

Forschung Straßenbau und Straßenverkehrstechnik

Heft

917

2005

Forschungsberichte aus dem Forschungsprogramm
des Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen und
der Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen e.V.

Gutachten zur Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Umstellung des Fernstraßenbauprivat- finanzierungsgesetzes von „Gebühr“ auf „Entgelt“ sowie der wirtschaftlichen und rechtlichen Vor- und Nachteile einer etwaigen Umstellung

Gutachten im Auftrag des
Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen

erstellt von

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz

Rechtsanwalt Dr. Markus Deutsch

Rechtsanwälte GLEISS LUTZ

und

Dr. Christoph Tomas

Carsten Röte

IKB Deutsche Industriebank

Stuttgart/Frankfurt

April 2005

Herausgegeben vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und
Wohnungswesen, Abteilung Straßenbau, Straßenverkehr, Bonn

Inhalt

A Sachverhalt/Fragestellung	15	II Verfassungsrechtliche Schranken	20
I Die Rechtslage nach dem Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz (FStrPrivFinG)	15	1 Präzisierung der verfassungsrechtlichen Fragestellung	20
II Kritik am „Gebührenmodell“	15	2 Kompetenz des Bundes zur Einführung eines privatrechtlichen Entgelts im Anwendungsbereich des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes	20
III Zu untersuchende Fragestellung	16	a Rechtliche Bedeutung des „Gebühren“-Begriffs in Art. 74 Nr. 22 GG	20
B Grundsätzliche Zulässigkeit einer „Umstellung“?	16	aa Wortlautinterpretation	20
I Europarechtliche Vorgaben für die Ausgestaltung von Straßenbenutzungsgebühren	16	bb Systematik	21
1 Einschlägige Rechtsnormen	16	cc Entstehungsgeschichte des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG	22
a Primäres Gemeinschaftsrecht	16	dd Teleologische Interpretation des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG	24
b Sekundäres Gemeinschaftsrecht: Die Richtlinie 1999/62/EG	16	b Ungeschriebene Kompetenz des Bundes zur Einführung eines privatrechtlichen Entgelts bei „enger“ Auslegung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG?	25
2 Der Regelungsbereich der Richtlinie 1999/62/EG im Einzelnen	17	aa Kompetenz kraft Sachzusammenhangs und Annexkompetenz	26
a Geltung nur für den Schwerverkehr	17	bb Die neuere Rechtsprechung des BVerfG	28
b Geltung nur für Autobahnen, autobahnähnliche Straßen und Erschwernisstrecken	17	cc Systematische Erwägungen	28
3 Aussagen der Richtlinie 1999/62/EG über die Nutzungsentgelte	17	3 Materielle rechtliche „Sperrwirkung“ des Art. 74 Nr. 22 GG gegen die Einführung eines privatrechtlichen Entgelts?	29
4 Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Rechtsform einer „Bepreisung“ der Bundesfernstraßen?	17	a Zum materiellen Gehalt von Kompetenznormen	29
a Bedeutung des Begriffs „Mautgebühr“	18	b Materieller Gehalt des Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG	30
aa Nationaler Sprachgebrauch	18	4 Sonstige verfassungsrechtliche Bedenken gegen ein privatrechtliches Entgelt?	31
bb Gemeinschaftsrechtlicher Begriff	18	a Verfassungsfragen im Zusammenhang mit der Privatisierung des Straßenbaus	31
cc Legaldefinition	19		
dd Zwischenergebnis	19		
b Zum Normzweck der Richtlinie 1999/62/EG	19		

