

Rechtsgutachten

# Vergesellschaftung für die Energiewende?

---

Juristisch machbar!

im Auftrag von

communia

## Impressum

Verantwortlich bei communia: Justus Henze

communia e. V.  
Im Winkel 1  
32816 Schieder-Schwalenberg

[www.communia.de](http://www.communia.de)

Kontakt: [info@communia.de](mailto:info@communia.de)

Vetretungsberechtigter Vorstand: Simon Toewe und Theresa Schnell  
Lektorat: Monika Elsler

Gestaltung: Ramin Aryaie  
Druck: Hinkelstein Druck

Ein Rechtsgutachten im Auftrag von communia



Gefördert von:



Supported in part by a grant from the Open Society Foundation gGmbH  
in cooperation with the Open Society Foundations.

Rechtsgutachten

# Vergesellschaftung im Energiesektor

---

**Verfassungs- und unionsrechtliche  
Rahmenbedingungen am Beispiel des Stromsektors**

von Rechtsanwalt Dr. Johannes Franke  
und Rechtsanwältin Dr. Roda Verheyen  
unter Mitarbeit von Herrn Arthur Latsch

Rechtsanwälte Günther, Partnerschaft  
Mittelweg 150, 20148 Hamburg

Erstellt im Auftrag von communia e. V.



# Inhaltsverzeichnis

	Vorwort	7
I	Hintergrund und Gutachtauftrag	8
II	Executive Summary	10
III	Gutachten	12

## Kapitel 1: Mögliche Vergesellschaftungsgegenstände im Energie- bzw. Stromsektor

1.1	Grundstruktur des deutschen Energiesektors	13
1.1.1.	Energieproduzenten	13
1.1.2.	Übertragungsnetze	13
1.1.3.	Verteilernetze	14
1.1.4.	Energieversorgungsunternehmen	14
1.2.	Produktionsmittel	15
1.2.1.	Begriff der Produktionsmittel in Art. 15 Satz 1 GG	15
1.2.2.	„Klassische“ Produktionsmittel im Energiesektor	15
1.2.3.	Vergesellschaftung ganzer Unternehmen	16
1.2.3.1.	Grundsätzliche Möglichkeit der Vergesellschaftung ganzer Unternehmen	16
1.2.3.2.	Wege zur Vergesellschaftung ganzer Unternehmen	17
1.2.4.	Räumliche Reichweite des Art. 15 GG	18
1.3.	Naturschätze sowie Grund und Boden	20
1.4.	Ergebnis	20

## Kapitel 2: Gemeinwirtschaft

2.1.	Begriff der Gemeinwirtschaft	21
2.2.	Ziele der Gemeinwirtschaft	22
2.2.1.	Soziale Preisgestaltung	23
2.2.2.	Klima- und umweltfreundliche Energieversorgung	23
2.3.	Ergebnis	24

## Kapitel 3: Verhältnis der Gemeinwirtschaft zu den Europäischen Verträgen

3.1.	Mitgliedstaatliche Autonomie hinsichtlich der Eigentumsordnung	25
3.2.	Verhältnis von Gemeinwirtschaft und AEUV Wettbewerbsvorschriften	28
3.2.1.	Ausnahme von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV	28
3.2.2.	Ausnahmen im Bereich staatlicher Beihilfen	30
3.2.3.	Auswirkungen auf das Kartellrecht (Art. 101 und 102 AEUV)	32
3.2.4.	Zwischenfazit	33
3.3.	Ergebnis	33

## Kapitel 4: Überblick: Rechtsrahmen für einen gemeinwirtschaftlichen Stromversorger

4.1.	Kompetenzrechtliche Grundlagen für einen gemeinwirtschaftlichen Energieerzeuger	34
4.1.1.	Kompetenz für Vergesellschaftungsgesetze gem. Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG	34
4.1.2.	Gesetzgebungskompetenz für die Energiewirtschaft	35
4.1.2.1.	Gesetzgebungskompetenz der EU nach Art. 194 AEUV	35
4.1.2.2.	Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG	35
4.1.2.3.	Ergebnis	36
4.2.	Grundzüge des Rechtsrahmens für einen Energieversorger in Gemeinwirtschaft im Stromsektor	37
4.2.1.	Energiewirtschaftliche Anforderungen an ein Versorgungsunternehmen nach dem EnWG	37
4.2.1.1.	Unbundling-Pflichten (§§ 6–10 EnWG)	37
4.2.1.2.	Netzanschluss, Netzzugang und Energiebelieferung	38
4.2.1.3.	Netzentgelte	39
4.2.1.4.	Exkurs: Konzessionsvergabe im Verfahren gem. § 46 Abs. 2 EnWG	40
4.2.1.5.	Pflichten von Stromerzeugern im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Versorgungssicherheit und Netzstabilität	41
4.2.1.6.	Vorgaben zur Versorgung der Verbraucher:innen	42
4.2.2.	Vergaberecht	43
4.2.3.	Sonstige gesetzliche Verpflichtungen außerhalb des Energierechts	43
4.2.4.	Fazit und Gestaltungsmöglichkeiten eines vergesellschafteten Energieversorgers	43
IV	Gesamtergebnis	45



# Vorwort

Der Energiesektor steht im Zentrum einer klimagerechten Transformation von Wirtschaft und Gesellschaft. Ob Atom- oder Kohleausstieg, Energiepreise oder Ausbau der Erneuerbaren – der Energiesektor war und ist Gegenstand intensiver politischer Auseinandersetzungen. Inzwischen ist klar: Alle Bereiche des Energiesektors müssen vollumfänglich und so schnell wie möglich dekarbonisiert werden. Nur so können die globalen Klimaziele auch nur ansatzweise erreicht werden. Doch die Energiewende steht bereits unter Druck, und das, obwohl sie – betrachtet man alle Sektoren der Energieversorgung zusammen – eigentlich gerade erst richtig begonnen hat.

Der Druck kommt aus mehreren Richtungen: Angriffe autoritärer Kräfte nehmen zu, Verteidiger des fossilen Status quo sind wieder auf dem Vormarsch. Gerade die deutsche Energiewendepolitik und der europäische Energiemarkt führen zu steigenden Energiepreisen für Verbraucher\*innen und Industrie. Die deutsche Energiewende vertraut weiterhin auf Marktmechanismen und eine Mobilisierung privater Investitionen. Doch dieses Ergebnis von vierzig Jahren neoliberalen Umbau zeigt bereits desaströse Folgen. Die immensen Transformationsherausforderungen bleiben weiterhin ungelöst und erzeugen enorme soziale Konflikte.

Doch dass im Energiesektor weitreichend auf privates Kapital vertraut wird, war nicht immer so – und es muss auch nicht so bleiben. Ein Energiesektor, der erneuerbare Energie vielmehr als allgemeines Gemeingut bedarfsgerecht zur Verfügung stellt und die Energiewende als öffentliche Aufgabe in demokratischer Verantwortung vorantreibt – also ein Energiesektor in Gemeinwirtschaft – ist nötig und möglich. Zeit für eine De-Privatisierung des Energiesektors!

Zwar hat die Eigentumsfrage durch Vergesellschaftungsinitiativen im Bereich des Wohnens ein fulminantes Revival erfahren. Doch die Debatte um das Potenzial von Vergesellschaftung und Gemeinwirtschaft für eine demokratische, sozial gerechte Energiewende und eine ambitionierte Energiepolitik hat gerade erst begonnen.

Das vorliegende Rechtsgutachten zur „Vergesellschaftung im Energiesektor – verfassungs- und unionsrechtliche Rahmenbedingungen am Beispiel des Stromsektors“ trägt einen Teil dazu bei, das Nischendasein von Vergesellschaftungsperspektiven im Energiesektor zu beenden. Bisher wurde vor allem politisch deutlich, dass die Herausforderungen des klimagerechten Umbaus mittels Vergesellschaftung in Gemeinwirtschaft sinnvoll

zu bearbeiten sind. Nun zeigt das Gutachten: Auch der aktuell geltende Rechtsrahmen ermöglicht diesen Weg.

Es ist das erste Gutachten seiner Art und betreibt damit juristische und politische Pionierarbeit. Damit liegt eine umfassende und anwendungsorientierte Prüfung der Potenziale und Limitationen von Vergesellschaftung im Energiesektor auf der Höhe der Zeit und im Kontext aktueller Regulierungen vor. Eine neue Grundlage – ein „Basisfall Vergesellschaftung“ im Energiesektor –, auf der verschiedene Akteure nun weiterführende Ideen und politische Ambitionen für eine grundlegend andere Energiewende entwickeln können.

In den jungen Debatten um Anwendungsmöglichkeiten von Artikel 15 des Grundgesetzes (GG) im Energiesektor, die in den letzten Jahren begonnen haben, wurden häufig Zweifel formuliert, dass das übergeordnete Recht der Europäischen Union die Vergesellschaftungsambitionen im Energiesektor übermäßig einengt. Das vorliegende Gutachten legt nun dar: Es ist mehr möglich als gedacht! Denn es gibt keine maßgeblichen Hürden, die einer politisch sinnvollen Anwendung von Art. 15 GG entgegenstehen. Das bedeutet: Vergesellschaftung für eine soziale und klimafreundliche Energieversorgung ist möglich.

Mit der Perspektive von Vergesellschaftung im Energiesektor findet Art. 15 GG zurück zu seinen Wurzeln. Schon in der historischen Sozialisierungsbewegung war die Forderung nach Vergesellschaftung der Energiewirtschaft stark. Und auch die Väter – und wenigen Mütter – des Grundgesetzes hatten die Vergesellschaftung von Bergbau und Energiewirtschaft explizit vor Augen, als der Vergesellschaftungsartikel ins Grundgesetz verhandelt wurde. So wie für Bereiche der Daseinsvorsorge (wie zum Beispiel Wohnen) gilt auch für Produktionsmittel der Energiewirtschaft: Es braucht demokratisches Gemeineigentum – für eine Wirtschaft, die uns allen dient, weil sie uns allen gehört.

Es ist ein Verdienst des vorliegenden Gutachtens, einem weiteren Aspekt des Art. 15 GG neues Leben einzuhauchen. Ziel ist, die Debatte sowie konkrete politische Ambitionen zur Vergesellschaftung von Produktionsmitteln – insbesondere im Energiesektor – voranzubringen. In den aktuellen herausfordernden politischen Zeiten wird dieser Hoffnungsschimmer für eine gerechtere und klimagerechte Energieversorgung dringend gebraucht.

**Justus Henze**  
*communia*

# I Hintergrund und Gutachtenauftrag

Das Grundgesetz sieht in Art. 15 GG die Möglichkeit der Vergesellschaftung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln vor. Bei den Verhandlungen zur Verabschiedung des Grundgesetzes war die Norm ein zentraler Punkt und wesentlicher Bestandteil des Kompromisses zwischen SPD und CDU.<sup>1</sup> Die Möglichkeit der Vergesellschaftung steht für die „wirtschaftspolitische Neutralität“<sup>2</sup> des Grundgesetzes, das – trotz der Garantien der Berufs- und Eigentumsfreiheit – kein bestimmtes Wirtschaftssystem vorschreibt und sich nicht auf die kapitalistische Wirtschaftsweise festlegt. In der Rechtspraxis führte Art. 15 GG trotz seiner potenziellen Sprengkraft bislang ein Schattendasein. Dies hat sich erst durch die Berliner Initiative „Deutsche Wohnen & Co. enteignen“ (DWE) geändert, die im September 2021 erfolgreich einen Volksentscheid zur Vergesellschaftung großer Wohnungskonzerne zur Abstimmung stellte. Auch wenn es an einer konkreten Umsetzung bislang fehlt, bestätigte ein vom Berliner Senat bei einer Expertenkommission in Auftrag gegebenes Gutachten mit großer Mehrheit, dass das Vorhaben verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich ist.<sup>3</sup>

Der Wohnungsmarkt ist nicht der einzige potenzielle Anwendungsbereich des Art. 15 GG. Gerade für den Energiesektor wird die Möglichkeit einer Vergesellschaftung ebenfalls diskutiert, in Anlehnung an DWE hat sich beispielsweise die Initiative „RWE & Co. enteignen“ gebildet, die sich für die Vergesellschaftung großer Energiekonzerne ausspricht. Insofern stellt sich die Frage nach den rechtlichen Möglichkeiten einer Vergesellschaftung im Energiesektor. Dabei sollen gemäß dem Gutachtenauftrag insbesondere die Zwecke einer sozialverträglichen Preisgestaltung und einer klima- und umweltfreundlichen Energieversorgung verfolgt werden. Im Vergleich zum Wohnungsmarkt sind die Strukturen des Energiesektors allerdings deutlich komplexer; rechtlich ergeben sich Unterschiede zur Lage insbesondere aus der weitreichenden unionsrechtlichen Regulierung der Energiewirtschaft.

Das vorliegende Gutachten untersucht vor diesem Hintergrund die rechtlichen Rahmenbedingungen einer möglichen Vergesellschaftung nach Art. 15 GG in der Energiewirtschaft mit Fokus auf den Stromsektor und nimmt dabei verfassungs- und europarechtliche Vorgaben in den Blick. Konkret geht es um die Frage, welche Vergesellschaftungsgegenstände in Betracht kommen, welche Zwecke verfolgt werden dürfen und inwieweit der unionsrechtliche Regulierungsrahmen mit Vergesellschaftung und Gemeinwirtschaft i. S. d. Art. 15 GG vereinbar ist. Auf diese Weise soll das Gutachten den Möglichkeitsraum einer Vergesellschaftung zum Zwecke einer sozialverträglichen und klimafreundlichen Energieversorgung umreißen und so einen Überblick und eine Grundlage für mögliche weitere, konkretere Überlegungen schaffen, ohne dabei selbst einzelne Optionen zu vertiefen. Insbesondere werden nicht einzelne Möglichkeiten zur Ausgestaltung gemeinwirtschaftlicher Trägerschaft untersucht, weil diese diffizile und kleinteilige Folgefragen aufwerfen. Stattdessen geht das Gutachten vom „Basisfall“ der Übertragung auf einen öffentlich-rechtlichen Träger aus.

Das Gutachten bezieht sich grundsätzlich auf den Stromsektor, weil eine umfassende Darstellung und Untersuchung der gesamten Energiewirtschaft (Gas, Wasserstoff, Fernwärme usw.) mit den jeweiligen Besonderheiten zu umfangreich wäre. Dies gilt insbesondere für den im letzten Teil des Gutachtens dargestellten Teil der regulatorischen Vorgaben. Die rechtlichen Überlegungen und Ergebnisse lassen sich aber grundsätzlich auf andere Bereiche der Energiewirtschaft übertragen, insbesondere gilt dies für den zumindest in Grundzügen (z. B. hinsichtlich Zugangs- und Entgeltregulierung) ähnlich regulierten Gassektor.

1 Zur historischen Entstehung der Vorschrift siehe etwa Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 106. EL Oktober 2024, Art. 15 Rn. 8 ff.

2 Z. B. BVerfG, Urteil vom 20.07.1954 – 1 BvR 459/52 u.a. = NJW 1954 1235: „Die ‚wirtschaftspolitische Neutralität‘ des GG besteht (...) darin, daß sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat.“

3 Expertenkommission zum Volksentscheid Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen, Abschlussbericht Juni 2023, abrufbar unter <https://www.berlin.de/kommission-vergesellschaftung/downloads/>.



Der eingetragene Verein communia entwickelt seit 2020 als bewegungsnaher Thinktank Strategien für eine demokratische Wirtschaft, Vergesellschaftung und Öffentlichen Luxus. Dazu unterstützen wir soziale Bewegungen, die sich für Vergesellschaftung einsetzen und alternative, öffentliche und demokratische Eigentumsmodelle erproben, um Klimakrise und Ungleichheit zu überwinden. Wir gestalten Politik, forschen und entwickeln neue Erzählungen für eine Wirtschaft, die den Vielen dient – weil sie den Vielen gehört.

Das vorliegende Gutachten ist ein Baustein unseres umfassenden Projekts für Vergesellschaftungsperspektiven im Energiesektor. Im Rahmen dieses Projekts arbeiten wir über drei Jahre im engen Austausch und auf Augenhöhe mit sozialen Bewegungen an Strategien und Konzepten für eine demokratische, gemeinwohlorientierte und ökologische Energieversorgung. Wir erarbeiten eine langfristige Vision eines Energiesektors in Gemeinwirtschaft, in der soziale und ökologische Produktion sowie Verteilung von Energie im Rahmen öffentlicher und demokratischer Eigentumsformen organisiert wird. Dazu entwickeln wir konkrete Ansatzpunkte im Hier und Jetzt. Dabei ist unser Anspruch, fachlich fundierte Analyse für die praktische politische Arbeit nutzbar zu machen.

[www.communia.de](http://www.communia.de)

# II Executive Summary

Eine Vergesellschaftung im Energiesektor ist auf Grundlage des Art. 15 GG im Ergebnis in weitem Umfang möglich. Auch das Unionsrecht steht einer Vergesellschaftung nicht grundsätzlich entgegen, auch wenn bestimmte (insbesondere europäische) Vorgaben auch von einem vergesellschafteten Stromversorger einzuhalten wären:

- Verfassungsrechtlich kommen für eine Vergesellschaftung im Energiesektor verschiedene **Vergesellschaftungsgegenstände** in Betracht. Selbst bei einer engen Auslegung des Begriffs der „Produktionsmittel“ in Art. 15 GG sind Erzeugungsanlagen und Netzinfrastrukturen erfasst. Auch Grund und Boden sowie Bodenschätze können grundsätzlich Gegenstand der Vergesellschaftung sein (ggf. mittelbar über Konzessionen, soweit Bodenschätze nach Bergrecht nicht eigentumsfähig sind). Schließlich ist auch die Vergesellschaftung vollständiger Unternehmen von Art. 15 GG gedeckt, die in der Energieproduktion (z. B. als Erzeuger und/oder Netzbetreiber) tätig sind. Zulässig ist insbesondere auch eine Vergesellschaftung über die Anteile dieser Unternehmen, die praktische Vorteile gegenüber einer Vergesellschaftung des Betriebsvermögens im Sinne einzelner Vermögensgegenstände aufweist. Bei einer Vergesellschaftung der Anteile übernimmt der gemeinwirtschaftliche Träger das Unternehmen als solches. Dies schließt etwaige Beteiligungen und sonstige Vermögensgegenstände im Ausland ein.
- Die verfassungsrechtliche Anforderung der Überführung in **Gemeinwirtschaft** verlangt, dass der Vergesellschaftungsgegenstand dem privatnützigen Wirtschaften entzogen wird, das durch eine primäre Ausrichtung an der individuellen Gewinnerzielung gekennzeichnet ist. Stattdessen muss eine Form des Wirtschaftens etabliert werden, bei der die Bedürfnisbefriedigung und die Verwirklichung von Allgemeininteressen unmittelbares Ziel ist. Der Grundfall hierfür ist die Übertragung auf einen öffentlich-rechtlichen und damit gemeinwohlgebundenen Träger. Die vom Auftraggeber vorgesehenen Ziele einer sozialverträglichen Preisgestaltung und klimafreundlichen Versorgung sind zulässige Ziele einer gemeinwirtschaftlichen Versorgung und damit der Vergesellschaftung im Energie- bzw. Stromsektor.
- Die **europäischen Verträge**, also das EU-Primärrecht (AEUV, EUV) stehen einer Vergesellschaftung bzw. einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabenwahrnehmung nicht grundsätzlich entgegen. Nach Art. 345 AEUV bleibt die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt. Die Rechtsprechung des EuGH zu Verstaatlichungen und Privatisierungsverboten macht deutlich, dass hinsichtlich der Eigentumszuordnung und ausgestaltung grundsätzlich ein mitgliedstaatlicher Spielraum besteht. Marktwirtschaftliche Prinzipien wie die Grundfreiheiten werden zwar nicht außer Kraft gesetzt, Eingriffe können aber durch (nicht finanzielle) Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Damit ist eine Vergesellschaftung nach Art. 15 GG grundsätzlich kompatibel. Die weiteren Wettbewerbsvorschriften des AEUV (Beihilfe- und Kartellrecht) finden grundsätzlich auch auf einen Energieerzeuger in Gemeinwirtschaft Anwendung. Bei einer Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) lässt Art. 106 Abs. 2 AEUV aber Ausnahmen und Relativierungen zu, wenn dies zur Erbringung der DAWI nötig ist. Der notwendige Betrauungsakt setzt eine klare Beauftragung mit einem konkreten gemeinwirtschaftlichen Ziel voraus. Dies ist im Zuge des Vergesellschaftungsakts nach Art. 15 GG ohnehin erforderlich. Das europäische Primärrecht steht einer Vergesellschaftung im Energiesektor also nicht grundsätzlich entgegen, sondern weist hier eine beachtliche Flexibilität auf.

