

PHILIPP BÜSCH

Der Wettbewerbsgedanke im Energierecht

*Rechtsordnung und
Wirtschaftsgeschichte*

11

Mohr Siebeck

Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte

herausgegeben von

Albrecht Ritschl, Mathias Schmoeckel,
Frank Schorkopf und Günther Schulz

11



Philipp Büsch

Der Wettbewerbsgedanke im Energierecht

Die Diskussion um die Reform
des Energiewirtschaftsgesetzes
zwischen 1948 und 1973

Mohr Siebeck

Philipp Büsch, geboren 1983; Studium der Rechtswissenschaften in Trier, Athen und Bonn; 2014 Promotion in Bonn; seit Dezember 2012 Rechtsreferendar am Landgericht Düsseldorf.

ISBN 978-3-16-153402-7 / eISBN 978-3-16-160616-8 unveränderte eBook-Ausgabe 2021
ISSN 2191-0014 (Rechtsordnung und Wirtschaftsgeschichte)

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

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

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 Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Kirchheim/Teck gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort

Diese Arbeit wurde 2013 an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte eingereicht und ebendort im Februar 2014 erfolgreich verteidigt. Dies wäre nicht gelungen ohne engagierte Unterstützer, denen es an dieser Stelle Danke zu sagen gilt.

Meinem Doktorvater Prof. Dr. Mathias Schmoeckel sei zunächst herzlich gedankt für die Offenheit gegenüber meinem Ansinnen, sich mit der Historie des Energierechts auseinanderzusetzen. Mit seiner Erfahrung hinsichtlich der historischen Bearbeitung wirtschaftsrechtlicher Gebiete stand er mir jederzeit als hilfsbereiter Ansprechpartner zur Verfügung. Dem gesamten Lehrstuhl möchte ich für die professionelle Betreuung danken. Herrn Prof. Dr. Wolfgang Löwer danke ich für die Übernahme des Zweitgutachtens und für seine hilfreichen Anregungen. Herrn Dr. Wolfgang Danner, der als Zeitzeuge mit mir den Gegenstand meiner Arbeit diskutiert hat und mir einen Blick „hinter die Kulissen“ des Bundeswirtschaftsministeriums ermöglichte, bin ich zu großem Dank verpflichtet. Erleichtert wurde die Quellenrecherche auch durch die hilfsbereite und zuvorkommende Arbeitsweise der Mitarbeiter des Bundesarchivs in Koblenz. Herzlich bedanke ich mich bei der Konrad-Adenauer-Stiftung für die großzügige Förderung, die mir die Fokussierung auf die zügige Fertigstellung meines Vorhabens ermöglichte. Die handwerkliche Umsetzung dieser Dissertation wäre nicht gelungen ohne das Engagement von Dr. Matthias Maetschke. In jeder Phase der Bearbeitung stand er mir mit Rat zur Seite und vermochte es, mir bei auftretenden Problemen die notwendigen Perspektivwechsel aufzuzeigen. Den Herren Hubertus Vogt und Karl Dicks sei für das Lektorat gedankt.

Letztlich war es indes der Zuspruch von Freunden und Verwandten, der mich in den mitunter schwierigen Momenten zum Weitermachen bewegt hat. Stellvertretend seien hier mit Jan Hermeling, Martin Kleingrothe und Ursula von den Driesch diejenigen genannt, die mein Manuskript von Zeit zu Zeit einer kritischen Durchsicht unterzogen haben. Timo Angerbauer und Jan Büsch sage ich Danke für anstandslose Unterstützung in allen Lagen. Kaum in Worte zu fassen ist die Dankbarkeit gegenüber meinen Eltern, die mein Studium und meine Promotion mit bewundernswerter Gelassenheit ge- und ertragen haben. Ihnen sei diese Arbeit gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIII
-----------------------------	------

§ 1. Einleitung

<i>A. Einführung und Fragestellung</i>	3
<i>B. Thesen</i>	6
<i>C. Methodische Überlegungen</i>	8
I. „Geschichte des Energierechts“ als Untersuchungsgegenstand	8
1. Energierecht als Recht der leitungsgebundenen Energie	8
2. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes	10
a) Ziele der Energiewirtschaftspolitik	10
b) Wettbewerbsbegriff und das „natürliche Monopol“ in der Energiewirtschaft	11
aa) Wettbewerb als wesentliches Prinzip der Sozialen Marktwirtschaft	11
bb) Die Besonderheiten der Energiewirtschaft	14
II. Eingrenzung des Untersuchungszeitraums	16
<i>D. Stand der Forschung und Quellenbericht</i>	18
<i>E. Gang der Untersuchung</i>	21

§ 2. Hauptteil

<i>A. Rechtliche und wirtschaftliche Faktoren des Energiesektors im Untersuchungszeitraum</i>	25
I. Das historisch gewachsene Energierecht	25
1. Vorbemerkung	25

