

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, Rimpau
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

A. Einleitung	15
B. Allgemeiner Teil	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
C. Gemeinwohlbindung im Energierecht	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
D. Leistungswettbewerb als ein Instrument der Gemeinwohlverwirklichung	83
I. Ökonomische Möglichkeit des Leistungswettbewerbs	83
II. Wettbewerb im deutschen Fernleitungsnetz	85
III. Leistungswettbewerb und befristete Ausnahme neuer Infrastrukturen von der Regulierung	91
IV. Leistungswettbewerb und Merchant Lines als weiteres Instrument zur Gemeinwohlmaximierung	95
V. Leistungswettbewerb durch Direktleitungen	98
VI. Zusammenfassung und Zwischenfazit zum Leistungswettbewerb	102
E. Fachplanung als ein Instrument der Gemeinwohlbindung	111
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
F. Enteignung als ein Instrument der Gemeinwohlebindung	208
I. Unternehmensbezogene Betrachtung der Gemeinwohlebindung	213
II. Vorhabenbezogene Gemeinwohlebindung	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
 G. Regelungen der Wegenutzung als ein Instrument der Gemeinwohlbindung	246
I. Diskriminierungsverbot/einfache Wegenutzungsverträge	249
II. Kritik des § 46 EnWG sowie des Leistungswettbewerbs	250
III. Qualifizierte Wegenutzungsverträge	252
IV. Rechtsschutz	257
V. Zusammenfassung und Zwischenfazit zur Wegenutzung	258
 H. Fazit und Empfehlungen	261
I. Ergebnisse der Untersuchung	261
II. Empfehlungen	268
 Literaturverzeichnis	272
 Stichwortverzeichnis	285

„Das öffentliche Wohl soll das oberste Gesetz sein.“

Marcus Tullius Cicero¹

¹ 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 erkläруngsbedürftige Anomalie.“² Denn ein „Normalfall“ der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aus rechtsstaatlicher Perspektive ist ihre Wahrnehmung durch die öffentliche Hand.³ Zurzeit befinden sich die Formen der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben allerdings im Wandel. Der Leistungsstaat wird zunehmend vom Gewährleistungsstaat⁴ abgelöst,⁵ so dass fraglich ist, ob man künftig noch von einem „Normalfall“ der Aufgabenwahrnehmung im Falle der Aufgabenwahrnehmung durch die öffentliche Hand ausgehen kann.⁶ Hinter dem Gewährleistungsstaat steht

² *Heintzen*, VVDStRL, 62 (2003), 220, 222.

³ vgl. *Heintzen*, VVDStRL, 62 (2003), 220, 222.

⁴ mit „Bestellungsverwaltung“, vgl. *Burgi*, Privatisierung, S. 32.

⁵ vgl. *Krajewski*, S. 549.

⁶ Es ist jedoch auch fraglich, ob dieser Trend Allgemeingültigkeit beanspruchen kann. Mit der Weltwirtschaftskrise (ab 2007) stieg das Misstrauen gegen Privatisierungen (vgl. DSIGB, 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 Finanzmarktregelung, 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). Dies wurde – dem neuen Trend zur Re-Etatisierung folgend – zum Anlass genommen, bei Neuvergaben „kommunale Eigenbetriebe, Energiegesellschaften 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/Publikation/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 CO2-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.⁷

Man spricht von einer Entkoppelung von Aufgabenverantwortung und Aufgabenerfüllung.⁸ Erst eine solche Verantwortungsstufung (Private – Erfüllungsverantwortung, Staat – Gewährleistungsverantwortung als eine Letztverantwortung oder Auffangverantwortung⁹) ermöglicht die Aufteilung der Verantwortung zwischen Staat und Privaten¹⁰ im sich abzeichnenden kooperativen Staat¹¹ und bedeutet gleichzeitig eine Abkehr von der ordinären Polarität in dem Verhältnis zwischen dem Staat als einem Reglementeur und dem Privaten als einem Regelungssubjekten.

Hierbei profitiert der idealiter „stets an der Grenze der Überforderung agierende Staat“¹² (sowohl im Zeitalter der knappen Kassen¹³ als auch in den Jahren mit einem Rekordüberschuss¹⁴) davon, dass die Leistungserbringung Privaten überantwortet wird, und kann sich zudem auch Flexibilität, Knowhow¹⁵ und Gestaltungsmöglichkeiten sowie die schöpferische Kraft und Effizienz¹⁶ Privater zunutze machen.¹⁷

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 16.03.2011, <https://recht-energisch.de/2021/03/16/das-gasag-urteil-des-bgh-rekommunalisierung-am-enden/>). 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.

⁷ vgl. *Burgi*, S. 89; *Knauff*, S. 78; *Krausnick*, S. 35.

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

⁹ vgl. *Schuppert*, in: *Münker/Fischer*, S. 67, 77; *Lämmerzahl*, S. 243.

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

¹¹ vgl. *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff.

¹² vgl. *Voßkuhle*, VVDStRL, 62 (2003), 266, 268; *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat.

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

¹⁴ 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.

¹⁵ vgl. *Burgi*, Privatisierung, S. 23.

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

¹⁷ 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.¹⁸

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

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,²⁰ 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 be-sagten „Flexibilität, Knowhow und Gestaltungsmöglichkeiten sowie der schöpferischen Kraft und Effizienz“²¹ 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-

¹⁸ 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.

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

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

²¹ vgl. Kim, in: Seok/Ziekow, S. 42.