

V&R unipress

Wolfgang Löwer (Hg.)

Veranlassung und Verantwortung

Bonner Gespräch zum Energierecht, Band 6

V&R unipress

Bonn University Press

© V&R unipress GmbH, Göttingen



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-89971-931-4

ISBN 978-3-86234-931-9 (E-Book)

**Veröffentlichungen der Bonn University Press
erscheinen im Verlag V&R unipress GmbH.**

© 2012, V&R unipress in Göttingen / www.vr-unipress.de

Alle Rechte vorbehalten. Das Werk und seine Teile sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlages.

Printed in Germany.

Druck und Bindung: CPI Buch Bücher.de GmbH, Birkach

Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Inhalt

Prof. Dr. Wolfgang Löwer	
Vorwort	7
Prof. Dr. Dres. h.c. Hans-Jürgen Papier	
Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht	9
Prof. Dr. Jürgen Kühling, LL.M. (Brüssel)	
Investitionspflichten beim Ausbau der Übertragungsnetze zwischen Veranlassung und Verantwortung	27
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth (Bonn)	
Kartellrechtliche Unternehmensentflechtung aus rechtsvergleichender Sicht	51
RA Andreas Röhling	
Unternehmensentflechtung außerhalb der Fusionskontrolle – nach geltendem und zukünftigem Recht	73

Vorwort

Das 6. Bonner Energierechtsgespräch hat den Trend zunehmender Regulierung des Sektors, der doch »in den Markt« entlassen werden sollte in grundsätzlicher Hinsicht aufgegriffen. In mancher Hinsicht ist der Strommarkt heute intensiver normativ und behördlich gesteuert, als er es unter dem EnWG 1935 gewesen ist. Es sei nur an die nach diesem Gesetz ebenfalls mögliche Inpflichtnahme zu Investitionen erinnert, die in der Spätphase der Gesetzesgeltung des EnWG 1935 für verfassungswidrig gehalten worden ist.

Deshalb thematisiert das Gespräch das Verhältnis von »Veranlassung und Verantwortung« im Verhältnis normativ behördlicher Entscheidungen, die Unternehmensverhalten am Markt substantiell beeinflussen. Hans Jürgen Papier geht dem Begriffspaar und der Frage nach ihrem Zusammenhang unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nach. Das Thema wird dann nach zwei spezielleren Fragestellungen hin auf dem Energiemarktsektor entfaltet. Jürgen Kühling fragt nach dem Verhältnis von beidem hinsichtlich behördlich-normativ veranlasster Investitionspflichten beim Ausbau der Übertragungsnetze. Zwei Beiträge beschäftigen sich mit den Plänen zur Unternehmensentflechtung außerhalb der Fusionskontrolle. Wulf Henning Roth führt rechtsvergleichend in das Thema ein. Andreas Röhling erörtert die Möglichkeiten der Unternehmensentflechtung nach der deutschen und europäischen *lex lata* und beleuchtet und bewertet auch die Pläne *de lege ferenda*.

Bonn, am 10. Februar 2012

Prof. Dr. Wolfgang Löwer

Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht

I. Veranlassung und Verantwortung

Die Abhängigkeit des Einzelnen von staatlichen Entscheidungen ist existenziell. Vor allem das Recht als das für unser Gemeinwesen zentrale staatliche Herrschaftsinstrument zur Ordnung und Steuerung, zur Gestaltung und Umgestaltung des menschlichen Zusammenlebens bildet eine wesentliche Grundlage für die persönliche und wirtschaftliche Lebensführung des Einzelnen. Umso stärker ist dieser darauf angewiesen, dass er nicht nur um die gegenwärtig geltende Rechtslage und die aktuell getroffenen Entscheidungen der Träger öffentlicher Gewalt weiß, sondern dass er auf die Zuverlässigkeit der einmal getroffenen staatlichen Entscheidungen vertrauen darf. Nur so kann er seine Handlungen vernünftigerweise nach ihnen ausrichten und entsprechend sinnvolle Dispositionen treffen. Besonders gilt dies im wirtschaftlichen Bereich: Tätigt ein Unternehmer etwa auf der Grundlage einer behördlichen Subventionsbewilligung oder als Reaktion auf einen vom Gesetzgeber geschaffenen steuerlichen Anreiz Investitionen, so muss er sich grundsätzlich darauf verlassen können, dass die betreffenden Entscheidungen nicht ohne Weiteres geändert oder gar revidiert und die getätigten Investitionen dadurch entwertet werden. Andernfalls wäre ihm ein vernünftiges Handeln und Wirtschaften überhaupt kaum möglich.

Reichlich Anschauungsmaterial zu diesen Fragen bietet insbesondere auch der bereits seit Jahrzehnten währende Konflikt um die »Erzeugung und Nutzung der Kernenergie zu friedlichen Zwecken«, wie es in Art. 73 Abs. 1 Nr. 14 GG heißt. Sowohl der im Jahr 2002 beschlossene »Ausstieg« aus der Atomenergie als auch der kürzlich ergangene Beschluss über den begrenzten »Ausstieg vom Ausstieg«, also die Laufzeitverlängerung der Kernkraftwerke, werfen die Frage auf, ob sich der Staat den von den Entscheidungen jeweils Betroffenen gegenüber verantwortungsvoll, d.h. hier verfassungsgemäß verhalten hat bzw. verhält. Welche Verantwortung trug der Staat etwa beim sogenannten »Atomkonsens« im Jahr 2002 gegenüber den Betreibern von Kernkraftwerken, die teils schon seit Jahren Inhaber einer unbefristeten Anlagengenehmigung waren und ihre auf

dieser Grundlage getätigten Investitionen durch einen mehrere Jahrzehnte dauernden Anlagenbetrieb gedeckt gesehen hatten? Und welche Verantwortung trägt der Staat nun etwa gegenüber den kommunalen Versorgern, die im Vertrauen auf ein Laufzeitende und einen entsprechenden Energiebedarf in großem Umfang in alternative Energieerzeugung investiert haben? Allseits machen die Betroffenen geltend: »Unsere Investitionen sind im Glauben auf politische Verlässlichkeit geschehen.«¹

Angesichts dieser Interessenlagen fragt es sich, ob und inwieweit der Staat – gleichsam als »Kehrseite« seiner Entscheidungsgewalt² – für die durch seine Entscheidungen *veranlassten* Dispositionen der Entscheidungsunterworfenen prinzipiell eine *Verantwortung* gegenüber den Veranlassten zu tragen hat. Ob man ein solches Prinzip dem geltenden Verfassungsrecht entnehmen kann, und welche Konturen das Verhältnis von *Veranlassung* und *Verantwortung* aus verfassungsrechtlicher Sicht aufweist, möchte ich im Folgenden näher beleuchten.

Drei Präzisierungen müssen allerdings im Hinblick auf den Vortragsgegenstand vorangestellt werden:

Erstens: Das verantwortungsbegründende Verhalten des Staates soll hier – im untechnischen Sinne – die *Veranlassung* sein. Von *Veranlassung* kann immer dann die Rede sein, wenn der Staat bestimmte Zusagen macht oder zumindest ein sonstiges Verhalten an den Tag legt, das Entscheidungen der einzelnen Bürger »in eine bestimmte Richtung lenkt«.³ Keine *Veranlassung* liegt dagegen vor, wenn der Bürger »ungesteuert, nach eigenem Plan handelnd, die Chancen ins Werk gesetzt hat, die ihm die Rechtsordnung lässt«.⁴ Eine solche *Veranlassung* kann zwar durch alle drei staatlichen Gewalten erfolgen. Besonderes Augenmerk verdient hier allerdings die *Veranlassung* durch den Gesetzgeber. Der Gesetzgeber hat zum einen ein erhöhtes Interesse daran, zur Lösung der stets im Wandel begriffenen sozialen, wirtschaftlichen und sonstigen Problemlagen flexibel auf die geltende Rechtslage einwirken und diese verändern zu können. Zum anderen ist der Gesetzgeber – im Gegensatz zur vollziehenden Gewalt und zur Rechtsprechung, siehe Art. 20 Abs. 3 GG – allein an die Verfassung und nicht auch an einfaches Recht gebunden, die Frage nach gesetzgeberischer *Veranlassung* und *Verantwortung* hat damit aus normhierarchischen Gründen einen spezifisch verfassungsrechtlichen Bezug. *Veranlassungen* durch den Gesetzgeber und die daraus resultierende *Verantwortung* erscheinen mithin aus verfassungsrechtlicher Sicht als besonders interessant und sollen hier deswegen

1 So etwa *Albert Filbert*, Vorstandsvorsitzender der HSE und 2010 Koordinator der Stadtwerkevereinigung 8KU, in: SPIEGEL ONLINE vom 7.9.2010, <http://www.spiegel.de/politik/deutschland/0,1518,716093,00.html>, abgerufen am 8.10.2010.

2 So jedenfalls die Pointierung von *Bachof*, VVDStRL 32 (1974), S. 229.

3 Vgl. *Kisker*, VVDStRL 32 (1974), 149 (164 f.).

4 *Kisker*, VVDStRL 32 (1974), 149 (166).

schwerpunktmäßig berücksichtigt werden. Soweit es um entsprechende Veranlassungen seitens der Exekutive geht, wird eher über einfach-rechtliche Sanktionsregelungen nachzudenken sein, bis hin etwa zu einer Staatshaftung wegen Amtspflichtverletzung. Die Rechtsprechung hat immer schon die Amtspflicht zu konsequentem Verhalten im Grundsatz anerkannt.

Zweitens: Von Interesse ist hier die Verantwortung *gegenüber den Veranlassten*, nicht gegenüber Dritten. Gefragt ist, ob und inwieweit der Staat denjenigen verantwortlich ist, die auf das staatliche Verhalten hin tätig geworden sind und entsprechende Dispositionen getroffen haben. Ausgeklammert sind damit zum einen etwa mögliche Ersatzansprüche Dritter, die durch das Verhalten der Veranlassten geschädigt worden sind. Zum anderen sollen auch nicht Fragen behandelt werden, die im Zusammenhang mit der Privatisierung von Staatsaufgaben unter dem Stichwort der »Gewährleistungsverantwortung des Staates« diskutiert werden.

Drittens: Die vom Staat gegenüber den Veranlassten zu tragende *Verantwortung* soll umfassend verstanden werden im Sinne eines »Gegen-sich-gelassen-müssens«. Nicht nur die üblicherweise unter jenem Begriff firmierende Verantwortlichkeit des Staates im Sinne einer Haftung, also eines »Einstehenmüssens« für entstandene Schäden, und die resultierenden Ersatzpflichten des Staates sind damit gemeint.⁵ Es soll auch berücksichtigt werden, ob und wie sich die hier angesprochene Verantwortung des Staates auf die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit verantwortungswidriger späterer Entscheidungen auswirkt.

II. Verfassungsrechtlicher Anknüpfungspunkt: Das Vertrauensschutzprinzip

Das klassische Rechtsinstitut zum Zweck des Dispositionsschutzes, welches die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Verknüpfung von Veranlassung und Verantwortung bilden kann, ist der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Vertrauensschutz lässt sich allgemein fassen als der Schutz des Vertrauens in den Fortbestand des Rechts oder einer bestimmten rechtlichen Position, einschließlich des Schutzes von Vertrauensbetätigungen in Gestalt von (vermögensrelevanten) Dispositionen.

⁵ Vgl. zu diesem Begriff der Verantwortung im Rechtssinne etwa *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, S. 41 ff.; *Shirvani*, Das Kooperationsprinzip im deutschen und europäischen Umweltrecht, 2005, S. 98 ff. m. w. N.

