

JOHANNES FRANKE

Die Finanzierung des
Netzausbaus zwischen
Markt und Staat

*Studien zum
Regulierungsrecht*

14

Mohr Siebeck

Studien zum Regulierungsrecht

Herausgegeben von

Gabriele Britz, Martin Eifert, Michael Fehling,
Thorsten Kingreen und Johannes Masing

14



Johannes Franke

Die Finanzierung des Netzausbaus zwischen Markt und Staat

Zugleich ein Beitrag zu privater und staatlicher
Finanzierungsverantwortung im Regulierungsrecht

Mohr Siebeck

Johannes Franke, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Bucerius Law School und der Cornell Law School; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl Öffentliches Recht III an der Bucerius Law School; seit 2017 Rechtsreferendar in Hamburg; 2019 Promotion.

Gedruckt mit Unterstützung der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg

ISBN 978-3-16-159052-8 / eISBN 978-3-16-159053-5

DOI 10.1628/978-3-16-159053-5

ISSN 2191-0464 / eISSN 2569-4448 (Studien zum Regulierungsrecht)

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times New Roman gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintertrimester 2018/2019 von der Bucerius Law School als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von Juli 2019, die in den Fußnoten angegebenen Internetfundstellen wurden zuletzt am 06. September 2019 abgerufen.

In akademischer Hinsicht gebührt mein Dank zuallererst meinem Doktorvater, Prof. Dr. Michael Fehling, LL.M. (Berkeley), der die Entstehung dieser Arbeit mit kritischen Diskussionen und persönlichem Zuspruch begleitet hat. Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer danke ich für die zügige Erstattung des Zweitgutachtens, der Herausgeberin und den Herausgebern der *Studien zum Regulierungsrecht* für die Aufnahme in diese Schriftenreihe.

Der Studienstiftung des Deutschen Volkes bin ich für die finanzielle und ideelle Förderung während der Promotionszeit zu Dank verpflichtet. Der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung danke ich für einen überaus großzügigen Zuschuss zu den Druckkosten, ohne den eine Veröffentlichung in dieser Form nicht finanzierbar gewesen wäre.

Zum Gelingen dieser Arbeit haben zahlreiche Personen auf unterschiedliche Weise beigetragen. Den Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl danke ich für eine fachlich wie persönlich gewinnbringende Zeit. Für die kritische Durchsicht und Diskussion einzelner Teile dieser Arbeit bedanke ich mich bei Prof. Dr. Christian Ernst, Philipp Overkamp und Lisa Hamacher. Monika Steidle hat das Manuskript dieser Arbeit lektoriert und mir damit viel Arbeit abgenommen; auch dafür danke ich herzlich.

Für bedingungslosen Rückhalt in jeder Lebenslage bin ich meinen Eltern, Helge Franke und Lore Hübert-Franke, sowie meinen Schwestern Juliana und Anna zutiefst dankbar. Ein unvergleichlicher Freundeskreis hat gerade in schwierigen Phasen für die dringend notwendige Ablenkung und Zerstreung gesorgt. Mein größter Dank aber gilt meiner Partnerin Lea Steidle. Ohne ihre liebevolle und geduldige Unterstützung wäre dieses Buch nicht erschienen und ich nicht derselbe.

Hamburg, im September 2019

Johannes Franke

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XVII
Einleitung	1
<i>A. Die Finanzierung des Netzausbaus als Problem des Regulierungsrechts</i>	2
<i>B. Finanzierungverantwortung im Regulierungsrecht als verfassungsrechtliches Problem</i>	3
Erster Teil: Die Aufgabe „Netzausbau“ im Kontext des Gewährleistungsstaates	7
<i>A. Der Wandel von Staatsbildern als Analyserahmen</i>	7
<i>B. Entwicklung und Abgrenzung des Gewährleistungsstaates</i>	9
I. Grundbegriffe zur Erfassung eines Wandels von Staatlichkeit	10
1. Gemeinwohl und Staatsaufgaben	10
2. Hoheitsprinzip und Wettbewerbsprinzip	11
II. Vom bürgerlichen Rechtsstaat zum sozialen Wohlfahrtsstaat	13
1. Der bürgerliche Rechtsstaat	13
a) Leitidee: Dualismus von Staat und Gesellschaft und Gemeinwohl durch Selbstregulierung	13
b) Staatsaufgaben und die Rolle des Verfassungs- und Verwaltungsrechts	14
2. Der soziale Wohlfahrtsstaat	15
a) Leitidee: Getrennte Aufgabenfelder von Staat und Gesellschaft und weitgehend hoheitliche Herstellung des Gemeinwohls	15
b) Staatsaufgaben und die Rolle des Verwaltungs- und Verfassungsrechts	16
aa) Daseinsvorsorge und Infrastrukturschaffung als Staatsaufgaben	17
bb) Leistungsverwaltung, Sozialstaatlichkeit und Leistungsdimension der Grundrechte	19
III. Der Gewährleistungsstaat	20

1. Leitidee: Aufgaben- und Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft	20
2. Staatsaufgaben und die Rolle des Verfassungs- und Verwaltungsrechts	22
a) Wandel der Daseinsvorsorge: Von der Erfüllungs- zur Gewährleistungs- und Infrastrukturverantwortung	22
b) Sinkende Determinationskraft des Verfassungsrechts und Regulierungsrecht als Gewährleistungsverwaltungsrecht	24
<i>C. Aufgabenteilung und Regulierung im Telekommunikations- und Stromsektor</i>	28
I. Pluralität der Regulierungsziele und Vorleistungsfunktion der Netzebene ..	29
II. Wettbewerbsermöglichung durch Zugangs- und Entgeltregulierung	31
III. Gemeinwohl- und Infrastruktursicherung	33
<i>D. Zusammenfassung und Fazit</i>	38
 Zweiter Teil: Finanzierungsmodelle der Aufgabenwahrnehmung ...	41
<i>A. Ökonomische Probleme und Marktversagen bei der Finanzierung des Netzausbaus</i>	42
I. Unvollständigkeit des Wettbewerbs: Netzinfrastrukturen als natürliche Monopole	43
II. Unvollständigkeit des Preismechanismus hinsichtlich sozialer Regulierungsziele	45
1. Allokative Unvollständigkeit: Positive externe Effekte des Netzausbaus	45
2. Distributive Unvollständigkeit: Verteilungsziele beim Netzausbau	46
<i>B. Denkbare Modelle zur Finanzierung des Netzausbaus</i>	48
I. Primärebene: Staatliche Einflussnahme auf die Investitionsentscheidung ..	49
II. Finanzierungsperspektive	52
1. Ebene 1: Marktinterne und marktexterne Finanzierungsmodelle	53
2. Ebene 2: Kostenindividualisierende und -kollektivierende Modelle marktinterner Finanzierung	54
3. Überblick	54
<i>C. Bewertungskriterien</i>	55
I. Effektivität und Treffsicherheit	55
II. Effizienz	56
1. Volkswirtschaftliche Effizienz und Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsziel	57
2. Verwaltungsaufwand und Transaktionskosten	59
III. Lastenverteilung	60
1. Belastung des Staatshaushalts	60
2. Belastung der Endkunden	61

