

Foroud Shirvani (Hg.)

Eigentum im Recht der Energiewirtschaft

Bonn University Press





unipress

Bonner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen
Neue Folge

Band 16

Herausgegeben von

Udo Di Fabio, Urs Kindhäuser und Wulf-Henning Roth

Foroud Shirvani (Hg.)

Eigentum im Recht der Energiewirtschaft

V&R unipress

Bonn University Press

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

**Veröffentlichungen der Bonn University Press
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2018, V&R unipress GmbH, Robert-Bosch-Breite 6, D-37079 Göttingen
Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Vandenhoeck & Ruprecht Verlage | www.vandenhoeck-ruprecht-verlage.com

ISSN 2198-7130
ISBN 978-3-8470-0917-7

Inhalt

Vorwort	7
Matthias Schmidt-Preuß Energie und Eigentum	9
Markus Ludwigs Atomausstieg, Eigentums- und Vertrauensschutz: Das Atomausstiegsurteil des BVerfG	31
Georg Hermes Energieversorgung und Enteignung zugunsten Privater	53
Matthias Knauff Erneuerbare Energien, Vertrauens- und Investitionsschutz	79
Meinhard Schröder Die EEG-Umlage auf dem Prüfstand der Verfassung und des Unionsrechts	99
Marc Ruttloff Stilllegungsverbote für Energieerzeuger: Eigentumswidrige Zwangsbewirtschaftung?	115
Autorenverzeichnis	135

Vorwort

Der vorliegende Band beinhaltet die Vorträge der Tagung »Eigentum in der Energiewirtschaft«, die der Herausgeber am 14. September 2017 an der Universität Bonn veranstaltet hat.

Die Idee zur Durchführung dieser Tagung konkretisierte sich, nachdem das Bundesverfassungsgericht am 6. Dezember 2016 sein Urteil zum Atomausstieg verkündet hatte. Dieses Urteil beschäftigt sich mit einigen grundlegenden rechtlichen Aspekten des Ausstiegs der Bundesrepublik aus der Kernenergie und nimmt dabei zu grundsätzlichen eigentumsverfassungsrechtlichen Themen Stellung. Das Atomausstiegsurteil zeigt exemplarisch die verschiedenen Verbindungslinien zwischen der Eigentumsgarantie und der staatlichen Energiepolitik: Zwar kann der Staat aufgrund der überragenden Bedeutung der Energieversorgung die rechtlichen Koordinaten der Energiewirtschaft festlegen und dabei auch grundrechts- bzw. eigentumsrelevante Eingriffe vornehmen. Er muss allerdings die eigentumsverfassungsrechtlichen Kautelen beachten, die die höchstrichterliche Rechtsprechung und die Staatsrechtswissenschaft in den vergangenen Jahrzehnten in dogmatischer Feinarbeit entwickelt haben. Das gilt gerade im Zeitalter der Energiewende, in dem der Staat nicht selten das Eigentum von Privatpersonen oder Unternehmen belastet bzw. in Anspruch nimmt, um energie- oder klimapolitische Maßnahmen durchzusetzen. Der vorliegende Tagungsband will diese Thematik aufgreifen und dabei die Querschnittsfunktion des Eigentumsgrundrechts sowie dessen Einfluss auf das Recht der Energiewirtschaft verdeutlichen.

Der Herausgeber dankt zuvörderst den Referenten und Autoren, die durch ihre Vorträge und schriftlichen Beiträge maßgeblich zum Gelingen dieses wissenschaftlichen Projekts beigetragen haben. Er dankt ferner der Gottfried Meulenbergh Stiftung, die die Tagung finanziell unterstützte und die Publikation dieses Tagungsbandes ermöglichte. Dank schuldet der Herausgeber nicht zuletzt den Mitarbeitern der Stiftungsprofessur für Öffentliches Recht, insbesondere das Eigentumsgrundrecht an der Universität Bonn, die sich bei

der Organisation der Tagung und der Veröffentlichung dieses Bandes besonders engagiert haben.