1. Verfassungsrechtliche Herleitung des Vertrauensschutzprinzips

Der Grundsatz des Vertrauensschutzes wird verfassungsrechtlich in unterschiedlicher Weise hergeleitet: Neben dem vor allem in der frühen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bemühten »Grundsatz von Treu und Glauben«⁶ werden heute insbesondere das in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG teilweise niedergelegte Rechtsstaatsprinzip sowie die Grundrechte des Grundgesetzes als die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Grundlagen des Vertrauensschutzes angesehen. Entsprechend stellte auch das Bundesverfassungsgericht jüngst fest: »Die Grundrechte wie auch das Rechtsstaatsprinzip garantieren im Zusammenwirken die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und damit als eine Grundbedingung freiheitlicher Verfassungen.«⁷

a) Rechtsstaatlicher Vertrauensschutz

Zunächst zum allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutz: Zu den wesentlichen Elementen des zu den objektiven Staatsstrukturprinzipien des Grundgesetzes zählenden Rechtsstaatsprinzips gehört die Rechtssicherheit. Rechtssicherheit verlangt in zeitlicher Hinsicht eine gewisse Dauerhaftigkeit des Rechts, die es dem einzelnen Bürger erlaubt, sich auf die Beständigkeit des Rechts zu verlassen. »Für den Bürger bedeutet Rechtssicherheit mithin in erster Linie Vertrauensschutz.«⁸

b) Grundrechtlicher Vertrauensschutz

Sofern sich ein enttäushtes Vertrauen des Einzelnen in einem Grundrechtseingriff niederschlägt, greift dagegen eine besondere grundrechtliche Vertrauensschutzgarantie ein, denn – so das Bundesverfassungsgericht – der »Vertrauensschutz wird zumal durch die Grundrechte verbürgt, in denen sich das Rechtsstaatsprinzip besonders nachdrücklich ausprägt.«⁹ Je nach betroffenem Einzelgrundrecht weist der Vertrauensschutz dabei unterschiedliche Gehalte auf:

Bei Sachverhalten mit bereits erworbenen vermögenswerten Positionen ist dabei zunächst an die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG zu denken, den unter den Grundrechten herausragenden »verfassungsrechtlichen Anker des Ver-

6 Vgl. erstmals BVerwGE 3, 199 (203).

7 BVerfG 124, 1 (16), zur Verlängerung der Spekulationsfrist bei Grundstücksveräußerungsgeschäften.

8 BVerfGE 45, 142 (168).

9 BVerfGE 45, 142 (168).

trauensschutzes«¹⁰. Es entspricht denn auch der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass »der rechtsstaatliche Grundsatz des Vertrauensschutzes für die vermögenswerten Güter im Eigentumsrecht eine eigene Ausprägung und verfassungsrechtliche Ordnung erfahren hat«.¹¹ Im Anwendungsbereich des Art. 14 GG greifen die eigentumspezifischen Anforderungen an Grundrechtsbeschränkungen ein, die den besonderen eigentumsrechtlichen Bestandsschutz ausmachen und damit den speziellen Vertrauensschutz anreichern – man denke dabei etwa insbesondere an den Vorrang der Eigentumsbestandsgarantie gegenüber der bloßen Eigentumswertgarantie.¹²

Geht es dagegen um zukunftsgerichtete Erwerbsinteressen, insbesondere um die unternehmerische Dispositionsfreiheit, so ist nicht Art. 14 GG einschlägig, sondern vielmehr die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG berührt. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht bislang nicht genau klargestellt, welche Funktion dem Vertrauensschutz im Rahmen des Art. 12 GG zukommen soll, eine prinzipielle Bedeutung aber jedenfalls angedeutet: So können nach der Rechtsprechung des Gerichts etwa »die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und des Vertrauensschutzes dazu nötigen, bei der Ausgestaltung von Berufsbildern eine angemessene Übergangsregelung für diejenigen zu erlassen, die eine künftig unzulässige Tätigkeit in der Vergangenheit bereits in zulässiger Weise ausgeübt haben«¹³. Zumindest flankiert wird der Vertrauensschutz im Rahmen des Art. 12 GG durch die nach Eingriffsform gestuften Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit eines Eingriffs in die Berufsfreiheit. So sind etwa vertrauensenttäuschende Eingriffe, die sich zugleich als objektive Beschränkungen der Berufszulassung erweisen, nur »zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut« zulässig.¹⁴

Wenn die speziellen Grundrechte aus Art. 12 und Art. 14 GG nicht einschlägig sind, ist schließlich auch an die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage des grundrechtlichen Vertrauensschutzes zu denken – sofern man von der freien Persönlichkeitsentfaltung auch das Recht umfasst sieht, Dispositionen im Rahmen der bestehenden Rechtslage zu tätigen, ohne dabei Einschränkungen und Entwertungen zu unterliegen. Der Vertrauensschutz ist in diesem Bereich allerdings – der tatbestandlichen Weite des Art. 2 Abs. 1 GG entsprechend – deutlich unspezifischer als im Anwendungsbereich der Berufsfreiheit und der Eigentumsfreiheit und dürfte sich damit weitgehend dem allgemeinen rechtsstaatlichen Vertrauensschutz angleichen.

10 Blanke, Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht, 2000, S. 110.

11 BVerfGE 45, 142 (168); 53, 257 (309); 64, 87 (104).

12 Vgl. dazu etwa *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 332 und 378a ff.

13 BVerfGE 64, 72 (83).

14 BVerfGE 7, 377 (408). Vgl. auch BVerfGE 121, 317 (349).

2. Gegenläufige verfassungslegitime Interessen als Schranken des Vertrauensschutzes

Wie alle verfassungslegitimen Zwecke kann freilich auch Vertrauensschutz und der Schutz der im berechtigten Vertrauen getätigten Dispositionen nicht schrankenlos gewährleistet werden. Der Gesetzgeber als das zur Lösung der zentralen sozialen und wirtschaftlichen Problemlagen berufene Staatsorgan steht auch gegenüber anderen verfassungsrechtlich geschützten Belangen in der Verantwortung und befindet sich daher oftmals in einem verfassungsrechtlichen Verantwortungskonflikt. Als bewährtes Mittel zur Auflösung derartiger verfassungsrechtlicher Konfliktlagen bietet sich hier einmal mehr der Grundsatz der praktischen Konkordanz an. Ihm liegt der Gedanke der Einheit der Verfassung zugrunde, welcher es verbietet, eine Verfassungsrechtsnorm so auszulegen, dass sie in Widerspruch zu einer anderen Verfassungsrechtsnorm steht. Nach diesem Grundsatz sind daher kollidierende Verfassungsrechtsgüter einander so zuzuordnen, dass sie beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen, d.h. das eine darf nicht einseitig zu Lasten des anderen durchgesetzt werden. Es wird also letztlich darum gehen, einen verhältnismäßigen Ausgleich zwischen den widerstreitenden verfassungslegitimen Interessen zu finden. Dabei wird insbesondere an die klassischen Instrumente zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs zu denken sein, also etwa die Verwendung von Härtefallklauseln, von Übergangs- und Entschädigungsregelungen sowie – mit Blick auf das Entscheidungsverfahren – die Beteiligung der privaten Akteure am Entscheidungsprozess, die einst zu den schützenswerten Dispositionen veranlasst worden sind.

III. Die einzelnen Wirkungen verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes

Fraglich ist nun, welche Wirkungen der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz mit Blick auf staatlich veranlasste Dispositionen entfalten kann und wie er den Staat, insbesondere den Gesetzgeber, dabei in die Verantwortung nimmt.

1. Rückwirkungsverbot

a) Grundsätze der Verfassungsrechtsprechung

Der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz wirkt, zumal im Rahmen der Gesetzgebung, herkömmlicherweise als Rückwirkungsverbot, und zwar in abgestufter Form. Zwischen den beiden Senaten des Bundesverfassungsgerichts herrschte hier bisweilen eine gewisse begriffliche Uneinigkeit. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgericht differenziert in kontinuierlicher Rechtsprechung zwischen einem nachträglich ändernden Eingriff in abgewickelte, der Vergangenheit angehörende Tatbestände (echte Rückwirkung), der grundsätzlich verfassungsrechtlich unzulässig ist, und der gesetzgeberischen Einwirkung in schon begründete, auf Dauer angelegte, aber noch nicht abgewickelte Rechtsbeziehungen bzw. Sachverhalte (unechte Rückwirkung), die grundsätzlich verfassungsrechtlich unbedenklich sein soll.¹⁵ Dagegen unterscheidet der Zweite Senat seit 1986 zwischen der Rückbewirkung von Rechtsfolgen und der tatbestandlichen Rückanknüpfung.¹⁶ In seinem Beschluss vom 3.12.1997 zu den Verschonungssubventionen fügte der Zweite Senat dann allerdings der »Rückbewirkung von Rechtsfolgen« wieder die Begriffsbezeichnung »echte Rückwirkung« und der »tatbestandlichen Rückanknüpfung« die Erläuterung »unechte Rückwirkung« an.¹⁷ Damit sollte offenbar zum Ausdruck gebracht werden, dass hinsichtlich der Abgrenzung der beiden Fallgruppen keine wirklichen sachlichen Differenzen zum Ersten Senat beabsichtigt sind.

Mit dem Setzen der Trennlinie zwischen echter und unechter Rückwirkung wird nach der Rechtsprechung beider Senate des Bundesverfassungsgerichts im Wesentlichen über die Zulässigkeit der Rückwirkung entschieden – und damit prinzipiell auch über die Verantwortung des Staates für Dispositionen, die auf der Grundlage und im Vertrauen auf die alte Rechtslage getätigt worden sind.

b) Die Ausprägungen des Rückwirkungsverbots im Steuerrecht

Es lohnt sich zunächst ein Blick auf die Ausprägungen des Rückwirkungsverbots im Steuerrecht und auf die hierzu ergangene (umfangreiche) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, zumal sich gerade steuerliche Belastungen oftmals rückwirkend negativ auf Vermögensdispositionen des Steuerpflichtigen auswirken und das Steuerrecht daher ein wichtiges Anwendungsfeld verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes darstellt.

15 Vgl. BVerfGE 72, 175 (196); 74, 129 (155); 75, 246 (279 f.); 79, 29 (45 f.). Kritisch zu dieser Differenzierung *Papier*, SGB 1994, 105 (107 f.).

16 Vgl. BVerfGE 72, 200 (241 ff.).

17 Vgl. BVerfGE 97, 67 (78 f.). Ebenso in BVerfGE 105, 17 (36 f.).

Nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Gerichts gilt für einkommensteuerrechtliche Lastenzuteilungsnormen grundsätzlich Folgendes: Der Steueranspruch entsteht gemäß § 38 i. V. m. § 37 Abs. 1 AO grundsätzlich, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft. Das Einkommensteuergesetz allerdings bestimmt in § 36 Abs. 1 i. V. m. § 25 Abs. 1, dass die Einkommensteuer in der Regel mit Ablauf des Kalenderjahres als Veranlagungszeitraum entsteht. Nach dieser gesetzlichen Vorgabe finden die Regeln der tatbestandlichen Rückanknüpfung Anwendung, wenn nicht schon der gesamte gesetzliche Steuertatbestand vor Inkrafttreten des Gesetzes verwirklicht worden ist. Erst wenn eine nach Ablauf des Veranlagungszeitraums verkündete Norm mit Wirkung für diesen Zeitraum eine ursprünglich geltende steuerliche Rechtsfolgenlage nachträglich ändert, handelt es sich daher um die Rückbewirkung einer Rechtsfolge, also in der klassischen Terminologie um eine grundsätzlich unzulässige echte Rückwirkung. Wird dagegen eine ändernde Regelung im Laufe des Veranlagungszeitraums verkündet, so liegt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts lediglich eine Neubestimmung einer bislang noch nicht eingetretenen Rechtsfolge und damit eine prinzipiell zulässige tatbestandliche Rückanknüpfung vor (sog. veranlagungsbezogener Rückwirkungsbegriff).¹⁸

Diese Rechtsprechung ist in der Literatur mitunter auf Kritik gestoßen. Die Kritik gründete im Wesentlichen auf dem Einwand, »die Reichweite des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes müsse aus der Perspektive des Normadressaten, der auf die Geltung einer bestimmten Regelung vertraue und sein Handeln danach ausrichte, bestimmt werden; dem würden die Begriffe der echten und der unechten Rückwirkung nicht gerecht. Als lediglich formale Kategorien seien sie nicht geeignet, die Fälle, in denen das Vertrauen des Bürgers Vorrang haben müsse, von den Fällen zu unterscheiden, in denen das Änderungsinteresse des Gesetzgebers überwiege. Gleichwohl hätten sie nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zumindest faktisch eine vorentscheidende Bedeutung. (...) Insbesondere könne es unter Gesichtspunkten des Vertrauensschutzes für die Abgrenzung nicht auf die formale Entstehung der Steuerschuld mit Abschluss des Veranlagungszeitraums ankommen, sondern nur auf die vom Steuerpflichtigen allein beeinflussbare Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen der steuerlichen Einzelnorm.«¹⁹

Dennoch hat das Gericht auch jüngst an seiner Rechtsprechung prinzipiell festgehalten. In den beiden Verfahren, die die Anwendung der sog. Fünftelregelung bei der Besteuerung von Entschädigungen²⁰ und die Verlängerung der

18 Vgl. BVerfGE 72, 200 (253); 97, 67 (80) sowie *Birk*, Steuerrecht, 12. Aufl. 2009, Rn. 176 ff.

19 So die Wiedergabe der Kritik in BVerfG 124, 1 (19 f.).

20 BVerfG 124, 31 (47 ff.).

Spekulationsfrist für Grundstücke von zwei auf zehn Jahre²¹ betrafen, hat das Gericht – anders etwa als der BFH – keinen Fall der echten Rückwirkung gesehen, da die gesetzlichen Änderungen vor dem Ablauf des Veranlagungszeitraums vorgenommen worden waren. Mit Blick auf die im Schrifttum geäußerte Kritik an dem veranlagungsbezogenen Rückwirkungsbegriff argumentierte das Gericht, dass »die Kategorie der echten Rückwirkung – verstanden als zeitliche Rückbewirkung von Rechtsfolgen auf abgeschlossene Tatbestände – ihre Rechtfertigung darin« finde, dass sie eine bestimmte Fallgruppe bezeichne, »in der der Vertrauensschutz regelmäßig Vorrang hat, weil der in der Vergangenheit liegende Sachverhalt mit dem Eintritt der Rechtsfolge kraft gesetzlicher Anordnung einen Grad an Abgeschlossenheit erreicht hat, über den sich der Gesetzgeber vorbehaltlich besonders schwerwiegender Gründe nicht mehr hinwegsetzen« dürfe.²² Dies ändere nichts daran, dass »auch ... auf dem weiten und vielgestaltigen Feld unechter Rückwirkungen (...), auf dem ein allgemeiner Grundsatz unzulässiger Rückwirkung nicht gilt, die belastenden Wirkungen einer Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens stets einer hinreichenden Begründung nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit bedürfen«; das gelte auch dann, »wenn der Gesetzgeber das Einkommensteuerrecht während des laufenden Veranlagungszeitraums umgestaltet und die Rechtsänderungen auf dessen Beginn bezieht«.²³

Mit Blick auf den Schutz staatlich veranlasster Dispositionen hat allerdings bereits die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Verschonungssubventionen aus dem Jahr 1997²⁴ eine wichtige und in einem späteren Beschluss des Gerichts vom 5. 2. 2002²⁵ auch grundsätzlich bestätigte Ausnahme von dieser Rechtsprechung gemacht. Der Zweite Senat hat hier erstmals eine Abweichung von dem veranlagungsbezogenen Rückwirkungsbegriff für steuergesetzliche Lenkungs Vorschriften formuliert und damit den Vertrauensschutz der Steuerpflichtigen in das Fortbestehen der Rechtslage verstärkt: Bietet ein Steuergesetz dem Steuerpflichtigen eine Verschonungssubvention an, die er nur während des Veranlagungszeitraums annehmen kann, so schafft dieses Angebot für diese Disposition in ihrer zeitlichen Bindung eine Vertrauensgrundlage, auf die der Steuerpflichtige seine Entscheidung über das subventionsbegünstigte Verhalten stützt. Diese Dispositionsbedingungen werden damit vom Tag der Entscheidung an zu einer schutzwürdigen Vertrauensgrundlage.²⁶ Möchte der Gesetzgeber daher im späteren Verlauf des Veranlagungszeitraums, aber noch

21 BVerfG 124, 1 (15 ff.).

22 BVerfG 124, 1 (19 f.).

23 Ebd.

24 BVerfGE 97, 67.

25 BVerfGE 105, 17 (40).

26 Vgl. BVerfGE 97, 67 (80); 105, 17 (40).

vor seinem Ablauf andere Rechtsfolgen an diese Dispositionen knüpfen, so liegt darin eine unzulässige echte Rückwirkung.