<i>D. Analyse und Bewertung unterschiedlicher Finanzierungsmodelle</i>	62
I. Marktinterne oder marktexterne Finanzierung	62
1. Vergleich mit der Finanzierung unmittelbar staatlich wahrgenommener Aufgaben	62
a) Finanzierung staatlich wahrgenommener Aufgaben nach dem Leistungsfähigkeitsprinzip und marktexterne Finanzierung bei privater Aufgabenwahrnehmung	63
b) Finanzierung staatlich wahrgenommener Aufgaben nach dem Äquivalenzprinzip und marktinterne Finanzierung bei privater Aufgabenwahrnehmung	64
aa) Die Finanzierung staatlicher Leistungen nach dem Äquivalenzprinzip	64
bb) Parallelen und Unterschiede bei einer marktinternen Finanzierung privatwirtschaftlich wahrgenommener Versorgungsaufgaben	66
2. Die Entscheidung zwischen marktinterner und marktexterner Finanzierung	67
a) Effektivität: Die Zahlungsbereitschaft der Endkunden als Grenze einer marktinternen Finanzierung	67
b) Effizienz	69
aa) Volkswirtschaftliche Effizienz und Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsziel	69
bb) Verwaltungsaufwand und Transaktionskosten	74
c) Belastung des Staatshaushalts oder der Verbraucher? Verteilungswirkungen marktinterner und marktexterner Finanzierungsmodelle	75
3. Zwischenfazit	76
II. Marktinterne Finanzierungsmodelle	77
1. Kostenindividualisierende marktinterne Finanzierungsmodelle	77
a) Investitionsanreize in der (Zugangs- und) Entgeltregulierung	78
aa) Effektivität	78
bb) Effizienz	80
(1) Volkswirtschaftliche Effizienz und Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsziel	80
(2) Verwaltungsaufwand und Transaktionskosten	81
cc) Belastung der Endkunden mit den Netzausbaukosten	82
dd) Zwischenfazit: Begrenzte Steuerungskraft der (Zugangs- und) Entgeltregulierung und Erforderlichkeit ergänzender Instrumente	82
b) Vertragliche und gesetzliche Investitionspflichten	83
aa) Effektivität	83
bb) Effizienz	85
(1) Volkswirtschaftliche Effizienz und Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsziel	85

(2) Verwaltungsaufwand und Transaktionskosten	87
cc) Belastung der Endkunden mit den Netzausbaukosten	88
dd) Zwischenfazit: Zweckmäßigkeit von Investitionspflichten einzelner Netzbetreiber vor allem bei fehlender oder geringer Substituierbarkeit der Infrastruktur	88
2. Kostenkollektivierende marktinterne Finanzierungsmodelle	89
a) Effektivität	90
b) Effizienz	92
aa) Volkswirtschaftliche Effizienz und Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsziel	92
bb) Verwaltungsaufwand und Transaktionskosten	94
c) Belastung der Endkunden mit den Netzausbaukosten	94
III. Zusammenfassung und Fazit	95
Dritter Teil: Europa- und verfassungsrechtliche Zulässigkeit marktinterner Finanzierungsmodelle	99
A. <i>Weitgehende Neutralität des Europarechts bezüglich der Lastenverteilung</i>	99
I. Das Europäische Beihilfenrecht	99
1. Die Offenheit des Beihilfenrechts für Gemeinwohlbelange	99
2. Die Blindheit des Beihilfenrechts für die effektive Lastentragung	101
II. Die europäischen Grundrechte	103
1. Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte	103
2. Geringe Determinationskraft der Unionsgrundrechte hinsichtlich der Lastenverteilung	105
B. <i>Verfassungsrechtliche Zulässigkeit marktinterner Finanzierungsmodelle</i>	106
I. Weitgehende Unbedenklichkeit einer reinen Anreizsteuerung	107
II. Belastung der Unternehmen durch kostenkollektivierende Finanzierungsinstrumente	109
1. Vereinbarkeit mit dem Steuerstaatsprinzip	109
a) Verfassungsrechtliche Herleitung des Steuerstaatsprinzips	110
b) Die inhaltlichen Anforderungen der Finanzverfassung an nichtsteuerliche Abgaben: Das Steuerstaatsprinzip als materielles Abstandsgebot	111
c) Rechtfertigung kostenkollektivierender Abgaben zur Finanzierung des Netzausbaus	115
aa) Ausgestaltung und Rechtfertigung als Zwecksteuer?	115
bb) Ausgestaltung und Rechtfertigung als Vorteilsabschöpfungsabgabe?	116
cc) Ausgestaltung und Rechtfertigung als Ausgleichsabgabe?	119
dd) Rechtfertigung als Finanzierungs Sonderabgaben	124

(1) Besonderer Sachzweck	125
(2) Belastung einer homogenen Gruppe	126
(3) Die „Merkmalsgruppe“ von Sachnähe, Finanzierungsverantwortung und gruppennütziger Verwendung	127
(a) Die frühere Konzeption des Bundesverfassungsgerichts: Getrennte Prüfung der Kriterien und eigenständiges Erfordernis einer „gruppennützigen Verwendung“	128
(b) Die neuere Konzeption des Bundesverfassungsgerichts: Prüfung als Merkmalsgruppe mit der Finanzierungsverantwortung als zentralem Prüfungspunkt	129
(c) Besondere Finanzierungsverantwortung kommerzieller Marktteilnehmer für einen an Gemeinwohlzielen orientierten Netzausbau	130
(aa) Keine Finanzierungsverantwortung aufgrund eines Gruppensondervorteils	131
(bb) Keine Finanzierungsverantwortung wegen gruppenspezifischer Verursachung des Finanzierungsbedarfs	132
(cc) Finanzierungsverantwortung wegen besonderer „Sachnähe“	133
(i) Die grundsätzliche Problematik einer Herleitung von Finanzierungsverantwortung aus „Sachnähe“ im Steuerstaat	134
(ii) Die Berücksichtigung der Aufgabenteilung im Regulierungsrecht	135
d) Marktinterne Umlagemechanismen und Steuerstaatlichkeit	144
2. Vereinbarkeit mit den Wirtschaftsgrundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 GG)	147
a) Die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	148
aa) Finanzierungs Sonderabgaben	148
bb) Umlagesysteme	149
b) Die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)	150
3. Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	151
III. Belastungen der Netzbetreiber durch hoheitliche Investitionspflichten	153
1. Qualifizierung als Indienstnahme Privater für öffentliche Aufgaben	153
2. Vereinbarkeit mit dem Steuerstaatsprinzip	154
3. Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)	158
a) Die Trennung von Naturalleistungspflicht und Kostenbelastung bei der grundrechtlichen Rechtfertigung von Indienstnahmen	159
aa) Die Trennbarkeit von Naturalleistungspflicht und Kostenbelastung	160

bb) Der Maßstab für die Kostenbelastung: Freiheits- oder gleichheitsrechtliche Prüfung?	162
cc) Trennung von Naturalleistungspflicht und Kostenbelastung erst im Rahmen der Angemessenheit	165
b) Die Rechtfertigung von Investitionspflichten beim Netzausbau	167
aa) Die Angemessenheit der Naturallast durch bloße „Sachnähe“	167
bb) Die Angemessenheit der Kostenbelastung	168
(1) Angemessenheit dem Grunde nach: Besondere „Sach- und Verantwortungsnähe“ zu dem verfolgten Gemeinwohlziel	168
(a) Der Ausgangspunkt: „Freiheitsgrundrechtliche Folgenverantwortung“ als Zurechnungsgrund	169
(b) Die besondere Problematik von Investitionspflichten und einer Inanspruchnahme der beruflichen Kerntätigkeit	170
(c) Die Berücksichtigung der Aufgabenteilung in den Netzwirtschaften	172
(d) Notwendigkeit der Ermöglichung einer Kostenabwälzung im Rahmen der Entgeltregulierung	179
(2) Angemessenheit der Höhe nach	181
(3) Parallelen in der Eigentumsdogmatik	183
4. Vereinbarkeit mit der Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 GG)	185
5. Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)	186
IV. Zur Rechtfertigung gegenüber den Endkunden	187
1. Rechtfertigung einer Kostenweitergabe an die Verbraucher	187
a) Begrenzte Zurechenbarkeit abgewälzter Kostenbelastungen zum Staat	188
b) Rechtfertigung zurechenbarer Belastungen	190
2. Die Verteilung der Infrastrukturkosten auf unterschiedliche Verbrauchergruppen	193
V. Zusammenführung und Verallgemeinerung: Finanzierungsverantwortung im Regulierungsrecht	194
1. Das verfassungsrechtliche Legitimationsproblem und seine staatstheoretischen Prämissen	195
2. Wegfall der Prämisse in regulierten Wirtschaftsbereichen	196
3. Folgen für eine besondere Finanzierungsverantwortung privater Unternehmen in regulierten Märkten	197
 Vierter Teil: Analyse und Bewertung der derzeitigen Modelle zur Finanzierung des Netzausbaus	 201
A. <i>Der Breitbandausbau im Telekommunikationssektor</i>	201
I. Marktstruktur und Herausforderungen bei der Finanzierung des Netzausbaus	201
1. Breitbandtechnologien und Stand des Netzausbaus	202