- Der **regulatorische Rechtsrahmen** gilt grundsätzlich auch für einen vergesellschafteten Energieversorger, sofern sich aus der Auslegung einzelner Vorschriften nichts anderes ergibt. Das Energiewirtschaftsrecht ist bundesrechtlich im EnWG geregelt und in erheblichem Umfang unionsrechtlich determiniert; die Gesetzgebungskompetenzen für das Energierecht bleiben durch eine Vergesellschaftung unberührt.
- Insbesondere die **Netzebene** unterliegt einer umfassenden Regulierung, die weitestgehend unionsrechtlich determiniert ist. Gesetzliche Vorgaben zur Trennung von Netz und Betrieb („Unbundling“), zur Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs und zur Entgeltregulierung wären auch von einem vergesellschafteten Energieversorger zu beachten. Diese Vorgaben sollen die Ausnutzung des Monopols auf der Netzebene verhindern und einen fairen Wettbewerb „auf dem Netz“ gewährleisten. Eine staatliche Eigentümerschaft führt allgemein zu keiner Befreiung von diesen Verpflichtungen und auch für vergesellschaftete Unternehmen sind keine Sonderregelungen vorgesehen. Im Einzelfall kommt möglicherweise eine abweichende Auslegung einzelner Vorschriften vor dem Hintergrund des Art. 15 Satz 1 GG in Betracht, sofern das EU-Recht dem nicht entgegensteht. Das EU-Recht selbst gibt den Mitgliedstaaten zudem auch auf sekundärrechtlicher Ebene grundsätzlich die Möglichkeit zu gemeinwirtschaftlichen Sonderregelungen (Art. 9 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL), die derzeit aber fehlen.
- Soweit das vergesellschaftete Energieversorgungsunternehmen nicht auf Netzebene tätig wäre, ist es als Netznutzer von der Zugangs- und Entgeltregulierung und den dort festgelegten Bedingungen betroffen.
- Eine Sonderregelung für örtliche Verteilnetze enthält § 46 EnWG, der eine regelmäßige Ausschreibung (mindestens alle 20 Jahre) der für den Netzbetrieb notwendigen Wegerechte verlangt. Dieser potenzielle periodische Eigentümerwechsel ist mit Blick auf eine langfristige Vergesellschaftung nicht unproblematisch. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die periodische Pflicht zur Behauptung im Ausschreibungswettbewerb mit der gemeinwirtschaftlichen Ausrichtung (Art. 15 Satz 1 GG) eines vergesellschafteten Netzbetreibers vereinbar wäre. Die Regelungen in § 46 EnWG sind nicht unionsrechtlich geboten und könnten daher durch einfaches Bundesgesetz geändert werden.
- Auf der **Erzeugungsebene** bestehen zur Gewährleistung der Netzstabilität gewisse Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Stromerzeugern. Übertragungsnetzbetreiber dürfen insbesondere erneuerbare Erzeugungskapazitäten abregeln und Stilllegungen konventioneller Erzeugungskapazitäten temporär untersagen. Diese Vorgaben dienen der Systemstabilität und wären auch durch einen vergesellschafteten Energieversorger zu beachten. Das bedeutet allerdings nicht, dass einer gezielten Transformation hin zu erneuerbaren Energien unüberwindbare Hindernisse in den Weg gelegt würden. Ein Abregeln erneuerbarer Erzeugungskapazitäten ist zu entschädigen, und Stilllegungsverbote betreffend konventionelle Anlagen führen nicht zu einem dauerhaften Betriebsgebot.
- Soweit die **Versorgung** der Verbraucher:innen betroffen ist, dürfte in aller Regel kein Konflikt zwischen den regulatorischen Vorgaben (insbesondere Grundversorgung) und dem (sozialen) Vergesellschaftungszweck bestehen. Einschränkungen hinsichtlich einer sozialverträglichen Tarifgestaltung bestehen grundsätzlich nicht.

# III Gutachten

Das vorliegende Gutachten untersucht in einem ersten Teil mögliche Vergesellschaftungsgegenstände im Energie- bzw. Stromsektor. Dabei wird zunächst die Grundstruktur des deutschen und europäischen Stromsektors dargestellt, die sowohl für die Vergesellschaftungsgegenstände als auch für das Verständnis des energierechtlichen – ganz wesentlich unionsrechtlich geprägten – Regulierungsrahmens von zentraler Bedeutung ist. Bei der Prüfung der Vergesellschaftungsgegenstände steht dann der verfassungsrechtliche Begriff der „Produktionsmittel“ im Vordergrund, sowie die Frage, inwieweit auch vollständige Unternehmen unter diesen Begriff fallen können. Daneben werden auch die Varianten „Natur-schätze“ sowie „Grund und Boden“ kurz in den Blick genommen, sowie – mit Blick auf die häufig internationale Tätigkeit von Energiekonzernen – die räumliche Reichweite des Art. 15 GG.

In einem zweiten Teil werden die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine „Gemeinwirtschaft“ i. S. v. Art. 15 GG herausgearbeitet, insbesondere mit Blick auf die konkreten Ziele einer sozialen Preisgestaltung und klimaneutralen Energieversorgung durch einen sozialisierten Energieversorger. Das Gutachten zielt dabei nicht darauf ab, einzelne denkbare Formen gemeinwirtschaftlicher Tätigkeit rechtlich „durchzuprüfen“, da dies notwendigerweise komplexe und spezielle Folgefragen in zahlreichen Rechtsgebieten aufwerfen würde. Stattdessen geht es auch in diesem Teil um die verfassungsrechtlichen Grundlagen und die Anforderungen des Art. 15 GG.

Im dritten Teil geht es dann um das Verhältnis der nach Art. 15 GG gebotenen „Gemeinwirtschaft“

zu den europäischen Verträgen, die als wesentliches Ziel einen unverfälschten Wettbewerb im Binnenmarkt verfolgen und die wegen des Vorrangs vor dem nationalen (Verfassungs)Recht zwingend zu beachten sind. Die Leitfrage ist hier die Kompatibilität zwischen dem (Binnen)Marktmodell der EU und dem Gemeinwirtschaftsmodell des Art. 15 GG. Hier liegt ein Schwerpunkt der Untersuchung. Auch wenn das Unionsrecht und insbesondere das Unionsenergierecht vom Markt- und Wettbewerbsgedanken geprägt ist, gibt es Öffnungsklauseln für mitgliedstaatliche Eigentumsordnung (Art. 345 AEUV) und Leistungen der Daseinsvorsorge (z. B. Art. 106 Abs. 2, Art. 14 AEUV), die zu untersuchen sind.

Im abschließenden vierten Teil werden die (Grundzüge der) energierechtlichen Anforderungen an einen vergesellschafteten Energieversorger dargestellt. Denn auch ein solcher wäre weiterhin an die gesetzlichen Vorgaben gebunden. Daher werden die energierechtlichen regulatorischen Vorgaben für die Netzebene (z. B. Unbundling, Netzzugangs- und Entgeltregulierung) sowie die Stromerzeugungsebene (Redispatch, Stilllegungen) und Vertriebsebene (Lieferung an die Verbraucher:innen) überblicksartig dargestellt und in ihrer Relevanz für die Tätigkeit eines gemeinwirtschaftlichen Energie- bzw. Stromversorgers bewertet.

Aufgrund der Ergebnisse wird dann ein Fazit zu allgemeinen Möglichkeiten und Grenzen einer Vergesellschaftung im Energiesektor gezogen, das als Grundlage für weitere konkretere Überlegungen dienen kann.

# 1

## Mögliche Vergesellschaftungsgegenstände im Energie- bzw. Stromsektor

Gem. Art. 15 Satz 1 GG können Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel zum Zwecke der Vergesellschaftung in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft überführt werden. Zur Bestimmung der rechtlich möglichen Vergesellschaftungsgegenstände im deutschen Energiesektor wird zunächst dessen Grundstruktur dargestellt, bevor die Reichweite des in Art. 15 Satz 1 GG genannten Vergesellschaftungsgegenstands „Produktionsmittel“ herausgearbeitet und auf den Energiesektor übertragen wird.

### 1.1 Grundstruktur des deutschen Energiesektors

Der deutsche Energiemarkt für Strom und Gas wird durch das Energiewirtschaftsgesetz (im Folgenden: EnWG) reguliert. Zweck des Gesetzes ist eine möglichst sichere, preisgünstige, verbraucherfreundliche, effiziente, umweltverträgliche und treibhausgasneutrale leitungsgebundene Versorgung der Allgemeinheit, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht (§ 1 Abs. 1 EnWG). Das EnWG schafft die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Marktstrukturen, die Preisgestaltung und den Zugang zu den Energienetzen. Die Struktur des Marktes umfasst drei zentrale Bereiche: Energieproduzenten, Übertragungsnetze und Verteilernetze. Es ist darauf hinzuweisen, dass diese rechtliche Struktur vergleichsweise neu ist und erst durch die Privatisierungs- und Liberalisierungswelle in den 1990er Jahren umgesetzt wurde. Zuvor vollzog sich die Energieversorgung innerhalb gesetzlich geschützter Gebietsmonopole.<sup>4</sup>

#### 1.1.1. Energieproduzenten

Energieproduzenten stellen Energie (z. B. für die Strom- und Wärmeversorgung) bereit, die sie aus verschiedenen Quellen wie fossilen Brennstoffen, er-

neuerbaren Energien oder Atomkraft gewinnen. Die erzeugte Energie wird teilweise direkt an Großverbraucher, überwiegend aber über Handelsmärkte an Vertriebe und Endverbraucher:innen weitergegeben. Physikalisch speisen Strom- und Gasproduzenten in ein einheitliches Netz ein – aus der Steckdose kommt ein einheitlicher Strommix. Virtuell wird aber ein Markt für Strom und Gas eingerichtet, auf dem Endkund:innen zwischen verschiedenen Energieversorgern und, mittelbar, Energieproduzenten oder zumindest Produktionsweisen (z. B. Strom aus erneuerbaren Energien) wählen können.

#### 1.1.2. Übertragungsnetze

Übertragungsnetze (die sog. Stromautobahnen) sind Hochspannungs-Stromleitungen und Hochdruck-Gasleitungen, und sie sind für den Transport von Energie über lange Strecken und die Anbindung großer Kraftwerke an die Verteilernetze zuständig. Die vier deutschen Übertragungsnetzbetreiber – TenneT, 50Hertz, Amprion und TransnetBW – sind dafür verantwortlich, die Stabilität und Zuverlässigkeit der Netze sicherzustellen. Da die Übertragungsnetze als

<sup>4</sup> Näher z. B. Britz, in: Fehling/Ruffert, Regulierungsrecht, 2010, § 9 Rn. 10 f.

natürliche Monopole<sup>5</sup> gelten, werden sie von der Bundesnetzagentur reguliert, um faire Bedingungen für den Netzzugang (d. h. Gleichbehandlung, keine überhöhten Entgelte) zu gewährleisten. Denn Energieproduzenten und Verbraucher:innen sind gleichermaßen darauf angewiesen, dass Strom und Gas – ggf. über weite Strecken – zuverlässig transportiert wird.

### 1.1.3. Verteilernetze

Verteilernetze verteilen Strom und Gas auf lokaler Ebene an Endverbraucher:innen wie Haushalte und Gewerbebetriebe, z. B. in einer Stadt. Sie werden häufig von regionalen und kommunalen Betreibern, z. B. Stadtwerken, in erheblichem Umfang aber auch von großen Energiekonzernen betrieben. Die jeweiligen Netzbetreiber sind für die Instandhaltung und Versorgungssicherheit verantwortlich. Auch die Verteilernetze unterliegen als natürliche Monopole der Aufsicht der Bundesnetzagentur, die angemessene Preise und einen diskriminierungsfreien Zugang sicherstellen soll. Wie bei den Übertragungsnetzen ist ihre Nutzung für Energieproduzenten wie für Verbraucher:innen unverzichtbar, damit Strom und Gas „von der Quelle in die Wohnung“ gelangen. Auf einer technischen Ebene sind die Verteilernetze wiederum in Hoch-, Mittel- und Niederspannungsnetze aufgeteilt.

### 1.1.4. Energieversorgungsunternehmen

§ 3 Nr. 18 EnWG definiert Energieversorgungsunternehmen als natürliche oder juristische Personen, die Energie an andere liefern, ein Energieversorgungsnetz betreiben oder an einem Energieversorgungsnetz als Eigentümer Verfügungsbefugnis besitzen. Kundenanlagen sind nach § 3 Nr. 18 EnWG von der Definition ausgenommen. Somit umfasst die Definition von Energieversorgungsunternehmen Unternehmen auf allen Ebenen des deutschen Energiesektors sowohl in Bezug auf Strom als auch auf Gas.

---

5 Ein natürliches Monopol liegt vor, wenn eine Infrastruktur nicht sinnvoll wirtschaftlich dupliziert werden kann, der Aufbau einer parallelen Infrastruktur also ökonomisch keinen Sinn ergibt. Dies ist bei Netzen regelmäßig der Fall, weil Größenvorteile bestehen (d. h. das Netz wird mit zunehmender Nutzerzahl lukrativer) und hohe Erstinvestitionen notwendig sind, sodass ein kurzfristiger Markteintritt bei Ineffizienzen nicht möglich ist („versunkene Kosten“), siehe z.B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 9. Aufl. 2017, S. 51; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 10. Aufl. 2018, S. 164 ff.

## 1.2 Produktionsmittel

Art. 15 Satz 1 GG benennt Produktionsmittel als mögliche Gegenstände der Vergesellschaftung.

### 1.2.1 Begriff der Produktionsmittel in Art. 15 Satz 1 GG

Der Wortlaut „Produktionsmittel“ – vom lateinischen Verb „*producere*“ (hervorbringen, erschaffen) – wirft zunächst die Frage auf, ob bestimmte Branchen vom sachlichen Anwendungsbereich ausgeschlossen sein könnten. Diese Frage ist in der Rechtswissenschaft umstritten. Teilweise wird ein enge Begriffsverständnis zugrunde gelegt, wonach nur sachliche oder rechtliche Mittel zur Erzeugung von gegenständlichen Gütern vom Begriff Produktionsmittel erfasst seien.<sup>6</sup> Als Beispiele werden in der Literatur die der Produktion dienenden Betriebsanlagen (Gebäude oder Maschinen), die für die Produktion verwendeten Betriebsmittel (Rohstoffe) und die für die Produktion eingesetzten Patente oder Warenzeichen genannt.<sup>7</sup> Maßgeblich für die Abgrenzung ist letztlich, ob ein Produktionsmittel der Herstellung eines „gegenständlichen“ bzw. „Sachprodukts“ dient oder ob ein reines Dienstleistungsprodukt erstellt werden soll.<sup>8</sup> Diese enge Auslegung wird mit der enumerativen Aufzählung der sonstigen vergesellschaftungsfähigen Gegenstände und dem Ausnahmecharakter von Art. 15 GG begründet.

Demgegenüber fassen Vertreter einer weiten Auslegung auch den Dienstleistungs- und Finanzsektor unter den Produktionsmittelbegriff von Art. 15 Satz 1 GG, sodass etwa auch eine Vergesellschaftung von Banken und Versicherungen möglich wäre. Da Art. 15 GG auf die (Möglichkeit der) Umgestaltung des kapitalistischen Wirtschaftssystems abziele, müsse der Begriff im Sinne dieses Zwecks ausgelegt

werden, denn eine Vergesellschaftung der Industrie sei ohne die Möglichkeit zur Vergesellschaftung von Banken und Versicherungen nicht möglich.<sup>9</sup>

Die Entstehungsgeschichte der Norm lässt diesbezüglich keine eindeutige Schlussfolgerung zu und wird sowohl zur Begründung einer engen als auch einer weiten Auslegung herangezogen.<sup>10</sup> Für eine enge Auslegung spricht der Vergleich mit der Weimarer Reichsverfassung (WRV). Art. 156 WRV, der sich mit der Möglichkeit der Vergesellschaftung befasste, sprach von „privaten wirtschaftlichen Unternehmungen“<sup>11</sup>, was auf eine bewusst engere Formulierung durch den Parlamentarischen Rat hindeuten könnte. Für eine weite Auslegung spricht, dass die Sozialdemokraten sich im Parlamentarischen Rat die Möglichkeit einer weitgehenden Sozialisierung der Wirtschaft offenhalten wollten und einem dies ausschließenden Grundgesetz wohl niemals zugestimmt hätten.<sup>12</sup>

### 1.2.2 „Klassische“ Produktionsmittel im Energiesektor

Die Frage, welche Wirtschaftssektoren zu den vergesellschaftungsfähigen Gütern zählen, ist für dieses Gutachten jedoch nur insoweit relevant, als es beispielsweise um reine Stromhändler geht. Im Hinblick auf die Energiewirtschaft besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur weitgehend Einigkeit, dass die Produktionsmittel der Energiewirtschaft vergesellschaftet werden können, da sie zur Sach- und nicht zur Dienstleistungsproduktion gehören.<sup>13</sup>

Dies betrifft zunächst die Erzeugungsebene. Energieversorger betreiben regelmäßig Anlagen zur

6 Brückner, Sozialisierung in Deutschland, 2013, S. 185 f.; Axer, in: BeckOK GG, 61. Ed. 15.03.2025, Art. 15 Rn. 17; Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 36; Sachs/Wendt, GG, 10. Aufl. 2024, Art. 15 Rn. 11.

7 Axer, in: BeckOK GG, 61. Ed. 15.03.2025, Art. 15 Rn. 17.

8 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 36

9 Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 15 Rn. 2; Wieland, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 15 Rn. 25; Kempny, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 15 Rn. 33.

10 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 38.

11 Art. 156 Abs. 1 Satz 1 WRV: «Das Reich kann durch Gesetz, unbeschadet der Entschädigung, in sinngemäßer Anwendung der für Enteignung geltenden Bestimmungen, für die Vergesellschaftung geeignete private wirtschaftliche Unternehmungen in Gemeineigentum überführen.»

12 Kempny, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 15 Rn. 32.

13 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 15 Rn. 38.

Energieerzeugung, wie Kraftwerke, Windparks, Solaranlagen oder Raffinerien. Diese physischen Anlagen dienen der Herstellung und Bereitstellung eines Gutes – nämlich elektrischer Energie oder Gas – und stellen damit klassische Produktionsmittel dar. Selbst unter engem Begriffsverständnis – beschränkt auf Sachmittel zur Güterproduktion – würden diese Anlagen der Energiewirtschaft erfasst. Dies bestätigt auch die historische Auslegung von Art. 15 GG. So wurden auch in der Vergangenheit Betriebe der Energiewirtschaft als vergesellschaftungsfähig angesehen: Der damalige Vorsitzende des Ausschusses für Grundsatzfragen und Grundrechte, Hermann von Mangoldt, führte im Parlamentarischen Rat Elektrizitätswerke ausdrücklich als Beispiel für Produktionsmittel an,<sup>14</sup> und auch in den Ländern wurden sie als vergesellschaftungsfähige Güter betrachtet. Beispielsweise bezieht Art. 41 Abs. 1 der Verfassung des Landes Hessen (HV) Betriebe der Energiewirtschaft ausdrücklich ein.<sup>15</sup>

Der enge, auf Sachmittelproduktion beschränkte Produktionsmittelbegriff erfasst darüber hinaus auch Strom- und Gasnetze. Diese stellen als essenzielle Betriebsgrundlagen der Energieversorgung ebenfalls Produktionsmittel der Versorgung dar, obwohl sie Energie verteilen und nicht produzieren. Sie sind ein zwingend notwendiger Teil der Gesamtproduktionskette, da ohne sie die produzierte Energie nicht an die Verbraucher:innen geliefert werden könnte und die Energiewirtschaft als solche nicht funktionsunfähig wäre. Die heutige regulatorische Aufteilung der Energiewirtschaft in Produktions- und Netzebene dient der Herstellung von Wettbewerb bei der Versorgung der Endkund:innen, ändert aber nichts an der faktischen Struktur der Energiewirtschaft und der notwendigen gemeinsamen Betrachtung von Produktions- und Netzinfrastruktur.

Auch der Gesetzgeber sieht Infrastruktureinrichtungen der Energieversorgung untrennbar mit der Produktion verbunden. § 1 Abs. 1 Nr. 3 des Gesetzes zur Sicherung der Energieversorgung (Energiesicherungsgesetz – EnSiG) spricht von „Produktionsmitteln der gewerblichen Wirtschaft, soweit diese der Versorgung mit elektrischer Energie und Erdgas dienen“. Diese Formulierung verdeutlicht, dass Infrastruktur für Transport und Verteilung wie z. B. Übertragungs-

netze, Verteilernetze, Pipelines und Speicher, die der Energieverteilung dienen, vom Gesetzgeber als Produktionsmittel der Versorgung angesehen werden.

Im Ergebnis fallen damit jedenfalls die Erzeugungskapazitäten (d. h. Kraftwerke usw.) sowie die Netzinfrastruktur von Energieversorgungsunternehmen unter den Produktionsmittelbegriff des Art. 15 Satz 1 GG. Folglich könnten diese Produktionsmittel der Energiewirtschaft auf Grundlage des Art. 15 GG in Gemeineigentum überführt werden. Als Vergesellschaftungsgegenstände kommen zudem Rohstoffvorkommen wie z. B. Kohlefelder in Betracht. Ob diese dabei als Teil der Produktionsmittel zur Erzeugung von Energie oder als Naturschätze i. S. v. Art. 15 GG betrachtet werden, ist im Ergebnis nicht entscheidend.

### 1.2.3. Vergesellschaftung ganzer Unternehmen

Außerdem stellt sich die Frage, ob und wie ganze Unternehmen vergesellschaftet werden können, da Art. 15 GG zwar Sachgüterkategorien als vergesellschaftungsfähige Objekte benennt, Unternehmen jedoch nicht ausdrücklich erfasst.

