W2K RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Rechtliche Hemmnisse und Spielräume beim Aufbau kollektiver Infrastrukturen

„Warum bauen wir eigentlich keine Infrastrukturen mehr?
Workshop am 15.01.2026 beim Progressiven Zentrum Berlin

RA Dr. Holger Weiß, LL.M.

W2K RECHTSANWÄLTE
Partnerschaftsgesellschaft mbB

Die Kanzlei für Infrastrukturrecht

Standorte in Freiburg, Stuttgart und Oberursel
Aktuell 18 Beraterinnen / Berater

Beratung der Öffentlichen Hand und öffentlicher Unternehmen

Öffentliches Wirtschaftsrecht

Klassisches Verwaltungsrecht

Privates Wirtschaftsrecht

© W2K

Dr. Holger Weiß, LL.M.

Seit 2012	**Partner bei W2K Rechtsanwälte**
seit 2019	**Lehrbeauftragter für Infrastrukturrecht an der Bauhaus-Universität Weimar**
seit 2009	Rechtsanwalt in Freiburg
2006-2008	Rechtsreferendariat
2003-2007	Promotion
2005-2006	Master in European Community Law, College of Europe (Brügge)
2000-2008	Mitarbeit am Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Dr. Friedrich Schoch)
1998-2003	Studium der Rechtswissenschaften Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Schwerpunkte

Öffentliches Wirtschaftsrecht
Vergaberecht
Förder- und Beihilfenrecht
Kommunalrecht
Energiewirtschaftsrecht

© W2K

A | Problemaufriss

B | Hemmnisse und Gestaltungsspielräume im geltenden Infrastrukturrecht

C | Fazit in Thesen

© W2K

Klimaschutz und Klimawandel erfordern den Um- und Ausbau kollektiver Infrastrukturen.

→ **Klimaschutz**: zügige **Dekarbonisierung** der Energie- und Wärmeversorgung sowie des Verkehrs

→ **Klimafolgeanpassung**: **Klimaresilienz** wichtiger Infrastrukturen (z. B. Trinkwasserversorgung, Hochwasserschutz etc.)

Transformation / Stilllegung / Neu- und Ausbau

von kollektiven Infrastrukturen

innerhalb enger Zeitfenster!

z. B. Energie- und Wärmenetze, Ladenetze für E-Mobilität (Personen- und Güterverkehr), Schienennetze, Wasserversorgungssysteme etc.

© W2K

In Zeiten des Infrastrukturwandels bestehen besondere Anforderungen an das Infrastrukturrecht.

- Klare Definition der Infrastrukturaufgabe
- Klare Zuweisung der Infrastrukturverantwortung
- Taugliche Planungs- und Umsetzungsinstrumente
- Beseitigung unnötiger Hemmnisse und Kosten
- Verlässliche und kostengünstige Finanzierung
- Sachangemessene Entgeltregime

© W2K

Das deutsche Infrastrukturrecht ist in wesentllichen Bereichen nicht auf die spezifischen Anforderungen der Infrastrukturtransformation ausgerichtet.

Hemmnisse und Kostentreiber beim Um- und Ausbau kollektiver Infrastrukturen sind insbesondere:

- Fehlende Regelungen zur Infrastrukturverantwortung.
- Prinzip „Markt vor Staat“
  - v. a., wenn der Markt „Rosinen pickt“ und der Staat „Zitronen verdaut“.
- Komplexe Regulierung zur Schaffung von Wettbewerb.
- Fehlen tauglicher (kollektiver) Finanzierungsinstrumente.
- Hohe Kapitalkosten im privaten Sektor.
- Dysfunktionale Entgeltregime.