2.	Investitionsbedingungen und -hemmnisse beim Netzausbau	205
II.	Investitionsanreize in der Zugangs- und Entgeltregulierung	207
1.	Struktur und Systematik der Zugangs- und Entgeltregulierung	208
a)	Feststellung der Regulierungsbedürftigkeit eines Marktes als Voraussetzung der Zugangs- und Entgeltregulierung	208
b)	Zugangsregulierte Breitbandmärkte	210
c)	Formen der Entgeltregulierung	211
aa)	Ex-ante-Regulierung anhand der Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung	212
bb)	Ex-post-Regulierung	213
2.	Förderung von Breitbandinvestitionen in der Zugangs- und Entgeltregulierung	213
a)	Förderung von Infrastruktur- statt Dienstewettbewerb?	213
b)	Investitionsförderung im Rahmen der TAL-Regulierung	215
aa)	Investitionsfördernde Zugangsentgelte für die Kupfer-TAL	216
bb)	Nachträgliche Regulierung der Zugangsentgelte für die reine Glasfaser-TAL	218
cc)	Vectoring-Monopol im Nahbereich gegen vertragliche Investitionspflicht der DTAG	219
c)	Berücksichtigung von spezifischen Investitionsrisiken und Risikobeteiligungsmodellen im Rahmen der Entgeltregulierung (§ 30 Abs. 3 S. 3 TKG)	221
aa)	Risikoprämien	222
bb)	Risikobeteiligungsmodelle	223
3.	Bewertung des Modells	225
III.	Ergänzende marktexterne Finanzierung durch staatliche Subventionierung	226
1.	Beihilfenrechtliche Anforderungen an die Breitbandförderung	226
a)	Die Leitlinien der Kommission für Beihilfen zur Förderung des Breitbandausbaus	227
aa)	Nichtvorliegen einer Beihilfe und Anwendung der Altmark-Trans-Kriterien	227
bb)	Rechtfertigung von Beihilfen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV	228
b)	Die Allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung	230
2.	Die Subventionierung des Breitbandausbaus in der Bundesrepublik	231
a)	Die NGA-Rahmenregelung als nationale Grundlage für Breitbandbeihilfen	231
b)	Bestehende Förderprogramme	232
3.	Bewertung des Modells	233
IV.	Breitbanduniversaldienst und Finanzierung des Netzausbaus aus Abgaben der Telekommunikationsanbieter	234
1.	Funktionsweise und Verfassungsmäßigkeit des Universaldienstmodells	235
a)	Das Regelungskonzept	235
aa)	Das Stufenmodell auf Primärebene	236
bb)	Die Universaldienstleistungsabgabe auf Sekundärebene	237

b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung	238
2. Möglichkeiten und Grenzen eines Breitbanduniversaldienstes und der Finanzierung über die Universaldienstleistungsabgabe	241
a) Die Vorgaben des Verfassungsrechts	241
b) Die Vorgaben der Universaldienststrichlinie und des EU-Telekommunikationskodex	243
aa) Der „funktionale Internetzugang“ als Universaldienstleistung (Art. 4 Abs. 2 UDRL)	244
bb) Zulässigkeit der Auferlegung, aber marktexterne Finanzierung „zusätzlicher Pflichtdienste“ (Art. 32 UDRL)	247
c) Bewertung des Modells	248
3. Alternative Möglichkeiten einer Beteiligung der Marktteilnehmer an der Finanzierung des Netzausbaus	251
a) Die Versteigerung von Mobilfunkfrequenzen	251
b) Sonderabgaben zur Beteiligung der Telekommunikationsunternehmen an staatlichen Förderprogrammen	253
V. Zusammenfassendes Fazit	256
<i>B. Der Netzausbau im Stromsektor</i>	<i>257</i>
I. Marktstruktur und Herausforderungen bei der Finanzierung des Netzausbaus	258
1. Übertragungsnetzebene	258
2. Verteilnetzebene	260
3. Verteilung der Infrastrukturkosten auf die Verbraucher	262
II. Der Ausbau der Übertragungsnetze	263
1. Investitionsanreize in der Entgeltregulierung	263
a) Funktionsweise der Anreizregulierung und die Gefahr negativer Investitionsanreize	263
b) Die Genehmigung von Investitionsmaßnahmen als positiver Investitionsanreiz	266
c) Bewertung	267
2. Gesetzliche Investitionspflichten der Netzbetreiber und Kostenweitergabe über die Netzentgelte	268
a) Die Investitionspflichten der Übertragungsnetzbetreiber	269
aa) Die Netzausbaupflichten an Land (§§ 12a ff. EnWG)	269
bb) Die Pflicht zur rechtzeitigen Anbindung von Offshore-Windenergieanlagen	271
cc) Die Durchsetzung des Netzausbaus	272
b) Refinanzierung von Investitionspflichten über die regulierten Netzentgelte und verbleibende Kostenrisiken	274
aa) Grundsätzliche Anerkennung als Investitionsmaßnahmen	274
bb) Verbleibende Kostenrisiken der Übertragungsnetzbetreiber	275
c) Vereinbarkeit mit der Berufsfreiheit der Übertragungsnetzbetreiber	277
aa) Anwendbarkeit von Art. 12 Abs. 1 GG	278

(1) Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte	278
(2) Grundrechtsfähigkeit der Übertragungsnetzbetreiber	279
bb) Sach- und Verantwortungsnahe der Übertragungsnetzbetreiber zum Ziel der Energiewende	282
cc) Zumutbarkeit der Belastungen	284
(1) Möglichkeit der Kostenweitergabe im Rahmen der Anreizregulierung	284
(2) Zumutbarkeit einzelner Investitionspflichten	286
(3) Exkurs: Die Haftung für Verzögerungen und Störungen bei der Anbindung von Offshore-Windenergieanlagen (§§ 17e ff. EnWG)	287
d) Rechtfertigung der Belastung nachgelagerter Marktstufen	290
e) Bewertung	292
III. Überblick: Der Ausbau der Verteilnetze	293
1. Investitionsanreize in der Entgeltregulierung	293
2. Investitionspflichten	296
a) Gesetzliche Investitionspflichten nach § 11 EnWG und § 12 EEG	296
b) Auferlegung vertraglicher Investitionspflichten im Rahmen von Konzessionsverträgen	300
3. Fazit	303
IV. Die Verteilung der Netzausbaukosten auf die Stromverbraucher	303
1. Bundesweite Umlage von Netzausbaukosten und Einführung eines bundeseinheitlichen Übertragungsnetzentgelts	304
2. Befreiung stromintensiver Unternehmen zu Lasten der übrigen Netznutzer	309
3. Beteiligung von Eigenversorgern an den Netzentgelten?	311
V. Zusammenfassendes Fazit	313
<i>C. Vergleich der Finanzierung des Netzausbaus im Telekommunikations- und Stromsektor</i>	<i>315</i>
I. Marktinterne oder marktexterne Finanzierung?	316
II. Globale regulatorische Investitionsanreize oder konkretere Investitionssteuerung?	317
III. Individuelle Refinanzierung oder Kollektivierung der Ausbaukosten?	320
<i>D. Seiten- und Ausblick: Die Finanzierung des Ausbaus der Schienenwege</i>	<i>321</i>
I. Sonderstellung der DB Netz AG und Zuschussbedürftigkeit des Schienennetzes	322
II. Gesetzliche Konzeption: Bedarfsplanung des Netzausbaus, primär marktexterne Finanzierung aus dem Bundeshaushalt und Durchführung durch die DB Netz AG	323