#### 1.2.3.1 Grundsätzliche Möglichkeit der Vergesellschaftung ganzer Unternehmen

Dass Unternehmen von Art. 15 GG nicht ausdrücklich erfasst sind, scheint eine Abkehr von Art. 156 der WRV zu sein, der von der Überführung „geeignete[r] private[r] wirtschaftliche[r] Unternehmungen in Gemeineigentum“ sprach. Dass Unternehmen im Unterschied dazu in Art. 15 Satz 1 GG nicht mehr ausdrücklich als Vergesellschaftungsgegenstand aufgeführt sind, könnte im Rahmen einer historischen Auslegung als bewusste Abkehr von der Rechtslage unter der WRV interpretiert werden. Allerdings sprechen die vorliegenden Dokumente zur Genese der Vorschrift eine andere Sprache: Sowohl im darstellenden Teil des Herrenchiemsee-Entwurfs als auch in den Beratungen des Ausschusses für Grundsatzfragen des Parlamentarischen Rats wurde in Bezug auf die ins Grundgesetz aufgenommenen Vergesellschaftungsgegenstände, und speziell bezogen auf die „Produktionsmittel“, immer wieder von Unternehmen oder Gruppen gleichartiger Unternehmen gesprochen.<sup>16</sup> Im Ergebnis spricht die historische

14 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 15 Rn. 10.

15 Art. 41 HV ist seit Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht mehr anwendbar.

16 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 15 Rn. 10 f.

Auslegung daher deutlich für eine Einbeziehung ganzer Unternehmen in den Produktionsmittelbegriff. Vor diesem Hintergrund sprechen sich selbst Autoren, die den Anwendungsbereich auf die Sachgüterproduktion beschränken wollen, für die Zulässigkeit der Vergesellschaftung ganzer Unternehmen aus, sofern diese eben der Sachgüterproduktion dienen.<sup>17</sup>

Ebenfalls implizit bejaht wird die Vergesellschaftungsfähigkeit von ganzen Unternehmen von Vertretern eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der „Sozialisierungsreife“, das insbesondere eine gewisse Größe oder Machtstellung eines Unternehmens als Voraussetzung einer Vergesellschaftung in Anlehnung an die WRV als notwendig erachtet.<sup>18</sup> Es ist hoch umstritten, ob und in welchem Umfang ein Kriterium der „Sozialisierungsreife“ überhaupt rechtlich erforderlich ist,<sup>19</sup> oder zumindest im Rahmen der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen ist.<sup>20</sup> Für den Energiesektor als in der historischen Diskussion „klassischen Anwendungsfall“ des Art. 15 GG (s. o.) dürfte die Frage allenfalls eine geringe Rolle spielen. Aus der Diskussion um die Ausnahme kleiner Betriebe lässt sich jedenfalls umgekehrt schließen, dass Unternehmen als solche grundsätzlich Vergesellschaftungsgegenstand sein können.

Auch teleologisch, also vom Zweck her betrachtet, zielt Art. 15 GG gerade darauf ab, nicht nur einzelne Güter, sondern auch größere wirtschaftliche Einheiten der privaten Hand in Gemeinwirtschaft zu überführen. Für die Vergesellschaftungsfähigkeit ganzer Unternehmen spricht zudem, dass unstreitig ist, dass zumindest alle wesentlichen Produktionsmittel und Vermögenswerte eines Unternehmens in Gemeineigentum überführt werden könnten. Auch Neben- und Hilfsbetriebe, die nicht dem Wirtschaftszweig angehören, werden erfasst, soweit sie dem Hauptbetrieb dienen.<sup>21</sup>

### 1.2.3.2 Wege zur Vergesellschaftung ganzer Unternehmen

Bejaht man demnach die Vergesellschaftungsfähigkeit ganzer Unternehmen, stellt sich die Frage, auf welchem Wege diese erfolgen könnte. Zum einen ist die Übertragung aller Vermögenswerte wie Sachgüter, Marken, Rechte, Grundstücke, Anlagen, Verträge usw. auf einen öffentlichen Träger denkbar. Das Unternehmen würde seiner Vermögensgrundlage entkleidet und damit faktisch aufgelöst.

Die andere Möglichkeit wäre eine Vergesellschaftung der Rechtsträger wie Kapital- und Personengesellschaften oder der Anteile bzw. der Beteiligungen daran. Fraglich wäre, ob auch unmittelbar Anteile an einer Kapitalgesellschaft vergesellschaftet werden könnten. In der Praxis dürfte es effizienter und rechtssicherer sein, ein großes Unternehmen über seine Anteile zu vergesellschaften und nicht über seine Vermögensgegenstände.<sup>22</sup> Denn die Vergesellschaftung sämtlicher Vermögensgegenstände erfordert u. a. deren hinreichend konkrete Benennung<sup>23</sup> spätestens bei der administrativen Durchführung des Gesetzes. Bei einer Vergesellschaftung der Anteile wird hingegen das Unternehmen „als solches“ übernommen, einschließlich aller Vermögensgegenstände, Angestellten, Verträge, Lizenzen usw.

Aktien selbst fallen dem Wortlaut nach nicht direkt unter den Begriff Produktionsmittel. Es erscheint jedoch wenig überzeugend, dass dem Gesetzgeber eines Vergesellschaftungsgesetzes verfassungsrechtlich allein aufgrund des Begriffs Produktionsmittel ein aufwendigeres und rechtlich unsicheres Verfahren zur Vergesellschaftung vorgeschrieben sein soll, wenn die Norm zugleich die Möglichkeit einer Vergesellschaftung des gesamten Unternehmens ermöglichen soll.<sup>24</sup> Erkennt man mit der wohl vorherrschenden Auffassung an, dass Gegenstand der

17 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 15 Rn. 41.

18 Diskutiert zur Frage der Vergesellschaftungsreife: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Verfassungsrechtliche Vorgaben der Vergesellschaftung von Wohneigentum eines privaten Wohnungsunternehmens, WD 3 – 3000 – 105/19, Ausarbeitung vom 12. April 2019, S. 8 f. m. w. N.; Brückner, Sozialisierung in Deutschland, 2013, S. 189.

19 Dagegen z. B. Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 15 Rn. 93 ff.

20 So Axer, in: BeckOK GG, 61. Ed. 15.03.2025, Art. 15 Rn. 19.

21 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 41.

22 Bei der Unternehmensübernahme spricht man insofern von „Share Deal“ (Kauf der Anteile) und „Asset Deal“ (Kauf der Vermögensgegenstände).

23 Vgl. im Kontext von Unternehmenskaufverträgen etwa Hübner, in: Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Aufl. 2020, § 3 Rn. 225 ff.

24 Zum gleichen Ergebnis kommt Kempny, in: Dreier, GG, 4. Aufl. 2023, Art. 15 Rn. 33.

Sozialisierung des Unternehmens selbst als „Produktionsmittel“ sein kann, dann kann der Produktionsmittelbegriff nicht gegen einen bestimmten Weg der Vergesellschaftung angeführt werden. Entscheidend ist, dass das Unternehmen auch tatsächlich Vergesellschaftungsgegenstand ist, also insgesamt in Gemeinwirtschaft überführt wird (dazu unten, 2.). Dies dürfte regelmäßig eine *vollständige* Übertragung der Anteile auf einen gemeinwirtschaftlichen Träger erfordern.<sup>25</sup>

Dieses Ergebnis bestätigt schließlich ein Vergleich mit der Enteignung nach Art. 14 GG. Bezogen auf das Ziel ist diese zwar etwas anderes als die Sozialisierung nach Art. 15 GG, im Hinblick auf den Entzug der Verfügungsbefugnis ist sie aber vergleichbar. Die Enteignung von Unternehmensanteilen zum Zwecke der Verstaatlichung eines Unternehmens ist vom Gesetzgeber in anderen Zusammenhängen vorgesehen, etwa nach § 18 Abs. 2 Nr. 1–3 EnSiG zur Sicherung der Energieversorgung im Bereich der kritischen Infrastruktur.<sup>26</sup> Auch nach § 1 Abs. 2 Satz 1 des Gesetzes zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz – RettungsG) sind zulässige Gegenstände der Enteignung Anteile an Unternehmen des Finanzsektors und deren Tochterunternehmen. Auch vor diesem Hintergrund wäre es systematisch nicht überzeugend, die Vergesellschaftung anders als die Enteignung (Art. 14 GG) nur über die Modalität der Vergesellschaftung aller Vermögenswerte zuzulassen.

Im Ergebnis erlaubt Art. 15 GG damit die Vergesellschaftung von ganzen Unternehmen des Energiesektors, auch z. B. durch Vergesellschaftung von (sämtlichen) Anteilen von Kapitalgesellschaften.

Umgekehrt betrachtet erlaubt Art. 15 GG nicht nur die Vergesellschaftung ganzer Unternehmensgruppen, sondern auch einzelner Unternehmen. Bezüglich

der Frage, ob eine solche Vergesellschaftung ein Einzelfallgesetz darstellen würde, sieht die herrschende Meinung in Art. 19 Abs. 1 GG kein absolutes Verbot von Einzelfallmaßnahmen, sondern eine Konkretisierung des Gleichheitssatzes. Daher können auch einzelne Unternehmen vergesellschaftet werden, solange der Gesetzgeber die Vorgaben des Art. 3 Abs. 1 GG einhält. Dieser bietet erhebliche Spielräume für Differenzierungen, sodass die Sozialisierung eines einzelnen Energieversorgungsunternehmens verfassungsrechtlich grundsätzlich möglich wäre.<sup>27</sup>

#### 1.2.4. Räumliche Reichweite des Art. 15 GG

Da die Vergesellschaftung gem. Art. 15 Satz 1 GG durch Gesetz erfolgt, bestimmt sich die Befugnis zur Vergesellschaftung nach dem Bereich der Hoheitsgewalt des jeweiligen Gesetzgebers. Das Grundgesetz enthält insoweit keine ausdrückliche Regelung für die Länder. Jedoch ist deren Hoheitsgewalt nicht unbegrenzt, sondern folgt dem sog. Territorialitätsprinzip. Dieses verlangt eine Beschränkung der unmittelbaren Wirkungen eines Hoheitsakts auf das jeweilige Bundesland<sup>28</sup>; bzw. im Fall einer Vergesellschaftung durch den Bund auf das Staatsgebiet<sup>29</sup>.

Unmittelbar kann ein deutsches Vergesellschaftungsgesetz also nur solche Vermögensgegenstände erfassen, die der deutschen Hoheitsgewalt unterliegen. Das bedeutet, dass Produktionsmittel im Ausland (z. B. Kraftwerke) nicht unmittelbar durch ein deutsches Gesetz in Gemeineigentum überführt werden können.

Trotz dieser Begrenzung kann eine Vergesellschaftung mittelbare Auswirkungen auf das Ausland haben, indem es inländische Rechtsverhältnisse mit Auslandsbezug umgestaltet. Ein deutsches Gesetz könnte beispielsweise alle Anteile an einer Kapitalge-

25 Es dürfte zumindest unzulässig sein, nur einen kleinen Anteil an einem Unternehmen zu „vergesellschaften“ – in einem solchen Fall wäre dann tatsächlich nicht das Unternehmen selbst Vergesellschaftungsgegenstand, sondern nur (Minderheits)Anteile daran, die als solche nicht mehr unter den Produktionsmittelbegriff fallen. Es ließe sich umgekehrt möglicherweise diskutieren, ob kleine Anteile auch bei privatwirtschaftlichen Akteuren verbleiben dürften, sofern diese keinen Einfluss auf die Geschäfte haben und die Gesellschaft insgesamt der kapitalistischen Wirtschaftsweise entzogen wird. Die Folge wäre aber jedenfalls unnötige Rechtsunsicherheiten. Es erscheint auch eher als theoretische Frage, da regelmäßig kein privatwirtschaftliches Interesse an einer Beteiligung an einem rein gemeinwirtschaftlichen Unternehmen bestehen dürfte.

26 Zum Verhältnis des Art. 15 zu Maßnahmen nach § 17 ff. EnSiG: Winkler/Zeccola/Michailidou, Die Renaissance des Energiesicherungsgesetzes. Verfassungsrechtliche Implikationen der Maßnahmen nach §§ 17 ff. EnSiG und das Potenzial des Art. 15 GG, NVwZ 2023, 545.

27 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, GG Art. 15 Rn. 84.

28 Kommission zum Volksentscheid zum Volksentscheid, Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen, Abschlussbericht, Juni 2023, 2. Aufl., S. 28 Rn. 74.

29 Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 25 Rn. 54.

sellschaft in Gemeineigentum überführen. Hätte die Kapitalgesellschaft ausländische Töchter, würde der Träger des gemeinwirtschaftlichen Unternehmens indirekt Eigentümer der ausländischen Tochterunternehmen. Das vorliegende Gutachten geht insofern vom „Basisfall“ einer staatlichen Trägerschaft aus, in diesem Fall würden die Anteile auf den Staat übergehen. Andere Organisationsformen der Gemeinwirtschaft<sup>30</sup> sind indes ebenfalls möglich und wären bei einem konkreten Vergesellschaftungsvorhaben zu erwägen. Die verschiedenen Ausgestaltungsmöglichkeiten und ihre Implikationen abstrakt zu untersuchen, führt über den Zweck des vorliegenden Gutachtens hinaus, eine grundlegende Orientierung für die Möglichkeit einer Vergesellschaftung im Energiesektor zu vermitteln.

Die Kontrolle über die ausländischen Produktionsmittel ginge infolge der Vergesellschaftung mittelbar auf die öffentliche Hand bzw. den gemeinwirtschaftlichen Träger über. Wenn also ein international tätiger Energieversorger mit Sitz in Deutschland als juristische Person deutschem Recht unterfällt, kann die Überführung seiner Anteile oder inländischen Vermögenswerte dazu führen, dass das Auslandsgeschäft ebenfalls unter Kontrolle der öffentlichen Hand fällt. Eine Vergesellschaftung könnte also faktisch ein global tätiges Unternehmen einschließlich dessen ausländischen Beteiligungen in Gemeineigentum überführen, soweit es deutschem Recht unterfällt. Die im Ausland für die dortigen Tochtergesellschaften geltenden gesetzlichen Vorgaben würden selbstverständlich auch bei einer gemeinwirtschaftlichen Kontrolle der deutschen Konzernmutter fortgelten. Die Vergesellschaftung betrifft allein die Zuordnung von Vermögensgegenständen; eine Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt im Ausland wäre mit der Vergesellschaftung keinesfalls verbunden.

**Hinweis: Die Frage der Entschädigungshöhe oder Modalitäten wird im vorliegenden Gutachten nicht vertieft. Es sei an dieser Stelle aber darauf hingewiesen, dass ausländische Investoren zusätzlich zu Art. 15 Satz 2 GG, der im Falle einer Vergesellschaftung Entschädigungsregelungen vorsieht, den Schutz internationaler Investitionsschutzabkommen beanspruchen könnten.<sup>31</sup> Relevant könnte insbesondere der Energiecharta-Vertrag (ECT) sein. Deutschland<sup>32</sup> und jüngst auch die EU<sup>33</sup> haben diesen zwar gekündigt, aber die sog. „sunset clause“ in Art. 47 Abs. 3 ECT sieht vor, dass der Schutz durch das Abkommen noch 20 Jahre nach dem Ausstieg fortbesteht. Auch andere Investitionsschutzabkommen könnten ggf. relevant sein.**

Im Ergebnis ermöglicht Art. 15 GG auch bei international verflochtenen Unternehmen mit Sitz in Deutschland eine Vergesellschaftung ihrer inländischen Produktionsmittel und – mittelbar – die Kontrolle über ihre Auslandsgüter.

---

30 Siehe zu den Anforderungen an „Gemeinwirtschaft“ i. S. v. Art. 15 GG noch unten, 2.

31 Hierzu im Zusammenhang mit der Vergesellschaftung von Wohnungskonzernen Abschlussbericht Expertenkommission zum Volksentscheid Vergesellschaftung großer Wohnungsunternehmen (Fn. 3), Rn 397 ff. Im Bereich der Wohnungswirtschaft war die Frage praktisch wohl von geringerer Bedeutung als im Bereich der Energiewirtschaft.

32 Siehe etwa <https://umweltinstitut.org/welt-und-handel/meldungen/grosser-erfolg-fuer-klima-und-demokratie-deutschland-verkuendet-ausstieg-aus-dem-energiecharta-vertrag/>.

33 Siehe EU-Kommission, Pressemitteilung vom 28.06.2024, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_24\\_3513](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_24_3513).

## 1.3. Naturschätze sowie Grund und Boden

Über die anderen Tatbestandmerkmale des Art. 15 Satz 1 GG können auch energiewirtschaftlich verwendete Bodenschätze als Naturschätze sowie Grundstücke einschließlich darauf befindlicher Gebäude als Grund und Boden vergesellschaftet werden.<sup>34</sup> Dies könnte z. B. (Kraftwerks-)Grundstücke von Energieproduzenten umfassen, wobei die Übergänge und Unterschiede zur Vergesellschaftung von „Produktionsmitteln“ im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidend sind. Soweit es um Kohle-, Öl- und Gas als Bodenschätze geht, ist allerdings zu beachten, dass diese nach geltendem Bergrecht gar nicht im Eigentum der Privatunternehmen stehen, sondern „bergfrei“ und damit herrenlos sind (§ 3 Abs. 3 BBergG). Gegenstand einer Vergesellschaftung wären hier stattdessen wohl die verliehenen Rechte zur Gewinnung der Rohstoffe (§§ 7 ff. BBergG).

Im Kontext mit einer denkbaren Vergesellschaftung dieser Rechte an Kohle, Öl- oder Gasfeldern stellt sich die weitere Frage, ob eine solche Vergesellschaftung auch dem Zweck der Nichtbewirtschaftung bzw. dem Ausstieg aus der Förderung dienen kann. Dies kann hier nicht näher vertieft werden, dürfte aber jedenfalls dann der Fall sein, wenn der Ausstiegsplan des vergesellschafteten Unternehmens mit einer positiven Konzeption („Transformation“) verbunden ist.

## 1.4 Ergebnis

Der Begriff der Produktionsmittel bietet einen weiten Spielraum, innerhalb dessen sich verschiedene Teile des deutschen Energiesektors erfassen lassen. Übertragungsnetze, Verteilernetze und Erzeugungsanlagen stellen mögliche Vergesellschaftungsgegenstände als Produktionsmittel dar.

Dabei können auch die dahinterstehenden Unternehmen selbst vergesellschaftet werden – auch solche, die Teile ihrer Geschäfte im Ausland betreiben. Eine Vergesellschaftung kann auch über eine Überführung der (gesamten) Anteile, wie z. B. Aktien, am Unternehmen auf einen gemeinwirtschaftlichen Träger erfolgen.

Die weiteren Vergesellschaftungsgegenstände „Naturschätze“ sowie „Grund und Boden“ bieten zudem die Möglichkeit, einzelne in Deutschland gelegene Kohle-, Gas- und ggf. Ölvorkommen oder Grundstücke von Energieproduzenten zu vergesellschaften.

---

<sup>34</sup> Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 35.

# 2

## Gemeinwirtschaft

Nachdem die möglichen Vergesellschaftungsgegenstände im Energiesektor identifiziert wurden, gilt es zu klären, was der Begriff der Gemeinwirtschaft in Art. 15 Satz 1 GG umfasst und inwiefern die mit einer Vergesellschaftung verfolgten Ziele mit dem Ziel der Gemeinwirtschaft vereinbar sind.

### 2.1. Begriff der Gemeinwirtschaft

Der Begriff der Gemeinwirtschaft aus Art. 15 Satz 1 GG verlangt nach einer Form des Wirtschaftens, die sich nicht an individueller Gewinnerzielung, sondern unmittelbar an der gesellschaftlichen Bedarfsdeckung und der Verfolgung sonstiger Gemeinwohlziele ausrichtet. Gemeinwirtschaft steht in einem Gegensatz zu „Privatwirtschaft“ als einer auf Gewinnerzielung ausgerichteten Wirtschaftsform.<sup>35</sup> Dies steht in engem Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen Privateigentum (Art. 14 GG) und dem in Art. 15 GG als Unterform der Gemeinwirtschaft genannten Gemeineigentum: Das individuelle Eigentum (Art. 14 GG) ist privatnützig, d. h. die jeweiligen Eigentümer dürfen darüber – im Rahmen der Gesetze – grundsätzlich frei verfügen.<sup>36</sup> Die daraus aufbauende Privatwirtschaft führt dementsprechend zu einer unmittelbaren Orientierung an Gewinnerzielung bzw. Maximierung (was mittelbare Gemeinwohleffekte nicht ausschließt). Demgegenüber zielen Gemeineigentum und Gemeinwirtschaft unmittelbar auf eine gemeinsame Bedürfnisbefriedigung und die Verwirklichung von Gemeinwohl- bzw. Allgemeininteressen (was wiederum die Möglichkeit einer Gewinnerzielung nicht per se ausschließt, s. u.).<sup>37</sup>

Das vorliegende Gutachten legt weder eine bestimmte Form der Gemeinwirtschaft zugrunde, noch prüft es eine spezifische Rechtsform vergesellschafteter Energieerzeuger. Je nach Einzelfall können sich hier verschiedene Konstruktionen anbieten, die weitergehende Rechtsfragen aufwerfen, die über den Gegenstand des vorliegenden Gutachtens weit hinausführen würden. Stattdessen werden die Voraussetzungen und Grenzen einer gemeinwirtschaftlichen Bewirtschaftung ohne Festlegung auf ein bestimmtes Bewirtschaftungsmodell oder eine bestimmte Rechtsform untersucht.

