Aufl., Tübingen 1914, S. 688-715.
- Kehrberg, Jan Otto Clemens*: Die Entwicklung des Elektrizitätsrechts in Deutschland, Der Weg zum Energiewirtschaftsgesetz von 1935, Frankfurt am Main u. a. 1996.
- Kelsen, Hans*: Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, hrsg. Nachdruck 1992, Wien 1992.
- Kemfert, Claudia/Müller, Friedmann*: Die Energiepolitik zwischen Wettbewerbsfähigkeit, Versorgungssicherheit und Nachhaltigkeit – Chancen und Perspektiven für die Energieversorgung, DIW Berlin, Vierteljahreshefte zur Wirtschaftsforschung, Band 76 (2007), S. 5-16.
- Kermel, Cornelia/Klindt, Thomas*: Die Haftung des Verteilnetzbetreibers für Überspannungsschäden: Energiewirtschaft trifft auf Produkthaftung, RdE 2015, S. 281-285.
- Klaus, Samuel*: Deregulierung der netzbasierten Infrastruktur, Identifikation und Analyse von Lenkungsinstrumenten im Rahmen von De-/Regulierungsvorgängen und Primärinfrastruktursektoren, Norderstedt 2009.
- Klein, Eckart*: Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, S. 1633-1640.
- Klein, Hans Hugo*: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755-759.
- Klein, Wolfgang*: Die Haftung von Versorgungsunternehmen nach dem Produkthaftungsgesetz, BB 1991, 917-924.
- Klindt, Thomas*: Produkthaftungsrecht in der Energiebranche – der grenzüberschreitende Blick, in:  
*Gundel, Jörg/Lange, Knut Werner (Hrsg.)*: Energieversorgung in Zeiten der Energiewende, Tagungsband der Sechsten Bayreuther Energierechtstage 2015, Tübingen 2015, S. 33-37.
- Kling, Michael*: Die Rechtskontrolle von Netzentgelten im Energiesektor: Entgeltbestimmung durch "simulierten Wettbewerb" und Missbrauchskontrolle nach Regulierungsrecht, Kartellrecht und Zivilrecht, Tübingen 2013.
- Kloepfer, Michael*: Handbuch des Katastrophenrechts, Bevölkerungsschutzrecht, Branschutrecht, Katastrophenvermeidungsrecht, Rettungsdienstrecht,

---

Zivilschutzrecht, Baden-Baden 2015.

*Kloepfer, Michael*: Einleitung, in:

*Kloepfer, Michael (Hrsg.)*: Schutz kritischer Infrastrukturen: IT und Energie, Baden-Baden 2010, S. 9-19.

*Kloepfer, Michael*: Umweltrecht, 4. Aufl. München 2016.

*Kloepfer, Michael*: Planung und prospektive Rechtswissenschaft, in:

*Erbguth, Wilfried/Oebbecke, Janbernd/Rengeling, Hans-Werner/Schulte, Martin (Hrsg.)*: Planung, Festschrift für Werner Hoppe zum 70. Geburtstag, München 2000, S. 111-125.

*Kment, Martin (Hrsg.)*: Energiewirtschaftsgesetz, Baden-Baden 2015;  
(zitiert als: EnWG-Kment/Bearbeiter).

*Kment, Martin*: Vorbote der Energiewende in der Bundesrepublik Deutschland: das Netzausbaubeschleunigungsgesetz, RdE 2011, S. 341-347.

*Knauff, Matthias*: Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des ÖPNV, Berlin 2004.

*Knauff, Matthias*: Die Daseinsvorsorge im Vertrag von Lissabon, EuR 2010, S. 725-746.

*Knemeyer, Franz-Ludwig*: Der Schutz der Allgemeinheit und der individuellen Rechte durch die polizei- und ordnungsrechtlichen Handlungsvollmachten der Exekutive, 2. Bericht, VVDStRL 1977, Band 35, S. 222-294.

*Knemeyer, Franz Ludwig/Schmidt, Ingo*: Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. München 2016.

*Koch, Hans-Joachim*: Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Eine logische und semantische Studie zur Gesetzesbindung der Verwaltung, Frankfurt am Main 1979.

*Köck, Wolfgang*: Risiko im Recht der Klimaanpassung, in:

*Jaeckel, Liv/Janssen, Gerold (Hrsg.)*: Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Tübingen 2012, S. 65-80.

*Köhn, Kai*: Zweckkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im Energierecht, ZNER 2005, S. 16-20.