III. Vertragliche Ausgestaltung: Begrenzung von Haushaltszuschüssen auf das Erforderliche und Sicherung der tatsächlichen Durchführung des Netzausbaus	326
IV. Fazit	329
Fünfter Teil: Zusammenfassung in Thesen	331
Literaturverzeichnis	343
Sachregister	359

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a. F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARegV	Anreizregulierungsverordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayVBl	Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BLJ	Bucerius Law Journal
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung Zivilsachen des Bundesgerichtshofs
BMVI	Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BNetzA	Bundesnetzagentur
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestags
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CR	Computer und Recht
ders.	derselbe
dies.	dieselbe/dieselben
d. h.	das heißt
ERegG	Eisenbahnregulierungsgesetz
DB	Deutsche Bahn
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DTAG	Deutsche Telekom Aktiengesellschaft
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz

EU	Europäische Union
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
EnWZ	Zeitschrift für das gesamte Recht der Energiewirtschaft
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Fn.	Fußnote
FG	Festgabe
FS	Festschrift
GewArch	Gewerbearchiv
GEREK	Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation und Recht
lit.	Buchstabe
MMR	Multimedia und Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
N&R	Netzwirtschaften und Recht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungs-Report
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdE	Recht der Energiewirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz/Seite
StromNEV	Stromnetzentgeltverordnung
TAL	Teilnehmeranschlussleitung
TKG	Telekommunikationsgesetz
u. a.	unter anderem/und andere
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Bundes
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht

z. B.	zum Beispiel
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
Ziff.	Ziffer
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Einleitung

Telekommunikations- wie Stromsektor befinden sich inmitten eines grundlegenden Umbruchs, der Infrastrukturinvestitionen in Milliardenhöhe notwendig macht. Die unaufhaltsam fortschreitende und immer mehr Lebensbereiche erfassende Digitalisierung verlangt nach dem flächendeckenden Ausbau hochleistungsfähiger Telekommunikationsnetze, damit einzelne Regionen nicht wirtschaftlich und sozial abgehängt werden. Hier wurde als neues politisches Ziel zuletzt der Aufbau eines flächendeckenden „Gigabit-Netzes“ bis zum Jahr 2025 ausgerufen.¹ Im Stromsektor ist es das Jahrhundertprojekt Energiewende, das einen massiven Ausbau der Stromnetze notwendig macht. Auf Übertragungsebene erfordert die Umstellung der Stromerzeugung auf regenerative Energieträger die Errichtung neuer Leitungen, um Strom aus den Küstenregionen in den verbrauchsstarken Süden und Westen der Bundesrepublik zu transportieren und leistungsstarke Offshore-Windenergieanlagen an das Netz anzuschließen; daneben müssen die regionalen Verteilnetze ausgebaut und umgerüstet werden, um die zunehmende Einspeisung durch erneuerbare Erzeugungsanlagen bewältigen zu können.

Hier wie dort wirft der Netzausbaubedarf die Frage auf, wie und vor allem durch wen die notwendigen Investitionen finanziert werden sollen. Dabei durchzieht beide Aufgabenbereiche ein gemeinsames Spannungsfeld. Einerseits sind Digitalisierung und Energiewende zukunftsweisende Großprojekte von gesamtgesellschaftlicher Bedeutung und die Schaffung ihrer infrastrukturellen Voraussetzungen damit eine zentrale staatliche Gemeinwohlaufgabe. Andererseits befinden sich die betreffenden Infrastrukturen zu großen Teilen in der Hand privater Unternehmen, die ihre Investitionstätigkeit nicht primär an Gemeinwohlzielen, sondern zunächst an ihren Gewinnerwartungen ausrichten: Privatwirtschaftlicher Netzbetrieb und staatliche Infrastrukturverantwortung² kennzeichnen schlagwortartig die „gewährleistungsstaatliche“ Aufgabenteilung zwischen Staat und Markt. Dies gilt in abgeschwächter Form selbst für einen Ausbau durch öffentliche Netzbetreiber, die durch das Regulierungsrecht ebenfalls (zumindest teilweise) einer Markt- und Wettbewerbslogik unterworfen werden.³

¹ So die Digitale Strategie des BMWi, abrufbar unter <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/digitale-strategie-2025.html>.

² Grundlegend *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung.

³ So müssen sich öffentliche Unternehmen teils in Ausschreibungswettbewerben gegen

Welche Folgen hat nun diese Aufgabenteilung für die Finanzierung des Netzausbaus? Mittels welcher Instrumente kann die Finanzierung des Netzausbaus regulatorisch sichergestellt werden, wenn sich die Infrastrukturen zu großen Teilen in privater Hand befinden und Investitionsentscheidungen im Ausgangspunkt nach den Regeln des Marktes erfolgen? Und dürfen private Marktteilnehmer zu einer Finanzierung gezwungen und so für die Erreichung sozialer und umweltpolitischer Regulierungsziele verantwortlich gemacht werden, obwohl diese im Allgemeininteresse liegen? Diese regulierungs- und verfassungsrechtlichen Fragen wurden in der Literatur bislang nicht systematisch untersucht.⁴ Die vorliegende Untersuchung geht ihnen zunächst auf abstrakter Ebene nach und bereitet so die Grundlage für eine sektorspezifische Analyse der Finanzierung des Telekommunikations- und Stromnetzausbaus, wobei im Stromsektor der Schwerpunkt auf dem nationalen⁵ Übertragungsnetz liegt. Angesichts der weitgehenden Einbindung privater Akteure in Aufgaben der Daseinsvorsorge weisen die skizzierten Fragestellungen aber über konkrete Finanzierungsbedürfnisse sowie die Netzsektoren hinaus und sind für das gesamte Regulierungsrecht⁶ von Bedeutung.

A. Die Finanzierung des Netzausbaus als Problem des Regulierungsrechts

Verknüpfung und Ausgleich von privatwirtschaftlichen Versorgungsstrukturen und gemeinwirtschaftlichen Versorgungszielen ist die typusprägende Aufgabe sektorspezifischen Regulierungsrechts.⁷ Im Telekommunikations- und Energiesektor möchte staatliche Regulierung zum einen Wettbewerb ermöglichen und erhalten und soll zugleich sicherstellen, dass in diesem Umfeld sozial- und umweltpolitische Belange nicht vernachlässigt werden (vgl. zu dieser doppel-

private Konkurrenten durchsetzen und unterliegen in der Entgeltregulierung denselben Effizienzanforderungen wie private Betreiber. Die Deutsche Bahn ist gar von Verfassung wegen „als Wirtschaftsunternehmen“ zu führen (Art. 87e Abs. 3 S. 1 GG). Wegen der grundrechtlichen Fragestellungen stehen private Netzbetreiber freilich im Fokus der vorliegenden Untersuchung.