Der Standardfall der Gemeinwirtschaft ist nach dem Wortlaut des Art. 15 Satz 1 GG die Überführung in Gemeineigentum. Überführung in Gemeineigentum bedeutet die Übertragung des zuvor privatnützigen Eigentums auf einen geeigneten gemeinwirtschaftlichen Träger.<sup>38</sup> Dies kann vor allem (wenn auch nicht notwendigerweise<sup>39</sup>) durch Übertragung an eine geeignete öffentlich-rechtliche Institution geschehen. Auch wenn die Übertragung an eine öffentlich-rechtliche Organisation nicht zwingend ist, geht das Gutachten im Folgenden von diesem „Grundfall“ aus.<sup>40</sup> Dazu zählen alle juristischen Personen des öffentli-

35 Axer, in: BeckOK GG, 59. Ed. 15.6.2024, Art. 15 Rn. 11; Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 50, jeweils m. w. N.

36 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 46.

37 Hummel, Grundfälle zu Art. 15 GG, JuS 2008, 1065 (1067); Axer, in: BeckOK GG, 59. Ed. 15.6.2024, Art. 15 Rn. 10.

38 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 44.

39 Zu denkbaren organisatorischen Ausgestaltungen vgl. Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 54 ff.

40 Im Zusammenhang mit den Ausgestaltungsmöglichkeiten unterschiedlicher Gemeineigentums- und Gemeinwirtschaftsformen stellen sich umfangreiche Rechtsfragen, die über den Gegenstand und Zweck des vorliegenden Gutachtens hinausgehen.

chen Rechts, insbesondere staatliche oder kommunale Gebietskörperschaften, öffentlich-rechtliche Stiftungen sowie Anstalten des öffentlichen Rechts. Diese Institutionen unterscheiden sich von privaten Eigentümern von vornherein (d. h. qua ihrer öffentlich-rechtlichen Bindungen, z. B. an die Grundrechte) dadurch, dass sie nicht privatnützig, sondern im Rahmen öffentlicher Zwecke agieren.<sup>41</sup>

Die Anforderungen des Art. 15 Satz 1 GG erschöpfen sich nicht in der Übertragung des Eigentums auf einen gemeinwirtschaftlichen Träger. Weil das Gemeineigentum nur als eine mögliche Form der Gemeinwirtschaft gefasst wird, muss es auch in einer gemeinwirtschaftlichen Art und Weise bewirtschaftet werden.<sup>42</sup> Es besteht eine Gemeinwohlbindung der Bewirtschaftung. Die Vergesellschaftung nach Art. 15 Satz 1 GG darf z. B. nicht einfach dazu genutzt werden, der öffentlichen Hand zusätzliche Einnahmen zu generieren. Daher muss es sich bei den mit der Vergesellschaftung verfolgten Zwecke um Ziele des Gemeinwohls handeln. Daneben soll die Erzielung eines gewissen Gewinns noch legitimes Nebenziel sein.<sup>43</sup> Dieses muss hinter der gemeinwirtschaftlichen Zielsetzung freilich zurückstehen und keinesfalls gegen diese ausgespielt werden. Wo hier die Grenze liegt, lässt sich nicht abstrakt bestimmen. Allgemein ist festzuhalten, dass der Gemeinwohlzweck der Bewirtschaftung jedenfalls ganz im Vordergrund stehen muss, ferner müssen etwaige anfallende Gewinne nach Auffassung der Verfasser:innen grundsätzlich im Sinne des Gemeinwohlzwecks verausgabt werden.

## 2.2. Ziele der Gemeinwirtschaft

Im Falle einer Vergesellschaftung weist Art. 15 Satz 1 GG die Bewirtschaftung in Gemeinwirtschaft als einen eigenständigen Zweck von Verfassungsrang aus, der auch in einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall „als solcher“ zum Tragen kommt.<sup>44</sup> Nach überzeugender Ansicht der Expertenkommission des Landes Berlin bedarf im Falle einer Vergesellschaftung einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall.<sup>45</sup> Das bedeutet konkret, dass es in der verfassungsrechtlichen Abwägung nicht allein auf die „hinter“ der Vergesellschaftung stehenden Zwecke ankommt, sondern die Sozialisierung selbst (d. h. der Entzug aus der kapitalistischen Wirtschaftsweise) als eigener legitimer Zweck zu berücksichtigen ist.

Mit der hier untersuchten Vergesellschaftung im Energiesektor sollen – wie regelmäßig – über die bloße Vergesellschaftung hinaus konkrete Ziele verfolgt werden: Im vorliegenden Fall soll die Vergesellschaftung gemäß dem eingangs dargestellten Gutachtenauftrag einen Beitrag zu einer sozialen und umweltfreundlichen Energieversorgung leisten. Daher ist zu klären, inwieweit diese Zwecke mit dem verfassungsrechtlichen Ziel der Gemeinwirtschaft zu vereinbaren sind.

Auch wenn eine Vergesellschaftung verschiedene Ziele verfolgen kann,<sup>46</sup> muss es sich jedenfalls stets um Gemeinwohlziele handeln. Obwohl verschiedene Gesetze auf den Begriff des Gemeinwohls bzw. Allgemeinwohls Bezug nehmen, bleibt der Begriff unbestimmt. Weder der Rechtsprechung noch der Literatur ist es bisher gelungen, dem Begriff des Wohls der Allgemeinheit scharfe Konturen zu verleihen.<sup>47</sup> Der Grund dafür liegt bereits darin, dass in einer Demokratie der Begriff des Gemeinwohls offenbleiben muss, da er zu den wesensmäßig umstrittenen Begrif-

41 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), S. 33 Rn. 93 f.

42 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), S. 33 Rn. 95 f.

43 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 51 m. w. N.

44 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), S. 39 Rn. 123 ff.

45 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), S. 39 Rn. 123 ff.

46 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), S. 44 Rn. 146 ff.

47 Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 3. Aufl. 2013, Bd. 1, Art. 14 Rn. 116.

fen zählt.<sup>48</sup> Die Auseinandersetzung um die Bedeutung des Gemeinwohls stellt den Kern der demokratischen Auseinandersetzung dar. Was das Gemeinwohl konkret ist, kann somit nur politisch im demokratischen Prozess entschieden und nicht durch juristische Auslegung ermittelt werden. Aus diesem Grund muss die Definition des Gemeinwohls auch der Legislative und nicht der Judikative überlassen bleiben, die dabei einen weiten Spielraum genießt.<sup>49</sup>

Zur Prüfung der Frage, ob es sich bei den – neben dem eigenständigen Zweck der Vergesellschaftung – verfolgten Zielen einer umweltfreundlichen und preisgünstigen Energieversorgung um Gemeinwohlzwecke handelt, sind daher maßgebliche Parlamentsgesetze und insbesondere das Grundgesetz heranzuziehen.

### 2.2.1. Soziale Preisgestaltung

Eine preisgünstige Energieversorgung ist einer der erklärten Zwecke des Energiewirtschaftsgesetzes gem. § 1 Abs. 1 Satz 1 EnWG. Sie ist von der Legislative somit explizit als Gemeinwohlziel der Energieversorgung definiert worden. Darüber hinaus hat die preisgünstige Versorgung der Bevölkerung mit Energie im Rahmen der Daseinsvorsorge eine direkte verfassungsrechtliche Rückbindung im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>50</sup> Es handelt sich beim Ziel einer sozialen Preisgestaltung im Bereich der Energieversorgung somit um ein Ziel des Gemeinwohls. Im Übrigen hängt bereits der eigenständige Zweck des Art. 15 GG – nämlich Teile der Wirtschaft einer gewinnmaximierenden Wirtschaftsweise zu entziehen –, eng mit dem Ziel einer preisgünstigen und sozialverträglichen Versorgung zusammen. An der Legitimität sozialer Versorgungsziele als Vergesellschaftungsgegenstand bestehen letztlich keine Zweifel.<sup>51</sup> Auch die viel diskutierte und hier bereits mehrfach erwähnte Vergesellschaftung großer Wohnungskonzerne dient diesem Ziel.

### 2.2.2. Klima- und umweltfreundliche Energieversorgung

Etwas unklarer könnte die Situation möglicherweise mit Blick auf eine klima- und umweltfreundliche Versorgung liegen, weil diese nicht in einem ähnlichen engen Zusammenhang mit dem Zweck der Vergesellschaftung steht.<sup>52</sup> Gleichwohl lässt sich – sofern zugleich der verfassungsrechtliche Vergesellschaftungszweck gewahrt, also nicht privatnützig gewirtschaftet wird – im Ergebnis nicht bestreiten, dass es sich beim Klima- und Umweltschutz um legitime Gemeinwohlziele handelt, die im Rahmen einer Vergesellschaftung (mit) verfolgt werden dürfen.

Eine umweltfreundliche Energieversorgung dient dem Klimaschutz, dem über das aus Art. 20a GG abgeleitete Klimaschutzgebot Verfassungsrang zukommt. Das Klimaschutzgebot verlangt unter anderem, dass Klimaneutralität angestrebt werden muss und dabei ein nationaler Reduktionspfad zu verfolgen ist, der mit den Pariser Temperaturzielen vereinbar ist.<sup>53</sup> Dies verlangt die Förderung erneuerbarer Energien und die Reduktion klimaschädlicher Emissionen, um Umwelt- und Klimaschäden zu minimieren. Eine nachhaltige Energiepolitik trägt somit zum verfassungsrechtlich gebotenen Umwelt- und Klimaschutz bei.

Auch die Gesetzeslage spiegelt dies wider. Neben dem Ziel einer preisgünstigen Energieversorgung nennt § 1 Abs. 1 Satz 1 EnWG eine umweltverträgliche und treibhausgasneutrale Energieversorgung, die zunehmend auf erneuerbaren Energien beruht, als Gesetzeszweck und damit als Gemeinwohlziel der Energieversorgung. Der zweite Halbsatz trägt den Zielsetzungen des § 1 Abs. 2 Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) Rechnung, demzufolge der Anteil erneuerbarer Energien an der Stromversorgung sukzessive bis zum Jahr 2050 auf 80 % steigen soll.<sup>54</sup>

Nach alledem stellen Klima- und Umweltschutz ohne Weiteres anerkannte Gemeinwohlziele dar, die mit den Mitteln der Vergesellschaftung verfolgt werden dürfen.

48 Sog. „essentially contested concepts“, vgl. Gallie, Proceedings of the Aristotelian Society 56 (1956), 167 f. Zu deren Bedeutung im demokratischen Rechtsstaat: Möllers, Demokratie – Zumutung und Versprechen, 2008, S. 11.

49 Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetzkommentar, 3. Aufl., 2013, Bd. 1, Art. 14 Rn. 118.

50 Energieversorgung als Leistung, derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedarf: BVerfGE 66, 248 (258); 38, 258 (270).

51 Siehe etwa auch Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 51 m. w. N.

52 Etwas zweifelnd klingt hier z. B. Durner, a. a. O.

53 Vgl. hierzu BVerfG, Beschluss vom 24. März 2021, 1 BvR 2656/18 u. a., Ls. 2. Und 2.d.

54 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 126. EL Juli 2024, § 1 Rn. 16.

## 2.3. Ergebnis

Art. 15 Satz 1 GG weist die Bewirtschaftung in Gemeinwirtschaft als einen eigenständigen Zweck von Verfassungsrang aus. Bei den im vorliegenden Zusammenhang darüber hinaus verfolgten Zielen einer umweltfreundlichen und preisgünstigen Energieversorgung handelt es sich um wichtige Belange des Allgemeinwohls. Soweit diese im Rahmen einer nicht gewinnorientierten Wirtschaftsweise verfolgt werden, stehen sie dem Erfordernis einer „Gemeinwirtschaft“ nicht entgegen, sondern stellen (weitere) legitime Zwecke der Vergesellschaftung dar, die im Falle einer konkreten Vergesellschaftung in einer modifizierten Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen wären. Dies hat auch die eingesetzte Expertenkommission im Hinblick auf die Vergesellschaftung großer Wohnungskonzerne für das (Teil)Ziel einer auch am Klimaschutz ausgerichteten Bewirtschaftung anerkannt.<sup>55</sup>

---

55 Abschlussbericht der Kommission zum Volksentscheid (Fn. 3), Rn. 184

# 3

## Verhältnis der Gemeinwirtschaft zu den Europäischen Verträgen

Das Energierecht ist maßgeblich durch das Unionsrecht geprägt, das einen Anwendungsvorrang vor dem nationalen (Verfassungs)Recht genießt und daher im Zusammenhang mit einer Vergesellschaftung im Energiesektor zwingend zu beachten ist. Insoweit stellt sich zum einen die Frage, ob die Europäischen Verträge der Vergesellschaftung eines Energieversorgers grundsätzlich entgegenstehen (dazu 1.). Zum anderen ist zu klären, in welchem Umfang ein gemeinwirtschaftlich organisierter Energieversorger den wettbewerbsrechtlichen Regelungen der Europäischen Verträge unterliegt und durch diese möglicherweise in seiner gemeinwirtschaftlichen Ausrichtung eingeschränkt wird (2.).

### 3.1 Mitgliedstaatliche Autonomie hinsichtlich der Eigentumsordnung

Gem. Art. 345 AEUV bleiben die Eigentumsordnungen der Mitgliedstaaten der Unionsverträge unberührt. Gleichzeitig fordert die Errichtung eines Binnenmarktes zur Vermeidung von Wettbewerbsverfälschungen grundsätzlich einen weitgehenden Verzicht der Mitgliedstaaten auf Interventionen in der Wirtschaft.<sup>56</sup> Allerdings ist das Unionsrecht nicht auf die Einrichtung und Optimierung des Binnenmarkts beschränkt. Art. 3 Abs. 3 EUV betont zwar die Bedeutung des Binnenmarktes und seiner Grundfreiheiten, stellt ihn jedoch zugleich in den Dienst von Allgemeininteressen. In diesem Sinne sehen verschiedene Vorschriften des Unionsrechts z. B. eine besondere rechtliche Stellung der sog. Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) vor, die im Wesentlichen dem Konzept der Daseinsvorsorge entsprechen. Hier wird den Mitgliedstaaten mehr Handlungsspielraum zugebilligt und das privatwirtschaftliche „Wettbewerbsprinzip“ der EU-Verträge wegen der Gemeinwohlrelevanz die-

ser Wirtschaftsbereiche teilweise relativiert (Art. 14, 106 Abs. 2 AEUV, Art. 36 GRCh). In ähnlicher Weise ist auch Art. 345 AEUV bei denjenigen Vorschriften einzuordnen, die einen Ausgleich zwischen einem wettbewerbsorientierten Binnenmarkt und der hoheitlichen Daseinsvorsorge schaffen.<sup>57</sup>

Aus der mitgliedstaatlichen Autonomie hinsichtlich der Eigentumsordnung folgt zugleich, dass eine öffentliche Unternehmenswirtschaft nicht gegen die Verträge verstößt, sondern als legitimer Bestandteil des Konzepts des Gemeinsamen Marktes anerkannt ist.<sup>58</sup> Art. 345 AEUV diene ursprünglich auch dazu, die Möglichkeit einer Sozialisierung von Produktionsmitteln durch die Mitgliedstaaten offen zu halten.<sup>59</sup>

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in seiner Grundsatzentscheidung *Costa/E.N.E.L.*, die auch den Anwendungsvorrang des Europarechts etabliert hat, explizit entschieden, dass eine Verstaatlichung im Energiesektor mit Unionsrecht vereinbar sein kann,

56 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 3.

57 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 3.

58 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 12.

59 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz/, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 24.

solange sie nicht nach der Staatsangehörigkeit diskriminiert.<sup>60</sup> Die Verstaatlichung ist in diesem Zusammenhang als Oberbegriff zu verstehen, der auch eine Vergesellschaftung nach Art. 15 GG umfasst. Dies ergibt sich für den hier untersuchten „Basisfall“ einer Überführung in Gemeineigentum auf einen öffentlich-rechtlichen Träger daraus, dass das Eigentum Privateigentum entzogen und öffentliches bzw. staatliches Eigentum begründet wird. Es dürfte aber auch bei einer – hier nicht näher untersuchten<sup>61</sup> – Übertragung auf privatrechtliche Träger gelten, weil das Privateigentum in diesen Fällen zur Wahrung der Gemeinwirtschaftlichkeit so stark öffentlich-rechtlich überformt werden müsste, dass es einer Verstaatlichung vergleichbar wäre.<sup>62</sup> Im Ergebnis ist die Vergesellschaftung von Produktionsmitteln im Energiesektor, einschließlich Unternehmen, durch die Mitgliedsstaaten somit grundsätzlich zulässig.<sup>63</sup>

Allerdings sind die Mitgliedstaaten bei einer Vergesellschaftung und der nachfolgenden gemeinwirtschaftlichen Betätigung weiterhin an die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot und das gemeinschaftsrechtliche Wettbewerbsrecht (dazu unter 2.) gebunden.<sup>64</sup> Das bedeutet insbesondere eine Rechtfertigungsbedürftigkeit von „wettbewerbsbeeinträchtigenden Handlungen“, die allerdings im Bereich besonders gemeinwohlrelevanter Dienstleistungen wieder weitreichender sind. So sind öffentliche Unternehmen zwar an die europäischen Wettbewerbsregeln gebunden (Art. 106 Abs. 1 AEUV); im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse eröffnet Art. 106 Abs. 2 AEUV insoweit allerdings wieder besondere Rechtfertigungsmöglichkeiten, soweit der verfolgte Gemeinwohlzweck anderenfalls gefährdet wäre (siehe

noch sogleich, 2.). Ähnlich verhält es sich mit diskriminierenden Maßnahmen im Rahmen der Eigentumszuordnung.<sup>65</sup>

Die Abwägung zwischen öffentlichen Interessen und Wettbewerbsprinzip bei der Ausgestaltung der Eigentumsordnung lässt sich an einem Fall veranschaulichen, der mit einer Vergesellschaftung grundsätzlich vergleichbar ist und zudem die Energiewirtschaft betrifft: Im Jahr 2013 hatte der EuGH in der sog. *Essent*-Entscheidung<sup>66</sup> über die Zulässigkeit eines Privatisierungsverbots in den Niederlanden zu befinden. Konkret ging es um eine Regelung, nach der Anteile an Elektrizitäts- und Gasverteilernetzbetreibern nicht an private Investoren verkauft werden durften. Das gesamte niederländische Versorgungsnetz wurde dabei vom staatlichen Betreiber *Essent* gehalten, es ging also in der Sache um eine dauerhafte Vermeidung des „Eindringens“ privatwirtschaftlicher Interessen in den Netzbetrieb. Dies ist für den vorliegenden Zusammenhang nicht zuletzt deswegen interessant, weil die dauerhafte Sicherung des gemeinwirtschaftlichen Zwecks bei der tatsächlichen Umsetzung einer konkreten Vergesellschaftung ein zentrales Thema ist.

Der EuGH bestätigte in seiner Entscheidung zunächst, dass die europäischen Verträge grundsätzlich weder einer Verstaatlichung noch einer Privatisierung von Unternehmen entgegenstehen.<sup>67</sup> Zugleich stellte er fest, dass Art. 345 AEUV nicht dazu führt, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Eigentumsordnungen völlig frei und den wettbewerbsbezogenen Grundprinzipien des AEUV (z. B. Nichtdiskriminierung, Niederlassungsfreiheit und Kapitalverkehrsfreiheit) entzogen sind.<sup>68</sup> Vielmehr kommt es im Ergebnis auf eine Abwägung an: Ein

60 EuGH, Urt. v. 15.07.1964, Rs. C-6/64, *Costa/E.N.E.L.*

61 Siehe bereits oben mit Fn. 39.

62 Selbst wenn die Übertragung auf und gemeinwirtschaftliche Bindung von privaten Trägern semantisch nicht mehr unter den Begriff „Verstaatlichung“ gefasst würde, wäre sie doch von der Ausgestaltungsfreiheit der „Eigentumsordnung“ erfasst. Letztlich ist entscheidend, ob die Unionsrechtsordnung im Übrigen gewahrt bleibt, dazu sogleich.

63 So auch Kempny, in: Dreier (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2023, Art. 15 Rn. 6 ff.; Axer, in: BeckOK GG, 59. Ed. 15.06.2024, Art. 15 Rn. 9; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 12.

64 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 24; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 12.

65 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 345 Rn. 12.