Vorbehaltlich der künftigen Entwicklung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung kann damit ein vorläufiges Fazit gezogen werden. Im Steuerrecht trifft den Gesetzgeber kraft des verfassungsrechtlichen Rückwirkungsverbots eine besondere Verantwortung dort, wo er durch die Schaffung von auf den Veranlagungszeitraum begrenzten Lenkungsstatbeständen Dispositionen der Steuerpflichtigen veranlasst, die seinen politischen Gestaltungsvorstellungen entsprechen. Im Übrigen bedürfen auch die sonstigen belastenden Wirkungen einer Enttäuschung schutzwürdigen Vertrauens stets einer hinreichenden Begründung nach den Maßstäben der Verhältnismäßigkeit, d. h. das Interesse der Steuerpflichtigen am Fortbestand der Regelung ist gegen das gesetzgeberische Änderungsinteresse in angemessener Weise abzuwägen.

- c) Die Entscheidung zum Atomausstieg aus dem Jahr 2002 als Fall der unechten Rückwirkung

Das verfassungsrechtliche Rückwirkungsverbot ist freilich nicht auf das Steuerrecht beschränkt. Auch eine Anwendung etwa im energiewirtschaftlichen Bereich kommt in Betracht. Private Dispositionen hatte der Staat hier insbesondere etwa auf dem Gebiet der Erforschung und Nutzung der Kernenergie veranlasst.

aa) Von der Förderung der Kernenergie zum geordneten Ausstieg

Um auch nur den Anschein zu vermeiden, Ambitionen mit Blick auf die staatlich-militärische Nutzung der Nukleartechnik zu hegen, hatte sich der deutsche Gesetzgeber bekanntlich dazu entschlossen, nicht selbst Kernreaktoren zu entwickeln, sondern die private Wirtschaft in diese Richtung zu lenken. Ein entsprechendes Signal setzte der in § 1 Nr. 1 AtomG a.F. niedergelegte Förderungszweck des im Jahre 1959 in Kraft getretenen Atomgesetzes, mit dem der Gesetzgeber das Ziel verfolgte, »den Weg für die Entwicklung der deutschen Atomwirtschaft freizumachen«²⁷ und möglichen Investoren Vertrauen auf eine nachhaltige Förderung atomarer Energieerzeugung zu geben. Die Entwicklung der Kernenergie in privater Hand wurde entsprechend kräftig von staatlicher Seite gefördert. Die Abdeckung von zeitweise rund einem Drittel der inländischen Elektrizitätsversorgung und sogar rund zwei Dritteln der Grundlastversorgung durch deutsche Kernkraftwerke²⁸ verdeutlicht das Ausmaß der Investitionen, die durch jene staatliche Initiative veranlasst wurden. Aus Gründen der

²⁷ Vgl. BT-Drucks. 2/3026, S. 16 f. und 19.

²⁸ Vgl. *di Fabio*, Der Ausstieg aus der wirtschaftlichen Nutzung der Kernenergie, 1999, S. 2.

Investitionssicherheit wurden die Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb der Anlagen i. S. d. § 7 AtomG a. F. dabei gemäß § 17 Abs. 1 S. 4 AtomG a. F. grundsätzlich unbefristet erteilt. Die Betreiber der 19 Anlagen, die im Jahr 2002 noch in Betrieb waren, hatten daher im Vorfeld und im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung damit gerechnet, ihre Anlagen bis zu deren voraussichtlichem Produktionsende – je nach Reaktortyp also etwa 40 Jahre und mehr – wirtschaftlich nutzen zu dürfen.

Mit der Neuregelung des Atomgesetzes im Jahr 2002 griff der Gesetzgeber in erheblicher Weise in diese Rechtslage ein. Der Förderungszweck des § 1 Nr. 1 AtomG a. F. wurde gestrichen und durch einen neuen Zweck, nämlich die Beendigung der friedlichen Nutzung der Kernenergie, ersetzt. Dementsprechend wurde in § 7 Abs. 1 S. 2 AtomG n. F. die Neuerteilung von Genehmigungen zur Errichtung und zum Betrieb neuer Kernkraftwerke ausgeschlossen, die ursprünglich unbefristet erteilten Anlagengenehmigungen wurden nun gemäß § 7 Abs. 1 Buchst. a) AtomG bis zum Erreichen einer noch zu produzierenden bestimmten Strommenge befristet. Die gesetzlich festgelegten Elektrizitätsmengen entsprachen dabei einer Regellaufzeit von 32 Jahren für das jeweilige Kernkraftwerk.²⁹ Eine Entschädigung der Anlagenbetreiber sah die Regelung nicht vor.

Dieser enormen Umgestaltung der Rechtslage lag im Wesentlichen die von der rot-grünen Koalition getragene sicherheitstechnische Auffassung zugrunde, bei der friedlichen Nutzung der Kernenergie lasse sich trotz des in Deutschland herrschenden relativ hohen Sicherheitsniveaus »die Möglichkeit von Unfällen mit großen Freisetzung nicht völlig ausschließen«³⁰. Die Regierung hielt daher »die geordnete und einheitliche Beendigung der Kernenergienutzung zur Elektrizitätserzeugung für erforderlich, um den Schutz von Leben und Gesundheit und anderen wichtigen Gemeinschaftsgütern dauerhaft zu gewährleisten«³¹.

bb) Verfassungsrechtliche Würdigung

Die Rechtmäßigkeit dieses bereits im »rot-grünen Koalitionsvertrag« festgelegten Ausstiegs aus der friedlichen Nutzung der Kernenergie war Gegenstand einer rege geführten verfassungsrechtlichen Debatte, die hier im Einzelnen nicht nachgezeichnet werden kann. Ich möchte vor allem auf die der Genehmigungsbefristung innewohnende Rückwirkungsproblematik eingehen. Die nachträglich vom Gesetzgeber angeordnete Befristung war zwar für sich betrachtet zukunftsgerichtet, da sie den bisherigen Betrieb der Anlagen nicht etwa

²⁹ Vgl. Kühne / Brodowski, NJW 2002, 1458 (1460).

³⁰ BT-Drucks. 14/6890, S. 1.

³¹ Ebd.

für rechtswidrig erklärte. Sie knüpfte allerdings im Hinblick auf die bereits erteilte unbefristete Genehmigung an einen Tatbestand an, der zeitlich vor Verkündigung und Inkrafttreten der Norm lag. Es handelte sich daher um eine unechte Rückwirkung bzw. eine tatbestandliche Rückanknüpfung, die zwar grundsätzlich zulässig ist, gleichwohl aber eine sorgfältige Abwägung der verfassungslegitimen Zwecke der nachträglichen Befristungen mit den Interessen der Anlagenbetreiber am Fortbestand der Genehmigung erfordert.

Bei der Befristung der Anlagengenehmigungen handelte es sich außerdem um offensichtliche Eingriffe in die verfassungsrechtlich verbürgten Rechte der Anlagenbetreiber aus Art. 12 und 14 GG, also die Berufsfreiheit und die Eigentumsgarantie. Die Betreiber wurden durch die Befristungen zum einen in ihrer unternehmerischen Dispositionsfreiheit eingeschränkt, zum anderen beschnitten die Befristungen ihr eigentumsrechtlich geschütztes Interesse an der Anlagennutzung, die einerseits durch die zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 903 ff. BGB, andererseits durch die unbefristet erteilte Genehmigung näher ausgestaltet war. Diese Grundrechtseingriffe galt es, unter besonderer Berücksichtigung des spezifisch grundrechtlichen Vertrauensschutzes, zu rechtfertigen.

Eine Anreicherung des Vertrauensschutzes um grundrechtliche Anforderungen ergab sich dabei vor allem aus den speziellen bestandsschützenden Grenzen, die Art. 14 GG für Eigentumsbeschränkungen vorsieht. Obgleich die Genehmigungsbefristung wohl keine Enteignung i. S.v. Art. 14 Abs. 3 GG, sondern eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i. S.v. Art. 14 Abs. 2 S. 2 GG gewesen sein dürfte,³² war das Ausstiegsgesetz auch als Inhalts- und Schrankenbestimmung nicht ohne Weiteres übergangs- und/oder kompensationslos möglich.

Die Erwägungen in der Gesetzesbegründung zu dem Ausstiegsgesetz zielten dementsprechend gerade auf den nach Art. 14 Abs. 1 GG gebotenen Bestands- und Vertrauensschutz ab. Die gesetzlichen Maßnahmen wie auch die mit den Energieversorgern getroffene Vereinbarung sollten nach Auffassung der Bundesregierung »in hohem Maße zum Vertrauensschutz« beitragen.³³ Bei den gesetzlichen Regelungen und der Vereinbarung handele es sich danach »um ein ausgewogenes, die Interessen der Betreiber umfassend berücksichtigendes ›Gesamtpaket«. Insbesondere die Befristungen der bestehenden Genehmigungen in § 7 Abs. 1 AtomG n.F. seien »als angemessene und zumutbare Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums im Sinne von Artikel 14 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes anzusehen«. Es sei durch die Regelungen des Aus-

32 Vgl. zu dieser Frage – allerdings nur bis zur 58. EL – Papier, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 435.

33 Vgl. dazu und zum Folgenden BT-Drucks. 14/6890, S. 16 f.

stiegsgesetzes sichergestellt, »dass den Betreibern die Amortisation ihrer Investitionen ermöglicht wird und darüber hinaus ein angemessener Gewinn erzielt werden kann«. Insgesamt schaffe »die Vereinbarung zusammen mit diesem Gesetz wichtige Voraussetzungen, um langfristig die Rechts- und Planungssicherheit der Unternehmen zu verbessern«. Hinzu komme, »dass durch die im Gesetz geregelte Übertragungsmöglichkeit, die im Regelfall von älteren auf neuere Kraftwerke besteht, betriebs- und volkswirtschaftlich günstigste Restlaufzeiten für die einzelnen Kernkraftwerke vereinbart werden können«.

In Anbetracht der Gesamtumstände kann – wohlgermerkt: aus verfassungsrechtlicher Sicht – wohl nicht davon gesprochen werden, dass der Staat im Jahr 2002 mit Blick auf die einst von ihm veranlassten Investitionen verantwortungslos gegenüber den Betroffenen, d. h. hier verfassungswidrig gehandelt hat. Maßgeblich scheinen mir hier *drei abwägungsrelevante Aspekte* zu sein:

Mit dem Bundesverfassungsgericht ist zunächst festzustellen: »Die normative Grundsatzentscheidung für oder gegen die rechtliche Zulässigkeit der friedlichen Nutzung der Kernenergie im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland ist wegen ihrer weitreichenden Auswirkungen auf die Bürger, insbesondere auf ihren Freiheitsbereich und ihren Gleichheitsbereich, auf die allgemeinen Lebensverhältnisse und wegen der notwendigerweise damit verbundenen Art und Intensität der Regelung eine grundlegende und wesentliche Entscheidung (...). Sie zu treffen ist allein der Gesetzgeber berufen.«³⁴ Dies gilt vor allem in Anbetracht des mit dem geordneten Ausstieg verfolgten Schutzes der überragend wichtigen Verfassungsrechtsgüter des Lebens und der Gesundheit der Bürger – einer Zwecksetzung, die wegen der sich aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und aus Art. 1 Abs. 2 GG³⁵ ergebenden Schutzpflichten des Staates auch objektiv-verfassungsrechtlich stets geboten ist. Grundsätzlich standen den Interessen der betroffenen Anlagenbetreiber daher hinreichend gewichtige verfassungslegitime Ziele gegenüber, die auszugleichen zunächst allein der Gesetzgeber berufen war.

Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber nicht den Weg eines Sofortausstiegs gewählt hatte, sondern die belastende Wirkung einer Genehmigungsbefristung mit einer Restlaufzeitregelung abgemildert hatte, die sich aufgrund der Übertragungsmöglichkeiten der Restlaufzeit von – Sie entschuldigen bitte die undifferenzierte Einteilung – »alten« auf »neue« Reaktoren im Einzelfall flexibel gezeigt hat. Derartige Übergangsmodelle sind prinzipiell durchaus geeignet, dem gebotenen Bestands- und Vertrauensschutz Genüge zu leisten.

Wichtig dürfte im Hinblick auf den verfassungsrechtlich gebotenen Ver-

34 BVerfGE 49, 89 (127).

35 Auf die Würde des Menschen stellt insbesondere BVerfGE 49, 89 (132) ab.

trauensschutz schließlich auch der von der Staatsleitung gewählte Weg eines Ausstiegs im »Konsens« mit der betroffenen Industrie sein. Gerade weil die Entwicklung der Kernenergie durch private Investitionen, aber auf Veranlassung des Staates hin erfolgt ist, mithin also in kooperativer Weise, war es entscheidend, dass die Beendigung der kommerziellen Nutzung von Kernenergie unter Einbeziehung der Betroffenen erfolgt ist. Ein verantwortungsvolles Staatshandeln, welches das Vertrauen der durch staatliche Entscheidungen Veranlassten angemessen berücksichtigt, kann damit im Anwendungsbereich spezieller Grundrechte auch kooperatives Handeln erfordern.

Obwohl sich der Gesetzgeber im Jahr 2002 insgesamt seiner verfassungsrechtlichen Verantwortung gestellt haben dürfte, hat sich gezeigt, dass seine rechtlichen Handlungsspielräume auch im Falle (unechter) Rückwirkungen und gerade im Anwendungsbereich spezieller Grundrechte wie Art. 12 und Art. 14 GG begrenzt sind, und dass der Vertrauensschutz der Grundrechtsträger dem Gesetzgeber eine erhebliche Verantwortung auferlegt.

2. Vertrauensschutz bei schlichten Änderungen der Rechtslage am Beispiel der sog. Plangewährleistung

Obleich ich mich bemüht habe, meinen Ausgangspunkt – das Vertrauensschutzprinzip in Gestalt des *Rückwirkungsverbots* – nicht aus den Augen zu verlieren, werden Sie bemerkt haben, dass die aufgeworfene Problematik des Atomausstiegs zwar an sich zu den Fällen (unechter) Rückwirkungen zählt, in der Sache jedoch nicht nur ausschlaggebend war, dass es sich um eine tatbestandliche Rückknüpfung des Ausstiegsgesetzes an die in der Vergangenheit liegende Genehmigungserteilung handelte. Vielmehr hatte der Staat mit der Einführung des Atomgesetzes in seiner ursprünglichen Fassung und mit den begleitenden Maßnahmen einen gewissen Vertrauenstatbestand geschaffen, der die Anlagenbetreiber auch schon vor Erteilung der eigentlichen Anlageneignung zu erheblichen Investitionen veranlasst hatte. Da es oftmals nur eine Frage der gesetzestechnischen Ausgestaltung einer Regelung ist, ob ein Fall der unechten Rückwirkung vorliegt oder lediglich eine schlichte Änderung der Rechtslage,³⁶ ist fragwürdig, ob die Betroffenen auch in letztgenannten Fällen einen gewissen Vertrauensschutz genießen, den Staat umgekehrt also auch jenseits der Rückwirkungsfälle Verantwortung trifft.

Derartige schlichte Änderungen der Rechtslage liegen insbesondere etwa den Fällen zugrunde, die bereits seit Anfang der 50er Jahre unter dem Schlagwort der

³⁶ So etwa auch *Schwerdtfeger*, Vertrauensschutz und Plangewährleistung im Subventionsrecht, S. 164 f.

»Plangewährleistung«³⁷ diskutiert worden sind. Es geht dabei um die Frage, ob und inwiefern das Vertrauen auf den Fortbestand staatlicher Planung die Änderungsmöglichkeit von Plänen oder Planungen einschränkt oder doch zumindest Entschädigungen für denjenigen erfordert, der in seinem Vertrauen enttäuscht wurde und dessen Dispositionen dadurch entwertet worden sind.³⁸ Der Begriff der Planung ist dabei denkbar weit zu verstehen. Für den besonderen Bereich der Wirtschaftsplanung lässt er sich mit *Hans-Peter Ipsen* definieren als »die Gesamtheit hoheitlicher zielverbundener Handlungen in der Absicht, wirtschaftspolitische Ziele öffentlichen Interesses dadurch zu verwirklichen, dass das Verhalten der privaten Wirtschaft oder die Bedingungen ihrer Marktteilnahme für den Planungszeitraum ... für das Zielinteresse beeinflusst werden.«³⁹ Die Problematik der Plangewährleistung und etwaiger Plangewährleistungsansprüche⁴⁰ soll im Folgenden indes nicht vollständig nachgezeichnet werden; ich möchte mich insofern vielmehr auf die verfassungsrechtlichen Grundzüge beschränken.

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich bereits im Jahr 1971 mit einer derartigen Frage zu beschäftigen. In den §§ 3 und 7 des Gesetzes zur Förderung der Wirtschaft von Berlin (West) – sog. Berlinhilfegesetz (BHG) – waren Umsatzsteuervergünstigungen und –befreiungen für Berliner Unternehmen und Unternehmen im Bundesgebiet vorgesehen, die in die West-Berliner Industrie und den dortigen Wohnungsbau investierten. § 15 Abs. 2 BHG in der Fassung vom März 1959 sah dabei eine Befristung der Vergünstigungen und Befreiungen bis zum 31. Dezember 1964 vor. Nach der Errichtung der Berliner Mauer im Jahr 1961 sah sich der Bund allerdings gezwungen, weitergehende Fördermaßnahmen zu ergreifen. Die damit verbundenen Steuermindereinnahmen sollten dabei durch eine Kürzung der unter dem BHG bislang gewährten Umsatzsteuervorteile für den Bereich der Zigarettenindustrie ausgeglichen werden. Dementsprechend ordnete der Gesetzgeber im Juli 1962 an, die Bemessungsgrundlage für die Umsatzsteuervorteile bei Zigaretten ab dem 1. Januar 1963 um ein Drittel zu kürzen. Die Kürzungen sollten gerade die Zigarettenindustrie treffen, da deren Investitionen in West-Berlin einerseits hinter den ihr bislang gewährten Steuervorteilen zurückblieben, andererseits hatten die Hilfen zu einer im Verhältnis zur übrigen West-Berliner Industrie außergewöhnlichen und weit überdurchschnittlichen Umsatzsteigerung geführt. Die betroffenen Unterneh-

37 Den Begriff der »Plangewährleistung« hatte maßgeblich *Hans-Peter Ipsen* mit seinem Diskussionsbeitrag auf der Staatsrechtslehrertagung 1952 geprägt, vgl. *Ipsen*, VVDStRL 11 (1954), 129 ff.

38 Vgl. *Kriele*, DÖV 1964, 531.

39 *Ipsen*, Rechtsfragen der Wirtschaftsplanung, in: Kaiser (Hrsg.), Planung II, S. 63 (89).

40 Vgl. etwa für den Bereich der Bauleitplanung den Entschädigungsanspruch nach § 39 BauGB.

men sahen sich durch die Kürzungen in ihren Rechten verletzt und argumentierten, die ursprüngliche Regelung habe »die Zusage enthalten, dass die Steuervorteile bis zum 31. Dezember 1964 fortgewährt würden, und dadurch einen Vertrauenstatbestand geschaffen, auf den sie sich [hätten] verlassen können.«⁴¹ Der BFH legte das Änderungsgesetz aus dem Jahr 1962 im Wege der konkreten Normenkontrolle dem Bundesverfassungsgericht zur Prüfung und Entscheidung vor.

Das Bundesverfassungsgericht begann seine Prüfung, wie üblich, mit dem bewährten rechtsstaatlichen Rückwirkungsverbot. Es stellte zunächst fest, dass kein Fall der echten Rückwirkung vorlag, da die Vorteilskürzungen für die Zeit nach dem laufenden Veranlagungszeitraum angeordnet wurden, die Rechtsfolge der Norm also jedenfalls nicht rückwirkend angeordnet wurde.⁴² Darüber hinaus verneinte das Gericht auch eine unechte Rückwirkung des Änderungsgesetzes, denn es »erfasste frühestens solche Umsätze, die im Januar 1963 steuerpflichtig wurden; auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte bezog sich diese Vorschrift also nicht. Die Errichtung oder der Ausbau von Fabrikationsanlagen in der Absicht, für spätere Lieferungen Umsatzsteuervorteile in Anspruch zu nehmen, wahren den erforderlichen Zusammenhang mit dem gesetzlichen Tatbestand, von dem die Entstehung der Umsatzsteuerschuld abhängig ist, jedenfalls nicht.«⁴³

Gleichwohl erkannte das Bundesverfassungsgericht die Nähe derart gelagerter Sachverhalte zu den Fällen der unechten Rückwirkung und stellte dementsprechend fest: »Das Vertrauen auf den Bestand der durch § 15 Abs. 2 BHG 1959 geschaffenen Rechtslage genießt grundsätzlich keinen geringeren Schutz als den, der nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur unechten Rückwirkung von Gesetzen besteht. Danach hängt es von der verfassungsrechtlichen Beurteilung des einzelnen Falles ab, ob der Bürger im Vertrauen auf den Bestand einer bestimmten gesetzlichen Regelung eine Rücksichtnahme durch den Gesetzgeber billigerweise erwarten darf. Bei der Entscheidung über diese Frage ist zwischen dem Ausmaß des Vertrauensschadens einerseits und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Wohl der Allgemeinheit andererseits abzuwägen.« Bei der konkreten Abwägung kam das Gericht dann freilich zu dem Ergebnis, dass die Interessen der betroffenen Zigarettenindustrie gegenüber der notwendigen Mittelbeschaffung nachrangig war, da »sich die Umsatzsteuerbefreiung [für die Zigarettenindustrie] unverhältnismäßig günstiger ausgewirkt [hatte] als für andere förderungswürdige

41 Zitiert nach BVerfGE 30, 392 (400).

42 Vgl. BVerfGE 30, 392 (401 f.).

43 BVerfGE 30, 392 (403).

Berliner Industriezweige«⁴⁴. Zudem wirkte sich die Kürzung »weder existenzbedrohend aus, noch entwertete sie die von der Zigarettenindustrie in West-Berlin vorgenommenen Investitionen nachträglich im ganzen«.⁴⁵

Es zeigt sich damit, dass eine Veranlassung von Dispositionen keineswegs nur in Rückwirkungsfällen eine besondere verfassungsrechtliche Verantwortung des Gesetzgebers begründet, sondern dass den Gesetzgeber auch bei schlichten Rechtsänderungen eine Verantwortung für Vertrauensbetätigungen trifft, für die durchaus die Maßstäbe unechter Rückwirkungsfälle entsprechend herangezogen werden können.

Eine so verstandene verfassungsrechtlich gebotene »Plangewährleistung« kann im Übrigen – wie auch das Rückwirkungsverbot – im Anwendungsbereich spezieller Grundrechte besondere Anforderungen entfalten. So fordert etwa der eigentumspezifische, aus Art. 14 GG folgende Vertrauensschutz als Element des individuellen Freiheits- und Dispositionsschutzes auf vermögensrechtlichem Gebiet eine besondere Plankontinuität.⁴⁶ Das eigentumsgrundrechtliche Vertrauensschutzprinzip verlangt die Wahrung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen den widerstrebenden Grundsätzen der Plankontinuität einerseits und der Planflexibilität andererseits. Ein eigentumsgrundrechtlicher Vertrauensschutz, der sich nur auf die ins Werk gesetzten Nutzungen⁴⁷ und auf die durch Eigenleistungen »verdienten« Nutzungsmöglichkeiten bezieht, greift dabei zu kurz. Der Zeitraum notwendiger, eigentumsrechtlich gesicherter Plankonstanz muss beispielsweise im Rahmen der Bauleitplanung so bemessen sein, dass während dieser Zeitspanne die einmal eingeräumte Bebaubarkeit mit dem üblichen Planungs- und Ausführungsaufwand, einem angemessenen Finanzierungsverlauf sowie unter Einräumung von Veräußerungsmöglichkeiten in Ansehung des zu Bauland erstarkten Grundeigentums realisiert werden kann.⁴⁸

IV. Schlussbemerkung

Abschließend lässt sich das Verhältnis von Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht wie folgt charakterisieren. Eine wichtige Unterscheidung ist hier zum einen die Differenzierung zwischen echten und unechten Rückwirkungen. Prinzipiell unzulässig und damit aus gesetzgeberischer Sicht unverantwortlich sind im echten Sinne rückwirkende Regelungen, welche die

44 BVerfGE 30, 392 (405).

45 BVerfGE 30, 392 (406).

46 Vgl. *Bielenberg*, Gutachten 49. DJT, S. B 48 (50 f.); *Breuer*, DÖV 1978, 195; *ders.*, in: Schrödter, BauGB, 7. Aufl., 2006, § 42 Rn. 24.