2.	Der lange Weg zum Energiewirtschaftsgesetz	26
a)	Vorbemerkung	26
b)	Elektrizitätspolitik und Regulierungsversuche bis 1918	27
aa)	Elektrifizierung zwischen Gewerbeordnung und Spezialgesetzen	27
bb)	Regulierungsbestrebungen in Wissenschaft und Politik bis 1918	29
c)	Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft – Weimarer Planspiele	35
aa)	Gesetz betreffend die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft	35
bb)	Scheitern des Gesetzes 1920	37
d)	Die Gesetzgebungsdebatte im „Dritten Reich“	38
aa)	Meinungsvielfalt im nationalsozialistischen Staat	38
bb)	Gleichschaltung und Mitteilungspflicht	41
cc)	Streit um das Energiegesetz im Kabinett	43
e)	Steuerung durch Regulierung – Die Regelungen des EnWG ..	46
aa)	Ein Gesetz zur Förderung der Großkraftwirtschaft?	46
bb)	Von Schacht zu Speer – Kriegsbedingte Änderungen des Energierechts	47
cc)	Das EnWG als überfälliges Reformgesetz	50
3.	Privatrechtliche Regulierung im Energierecht	52
a)	Konzessionsverträge – Begründung des Monopols und Einstieg in die Regulierung	52
aa)	Wegerecht als Einfallstor	52
bb)	Leistungsaustausch zwischen Kommunen und EVU – Monopol gegen Konzessionsabgaben	53
cc)	Anschlusspflicht und Heimfallrechte – Regulative Elemente im Konzessionsvertrag	55
b)	Demarkationsverträge – Absprachen in der Energiewirtschaft ..	56
4.	Zwischenergebnis	57
II.	Die öffentliche Hand in der Energiewirtschaft	59
1.	Gemischtwirtschaftliche Unternehmen in der Energieversorgung ..	59
2.	Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge – Energieversorgung als Staatsaufgabe?	61
a)	Rechtsnatur der Energieversorgung	61
b)	Energieversorgung als Daseinsvorsorge	64
3.	Das Konzessionsabgabewesen	66
a)	Großkraftwirtschaft drängt zur Abschaffung – Frühe Kritik an Konzessionsabgaben	66

b) Systemwidrige Ausnahme im Straßen- und Wegerecht der Bundesrepublik – Beteiligung der Kommunen am Monopolgewinn	67
4. Zwischenergebnis	70
III. Struktur und Entwicklung des Energiemarktes im Untersuchungszeitraum	71
1. Stetig steigende Nachfrage im Untersuchungszeitraum	71
a) Entwicklung des Primärenergieträgermarktes	71
b) Wachsender Stromverbrauch trotz hoher Strompreise	72
2. Konzentration auf der Angebotsseite – Marktstruktur der Energiewirtschaft	74
a) Marktstufen in der Energieversorgung	74
b) Konzentration in der Erzeugung	76
3. Zwischenergebnis	77
B. <i>Mehr Wettbewerb wagen – Liberalisierungsbestrebungen im Energierecht zwischen 1948 und 1973</i>	79
I. Liberalisierungsdruck durch Einführung der Marktwirtschaft – Frühe Reformbemühungen zum Energierecht bis 1957	79
1. Vorbemerkung	79
2. Zunächst: Reorganisation der Energiewirtschaft nach Kriegsende ..	80
3. Die Fortgeltung des EnWG	81
a) Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz	81
b) Wer führt die Aufsicht?	83
aa) Keine einheitliche Führung erlaubt	83
bb) Der Bundeswirtschaftsminister als sachlich zuständige Stelle	84
cc) Abkommen mit den Ländern	86
4. Energierecht in der Debatte um ein Kartellgesetz	88
a) Energieversorgung in der Marktwirtschaft	88
aa) Weichenstellung für die Marktwirtschaft	88
bb) Beweislast bei der Energiewirtschaft	89
cc) Kein Problembewusstsein bei den EVU	90
b) Streit um das Kartellrecht in Deutschland nach dem Krieg	91
aa) Historischer Umgang mit Kartellen	91
bb) Alliierte Dekartellierungsgesetze	92
cc) Erste Entwürfe für ein bundesdeutsches Kartellgesetz	94
c) Amerikanische Kartellpolitik für deutsche EVU?	96
d) Farbenspiele – Vorschläge zu einem neuen Energiegesetz	98
aa) Ein „Blauer Entwurf“ zur Vermeidung von Wettbewerb ..	98

bb)	Ein „roter“ und ein „grauer Entwurf“	101
cc)	Entwürfe aus den Ländern und dem Bundeswirtschaftsministerium	102
dd)	Keine schnelle Einigung	104
5.	Energiegesetz oder Ausnahme vom Kartellgesetz?	105
a)	Der Regierungsentwurf zum GWB von 1952	105
aa)	Ermächtigung zur Freistellung der Energiewirtschaft	105
bb)	Doppelstrategie der Energiewirtschaft	107
b)	Parallele Arbeiten ab 1955	108
aa)	Zuspitzung der Debatte – Drei Entwürfe zum GWB und eine Resolution zum Energiegesetz im Bundestag	108
bb)	Arbeitskreis „Neues Energierecht“ im Bundeswirtschaftsministerium	110
cc)	Bereichsausnahme für die Energiewirtschaft – GWB im Ausschuss für Wirtschaftspolitik und Verabschiedung im Bundestag	114
6.	Zwischenergebnis	117
II.	Das GWB erhöht den Liberalisierungsdruck – Reformbemühungen bis 1973	119
1.	Vorbemerkung	119
2.	Reformdebatte in den 1960er Jahren	120
a)	Wettbewerb durch Eigenversorgung – Industrielle Eigenversorger als treibende Kräfte	120
aa)	Interessengutachten für die Energie-Enquete	120
bb)	Regelungen des EnWG im Lichte des Wettbewerbsgedankens der Sozialen Marktwirtschaft	121
aaa)	Investitionskontrolle nach § 4 EnWG	121
bbb)	Angebotskontrolle nach § 5 EnWG	123
ccc)	Anschluss- und Versorgungspflicht nach § 6 EnWG	125
cc)	VIK und VDEW unter Höchstspannung	127
b)	Demarkationsabsprachen abschaffen – Reformbemühungen im Bundeswirtschaftsministerium und Missbrauchsaufsicht der Kartellbehörden	129
aa)	Unzufriedenheit über die Bereichsausnahme im Bundeswirtschaftsministerium	129
bb)	Kartellbehörden bekämpfen den Missbrauch der Freistellung	131
cc)	Erfolglose Arbeitsgruppe	133
c)	Energiewirtschaft entflechten? – Vorschläge aus der Nationalökonomie	136
aa)	Helmut Gröner und die Forderung nach Trennung von Erzeugung und Netz	136

