

Stefan Storr

Staat unter Strom



*Schönbürger Gespräche
zu Recht und Staat*

Mohr Siebeck

Staat unter Strom



Stefan Storr

Staat unter Strom

*Schönbürger Gespräche
zu Recht und Staat*

Mohr Siebeck

Univ.-Prof. Dr. Stefan Storr ist Professor für Öffentliches Recht und Öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität Graz. Seine Forschungsschwerpunkte sind das österreichische und deutsche Verfassungs- und Verwaltungsrecht, das Öffentliche Wirtschaftsrecht, das Energierecht, das Recht der Gebietskörperschaften und das Recht der EU.
orcid.org / 0000-0002-8145-8990

ISBN 978-3-16-201031-5 / eISBN 978-3-16-201032-2

DOI 10.1628/978-3-16-201032-2

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2026 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier. Satz: Martin Fischer, Tübingen.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Inhalt

I. Der moderne Staat ist ein Energie-Staat	1
1. Die Energieversorgung und das tägliche Brot	1
2. Der überholte und doch weiterhin verwendete Begriff der Daseinsvorsorge	3
3. Energieversorgung als Staatszweck und Staatsaufgabe: der staatsrechtliche Zugang	7
4. Energieversorgung als Staatsaufgabe: der verfassungsrechtliche Zugang	12
5. Energieversorgung als wichtiges öffentliches Interesse	14
 II. Staatlicher Steuerungsverlust in der Energie- wirtschaft am Beispiel der Elektrizitätswirtschaft ...	18
1. Staatlicher Steuerungsverlust durch den Regelungsgegenstand: Elektrizitätswirtschaftsrecht als Systemrecht und die Notwendigkeit von Systemstabilität	19
2. Staatlicher Steuerungsverlust durch Prädominanz des Unionsrechts	25
a) Umfangreiche Energiepolitik der Union	25
b) Unionsrechtlich gebotene wettbewerbliche Ausrichtung der Energiemärkte	26
c) Die <i>Merit Order</i> als Beispiel für eine weitreichende Unionsvorgabe	29

3. Staatlicher Steuerungsverlust durch Kompetenzdefizite – Die erhöhten Anforderungen an den Bundesgesetzgeber für die Überwindung fehlender Kompetenz	31
4. Staatlicher Steuerungsverlust durch die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde	34
5. Staatlicher Steuerungsverlust öffentlicher Energieversorgungsunternehmen	37
a) Überblick über die großen Unternehmen der österreichischen Energiewirtschaft	37
b) Der unionsrechtliche Hintergrund	39
c) Die österreichische Dogmatik des Rechts öffentlicher Unternehmen	41
d) Die Immunisierung öffentlicher Energieversorgungsunternehmen gegen staatliche Instrumentalisierung	43
e) Wettbewerbsbehinderungen im Strom- und Gassektor	53
f) Immunisierung außerhalb von Wettbewerbsbeziehungen	56
6. Staatlicher Steuerungsverlust durch Einbindung und faktische Einflussnahme Privater auf die staatliche Willensbildung und Tätigkeit	58
a) Die Angewiesenheit des Staates auf Expertenwissen	59
b) Normsetzung und Mitwirkung bei der Normsetzung durch Private	61
III. Zusammenfassung	64
Anmerkungen.....	67

I. Der moderne Staat ist ein Energie-Staat

1. Die Energieversorgung und das tägliche Brot

Die Nutzung von Energie, insbesondere von Elektrizität, ist die technische Grundlage unserer Zivilisation. Unsere Gesellschaft, unsere Wirtschaft und unser Staat funktionieren nur, weil wir Energie nutzen können. Es lohnt sich, kurz darüber zu reflektieren:

Die Fleißigen unter uns, die noch vor Sonnenaufgang aufwachen, greifen zuerst zum Lichtschalter; auch die anderen beginnen ihren Tag mit Strom: sie werden durch einen elektrischen Wecker geweckt, verwenden eine elektrische Zahnbürste, einen Wasserkocher, holen das Frühstück aus dem Kühlschrank oder beginnen den Tag mit einer Tasse heißem Kaffee. Wir fahren mit Zügen, vielleicht sogar mit E-Autos in unsere Büros und zu unseren Arbeitsstellen, Ampeln regeln den Straßenverkehr.

