

Schriftenreihe der
Deutsch-Französischen Juristenvereinigung

11

Christian Busmann

Infrastrukturregulierung in Frankreich und Deutschland

Eine Untersuchung der Unabhängigkeit nationaler
Netzinfrastrukturregulierungsbehörden



Nomos

Schriftenreihe der
Deutsch-Französischen Juristenvereinigung

herausgegeben von der
Deutsch-Französischen Juristenvereinigung e.V.,
vertreten durch den Präsidenten
Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Universität Heidelberg

Band 11

Christian Busmann

Infrastrukturregulierung in Frankreich und Deutschland

Eine Untersuchung der Unabhängigkeit nationaler
Netzinfrastrukturregulierungsbehörden



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2023

ISBN 978-3-7560-1480-4 (Print)

ISBN 978-3-7489-2016-8 (ePDF)

1. Auflage 2024

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die Arbeit wurde von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth im Juli 2023 als Dissertation angenommen. Die Arbeit berücksichtigt den Entwicklungsstand der Regulierungsbehörden bis August 2022.

Ich möchte mich herzlich bei meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Jörg Gundel bedanken, der mir nicht nur die Möglichkeit zur Promotion gegeben hat und mich stets tatkräftig bei der Umsetzung meines Vorhabens unterstützt hat. Darüber hinaus hat er mir als seinem Assistenten auch großes Vertrauen geschenkt, die deutsch-französische Freundschaft durch die Unterstützung der Organisation des deutsch-französischen Bachelors Rechtswissenschaft der Universität Bayreuth zu stärken.

Ebenso herzlich möchte ich Herrn Prof. Dr. Markus Möstl für die Erstellung des Zweitgutachtens und Herrn Prof. Dr. Bernd Kannowski als Vorsitzendem des Prüfungsausschusses meines Promotionsverfahrens danken.

Besonders wichtig für mich war die Unterstützung meiner Eltern Kathrin und Kai-Thomas Busmann, meines Bruders Hendrik Busmann sowie meiner Ehefrau Pitti Busmann, die mich nicht nur ermutigt haben, diese Aufgabe anzugehen, sondern auch in jeder Phase meines Projekts hinter mir standen und mich mit ihrem Rat unterstützt haben.

Bayreuth, Januar 2024

Christian Busmann

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	17
A. Entwicklung der europäischen Unabhängigkeitsvorgaben für Regulierungsbehörden der Netzinfrasektoren in Frankreich und Deutschland	21
I. (Fehlender) Wettbewerb im Netzinfrasektorbereich und die damit einhergehende Notwendigkeit einer unabhängigen Regulierung	21
1. Begriff und Spezifika der Netzinfrasektoren	22
a) Ökonomische Begründung einer staatlichen Marktteilnahme	23
b) Juristische Begründung einer staatlichen Marktteilnahme	28
2. Der Staat als Marktteilnehmer in Frankreich und Deutschland	32
a) Der Eisenbahnsektor	32
b) Der Post- und Telekommunikationssektor	36
c) Der Energiesektor	38
d) Zwischenfazit	42
3. Förderung des Wettbewerbs zulasten des Staats als Marktteilnehmer?	43
a) Eine ökonomische Betrachtung	43
b) Die juristische Unterstützung der ökonomischen Forderung nach Wettbewerb	46
c) Zwischenfazit	53
II. Europarechtliche Vorgaben – Katalysator für nationale Regulierungsvorhaben	53
1. Öffnung der Telekommunikations- und Postmärkte	58
2. Öffnung des Energiemarkts	63
3. Öffnung des Eisenbahnmarkts	68
4. Zwischenfazit	72

III. Unabhängigkeit nationaler Regulierungsbehörden als Voraussetzung für eine effektive Wettbewerbsüberwachung	73
1. Die europäischen Anfänge der Regulierungsbehörden in den Netzinfrastuktursektoren	73
a) Die Regulierungsbehörde im Telekommunikationssektor	74
b) Die Regulierungsbehörde im Postsektor	74
c) Die Regulierungsbehörde(n) im Energiesektor	75
d) Die Regulierungsbehörde im Eisenbahnsektor	75
e) Zwischenfazit	76
2. Aktuelle europarechtliche Unabhängigkeitsanforderungen an die nationalen Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten	77
a) Europäische Unabhängigkeitsanforderungen an nationale Regulierungsbehörden im Post- und Telekommunikationssektor	82
b) Europäische Unabhängigkeitsanforderungen an nationale Regulierungsbehörden im Eisenbahnsektor	84
c) Europäische Unabhängigkeitsanforderungen an nationale Regulierungsbehörden im Energiesektor	86
d) Zusammenfassung der europäischen Forderung nach (politischer) Unabhängigkeit der nationalen Regulierungsbehörden	87
IV. Das Nebeneinander von sektoralen Regulierungsbehörden und Wettbewerbsbehörden – Tradition oder Notwendigkeit in Deutschland und Frankreich?	88
V. Zwischenfazit	99
B. Vorherrschende Staatsprinzipien als Rahmen für die Netzinfrastukturregulierungsbehörden in Frankreich und Deutschland	101
I. Das französische Staatsprinzip	101
1. Unteilbarkeit als Synonym für die Einheit des französischen Staates	102

2. Wandlung vom zentralistischen Einheitsstaat hin zum dezentralisierten Einheitsstaat	103
a) Dekonzentration	104
b) Dezentralisierung	104
aa) Prinzip der Selbstverwaltung, <i>principe de libre administration</i>	105
bb) Die Regelungsbefugnis der Gebietskörperschaften – eine lokale Regelungsbefugnis	106
cc) Finanzielle Autonomie als Voraussetzung der Selbstverwaltung	107
II. Das deutsche Staatsprinzip	108
1. Das Bundesstaatsprinzip	108
a) Die Verteilung der Gesetzgebungskompetenz	109
b) Die Aufteilung des Gesetzesvollzugs zwischen Bund und Ländern	109
2. Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG – das deutsche Pendant zur französischen Dezentralisierung?	111
3. Zwischenfazit	112
C. Verwaltungs- und Behördenstrukturen als Unabhängigkeitsgrundlage der Netzinfrastrukturregulierungsbehörden in Frankreich und Deutschland	113
I. Die französische Wahl der <i>autorités administratives indépendantes</i> als taugliche Behördenform für die Netzinfrastrukturregulierungsbehörden	113
1. Die Grundzüge der ersten Netzinfrastrukturregulierungsbehörden in Frankreich	113
a) Die <i>autorités administratives indépendantes</i> als Grundbaustein der Netzinfrastrukturbehörden in Frankreich	116
aa) Das Gesetzgebungsverfahren der <i>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)</i> – die offizielle Geburtsstunde der <i>autorité administrative indépendante</i>	118
(1) <i>Autorité administrative indépendante</i> – eine unklare Typenbezeichnung	118

(2) Die <i>autorité administrative indépendante</i> als Reaktion auf das Misstrauen gegenüber dem französischen Staat	119
(3) Die Schwierigkeit der Einordnung in den französischen Staatsaufbau als Folge der unbekannten Typenbezeichnung	120
(4) Der Begriff der <i>autorité administrative indépendante</i> als Erläuterung für die Eingliederung in den französischen Staat	125
bb) Ergebnis des Gesetzgebungsprozesses	128
cc) Konkretisierung der Strukturen einer <i>autorité administrative indépendante</i> durch die Rechtsprechung und Lehre in den Folgejahren	131
dd) Konkretisierung der Behördenform <i>autorité administrative indépendante</i> - das Ergebnis eines langwierigen Prozesses	134
(1) <i>Autorité administrative indépendante</i> - der Verlust des Ausnahmestatus	134
(2) Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Anknüpfung?	136
(3) Die Entscheidung zugunsten einer mittelbaren verfassungsrechtlichen Anknüpfung der <i>autorités administratives indépendantes</i>	139
(4) Eine Interpretation der Stellung des <i>Défenseur des droits</i> in der französischen Verfassung als Hinweis zur verfassungsrechtlich gewollten Unabhängigkeit der <i>autorités administratives indépendantes</i>	143
b) Die Bestätigung der verfassungsrechtlich verankerten Unabhängigkeit des <i>Défenseur des droits</i> durch das französische Verfassungsgericht als Anwendungsbeispiel für eine allgemeine Ausgestaltung der Regelungen zu den <i>autorités administratives indépendantes</i>	146
2. Zusammenfassung der verschiedenen Argumentationsstrukturen	147

II. Das Gesetzespaket des Jahres 2017 – die Bestätigung einer jahrzehntelangen französischen Praxis durch den französischen Gesetzgeber	152
1. Eine letzte Bestandsaufnahme durch das französische Parlament	152
2. Loi n° 2017-54, Das <i>Loi organique</i> der <i>autorités administratives indépendantes</i> und der <i>autorités publiques indépendantes</i>	153
a) Art. 34 der französischen Verfassung als verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt	153
b) Ein den Forderungen an die gesetzgeberische Ausgestaltung der Behördenform nicht entsprechendes <i>loi organique</i>	153
c) Das Loi 2017-54; ein Regelungsauftrag an den französischen Gesetzgeber zur Schaffung ausreichender Unabhängigkeitsvorschriften	157
d) Zwischenfazit	158
3. Das Loi n° 2017-55 – zum Status der <i>autorités administratives indépendantes</i> und der <i>autorités publiques indépendantes</i>	159
a) Persönliche Berufs- und Verhaltensregeln der Verwaltungsratsmitglieder als Unabhängigkeitsvoraussetzung für die Behörden	160
aa) Berufs- und Verhaltensregeln als Folge einer persönlichen Haftung im Privatrecht	162
bb) Übertragung auf die französische Verwaltung und den <i>service public</i>	164
cc) Schaffung gleicher Voraussetzungen für den Staat bei Interaktion mit dem Bürger im Rahmen des <i>service public</i>	165
dd) Konformität mit europäischen Anforderungen an die Unabhängigkeit von Funktionären	165
ee) Diskussion im Parlament	166
b) Unwiderruflichkeit des Verwaltungsratsmandats	167
aa) Systematik der Ausnahmen zur Unwiderruflichkeit des Mandats und deren Relevanz für die Unabhängigkeit der Behördenform	168