© W2K

A | Problemaufriss

B | Hemmnisse und Gestaltungsspielräume im geltenden Infrastrukturrecht

C | Fazit in Thesen

© W2K

1. Fehlende Regelungen zur Infrastrukturverantwortung

→ Beispiel: Wärmenetze

- kWP ist sehr sinnvolles Instrument für die Wärmewende.
- ABER: Führt zu rechtlich unverbindlichen Wärmplänen.
- Keine Umsetzungspflicht.
- Staat „hofft“ auf freiwillige Aktivitäten von Kommunen / Privaten.

Gefahr, dass Wärmenetzgebiete nicht realisiert werden.

Zur verfassungsrechtlichen Problematik *Weiß*, Klima und Recht 2025, 266 ff.

→ Beispiel: Strom- und Gaskonzessionen

- EnWG geht von Energienetzbetrieb durch EVU aus.
- § 46 ff. EnWG: Striker Konzessionswettbewerb ohne Inhouse-Privileg.
- Keine Regelung für den Fall, dass sich niemand bewirbt.
- Referentenentwurf zur Umsetzung der Gasnetzbinnenmarkt-RL schweigt.

Gefahr, dass es keinen Gasnetzbetreiber (mehr) gibt.

Vgl. *Westermann/Karrer/Below/Nolde,* Energie & Infrastruktur 2022, 40 ff.

© W2K

2. Das Prinzip „Markt vor Staat“

➔ **Rechtsgedanke** kommt aus EU-Recht, insb. **EU-Beihilfenrecht**: Staat darf nur bei Marktversagen Beihilfen gewähren.

➔ **Deutsches Recht** verleiht „Markt vor Staat“ teilweise weiteren Anwendungsgereich.

Beispiel: Energieverteilernetze

- Gemeinden können Strom- und Gasnetze nicht ohne Weiteres selbst betreiben.
- Gemeinde muss sich bei sich selbst um das qualifizierte Wegenutzungsrecht („Konzession“) bewerben, vgl. § 46 Abs. 6 EnWG, und neutralen Wettbewerb sicherstellen.
- Personelle und organisatorische Trennung zwischen Gemeinde als Vergabestelle und als Bewerberin.

➢ Sehr komplex, sehr aufwändig, sehr teuer, sehr streitanfällig!

➢ **Beispiel: Der Streit um das Stromnetz Berlin dauerte beinahe 10 Jahre** (vgl. LT-Drs 18/3690 v. 06.05.2021)

➢ **Bundesweite viele weitere Parallelfälle mit langwierigen Konzessions- und Netzübernahmestreitigkeiten.**

Solange Konzessionsstreit herrscht, werden Investitionen i. d. R. auf ein Minimum zurückgefahren.

3. Das Phänomen des „Rosinenpickens“

→ **Staatliche Pflicht zur flächendeckenden Versorgung** sowie **Pflicht zur Beteiligung an kollektiver Finanzierung** kennt das Infrastrukturrecht nur in „klassisch geregelten“ Sektoren (Beispiel: Wasserversorgung, kommunale Anliegerstraßen)

→ In anderen Sektoren gibt es (im Normalfall) **keine kollektive Verantwortung.**

Beispiel: Wärmeversorgung

- WVU können frei entscheiden, wo sie Wärmenetze errichten wollen.
- Grundstückeigentümer können grds. frei entscheiden, ob sie sich anschließen / an der Finanzierung beteiligen.
- Kollektive Finanzierungspflicht / Anschluss- und Benutzungszwang nur eingeschränkt möglich.

Beispiel: Telekommunikation

- Gesetzliches Wegenutzungsrecht für Errichtung öffentlicher TK-Netze (§§ 125 ff. TKG).
- TKU können überall dort öffentlich TK-Netze errichten, wo sie es aus ihrer Sicht unternehmerisch sinnvoll ist.
- Eigentümer sind nicht zur Beteiligung an kollektiver Finanzierung verpflichtet.

Gefahr, dass marktmäßiger Infrastrukturausbau (nur) in besonders attraktiven Gebieten („Rosinen“) erfolgt und dass sich diese Gebiete „entsolidarisieren“.