- 
- Koenig, Christian*: Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, EuZW 2001, S. 481.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Rasbach, Winfried*: Energierecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2013.
- Koenig, Christian/Kühling, Jürgen/Winkler, Kay E.*: Pflichten zur Veränderung von Netzinfrastrukturen, Eine Analyse der telekommunikations- und energierechtlichen Netzzugangsrechte, WuW 2003, S. 228-241.
- Kollmann, Andreas*: Technische Normen und Prüfzeichen im Wettbewerbsrecht, GRUR 2004, S. 6-11.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*: Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts, KOM (2007) 724, endg.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften*: Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat und das Europäische Parlament, Eine Energiepolitik für Europa, KOM (2007) 1 endg.
- Korbmacher, Günter*: Ermessen – unbestimmter Rechtsbegriff – Beurteilungsspielraum, DÖV 1965, S. 969-704.
- Köttgen, Arnold*: Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStrL 1929, Band 6, S. 105-143.
- Kraft, Ingo*: Die Konzeption des subjektiven öffentlichen Rechts nach deutschem Recht, in:  
*Kluth, Winfried/Rennert, Klaus (Hrsg.)*: Entwicklungen im Verwaltungsprozessrecht, Hallesche Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 9, Halle 2008, S. 13-34.
- Krajewski, Markus*: Grundstrukturen des Rechts öffentlicher Dienstleistungen, Berlin u. a. 2011.
- Krause, Peter*: Eigentum an subjektiven öffentlichen Rechten, Die Tragweite des Eigentumsschutzes von öffentlich-rechtlichen Leistungsansprüchen am Beispiel der Rentenversicherung, Berlin 1982.
- Krieglstein, Felix*: Die staatliche Aufsicht über die Elektrizitätswirtschaft nach dem Energiewirtschaftsgesetz, Berlin 2002.
- Kühling, Jürgen*: Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, Typologie Wirtschaftsverwaltungsrecht Wirtschaftsverfassungsrecht, München 2004.
- Kühling, Jürgen/el-Barudi, Stefan*: Das runderneuerte Energiewirtschaftsgesetz – Zentrale

- Neuerungen und erste Probleme, DVBl. 2005, 1470-1482.
- Kühling, Jürgen/Pisal, Ruben*: Investitionspflichten beim Ausbau der Energieinfrastrukturen zwischen staatlicher Regulierung und nachfrageorientierter Netzbewirtschaftung, ZNER 2011, S. 13-23.
- Kümper, Boas*: Risikoverteilung im Staatshaftungsrecht am Beispiel amtschaftungsrechtlicher Gefahrvermeidungspflichten bei fehlerhafter Planung, Genehmigung und Aufsicht, Tübingen 2011.
- Kugelman, Dieter*: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., Heidelberg u. a. 2012.
- Lang, Matthias/Rademacher, Moritz*: Hochspannungs-Gleichstrom-Übertragung – technischer Hintergrund und rechtliche Grundlagen für den Netzausbau nach EnWG, EnLAG und NABEG, RdE 2013, S. 145-151.
- Laskowski, Silke Ruth*: Das Menschenrecht auf Wasser, Die rechtlichen Vorgaben zur Sicherung der Grundversorgung mit Wasser und Sanitärleistungen im Rahmen einer ökologisch-nachhaltigen Wasserwirtschaftsordnung, Tübingen 2010.
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*: Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl.; Berlin u. a. 1995.
- Lauwe, Peter/Riegel, Christoph*: Schutz kritischer Infrastrukturen – Konzepte zur Versorgungssicherheit, IzR 2008, S. 113-125.
- Lechner, Werner*: Das Deutsche Verwaltungsrecht in den Kategorien von res publica, civitas und fiskus, Würzburg 1967.
- Leisner-Egensperger, Anna*: Die Erlaßhaftung: Amtshaftung für Verwaltungsvorschriften? – Zugleich ein Beitrag zum „legislativen Unrecht“, DÖV 2004, S. 65-73.
- Leupold, Hendrik*: Die Feststellung des Katastrophenfalls, Diss., Baden-Baden 2012.
- Lippert, Michael*: Energiewirtschaftsrecht, Gesamtdarstellung für Wissenschaft und Praxis, Köln 2002.
- Lisken, Hans/Denninger, Eberhard (Hrsg.)*: Handbuch des Polizeirechts, 5. Aufl., München 2012;  
(zitiert als: Lisken/Denninger/Bearbeiter).
- Ludwigs, Markus*: Das Regulierungsermessen als Herausforderung für die Letztentscheidungsdogmatik im Verwaltungsrecht, JZ 2009, S. 290-297.