b	Verfassungsfragen und Entgeltregelungen	31	3	Die Rechtsbeziehungen zwischen Flughafenbetreiber und Aufsichtsbehörde	40
III	Rechtssystematische Bedenken gegen ein privatrechtliches Entgelt für die Nutzung öffentlicher Straßen	32	4	Maßstab	41
1	Zur Relevanz des Prüfungspunkts „Rechtssystematik“ bzw. „Systemkonformität“	32	5	Gemeinschaftsrechtliche Entwicklungen	42
2	Zur Rechtsnatur der öffentlichen Straßen und möglichen Konsequenzen für die Zulässigkeit eines privatrechtlichen Nutzungsentgelts	32	III	Entgelte für die Nutzung der Bundeswasserstraßen	42
a	Die Rechtsnatur der öffentlichen Straßen	32	1	Rechtsnatur der Bundeswasserstraßen	42
b	Einwände gegen die Zulässigkeit eines Entgelts im Hinblick auf die Rechtsnatur öffentlicher Straßen	33	2	Schiffahrtsabgaben	42
c	Keine verfassungsrechtliche Relevanz der geltend gemachten Einwände	35	IV	Entgelte für die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur	43
d	Zur Frage der „Systemkonformität“ eines privatrechtlichen Entgelts ...	36	1	Rechtsentwicklung im Hinblick auf die Nutzung der Eisenbahninfrastruktur	43
IV	Zwischenergebnis zur grundsätzlichen Zulässigkeit einer Umstellung	37	2	Das Nutzungsverhältnis	43
C	Überblick über die Struktur von Entgeltregelungen in sonstigen Bereichen der Daseinsvorsorge, speziell von Infrastruktureinrichtungen	38	V	Entgelte für die Nutzung von Telekommunikationseinrichtungen ..	44
I	Vorbemerkung	38	1	Rechtsstruktur der Erbringung von Telekommunikationsdienstleistungen	44
II	Flughafenentgelte	38	2	Die Regulierung der Entgelte	45
1	Rechtsstatus der Flughafenbetreiber	38	a	Entgeltgenehmigung	45
2	Nutzungsverhältnis	39	b	Nachträgliche Regulierung	45
a	Rechtsnatur der „Bepreisung“	39	3	Die Maßstäbe der Entgeltgenehmigung	45
b	Billigkeit des Entgelts	39	a	Rechtsgrundlage	45
			b	Verfahren	46
			c	Maßstab	46
			4	Rechtsschutz	47
			a	Verwaltungsrechtsweg	47
			b	Zivilrechtsweg	47
			VI	Tarifregelungen für Elektrizitätsversorgungsunternehmen	47

1	Rechtsstruktur der Elektrizitätsversorgung	47	2	Bindungen im Bereich des Verwaltungsprivatrechts	58
2	Die Rechtsbeziehungen zwischen Versorgungsunternehmen und Genehmigungsbehörde	48	a	Begriff und Anwendungsbereich	58
3	Netzzugang in der Energieversorgung	49	b	Konkretisierung der Anforderungen aus dem Verwaltungsprivatrecht	60
VII	Tarifregelungen für die Wasserversorgung	49	c	Folgerungen für die Bemannung nach FStrPrivFinG	61
1	Rechtsstruktur und Wasserversorgung und Nutzungsverhältnis ...	49	E	Die Bereitstellung der Verkehrsinfrastruktur als öffentliche Aufgabe: Markt- und wettbewerbsspolitische Erwägungen	62
2	Der Sonderfall der Berliner Wasserbetriebe	49	I	Grundlegung	62
VIII	Unterschiede und gemeinsame Strukturmerkmale der Entgeltregelungen in den verschiedenen Bereichen der Daseinsvorsorge	50	II	Die besonderen Merkmale der Wegeinfrastruktur	63
D	Zwingende Vorgaben für eine privatrechtliche Entgeltregelung im Rahmen des FStrPrivFinG	52	III	Die (Verkehrs-)Wegeinfrastruktur als nicht angreifbares natürliches Monopol	64
I	Grundsatz: Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers bei der Wahrung gemeinschaftsrechtlicher und verfassungsrechtlicher Vorgaben ...	52	IV	Ökonomische Grundsätze der Bepreisung von Straßen und ihre Vereinbarkeit mit den Interessen eines erwerbswirtschaftlich agierenden Betreibers	65
II	Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts	53	1	Ökonomische Grundsätze der Bepreisung von Straßen	65
1	Allgemeines	53	2	Vereinbarkeit der Bepreisungsgrundsätze mit dem Kalkül eines erwerbswirtschaftlich agierenden Betreibers	68
2	Vorgaben der Richtlinie 1969/62/EG für die Ermittlung und Gestaltung eines privatrechtlichen Entgelts	53	F	Analyse und Bewertung der geltend gemachten rechtlichen Probleme des Gebührenmodells	70
a	Kostenorientierung	53	I	Vorbemerkung	70
b	Entgeltdifferenzierung	55	II	Kein Anspruch auf Erlass einer Mautverordnung?	70
III	Verfassungsrechtliche Vorgaben ...	55	1	Die Kritik	70
1	Staatliche Infrastrukturverantwortung und Folgen für die Ausgestaltung einer privatrechtlichen Entgeltregelung ...	55			

