

Schriftenreihe der Deutschen Universität  
für Verwaltungswissenschaften Speyer

---

Band 240

**Die Wahrnehmung  
der Gemeinwohlbelange durch Private  
unter besonderer Berücksichtigung  
des Energiesektors**

**Von**

**Leo Koltsoff**



**Duncker & Humblot · Berlin**

LEO KOLTSOFF

Die Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange durch Private  
unter besonderer Berücksichtigung des Energiesektors

Schriftenreihe der Deutschen Universität  
für Verwaltungswissenschaften Speyer

Band 240

# Die Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange durch Private unter besonderer Berücksichtigung des Energiesektors

Von

Leo Koltsoff



Duncker & Humblot · Berlin

Der Lehrstuhl für Öffentliches Recht  
der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer  
hat diese Arbeit im Jahr 2021 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten  
© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf  
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach  
Printed in Germany

ISSN 2197-2842  
ISBN 978-3-428-18477-4 (Print)  
ISBN 978-3-428-58477-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Meiner Mutter*



## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2021 von der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung und sonstige Quellen konnten bis Januar 2020 berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt an erster Stelle meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Dr. h.c. Jan Ziekow, für die Betreuung der Arbeit, für den bereichernden fachlichen Austausch und seine stete Unterstützung. Seine wertvollen Hinweise und Empfehlungen haben den Arbeitsprozess begleitet und die Fertigstellung der Arbeit ermöglicht. Mein Dank gilt weiterhin Herrn Professor Dr. Wolfgang Weiß für die Erstellung des Zweitgutachtens und für seine zahlreichen wertvollen Hinweise. Beiden gilt zudem gemeinsam mit Frau Professorin Dr. Constanze Janda mein Dank für eine spannende und angenehme Disputation.

Der Senat der Universität Speyer hat der Aufnahme der Dissertationsschrift in die Schriftenreihe der Universität zugestimmt. Ich bin dankbar, dass sie in diesem Rahmen erscheinen kann.

Frankfurt, im Mai 2021

*Leo Koltsoff*



# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	15
<b>B. Allgemeiner Teil</b> .....	21
I. Definition einer öffentlichen Aufgabe .....	21
II. Gemeinwohl .....	26
III. Gewährleistungsverantwortung .....	28
IV. Grundrechte in der Gewährleistungsverwaltung .....	32
V. Regulierung als Instrument der Gewährleistungsverwaltung .....	35
VI. Zusammenfassung und Zwischenfazit zum allgemeinen Teil .....	40
<b>C. Gemeinwohlbindung im Energierecht</b> .....	47
I. Gesetzesziele und -zwecke .....	47
1. Sichere Energieversorgung .....	47
2. Preisgünstige Energieversorgung .....	48
3. Verbraucherfreundliche Energieversorgung .....	49
4. Effiziente Energieversorgung .....	49
5. Umweltverträgliche Energieversorgung .....	50
II. Zielkonflikte .....	51
III. Grundsätze des § 1 a EnWG .....	54
IV. Aufgaben der Energieversorgungsunternehmen .....	55
V. Entflechtung .....	58
VI. Netzanschluss .....	61
VII. Netzzugang und Netzentgelte .....	63
VIII. Genehmigungspflicht als Marktzutrittskontrolle .....	67
IX. Grundversorgungspflicht .....	69

X. Energiepreiskontrolle .....	72
XI. Zusammenfassung und Zwischenfazit zur Gemeinwohlbindung .....	74
<b>D. Leitungswettbewerb als ein Instrument der Gemeinwohlverwirklichung .....</b>	<b>83</b>
I. Ökonomische Möglichkeit des Leitungswettbewerbs .....	83
II. Wettbewerb im deutschen Fernleitungsnetz .....	85
III. Leitungswettbewerb und befristete Ausnahme neuer Infrastrukturen von der Regulierung .....	91
IV. Leitungswettbewerb und Merchant Lines als weiteres Instrument zur Gemein- wohlmaximierung .....	95
V. Leitungswettbewerb durch Direktleitungen .....	98
VI. Zusammenfassung und Zwischenfazit zum Leitungswettbewerb .....	102
<b>E. Fachplanung als ein Instrument der Gemeinwohlbindung .....</b>	<b>111</b>
I. Erforderlichkeit der Fachplanung in der Energiewirtschaft .....	111
II. Raumbezogene Konflikte .....	112
III. Enteignungsmöglichkeit .....	113
IV. Historische Entwicklung des Planungsrechts .....	117
1. UVPG .....	117
2. Infrastrukturplanungsbeschleunigungsgesetz .....	119
3. EnLAG .....	120
4. Energiewende .....	121
5. NABEG .....	122
V. Allgemeines zu Leitungsplanung .....	126
1. Europarechtliche Ansätze einer Netzplanung .....	126
2. Transeuropäische Netze .....	127
3. Vereinbarkeit mit EU-Recht .....	128
4. Art. 194 AEUV .....	129
5. Gemeinschaftsweiter Netzentwicklungsplan .....	129
6. Nationale Planung .....	130
7. Trassenauswahl .....	132
VI. Allgemeines zu Planung von Erzeugungsanlagen .....	134