bb)	Geteilte Reaktionen der Wissenschaft auf Gröners Vorschläge	140
cc)	Vertikale Integration in der Energiewirtschaft	142
d)	Reformdebatte in der Rechtswissenschaft	143
aa)	(K)Ein Blick ins Ausland	143
aaa)	Fokus liegt auf deutschem Recht	143
bbb)	Struktur und Regulierung der amerikanischen Energiewirtschaft als Vorbild ungeeignet	144
ccc)	(Noch) Keine Europäisierung des Energierechts	147
bb)	Kritik an „doppelter Regulierung“ – keine Hilfe für Gröner	150
3.	Erneuter Versuch der Umgestaltung – Der Weg zum Referentenentwurf	152
a)	Die Debatte erreicht den Bundestag	152
aa)	Große Anfrage der CDU/CSU–Bundestagsfraktion	152
bb)	Deutliches Bekenntnis zum Wettbewerbsprinzip	153
b)	Betriebsamkeit im Bundeswirtschaftsministerium	155
aa)	„Soviel Wettbewerb wie möglich“ – Gründung eines weiteren Arbeitskreises	155
bb)	Der Referentenentwurf von 1973	159
aaa)	Beibehaltung intensiver Staatsaufsicht im EnWG	159
bbb)	Intensivierung des Wettbewerbs durch Änderungen im GWB	161
4.	Zwischenergebnis	164
 <i>C. Die Abkehr von der Reformpolitik</i>		166
I.	Massive Kritik an den Reformvorschlägen	166
1.	Vorbemerkung	166
2.	Strikte Ablehnung der Energiewirtschaft	166
a)	VDEW in Alarmbereitschaft	166
b)	Konzertierte Gegenbewegung	167
3.	Energierecht und Natur der Sache – Kritik der Energierechtler	169
a)	Zweifel am Wettbewerbsprinzip	169
b)	Technik und Recht	171
aa)	Energierecht als Technikrecht	171
bb)	Abhängigkeit der Juristen von den EVU	174
4.	Zwischenergebnis	175
II.	Das Scheitern des Referentenentwurfs	176
1.	Mangelndes energierechtliches Instrumentarium des „Oberholteentwurfs“	176
a)	Kein Einstieg in Regulierung des Netzengpasses	176

b) Einseitige Bevorteilung von Sonderabnehmern	177
c) Fehlende Abstimmung innerhalb des Ministeriums	178
2. Ölkrise 1973/1974	179
3. Staatsdilemma der Selbstbeaufsichtigung	181
4. Unterschätzung der Leistungsfähigkeit wettbewerblicher Lösungen – Einstellung der Arbeiten am Referentenentwurf	184

§ 3. Zusammenfassung und Ergebnis

A. Zusammenfassung der Entwicklung des Energierechts bis 1973	191
B. Überprüfung der Thesen und Ausblick	194

§ 4. Anhang

<i>Entwurf Gesetz zur Förderung und Sicherung der Versorgung mit leitungsgebundener Energie</i>	201
<i>Quellen- und Literaturverzeichnis</i>	213
A. Quellen	213
B. Literatur	214
Personen- und Sachregister	225

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
Abl.	Amtsblatt
AdEW	Arbeitsgemeinschaft der Landesverbände der Elektrizitätswerke
AEG	Allgemeine-Elektricitäts-Gesellschaft
AGW	Arbeitsgemeinschaft der Verbände der Deutschen Gas- und Wasserwerke
ARE	Arbeitsgemeinschaft Regionaler Energieversorger
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
AVB EltV	Allgemeine Versorgungsbedingungen für die Elektrizitätsversorgung
BArch	Bundesarchiv
Bd.	Band
BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie e.V.
BEWAG	Berliner Elektrizitätswerke AG
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BTO EltV	Bundestarifordnung Elektrizität
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DEG	Deutsche-Edison-Gesellschaft für angewandte Elektrizität
DGO	Deutsche Gemeindeordnung
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
DVG	Deutsche Verbundgesellschaft e.V.
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVS	Energieversorgung Schwaben AG
EVU	Energieversorgungsunternehmen
EW	Elektrizitätswirtschaft (Zeitschrift)
EWE	Energieversorgung Weser-Ems AG
FPC	Federal Power Commission
GG	Grundgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HEW	Hamburgische Electricitäts-Werke AG
KAE	Konzessionsabgabenordnung
kV	Kilovolt
kW	Kilowatt
KWh	Kilowattstunde
MW	Megawatt

m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
ORR	Oberregierungsrat
PUCs	Public Utilities Commissions
RAnz.	Reichsanzeiger
RdE	Recht der Energiewirtschaft (Zeitschrift)
R. E. V.	Reichsverband der Elektrizitätsversorgung
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGewO	Reichsgewerbeordnung
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RT	Reichstagsprotokolle
RWE	Rheinisch-Westfälisches Elektrizitätswerk AG
SANE	Sonderausschuss für ein neues Energiegesetz
VDE	Verband deutscher Elektrotechniker
VdEW	Vereinigung der Elektrizitätswerke
VDEW	Vereinigung Deutscher Elektrizitätswerke e.V.
VEBA	Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks-AG
VEW	Vereinigte Elektrizitätswerke Westfalen AG
VGW	Verband Deutscher Gas- und Wasserwerke
VIAG	Vereinigte Industrieunternehmungen AG
VIK	Verband der Industriellen Energie- und Kraftwirtschaft
VKU	Verband kommunaler Unternehmen
WiGBl.	Wirtschaftsgesetzblatt
ZfK	Zeitung für kommunale Wirtschaft