Bonn, im Juni 2018

Foroud Shirvani

Energie und Eigentum

I. Liberalisierung und Energiewende

Mit der Thematik »Eigentum im Energiesektor« sind zwei Kernkomponenten genannt, die beide je für sich überragende Bedeutung haben und sich darüber hinaus einander nachhaltig ergänzen. Eine sichere und effiziente Energieversorgung ist ohne Eigentum kaum denkbar. Umgekehrt sind Eigentum und seine Nutzung in den unterschiedlichen ökonomischen Einsatzfeldern einer hochentwickelten Volkswirtschaft ohne eine stabile Energieversorgungsbasis nicht vorstellbar. Der rechtliche Ordnungsrahmen der Energiewirtschaft ist in charakteristischer Weise durch die Liberalisierung der Strom- und Gasmärkte auf der einen und die klimapolitisch orientierte Energiewende auf der anderen Seite geprägt. Hiermit werden den Unternehmen normative Daten gesetzt, die für ihr ökonomisches Handeln maßgeblich sind. Dabei kommt dem – demokratisch legitimierten – Gesetzgeber ein prinzipielles Gestaltungsmandat zu. Dies eröffnet Spielräume, die allerdings auch nicht unbegrenzt sind. Insofern kann die Energiepolitik Ziele der Liberalisierung der Strommärkte oder regenerativer Stromerzeugung verfolgen, ist bei der operativen Ausgestaltung jedoch an die Schranken der Verfassung – nicht zuletzt auch an das Eigentumsgrundrecht – gebunden. Wo die Grenzlinie zwischen einer nachhaltigen und das Eigentum berührenden Liberalisierungs- bzw. Klimaschutzpolitik einerseits und den auch für den einfachen Gesetzgeber unantastbaren Grenzen der Eigentumsgarantie andererseits verläuft, lässt sich nicht pauschal, sondern erst auf Grund einer sorgfältigen Exegese ermitteln. Diese muss sowohl verfassungsrechtlich ausgewiesene Ziele als auch grundrechtliche Verbürgungen – ggf. in multipolaren Konfliktlagen – untereinander und gegeneinander austarieren sowie verhältnismäßig zuordnen.

Der Beitrag gliedert sich in zwei größere Blöcke. Zunächst – sozusagen in einem vorgezogenen »allgemeinen Teil« – ist das Eigentum seiner Funktion und seinem Inhalte nach anzusprechen und anhand einiger Eckpunkte in seiner verfassungsrechtlichen Grundierung zu präsentieren. Im zweiten Block sollen

sodann auf dieser Grundlage einige aktuelle, exemplarische Referenzbeispiele vorgestellt werden, anhand derer sich die Bedeutung des Eigentums in der Energieversorgung besonders eindringlich manifestiert.

II. Grundlagen, Eckwerte und Gehalt des Eigentumsgrundrechts gem. Art. 14 GG

1. Ökonomische Funktion des Eigentums im Rahmen der Wirtschaftsverfassung

Das Eigentum zeichnet sich in – auch wirtschaftlich – herausragender Weise dadurch aus, dass es den jeweiligen Gegenstand einer bestimmten Person – und nur dieser – im Sinne eines Herrschaftsrechts zuordnet. Es verleiht die Berechtigung, selbst autonom darüber zu befinden, wie mit dem Eigentumsobjekt umgegangen wird. Es kennzeichnet die Essenz des Eigentums, *privatnützig*¹ über die Art und Weise seiner Nutzung entscheiden zu dürfen. Dies bedeutet, dass der Eigentümer jede andere Person von der Nutzung des Objekts – etwa einer Anlage – ausschließen kann.² Hier lässt sich vom *exclusionary principle* sprechen.³ Diese Ausschließlichkeit und die damit garantierten exklusiven Nutzungsmöglichkeiten sind schon für sich genommen eine offensichtlich eminent bedeutsame Gewährleistung.⁴ In ökonomischem Kontext repräsentieren sie einen u. U. hohen wirtschaftlichen Wert. Darin aber erschöpft sich die Funktion des Eigentums keineswegs, womit sich der Blick auf die *Investitionsfreiheit* richtet, die nicht zuletzt für die Energiewirtschaft besonders im Fokus steht. Nur wenn gewiss ist, dass der Eigentümer die Ergebnisse einer Investition behalten und jeden Dritten davon ausschließen kann, wird er als Investor bereit sein, das finanzielle Wagnis einzugehen, etwa eine Produktionsanlage zu errichten. In der marktwirtschaftlichen Ordnung ist das *Risiko* unvermeidbar, da Investitionsentscheidungen bei Ungewissheit getroffen werden müssen. Es liegt auf der Hand, dass man ein solches Risiko nicht eingehen würde, wenn zu befürchten wäre, dass der *Ertrag* einer erfolgreichen Investition dem ungehinderten Zugriff Dritter unterläge. Hierin besteht die charakteristische *Anreizfunktion des Eigentums*.⁵ Nur