bb)	Objektivierung der sanktionierbaren Pflichtverletzung und Unvereinbarkeiten	170
cc)	Abstimmungsverfahren über Pflichtverletzung des Verwaltungsratsmitglieds	171
dd)	Zwischenfazit	174
ee)	Das Prinzip der Unparteilichkeit als Teil der Unwiderruflichkeit des Mandats	174
ff)	Zeitliche Kollision der Unwiderruflichkeit des Mandats mit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs	175
c)	Möglichkeit der einmaligen Verlängerung des Verwaltungsratsmandats	178
d)	Unvereinbarkeit mit anderen Verwaltungsratsmandaten	184
e)	Offenlegungspflichten der Verwaltungsratsmitglieder	190
f)	Die dem Verwaltungsrat untergeordneten Behördenabteilungen	194
g)	Unabhängigkeit durch finanzielle Autonomie	207
aa)	Begriff der finanziellen Autonomie	208
bb)	Entscheidungsfreiheit über die Höhe des eigenen Budgets	209
cc)	Verwendungshoheit über das Budget	216
dd)	Zwischenfazit	219
h)	Parlamentarische Kontrollmöglichkeit als Legitimation der Behördenform	225
4.	Zwischenfazit	232
D.	Die französischen Netzinfrastrukturregulierungsbehörden und ihre Unabhängigkeit	237
I.	<i>L'Autorité de régulation des télécommunications</i> (später: <i>communications électroniques et des postes</i>)	237
1.	Das Führungsgremium der Telekommunikationsregulierungsbehörde	237
a)	Mitgliederanzahl des Gremiums	238
b)	Ernennungsprozess der Mitglieder und Auswirkung auf die politische Unabhängigkeit	240
c)	Qualifikationsanforderungen an das Mandat	242

d) Dauer des Mandats und Wechsel der Zusammensetzung des Gremiums	247
e) Inkompatibilitätsregelungen für die Gremiumsmitglieder	251
2. Weitere Behördenstruktur und finanzielle Ausstattung der Behörde	252
3. Zuständigkeiten und Kompetenzen der Telekommunikationsregulierungsbehörde	255
a) Beratungsfunktion	255
b) Regelungsbefugnis	256
aa) Genehmigungserfordernis als unabhängigkeitsschwächende Voraussetzung	257
bb) Begrenzte Genehmigungswirkung als legitimierendes Element	257
c) Überwachungsfunktion	259
d) Streitentscheidungskompetenz – eine Form der <i>régulation juridique</i>	260
aa) Einordnung der Streitentscheidungskompetenz	261
bb) Europarechtliche Vorgaben	262
cc) Die Frage nach dem Verstoß gegen die Gewaltenteilung	262
dd) Das Nebeneinander von Gericht und französischer Telekommunikationsregulierungsbehörde	264
(1) Schnelle behördliche Entscheidungen	265
(2) Französisches Misstrauen gegenüber Gerichten und die größere Handlungsfreiheit der Telekommunikationsregulierungsbehörde	266
ee) Relevanz der Zuordnung einer Streitentscheidungskompetenz für die Unabhängigkeit	269
ff) Berichtspflicht gegenüber dem französischen Parlament	269

4. Die Modernisierung der französischen Telekommunikationsregulierungsbehörde und ihre Auswirkung auf die behördliche Unabhängigkeit	271
a) Die Rechtslage der französischen Telekommunikationsregulierungsbehörde bis 2004	271
b) Die Zuständigkeitserweiterung der Telekommunikationsregulierungsbehörde durch Aufnahme des Postsektors	275
aa) Aufgaben der neu geschaffenen Post- und Telekommunikationsregulierungsbehörde	276
bb) Erweiterung des Verwaltungsrats	277
cc) Änderung der Ernennungsmodalitäten	280
dd) Eine verstärkte finanzielle Absicherung der Zukunft – mehr Unabhängigkeit für die Verwaltungsratsmitglieder	284
5. Die Entwicklung der französischen Post- und Telekommunikationsregulierungsbehörde bis heute	285
a) Aufbau und Ernennung des Verwaltungsrats	285
b) Inkompatibilitätsvorschriften	289
c) Aufgabenbereich der Regulierungsbehörde	290
6. Fazit zur Unabhängigkeit der französischen Post- und Telekommunikationsregulierungsbehörde	291
II. <i>La Commission de régulation de l'électricité</i>	292
1. Gründungsphase	294
a) Verwaltungsrat und Organisation der Behörde	294
b) Politische Einflussnahme durch den <i>Commissaire du Gouvernement</i> ?	299
c) Das Weisungsverbot als Stärkung der behördlichen Unabhängigkeit	303
d) Aufgabenbereich	304
e) Zusammenfassung der Auswirkungen auf die Unabhängigkeit	308
2. Entwicklung der Elektrizitätsregulierungsbehörde bis heute	308
a) Die Gremien der Regulierungsbehörde	309
b) Finanzen	318
c) Aufgaben	318
d) Zwischenfazit	320

III. <i>Autorité de régulation des transports</i>	321
1. Der Gründungstext der <i>Autorité de régulation des activités ferroviaires</i>	322
a) Der Verwaltungsrat, die Organisation und Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde	323
b) Regulierungsaufgaben und Rechenschaftslegungspflicht der <i>Autorité</i>	327
c) Zwischenfazit	328
2. Die Entwicklung der <i>Autorité de régulation des activités ferroviaires</i> und die Folgen für ihre Unabhängigkeit	328
a) Die Organisation der <i>Autorité</i>	328
b) Regulierungsaufgaben	331
c) Zwischenfazit	331
IV. Abschließende Betrachtung der französischen Netzinfrastukturregulierungsbehörden	331
E. Die Bundesnetzagentur – eine unabhängige Regulierungsbehörde aus europäischer Sicht?	333
I. Der Aufbau der BNetzA und seine Auswirkungen auf ihre Unabhängigkeit	335
1. Das BEGTPG als Organisationsgesetz für die BNetzA	335
2. Die selbstständige Bundesoberbehörde, Art. 87 Abs. 3 GG, als deutsches Pendant zur <i>autorité administrative indépendante</i>	336
3. Die Gremien und Organe der BNetzA	339
a) Der Präsident und seine Vizepräsidenten	339
b) Der Beirat	346
c) Die Beschlusskammern	348
4. Die Existenz weiterer politischer Einflussmöglichkeiten durch den Behördenaufbau	349
5. Inkompatibilitätsanforderungen zugunsten der behördlichen Unabhängigkeit	350
a) Inkompatibilitätsvorschriften für die Leitungsorgane der BNetzA	350
b) Inkompatibilitätsvorschriften für den Beirat	351
c) Die Beschlusskammern betreffende Inkompatibilitätsvorschriften	352
d) Zwischenfazit	353

6. Weitere potenzielle Risiken für die behördliche Unabhängigkeit	354
II. Die Weisungsfreiheit der Bundesnetzagentur	356
III. Die normative Regulierung als aktuelles Problem der Unabhängigkeit von Regulierungsbehörden	360
1. Qualifizierung von normativen Regelungen als verbotene Weisungen?	362
2. Umsetzungsmöglichkeiten für den deutschen Bundesgesetzgeber	363
a) Regelung durch den deutschen Gesetzgeber: <i>Hochzoning</i>	363
b) Subdelegation nach Art. 80 Abs. 1 S. 4 GG	364
c) Weitere, in der Literatur aufgeführte Möglichkeiten	364
d) Eigener Lösungsansatz für die normative Regulierung durch die BNetzA	365
F. Die demokratische Legitimation der Netzinfrastukturregulierungsbehörden	369
I. Die demokratische Legitimation französischer Netzinfrastukturregulierungsbehörden	369
II. Die demokratische Legitimation der deutschen BNetzA	375
1. Die unterschiedliche Ausgangslage in Frankreich und Deutschland	375
2. Das europäische Demokratieprinzip als Lösung der deutschen Legitimationsproblematik?	382
a) Allgemeines zum europäischen Demokratieprinzip	382
b) Konkretisierung mit Blick auf die Unabhängigkeit der BNetzA durch den EuGH	383
Schlussbetrachtung	385
Literaturverzeichnis	387

Einleitung

Der Satz von Bundesminister für Wirtschaft und Klimaschutz, Dr. Robert Habeck, zum Amtsantritt des derzeitigen Präsidenten der Bundesnetzagentur (BNetzA): „*Die Bundesnetzagentur spielt als Regulierungsbehörde eine zentrale Rolle für die Versorgungssicherheit in Deutschland und die Umsetzung der Energiewende, sei es beim Netzausbau oder bei der Netzregulierung.*“¹ spiegelt die aktuelle Relevanz von Netzinfrastukturregulierungsbehörden im europäischen Kontext nicht nur auf dem Energiesektor wider. Nicht erst seit dem Krieg in der Ukraine und den damit verbundenen Sorgen über inzwischen eingetretene Energieversorgungslücken in Europa und Deutschland, sondern bereits im Rahmen der Energiewende, ist die BNetzA immer mehr in das Licht der breiten Öffentlichkeit gerückt.

Dabei nimmt die BNetzA nicht nur im Energiebereich, sondern auch im Telekommunikations- sowie im Post- und im Eisenbahnbereich eine prägende Rolle ein. All diese Infrastrukturbereiche waren Märkte, in denen der deutsche Staat als Marktteilnehmer stark präsent war und es bis heute teilweise ist. Mit der aufkommenden und vor allem durch europarechtliche Vorgaben geprägten Regulierung wurde dementsprechend auch die Frage laut, ob sich denn der Staat als regulierter Marktteilnehmer gleichzeitig auch selbst die Rolle als Regulierer zuweisen können sollte. Auf europarechtlicher Ebene wurde dieser Frage mit immer weitergehenden Unabhängigkeitsanforderungen begegnet.

Die Rolle der BNetzA in Deutschland ist folglich eng verknüpft mit der Frage der behördlichen Unabhängigkeit. Spätestens mit dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) aus dem September 2021 hat die Debatte um die Behörde neue Fahrt aufgenommen. Auch wenn die Neutralitätsfrage in einem völlig anderen Kontext beleuchtet wurde, haben nicht zuletzt das Urteil des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zur Neutralitätspflicht der ehemaligen Bundeskanzlerin oder die bis heute ungeklärten Vorgänge um die Durchsuchungen der Osnabrücker Staatsanwaltschaft in

1 BNetzA, Pressemitteilung vom 01.03.2022, https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/20220301_Mueller.html, zuletzt aufgerufen am 01.03.2022.