§ 1. Einleitung

A. Einführung und Fragestellung

In ihrer Begründung zum Entwurf des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) von 1957 bezeichnete die Bundesregierung die Wettbewerbswirtschaft als die ökonomischste und zugleich demokratischste Form der Wirtschaftsordnung.¹ Die dem GWB zugrunde liegende Idee einer durch Wettbewerb über Angebot und Nachfrage gesteuerten Marktwirtschaft stand jedoch unweigerlich in einem Wertungswiderspruch zum deutschen Energierecht. Dieses wurde in Deutschland erstmals 1935 im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) kodifiziert und verfolgte seither das ausgewiesene wirtschaftspolitische Ziel einer möglichst sicheren sowie zugleich möglichst billigen Energieversorgung.

Dieses Ziel wollte der Gesetzgeber des EnWG nicht mit den Möglichkeiten des freien Wettbewerbs erreichen. Vielmehr wurde die Energieversorgung der Aufsicht des Reiches unterstellt, welches umfassende Kontrollmöglichkeiten hinsichtlich der Investitionspolitik sowie der Tarifgestaltung der Unternehmen besaß. So konnte die Energieaufsichtsbehörde unter anderem von den Energieversorgungsunternehmen (EVU)² jede Auskunft über ihre technischen und wirtschaftlichen Verhältnisse im Rahmen des Gesetzeszwecks verlangen. Außerdem bestand eine Anzeigepflicht für Bau, Erneuerung, Errichtung und Stilllegung von Energieanlagen gegenüber der Aufsichtsbehörde.

Verstärkt wurde der Widerspruch zwischen dem Wettbewerbsgedanken des GWB und den durch das EnWG bestätigten Verhältnissen in der Energiewirtschaft durch die tatsächlich gewachsene Struktur der Energieversorgung in Deutschland. Bereits vor der Regierungsübernahme der Nationalsozialisten 1933, und durch das EnWG unangetastet, hatte sich ein System von streng gegeneinander abgeschotteten Versorgungsmonopolen durchgesetzt. Gesichert war dies durch Demarkationsverträge zwischen den einzelnen Energieversorgern sowie durch Konzessionsverträge der Versorger mit den Kommunen. Ge-

¹ Einleitung zur Gesetzesbegründung, BT-Drucks. II/1158.

² Das EnWG in der Fassung v. 13. 12. 1935, RGBl. I, S. 1451 ff. definiert in § 2 Abs. 2 S. 1 Energieversorgungsunternehmen wie folgt: „Energieversorgungsunternehmen im Sinne dieses Gesetzes sind ohne Rücksicht auf Rechtsformen und Eigentumsverhältnisse alle Unternehmen und Betriebe, die andere mit elektrischer Energie oder Gas versorgen oder Betriebe dieser Art verwalten (öffentliche Energieversorgung)“.

rechtfertigt wurde diese Struktur mit den wirtschaftlichen und technischen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung.³

Bereits mit der Einführung der Sozialen Marktwirtschaft 1948 und des Grundgesetzes 1949 waren Widersprüchlichkeiten des EnWG zu der neuen Rechts- und Wirtschaftsordnung deutlich geworden. Der Gesetzgeber des GWB stand nun vor dem Dilemma, seine wirtschaftspolitischen Ziele nach seiner marktwirtschaftlichen Philosophie im Wege der Wettbewerbsfreiheit erreichen zu wollen, während der Gesetzgeber des EnWG das Ziel einer sicheren und billigen Versorgung durch einheitliche Führung und staatliche Kontrolle unter Ausschaltung des Wettbewerbs herbeiführen wollte. Um diesen Widerspruch aufzulösen, gab es, wenn man den Grundsatz der freien Marktwirtschaft nicht gänzlich in Frage stellen wollte, nur zwei mögliche Wege: Zum einen bestand die Möglichkeit, sich über die Bedenken hinsichtlich der Wirkung von Wettbewerb in der Energieversorgung hinwegzusetzen, den Energiesektor in die liberale Wirtschaftsordnung einzugliedern und mithin dem Wettbewerbsregime zu unterstellen. Oder aber man klammerte diesen Wirtschaftszweig von der Anwendung des GWB und damit vom Wettbewerb aus. Gewählt wurde zunächst die zweite Alternative und mithin die Beibehaltung der gewachsenen Struktur von geschlossenen Versorgungsgebieten in der Energiewirtschaft.

Ins GWB wurden sogenannte Bereichsausnahmen für verschiedene Wirtschaftssektoren mit aufgenommen und diese von bestimmten Regelungen des GWB freigestellt. Für die Energiewirtschaft wurden namentlich die Demarkations- und Konzessionsverträge aufgrund der technischen und wirtschaftlichen Besonderheiten vom Kartellverbot des GWB ausgenommen. Die Lösung der Bereichsausnahme im GWB für die Energiewirtschaft war jedoch von Beginn an umstritten, so dass der Deutsche Bundestag gleichzeitig mit dem Gesetzesbeschluss zum GWB eine Entschließung verabschiedete, wonach diese Ausnahme nur bis zur Neufassung eines EnWG Bestand haben sollte.

In den darauffolgenden Jahren entbrannte eine Reformdebatte in Politik, Wirtschaft und Wissenschaft. Ihren Höhepunkt erreichte die Debatte, als das Bundeswirtschaftsministerium 1973 einen Referentenentwurf zu einem neuen EnWG vorlegte, der das Ziel verfolgte, mehr Wettbewerb in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft zu schaffen. So sollten ein Widerspruchsrecht der Kartellbehörden gegenüber Demarkationsverträgen verankert und eine Durchleitungspflicht eingeführt werden. Zudem sollte die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht verschärft werden.