66 EuGH, Urt. v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, *Essent*.

67 EuGH, a. a. O., Rn. 30

68 EuGH, Urt. V. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, *Essent*, Rn. 36.

Privatisierungsverbot fällt (ebenso wie eine Verstaatlichung) unter Art. 345 AEUV und kann im Ergebnis mit dem Unionsrecht vereinbar sein. Den Mitgliedstaaten ist es nicht verboten, eine Zuordnung des Eigentums an Energieversorgungsnetzen in öffentliche Trägerschaft einzuführen oder aufrechtzuerhalten. Allerdings beschränkt ein Privatisierungsverbot den freien Kapitalverkehr und muss dementsprechend gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung ist möglich, wenn sie nicht allein durch wirtschaftliche Motive (insbesondere also Gewinnerzielung) vorgegeben wird und ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel verfolgt wird.<sup>69</sup> Die Beschränkungen müssen dann im Verhältnis den verfolgten Zielen angemessen sein und nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Im konkreten Fall wurden als zwingende Gründe des Allgemeininteresses der Verbraucherschutz und die Sicherung von Investitionen anerkannt.<sup>70</sup> Auch Umweltschutz- und soziale Ziele wurden vom EuGH in anderen Entscheidungen bereits als zwingende Allgemeininteressen anerkannt.<sup>71</sup>

Diese Maßstäbe ähneln strukturell denjenigen, die auch auf verfassungsrechtlicher Ebene bei der Prüfung des Art. 15 anzuwenden sind: Auch dort ist ein über die Gewinnerzielung hinausgehender Gemeinwohlzweck sowie eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erforderlich. Im Hinblick auf den konkreten Fall ist allerdings darauf hinzuweisen, dass dieser „nur“ die Netzebene betraf, auf der wegen der natürlichen Monopolstruktur ohnehin kein Wettbewerb möglich ist. Das bedeutet nicht, dass die dort entwickelten Maßstäbe nicht auch auf die Vergesellschaftung eines Energieerzeugers bzw. versorgers übertragbar sind – dies dürfte vielmehr grundsätzlich der Fall sein. Allerdings wäre es unionsrechtlich wohl nicht zulässig, mit diesem Mittel der Vergesellschaftung den Wettbewerb auf der Erzeuger- oder Versorgungsebene vollständig auszuschalten, also etwa alle dort tätigen Unternehmen zu vergesellschaften und in einen einzigen Anbieter zu überführen. Insoweit setzt die Konzeption der Europäischen Verträge (und im Übrigen auch das auf Wettbewerb gerichtete Sekundärrecht im Energiesektor, dazu noch unten, 4.2) eine Grenze. Flächendeckende Verstaatlichungen ganzer

Wirtschaftssektoren dürften durch ihre monopolisierende Wirkung regelmäßig gegen das Diskriminierungsverbot, die Grundfreiheiten und gegen andere Bestimmungen der Verträge verstoßen.<sup>72</sup> Dies wäre im Einzelfall genau zu prüfen.

Im Ergebnis stellen die Europäischen Verträge kein grundsätzliches Hindernis für die Vergesellschaftung von Teilen der Energiewirtschaft dar. Es sind jedoch bei Vergesellschaftungsvorhaben die Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot zu beachten.

69 EuGH, Urt. v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, Essent, Rn. 51 f.

70 EuGH, Urt. v. 22.10.2013, verb. Rs. C-105/12 bis C-107/12, Essent, Rn. 58 f.

71 Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 36 AEUV Rn. 82.

72 Durner, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 15 Rn. 24.

## 3.2 Verhältnis von Gemeinwirtschaft und AEUV Wettbewerbsvorschriften

Die Wettbewerbsregeln des AEUV dienen der Sicherstellung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt. Sie sollen Marktverzerrungen verhindern und so faire Wettbewerbsbedingungen, wirtschaftliche Effizienz und Verbraucherschutz gewährleisten. Das Wettbewerbsrecht schränkt dabei auch staatliche Interventionen in das Marktgeschehen ein, insbesondere durch die Beihilfenkontrolle gem. Art. 106–109 AEUV.

Zu klären ist für den Zweck der vorliegenden Untersuchung, inwieweit die unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln des AEUV auf gemeinwirtschaftliche Unternehmen anzuwenden sind, da Art. 15 GG eine gemeinwirtschaftliche Ausrichtung des Unternehmens gebietet (s. o., 2.). Für die realen gemeinwirtschaftlichen Gestaltungsspielräume ist daher entscheidend, inwieweit die europäischen Verträge eine marktorientierte Teilnahme am Wettbewerb vorschreiben.

Eine Vergesellschaftung führt nicht dazu, dass der Energieversorger aus wettbewerbsrechtlicher Sicht der Kontrolle durch das europäische Wettbewerbsrecht entzogen wäre. Vielmehr unterliegt auch ein vergesellschaftetes Unternehmen den Wettbewerbsregeln des AEUV, sofern es weiterhin eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt.<sup>73</sup> Dies ergibt sich aus Art. 106 Abs. 1 AEUV. Dieser ordnet grundsätzlich an, dass die Mitgliedstaaten u. a. in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine den Verträgen und insbesondere deren Wettbewerbsregeln widersprechende Maßnahmen treffen. Ein vergesellschafteter Energieversorger wäre im Ergebnis regelmäßig als „öffentliches Unternehmen“ einzuordnen; maßgeblich ist im Ergebnis, ob der Staat auf Planung und Geschäftstätigkeit bestimmenden Einfluss ausüben kann.<sup>74</sup>

Allerdings sieht das Unionsrecht, wie bereits erwähnt, spezifische Ausnahmen bzw. besondere Rechtfertigungsgründe vor, wenn ein Unternehmen

mit einer sog. Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (kurz: DAWI) betraut wurde. DAWI sind marktbezogene Leistungen, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden, mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden sind und ohne staatliche Intervention nicht (oder unter anderen Bedingungen) erbracht würden.<sup>75</sup> Dies träfe auf ein vergesellschaftetes Unternehmen im Energiesektor, das, wie oben dargestellt, schon von Verfassung wegen besonderen Gemeinwohlverpflichtungen unterläge, grundsätzlich zu.

### 3.2.1 Ausnahme von den Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV

Ein gemeinwirtschaftlicher Energieversorger könnte unter den Voraussetzungen des Art. 106 Abs. 2 AEUV teilweise von den Wettbewerbsvorschriften des AEUV befreit sein.

Gem. Art. 106 Abs. 2 AEUV unterliegen mit DAWI betraute Unternehmen dem EU-Wettbewerbsrecht nur insoweit, als die Anwendung dieser Regeln die Erfüllung ihrer Aufgaben nicht rechtlich oder faktisch behindert. Die Vorschrift soll sicherstellen, dass betraute Unternehmen ihre gemeinwohlorientierten Aufgaben – z. B. die Bereitstellung grundlegender Versorgungsleistungen wie Energie, Wasser oder öffentlicher Verkehr – effektiv erfüllen können, selbst wenn dies in bestimmten Bereichen zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt. Die Ausnahme gilt nur, wenn die Wettbewerbsregeln die Aufgabenerfüllung erheblich behindern würden, und nur insoweit, wie diese Einschränkung erforderlich ist.<sup>76</sup>

Art. 106 Abs. 2 AEUV bildet damit die Schnittstelle zwischen Wirtschaftsinterventionen des Gewährleistungsstaates einerseits und der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf ein System unverfälschten Wettbewerbs anderer-

73 Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe i. S. v. Art. 107 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262, 19. Juli 2016, Rn. 6.

74 Jung, in: Calliess/Ruffert AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 Rn. 12.

75 Siehe dazu <https://eur-lex.europa.eu/DE/legal-content/summary/state-aid-application-of-rules-for-services-of-general-economic-interest-sgei.html>.

76 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 Rn. 47.

seits.<sup>77</sup> Diese Rolle wird durch Art. 14 AEUV verstärkt. Dieser verpflichtet die EU und die Mitgliedstaaten, die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen für DAWI zu gewährleisten, und bietet eine Grundlage für weitergehende sektorspezifische Regelungen. Er ist rechtlicher Ansatzpunkt für die besondere Rolle öffentlicher Dienstleistungen im europäischen Wirtschaftsrecht. Er ist mit grundrechtsähnlicher Wertigkeit ausgestattet und Teil der Grundsatznormen der Verträge, die für die Auslegung der nachfolgenden spezielleren Normen zu beachten sind.<sup>78</sup> Dogmatisch behandelt Art. 14 AEUV, anders als Art. 106 AEUV, Leistungen der Daseinsvorsorge nicht als Durchbrechung der wettbewerbsgeprägten Marktordnung, sondern erkennt sie in ihrer eigenständigen Bedeutung an. Dahinter steht die Auffassung, dass gemeinwohlorientierte Wirtschaftsformen zum Kern des europäischen Gesellschaftsmodells gehören und einen wesentlichen Teil der gemeinsamen europäischen Wertvorstellungen ausmachen.<sup>79</sup>

Vor der Liberalisierung der Energiemärkte fielen Energieversorgungsunternehmen nach traditioneller Rechtsprechung von EuGH und Verständnis der Kommission in den Anwendungsbereich von Art. 106 Abs. 2 AEUV. Seit der Liberalisierung der Energieversorgungswirtschaft muss die Rolle der Energieversorgungsunternehmen differenziert betrachtet werden.<sup>80</sup> In der Regel fehlt es heute gegenüber Energieversorgern an einem individualisierenden Betrauungsakt,<sup>81</sup> der für die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich wäre. Ein solcher Betrauungsakt erfordert nämlich, dass dem Energieversorger eine Aufgabe im oben genannten Sinne kraft eines Ho-

heitsakts der öffentlichen Gewalt (also z. B. durch Gesetz oder Verwaltungsakt) übertragen worden ist.<sup>82</sup> Dass ein solcher Betrauungsakt in der privatwirtschaftlich strukturierten Energiewirtschaft heute häufig fehlt, ist allerdings nicht mehr als eine tatsächliche Feststellung und kein normativer Zwang: Sofern es für einen Energieversorger einen individuellen Betrauungsakt gibt, ist der Anwendungsbereich des Art. 106 Abs. 2 AEUV wieder eröffnet.

Die Einstufung einer Tätigkeit als DAWI erfolgt durch die Mitgliedstaaten, wobei ihnen ein weiter Ermessensspielraum zukommt.<sup>83</sup> Die Betrauung muss, wie erwähnt, durch eine rechtlich verbindliche Maßnahme erfolgen, etwa durch ein Gesetz, einen Verwaltungsakt oder einen Konzessionsvertrag. Darin müssen die konkreten Verpflichtungen des Unternehmens klar festgelegt sein, einschließlich der Art der Dienstleistung, der Dauer der Betrauung und etwaiger finanzieller Ausgleichsmechanismen.<sup>84</sup>

Für einen vergesellschafteten Energieversorger liegt ein solcher Akt der Betrauung im Vergesellschaftungsgesetz selbst. Dies folgt im Wesentlichen schon aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben, die eine Vergesellschaftung nur zu gemeinwirtschaftlichen Zwecken ermöglichen, die auch im Vergesellschaftungsgesetz festzuhalten wären (s. o., 2.2). Die Betrauung i. S. v. Art. 106 Abs. 2 AEUV könnte auch noch einmal zusätzlich durch den Gesetzgeber hervorgehoben werden, notwendig ist dies jedoch nicht. Bei der Einordnung als DAWI haben die Mitgliedstaaten einen weiten Ermessensspielraum.<sup>85</sup> Als DAWI im Energiesektor nennt Art. 9 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL<sup>86</sup> solche gemeinwirtschaftlichen Verpflich-

77 Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 83. EL Juli 2024, Art. 106 Rn. 3.

78 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 19. Die „grundrechtsähnliche Wertigkeit“ wird bestätigt durch Art. 36 der Grundrechte-Charta (GRCh), wonach die Union den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse anerkennt.

79 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 14 Rn. 21.

80 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 Rn. 43.

81 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 Rn. 43.

82 Jung, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 106 Rn. 42.

83 Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 83. EL Juli 2024, Art. 106 Rn. 44.

84 Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV, 83. EL Juli 2024, Art. 106 Rn. 49; Theobald/Kühling, Energierecht, AEUV Art. 101–102 Rn. 95.

85 Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vom 11.01.2012, Abl. EU C 8/11, Rn. 45 ff.

86 Richtlinie (EU) 2019/944 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 mit gemeinsamen Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2012/27/EU.

tungen, „die sich auf Sicherheit, einschließlich Versorgungssicherheit, Regelmäßigkeit, Qualität und Preis der Versorgung sowie Umweltschutz, einschließlich Energieeffizienz, Energie aus erneuerbaren Quellen und Klimaschutz, beziehen können“. Auch insoweit besteht also klare Kongruenz mit den hier untersuchten Vergesellschaftungszwecken. Zweifelhaft wäre hingegen wohl, ob der „reine“ Vergesellschaftungszweck (im Sinne eines Entzugs aus der kapitalistischen Wirtschaftsweise) für die Anwendung des Art. 106 Abs. 2 AEUV ausreichend wäre; hierauf kommt es angesichts der (weiteren) konkret verfolgten Ziele indes nicht an.

### 3.2.2. Ausnahmen im Bereich staatlicher Beihilfen

Die Betrauung mit DAWI kann ferner Ausnahmen vom Verbot staatlicher Beihilfen aus Art. 107 Abs. 1 AEUV rechtfertigen. Dies kann im vorliegenden Zusammenhang vor allem relevant werden, wenn ein vergesellschaftetes Unternehmen später Subventionen oder sonstige Begünstigungen erhalten soll (s. u.).

Ob eine finanzielle Unterstützung durch den Staat als Beihilfe i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV einzustufen ist, hängt von fünf kumulativen Voraussetzungen ab:

- Erstens muss der Begünstigte als „Unternehmen“ im Sinne des Unionsrechts gelten. Der Begriff des Unternehmens i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV umfasst jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung. Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich. Grundsätzlich sind sowohl private als auch öffentliche Unternehmen erfasst.<sup>87</sup> Somit wäre auch ein gemeinwirtschaftlicher Energieversorger auch ohne Gewinnerzielungsabsicht ein Unternehmen i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV.

- Zweitens muss die Zuwendung aus staatlichen Mitteln stammen und dem Staat zurechenbar sein. Für die Zurechenbarkeit ist grundsätzlich ausreichend, dass die öffentliche Hand in irgendeiner Form über die Zuwendung entscheidet oder Einfluss darauf nimmt.<sup>88</sup> Beispiele können etwa Zuschüsse, vergünstigte Darlehen, Steuerbegünstigungen, Zahlungserleichterungen usw. sein.<sup>89</sup> Die reine Ausgestaltung von Privatrechtsverhältnissen genügt hingegen nicht, sofern die Gelder nicht „ständig unter staatlicher Kontrolle und somit den zuständigen nationalen Behörden zur Verfügung stehen“, weshalb der EuGH die EEG-Umlage nicht als Beihilfe einordnet<sup>90</sup>

- Drittens muss dem Unternehmen ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt werden, den vergleichbare Unternehmen unter Marktbedingungen nicht erhalten würden.<sup>91</sup>

- Viertens muss die Maßnahme bestimmte Unternehmen oder Produktionszweige gezielt begünstigen.<sup>92</sup>

- Fünftens muss eine Maßnahme den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen und den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinflussen.<sup>93</sup> Der Energiesektor ist stark in den Binnenmarkt integriert, sodass finanzielle Unterstützungsmaßnahmen in diesem Bereich grundsätzlich geeignet sind, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinflussen.

Auf dieser Grundlage ist zunächst festzuhalten, dass der Akt der Verstaatlichung oder Vergesellschaftung selbst keine Beihilfe i. S. v. Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellt, sofern die Entschädigung die Betroffenen (d. h. hier die vergesellschafteten Unterneh-

87 Bekanntmachung der Kommission (Fn. 70), Rn. 6 ff.

88 Bekanntmachung der Kommission (Fn. 70), Rn. 38 ff.

89 Beispiele bei v. Wallenberg/Schütte, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 83. EL Juli 2024, Art. 107 AEUV Rn. 93 ff.

90 EuGH, Urteil vom 28.03.2019 – C-405/16 P = EuZW 2019, 418, Rn. 57; siehe auch im Anschluss daran aktuell zum KWKG EuG, Urteil vom 24.01.2024 – T-409/21.

91 Bekanntmachung der Kommission (Fn. 70), Rn. 66 ff.

92 Bekanntmachung der Kommission (Fn. 70), Rn. 117 ff.

93 Bekanntmachung der Kommission (Fn. 70), Rn. 185 ff.

men) nicht überkompensiert.<sup>94</sup> Die in den Medien so genannte Verstaatlichung der Uniper SE im Jahr 2022 hingegen war eine genehmigungsbedürftige Beihilfe, da sie als Rekapitalisierungsmaßnahme zur Abwendung der Insolvenz ausgestaltet war. Dabei erwarb die Bundesregierung Anteile an der Uniper SE vom bisherigen Eigentümer.<sup>95</sup> Eine solche Konstellation ist jedoch nicht auf eine Vergesellschaftung übertragbar. Dies gilt auch für eine Vergesellschaftung durch Aktienerwerb, die mit der beschriebenen Konstellation nicht vergleichbar ist, weil und soweit es nicht um die staatliche Rettung notleidender Unternehmen geht, sondern um die Vergesellschaftung profitabler Unternehmen. Eine Überkompensation ist im Rahmen des Art. 15 GG grundsätzlich unwahrscheinlich und jedenfalls nicht geboten, da die – hier nicht weiter behandelte – Entschädigung nach ganz überwiegender Auffassung gerade nicht den Marktwert widerspiegeln muss.

Das Beihilfenrecht wird demzufolge grundsätzlich nicht beim Akt der Vergesellschaftung relevant, sondern allenfalls bei einer späteren staatlichen Unterstützung des vergesellschafteten Unternehmens. Dies wäre etwa möglich, wenn der Staat dem Unternehmen Zuschüsse zukommen lässt, damit dieses den Strom zu vergünstigten, nicht kostendeckenden Preisen an die Verbraucher:innen weitergeben kann. Denkbar wäre auch, dass etwaige Mehrkosten einer klimaneutralen Energieversorgung ausgeglichen werden. Ebenso kann eine Beihilfe im Falle einer Eigenkapitalzuführung vorliegen, sofern diese nicht zu Marktbedingungen erfolgt, ein privatwirtschaftlicher Investor sie also nicht vorgenommen hätte, wobei dem Staat ein gewisser Beurteilungsspielraum zukommt.<sup>96</sup>

Liegt eine Beihilfe an das vergesellschaftete Unternehmen vor, kann deren Gewährung möglicherweise mit den Besonderheiten der DAWI gerechtfertigt werden.

Die Voraussetzungen hierfür werden im Folgenden kurz skizziert; letztlich kommt es auf den Einzelfall an.

Nach dem *Altmark-Trans*<sup>97</sup>-Urteil des EuGH stellen Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen schon tatbestandlich keine staatlichen Beihilfen dar, wenn vier kumulative Bedingungen erfüllt sind.<sup>98</sup>

- Erstens muss die DAWI eindeutig definiert und das Unternehmen rechtlich mit der Erbringung dieser Leistung betraut worden sein. Diese Voraussetzung wäre erfüllt, wenn ein Vergesellschaftungsgesetz explizit vorsieht, dass das Unternehmen z. B. für eine nachhaltige Energiegrundversorgung verantwortlich ist.
- Zweitens muss der finanzielle Ausgleich für die DAWI objektiv, transparent und vorhersehbar berechnet werden, sodass keine ungerechtfertigten Vorteile entstehen.
- Drittens darf der finanzielle Ausgleich nicht über das hinausgehen, was zur Erfüllung der DAWI erforderlich ist.
- Viertens muss das Unternehmen entweder in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren ausgewählt worden sein oder seine Kostenstruktur mit der eines effizient geführten Unternehmens vergleichbar sein (was auf hypothetischer Grundlage schwer nachweisbar ist).

Auch wenn die EU-Kommission zur Anwendung eine Mitteilung herausgegeben hat,<sup>99</sup> kommt es bei der Anwendung der *Altmark-Trans*-Kriterien letzten Endes auf den Einzelfall an, sodass erhebliche Rechtsunsicherheit besteht.<sup>100</sup>

94 Handbuch über staatliche Beihilfen Handreichung für die Praxis von BMWi-EA6, Januar 2016, S. 29 f.

95 Pressemitteilung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz vom 21.09.2022, abrufbar unter: <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Pressemitteilungen/2022/09/20220921-bundesregierung-verstandigt-sich-auf-anpassung-des-stabilisierungspakets-fur-uniper.html>

96 Schweitzer/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Abs. 1 AEUV Rn. 85 ff.

97 EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*.

98 EuGH, Urteil vom 24. Juli 2003, Rs. C-280/00, *Altmark Trans*, Rn. 87 ff.

99 EU-Rahmen für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung von öffentlichen Dienstleistungen, ABl. 2012 C 8, 15.

100 Cremer, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 107 Rn. 20.

Sollte (nur) eines der *Altmark-Trans*-Kriterien nicht erfüllt sein, bleibt die Einstufung als Beihilfe bestehen, sodass eine Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich ist.

Art. 106 Abs. 2 AEUV erlaubt Beihilfen für Unternehmen, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- Erstens muss das Unternehmen tatsächlich mit einer DAWI betraut sein, was bei einem gemeinwirtschaftlichen Energieversorger durch das Vergesellschaftungsgesetz gegeben wäre (s. o., 2.).
- Zweitens muss die staatliche Unterstützung notwendig sein, um die DAWI zu erfüllen. Hierfür ist nicht erforderlich, dass das Unternehmen ohne die Unterstützung in seinem wirtschaftlichen Überleben bedroht wäre; es genügt, wenn die Aufgabenerfüllung gefährdet wäre.<sup>101</sup>
- Drittens muss die Beihilfe für die Aufgabenerfüllung erforderlich sein, also darf z. B. insbesondere nicht zu einer Überkompensation führen. Nach den Leitlinien der EU-Kommission darf die Kompensation „unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Nettokosten abzudecken“.<sup>102</sup> Insoweit kommt es also auch stark auf die Definition der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen an, bei der den Mitgliedstaaten ein erheblicher Einschätzungsspielraum zusteht.
- Viertens darf die Maßnahme den Binnenmarkt nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen. Dies könnte gewährleistet werden, indem die Beihilfe auf eine bestimmte Laufzeit begrenzt und ihre Höhe an den tatsächlichen Investitionsbedarf angepasst wird.