Bundesministerien gezeigt,² wie schwer sich Deutschland insgesamt mit Fragen der Unabhängigkeit und Neutralität staatlicher Akteure tut.

Man möchte meinen, dass ähnliche Fragestellungen aktuell auch bei unserem direkten Nachbarn Frankreich diskutiert werden. Denn auch in Frankreich gibt es auf die Netzinfrastuktursektoren spezialisierte Regulierungsbehörden. Ihnen liegt aber ein mit deutschen Behörden nicht zu vergleichendes Grundkonzept der *autorité administrative indépendante* zugrunde, auf welches die französische Öffentlichkeit ab Ende der 70er Jahre durch dessen breiten Siegeszug aufmerksam wurde und welches bis heute immer wieder Ziel von Änderungen und Anpassungen des französischen Gesetzgebers ist. Nach einem vergleichbaren vernichtenden EuGH-Urteil zu den französischen Netzinfrastrukturegulierungsbehörden sucht man vergebens. Und auch ansonsten scheint der „Kampf“ um eine ausreichende Unabhängigkeit der französischen Regulierungsbehörden unter gleichzeitiger Einbindung in den französischen Staatsaufbau deutlich geräuschloser aber deshalb nicht zwingend unproblematischer als in Deutschland zu verlaufen.

Daher beschäftigt sich die vorliegende Arbeit mit einer vergleichenden Untersuchung der Netzinfrastrukturegulierungsbehörden beider Länder und geht dabei den Fragen nach, wie sich die jeweiligen Behörden in den beiden Ländern im jeweiligen Kontext entwickelt haben. Damit einher geht auch die Betrachtung des heutigen Aufbaus, ihrer Organisation und der gewachsenen Integration in den jeweiligen Staatsaufbau. Denn für die Betrachtung der Unabhängigkeit einer Regulierungsbehörde kommt es nicht allein, wie überwiegend in Deutschland diskutiert, auf die Frage nach einer verfassungsmäßigen Weisungsfreiheit der Behörde an. Die vielmehr entscheidende Frage, die sich aus europäischer Sicht und folglich auch zwangsläufig aus nationaler Sicht stellte, war, ob die Netzinfrastrukturegulierungsbehörden in ihrer jeweiligen Organisation, sprich durch ihre innere Ausgestaltung, ihre Inkompatibilitätsregelungen, die Anforderungen zu Berufung und Abberufung in Ämter und durch die ihr zustehenden Kompetenzen jeweils ausreichend unabhängig im Verhältnis zum Staat ausgestal-

2 Sehl, Grüne sehen Belege für Justizskandal rund um Bundestagswahl, LTO, <https://www.lto.de/recht/justiz/j/justizskandal-durchsuchungen-berlin-bmjb-bmf-gruene-staatsanwaltschaft-osnabrueck-niedersachsen-justizministerin/>, zuletzt abgerufen am 30.06.2022.

tet sind,³ und damit potenziellen Vertragsverletzungsverfahren standhalten würden. Zu einem Teil der Kompetenzen hat der EuGH aktuell mit Blick auf die deutsche BNetzA entschieden, mit dem Ergebnis, dass der deutsche Gesetzgeber gezwungen ist, tätig zu werden, da die derzeitige Konzeption der BNetzA zumindest im Bereich der Energieregulierung nicht ausreicht. Sodann wurde betrachtet, ob aus den Erfahrungen der jeweiligen Systeme Schlüsse gezogen werden können, um gegebenenfalls notwendig gewordene Änderungen im Rahmen des nationalen Regulierungsregimes hin zu einer den europäischen Vorgaben entsprechenden Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden aus diesen Schlüssen abzuleiten.

3 Masing, Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und parlamentarischer Verantwortung 2006, S. 533.

A. Entwicklung der europäischen Unabhängigkeitsvorgaben für Regulierungsbehörden der Netzinfrastruktursektoren in Frankreich und Deutschland

I. (Fehlender) Wettbewerb im Netzinfrastrukturbereich und die damit einhergehende Notwendigkeit einer unabhängigen Regulierung

Die Entwicklung der an nationale Regulierungsbehörden gestellten Unabhängigkeitsanforderungen ist geprägt durch Vorgaben und Anforderungen des europäischen Gesetzgebers. Dabei lässt sich die Forderung nach Unabhängigkeit der Regulierungsbehörden besonders gut am Beispiel des Netzinfrastrukturbereichs erläutern. Sowohl aus heutiger deutscher als auch aus französischer Sicht lässt sich festhalten, dass eine gut funktionierende und ausgeprägte Netzinfrastruktur ein wesentlicher Faktor für die gesellschaftliche und damit einhergehend auch wirtschaftliche Entwicklung der Nationen war.¹ Entsprechend wurde den Netzinfrastrukturbereichen und deren Entwicklung in beiden Ländern eine besondere Relevanz zugesprochen, sodass sich der Staat von Beginn an und zu einem nicht unwesentlichen Teil bis heute hier als Marktakteur einbringt und inzwischen auch als Regulierungsbehörde auftritt.² Diese staatliche Doppelrolle ist dementsprechend prädestiniert für den Vorwurf, der jeweilige Staat sei der Parteilichkeit in diesen Bereichen ausgesetzt. Dementsprechend und so paradox es auch klingen mag, kommen gerade in den Bereichen der Netzinfrastruktursektoren den Anforderungen an die Unabhängigkeit der staatlichen Regulierungsbehörden vom Staat selbst eine besondere große Bedeutung zu.

Um die sich wandelnde Rolle des Staates in den Netzinfrastrukturen und die damit einhergehende Notwendigkeit der Unabhängigkeit von den

1 Beide Staaten sahen schon früh die Vorzüge für die gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung der Nationen mithilfe der Netzinfrastrukturen und die finanziellen Möglichkeiten für die dort agierenden Betreiber. S. beispielhaft für den Eisenbahnsektor in Deutschland und Frankreich die Fn. 58 ff., Fn. 70 ff. und für den Post- und Telekommunikationssektor die Fn. 76 und 85. Die Vorzüge dieser Entwicklungen für Gesamteuropa waren auch auf europäischer Ebene gewichtige Argumente für die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts, s. Fn. 167.

2 S. beispielhaft für Frankreich und Deutschland die Eisenbahnunternehmen *SNCF* und *Deutsche Bahn* und die jeweiligen staatlichen Regulierungsbehörden *Autorité de régulation des transports* und *Bundesnetzagentur*.

heutigen Regulierungsbehörden nachvollziehen zu können, sind zunächst der Begriff der Netzinfrastuktur selbst zu erläutern sowie die Spezifika der Netzinfrastrukturen aufzuzeigen.

1. Begriff und Spezifika der Netzinfrastuktursektoren

Eine allgemeingültige Definition des Begriffs *Netzinfrastuktursektor* gibt es wohl bis dato nach wie vor nicht.³ Teilt man ihn jedoch in seine jeweiligen Komponenten *Netz* und *Infrastruktur*, so lässt sich folgendes festhalten: Unter einem Netz wird eine System oder eine Struktur verstanden, welches ein verzweigtes und raumübergreifende Transport- und Logistiksystem zur Überwindung von Entfernungen ist, worunter z.B. Kommunikations-, Versorgungs- und Transportsysteme fallen.⁴ Die sich daraus bildende Infrastruktur stellt die notwendige Grundlage für weitere darauf aufbauende Dienstleistungen wie etwa Personen- und Güterbeförderung oder aber Energieversorgung dar und ist damit als notwendige Vorleistung für die zu erbringenden Infrastrukturdienstleistungen zu verstehen.⁵ Damit sind typische Beispiele für Netzinfrastrukturen vor allem der Eisenbahnsektor, der Energie- und Gasbereich sowie der Bereich der Telekommunikation. Diese Systeme zeichnen sich zunächst alle durch ihre physische Präsenz aus. Auf den ersten Blick ist es einleuchtend, dass diese physischen Strukturen Grundvoraussetzung für eine funktionsfähige Versorgung der Gesellschaft sind und deren Funktionsfähigkeit daher unabdingbar für das Fortkommen der Gesellschaft und schlicht für das Allgemeinwohl ist. Folglich erschien das anfängliche Auftreten der Staaten Frankreich und Deutschland in diesen Bereichen sowohl als Bereitsteller der Infrastruktur als gleichzeitig auch als Leistungserbringer, sprich als Versorger, zunächst der logische Schritt zu sein. Bei dieser Aufzählung darf das Postwesen jedoch nicht vergessen werden. Auch wenn es hier zunächst im Vergleich zu den oben aufgeführten Infrastrukturen an der physischen Netzpräsenz fehlt, wird das Postwesen zeitgleich mit dem Telekommunikationswesen genannt.

Diese von Beginn an gemeinsame Nennung und Betrachtung sind nicht allein dem Umstand geschuldet, dass beide Bereiche unter den gemeinsamen Überbegriff *Kommunikation* fallen. Mit der Transportfunktion des

3 Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 3; Schatz, ZögU 1996, 122 (124 ff.).

4 Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 3.

5 von Weizsäcker, WuW 1997, 572.