© W2K

Beispiel: Praktische Konsequenzen im Bereich Breitbandausbau

- Aufbau von Breitbandnetzen erfolgt nur eigenwirtschaftlich, wo es sich lohnt („**Rosinen**“). In unattraktiven Gebieten („**Zitronen**“) verbleiben Lücken.
- Gesetzliche Auffangebene zur Sicherstellung eines Mindestangebots ist vorgesehen („Diensteverpflichtung“ durch BNetzA), aber schwach: „Schnelles Internet“ = nur mind. 15 Mbit/s im Download und 5.0 Mbit/s im Upload (§ 5 Abs. 2 TKMV)!

➔ Zitronen werden nicht versorgt und fallen an den Staat zurück.
➔ Staat reagiert mit Förderprogrammen.
➔ Sehr hohe Förder- und Bürokratiekosten.

Genehmigtes Förderbudget für Giganetzausbaus beträgt 38 Milliarden Euro.
siehe Pressemitteilung EU-KOM vom 23.07.2024,
https://germany.representation.ec.europa.eu/news/ausbau-von-gigabit-netzen-kommission-genehmigt-anderung-einer-deutschen-forderregelung-2024-07-23_de

Hinzu kommt:

- Staatliche Förderung ist nur erlaubt, wo nicht mit privatwirtschaftlichem Aufbau/Betrieb eines Giganetzes zu rechnen ist.
- Private Unternehmen können sich nachträglich entscheiden, in Konkurrenz zu staatlich geförderten Netzen private Infrastrukturen zu errichten!

➔ Zusätzliche Verschlechterung der Wirtschaftlichkeit staatlich finanzierter Infrastrukturen

© W2K

Exkurs: Parallelproblematik bei Transportleistungen im SPFV (1)

EU-Eisenbahnrecht basiert auf Wettbewerbsprinzip

- Unbundling: Trennung zwischen Eisenbahninfrastruktur und Betrieb
- Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) als vom Staat unabhängige Betreiber, die eigenwirtschaftlich und marktorientiert agieren
- Recht aller EVU auf Zugang zu Eisenbahninfrastruktur
- Regulierung: Kapazitätsverteilung, Zugangsbedingungen, Wegeentgelte

Gemeinwohlorientierte staatliche Eingriffe nur eingeschränkt zulässig

- Marktversagen als Voraussetzung und Grenze
- Zwei Instrumente
  - Allgemeine Vorschriften
  - Öffentliche Dienstleistungsaufträge (ÖDA)
    - » **Zusammenfassung rentabler und nicht-rentabler Strecken soll nach Auffassung der EU-KOM nur eingeschränkt zulässig sein („positive Netzwerkeffekte“)**
    - » Pflicht zur Ausschreibung

„Rosinenpicken“ ist nicht nur möglich, sondern gewollt!

© W2K

Exkurs: Parallelproblematik bei Transportleistungen im SPFV (2)

Situation in Deutschland

- DB Fernverkehr AG fährt eigenwirtschaftlich.
- Bislang keine allgemeinen Vorschriften / ÖDAs im SPFV
  - Keine staatliche Verpflichtung, Strecken gemäß einem bestimmten Fahrplan zu fahren.
  - Keine Produkt- und Preisvorgaben.
- Durchgangsfahrscheinsystem nicht etabliert.
- Flexticket-Angebot nur möglich, weil Strukturen aus staatlicher Monopolzeit fortwirken und DB Fernverkehr AG (noch) als Netzwerkanbieter agieren kann.

Deutsches SPFV-System kommt an Grenzen – Indizien:

- Wirtschaftliche Probleme, sinkende Qualität
- Wettbewerb (nur) bei Spartickets führt zu Preissteigerungen bei Flextickets
- Gleichzeitig: Faktische Entwertung von Flextickets der Bahn …

Umsetzung D-Takt (Zitronen-Strecken) noch ungeklärt.