VII. Netzbedarfsplanung im Detail .....	135
1. Netzentwicklungsplanung .....	135
2. Szenariorahmen .....	138
3. Netzentwicklungsplan .....	139
4. Bundesbedarfsplan .....	147
5. Trassenfindung .....	148
6. Leitungstrassen in der Landesplanung .....	154
7. Leitungstrassen auf der mittleren Ebene der Trassierung .....	155
8. Bundesfachplanung .....	158
a) Verantwortung für die Bundesfachplanung .....	160
b) Bindungswirkung der Fachplanung .....	162
9. Planfeststellung .....	164
a) Planfeststellungspflicht .....	165
b) Ablauf des Planfeststellungsverfahrens .....	167
c) Materielle Anforderungen an einen Planfeststellungsbeschluss .....	168
d) Bindung an die Ergebnisse der höherstufigen Planungen .....	172
e) Zwingende Bindungen materiellen Rechts .....	172
f) Abwägung .....	173
10. Planfeststellung nach §§ 18 ff. NABEG .....	176
11. Rechtsschutzfragen .....	178
a) Vorbemerkung .....	179
b) Zuständigkeit .....	179
c) Aufschiebende Wirkung .....	180
d) Statthafte Klageart .....	181
12. Sonstige nicht planfeststellungspflichtige Vorhaben .....	181
a) Planerische Steuerungsmöglichkeit durch das Bauplanungsrecht .....	181
b) Flächennutzungsplan .....	182
c) Bebauungsplan .....	184
d) Unbeplante Bereiche .....	186
e) Rechtsschutz .....	187
13. Notwendigkeit einer Standortplanung für Energieerzeugungsanlagen .....	188
VIII. Zusammenfassung und Zwischenfazit zur Planung .....	190
<b>F. Enteignung als ein Instrument der Gemeinwohlbindung .....</b>	<b>208</b>
I. Unternehmensbezogene Betrachtung der Gemeinwohlbindung .....	213
II. Vorhabenbezogene Gemeinwohlbindung .....	221
III. Vorbereitung der Enteignungsentscheidung .....	223

IV. Entscheidung über die Enteignung dem Grunde nach .....	225
1. Geltendmachung von öffentlichen Interessen durch Betroffene .....	227
2. Berücksichtigung von Interessen der EVU .....	228
3. Netzzugang als Alternative zum konkurrierenden Leitungsbau .....	230
V. Rechtsschutz .....	235
VI. Enteignungsverfahren im engeren Sinne .....	236
VII. NAV/NDAV als Alternative zur Enteignung .....	236
VIII. Zusammenfassung und Zwischenfazit zur Enteignung .....	238
<b>G. Regelungen der Wegenutzung als ein Instrument der Gemeinwohlbindung .....</b>	<b>246</b>
I. Diskriminierungsverbot/einfache Wegenutzungsverträge .....	249
II. Kritik des § 46 EnWG sowie des Leitungswettbewerbs .....	250
III. Qualifizierte Wegenutzungsverträge .....	252
IV. Rechtsschutz .....	257
V. Zusammenfassung und Zwischenfazit zur Wegenutzung .....	258
<b>H. Fazit und Empfehlungen .....</b>	<b>261</b>
I. Ergebnisse der Untersuchung .....	261
II. Empfehlungen .....	268
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>272</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>285</b>

*„Das öffentliche Wohl soll das oberste Gesetz sein.“*

*Marcus Tullius Cicero<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Über die Gesetze (De legibus), entstanden ca. 53–51 v. Chr. III, 3, 8, S. 155.