Strom, wie Energie überhaupt, ermöglicht Mobilität, Industrieproduktion, Güterversorgung und ist für Kommunikationssysteme notwendig (Telefonie, Computer, Internet, Rechenzentren¹).

Was uns ohne Strom fehlt, zeigte sich bei einem Blackout, der sich im Januar 2026 in Berlin ereignete.² Tagelang fehlte den Menschen in den betroffenen Stadtteilen nicht nur die Beleuchtung; sie konnten auch ihre Wohnungen nicht wärmen, weil der Betrieb von Gas- und Fernwärmesystemen auf elektrisch betriebene Pumpen und Steuerungsgeräte angewiesen ist. Sie waren vom Informationszugang abgeschnitten,

weil elektrische Kommunikationsgeräte nicht funktionierten und Smartphones nicht aufgeladen werden konnten. Büros, Schulen und Kindergärten mussten geschlossen werden. Die Nahrungsmittelversorgung in nahegelegenen Supermärkten fiel aus, weil sich die elektronischen Kassen nicht bedienen ließen.

Entsprechend deutlich finden sich zur Bedeutung der Strom- und Energieversorgung in den Gerichtsurteilen und in der Literatur Formulierungen, die wie unumstößliche Wahrheiten wirken, als gäbe es einen Wettbewerb um die nachdrücklichste Diktion: Hatte das Bundesverfassungsgericht im Erdölbevorratungs-Beschluss 1971 die Sicherstellung einer ausreichenden Energieversorgung noch als eine „legitime Aufgabe der staatlichen Wirtschaftspolitik“³ bezeichnet, dürfte es sich im Kohlepfennig-Beschluss 1994 den „ersten Preis“ verdient haben mit „Das Interesse an einer Stromversorgung ist heute so allgemein wie das Interesse am täglichen Brot“.⁴ Weniger allegorisch, aber genauso deutlich sind: „[...] die überragende Bedeutung der Sicherung der Energieversorgung für das Gemeinwohl [...]“⁵ „[...] die Sicherheit der Energieversorgung [...] ist ein Gemeinschaftsinteresse höchsten Ranges“,⁶ „[...] eine öffentliche Aufgabe von größter Bedeutung“⁷ und „[...] eine Leistung, deren der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf“.⁸ Im Strompreisbremse-Urteil findet sich der Satz: „Strom ist ein zur Deckung existenzieller Bedarfe unverzichtbares Gebrauchsgut“.⁹

Das deutsche Bundesverwaltungsgericht übernimmt die Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts und verweist darauf, dass die Energieversorgung eine öffentliche Aufgabe ist, die zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört,¹⁰ wobei die Wärmeversorgung sogar zum „Kernbereich der Daseinsvorsorge“ gehören soll (was die Anordnung der Treuhandver-

waltung über Tochterunternehmen des Rosneft-Konzerns in Deutschland legitimiert hat).¹¹

Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hat hervorgehoben, dass „[...] jeder Mensch heute darauf angewiesen ist, dass ihm Energie bereitgestellt wird“, weshalb die Grundversorgung als Leistung der Daseinsvorsorge einem „gewichtigen öffentlichen Interesse“ dient.¹²

In der Literatur gibt es noch substantiellere Formulierungen: Energieversorgung sei eine „fundamentale Grundbedingung für ein funktionierendes Gemeinwesen“,¹³ die „existenziellste Daseinsvorsorgeleistung“,¹⁴ gar eine *conditio humana*.¹⁵