2	Anspruch auf Mautverordnung im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG	70	b Unzulässigkeit einer „zeitnahen Anpassung“?	79
III	Kein Anspruch auf Erlass einer bestimmten Mautverordnung?	71	VI Auseinanderfallen von Vertragspartner und Ordnungsgeber	80
1	Kontrolle auf sachliche Richtigkeit und Gesetzeskonformität oder Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers	71	VII Hohe Anfangsmaut als zwingende Konsequenz des Gebührenmodells?	80
2	Der Meinungsstand zur Gestaltungsfreiheit des Verordnungsgebers	72	1 Die Kritik	80
3	Der Meinungsstand im Anwendungsbereich des FStrPrivFinG	73	2 Hohe Anfangsmaut als Folge der Periodenbezogenheit des Gebührenmodells?	81
4	Mautverordnung als Rechtsanwendung bzw. Kontrolle	73	3 Rechtliche Spielräume zur Gestaltung von „Anfangs“- und „Endmaut“	82
a	Differenzierung nach der Art der zu erlassenden Verordnung	73	4 Nachholung freiwilliger Renditeverzichte in der „Startphase“?	84
b	Rechtscharakter der Mautverordnung	74	a Das Problem	84
5	Unsicherheiten im Hinblick auf die Durchsetzung des Anspruchs auf Mauterlass?	75	b Gestaffelte Gebühren innerhalb einer Kalkulationsperiode	85
			c „Nachholung“ in der folgenden Kalkulationsperiode?	85
			d „Nachholung“ durch höhere Eigenkapitalverzinsung	86
IV	Verspäteter Erlass der Mautverordnung?	75	VIII Fehlende Rechtsbeständigkeit der Verordnung?	88
1	Die Kritik	75	1 Die Kritik	88
2	Gesetzliche Vorgaben für den Zeitpunkt des Erlasses der Mautverordnung	76	2 Zur Überprüfbarkeit der Mautverordnung	88
a	Relativierung der Bedeutung des Zeitpunktes des Erlasses der Verordnung bei Bestehen eines Anspruchs auf einen bestimmten Verordnungsinhalt	76	a Keine prinzipielle Normenkontrolle	88
b	Die Aussagen des Gesetzes	76	b Möglichkeit einer „inzidenten“ Normenkontrolle	88
			c Rechtspraktische Konsequenzen einer „inzidenten“ Nichtigkeitsfeststellung	89
V	Kein Anspruch auf Fortschreibung der Mautverordnung?	78	IX Zwischenergebnis	90
1	Die Kritik	78		
2	Zur Berechtigung der Kritik	78	G Beseitigung der rechtlichen Investitionshemmnisse bei einer privatrechtlichen Entgeltregelung?	90
a	Die Vorstellung des Gesetzgebers	78		

I	Anspruch auf Tarifgenehmigung	90	1	Die angestrebte Rechts- konstruktion	98
1	Die angestrebte Rechts- konstruktion	90	2	Vorteile gegenüber dem Gebühren- modell?	98
2	Vorteile gegenüber dem Gebühren- modell?	91	a	Verbindliche und rechtsbeständige Festlegung der Anforderungen und Voraussetzungen für einzelne Entgelte?	98
II	Anspruch auf bestimmte Tarif- genehmigung	91	b	Möglichkeiten im Rahmen des Gebührenmodells	99
1	Die angestrebte Rechts- konstruktion	91	H	Rechtliche Nachteile einer privat-rechtlichen Entgelt- regelung	100
2	Vorteile gegenüber dem Gebühren- modell	91	I	Einbeziehung der Nachteile in die gutachterliche Prüfung	100
III	Anspruch auf Fortschreibung der Entgeltregelung	91	II	Erschwerte Durchsetzbarkeit	100
IV	Größere Flexibilität bei der privat- rechtlichen Entgeltregelung?	92	1	Die Durchsetzbarkeit der Maut im Gebührenmodell	100
1	Aufgabe der Periodenbezogenheit?	92	2	Die Durchsetzung eines privat- rechtlichen Entgelts	101
2	Bessere Nachholmöglichkeit bewusster Renditeverzichte in der Startphase	94	III	Fehlende Abschirmwirkungen eines Gebührenbescheids	102
a	Nachholbarkeit bei periodenbe- zogener Kalkulation?	94	1	Die „Abschirmwirkung“ eines Gebührenbescheids	102
b	Nachholbarkeit bei einem „dynamischen“ Mautmodell	94	2	Kein Rückforderungsschutz bei einem privatrechtlichen Entgelt	103
3	Genehmigung einer Durchschnitts- maut?	95	I	Vergleichende Bewertung der rechtlichen Vor- und Nachteile des Gebührenregimes mit einer privatrechtlichen Entgeltordnung	104
V	Rechtsbeständigkeit der Entgelt- regelung	95	I	Die Rechtssicherheit des Betreibers im Hinblick auf die beanspruchte Mauthöhe	104
1	Verhältnis zwischen privatrecht- lichem Entgelt und Tarif- genehmigung	95	1	Situation beim Gebührenmodell	104
2	Keine gerichtliche Überprüfbarkeit der Tarifgenehmigung	97	2	Entgeltregelung	104
3	Fehlerhafte „Rechtsbeständigkeit“ der Entgeltordnung	97	3	Vergleich der Vor- und Nachteile	104
VI	Möglichkeiten einer Regulierungs- vereinbarung	98			