- 
- Ludwigs, Markus*: Regulierungsermessen: Spielräume gerichtlich eingeschränkter Kontrolle im Regulierungsrecht, RdE 2013, S. 297-299.
- Maier, Hans*: Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre, Mit einem Nachwort von Michael Stolleis, München 2009.
- Martens, Wolfgang*: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v. d. Höhe u. a. 1969.
- Martens, Wolfgang*: Wandlungen im Recht der Gefahrenabwehr, DÖV 1982, S. 89-98.
- Masing, Johannes*: Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, Regulierung netzbezogener Märkte am Beispiel Bahn, Post, Telekommunikation und Strom, Die Verwaltung 2003, S. 1-32.
- Maslow, Abraham H.*: Motivation und Persönlichkeit, New York 1954.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter (Hrsg.)*: Grundgesetz Kommentar, 6 Bände, München 1962 ff, 79. EL Dezember 2016; (zitiert als: Maunz-Dürig/Bearbeiter).
- Maurer, Hartmut*: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011.
- Mayer, Otto*: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, Berlin 1961 (unveränd. Nachdr., 3. Aufl. 1924).
- Mehde, Veith*: Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur, Vortrag, gehalten am 12. Februar 2008 im Rahmen des Gesamthemas „Der Umbau des Rechtsstaats“, Baden-Baden 2007.
- Meinel, Florian*: Der Jurist in der industriellen Gesellschaft, Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin 2011.
- Meyer, Hans*: Die Kodifikation des Verwaltungsverfahrens und die Sanktion für Verfahrensfehler, NVwZ 1986, S. 513-522.
- Meyer-Teschendorf, Klaus-Georg*: Stand der Diskussion um eine „Neuordnung“ des Zivil- und Katastrophenschutzes, in:  
*Kloeper, Michael (Hrsg.)*: Katastrophenrecht: Grundlagen und Perspektiven, Baden-Baden 2008, S. 29-42.
- Moench, Christoph/Krappel, Thomas*: Zur Wirksamkeit individueller Netzentgelte – unter besonderer Berücksichtigung der Fallgestaltung vermiedener Direktleitungen, RdE 2012, 309-314.

- 
- Möllers, Christoph*: Staat als Argument, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Moser, Michael*: Versorgungssicherheit im liberalisierten Energiemarkt, Göttingen 2007.
- Müller, Henrik*: Die sieben Knappheiten- wie sie unsere Zukunft bedrohen und was wir ihnen entgegensetzen können, Frankfurt am Main 2008.
- Münch, Paul*: Versorgungsunternehmen,  
in: *Brede, Helmut/von Loesch, Achim (Hrsg.)*: Die Unternehmen der öffentlichen Wirtschaft in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1986.
- Murswiek, Dietrich*: Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985.
- Nordmann, Henning*: Integrierte Energie- und Klimapolitik: Die Sicherstellung der Erdgasversorgung, Eine Untersuchung deutschen und europäischen Rechts, Baden-Baden 2012.
- Ossenbühl, Fritz*: Der Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Eine Zwischenbilanz,  
in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.)*: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin 1987, S. 625-644.
- Ossenbühl, Fritz/Cornils, Matthias*: Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013.
- Pache, Eckhard*: Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum, Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren- Versuch einer Modernisierung, Tübingen 2001.
- Palandt, Otto (Begr.)*: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 76. Aufl. München 2017;  
(zitiert als: *Palandt/Bearbeiter*).
- Papier, Hans-Jürgen*: Verwaltungsverantwortung und gerichtliche Kontrolle, in:  
*Blümel, Willi/Merten, Detlef/Quaritsch, Helmut (Hrsg.)*: Festschrift für Carl Hermann Ule zum 80 Geburtstag am 26. Februar 1987, Köln u. a. 1987, S. 235-256.
- Papier, Hans-Jürgen*: Zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolldichte, DÖV 1986, S. 621-628.
- Peters, Carsten*: Rechtsschutz Dritter im Rahmen des EnWG, Baden-Baden 2008.

- Pielow, Johann-Christian*: Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des französischen und des deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung der Elektrizitätswirtschaft, Tübingen 2001.
- Pielow, Johann-Christian*: Öffentliche Daseinsvorsorge zwischen „Markt“ und „Staat“, JuS 2006, S. 780-784.
- Pindyck, Robert/Rubinfeld, Daniel*: Mikroökonomie, 8. Aufl., Hallbergmoos 2015.
- Pleiner, Tom*: Überplanung von Infrastruktur, Tübingen 2016.
- Pleiner, Tom*: Versorgungssicherheit in der Energiewende – Anforderungen des Energie-, Umwelt- und Planungsrechts – Tagungsbericht zum 18. Umweltrechtlichen Symposium des IUPR, UFZ und der Universität Leipzig am 18./19. 04. 2013, DVBl. 2013, S. 971-975.
- Pollak, Johannes/Schubert, Samuel/Slominski, Peter*: Die Energiepolitik der EU, Wien 2010.
- Poscher, Ralf*: Gefahrenabwehr, Eine dogmatische Rekonstruktion, Berlin 1999.
- Presser, Florian Maximilian Walter*: Grenzüberschreitender Stromhandel, Die Entwicklung zu einem europäischen Binnenmarkt für Strom, Frankfurt am Main 2011.
- Psola, Jan-Hendrik*: Betrieb- und Einsatzmöglichkeiten von Energiespeichern im Kontext einer nachhaltigen Energieversorgung, Göttingen 2016.
- Püttner, Günter*: Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: *Cox, Helmut (Hrsg.)*: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, Baden-Baden 2000, S. 45-55.
- Püttner, Günter*: Die Grenzen der Energierechtskompetenz des Bundesgesetzgebers, Zugleich ein Beitrag zum Begriff des Wirtschaftsrechts, BB 1971, S. 881-884.
- Püttner, Günter*: Die öffentlichen Unternehmen, Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1985.
- Rauch, Karsten*: Energieversorgung von Flüchtlingen, Rechtliche Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten im Lichte von § 36 I 1 EnWG, EnWZ 2016, S. 63-67.
- Rebhahn, Robert*: Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr, Eine Studie insbesondere zur österreichischen Amtshaftung mit einem Beitrag zum