2. Der überholte und doch weiterhin verwendete Begriff der Daseinsvorsorge

In der Tat: Ohne Energie ist kein Staat zu machen. Deshalb gilt die Gewährleistung einer angemessenen Energieversorgung als Staatsaufgabe. Jedenfalls ist das eine allgemeine Erwartung, weshalb es auch nicht verwundert, dass nach dem Blackout in Berlin sehr schnell der Regierende Bürgermeister ins Zentrum der Kritik geraten war, einerseits wegen seines Krisenmanagements, aber auch, weil die beschädigte Kabelbrücke im Eigentum der BEW Berliner Energie und Wärme GmbH stand, eines zu 100 % im Eigentum des Landes Berlin stehenden Unternehmens.¹⁶

Es ist bekanntlich *Ernst Forsthoff* gewesen, der die Daseinsvorsorge, zu der er auch die Elektrizitätsversorgung gezählt hat, nicht nur als Staatsaufgabe – und zwar als Aufgabe der Verwaltung – erkannt hat, sondern auch als eine verwaltungsrechtlich zu bewältigende.

Forsthoff hatte in der Daseinsvorsorge die dogmatische und tatsächliche Fortentwicklung einer bisher nur auf den Schutz von Eigentum und Freiheit ausgerichteten Verwaltung gesehen.¹⁷ Es müsse aber die „Wirklichkeit der modernen Verwaltung“ ins Blickfeld gerückt werden.¹⁸ Damit hatte er soziale Entwicklungen aufgegriffen, die in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ihren Anfang genommen hatten, wobei er auf das Bevölkerungswachstum und die Verstädterung dieser Zeit verwiesen hatte, durch die die Menschen von ihren Lebensgütern getrennt worden waren. Sie seien ihren Höfen, ihren Äckern und ihren Häusern verlustig gegangen, d. h. ihrer beherrschten Lebensräume. Diese hätten sie durch Urbanisierung und Mobilisierung gegen effektive Lebensräume getauscht. Die Notwendigkeit des modernen Menschen, seinen effektiven Lebensraum zu gestalten, hatte *Forsthoff* Appropriation bezeichnet. Veranstaltungen zur Befriedigung des Appropriationsbedürfnisses hatte er Daseinsvorsorge genannt.¹⁹ Es sei Aufgabe der Verwaltung, diese Daseinsvorsorge zu organisieren.

Vieles war auch nach seiner 1938 erschienenen Schrift über „*Die Verwaltung als Leistungsträger*“ unklar, widersprüchlich und nicht rechtsstaatskonform: Entgegen der Begrifflichkeit „Daseinsvorsorge“, war es *Forsthoff* weder um eine Form prospektiver Fürsorge noch um eine Beschränkung staatlicher Leistungen auf eine existenzielle Grundversorgung gegangen,²⁰ sondern um eine Teilhabe des Einzelnen an einem viel weitreichenderen Angebot des modernen Leistungsstaats.²¹

Diese sollte frei von rechtsstaatlichen Bindungen möglich sein. Denn – so *Forsthoff* 1938 – die „Grundrechte gehören der Geschichte“ an und der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sei für die Verwaltung nicht mehr konstitutiv;²² dennoch sei der Einzelne durch seinen Verlust beherrschten und einem Zugewinn effektiven Lebensraums in

eine zunehmende Abhängigkeit zum Staat geraten. Deshalb hatte *Forsthoff* die Entwicklung der Daseinsvorsorge als eine Aufgabe der Verwaltungsrechtsdogmatik begriffen. Im Zentrum seiner folgenden Überlegungen stand das bereits erwähnte „Problem der Teilhabe“.

