

Verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen für die Organisation und Finanzierung von Oberleitungs-Ladeinfrastruktur für den batterieelektrischen Straßengüterverkehr

Rechtsgutachten

im Rahmen des
Forschungsprojekts „Elektrischer Straßengüterverkehr mit Oberleitungen und
Batterien: Rationalität, Kombinationen und Institutionendesign“
(ESOB-RKI)

erstattet im Auftrag der
Bauhaus-Universität Weimar
Professur Infrastrukturwirtschaft und -management

durch

Rechtsanwalt Dr. Holger Weiß, LL.M.
Rechtsanwalt Prof. Dr. Georg Hermes
Rechtsanwalt Dr. Lukas Martin Landerer, LL.M.
Rechtsanwalt Dr. Christoph Mayer, LL.M.

Februar 2025

FREIBURG

Prof. Dr. Dominik Kupfer
Dr. Holger Weiß, LL.M.
Prof. Dr. Alexander Wichmann
Dr. Till Götz Karrer
Hansjörg Wurster
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Björn Reith
Johannes Kupfer
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Dr. Christoph Mayer, LL.M.
Dr. Lukas Martin Landerer, LL.M.
Kaiser-Joseph-Straße 247
D-79098 Freiburg
Telefon: (07 61) 211 149-0
Telefax: (07 61) 211 149-45
freiburg@w2k.de

STUTT GART

Alfred Bauer
Bastian Reuße, LL.M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Jörg Bossenmayer
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Markus Hasl
Charlottenstraße 21b
D-70182 Stuttgart
Telefon: (07 11) 248 546-0
Telefax: (07 11) 248 546-19
stuttgart@w2k.de

OBERURSEL

Jens Bernhardt
Prof. Dr. Georg Hermes
Lindenstraße 18
D-61440 Oberursel
Telefon: (07 61) 211 149-0
Telefax: (07 61) 211 149-45
oberursel@w2k.de
www.w2k.de

Gliederung

A. Aufgabenstellung	5
B. Rechtliche Einordnung: Anwendbare Regelungsregime	7
I. Verfassungsrecht	7
1. Oberleitungen als Bestandteil der Bundesfernstraßen i.S.d Art. 90 GG	7
2. Sonstiges relevantes Verfassungsrecht.....	9
II. Unionsrecht	12
1. Der Standort von L-O-LI im Sekundärrecht	12
1.1 TEN-V-VO/AFIR: L-O-LI Teil der Straßeninfrastruktur	13
1.2 Anwendbarkeit der Wegekosten-Richtlinie (neben TEN-V VO und AFIR) auf L-O-LI.....	14
1.3 Anwendbarkeit der Energiebinnenmarkt-Richtlinie	15
1.3.1 Begriff des Verteilernetzes	16
1.3.2 Einordnung bestehender Oberleitungen – Bsp. Eisenbahn	18
1.4 Zwischenergebnis	21
2. Sonstiges relevantes Unionsrecht.....	21
2.1 EU-Verkehrspolitik	21
2.2 Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot (Primärrecht) .	23
2.3 Beihilfenrecht	23
C. Organisationsmodelle	25
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben des Art. 90 GG	25
1. Eigentum an Oberleitungs-Anlagen	25
2. Aufgabenerfüllung (Privatisierungsschranken).....	26
2.1 Bundesfernstraßenverwaltung durch Behörde oder Gesellschaft privaten Rechts	26
2.2 Einschaltung Privater in die Aufgabenerfüllung	27
3. Ergebnis: Begrenzter Handlungsspielraum des Gesetzgebers	30
II. Unionsrechtliche Vorgaben	31
1. Vorgaben für staatliche Monopole und Privatisierungen.....	31
1.1 Zulässigkeit des Staatsmonopols für die Bereitstellung der L-O-LI.....	32
1.1.1 Sekundärrecht.....	32
1.1.2 Primärrecht	32
1.2 Kein unionsrechtliches Privatisierungsgebot für die Bereitstellung von L- O-LI.....	33
1.3 Staatliches Monopol für die Bereitstellung von Fahrstrom?.....	34

2.	Unionsrechtliche Regelungen bei der Einbeziehung Privater	35
2.1	Vergaberecht (einschließlich Beschaffung Fahrstrom)	35
2.2	Beihilfenrecht	36
3.	Energiebinnenmarktrecht: Entflechtung von Verteilernetzbetrieb und Ladesäulen-Eigentum?	38
D.	Finanzierungsmodelle	39
I.	Grundlagen	39
1.	Keine Pflicht zur Erhebung von Netzentgelten	39
2.	Finanzierungsquellen	41
II.	Gesonderte Gebühr (nur) für Lkw mit Pantographen	41
1.	Systementscheidung: Finanzierung über Gebühren nach der Wegekosten-RL oder über gesonderte Gebühren	41
2.	Vereinbarkeit mit sonstigem Unions- und Verfassungsrecht.....	42
III.	Finanzierung der L-O-LI durch Lkw-Maut im Rahmen der Wegekosten-RL. 42	
1.	Grundlagen	42
2.	EU-Beihilfenrecht	44
2.1	Beihilferechtliche Zulässigkeit der Querfinanzierungseffekte.....	44
2.1.1	Begünstigung der L-O-LI-Nutzer.....	45
2.1.2	Selektivität.....	45
2.1.3	Zurechenbarkeit zum (Mitglieds-)Staat	47
2.1.4	Wettbewerbsverzerrung	48
2.1.5	Zwischenergebnis	48
2.2	Rechtfertigung	48
2.2.1	Rechtlicher Rahmen	49
2.2.1.1	Rechtsgrundlage: Art. 93 AEUV	49
2.2.1.2	Rechtfertigungsvoraussetzungen.....	49
2.2.2	Beurteilung	51
2.2.2.1	Beitrag zum Gemeinwohlziel „Klimaschutz“	51
2.2.2.2	Erforderlichkeit	52
2.2.2.3	Verhältnismäßigkeit	52
2.2.2.4	Keine übermäßigen Wettbewerbsverzerrungen	52
2.3	Kumulative Wirkungen bei (zusätzlicher) Befreiung emissionsfreier schwerer Nutzfahrzeuge von der Lkw-Maut.....	53
3.	Diskriminierungsverbote	54
3.1	Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen.....	54

3.2	Diskriminierung EU-ausländischer Verkehrsunternehmen	57
3.2.1	Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL	57
3.2.2	Art. 92 AEUV und EU-Grundfreiheiten	58
3.2.3	Verfassungsrecht: Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG	59
3.3	Benachteiligung von P-S-LI-Anbietern	59
IV.	Haushaltsfinanzierung	60
1.	EU-Beihilfenrecht	60
1.1	Vorliegen einer Beihilfe	60
1.2	Rechtfertigung	62
2.	Diskriminierungsverbote	62
2.1	Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen.....	62
2.2	Benachteiligung EU-ausländischer Lkw-Betreiber	63
2.3	Benachteiligung von P-S-LI-Anbietern	63
V.	Zwischenergebnis	64
E.	Lenkung durch finanzielle Anreize	65
I.	Inhärente Lenkungswirkungen der Finanzierungsmodelle	65
II.	Zusätzliche Lenkungsinstrumente	65
III.	Zusammenfassung	67

A. Aufgabenstellung

Die für den Klimaschutz erforderliche „Antriebswende“ im Straßenverkehr wird im Schwerpunkt über eine Elektrifizierung stattfinden. Die Zukunft gehört dabei den batterieelektrischen Systemen. Das trifft sowohl für den Personen- als auch für den Güterverkehr zu. Selbst im Schwerlastgüterverkehr werden Wasserstoff und synthetische Kraftstoffe nur einen schmalen Anwendungsbereich haben. Dieser Trend hat sich in den letzten Jahren deutlich abgezeichnet.

Voraussetzung für den Hochlauf batterieelektrischer Systeme ist eine leistungsfähige und bedarfsgerecht ausgebaute Ladeinfrastruktur („LI“). Dazu muss zunächst die Punkt-Säulen-Ladeinfrastruktur („P-S-LI“) über CCS- und MCS-Ladesäulen ausgebaut werden. Mit zunehmendem Hochlauf der Elektromobilität im Schwerlastbereich stößt die Etablierung eines reinen P-S-LI-Systems allerdings auf praktische Schwierigkeiten, die vor allem die Flächenknappheit auf den Rastanlagen der Bundesautobahnen („BAB“) und die Bereitstellung hinreichender Kapazitäten in den Stromnetzen betreffen

Ein möglicher Lösungsansatz zur Überwindung dieser Schwierigkeiten besteht darin, die Punktladeinfrastruktur mit einer Linien-Oberleitungs-Ladeinfrastruktur („L-O-LI“) für Elektro-Lkw („E-Lkw“) an den BAB zu kombinieren. Dabei gilt aus ökonomischer Sicht: Wenn eine solche L-O-LI etabliert wird, ist es sinnvoll, diese Infrastruktur möglichst gut auszulasten. Dieser Effekt kann vor allem über finanzielle Anreize erzielt werden, die es attraktiv machen, an den BAB vorrangig die L-O-LI zu nutzen und nur nachrangig die P-S-LI.

Die staatlich initiierte Etablierung eines neuen Infrastruktursystems wie der L-O-LI wirft nicht nur technisch-wirtschaftliche, sondern auch rechtliche Fragen auf – vor allem im Hinblick darauf, wem das Eigentum an der Infrastruktur zugeordnet, wie die Verantwortung für Planung, Errichtung und Betrieb der Infrastruktur im Verhältnis von Staat und Wirtschaft verteilt („Organisation“), wem die Kosten von Bereitstellung und Betrieb der Infrastruktur angelastet und wie diese Kosten refinanziert werden sollen („Finanzierung“).

Aufgabe dieses Rechtsgutachtens ist es, den Rahmen zu ermitteln, den das höherrangige Recht – also das EU-Primär- und Sekundärrecht sowie das deutsche Verfassungsrecht – der Organisation und der Finanzierung von L-O-LI setzen. Dazu werden in einem ersten Abschnitt die für die L-O-LI relevanten Rechtsregime des Unions- und des Verfassungsrechts identifiziert

(→ B.). Im Anschluss werden die rechtlichen Anforderungen geprüft, die potenzielle Organisationsmodelle für Bereitstellung und Betrieb der L-O-LI erfüllen müssen (→ C.). Sodann werden die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Finanzierung untersucht und verschiedene Finanzierungsmodelle herausgearbeitet (→ D.). Schließlich wird aufgezeigt, wie durch die rechtliche Gestaltung der Finanzierungsmodelle und ggfs. weitere finanzielle Instrumente Lenkungswirkungen für eine vorrangige Nutzung der L-O-LI erzielt werden können (→ E.).

B. Rechtliche Einordnung: Anwendbare Regelungsregime

Im Folgenden werden zunächst die für die Organisation und Finanzierung von L-O-LI einschlägigen Rechtsregime des Verfassungsrechts und des Unionsrechts identifiziert.

I. Verfassungsrecht

Vorgaben für staatliche (Verkehrs-)Infrastrukturen von bundesweiter Bedeutung finden sich zunächst im Verfassungsrecht. Art. 90 GG enthält im Kontext der Verteilung der Verwaltungskompetenzen zwischen Bund und Ländern wichtige normative Vorgaben für das Recht der Bundesfernstraßen, zu denen insbesondere auch die Bundesautobahnen gehören. Die L-O-LI ist diesem Rechtsregime unterstellt, wenn sie im verfassungsrechtlichen Sinne Bestandteil dieser Bundesfernstraßen-Infrastruktur ist.

1. Oberleitungen als Bestandteil der Bundesfernstraßen i.S.d Art. 90 GG

Das Verfassungsrecht trifft in Art. 90 GG unmittelbare Regelungen für die „Bundesautobahnen“ und „sonstigen Fernstraßen“. Nach Art. 90 Abs. 1 Satz 1 GG bleibt der Bund Eigentümer der Bundesfernstraßen. Art. 90 Abs. 2 GG trifft Regelungen zur Verwaltung der Autobahnen, insb. zur Bundesverwaltungskompetenz und zu den Möglichkeiten und Grenzen einer Verwaltungsprivatisierung.¹

Eine Definition der Bundesautobahn enthält Art. 90 GG nicht. Es ist fraglich, ob überhaupt eine originär verfassungsrechtliche Definition erforderlich ist. Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung handelt es sich beim Autobahnbegriff in Art. 90 GG nämlich um einen Begriff, den die Verfassung bewusst offenlässt und dessen inhaltliche Gestaltung sie dem (einfachen) Gesetzgeber überlässt. Der Inhalt des Autobahnbegriffs soll sich danach – aktuell – nach § 1 Abs. 4 FStrG richten, wo die Bestandteile der Fernstraßen beschrieben werden.²

Nach anderer Meinung ist der Begriff der Bundesautobahn originär verfassungsrechtlicher Natur.³ § 1 Abs. 4 FStrG soll zwar Anhaltspunkte für die Umschreibung geben, aber als

¹ Die Verwaltung der übrigen Bundesfernstraßen verbleibt bei den Ländern, Art. 90 Abs. 3 GG, siehe *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 48 ff.

² *Ibler*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 90 Rn. 11 m. w. N.

³ Z.B. vertreten von *Reidt/Zwanziger*, UPR 2019, 41 (43).

einfaches Gesetzesrecht keine abschließende Definition eines verfassungsrechtlichen Begriffs liefern können.⁴

Diese letztgenannte Auffassung verdient Zustimmung. Es würde dem Vorrang der Verfassung (hier Art. 90 GG) widersprechen, wenn der Gehalt des Art. 90 GG vom einfachen Recht abhinge. Aufgrund des Rahmencharakters des Verfassungsrechts ist es zwar teilweise notwendig, dass sich die Inhalte der Verfassung nach dem einfachen Recht richten.⁵ Diese Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers ist aber auf die Grundrechte zugeschnitten, wo unter Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bestimmt werden kann, inwiefern die gesetzliche Ausgestaltung reichen darf. Staatsorganisationsrechtliche Vorschriften wie Art. 90 GG sind, da sie meist eine konkretere Regelungsaussage enthalten und geringere Abwägungsspielräume lassen, nicht für eine Inhaltsbestimmung durch das einfache Recht ausgelegt.

Die Bestimmung des Autobahnbegriffs muss daher vorrangig durch originäre Auslegung des Verfassungstextes erfolgen, wobei § 1 Abs. 4 FStrG⁶ als Auslegungshilfe hinzugezogen werden kann. Danach gehören der Straßenkörper und die damit verbundenen verkehrsdienlichen Anlagen zur Straße (Bsp. Leitplanken, Schilder, Ampeln). Darüber hinaus ist zu beachten, dass das Grundgesetz eine „atmende Verfassung“ ist, deren Auslegung sich mit der Zeit ändern kann. Dass zum heutigen Zeitpunkt noch keine L-O-LI an den Fernstraßen existiert, ist daher nicht relevant. Es ist schon jetzt absehbar, dass der elektrifizierte Güterverkehr eine zunehmend wichtige Rolle im zukünftigen Straßenverkehr einnehmen wird. Daher darf sich die Begriffsbestimmung nicht am Bestehenden ausrichten, sondern muss funktional erfolgen. Da die L-O-LI eine verkehrsbezogene Funktion einnimmt (einnehmen wird) und physisch mit dem

⁴ *Remmert*, in: Epping/Hillgruber BeckOK GG, 59. Edition Stand: 15.09.2024, Art. 90 Rn. 4; *Hermes*, in: Dreier Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 13.

⁵ Bekannt ist dieses Konzept vor allem von den „Inhalts- und Schrankenbestimmungen“ der Eigentumsgewährleistung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG. Bei der Inhaltsbestimmung von Verfassungsrecht muss aber eine Rückkopplung stattfinden, denn die Ausgestaltung kann in das Verfassungsrecht eingreifen und ist insofern rechtfertigungsbedürftig, dazu *Poscher/Kingreen*, JZ 2022, 961.

⁶ Insb. § 1 Abs. 4 Nr. 1: der Straßenkörper; das sind besonders der Straßengrund, der Straßenunterbau, die Straßendecke, die Brücken, Tunnel, Durchlässe, Dämme, Gräben, Entwässerungsanlagen, Böschungen, Stützmauern, Lärmschutzanlagen, Trenn-, Seiten-, Rand- und Sicherheitsstreifen; § 1 Abs. 4 Nr. 3: das Zubehör; das sind die Verkehrszeichen, die Verkehrseinrichtungen und -anlagen aller Art, die der Sicherheit oder Leichtigkeit des Straßenverkehrs oder dem Schutz der Anlieger dienen, und die Bepflanzung.

Straßenkörper verbunden ist, ist sie als Bestandteil der Autobahnen i. S. d. Art. 90 GG zu qualifizieren.

Auch nach einfachem Recht ist die L-O-LI nach derzeitiger Rechtslage als Teil der Bundesfernstraßen zu qualifizieren, denn sie dürfte als Straßenzubehör i. S. d. § 1 Abs. 4 Nr. 3 FStrG einzuordnen sein. Der Bundesgesetzgeber könnte daran – nach hier vertretener Auffassung – aus verfassungsrechtlichen Gründen nichts ändern. Er wäre also gehindert, z.B. im Wege einer Änderung des Fernstraßengesetzes die L-O-LI als eigenständiges System zu definieren, das nicht Teil der Bundesautobahnen ist.

2. Sonstiges relevantes Verfassungsrecht

Für die Finanzierung der L-O-LI sind des Weiteren die Regelungen des Finanzverfassungsrechts bedeutsam. Jedenfalls bei einer Finanzierung durch Haushaltsmittel sind dabei insbesondere die Regeln zur Kreditfinanzierung nach Art. 109 Abs. 3, Art. 115 Abs. 2 GG zu beachten („Schuldenbremse“).

Die „deutsche Schuldenbremse“

Die nationale Schuldenbremse schreibt in Art. 109 Abs. 3 GG vor, dass die Haushalte von Bund und Ländern „grundsätzlich ohne Einnahmen aus Krediten auszugleichen“ sind. Für den Bund wird diese Grundregel in Art. 115 Abs. 2 Satz 2 GG dahin präzisiert, dass diesem Grundsatz dann entsprochen ist, wenn die Einnahmen aus Krediten 0,35 vom Hundert im Verhältnis zum nominalen BIP nicht überschreiten. Zusätzlich lässt Art. 115 Abs. 2 GG für bestimmte Situationen – von der Normallage abweichende konjunkturelle Entwicklung, Naturkatastrophen, außergewöhnliche Notsituationen – Ausnahmen zu. Die Einzelheiten der Schuldenbremse des Bundes sind – auf der Grundlage der Ermächtigung in Art. 115 Abs. 2 Satz 5 GG – im Gesetz zur Ausführung von Artikel 115 GG geregelt.

Keine Geltung für selbständige Rechtsträger (z.B. Autobahn GmbH):

Das Verbot struktureller Neuverschuldung in Art. 109 Abs. 3 Satz 1 GG ist ebenso wie der gesamte Absatz 3 des Art. 109 GG bezogen auf die „Haushalte von Bund und Ländern“. Aus diesem Wortlaut, der nicht zuletzt vor dem Hintergrund des haushaltsrechtlichen Rechtsträgerprinzips ausgelegt werden muss, wie es auch vom Bundesverfassungsgericht⁷ bestätigt

⁷ Zum Rechtsträgerprinzip des Haushaltsverfassungsrechts BVerfGE 129, 356 (366 f.) m. w. N.

wurde, und auch aus der Entstehungsgeschichte leitet die ganz herrschende Auffassung in der Literatur ab, dass der Anwendungsbereich dieser Norm auf den Haushalt des Bundes und die Haushalte der Bundesländer beschränkt ist. Eine Zurechnung der Kreditaufnahmen juristisch selbständiger Personen (mit eigener Rechtsfähigkeit) des öffentlichen oder des privaten Rechts zu den Haushalten von Bund und Ländern im Sinne des Art. 109 Abs. 3 GG wird mit guten Gründen abgelehnt.⁸ Das Verbot der Neuverschuldung aus Art. 109 Abs. 3 und Art. 115 Abs. 2 GG gilt also nicht für rechtsfähige Anstalten, Körperschaften oder Stiftungen des öffentlichen Rechts auf Bundes- oder auf Landesebene. Auch Gesellschaften des privaten Rechts (GmbH, AG), deren alleiniger Gesellschafter/Aktionär der Bund oder ein Land ist, sind nicht Adressat der Schuldenbremse des Art. 109 Abs. 3 GG.⁹

Umgehungs-/Missbrauchsverbot

Die mit dem Rechtsträgerprinzip verbundene Gefahr einer Umgehung des Art. 109 Abs. 3 GG kann dadurch vermieden werden, dass dessen Anwendungsbereich mit Hilfe des allgemeinen Verbots des Rechtsmissbrauchs vorsichtig erweitert wird. Das setzt aber klare Konturen einer Umgehungs- oder einer Missbrauchskonstellation voraus. Erwägenswert ist dies insbesondere in Fällen, in denen kreditaufnehmenden juristischen Personen des öffentlichen oder des privaten Rechts keine eigene Sachaufgabe zugewiesen ist,¹⁰ ihnen also die erkennbare Funktion zukommt, für den Bund oder ein Land Kredite aufzunehmen, die dem Ausgleich von Haushaltsdefiziten dienen. In der Literatur hat sich als Indikator für eine solche Konstellation

⁸ S. nur *Hellermann*, Finanzverfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Aufstellung des Bundeshaushalts 2025, Kurzgutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, Juli 2024, 4 mit Verweis auf: *Kube*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 103. Aufl. 2024, Art. 115 Rn. 60; *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24; *Pünder*, in: Friauf/Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, EL 3/23 Dezember 2023, Art. 115 Rn. 49; BVerfGE 129, 356 (366), bezogen auf Art. 110 Abs. 1 GG: „Einnahmen und Ausgaben des Bundes sind lediglich solche der Gebietskörperschaft Bund. Nicht erfasst sind die Einnahmen und Ausgaben von bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts oder von privatrechtlich organisierten Gesellschaften, die im Eigentum des Bundes stehen oder an denen der Bund beteiligt ist“. Siehe außerdem noch *Klepzig*, Die „Schuldenbremse“ im Grundgesetz – Ein Erfolgsmodell?, 2015, 230 ff. mit ausführlichen Nachweisen; *Sailer*, JZ 2009, 721 (723 mit Fn. 16); *Tappe*, DÖV 2009, 881 (889); *Wieland*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsspielräume bei Aufnahme einer Schuldenbremse in die Verfassung des Landes Nordrhein- Westfalen, 2015 (Speyerer Arbeitsheft Nr. 222), 62 f., 65.