⁴ Die Bedeutung einer gewährleistungsstaatlichen Aufgabenwahrnehmung für die Aufgabenfinanzierung wird kurz und allgemein angesprochen bei *Schuppert*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, S. 11 (48 ff.).

⁵ Der unionsrechtlich zunehmend forcierte grenzüberschreitende (Strom)Netzausbau ist nicht mehr Gegenstand der vorliegenden Untersuchung.

⁶ Regulierungsbedürftige Wirtschaftsbereiche finden sich auch außerhalb der Netzwirtschaften, vgl. nur die Sektoren in *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, §§ 8–18; siehe auch *Möstl*, *GewArch* 2011, 265 ff. für den Krankenhaussektor sowie *Bumke*, *Die Verwaltung* 41 (2008), 227 ff. für den Kapitalmarkt.

⁷ Vgl. etwa *Lepsius*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, § 19 Rn. 1 ff.; *Masing*, *Die Verwaltung* 36 (2003), 1 (4 ff.).

ten Zielsetzung §§ 1, 2 Abs. 2 TKG, § 1 Abs. 1, Abs. 2 EnWG). Die Netzebene steht dabei seit jeher im Fokus regulierungsrechtlicher Untersuchungen, wurde aber lange Zeit vor allem aus der Perspektive des Wettbewerbsziels betrachtet. Zugangs- und Entgeltregulierung sollen natürliche Infrastrukturmonopole neutralisieren, eine wettbewerbliche Versorgung der Endkunden ermöglichen und gelten als „Herzstück der Regulierung“⁸. Etwa zwanzig Jahre nach der Liberalisierung rückt die Herausforderung in den Vordergrund, gewinnorientierte Infrastrukturbetreiber zu einem an politischen Gemeinwohlzielen orientierten Ausbau ihrer Netze zu bewegen. Ökonomisch geht es darum, positive externe Effekte des Netzausbaus (z. B. für den Umweltschutz) und Verteilungsziele (flächendeckende Verfügbarkeit leistungsfähiger Infrastrukturen) in das Interessenkalkül der Unternehmen zu integrieren. Aus der hier eingenommenen Finanzierungsperspektive ist insofern sicherzustellen, dass die für den Netzausbau notwendigen Investitionsmittel tatsächlich bereitgestellt werden.

Hierfür kann der Staat auf unterschiedliche Instrumente zurückgreifen, die im zweiten Teil der Untersuchung analysiert und systematisiert sowie anhand verschiedener Bewertungskriterien auf ihre Steuerungswirkungen hin untersucht werden. Dabei stellt sich die regulierungsrechtliche Grundfrage nach der Rollenverteilung zwischen Staat und Markt unter gleichsam umgekehrten Vorzeichen. Einerseits kann der Staat die Finanzierung selbst übernehmen, aus Gemeinwohlgründen erwünschte Investitionen aus Steuermitteln subventionieren und die Marktteilnehmer auf diese Weise entlasten. Andererseits kann er versuchen, den Netzausbau vollständig oder zumindest teilweise innerhalb des regulierten Marktes durch die dort tätigen Unternehmen und deren Kunden zu finanzieren. Regulatorische Investitionsanreize setzen insofern noch auf eine freiwillige (Vor)Finanzierung durch die Netzbetreiber. Alternativ können die Kosten den Marktteilnehmern aber auch zwangsweise zugewiesen werden. Hierfür kommen insbesondere gesetzliche Investitionspflichten und zweckgebundene Sonderabgaben der im Markt tätigen Unternehmen in Betracht.

B. Finanzierungverantwortung im Regulierungsrecht als verfassungsrechtliches Problem

Die Zulässigkeit einer hoheitlichen Belastung privater Marktteilnehmer mit den Kosten eines gemeinwohlorientierten Netzausbaus ist die zentrale verfassungsrechtliche Fragestellung der vorliegenden Untersuchung. Insoweit soll die gewährleistungsstaatliche *Aufgabenteilung* zwischen Staat und Markt im Telekommunikations- und Stromsektor bei der Auslegung von Verfassungsprinzipien verarbeitet werden, die einer Zuweisung von *Finanzierungslasten*

⁸ Kühling, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, S. 182 ff.

an private Akteure entgegenstehen können. Dieses Erkenntnisinteresse ist zugleich der wesentliche Grund dafür, dass der Eisenbahnsektor – obgleich ebenfalls eine regulierte Netzwirtschaft – in dieser Untersuchung grundsätzlich ausgespart und nur in einem abschließenden Seiten- und Ausblick einbezogen wird. Der Betrieb des Schienennetzes ist zum einen chronisch defizitär und auf staatliche Zuschüsse angewiesen, zum anderen wird der liberalisierte Eisenbahnmarkt nach wie vor von einem Staatsunternehmen – der Deutschen Bahn AG – beherrscht, sodass sich die verfassungsrechtlichen Probleme hier nicht in vergleichbarem Umfang stellen.⁹

Die Verlagerung der Kosten von Gemeinwohlaufgaben auf einzelne Private oder abgegrenzte Gruppen von Privaten wird vor allem in der staatsrechtlichen Literatur, aber auch in der Rechtsprechung als verfassungsrechtlich grundsätzlich problematisch angesehen. Das finanzverfassungsrechtliche Steuerstaatsprinzip gebietet im Ausgangspunkt eine Gemeinwohlfinanzierung aus dem allgemeinen Staatshaushalt und unterwirft nichtsteuerliche (Finanzierungs)Abgaben einem besonderen Rechtfertigungsbedarf. Auch die Wirtschaftsgrundrechte (Art. 12 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) werden gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer (entschädigungslosen) Inanspruchnahme der Berufstätigkeit für staatliche Gemeinwohlziele in Stellung gebracht. Die grundsätzlichen Bedenken gegen eine diesbezügliche Finanzierungsverantwortung Privater haben in den Rechtsinstituten der Sonderabgabe¹⁰ und der Indienstnahme für öffentliche Aufgaben¹¹ ihren dogmatischen Ausdruck gefunden.

Diese Rechtsinstitute sollen für die untersuchten Netzwirtschaften und letztlich für das Regulierungsrecht insgesamt kritisch hinterfragt werden. Sie beruhen, so die These der vorliegenden Untersuchung, auf Vorannahmen über das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, die im sogenannten Gewährleistungsstaat nicht mehr ohne weiteres zutreffen. Im Zuge der Diskussion um die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung¹² hat sich insoweit für die Aufgabenebene die Auffassung durchgesetzt, dass der Staat auch zentrale öffentliche Aufgaben – insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge – gerade nicht selbst erfüllen muss, sondern sich auf die Gewährleistung einer ge-

⁹ Umgekehrt stellen sich dort andere Probleme, die außerhalb des Erkenntnisinteresses der vorliegenden Arbeit liegen und deren umfassende Behandlung eine eigenständige Untersuchung erfordern würde. Dies betrifft etwa die Möglichkeiten einer unternehmensinternen Steuerung durch den Bund als Alleineigentümer und – damit zusammenhängend – die Frage nach etwaigen Wechselwirkungen zwischen der Eigentümerstellung des Bundes und der finanziellen Förderung der Infrastruktursparte aus dem Bundeshaushalt. Vgl. dazu in Grundzügen unten, Vierter Teil, D.

¹⁰ Grundlegend *Friauf*, in: Carstens (Hrsg.), FS Jahreis, S. 45 ff.; BVerfGE 55, 274 ff.

¹¹ Grundlegend *Ipsen*, in: Apelt (Hrsg.), FG Kaufmann, S. 141 ff.; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137 (180 ff.); aus der tendenziell großzügigeren Rechtsprechung BVerfGE 30, 292 ff.