47 So offenbar BVerfGE 58, 300 (338); kritisch auch *Leisner*, DVBl. 1983, S. 67.

48 Vgl. dazu *Papier*, in: Maunz/Dürig, Art. 14 GG, Rn. 415 m.w.N.

einstmals geltende Rechtsfolgenlage nachträglich ändern und damit den getroffenen Dispositionen der veranlassten privaten Akteure im Nachhinein den Boden der Legalität entziehen. Gleiches gilt für die erwähnten, von vornherein auf einen engen zeitlichen Rahmen begrenzten Lenkungstatbestände, die wegen ihrer zeitlichen Bindung vom Zeitpunkt ihres Erlasses an – und damit unabhängig vom Eintritt ihrer Rechtsfolgen – eine besonders schutzwürdige Vertrauensgrundlage bilden.

Prinzipiell zulässig sind dagegen unechte Rückwirkungen sowie schlichte Änderungen der Rechtslage, auf deren Fortbestand die Rechtsunterworfenen möglicherweise vertraut haben. Verantwortung trifft den Staat aber auch dort insoweit, als die Vertrauensenttäuschung der Rechtfertigung durch verfassungsrechtlich relevante Gründe bedarf, die der Gesetzgeber in ein angemessenes Verhältnis mit dem gebotenen Vertrauensschutz zu bringen hat. Besondere Anforderungen an ein verantwortungsvolles Staatshandeln ergeben sich schließlich, wie sich am Beispiel des Atomausstiegs gezeigt hat, im Anwendungsbereich spezieller Grundrechte. Gerade wenn sich die vertrauenswidrigen gesetzgeberischen Entscheidungen als Enteignungen i. S. v. Art. 14 Abs. 3 GG oder als bestehende Rechtspositionen aufhebende oder wesentlich verschlechternde Inhalts- und Schrankenbestimmungen i. S. v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG erweisen, verschärfen die dort genannten verfassungsrechtlichen Beschränkungsgrenzen den ohnehin geltenden allgemeinen Vertrauensschutz und erfordern ggf. Übergangs- und Entschädigungsregelungen sowie u. U. eine im Einvernehmen mit den Betroffenen zu treffende, abfedernde Lösung der Konfliktlage.

Ich möchte meinen Beitrag mit einer sehr allgemein gehaltenen Warnung beschließen. Ein ausufernder und sich mit Regulierung und Intervention übernehmender Staat ist – es mag paradox klingen – ein schwacher Staat, jedenfalls soweit es um die Organisation und Vertretung der allgemeinen Interessen geht. Dies gilt unter verschiedenen Aspekten. Je mehr der Staat umverteilend und regulierend in Wirtschaft und Gesellschaft interveniert, desto mehr muss er sich zwangsläufig – schon aus Gründen der Durchsetzung seiner Politik – für die Kooperation mit Verbänden und Interessenvertretungen öffnen – in dem selben Maße steigern sich – umgekehrt – das Interesse und die Möglichkeiten dieser Verbände, sich institutionell in die demokratischen Entscheidungsverfahren des Staates einzuschalten. Im Ergebnis werden so die Grenzen der verfassungsrechtlich zentralen Unterscheidung von Staat und Gesellschaft von beiden Seiten her verwischt. Das ist der eine Aspekt. Der andere ist eben der der drohenden Einengung der Handlungs- und Steuerungsfähigkeit des Staates, die sich aus den geschilderten verfassungsrechtlichen Gründen auf Grund vorangegangener Ingerenzen des Staates in die wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Prozesse ergeben kann.

Investitionspflichten beim Ausbau der Übertragungsnetze zwischen Veranlassung und Verantwortung

A. Einleitung

Der aktuelle Investitionsbedarf beim Ausbau der Energienetze ist in der vergangenen Zeit Gegenstand einer lebhaften öffentlichen Diskussion gewesen. Besonders hervorstechend waren insoweit die von der Kommission für die Europäische Union prognostizierten Werte. So seien bis zum Jahre 2020 etwa eine Billion Euro in das europäische Energiesystem zu investieren, wovon allein 200 Milliarden Euro für die Energietransportnetze benötigt würden¹. Dabei sind die Instandhaltung der bestehenden Netzinfrastrukturen und ihr bedarfsge-rechter Ausbau wesentliche Voraussetzungen zur Gewährleistung des in § 1 Abs. 1 EnWG niedergelegten Ziels der Versorgungssicherheit. Dies gilt umso mehr angesichts der aufgrund der Reaktorkatastrophe im japanischen Fukushima auch in Deutschland wieder lebhaft diskutierten Thematik der Nutzung der Kernenergie, die nach einer gerade erst erfolgten Laufzeitverlängerung anschließend im erneuten und nun (voerst) endgültigen Ausstieg aus der Nutzung der Kernenergie mündete.²

In Deutschland sind die Investitionen in Übertragungsnetze seit dem Beginn der Diskussion um ein Drittes Energiebinnenmarktpaket jedoch nach eigenen Aussagen der Netzbetreiber signifikant zurückgegangen und schließlich beinahe

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Immobilienrecht, Infrastruk-turrecht und Informationsrecht an der Universität Regensburg. Bei dem Beitrag handelt es sich um eine leicht ergänzte sowie mit Fußnoten versehene Fassung des Vortrages, der um weitere Aspekte ergänzt bereits publiziert wurde als *Kühling/Pisal*, ZNER 2011, S. 13 ff. Seit dem Vortrag im Jahr 2010 hat sich mit der Energiewende 2011 das Energierecht maßgeblich weiterentwickelt. Insofern ist eine behutsame Anpassung des ursprünglichen Vortragsmas-kripts erfolgt.

1 Siehe Kommissionsmitteilung vom 17.11.2010 – Energieinfrastrukturprioritäten bis 2020 und danach – ein Konzept für ein integriertes europäisches Energienetz, KOM(2010) 677 endg., S. 9.

2 13. Gesetz zur Änderung des Atomgesetzes v. 31. Juli 2011 (BGBl. I, S. 1704).

vollständig zum Erliegen gekommen³. Die Unsicherheit über die neuen Entflechtungsvorgaben hat die vertikal integrierten Netzbetreiber offensichtlich veranlasst, nur noch die allernötigsten Wartungsarbeiten durchzuführen. Die betroffenen Unternehmen wollten sich anscheinend nicht der Gefahr aussetzen, umfangreiche Investitionen in die Wege zu leiten von denen anschließend aufgrund einer Pflicht zur Veräußerung des Netzes gegebenenfalls dessen Erwerber profitieren würde. Dabei ist gerade vor dem Hintergrund der zunehmenden Erzeugung von Energie aus erneuerbaren Energiequellen und hier vor allem aus der Windkraft, ein Ausbau der Übertragungskapazitäten insbesondere auf der Nord-Süd-Tangente dringend notwendig⁴. Windkraftanlagen in Offshore-Windparks und in Küstennähe weisen den Vorteil auf, dass dort eine verhältnismäßig gleich bleibende Energieerzeugung möglich ist. Der Ausbau entsprechender Anlagen führt jedoch dazu, dass die so erzeugte Elektrizität erst über weite Strecken zum Ort des Verbrauchs transportiert werden muss. Dies erfordert wiederum zwangsläufig einen erhöhten Bedarf an Übertragungskapazitäten von den Erzeugungs- in die Verbrauchsregionen. Dabei geht jene Entwicklung im Wesentlichen auf eine politische Entscheidung zurück, nämlich die Förderung erneuerbarer Energien.

Die Dena-I-Netzstudie ging im Jahr 2005 von einem Ausbaubedarf im Höchstspannungsnetz an Land von 850 km bis zum Jahre 2015 aus. Der Anteil an zu erneuernden Trassen war hierbei noch nicht berücksichtigt.⁵ Bislang sind davon laut Dena-II-Netzstudie 90 km realisiert. Für die Anbindung der Offshore-Windparks sind laut jener zweiten Studie bis 2020 Seekabel mit einer Länge von 1.550 km nötig, für die jährliche Kosten in Höhe von 340 Mio. Euro anfallen. Zusätzlich bestehe bis zum Jahre 2020 ein Trassenzubaubedarf im Übertragungsnetz von mindestens 1.700 km, wobei in diesem Szenario weitere 5.700 km an Übertragungstrassen umzurüsten wären⁶. Der damalige Bundes-

3 Vgl. entsprechende Hinweise in Gutachten der *Monopolkommission*, Sondergutachten Energie, Strom und Gas 2009: Energiemärkte im Spannungsfeld von Politik und Wettbewerb, S. 162; Kleine Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drucks. 17/1634 vom 6. Mai 2010, S. 3.

4 So schon *Säcker*, RdE 2009, S. 305 und *ders.*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009, S. 73 ff; siehe auch *P. Focht*, in: *Energie & Management* vom 1. September 2010, S. 3; hinzu kommen bereits jetzt drohende kurzfristige Engpässe auf der Nord-Süd-Trasse aufgrund der Abschaltung von fünf in Süddeutschland belegenden AKWs, vgl. hierzu den Beitrag im *Europe-Online Magazine* vom 20.3.2011 (abrufbar im WWW unter der URL http://www.europeonline-magazine.eu/ein-stresstest-fuer-die-stromnetze_117500.html).

5 Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Studie »Energiewirtschaftliche Planung für die Netzintegration von Windenergie in Deutschland an Land und Offshore bis zum Jahre 2020, S. 7 ff (abrufbar im WWW unter der URL <http://www.dena.de/de/themen/thema-esd/publikationen/publikation/netzstudie/>).

6 Siehe hierzu insgesamt Dena-II-Netzstudie – Integration erneuerbarer Energien in die

wirtschaftsminister Brüderle sprach anlässlich einer Bundestagsdebatte am 24. März 2011⁷ von einem Stromleitungszubaubedarf in Höhe von 3.600 km. Dabei sollte durch ein Netzausbaubeschleunigungsgesetz eine schnelle Realisierung der notwendigen Investitionen ermöglicht werden⁸. Auch die voranschreitende Abkehr von emissionsintensiven Kohlekraftwerken und deren Substitution durch Gas- und Ölkraftwerke erfordert zusätzliche Übertragungskapazitäten. Diese Kraftwerke werden überwiegend in Hafennähe, also in Nord- und Nordostdeutschland errichtet, weil dort die entsprechenden Häfen liegen, in denen die zum Kraftwerksbetrieb benötigten Primärbrennstoffe eingeschifft werden können. Auch hier werden zusätzliche Übertragungskapazitäten für den Transport der Elektrizität in Richtung Süden benötigt⁹.

Hinzu kommt, dass Deutschland aufgrund seiner zentralen Lage in Europa ein bedeutendes Transitland sowohl für Elektrizität als auch für Erdgas ist¹⁰. Dieser Transit wird aufgrund der gestiegenen grenzüberschreitenden Transporte tendenziell zunehmen. Auch deshalb müssen die deutschen Netze, die hierfür ihrer Konzeption nach nicht ausgelegt sind, ausgebaut werden¹¹.

Bei der Regelung der Investitionspflichten muss schließlich berücksichtigt werden, dass es sich um die Regulierung eines tri- bzw. multipolaren Rechtsverhältnisses handelt. Die Pflicht, die Netze bedarfsgerecht auszubauen, greift in die durch Art. 12 GG geschützte unternehmerische Freiheit der Netzbetreiber ein. Zugleich beschränkt ein unterlassener Ausbau oder Anschluss die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit potenzieller Netznutzer, die ebenfalls in den Schutzbereich von Art. 12 GG fällt. Zwischen diesen beiden Positionen ist im Wege praktischer Konkordanz und unter Einbeziehung des gesetzlichen Zieles,

deutsche Stromversorgung im Zeitraum 2015–2020 mit Ausblick 2025 – Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Projektsteuerungsgruppe (abrufbar im WWW unter der URL http://www.dena.de/fileadmin/user_upload/Download/Dokumente/Studien___Umfragen/Ergebniszusammenfassung_pdf-Format.pdf).

7 Informationen abrufbar im WWW unter der URL http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/33832244_kw12_de_energie/.

8 Siehe hierzu das Eckpunktepapier des BMWi vom 21. 3. 2011 (abrufbar im WWW unter der URL <http://bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/pressemitteilungen,did=383716.html>); das Netzausbaubeschleunigungsgesetz Übertragungsnetz (NABEG) v. 28. Juli 2011 (BGBl. I, S. 1690) ist am 5. August 2011 im Rahmen der Energiewende begleitend zur umfassenden EnWG-Novelle in Kraft getreten.

9 So schon *Säcker*, RdE 2009, S. 305 und *ders.*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009, S. 73 ff.

10 *BNetzA*, Bericht gemäß § 63 Abs. 4a EnWG zur Auswertung der Netzzustands- und Netzausbauberichte der deutschen Elektrizitätsübertragungsbetreiber vom 8. Januar 2008, S. 6.

11 So schon *Säcker*, RdE 2009, S. 305 und *ders.*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009, S. 73 ff.

die Versorgungssicherheit zu gewährleisten, ein angemessener Ausgleich zu schaffen, der durch das Kriterium der Bedarfsgerechtigkeit konturiert wird¹².

Vor diesem Hintergrund erfordert das Thema einer angemessenen Ausformung von Investitionspflichten auf der Transportebene zunächst eine Bestandsaufnahme der bisherigen Regelungen der Netzausbaupflichten im EnWG 2005 (B.), bevor in einem zweiten Schritt eine kritische Prüfung der neuen Pflichten im Rahmen des Dritten Energiebinnenmarktpaketes und auf dieser Basis eine Differenzanalyse erfolgen kann (C.). Schließlich soll in einem dritten Schritt auf die große Bedeutung angemessener Investitionsanreize eingegangen werden (D.), bevor ein Fazit und Ausblick möglich ist (E.)¹³.