Näher hierzu die im Rahmen des von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Projekts „SPFV-Orga“ („Ökonomisch-juristische Analysen zur (Re-) Organisation des deutschen Schienenpersonenfernverkehrs“) erstellten Studien:

Beckers, T. / Leister, H. / Nagel, K. / Vorwerk, L. / Pfaff, H. (2025): Die (Re-)Organisation des Schienenpersonenfernverkehrs (SPFV) in Deutschland – Eine (institutionen-)ökonomische Analyse alternativer Organisations-Lösungen für den deutschen SPFV unter Berücksichtigung des verfassungs- und unionsrechtlichen Rahmens

Hermes/Kramer/Weiß (2025), Unions- und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen für die (Re-) Organisation des Schienenpersonenfernverkehrs in Deutschland

Abrufbar unter: https://www.uni-weimar.de/de/bau-und-umwelt/professuren/iwm/forschung/publikationen

© W2K

4. Komplexe Regulierung zur Schaffung von Wettbewerb

- Wettbewerb ist ein wirkmächtiger Mechanismus, um Anreize für Innovationen und zur Verbesserung des Angebots (Preis-Leistungsverhältnis) zu setzen. Das gilt grds. auch für Leistungen, die auf Infrastrukturen angewiesen sind.
- Allerdings: Kollektive Infrastrukturen sind häufig natürliche Monopole.
- Hier muss Wettbewerb erst durch regulatorische Vorgaben (Unbundling, Regulierung von Netzanschluss und Netzzugang, Entgeltregulierung) künstlich ermöglicht werden.
- Die Vor- und Nachteile regulatorischer Strukturen (Effizienzgewinne vs. Bürokratiekosten) sollten abgewogen werden.

In Zeiten des Infrastrukturwandels sollten komplexe regulatorische Strukturen kritisch hinterfragt werden. Denn: Komplexe Regulierung kann den Aus- und Aufbau von Infrastrukturen behindern und verteuern.

© W2K

Beispiel: Wasserstoffnetze

- Die Gasbinnenmarkt-Richtlinie der EU schafft für Wasserstoffnetze einen Regulierungsrahmen, der an das bestehende Gas-Regulierungsregime angelehnt ist.

  insb. Unbundling-Vorgaben, Regulierung von Netzanschluss und Netzzugang einschließlich Regulierung der Wasserstoffnetzentgelte etc. (gewisse Übergangs- und Ausnahmeregelunge sind vorgesehen)
- Quersubventionierungen zwischen Erdgas- und Wasserstoffnetzen sollen vermieden werden.
- Offensichtlich hat EU-Gesetzgeber das Ziel vor Augen, einen (grenzüberschreitenden) Wettbewerb bei Gewinnung und Vertrieb von Wasserstoff zu ermöglichen.

Ist das sinnvoll für eine Infrastruktur, die es noch gar nicht gibt?
Wird hier womöglich (trotz Übergangsregelungen) der zweite Schritt vor dem ersten gemacht?

Näher hierzu z. B. *Miguel Martinez Rodriguez, Chi Kong Chyong, Timothy Fitzgerald und Miguel Vazquez*, Pipeline regulation for hydrogen: choosing between paths and networks, EPRG Working Paper 2514, abrufbar unter https://www.jbs.cam.ac.uk/wp-content/uploads/2025/06/eprg-wp2514.pdf

5. Fehlen tauglicher (kollektiver) Finanzierungsinstrumente

➔ Auf- und Umbau kollektiver Infrastruktur ist kapitalintensiv.

➔ Wichtig sind insb.: Möglichkeiten kollektiver Nutzerfinanzierung sowie Kosten der Aufbringung des übrigen Kapitals.

Beispiel: Wärmenetze

Kollektive Nutzerfinanzierung

- Können Investitionskosten ganz oder teilweise umgelegt werden?
- Wer kann unter welchen Voraussetzungen in welcher Höhe herangezogen werden?
- Zu welchem Zeitpunkt können die Entgelte erhoben werden?