¹² Überblick zur Staatsaufgabendiskussion im Zusammenhang mit der Aufgabenprivatisierung etwa bei *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 337 ff.

meinwohlverträglichen Leistungserbringung (auch) durch Private beschränken kann. Diese Strategie verfolgt er namentlich bei der Versorgung mit Strom und Telekommunikationsleistungen. Die tatsächliche Einbindung Privater in diese Aufgabenfelder stellt dort aber zugleich die auf Finanzierungsebene weiter dominante Vorstellung in Frage, der Staat müsse die Lasten von Gemeinwohlaufgaben – gleichsam als Erfüllungsverantwortlicher – selbst tragen.

Methodisch geht es darum, die Aufgabenteilung zwischen Staat und Markt im Gewährleistungsstaat als Veränderung im Realbereich der einschlägigen Verfassungsprinzipien zu erfassen und dogmatisch zu verarbeiten.¹³ Die vorliegende Untersuchung zeigt auf, dass die ablehnende Haltung gegenüber einer Finanzierungsverantwortung Privater auf Prämissen beruht, die der Auslegung von Steuerstaatsprinzip und Grundrechten – meist implizit – zugrunde gelegt werden, aber durch eine gewährleistungsstaatliche Aufgabenwahrnehmung in Frage gestellt werden. Dies betrifft namentlich die Vorstellung einer klaren Trennbarkeit staatlicher und privater Aufgaben. Ausgehend von einer Darstellung der Entwicklung des Staatsbildes des Gewährleistungsstaates auf Aufgabenebene wird dargelegt, dass diese Vorannahme für die hier untersuchten Wirtschaftsbereiche gerade nicht (mehr) zutrifft. Dieser Befund wird sodann für die Finanzierungsebene dogmatisch verarbeitet. Im Mittelpunkt stehen dabei die Belastung der im Markt tätigen Unternehmen und die Rechtsfiguren der Sonderabgabe und der Indienstrafe, aber auch die Position der Verbraucher wird mit in den Blick genommen. Die Überlegungen werden dabei über den Strom- und Telekommunikationssektor hinaus für das gesamte Regulierungsrecht verallgemeinert. Sie münden in der These, dass im Gewährleistungsstaat auch die staatliche Finanzierungsverantwortung in erster Linie eine Gewährleistungsverantwortung ist, bei deren Wahrnehmung erhebliche verfassungsrechtliche Spielräume bestehen.

¹³ Die dogmatische Verarbeitung eines Wandels im Realbereich von Normen erfolgt in einem „methodischen Dreischritt“: Zunächst ist zu untersuchen, welche Prämissen dem bisherigen Normverständnis zugrunde liegen. In einem zweiten Schritt ist zu prüfen, inwiefern diese Prämissen weiterhin Gültigkeit beanspruchen können. Soweit dies nicht der Fall ist, muss die Interpretation der Norm entsprechend angepasst werden, vgl. dazu grundlegend *Hoffmann-Riem*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 9 (53 ff.); für den Wandel von Leitbildern im Verfassungsrecht übernommen von *Volkmann*, AöR 134 (2009), 157 (190 f.). Zur Anwendung auf die hier untersuchte Fragestellung zusammenfassend unten, Dritter Teil, B. V.

Erster Teil

Die Aufgabe „Netzausbau“ im Kontext des Gewährleistungsstaates

Die Aufgabe des Netzausbaus im Telekommunikations- und Stromsektor steht im Kontext eines staatlichen Strukturwandels, der das Ende des vergangenen Jahrhunderts prägte und gemeinhin als Übergang vom leistenden Wohlfahrtsstaat hin zum sogenannten Gewährleistungsstaat charakterisiert wird.¹ Darin kommt eine veränderte Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zum Ausdruck, die insbesondere den Bereich der Daseinsvorsorge erfasst. Der Staat stellt zentrale Leistungen und Infrastrukturen wie Strom- und Telekommunikationsnetze in erheblichem Umfang nicht mehr selbst bereit. Stattdessen öffnet er diese Wirtschaftsbereiche für den Wettbewerb – und damit auch² für die Privatwirtschaft – und verlegt sich darauf, eine gemeinwohlverträgliche Erfüllung regulatorisch sicherzustellen. Diese Aufgabenteilung und das im Folgenden näher zu entfaltende Staatsbild des Gewährleistungsstaates bilden den Analyserahmen der vorliegenden Untersuchung und den Hintergrund, vor dem unterschiedliche Modelle zur Finanzierung des Netzausbaus tatsächlich wirken und rechtlich bewertet werden müssen.

A. Der Wandel von Staatsbildern als Analyserahmen

Staatsbilder wie das des Gewährleistungsstaates haben keine unmittelbar rechtliche Qualität, sondern sind auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft bezogene Leitbilder.³ Dementsprechend lassen sich aus ihnen auch keine konkreten Gebote abseits des gesetzten Rechts ableiten. Dennoch erfahren gerade Leitbilder in jüngerer Zeit verstärkt juristische Beachtung. Auf die vergleichsweise neue Diskussion um ihren dogmatischen Status kann und muss hier nicht im

¹ Aus der Fülle der Literatur zum Gewährleistungsstaat vgl. an dieser Stelle nur *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat; *Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge; *Franzius*, Der Staat 42 (2003), 493 ff. Näher zum Staatsbild des Gewährleistungsstaates unten unter B. III.

² Der Gewährleistungsstaat legt sich nicht zwingend auf eine Aufgabenwahrnehmung durch Private fest, vgl. dazu *Fehling*, in: Hochhuth (Hrsg.), Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen, S. 93 (94 ff.) m. w. N. auch zur Gegenauffassung.

³ Für den Gewährleistungsstaat betont von *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), 220 (235); allgemein *Vofßkuhle*, Der Staat 40 (2001), 495 (506 ff.).

Einzelnen eingegangen werden.⁴ Allgemein können Leitbilder eine Vielzahl von Einzelercheinungen bündeln, zusammenfassend auf den Punkt bringen und so für rechtliche Argumentationszusammenhänge nutzbar machen:

„In ihnen kommen übergeordnete Grundvorstellungen zum Ausdruck, die notwendig sind, um das bestehende Repertoire an Rechtsinstituten und Regelungsmodellen im Hinblick auf veränderte Realbedingungen neu zu durchdenken und fortzuentwickeln.“⁵

In diesem Sinne veranschaulichen Staatsbilder Veränderungsprozesse im Verhältnis von Staat und Gesellschaft sowie bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben und fassen sie unter einer übergreifenden Ordnungsidee zusammen. Diese Veränderungen müssen wiederum rechtlich initiiert, begleitet und verarbeitet werden. Unterschiedlichen Staatsbildern korrespondieren insoweit zunächst verschiedene gesetzgeberische *Regelungsstrategien* sowie wechselnde Aufgaben und Instrumente des *Verwaltungsrechts*.⁶ Darüber hinaus stellen strukturelle Verschiebungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft auch das *Verfassungsrecht* vor neue Herausforderungen und führen hier zu veränderten Konstellationen, die bei der *Interpretation* zu berücksichtigen und zu verarbeiten sind.⁷ Staatsbilder können auf beiden Ebenen eine wichtige Analysefunktion erfüllen,⁸ indem sie gesellschaftliche Realentwicklungen anschaulich und für die verwaltungsrechtliche Ordnungsbildung und die Verfassungsinterpretation nutzbar machen: Staatsbilder „weisen (...) dem Denken den Weg“⁹.