Nach heftiger Kritik an den vorgeschlagenen Neuerungen nahm die Bundesregierung zunächst erhebliche Abstriche an dem Konzept vor und gab die Arbeiten daran schließlich ganz auf. Stattdessen wandte sie sich in den darauf-

³ Siehe hierzu sogleich S. 14 ff.

folgenden Jahren von der Forderung nach mehr Wettbewerb ab und verteidigte vielmehr die Struktur der geschlossenen Versorgungsgebiete.

Im Folgenden sollen die Liberalisierungstendenzen in der Energiewirtschaft in den Nachkriegsjahrzehnten untersucht werden. Insbesondere ist zu erörtern, woher die alternativen Konzepte stammten und wer die treibenden Kräfte der Reformdebatte waren. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Bewertung des Referentenentwurfs von 1973. Angesichts des Scheiterns der Reformbemühungen im Untersuchungszeitraum stellt sich damit für diese Arbeit die Frage, welche Gründe es für die Kontinuität im Energierecht gab. Ihren zwingenden Charakter erhält diese Fragestellung, wenn man sich die spätere Liberalisierung des Energiesektors vor Augen hält. Denn mit der EnWG-Novelle von 1998 sowie mit dem EnWG von 2005 kam es etwa 70 Jahre nach dem Inkrafttreten des ersten Energiegesetzes und einer fast fünfzigjährigen Reformdebatte erstmals zu einer Neuordnung des Energierechts. Mit diesen Novellierungen wurden auch Forderungen umgesetzt, die teilweise bereits im Untersuchungszeitraum Gegenstand eines breiten Diskurses zur Reform des Energierechts waren.

B. Thesen

Die zentrale These dieser Arbeit lautet, dass die ursprünglich nur vorübergehend gedachte wettbewerbsbeschränkende Ausnahmeregelung für die Energiewirtschaft dazu führte, dass die davon profitierenden Interessengruppen die Integration ihrer Branche in die Wettbewerbsordnung intensiv bekämpften. Im Gegensatz dazu hatte der Wettbewerb, obgleich durch die Einführung der Sozialen Marktwirtschaft in Deutschland zum zentralen Prinzip erhoben, keine natürliche, schlagkräftige Interessenvertretung. Den marktwirtschaftlich orientierten Kräften gelang es im Untersuchungszeitraum nicht, die volkswirtschaftlichen Nachteile der Ausnahmeregelung nachzuweisen, um so genügend Druck für eine wettbewerbliche Neuordnung der Energiewirtschaft aufzubauen.

Zur Überprüfung der Hauptthese sollen drei provisorische Thesen, unterteilt in die Bereiche Recht, Wirtschaft und Politik, untersucht werden:

1. Mit der Anwendung des allgemeinen Kartellrechts ohne ein eigenes energiewirtschaftsrechtliches Instrumentarium wäre eine Umwälzung des Energiemarktes nicht möglich gewesen. Die Entwicklung eines solchen Instrumentariums war aber mit gewissen Problemen behaftet. Eine energiewirtschaftliche Regulierung musste zum Teil weitergreifen als das allgemeine Kartellrecht. Überdies musste ein energiewirtschaftliches Instrumentarium auch den technisch-wirtschaftlichen Besonderheiten der leitungsgebundenen Energieversorgung gerecht werden. Diesen Ansprüchen genügte der Referentenentwurf von 1973 nicht.

2. Die Ölkrise 1973 offenbarte der Bevölkerung und der Wirtschaft die Abhängigkeit von einer zuverlässigen Energieversorgung. Nachdem die OPEC-Staaten infolge des Jom-Kippur-Krieges ihre Erdölförderung drosselten, wurde in Deutschland, wenn auch eher als symbolische Maßnahme, an vier Sonntagen ein Fahrverbot verhängt und neue Geschwindigkeitsbegrenzungen eingeführt. Diese Ereignisse rückten das energiepolitische Ziel der Versorgungssicherheit deutlich in den Vordergrund. In dieser Lage fiel es der Energiewirtschaft leicht, Skepsis gegenüber einer wettbewerblich organisierten Energieversorgung zu schüren, da diese zwangsläufig nur auf Kosten der Versorgungssicherheit zu erreichen sei.

3. Die Rolle der öffentlichen Hand in der Energiewirtschaft verhinderte eine frühzeitige Liberalisierung der Energiewirtschaft in Deutschland. Es hatte sich ein Konzessionsabgabewesen zugunsten der Kommunen etabliert. Diese waren

zudem teilweise selbst als Versorger auf dem Markt tätig und hatten dementsprechend ein Interesse an der Beibehaltung des Monopols auf ihrem Gemeindegebiet, um dem Wettbewerb mit privaten Versorgern zu entgehen. Die meisten Versorgungsunternehmen waren außerdem öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit überwiegendem Einfluss der öffentlichen Hand. Die enge Verknüpfung von Politik und Wirtschaft im Energiesektor erleichterte den Widerstand der Energiewirtschaft gegen Veränderungen entscheidend.