## A. Einleitung

„Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erscheint als eine erklärungsbedürftige Anomalie.“<sup>2</sup> Denn ein „Normalfall“ der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aus rechtsstaatlicher Perspektive ist ihre Wahrnehmung durch die öffentliche Hand.<sup>3</sup> Zurzeit befinden sich die Formen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben allerdings im Wandel. Der Leistungsstaat wird zunehmend vom Gewährleistungsstaat<sup>4</sup> abgelöst,<sup>5</sup> so dass fraglich ist, ob man künftig noch von einem „Normalfall“ der Aufgabenwahrnehmung im Falle der Aufgabenwahrnehmung durch die öffentliche Hand ausgehen kann.<sup>6</sup> Hinter dem Gewährleistungsstaat steht

---

<sup>2</sup> Heintzen, VVDStRL, 62 (2003), 220, 222.

<sup>3</sup> vgl. Heintzen, VVDStRL, 62 (2003), 220, 222.

<sup>4</sup> mit „Bestellungsverwaltung“, vgl. Burgi, Privatisierung, S. 32.

<sup>5</sup> vgl. Krajewski, S. 549.

<sup>6</sup> Es ist jedoch auch fraglich, ob dieser Trend Allgemeingültigkeit beanspruchen kann. Mit der Weltwirtschaftskrise (ab 2007) stieg das Misstrauen gegen Privatisierungen (vgl. DStGB, Privatisierungen: „Kein Tafelsilber, sondern Essbesteck“ vom 04.08.2010, <https://www.dstgb.de/aktuelles/archiv/archiv-2011/privatisierungen-kein-tafelsilber-sondern-essbesteck/>) sowie gegen „unzureichende“ Selbstregulierungen, was seinerseits zur einer gewissen Re-Etatisierung (z. B. zu Reformen der Finanzmarktregulierung, vgl. hierzu Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Regulierung nach der Finanzkrise, Sachstand, WD 4-3000-154/18) führte, so dass diese Re-Etatisierung die Entwicklung zu einem kooperativen Staat möglicherweise überlagert.

In dem Energiesektor liefen zu der Zeit der Weltwirtschaftskrise mehrere Tausend zwanzigjährige Konzessionsverträge über Strom- und Gasnetze aus den 90er Jahren des 20. Jahrhunderts aus (vgl. [https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Energie/Rekommunalisierung/rekommunalisierung\\_node.html](https://www.bundeskartellamt.de/DE/Wirtschaftsbereiche/Energie/Rekommunalisierung/rekommunalisierung_node.html)). Dies wurde – dem neuen Trend zur Re-Etatisierung folgend – zum Anlass genommen, bei Neuvergaben „kommunale Eigenbetriebe, Eingengesellschaften oder Beteiligungsgesellschaften [...] zu bevorzugen (a. a. O., sog. „Rekommunalisierung“).“ Eine solche Bevorzugung wurde allerdings durch die Rechtsprechung (vgl. z. B. BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 65/12; BGH, Urteil vom 17. Dezember 2013 – KZR 66/12; BGH, Urteil vom 9. März 2021 – KZR 55/19) sowie durch das BKartA (z. B. Andreas Mundt, Rekommunalisierung hinterfragen, [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Fachartikel/AndreasMundt\\_Rekommunalisierung.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publication/DE/Fachartikel/AndreasMundt_Rekommunalisierung.html)) und die Monopolkommission nicht unkritisch gesehen: „Die Idee, dass der Staat im Rahmen der Daseinsvorsorge als Unternehmer tätig werden muss, gilt heute nicht mehr als stichhaltig. Zum einen birgt das Konzept der Daseinsvorsorge keine schlüssige Abgrenzung dessen, was Daseinsvorsorge umfassen soll, und trifft in diesem Zusammenhang auch keine Aussage über Energieversorgungsnetze. Zum anderen kann der Staat die Rahmenbedingungen dergestalt setzen, dass auch private Akteure bestimmte Anforderungsprofile, z.B. hinsichtlich Sicherheit, Qualität und Umwelteffekten (z.B. durch Festlegung von CO<sub>2</sub>-Emissionsrechten) erfüllen. Die nähere Betrachtung zeigt, dass die tatsächlichen Einflussmöglichkeiten der Kommunen auf den Energieversorgungsmarkt im Falle einer Rekommunalisierung geringer sind, als von den

der Gedanke, dass der Staat Gemeinwohlinteressen zwar selbst sichern muss, allerdings nicht unbedingt hierfür aufzukommen braucht.<sup>7</sup>