B. Bisherige Regelung der Netzausbaupflichten

I. Vorgaben im zweiten Energiebinnenmarktpaket

Ausbauverpflichtungen waren in den Richtlinien 2003/54/EG und 2003/55/EG nur äußerst rudimentär geregelt. Es fehlte vor allem an einer verbindlichen Planung für den Netzausbau. Art. 21 Abs. 2 Richtlinie 2003/55/EG formuliert dementsprechend vage, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen ergreifen können, um für einen Ausbau durch die Erdgasunternehmen Sorge zu tragen, wenn Fernleitungsnetzbetreiber den Netzzugang unter Hinweis auf die unzureichende Kapazitätssituation ablehnen¹⁴. Die Richtlinie 2003/54/EG formuliert in Art. 20 Abs. 2 S. 3 noch offener, dass die Mitgliedstaaten lediglich sicherzustellen haben, dass die Netzbetreiber bei einer Transportverweigerung aufgrund unzureichender Kapazitäten Informationen bereitstellen, aus denen hervorgeht, welche Maßnahmen zur Verstärkung des Netzes erforderlich wären.

Darüber hinaus haben das Europäische Parlament und der Rat mit ihrer Entscheidung zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze¹⁵ die Prioritäten der Unionsorgane bei der Schaffung von transeuro-

12 Siehe hierzu auch *Säcker*, RdE 2009, S. 305, 307 und grundlegend für die Regulierung *Kühling*, Sektorspezifische Regulierung in den Netzwirtschaften, 2004, S. 469 ff.

13 Nicht behandelt werden hier Ausbauverpflichtungen im Rahmen des EEG, da sich diese im Wesentlichen auf die Verteilnetzebene beziehen, vgl. dazu *Kühling/Pisal*, ZNER 2/2011, S. 13, 15 f.

14 Präziser müsste es wohl »durch die Fernleitungsnetzbetreiber« heißen, da diese für die Gewährung des Netzzugangs sowie dessen Ausbau zuständig sind. Der Begriff »Erdgasunternehmen« kann sowohl den Netzbetreiber als auch die verbundenen Wettbewerbsbereiche meinen.

15 Entscheidung 1364/2006/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. September 2006 zur Festlegung von Leitlinien für die transeuropäischen Energienetze und zur Aufhe-

päischen Energienetzen niedergelegt¹⁶. Diese betrifft jedoch im Grundsatz nur die Förderungswürdigkeit von Vorhaben mit Unionsmitteln, die sich bislang allerdings noch vergleichsweise bescheiden ausnehmen. So beliefen sich diese Mittel im Jahre 2008 auf ca. 20 Mio. €¹⁷. Insgesamt beträgt das Budget im Energiebereich im Zeitraum von 2007 bis 2013 155 Mio. €, vgl. Art. 18 Abs. 1 VO 680/2007¹⁸. Lediglich Art. 9 der Entscheidung über die transeuropäischen Energienetze gibt den Mitgliedstaaten auf, Vorhaben von europäischem Interesse voranzutreiben. Nach Art. 7 Abs. 2 der Entscheidung sorgen die Mitgliedstaaten ferner dafür, dass der Umstand, dass grenzüberschreitende Vorhaben die Verbundkapazität zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten erhöhen und damit zur Stärkung der Versorgungssicherheit beitragen, im Rahmen der nationalen Genehmigungsverfahren angemessen berücksichtigt wird. Ähnliche Verpflichtungen werden den Mitgliedstaaten durch Art. 11 der VO 680/2007 auferlegt.

II. Vorgaben im EnWG 2005

Das EnWG 2005 formulierte in § 20 Abs. 2 S. 3 entsprechend den europäischen Vorgaben, dass der Netzbetreiber, der den Zugang unter Hinweis auf fehlende Kapazitäten verweigert, aussagekräftige Informationen bereitstellen muss, aus denen hervorgeht, welche Maßnahmen notwendig wären und welche Kosten für den Ausbau des Netzes entstehen würden, um den Netzzugang zu ermöglichen. Daraus folgte jedoch kein direkter Anspruch auf Ausbau des Netzes. Konkretere Vorgaben hinsichtlich des Netzausbaus enthielt § 11 EnWG 2005 und ging damit über die europarechtlichen Vorgaben hinaus. § 11 Abs. 1 S. 1 EnWG 2005 verpflichtete die Betreiber von Energieversorgungsnetzen, diese zu warten und bedarfsgerecht zu optimieren, zu verstärken und auszubauen, um ein sicheres,

bung der Entscheidung 96/391/EG und der Entscheidung 1229/2003/EG, ABL. EG 2006, Nr. L 262, S. 1 ff.

16 Dieses System wird von der Kommission bereits jetzt als zu unflexibel bewertet, vgl. KOM (2010) 677 endg., S. 10, ein Vorschlag für eine Reform dieses Rechtsrahmens liegt bereits vor, siehe Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zu Leitlinien für die transeuropäische Energieinfrastruktur und zur Aufhebung der Entscheidung Nr. 1364/2006/EG, KOM(2011) 658 endg.

17 KOM(2008) 1360; die Mittel wurden sowohl zur Erstellung von Machbarkeits- und Plausibilitätsstudien als auch zur Umsetzung baulicher Projekte verwandt; ein Überblick über sämtliche aufgrund der TEN-E Leitlinien gewährten Gemeinschaftszuschüsse ist abrufbar im WWW unter der URL http://ec.europa.eu/energy/infrastructure/tent_e/financial_aid_en.htm.

18 Verordnung (EG) Nr. 680/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Grundregeln für die Gewährung von Gemeinschaftszuschüssen für transeuropäische Verkehrs- und Energienetze, ABL. EG 2007, Nr. L 162, S. 1 ff; der neue Verordnungsvorschlag KOM(2011) 658 endg. sieht ein deutlich höheres Budget iHv. 9,1 Mrd. €.

zuverlässiges und leistungsfähiges Energieversorgungsnetz zur Verfügung zu stellen. Dementsprechend ordneten die §§ 12 Abs. 3 und 15 Abs. 3 EnWG 2005 an, dass Betreiber von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen die Fähigkeit des Netzes, die Nachfrage nach Transportkapazitäten zu bedienen, sicherzustellen haben, um so zur Versorgungssicherheit beizutragen. Daraus ergab sich nach wohl herrschender Meinung zugleich, dass die Netzbetreiber den Ausbaubedarf durch geeignete Maßnahmen zu ermitteln und anhand der gewonnenen Erkenntnisse einen Netzausbauplan zu erstellen haben¹⁹. Besonders geregelt war dies für den Elektrizitätssektor. Nach § 12 Abs. 3a EnWG 2005 waren die Betreiber von Übertragungsnetzen verpflichtet, einen Bericht über den Netzzustand und die Netzausbauplanung zu erstellen und diesen der Regulierungsbehörde auf Verlangen vorzulegen. Der Bericht zur Netzausbauplanung hatte auch konkrete Maßnahmen zur Optimierung, zur Verstärkung und zum Ausbau des Netzes sowie den geplanten Beginn und das geplante Ende der Maßnahmen zu enthalten. Ein Ausbau war dann als bedarfsgerecht einzustufen, wenn nur mit seiner Hilfe die Nachfrage von Erzeugern, Händlern und Letztverbrauchern langfristig befriedigt werden konnte. Engpässen auf Übertragungs- und Fernleitungsebene, die lediglich kurzfristiger Natur sind, musste nicht mit Netzausbaumaßnahmen begegnet werden. Hier reichte vielmehr nach §§ 13 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 EnWG 2005 die Anwendung eines Engpassmanagementverfahrens als marktbezogene Maßnahme²⁰ oder der Einsatz von Speicherkapazitäten²¹ aus.

Der Netzausbau war grundsätzlich eigenverantwortlich von den Energieversorgungsnetzbetreibern durchzuführen²². Die Bundesnetzagentur führte lediglich gemäß § 35 Abs. 1 Nr. 8 EnWG 2005 ein Monitoring durch, in dessen Rahmen überprüft wurde, ob die Betreiber von Übertragungs- und Fernleitungsnetzen ihren Verpflichtungen aus den §§ 11 – 16 EnWG 2005 nachkommen. Kamen die Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber ihren Investitionspflichtigen allerdings nicht nach, so konnte die zuständige Regulierungsbehörde

19 Weyer, ZNER 2009, S. 210 und Stötzel, in: Britz/Hellermann/Hermes (Hrsg.), EnWG, 2008, § 11 Rn. 35 ff.

20 Theobald, in: Danner/Theobald (Hrsg.), Energierecht, 64. EL 2009, § 11 EnWG Rn. 23 ff. (auch zum Verhältnis vom Engpassmanagement und Netzausbau); ein Netzum- bzw. -ausbau ist dabei stets nur ultima ratio, Koenig/Kühling/Winkler, WuW 2003, S. 228, 240.

21 Während Speicheranlagen in der Erdgaswirtschaft bereits umfangreich eingesetzt werden, um einen konstanten Gasbezug zu ermöglichen, kurzfristige Lastspitzen zu bedienen und saisonale sowie konjunkturelle Verbrauchsschwankungen auszugleichen, gestaltet sich die Speicherung von Elektrizität aufwendiger und verlustträchtiger. Wenn entsprechende Technologien für eine effiziente Speicherung von Elektrizität zur Verfügung stehen, können sie jedoch als mildere Maßnahme gegenüber einem Netzausbau netzintegrierende und marktbezogene Aufgaben erfüllen.

22 BT-Drucks. 15/3917, S. 81; Weyer, ZNER 2009, S. 210.

auf das Instrumentarium der § 65 ff. EnWG 2005 zurückgreifen. Sie konnte dabei nach § 65 Abs. 2 EnWG 2005 gegenüber denjenigen Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreibern, die ihrer Verpflichtung zu einem bedarfsgerechten Netzausbau nicht nachkommen, entsprechende Ausbauverpflichtungen anordnen. Zusätzlich bestand für sie die Möglichkeit, nach § 72 EnWG 2005 bereits vor Erlass einer endgültigen Entscheidung vorläufige Anordnungen zu treffen²³. Bislang musste die Bundesnetzagentur den Netzausbau aber noch nicht durch behördliche Anordnungen und Vollstreckungsmaßnahmen erzwingen²⁴. Problematisch sind vielmehr nach wie vor die verzögerten Genehmigungsverfahren. Damit gingen bereits die Vorgaben im EnWG 2005 über die unionsrechtlichen Bestimmungen des zweiten Binnenmarktpaketes hinaus. Teilweise wurden sie gleichwohl als unzureichend angesehen und es wurde für einen Ausbau des Sanktionsinstrumentariums im Sinne der Anwendbarkeit eines besonderen Missbrauchsverfahrens gemäß § 31 EnWG und für die Schaffung von expliziten Schadensersatzansprüchen von Dritten entsprechend § 32 EnWG plädiert²⁵. Eine Erweiterung des Sanktionsinstrumentariums in dem vereinzelt geforderten Sinne hat auch durch die EnWG-Novelle des Jahres 2011²⁶ nicht stattgefunden. Die bisherigen wenig justiziablen Regelungen wurden beibehalten und um die neuen Vorgaben aus dem Dritten Energiebinnenmarktpaket ergänzt, wobei Letztere sich nur auf die Transportnetzebene beziehen. Für Verteilnetzbetreiber gelten weiterhin nur die bereits dargestellten Vorgaben.

C. Neuregelung der Netzausbaupflichten durch das Dritte Energiebinnenmarktpaket

Das Dritte Energiebinnenmarktpaket enthält nun erstmals auf europäischer Ebene konkrete Vorgaben im Hinblick auf den Ausbau der bestehenden Übertragungs- und Fernleitungsinfrastrukturen. Dabei verfolgt der europäische Gesetzgeber einen Ansatz, der im Zusammenspiel mit den Entflechtungsvorgaben nur dann in die Entscheidungsfreiheit der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber hinsichtlich des Netzausbaus eingreift, wenn aufgrund der

23 *Säcker*, RdE 2009, S. 305.

24 Siehe hierzu die Aussage des damaligen Präsidenten der BNetzA Kurth in der Wirtschaftswoche vom 6.9.2010, S. 32, 35.

25 *Rufin*, ZUR 2009, S. 66, 72; vgl. zur Rügefähigkeit der Ermittlungsweise des Ausbaubedarfs *BNetzA*, Az. BK-7-8-05 und BK-7-8-06 vom 20.05.2008 (abrufbar im WWW unter der URL http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1931/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK7/Beschluesse/entscheidungen_node.html).

26 Gesetz zur Neuregelung energiewirtschaftsrechtlicher Vorschriften v. 26. Juli 2011 (BGBl. I, S. 1554).

innerhalb des vertikal integrierten Unternehmensverbundes bestehenden Interessenkonflikte nicht sichergestellt ist, dass ein bedarfsgerechter Netzausbau erfolgt. Dabei geht der europäische Gesetzgeber von einer strukturellen Betrachtungsweise aus. Der Eingriff in die Netzausbauplanung und das Instrumentarium zur Auferlegung von Investitionsverpflichtungen wird also nicht von einer konkreten Einzelfallbetrachtung, sondern von der Art des gewählten Entflechtungsmodells abhängig gemacht.