⁹ Ausführlicher dazu *Hermes/Vorwerk/Beckers*, Die Schuldenbremse des Bundes und die Möglichkeit der Kreditfinanzierung von Investitionen – Rechtslage, ökonomische Beurteilung und Handlungsempfehlungen, IMK Study Nr. 70, Düsseldorf, Oktober 2020 (abrufbar unter: https://www.imk-boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-007865), 21 ff.

¹⁰ In diesem Sinne wird vertreten, dass der Bund den selbständigen juristischen Personen (des öffentlichen oder des privaten Rechts) nur hinreichend Sachaufgaben zuweisen müsse, um der Schuldenbremse zu entgehen, so etwa *Heun*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 24.

die Finanzierungsgesellschaft ohne eigene Sachaufgabe herauskristallisiert.¹¹ Eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 109 Abs. 3 GG auf rechtlich selbständige Einheiten kommt danach nur dann in Betracht, wenn diese juristische Person des privaten oder des öffentlichen Rechts „keine eigenen Sachaufgaben zu erfüllen hat, sondern überwiegend oder ausschließlich finanzwirtschaftliche Funktionen wahrnehmen soll“¹², wobei diese „Orientierungsformel“ aufgabenspezifischer und einzelfallbezogener Konkretisierung bedarf. Nicht zu folgen ist jedenfalls der vereinzelt gebliebenen Auffassung¹³, wonach bereits die Übernahme des Schuldendienstes durch den Staat zu einer Zurechnung der Schulden eines selbständigen Rechtsträgers führt.

Daneben ist z.B. an die verfassungsrechtlichen Grenzen für die Erhebung nicht-steuerlicher Abgaben (z.B. Gebühren) zu denken.

Ferner ist es nicht ausgeschlossen, dass der staatliche Aufbau von L-O-LI in Abhängigkeit von der Organisations- und Finanzierungsform in Grundrechte eingreift. Private Betreiber – bzw. Interessenten für den Betrieb – von L-O-LI oder von konkurrierenden Infrastrukturen, insb. im Bereich des auf Punkt-Säulen-Ladeinfrastruktur (P-S-LI) basierenden batteriebetriebenen Elektroverkehrs, könnten gegenüber einem staatlichen Tätigwerden etwa versuchen, sich auf ihr Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu berufen. Dieses Recht unterfällt nach einer umstrittenen Ansicht Art. 14 Abs. 1 GG und soll die Sach- und Rechtsgesamtheit eines wirtschaftlichen Unternehmens schützen.¹⁴ Art. 14 Abs. 1 GG bietet zwar keinen Schutz *vor dem Markt*, könnte aber – jedenfalls nach dieser Auffassung – *Schutz im Markt* gegen wettbewerbsverzerrende Maßnahmen des Staates durch finale Eingriffe in den Betrieb sowie sonstige hoheitliche Einwirkungen auf Geschäftsbeziehungen, Kundenstamm und Marktstellung gewähren. Vom Schutz erfasst sein könnten ferner unmittelbar beeinträchtigende

¹¹ Nachweise dazu bei *Hellermann*, Finanzverfassungsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Aufstellung des Bundeshaushalts 2025, Kurzgutachten im Auftrag des Bundesministeriums der Finanzen, Juli 2024, 18.

¹² So *Wendt*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 7. Aufl. 2018, Art. 115 Rn. 65 m. w. N. dieser herrschenden Auffassung.

¹³ *Kube*, VerfBlog, 2021/10/20, zur Zulässigkeit der Gründung einer öffentlichen Investitionsgesellschaft: „Die Gesellschaft muss sich durch einen Sachzweck legitimieren und darf nicht allein mit dem Ziel der Kreditaufnahme gegründet worden sein. Auch darf es nicht so sein, dass letztlich der Bund ... für die Schulden der Gesellschaft geradesteht oder sogar den Schuldendienst übernimmt.“ (<https://verfassungsblog.de/die-zukunft-der-staatlichen-kreditaufnahme/> abgerufen am 20.11.2024).

¹⁴ *Depenheuer/Froese*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 133; dagegen überzeugend *Wieland*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 61 ff.

Folgen hoheitlichen Handelns, aufgrund derer der Wert des Unternehmens am Markt Einbußen erleidet.¹⁵ Soweit man diesem weiten Verständnis des Schutzbereichs der Eigentumsgarantie nicht folgt, könnten die genannten Schutzwirkungen jedenfalls teilweise von dem Gewährleistungsgehalt der Wirtschaftsfreiheit erfasst sein, die grundrechtlich durch die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.¹⁶

Die grundgesetzlichen Wirtschaftsfreiheiten allgemein und die Eigentumsgarantie im Besonderen entfalten nach wohl vorherrschender Auffassung zwar keinen Schutz gegenüber staatlicher Konkurrenzwirtschaft.¹⁷ Ein Grundrechtsschutz aus Art. 14 Abs. 1 und/oder Art. 12 Abs. 1 GG könnte aber dann eingreifen, wenn die öffentliche Konkurrenzwirtschaft faktisch die öffentliche Monopolisierung eines Wirtschaftsbereichs bewirkt und die wirtschaftliche Betätigung privater Unternehmungen in jenem Bereich dadurch zum Erliegen kommt.¹⁸

II. Unionsrecht

Rechtliche Vorgaben für die Regulierung von Infrastrukturen und für staatliche Einwirkungen auf Wirtschaft und Wettbewerb finden sich auch im sekundären und im primären Unionsrecht.

1. Der Standort von L-O-LI im Sekundärrecht

Das sekundäre Unionsrecht ist allerdings kein einheitlich-zusammenhängendes Rechtsregime im Sinne eines durchkonzipierten Gesetzbuchs. EU-Richtlinien, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen sind, werden ebenso wie unmittelbar anwendbare EU-Verordnungen in den einzelnen Kompetenzbereichen der Union erlassen und stehen teils unverbunden nebeneinander. Daher ist zunächst zu prüfen, welchem dieser verschiedenen Regelungsbereiche die L-O-LI zugeordnet werden kann.

¹⁵ *Depenheuer/Froese*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 1, 8. Aufl. 2024, Art. 14 Rn. 136.

¹⁶ *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 105. Aufl. 2025, Art. 14 Rn. 361 ff.

¹⁷ BVerwG, 22.02.1972 – I C 24.69 –, juris Rn. 23; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 105. Aufl. 2025, Art. 14 Rn. 366.

¹⁸ BVerwG, 22.02.1972 – I C 24.69 –, juris Rn. 23; *Papier/Shirvani*, in: Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, 105. Aufl. 2025, Art. 14 Rn. 367.

1.1 TEN-V-VO/AFIR: L-O-LI Teil der Straßeninfrastruktur

Regelungen für die Verkehrsinfrastruktur enthalten zunächst die „TEN-V-VO“¹⁹ und die „AFIR“²⁰.

Zur Verkehrsinfrastruktur im TEN-V (Transeuropäisches Verkehrsnetz) zählt nach Art. 2 Abs. 1, Art. 29 Abs. 1 lit. g und Abs. 3, Art. 3 Nr. 38 TEN-V-VO und Art. 2 Nr. 4 AFIR auch die „Infrastruktur im Zusammenhang mit Einrichtungen für alternative Kraftstoffe“. Zu den alternativen Kraftstoffen gehört nach Art. 2 Nr. 4 lit. a AFIR auch Strom. Die Regelungen legen sich hinsichtlich der Strominfrastruktur an Verkehrswegen nicht auf bestimmte technische Einrichtungen fest. Daraus folgt, dass sämtliche Infrastrukturanlagen, die der Stromversorgung der Verkehrsteilnehmer dienen (insb. auch P-S-LI) als Infrastruktur im Zusammenhang mit Einrichtungen für alternative Kraftstoffe angesehen werden können.

Hierfür spricht auch Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b der Wegekosten-RL.²¹ Danach sind die Mitgliedstaaten nicht an der Erhebung von Gebühren gehindert,

„die speziell für die Finanzierung des Baus, des Betriebs, der Instandhaltung und des Ausbaus von Anlagen konzipiert sind, die als Bestandteil von oder entlang von oder über Straßen für die Stromversorgung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge im Straßenverkehr errichtet werden bzw. wurden und die bei diesen Fahrzeugen erhoben werden.“

Mit der Formulierung „Anlagen ... über Straßen, die der Stromversorgung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge dienen“, wird die L-O-LI begrifflich erfasst. An der Regelung zeigt sich deutlich, dass der europäische Gesetzgeber die L-O-LI als Teil der Infrastruktur für den elektrifizierten Straßenverkehr anerkennt und sich in den Regelungen zur Verkehrsinfrastruktur nicht auf eine spezifische Elektrifizierungstechnik festlegt.

¹⁹ Verordnung (EU) 2024/1679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 über Leitlinien der Union für den Aufbau des Transeuropäischen Verkehrsnetzes, zur Änderung der Verordnungen (EU) 2021/1153 und (EU) Nr. 913/2010 und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1315/2013, ABl. L 2024/1679 vom 28.06.2024.

²⁰ Verordnung (EU) 2023/1804 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. September 2023 über den Aufbau der Infrastruktur für alternative Kraftstoffe und zur Aufhebung der Richtlinie 2014/94/EU, ABl. L 234 vom 22.09.2023, 1.

²¹ Richtlinie 1999/62/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 1999 über die Erhebung von Gebühren für die Benutzung von Straßeninfrastrukturen durch Fahrzeuge, ABl. L 187 vom 20.07.1999, 42 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2022/362 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Februar 2022 zur Änderung der Richtlinien 1999/62/EG, 1999/37/EG und (EU) 2019/520 hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch Fahrzeuge, ABl. L 69 vom 04.03.2022, 1.

Soweit insb. in der TEN-V-VO Regelungen für Verkehrsinfrastruktur getroffen werden (insb. in Art. 30 Abs. 1 TEN-V-VO), sind diese mithin auch bei der Errichtung und dem Betrieb von L-O-LI zu beachten. Die AFIR enthält Regelungen allein für P-S-LI und Wasserstoff. Sie wird sich daher auf die L-O-LI nicht unmittelbar auswirken. Indem die AFIR allerdings Vorgaben (nur) für die Errichtung von P-S-LI setzt,²² lenkt sie den Fokus der Mitgliedstaaten auf diese Infrastruktur und macht es damit wahrscheinlich, dass der Aufbau von L-O-LI erst später erfolgt.

1.2 Anwendbarkeit der Wegekosten-Richtlinie (neben TEN-V VO und AFIR) auf L-O-LI

Während die TEN-V-VO und die AFIR generell die Errichtung, den Betrieb, die Ausstattung und die Qualität von Verkehrsinfrastruktur adressieren, regelt die Wegekosten-RL (teilweise) die Infrastrukturfinanzierung, indem sie den Mitgliedstaaten die Möglichkeiten und die Grenzen zur Einführung von Maut- und Nutzungsgebühren für Fernstraßen vorgibt.

Die Wegekosten-RL ermöglicht die Erhebung von Gebühren sowohl zeitbasiert wie bei Vignetten (Nutzungsgebühr) als auch fahrleistungsabhängig (Mautgebühr). Die Höhe der Gebühren muss sich grundsätzlich an den tatsächlichen Wegekosten orientieren, einschließlich der Kosten für Bau, Ausbau, Erhalt und Betrieb des Straßennetzes. So regelt Art. 7b Abs. 1 für schwere Nutzfahrzeuge²³:

„Die Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge beruhen auf dem Grundsatz der Anlastung von Infrastrukturkosten. Die gewogenen durchschnittlichen Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge müssen sich an den Baukosten und den Kosten für Betrieb, Instandhaltung und Ausbau des betreffenden Verkehrswegenetzes orientieren“.

²² Nach Art. 4 Abs. 1 AFIR müssen die Mitgliedstaaten sukzessive bis Ende 2030 dafür sorgen, dass entlang des TEN-V-Gesamtstraßennetzes öffentlich zugängliche Ladestandorte für schwere Nutzfahrzeuge mit Elektroantrieb in jeder Fahrtrichtung in einer Entfernung von höchstens 100 km voneinander errichtet werden und dass jeder Ladestandort eine Ladeleistung von mindestens 1.500 kW bietet und über mindestens einen Ladepunkt mit einer individuellen Ladeleistung von mindestens 350 kW verfügt (UAbs. 2 lit d), dass auf jedem sicheren und gesicherten Parkplatz mindestens vier öffentlich zugängliche Ladestationen für schwere Nutzfahrzeuge mit Elektroantrieb mit einer individuellen Ladeleistung von mindestens 100 kW eingesetzt werden (UAbs. 2 lit. f) und dass an jedem städtischen Knoten öffentlich zugängliche Ladepunkte für schwere Nutzfahrzeuge mit Elektroantrieb mit einer Gesamtladeleistung von mindestens 1.800 kW, die von Ladestationen mit einer individuellen Ladeleistung von mindestens 150 kW abgegeben wird, errichtet werden (UAbs. 2 lit. h).

²³ „Schwere Nutzfahrzeuge“ sind nach Art. 2 Nr. 18 Wegekosten-RL Fahrzeuge mit einer technisch zulässigen Gesamtmasse im beladenen Zustand von mehr als 3,5 Tonnen.

Eine für L-O-LI potenziell wichtige Ausnahme von diesem Grundsatz enthält Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL. Danach sind die Mitgliedstaaten aufgrund der Bestimmungen der Wegekosten-RL nicht an der Erhebung von Gebühren gehindert,

„die speziell für die Finanzierung des Baus, des Betriebs, der Instandhaltung und des Ausbaus von Anlagen konzipiert sind, die als Bestandteil von oder entlang von oder über Straßen für die Stromversorgung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge im Straßenverkehr errichtet werden bzw. wurden und die bei diesen Fahrzeugen erhoben werden.“

Diese Bestimmung wurde durch die Richtlinie 2022/362 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Februar 2022 zur Änderung der Richtlinien 1999/62/EG, 1999/37/EG und (EU) 2019/520 hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch Fahrzeuge²⁴ eingeführt. Sie wird in Erwägungsgrund 45 dieser Änderungs-RL zur Wegekosten-RL wie folgt erläutert:

“Es ist notwendig, den Mitgliedstaaten die Finanzierung des Baus, des Betriebs, der Instandhaltung und des Ausbaus von Anlagen zur Strom- oder Kraftstoffversorgung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge zu ermöglichen, um die Elektrifizierung der Straßen zu erleichtern. Insbesondere wenn ein Mitgliedstaat beabsichtigt, diese elektrischen Anlagen unabhängig von der Finanzierung der Straßeninfrastruktur zu finanzieren, sollte diese Richtlinie den betreffenden Mitgliedstaat nicht daran hindern, Gebühren für die Nutzung solcher Anlagen zu erheben.”

Aus der Formulierung “insbesondere wenn ein Mitgliedstaat beabsichtigt, diese speziellen elektrischen Anlagen unabhängig von der Finanzierung der allgemeinen Straßeninfrastruktur zu finanzieren“ wird deutlich, dass der Richtliniengeber die Finanzierung der Ladeinfrastruktur über die allgemeinen Regeln der Verkehrsinfrastrukturfinanzierung – also namentlich über Nutzungs- und Mautgebühren nach der Wegekosten-RL und/oder über Haushaltsmittel – als den Normalfall ansieht und mit der Regelung in Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL eine zusätzliche Handlungsoption eröffnen wollte.

1.3 Anwendbarkeit der Energiebinnenmarkt-Richtlinie

Da über die Oberleitungen Elektrizität für die Betreiber/Fahrer der E-Lkw bereitgestellt wird, ist weiter zu prüfen, ob neben den vorgenannten europäischen Regeln zum

²⁴ ABl. L 69 vom 04.03.2022, 1.

Verkehrsinfrastrukturrecht die Regelungen des europäischen Energiewirtschaftsrechts – insb. der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL²⁵ – einschlägig sind.²⁶

1.3.1 Begriff des Verteilernetzes

Stromleitungen in der Verkehrsinfrastruktur haben eine „Doppelnatur“.²⁷ Sie sind einerseits die Verbindung der endverbrauchenden Fahrzeuge zum Stromnetz, andererseits Teil der Straßeninfrastruktur. Diese Doppelnatur wird vom europäischen Sekundärrecht offensichtlich nicht ausreichend berücksichtigt. Es gibt nämlich keine ausdrückliche Zuordnung von Straßen- oder Schienenoberleitungen zu einem bestimmten Rechtsregime.

Der potenzielle Regelungsanspruch des Energiewirtschaftsrechts folgt daraus, dass die L-O-LI dem Begriff des Verteilernetzes i. S. d. Elektrizitätsbinnenmarkt-RL unterfallen könnte.

Der Begriff des Verteilernetzes wird in der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL nicht eigenständig definiert (siehe die Begriffsbestimmungen in Art. 2). Definiert wird in Art. 2 Nr. 28 Elektrizitätsbinnenmarkt-RL aber die „Verteilung“ als „Transport von Elektrizität mit Hoch-, Mittel- oder Niederspannung über Verteilernetze zur Belieferung von Kunden, jedoch mit Ausnahme der Versorgung“.²⁸

Darauf aufbauend definiert der EuGH Verteilernetze als „Netze, die zur Weiterleitung von Elektrizität mit Hoch-, Mittel- oder Niederspannung dienen, die zum Verkauf an Großhändler und Endkunden bestimmt ist“.²⁹ Diese Definition gilt einheitlich für das Unionsgebiet.³⁰ Eine Abweichung im Recht der Mitgliedstaaten ist unzulässig. Die Ausnahme von sog. „Objektnetzen“³¹ und jüngst sogar der sog. „Kundenanlagen“³² (§ 3 Nr. 24a EnWG) von der

²⁵ 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 (Neufassung), ABl. L 158 vom 14.06.2019, 125.

²⁶ Hierzu schon *Knezevic u. a.*, IKEM AMELIE II Teilstudie – Rechtlich kohärentes Betriebs- und Marktszenario eines Akteursmodells für Electric-Road-Systems, August 2022, 28 f.

²⁷ Vgl. zu Bahnoberleitungen: *Klinge*, in: Säcker, Energierecht, Bd. I/1, 4. Aufl. 2019, EnWG § 3a Rn. 73 ff.

²⁸ Der Begriff „Versorgung“ bezeichnet nach Art. 2 Nr. 12 der Richtlinie den Verkauf von Elektrizität an „Kunden“; der Begriff „Kunde“ bezeichnet nach Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie Großhändler bzw. Endkunden von Elektrizität.

²⁹ EuGH, 28.11.2024 – C-293/23 –, ENGIE Deutschland, Rn. 50.

³⁰ EuGH, 28.11.2024 – C-293/23 –, ENGIE Deutschland, Rn. 51.

³¹ EuGH, 22.05.2008 – C-439/06 –, citiworks.

³² EuGH, 28.11.2024 – C-293/23 –, ENGIE Deutschland, Rn. 60 ff.; kritisch hierzu *Wilde/Voigt*, IR 2024, 14 (16); s. a. *Burbach*, RdE 2025, 3.

energiewirtschaftsrechtlichen Regulierung durch eigenständige Definitionen der Mitgliedstaaten hat der EuGH für unionsrechtswidrig erklärt.

Der EuGH legt den Begriff des Energieverteilernetzes demnach sehr weit aus. Jede elektrische Infrastruktur, über die Dritte bzw. Kunden beliefert werden, soll als Verteilernetz anzusehen sein.³³ Ausnahmen vom Netzbegriff, die etwa an quantitative Beschränkungen (Energiedurchleitungsmenge, räumlicher Zusammenhang) oder an die Unbedeutsamkeit für den Wettbewerb anknüpfen, sieht der EuGH im EU-Recht nicht angelegt.³⁴

Trotz dieser EuGH-Entscheidung zur Kundenanlage ist keineswegs eindeutig, ob Oberleitungsinfrastrukturen an Verkehrswegen als Verteilernetz anzusehen sind. Denn es gibt Bestimmungen in der Energiebinnenmarkt-RL, aus denen sich ergibt, dass Oberleitungen von der Richtlinie kaum adressiert sein können, da die energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten hier naturgemäß nicht erfüllt werden können. Das betrifft nicht nur Regelungen zum Anschluss von Ladepunkten an Verteilernetze (Abs. 32 Abs. 3 Energiebinnenmarkt-RL), sondern auch Regelungen, in denen der Richtliniengeber ersichtlich davon ausgeht, dass ein Verteilernetz stets ein bestimmtes räumliches Gebiet abdeckt (bspw. Art. 31 Abs. 1 Energiebinnenmarkt-RL). Auch ist nicht ersichtlich, dass die Energiebinnenmarkt-RL in irgendeiner Weise auf den Umstand reagiert, dass durch eine L-O-LI Elektrizität an wechselnde, bewegliche und nicht leicht zu identifizierende „Endkunden“ weitergeleitet wird.

Es ist demnach höchst fraglich, ob sich aus dem EuGH-Urteil zum Begriff der Kundenanlage ein so weitgehender Begriff des Verteilernetzes ableiten lässt, dass dieser auch L-O-LI umfasst. Die Entscheidung betraf ein Netz zur Versorgung von Haushaltskunden, das die typischen Eigenschaften eines Verteilernetzes klar erfüllte, aber auf ein bestimmtes, in sich geschlossenes Gebiet beschränkt war. Mit Oberleitungen war dieses Netz nicht vergleichbar. Es sprechen daher gute Gründe dafür, das Urteil des EuGH als konkretes „Case Law“ einzuordnen, das auf den konkret entscheidungserheblichen Sachverhalt bezogen war und über den Streitgegenstand hinaus keine verallgemeinerungsfähigen Aussagen für alle denkbaren Konstellationen trifft.