Staatliche Zuschüsse

- Gibt es eine Investitions- oder Betriebskostenförderung?
- Unter welchen Voraussetzungen und in welcher Höhe?
- In welchem Zeitfenster?
- Wie sicher kann man mit Zuschüssen rechnen?

Kosten der (übrigen) Kapitalbeschaffung

- Staatliche Stellen können Kapital grundsätzlich günstiger beschaffen als private Investoren.
- Investiert eine staatliche Stelle (z. B. eine Gemeinde) selbst?
- Gibt es staatlich vergünstigte Kredite (z.B. KfW-Darlehen) oder staatliche Sicherheiten (z.B. Bürgschaften)?

© W2K

Beispiel: Kollektive Finanzierung von Wärmenetzen

Öffentliches Recht (Kommunalabgabenrecht) bietet größere Spielräume als Privatrecht

- Beiträge können – je nach Landesrecht – bis zu 100% der Investitionskosten abdecken.
- Beitragspflichtig sind Eigentümer der erschlossenen (und bebaubaren) Grundstücke.
- Beiträge entstehen mit (rechtsverbindlicher) Anschlussmöglichkeit.
- Ökonomisch betrachtet: Beitrag = Gegenleistung für Wertsteigerung des Grundstücks.
- Bemessung erfolgt danach, wie stark ein Grundstück vom Anschluss profitiert.

Möglichkeiten im Privatrecht sind im Vergleich dazu stark eingeschränkt.

- BKZ sind limitiert (max. 70% der Kosten für örtliche Verteilungsanlagen).
- BKZ entstehen nur und erst, wenn Verträge mit den Nutzern abgeschlossen werden.
- Vertragsschluss ist freiwillig, sofern nicht ABZ besteht (politisch / rechtlich schwierig!).

Vorfinanzierungsbedarf / Kapitalkosten sind in diesem System deutlich höher.

Hemmnisse:

Die Anwendung des Öffentlichen Rechts steht grds. nur staatlichen Stellen offen.

Die Beleihung Privater ist im Kommunalrecht der Länder nur vereinzelt und eingeschränkt zugelassen.

© W2K

Staatliche Zuschüsse für die Errichtung von Wärmenetzen

BEW-Förderung

→ Bund stellt über BEW erhebliche Fördermittel bereit.

- Machbarkeitsstudien: bis 50%
- Investitionskosten: grds. bis 40%
- Zudem teilw. Betriebskostenförderung

→ Verankerung derzeit nur im Haushalt und in Verwaltungsvorschriften

Förderung ist erheblich!
Aber: erzeugt oft hohe Bürokratiekosten.
„Haushaltsvorbehalt“= Unsicherheit

Kosten der Beschaffung des (übrigen) Kapitals

Staat als Investor

→ De facto kommen nur die Kommunen in Betracht

→ Viele Kommunen sind mit der Aufgabenstellung allein überfordert.

→ Denkbar sind ÖPP-Strukturen.

ÖPP-Strukturen sind oft mit komplexen rechtlichen Anforderungen verbunden.

Staatliche Darlehen / Sicherheiten

→ „Deutschlandfonds“ derzeit im Aufbau begriffen.

→ Programme werden aber erst aufgestellt.

Positiver Ansatz, noch viele Fragen offen.

© W2K

6. Dysfunktionale Entgeltregime

Das Entgeltregime ist von erheblicher Bedeutung für Investitionen in kollektive Infrastrukturen.

- Einerseits ist eine effektive Kontrolle bei Infrastrukturen mit Monopolcharakter zur Vermeidung von Übergewinnen notwendig.
- Andererseits muss Infrastrukturbetreiber damit rechnen können, dass er das investierte Kapital wieder erwirtschaften kann. Ansonsten besteht die Gefahr, das sinnvolle Investitionen unterbleiben.