Der im Leitbild des Gewährleistungsstaates zum Ausdruck gebrachte Wandel von Staatlichkeit kann insofern unter ganz unterschiedlichen Aspekten betrachtet werden: Er verändert die Aufsichtstätigkeit der Verwaltung¹⁰ und erfasst deren Organisation und Personal¹¹ ebenso wie die Rolle des Bürgers¹². Im Rahmen der vorliegenden Untersuchung geht es um die Auswirkungen gewährleistungsstaatlicher Aufgabenwahrnehmung auf die Finanzierungsebene.¹³ Die

⁴ Vgl. dazu nur *Volkman*, AöR 134 (2009), 157; *Volkman*, VVDStRL 67 (2008), 57 ff.; *Baer*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, S. 223 (232 ff.); monographisch *Braun*, *Leitbilder im Recht*; *Helleberg*, *Leitbildorientierte Verfassungsauslegung*; speziell zu Staatsbildern *Voßkuhle*, *Der Staat* 40 (2001), 495 ff.

⁵ *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (283).

⁶ Dazu etwa *Schuppert*, *Die Verwaltung* 2001, Beiheft 4, 201 (203 ff.); zu „regulierungstypischen“ Instrumenten *Fehling*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, § 20. Näher sogleich unter B. II. und III.

⁷ Vgl. für den Gewährleistungsstaat *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (291 ff.); *Lepsius*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, § 4. Näher sogleich unter B. II. und III.

⁸ *Voßkuhle*, *Der Staat* 40 (2001), 495 (509); im Anschluss für den Gewährleistungsstaat *Schuppert*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, S. 11 (13 ff.).

⁹ *Voßkuhle*, *Der Staat* 40 (2001), 495 (507).

¹⁰ *Schmidt am Busch*, *Die Verwaltung* 49 (2016), 205 ff.

¹¹ Vgl. etwa die knappe Darstellung dieser Aspekte bei *Schuppert*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, S. 11 (44 ff.).

¹² *Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, S. 197 ff.

¹³ Die Finanzierungsebene wurde in der bisherigen Diskussion um den Gewährleistungs-

Arbeit nimmt insoweit zunächst unterschiedliche Modelle und Instrumente in den Blick, mithilfe derer der Staat die Finanzierung des Netzausbaus durch privatwirtschaftliche Unternehmen sicherstellen und die Kosten verteilen kann, und zieht dabei auch einen Vergleich zur Finanzierung unmittelbar (wohlfahrts) staatlich bereitgestellter Infrastrukturen.¹⁴ Im Anschluss geht es darum, die Aufgabenteilung zwischen Staat und Markt auch bei der Verfassungsinterpretation zu verarbeiten und herauszuarbeiten, welche Grenzen das Grundgesetz der finanziellen Belastung Privater mit den Kosten eines an Gemeinwohlzielen orientierten Netzausbaus setzt. Hier bewirkt der Wandel vom Wohlfahrts- zum Gewährleistungsstaat Veränderungen im Realbereich der einschlägigen Verfassungsprinzipien (namentlich des Steuerstaatsprinzips und der Grundrechte), die bei der kontextbezogenen Konkretisierung ihrer Vorgaben¹⁵ zu verarbeiten sind.¹⁶ Die folgende Analyse der Entwicklung und allgemeinen Funktionsweise des Gewährleistungsstaates in Abgrenzung zu anderen (früheren) Staatsbildern bildet insofern die Grundlage für die spätere Untersuchung möglicher Finanzierungsmodelle und -instrumente sowie deren verfassungsrechtliche Bewertung.

B. Entwicklung und Abgrenzung des Gewährleistungsstaates

Die prägenden Merkmale des Gewährleistungsstaates lassen sich am besten anhand seiner historischen Entwicklung aus und der Abgrenzung zu früheren Staatsbildern verdeutlichen. Die folgende Darstellung geht von den jeweils herrschenden Leit- und Ordnungsideen aus und zeigt auf, wie sich deren Wandel auf den Umfang und die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben auswirkt und – damit einhergehend – sowohl das verwaltungsrechtliche Instrumentarium prägt als auch die Rolle des Verfassungsrechts.

Die im Laufe der Zeit wechselnden Ordnungsideen unterscheiden sich insbesondere darin, welche Funktion sie dem Staat einerseits und den gesellschaft-

staat vernachlässigt, angesprochen aber bei *Schuppert*, in: Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, S. 11 (48 ff.).

¹⁴ Dazu unten, Zweiter Teil.

¹⁵ Zur Verfassungsinterpretation als Konkretisierungsvorgang grundlegend *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 24 ff.; *Müller*, Normstruktur und Normativität; in der Folge insbesondere *Müller/Christensen*, Juristische Methodik I, Rn. 235; ferner *Schulze-Fielitz*, in: Wahl (Hrsg.), Verfassungsänderung, Verfassungswandel, Verfassungsinterpretation, S. 219 (223). Das Verständnis von Verfassungsinterpretation als Normkonkretisierung ist methodisch zwar hoch umstritten (für Kritik und einen immer noch aktuellen Überblick über alternative Ansätze siehe *Böckenförde*, NJW 1976, 2089 ff.). In der Praxis und insbesondere in der Rechtsprechung des BVerfG ist aber anerkannt, dass die Verfassung flexibel und zukunfts-offen ist und Verfassungsinterpretation auch die Aufgabe hat, den gesellschaftlichen Wandel angemessen zu berücksichtigen, dazu *Vofßkuhle*, JZ 2009, 917 ff. (insbes. 919 ff.); *Volkmann*, VVDStRL 67 (2008), 57 (63 ff.).

¹⁶ Dazu insgesamt unten, Dritter Teil, B.

lichen Kräften andererseits bei der arbeitsteiligen Verwirklichung des Gemeinwohls zuschreiben. Gemeinwohl und Staatsaufgaben sowie Hoheitsprinzip und Wettbewerbsprinzip sind insofern Grundbegriffe zur Erfassung eines Wandels von Staatlichkeit, die im Folgenden kurz erläutert werden sollen.

I. Grundbegriffe zur Erfassung eines Wandels von Staatlichkeit

1. Gemeinwohl und Staatsaufgaben

Im Wandel von Staatsbildern kommen unterschiedliche Strategien zum Ausdruck, mit denen der Staat seinem obersten Zweck nachzukommen sucht – der Verwirklichung des Gemeinwohls.¹⁷ Dabei ist das Gemeinwohl im Verfassungsstaat notwendigerweise offen, seine Konkretisierung wird dem demokratischen Prozess überlassen und nicht einseitig hoheitlich oktroyiert; das Grundgesetz gibt nicht *das* Gemeinwohl, sondern allein (konkretisierungs- und abwägungsbedürftige) Gemeinwohlbelange vor, nämlich die im Grundgesetz niedergelegten Staatszielbestimmungen und -strukturprinzipien sowie die Grundrechte.¹⁸ Ebenso wenig wie für seine Definition ist der Staat für die Realisierung des Gemeinwohls allein zuständig. Die Gemeinwohlverwirklichung ist vielmehr ein arbeitsteiliger Prozess, in den sowohl staatliche als auch gesellschaftliche Akteure eingebunden sind.¹⁹ Die Grundrechte lassen sich insoweit als „Gemeinwohlkompetenzen“ interpretieren, die den Einzelnen zwar berechtigen, nicht aber verpflichten im Interesse der Allgemeinheit tätig zu werden.²⁰

Der „doppelten Offenheit“ des Gemeinwohls hinsichtlich seines konkreten Inhalts sowie der Beiträge von Staat und Gesellschaft bei seiner Verwirklichung korrespondieren die Offenheit der Staatsaufgaben unter dem Grundgesetz sowie dessen wirtschaftspolitische Neutralität²¹. Der Staat ist einerseits

¹⁷ Vgl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 24 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts I, § 12 Rn. 20 ff.; zum Gemeinwohl als oberstem Staatszweck näher *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 215 ff. m. w. N.