Erstaunlicherweise hat der *Forsthoffsche* Begriff der Daseinsvorsorge trotz seines ursprünglich antiliberalen und den Rechtsstaat diffamierenden Zugangs nicht nur Eingang in die Verwaltungsrechtsdogmatik gefunden und sich etabliert, sondern auch in viele Gesetze des heutigen demokratischen Rechtsstaats, darunter auch solche jüngerer Datums. Als Begriff findet sich Daseinsvorsorge im Berliner Wassergesetz,²³ im Datennutzungsgesetz des Bundes,²⁴ im bremischen Bibliotheksgesetz²⁵ und im hessischen ÖPNV-G,²⁶ wobei die hier angestellte Aufzählung nicht vollständig ist und mehr einen Eindruck der Disparität der Verwendung des Begriffs vermitteln als der Konzeptualisierung dienen soll. Bisweilen finden sich begriffliche Fortentwicklungen wie „umweltbezogene Daseinsvorsorge“ im niedersächsischen Geodateninfrastrukturgesetz²⁷ und jüngst „digitale Daseinsvorsorge“²⁸ im bayerischen Digitalgesetz. In allen Regelungszusammenhängen bedeutet Daseinsvorsorge etwas anderes, wird als besonders zu behandelnder Wirtschaftsbereich bestimmt, aber meistens nicht näher beschrieben oder geregelt und ist somit auslegungsbedürftig.

Die Gerichte haben sich um eine Konturierung bemüht, die ihnen mangels verfassungsgesetzlicher Vorgaben aber nur bedingt gelingen konnte, wie bisweilen kapriziöse Ausführungen in Urteilen zeigen, etwa die des deutschen Bundesverwaltungsgerichts, das von Gemeinden betriebene Gasthäuser nicht zur Daseinsvorsorge zählte,²⁹ Weihnachtsmärkte aber schon und dies mit den sozialen Gesichtspunkten solcher Veranstaltung begründete.³⁰

Tatsächlich gibt es kein Konzept der Daseinsvorsorge, weder in Deutschland noch in Österreich. Der Begriff ist konturenarm, bisweilen zu einer Floskel degeneriert und regelmäßig darauf reduziert, dass das Angebot einer bestimmten Leistung oder Dienstleistung für die Allgemeinheit wichtig ist und der Staat in die Erfüllung dieser Aufgabe mehr oder weniger involviert sein soll, d.h. sie zu erfüllen hat oder ihre Erfüllung zu gewährleisten hat – wie und in welchem Umfang muss sich aus fachspezifischen Regelungen ergeben.

Zu Recht hat die Europäische Kommission, die noch im Jahr 2001 eine Mitteilung über „Die Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“³¹ herausgegeben hat, die auch die Elektrizitätsversorgung beinhaltete,³² den Begriff aufgegeben und verwendet ihn seither nicht mehr. An seine Stelle sind „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“³³ in Art. 106 Abs. 2 AEUV³⁴ getreten. Diese Formulierung gibt es zwar schon seit den Römischen Verträgen;³⁵ für eine Konzeptualisierung von Ausnahmen von wettbewerblichen Regeln eignet sie sich jedenfalls besser, auch deshalb, weil sie nicht an der bedeutungsleeren deutschen und österreichischen Begriffsverwendung anknüpft, vor allem aber, weil „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“³⁶ in Art. 14 AEUV als gemeinsamer Wert der Union bestimmt ist.

Dass es dennoch Parallelen gibt, etwa den aus dem Gleichheitssatz, aus Fachgesetzen oder Kommunalordnungen folgenden Teilhabeansprüchen an staatlichen oder kommunalen Daseinsvorsorgeangeboten³⁷ und den diskriminierungsfreien Zugangsansprüchen etwa auf Netzanschluss und Netznutzung aus umsetzungspflichtigen EU-Richtlinien,³⁸ steht dem nicht entgegen, sondern erklärt sich aus dem Wesen der zu regelnden Materie.

3. Energieversorgung als Staatszweck und Staatsaufgabe: der staatsrechtliche Zugang

Was bei *Forsthoff* mehr mitschwingt als ausgeführt wird, ist, dass die Energieversorgung eine Staatsaufgabe ist. Energieversorgung als Staatsaufgabe ist eine empirisch gewonnene Erkenntnis, besser: es lässt sich eine dahingehende allgemeine Erwartung feststellen. Es wird allgemein erwartet, dass sich der Staat der Energieversorgung annimmt.