- **Sektoren mit ex-ante-Regulierung** (z. B. Strom, Gas, Schieneninfrastruktur):
  - Relativ hohe Verlässlichkeit aus Investorensicht;
  - Effektive Kontrolle;
  - Hoher bürokratischer Aufwand.
- **Sektoren ohne ex-ante-Regulierung** (z. B. Wärme, Wasser):
  - Bei öffentlicher Versorgung kommt Gebührenrecht zum Tragen. Erfüllt die Anforderungen prinzipiell gut!
  - Bei privatrechtlicher Versorgung ist eine **Kartellbehördliche Preisprüfung** möglich.

Die Kartellbehördliche Preisprüfung bietet im Bereich Wasser und Wärme aus Verbrauchersicht nur lückenhaften Schutz.
Aus Versorgersicht ist das Kontrollregime unberechenbar:
Es kann zu Kostenunterdeckungen führen und daher investitionshemmend wirken.

Näher *Beckers/Bieschke/Weiß*, Die Regulierung der Erlöse der Unternehmen der Wasserversorgung – Grundlegende institutionenökonomische Analysen, Einordnung der gegenwärtigen Praxis und Reformempfehlungen für das Land Hessen, Arbeitspapier, 2018, abrufbar unter https://w2k.de/dr-holger-weiss-ll-m/; ferner Weiß, Klima und Recht 2025, 266 ff.

Weitere (spezifische) Probleme des privatrechtlichen Entgeltregimes für den Neubau von Wärmenetzen

1. **Recht des Kunden zur Anpassung der Leistung während der Vertragslaufzeit (§ 3 AVBFernwärmeV)**

   ⇒ Kalkulationsunsicherheit für Netzbetreiber v. a. beim Neubau von Netzen

2. **Preisanpassung nur auf Grund Preisgleitklausel**

   – Enge Vorgaben für Preisanpassungsklauseln in § 24 Abs. 4 AVBFernwärmeV

   – Kosten- und Marktelement

   – Kein „Mengenelement“

   ⇒ Preiskalkulation für neue Wärmenetze besonders schwierig! Sicherheitsaufschläge!

Das Entgeltregime ist auf den Verbraucherschutz in Bestandsnetzen ausgerichtet.
Es hemmt den Neubau von Wärmenetzen!

Näher Weiß, Klima und Recht 2025, 266 ff.

© W2K

A | Problemaufriss

B | Hemmnisse und Gestaltungsspielräume im geltenden Infrastrukturrecht

C | Fazit in Thesen

© W2K

Das deutsche Infrastrukturrecht ist in zentralen Bereichen nicht auf die spezifischen Anforderungen der Infrastrukturtransformation ausgerichtet.

Hemmnisse und Kostentreiber beim Um- und Ausbau kollektiver Infrastrukturen sind insbesondere:

- **Fehlende Regelungen zur Infrastrukturverantwortung.**
- **Prinzip „Markt vor Staat“**
  - v. a., wenn der Markt „Rosinen pickt“ und der Staat „Zitronen verdaut“.
- **Komplexe Regulierung zur Schaffung von Wettbewerb.**
- **Fehlen tauglicher (kollektiver) Finanzierungsinstrumente.**
- **Hohe Kapitalkosten im privaten Sektor.**
- **Dysfunktionale Entgeltregime.**

© W2K

W2K – die Kanzlei für Infrastrukturrecht

W2K Rechtsanwälte Partnerschaft mbB

Kaiser-Joseph-Straße 247
79098 Freiburg
Tel. 0761 / 211 149-0
freiburg@w2k.de
www.w2k.de

Charlottenstraße 21b
70182 Stuttgart
Tel. 0711 / 248 546-0
stuttgart@w2k.de
www.w2k.de

Lindenstraße 18
61440 Frankfurt/Oberursel
Tel. 0761 / 211149-0
oberursel@w2k.de
www.w2k.de

© W2K