- Kausalzusammenhang im Schadensersatzrecht, Wien 1997.
- Redeker, Konrad*: Verfassungsrechtliche Vorgaben zur Kontrolldichte verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung, NVwZ 1992, S. 305-309.
- Reichert, Götz/Voßwinkel, Jan S.*: Europäische Kommission: Leitlinien für den Ausbau transeuropäischer Energienetze (TEN-E), IR 2012, S. 98-100.
- Renner, Andreas/Jasper, Jörg*: Wettbewerb und Sicherheit in der Energieversorgung- worauf es wirklich ankommt, in:  
*Dratwa, Friederike Anna/Ebers, Malko/Pohl, Anna Kristina/Spiegel, Björn/Strauch, Gunnar (Hrsg.)*: Energiewirtschaft in Europa, Im Spannungsfeld zwischen Klimapolitik, Wettbewerb und Versorgungssicherheit, Berlin u. a. 2010, S. 91-100.
- Reuss, Hermann*: Anmerkung Urteil des VGH Freiburg v. 30.7.1953 – Az. 38/ 51- (abgedr. in DÖV 1953, 636) und Urteil des VGH Stuttgart, Karlsruher Senat, v. 16. 1. 1953 -3 K 335/ 52- (abgedr. in DÖV 1953, 641), DÖV 1954, S. 55-57.
- Reuss, Hermann*: Der unbestimmte Rechtsbegriff, Zur Anmerkung *Reuss* in DÖV 2/ 54 S. 55 ff., II. Gegenäußerung, DÖV 1954, S. 557-559.
- Ringel, Christina*: Die wirtschaftliche Zumutbarkeit im Energierecht, Mit Schwerpunkt auf der Verpflichtung zum Ausbau des Stromnetzes, Baden-Baden 2011.
- Risse, Jörg/Haller, Heiko/Schilling, Alexander*: Die Haftung des Netzbetreibers für die Anbindung von Offshore-Windenergieanlagen, NVwZ 2012, S. 592 - 598.
- Ritzau, Michael/de Wyl, Christian/Hartmann, Christian*: Rechtliche und energiewirtschaftliche Grundsätze zur Bewirtschaftung und Veröffentlichung von Engpässen im Übertragungsnetz, ET 2007, Heft 6, S. 84-88.
- Röhl, Hans Christian*: Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, S. 831-839.
- Ronellenfitsch, Michael*: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff, Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht,  
in: *Blümel, Willi (Hrsg.)*: Ernst Forsthoff, Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstags von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff, Berlin 2003, S. 53-114.
- Rottbauer, Achim*: Zur Mitwirkungspflicht des Netzbetreibers bei Stromsperrern von Sondervertragskunden auf Veranlassung des Stromlieferanten, RdE 2015, S. 442-448.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*: Rechtstheorie mit Juristischer

- Methodenlehre, 8. Aufl., München 2015.
- Rüthers, Bernd*: Überlebende und überlebte Vergangenheiten – Zwei Starjuristen einer Diktatur unter sich, *myops - Berichte aus der Welt des Rechts*, 2008, Heft 4, S. 67-77.
- Ruffert, Matthias*: Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen des Privatisierungsfolgenrechts der Post und der Telekommunikation, *AöR* 1999, Band 124, S. 237-281.
- Rufin, Julia*: Fortentwicklung des Rechts der Energiewirtschaft: für mehr Wettbewerb und eine nachhaltige Energieversorgung in Deutschland?, *ZUR* 2009, S. 66-73.
- Rupp, Hans Heinrich*: „Ermessen“, „unbestimmter Rechtsbegriff“ und kein Ende, in: *Fürst, Walther/Herzog, Roman/Umbach, Dieter C. (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler*, Band 1, Berlin u. a. 1987, S. 455-467.
- Ruthig, Josef*: Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke als Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge, in: *Gramlich, Ludwig/Manger-Nestler, Cornelia (Hrsg.): Europäisierte Regulierungsstrukturen und -netzwerke, Basis einer künftigen Infrastrukturvorsorge*, Baden-Baden 2011, S. 11-23.
- Sachs, Michael/Jasper, Christian*: Regulierungsermessen und Beurteilungsspielräume – Verfassungsrechtliche Grundlagen, *NVwZ* 2012, S. 649-653.
- Säcker, Christopher*: Der Einfluss der sektorspezifischen Regulierung auf die Anwendung des deutschen und europäischen Kartellrechts, Berlin u. a. 2006.
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)*: Berliner Kommentar zum Energierecht, 3. Aufl. Frankfurt am Main 2014;  
(zitiert als: *Berliner Kommentar/Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen (Hrsg.)*: Berliner Kommentar zum Telekommunikationsgesetz, 2. Aufl. Frankfurt am Main 2009;  
(zitiert als: *BK-TKG/Bearbeiter*).
- Säcker, Franz Jürgen*: Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, Frankfurt am Main 2009.
- Säcker, Franz Jürgen*: Netzausbau- und Kooperationsverpflichtungen der Übertragungsnetzbetreiber nach Inkrafttreten des ENLAG und der Dritten StomRL 2009/72 EG vom 13.7.2009, *RdE* 2009, S. 305-352.
- Säcker, Franz-Jürgen*: Zur Gewichtung und Transparenz von Vergabekriterien bei Strom-