Es ist ein Zweck des modernen Staates, die Sicherheit und Freiheit des Einzelnen zu gewährleisten.³⁹ Das kann ganz grundlegend und existenzialistisch verstanden werden: Wenn die Rechtfertigung für heutige Staatswesen darin liegt, dem Einzelnen ein Leben, ein menschenwürdiges Leben zumal, zu ermöglichen, dann muss der Staat dessen Existenz schützen.⁴⁰ So ist die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verstehen, dass Unterkunft und damit auch Heizung⁴¹ und Strom⁴² zum aus der Menschenwürde herzuleitenden Existenzminimum gehören.

Doch ist der moderne Staat nicht nur Existenzsicherungsstaat, sondern auch Wohlfahrtsstaat. Unter Wohlfahrtsstaat wird von Verschiedenen Verschiedenes verstanden, weshalb es hier nicht darum gehen soll, den Begriff auszuleuchten. Es genügt, auf seinen weitergehenden Zweck zu verweisen,⁴³ der darin gesehen wird, allen die Möglichkeit zu eröffnen, an den Errungenschaften der modernen Wirtschaft, Technik, Bildung, Wissenschaft und Gesundheitsversorgung teilzuhaben.⁴⁴

Das *Humboldt'sche* Plädoyer, dass sich der Staat „[...] aller Sorgfalt für den positiven Wohlstand der Bürger [enthalten soll]“ und er „[...] keinen Schritt weiter [gehen soll], als zu ihrer Sicherstellung gegen sich selbst und gegen auswärtige Feinde notwendig ist; zu keinem andern Endzwecke

beschränke er ihre Freiheit“⁴⁵ ist längst überholt.⁴⁶ Die Entwicklung der Industrie, der Technik, der Gesellschaft und auch des Staates ist vorangeschritten. Was für den vorindustriellen Staat überzeugend gewesen sein mag, ist es für den industriellen und den postindustriellen nicht mehr.

Hinsichtlich der Energieversorgung sind mit dem Wohlfahrtsstaat zwei Forderungen verbunden: zum einen die Teilhabe jedes Einzelnen an der Energieversorgung, also die Möglichkeit über die Existenzsicherung hinaus Zugang zur Energieversorgung zu haben; zum anderen die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit der Wirtschaft insgesamt, weil die Wohlfahrt aller davon abhängt, dass Güter bereitgestellt werden. Freilich kann das auch für andere Sektoren wie Gesundheitswesen und Verwaltung angenommen werden.

Deshalb greift es zu kurz, den heutigen Staat (nur) als Industriestaat⁴⁷ zu beschreiben. Vielmehr sind es auch die Infrastrukturen, deren Erhaltung, Gewährleistung und Ausbau zu seinem Aufgabenportfolio gehören, da sie zum Wohlstand aller beitragen. Auch das muss an dieser Stelle nicht ausdifferenziert werden. Dass sich die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten in den vergangenen Jahren zunehmend intensiver dem Schutz „kritischer Infrastrukturen“ zugewandt haben, unterstreicht nicht nur deren Bedeutung für Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, sondern auch, dass die EU und die Mitgliedstaaten ihre Verantwortung zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit dieser Infrastrukturen erkannt haben.⁴⁸

Als kritische Infrastrukturen gelten dabei Einrichtungen, die für die Erbringung eines wesentlichen Dienstes erforderlich sind, also eines Dienstes, der u. a. „für die Aufrechterhaltung wichtiger gesellschaftlicher Funktionen, wichtiger wirtschaftlicher Tätigkeiten [und] der [...] Sicherheit [...] von

entscheidender Bedeutung“ ist.⁴⁹ Die Energieversorgung gehört dazu.⁵⁰

Doch liegt die Sorge des Staates um Infrastruktur, insbesondere kritischer Infrastruktur, nicht nur in den EU-Bestimmungen begründet, die auch nicht zum Schutz ihrer Mitgliedstaaten, aber zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts erlassen wurden,⁵¹ sondern bereits im Staatszweck selbst, weil Infrastrukturen „Lebensadern“⁵² von Gesellschaft, Wirtschaft und Staat sind.