C. Methodische Überlegungen

I. „Geschichte des Energierechts“ als Untersuchungsgegenstand

1. Energierecht als Recht der leitungsgebundenen Energie

Das Energierecht umfasst im weiten Sinne grundsätzlich sämtliche Regelungen, deren Sinn und Zweck in der Steuerung der Energiewirtschaft liegt. Den „rechtlichen Rahmen für die Energiewirtschaft“ bilden Regelungen der Gebiete *Netzbetrieb, Vertrieb, Kartell- und Vergaberecht, Energiehandel, Erzeugung, Energiedienstleistungen* und *Investitionsschutz*.¹ Hält man sich vor Augen, dass allein im Bereich der Energieerzeugung bau- und planungsrechtliche Vorschriften ebenso enthalten sind wie gefahrenabwehrrechtliche Regelungen, dass sich diese aus allgemeinen Vorschriften (z. B. Bundesimmissionsschutzgesetz) wie auch aus Spezialgesetzen (z. B. Erneuerbare-Energien-Gesetz) speisen und dass Völker-, Europa-, Bundes- und Landesrecht einschlägig ist, so wird ansatzweise deutlich, welche Dimensionen der Begriff „Energierecht“ erreichen kann.

Gleichwohl hat sich in Deutschland schon sehr früh eine engere Definition von „Energierecht“ herausgebildet. Aufgrund der technisch-wirtschaftlichen Rahmenbedingungen der *leitungsgebundenen* Elektrizitäts- und Gaswirtschaft wurde schon bei deren Aufkommen deutlich, dass die allgemeinen Regelungen des (Wirtschafts-)Rechts nicht zu befriedigenden Ergebnissen führten. Regulierungsbemühungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts konzentrierten sich daher auf den leitungsgebundenen Teil der Energiewirtschaft. Auch das EnWG von 1935 definierte in § 1 Abs. 1 die deutsche Energiewirtschaft als Elektrizitäts- und Gasversorgung und regelte damit ausschließlich die leitungsgebundenen Sektoren. Gleiches gilt für das heute geltende EnWG von 2005. In dieser Arbeit werden die Begriffe Energie- oder Energiewirtschaftsrecht daher stellvertretend für diejenigen Vorschriften verwendet, die die leitungsgebundene Versorgung der Abnehmer mit Strom und Gas zum Gegenstand haben.

Dabei gilt es jedoch, die verschiedenen Facetten zu beachten, die dem Energierecht anhaften. Von entscheidender Bedeutung für die Behandlung energierechtlicher Themenfelder ist die Berücksichtigung des technikkrechtlichen Aspekts. Ein Mindestmaß an technischem Verständnis der Materie hat Büdenben-

¹ Nach *Stuhlmacher*, Grundriss zum Energierecht (2011).

der eingefordert, als er darauf hinwies, dass eine sachgerechte Anwendung energierechtlicher Normen ohne das Verständnis der technischen Hintergründe vielfach nicht möglich sei.² Um die Rechtslage sachgerecht ermitteln und in die Praxis umsetzen zu können, sei der Rechtsanwender gehalten, die grundlegenden technischen Zusammenhänge als Voraussetzung zutreffend zu erfassen. Als „Lehrbuchbeispiel“ dafür zieht Büdenbender das Verständnis des § 20 EnWG heran, der seinerseits durch die Netzzugangsverordnungen für Elektrizität und Gas konkretisiert wird. Der Netzzugang sei kein schlichter Transportvorgang, zu dessen Ermöglichung der Netzbetreiber seine Netze zur Verfügung stelle. Vielmehr erbrächten die Netzbetreiber komplexe technische Dienstleistungen, die richtig gewürdigt werden müssten, um zu einer sachgerechten Bewertung der damit verbundenen rechtlichen Konsequenzen zu gelangen.

Wenngleich sich Büdenbenders Beispiel des § 20 EnWG auf das heute geltende Recht bezieht, ist es auch für die vorliegende Arbeit von treffender Anschaulichkeit. Denn bereits im Untersuchungszeitraum wurde die Möglichkeit der „Durchleitung“ von Energie (wofür „Netzzugang“ Voraussetzung ist) durch die Netze anderer EVU erwogen, obgleich der Begriff irreführend ist und daher stets Anlass zur Kritik gab. Physikalisch gesehen wird Energie nämlich nicht durchgeleitet, da die an einer Stelle ins Netz eingespeiste Energie nicht identisch mit derjenigen ist, die an anderer Stelle entnommen wird.³ Obgleich der Begriff des Technikrechts jüngerer Natur ist⁴, spielte der technikalische Charakter des Energierechts auch im Untersuchungszeitraum eine entscheidende Rolle, wie auf den S. 171 ff. festgestellt wird.

Abzugrenzen ist die vorliegend untersuchte Geschichte des Energierechts von der Geschichte des Regulierungsrechts. Wenn in der vorliegenden Arbeit mitunter von der „Regulierung“ der Energiewirtschaft die Rede ist, so ist damit jede die Energiewirtschaft beeinflussende, staatliche Maßnahme gemeint.⁵ Dies ergibt sich nicht zuletzt aus der entsprechenden Verwendung des Begriffs im Untersuchungszeitraum. „Regulierung“ ist vorliegend mithin nicht etwa im Sinne der seit den 1990er Jahren insbesondere für die sogenannten Netzwirtschaften vorherrschenden Devise „Wettbewerb durch Regulierung“ zu verstehen und daher auch nicht identisch mit dem im heute geltenden EnWG verwendeten Regulierungsbegriff (vgl. § 1 Abs. 2 EnWG 2005).

² Hierzu und zum Folgenden: *Büdenbender*, Energierecht, in: Schulte/Schröder, Handbuch des Technikrechts (2011), S. 664.

³ Dies ist zu berücksichtigen, wenn der Begriff „Durchleitung“ in dieser Untersuchung verwendet wird.

⁴ Vgl. dazu *Vec*, Kleine Geschichte des Technikrechts, in: Schulte/Schröder, Handbuch des Technikrechts (2011).