¹⁸ Näher dazu insgesamt *Schuppert*, Staatswissenschaft, S. 221 ff.; *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IV, § 71 Rn. 110 ff., jeweils m. w. N.

¹⁹ Zur arbeitsteiligen Gemeinwohlverwirklichung durch Staat und Gesellschaft statt vieler *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IV, § 71 Rn. 110 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (270 ff.).

²⁰ *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IV, § 71 Rn. 114.

²¹ Zur wirtschaftspolitischen Neutralität grundlegend BVerfGE 4, 7 ff. Der wohl prominenteste Gegenentwurf zur wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes ist das von *Isensee* entwickelte „Subsidiaritätsprinzip“, vgl. zusammenfassend *Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts IV, § 73 Rn. 65 ff., nach dem der Staat grundsätzlich erst dann zum Handeln ermächtigt sein soll, wenn er hierzu besser befähigt ist, als das Individuum. Abgesehen von grundsätzlichen Einwänden gegen das „Herauslesen“ eines solch umfassenden Prinzips aus den unbestimmten Vorgaben des Grundgesetzes, bleibt es jedenfalls dem Gesetzgeber überlassen, die Ziele zu definieren, die „besser“ erreicht werden müssen. Schon deswegen vermag das Subsidiaritätsprinzip der (Wirtschafts)Tätigkeit des Staates letztlich keine eigenständigen Grenzen zu setzen.

Sachregister

- Anreizregulierung 263 ff., 274 ff., 284 ff., 293 ff.
Äquivalenzprinzip 64 ff., 190 ff.
Aufgabenteilung 20 ff., 28 ff., 66 f., 135 ff., 172 ff., 196 ff.
Ausfallverantwortung 23, 198
Ausgleichsabgabe 119 ff., 238 f.
- Bedarfsplanung 32 f., 259, 269 ff., 323 ff.
Beihilfenrecht 99 ff., 231 ff.
Belastungsgleichheit siehe Lastengleichheit
Berufsfreiheit 25 f., 107 ff., 148 ff., 158 ff., 243, 277 ff.
Breitbandausbau 35 ff., 71 f., 79, 82, 201 ff., 315 ff.
Bürgerlicher Rechtsstaat 13 ff., 137, 173 f., 196
- Daseinsvorsorge 17 ff., 22 ff., 64 ff., 100 f.
- Effektivität 55 f., 67 ff., 78 f., 83 ff., 90 ff.
Effizienz 56 ff., 69 ff., 80 ff., 85 ff., 92 ff.
Eigentumsfreiheit 25 f., 107 ff., 150 f., 183 ff., 185 f.
Eisenbahn siehe Schienennetzausbau
Endkunden, Belastung der 61, 75 f., 82, 88, 94 f., 108, 187 ff., 241, 291 f., 303 ff.
Entgeltregulierung 31 ff., 78 ff., 207 ff., 263 ff.
Erfüllungsverantwortung 23, 197 ff.
Externe Effekte 45 f., 70 f., 191
- Finanzierungsmodelle 52 ff., 62 ff., 315 ff.
Finanzierungsabgabe 110 f., 114 f., 124 ff., 148 f., 195, 238 ff., 253 ff.
- Finanzierungsverantwortung 62, 129 ff., 168 ff., 188 ff., 194 ff., 239 ff., 282 ff., 322
Finanzverfassung 63 f., 110 ff., 154 ff., 190 f.
Frequenzzuteilung 51, 251 ff.
- Gewährleistungsstaat 20 ff., 66 f., 194 ff.
Gewährleistungsverantwortung 22 ff., 33 ff., 197 ff., 240 f., 270 ff., 322
Gleichheitssatz 151 ff., 162 ff., 186 f., 193 f.
Gruppennützigkeit 128 ff., 131 f.
- Hoheitsprinzip 11 f., 15 f., 62 f.
- Indienstnahme 153 ff., 195 ff., 238 f., 277 ff., 314
Infrastruktur 17 ff., 22 ff., 33 ff., 42 ff.
Infrastrukturverantwortung siehe Gewährleistungsverantwortung
Infrastrukturwettbewerb 69, 79, 86 f., 88 f., 207, 213 ff., 316 f.
Investitionsanreize 36 f., 49 ff., 78 ff., 207 ff., 263 ff., 293 ff., 317 ff.
Investitionsmaßnahmen 80, 266 f., 274 ff., 284
Investitionspflichten 54 f., 83 ff., 153 ff., 219 ff., 236 f., 268 ff., 296 ff., 317 ff.
- Konzessionsverträge 84, 85 f., 300 ff., 314 f.
Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung 212 f., 216 ff.
Kostenabwälzung 179 ff., 188 ff., 290 ff.
Kostenweitergabe siehe Kostenabwälzung
- Lastengleichheit 110 ff., 154 ff., 162 ff.
Lastenverteilung 60 f., 75 f., 94 f., 101 ff., 105 f., 303 ff.

- Leistungsfähigkeitsprinzip 63 f., 75 f.,
 110 f.
 Leistungsverwaltung 19 f., 39
 Natürliches Monopol 31 ff., 43 f., 72, 96,
 259 f.
 Netzausbauplanung siehe Bedarfspla-
 nung
 Offshore-Netzausbau 263, 271, 275,
 287 ff., 305 f.
 Regulierungsrecht 24 ff., 28 ff., 135 ff.,
 172 ff., 197 ff.
 Regulierungsziele 29 ff., 45 ff.
 Sach- und Verantwortungsnahe siehe Fi-
 nanzierungsverantwortung
 Schienennetzausbau 79, 321 ff.
 Smart Grid 85 f., 260 ff., 295, 301 f.
 Sonderabgabe siehe Finanzierungs-
 sonderabgabe
 Staatsaufgaben 10 f., 14 f., 16 ff., 22 ff.,
 135 ff., 172 ff., 195 ff.
 Staatsbilder 7 ff., 194 ff.
 Steuerstaatsprinzip 109 ff., 124 ff., 134 ff.,
 154 ff., 195 ff.
 Stromübertragungsnetze siehe Übertra-
 gungsnetzausbau
 Stromverteilnetze siehe Verteilnetzausbau
 Subventionierung 19, 53, 62 ff., 71 ff.,
 99 ff., 226 ff., 316 ff.
 Transaktionskosten 59 f., 74 f., 81 f., 87 f.,
 94
 Übertragungsnetzausbau 34 ff., 258 ff.,
 263 ff., 303 ff., 315 ff.
 Umlagesysteme 54, 89 ff., 144 f., 149 f.,
 306 ff.
 Unionsgrundrechte 103 ff.
 Universaldienst 37 f., 54, 93, 117 ff., 123,
 234 ff., 316 f.
 Vectoring 50, 84, 202 f., 219 ff., 226, 319
 Verantwortungsteilung siehe Aufgaben-
 teilung
 Verteilnetzausbau 51, 84, 85 f., 260 ff.,
 293 ff., 317 ff.
 Verteilungsziele 46 ff., 205 ff.
 Vorteilsabschöpfung siehe Sondervorteil
 Vorteilsabschöpfungsabgabe 116 ff.
 Vorzugslasten 64 ff., 190 ff.
 Wettbewerb 11 f., 13, 15 f., 29 ff., 57 ff.,
 69 f., 80 ff., 85 ff., 92 ff.
 Wettbewerbsneutralität 72 ff., 152, 253 ff.
 Wohlfahrtsstaat 15 ff., 195 ff.
 Zahlungsbereitschaft 45 ff., 67 ff., 205 ff.,
 314 ff.
 Zwecksteuer 115 ff., 326