³³ Vgl. auch BGH, 18.10.2011 – EnVR 68/10 –, juris Rn. 11.

³⁴ *Bdelghany/Thomale*, in: ener | gate messenger.ch, 02.12.2024.

1.3.2 Einordnung bestehender Oberleitungen – Bsp. Eisenbahn

Dass die (europa-)rechtliche Einordnung von Oberleitungen an Verkehrsinfrastrukturen eine offene Fragestellung ist, zeigt sich am Beispiel der bestehenden Oberleitungsnetze für die Eisenbahn.

Verhältnis Eisenbahnrecht/Energiewirtschaftsrecht in Deutschland:

Elektrische Eisenbahnen werden in Deutschland über das Bahnstromnetz versorgt. Dabei handelt es sich um ein 110 kV-Netz, das die Oberleitungen (15 kV; auch „Fahrdraht“ genannt), an die sich die Triebfahrzeuge anschließen, mit Strom versorgt.

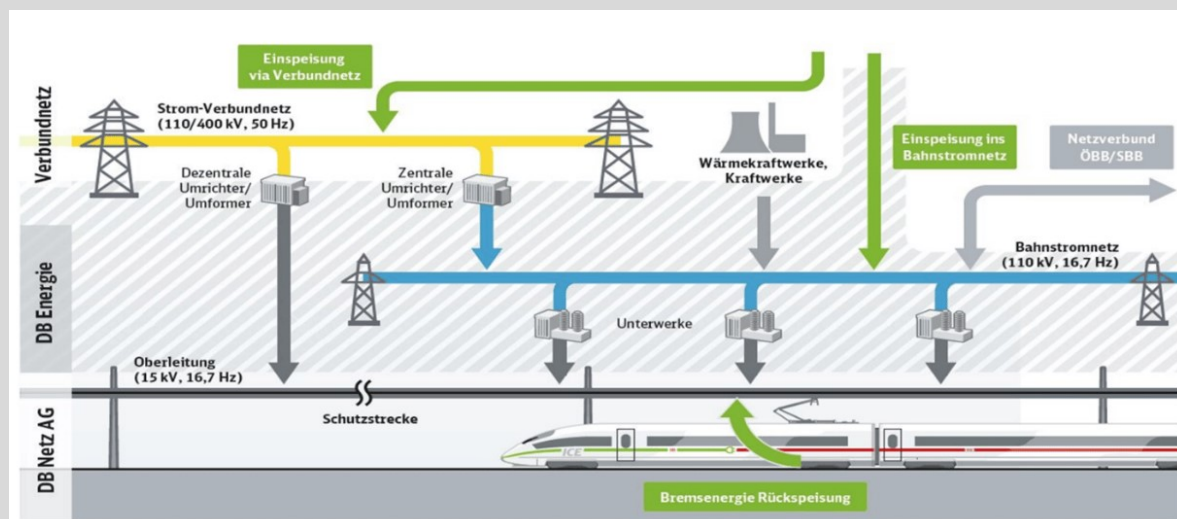


Abbildung Bahnstrom³⁵

Das Verhältnis von Eisenbahnrecht und Energiewirtschaftsrecht ist in § 3a EnWG geregelt. Danach gilt das EnWG auch für die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie, insbesondere Fahrstrom, soweit im Eisenbahnrecht nichts anderes geregelt ist. Spiegelbildlich ist in § 1 Abs. 2 Satz 3 AEG geregelt, dass dieses Gesetz nicht für die Versorgung von Eisenbahnen mit leitungsgebundener Energie, insbesondere Fahrstrom, und Telekommunikationsleistungen gilt, soweit nicht im AEG oder auf Grund des AEG etwas anderes bestimmt ist.

³⁵ Baentsch, Third-party-access in railway electricity markets is possible, in: European transport Regulation Observer 2023/03, 15.

Der BGH hat bereits im Jahr 2010 entschieden, dass das Bahnstromnetz danach dem Energiewirtschaftsrecht untersteht.³⁶ Abweichende Regelungen im Eisenbahnrecht seien nicht zu finden. Ob oder inwiefern abweichende Regelungen im Eisenbahnrecht überhaupt unionsrechtlich möglich wären, prüfte der BGH nicht. Er stellte nur fest, dass aus dem Europarecht weder ein allgemeiner Vorrang des Energiewirtschafts- noch des Eisenbahnrechts folgt.³⁷

Ausgehend von diesen Entscheidungen muss die DB Energie GmbH als Betreiber der Bahnstromleitungen den Betreibern der Triebfahrzeuge nach § 20 Abs. 1 EnWG diskriminierungsfreien Zugang gewähren, sodass diese ihren Energielieferanten frei wählen können.³⁸

In der Praxis scheint die Einordnung des Netzes Schwierigkeiten zu bereiten. Von der DB Energie GmbH, die die elektrische Betriebsführung übernimmt,³⁹ werden die Oberleitungen als Teil ihres „Netzes“, nicht aber als Teil des „Verteilernetzes“ bezeichnet.⁴⁰ Diesem Widerspruch liegt die Doppelnatur der Oberleitungen zugrunde. Die DB Netz AG übernimmt als Eigentümerin der Oberleitungen die Infrastrukturverantwortung nach § 4 Abs. 7 AEG.⁴¹ Die DB Netz AG wird auf der Webseite der BNetzA aber nicht als „Stromnetzbetreiber“ aufgeführt. Offenbar begreift die BNetzA die Oberleitungen nicht als eigenständiges Verteilernetz. Vieles spricht insofern dafür, die Bahn-Oberleitungen (entgegen der Auffassung der DB Energie GmbH)⁴² als Teil des Bahnstrom-Verteilernetzes zu begreifen und nicht als eigenständiges Verteilernetz.

³⁶ BGH, 09.11.2010 – EnVR 1/10 –, juris Rn. 14 ff.; s. a. *BNetzA 6. Beschlusskammer*, 26.06.2022 – BK6-19-016.

³⁷ BGH, 09.11.2010 – EnVR 1/10 –, juris Rn. 23.

³⁸ *BNetzA 6. Beschlusskammer*, 26.06.2022 – BK6-19-016; *Klinge*, in: Säcker, *Energierrecht*, Bd. I/1, 4. Aufl. 2019, EnWG § 3a Rn. 59 ff.

³⁹ Eigentümerin ist die DB Netz AG. Die DB Netz AG wird auf der Webseite der BNetzA nicht als „Stromnetzbetreiber“ aufgeführt.

⁴⁰ *DB Energie GmbH*, *Regelungen für den Zugang zum Bahnstromnetz der DB Energie GmbH – Konsultationsfassung Zugangsmodell –*, 07.05.2012, 6, 12.

⁴¹ *DB Energie GmbH*, *Regelungen für den Zugang zum Bahnstromnetz der DB Energie GmbH – Konsultationsfassung Zugangsmodell –*, 07.05.2012, 6; *Klinge*, in: Säcker, *Energierrecht*, Bd. I/1, 4. Aufl. 2019, EnWG § 3a Rn. 73 f.

⁴² *DB Energie GmbH*, *Regelungen für den Zugang zum Bahnstromnetz der DB Energie GmbH – Konsultationsfassung Zugangsmodell –*, 07.05.2012, 12.

In der Praxis der übrigen Mitgliedstaaten wird den Bahnunternehmen häufig nicht die Möglichkeit eingeräumt, ihren Energielieferanten frei zu wählen.⁴³ Daraus ist zu schließen, dass die Einordnung von Oberleitungen als Verteilernetz zumindest umstritten ist.

Tatsächlich wird die Anwendung der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL auf den Bahnstrom von der Independent Regulators Group (IRG), der auch die BNetzA angehört, bis heute diskutiert.⁴⁴ Beim Bahn-/Fahrstrom bestehen nach Auffassung der IRG praktische Hindernisse für eine freie Wahl der Energielieferanten. Als Hindernis wird insbesondere der Umstand angeführt, dass die Oberleitungen als Teil der Bahninfrastruktur fast immer von einem Monopolisten betrieben werden und sich technisch in mehrfacher Hinsicht (insb. andere Frequenz) vom Netz der öffentlichen Versorgung unterscheiden.⁴⁵ Ferner sei die Messung der Stromabnahme sehr kompliziert, da Eisenbahnen sich bewegten und jeweils mehrere Züge im Bereich eines Unterwerks verbunden seien.⁴⁶ Das System der DB Energie GmbH⁴⁷ zeige aber, dass ein freier Netzzugang grundsätzlich möglich und allgemein fraglich sei, ob aufgrund der praktischen Hindernisse ein Abweichen von den Grundsätzen der Elektrizitätsbinnenmarkt-RL gerechtfertigt sein könnte.⁴⁸

Die Diskussion zeigt, dass die Anwendung der Energiebinnenmarkt-RL auf Oberleitungen an Verkehrsinfrastrukturen eine offene Frage ist. In der europäischen Praxis wird offenbar nur das deutsche Eisenbahnnetz wie ein Verteilernetz behandelt und dem liberalisierten Stromvertriebsmarkt geöffnet. Aufgrund der Doppelnatur unterscheiden sich die Oberleitungen von typischen Verteilernetzen jedenfalls im Hinblick auf die Infrastrukturverantwortung. Selbst wenn Oberleitungen als Verteilernetz qualifiziert werden sollten, folgt aus der Anwendbarkeit des Energiewirtschaftsrechts daher nur, dass das Netz für den liberalisierten Stromliefermarkt geöffnet werden muss. Im Übrigen sind keine Auswirkungen auf die Organisation und

⁴³ *Independent Regulators' Group*, Rail Working group Charges for Service Facilities – Updated Paper on Charges for Traction Current, November 2024, 12.

⁴⁴ *Independent Regulators' Group*, Rail Working group Charges for Service Facilities – Updated Paper on Charges for Traction Current, November 2024, 15 f.

⁴⁵ *Independent Regulators' Group*, Rail Working group Charges for Service Facilities – Updated Paper on Charges for Traction Current, November 2024, 17.

⁴⁶ *Independent Regulators' Group*, Rail Working group Charges for Service Facilities – Updated Paper on Charges for Traction Current, November 2024, 17.

⁴⁷ Dazu *Baentsch*, Third-party-access in railway electricity markets is possible, in: *European transport Regulation Observer* 2023/03, 14.

⁴⁸ *Independent Regulators' Group*, Rail Working group Charges for Service Facilities – Updated Paper on Charges for Traction Current, November 2024, 17 f.

Finanzierung von L-O-LI zu erwarten. So werden auch die Bahn-Oberleitungen nicht über Netzentgelte finanziert (dazu unten B.II.1.3.2 = S. 18)

1.4 Zwischenergebnis

Zusammenfassend kann man festhalten:

Ob die L-O-LI ein Verteilernetz im Sinne der Energiebinnenmarkt-RL ist, erscheint sehr zweifelhaft. Selbst wenn dies so wäre, hätte dies jedenfalls nicht zur Folge, dass der Aufbau der L-O-LI über Netzentgelte finanziert werden müsste.

2. Sonstiges relevantes Unionsrecht

Das europäische Primärrecht enthält relevante Regelungen zur Verkehrsinfrastruktur im Kapitel Verkehr (Art. 90 ff. AEUV), im Bereich der Grundfreiheiten und im EU-Beihilfenrecht.

2.1 EU-Verkehrspolitik

Art. 90 und 91 AEUV beinhalten die Kompetenzgrundlagen der Union zum Erlass von sekundärrechtlichen Normen im Verkehrsbereich. Diese Vorschriften sind für den rechtlichen status quo mithin nicht relevant, sondern wären die Grundlage für eine Änderung der europäischen Gesetzeslage zur Implementierung und/oder Förderung von L-O-LI.

Art. 92 AEUV ist dagegen von Bedeutung. Die Vorschrift enthält ein spezielles Diskriminierungsverbot im Verkehrsbereich. Danach darf ein Mitgliedstaat die Vorschriften in ihren unmittelbaren oder mittelbaren Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmer anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu den inländischen Verkehrsunternehmern nicht ungünstiger gestalten, es sei denn, dass der Rat einstimmig eine Maßnahme billigt, die eine Ausnahmeregelung gewährt.

Auch Art. 93 AEUV ist im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung. Die Vorschrift enthält eine besondere Ausnahmeregelung vom Allgemeinen Beihilfeverbot nach Art. 107 Abs. 1 AEUV, die vorrangig anzuwenden ist (dazu insb. unten D.III.2.2.1.1 = S. 49).⁴⁹

Art. 94 AEUV schreibt vor, dass jede Maßnahme auf dem Gebiet der Beförderungsentgelte und -bedingungen, die im Rahmen der Verträge getroffen wird, der wirtschaftlichen Lage der Verkehrsunternehmer Rechnung zu tragen hat. Unter Beförderungsentgelten sind dabei alle auf Grundlage der Art. 91, 95, 96 AEUV hoheitlich festgesetzten oder in der Preisbildung regulierten Tarife für die Beförderung von Personen und Gütern zu verstehen.⁵⁰ Zu den Beförderungsbedingungen gehören alle fiskalischen (Steuern und sonstige Abgaben), technischen, haftungs-, umweltschutzbezogenen und sozialen Normen, an die jeder Verkehrsteilnehmer gebunden ist und die sich unmittelbar auf die Kosten der Transportleistung auswirken.⁵¹ Danach zählen insbesondere Mautgebühren zu den Beförderungsbedingungen, die dem Berücksichtigungserfordernis des Art. 94 AEUV unterfallen.

Das Berücksichtigungserfordernis nach Art. 94 AEUV hat zunächst formelle Auswirkungen: Die Begründung des Rechtsaktes (Art. 288 Abs. 4 AEUV) muss sich mit den Auswirkungen der jeweiligen Maßnahme auf die Verkehrsunternehmen auseinandersetzen. Die Belange der Verkehrsunternehmen müssen in das „Abwägungsmaterial“ eingestellt werden.⁵² Bei der Abwägung selbst lässt Art. 94 AEUV den Adressaten (Union und Mitgliedstaaten) einen weiten Ermessensspielraum.⁵³ Es findet nur eine Vertretbarkeitskontrolle statt.⁵⁴ Da im Sekundärrecht – insb. auch für Mautgebühren durch die Wegekosten-RL – für die Beförderungsbedingungen konkrete Vorgaben getroffen werden, hat Art. 94 AEUV kaum praktische Bedeutung.⁵⁵

Art. 95 Abs. 1 AEUV enthält ein spezielles Diskriminierungsverbot im Verkehrssektor. Danach sind Diskriminierungen verboten, die darin bestehen, dass ein Verkehrsunternehmer in denselben Verkehrsverbindungen für die gleichen Güter je nach ihrem Herkunfts- oder

⁴⁹ EuGH, 24.07.2003 – C-280/00 (Altmark Trans) –, juris Rn 34; *Epiney*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 93 Rn. 1.

⁵⁰ *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 94 Rn. 6.

⁵¹ *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 94 Rn. 8.

⁵² *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 94 Rn. 13.

⁵³ EuGH, 09.09.2004 – C-184/02 und C-223/02 –, juris Rn. 51 ff.

⁵⁴ *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 94 Rn. 14.

⁵⁵ *Fehling*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Art. 94 Rn. 16 f.; *Epiney*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 93 Rn. 5.

Bestimmungsland unterschiedliche Frachten und Beförderungsbedingungen anwendet. Die Beachtung dieses Diskriminierungsverbots wird bei der Organisation und Finanzierung von L-O-LI, die zu gleichen Bedingungen den Verkehrsunternehmen sämtlicher Mitgliedstaaten angeboten wird, beachtet werden müssen.

2.2 Grundfreiheiten und allgemeines Diskriminierungsverbot (Primärrecht)

Die Grundfreiheiten bilden den Kern des europäischen Binnenmarktrechts. Dazu zählen die

- Warenverkehrsfreiheit (Zollunion), Art. 28 ff. AEUV,
- Arbeitnehmerfreizügigkeit, Art. 45 AEUV,
- Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV,
- Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 ff. AEUV und die
- Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, Art. 63 ff. AEUV.

Die Grundfreiheiten begründen Beschränkungsverbote und spezielle Verbote der Diskriminierung nach Staatsangehörigkeit der Berechtigten. Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV wird durch die Grundfreiheiten bereichsspezifisch konkretisiert.⁵⁶ Auch mittelbare Diskriminierungen sind von den Grundfreiheiten und dem zugrundeliegenden Diskriminierungsverbot umfasst.⁵⁷ Für den Verkehrsbereich enthält Art. 92 AEUV ein spezielles Diskriminierungsverbot (→ B.II.2.1).

2.3 Beihilfenrecht

Da die Finanzierung von Aufbau und Betrieb der L-O-LI zu einer wirtschaftlichen Begünstigung verschiedener Akteure führen kann, müssen auch die Vorschriften des europäischen Beihilferechts in den Blick genommen werden.

Kernvorschrift des Beihilferechts ist Art. 107 Abs. 1 AEUV. Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu

⁵⁶ *Epiney*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Auflage 2022, AEUV Art. 18 Rn. 5; *Ehlers/Germelmann* in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Auflage 2023, § 12 Rn. 38.

⁵⁷ Vgl. zu Art. 56 AEUV: EuGH, 08.06.2017 – C-580/15 (*Van der Weegen*) –, juris Rn. 29; allg. *Ehlers/Germelmann* in: Ehlers/Germelmann, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 5. Auflage 2023, § 12 Rn. 40; Übersicht zur EuGH-Rechtsprechung bei *Koch/Nguyen*, EuR 2010, 364 (366 ff.).

verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.

Die Prüfung einer nach Art 107 Abs. 1 AEUV grundsätzlich verbotenen Beihilfe setzt folgende Tatbestandsmerkmale voraus⁵⁸:

- Vorliegen eines Unternehmens,
- Zurechenbarkeit der Maßnahme zu dem Staat,
- Finanzierung der Maßnahme aus staatlichen Mitteln,
- Gewährung eines Vorteils,
- Selektivität der Maßnahme sowie
- Auswirkungen der Maßnahme auf den Wettbewerb und den Handel zwischen Mitgliedstaaten.

Das EU-Beihilfenregime enthält kein absolutes Beihilfeverbot. Bestimmte Beihilfen können nach Art. 107 Abs. 2, 3 AEUV gerechtfertigt sein, oder nach Art. 106 Abs. 2 AEUV vom Beihilferecht freigestellt sein. Liegt eine Beihilfe vor, die nicht auf der Grundlage von Art. 106 Abs. 2 AEUV (Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – „DAWI“) freigestellt ist, muss der Mitgliedstaat die Kommission von der beabsichtigten Einführung der Beihilfe unterrichten (Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV), um ihr eine Überprüfung zu ermöglichen (vgl. Art. 108 Abs. 3 Satz 2 AEUV). Er darf die Maßnahmen nicht durchführen, bevor die Kommission einen abschließenden Beschluss erlassen hat (Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV). Im Rahmen dieses Verfahrens werden insbesondere die Rechtfertigungstatbestände von der Kommission geprüft.

⁵⁸ *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 5.

C. Organisationsmodelle

Bei dem geplanten Aufbau einer neuen Infrastruktur stellt sich stets die Frage, wie das Eigentum an der Infrastruktur zugeordnet werden soll und wie die Verantwortung für Planung, Errichtung und Betrieb im Verhältnis von Staat und Wirtschaft verteilt werden soll („Organisation“). Das gilt auch für die Errichtung von L-O-LI an den BAB. Wir gehen im Folgenden zunächst auf die einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 90 GG (I.) und anschließend auf das Unionsrecht ein (II.).

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben des Art. 90 GG

1. Eigentum an Oberleitungs-Anlagen

Die L-O-LI ist Teil der Bundesfernstraßen bzw. der Autobahnen i. S. d. Art. 90 Abs. 1 GG und § 1 Abs. 4 FStrG (siehe oben B.I.1 = S. 7). Art. 90 Abs. 1 GG trifft Regelungen zur Eigentumslage. Nach Art. 90 Abs. 1 Satz 1 GG bleibt der Bund Eigentümer der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs. Damit ist das zivilrechtliche Eigentum i. S. d. § 903 BGB angesprochen⁵⁹ und nicht die Eigentumsgewährleistung nach Art. 14 Abs. 1 GG.⁶⁰ Die Vorschrift enthält eine unmittelbare verfassungsrechtliche Eigentumszuweisung. Danach wird die L-O-LI kraft Verfassungsrechts im Eigentum des Bundes stehen.

Art. 90 Abs. 1 Satz 2 GG schließt eine „Veräußerung“ des Eigentums aus. Die L-O-LI darf also nicht an Dritte und auch nicht auf verselbständigte juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts übereignet werden, deren Träger oder Alleingesellschafter die Bundesrepublik Deutschland ist. Art. 90 Abs. 1 Satz 2 GG verbietet nicht nur die Übertragung des (Voll-)Eigentums, sondern auch sonstige Verfügungen über das Bundeseigentum, beispielsweise die Einräumung von Grunddienstbarkeiten oder Nießbrauchsrechten.⁶¹

⁵⁹ *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 21.

⁶⁰ Öffentliche Stellen können sich nicht auf Art. 14 Abs. 1 GG berufen. Das gilt selbst dann, wenn das betroffene Eigentum nicht mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verbunden ist (was bei L-O-LI aber der Fall wäre), vgl. BVerfG, 08.07.1982 – 2 BvR 1187/80 –, juris Rn. 56 ff.

⁶¹ *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 26 mit Verweis auf den Regierungsentwurf BT-Drs. 18/11131, 15, in dem solche Übertragungen an die bundeseigenen Gesellschaften noch vorgesehen waren, dann aber gestrichen wurden.

Schuldrechtliche (Sonder-)Nutzungsrechte bleiben von der Regelung des Art. 90 Abs. 1 Satz 2 GG unberührt.⁶² Danach wäre insbesondere eine Verpachtung der L-O-LI-Anlagen möglich. Die Gestaltungsmöglichkeiten werden aber durch die Privatisierungsschranken des Art. 90 Abs. 2 GG eingeschränkt.