Postsektors, die zwar nicht auf spezielle Netze wie die der Eisenbahn oder die der Telekommunikation angewiesen ist, ging eine nicht zu vernachlässigende Signalfunktion einher. Dass die funktionierende Kommunikation innerhalb der Gesellschaft durch den Staat für diese als wesentlich erkannt wurde, zeigte sich nämlich ebenfalls darin, dass der Staat den Postdienst übernahm, um die Zustellung sicherzustellen und damit ein Zeichen zu setzen, für die Versorgung der Gesellschaft sichtbar einzustehen.⁶

Dementsprechend wurde auch der Postsektor als wesentlicher Bereich für die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung in Frankreich und Deutschland identifiziert und verdient daher eine gemeinsame Betrachtung mit den bereits genannten Netzinfrastuktursektoren.

a) Ökonomische Begründung einer staatlichen Marktteilnahme

Wirtschaftlich wurde das Betreiben von Netzen in den jeweiligen Netzinfrastuktursektoren durch den Staat bereits durch *Adam Smith* begrüßt und durch diesen unter anderem damit begründet, dass der Auf- und Ausbau solcher Netze zwar einen erheblichen gesellschaftlichen Nutzen mit sich brächte, jedoch aufgrund der jeweils sehr hohen Kostenintensität für Private im Hinblick auf den erwartbaren Gewinn unrentabel sei, sodass einzelnen privatwirtschaftlichen Unternehmen in einem Wettbewerb ohne Monopolstellung der Anreiz fehlen würde, in diesen Bereichen tätig zu werden und zu investieren.⁷

Der fehlende Anreiz aufgrund hoher Investitionen und in Ermangelung ausreichend hoher Gewinnerwartungen lässt sich heute ökonomisch mit dem Aufbau und der Nutzbarkeit der Netzinfrastuktur selbst erklären. Bei den Eisenbahn-, Post- und Telekommunikations- sowie Elektrizitäts- und Gasnetzen handelt es sich um Versorgungsnetze.⁸ Diese Netze können allein dann effektiv und rentabel sein, wenn eine Vielzahl von Nutzern an das Netz angeschlossen ist, die Nutzer zur Interaktion keine weiteren Netze benötigen und aufgrund der Größenvorteile durch die Vielzahl von angeschlossenen Teilnehmern die Kosten für den jeweiligen Betreiber sinken.⁹

6 Bullinger, JZ 2003, 597; Conseil d'État, Rapport Public 2002, Études & Documents n° 53, S. 354.

7 Smith, Der Wohlstand der Nationen 2005, S. 743.

8 S. zur Einordnung A.I.1.

9 Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 6 ff.

Anders ausgedrückt: Ein einmal geschaffenes und durch die Nutzer erschlossenes Netz ist hinreichend effektiv und verhindert, dass bei Anschluss einer Vielzahl von Nutzern parallel weitere Netze entstehen, sodass es im Extremfall zur Bildung eines Monopols im Bereich der Versorgungsnetze, also in den oben genannten Netzinfrastrukturbereichen kommt.¹⁰

Folglich erschien es zunächst logisch, dass Wettbewerb um den Aufbau verschiedener Netze hinderlich sei und der Staat im Hinblick auf die Nutzeneffizienz als alleiniger Anbieter den Wettbewerb zum Vorteil der einzelnen Nutzer unterbinden sollte. Hinzu kam mit dem Argument der hohen Investitionen ein weiterer Punkt. Der Aufbau von Netzen erfolgt flächendeckend und erfordert in Bezug auf die zu bebauenden Flächen mit der zugrundeliegenden Planung, dem Bau, dem Betrieb und der Wartung der Struktur einen hohen Kapitalaufwand, das investierte Kapital wiederum bleibt für den Investor daraufhin auf sehr lange Zeit gebunden.¹¹ Solche Investitionen und Kosten werden daher auch als versunkene Kosten (*sunk costs*) bezeichnet, da diese Investitionen quasi verloren gehen, denn die damit errichteten Strukturen und das hierfür eingesetzte Kapital können keinem anderen Zweck als dem Betrieb der Netzinфраstruktur zugeführt werden.¹² Ein etablierter Netzanbieter wird daher wohl kaum aus dem Markt austreten wollen, ein neuer Anbieter hingegen scheut den Markteintritt, da er die versunkenen Kosten zunächst aufbringen und damit im gleichen Zeitraum deutlich mehr investieren müsste, als der bereits etablierte Anbieter in diesem Moment laufende Kosten hat.¹³ Besteht erst einmal ein Netz, so wird sich nur schwerlich ein zweiter Anbieter für einen parallelen Netzaufbau finden. Im Ergebnis wird aus finanziellen und Effektivitätsgründen daher nur ein Netz im jeweiligen Netzinфраstruktursektor entstehen und auch Bestand haben. Da folglich also ein Anbieter das Netz effektiver aufbauen und anbieten kann als eine Vielzahl weiterer Anbieter, spricht man im Netzinфраstrukturbereich auch von einem *natürlichen Monopol*.¹⁴

Damit stellt sich anschließend jedoch die Frage, warum ausgerechnet der Staat und nicht ein anderer privater Anbieter als Marktteilnehmer zum

10 Ders., Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 8.

11 Sack, Vom Staat zum Markt 2019, S. 46.

12 Fehling, AöR 1996, 59 (60).

13 Klös, Öffentliches Infrastrukturmonopol – noch zeitgemäß? 1989, S. 25.

14 Knieps, Regulierungsansatz der Netzökonomie 2000, S. 9; Sack, Vom Staat zum Markt 2019, S. 46.

Netzbetreiber und damit zum natürlichen Monopolisten wurde. Diese Frage bzgl. des Betriebs der Netzinfrastruktur wurde lange Zeit im Licht der *Theorie der öffentlichen Güter* betrachtet. Unter öffentlichen Gütern sind dabei Güter und Dienstleistungen zu verstehen, die einen für die Allgemeinheit zugänglichen Charakter besitzen, folglich also zu moderaten Preisen jedermann zur Verfügung stehen und für deren Bereitstellung der Staat einsteht.¹⁵ Im Umkehrschluss müsste die Einordnung von Infrastruktur als öffentliches Gut bedeuten, dass es nicht oder nur mit unvertretbarem Aufwand möglich ist, Nutzer von der Nutzung bspw. durch ein Ausschluss- bzw. Eintrittssystem abzuhalten.¹⁶ Dass dies nicht ohne weiteres zutrifft, ist unschwer zu erkennen. Die Netzinfrastruktur lässt sich keinesfalls als öffentliches Gut einordnen. Der Schienenweg oder die Energienetze lassen sich durchaus ohne größeren Aufwand für die Verwendung durch Dritte sperren oder zumindest einschränken, indem bspw. Entgelte für die Nutzung erhoben werden, was gerade auch hinsichtlich der Kosten einer zu erwartenden Instandhaltung und Wartung sinnvoll erscheint.¹⁷

Eine andere Frage ist aber jene, ob ein solcher Ausschluss auch politisch gewollt war, ob die Einordnung als öffentliches Gut nicht von Anfang an eher ein politisch gewünschtes Ziel war. Wie bereits angesprochen, waren die durch die Netzinfrastruktur möglich gewordenen Dienstleistungen wie der Transport von Strom, Licht oder Gütern elementar für die Gesellschaft. Dazu kam, dass sie daneben auch für die wirtschaftliche Entwicklung und damit für die Wirtschaftsstandorte Deutschland und Frankreich schon immer sehr relevant waren. Mit der Vermutung, dass aufgrund des fehlenden wirtschaftlichen Interesses privater Anbieter wohl kaum kostengünstige Angebote für die Nutzer geschaffen worden wären, wollte der Staat selbst als Anbieter aktiv werden, um ein flächendeckendes und gleichwertiges kostengünstiges Angebot für Bürger und Wirtschaft zu schaffen und so deren Bedürfnisse zu befriedigen.¹⁸ Im Zuge dessen wurde die *Theorie der öffentlichen Güter* erweitert und auf Güter übertragen, die zwar grundsätzlich gegenüber Nutzern ausschussfähig gewesen wären, dies hätte aber möglicherweise zum Ausschluss der Mehrheit geführt, was wiederum der

15 Sack, Vom Staat zum Markt 2019, S. 41.

16 Fehling, AöR 1996, 59 (86).

17 Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 5.

18 Schatz ZöG 1996, 122; Stüber, Der Städtetag 2001, 42 (43).

Idee einer gewünschten flächendeckenden Infrastrukturversorgung widersprochen hätte.¹⁹

Mithin erfüllte die Infrastruktur nie im klassischen Sinn die Voraussetzungen eines öffentlichen Gutes. Der politische Wille des Staates und dessen verteilungspolitischen Ziele, die flächendeckende Infrastrukturversorgung möglichst zu einem fairen und annehmbaren Preis zu gestalten, rückte die Infrastruktur jedoch in den Bereich des öffentlichen Guts, sodass der Staat die Versorgung mithilfe der Infrastruktur schlichtweg übernahm.²⁰

Ein weiterer dafür streitender Punkt für die Bereitstellung der Netze und das Anbieten von Dienstleistungen durch den Staat war aus ökonomischer und juristischer Sicht lange Zeit die Verhinderung eines potenziellen Marktversagens. Als Problem kristallisierte sich dabei vor allem folgendes Marktversagens-Szenario heraus: Unter dem Gesichtspunkt, dass Netze nur dann effektiv sind und Nutzen für die angeschlossenen Nutzer generieren, wenn sie funktionsfähig sind und viele Nutzer das Anschlussangebot wahrnehmen,²¹ waren die Netzbetreiber in den jeweiligen Verkaufsverhandlungen mit Grundstückseigentümern unter Zugzwang, ein positives Verhandlungsergebnis zu erreichen, also ihre physischen Netzlücken in den Netzinfrastukturbereichen zu schließen, um das Netz funktionsfähig zu gestalten.²² Die bereits entstandenen *sunk costs* konnten sich folglich vorher nicht rentieren.²³ Natürlich war aber nicht jeder Grundstückseigentümer bereit, für die von den Netzbetreibern angebotenen Preise oder aber überhaupt zu verkaufen.²⁴ Engel spricht in dieser Situation von „Kettengütern“.²⁵ Solange nicht alle Kettengüter zusammengeschlossen sind, stiftet die Kette und damit das Netz keinen Nutzen. Um in der Sprache der Monopole zu bleiben: Dem jeweiligen Grundstückseigentümer stand ein *situatives Monopol* zu.²⁶ Im Ergebnis bestand so folglich die Gefahr für Netzbetreiber und vor allem auch für die potenziellen Nutzer, dass aufgrund negativ ver-