⁵ Instruktiv zur Diskussion um den Regulierungsbegriff: *Schmoedel*, Dauerhaft engpassfreie Märkte durch „Regulierung“? (2009); *Michalezyk*, Europäische Ursprünge der Regulierung von Wettbewerb (2010), S. 10 ff.; *Ruffert* in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht (2010), S. 332 ff.

Verfolgt wird in historischer Perspektive insbesondere die Entwicklung des Energierechts auf Reichs- und auf Bundesebene. Auf Entwicklungen in den einzelnen Bundesstaaten und Ländern bis zum Ende der Weimarer Republik wird nur insoweit Bezug genommen, als diese wenigstens mittelbare Auswirkungen auf die Versuche einer einheitlichen Regulierung auf Reichsebene entfalteten.

Zuletzt ist darauf hinzuweisen, dass die mangelnde Speicherfähigkeit sowie die fehlende Substituierbarkeit von Elektrizität die technisch-wirtschaftlichen Probleme auf dem Strommarkt im Vergleich zum Gasmarkt noch verschärfen. Die ordnungspolitischen Fragestellungen lassen sich daher in zugespitzter Form anhand der Elektrizitätsversorgung erörtern. Diesen Umständen ist es geschuldet, wenn im Laufe der Arbeit das Augenmerk verschiedentlich stärker auf die wirtschaftlichen und technischen Aspekte des Strommarktes als auf die des Gasmarktes gerichtet wird. Diese Gewichtung spiegelt jedoch auch den geschichtlichen Verlauf der Auseinandersetzungen um die Regulierung der Energiewirtschaft wider.

2. Konkretisierung des Untersuchungsgegenstandes

a) Ziele der Energiewirtschaftspolitik

Auch bei einer Beschränkung der Untersuchung auf das Recht der leitungsgebundenen Energie verbleibt ein komplexes Rechtsgebiet mit verschiedenen energiepolitischen Zielsetzungen. Die heutige deutsche Energiepolitik ist geprägt von der Zieltrias der Wirtschaftlichkeit, der Versorgungssicherheit und der Umweltverträglichkeit.⁶ Das für die Regelung der leitungsgebundenen Energieversorgung zentrale EnWG von 2005 konkretisiert diese Zielbestimmungen in § 1 Abs. 1, wonach Zweck des Gesetzes eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente und umweltverträgliche leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit mit Elektrizität und Gas ist, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht.

Anders stellte sich die Situation im Untersuchungszeitraum dar. Getragen vom wirtschaftspolitischen Wachstumspostulat der Nachkriegsjahrzehnte war es die primäre Aufgabe der Energiepolitik, den bestmöglichen Beitrag zum gesamtwirtschaftlichen Wachstum beizutragen.⁷ Unabhängig von der in dieser Arbeit untersuchten Debatte um eine Reform des Energierechts waren die Hauptziele einer Energiewirtschaftspolitik daher unumstritten.⁸ Es galt, die Energieversorgung so sicher wie möglich und so billig wie möglich zu gestalten. Darüber hinaus musste der bestmögliche Ausgleich zwischen energiepoli-

⁶ Vgl. nur *Bundesregierung*, Energiekonzept 2010, S. 3.

⁷ *Gröner*, Die Ordnung der deutschen Elektrizitätswirtschaft (1975), S. 32.

⁸ Hierzu und zum Folgenden: Ebd., S. 31 ff. m. w. N.

Personen- und Sachregister

Personen

- Baur, Jürgen F. 170
Böhm, Franz 12
Börner, Bodo 169
Danner, Wolfgang 20, 179, 185
Dillgardt, Just 48
Emmerich, Volker 151 f.
Eucken, Walter 12
Erhard, Ludwig 13, 72, 85 f., 96, 98,
109 ff., 133, 147
Fischerhof, Hans 85, 170, 174 f.
Forsthoff, Ernst 64, 133 f.
Frick, Wilhelm 44
Friderichs, Hans 159
Gröner, Helmut 136, 142
Hamm, Walter 141
Heesemann, Sigrfid 85, 98, 133
Hugenberg, Alfred 39
Immenga, Ulrich 146, 150 f.
Karste, Wolfgang 179
Klingenberg, Georg 34, 172
Miksch, Leonhard 183
Miller, Oskar von 34, 172
Moellendorff, Wichard von 35
Müller-Armack, Alfred 13
Obernolte, Wolfgang 153, 167 f., 178 f.
Olds, Leland 144, 147
Rathenau, Emil 27
Rathenau, Walther 34
Raumer, Karl von 37
Ruzek, Josef 98, 107 f.
Schacht, Hjalmar 30
Schiller, Karl 153
Schmidt, Helmut 159
Schmücker, Kurt 133
Schneider, Hans-Karl 141
Siegel, Gustav 34
Todt, Fritz 49
Wessels, Theodor 89, 141
Westrick, Ludger 130
Wissel, Rudolf 36

Sachen

- AdEW 80 f., 85
AEG 27, 34
Alliierte Gesetzgebung 81 ff.
Amerikanisches Energierecht *Siehe: USA*
Angebotskontrolle 123 ff.
Anschlusspflicht 46, 55 f., 125 f.
AGW 81, 99
Arbeitsgruppe Elektrizitätswirtschaft
130 f., 133 ff.
Arbeitskreis „Neues Energierecht“ 110 f.
Arbeitskreis „Reform des Energiewirt-
schaftsgesetzes“ 155 ff.
ARE 75, 168, 170, 175
ARegV 176, 197
Atomenergie *Siehe: Kernenergie*
Ausschreibungsmodell 134 f., 156, 158
Bayerischer Verfassungsgerichtshof 63,
65
BDI 101, 108 f., 118, 129
Besonderheitenlehre 14 f.
Bereichsausnahme 106 f., 115 ff., 119,
129 ff., 134 f., 162 ff.
BGH 133
Blauer Entwurf 98 ff., 102, 104, 107 f.
Binnenmarkttrichtlinien 149
Bizone 80, 88, 92