- und Gasnetzkonzessionen, RdE 2015, S. 1-12.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina (Hrsg.):*  
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 und 7, 7. Aufl.  
München 2017;  
(zitiert als: MüKoBGB/Bearbeiter).
- Sailer, Frank:* Die allgemeine Netzausbaupflicht aus § 11 Abs. 1 Satz 1 EnWG –  
Überblick und aktuelle Fragestellungen, RdE 2016, S. 444-453.
- Salje, Peter/Hädrich, Yvonne:* Die Netzanbindung von Offshore- Windenergieanlagen  
nach Inkrafttreten des Infrastrukturplanungs-Beschleunigungsgesetzes,  
NordÖR 2007, S. 183-188.
- Salje, Peter:* Energiewirtschaftsgesetz, Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung  
vom 7. Juli 2005 (BGBl. I S. 1970), Kommentar, Köln u. a. 2006;  
(zitiert als: EnWG 2005-Kommentar).
- Schäuble, Wolfgang:* Schutz kritischer Infrastrukturen als Aufgeb der Politik, in:  
*Kloepfer, Michael (Hrsg.):* Schutz kristischer Infrastrukturen: IT und Energie,  
Baden-Baden 2010, S. 21-25.
- Schenke, Wolf-Rüdiger:* Polizei- und Ordnungsrecht, 7. Aufl., Heidelberg u. a. 2011.
- Scherer, Joachim:* Neue Entwicklungen im Recht der regulierten Netzinfrastukturen,  
NVwZ 2010, S. 1321-1328.
- Scherzberg, Arno:* Risiko als Rechtsproblem – Ein neues Paradigma für das technische  
Sicherheitsrecht -, VerwArch. 1993, Band 84, S. 484-513.
- Schirmer, Benjamin:* Das Gesetz zur Beschleunigung des Ausbaus der  
Höchstspannungsnetze, DVBl 2010, S. 1349-1358.
- Schirmer, Benjamin/Seiferth, Conrad:* Energiewende und die Zulassung von  
Netzausbauprojekten, ZUR 2013, S. 515-525.
- Schlick, Wolfgang:* Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen  
Ersatzleistungen – Teil 2: Amtshaftung, NJW 2008, S. 127-135.
- Schlick, Wolfgang:* Die Rechtsprechung des BGH zu den öffentlich-rechtlichen  
Ersatzleistungen – Teil 2: Amtshaftung, NJW 2009, S. 3487-3495.
- Schmidt, Karsten:* Wirtschaftsverwaltungsrecht vor den Kartellsenaten, Die Praxis zu §§  
63 ff. GWB als Beitrag zum Verwaltungsrechtsschutz im Wirtschaftsrecht, in:  
*Osterloh, Lerke/Schmidt, Karsten/Weber, Hermann (Hrsg.):* Staat, Wirtschaft,

- Finanzverfassung, Festschrift für Peter Selmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2004, S. 499-518.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. Berlin u. a. 2004.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*: Die Rechtsverordnung in ihrem Verhältnis zu Gesetz und Verwaltungsvorschrift, in: *Kirchhof, Paul/Lehner, Moris/Raupach, Arndt/Rodi, Michael (Hrsg.)*: Staates und Steuern, Festschrift für Klaus Vogel zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, S. 477-494.
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Das Allgemeine des Verwaltungsrechts, in: *Geis, Max-Emanuel/Lorenz, Dieter (Hrsg.)*: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 777-801.
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Das Regulierungsrecht als interdisziplinäre Disziplin- am Beispiel des Energierechts, in: *Baur, Jürgen F./Sandrock, Otto/Scholtka, Boris/Shapira, Amos (Hrsg.)*: Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2009, S. 329-342.
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Die Konfliktschlichtungsformel, Zur Neubegründung des subjektiven öffentlichen Rechts, in: *Baumeister/Peter, Roth, Wolfgang/Ruthig, Josef (Hrsg.)*: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1167-1185.
- Schmidt-Preuß, Matthias*: Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, 2. Aufl., Berlin 2005.
- Schmitz, Holger/Jornitz, Philipp*: Regulierung des deutschen und des europäischen Energienetzes: Der Bundesgesetzgeber setzt Maßstäbe für den kontinentalen Netzausbau, NVwZ 2012, S. 332-338.
- Schneider, Jens-Peter/Theobald, Christian (Hrsg.)*:  
Recht der Energiewirtschaft, Praxishandbuch, 4 Aufl., München 2013;  
(zitiert als: Schneider/Theobald/Bearbeiter).
- Schoch, Friedrich*: Der unbestimmte Rechtsbegriff im Verwaltungsrecht, Jura 2004, S. 612-618.
- Schoch, Friedrich*: Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?,