19 Klös, Öffentliches Infrastrukturmonopol – noch zeitgemäß? 1989, S. 12.

20 Fehling, AöR 1996, 59 (86); Bickenbach, Kieler Arbeitspapiere 1998, S. 10.

21 S. hierzu A.I.I.a).

22 Engel, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 8.

23 S. A.I.I.a), Fn. 12.

24 Engel, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 8 ff.

25 Ders., *Die Verwaltung* 1997, 429 (436); ders., Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 7.

26 Ders., Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 12.

laufender Verhandlungen über den Grundstücksverkauf das geplante Netz nie fertiggestellt werden konnte und die bereits getätigten Investitionen der Netzbetreiber verloren gewesen wären und darüber hinaus möglicherweise die Aufrechterhaltung des gesellschaftlichen Wohls gefährdet war.²⁷ Als Lösung dieses Problems stand zeitweilig ein Eingriff durch die staatliche Hoheitsgewalt in Form einer denkbaren Enteignung nach Art. 14 GG im Raum.²⁸

Art. 14 GG versprach hier als *ultima ratio* des Staates für den Fall, dass der Netzaufbau an dem fehlenden Verkauf eines oder mehrerer Grundstücke scheitern sollte, Abhilfe. War der Staat selbst der verhandelnde Netzbetreiber, so bestand für ihn zumindest theoretisch die Möglichkeit, bei negativ verlaufenden Verhandlungen, eine Enteignung des Grundstückseigentümers voranzutreiben, um zum Wohl der Allgemeinheit das Netz auszubauen, Art. 14 III GG.²⁹ Dieser Ansatz birgt wiederum die Gefahr, dass sich der Fokus der Verhandlungen unerschwerlich ändert, denn dort wo die Enteignung im Raum steht, wird es nur noch vordergründig um einen Kaufpreis gehen, dahinter steht aber das Phänomen, dass dem Eigentümer nunmehr daran gelegen sein wird, die Enteignung zu verhindern.³⁰ Hatte zuvor noch der Grundstückseigentümer den Verhandlungsvorteil, dass der Netzbetreiber auf sein Grundstück angewiesen war, so drohte ihm nun, sein Verhandlungsgeschick nicht zu überreizen, um nicht einen staatlichen Eingriff zu riskieren. Ähnlich in der Argumentation - da insofern der Wortlaut des Art. 14 III GG dem nicht widersprach - kam daneben auch eine privatnützige Enteignung durch den Staat in Frage, solange durch private Netzbetreiber das Wohl der Allgemeinheit gefördert wurde.³¹ Trotzdem hatte das Auftreten des Staates als direkter Netzbetreiber den Vorteil, dass hier anders als bei privaten Netzbetreibern nicht die Gefahr bestand, dass die wirtschaftlichen Ziele noch einmal geändert werden würden, sodass rückblickend im Ergebnis die bereits stattgefundene Enteignung nicht zu rechtfertigen gewesen wäre. Denn es bestand immer die Gefahr, dass sich

27 Ders., Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 7 ff.

28 Engel, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 13, der auf verschiedene Fundstellen in der Habilitationsschrift von Hermes verweist, *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, vor allem S. 273 ff.

29 Ders., Staatliche Infrastrukturverantwortung, vor allem S. 370.

30 Engel, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 14.

31 *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung 1998, vor allem S. 371.

die wirtschaftlichen Ziele eines solchen Netzbetreibers während des Netzaufbaus ändern konnten, sodass die vormals gerechtfertigte Enteignung nicht mehr zu rechtfertigen gewesen wäre und die Enteignung hätte rückabgewickelt werden müssen.³²

So wurde das aus volkswirtschaftlicher Sicht betrachtete natürliche Monopol der Netzinfrastruktur zum staatlichen Monopol und der Staat sowohl zum Bereitsteller von Netzen als auch zum Erbringer von Dienstleistungen im Energie-, Transport- sowie im Post- und Telekommunikationsbereich.

b) Juristische Begründung einer staatlichen Marktteilnahme

Federführend für die Übernahme dieser natürlichen Monopole durch den Staat war dabei vor allem der französische Rechtsprofessor *Leon Duguit*. Dieser wirkte auf französischer Seite tatkräftig bei der Entwicklung des *service public* mit.³³ Diese noch näher zu erläuternde Staatskonzeption, welche wohl ihre Ursprünge in Frankreich findet und erst später in Deutschland übernommen wurde,³⁴ stand dabei in starkem Kontrast zu dem damals noch vorherrschenden monarchistischen Staatsverständnis im Sinne einer absoluten Staatsgewalt. Dieses von *Duguit* abgelehnte Staatsverständnis zeichnete sich in beiden Nationen dadurch aus, dass staatliche Macht nur durch den Staat selbst begrenzt werden können sollte, der dementsprechend allmächtig war.³⁵ Ausgerechnet die Schrecken des deutsch-französischen Kriegs 1870/1871 mit dem Resultat, dass Deutschland die französischen Gebiete Elsass und Lothringen annektierte, führten dazu, dass in Frankreich eine Abkehr von dem Verständnis einer absoluten Staatsgewalt einsetzte, da diese Annektierung durch Deutschland wohl aus französischer Sicht ihre Rechtfertigung in der damals vorherrschenden absoluten Staatsmacht und -gewalt fand.³⁶ Die Abkehr von dieser Theorie führte schließlich hin zu den durch *Duguit* weiterentwickelten Thesen des *service public*.

32 Vgl. *Engel*, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter 1998, S. 14.

33 *Nader; Melleray*, *Le renouveau de la doctrine française* 2009, S. 243.

34 *Bullinger*, JZ 2003, 597 (598).

35 *Ders.*, JZ 2003, 597 (598).

36 *Ders.*, JZ 2003, 597 (598).

In einem ersten Schritt wurde der *service public* zunächst lediglich als Ergebnis einer freien Willensbildung der öffentlichen Gewalt verstanden. Darunter war eine staatliche Leistung zu verstehen, die nach dem Willen des Staates im allgemeinen Interesse zu einem gewissen Zeitpunkt zugunsten des Staatsvolks erbracht werden sollte.³⁷ Ob und unter welchen Umständen das Staatsvolk auf diese Leistung einen Anspruch haben würde, stand wiederum im Ermessen, also im Willen der öffentlichen Gewalt, die selbst festlegen können sollte, ob das zu befriedigende Bedürfnis im Interesse der Allgemeinheit stand.³⁸ In dieser Beschränkung fand sich freilich noch das nunmehr abgelehnte Weltbild einer absoluten Staatsmacht im Sinne eines Über-/Unterordnungsverhältnisses zwischen Regierten und Regierenden wieder.

Das wiederum wollte *Duguit* nicht unter dem Begriff des *service public* verstanden wissen, sodass er ein durchweg anderes Verständnis entwickelte. Anstoß dieser Entwicklung war das Urteil *Croix de Seguey-Tivoli* des Conseil d'État aus dem Jahr 1906, dem der Sachverhalt zugrunde lag, dass Anwohner aus Bordeaux gegen die Ablehnung des Präfekten geklagt hatten, den Betreiber der städtischen Straßenbahn dazu zu verpflichten, auch ihr Viertel mit der Leistung einer Stadtbahn zu bedienen.³⁹ Zu diesem Zeitpunkt war in Frankreich anerkannt, dass Bürger Unternehmen, die staatliche Aufgaben in dessen Auftrag ausführten, juristisch nach den Regeln eines Vertrags zugunsten Dritter unter der Voraussetzung angreifen konnten, dass die tatsächliche Möglichkeit der Inanspruchnahme durch die Bürger als Destinatäre der Leistung bestand.⁴⁰ Die juristischen Möglichkeiten bei fehlender Inanspruchnahme der Leistung waren hingegen nur unzureichend geregelt und gerade im vorliegenden Fall der fehlenden Anbindung das Problem. So formulierte *Duguit*, dass ein rechtliches Vorgehen der Bürger bei fehlender Inanspruchnahme wegen Unmöglichkeit nicht auf die Rechtsfigur des Vertrags zugunsten Dritter gestützt werden sollte, sondern allein auf die Rechtsfigur des *service public*.⁴¹

Für *Duguit* war der Staat im Sinne einer *puissance publique* nicht als absolute öffentliche Gewalt zu verstehen, mit der Befugnis, den Bürger in einem Über-/Unterordnungsverhältnis zu kontrollieren und zu verwalten.

37 *Nader; Melleray*, Le renouveau de la doctrine française 2009, S. 244.

38 *Dies.*, Le renouveau de la doctrine française 2009, S. 244.

39 *Conseil d'État*, Recueil Lebon 1906, 962.

40 *Didry*, RHC 2005, 88 (90).

41 *Ders.*, RHC 2005, 88 (91).

Vielmehr war der Staat als *service public*, als eine Art Zusammenschluss oder eine Kooperation aus für den Bürger alltäglichen und lebensnotwendigen Diensten zu verstehen, die durch den Staat zugunsten des Bürgers zur Verfügung gestellt werden mussten.⁴² Dementsprechend sollte der *service public* also eine staatliche Tätigkeit von allgemeinem Interesse in Bereichen sein, die so relevant waren, dass deren Durchführung nur durch den Staat im Auftrag der Daseinsvorsorge für den Bürger gehandhabt werden konnte.⁴³

Nach *Duguit* bedeutete dies folglich, dass das allgemeine Interesse der Gesellschaft dem Staat vorgab, welche Leistungen er zu vollbringen hatte oder welche Aufgaben es bei der Delegierung an Private zu überwachen galt.⁴⁴ Mit anderen Worten: Es sollte eben nicht staatliche Aufgabe sein, zu entscheiden, welche Leistung als *service public* der Allgemeinheit zugutekommt. Folglich war nach den Lehren *Duguits* ein hohes Maß an Solidarität nötig.⁴⁵ Die vormals absolute Macht des Staates sollte durch die Regierenden nur zugunsten der Bedürfnisse der Gesellschaft eingesetzt werden, gleichzeitig waren die Bedürfnisse der Gesellschaft auch die Beschränkung des staatlichen Machtanspruchs.⁴⁶ Die Lehren des *service public* nach *Duguit* bedingen und beschränken den staatlichen Machtanspruch also gleichermaßen.⁴⁷ Mit einer sich entwickelnden Gesellschaft ging damit auch eine Vervielfältigung der gesellschaftlichen Bedürfnisse und folglich eine steigenden Nachfrage nach Leistungen durch den *service public* einher, aus welchen sich schließlich die Verpflichtungen des Staates ergaben, denen er nachzukommen hatte.⁴⁸

Diese Argumentationsstruktur lag der Entwicklung des *Wohlfahrtsstaats* in Frankreich bis in die 70er Jahre des letzten Jahrhunderts zugrunde.⁴⁹ Dass diese sich ausgerechnet anhand eines Rechtsstreits um die Infrastruktur einer Straßenbahn entwickelt hat, zeigt, dass auch im Nachbarland Frankreich aus rechtlicher Sicht die Netzinfrastruktur zu jenen Bedürfnissen gezählt wurde, die für die allgemeine Entwicklung der Gesellschaft unabdingbar waren und daher durch den Staat bereitgestellt werden sollte.