Man spricht von einer Entkoppelung von Aufgabenverantwortung und Aufgabenerfüllung.<sup>8</sup> Erst eine solche Verantwortungsstufung (Private – Erfüllungsvantwortung, Staat – Gewährleistungsverantwortung als eine Letztverantwortung oder Auffangverantwortung<sup>9</sup>) ermöglicht die Aufteilung der Verantwortung zwischen Staat und Privaten<sup>10</sup> im sich abzeichnenden kooperativen Staat<sup>11</sup> und bedeutet gleichzeitig eine Abkehr von der ordinären Polarität in dem Verhältnis zwischen dem Staat als einem Reglementeur und dem Privaten als einem Regelungsadressaten.

Hierbei profitiert der idealiter „stets an der Grenze der Überforderung agierende Staat“<sup>12</sup> (sowohl im Zeitalter der knappen Kassen<sup>13</sup> als auch in den Jahren mit einem Rekordüberschuss<sup>14</sup>) davon, dass die Leistungserbringung Privaten überantwortet wird, und kann sich zudem auch Flexibilität, Knowhow<sup>15</sup> und Gestaltungsmöglichkeiten sowie die schöpferische Kraft und Effizienz<sup>16</sup> Privater zunutze machen.<sup>17</sup>

---

Kommunen oftmals angenommen. Wohlfahrtsökonomische Vorteile sind durch die Rekommunalisierung nicht deutlich zu erkennen. Zusammenfassend konstatiert die Monopolkommission, dass sich die Tätigkeit von Kommunen und anderen Gebietskörperschaften bei Energieversorgungsunternehmen nicht mit Effizienzargumenten rechtfertigen lässt (Monopolkommission, Sondergutachten Strom und Gas 2011: Wettbewerbsentwicklung mit Licht und Schatten, BT-Drs. 17/7181, Rn. 56 f.). „Einige Autoren fragen sich bereits, ob der Trend zur Rekommunalisierung aufgrund von durch die Rechtsprechung aufgestellten „Hürden“ nicht praktisch abgeklungen ist (z. B. *Miriam Vollmer*, Das GASAG-Urteil des BGH: Rekommunalisierung am Ende? vom 16.03.21, <https://recht-energisch.de/2021/03/16/das-gasag-urteil-des-bgh-rekommunalisierung-am-ende/>). Trotz der im Ergebnis bestehenden praktischen Dominanz des Privatisierungstrends sowie der grundsätzlichen Kritik der Rekommunalisierung (vgl. z. B. *Justus Haucap*, Rekommunalisierung: Gehören Energienetze in die öffentliche Hand?, vom 04.11.2014, <http://www.bmwi-energiewende.de/EWD/Redaktion/Newsletter/2014/32/Meldung/kontrovers-reck-haucap.html>) „[...] handelt es sich bei Privatisierung und Rekommunalisierung um komplementäre Strategien zur Modernisierung des Gemeinwesens, die gleichberechtigt nebeneinander stehen und schon deshalb beide im Auge zu behalten sind (*Hartmut Bauer*, DÖV 2012, 329, 338)“, um einzelfallbezogen (insbesondere im Konzessionsvergabeverfahren) festzustellen, welche Art der Aufgabenerledigung größere Wohlfahrtsvorteile mit sich bringen wird.

<sup>7</sup> vgl. *Burgi*, S. 89; *Knauff*, S. 78; *Krausnick*, S. 35.

<sup>8</sup> vgl. *Ziekow*, in: *Seok/Ziekow*, S. 33.

<sup>9</sup> vgl. *Schuppert*, in: *Münkler/Fischer*, S. 67, 77; *Lämmerzahl*, S. 243.

<sup>10</sup> vgl. *Hoffmann-Riem*, in: *Kirchhof/Lehner/Raupach/Rodi*, S. 47 ff.

<sup>11</sup> vgl. *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff.

<sup>12</sup> vgl. *Vofßkuhle*, VVDStRL, 62 (2003), 266, 268; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat.