2. Aufgabenerfüllung (Privatisierungsschranken)

Art. 90 Abs. 2 GG regelt die Verwaltung der Bundesautobahnen. Nach Art. 90 Abs. 2 Satz 1 GG wird die Verwaltung der Bundesautobahnen in Bundesverwaltung geführt. Der Bund kann sich zur Erledigung seiner Aufgaben nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG einer Gesellschaft privaten Rechts bedienen. Diese Gesellschaft muss jedoch nach Art. 90 Abs. 2 Satz 3, 4 GG im unveräußerlichen Alleineigentum (100% der Anteile) des Bundes stehen. Eine Beteiligung Privater im Rahmen von Öffentlich-Privaten Partnerschaften ist nach Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG ausgeschlossen für Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz oder das gesamte Netz sonstiger Bundesfernstraßen in einem Land oder wesentliche Teile davon umfassen.

2.1 Bundesfernstraßenverwaltung durch Behörde oder Gesellschaft privaten Rechts

Zur Bundesfernstraßenverwaltung gehören insbesondere⁶³

- die Straßenplanung – einschließlich der Linienbestimmung nach § 16 FStrG,
- der Neu- und Umbau,
- die Erfüllung der Straßenbaulast,
- die Maßnahmen in Bezug auf den Rechtsstatus (Widmung), die Benutzung und der Schutz der Straßen,
- die Behördenorganisation,
- die Straßenaufsicht,
- die Geltendmachung von Erstattungsansprüchen und
- die Verkehrssicherungspflicht.

⁶² *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 26.

⁶³ *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 29; *Ibler*, in Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 3, 8. Auf. 2024, Art. 90 Rn. 81 ff.

Da die L-O-LI Teil der Bundesautobahnen ist, gehören die mit der Planung, dem Bau und dem Betrieb einschließlich der Unterhaltung der L-O-LI zusammenhängenden Aufgaben zur Bundesautobahnverwaltung i. S. d Art. 90 Abs. 2 GG.⁶⁴

Die Bereitstellung von Fahrstrom über die L-O-LI gehört hingegen nicht zur „Verwaltung“ im Sinne von Art. 90 Abs. 2 GG. Dabei handelt es sich um Leistungen für die Verkehrsteilnehmer, die – genauso wie der Verkauf fossiler Kraftstoffe – jenseits der Infrastrukturverantwortung für die Bundesautobahnen liegen und die auch von Privaten erbracht werden können.

Art. 90 Abs. 2 GG schließt eine materielle Privatisierung der Bereitstellung der L-O-LI aus.⁶⁵ Die Verfassungsnorm erlaubt eine Wahrnehmung der Autobahn-Verwaltungsaufgaben nur durch die bekannten öffentlich-rechtlichen Organisationsformen der Bundesverwaltung (Bundesoberbehörde, Anstalt des öffentlichen Rechts) oder durch eine Gesellschaft, die der Bund für gerade diese Aufgaben gegründet hat und an der er 100 % der Anteile hält. Erlaubt ist mithin nur eine formelle Privatisierung der Autobahnverwaltung. Der Bund hat durch das „Gesetz zur Errichtung einer Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen“ (InfrGG) eine solche Gesellschaft privaten Rechts gegründet, die die Firma „Autobahn GmbH“ führt (§ 5 InfrGG). Bei der Autobahn GmbH handelt es sich um einen Fall der sogenannten „Verwaltung in Privatrechtsform“.

2.2 Einschaltung Privater in die Aufgabenerfüllung

Eine andere Frage ist, ob sich die Autobahnverwaltung – sei sie in öffentlich-rechtlicher oder in privatrechtlicher Form organisiert – bei ihrer Aufgabenwahrnehmung privater Unternehmen bedienen darf. Insoweit geht es um eine funktionale bzw. Erfüllungsprivatisierung, die dann vorliegt, wenn der Staat weiterhin gewährleistet, dass eine bislang von ihm wahrgenommene Aufgabe erfüllt wird, die Erfüllung selbst aber ganz oder teilweise einem (vom Staat überwachten) Privaten überträgt.⁶⁶

⁶⁴ Siehe bereits *Beckers/Jöhrens/Hermes/Bieschke*, Bereitstellung und Finanzierung von Oberleitungsinfrastruktur für elektrisch angetriebene Lkw, ifeu, IKEM, März 2021, 12 ff.

⁶⁵ *Ibler*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 90 Rn. 106.

⁶⁶ *Ibler*, in: Huber/Voßkuhle, Grundgesetz, Bd. 3, 8. Aufl. 2024, Art. 90 Rn. 108.

Soweit in diesem Sinne Private an Autobahn-Verwaltungsaufgaben beteiligt werden sollen, ist dies nur durch eine Öffentlich-Private-Partnerschaft („ÖPP“) mit dem Bund oder der Autobahn GmbH möglich. Auch hierfür setzt Art. 90 Abs. 2 GG aber Grenzen.⁶⁷

Der Begriff der ÖPP ist nicht gesetzlich definiert. Es handelt sich um einen inhalts- und entwicklungs-offenen Sammelbegriff für verschiedene Kooperationsformen.⁶⁸ In jedem Fall bedarf es für eine ÖPP aber einer vertraglichen Grundlage, die nicht nur einen bloßen Leistungsaustausch, sondern eine dauerhafte Kooperation bezweckt. ÖPP grenzen sich dadurch von konventionellen Beschaffungsmaßnahmen ab. Jedenfalls liegt eine ÖPP vor, wenn bei der Kooperation das Personal und das Know-how im Wesentlichen nicht mehr von staatlicher, sondern von privater Seite bereitgestellt werden.

Nach Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG ist eine Beteiligung Privater im Rahmen von ÖPP ausgeschlossen „für Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz oder das gesamte Netz sonstiger Bundesfernstraßen in einem Land oder wesentliche Teile davon umfassen“. Solange durch Bundesgesetz keine andere Konkretisierung vorgenommen und auch keine spezielle Regelung für die L-O-LI getroffen wird, ist die Autobahn GmbH darüber hinaus an § 5 Abs. 2 InfrGG gebunden, wonach die Gesellschaft sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben zwar „Dritter bedienen“ kann, die Einbeziehung Privater bei Planung, Bau, Betrieb und Erhalt von Bundesautobahnen oder sonstigen Bundesfernstraßen aber nur erfolgen darf, „wenn sich der Vertrag auf einzelne Vorhaben mit einem Gesamtumfang von bis zu 100 Kilometern erstreckt“, wobei mehrere Vorhaben nicht miteinander verbunden werden dürfen.

Fraglich ist danach, ob Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG i. V. m. § 5 Abs. 2 InfrGG einer „Procurement-Strategie“ der Autobahn GmbH etwa in der Weise Grenzen zieht, dass z.B. die Beauftragung eines Unternehmens mit der Errichtung, der Wartung und dem Betrieb der Oberleitungs-Infrastruktur auf einer Strecke beispielsweise von Berlin bis Dortmund für einen Zeitraum von 10 Jahren rechtlich unzulässig wäre.

Der Anwendungsbereich und der Umfang der Privatisierungsgrenze aus Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG i. V. m. § 5 Abs. 2 InfrGG ergeben sich aus diesen Normen nicht eindeutig. Bezugspunkt

⁶⁷ Siehe hierzu bereits *Beckers/Jöhrens/Hermes/Bieschke*, Bereitstellung und Finanzierung von Oberleitungs-Infrastruktur für elektrisch angetriebene Lkw, ifeu, IKEM, März 2021, 12 ff.

⁶⁸ *Hermes*, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. III, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 34; *Remmert*, in: Epping/Hillgruber, BeckOK GG, 59. Edition Stand: 15.09.2024, Art. 90 Rn. 17.

dieser Verfassungsnorm sind ÖPP, die sich auf die Bundesfernstraße als Ganzes bzw. bestimmte Streckenabschnitte beziehen. Einzelne entlang dem Straßenverlauf räumlich (z.B. Seiten- oder Mittelstreifen, Luftraum über der Bundesfernstraße) oder funktional (Beleuchtung, Reinigung, Oberflächenwasserbeseitigung) abtrennbare Elemente der Bundesfernstraßenverwaltung waren mit der Beschränkung der Beteiligung Privater in Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG offensichtlich nicht intendiert. Auch nicht bedacht wurde eine Oberleitungs-Infrastruktur für Lkw, die im Jahr 2017 noch nicht im Blickfeld der gesellschaftlichen und politischen Diskussion zur Reform des Art. 90 GG war.

Die verfassungsrechtliche Vorgabe muss demnach ausgelegt werden. Die Formulierungen „Streckennetze“ und „das gesamte Bundesautobahnnetz“ sprechen zunächst für einen Bezug der Norm auf die Straße als Ganzes. Der Kontext mit Art. 90 Abs 2 Satz 3 und 4 GG, den die Materialien besonders hervorheben,⁶⁹ zeigt, dass es der Verfassungsbestimmung darum geht, „rechtlich und infrastrukturpolitisch“ als „problematisch“ einzuschätzende parlamentarische Steuerungsdefizite und Verantwortungsverlagerungen zu verhindern, die mit ÖPP einhergehen können.⁷⁰ Die Privatisierungsgrenze soll eine sichere und leistungsfähige Autobahnverwaltung in staatlicher Verantwortung langfristig sicherstellen. Ob insoweit Gefahren in vergleichbarer Art und Weise auch dann bestehen, wenn ÖPP-Verträge nur auf Teilelemente der Straßeninfrastruktur bezogen sind, rückt damit als Frage in den Blickpunkt. Aufgrund des erheblichen Investitionsvolumens ist es durchaus denkbar, dass bei „großen“ (eine Ausdehnung von 100 km überschreitenden) ÖPP-Verträgen nur für das neue Teilelement der Oberleitungs-Infrastruktur ähnlich problematische Privatisierungsfolgen auftreten könnten, wie bei den bereits für Straßenbau sowie -erhaltung und -betrieb angewendeten ÖPP-Verträgen.

Allerdings dürfte von Bedeutung sein, dass der Verfassungsgeber mit der Regelung des Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG das in großen Teilen bereits bestehende Autobahnnetz vor Augen hatte und nicht den erstmaligen Aufbau einer neuen Infrastruktur bzw. eines Infrastrukturbestandteils, mit dem neuen funktionalen Anforderungen der Nutzer entsprochen wird. Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG ist dementsprechend darauf ausgerichtet, die staatliche Verwaltung – auch und gerade mit Blick auf den Modellwechsel von der Bundesauftragsverwaltung zur bundeseigenen Verwaltung – vor dem Verlust von Ressourcen

⁶⁹ Die Beschlussempfehlung des Haushaltsausschusses (BT-Drs. 18/12588, 32) bezeichnet Art. 90 Abs. 2 S. 5 GG als „eine weitere Präzisierung der Privatisierungsschranke nach Art. 90 Absatz 2 Satz 3 und 4“.

⁷⁰ *Remmert*, in: *Epping/Hillgruber, BeckOK GG*, 59. Edition Stand: 15.09.2024, Art. 90 Rn. 17.

und Know-how durch groß angelegte Privatisierungsverträge zu schützen und ihre Leistungsfähigkeit zu erhalten. Dagegen hatte der Verfassungsgeber nicht im Blick, dass neues Know-how und neue Ressourcen für den erstmaligen Aufbau eines neuartigen Infrastrukturelements erst geschaffen werden müssen.

Deshalb erscheint es denkbar, dass nach Sinn und Zweck des Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG für die Aufbauphase eines neuen Infrastrukturelements die Privatisierungsgrenze nicht in gleichem Umfang und mit gleicher Strenge gilt wie für die Verwaltung des bestehenden Bundesfernstraßennetzes. Es spricht daher Einiges dafür, dass eine ÖPP im verfassungsrechtlichen Sinne des Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG nicht vorliegt, wenn die Kooperation mit Privaten darauf gerichtet ist, neues Know-how und neue Ressourcen erst aufzubauen und rechtlich sichergestellt wird, dass die Bundesverwaltung dieses Know-how und diese Ressourcen letztlich übernehmen kann.

Wenn die Autobahn GmbH beim Aufbau einer Oberleitungs-Infrastruktur auf dem deutschen Autobahnnetz eine „Procurement-Strategie“ verfolgt, die jedenfalls in der Aufbauphase ÖPP-ähnlichen Charakter hat, so muss also eine solche Strategie auch dann nicht zwingend in Widerspruch zu Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG stehen, wenn die kontrahierte Strecke durchgehend mehrere hundert Kilometer umfassen würde. Hier dürften dem Gesetzgeber und der Verwaltung ein Spielraum eingeräumt sein. Von wesentlicher Bedeutung ist dabei die Gewährleistung, dass die Bundesverwaltung das neu geschaffene Know-how und die Ressourcen letztlich übernehmen kann. Dies kann durch gesetzliche und/oder vertragliche Übernahmeregelungen sichergestellt werden.

3. Ergebnis: Begrenzter Handlungsspielraum des Gesetzgebers

Aus dem Verfassungsrecht ergeben sich für den Aufbau und Betrieb von L-O-LI somit folgende Vorgaben: Das Eigentum an der L-O-LI muss in der Hand des Bundes liegen. Die Begründung privaten Eigentums ist nicht möglich. Die Aufgabenerfüllung würde *de lege lata* nach Art. 90 Abs. 2 Satz 2 GG i. V. m. § 5 Abs. 1 InfrGG der Autobahn GmbH obliegen. Die Autobahn GmbH kann sich zur Erfüllung ihrer Aufgabe nach Maßgabe von § 5 Abs. 2 InfrGG Dritter bedienen.

Soweit die Zusammenarbeit mit Privaten sich nicht auf die Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen beschränkt, sondern wesentliche Aufgaben zum Gegenstand hat und

langfristig angelegt sein soll, sind die Vorgaben des Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG zu beachten. Eine Beteiligung Privater im Rahmen von ÖPP ist prinzipiell ausgeschlossen „für Streckennetze, die das gesamte Bundesautobahnnetz oder das gesamte Netz sonstiger Bundesfernstraßen in einem Land oder wesentliche Teile davon umfassen“. Es spricht aber Einiges dafür, dass die Privatisierungsschranke des Art. 90 Abs. 2 Satz 5 GG bei dem erstmaligen Aufbau einer neuen Infrastrukturelements wie der L-O-LI mehr Spielraum lässt, da hier nicht die Gefahr eines Abbaus von Know-how und Ressourcen besteht, sondern das notwendige Know-how und die erforderlichen Ressourcen erst aufgebaut werden müssen. Daher erscheint die Einbeziehung Privater in die Bereitstellung von L-O-LI im Rahmen der Aufbauphase auch für längere Abschnitte als 100 km verfassungsrechtlich möglich. Wichtig ist dabei, dass der Bund bzw. die Gesellschaft privaten Rechts (im status quo: die Autobahn GmbH) das neu geschaffene Know-how und die neu geschaffenen Ressourcen übernehmen können. Dies kann durch gesetzliche und/oder vertragliche Übernahmeregelungen sichergestellt werden. Gesetzgeber und Verwaltung verfügen insoweit über einen Handlungsspielraum.

II. Unionsrechtliche Vorgaben

Näherer Prüfung bedarf, ob die dargelegte Verfassungsrechtslage in Deutschland, die die Organisation der L-O-LI sehr weitgehend der staatlichen Infrastrukturverantwortung für die Bundesfernstraßen zuweist, in Widerspruch zu dem unionsrechtlichen Rechtsregime geraten kann. Das könnte der Fall sein, wenn das Unionsrecht ein staatliches Monopol verbieten oder eine Privatisierung gebieten würde. Die Analyse der einschlägigen Vorschriften zeigt jedoch, dass dies jedenfalls hinsichtlich der Bereitstellung der Infrastruktur nicht der Fall ist.

1. Vorgaben für staatliche Monopole und Privatisierungen

Auch wenn Art. 90 Abs. 1 und 2 GG dem Gesetzgeber und der Verwaltung einen Handlungsspielraum für langfristig angelegte Kooperationen mit Privaten belässt, die bei Bestandsinfrastrukturen als „ÖPP-Modelle“ eingestuft würden, unterstellt er die deutsche Fernstraßeninfrastruktur im Grundsatz einem staatlichen Eigentums- und Verwaltungsmonopol. Dieses Verwaltungsmonopol gilt auch für L-O-LI. Dabei umfasst die „Verwaltung“ im Sinne von Art. 90 Abs. 2 GG nur die Bereitstellung der Infrastruktur, nicht

die Lieferung von Fahrstrom unter Nutzung der Infrastruktur (→ C.I.2.1 = S. 26). Zwischen diesen beiden Funktionsbereichen ist auch unionsrechtlich zu unterscheiden:

1.1 Zulässigkeit des Staatsmonopols für die Bereitstellung der L-O-LI

Für die Bereitstellung von Teilinfrastrukturen der Fernstraßen verbietet das Unionsrecht ein staatliches Monopol nicht.

1.1.1 Sekundärrecht

Im europäischen Verkehrsinfrastrukturrecht finden sich keine Regelungen, die ein staatliches Infrastrukturmonopol in Frage stellen. Im Gegenteil enthalten die Wegekosten-RL und die TEN-V-VO i. V. m. der AFIR Hinweise darauf, dass das Unionsrecht ein staatliches Monopol für die Bereitstellung von L-O-LI für zulässig erachtet. So setzt die Wegekosten-RL voraus, dass Mitgliedstaaten den Bau, den Betrieb, die Instandhaltung und den Ausbau von Oberleitungen als Teil der Straßeninfrastruktur finanzieren können.

1.1.2 Primärrecht

Auch auf der Ebene des Primärrechts besteht kein unionsrechtlicher Grundsatz, der zu einer allgemeinen Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlicher Monopole – wie hier im Infrastrukturbereich – führen würde. Aus dem Europäischen Primärrecht, insb. den Grundfreiheiten, können aber Grenzen für staatliche Monopole folgen, da solche Monopole im grenzüberschreitenden Verkehr diskriminierend oder hemmend wirken können.

So hat der EuGH die Einführung eines nationalen mobilen Zahlungssystems mit einer Monopolstellung für die Bezahlung staatlicher Leistungen (bspw. Parkgebühren) als Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV gewertet.⁷¹ Eine nationale Regelung, die die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit einer Sonderregelung zugunsten eines einzigen öffentlichen oder privaten Marktteilnehmers unterwirft, stelle eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (Art 56 AEUV) dar. Solch eine Beschränkung könne nur gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, wenn sie geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihr angestrebten und im Allgemeininteresse liegenden Ziels zu

⁷¹ EuGH, 07.11.2018 – C-171/17 –, juris Rn. 88 ff.

gewährleisten, und wenn sie nicht über das zur Erreichung dieses Zieles Erforderliche hinausgeht.

Das zitierte Urteil betrifft jedoch eine anders gelagerte Konstellation. Sie lässt sich auf die Bereitstellung der L-O-LI aus folgendem Grund nicht übertragen:

Ein Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit setzt voraus, dass durch die Monopolisierung der Aufgabe eine wirtschaftliche Tätigkeit (Art. 57 AEUV) potenzieller Konkurrenten beeinträchtigt wird.⁷² Dies ist nur der Fall, wenn der betroffene Markt tatsächlich auch Privaten offensteht. Bei der Bereitstellung von L-O-LI ist das nicht der Fall. Denn jede Unternehmung, die dieses Angebot zum Gegenstand ihrer wirtschaftlichen Aktivität machen will, müsste zunächst die Gestattung erhalten, das Straßennetz für die Errichtung und den Betrieb von L-O-LI nutzen zu dürfen. Auf diese Gestattung besteht aber weder nach europäischem noch nach nationalem Recht ein Anspruch. Ein solcher Anspruch ist insbesondere deshalb ausgeschlossen, weil er dem Anspruchsinhaber eine (private) Monopolstellung verschaffen würde.

Aus diesem Grund ließe sich ein staatliches Monopol jedenfalls rechtfertigen, wenn man Errichtung und Betrieb von L-O-LI trotz der Angewiesenheit auf die Straßeninfrastruktur als wirtschaftliche Betätigung dem Schutz der Dienstleistungsfreiheit unterstellen wollte.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung EuGH eine Rechtfertigungsbedürftigkeit nach Art. 56 AEUV nicht besteht, wenn die betroffene Leistung als DAWI i. S. d. Art. 106 Abs. 2 AEUV zu qualifizieren ist⁷³ und die Rechtfertigungsbedürftigkeit dazu führen würde, dass die übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich nicht erfüllt werden könnten.⁷⁴ – Ob dies dargelegt werden könnte, erscheint jedoch zweifelhaft.

1.2 Kein unionsrechtliches Privatisierungsgebot für die Bereitstellung von L-O-LI

Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedstaaten auch nicht zur Privatisierung von Infrastrukturen wie derjenigen der L-O-LI. Insbesondere folgt aus Art. 14 i. V. m. Art. 106 Abs. 1 bis 3 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten im Hinblick auf öffentliche Unternehmen keine den Verträgen widersprechenden Maßnahmen treffen dürfen und auch Unternehmen, die

⁷² Dazu EuGH, 23.02.2016 – C-179/14 (Kommission / Ungarn) –, juris Rn. 147 ff.

⁷³ Zum Begriff der Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse – DAWI: *Land Baden-Württemberg (Hrsg.) / pwc*, Leitfaden EU-Beihilfenrecht, DAWI und Infrastrukturfinanzierung, 2016, 20 ff.

⁷⁴ EuGH, 07.11.2018 – C-171/17 –, juris Rn. 91 f.

mit DAWI betraut sind, grundsätzlich dem Wettbewerbsrecht unterliegen, kein unionsrechtliches Privatisierungsgebot. Der EuGH hat ganz im Gegenteil festgestellt, dass staatliche Monopole im Bereich des allgemeinen wirtschaftlichen Interesses gerade mit dem europäischen Binnenmarkt vereinbar sind.⁷⁵ Dass kein Gebot zur Schaffung privaten Eigentums besteht, das mit Art. 90 Abs. 1 GG in Konflikt geraten könnte, folgt aus Art. 345 AEUV.