- 
- NVwZ 2008, S. 241-247.
- Schröter, Nico*: Grundstrukturen des europäischen Regulierungsverbunds: Von den Netzsektoren zum Finanzsektor, *GewArch* 2013, S. 432- 438.
- Schütz, Erwin*: Der unbestimmte Rechtsbegriff, Zur Anmerkung *Reuss* in DÖV 2/ 54 S. 55 ff., I. Erwiderung, DÖV 1954, S. 556-557.
- Schulte-Beckhausen, Sabine/Ungemach, Manfred*: „Wirtschaftliche Unzumutbarkeit“ und allgemeine Netzanschlusspflicht unter den Prämissen der Anreizregulierung, in: *Baur, Jürgen F./Sandrock, Otto/Scholtka, Boris/Shapira, Amos (Hrsg.)*: Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2009, S. 365-384.
- Schulze-Fielitz, Helmuth*: Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, *JZ* 1993, S. 772-781.
- Schuppert, Gunnar Folke*: Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufen, *Die Verwaltung* 1998, S. 415-447.
- Schuppert, Gunnar Folke*: *Verwaltungswissenschaft, Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden 2000.
- Schweers, Elmar*: Vertragsbeziehungen und Haftung im novellierten Energiewirtschaftsrecht, Grenzen der Wirksamkeit tradierter gesetzlicher und vertraglich vereinbarter Haftungsmodifikationen sowie Vorschläge zur Neugestaltung, Baden-Baden 2001.
- Schwintowski, Hans-Peter*: Der Anspruch auf Schadensersatz und Einspeisevergütung bei der Abschaltung von Anlagen Erneuerbarer Energien, *EWeRK* 2012, S. 131-140.
- Sellner, Dieter/Fellenberg, Frank*: Atomausstieg und Energiewende 2011- Das Gesetzespaket im Überblick, *NVwZ* 2011, S. 1025-1035.
- Sodan, Helge*: Der Anspruch auf Rechtsetzung und seine prozessuale Durchsetzbarkeit, *NVwZ* 2000, S. 601-609.
- Sösemann, Fabian*: Umweltverträgliche Energienetze, Bedeutung und Anwendungsmöglichkeiten der Zweckbestimmung des EnWG, Baden-Baden 2009.
- Sonderkötter, Friedrich*: Die Heizöl-Lieferbeschränkungs-Verordnung als Beispiel staatlicher Krisenvorsorge im Energiebereich, *NJW* 1982, S. 2651-2652.

- Starck, Christian*: Das Verwaltungsermessen und dessen gerichtliche Kontrolle,  
in: *Franßen, Everhrdt/Redeker, Konrad/Schlichter, Otto/Wilke, Dieter (Hrsg.)*:  
Bürger – Richter – Staat, Festschrift für Horst Sandler zum Abschied aus seinem  
Amt, München 1991, S. 167-181.
- v. *Staudinger, Julius (Begr.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht  
der Schuldverhältnisse, §§ 826-829, ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2,  
Produkthaftung), Neubearb. 2014;  
(zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*).
- v. *Staudinger, Julius (Begr.)*: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht  
der Schuldverhältnisse, §§ 830-838 (Unerlaubte Handlungen 3), Neubearb. 2012;  
(zitiert als: *Staudinger/Bearbeiter*).
- Steger, Ulrich/Büdenbender, Ulrich/Feess, Eberhard/Nelles, Dieter*: Die Regulierung  
elektrischer Netze, Offene Fragen und Lösungsansätze, Berlin u. a. 2008.
- Steinbach, Armin (Hrsg.)*: NABEG/EnLAG/EnWG, Kommentar zum Recht des  
Energieleitungsbaus, Berlin 2013;  
(zitiert als: *Steinbach/Bearbeiter*).
- Steinberg, Rudolf*: Die Bewältigung von Infrastrukturvorhaben durch  
Verwaltungsverfahren- eine Bilanz,  
ZUR 2011, S. 340-351.
- Steiner, Udo (Hrsg.)*: Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Heidelberg u. a. 2006;  
(zitiert als: *Steiner/Bearbeiter*).
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundbegriffe  
und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl.,  
München 1984.
- Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, Staatsorgane,  
Staatsfunktionen, Finanz- und Haushaltsverfassung, Notstandsverfassung,  
München 1980.
- Stern, Klaus*: Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte: Eine juristische Entdeckung,  
DÖV 2010, S. 241-249.
- Störring, Lars Peter*: Das Untermaßverbot in der Diskussion, Untersuchung einer  
umstrittenen Rechtsfigur, Berlin 2009.
- Strobel, Tobias*: Die Verordnung zu Leitlinien für die transeuropäische  
Energieinfrastruktur: Primärrechtliche Einrdnung und genehmigungsrechtliche  
Implikationen, ZEuS 2013, S. 167-217.