<sup>13</sup> vgl. *Ziekow*, in: *Seok/Ziekow*, S. 24.

<sup>14</sup> vgl. Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung Nr. 057 vom 25. Februar 2020: Überschuss von 62,4 Milliarden Euro im Jahr 2018 und Überschuss von 49,8 Milliarden Euro im Jahr 2019, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/02/PD20\\_057\\_813.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/02/PD20_057_813.html).

<sup>15</sup> vgl. *Burgi*, Privatisierung, S. 23.

<sup>16</sup> vgl. *Kim*, in: *Seok/Ziekow*, S. 42.

<sup>17</sup> vgl. *Baumeister*, in: *Seok/Ziekow*, S. 66.

Das gewandelte Staatsverständnis zieht in der Praxis eine Transition zu neuen Formen des behördlichen Wirkens nach sich. Macht sich Verwaltung die Gestaltungsmöglichkeiten des Bürgers bei der Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange zunutze, so wird der Letztere zum Mitgestalter der Aufgabenerfüllung. Die Aufgabe des Verwaltungsrechts wird es daher in den nächsten Jahren sein, die neuen Formen des Verwaltungshandelns unter Zuhilfenahme Hilfe Privater zu strukturieren.<sup>18</sup>

Da Private aus Rentabilitätsgesichtspunkten handeln, stellt sich die Frage nach der Existenz ausreichender Steuerungsmöglichkeiten, um darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben tatsächlich erfüllt werden.<sup>19</sup>

In erster Linie kommt eine Regulierung der Tätigkeit Privater als ein Weg, Private dazu zu bringen, auch im Sinne der Wahrnehmung der öffentlichen Aufgaben zu handeln,<sup>20</sup> in Betracht. Deswegen spielt die Regulierung eine wesentliche Rolle in dieser Untersuchung.

Als einer der besonders investitionsintensiven Wirtschaftsbereiche gilt der Energiebereich, weshalb er sich insbesondere in Zeiten von knappen Kassen und ansonsten grundsätzlich wegen der essentiellen Bedeutung der Energieversorgung für die menschliche Existenz sowie für das Funktionieren der Wirtschaft, für Kooperationen mit Privaten (weil man sich von solchen Kooperationen aufgrund der besagten „Flexibilität, Knowhow und Gestaltungsmöglichkeiten sowie der schöpferischen Kraft und Effizienz“<sup>21</sup> Privater eine Identifikation und Ausschöpfung etwaiger Optimierungspotenziale verspricht) besonders eignet.

Die vorliegende Arbeit widmet sich der Untersuchung des energierechtlichen Rahmens aus der Perspektive der Gemeinwohlverwirklichung, um herauszufinden, ob dieser Rechtsrahmen ein taugliches Mittel zur Zweckerreichung, d.h. zur Sicherung der Gemeinwohlverwirklichung durch Private, ist sowie ob es Ansatzpunkte für eine Optimierung des Rechtsrahmens zum Zwecke der Gemeinwohlmaximierung gibt (sei es im Hinblick auf die Gemeinwohlbindung selbst, sei es auf die Art der Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange oder im Hinblick auf ihren Bestand). Wird Optimierungsbedarf identifiziert, so sollen entsprechende Vorschläge ausgearbeitet werden.

Die Verwaltung macht sich die Gestaltungsmöglichkeiten des in die Aufgabenerfüllung involvierten Bürgers bei der Wahrnehmung der Gemeinwohlbelange zunutze. Vor diesem Hintergrund werden diese Gestaltungsmöglichkeiten bzw. An-

---

<sup>18</sup> vgl. Ziekow, in: Seok/Ziekow, S. 36; Schuppert, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts – Regelungsbedarf und Handlungsoptionen eines Rechtsrahmens für Public Private Partnership; Ziekow, Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz; Becker, ZRP 2002, 303 ff.

<sup>19</sup> vgl. BVerfGE 66, 248, 257; BVerwG, NJW 2003, 230, 231; kritisch in Bezug auf die EVU, vgl. Hermes, Infrastrukturverantwortung, S. 445.

<sup>20</sup> vgl. Stelkens, in: Seok/Ziekow, S. 77.

<sup>21</sup> vgl. Kim, in: Seok/Ziekow, S. 42.