Durch die Betrauung mit einer DAWI besteht im Ergebnis für einen gemeinwirtschaftlichen Energieversorger also sowohl durch Erfüllung der *Altmark-Trans*-Kriterien als auch durch die Rechtfertigung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV die Möglichkeit, Ausnahmen vom Verbot der staatlichen Beihilfe in Anspruch zu nehmen. Im Einzelfall kann zudem eine Rechtfertigung nach Art. 107 Abs. 2 oder Abs. 3 AEUV in Betracht kommen. Hierfür hat die EU-Kommission Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen veröffentlicht.<sup>103</sup>

### 3.2.3. Auswirkungen auf das Kartellrecht (Art. 101 und 102 AEUV)

Auch DAWI-Unternehmen sind grundsätzlich nicht von den Verboten wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV) oder des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (Art. 102 AEUV) befreit, wie sich aus Art. 106 Abs. 1 AEUV ergibt.<sup>104</sup>

Wie in Bezug auf Beihilfen kann das Vorliegen einer DAWI aber eine Rechtfertigung für wettbewerbslich ansonsten unzulässige Verhaltensweisen sein, wenn die Wettbewerbsbeschränkung für die Erfüllung der DAWI zwingend notwendig ist und keine weniger wettbewerbsverzerrende Alternative existiert.<sup>105</sup> In der Praxis bedeutet dies beispielsweise, dass ein DAWI-Unternehmen, das eine Monopolstellung innehat, nicht automatisch wegen Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung belangt wird, sofern diese Marktstellung für die Erfüllung der DAWI erforderlich ist.

Auch in diesem Zusammenhang ist noch einmal zu betonen, dass die Vergesellschaftung selbst nicht am Kartellrecht zu messen ist.

101 Wernicke, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Werkstand: 83. EL Juli 2024, Art. 106 AEUV Rn. 64 mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung.

102 Art. 5 Abs. 1 des Beschlusses der Kommission vom 20.12.2011 über die Anwendung von Art. 106 Abs. 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, Az. K(2011) 9380, 2012/21/EU, ABl. EU L 7/3.

103 Mitteilung der Kommission, Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022, ABl. C 80/1.

104 Bruhn, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 127. EL Oktober 2024, AEUV Art. 101–102 Rn. 94.

105 Bruhn, in: Theobald/Kühling, Energierecht, 127. EL Oktober 2024, AEUV Art. 101–102 Rn. 95.

### 3.2.4. Zwischenfazit

Die Wettbewerbsvorschriften des AEUV finden grundsätzlich auch auf einen Energieerzeuger in Gemeinwirtschaft Anwendung, werden allerdings durch die primärrechtlichen Öffnungsklauseln (Art. 345, 106 Abs. 2, 14 AEUV) relativiert. Der Vergesellschaftung selbst steht das unionsrechtliche Wettbewerbsrecht ohnehin nicht entgegen; die maßgeblichen Vorschriften betreffen erst die folgende Betätigung des Unternehmens. Hier führt die Betrauung eines gemeinwirtschaftlichen Energieversorgers mit einer DAWI zu signifikanten Ausnahmen vom europäischen Wettbewerbsrecht, insbesondere in Bezug auf staatliche Beihilfen und das Marktverhalten. Wettbewerbsverzerrungen müssen allerdings verhältnismäßig sein und dürfen nicht über das erforderliche Maß hinausgehen. Eine Vergesellschaftung selbst wird regelmäßig (wenn nicht notwendig) eine Betrauung mit einer DAWI darstellen, weil ein vergesellschafteter Energieversorger aufgrund eines konkreten Akts (Vergesellschaftungsgesetz, ggf. konkretisierender Verwaltungsakt) mit der Wahrnehmung einer gemeinwirtschaftlichen Aufgabe beauftragt würde.

### 3.3. Ergebnis

Im Ergebnis stellt das europäische Primärrecht kein grundsätzliches Hindernis für eine Vergesellschaftung von Teilen der Energieversorgung oder deren Betrieb in Gemeinwirtschaft dar. Bei einer Vergesellschaftung sind die Grundfreiheiten zu beachten. Ein Eingriff in die Grundfreiheiten durch eine Vergesellschaftung kann nach der *Essent*-Rechtsprechung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein. Hierbei besteht einiger Spielraum; zwar scheiden allein wirtschaftliche Gründe von vornherein aus, sie wären aber nach Art. 15 GG ohnehin unzulässig.

Die Wettbewerbsvorschriften des AEUV finden grundsätzlich auch auf einen Energieerzeuger in Gemeinwirtschaft Anwendung. Art. 106 Abs. 2 AEUV und die *Altmark-Trans*-Kriterien bieten Ausnahmen von den Vorschriften für mit DAWI betraute Unternehmen, zu denen ein gemeinwirtschaftlich organisierter Energieversorger zählt. Das Europäische Primärrecht bietet ausreichend Flexibilität, um die wirtschaftlichen und finanziellen Bedingungen für DAWI und Gemeinwohlziele zu gewährleisten.

# 4

## Überblick:

# Rechtsrahmen für einen gemeinwirtschaftlichen Stromversorger

In den bisherigen Teilen des Gutachtens wurde aufgezeigt, dass und unter welchen Voraussetzungen ein Energieversorger nach dem Grundgesetz und den europäischen Verträgen vergesellschaftet werden darf. Eine solche Vergesellschaftung ist verfassungs- und unionsrechtlich grundsätzlich zulässig. Die verfassungsrechtlich gebotene gemeinwirtschaftliche Ausrichtung ist mit dem europäischen Primärrecht (d. h. den Verträgen) ebenfalls prinzipiell vereinbar.

Allerdings hätte ein gemeinwirtschaftlicher Energieversorger nach einer Vergesellschaftung weiterhin die geltenden gesetzlichen Regelungen zu beachten. Im Energiewirtschaftsrecht ist dieser Rechtsrahmen weitgehend durch europäisches Sekundärrecht (d. h. Richtlinien und Verordnungen) geprägt, die teilweise durch Bundesgesetze umgesetzt und ergänzt werden. Dieser Rechtsrahmen wird im Folgenden überblicksartig für den Stromsektor dargestellt, wobei zunächst die Gesetzgebungszuständigkeiten erläutert werden, bevor auf grundlegende inhaltliche Anforderungen insbesondere des Energiewirtschaftsrechts eingegangen wird.

## 4.1. Kompetenzrechtliche Grundlagen für einen gemeinwirtschaftlichen Energieerzeuger

Für das Verständnis von den rechtlichen Anforderungen an einen gemeinwirtschaftlichen Energieversorger ist es zunächst wichtig, zwischen der Kompetenz zur Vergesellschaftung und der Gesetzgebungskompetenz für Energiepolitik und Energiewirtschaft zu unterscheiden.

### 4.1.1. Kompetenz für Vergesellschaftungsgesetze gem. Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG

Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz zwischen Bund und Ländern wird durch Art. 30, 70 GG bestimmt. Demnach haben die Länder das Recht zur Gesetzgebung, soweit das Grundgesetz die Kompetenz nicht dem Bund zuspricht. Die Überführung von Grund und Boden, von Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft ist gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG Teil der konkurrierenden Gesetzgebung.

In der konkurrierenden Gesetzgebung liegt die Kompetenz gem. Art. 72 Abs. 1 GG bei den Ländern, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzge-

bungszuständigkeit nicht durch Gesetz erschöpfend und abschließend Gebrauch gemacht hat.<sup>106</sup> Von der Kompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG hat der Bund bisher keinen Gebrauch gemacht,<sup>107</sup> daher stellt sich die Frage nach der Reichweite einer etwaigen Sperrwirkung in Bezug auf Vergesellschaftungsgesetze der Länder nicht.

Die Länder haben daher nach Art. 70, 72 Abs. 1 GG die Kompetenz für die Gesetzgebung auf dem Gebiet der Überführung von Grund und Boden, von Naturschätzen und Produktionsmitteln in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft, also für die Vergesellschaftung gem. Art. 15 GG.

Allerdings begründet Art. 74 Abs. 1 Nr. 15 GG nur die Kompetenz für Vergesellschaftungsgesetze zur

<sup>106</sup> BVerfGE 138, 261 (280) Rn. 44.

<sup>107</sup> Uhle, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 105. EL August 2024, Art. 74 Rn. 353.

Überführung des Eigentums, aber nicht zur Regulierung der in Gemeinwirtschaft überführten Produktionsmittel. Im Bereich der Energiewirtschaft beruht diese Kompetenz auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft), und der Bund hat von ihr abschließend und erschöpfend Gebrauch gemacht.<sup>108</sup> Daher kann ein Landesgesetzgeber, der sich durch ein Vergesellschaftungsgesetz zum Eigentümer eines Energieerzeugers macht (bzw. die gemeinwirtschaftliche Ausrichtung gesetzlich strukturiert), trotzdem keine eigenen Regeln erlassen, die in den energiewirtschaftlichen Kompetenzbereich des Bundesgesetzgebers übergreifen.

## 4.1.2. Gesetzgebungskompetenz für die Energiewirtschaft

Im Bereich der Energiewirtschaft hat zunächst die EU weitreichende Regulierungsbefugnisse, von denen sie umfänglich Gebrauch gemacht hat. Die Gesetzgebungskompetenzen der EU nach Art. 194 AEUV und des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) in der Energiewirtschaft sind daher durch das Zusammenspiel europäischer Vorgaben und nationaler Umsetzung bestimmt.

### 4.1.2.1. Gesetzgebungskompetenz der EU nach Art. 194 AEUV

Art. 194 AEUV gibt der EU die Kompetenz, eine Energiepolitik zu gestalten, die den Energiebinnenmarkt sicherstellt, die Versorgungssicherheit gewährleistet, die Energieeffizienz und erneuerbare Energien fördert und den (grenzüberschreitenden) Verbund der Netze stärkt. Ergänzend kann auch die Umweltkompetenz aus Art. 192 AEUV eine Rolle spielen, soweit es um sektorübergreifende Vorgaben geht, die nicht ausschließlich den Energiesektor betreffen.<sup>109</sup>

Die Energiepolitik gehört gem. Art. 4 Abs. 2 lit. i) AEUV grundsätzlich zu den geteilten Zuständigkeiten. Für geteilte Zuständigkeiten gilt gem. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 AEUV, dass die Mitgliedstaaten ihre Zuständigkeit nur noch wahrnehmen können, soweit die Union

ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat.<sup>110</sup> Auf dieser Grundlage kann die EU alle verbindlichen und unverbindlichen Maßnahmen ergreifen, was Richtlinien und Verordnungen (vgl. Art. 288 UAbs. 2, 3 AEUV) einschließt.<sup>111</sup>

Die EU kann durch ihre Gesetzgebungskompetenz für die Energiewirtschaft aus Art. 194 AEUV aber nicht verhindern, dass das Eigentum an Teilen des Energiesektors vergesellschaftet wird, da gem. Art. 345 AEUV die Verträge die Eigentumsordnung in den Mitgliedstaaten unberührt lassen und zu dieser Eigentumsordnung seit 1949 auch der Art. 15 GG zählt. Umgekehrt kann aber auch eine Vergesellschaftung gem. Art. 15 GG die in den europäischen Verträgen normierte Gesetzgebungskompetenz für die Energiepolitik nicht außer Kraft setzen. Darauf beruhende Rechtsakte bleiben auch nach der Vergesellschaftung anwendbar. Auch wenn das Primärrecht für eine Vergesellschaftung grundsätzlich offen ist (Art. 345, 106 Abs. 2 AEUV, s. o. unter 3.), führt dies nicht zu einer allgemeinen Ausnahme von sekundärrechtlichen Vorgaben. Ausnahmen von bestimmten Regelungen können sich ggf. im Einzelfall durch Auslegung der konkreten Vorschriften – unter Berücksichtigung der genannten „Öffnungsklauseln“ des Primärrechts für gemeinwirtschaftliche Ansätze – ergeben.<sup>112</sup> Die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, Energieversorgungsunternehmen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen aufzuerlegen, findet sich sekundärrechtlich auch in Art. 9 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL; insoweit können die Mitgliedstaaten auch gewisse Ausnahmen von den Regulierungsvorgaben zulassen (Art. 9 Abs. 5 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL).

### 4.1.2.2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG

Der Bund hat die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“, einschließlich der Energiewirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Er kann nationale Regelungen erlassen, sofern die EU den Bereich nicht abschließend harmonisiert

108 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Gesetzgebungskompetenzen für die Regulierung von Stromnetzentgelten, WD 3 – 3000 – 160/18, Ausarbeitung vom 28. Mai 2018, m. w. N.

109 Vgl. Gundel, in: Dausen/Ludwigs, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 61. EL September 2024, M. Energierecht Rn. 29.

110 Calliess, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 194 Rn. 24.

111 Calliess, in: Calliess/Ruffert, AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 194 Rn. 22.

112 Vgl. etwa EuGH, Urteil vom 20.04.2010 – C-265/08, Rn. 17 ff. zu gemeinwirtschaftlichen Preisregelungen bei der Erdgasversorgung. Vgl. ferner EuGH, Urteil vom 11.04.2019, C-473/17 u. a., Rn. 39 ff.

hat, und ergänzt EU-Vorgaben durch z. B. das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und das Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG).

Bezüglich der Energiewirtschaft hat der Bund von der konkurrierenden Gesetzgebung umfassenden Gebrauch gemacht, sodass kein Spielraum für landesrechtliche Regelungen verbleibt (siehe bereits oben).<sup>113</sup> Die Vergesellschaftung nach Art. 15 GG ist ein Verfahren von Verfassungsrang und entsprechend nicht durch einfache Bundesgesetze ausschließbar. Sie erlaubt, wie dargelegt, allerdings auch keine Veränderung der Gesetzgebungskompetenz für die vergesellschafteten Produktionsmittel. Im Energiesektor unterliegen auch Produktionsmittel in Gemeineigentum daher grundsätzlich weiter den auf Grundlage des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG erlassenen Gesetzen. Das geltende nationale Energiewirtschaftsrecht sieht derzeit vor, dass der Regulierungsrahmen des EnWG grundsätzlich vollumfänglich auch auf öffentliche Unternehmen anwendbar ist (§ 109 Abs. 1 EnWG);<sup>114</sup> Sonderregelungen für den Fall der Vergesellschaftung gibt es – wenig überraschend – nicht.

#### 4.1.2.3 Ergebnis

Die Änderung des Eigentümers und der Bewirtschaftungsart führt somit im Ergebnis nicht zu einem anderen Rechtsrahmen für einen Energieerzeuger in Gemeinwirtschaft. Unterschiede im Einzelfall können sich aus einer Interpretation der maßgeblichen Vorschriften ergeben, ggf. in Verbindung mit den „Öffnungsklauseln“ des EU-Primärrechts (z. B. Art. 106 Abs. 2 GG). Das Unionsrecht gibt den Mitgliedstaaten in diesem Zusammenhang grundsätzlich die Möglichkeit zu gemeinwirtschaftlichen Sonderregelungen (Art. 9 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL). Darüber hinaus aber hat eine Vergesellschaftung nach Art. 15 GG keine Auswirkungen auf die geltenden europäischen und nationalen Regelungen der Energiewirtschaft. Das geltende Bundesrecht sieht in § 109 Abs. 1 EnWG einen grundsätzlichen Gleichlauf der Regulierung für private und öffentliche Unternehmen vor und kennt auch keine Ausnahmen für den Fall der Vergesellschaftung. Die folgende Analyse geht daher von den allgemein geltenden Regelungen aus.

---

113 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Gesetzgebungskompetenzen für die Regulierung von Stromnetzentgelten, WD 3 – 3000 – 160/18, Ausarbeitung vom 28. Mai 2018.

114 Zu Ausnahmen in Einzelregelungen siehe Pielow, in: BeckOK EnWG, Stand: 01.03.2025, § 109 Rn. 23.

## 4.2. Grundzüge des Rechtsrahmens für einen Energieversorger in Gemeinwirtschaft im Stromsektor

Die rechtlichen Anforderungen an einen Energieversorger in Gemeinwirtschaft werden im Folgenden für den Stromsektor näher dargestellt. Sie richten sich maßgeblich nach dem Gegenstand der Vergesellschaftung bzw. auf welcher Ebene der Versorgung ein Unternehmen (Übertragungsnetze, Verteilernetze, Erzeugung) vergesellschaftet werden soll. Im Folgenden werden die Grundlagen der rechtlichen Anforderungen an Energieversorger in Gemeineigentum skizziert, um für eine Prüfung im Einzelfall einen Ansatzpunkt zu bieten. Aufgrund des großen Umfangs der Regulierungen ist eine umfassende Darstellung ohne ein konkretes Vergesellschaftungsvorhaben nicht möglich.<sup>115</sup> Anforderungen außerhalb des EnWG werden daher nicht näher geprüft.

---

115 Einen Eindruck vom Umfang der energiewirtschaftlichen Regulierung vermittelt die „Gesetzeskarte“ des Bundesministerium für Wirtschaft und Klimaschutz, Gesetzeskarte für das Energieversorgungssystem, Karte zentraler Strategien, Gesetze und Verordnungen (Plakat), abrufbar unter: <https://www.energiewechsel.de/KAENEFF/Redaktion/DE/Publikation/2021/plakat-gesetzeskarte.html>.

### 4.2.1. Energiewirtschaftliche Anforderungen an ein Versorgungsunternehmen nach dem EnWG

Das EnWG ist die zentrale gesetzliche Grundlage für das Recht der leitungsgebundenen Energieversorgung in Deutschland und setzt die maßgeblichen europäischen Vorgaben um. Ein nach Art. 15 GG vergesellschaftetes Energieversorgungsunternehmen unterliegt, wie dargelegt, grundsätzlich den gleichen energierechtlichen Vorgaben wie privatwirtschaftliche oder kommunale Versorger, sofern nicht anlässlich der Vergesellschaftung Änderungen im nicht unionsrechtlich determinierten (Bundes)Energiericht vorgenommen würden bzw. unionsrechtliche Öffnungsklauseln im Sekundärrecht genutzt würden (vgl. Art. 9 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL). Welche Anforderungen des EnWG für ein vergesellschaftetes Unternehmen gelten, hängt von der Tätigkeit des Unternehmens ab.

Das EnWG bildet die zentrale Grundlage der Marktregulierung und legt insbesondere regulatorische Anforderungen für Netzbetreiber fest. Besonders relevant sind die „Unbundling“-Vorschriften zur Trennung von Netz und anderen Geschäftssparten sowie die Vorgaben zum Netzanschluss und Netzzugang (dazu 4.2.1.1 bis 4.2.1.3)). Für die Netzregulierung ist zuständig die Bundesnetzagentur (BNetzA) als unabhängige Regulierungsbehörde. Hinzu kommen Pflichten im Zusammenhang mit der System-

verantwortung der Übertragungsnetzbetreiber, die sich auf die Erzeugungsebene beziehen und unter anderem die Stilllegung von Erzeugungsanlagen betreffen (dazu 4.2.1.5). Schließlich gibt es auch gewisse Vorgaben im Hinblick auf die Versorgung der Verbraucher:innen (dazu 4.2.1.6).

#### 4.2.1.1. Unbundling-Pflichten (§§ 6–10 EnWG)

Ein wesentliches Prinzip des EnWG ist das Unbundling, also die Trennung von Netzbetrieb und anderen Geschäftsfeldern wie Erzeugung und Vertrieb. Die Vorschriften dienen dazu, Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Denn wie oben dargestellt, handelt es sich bei Energieversorgungsnetzen weitestgehend um natürliche Monopole (siehe 1.1.2). „Vertikal integrierte“ Energieversorger, die Netze betreiben, aber zugleich auf der Erzeugungs- und/oder Vertriebsebene tätig sind, könnten daher ihre besondere Machtstellung auf der Netzebene ausnutzen, um ihren anderen Geschäftssparten Wettbewerbsvorteile gegenüber der Konkurrenz zu verschaffen.

Um dies zu vermeiden und einen fairen „Wettbewerb auf dem Netz“ zu ermöglichen, schreibt das EnWG verschiedene sog. Entflechtungsmaßnahmen vor. Die buchhalterische Entflechtung (§ 6b EnWG) verlangt, dass vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen getrennte Buchführungen für Netzbetrieb, Erzeugung und Vertrieb führen. Dadurch soll eine Quersubventionierung wettbewerblicher Aktivitäten durch monopolistische Netzgewinne verhindert werden.<sup>116</sup> Die informationelle Entflechtung

---

116 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 43 ff.