1.3 Staatliches Monopol für die Bereitstellung von Fahrstrom?

Zweifelhaft ist dagegen, ob ein staatliches Monopol für die Bereitstellung von Fahrstrom zulässig wäre.

Das hängt maßgeblich davon ab, ob die L-O-LI ein Verteilernetz im Sinne der Energiebinnenmarkt-RL ist. Nach unserer Einschätzung sprechen gewichtige Gründe gegen die Qualifikation als Verteilernetz. In Ermangelung einer eindeutigen Regelung im Richtlinienrecht und einer einschlägigen EuGH-Entscheidung verbleibt aber eine gewisse Unsicherheit (→ B.II.1.3 = S. 15).

Die Einordnung als Verteilernetz hätte erhebliche Auswirkungen auf das Organisationsmodell zur Errichtung und Betrieb von L-O-LI.⁷⁶ Rechtsfolge wäre insbesondere die Anwendbarkeit von Art. 4, 6 der Energiebinnenmarkt-RL. Danach haben alle Energiekunden die Freiheit, Energie vom Versorger ihrer Wahl zu beziehen. Die Versorger haben das korrespondierende Recht, zur Versorgung der Endkunden das Verteilernetz diskriminierungsfrei gegen ein Entgelt nutzen dürfen.

Ein staatliches Fahrstromliefermonopol wäre mit diesen Vorgaben offensichtlich unvereinbar.

In Deutschland wäre die Autobahn GmbH als Betreiberin der L-O-LI durch § 20 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 EnWG verpflichtet, jedermann nach sachlich gerechtfertigten Kriterien diskriminierungsfrei Netzzugang zu gewähren. Sie müsste es also den Betreibern von E-Lkw ermöglichen, den Fahrstrom von einem Stromlieferanten ihrer Wahl zu beziehen, und den

⁷⁵ EuGH, 07.11.2018 – C-171/17 –, juris Rn. 91 f.

⁷⁶ *Knezevic u. a.*, IKEM AMELIE II Teilstudie – Rechtlich kohärentes Betriebs- und Marktszenario eines Akteursmodells für Electric-Road-Systems, August 2022, 28 f.; *Hartwig*, Energieversorgung des Straßengüterfernverkehrs über Oberleitungen, IR, 1/2016, 2 ff.; *Hartwig/Bußmann-Welsch/Lehmann*, Leitbilder für den Aufbau von elektrischen Straßensystemen in Europa, IKEM Working Paper, 2020, 19.

Stromlieferanten entsprechenden Netzzugang gewähren – so wie es in Deutschland beim Bahnstrom bereits der Fall ist (siehe oben B.II.1.3.2 = S. 18).

2. Unionsrechtliche Regelungen bei der Einbeziehung Privater

Soweit nach den bisherigen Ausführungen Private in die Errichtung und den Betrieb von L-O-LI eingeschaltet werden dürfen und von dieser Möglichkeit auch Gebrauch gemacht werden soll, gelten für die Modalitäten dieser Einschaltung Privater unionsrechtliche Vorgaben.

2.1 Vergaberecht (einschließlich Beschaffung Fahrstrom)

Die staatliche Stelle, die die L-O-LI plant, errichtet und betreibt (im status quo: die Autobahn GmbH), ist aufgrund der Vorgaben aus Art. 90 Abs. 2 Satz 3 GG öffentlicher Auftraggeber nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 und 4 der allgemeinen Vergabe-RL (2014/24/EU)⁷⁷ und Art. 6 Abs. 1 und Abs. 4 der Konzessions-Vergabe-RL (2014/23/EU)⁷⁸. Aufträge der staatlichen Stelle (der Autobahn GmbH) unterfallen dem europäischen Vergaberecht.⁷⁹ Die allgemeine EU-Vergabe-RL ist in Deutschland in den §§ 97 ff. GWB, der VgV und – bei Bauaufträgen – der EU VOB/A umgesetzt, die Konzessions-Vergabe-RL in §§ 97 ff. GWB und der KonzVgV.

Die vergaberechtlichen Vorgaben gelten insbesondere für die Strombeschaffung. Das gilt zunächst für den vom Betreiber der L-O-LI benötigten Verluststrom.⁸⁰

Soweit die L-O-LI nicht als Verteilernetz zu qualifizieren ist und die Liberalisierungsvorgaben der Energiebinnenmarkt-RL nicht greifen (→ C.II.1.3 = S. 34), muss insbesondere auch die Beschaffung von Fahrstrom nach Maßgabe des europäisierten Vergaberechts erfolgen. Wenn der staatliche Betreiber der L-O-LI (die Autobahn-GmbH) kein Energienetz der allgemeinen Versorgung betreibt, ist er nicht im (Energie-)Sektorenbereich tätig (vgl. Art. 9 RL

⁷⁷ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94 vom 28.03.2014, 65; konsolidierter Text: Dokument 02014L0024-20240101.

⁷⁸ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. L 94 vom 28.03.2014, 1.

⁷⁹ Siehe bereits *Beckers/Gizzi/Hermes/Weiß*, Die Bereitstellung der Schnellladeinfrastruktur für die Elektromobilität in Deutschland, IKEM Working Paper, 1/2019, 31 ff.

⁸⁰ Stromlieferverträge sind Lieferverträge i. S. d. § 103 Abs. 2 GWB, *Müller* in: Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl., Stand: 15.11.2024, GWB § 103 Rn. 39.

2014/25/EU⁸¹, § 102 Abs. 2 GWB). Daher greift die Bereichsausnahme nach Art. 23 lit. b i) der RL 2014/25/EU (§ 137 Abs. 1 Nr. 8 GWB) nicht, die die Beschaffung von Energie im Rahmen der Energieversorgung vom Anwendungsbereich des Sektorenvergaberichts ausnimmt.

2.2 Beihilfenrecht

Darüber hinaus müssen Beauftragungen von Privaten den Regeln des Beihilferechts entsprechen. Beauftragungen können als Beihilfen zu qualifizieren sein, wenn der Auftraggeber dem Auftragnehmer im Rahmen der Beauftragung marktunübliche Vorteile zukommen lässt, z. B. ein überhöhtes Entgelt. Die Problematik lässt sich wie folgt abschichten:

Beihilfenrechtliche Fragstellungen können von vornherein nur bei der Beauftragung Privater durch den Staat bzw. die Autobahn GmbH auftreten. Eine Beihilfe zu Gunsten der Autobahn GmbH selbst scheidet aus, solange diese nicht unternehmerisch tätig ist. Das ist derzeit nicht der Fall. Die Autobahn GmbH wird ausschließlich über Haushaltsmittel finanziert. Sie erzielt für ihre Tätigkeiten keine eigenen Einnahmen, insbesondere fließt die Lkw-Maut in den Bundeshaushalt. Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist die Autobahn-GmbH daher nicht der Betreiber der BAB. Vielmehr erbringt sie Verwaltungstätigkeiten in Privatrechtsform (→ C.I.2.1 = S. 2615).

Bei der Vergabe von Aufträgen an Private wird das Beihilfenrecht dagegen relevant. Allerdings wird das Vorliegen einer Beihilfe in der Regel schon tatbestandlich ausgeschlossen, wenn die Aufträge in wettbewerblichen, transparenten, diskriminierungsfreien und bedingungsfreien Ausschreibungsverfahren vergeben werden.⁸² Unter normalen Umständen genügt es dabei, wenn ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach den EU-Vergaberichtlinien durchgeführt wird. Die EU-Kommission führt hierzu aus:

„Für die Einhaltung der obigen Anforderungen kann es als ausreichend angesehen werden, wenn die in den Vergaberichtlinien vorgesehenen Verfahren angewandt und eingehalten werden, sofern alle Voraussetzungen für die Anwendung des jeweiligen

⁸¹ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. L 94 vom 28.03.2014, 243.

⁸² Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 89 ff.

Verfahrens erfüllt sind. Dies gilt nicht bei Vorliegen besonderer Umstände, die die Ermittlung eines Marktpreises unmöglich machen, wie etwa beim Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung. Wenn nur ein einziges Angebot abgegeben wird, ist das Verfahren in der Regel nicht ausreichend, um einen Marktpreis zu erhalten, außer wenn i) bei der Ausgestaltung des Verfahrens besonders strenge Vorkehrungen getroffen wurden, um echten und wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten, und nicht offensichtlich ist, dass realistisch betrachtet nur ein einziger Wirtschaftsbeteiligter in der Lage sein dürfte, ein glaubwürdiges Angebot einzureichen, oder ii) sich die Behörden durch zusätzliche Maßnahmen vergewissern, dass das Ergebnis dem Marktpreis entspricht.“⁸³

Dabei müssen die Vergabekriterien bestimmte Anforderungen erfüllen; insbesondere muss das Preiselement eine hohe Gewichtung erfahren:

„Wenn öffentliche Stellen Vermögenswerte, Waren und Dienstleistungen kaufen, sollten jegliche besondere Ausschreibungsbedingungen diskriminierungsfrei sein und in einem engen und objektiven Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand und dem jeweiligen wirtschaftlichen Ziel der Ausschreibung stehen. Sie sollten ermöglichen, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot dem Marktwert entspricht. Die Kriterien sollten daher so festgelegt werden, dass sie ein wirksames wettbewerbliches Ausschreibungsverfahren ermöglichen, auf dessen Grundlage der erfolgreiche Bieter eine marktübliche Rendite erzielt, aber nicht mehr. In der Praxis setzt dies die Anwendung von Ausschreibungsverfahren voraus, bei denen der „Preis“-Komponente des Angebots großes Gewicht beigemessen wird oder bei denen es aus sonstigen Gründen wahrscheinlich ist, dass ein wettbewerbsgerechtes Ergebnis erzielt wird (zum Beispiel bestimmte Auftragsauktionen mit hinreichend klaren Zuschlagskriterien).“⁸⁴

Komplexer ist die Situation, wenn der Auftraggeber (Autobahn-GmbH) dem Auftragnehmer die L-O-LI zur Nutzung überlässt (z. B. im Wege der Verpachtung), so dass der Auftragnehmer eigene Einnahmen von Dritten erzielt (z. B. Infrastrukturnutzungsentgelte von den E-Lkw-Betreibern erhebt). Bei einer solchen Gestaltung kauft der Auftraggeber nicht nur Leistungen ein, sondern er überlässt zugleich auch Vermögenswerte an den Auftragnehmer. Hier kann nicht nur in einer vom Auftraggeber bezahlten Vergütung, sondern auch in der Überlassung der Infrastruktur eine Vergünstigung liegen. In solchen Vertragsmodellen kann das Vorliegen einer Beihilfe tatbestandlich nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden. Denn es müssten beide möglichen Beihilfenelemente – die Vergütung und die Überlassungskonditionen – jeweils

⁸³ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 93.

⁸⁴ Ebd., Rn. 96.

gleichermaßen effektiv in den Wettbewerb gestellt werden.⁸⁵ Es bedarf daher einer vertieften beihilferechtlichen Prüfung im Einzelfall.

3. Energiebinnenmarktrecht: Entflechtung von Verteilernetzbetrieb und Ladesäulen-Eigentum?

Die Frage, ob die L-O-LI als Verteilernetz im Sinne der Energiebinnenmarkt-RL zu qualifizieren ist (→ B.II.1.3 = S. 15), hat nicht nur Auswirkungen auf die Zulässigkeit eines staatlichen Monopols für die Fahrstromlieferung (C.II.1.3 = S. 34), sondern ist auch für die Frage relevant, ob der Betreiber der L-O-LI zugleich Eigentümer von P-S-LI sein darf.

Nach Art. 33 Abs. 2 Energiebinnenmarkt-RL dürfen Verteilernetzbetreiber keine Ladepunkte in ihrem Eigentum halten, verwalten oder betreiben. Der Betreiber der L-O-LI – der Bund oder die Autobahn GmbH – dürfte also nicht zugleich Ladepunkte verwalten.

Dieses Ergebnis vermag nicht zu überzeugen. Die Entflechtungsregelung aus Art. 33 Abs. 2 Energiebinnenmarkt-RL ist erkennbar auf solche Verteilernetze zugeschnitten, an die Ladepunkte angeschlossen werden können. Es soll ausgeschlossen werden, dass die Betreiber von Verteilernetzen beim Anschluss von Ladepunkten ihre eigenen Ladepunkte bevorzugen. Diese Gefahr besteht bei der L-O-LI von vornherein nicht. Sollte L-O-LI als Verteilernetz qualifiziert werden, spricht daher Vieles dafür, L-O-LI im Wege der teleologischen Reduktion jedenfalls von der Anwendung des Art. 33 Abs. 2 Energiebinnenmarkt-RL auszunehmen.

Zur Schaffung von Rechtssicherheit ist es jedoch empfehlenswert, auf gesetzlicher Ebene klarzustellen, dass die energiewirtschaftsrechtlichen Pflichten nicht für Betreiber von L-O-LI gelten.⁸⁶ Unseres Erachtens sollte L-O-LI schon vom Begriff des Verteilernetzes ausgenommen werden.

⁸⁵ Bei Überlassungsgeschäften gelten zudem verschärfte Anforderungen; vgl. *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 95.

⁸⁶ S.a. *Knezevic u. a.*, IKEM AMELIE II Teilstudie – Rechtlich kohärentes Betriebs- und Marktszenario eines Akteursmodells für Electric-Road-Systems, August 2022, 28 f; *Hartwig/Bußmann-Welsch/Lehmann*, Leitbilder für den Aufbau von elektrischen Straßensystemen in Europa, IKEM Working Paper, 2020, 19.

D. Finanzierungsmodelle

Die erheblichen Kosten, die der Aufbau einer L-O-LI verursachen würde, wirft die Frage nach möglichen Finanzierungsmodellen auf.

I. Grundlagen

In diesem Gutachten werden mögliche Finanzierungsmodelle auch im Hinblick auf die Frage untersucht, wie Lenkungswirkungen für eine vorrangige Nutzung von L-O-LI gegenüber P-S-LI erzielt werden können. Dabei interessieren nur die Kosten der Infrastrukturbereitstellung. Die Kosten des Strombezugs werden nicht weiter untersucht. Der Fahrstrom soll von den Nutzern der L-O-LI und der P-S-LI grundsätzlich gleichermaßen bezahlt werden. Differenzierungen insbesondere im Bereich der Netzentgelte sind zwar denkbar, sollen aber im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieft betrachtet werden. Der Fokus liegt auf den Bereitstellungskosten.

1. Keine Pflicht zur Erhebung von Netzentgelten

Was die Finanzierung der Infrastruktur angeht, ist zunächst zu klären, ob diese als Energieversorgungsnetz über die energierechtlich regulierten Netzentgelte finanziert werden muss. Das ist im Ergebnis nicht der Fall.

Nach unserer Einschätzung ist die L-O-LI schon kein Verteilernetz im Sinne der Energiebinnenmarkt-RL (→ B.II.1.3.1 = S. 16). Danach scheidet eine Finanzierung über Netzentgelte von vornherein aus.

Selbst wenn L-O-LI als Verteilernetz zu qualifizieren sein sollte, würde das keine Pflicht zur Erhebung von Netzentgelten nach sich ziehen. Erstens spricht Einiges dafür, dass Verteilernetzbetreiber nicht verpflichtet sind, Netzentgelte zu erheben. Zweitens – und vor allem – enthält die Wegekosten-RL Regelungen zur Finanzierung von L-O-LI als Bestandteil der Verkehrsinfrastruktur, die der Energiebinnenmarkt-RL – so diese anwendbar sein sollte – als *lex specialis* vorgehen.

Die Energiebinnenmarkt-RL und der Elektrizitätsbinnenmarkt-VO⁸⁷ enthalten Regelungen zur Regulierung von Netzentgelten,⁸⁸ die vor allem darauf abzielen, die Höhe der Netzentgelte im Sinne der Wettbewerbsverträglichkeit und Verbraucherfreundlichkeit dieser Entgelte (siehe insb. Art. 18 Abs. 1 Elektrizitätsbinnenmarkt-VO) zu begrenzen. Die Anwendung der Regulierungsvorgaben setzt daher voraus, dass überhaupt Netzentgelte erhoben werden. Das Energiewirtschaftsrecht regelt nur das „Wie“, nicht das „Ob“ der Netzentgeltregulierung.⁸⁹ So heißt es in Art. 18 Abs. 1 der Elektrizitätsbinnenmarkt-VO, dass

„Entgelte, die die Netzbetreiber für den Zugang zu den Netzen erheben, einschließlich Entgelte für den Anschluss an die Netze, Entgelte für die Nutzung der Netze und etwaige Entgelte für den damit verbundenen Ausbau der Netze, kostenorientiert und transparent sein, der Notwendigkeit der Netzsicherheit und der Flexibilität Rechnung tragen und die tatsächlichen Kosten insofern zum Ausdruck bringen müssen, als sie denen eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen und unterschiedslos angewandt werden.“

Eine Pflicht zur Erhebung lässt sich daraus nicht ableiten.

Im Übrigen enthält die Wegekosten-RL Regelungen zur Finanzierung der Verkehrsinfrastruktur, die auch die L-O-LI explizit umfassen und die der Energiebinnenmarkt-RL und der Energiebinnenmarkt-VO daher als *lex specialis* vorgehen. Wie sich aus dem Erwägungsgrund Nr. 45 der Richtlinie 2022/362 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Februar 2022 zur Änderung der Richtlinien 1999/62/EG, 1999/37/EG und (EU) 2019/520 hinsichtlich der Erhebung von Gebühren für die Benutzung bestimmter Verkehrswege durch Fahrzeuge ergibt, geht der Richtlinienggeber davon aus, dass L-O-LI im Normalfall über Nutzungs- oder Mautgebühren nach der Wegekosten-RL und/oder über Haushaltsmittel finanziert werden; Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL eröffnet die Option, L-O-LI abweichend davon über gesonderte Gebühren zu finanzieren (→ B.II.1.2 = S. 14). Beides setzt voraus, dass die Finanzierung nicht über Netzentgelte nach der Energiebinnenmarkt-RL erfolgt.

⁸⁷ Verordnung (EU) 2019/943 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juni 2019 über den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABl. L 158 vom 14.06.2019, 54.

⁸⁸ Übersichtlich zu den Regulierungsgrundlagen in Deutschland: *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestags*, Überblick zu den rechtlichen Vorgaben für die Regulierung der Stromnetznutzungsentgelte in Deutschland, 2018, WD 5 - 3000 - 074/18, 4 f.; *Busse von Colbe/Säcker*, in: Säcker, Energierecht, Bd. I/1, 4. Aufl. 2019, EnWG vor §§ 21 ff. Rn. 3; *Groebel*, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 5. Aufl. 2024, § 21 Rn. 5 ff.

⁸⁹ *Groebel*, in: Bourwieg/Hellermann/Hermes, EnWG, 5. Aufl. 2024, § 21 Rn. 1.

2. Finanzierungsquellen

Ausgehend von Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL und dem zugehörigen Erwägungsgrund Nr. 45 der Änderungs-Richtlinie 2022/362 kommen drei mögliche Quellen für die Finanzierung von L-O-LI in Betracht. Die Finanzierung kann erfolgen über

- (1) spezifische Nutzungsgebühren, die nur von den Nutzern der L-O-LI als den Betreibern der E-Lkw mit Pantographen zu bezahlen sind (→ dazu unten D.II = S. 41);
- (2) die allgemeine Lkw-Maut (→ dazu unten D.III = S. 42) oder
- (3) den allgemeinen Haushalt des Mitgliedstaats (→ dazu unten D.IV = S. 60).

II. Gesonderte Gebühr (nur) für Lkw mit Pantographen

Eine Finanzierung durch eine gesonderte Gebühr für E-Lkw mit Pantographen wirft keine unionsrechtlich schwierigen Fragen auf.

1. Systementscheidung: Finanzierung über Gebühren nach der Wegekosten-RL oder über gesonderte Gebühren

Die Erhebung ist – wie dargelegt (→ B.II.1.2 = S. 14 und → D.I.1 = S. 39) – nach Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL zulässig. Zur Klarstellung sei angemerkt, dass bei Erhebung einer solchen gesonderten Gebühr für die Nutzung der L-O-LI die Kosten für Bereitstellung und Betrieb der L-O-LI nicht (zusätzlich) in die Nutzungs- oder Mautgebühren nach der Wegekosten-RL einfließen dürfen. Der Mitgliedstaat muss insofern eine Systementscheidung zwischen den beiden Finanzierungsregimen treffen. Das folgt aus der Zielrichtung der Wegekosten-RL, die Gebührenbelastung der Verkehrsinfrastrukturnutzer zu begrenzen. Eine Doppelbelastung der Nutzer wäre damit unvereinbar.

Nach unserer Einschätzung können die Mitgliedstaaten diese Systementscheidung allerdings gesondert für L-O-LI und P-S-LI treffen. Sie können sich also z. B. entscheiden, die L-O-LI über eine Lkw-Maut zu finanzieren und für die Nutzung von P-S-LI gesonderte Gebühren oder Entgelte zu erheben. Die Wegekosten-RL steht dem weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinn und Zweck entgegen.

2. Vereinbarkeit mit sonstigem Unions- und Verfassungsrecht

Die Erhebung gesonderter Nutzungsgebühren für die Nutzung der L-O-LI wirft im Übrigen keine erheblichen unions- oder verfassungsrechtlichen Probleme auf. Da die Infrastrukturleistung nur von den Infrastrukturnutzern bezahlt wird, treten keine Querfinanzierungseffekte und damit keine Gleichbehandlungsprobleme zwischen Nutzern und Nicht-Nutzern auf. Hinsichtlich der Gestaltung der Gebühren gelten die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze. Der Gesetzgeber verfügt über einen weiten Gestaltungsspielraum, der vor allem durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip und den Gleichheitsgrundsatz eingerahmt wird.⁹⁰

Eine Nutzerfinanzierung der L-O-LI ist nicht nur über hoheitliche Gebühren möglich, sondern auch über privatrechtliche Entgelte. Die Wegekosten-RL verwendet einen weiten Gebührenbegriff, der jede fahrstrecken- oder zeitabhängige „zu leistende Zahlung“ umfasst (vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 16 Wegekosten-RL).