*Strohe, Dirk*: Arealnetze und Objektnetze, et 2005, S. 747-749.

*Stürer, Bernhard*: Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Planung – Genehmigung – Rechtsschutz, 4. Aufl. München 2009.

*Tettinger, Peter J.*: Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in der öffentlichen Versorgungswirtschaft. Entwicklungslinien im primären Gemeinschaftsrecht, in:  
*Cox, Helmut (Hrsg.)*: Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Zum Widerstreit zwischen freiem Wettbewerb und Allgemeininteresse, Baden-Baden 2000, S. 97-115

*Tettinger, Peter J.*: Zum Thema „Sicherheit“ im Energierecht, RdE 2002, S. 225-235.

*Tettinger, Peter/Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg*: Gewerbeordnung Kommentar, 8. Aufl. München 2011;  
(zitiert als: GewO-Kommentar/Bearbeiter).

*Theobald, Christian*: Der umstrittene Kriterienkatalog bei der Vergabe von Strom- und Gaskonzessionen, RdE 2015, S. 161-167.

*Theobald, Christian/Nil-Theobald, Christiane*: Grundzüge des Energiewirtschaftsrechts, Die Liberalisierung der Strom- und Gaswirtschaft, 3. Aufl. München 2013;  
(zitiert als *Theobald/Theobald*).

*Thole, Christoph*: Die zivilrechtliche Haftung des Netzbetreibers gegenüber dem Betreiber einer Offshore-Windenergieanlage für die verzögerte Netzanbindung, RdE 2013, S. 53-60.

*Uerpmann, Robert*: Das öffentliche Interesse, Seine Bedeutung als Tatbestandsmerkmal und als dogmatischer Begriff, Tübingen 1999.

*Ule, Carl Hermann*: Rechtsstaat und Verwaltung, VerwArch. 1985, S. 1-23.

*Ule, Carl Hermann*: Verwaltungsgerichte überstaatlicher und internationaler Organisationen, DVBl. 1953, S. 491-497.

*Ule, Carl Hermann*: Zur Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe im Verwaltungsrecht, in: *Bachof, Otto/Drath, Martin/Gönnewein, Otto/ Walz, Ernst (Hrsg.)*: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 12. Juli 1985 – 9. Juni 1955, München 1955.

*Umweltbundesamt/Bundesministerium für Umwelt (UBA/BMU)*: Leitfaden zur Strategischen Umweltprüfung (Langfassung), Forschungsvorhaben 206 13 100 im Auftrag des Umweltbundesamtes, März 2010, abrufbar unter

{[http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten\\_BMU/Download\\_PDF/Umweltpruefungen/sup\\_leitfaden\\_lang\\_bf.pdf](http://www.bmub.bund.de/fileadmin/Daten_BMU/Download_PDF/Umweltpruefungen/sup_leitfaden_lang_bf.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*Unberath, Hannes/Fricke, Norman*: Vertrag und Haftung nach der Liberalisierung des Strommarktes - Privatautonome Gestaltung im regulierten Schuldrecht, NJW 2007, S. 3601-3606.

*Union for the Co-ordination of Transmission of Electricity (UCTE)*: Final Report – System Disturbance on 4 November 2006, abrufbar unter {[http://ecolo.org/documents/documents\\_in\\_english/blackout-nov-06-UCTE-report.pdf](http://ecolo.org/documents/documents_in_english/blackout-nov-06-UCTE-report.pdf)} (zuletzt abgerufen am 21.12.2017).

*von Unruh, Georg-Christoph*: Vorsorge für das Dasein, DÖV 2006, S. 779-782.

*Vogt, Matthias/Maaß, Volker*: Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur – Netzausbau die Zweite, RdE 2013, S. 151-159.

*vom Wege, Jan-Hendrik/Weise, Michael*: Der Muster-Netznutzungsvertrag der BNetzA – Inhalt und Praxisauswirkungen, IR 2015, 103-106.

*Voßkuhle, Andreas*: Das Kompensationsprinzip, Grundlagen einer prospektiven Ausgleichsordnung für die Folgen privater Freiheitsbetätigung- Zur Flexibilisierung des Verwaltungsrechts am Beispiel des Umwelt- und Planungsrechts, Tübingen 1999.