- Böhm-Entwurf 110
 Bundesfernstraßengesetz 68
 Bundeskartellamt 131 ff.
 Bundesnetzagentur 87, 176
 Bundestarifordnung Elektrizität 158
 Bundeswirtschaftsministerium 83 ff.,
 110 ff., 129 ff., 153 ff., 155 ff., 178 f.
 Bundesverfassungsgericht 65, 83
 CDU 85, 88
 CDU/CSU-Bundestagsfraktion 110, 152
 Daseinsvorsorge 64 ff., 183
 DEG 27
 Dekartellierungsgesetze 92 ff.
 Demarkationsverträge 56 f., 129 ff., 154
 Deutsche Gemeindeordnung 44, 62 f.
 Deutsche Verbundgesellschaft 61, 74 f.,
 168, 175
 DIHT 101, 118
 Durchleitung 9, 127 ff., 146, 162, 170,
 174, 176, 185
 Elektrowerke AG 35, 38, 60, 74
 Energieaufsicht 46 f., 83 ff., 87, 99
 Energie-Enquete 120 f.
 Energiesicherungsgesetz 180
 Energieträger 28, 59, 71 f., 80, 181
 Energiewirtschaftliches Institut an der
 Universität Köln 89, 141
 Entflechtung 66, 93 ff. 96 f., 136 ff.,
 142 f., 146, 151 f., 177, 197
 Ermächtigungsgesetz 83
 Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
 144, 147 ff.
 Federal Power Commission *Siehe: USA*
 Frankreich
 – Besatzungspolitik 82
 – Energierecht 149
 – Europapolitik 147 ff.
 – Strompreis 73
 Gemischtwirtschaftliche Unternehmen
 59 ff., 181 ff.
 Gesetz betreffend die Sozialisierung der
 Elektrizitätswirtschaft 35 ff., 50
 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkun-
 gen 105 ff., 114 ff., 129 ff., 162 ff.
 Gesetz zur Förderung und Sicherung der
 Versorgung mit leitungsgebundener
 Energie *Siehe: Referentenentwurf*
 1973
 Grauer Entwurf 101 f.
 Großbritannien
 – Besatzungspolitik 82, 92 ff.
 – Energierecht 18, 149
 Höcherl-Entwurf 110
 Horizontalentschließung 132
 Industrielle Eigenversorgung 46, 101,
 120 ff., 127, 193
 Investitionskontrolle 43, 51, 99, 101 f.,
 121 ff.
 Josten-Entwurf 94 f., 152
 Kartelle
 – Begriff 91
 – Energiesektor 74 ff., 112, 114 f.
 – Zwangskartelle 92
 Kartellgesetzgebung 91 ff., *siehe auch:*
Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen
 Kartellverordnung 91
 Kartellnotverordnung 91
 Kernenergie 72, 147, 173
 Konzessionsabgabenordnung 49, 67, 118
 Konzessionsvertrag 52 ff., 66 ff., 131, 156
 Leuchtmittelsteuergesetz 31
 Lehre vom modifizierten Privateigentum
 53, 67
 Münchener Abkommen 86 f.
 Nationalsozialistisches Recht 41 ff.,
 50 ff., 81 f.
 Natürliches Monopol 14 ff.
 Nordrhein-Westfalen 73, 80, 86, 102, 186
 NSDAP 40
 Öffentliche Unternehmen *Siehe: Ge-*
mischtwirtschaftliche Unternehmen
 Ölkrise 179 ff.
 ORDO-Jahrbuch 136
 Ordoliberalismus 13, 88, 147
 Parker-Gutachten 97
 Präambel EnWG 1935 45, 50, 84, 103,
 164
 Preisaufsicht *Siehe: Preisrecht*
 Preisrecht 11, 118 f., 158, 180
 Preußen 32 f., 56 f., 59
 Primärenergieträger *Siehe: Energieträger*
 Referentenentwurf 1973 159 ff., 176,
 185 f., 196
 Regulierungsbegriff 9
 Reichsgruppe Energiewirtschaft 42, 48,
 80
 Reichslastverteiler 48
 Reichsgewerbeordnung 10

- Reichswirtschaftsamt *Siehe: Reichswirtschaftsministerium*
Reichswirtschaftsministerium 35 f., 39 f., 41 ff., 46 ff., 83, 85
Roter Entwurf 101 f.
RWE 30, 56 f., 111, 184
SANE-Ausschuss 98 f., 101, 107
Soziale Marktwirtschaft 11 ff., 88 ff.
SPD 88, 155
Starkstromanlagengesetz 33
Straßen- und Wegerecht 52 f., 68
Strompreise 73 f., 152 f.
Stromverbrauch 72 f.
Technikrecht 171 ff.
Telegraphenwegegesetz 32, 133
USA
– Besatzungspolitik 82, 88, 92 ff., 96 ff.
– Energierecht 144 ff.
Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft 147 ff.
- Unbundling *Siehe: Entflechtung*
Unterabteilung III B *Siehe: Bundeswirtschaftsministerium*
VDE 32
VDEW 81, 109, 127 ff., 166 ff., 175
Vertikalentschließung 132
Verwaltung für Wirtschaft 13, 85, 95, 98, 183
VGW 81, 109, 175
VKU 75, 81, 168, 175
Währungsreform 88
Weimarer Republik 35 ff.
Wettbewerb 11 ff., 50, 121 ff., 169 ff., 184 ff.
Wirtschaftsausschuss des Bundestages 114 ff.
Zentrallastverteiler 80, 82, 86
Zwangskartelle *Siehe: Kartelle*