I. Eigentumsrechtliche Entflechtung

Entscheiden sich die bislang vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen dazu, die in den Art. 9 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG vorgesehene eigentumsrechtliche Entflechtung umzusetzen, so sind keine über die bisherigen Vorgaben hinausgehenden Maßnahmen bezüglich Netzausbau und -wartung erforderlich. Dies beruht auf dem Gedanken, dass sich ein vollständig entflochtener Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber bei der Investitionsentscheidung ausschließlich an der wirtschaftlichen Rentabilität der geplanten Maßnahme orientieren wird. Diese wirtschaftliche Rentabilität wird bei einem außerhalb eines vertikal integrierten Unternehmensverbundes stehenden Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber nur von dessen eigenem Standpunkt aus beurteilt, während sich bei einer Zugehörigkeit zu einem vertikal integrierten Unternehmensverbund eine Entscheidung zwar als positiv für den Netzbetreiber darstellen mag, im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen auf den gesamten Unternehmensverbund jedoch gegebenenfalls negativ beurteilt werden kann. Sobald eine Nachfrage nach Kapazitäten vorhanden ist, wird der Netzbetreiber überprüfen, ob die bestehenden physischen Kapazitäten ausreichen, um die zusätzliche Nachfrage zu bedienen. Kann der Transportanfrage mangels physisch verfügbarer Kapazitäten nicht entsprochen werden, ist damit zu rechnen, dass der Netzbetreiber die bestehenden Kapazitäten durch bauliche Maßnahmen erweitert, soweit dies zu einer marktgerechten Verzinsung des hierzu einzusetzenden Kapitals führen wird. Dies gilt freilich nur dann, wenn der Netzbetreiber aus einem Ausbau finanzielle Vorteile gegenüber einer Engpassbewirtschaftung erwartet und er sicher sein kann, dass die Investitionen entgeltregulatorisch anerkannt werden. Das Risiko, dass Investitionen aus Sorge um eine unangemessene entgeltregulatorische Berücksichtigung unterbleiben, dass der Bedarf falsch eingeschätzt wird oder dass durch die künstliche Verknappung von Kapazitäten Zusatzrenditen erzielt werden können, besteht demnach im Rahmen einer eigentumsrechtlichen Entflechtung gleichermaßen. Bei der Umsetzung der eigentumsrechtlichen Entflechtung entfällt vielmehr nur das Risiko einer diskriminierenden Netzbewirtschaftung.

Der Anreiz zur Erzielung von Zusatzrenditen wird im Übrigen viel eher dadurch reduziert, dass Art. 16 Abs. 6 UAbs. 1 Stromhandelsverordnung die vorrangige Verwendung von Engpassrenditen für die Gewährleistung der tatsächlichen Verfügbarkeit der zugewiesenen Kapazitäten und für Netzinvestitionen für den Erhalt oder Ausbau von Verbindungskapazitäten anordnet²⁷. Die künstliche Verknappung der Kapazitäten führt damit zwangsläufig zu einer schrittweisen Kapazitätserweiterung bis hin zur vollständigen Beseitigung des Engpasses.

II. ISO-Modell

Die vorstehenden Überlegungen können auf das ISO-Modell übertragen werden. Da der unabhängige Netzbetreiber mit dem vertikal integrierten Unternehmensverbund nur die nach Art. 9 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG gestatteten Verbindungen aufweisen darf und keiner Einflussnahme durch die Bereiche Erzeugung/Gewinnung und Lieferung/Versorgung ausgesetzt ist, wird auch er seine Investitionsentscheidungen ausschließlich an seinen eigenen Interessen ausrichten. Verspricht ein Netzausbau die Profitabilität zu steigern, so wird der ISO entsprechende Maßnahmen in die Wege leiten.

III. ITO-Modell

Lediglich im Rahmen des ITO-Modells ist aufgrund der Zugehörigkeit des Netzbetreibers zu einem vertikal integrierten Unternehmensverbund nicht sichergestellt, dass der ITO die Investitionsentscheidungen ausschließlich an seinen eigenen Interessen ausrichten wird. Vielmehr bleibt zu befürchten, dass auch die Interessen der übrigen konzernzugehörigen Unternehmen, insbesondere aus den Bereichen Erzeugung/Gewinnung und Lieferung/Versorgung, Berücksichtigung finden werden²⁸. Dies gilt nach Ansicht des europäischen Gesetzgebers trotz des Umstandes, dass umfangreiche operationelle Entflechtungsvorgaben dazu führen sollen, die Unabhängigkeit des Netzbetreibers von den übrigen Teilen des vertikal integrierten Unternehmens weiter zu erhöhen²⁹.

Um sicherzustellen, dass der ITO seiner gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung nachkommt, durch die Wartung und den Ausbau des Übertragungs- bzw.

²⁷ Vgl. *Kühling/Pisal*, RdE 2010, S. 161, 168.

²⁸ Dahin gehend wohl auch Commission Staff Working Paper, Interpretative Note on Directive 2009/72/EG concerning common rules for the Internal Market in Electricity and Directive 2009/73/EG concerning common rules for the Internal Market in Natural Gas, The Unbundling Regime, 22. January 2010, S. 20.

²⁹ Vgl. dazu *Kühling/Pisal*, RdE 2010, S. 161, 165 f.

Fernleitungsnetzes zur Versorgungssicherheit beizutragen, schreiben die Art. 22 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG vor, dass der ITO verpflichtet ist, der Regulierungsbehörde jährlich einen zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorzulegen.

1. Zweck und Inhalt

Zweck dieses Entwicklungsplanes ist es nach Art. 22 Abs. 2 lit. a-c Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG, den Marktteilnehmern Angaben darüber zu liefern, welche wichtigen Übertragungs- und Fernleitungsinfrastrukturen in den nächsten zehn Jahren errichtet oder ausgebaut werden müssen, alle bereits beschlossenen Investitionen aufzulisten sowie die neuen Investitionen zu bestimmen, die in den nächsten drei Jahren durchgeführt werden müssen und einen Zeitplan für die Investitionsprojekte vorzugeben.

Aus dem zehnjährigen Netzentwicklungsplan muss hervorgehen, welche Übertragungs- bzw. Fernleitungsinfrastrukturen errichtet und ausgebaut werden müssen und welche Investitionsentscheidungen bereits getroffen wurden. Im Rahmen der Planung ist ein Zeitplan anzufertigen, aus dem insbesondere hervorgehen muss, welche Vorhaben in den nächsten drei Jahren umzusetzen, also besonders dringlich sind.

2. Erstellung

a. *Konsultation und Vorlage des Plans sowie behördliche Überprüfung*

Im Rahmen der Erstellung des zehnjährigen Netzentwicklungsplans hat der ITO zunächst gemäß Art. 22 Abs. 1 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG alle einschlägigen Interessenträger zu konsultieren. Dies dient der in Art. 22 Abs. 3 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG niedergelegten Pflicht, bei der Erstellung des Netzentwicklungsplanes angemessene Annahmen über die Entwicklung von Erzeugung, Versorgung, Verbrauch und des Stromaustausches mit anderen Ländern zugrunde zu legen. Im Anschluss hat er der zuständigen Regulierungsbehörde einen Entwicklungsplan mit dem unter 1. dargestellten Inhalt vorzulegen.

Im Anschluss an die Vorlage durch den ITO hat die zuständige Regulierungsbehörde ihrerseits ein Konsultationsverfahren durchzuführen, in das alle aktuellen und potenziellen Netznutzer³⁰ einzubeziehen sind. Die Konsultation dient der Überprüfung des vom ITO ermittelten Investitionsbedarfs. Die Er-

30 Bei »bloß« potenziellen Netznutzern kann die Regulierungsbehörde geeignete Nachweise verlangen.

gebnisse dieses Konsultationsprozesses sind in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Dabei ist insbesondere der Investitionsbedarf anzuführen.

Aufgrund des Ergebnisses des Konsultationsverfahrens überprüft die Regulierungsbehörde gemäß Art. 22 Abs. 5 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG, ob der vom ITO erstellte und vorgelegte zehnjährige Netzentwicklungsplan den gesamten ermittelten Investitionsbedarf abdeckt und ob die Kohärenz mit dem nicht bindenden zehnjährigen gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan nach Art. 8 Abs. 3 lit. b der Verordnung Nr. 715/2009 bzw. 714/2009 gewahrt ist. Bestehen Zweifel an der Kohärenz mit dem gemeinschaftsweit geltenden Entwicklungsplan, so konsultiert die zuständige Regulierungsbehörde ACER.

Gemäß Art. 22 Abs. 5 S. 3 der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG kann die Regulierungsbehörde schließlich von dem Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber die Änderung des zehnjährigen Netzentwicklungsplanes verlangen. Fraglich ist hierbei jedoch, ob sich dies nur auf den Fall bezieht, dass dieser nicht den gesamten im Rahmen der Konsultation ermittelten Investitionsbedarf abdeckt oder auch dann gilt, wenn keine Kohärenz zwischen dem nationalen und dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan besteht (dazu b.). Im Anschluss an diese Frage stellt sich die weitere Frage, ob die nationale Regulierungsbehörde eigenmächtig weiteren Investitionsbedarf, der über den im Rahmen der Konsultation ermittelten Investitionsbedarf hinausgeht, feststellen darf (dazu c.).

b. Kohärenz mit dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan

Für die zusätzliche Kohärenzprüfung zwischen nationalem und gemeinschaftsweitem Entwicklungsplan spricht, dass die Regulierungsbehörde eine Konsultation mit ACER gerade deshalb durchführt, weil ermittelt werden soll, ob der Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetzbetreiber den gesamten angezeigten Investitionsbedarf im Rahmen der Planaufstellung berücksichtigt hat. Hinzu kommt außerdem, dass der gemeinschaftsweite Netzentwicklungsplan entgegen dem Wortlaut der Art. 8 Abs. 3 lit. b VO 714/2009/EG und VO 715/2009/EG gerade nicht bloß »nicht bindend« ist, da Art. 8 Abs. 11 VO 714/2009/EG und VO 715/2009/EG den Vorrang des gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplanes vor den nationalen Netzentwicklungsplänen anordnet³¹.

Gegen die zusätzliche Kohärenzprüfung sprechen jedoch Art. 8 Abs. 11 VO 714/2009/EG und VO 715/2009/EG, welche die Überwachung der Kohärenz von nationalen und gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplänen gerade

31 Siehe zur Problematik des an zahlreichen Stellen irreführenden und ungenauen Wortlautes im Dritten Energiebinnenmarktpaket bereits *Kühling/Pisal*, RdE 2010, S. 161, 162 f. und 169.

nicht den nationalen Regulierungsbehörden, sondern ACER zuweisen. Falls ACER Unvereinbarkeiten zwischen einem nationalen zehnjährigen Netzentwicklungsplan und dem gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan feststellt, empfiehlt sie die Änderung eines der beiden Pläne. Wurde der nationale zehnjährige Netzentwicklungsplan jedoch nach Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG oder 2009/73/EG ausgearbeitet, d. h. im Wege des Konsultationsverfahrens durch die Netzbetreiber und einer anschließenden Überprüfung durch die zuständige Regulierungsbehörde, so kommt lediglich eine Änderung des nationalen Netzentwicklungsplans in Betracht. Da nationale Netzentwicklungspläne aber ausschließlich nach dem in Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG oder 2009/73/EG geregelten Verfahren aufgestellt werden, kommt regelmäßig nur eine Anpassung an den gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan in Frage. Dazu empfiehlt ACER der nationalen Regulierungsbehörde die Änderung des nationalen Zehnjahresnetzentwicklungsplans nach Maßgabe der Art. 22 Abs. 7 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG. Bei dem Verweis auf Art. 22 Abs. 7 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG handelt es sich wohl um ein Redaktionsversehen, da diese nicht die Änderung eines Planes, sondern die Durchsetzung der darin vorgesehenen Investitionen thematisieren. Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Verweise auf Art. 22 Abs. 5 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG und insbesondere deren S. 3 beziehen. Eine genetische Untersuchung der Vorschriften führt zu keiner abweichenden Bewertung.

Die Frage lässt sich daher im Ergebnis dahingehend beantworten, dass letztlich die nationale Regulierungsbehörde den ITO anweist, den von ihm erarbeiteten zehnjährigen Netzentwicklungsplan an den gemeinschaftsweiten Netzentwicklungsplan anzupassen, wenn Unvereinbarkeiten zwischen beiden festgestellt werden. Für eine solche Feststellung ist aber nicht die nationale Regulierungsbehörde, sondern ACER zuständig³². Die nationale Regulierungsbehörde prüft nach Art. 22 Abs. 5 S. 1 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG, ob die Kohärenz zwischen nationalem und gemeinschaftsweitem Netzentwicklungsplan gewahrt ist. Bestehen Zweifel an der Wahrung der Kohärenz, so konsultiert die nationale Regulierungsbehörde gemäß Art. 22 Abs. 5 S. 2 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG ACER. Erst wenn ACER nach Art. 8 Abs. 11 VO 714/2009/EG bzw. VO 715/2009/EG die Unvereinbarkeit festgestellt und der nationalen Regulierungsbehörde eine Änderung des nationalen zehnjährigen Netzentwicklungsplans empfohlen hat, kann diese nach Art. 22 Abs. 5 S. 3 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG den ITO zur Änderung seines Netzentwicklungsplanes auffordern.