1 Vgl. z. B. BVerfGE 134, 242 (290) – Garzweiler I/II; 79, 292 (303) – Eigenbedarf; aus der Lit. *Papier*, in: Maunz/Dürig/Herzog, GG, Art. 14 Rn. 375ff.

2 Hierzu und zum Folgenden *Schmidt-Preuß*, Substanzerhaltung und Eigentum, 2003, S. 24.

3 Vgl. in diesem Sinne *Mankiw/Taylor*, Economics, 4th ed., 2017, S. 223.

4 BVerfG, VIZ 2001, 330 (331) – Sachenrechtsbereinigung: »Dem grundrechtlichen Schutz (durch das Eigentumsgrundrecht, scil d. Verf.) unterliegt ... das Recht, den Eigentumsgegenstand selbst zu nutzen und Dritte von Besitz und Nutzung auszuschließen«

5 Vgl. z. B. *Samuelson/Nordhaus*, Economics, 18th ed., 2005, S. 34.

wenn der (erhoffte) Verkauf der in der Anlage produzierten Güter nach Abzug der Kosten als Residualgröße einen Gewinn zu generieren verspricht, wird es zur risikoreichen Investition kommen. In diesem Sinne ist das Eigentum *Anreiz für Initiative, Risikouibernahme und Investition*.⁶ Eigentum und Investition sind unauflöslich verbunden.

Vor diesem Hintergrund wird der Standort des Eigentums im Rahmen der *Wirtschaftsordnung* insgesamt deutlich. Da die *soziale Marktwirtschaft* gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV die Wirtschaftsverfassung der EU und damit auch der Bundesrepublik Deutschland ist,⁷ stellt sich das Eigentum auch in dieser Hinsicht als ein entscheidender Faktor dar. Wettbewerb und Markt garantieren Effizienz und Leistungsfähigkeit einer Volkswirtschaft. Dies aber setzt notwendig eigenverantwortliche Akteure voraus, die risikoreiche Investitionen tätigen, von denen Wirtschaftswachstum und Arbeitsplätze im Allgemeinen und die Energieversorgungssicherheit im Besonderen entscheidend abhängen. Damit lässt sich unterstreichen: Das Eigentum stellt einen zentralen Wirkungsfaktor der Wirtschaftsverfassung dar.

2. Verfassungsrechtliche Dimension von Bestandsgarantie, Verfügungsfreiheit und Investitionsfreiheit

Die vorstehenden Aussagen zur ökonomischen Funktion des Eigentums sind im Folgenden im verfassungsrechtlichen Kontext zu fundieren. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat die beiden Kernfunktionen des Eigentums stets hervorgehoben: Art. 14 GG schützt zum einen das »Halten eines Titels«, also das ausschließliche Innehaben eines Gegenstandes und damit die *Bestandsgarantie*.⁸ Zum anderen umfasst Art. 14 GG aber auch die Garantie, den Eigentumsgegenstand nach eigenen Vorstellungen nutzen zu können. Das BVerfG⁹ spricht

6 Schmidt-Preuß (o. Fußn. 2), S. 24.

7 Schmidt-Preuß, Die soziale Marktwirtschaft als Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union, in: FS Sacker, 2011, S. 969 (970 ff., 977 ff.); ders., Entschädigungspflicht für den Verlust von Anteilseigentum in der Insolvenz, NJW 2016, 1269.