*Voßkuhle, Andreas*: Grundwissen – Öffentliches Recht: Entscheidungsspielräume der Verwaltung (Ermessen, Beurteilungsspielraum, planerische Gestaltungsfreiheit), JuS 2008, S. 117-119.

*Wagner, Norbert B.*: Reine Staatslehre, Staaten, Fictitious States und das Deutschland-Paradoxon, Band 1, Berlin 2015.

*Wahl, Rainer (Hrsg.)*: Prävention und Vorsorge, Von der Staatsaufgabe zu den verwaltungsrechtlichen Instrumenten, Bonn 1995; (zitiert als: *Wahl/Bearbeiter*).

*Wahl, Rainer*: Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolle – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409-418.

*Wahlhäuser, Jens*: Der Ausbau des deutschen Stromübertragungsnetzes – Zwischenbericht und Ausblick, ZNER 2014, S. 534-539.

*Waiz, Eberhard*: Daseinsvorsorge in der Europäischen Union – Etappen einer Debatte, in: *Krautscheid, Andreas (Hrsg.)*: Die Daseinsvorsorge im Spannungsfeld von

europäischem Wettbewerb und Gemeinwohl, Wiesbaden 2009, S. 41-76.

*Wegner, Matthias*: Regulierungsfreistellungen für neue Elektrizitäts- und Erdgasinfrastrukturen, Gemäß Art. 17 der Verordnung (EG) Nr. 714/2009 und gemäß Art. 36 der Richtlinie 2009/73/EG, Tübingen 2010.

*Weiss, Wolfgang*: Privatisierung und Staatsaufgaben, Privatisierungsentscheidungen im Lichte einer grundrechtlichen Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, Tübingen 2002.

*von Weizsäcker, Carl-Christian*: Einführung in die Thematik,  
in: *Oberender, Peters (Hrsg.)*: Wettbewerb in der Versorgungswirtschaft, Berlin 2004, S. 9-22.

*Wendt, Henning*: Kapazitätsengpässe beim Netzzugang, Engpassmanagement, Ausbaupflichten und Engpassvermeidungsanreize im Energie-, Eisenbahn und Telekommunikationsrecht, Tübingen 2012.

*Weyer, Hartmut*: Der Rechtsrahmen für den Ausbau der Übertragungsnetze in Deutschland, ZNER 2009, S. 210-215.

*Weyer, Hartmut*: Wer plant die Energienetze?,  
in: *Baur, Jürgen F./Sandrock, Otto/Scholtka, Boris/Shapira, Amos (Hrsg.)*: Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag, Frankfurt am Main 2009, S. 423-437.

*Wichert, Friedrich*: Enteignung und Besitzeinweisung für energiewirtschaftliche Leitungsvorhaben, NVwZ 2009, S. 876-881.

*Wiederholt, Norbert/Bode, Jan-Hendrik/Reuter, Victoria*: Rückenwind für den Ausbau der Offshore-Windenergie?, NVwZ 2012, S. 1207-1212.

*Wieland, Joachim*: Regulierungsermessen im Spannungsverhältnis zwischen deutschem und Unionsrecht, DÖV 2011, S. 705-714.

*Winkler, Viktor*: Bundesnetzagentur und Beurteilungsspielraum,  
DVBl. 2013, S. 156-160.

*Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried*: Verwaltungsrecht, Teil 2,  
7. Aufl., München 2010.

*Wolff, Herbert*: Grußwort,  
in: *Jaeckel, Liv/Janssen, Gerold (Hrsg.)*: Risikodogmatik im Umwelt- und Technikrecht, Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, Tübingen 2012, S. 1-3.

---

*Wuermeling, Joachim*: Auswirkungen des Lissabonner Vertrages auf die Daseinsvorsorge, WiVerw 2008, S. 247-252.

*Wustlich, Guido*: Das Recht der Windenergie im Wandel, Teil 1: Windenergie an Land, ZUR 2007, S. 16-24.

*Zabel, Lorenz*: BB-Kommentar, „Produkthaftung auch dann, wenn der Herstellungsbeitrag nichts mit der Fehlerhaftigkeit des Produktes zu tun hat“, BB 2014, S. 1300.

*Zeidler, Anne Christine*: Die Abschöpfung rechtsgrundlos erlangter Mehrerlöse bei Energieversorgungsnetzbetreibern, RdE 2010, S. 122- 127.

*Ziehm, Cornelia*: Atomausstieg und Energiewende, ZNER 2012, S. 221-226.

*Ziekow, Jan/Oertel, Martin-Peter/Windoffer, Alexander*: Dauer von Zulassungsverfahren, Eine empirische Untersuchung zu Implementation und Wirkungsgrad von Regelungen zur Verfahrensbeschleunigung, Köln u. a. 2005.

*Zippelius, Reinhold*: Juristische Methodenlehre, 9. Aufl., München 2005.