Die Funktionsfähigkeit des Staates ist von der Funktionsfähigkeit von Infrastruktur abhängig – und umgekehrt. Für die Energieversorgung leuchtet das ohne weiteres ein, weil staatliche Tätigkeit auf die Zurverfügungstellung von Energie angewiesen ist – für die elektronische Kommunikation, für den Rundfunk, für den Bahnverkehr, für den Betrieb von Gebäuden und Fahrzeugen etc. –, ebenso wie für Gesellschaft und Wirtschaft.

Umgekehrt verlangt die Funktionsfähigkeit der Infrastruktur, nicht nur der kritischen Infrastruktur, staatliche Initiative, Unterstützung, Regulierung und andere Formen des Tätigwerdens, damit sie tatsächlich bereitgestellt wird und der Allgemeinheit im angemessenen Umfang zur Verfügung stehen kann.⁵³ Dafür sind nicht nur Gefahren, die von Dritten oder Ereignissen ausgehen oder ausgehen können, abzuwehren, vielmehr ist die Funktionsfähigkeit durch die Marktakteure selbst zu bewerkstelligen.

Diese Aufgabe des Staates, die Bereitstellung der Infrastruktur durch Private nicht nur zu ermöglichen, sondern deren Bereitstellung ggf. auch zu gewährleisten, wird in den Wirtschaftswissenschaften damit begründet, dass sich eine „gerechte“ Güterversorgung durch freien Wettbewerb nicht einstellt, also ein Fall des Marktversagens besteht oder ohne staatlichem Zutun eintreten kann und es deshalb zu Wohl-

fahrtsverlusten kommen kann. Der Staat soll dafür Sorge tragen, dass dahingehende Gefahren vermieden oder minimiert werden.

Mögliches Marktversagen ist wegen der spezifischen Netzabhängigkeit von Elektrizität und Erdgas offensichtlich, aber auch bei anderen Energieformen wie Öl gegeben: weil die Errichtung einer entsprechenden Versorgungsinfrastruktur kapitalintensiv ist, weil Netzabhängigkeit besteht und weil Kapitalintensität und Netzabhängigkeit die Entwicklung marktmächtiger Unternehmen befördern, die eine wohlfahrtsstaatlich orientierte Versorgungssicherheit nicht von sich aus versprechen. Zudem soll die Distribution für alle Nutzer möglich, gleich und fair sein.

Die Organisation dieses Wirtschaftssystems, die auf eine nachfrageorientierte Güterversorgung ausgerichtet sein soll und auch die Einhegung solcher Wirtschaftsmacht umfasst, offenbart sich dann als ein Zweck moderner Staatlichkeit. Eine ausschließlich am Freiheitsprinzip ausgerichtete Wirtschaftsordnung, die nur Freiheitssphären der Individuen abgrenzt, kann den Einzelnen nicht vor Missbräuchen oder anderen unerwünschten Entwicklungen marktmächtiger Akteure schützen und nicht für alle Versorgungssicherheit gewährleisten. Der Grund für die Staatsaufgabe Energieversorgung ist Marktversagen, bzw. zu erwartendes Marktversagen, vor allem aber strukturelles Marktversagen – strukturell, weil Netzindustrien als natürliche Monopole und andere marktmächtige Unternehmen ohne staatliche Regulierung diese gewünschten öffentlichen Güter nicht bereitstellen oder die Befürchtung besteht, dass sie diese nicht bereitstellen werden.

Wohlfahrtsstaat ist kein staatsrechtlicher Begriff. Auch im sozialwissenschaftlichen Schrifttum wird er nicht einheitlich definiert.⁵⁴ Er gilt als unpräzise.⁵⁵ Entgegen seiner Diktion