8 BVerfGE 134, 242 (291) – Garzweiler I/II. Zur »Befugnis« s. bereits BVerfGE 58, 300 (336) – Naßauskiesung. Zum Stellenwert des Eigentums in der Garzweiler-Entscheidung *Durner/Karrenstein*, Anmerkungen zum Urteil des BVerfG in der Rechtssache »Garzweiler«, DVBl. 2014, 182 (183 f.); Kühne, Verfassungsrechtliche Fragen der bergrechtlichen Enteignung – Zum Garzweiler-Urteil des BVerfG vom 17. 12. 2013, NVwZ 2014, 321 (323 f., 325 f.); Shirvani, Eigentumsschutz und Energiepolitik – Die Garzweiler-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts –, EnWZ 2015, 3 (5 ff.).

9 BVerfGE 134, 242 (291) – Garzweiler I/II; Schmidt-Preuß, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Energiepolitik, in: Sacker (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Energierecht Bd. 1, 4. Aufl., 2018, Einl. C Rn. 20; ders., Die Gewährleistung des Privateigentums durch Art. 14 GG im Lichte aktueller Probleme, AG 1996, 1 f.

insoweit von »Verfügungsbefugnis«. Diese Gewährleistung der *Verfügungs- und Nutzungsfreiheit* kann kaum in ihrer Dimension überschätzt werden. Art. 14 GG wäre wenig wert, wenn man nur das Eigentum an einer Maschine innehaben, diese aber nicht nach eigenen Vorstellungen – was Produkt und Produktionsweise angeht – nutzen dürfte. Die Nutzungs- bzw. Verfügungsbefugnis als zweiter Garantiegehalt des Eigentums führt verfassungsrechtlich unmittelbar zur Gewährleistung der *Investitionsfreiheit*.¹⁰ Sie besteht darin, Finanzmittel – Eigen- bzw. Fremdkapital – für den Erwerb von Grundstücken, Produktionsanlagen oder Rechten einzusetzen, um damit Güter erstellen und am Markt gewinnbringend absetzen zu können (*asset deal*). Ebenso kann über Geldtitel verfügt werden, um Anteile an Unternehmen ganz oder teilweise zu erwerben, die auf dem Zielmarkt bereits operieren (*share deal*). In beiden Fällen ist es das Ziel, die aufgewendeten *Finanzierungskosten* innerhalb einer bestimmten Frist *amortisieren* zu können und nach Erreichen des *turn-around* die Überschüsse als Gewinn im Sinne einer Prämie für Risikoübernahme und Initiative zu vereinnahmen. Hiermit bestätigt sich der soeben dargelegte wirtschaftliche Anreiz im Rahmen der sozialen Marktwirtschaft (II. 1.) auch auf der verfassungsrechtlichen Ebene. Im Rahmen der Wirtschaftsverfassung müssen Wettbewerbsordnung und Regulierung dafür sorgen, Missstände infolge von marktbeherrschenden Stellungen und Machtmissbrauch zu verhindern.

Als Zwischenfazit ist festzuhalten: Der Schutzbereich des Art. 14 GG umfasst die Bestandsgarantie und die *Verfügungs- bzw. Nutzungsfreiheit* und damit insbesondere auch die *Investitionsfreiheit*. Sie ist notabene in beiden Richtungen geschützt. In ihrer *positiven* Dimension bietet sie Schutz vor übermäßigen Eingriffen, deren Erscheinungsformen von partiellen Begrenzungen bis zum absoluten Verbot reichen können. Im Ausgangspunkt ist dies die Freiheit, ohne Einschränkungen des Staates investieren zu können. Ebenso aber schützt das Eigentumsgrundrecht des Art. 14 GG auch die *negative Investitionsfreiheit*. Damit ist die Freiheit verbürgt, von einem *Investment* auch absehen zu können.