42 Brillet, *L'Économie politique* 2004, 20 (23).

43 *Duguit*, *Les transformations du droit public* 1913, S. 51.

44 *Didry*, *RHMC* 2005, 88 (90).

45 Vgl. *Nader; Melleray*, *Le renouveau de la doctrine française* 2009, S. 226 ff.

46 *Duguit*, *Traité de droit constitutionnel*, Bd. 2, 1923, S. 56.

47 *Ders.*, *Traité de droit constitutionnel*, Bd. 2, 1923, S. 56.

48 *Nader; Melleray*, *Le renouveau de la doctrine française* 2009, S. 245.

49 *Nader; Melleray*, *Le renouveau de la doctrine française* 2009, S. 245.

In Deutschland hingegen blieb es zunächst bei der Theorie einer absoluten Staatsgewalt im Sinne eines Über- und Unterordnungsverhältnisses.⁵⁰ Die ursprünglich übereinstimmende Auffassung der beiden Nationen vom Staat erfuhr einen somit tiefen Riss. Eine Annäherung an die durch *Duguit* entwickelte Sichtweise auf den *service public* war erstmalig wieder durch den deutschen Rechtswissenschaftler *Forsthoff* erkennbar.⁵¹ Ohne direkt auf den *service public* zu verweisen, erkannte *Forsthoff* an, dass aufgrund der Wandlung vom autark lebenden Menschen hin zum modernen Städter dieser sich nicht mehr vollständig alleine versorgen konnte und so der Staat in die Pflicht zu nehmen war, die erforderlichen Dienstleistungen im Rahmen der sogenannten *Daseinsvorsorge* zu übernehmen.⁵² Jedoch verweilte *Forsthoff* in Annäherung an das Prinzip des *service public* von *Duguit* zunächst beim Beginn von dessen Entwicklung, indem auch er die Entscheidung, welche Leistung und in welchem Ausmaß schlussendlich durch den Staat bereitgestellt werden sollte, beim Staat selbst beließ.⁵³ Die *Daseinsvorsorge* wurde folglich nicht wie bei der Idee des *service public* von *Duguit* durch die Bedürfnisse der Gesellschaft bedingt, sondern hing maßgeblich vom Wohlwollen des Staates ab.

Im Ergebnis sind die *Daseinsvorsorge* von *Forsthoff* und der *service public* von *Duguit* dementsprechend nicht als deckungsgleiche Theorien zu verstehen, vielmehr stellte die *Daseinsvorsorge* lediglich den ursprünglich ersten -aber immerhin entwicklungsoffenen- Schritt des *service public* dar. Darüber hinaus ist der *service public* als eine Theorie zu verstehen, die zwar den Staat in die vielfältige Leistungsverantwortung zwingt, die Gesellschaft aber abseits dieser staatlichen Leistungsverantwortung von der ursprünglich allumfassenden Staatsmacht befreit, diese also begrenzt, während durch die *Daseinsvorsorge* der Staat zunächst nur noch präsenter in der Gesellschaft werden sollte.⁵⁴

50 *Bullinger*, JZ 2003, 597 (598).

51 *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung 1959, S. 28, 31.

52 *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz 1977, S. 242; *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung 1959, S. 28, 31; der Begriff der *Daseinsvorsorge* wird heute aufgrund seiner mangelnden Klarheit jedoch weitestgehend abgelehnt, *Freund*, NVwZ 2003, Fn. 7.

53 *Bullinger*, JZ 2003, 597 (599). Erst in seiner überarbeiteten Fassung erkennt auch *Forsthoff*, dass diese Vorgabe durch den Staat nicht zwingend ist, sondern durch die Privatwirtschaft erbracht werden kann.

54 Vgl. *ders.*, JZ 2003, 597 (599).

Rückblickend wurde die Bereitstellungsverpflichtung einer ausreichenden Netzinfrastruktur durch den Staat vielmehr auch aus dem *Sozialstaatsprinzip* abgeleitet, mit der gleichen Begründung, dass nur so dem modernen Menschen der entsprechende Standard eines menschenwürdigen Lebens gewährleistet werden konnte.⁵⁵ Darüber hinaus war eine einheitliche Infrastruktur auch für die Anbindung an die Nachbarstaaten von solcher Wichtigkeit, dass die Bereitstellung von jeher nicht als private Aufgabe hätte eingeordnet werden können, sondern dem Staat zufallen musste.⁵⁶ Der Staat war also auch nach Meinung der deutschen Rechtswissenschaft in die Pflicht genommen, mit einem hohen Grad an Versorgungsvorbereitung durch Bereitstellung der Infrastruktur und durch die Versorgungsleistung, selbst all jene Vorkehrungen zu treffen und Leistungen zu erbringen, einschließlich der Energie-, der Post- und Kommunikations- sowie der Transportsektoren, von denen der moderne Mensch lebensnotwendig abhängig geworden war und die für das wirtschaftliche Fortkommen der Gemeinschaft relevant waren.⁵⁷

2. Der Staat als Marktteilnehmer in Frankreich und Deutschland

a) Der Eisenbahnsektor

In den Anfängen der deutschen Eisenbahngeschichte im 19. Jahrhundert konnte aufgrund des vorherrschenden Partikularismus auf dem heutigen Gebiet Deutschlands und den damit einhergehenden unterschiedlichen Regelungsregimen noch kein einheitliches Staatsbahnsystem erwartet werden. Dazu kam die zurückhaltende Einstellung der einzelnen Staaten zum neuen Verkehrswesen. Zwar startete die Eisenbahn bereits zu diesem Zeitpunkt ihren Siegeszug als neues und wichtigstes allgemeines Verkehrsmittel der Gesellschaft, jedoch überließen die Staaten aufgrund der erwarteten hohen Kapitalintensität beim Ausbau und Betrieb privaten Unternehmen den Vortritt, welche sich wiederum durch das neue Verkehrsmittel eine hohe Rentabilität ihrer Investitionen versprachen.⁵⁸

55 Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz 1977, S. 240.

56 Exemplarisch für den Straßenbau: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz 1977, S. 267.

57 Forsthoff, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung 1959, S. 27, 28.

58 Seidenfus, § 2 Eisenbahnwesen Bd. 2 1983, S. 231.

Nichtsdestotrotz sah vor allem Preußen auch damals schon die gesellschaftlichen Vorzüge einer einheitlichen Staatsbahn, unter anderem etwa die Deagglomeration von industrialisierten Ballungsgebieten oder die Schaffung allgemeingültiger Sicherheits- und Schutzvorschriften unter einheitlicher Leitung.⁵⁹ Es gelang jedoch nicht, das Spannungsverhältnis zwischen geforderter Rentabilität eines wirtschaftlichen Transportunternehmens und den rentabilitätsmindernden gesellschaftlichen Zielen, bspw. die unrentable Erschließung ländlicher Gegenden, zu vereinen, sodass das erste deutsche Eisenbahngesetz: „Gesetz über die Eisenbahnunternehmungen und insbesondere über das Verhältnis der Eisenbahngesellschaften zum Staate und zum Publikum“ 1838 vorrangig auf ein System der Privatbahnen ausgelegt war.⁶⁰

Das Privatbahnsystem führte wiederum dazu, dass die Betreiber nahezu ausschließlich den Ausbau lukrativer Strecken forcierten, woraus Parallelstrecken einhergehend mit mangelnder Auslastung resultierten, was nach den Prinzipien der Netzwirtschaften zu ruinösem Wettbewerb führte.⁶¹ Darunter litt wiederum der Ausbau anderer volkswirtschaftlich und strategisch wichtiger Bahnverbindungen. So entschied sich schließlich Preußen, ab dem Jahr 1879 einen großen Teil der Privatbahnen auf seinem Gebiet zu verstaatlichen, woraufhin andere Staaten wie Bayern und Sachsen folgten und schließlich ab 1909 kein relevantes Privatbahnsystem auf deutschen Boden mehr bestand.⁶² Die Staaten hatten im Bereich der Eisenbahn ein staatliches Monopol geschaffen.

Die nach dem 1. Weltkrieg eingeführten Regelungen der Weimarer Reichsverfassung (Art. 89 ff.) führten dazu, dass das Reich alle dem allgemeinen Verkehr dienenden Eisenbahnen unter einheitlicher Verwaltung übernahm. Die daneben verbliebenen Privatbahnen sollten einem Genehmigungsvorbehalt durch den Staat unterstehen (Art. 94 WRV). Darüber hinaus sollte der Staat Bau, Betrieb und Verkehr der Bahnen lenken (Art. 91 WRV). Diese historischen Verfassungsaufträge an den Staat verdeutlichten, dass mit dem Staatsbahnsystem nicht nur die Infrastruktur monopolisiert, sondern, trotz des bestehenden Anteils an Privatbahnen, auch an die Infrastruktur anknüpfende Dienstleistungen, wie der Transport, mono-

59 Ders., § 2 Eisenbahnwesen Bd. 2 1983, S. 229 f.

60 Ders., § 2 Eisenbahnwesen Bd. 2 1983, S. 237.

61 Ders., § 2 Eisenbahnwesen Bd. 2 1983, S. 232; ders., § 7 Eisenbahnwesen B.d. 3 1984, S. 360.

62 Seidenfus, § 7 Eisenbahnwesen Bd. 3 1984, S. 367.

polisiert werden sollten. Faktisch sollte ein einheitliches Eisenbahnmonopol geschaffen werden.⁶³ Dieses Vorhaben wurde schließlich 1920 verwirklicht und mündete 1924 in der Gründung der deutschen Reichsbahngesellschaft.⁶⁴ Eine solche Zusammenführung von Infrastruktur auf der einen und Dienstleistung auf der anderen Seite in einem Unternehmen, bei dem von der Vorleistung, wie dem Bereitstellen von Streckennetzen, bis hin zur Erbringung der eigentlichen Dienstleistung, wie dem Transport auf mehreren Ebenen alles zusammenläuft, wird auch als *vertikal integriertes Unternehmen* bezeichnet.⁶⁵ Ein solches war mit der Reichsbahngesellschaft geschaffen worden. Von dieser künstlichen Verbindung versprach man sich positive Synergie- und Verbundvorteile und damit einhergehende Kostenvorteile.⁶⁶