Soweit Private zur Erhebung privatrechtlicher Entgelte (bspw. durch eine Konzession)⁹¹ eingeschaltet würden, wäre auf der Betreiberebene das Beihilfen- und Vergaberecht zu beachten. Vor allem mit Blick auf das EU-Beihilfenrecht ist in solchen Konstellationen eine Einzelfallprüfung erforderlich (siehe oben C.II.2 = S. 35 ff.).

III. Finanzierung der L-O-LI durch Lkw-Maut im Rahmen der Wegekosten-RL

Alternativ zur Finanzierung über eine spezifische Nutzergebühr können Bereitstellung und Betrieb der L-O-LI auch über die allgemeinen Lkw-Mautgebühren finanziert werden.

1. Grundlagen

Wie sich insbesondere aus Erwägungsgrund Nr. 45 der Änderungs-RL 2022/362 ergibt, geht der Richtliniengeber davon aus, dass L-O-LI im Normalfall über Nutzungs- oder Mautgebühren nach der Wegekosten-RL und/oder über Haushaltsmittel finanziert werden; Art. 9 Abs. 1a Satz

⁹⁰ Vgl. BVerfG, 06.02.1979 – 2 BvL 5/76 –, juris Rn. 37 f. = BVerfGE 50, 217.

⁹¹ Zur Zulässigkeit eines solchen Organisationsmodells siehe die Ausführungen in Abschnitt C = S. 26.

1 lit. b Wegekosten-RL eröffnet lediglich die zusätzliche Option, L-O-LI abweichend davon über gesonderte Gebühren zu finanzieren (→ B.II.1.2 = S. 14).

Nach Art. 2 Abs.1 Nr. 7 Wegekosten-RL ist

„Mautgebühr“ eine für eine Fahrt eines Fahrzeugs auf einem bestimmten Verkehrsweg zu leistende Zahlung, deren Höhe sich nach der zurückgelegten Wegstrecke und dem Fahrzeugtyp richtet, die zur Benutzung der Verkehrswege durch das Fahrzeug berechtigt und die eine oder mehrere der folgenden Gebühren beinhaltet:

a) eine Infrastrukturgebühr;

b) eine Staugebühr; oder

c) eine Gebühr für externe Kosten.“

Von diesen drei Teilgebühren ist im vorliegenden Zusammenhang (nur) die Infrastrukturgebühr von Bedeutung. Gemäß Art. 2 Abs. 1 Nr. 8 Wegekosten-RL ist die

„Infrastrukturgebühr“ eine Abgabe zur Anlastung der infrastrukturbezogenen Bau-, Instandhaltungs-, Betriebs- und Ausbaukosten, die in einem Mitgliedstaat entstehen;

Zur Bemessung der Infrastrukturgebühr macht Art. 7b Wegekosten-RL folgende Vorgaben:

„(1) Die Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge beruhen auf dem Grundsatz der Anlastung von Infrastrukturkosten. Die gewogenen durchschnittlichen Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge müssen sich an den Baukosten und den Kosten für Betrieb, Instandhaltung und Ausbau des betreffenden Verkehrswegeetzes orientieren. Die gewogenen durchschnittlichen Infrastrukturgebühren können auch eine Kapitalverzinsung und/oder eine Gewinnmarge zu Marktbedingungen umfassen.

(2) Die berücksichtigten Kosten müssen sich auf das Netz oder den Teil des Netzes, in dem Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge erhoben werden, und auf die gebührenpflichtigen Fahrzeuge beziehen. Die Mitgliedstaaten können beschließen, nur einen Prozentsatz dieser Kosten anzulasten.“

Gemäß Art. 7e Abs. 1 Wegekosten-RL ist der Höchstsatz der Infrastrukturgebühren für schwere Nutzfahrzeuge anhand einer Methode zu berechnen, bei der die in Artikel 7b und Anhang III Wegekosten-RL aufgeführten Eckpunkte für die Berechnung zugrunde gelegt werden. In Anhang III der Wegekosten-RL wird unter anderem definiert, was zu den Infrastrukturkosten und den Betriebskosten zählt.

Da die L-O-LI zur Straßeninfrastruktur rechnet (→ B.II.1.1 = S. 13), können die dafür anfallenden Bau- und Betriebskosten bei der Ermittlung des Höchstsatzes berücksichtigt werden. Der Höchstsatz der Infrastrukturgebühr erhöht sich also entsprechend.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Art. 7ga Absatz 1 UAbs. 5 Satz 1 Wegekosten-RL den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge⁹² von der Mautpflicht zu befreien. In Deutschland wurde von dieser Möglichkeit durch § 1 Abs. 2 Nr. 7 BFStrMG Gebrauch gemacht. Eine vollständige Befreiungsmöglichkeit besteht jedoch nur bis zum 31.12.2025. Ab dem 01.01.2026 ist nach Art. 7ga Abs. 1 UAbs. 5 Satz 2 Wegekosten-RL nur noch eine Reduktion um maximal 75 % zulässig.

Die Finanzierung der L-O-LI über Lkw-Mautgebühren führt zu einer Querfinanzierung: Die L-O-LI würde durch alle Mautschuldner (vgl. § 1 Abs. 1 BFStrMG) finanziert. Solange E-Lkw von der Lkw-Maut vollständig befreit sind, wird der Effekt noch deutlich verstärkt. Auf Grund der Befreiung würde die L-O-LI nur von solchen Mautschuldnern finanziert, die sie selbst nicht nutzen (können). Diese Querfinanzierungseffekte müssen dem EU-Beihilfenrecht (→ D.III.2 = S. 44 ff.) und verschiedenen Diskriminierungsverboten (D.III.3 = S. 54 ff.) standhalten.

2. EU-Beihilfenrecht

Bei der folgenden Beurteilung am Maßstab des EU-Beihilfenrechts ist zunächst nur auf die Querfinanzierungseffekte abzustellen, die aus einer Finanzierung über die allgemeinen Lkw-Mautgebühren resultieren (→ 2.1). Die Befreiung emissionsfreier schwerer Nutzfahrzeuge von der Lkw-Maut ist gesondert in den Blick zu nehmen (→ 2.2).

2.1 Beihilferechtliche Zulässigkeit der Querfinanzierungseffekte

Es spricht Vieles dafür, dass die Querfinanzierungseffekte, die mit einer Finanzierung von L-O-LI durch die allgemeinen Lkw-Mautgebühren verbunden sind, eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV sind (zu den Merkmalen des Beihilfebegriffs → B.II.2.3 = S. 36). Das Finanzierungsregime sollte daher nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV bei der EU-Kommission

⁹² Vgl. Art. 2 Nr. 29 Wegekosten-RL i. V. m. Art. 3 Nr. 11 der Verordnung (EU) 2019/1242 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 zur Festlegung von CO₂-Emissionsnormen für neue schwere Nutzfahrzeuge und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 595/2009 und (EU) 2018/956 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Richtlinie 96/53/EG des Rates, ABl. L 198 vom 25.07.2019, 202; konsolidierte Fassung: Dokument 02019R1242-20240701.

notifiziert und gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erst umgesetzt werden, wenn die EU-Kommission eine abschließende Entscheidung getroffen hat. Nach unserer Einschätzung ist die Beihilfe jedoch mit dem EU-Binnenmarkt vereinbar, so dass eine positive Prognose für die Entscheidung der EU-Kommission besteht (D.III.2.2 = S. 48).

2.1.1 Begünstigung der L-O-LI-Nutzer

Nach der Beihilfenbekanntmachung der EU-Kommission führt die Bereitstellung von Infrastruktur, die ganz oder teilweise staatlich finanziert ist, für die Endnutzer zu einer Vergünstigung, wenn die Nutzer für die Nutzung keine marktübliche Vergütung bezahlen müssen:

„Wenn ein Infrastrukturbetreiber staatliche Beihilfen erhalten hat oder seine Mittel staatliche Mittel darstellen, ist er in der Lage, den Nutzern der Infrastruktur (soweit es sich um Unternehmen handelt) einen Vorteil zu gewähren, es sei denn, die Nutzungsbedingungen erfüllen das Kriterium des marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten, d. h., die Infrastruktur wird den Nutzern zu Marktbedingungen zur Verfügung gestellt.“⁹³

Nach diesem Maßstab führt die Finanzierung der L-O-LI über Lkw-Mautgebühren zu einem wirtschaftlichen Vorteil für die Nutzer. Denn sie hat zur Folge, dass die Infrastruktur von allen Mautschuldern – also insbesondere (auch) den Betreibern fossiler Lkw – finanziert wird, so dass die eigentlichen Nutzer der L-O-LI – also die Betreiber von Lkw mit Pantographen – die Infrastrukturkosten nur zu (kleinen) Teilen tragen müssen. Bei wirtschaftlicher Betrachtung hat dies eine ähnliche Wirkung wie eine Gebührenermäßigung und führt daher zu einem wirtschaftlichen Vorteil bei den L-LO-LI-Nutzern.

2.1.2 Selektivität

Fraglich ist, ob die Begünstigung im beihilferechtlichen Sinne selektiv ist. Denn bei einer formal-rechtlichen Betrachtung führt die Verpflichtung aller Mautschuldner zur Mitfinanzierung der L-O-LI gerade nicht zu einer Bevorzugung einzelner, sondern zur

⁹³ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 225.

Gleichbehandlung aller betroffenen Unternehmen. Bei formaler Betrachtung haben auch alle Mautschuldner die Möglichkeit zur Nutzung der L-O-LI.

Eine beihilfenrechtliche Selektivität liegt aber nicht nur dann vor, wenn ein bestimmter bzw. bestimmbarer Unternehmerkreis *de jure* begünstigt wird (Begünstigung einer bestimmten Rechtsform, oder einer bestimmten Unternehmensgröße), sondern auch wenn er *de facto* bevorteilt wird. Nach der EU-Kommission kann

„eine De-facto-Selektivität ... festgestellt werden, wenn die förmlichen Kriterien für die Anwendung der Maßnahme zwar allgemein und objektiv formuliert sind, die Maßnahme aber so ausgestaltet ist, dass ihre Auswirkungen eine bestimmte Gruppe von Unternehmen (wie in den im vorangegangenen Satz genannten Beispielen) erheblich begünstigen.“⁹⁴

Bei dieser Aussage hat die EU-Kommission offensichtlich Regelungen in Steuer- oder Gebührenregimen im Blick, die äußerlich neutral gehalten sind, aber faktisch nur bestimmte Unternehmen treffen.

Ein wirtschaftlich vergleichbarer Effekt kann aber auch dann eintreten, wenn ein Finanzierungsregime formell allgemein gehalten ist und auch faktisch die Allgemeinheit der Unternehmen trifft, aber der Finanzierung einer Infrastruktur dient, die faktisch nur von bestimmten Unternehmen genutzt werden kann. In dieser Situation führt das allgemeine Finanzierungsregime zu einer Gleichbehandlung von Unternehmensgruppen, die sich in unterschiedlichen Situationen befinden („Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem“). Genauso läge es bei der Finanzierung der L-O-LI durch die Lkw-Maut:

Die Lkw-Maut wäre an alle Mautschuldner adressiert und auch faktisch von allen Mautschuldnern zu bezahlen. Dabei würden aber auch die Infrastrukturkosten der L-O-LI einfließen, deren Nutzung faktisch nur den Betreibern von E-Lkw offensteht. Dagegen könnten die Betreiber von Lkw, die mit fossilen Kraftstoffen betrieben werden, die L-O-LI *de facto* nicht nutzen. Gleiches würde im Übrigen auch für die Betreiber von Lkw gelten, die mit Wasserstoff oder synthetischen Kraftstoffen angetrieben werden. Die Umstellung einer entsprechenden Lkw-Flotte auf batterieelektrische Fahrzeuge wird aus wirtschaftlichen

⁹⁴ Europäische Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 121.

Gründen in vielen Fällen jedenfalls kurzfristig nicht möglich und im Fall einer mit Wasserstoff angetriebenen Flotte auch gar nicht angestrebt sein.

In einer solchen Situation spricht ausgehend von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise, die für das EU-Beihilfenrecht kennzeichnend ist, Vieles für die Annahme einer De-facto-Selektivität.

2.1.3 Zurechenbarkeit zum (Mitglieds-)Staat

Die durch die Mautgebührenfinanzierung bewirkte Begünstigung könnte aber deswegen keine Beihilfe darstellen, weil sie bereits im Unionsrecht selbst, nämlich in dem durch die Wegekosten-RL konturierten Finanzierungssystem, angelegt ist.

Im Bereich des Steuerrechts hat der EuGH in einem Urteil anerkannt, dass steuerrechtliche Vorteile für bestimmte Unternehmen dann keine Beihilfe sind, wenn diese Vorteile vom EU-Recht vorgeschrieben werden. Unter diesen Umständen handelt es sich, so der EuGH, nicht um eine „staatliche Maßnahme“.⁹⁵

Allerdings betraf das zitierte Urteil eine Konstellation, in dem die Regelung, die zu einer Vorteilsgewährung führte, unionsrechtlich zwingend vorgeschrieben war, also den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum einräumte. In einer derartigen Situation leuchtet es ein, dass die Vorteilsgewährung nicht dem Mitgliedstaat, sondern der EU selbst zuzurechnen ist.

Im vorliegenden Zusammenhang ist die Rechtslage anders: Die Wegekosten-RL eröffnet den Mitgliedstaaten mehrere Finanzierungsmöglichkeiten. Insbesondere ist nach Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL auch eine Finanzierung über gesonderte Nutzergebühren möglich (→ D.II = S. 41). Anders als in dem eben genannten, vom EuGH entschiedenen Fall, verbleibt den Mitgliedstaaten also ein sehr weiter Umsetzungsspielraum. Nach unserer Einschätzung bleiben daher etwaige selektive Vorteile, die durch mitgliedstaatliche Umsetzungsmaßnahmen im Anwendungsbereich der Wegekosten-RL für bestimmte Unternehmensgruppen hervorgerufen werden, dem jeweiligen Mitgliedstaat zurechenbar.

⁹⁵ EuGH, 23.04.2009 – C-460/07 (Puffer) –, juris Rn. 67 ff.; dazu *Küffner/Zugmaier*, DStR 2019, 2609 (2613 f.).

2.1.4 Wettbewerbsverzerrung

Wenn eine selektive Begünstigung gegeben ist, führt diese in der Regel auch zu einer (potenziellen) Wettbewerbsverzerrung. Das wird jedenfalls dann angenommen, wenn die begünstigten Unternehmen in einem liberalisierten Wirtschaftszweig tätig sind, in dem Wettbewerb herrscht oder herrschen könnte.⁹⁶ Bei dem Straßengüterverkehr handelt es sich um einen liberalisierten Wirtschaftszweig. Daher ist eine wettbewerbsverzerrende Wirkung der Begünstigung von E-Lkw durch die Lkw-Mautfinanzierung von L-O-LI möglich. Die Wettbewerbsverzerrung kann auch Wirkungen auf den Handel zwischen den Mitgliedstaaten haben. Insoweit genügen potenzielle Auswirkungen. Diese sind ohne Weiteres anzunehmen, wenn die begünstigten Unternehmen grenzüberschreitend tätig sind.⁹⁷ Bei den Unternehmen, die im Straßengüterverkehrsmarkt tätig sind, ist das großteils der Fall.

2.1.5 Zwischenergebnis

Insgesamt spricht dafür Vieles dafür, dass die Querfinanzierungseffekte, die mit einer Finanzierung von L-O-LI durch die allgemeinen Lkw-Mautgebühren verbunden sind, eine Beihilfe im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen. Das Finanzierungsregime sollte daher nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV bei der EU-Kommission notifiziert und gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erst umgesetzt werden, wenn die EU-Kommission eine abschließende Entscheidung getroffen hat.

2.2 Rechtfertigung

Auf die Anzeige nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV prüft die EU-Kommission, ob die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, also gerechtfertigt werden kann. Dabei steht ihr ein weites Ermessen zu, das nur eingeschränkt gerichtlich überprüft wird.⁹⁸ Ungeachtet dessen spricht Vieles dafür, dass eine solche Rechtfertigung möglich ist:

⁹⁶ *Europäische Kommission*, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (2016/C 262/01), ABl. C 262 vom 19.07.2016, 1, Rn. 187.

⁹⁷ Ebd., Rn. 190 ff.

⁹⁸ *Nowak*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 93 Rn. 56.

2.2.1 Rechtlicher Rahmen

2.2.1.1 Rechtsgrundlage: Art. 93 AEUV

Rechtsgrundlage für die Rechtfertigung der Beihilfe ist Art. 93 AEUV. Nach dieser Vorschrift sind Beihilfen mit den (EU-)Verträgen vereinbar, die den Erfordernissen der Koordinierung des Verkehrs oder der Abgeltung bestimmter, mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes zusammenhängender Leistungen entsprechen.

Im vorliegenden Zusammenhang ist (nur) die erste Alternative der Norm relevant, die die sogenannten „Koordinierungsbeihilfen“ erfasst. Diese sind bislang vor allem im Eisenbahnverkehr relevant geworden,⁹⁹ aber nicht auf diesen Sektor beschränkt. Vielmehr werden alle staatlichen Unterstützungsmaßnahmen erfasst, durch welche die Mitgliedstaaten im Rahmen einer verkehrspolitischen Gesamtkonzeption gezielt Einfluss auf Angebot und Nachfrage im Verkehrssektor nehmen.¹⁰⁰

Art. 93 AEUV ist als spezieller Rechtfertigungstatbestand vorrangig vor anderen Normen des allgemeinen EU-Beihilferechts anzuwenden. Der allgemeinere Rechtfertigungstatbestand des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV kann daher neben Art. 93 AEUV nur Bedeutung erlangen, wenn die Maßnahme nicht nur der „Koordinierung des Verkehrs“ dient. Ausgehend von dem eben dargelegten, weiten Verständnis dieses Begriffs dürfte im vorliegenden Zusammenhang für die Anwendung des Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV kein Raum sein. In der Sache würden sich dadurch aber auch keine erheblichen Abweichungen im Prüfprogramm ergeben.

2.2.1.2 Rechtfertigungsvoraussetzungen

Art. 93 AEUV ist eine insgesamt sehr knapp und offen formulierte Vorschrift, die durch erhebliche Auslegungsspielräume gekennzeichnet ist. Anhaltspunkte für das Verständnis der Norm sind am ehesten den Eisenbahn-Leitlinien der EU-KOM zu entnehmen,¹⁰¹ die aber nicht auf den Straßengüterverkehr zugeschnitten sind. Daneben können die „Leitlinien für staatliche

⁹⁹ Vgl. Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen (2008/C 184/07), ABl. C 184 vom 22.07.2008, 13, Rn. 88 ff.

¹⁰⁰ *Epiney*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 93 Rn. 15; vgl. auch Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen (2008/C 184/07), ABl. C 184 vom 22.07.2008, 13, Rn. 89.

¹⁰¹ Vgl. Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen (2008/C 184/07), ABl. C 184 vom 22.07.2008, 13, Rn. 88 ff.

Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022“ ggfs. eine gewisse Orientierung bieten.¹⁰² Das dort enthaltene Kapitel zu „Beihilfen für den Aufbau von Lade- oder Tankinfrastruktur“ ist jedoch auf andere Konstellationen zugeschnitten. Wie schon aus der Überschrift des Kapitels erkennbar ist, haben die Leitlinien Beihilfen für Unternehmen im Blick, die P-S-LI errichten und betreiben.¹⁰³ Das zeigt sich etwa auch an der grundsätzlichen Pflicht zur Gewährung von Beihilfen im Wege von Ausschreibungen.¹⁰⁴ In dem hier diskutierten Szenario würde jedoch L-O-LI aufgebaut, und zwar von der Autobahn GmbH als einem nicht unternehmerisch tätigen, staatlichen Akteur. Beihilfenrechtlich relevant sind daher nicht (schon) die Zuweisungen von Haushaltsmitteln an die Autobahn GmbH, sondern (erst) Begünstigungen für Nutzer der staatlich bereitgestellten Infrastruktur. Solche Beihilfen stehen nicht im Fokus dieser Leitlinien. Ein einschlägiges Regelwerk gibt es nicht. Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich in der Praxis umso mehr, eine frühzeitige und sorgfältige Abstimmung des Prüfprogramms mit der EU-Kommission anzustreben und ein Prä-Notifizierungsverfahren durchzuführen.

Wir gehen im Folgenden auf zentrale Aspekte und Argumente ein, die nach unserer Einschätzung in diesem Zusammenhang von Bedeutung sein könnten:

Im Kern muss eine Beihilfe zur Rechtfertigung nach Art. 93 AEUV auf ein legitimes Gemeinwohlziel gerichtet sein. Die Beihilfe muss des Weiteren *„notwendig und im Hinblick auf das verfolgte Ziel verhältnismäßig sein, und die damit einhergehende Wettbewerbsverzerrung darf den allgemeinen Interessen der Gemeinschaft nicht zuwiderlaufen.“*¹⁰⁵ Mit Blick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme ist eine Alternativenprüfung durchzuführen. Es ist zu untersuchen, ob es alternative Maßnahmen gibt, die den Wettbewerb weniger beeinträchtigen und das Gemeinwohlziel gleichermaßen effektiv zu erreichen vermögen. Zudem ist die Maßnahme in ihrer konkreten Ausgestaltung auf ihre Erforderlichkeit zu prüfen. Das betrifft auch die Beihilfenintensität. Im Rahmen der Prüfung auf übermäßige Wettbewerbsverzerrungen werden die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Ziele der Union insgesamt in den Blick genommen.

¹⁰² Mitteilung der Kommission – Leitlinien für staatliche Klima-, Umweltschutz- und Energiebeihilfen 2022 (2022/C 80/01), ABl. C 80 vom 18.02.2022, 1.

¹⁰³ Ebd., Rn. 190 ff.

¹⁰⁴ Ebd., Rn. 199.