<p>II Rechtssicherheit des Betreibers im Hinblick auf die Fortschreibung der Mauthöhe 105</p> <p>III Flexibilität hinsichtlich der Gestaltung der Mauthöhe 105</p> <p> 1 Situation beim Gebührenmodell 105</p> <p> 2 Entgeltregelung 105</p> <p> 3 Vergleich 106</p> <p>IV Unterschiedliche Form- und Verfahrenserfordernisse? 106</p> <p> 1 Gebührenmodell 106</p> <p> 2 Entgeltregelung 106</p> <p> 3 Vergleich 106</p> <p>V Rechtsbeständigkeit von Mautverordnung und Entgeltregelung bzw. gerichtliche Kontrolldichte 106</p> <p> 1 Gebührenmodell 106</p> <p> 2 Entgeltregelung 107</p> <p> 3 Vergleich 107</p> <p>VI Durchsetzbarkeit der Maut 108</p> <p> 1 Gebührenmodell 108</p> <p> 2 Entgelt 108</p> <p> 3 Vergleich 108</p> <p>VII Risiko von Rückforderungen 109</p> <p> 1 Gebührenmodell 109</p> <p> 2 Entgelt 109</p> <p> 3 Vergleich 109</p> <p>VIII Regulierungsvertrag oder Konzessionsvertrag? 109</p>	<p>J Analyse und Bewertung der geltend gemachten ökonomischen Probleme des Gebührenmodells 109</p> <p>I Übersicht über die Argumente 109</p> <p>II Grundstruktur des gebührenrechtlichen Modells 110</p> <p> 1 Kostenorientierung 110</p> <p> 2 Ansatzfähige Kosten 111</p> <p> a Definitionen 111</p> <p> b Grundkosten 111</p> <p> c Kalkulatorische Kosten 111</p> <p> aa Kalkulatorische Abschreibung 111</p> <p> bb Eigenkapitalzinsen 112</p> <p> d Intertemporaler Kostenausgleich 112</p> <p>III Ist das gebührenrechtliche Mautberechnungsverfahren ein statisches Berechnungsverfahren? 113</p> <p> 1 Grundlegung 113</p> <p> 2 Grundannahmen der Modellrechnung 113</p> <p> a Gesamtinvestitionskosten und Finanzierungsbedarf 113</p> <p> b Finanzierungskonditionen 114</p> <p> c Übrige Grundkosten (außer Fremdkapitalzinsen) 114</p> <p> 3 Periodenbezogenheit der Kosten bei intertemporalem Kostenausgleich 115</p> <p> 4 Ergebnisse der Modellrechnung 115</p> <p> a Verlauf der Grundkosten 115</p> <p> b Verlauf der kalkulatorischen Kosten 116</p> <p> c Verlauf der Gesamtkosten bzw. der durchschnittlichen Referenzmaut 116</p>
---	---

	d Zwischenergebnis	118
5	„Markteinführungstarif“ zur Abfederung von „Ramp-up“-Effekten	119
	a Zur Argumentation von Markteinführungspreisen	119
	b Wirkungsbeziehungen der Maut	119
	c Preisstrategie der Konzessionärin	120
6	„Dynamisierung“ des Gebührenmodells mittels Nutzung eines progressiven Verlaufs der Abschreibungen	120
	a Grundüberlegung	120
	b Ergebnisse der Modellrechnung	121
	c Bewertung der Anwendung einer progressiven Abschreibung	124
7	Durchsetzbarkeit einer risiko-adjustierten „angemessenen“ Verzinsung des eingesetzten Eigenkapitals	124
8	Dynamisierung der Eigenkapitalverzinsungskomponente	124
IV	Fazit zur ökonomischen Kritik am Gebührenmodell	125
K	Zusammenfassung	126