Die Vorherrschaft des deutschen Staates sollte sich zunächst für einige Jahrzehnte stabilisieren. Auch mit dem Bundesbahngesetz von 1951 änderte sich die Situation zunächst nicht. In den folgenden Jahren sollte dem Monopol jedoch mehr und mehr der durch die Politik auferlegte Zielkonflikt zwischen Eigenwirtschaftlichkeit und Gemeinwirtschaftlichkeit zu schaffen machen.⁶⁷ So wurde von der staatlichen Eisenbahn eine Unternehmensführung im Sinne einer unterstützenden gesellschaftlichen Entwicklung durch Schaffung bester Verkehrsbedingungen unter gleichzeitiger Beachtung der kaufmännischen Grundsätze gefordert.⁶⁸ Diese Forderung konnte nicht ohne Nachteil für die Verfolgung eines der anderen Ziele gelöst werden. Hinzu kam, dass die Eisenbahn mit ihrem überkommenen Angebot aufgrund neuer Transportwege, wie dem Straßen- und Binnenschiffverkehrsverkehr zunehmend in Zugzwang gebracht wurde.⁶⁹ Einen Fortlauf der Geschehnisse wie bisher konnte es folglich nicht mehr geben.

Auch Frankreich hielt es zunächst für ausreichend und wirtschaftlich sinnvoller, ab 1837 private Unternehmen die Eisenbahnen unterhalten zu lassen.⁷⁰ Erst ab 1845 griff der französische Staat zumindest polizeirecht-

63 Badura, Das Verwaltungsmonopol 1963, S. 216.

64 Seidenfus, § 11 Eisenbahnwesen Bd. 4 1985, S. 283.

65 Vgl. Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 13 f.

66 Vgl. ders., Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 13 f.

67 Vgl. Dittmann, Die Bundesverwaltung 1983, S. 216.

68 Schmidt-Aßmann; Röhl, DÖV 1994, 577 (578).

69 Seidenfus, § 4 Eisenbahnwesen Bd. 5 1987, S. 488.

70 Meffre, Le décret-loi du 31.08.1937 et la création de la SNCF, abrufbar unter: <https://blogs.mediapart.fr/amelie-meffre/blog/230418/le-decret-loi-31-aout-1937-et-la-creation-de-la-sncf>, zuletzt abgerufen am 23.06.2022.

lich ein, um in Frankreich einen einheitlichen Sicherheitsstandard auf den Schienen zu schaffen.⁷¹ Schließlich kam es durch Dekret⁷² vom 31.08.1937 zu einer Vereinheitlichung der französischen Eisenbahn. Das Dekret sah einen Zusammenschluss der damals existierenden privaten Eisenbahnunternehmen und des französischen Staats vor. Im Vergleich zum preußischen Vorbild kam es folglich nicht zu einer Verstaatlichung, sondern vielmehr zu einer Kodifizierung einer vertraglichen Vereinbarung zwischen dem Verkehrsminister und den verschiedenen privaten französischen Eisenbahnunternehmen und Syndikaten.⁷³ Hiernach wurde die Gründung der *société nationale des chemins de fer français* (SNCF) durch die Vertragsparteien bestätigt. Die neu gegründete Gesellschaft sollte dabei dem französischen Handelsrecht, den anwendbaren französischen Regeln über Aktiengesellschaften und den Sonderregelungen des Dekrets unterliegen, Art. 2 décret vom 31.08.1937. Vorgesehen war, dass die einzelnen Eisenbahnunternehmen mit Ablauf des Jahres 1937 auf die Ausübung des Betriebs der Eisenbahnen verzichten würden, Art. 3 décret vom 31.08.1937 und der Betrieb durch die SNCF und nach staatlicher Genehmigung bis zum Ablauf des Jahres 1982 übernommen werden würde, Art. 5 décret vom 31.08.1937. Da der Staat dabei 51% der Anteile hielt und die privaten Unternehmen in ihrer Gesamtheit 49% hielten,⁷⁴ kam dem französischen Staat die Stimmmehrheit zu, sodass auch hier von einem faktischen staatlichen Monopol gesprochen werden konnte. Mit Beginn des Jahres 1983 wurde SNCF schließlich durch Art. 18 *Loi d’Orientation des Transports Intérieurs* (LOTI)⁷⁵ in ein staatliches Industrie- und Handelsunternehmen umgewandelt und ging in den vollständigen Besitz des Staates über.

Ebenso wie die deutsche Eisenbahn sah sich auch das französische Staatsbahnunternehmen der schwierigen Aufgabe ausgesetzt, gleichzeitig die wirtschaftlichen und sozialen Bedürfnisse und Anforderungen der Gesellschaft an den Transport, Art. 1 LOTI und die Wirtschaftlichkeit einer solchen Unternehmung zu berücksichtigen, vgl. Art. 6 LOTI. Damit einherging die Vielzahl an zu erfüllenden Aufgaben eines vertikal integrierten

71 Dies., Le décret-loi du 31.08.1937 et la création de la SNCF, abrufbar unter: <https://blogs.mediapart.fr/amelie-meffre/blog/230418/le-decret-loi-31-aout-1937-et-la-creation-de-la-sncf>, zuletzt abgerufen am 23.06.2022.

72 Décret vom 31.08.1937, JORF n° 202 1937, S. 10065 ff.

73 *Albitreccia*, *Annales de Géographie* 1938, 206.

74 Dies., *Annales de Géographie* 1938, 206.

75 Loi n° 82-1153 vom 31.12.1982 sur la nationalisation de l’électricité et du gaz, JORF n° 304 1982, S. 4004 ff.

Unternehmens: Bewirtschaftung der Infrastruktur, Gewährleistung ausreichender Anbindungen sowie Überwachung der technischen Sicherheit, vgl. Art. 5 LOTI. Unter Berücksichtigung, dass sich auch andere Transportweisen nach dem Willen des französischen Gesetzgebers entwickeln sollten, Art. 3 LOTI, war absehbar, dass es auch für die französische Staatsbahn nicht wie ursprünglich geplant weitergehen konnte.

b) Der Post- und Telekommunikationssektor

Auch am Postwesen in Deutschland bestand zu Beginn dessen Entwicklung nur ein geringes staatliches Interesse, da der Transport von Kommunikationsinhalten für die Allgemeinheit zunächst keine wesentliche Bedeutung hatte und daher vorwiegend in eigenem Interesse durch Kooperationen wie Zünfte und Kaufleute ohne feste Zeiten und Wege durchgeführt wurde.⁷⁶

Die Entwicklung einer staatlichen Post wurde vor allem durch das Postwesen der Familie von Taxis und wie schon beim Eisenbahnwesen durch Preußen in Form der preußischen Post vorangetrieben. So ermöglichte die Familie von Taxis durch ihren Postdienst gegen Entgelt auch der Allgemeinheit die Übermittlung von Briefen und Kommunikation, wobei zu diesem Zeitpunkt die Post noch ein rein privatwirtschaftliches Unternehmen war.⁷⁷ Erst nach dem Sieg Preußens über Österreich wurde durch den Zusammenschluss der preußischen Post und durch Übernahme der Anteile der Familie von Taxis im Jahre 1867 und den darauf folgenden Zusammenschlüssen mit anderen kleineren Landespostdiensten die erste - nicht einheitliche - aber doch zumindest einen großen Teil des Reichsgebiets umfassende Staatspost gegründet.⁷⁸ Diesen Status änderte auch die Weimarer Reichsverfassung nicht.⁷⁹ Anfang des 20. Jahrhunderts trat zur Post das staatliche Fernmeldemonopol im Rahmen der Kommunikationsübermittlung hinzu.⁸⁰ Während dabei zu Anfang noch staatsfokussierte Ansichten wie militärische und politische Interessen des Staates ein Staatsmonopol rechtfertigen sollten,⁸¹ wurde auch im Bereich des Kommunikati-

76 Mayer, Die Bundespost 1990, S. 56.

77 Dies., Die Bundespost 1990, S. 39 f.

78 Schilly, § 8 Nachrichtenwesen Bd. 3 1984, S. 386; Mayer, Die Bundespost 1990, S. 45.

79 Dies., Die Bundespost 1990, S. 50 f.

80 Badura, Das Verwaltungsmonopol 1963, S. 202.

81 Mayer, Die Bundespost 1990, S. 56; Schilly, § 8 Nachrichtenwesen Bd. 3 1984, S. 386.

onssektors schnell erkannt, dass durch eine flächendeckende Versorgung mit Kommunikationsnetzen und Dienstleistungen zu fairen Preisen die positiven wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen im Sinne des *Gemeinwohls* vorangetrieben werden konnte.⁸² Um auch hier einen für die Gesellschaft negativen Wettbewerb zu verhindern, verblieb der Betrieb des Post- und Fernmeldemonopols als Aufgabe mithin bis Ende der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts weiter beim Staat.⁸³

Aber auch im Post- und Fernmeldewesen zeigte sich die parallel zum Eisenbahnwesen entwickelnde Problematik, dass der Staat sein Monopol zwar nach dem allgemeinen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit ausüben und seinen wirtschaftlichen Verpflichtungen nachkommen sollte, daneben aber auch im Sinne der Gemeinwirtschaftlichkeit eine gleichmäßige Versorgung zu vergleichbaren, fairen und angemessenen Bedingungen zu gewährleisten hatte.⁸⁴ Wie auch im Eisenbahnwesen war diese Spannweite an Zielen letztlich weder zu halten noch zu rechtfertigen.