¹⁰⁵ Mitteilung der Kommission – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen (2008/C 184/07), ABl. C 184 vom 22.07.2008, 13, Rn. 96; *Epiney*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 93 Rn. 17.

2.2.2 Beurteilung

2.2.2.1 Beitrag zum Gemeinwohlziel „Klimaschutz“

Die Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut dient dem Klimaschutz. Dieser gehört unzweifelhaft zu den von der Unionsrechtsordnung anerkannten Gemeinwohlzielen. Die Europäische Union hat sich verpflichtet, die Treibhausgase bis zum Jahr 2040 um 90 % zu reduzieren und im Jahr 2050 die Klimaneutralität zu erreichen.¹⁰⁶ Ein wesentliches Instrument, um dieses Ziel für den Sektor des Straßenverkehrs zu realisieren, ist die Antriebswende, also die Umstellung der Antriebe von fossilen Kraftstoffen auf klimaschonende und klimaneutrale Energiequellen, wozu insbesondere batterieelektrische Antriebe zählen. Dazu trägt der Aufbau von Ladeinfrastruktur im Allgemeinen und die Bereitstellung von L-O-LI im Besonderen bei. In Erwägungsgrund 45 der Änderungs-Richtlinie 2022/362 zur Wegekosten-RL kommt dies deutlich zum Ausdruck. Danach ist es notwendig,

„den Mitgliedstaaten die Finanzierung des Baus, des Betriebs, der Instandhaltung und des Ausbaus von Anlagen zur Strom- oder Kraftstoffversorgung emissionsarmer und emissionsfreier Fahrzeuge zu ermöglichen, um die Elektrifizierung der Straßen zu erleichtern.“

Die Bereitstellung von L-O-LI vermag Probleme zu vermeiden, die mit dem Aufbau eines P-S-LI-Systems verbunden sind. Dazu gehören namentlich die Flächenknappheit an den BAB sowie Kapazitätsengpässe im Stromnetz. Die Mautfinanzierung der L-O-LI und die damit verbundenen Begünstigungseffekte haben gewollte Lenkungswirkungen: Sie setzen erstens einen Anreiz zur Anschaffung von batterieelektrisch angetriebenen Lkw, fördern also die Elektromobilität im Schwerlastverkehr insgesamt. Zweitens machen sie die Nutzung der L-O-LI im Vergleich zur P-S-LI attraktiv. Damit tragen sie zu einer volkswirtschaftlich sinnvollen, möglichst guten Auslastung der L-O-LI und zur Schonung der knappen Kapazitäten der P-S-LI entlang der Autobahnen bei.

¹⁰⁶ Art. 4 der Verordnung (EU) 2021/1119 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 2021 zur Schaffung des Rahmens für die Verwirklichung der Klimaneutralität und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 401/2009 und (EU) 2018/1999 („Europäisches Klimagesetz“), ABl. L 243 vom 09.07.2021, 1.

2.2.2.2 Erforderlichkeit

Mit Blick auf die Erforderlichkeit der Maßnahme ist eine Alternativenprüfung durchzuführen. Es ist zu untersuchen, ob es alternative Maßnahmen gibt, die den Wettbewerb weniger beeinträchtigen und das Gemeinwohlziel gleichermaßen effektiv fördern.

Zu denken wäre etwa an eine Haushaltsfinanzierung der L-O-LI. Diese würde die Mautschuldner, die die L-O-LI nicht nutzen, weniger stark benachteiligen und insofern womöglich den Wettbewerb weniger stark beeinflussen. Gleichzeitig wäre aber auch der Lenkungseffekt zum Umstieg auf batterieelektrische Antriebe für die Adressatengruppe (Transportunternehmen, die Gütertransporte auf der Straße anbieten) geringer, deren Beitrag zu den Treibhausgasemissionen durch die Maßnahme verringert werden soll. Und vor allem könnte die Notwendigkeit, auf Haushaltsmittel zurückzugreifen, den Aufbau von L-O-LI gerade in Zeiten knapper Kassen insgesamt erheblich erschweren.

Auch sonst drängt sich aus unserer Sicht keine eindeutig bessere Alternative auf, mit der die beschriebenen Wirkungen – Förderung der Elektromobilität im Schwerlastgüterverkehr und Attraktivierung der L-O-LI im Vergleich zur P-S-LI – erreicht werden könnten.

Eine abschließende Beurteilung der „Erforderlichkeit“ ist jedoch im Rahmen dieses Rechtsgutachtens nicht möglich. Sie erfordert einen fundierten ökonomischen Vergleich möglicher alternativer Politikinstrumente.

2.2.2.3 Verhältnismäßigkeit

Bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme wird vor allem die Beihilfenintensität in den Blick genommen. Dabei wird auch die Kumulierung mit anderen Maßnahmen geprüft. Insgesamt darf es nicht zu einer „Überförderung“ kommen. Im vorliegenden Zusammenhang würde die EU-Kommission voraussichtlich vor allem die Kumulation der Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut mit der (teilweisen) Befreiung von E-Lkw von der Lkw-Maut in den Blick nehmen (hierzu sogleich).

2.2.2.4 Keine übermäßigen Wettbewerbsverzerrungen

Im Rahmen der Prüfung auf übermäßige Wettbewerbsverzerrungen werden die Auswirkungen auf den Wettbewerb und die Ziele der Union insgesamt geprüft. Die Maßnahme wird darauf

„abgeklopft“, ob der Wettbewerb mehr als notwendig eingeschränkt oder beeinträchtigt wird. An dieser Stelle könnte etwa der offene Zugang zur L-O-LI für Energielieferanten oder – zumindest – für Mobilitätsanbieter relevant werden, was jedenfalls einen Wettbewerb auf einem nachgelagerten Markt ermöglichen würde. Auch die Beurteilung dieser Voraussetzungen bedarf einer ökonomischen Analyse.

2.3 Kumulative Wirkungen bei (zusätzlicher) Befreiung emissionsfreier schwerer Nutzfahrzeuge von der Lkw-Maut

Die Befreiung emissionsfreier schwerer Nutzfahrzeuge von den Mautgebühren ist nach Art. 7ga Abs. 1 UAbs. 5 Wegekosten-RL bis zum 31.12.2025 vollständig und ab dem 01.01.2026 um bis zu 75% zulässig. Soweit die Mitgliedstaaten davon Gebrauch machen, stellt die mitgliedstaatliche Befreiung ihrerseits eine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV dar. Der Umstand, dass die Befreiung im EU-Sekundärrecht vorgesehen ist, ändert an der beihilferechtlichen Beurteilung nichts. Denn es handelt sich nicht um eine zwingende Vorgabe des EU-Rechts, die die Zurechnung zum Mitgliedstaat unterbrechen würde, sondern um eine bloße Handlungsoption für die Mitgliedstaaten. Insoweit gilt nichts Anderes als bei der Begünstigung durch die Querfinanzierung, die in der Finanzierung von L-O-LI über die Lkw-Maut bereits angelegt ist (→ D.III.2.1.3 = S. 47). Die übrigen Merkmale des Beihilfenbegriffs sind ohne Weiteres erfüllt.

Soweit Deutschland weiterhin von der Befreiungsmöglichkeit nach Art. 7ga Abs. 1 UAbs. 5 Wegekosten-RL Gebrauch macht, also emissionsfreie schwere Nutzfahrzeuge ab dem 01.01.2026 zu 75% von der Lkw-Maut befreit, führt dies zu einer Kumulation. Diese Kumulationseffekte müssen bei der beihilferechtlichen Prüfung berücksichtigt werden, ob die Maßnahmen insgesamt verhältnismäßig sind, also zu keiner „Überförderung“ führen und den Wettbewerb nicht übermäßig beeinträchtigen. Nach unserer Einschätzung dürften auch Gesamteffekte angesichts der hohen Bedeutung der Antriebswende für den Klimaschutz noch angemessen sein. Zur abschließenden Beurteilung bedarf es jedoch einer ökonomischen Beurteilung der Gesamtwirkungen. Der EU-Kommission verbleibt bei der Beurteilung ein erheblicher Einschätzungs- und Bewertungsspielraum.

3. Diskriminierungsverbote

Die Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut führt zu faktischen Ungleichbehandlungen, die am Maßstab der einschlägigen unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote zu messen sind.

3.1 Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen

Die Finanzierung der L-O-LI über die allgemeine Lkw-Maut führt zunächst zu einer faktischen Benachteiligung aller Betreiber von Lkw, die nicht mit einem Pantographen ausgestattet sind. Diese Ungleichbehandlung ist verfassungsrechtlich an Art. 3 Abs. 1 GG und – da der Anwendungsbereich der Wegekosten-RL betroffen ist – auch am unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zu messen.

Bei der Prüfung der L-O-LI-Finanzierung am Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG ist allerdings zu beachten, dass es sich bei der Lkw-Maut um eine Gebühr handelt¹⁰⁷ und dass für Gebühren ebenso wie für andere Abgaben bei der Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes Besonderheiten gelten. Denn Abgaben sind in hohem Maße auf Typisierung und Pauschalierung angewiesen mit der Folge, dass Besonderheiten des einzelnen Falles vernachlässigt werden dürfen.¹⁰⁸ Bei Benutzungsgebühren findet das seinen Niederschlag darin, dass keineswegs alle Gebührenschuldner alle mit der Gebühr abgegoltenen Leistungen zu jeder Zeit in vollem Umfang nutzen können müssen, damit die Gebühr dem Gleichheitssatz gerecht wird. So werden etwa die Rastanlagen an BAB auch von denjenigen Lkw über die Lkw-Maut mitfinanziert, die mangels ausreichender Kapazitäten regelmäßig auf Autohöfe oder andere Standplätze außerhalb der BAB ausweichen (müssen).

Die vielfältigen (faktischen) Unterschiede zwischen den Adressaten und den Sachverhalten, die trotz ihrer Unterschiedlichkeit einer einheitlichen Gebührenpflicht unterworfen werden, werfen dann regelmäßig die Frage auf, ob es sich dabei um wesentlich Ungleiches handelt, dessen Gleichbehandlung Art. 3 Abs. 1 GG verbietet. Da diese Frage nach der „Wesentlichkeit“ in erheblichem Umfang Elemente der Wertung enthält, wird sie „konstruktiv Teil der

¹⁰⁷ Ausführlich dazu *Bartelsperger*, Das Fernstraßenwesen in seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung, 2006, 230 ff.

¹⁰⁸ Für Steuern allg. und m. w. N. BVerfG, 12.10.2010 – 1 BvL 12/07, juris Rn. 52 (BVerfGE 127, 224, 245 f.).

Rechtfertigung oder des zureichenden Grundes, nicht der Feststellung der Ungleichbehandlung¹⁰⁹.

Für diese Rechtfertigung kommt es dann maßgeblich auf die zulässigen Ziele an, die mit der Gebührenerhebung, mit der Auswahl der Gebührenpflichtigen und mit der Gebührenbemessung verfolgt werden (dürfen). Insoweit gilt nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass sich die sachliche Rechtfertigung der Gebühr „jedenfalls aus den Gebührenzwecken der Kostendeckung, des Vorteilsausgleichs, der Verhaltenslenkung sowie aus sozialen Zwecken“¹¹⁰ ergeben kann. Die Gebühr darf also auch Lenkungszwecke verfolgen,¹¹¹ was nichts anderes bedeutet als eine zulässige Benachteiligung eines Verhaltens mit dem Ziel, ein anderes – für den Adressaten unter Berücksichtigung der Gebührenregelung vorteilhafteres – Verhalten zu bewirken. Bei solchen lenkenden Gebühren tritt allerdings neben die – gleichheitsrechtliche – Rechtfertigung als Gebühr die Prüfung des Lenkungszwecks – „im Sinne einer freiheitsrechtlich induzierten Zweck-Mittel-Relation“¹¹².

Prüft man nach diesen Maßstäben die Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen, so erscheint diese zunächst durch den Lenkungszweck (Umstellung von Verbrenner-Lkw auf E-Lkw sowie Verlagerung von P-S-LI auf L-O-LI) grundsätzlich gerechtfertigt. Aber auch im Hinblick auf die freiheitsrechtliche Prüfung des Lenkungszwecks erscheint eine Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen gerechtfertigt – und zwar auch dann, wenn man hier angesichts der Bedeutung für die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte wirtschaftliche Betätigungsfreiheit erhöhte Anforderungen im Sinne einer Verhältnismäßigkeitsprüfung¹¹³ zugrunde legt.

Das ergibt sich nach unserer Auffassung aus folgenden Gesichtspunkten:

¹⁰⁹ Heun, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 25 m. w. N.

¹¹⁰ BVerfG, 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 –, Rn. 57 sowie Rn. 60: „Auch Lenkungszwecke können die Bemessung einer Gebühr sachlich rechtfertigen. Die Gebührenhöhe darf unter Berücksichtigung des Ziels einer begrenzten Verhaltenssteuerung festgelegt werden“ – mit Verweis auf BVerfGE 50, 217 (226 f. und 230 f.); 79, 1 (28).

¹¹¹ Ausführliche Nachw. aus der Lit. dazu bei Waldhoff, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 67 Rn. 128.

¹¹² So Waldhoff, in: Ehlers/Fehling/Pünder (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 3, 4. Aufl. 2021, § 67 Rn. 128.

¹¹³ Vgl. zum Maßstab BVerfG, 21.06.2011 – 1 BvR 2035/07 –, juris Rn. 64 f. („Mediziner-BAföG“ = BVerfGE 129, 49).

Für die Betreiber von Lkw, die bereits über einen batterieelektrischen Antrieb verfügen und denen nur ein Pantograph fehlt, ist der Aufwand nach den uns vorliegenden Informationen überschaubar und die mit der „Lenkung“ verbundene Freiheitsbeeinträchtigung deshalb von geringer Intensität. Die Nachrüstung eines Pantographen ist in der Regel möglich und auch nicht mit sehr hohen Kosten verbunden.¹¹⁴

Schwerer sind die nachteiligen Folgen für Betreiber von Lkw, die mit fossilen oder synthetischen Kraftstoffen oder mit Wasserstoff betrieben werden. Hier ist eine Nachrüstung nicht möglich. Um die L-O-LI nutzen zu können, müssten die Betreiber ihre Fahrzeuge austauschen. Das wird aus wirtschaftlichen Gründen in vielen Fällen nicht in Betracht kommen und etwa bei mit Wasserstoff angetriebenen Fahrzeugen auch gar nicht gewollt sein. Daher ist bei dieser Unternehmergruppe die freiheitsbeeinträchtigende Wirkung der Lenkung deutlich intensiver. Die Ungleichbehandlung muss deshalb zur Erreichung legitimer Gemeinwohlziele geeignet, erforderlich und angemessen sein. Insoweit ist die Argumentation bei der beihilferechtlichen Rechtfertigungsprüfung übertragbar.¹¹⁵ Die Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut soll im Sinne des Klimaschutzes zu einer Förderung der Elektromobilität im Schwerlastverkehr beitragen. Sie soll zudem die volkswirtschaftlich sinnvolle Auslastung der L-O-LI im Vergleich zur erhöhen und damit die knappen Ressourcen im Bereich der P-S-LI an den BAB schonen. Das sind unionsrechtlich legitime Ziele. Es spricht auch Vieles dafür, dass das Finanzierungsregime zur Erreichung dieser Ziele erforderlich und angemessen ist. Soweit gleichzeitig eine (teilweise) Befreiung schwerer Nutzfahrzeuge von der Lkw-Maut erfolgt, sind die kumulativen Effekte zu berücksichtigen. Nach unserer Einschätzung wären auch diese Effekte aber angesichts der hohen Bedeutung der Antriebswende für den Klimaschutz noch angemessen (siehe im Einzelnen D.III.2.2.2 = S. 51).

¹¹⁴ Die Kosten eines Pantographen wurden im Jahr 2021 mit ca. 40.000 Euro angegeben; bei einer Serienfertigung wird eine Kostendegression auf Stückkosten von etwa 12.000 € für realistisch gehalten; vgl. *Plötz/Hacker/Jöhrens/Speth/Gnann/Scherrer/Burghard*, Infrastruktur für Elektro-Lkw im Fernverkehr: Hochleistungsschnelllader und Oberleitung im Vergleich – ein Diskussionspapier, Fraunhofer ISI, Öko-Institut, ifeu, 2021, 22.

¹¹⁵ Das Beihilfenrecht beinhaltet der Sache nach ein spezielles Verbot der Diskriminierung durch wirtschaftliche Übervorteilung; vgl. zum Verhältnis des Beihilfenrechts zum Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV: *Mederer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, AEUV Vorbemerkung zu den Artikeln 107-109 Rn. 21.

3.2 Diskriminierung EU-ausländischer Verkehrsunternehmen

Fraglich ist des Weiteren, ob die Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut zu einer Benachteiligung EU-ausländischer Verkehrsunternehmen führen könnte. Daran ist insbesondere zu denken, wenn sich nur Deutschland für den Aufbau von L-O-LI entscheiden sollte. Dann könnte die Anschaffung von E-Lkw mit Pantographen für deutsche Verkehrsunternehmen typischerweise lohnender sein als für EU-ausländische Verkehrsunternehmen.

3.2.1 Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL

Prüfungsmaßstab für eine Ungleichbehandlung im Verhältnis inländischer und EU-ausländischer Verkehrsunternehmen ist zunächst Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL. Danach gilt:

„Maut- und Benutzungsgebühren dürfen weder mittelbar noch unmittelbar zu einer unterschiedlichen Behandlung aufgrund

a) der Staatsangehörigkeit des Verkehrsteilnehmers,

b) des Mitgliedstaats oder Drittlandes der Niederlassung des Verkehrsunternehmers,

c) des Mitgliedstaats oder Drittlandes der Zulassung des Fahrzeugs,

oder

*d) des Ausgangs- oder Zielpunktes der Fahrt eines Verkehrsunternehmers
führen.“*

Es ist fraglich, ob der Richtliniengeber bei der Gestaltung dieser Norm den Fall im Blick hatte, dass die Finanzierung von Infrastrukturen über die Mautgebühren dadurch zu einer mittelbaren Benachteiligung auf Grund der Staatsangehörigkeit führen könnte, weil diese Infrastruktur von EU-Inländern stärker genutzt wird. Die Norm ist jedoch sehr weit formuliert. Nach ihrem Wortlaut erfasst sie alle mittelbaren Ungleichbehandlungen, die durch die Erhebung von Maut- oder Benutzungsgebühren auftreten. Auch faktische Nachteile für EU-ausländische Verkehrsunternehmen fallen daher in ihren tatbestandlichen Anwendungsbereich.

Es ist daher zu prüfen, ob die Finanzierung der L-O-LI über die Lkw-Maut zu einer „unterschiedliche Behandlung“ EU-ausländischer Verkehrsunternehmen im Sinne von Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL führt.

Das ist unseres Erachtens selbst im Ergebnis nicht anzunehmen – und zwar auch dann nicht, wenn innerhalb der Europäischen Union nur die Bundesrepublik Deutschland ein L-O-LI-System etabliert und über die Lkw-Maut finanziert. Denn etwaige faktische Nachteile würden sehr gering wiegen:

Solche Nachteile könnten im Vergleich inländischer und EU-ausländischer Unternehmen nur bei den Betreibern von batterieelektrischen Lkw auftreten. Die Betreiber von Lkw mit anderen Antrieben (Diesel, synthetische Kraftstoffe, Wasserstoff) sind im In- und Ausland gleichermaßen betroffen. Bei batterieelektrischen Lkw kann ein Pantograph mit verhältnismäßig geringem Aufwand und überschaubaren Kosten nachgerüstet werden (siehe D.III.3.1= S. 54). Sofern ein EU-ausländischer Betreiber eines batterieelektrischen Lkw in erheblichem Umfang Transportfahrten auf deutschen Autobahnen durchführt, wird er seine Fahrzeuge daher – nicht anders als inländische Betreiber batterieelektrischer Lkw – mit Pantographen nachrüsten (können). Wenn er nur in unerheblichem Umfang Transportfahrten in Deutschland unternimmt, so dass sich eine Nachrüstung nicht lohnt, werden die höheren Ladestrompreise (inkl. der Preise für die Infrastrukturnutzung) bei Nutzung der P-S-LI für ihn nicht erheblich sein.

Denkbar ist es, dass die Nachrüstung für den inländischen Betreiber eines E-Lkw, der typischerweise mehr Transportstrecken auf innerdeutschen BAB zurücklegt, lohnender ist als für einen EU-Ausländer. Allein dieser Effekt führt aber nach unserer Auffassung nicht zu einer mittelbaren unterschiedlichen Behandlung im Sinne von Art. 7 Abs. 5 Wegkosten-RL. Solche Effekte liegen in der Natur der Sache, solange die Verkehrsinfrastruktursysteme der Mitgliedstaaten nicht vollständig harmonisiert sind, und werden daher von Art. 7 Abs. 5 Wegkosten-RL nicht erfasst.

3.2.2 Art. 92 AEUV und EU-Grundfreiheiten

Das Diskriminierungsverbot des Art. 92 AEUV wird verdrängt, soweit die Union durch Rechtsvorschriften nach Art. 91 Abs. 1 AEUV sekundärrechtlich eine Harmonisierung

geschaffen hat.¹¹⁶ Das ist vorliegend durch den Erlass der Wegekosten-RL geschehen, die in Art. 7 Abs. 5 ein spezielles sekundärrechtliches Diskriminierungsverbot enthält.

Eine Benachteiligung ausländischer Verkehrsunternehmen könnte daneben auch einen Eingriff in die Grundfreiheiten, insbesondere in die Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 ff. AEUV bedeuten.¹¹⁷ Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL dürfte aber auch gegenüber den in den Grundfreiheiten enthaltenen Diskriminierungsverboten als spezielle Norm vorgehen. Jedenfalls ergeben sich aus den Grundfreiheiten keine strengeren Vorgaben.

3.2.3 Verfassungsrecht: Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG

Schließlich ist eine etwaige mittelbare Benachteiligung ausländischer Verkehrsunternehmen auch an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen. Es spricht aus den dargelegten Gründen jedoch Vieles dafür, dass die faktische Benachteiligung am Maßstab der spezifisch für das Gebührenrecht geltenden Anforderungen des Gleichheitssatzes wie auch am Maßstab einer freiheitsrechtlichen Prüfung des Lenkungszwecks gerechtfertigt werden kann (vgl. D.III.3.1 = S. 54).