(§ 6a EnWG) verpflichtet Netzbetreiber, vertrauliche Marktinformationen nicht an verbundene Erzeugungs- oder Vertriebsgesellschaften weiterzugeben, um sicherzustellen, dass alle Marktakteure Zugang zu denselben Informationen haben.<sup>117</sup>

Neben diesen Maßnahmen gibt es auch organisatorische und strukturelle Entflechtungspflichten. Die operationelle Entflechtung (§§ 7a, 7b EnWG) schreibt vor, dass Netzbetreiber personell und organisatorisch von Erzeugungs- oder Vertriebsgesellschaften getrennt sein müssen.<sup>118</sup> Führungskräfte und Angestellte des Netzbetriebs dürfen nicht gleichzeitig für andere Unternehmensbereiche tätig sein. Darüber hinaus regelt die rechtliche Entflechtung (§§ 7, 7b EnWG), dass Netzbetrieb und Vertrieb in eigenständige Gesellschaften ausgegliedert werden müssen, sofern sie Teil eines vertikal integrierten Unternehmens sind.<sup>119</sup>

Die strengste Form der Trennung von Netz und Betrieb ist die eigentumsrechtliche Entflechtung (§§ 8–10e EnWG). Sie verlangt, dass Netzbetreiber unabhängig von Unternehmen der Energieerzeugung oder des Vertriebs sind. In Deutschland ist diese Form nicht verpflichtend, sodass alternative Modelle wie der Unabhängige Systembetreiber (ISO) oder der Unabhängige Übertragungsnetzbetreiber (ITO) möglich sind.<sup>120</sup> Unternehmen, die keine vollständige Eigentumsentflechtung umsetzen, müssen ihr Modell von der BNetzA genehmigen lassen.

Nicht jeder Netzbetreiber ist verpflichtet, alle vier Stufen des Unbundlings umzusetzen. Grundsätzlich gilt, dass die buchhalterische und informatorische Entflechtung immer anzuwenden ist. Für die operationelle und rechtliche Entflechtung gilt dies jedoch nicht. Eine solche Entflechtung ist erst verpflichtend, wenn der Netzbetreiber in seiner Strom- oder Gasparte mehr als 100.000 Kund:innen angeschlossen hat („De-Minimis-Regelung“, § 7 Abs. 2, § 7a Abs. 6 EnWG).<sup>121</sup>

Dementsprechend muss ein gemeinwirtschaftlicher Energieversorger die dargestellten Entflechtungsvorgaben einhalten. Der Akt der Vergesellschaftung würde aber nicht dazu zwingen, eine eigentumsrechtliche Aufspaltung zwischen Netz und anderen Tätigkeitsbereichen vorzunehmen.

#### 4.2.1.2. Netzanschluss, Netzzugang und Energiebelieferung

Das EnWG regelt die Trennung von Netzanschluss, Netznutzung und Energielieferung, um einen diskriminierungsfreien Zugang zum Strom- oder Gasnetz zu gewährleisten. Während der Netzzugang (§ 20 EnWG) sicherstellt, dass Marktteilnehmer Energie in ein Netz einspeisen (Produzent:innen) oder daraus entnehmen (Verbraucher:innen) dürfen,<sup>122</sup> bezieht sich der Netzanschluss (§§ 17, 18 EnWG) auf die physische Anbindung an das Netz.<sup>123</sup> Beide Aspekte sind voneinander zu unterscheiden: Der Netzanschluss ermöglicht erst die technische Verbindung mit dem Netz, während der Netzzugang die Nutzung dieses Netzes für die Einspeisung und Entnahme von Strom und Gas regelt.

§ 17 EnWG enthält die allgemeine Verpflichtung von Netzbetreibern, jedermann an das Netz anzuschließen. Diese Pflicht gilt für sämtliche Netzanschlüsse, die nicht in den spezielleren Anwendungsbereich des § 18 EnWG fallen. Dieser normiert eine besondere Anschlusspflicht für Niederspannungs- und Niederdrucknetze, die der allgemeinen Versorgung dienen. Eine Anschlussverweigerung ist nur unter engen Voraussetzungen möglich, etwa wenn der Anschluss für den Netzbetreiber technisch unmöglich oder wirtschaftlich unzumutbar ist.<sup>124</sup>

Der Grundsatz des diskriminierungsfreien Netzzugangs (§ 20 EnWG) verbietet es Netzbetreibern grundsätzlich, zwischen verschiedenen Netznutzern zu differenzieren. Dies dient, ähnlich wie die Unbundling-Pflichten, der Ermöglichung von Wettbewerb und soll insbesondere eine Privilegierung von mit dem

117 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 43 ff.

118 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 48 (Tabelle).

119 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 48 (Tabelle).

120 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 46.

121 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 45.

122 Hartmann/Wagner, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, § 17 Rn. 20.

123 Hartmann/Wagner, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, § 17 Rn. 18.

124 Hartmann/Wagner, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, § 17 Rn. 145.

Netzbetreiber verbundenen Unternehmen unterbinden.<sup>125</sup> Die Regelung enthält aber ein weitreichendes Gleichbehandlungsgebot; eine Differenzierung über Bedingungen (zu den Entgelten noch sogleich) darf nur nach „sachlich gerechtfertigten Kriterien“ erfolgen. Bedingungen sind dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie erforderlich sind, um den Netzzugang technisch und organisatorisch sicher abzuwickeln.<sup>126</sup> Eine Zugangsverweigerung ist nach § 20 Abs. 2 EnWG nur möglich, wenn der Netzbetreiber nachweist, dass die Gewährung des Netzzugangs aus betriebsbedingten oder sonstigen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Insgesamt sind also auch Differenzierungen beim Netzzugang nur unter engen Voraussetzungen möglich und im Wesentlichen auf die Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Netzbetriebs beschränkt.

*Hinweis: Bestimmte gesetzliche Privilegierungen beim Netzanschluss und Netzzugang gelten für erneuerbare Energien. Diese sind vorrangig an das Netz anzuschließen (§ 8 EEG) und der von ihnen erzeugte Strom muss von den Netzbetreibern vorrangig abgenommen werden (§ 11 EEG).*

Ein vergesellschaftetes Energieversorgungsunternehmen, das (auch) als Netzbetreiber fungiert, unterliegt hinsichtlich des Netzzugangs grundsätzlich denselben gesetzlichen Verpflichtungen wie andere Netzbetreiber. Aufgrund der Pflichten, nach §§ 17, 18 und 20 EnWG, Anschluss und Zugang diskriminierungsfrei herzustellen, kann daher weder bestimmten Produzenten noch Nutzern, etwa aus politischen Gründen, Zugang oder Anschluss verwehrt werden. Ein Ausschluss der Durchleitung fossil erzeugten Stroms wäre etwa mit dem Grundsatz diskriminierungsfreien Netzzugangs kaum vereinbar, ebenso wenig eine Differenzierung bei den Abnahmebedingungen, die über die geltenden Regelungen des EEG hinausgeht.

Dies gilt jedenfalls aufgrund des geltenden nationalen Energierechts, das keine Ausnahmen für öffentliche oder gemeinwirtschaftliche Akteure vor-

sieht (§ 109 Abs. 1 EnWG). Hinzuweisen ist darauf, dass das europäische Regulierungsrecht gemeinwirtschaftliche Ausnahmen von den Regelungen zum Netzzugang auf Ebene der Mitgliedstaaten grundsätzlich ermöglicht, „soweit durch ihre Anwendung die Erfüllung der den Elektrizitätsunternehmen übertragenen gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen de jure oder de facto verhindert würde und soweit die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt wird, das den Interessen der Union zuwiderläuft“ (Art. 9 Abs. 5 i. V. m. Art. 6 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL). Gemeinwirtschaftliche Regelungen können nach Art. 9 Abs. 2 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL unter anderem die Preisgestaltung und Umwelt- und Klimaschutz, also die hier diskutierten Vergesellschaftungszwecke betreffen; derartige Verpflichtungen müssen u. a. transparent und diskriminierungsfrei sein und dazu dienen, den gleichberechtigten Zugang von Elektrizitätsunternehmen der Union zu den nationalen Verbrauchern sicherzustellen. Welche Möglichkeiten dem (Bundes)Gesetzgeber hierdurch konkret eröffnet werden, ist offen und hängt auch vom konkreten Vergesellschaftungsvorhaben ab.

#### 4.2.1.3. Netzentgelte

Durch den Netzzugangsanspruch gem. § 20 Abs. 1 Satz 1 EnWG ist grundsätzlich allen Netzzugang zu gewähren. Im Gegenzug müssen die Netzzugangsberechtigten grundsätzlich Netzentgelte zahlen, deren Erhebung wiederum staatlich reguliert ist.<sup>127</sup> Der Grund hierfür liegt abermals darin, dass die Energieversorgungsnetze natürliche Monopole darstellen und ohne entsprechende Regulierung die Gefahr bestünde, dass Netzbetreiber ihre Monopolstellung nutzen, um übermäßige Gewinne zu erzielen. Die allgemeinen Grundsätze finden sich in § 21 EnWG, konkretisiert durch die Regelungen der Anreizregelungsverordnung (ARegV).<sup>128</sup>

Die BNetzA als Regulierungsbehörde setzt im Rahmen der Anreizregulierung Erlösobergrenzen fest und stellt sicher, dass Netzbetreiber wirtschaftlich effizient agieren. Dies geschieht im Rahmen der An-

125 Z. B. Assmann/Purucker, in: BeckOK EnWG, 14. Ed. 01.03.2025, § 20 Rn. 1.

126 Hahn, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl. 2023, § 20 Rn. 19.

127 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 15.

128 Ab 2028 werden die verordnungsrechtlichen Regelungen (ARegV, StromNEV) aufgrund einer EuGH-Entscheidung aufgehoben und durch unabhängige Festlegungen der BNetzA ersetzt, siehe dazu etwa Stelter/Wiedmeyer, Die neuen Festlegungskompetenzen der BNetzA, EnWZ 2025, 51.

reizregulierung, die die Effizienz von Netzbetreibern vergleicht und finanzielle Anreize für kostengünstige Netznutzung schaffen soll.<sup>129</sup> Effizianreize werden im Wesentlichen dadurch gesetzt, dass den Netzbetreibern nicht einfach die tatsächlichen Kosten des Netzbetriebs erstattet werden. Stattdessen wird zu Beginn einer Regulierungsperiode eine Erlösobergrenze gebildet, in die neben den (effizienten) Kosten des Netzbetriebs auch eine behördlich festgesetzte Eigenkapitalverzinsung einfließt (§ 7 StromNEV). Da die Erlösobergrenze für die gesamte Regulierungsperiode festgelegt wird, können über die regulatorischen Vorgaben hinausgehende Kosteneinsparungen durch Effizienzgewinne als Gewinne verbucht werden und müssen nicht direkt an die Verbraucher:innen weitergegeben werden.<sup>130</sup> Dieser Regulierungsweise birgt allerdings umgekehrt die Gefahr, dass Investitionen unterbleiben, um stattdessen Zusatzgewinne zu generieren. Um dem entgegenzuwirken, enthält die Anreizregulierung verschiedene Instrumente, die Investitionen attraktiver machen sollen, was das System weiter verkompliziert.<sup>131</sup>

Die regulierten Netzentgelte beeinflussen die wirtschaftlichen Spielräume eines vergesellschafteten Energieversorgers maßgeblich. Dies gilt zum einen, soweit er als Energie- bzw. Stromversorger selbst Adressat der Netzentgelte ist. Für den Versorger sind die Netzentgelte ein nicht beeinflussbarer Kostenbestandteil, den er ganz oder teilweise an die Endkund:innen weitergibt. Soweit ein vergesellschafteter Energie- bzw. Stromversorger (auch) auf der Netzebene tätig ist, gelten die Vorgaben der Anreizregulierung für ihn unmittelbar und er darf keine Entgelte verlangen, die darüber hinausgehen. Seine Investitionen bzw. die Weitergabe von Investitionskosten unterliegen ebenfalls den regulatorischen Vorgaben. Dies schränkt seine Handlungsmöglichkeiten ein. Allerdings ist festzuhalten, dass die Entgeltregulierung nur Obergrenzen setzt, die u. a. auch eine Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals beinhalten, die sich an den Gewinnerwartungen privatwirtschaftlicher Netzbetreiber orientiert. Eine Unterschreitung der genehmigten Netzentgelte ist hingegen nicht verboten, sodass ein vergesellschaftetes Unternehmen

grundsätzlich niedrigere Entgelte verlangen und damit Verbraucher:innen entlasten könnte.

#### 4.2.1.4. Exkurs: Konzessionsvergabe im Verfahren gem. § 46 Abs. 2 EnWG

Kurz ist im Zusammenhang mit der Verteilnetzregulierung auf das Konzessionsvergabeverfahren nach § 46 EnWG einzugehen. Dieses regelt die Vergabe von Wegenutzungsrechten, die es Energieunternehmen erlauben, öffentliche Wege für Leitungen zur Versorgung mit Strom oder Gas zu nutzen (was für die Tätigkeit als Netzbetreiber notwendig ist). Das Verfahren zur Vergabe von Konzessionen nach § 46 Abs. 2 EnWG ist gesetzlich und durch die Rechtsprechung des BGH stark reglementiert, um Transparenz, Gleichbehandlung und fairen Wettbewerb sicherzustellen.

Die gesetzlichen Vorgaben nach § 46 EnWG sehen vor:

- Öffentliches, transparentes Verfahren (§ 46 Abs. 1, Abs. 3 EnWG): Kommunen müssen die Konzessionsvergabe im Wettbewerb und transparent gestalten, d. h., sie müssen die Vergabe öffentlich bekannt machen und die Kriterien zur Bewertung offenlegen.
- Sachgerechte Auswahl (§ 46 Abs. 4 EnWG): Die Auswahl des Konzessionsnehmers muss sachlich und diskriminierungsfrei erfolgen, insbesondere unter Berücksichtigung der Ziele der Energieversorgung, wie Versorgungssicherheit, Umweltverträglichkeit und Verbraucherschutz.

Die Rechtsprechung des BGH hat diese Maßstäbe in einer ausdifferenzierten Rechtsprechung weiterentwickelt und konkretisiert.

Im vorliegenden Zusammenhang ist bedeutsam, dass keine Ausnahme oder pauschale Privilegierung von kommunalen Eigenbetrieben erlaubt ist; vielmehr finden die Vorgaben auf diese entsprechende Anwendung (§ 46 Abs. 6 EnWG). Eine Direktvergabe an kommunale Betreiber ist ausgeschlossen.<sup>132</sup> Immerhin ist eine Berücksichtigung örtlicher Belange im Vergabeverfahren ausdrücklich zulässig (§ 46 Abs. 4 Satz 2, 3

129 Theobald, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, Vor § 1 Rn. 16.

130 Überblick z. B. bei Franke, Die Finanzierung des Netzausbaus zwischen Markt und Staat, 2020, S. 263 ff.

131 Zu den Investitionsanreizen ebenfalls Franke, a. a. O., S. 266 f. für die Übertragungsnetze und S. 293 ff. für die Verteilnetze.

132 Siehe auch BGH, Urteil vom 17.12.2013 – KZR 65/12 = EnWZ 2014, 268 (270).

EnWG). Festzuhalten ist, dass das geltende Recht keine Ausnahmen vom Konzessionsverfahren nach § 46 EnWG kennt.

Im Ergebnis stellen die in § 46 EnWG vorgesehenen und durch die Rechtsprechung ausgestalteten Verfahren für eine Vergesellschaftung von Verteilernetzen auf Landesebene kein absolutes Hindernis dar. Die von Art. 15 Satz 1 GG ermöglichte Vergesellschaftung von Energienetzen (zum Produktionsmittelbegriff s. o., I.2.b) kann durch einfaches Bundesrecht wie § 46 EnWG nicht ausgeschlossen werden. Europarechtlich ist das Verfahren nach § 46 Abs. 2 EnBW nicht vorgegeben.<sup>133</sup>

Schwieriger ist die Beurteilung, ob das Ausschreibungsverfahren nach § 46 EnWG auch nach einer Vergesellschaftung uneingeschränkt fortgelten würde. Einerseits hat der Bundesgesetzgeber durch das EnWG die Kompetenz zur konkurrierenden Gesetzgebung im Bereich der Energiewirtschaft des Kompetenztitels „Recht der Wirtschaft“ gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG vollumfassend ausgeschöpft (s. o., 4.1.2.2), ohne dass die Länder hiervon abweichen können. Bei einer Vergesellschaftung der Verteilernetze unterläge das Land (bzw. unterlägen die dortigen Gemeinden) damit weiterhin den Anforderungen des § 46 EnWG und das Land müsste (bzw. die Gemeinden müssten) mit Ablauf der Konzession des vergesellschafteten Betreibers wieder ein offenes Konzessionsverfahren gem. § 46 Abs. 2 EnWG durchführen. Im Anschluss daran wäre der vergesellschaftete Betreiber gem. § 46 Abs. 2 Satz 2 EnWG auch verpflichtet, das Eigentum am Netz zu übertragen bzw. Besitz daran einzuräumen, sollte ein anderer Bewerber die Konzession erhalten. Andererseits stellt sich hier die Frage, ob die verfassungsrechtlich vorgesehene Möglichkeit einer Überführung von Produktionsmitteln in Gemeinwirtschaft (Art. 15 GG) einer Anwendung des § 46 EnWG entgegenstehen könnte. Denn mit dem Zwang zur periodischen Durchsetzung im Rahmen eines Ausschreibungswettbewerbs würde das vergesellschaftete Unternehmen zumindest partiell einer privatwirtschaftlichen Wettbewerbslogik unterworfen. Da es für § 46 EnWG keine unionsrechtliche Vorgabe gibt, erscheint durchaus fraglich, ob die Vorschrift in einem solchen Fall mit Art. 15 GG vereinbar wäre bzw. in dessen Lichte verfassungskonform auszulegen wäre. Die Problematik kann an dieser Stelle nur aufgeworfen werden.

#### 4.2.1.5. Pflichten von Stromerzeugern im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Versorgungssicherheit und Netzstabilität

Im Zusammenhang mit der Gewährleistung der Netzstabilität und Versorgungssicherheit enthält das EnWG in §§ 13 ff. EnWG auch Vorgaben, die unmittelbar oder mittelbar die Erzeugungsebene betreffen. Für einen gemeinwirtschaftlichen Energieversorger können diese insbesondere mit Blick auf die Erzeugungsstruktur und damit den Vergesellschaftungszweck einer umwelt- und klimafreundlichen Versorgung relevant werden. Wird im Wege der Vergesellschaftung beispielsweise ein in Teilen konventioneller Energieversorger „übernommen“, stellt sich die Frage, welche Grenzen einem klimaverträglichen Umbau (Ausbau erneuerbarer Kapazitäten, Einstellung konventioneller Erzeugung) möglicherweise gesetzt sind.

Ausgangspunkt ist die Systemverantwortlichkeit der Übertragungsnetzbetreiber (ÜNB), die in § 13 Abs. 1 EnWG geregelt ist. Diese berechtigt die ÜNB bei einer Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems in ihrer Regelzone zu bestimmten netz- und marktbezogenen Maßnahmen, die in § 13 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–3 EnWG geregelt sind. Damit die ÜNB diese Aufgabe wahrnehmen können, müssen sie einen gewissen Zugriff auf die Erzeugungsebene haben. Die diesbezüglichen (im Einzelnen sehr komplizierten) Regelungen finden sich in §§ 13a ff. EnWG. Sie können hier nur in Grundzügen mit Blick darauf dargestellt werden, inwieweit sie die Handlungsmöglichkeiten eines vergesellschafteten Stromerzeugers einschränken.

##### 4.2.1.5.1. „Redispatch“ (§ 13a EnWG)

Nach § 13a EnWG sind die Betreiber von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung von elektrischer Energie mit einer Nennleistung ab 100 Kilowatt sowie von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung von elektrischer Energie, die durch einen Netzbetreiber jederzeit fernsteuerbar sind, verpflichtet, auf Aufforderung durch den ÜNB die Leistung ihrer Anlagen anzupassen bzw. dies zu dulden („Redispatch“). Die Vorschrift dient der Sicherstellung der Systemstabilität und ist im Zusammenhang mit der zunehmenden Einspeisung aus erneuerbaren Energien und der damit einhergehenden Volatilität immer bedeutsamer

133 Hellermann, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, Energiewirtschaftsgesetz, 4. Aufl. 2023, § 46 Rn. 25.

geworden.<sup>134</sup> Die Maßnahmen sind gegenüber dem Anlagenbetreiber finanziell auszugleichen (§ 13a Abs. 2–4 EnWG). Der Ausgleich ist angemessen, wenn er den Anlagenbetreiber im Ergebnis wirtschaftlich weder besser noch schlechter stellt, als er ohne die Maßnahme stünde (§ 13a Abs. 2 Satz 2 EnWG). Die Entschädigungsvorschriften unterscheiden bei der Berechnung zwischen konventionellen (§ 13a Abs. 2 Satz 3 Nr. 1–4 EnWG) und erneuerbaren (§ 13a Abs. 2 Satz 3 Nr. 5 EnWG) Erzeugungsanlagen.

Auch ein vergesellschafteter Stromerzeuger unterliefe den Regelungen zu Redispatch. Auf die gemeinwirtschaftlichen Zwecke hätte dies keine unmittelbaren Auswirkungen, insbesondere schränkt es den Stromerzeuger nicht beim Ausbau der erneuerbaren Energien ein. Eine Abregelung erneuerbarer Anlagen ist zu entschädigen.