10 Schmidt-Preuß, Energieversorgung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 93 Rn. 44; vgl. auch Burgi, Regulierung, Investitionsfreiheit und technischer Fortschritt, in: Schmidt-Preuß/Körber (Hrsg.), Regulierung und Gemeinwohl, 2016, S. 143 (150); vgl. in der Sache auch Möstl, Rechtsfragen der Kraftwerksregulierung, EnWZ 2015, 243 (246): »Freiheit zu einem privatnützigen Eigentumsgebrauch« im Bereich der Kraftwerksregulierung.

3. Maßstäbe der Rechtfertigung

a) Enteignung versus Inhalts- und Schrankenbestimmung

Nach diesen Bemerkungen zum Inhalt des Eigentums drängt sich die Frage auf, nach welchen Maßstäben sich ein – allgemein steuernder oder regulatorischer – Eingriff in das Eigentum gegebenenfalls rechtfertigen lässt. Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG enthält eine *Fundamentalgarantie*. Danach wird das Eigentum gewährleistet. Für den Fall notwendiger Begrenzungen werden sodann zwei Grundvarianten gesetzgeberischer Gestaltung aufgeführt. Bei der ersten handelt es sich um die *Enteignung*, deren Voraussetzungen in Art. 14 Abs. 3 GG explizit normiert sind und das formelle Erfordernis einer gesetzlichen Entschädigung vorsehen. Die zweite Variante ist die *Inhalts- und Schrankenbestimmung* gem. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG, wonach Inhalt und Schranken des Eigentums vom Gesetzgeber ausgestaltet werden. Folgerichtig ist zunächst die Frage zu klären, wie Enteignung und Inhalts- und Schrankenbestimmungen abzugrenzen sind. In seinem Atomausstiegs-Urteil vom 6. 12. 2016 hat sich das BVerfG¹¹ eindeutig zur *Güterbeschaffungstheorie* bekannt. Danach liegt eine Enteignung vor, wenn der Staat einem Privaten einen Vermögensgegenstand entzieht, um ihn zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe einzusetzen. Was vorher – trotz der Baulandumlegungsentscheidung des BVerfG¹² vom 22. 5. 2015 – als noch nicht vollends ausgemacht erscheinen mochte, hat jetzt seine unzweideutige Positionsbestimmung erfahren. Damit sind die Würfel auf verfassungsgerichtlicher Ebene gefallen. Das gilt auch dann, wenn man die Abgrenzung nach den Kriterien *konkret-individuell/abstrakt-generell*¹³ präferiert und danach fragt, ob auf der normativen Ebene eine *breitflächige, strukturelle und anonyme* Norm und damit eine Inhalts- und Schrankenbestimmung vorliegt, während die Enteignung durch eine *finale, punktuelle und direkte* Maßnahme gekennzeichnet ist,¹⁴ die *gezielt* auf Eigentumspositionen *zugreift*.

Die Güterbeschaffung ist ein Kriterium, das eine klare Abgrenzung ermöglicht und zugleich die Enteignung in einen *engen Anwendungskorridor* kanali-

11 BVerfGE 143, 246 Rn. 242ff. – 13. AtG-Novelle; dazu aus der Lit. *Kühne*, Die Bewältigung des Atomausstiegs – Rechtliches und Politisches, in: Braunschweigische Wissenschaftliche Gesellschaft, Jahrbuch 2016, S. 86 (91); *Ludwigs*, Das Urteil des BVerfG zum Atomausstiegsgesetz 2011 – Karlsruhe locuta, causa finita?, NVwZ-Beilage 2017, 3 (4); *Shirvani*, Atomausstieg und mäandernde Gesetzgebung – Zum Atomausstiegsurteil des Bundesverfassungsgerichts –, DÖV 2017, 281 (282ff.).

12 BVerfGE 104, 1 (110) – Baulandumlegung.

13 *Schmidt-Preuß*, Atomausstieg und Eigentum, NJW 2000, 1524 (1525); vgl. auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 33. Aufl., 2017 Rn. 1026 (sowie auch Rn. 1028); *Axer*, in: Hillgruber/Axer (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Art. 14 Rn. 16.

14 *Schmidt-Preuß* (o. Fußn. 13), 1525.