3.3 Benachteiligung von P-S-LI-Anbietern

Die Finanzierung von L-O-LI über die allgemeine Lkw-Maut könnte schließlich die Anbieter von P-S-LI – auch aus ausländischen EU-Mitgliedstaaten – benachteiligen. Denn sie schafft einen Anreiz zur Nutzung von L-O-LI statt P-S-LI. Da die Verkehrsunternehmen die Infrastruktur ohnehin über die Lkw-Maut finanzieren müssen, ist es für sie sinnvoll, diese Infrastruktur in Anspruch zu nehmen.

Die darin liegende Benachteiligung der P-S-LI könnte auf unionsrechtlicher Ebene einen (nicht-diskriminierenden¹¹⁸) Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 AEUV bedeuten. Auf verfassungsrechtlicher Ebene steht ein Eingriff in das Grundrecht auf den Schutz

¹¹⁶ *Epiney*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 92 Rn. 6.

¹¹⁷ Vgl. bereits *Beckers/Gizzi/Hermes/Weiß*, Die Bereitstellung der Schnellladeinfrastruktur für die Elektromobilität in Deutschland, IKEM Working Paper, 1/2019, 28 ff.

¹¹⁸ Es fehlt eine Vergleichsgruppe, gegenüber der die P-S-LI-Anbieter diskriminiert würden. Ein Vergleich mit der Autobahn GmbH geht ins Leere, da diese als staatlicher, nicht wirtschaftlich agierender Akteur mit den P-S-LI Anbietern nicht verglichen werden kann. Zur Anwendung des Art. 56 AEUV auf nichtdiskriminierende Beschränkungen: *Haltern/Stein*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 56 Rn. 65.

des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs¹¹⁹ (Art. 14 Abs. 1 GG) und die wirtschaftliche Freiheit der P-S-LI-Betreiber (Art. 12 Abs. 1 GG) im Raum.

Eingriffe in diese Rechte können aber jedenfalls gerechtfertigt werden, da sie zur Verfolgung legitimer Gemeinwohlziele (Förderung der Elektromobilität im Schwerlastverkehr, Vorteilhaftigkeit der vorrangigen Auslastung der L-O-LI vor P-S-LI) geeignet, erforderlich und angemessen sind. Insoweit kann auf die Ausführungen zur beihilferechtlichen Rechtfertigung verwiesen werden (D.III.2.2.2 = S. 51).

IV. Haushaltsfinanzierung

Neben der Finanzierung der L-O-LI über besondere Nutzungsgebühren (→ D.II = S. 41) oder allgemeine Maut- oder Benutzungsgebühren (→ D.III = S. 42) ist die Finanzierung aus Haushaltsmitteln ein weiteres mögliches Finanzierungsmodell. Die Wegekosten-RL steht nicht entgegen. Sie ermöglicht die Finanzierung von L-O-LI als Bestandteil der Verkehrsinfrastruktur über Maut- oder Benutzungsgebühren, schreibt sie aber nicht vor. Eine (teilweise) Haushaltsfinanzierung der Verkehrsinfrastruktur ist daher unionsrechtlich zulässig.

1. EU-Beihilfenrecht

Hinsichtlich der Vereinbarkeit der Haushaltsfinanzierung von L-O-LI mit dem EU-Beihilfenrecht kann im Ausgangspunkt auf die entsprechenden Ausführungen zur Finanzierung über die Lkw-Maut verwiesen werden (→ D.III.2 = S. 44 ff.).

1.1 Vorliegen einer Beihilfe

Es spricht Vieles dafür, dass die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI die Merkmale einer Beihilfe nach Art. 107 AEUV erfüllt:

→ Die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI führt zu einer Begünstigung der Infrastrukturnutzer, hier der E-Lkw-Betreiber. Sie können die Vorteile aus der Nutzung ziehen, ohne die Bau- und Betriebskosten der Infrastruktur tragen zu müssen.

¹¹⁹ Zu dem umstrittenen grundrechtlichen Rang dieses Rechts s. bereits oben bei und in Fn. 14.

- Entscheidend für die Beihilfenqualität ist die selektive Wirkung dieser Begünstigung. Während die Haushaltsfinanzierung einer allgemein nutzbaren Infrastruktur wie der Autobahninfrastruktur im Allgemeinen keine Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV begründet,¹²⁰ fällt die Bewertung anders aus, wenn die Infrastruktur nur bestimmten Unternehmen nützt,¹²¹ beispielsweise weil die Infrastruktur auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten ist.¹²² Das ist etwa der Fall, wenn eine staatlich finanzierte Erschließungsmaßnahme nur einem einzigen Unternehmen dient,¹²³ aber auch dann, wenn eine Infrastruktur nur einer bestimmten Branche nutzt.¹²⁴ Die Finanzierung der L-O-LI dient nur einer bestimmten Gruppe von Lkw-Betreibern, nämlich den Betreibern von E-Lkw. Die Betreiber von Lkw, die mit fossilen oder synthetischen Kraftstoffen oder mit Wasserstoff betrieben werden, könnten die L-O-LI de facto nicht nutzen. Die Umstellung einer entsprechenden Lkw-Flotte auf batterieelektrische Fahrzeuge wird aus wirtschaftlichen Gründen in vielen Fällen jedenfalls kurzfristig nicht möglich und im Fall einer mit Wasserstoff angetriebenen Flotte auch gar nicht angestrebt sein. Daher hätte die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI eine selektiv begünstigende Wirkung (→ D.III.2.1.2 = S. 45).
- Die selektive Begünstigung kann zu Wettbewerbsverzerrungen und eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten führen (D.III.2.1.4 = S. 48 ff.).

¹²⁰ Im Arbeitspapier „Infrastructure Analytical Grid for Roads, Bridges, Tunnels and Inland Waterways“ heißt es: “Roads available for free public use are general infrastructure and their public funding does not fall under State aid rules, unless they have been specifically designed to benefit one or more specific users.”

¹²¹ *Kelekis*, Recent Developments in Infrastructure Funding: When Does It Not Constitute State Aid?, in: European State Aid Law Quarterly 2011, 433; *Gayger*, Infrastructure Funding at the Interface between EU State Aid and MS' Economic Policy, in: European State Aid Law Quarterly 2016, 539.

¹²² *Arhold*, in: MüKo Wettbewerbsrecht, Bd. 4, 4. Aufl. 2022, AEUV Art. 107 Rn. 561; Mitteilung der Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und die sonstigen Beteiligten über Beihilfen zugunsten der Erschließung eines Standorts für das Unternehmen Kimberley- Clark-Industries in Toul/Ville-St.-Étienne (Meurthe et Moselle), C 20/94 (NN 27/94), ABl. C 170, 8.

¹²³ Mitteilung der Kommission gemäß Artikel 93 Absatz 2 EG-Vertrag an die übrigen Mitgliedstaaten und die sonstigen Beteiligten über Beihilfen zugunsten der Erschließung eines Standorts für das Unternehmen Kimberley-Clark-Industries in Toul/Ville-St.-Étienne (Meurthe et Moselle), C 20/94 (NN 27/94), ABl. C 170, 8; zusammenfassend: *Europäische Kommission*, XXVth Report on Competition Policy, 1995, Rn. 158; s. a. *Kelekis*, Recent Developments in Infrastructure Funding: When Does It Not Constitute State Aid?, in: European State Aid Law Quarterly 2011, 433, 435 f.

¹²⁴ So hat die EU-Kommission etwa die staatliche Finanzierung des Aufbaus kommunaler Bewässerungssysteme zur Nutzung durch Landwirte nur deswegen nicht als Beihilfe qualifiziert, weil es den Landwirten zuvor möglich gewesen war, kostenfrei Grundwasser zu beziehen, so dass sie aus der staatlichen Bewässerungsinfrastruktur keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielen konnten; eine mangelnde Selektivität wurde nicht thematisiert; vgl. *Europäische Kommission*, Entscheidung vom 08.11.2019, SA.54436 – Kommission/Deutschland (Bayern), C(2019) 8080 final.

Vor diesem Hintergrund sollte das Finanzierungsmodell auch bei einer Haushaltsfinanzierung nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV bei der EU-Kommission notifiziert und gemäß Art. 108 Abs. 3 Satz 3 AEUV erst umgesetzt werden, wenn die EU-Kommission eine abschließende Entscheidung getroffen hat.

1.2 Rechtfertigung

Auf die Anzeige nach Art. 108 Abs. 3 Satz 1 AEUV prüft die EU-Kommission, ob die Maßnahme mit dem Binnenmarkt vereinbar ist, also gerechtfertigt werden kann. Es spricht Vieles dafür, dass eine solche Rechtfertigung möglich ist. Die rechtliche Bewertung deckt sich dabei im Wesentlichen mit derjenigen bei der Finanzierung über die Lkw-Maut, so dass hierauf verwiesen werden kann (→ D.III.2.2 = S. 48 ff.). Die durch die Maßnahme ausgelöste Wettbewerbsverzerrung dürfte dabei etwas geringer sein, da die Lkw-Betreiber, die die L-O-LI nicht nutzen können, diese nicht auch noch über die Lkw-Maut finanzieren müssen.

2. Diskriminierungsverbote

Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen und unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote ergibt sich auch ein ähnliches Bild wie bei der Finanzierung über die Lkw-Maut (→ D.III.3 = S. 54 ff.).

2.1 Benachteiligung der Betreiber von Lkw ohne Pantographen

Wie bei der Mautfinanzierung ergibt sich auch bei Haushaltsfinanzierung ein faktischer Nachteil für die Betreiber von Lkw ohne Pantographen. Eine rechtfertigungsbedürftige Benachteiligung ergibt sich jedenfalls bei den Betreibern von Lkw, die mit fossilen oder synthetischen Kraftstoffen oder mit Wasserstoff betrieben werden und die daher nicht umgerüstet werden können. Allerdings kann diese Benachteiligung gerechtfertigt werden. Die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI dient der Förderung der Elektromobilität im Schwerlastverkehr, fördert die volkswirtschaftlich sinnvolle Auslastung der L-O-LI im Vergleich zur P-S-LI und trägt damit dazu bei, dass die knappen Ressourcen im Bereich der P-S-LI an den BAB geschont werden. Das sind unionsrechtlich legitime Gemeinwohlziele. Es

spricht Vieles dafür, dass die Haushaltsfinanzierung zur Erreichung dieser Ziele erforderlich und angemessen ist.¹²⁵

2.2 Benachteiligung EU-ausländischer Lkw-Betreiber

Bei der Haushaltsfinanzierung der L-O-LI kann man ebenso wie bei der Mautfinanzierung die Frage stellen, ob das Finanzierungsregime zu einer mittelbaren Benachteiligung EU-ausländischer Lkw-Betreiber führt, weil deutsche Lkw-Betreiber die L-O-LI typischerweise intensiver nutzen. Prüfungsmaßstab ist dabei – anders als bei der Mautfinanzierung – nicht Art. 7 Abs. 5 Wegekosten-RL, sondern das Diskriminierungsverbot des Art. 92 AEUV.¹²⁶ In der Sache ergeben sich dadurch aber keine relevanten Unterschiede. Die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI führt aus den bereits bei der Mautfinanzierung dargelegten Gründen nicht zu einer mittelbaren Benachteiligung EU-ausländischer Lkw-Betreiber, zumal diese – anders als bei der Mautfinanzierung – die Kosten der L-O-LI gar nicht mittragen müssen (siehe im Übrigen D.III.3.2.1 = S. 57).

2.3 Benachteiligung von P-S-LI-Anbietern

Für die Wirkungen auf Anbieter von P-S-LI gelten die gleichen Erwägungen wie bei der Mautfinanzierung der L-O-LI. Auch das Regime der Haushaltsfinanzierung schafft einen Anreiz zur Nutzung von L-O-LI statt P-S-LI. Die darin liegende Benachteiligung der P-S-LI könnte auf unionsrechtlicher Ebene einen (nicht-diskriminierenden¹²⁷) Eingriff in den freien Dienstleistungsverkehr nach Art. 56 AEUV bedeuten. Auf verfassungsrechtlicher Ebene steht ein Eingriff in das Grundrecht auf den Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs¹²⁸ (Art. 14 Abs. 1 GG) und die wirtschaftliche Freiheit der P-S-LI-Betreiber

¹²⁵ Im Übrigen wird auf die entsprechenden Ausführungen bei der Mautfinanzierung verwiesen (→ D.III.3.1 = S. 55).

¹²⁶ Die Vorschrift lautet: „Bis zum Erlass der in Artikel 91 Absatz 1 genannten Vorschriften darf ein Mitgliedstaat die verschiedenen, am 1. Januar 1958 oder, im Falle später beigetretener Staaten, zum Zeitpunkt ihres Beitritts auf diesem Gebiet geltenden Vorschriften in ihren unmittelbaren oder mittelbaren Auswirkungen auf die Verkehrsunternehmer anderer Mitgliedstaaten im Vergleich zu den inländischen Verkehrsunternehmern nicht ungünstiger gestalten, es sei denn, dass der Rat einstimmig eine Maßnahme billigt, die eine Ausnahmeregelung gewährt.“

¹²⁷ Es fehlt eine Vergleichsgruppe, gegenüber der die P-S-LI –Anbieter diskriminiert würden. Ein Vergleich mit der Autobahn GmbH geht ins Leere, da diese als staatlicher, nicht wirtschaftlich agierender Akteur mit den P-S-LI Anbietern nicht verglichen werden kann. Zur Anwendung des Art. 56 AEUV auf nichtdiskriminierende Beschränkungen: *Haltern/Stein*, in: Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2. Auflage 2023, AEUV Art. 56 Rn. 65.

¹²⁸ Zu dem umstrittenen grundrechtlichen Rang dieses Rechts s. bereits oben bei und in Fn. 14.

(Art. 12 Abs. 1 GG) im Raum. Eingriffe in diese Rechte könnten aber jedenfalls gerechtfertigt werden, da sie zur Verfolgung legitimer Gemeinwohlziele (Förderung der Elektromobilität im Schwerlastverkehr, Vorteilhaftigkeit der vorrangigen Auslastung der L-O-LI gegenüber P-S-LI) geeignet, erforderlich und angemessen sind. Insoweit kann auch auf die Ausführungen zur beihilferechtlichen Rechtfertigung verwiesen werden (D.III.2.2.2 = S. 51).

V. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten, dass alle drei Finanzierungsmodelle im Grundsatz unions- und verfassungsrechtlich machbar sind. Mit Blick auf die Maut- und die Haushaltsfinanzierung steht die Aussage unter dem Vorbehalt, dass eine abschließende beihilferechtliche Beurteilung durch die EU-Kommission erfolgen würde, der dabei ein erheblicher Einschätzung- und Beurteilungsspielraum zukommt.

E. Lenkung durch finanzielle Anreize

Die rechtlichen Möglichkeiten für den Staat, finanzielle Anreize zur Nutzung von L-O-LI zu setzen, sind ausgehend von den drei skizzierten Finanzierungsmodellen zu bestimmen. Die Finanzierungsmodelle haben teils inhärente Lenkungswirkungen (I.). Davon hängt ab, inwiefern zusätzliche Lenkungsinstrumente erforderlich oder zweckmäßig sein können (II.).

I. Inhärente Lenkungswirkungen der Finanzierungsmodelle

Die Mautfinanzierung und die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI haben bereits einen starken inhärenten Lenkungseffekt, wenn die P-S-LI nutzerfinanziert ist. Beiden Modellen ist nämlich gemein, dass bei der konkreten Nutzung der L-O-LI keine Infrastrukturkosten anfallen. Lediglich der Fahrstrom ist zu bezahlen. Das führt zu erheblichen Preisvorteilen der L-O-LI gegenüber der P-S-LI und setzt einen erheblichen Anreiz, vorrangig die L-O-LI in Anspruch zu nehmen.

Wird die L-O-LI dagegen über gesonderte Gebühren oder Entgelte finanziert, die nur bei der konkreten Nutzung der L-O-LI anfallen, besteht die beschriebene Lenkungswirkung nicht. L-O-LI-Nutzer müssen die Infrastrukturkosten der L-O-LI tragen. Der strukturelle Preisvorteil gegenüber der P-S-LI besteht nicht. Wie sich die Ladepreise bei Nutzung von L-O-LI und P-S-LI verhalten, hängt von den spezifischen Infrastrukturkosten ab. Sollten die spezifischen Infrastrukturkosten bei der Nutzung von L-O-LI höher sein als bei der Nutzung von P-S-LI, könnte sogar ein Anreiz zur vorrangigen Nutzung der P-S-LI bestehen.

II. Zusätzliche Lenkungsinstrumente

Zusätzlicher Lenkungsbedarf kann sich daher insbesondere ergeben, wenn die L-O-LI im Grundsatz über eine gesonderte Nutzungsgebühr oder ein gesondertes Nutzungsentgelt finanziert wird.

Naheliegender könnte es in diesem Fall sein, die Infrastrukturkosten nicht vollständig in den Gebühren bzw. Entgelten abzubilden, sondern einen Teil der Kosten über Zuschüsse aus dem Haushalt zu decken. Sofern die L-O-LI nicht durch die Autobahn-GmbH verwaltet, sondern

unternehmerisch betrieben wird, werden dann beihilferechtliche Fragen aufgeworfen. Bei dem Modell liegen Begünstigungen sowohl auf der Ebene des Betreibers als auch auf der Ebene der Endnutzer vor. Das Modell muss daher bei der EU-Kommission notifiziert werden. Im Vorfeld empfiehlt sich eine intensive Prüfung und Abstimmung (→ C.II.2.2 = S. 36).

Alternativ kommt auch eine Förderung in Betracht, die direkt an die Nutzer der L-O-LI adressiert ist. Das dürfte EU-beihilferechtlich leichter abzubilden sein, da nur eine Begünstigung der Endnutzer, nicht auch eine Begünstigung des L-O-LI-Betreibers in Rede steht. Andererseits würde ein solches System aber aller Voraussicht nach einen höheren Abwicklungsaufwand mit sich bringen.

Schließlich ist an eine Lenkungsabgabe zu denken, die von den Betreibern/Nutzern der P-S-LI in der Nähe der Autobahnen erhoben wird und die ggfs. zur Finanzierung von L-O-LI verwendet werden könnte. Jedoch ist eine Lenkungsabgabe bei P-S-LI, die Teil der Autobahn-Infrastruktur ist – also bei der gesamten P-S-LI an den bewirtschafteten und nicht bewirtschafteten Rastanlagen – unionsrechtlich nur begrenzt zulässig. Art. 9 Abs. 1a Satz 1 lit. b Wegekosten-RL lässt nämlich nur die Erhebung von Gebühren zu, „die speziell für die Finanzierung des Baus, des Betriebs, der Instandhaltung und des Ausbaus von Anlagen“ der Ladeinfrastruktur konzipiert sind. Die Gebühren müssen also der Infrastrukturfinanzierung dienen. Sie dürfen in ihrer Höhe nicht über das hinausgehen, was zur Deckung der Infrastrukturkosten notwendig ist.

Nicht ausgeschlossen erscheint es, dass ein Mitgliedstaat, der sowohl die L-O-LI als auch die P-S-LI über besondere Nutzungsgebühren finanziert, auf die Gesamtkosten der L-O-LI und der P-S-LI abstellen und bei der Gebührenbemessung zwischen L-O-LI und P-S-LI differenzieren darf, um Anreize zur vorrangigen Nutzung von L-O-LI zu setzen. Eine solche Gebührenbemessung müsste Art. 9 Abs. 1a Satz 2 Wegekosten-RL standhalten, wonach die Gebühren auf „nichtdiskriminierende Weise erhoben“ werden müssen. Die Ungleichbehandlung zwischen den Nutzern von L-O-LI und P-S-LI kann jedoch mit den gleichen Argumenten gerechtfertigt werden, die auch eine Maut- bzw. Haushaltsfinanzierung (nur) der L-O-LI legitimieren: Die Anreizsetzung dient legitimen Gemeinwohlzielen (Vorteilhaftigkeit der vorrangigen Auslastung der L-O-LI vor P-S-LI). Sie ist daher – im Rahmen der Erforderlichkeit und Angemessenheit – unionsrechtlich zulässig (→ D.III.3.3 = S. 59).


Mit Art. 9 Abs. 1a Satz 2 Wegekosten-RL unvereinbar wäre es dagegen, im System einer Maut- oder Haushaltsfinanzierung der L-O-LI bei gleichzeitiger Nutzerfinanzierung der P-S-LI von den Nutzern der P-S-LI zusätzlich zu den Nutzungsentgelten eine Lenkungsabgabe zu erheben. Denn eine solche Lenkungsabgabe würde nicht der Finanzierung der P-S-LI dienen.


III. Zusammenfassung


Die Mautfinanzierung und die Haushaltsfinanzierung der L-O-LI haben bereits einen starken inhärenten Lenkungseffekt für die vorrangige Nutzung der L-O-LI, wenn die P-S-LI nutzerfinanziert ist. Eine zusätzliche Lenkungsabgabe auf P-S-LI ist in dieser Konstellation unionsrechtlich unzulässig.


Bei einer Finanzierung der L-O-LI über eine besondere Nutzungsgebühr besteht diese Lenkungswirkung nicht. Anreize können gesetzt werden durch die Ausbezahlung von Fördermitteln an den Betreiber der L-O-LI oder an die Nutzer der L-O-LI.

Werden L-O-LI und P-S-LI über ein gemeinsames Gebührensystem finanziert, darf bei der Gebührenbemessung zwischen der Nutzung von L-O-LI und P-S-LI differenziert werden, um einen Anreiz zur vorrangigen Nutzung der L-O-LI zu setzen.


Dr. Weiß
Rechtsanwalt


Prof. Dr. Hermes
Rechtsanwalt


Dr. Landerer
Rechtsanwalt


Dr. Mayer
Rechtsanwalt