#### 4.2.1.5.2. Stilllegung von Anlagen (§ 13b EnWG)

Einen stärkeren Eingriff in die Entscheidungsfreiheit des Stromerzeugers kann die Einschränkung zur Befugnis zur Stilllegung von Anlagen darstellen, die in § 13b EnWG geregelt ist.

Danach sind Betreiber von Anlagen zur Erzeugung oder Speicherung elektrischer Energie mit einer Nennleistung ab zehn Megawatt verpflichtet, vorläufige oder endgültige Stilllegungen ihrer Anlage oder von Teilkapazitäten ihrer Anlage dem ÜNB und der BNetzA mindestens zwölf Monate im Voraus anzuzeigen (§ 13b Abs. 1 EnWG). Kommt der Anlagenbetreiber dieser Anzeigepflicht nicht nach, ist ihm die Stilllegung untersagt, sofern der Weiterbetrieb technisch und rechtlich weiterhin möglich ist (§ 13b Abs. 1 Satz 2 EnWG). Bei einer Vergesellschaftung bedeutet dies effektiv, dass eine Stilllegung fossiler Erzeugungskapazitäten erst nach frühestens einem Jahr (Mindestanzeigefrist) möglich wäre, es sei denn, der ÜNB teilt vorher mit, dass er aufgrund der Stilllegung keine Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems erwartet (§ 13b Abs. 1 Satz 3 EnWG).

Sofern der ÜNB die Anlage hingegen als systemrelevant<sup>135</sup> einstuft, sind vorläufige oder endgültige

Stilllegungen auch nach Ablauf der Anzeigefrist verboten (§ 13b Abs. 4, Abs. 5 EnWG); bei endgültigen Stilllegungen gelten weitere Voraussetzungen,<sup>136</sup> u. a. muss die Systemrelevanz durch die BNetzA bestätigt sein. Rechtsfolge ist, dass der Anlagenbetreiber die Betriebsbereitschaft der Anlage für Anpassungen der Einspeisung nach § 13a Abs. 1 EnWG (siehe soeben) weiter vorhalten oder wiederherstellen muss (§ 13b Abs. 4 Satz 3, Abs. 5 Satz 11 EnWG). Nicht erforderlich ist demnach der fortgesetzte Betrieb der Anlage; diese muss nur für die rechtzeitige Rückkehr ans Netz bereitstehen, wenn es zu Engpässen kommt.

Nach § 13c EnWG müssen Stilllegungsverbote nach § 13b Abs. 4 und Abs. 5 EnWG (also Stilllegungsverbote nach Ablauf der Anzeigefrist) finanziell entschädigt werden. Die Betreiber dürfen jedenfalls nicht wirtschaftlich schlechter gestellt werden, als wenn sie die Anlage plangemäß stillgelegt hätten.<sup>137</sup>

Bei Braunkohlekraftwerken ist § 13g EnWG vorrangig zu beachten, da hier aufgrund des Kohleaustiegs besondere Stilllegungspflichten gelten.

Insgesamt schränkt § 13b EnWG die Befugnis eines vergesellschafteten Stromerzeugers ein, fossile Stromerzeugungsanlagen stillzulegen. Dies ist durchaus eine Beeinträchtigung mit Blick auf den Zweck einer umwelt- und klimafreundlichen Energieversorgung. Andererseits müssen die betreffenden Anlagen nicht dauerhaft betrieben, sondern nur betriebsbereit gehalten werden, was Emissionsreduktionen selbst dann ermöglicht, wenn eine Stilllegung verboten wird. In jedem Fall ist eine Stilllegung nach § 13c EnWG zu entschädigen. Dies ist mit Blick auf einen vergesellschafteten Stromerzeuger indes insoweit weniger relevant bzw. weniger „eingriffsmildernd“, als die Stilllegung bei ihm regelmäßig nicht (primär) aus wirtschaftlichen, sondern aus Gemeinwohlgründen – Klimaschutz – erfolgen würde.

#### 4.2.1.6. Vorgaben zur Versorgung der Verbraucher:innen

Das EnWG enthält in §§ 36 ff. EnWG schließlich auch Vorgaben im Hinblick auf die Versorgung der Verbraucher:innen und deren Schutz. Zu nennen ist hier

134 Assmann, in: BeckOK EnWG, 14. Ed. Stand: 01.03.2025, § 13a Rn. 1.

135 Definition in § 13b Abs. 2 Satz 2: „Eine Anlage ist systemrelevant, wenn ihre Stilllegung mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer nicht unerheblichen Gefährdung oder Störung der Sicherheit oder Zuverlässigkeit des Elektrizitätsversorgungssystems führen würde und diese Gefährdung oder Störung nicht durch andere angemessene Maßnahmen beseitigt werden kann.“

136 Näher z. B. Assmann, in: BeckOK EnWG, 14. Ed. Stand: 01.03.2025, § 13b Rn. 31 ff.

137 Ruttloff, in: BeckOK EnWG, 14. Ed. Stand: 01.03.2025, § 13c Rn. 1.

etwa die Grundversorgungspflicht in § 36 EnWG, die dasjenige Energieversorgungsunternehmen trifft, das die meisten Haushaltskund:innen in einem Netzgebiet der allgemeinen Versorgung beliefert (§ 36 Abs. 2 EnWG). Dieses muss zu allgemeinen Bedingungen grundsätzlich alle Haushaltskund:innen im Netzgebiet versorgen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 EnWG). Dies soll sicherstellen, dass grundsätzlich alle Zugang zur Versorgung mit Strom und Gas haben. Die Gestaltung von Strom- und Gasrechnungen ist ebenfalls reguliert (§§ 40 ff. EnWG). Stromlieferanten haben zudem, soweit technisch machbar und wirtschaftlich zumutbar, für Endverbraucher:innen einen Tarif anzubieten, der einen Anreiz zu Energieeinsparung oder Steuerung des Energieverbrauchs setzt (§ 41a EnWG).

Diese sozialen und Verbraucherschutzvorgaben wären durch einen vergesellschafteten Energieversorger einzuhalten; sie sind aber im Wesentlichen kongruent mit dem Vergesellschaftungsziel einer sozial- und klimaverträglichen Versorgung.

#### 4.2.2. Vergaberecht

Außerhalb des Energierechts kann sich eine erhebliche Veränderung des Rechtsrahmens durch eine Vergesellschaftung im Vergaberecht ergeben. Ein vergesellschaftetes Energieversorgungsunternehmen würde voraussichtlich als öffentliche Einrichtung i. S. v. § 99 Nr. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen GWB einzustufen sein. Dafür müssen drei Kriterien erfüllt sein: eine eigene Rechtspersönlichkeit, die Erfüllung einer Aufgabe im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art sowie eine besondere Staatsnähe durch Kontrolle oder Finanzierung durch die öffentliche Hand. 138 Da ein nach Art. 15 GG vergesellschafteter Energieversorger der Daseinsvorsorge dient und – im hier untersuchten „Basisfall“ – von der öffentlichen Hand beherrscht wird, erfüllt er höchstwahrscheinlich diese Voraussetzungen und wäre als öffentlicher Auftraggeber vergaberechtlich gebunden.

Das Unternehmen muss dann Beschaffungen ab den EU-Schwellenwerten nach den Regeln des öffentlichen Vergaberechts durchführen. Es unterliegt dem Vierten Teil des GWB, der Vergabeverordnung (VgV) sowie der Sektorenverordnung (SektVO), da die Energieversorgung zu den regulierten Sektoren zählt. Selbst wenn es nicht als öffentlicher Auftraggeber

eingestuft werden würde, würde es abhängig von seiner Tätigkeit ggf. als Sektorenauftraggeber unter die vergaberechtlichen Bestimmungen fallen. 139

In der Praxis bedeutet dies, dass Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge nicht freihändig vergeben werden dürften, sondern über Ausschreibungsverfahren erfolgen müssten.

#### 4.2.3. Sonstige gesetzliche Verpflichtungen außerhalb des Energierechts

Eine Vielzahl von weiteren Verpflichtungen wird durch eine Vergesellschaftung nicht berührt. Es bleiben z. B. umweltrechtliche, arbeitsrechtliche und datenschutzrechtliche Anforderungen bestehen.

Abhängig von der bei der Vergesellschaftung gewählten Rechtsform ändern sich z. B. steuerrechtliche oder auch handels- und gesellschaftsrechtliche Anforderungen, wie beispielsweise die des GmbH-Gesetzes oder des Aktiengesetzes.

#### 4.2.4. Fazit und Gestaltungsmöglichkeiten eines vergesellschafteten Energieversorgers

Auch ein vergesellschaftetes Energieversorgungsunternehmen ist nicht von der Einhaltung des geltenden Rechts befreit. Insbesondere bleibt es grundsätzlich voll in den regulatorischen Rahmen des EnWG eingebunden, der vor allem die monopolistische Netzebene einer umfassenden Regulierung unterwirft.

Die Netzregulierung würde im Falle einer Vergesellschaftung grundsätzlich fortgelten. Die staatliche Eigentümerschaft (siehe hierzu § 109 EnWG) bzw. die Vergesellschaftung führt nicht zu einer grundsätzlichen Befreiung von diesen Verpflichtungen, was insbesondere in Bezug auf die Trennung von Netz und sonstigen Geschäftsfeldern, Netzzugangsbedingungen und Netzentgelten den Spielraum für ein gemeinwirtschaftliches Unternehmen verringert. Auch hier verbleiben aber Gestaltungsmöglichkeiten: Bezüglich der Entgeltregulierung ist ein vergesellschaftetes Unternehmen nicht gezwungen, die regulatorische Höchstgrenze auszuschöpfen. Bei der Auslegung des bestehenden Rechts kann zudem der (verfassungsrechtlich gebotenen, Art. 15 Satz 1 GG) gemeinwirtschaftlichen Ausrichtung des

138 Bungenberg/Schelhaas, in: BeckOK VergabeR, GWB, 35. Ed. 01.08.2024, § 99 Rn. 22 ff.

139 Marx, in: Theobald/Kühling, EnWG, 127. EL Oktober 2024, § 162 Rn. 48.

Unternehmens im Einzelfall bei der Auslegung Rechnung getragen werden, sofern das Unionsrecht nicht entgegensteht. Das Unionsrecht selbst eröffnet den Mitgliedstaaten zudem grundsätzlich die Möglichkeit zu gemeinwirtschaftlichen Sonderregelungen (Art. 9 der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL), die anlässlich einer Vergesellschaftung durch den (Bundes)Gesetzgeber geschaffen werden könnten. Derzeit fehlen solche Regelungen aber.

Außerhalb der Netzebene bestehen ohnehin größere Handlungs- und Gestaltungsspielräume. Soweit die Versorgung der Verbraucher:innen betroffen ist, dürfte in aller Regel kein Konflikt zwischen den regulatorischen Vorgaben (insbesondere Grundversorgung) und dem (sozialen) Vergesellschaftungszweck bestehen. Einschränkungen hinsichtlich einer sozialverträglichen Tarifgestaltung durch Versorger bestehen grundsätzlich nicht. Auf der Erzeugungsebene sind zur Gewährleistung der Netzstabilität unterschiedliche Einschränkungen der Handlungsfreiheit von Stromerzeugern möglich, insbesondere hinsichtlich des Hoch- und Abregelns von Kapazitäten sowie im Hinblick auf Stilllegungen. Das bedeutet aber nicht, dass einer gezielten Transformation hin zu erneuerbaren Energien unüberwindbare Hindernisse in den Weg gelegt würden, da es sich nur um punktuelle Eingriffe handelt.

Der weitere nicht energiewirtschaftliche Rechtsrahmen gilt grundsätzlich fort. Im Falle der hier untersuchten öffentlich-rechtlichen Organisation des gemeinwirtschaftlichen Betreibers wäre dieser voraussichtlich an das Vergaberecht gebunden.

# IV Gesamtergebnis

01. Der Stromsektor lässt sich grundsätzlich in die Erzeugungsebene, die Netzebene (Übertragungsnetze und Verteilernetze) sowie die Vertriebssebene unterteilen. Diese Unterteilung spiegelt sich auch im sektorspezifischen Regulierungsrecht.
02. Der Begriff der Produktionsmittel umfasst den gesamten Energiesektor, jedenfalls soweit es um die tatsächliche Produktion und Verteilung von Energie geht. Im Stromsektor stellen sowohl Erzeugungsanlagen als auch Übertragungsnetze und Verteilernetze mögliche Vergesellschaftungsgegenstände dar, weil es sich bei der Stromproduktion um eine unstreitig vom Produktionsmittelbegriff des Art. 15 Satz 1 GG erfasste Sachproduktion handelt. Fraglich kann dies allein im Hinblick auf reine Dienstleister wie z. B. Stromhändler sein; auch der Dienstleistungssektor ist aber nach Auffassung vieler Autor:innen vom Produktionsmittelbegriff umfasst.
03. Es können ganze Unternehmen vergesellschaftet werden – auch solche, die Teile ihrer Geschäfte im Ausland betreiben. Die Vergesellschaftungsfähigkeit ganzer Unternehmen entspricht der weit überwiegenden Auffassung, sofern Unternehmen der Sachproduktion dienen, was bei Energieversorgungsunternehmen der Fall ist (siehe soeben). Eine Vergesellschaftung ist auch durch Übertragung der Anteile eines Unternehmens auf den gemeinwirtschaftlichen Betreiber möglich. In diesem Falle wird das Unternehmen „als solches“ übernommen und nur der Eigentümer wird ausgewechselt. Dies führt dazu, dass auch etwaige ausländische Unternehmenstöchter und Beteiligungen mit übergehen
04. Mit Blick auf natürliche Ressourcen bzw. Energieträger (z. B. Kohle oder Gas) ist auch die Vergesellschaftung von Grund und Boden sowie von Bodenschätzen grundsätzlich möglich, wobei zu beachten ist, dass diese Bodenschätze bergrechtlich regelmäßig gar nicht im Eigentum der fördernden Unternehmen stehen. Gegenstand der Vergesellschaftung wären daher die verliehenen Förderrechte. Ziel einer Vergesellschaftung kann hier grundsätzlich auch der Ausstieg aus der Förderung sein
05. Gemeinwirtschaft i. S. d. Art. 15 Satz 1 GG bedeutet eine nicht privatnützige Bewirtschaftung, die sich an Zielen der Bedarfsdeckung und des Allgemeinwohls ausrichtet. Die im Rahmen des Auftragsgegenstands untersuchten Zwecke einer sozialverträglichen und klimafreundlichen Energieversorgung sind zulässige gemeinwirtschaftliche Ziele. Grundfall der Gemeinwirtschaft ist die Überführung in gemeinwohlgebundene öffentlich-rechtliche Trägerschaft. Andere Ausgestaltungen sind grundsätzlich möglich, ihre nähere Untersuchung geht aber über den Zweck des vorliegenden Gutachtens hinaus.

06. Die europäischen Verträge (AEUV, EUV) stellen kein grundsätzliches Hindernis für eine Vergesellschaftung im Energiesektor dar. Trotz der weitreichenden Binnenmarkts- bzw. Wettbewerbsorientierung des europäischen Primärrechts enthalten die Verträge Öffnungsklauseln für die gemeinwirtschaftliche Versorgung, insbesondere im Bereich der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI, siehe etwa Art. 106 Abs. 2 AEUV, Art. 14 AEUV). Auch bei der Gestaltung der Eigentumsordnung haben die Mitgliedstaaten erhebliche Freiräume (Art. 345 AEUV). Nach der Rechtsprechung des EuGH können unter anderem Verstaatlichungen und Privatisierungsverbote zulässig sein, wenn Allgemeininteressen (z. B. soziale Belange und Umweltschutz) dies rechtfertigen. Diese Grundsätze sind auf eine Vergesellschaftung übertragbar.
07. Der hier untersuchte Auftrag eines vergesellschafteten Energieversorgers (bei sozialverträglicher und klimafreundlicher Versorgung) stellt nach europäischen Maßstäben eine DAWI dar. Damit sind Ausnahmen von den Wettbewerbsregelungen nach Art. 106 Abs. 2 AEUV möglich. Primärrechtlich können auf dieser Grundlage etwa staatliche Beihilfen (Subventionen, nicht marktübliche Eigenkapitalzuschüsse) an einen vergesellschafteten Versorger gerechtfertigt sein. Die Vergesellschaftung selbst stellt keine Beihilfe dar.
08. Eine Vergesellschaftung begründet keine Gesetzgebungs- oder Regulierungskompetenz. Die Gesetzgebungskompetenzen für die Energiewirtschaft liegen teilweise bei der EU und auf nationaler Ebene beim Bund. Die Länderzuständigkeit für die Vergesellschaftung (aufgrund fehlender Kompetenzzuständigkeit durch den Bund) führt nicht zu einer Befugnis zur Regelung des von der Vergesellschaftung betroffenen Sachgebiets, hier: der Energiewirtschaft.
09. Ein Energieversorgungsunternehmen in Gemeinwirtschaft unterliegt im Ausgangspunkt dem allgemeinen Rechtsrahmen für die Energiewirtschaft. Das EnWG ist auf öffentliche Unternehmen grundsätzlich vollumfänglich anwendbar (§ 109 Abs. 1 EnWG), der Sonderfall einer Vergesellschaftung wird nicht thematisiert. Da eine Vergesellschaftung etwas anderes als bloße staatliche Trägerschaft ist, mag im Einzelfall eine abweichende Interpretation einzelner Vorschriften möglich oder gar geboten sein. Das Unionsrecht gibt den Mitgliedstaaten zudem grundsätzlich die Möglichkeit zu gemeinwirtschaftlichen Sonderregelungen (Art. 9 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL), die derzeit aber fehlen.
10. Der energiewirtschaftliche Rechtsrahmen ist insbesondere für (Strom)Netzbetreiber umfangreich und detailliert. Primärer Zweck der Netzregulierung ist es, zu verhindern, dass das Monopol auf Netzebene ausgenutzt wird. Insoweit bestehen Verpflichtungen zur Entflechtung („Unbundling“) und zur diskriminierungsfreien Gewährleistung von Netzzugang; die zulässigen Netzentgelte werden ebenfalls reguliert. Hinsichtlich des Netzzugangs ermöglicht Art. 9 Abs. 5 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL grundsätzlich Ausnahmen vom Netzzugangsregime, die anlässlich einer Vergesellschaftung genutzt werden könnten; die Einzelheiten sind hier offen.

11. Eine Sonderkonstellation stellt § 46 EnWG dar, der die periodische Ausschreibung von Wegenutzungsrechten gebietet, die für den Betrieb von Verteilernetzen notwendig sind. Die rein nationale Vorschrift hat keinen unionsrechtlichen Hintergrund, und verbietet u. a. eine ausschreibungsfreie Vergabe an kommunale Eigenbetriebe. Der verfassungsrechtlich vorgesehenen Vergesellschaftung steht sie aber nicht grundsätzlich entgegen. Fraglich ist vor allem, ob die periodische Ausschreibungspflicht auch nach der Vergesellschaftung gelten würde. Dagegen spricht, dass das gemeinwirtschaftliche Unternehmen auf diese Weise in einen privatwirtschaftlich orientierten Ausschreibungswettbewerb gezwungen würde.
12. Auf Ebene der Stromerzeugung gibt es Vorschriften, die es den Übertragungsnetzbetreibern (ÜNB) zur Sicherung der Netzstabilität z. B. ermöglichen, (erneuerbare) Erzeugungsanlagen gegen Entschädigung abzuregeln oder die Stilllegung (konventioneller) Erzeugungskapazitäten zeitweise zu untersagen. Diese Vorschriften würden auch einen vergesellschafteten Erzeuger betreffen. Sie stehen einer Transformation der Erzeugungskapazitäten aber keineswegs grundsätzlich entgegen, sondern ermöglichen nur punktuelle Eingriffe zur Sicherung der Systemstabilität.
13. Eine gemeinwirtschaftliche Versorgung der Endkund:innen ist auf Grundlage des derzeitigen Regulierungsrahmens unproblematisch möglich; insbesondere steht einer sozialverträglichen Preisgestaltung nichts entgegen.
14. Der weitere nicht energiewirtschaftliche Rechtsrahmen gilt grundsätzlich fort. Im Falle der hier untersuchten öffentlich-rechtlichen Organisation des gemeinwirtschaftlichen Betreibers wäre dieser voraussichtlich an das Vergaberecht gebunden.
15. Insgesamt betrachtet bestehen für ein vergesellschaftetes Energieversorgungsunternehmen erhebliche Spielräume, die vorliegend konkret für den Stromsektor untersucht wurden. Hier ist zwar zu konstatieren, dass die gegenwärtige Netzregulierung die Handlungsmöglichkeiten eines vergesellschafteten Netzbetreibers einschränkt. Allerdings bestehen Spielräume z. B. bei der Entgeltregulierung (Absehen von einer Ausschöpfung der zulässigen Entgelte), und das Unionsrecht ermöglicht auch hier grundsätzlich Ausnahmen für gemeinwirtschaftliche Betreiber, auch wenn diese im deutschen Recht bisher keinen Ausdruck gefunden haben. Auf Ebene der Stromerzeugung und der Versorgung der Endkund:innen bestehen ohnehin weitreichende Spielräume; hier macht der geltende Regulierungsrahmen nur punktuelle Vorgaben.