In Frankreich entwickelte sich das Postwesen hingegen von Anfang an unter staatlicher Obhut, da die Ausbreitung der Post über eine Region, die man politisch kontrollieren wollte, als Verkörperung und Verfestigung staatlicher Gewalt gesehen wurde.⁸⁵ Dazu kam, dass zwar auch in Frankreich die Post zunächst vordergründig für den kaufmännischen Handel genutzt wurde, gleichzeitig damit aber die wirtschaftliche Entwicklung des Landes unterstützt wurde und folglich die Post ab Anfang des 19. Jahrhunderts immer mehr Aufgaben übernahm.⁸⁶

Ab Beginn des 19. Jahrhunderts und schon geprägt durch die Ansichten der damaligen Literatur zum *service public*, ließ sich das staatliche Postmonopol aber schon nicht mehr mit dem ursprünglichen vorgebrachten Macht- und Kontrollanspruch der öffentlichen Gewalt rechtfertigen. Zwar wurde das staatliche Monopol nicht grundsätzlich in Frage gestellt,⁸⁷

82 Bullinger, Organisationsformen und Staatsaufsicht in der Telekommunikation 1995, S. 350.

83 Vgl. Schulze, Liberalisierung und Re-regulierung von Netzindustrien 2003, S. 1.

84 Schilly, § 4 Verkehrs- und Nachrichtenwesen Bd. 5 1987, S. 507.

85 Damesin, La Poste 2004, S. 102.

86 Ders., La Poste 2004, S. 102 f.: Ab den 20er Jahren des 19. Jahrhunderts waren alle Gemeinden an den Postdienst angebunden, während dieser immer effektiver, bspw. durch Einführung der Briefmarke, gestaltet wurde. Schließlich wurde auch die erste Sparkasse – *casse d'épargne* – unter dem Dach der Post als weitere Dienstleistung zugunsten der Allgemeinheit gegründet.

87 Ders., La Poste 2004, S. 103.

jedoch hatte dieses nach den Ausführungen zum *service public* nur solange seine Daseinsberechtigung, wie durch das Monopol, sprich durch die Bereitstellung der Poststruktur und die Ausführungen der Dienstleistungen, staatliche Leistungen zu Gunsten der Bevölkerung erbracht wurden, auf die diese angewiesen war und die sie allein nicht hätte erbringen können. Schließlich wurde per Dekret vom 10.05.1946 das Fernmeldewesen mit dem Postwesen unter Beibehaltung von zwei Generaldirektionen zusammengeführt.⁸⁸ Dabei wurde in Art. 1 Décret vom 10.05.1946 erneut festgehalten, dass sowohl die Organisation als auch die Bewirtschaftung des Post- und Fernmeldewesens in staatlicher Obhut bleiben würden. Hierbei stellte sich aber auch weiterhin die Frage, wie nun die staatlichen Anforderungen an sich selbst und an das Kommunikationswesen im Sinne einer gesellschaftlichen Förderung und Erschließung des französischen Territoriums unter gleichzeitiger Beachtung der Rentabilität funktionieren sollte.⁸⁹

c) Der Energiesektor

Im Strom- und Gasbereich war in Deutschland ein staatliches Monopol zunächst schon aus technischer Sicht undenkbar. Dies war dem Fakt geschuldet, dass aufgrund der technischen Voraussetzungen schon gar kein einheitliches Netz geschaffen werden konnte und darüber hinaus die staatliche Hoheitsgewalt in Gestalt der Gemeinden die notwendigen, aber hohen Investitionskosten scheute, sodass auch hier zunächst die Gasproduktion und-verteilung durch private Unternehmen im Rahmen örtlicher Betriebe stattfand, lediglich gesteuert und überwacht durch die Konzessionsvergabe der Gemeinden.⁹⁰ Die teils horrenden Preise für den Bezug von Gas und der schlechte Service veranlassten die Gemeinden aber schon bald, auch aufgrund der nun lukrativen Ausgangslage und der vermehrten Nachfrage nach Gas, selbst in das Geschäft einzusteigen, sodass Anfang des 20. Jahrhunderts zwar kein einheitliches Monopol bestand, aber die Gemeinden doch zumindest ein faktisches staatliches Monopol mit 82% der Gasversorgung geschaffen hatten.⁹¹ Im Gegensatz zu den anderen Netzindustrien stand hier weniger das hehre Ziel der einheitlichen Befriedung gesellschaft-

88 Décret n° 46-1016 vom 10.05.1946, JORF n° 112 1946, S. 4135 f.

89 Damesin, La Poste 2004, S. 100.

90 Evers, Das Recht der Energieversorgung 1983, S. 21.

91 Evers, Das Recht der Energieversorgung 1983, S. 21.

licher Bedürfnisse im Vordergrund, sondern zuvorderst die eigenen finanziellen Interessen.⁹²

Für den aufkommenden Stromsektor Ende des 19. Jahrhunderts galt, was auch schon für die Anfänge des Gassektors gegolten hatte: Staatliche Stellen scheuten zunächst den Betrieb der öffentlichen Stromversorgung aufgrund der unsicheren technischen und wirtschaftlichen Risiken und überließen die Bereitstellung und Versorgung wie schon beim Gas den privaten Unternehmen, die hierdurch vor allem die Nachfrage nach ihren technischen Geräten steigern wollten.⁹³ Hinzu kam, dass die Gemeinden sich selbst und ihrem inzwischen bestehenden eigenem Gasgewerbe keine Konkurrenz schaffen wollten.⁹⁴ Als aber auch hier absehbar war, dass die jeweiligen Vormachtstellungen der privatwirtschaftlichen Betriebe die gleichmäßige Förderung des Gemeinwohls schädigen könnten, sahen sich die Gemeinden mehr und mehr in der Pflicht, einzuschreiten. Mit den Erfahrungen der Investitionen und der eigenen Tätigkeit im Gasgewerbe gründeten sie eigene Versorgungsbetriebe. Damit sah man sich Ende des 19. Jahrhunderts und zu Beginn der Entwicklung des Energiesektors insgesamt einer Vielzahl von kleinen Versorgungs- und Gebietsmonopolen gegenüber.

Die gemeindliche Vorherrschaft im Rahmen einer staatlichen Beteiligung an der Energieversorgung begann sich erst nach dem Ersten Weltkrieg aufzulösen. Denn die technische Entwicklung sorgte dafür, dass eine Verschiebung weg vom kommunalen Versorgungsbereich hin zur Entwicklung von überregionalen Anlagen einsetzte. Gepaart mit dem Problem, dass viele Gemeinden aufgrund der hohen Kriegslasten kaum in eine ausreichende flächendeckende Versorgung investieren konnten, verschwanden dadurch kleinere Versorgungsmonopole.⁹⁵ Auch hieran wurde erneut deutlich, dass parallel zu den anderen netzgebundenen Industrien sich für die staatlichen Stellen immer wieder die Frage stellte, wie auf der einen Seite wirtschaftlich rentabel gehandelt werden konnte, ohne gleichzeitig den Fokus auf die Gemeinwohlförderung zu verlieren. Anfang der 90er Jahre des 20. Jahrhunderts bestanden zwar nach wie vor staatliche Monopole, diese waren im Gegensatz zum Eisenbahn- und Post und Telekommunikationssektor aber

92 Ders., *Das Recht der Energieversorgung* 1983, S. 21.

93 Ders., *Das Recht der Energieversorgung* 1983, S. 24.

94 Ders., *Das Recht der Energieversorgung* 1983, S. 24.

95 Ders., *Das Recht der Energieversorgung* 1983, S. 26 ff.

keinesfalls national, sondern lediglich überregional, sodass sich deutschlandweit ein diffuses Bild ergab.⁹⁶

In Frankreich sah man den Energie- und Gassektor von Anfang an als Teil des *service public*, ohne auch hier dem Staat zunächst das wirtschaftliche Risiko der Produktion und Bereitstellung der Energie auferlegen zu wollen. Demzufolge war auch in Frankreich sowohl im Bereich der Strom- als auch im Bereich der Gaswirtschaft die Konzessionsvergabe das bevorzugte Mittel, um dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft ausreichend mit Energie versorgt war, ohne mittelbar die Gesellschaft durch wirtschaftliche Verluste des Staates zu belasten.⁹⁷ Im Rahmen der Konzessionsvergabe gab es auch in Frankreich eine Vielzahl an Strom- und Gasversorgern, so zählte man am Anfang des 20. Jahrhunderts im Bereich der Stromversorgung bereits um die 1500 Unternehmen für die verschiedenen Bereiche der Produktion, Verteilung und dem Transport, diese Zahl erfuhr bis 1946 noch einmal einen deutlichen Aufschwung an neuen Unternehmen und stieg bis auf 2300 Unternehmen an.⁹⁸ Dem gegenüberstand die Gaswirtschaft nur ein Nischenprodukt mit ca. 260 Unternehmen dar.⁹⁹

Diese Verteilung auf viele Unternehmen über das Gebiet der gesamten französischen Nation hinweg war auch hier dem Gedanken, eine einheitliche Versorgung mit Elektrizität zu gleichen und fairen Preisen zu schaffen, abträglich, sodass schließlich auch im Energiesektor die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer Verstaatlichung und damit einer Monopolisierung im Raum stand.¹⁰⁰ Diese Frage wurde schließlich durch Gesetz vom 08.04.1946 beantwortet.¹⁰¹

Dabei ist in Frankreich der Zeitpunkt dieses Gesetzes für die Frage der Nationalisierung natürlicher Monopole und der dort agierenden Unternehmen im Jahr 1946 keinesfalls ein Zufall. Während das 1949 in Kraft getretene deutsche Grundgesetz keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung und konkrete Regelungen für die deutsche Wirtschaft vorsah, war eine Nationalisierung und Verstaatlichung von Unternehmen im Bereich des *service public* in Frankreich durch den neunten Punkt der Präambel der französischen Verfassung von 1946 und auch später durch

96 Eickhof, Öffentliche Unternehmen 2001, S. 73.

97 Zobu, La libéralisation des secteurs électrique et gazier 2016, S. 17, 68.

98 Dies., La libéralisation des secteurs électrique et gazier 2016, S. 24.

99 Dies., La libéralisation des secteurs électrique et gazier 2016, S. 17, 67.

100 Dies., La libéralisation des secteurs électrique et gazier 2016, S. 22.

101 Loi n° 46-628 vom 08.04.1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, JORF n° 84 1946, S. 2951 ff.