32 Davon ging bereits der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 10.2.2011, S. 35 aus.

c. *Eigene Investitionsbedarfsermittlung durch die Regulierungsbehörde?*

Es stellt sich außerdem die Frage, ob die nationale Regulierungsbehörde bei der Ermittlung des Investitionsbedarfs auf die Durchführung des Konsultationsverfahrens beschränkt ist und lediglich dessen Ergebnisse auswerten darf oder ob sie auch dazu berechtigt ist, den im Rahmen des Konsultationsverfahrens ermittelten Ausbaubedarf durch eigene Prognosen zu ergänzen oder zu ersetzen. Die Frage dürfte im ersteren Sinne zu beantworten sein.

Dafür sprechen zunächst der Wortlaut von Art. 22 Abs. 4 und Abs. 5 S. 1 Richtlinie 2009/72/EG. Nach Art. 22 Abs. 5 S. 1 Richtlinie 2009/72/EG prüft die nationale Regulierungsbehörde lediglich, ob der zehnjährige Netzentwicklungsplan den gesamten im Laufe der Konsultation ermittelten Investitionsbedarf abdeckt. Bei der Konsultation sind nach Art. 22 Abs. 4 Richtlinie 2009/72/EG jedoch nur die aktuellen und potenziellen Netznutzer einzubeziehen. Ein Hinweis auf eine etwaige Berücksichtigungsfähigkeit eines über die Angaben der Netznutzer hinausgehenden, von der Regulierungsbehörde selbst ermittelten Investitionsbedarfs findet sich nicht.

In diese Richtung weisen auch teleologische Überlegungen. Dass Art. 22 Abs. 4 Richtlinie 2009/72/EG als Teilnehmer der Konsultation ausschließlich die Netznutzer zulässt, beruht auf dem Gedanken, dass diese am ehesten in der Lage sind, einen etwaigen Investitionsbedarf zu identifizieren. Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass in Fällen, in denen die verbundenen Wettbewerbsbereiche der einzige Netznutzer seien, der Investitionsbedarf nicht ermittelt werden könne. Art. 22 Abs. 4 Richtlinie 2009/72/EG ordnet gerade auch die gleichberechtigte Einbeziehung *potentieller* Netznutzer in die Konsultation an³³.

3. Durchsetzung

Leitet der ITO die Umsetzung der in dem zehnjährigen Netzentwicklungsplan vorgesehenen Investitionen nicht rechtzeitig ein, so ist die Regulierungsbehörde verpflichtet, nach den Vorgaben in Art. 22 Abs. 7 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG für eine Umsetzung zu sorgen. Dies kann sie auf verschiedene Weise zu tun.

Sie kann den ITO gemäß Art. 22 Abs. 7 lit. a Richtlinie 2009/72/EG dazu auffordern, die entsprechenden Investitionen, wie sie im Netzentwicklungsplan vorgesehen sind, umzusetzen. Zeigt eine solche Aufforderung keine Wirkung, so kann die Regulierungsbehörde gemäß Art. 22 Abs. 7 lit. b Richtlinie 2009/

³³ Siehe hierzu *Pisal*, Entflechtungsoptionen nach dem Dritten Energiebinnenmarktpaket, 2011, S. 284 ff.; anders offenbar der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 10.2.2011, S. 34 f.

72/EG ein Ausschreibungsverfahren zur Vornahme der entsprechenden Investitionen durchführen, das allen Investoren offen stehen muss. Macht die Regulierungsbehörde von dieser Befugnis Gebrauch, so kann sie den ITO nach Art. 22 Abs. 7 UAbs. 2 Richtlinie 2009/72/EG verpflichten, die Finanzierung und/oder Errichtung durch Dritte zu akzeptieren und die so errichteten Infrastrukturen selbst zu betreiben. Dabei hat der ITO gemäß Art. 22 Abs. 7 UAbs. 3 Richtlinie 2009/72/EG den Investoren alle für die Durchführung der Investition erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen und den Anschluss der neuen Anlagen an das Übertragungsnetz herzustellen.

Als dritte Handlungsoption kann die Regulierungsbehörde den ITO gemäß Art. 22 Abs. 7 lit. c Richtlinie 2009/72/EG verpflichten, einer Kapitalerhöhung im Hinblick auf die Finanzierung der notwendigen Investitionen zuzustimmen und unabhängigen Investoren eine Kapitalbeteiligung zu ermöglichen. Dies stellt sich jedoch nicht als echte Alternative zu den in Art. 22 Abs. 7 lit. a und b Richtlinie 2009/72/EG genannten Möglichkeiten dar, sondern betrifft nur den Sonderfall, dass der ITO die vorgesehene Investition mangels ausreichender Kapitalausstattung nicht durchführen kann. Eine solche Situation dürfte aufgrund der Finanzierungspflicht aus Art. 17 Abs. 1 lit. d Richtlinie 2009/72/EG aber eigentlich überhaupt nicht auftreten. Ist dies dennoch der Fall, so ist bereits die Terminologie in Art. 22 Abs. 7 lit. c Richtlinie 2009/72/EG, zumindest bezogen auf die deutsche Rechtslage, nicht präzise. Der ITO selbst kann, unabhängig davon, ob er als AG oder GmbH errichtet wurde, einer Kapitalerhöhung nicht zustimmen. Eine Kapitalerhöhung kann nach §§ 182, 119 Abs. 1 Nr. 6 AktG bzw. § 55 GmbHG nur durch die Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung beschlossen werden³⁴.

Sowohl bei der AG als auch bei der GmbH kann dies gemäß §§ 119 Abs. 1 Nr. 6, 202 Abs. 2 AktG bzw. § 55a Abs. 2 GmbHG gegebenenfalls durch die Schaffung von genehmigtem Kapital erfolgen, so dass hier eine Möglichkeit eröffnet werden kann, in der tatsächlich der ITO durch seine Geschäftsführung der Kapitalerhöhung zustimmen könnte³⁵. Ferner müsste in dem Beschluss zur Schaffung von genehmigtem Kapital bereits das Bezugsrecht der Aktionäre bzw.

34 Hüffer (Hrsg.), AktG, 9. Aufl. 2010, § 119 Rn. 6 und Zöllner, in: Baumbach/Hueck (Hrsg.), GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 55 Rn. 17 der Gesetzesgeber hat unter Verweis auf Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte von der Einführung einer Pflicht zur Kapitalerhöhung abgesehen; ob dies den Vorgaben der Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG entspricht, erscheint zumindest zweifelhaft, auch wenn dies aus rechtstechnischer Sicht, insbesondere im Hinblick auf die bereits von Gärditz/Rubel, N&R 2010, S. 194, 196 ff. geäußerten Bedenken, in der Sache durchaus zu begrüßen sein mag.

35 Hüffer (Hrsg.), AktG, 9. Aufl. 2010, § 202 Rn. 1 und Roth, in: Roth/Altmeppen (Hrsg.), GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 55a Rn. 1 ff.; ausführlich zu dieser Problematik mit ablehnendem Ergebnis Gärditz/Rubel, N&R 2010, S. 194, 196 ff.

das Übernahmerecht der Gesellschafter ausgeschlossen werden, da anderenfalls außenstehenden Investoren keine Beteiligungsmöglichkeit eröffnet würde.

IV. Bewertung

Eine besondere Behandlung des ITO-Modells im Rahmen der Ermittlung und Durchsetzung des festgestellten Ausbaubedarfs auf Übertragungs- bzw. Fernleitungsebene erscheint auf den ersten Blick angesichts des Umstandes, dass bei diesem die größte Integrationstiefe verbleibt, sinnvoll. Auf den zweiten Blick kann die Differenzierung jedoch nicht überzeugen. Wie bereits oben (unter C. I.) festgestellt, beseitigt die eigentumsrechtliche Entflechtung lediglich das Risiko einer diskriminierenden Netzbewirtschaftung, nicht aber die Anreize für den Netzbetreiber, durch eine künstliche Verknappung der Kapazitäten Zusatzrenditen zu erzielen. Ebenso wenig vermeidet die eigentumsrechtliche Entflechtung, dass Investitionen aus Sorge um eine unangemessene entgeltregulatorische Berücksichtigung unterbleiben oder dass der Bedarf falsch eingeschätzt wird. Die Pflicht zur Ermittlung des Ausbaubedarfs sollte daher entflechtungsmodellübergreifend festgelegt oder ausgeschlossen werden, wobei aufgrund des zwingenden Charakters der Richtlinie bei einer konsequenten Umsetzung in Deutschland nur eine umfassende Anwendung einer entsprechenden Investitionspflichten-Regulierung für sämtliche Entflechtungsmodelle in Betracht käme³⁶.

Dass der Gesetzgeber die Pflicht zur verbindlichen Netzausbauplanung nicht von der Wahl eines bestimmten Entflechtungsmodells abhängig gemacht hat, ist ausdrücklich zu begrüßen. Auch die Pflicht sämtlicher Übertragungsnetzbetreiber bzw. Fernleitungsnetzbetreiber, einen gemeinsamen, nationalen Netzentwicklungsplan zu erarbeiten³⁷ ist vor dem Hintergrund, dass in Deutschland nicht ein einziger, sondern mehrere Netzbetreiber vorhanden sind, richtig. Damit wird den Besonderheiten der deutschen Netzorganisation Rechnung getragen und eine unkoordinierte Planung vermieden.

Durch die Aufstellung von zehnjährigen Netzentwicklungsplänen tritt neben die Netzzugangs-, Netzentgelt- und Entflechtungsregulierung im Übrigen eine vierte Regulierungsvariante – die Investitionsregulierung. Über das in Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG und §§ 12a ff., 15a ff. EnWG vorge-

³⁶ Kritisch bereits *Kühling/Pisal*, RdE 2010, S. 161, 169; entflechtungsmodell-unabhängige Verpflichtungen zur Erstellung von Netzentwicklungsplänen finden sich erfreulicherweise in den §§ 12a und 15a des novellierten EnWG.

³⁷ Siehe bereits die §§ 12a und 15a des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Energiewirtschaftsgesetzes vom 10.2.2011, S. 34 und jetzt die entsprechenden Normen im EnWG 2011.

sehene Konsultationsverfahren einschließlich der behördlichen Durchsetzungsmöglichkeiten der zehnjährigen Netzentwicklungspläne findet eine zunehmende Publizierung der Netzausbauplanung und der Durchführung des Netzausbaus statt. ITO, ISO und der vollständig eigentumsrechtlich entflochtene Netzbetreiber, können im Rahmen des Netzausbaus zunehmend auf die Ausführung fremder Entscheidungen beschränkt werden. Die Veranlassung von Netzausbaubautscheidungen verbleibt also nicht mehr bei ihnen selbst, sondern wird zunehmend auf öffentliche Stellen verlagert. Gleichwohl bleibt die Verantwortung, also das Risiko der kostenmäßigen Anerkennung des im Wege eines öffentlichen Konsultationsverfahrens ermittelten Netzausbaubedarfs im Rahmen der Netzentgeltgenehmigung, zunächst beim Netzbetreiber. Dadurch besteht die Gefahr eines Auseinanderfallens von Veranlassung und Verantwortung, die zudem zu einem volkswirtschaftlich schädlichen »Overinvestment« führen kann. Dies erkennt auch der Richtliniengeber, wenn er in Art. 22 Abs. 8 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG zumindest die entgeltregulatorische Berücksichtigung entsprechend auferlegter Investitionspflichten vorgibt. Eine derartige Publizierung ist dabei nicht allein aus den oben genannten Gründen, sondern auch unter dem Aspekt der Gleichbehandlung entweder keinem oder – angesichts der entsprechenden europarechtlich zwingenden Vorgabe für den ITO – allen Übertragungsnetzbetreibern aufzuerlegen. Wie im Rahmen der Netzentgeltgenehmigung (sogleich unter D.) aufzuzeigen sein wird, würde sonst eine im Rahmen des ITO-Modells unterstellte Sanktionswirkung der Publizierung von Investitionsentscheidungen in ihr Gegenteil verkehrt, da ein im Rahmen des Konsultationsverfahrens ermittelter Ausbaubedarf dem Grunde nach stets entgeltregulatorisch anzuerkennen wäre, unabhängig davon, ob er sich im Ergebnis als »Overinvestment« darstellt, was bei nicht auferlegten Investitionen nicht der Fall ist. Durch diese – konsequente entgeltregulatorische Berücksichtigungspflicht – wird im Übrigen die Gefahr einer »Flucht in die Investitionspflicht« generiert.

D. Investitionsanreize und Entgeltregulierung

Neben der großen Bedeutung von Genehmigungsverfahren für den Ausbau entsprechender Transportkapazitäten³⁸ spielt in der Folge die Berücksichtigung der für den Ausbau anfallenden Kosten im Rahmen der Netznutzungsentgelte eine wichtige Rolle für die künftig zu erwartenden Investitionen. Während Investitionspflichten direkte Instrumente der Investitionssteuerung darstellen, ist

38 Dazu bereits Weyer, ZNER 2009, S. 210, 214; siehe auch Kühling/Pisal, ZNER 2011, S. 13, 19 f.

auf die Bedeutung der Anreizregulierung für die Investitionssteuerung als mittelbares Instrumentarium nicht zu unterschätzen. Dabei haben die unterschiedlichen Entgeltregulierungsansätze typischer Weise unterschiedliche Auswirkungen auf die Investitionsbereitschaft der Netzbetreiber. Während eine »Cost-plus«-Regulierung die Investitionsbereitschaft erhöht, gleichzeitig aber die Gefahr von Ineffizienzen schürt, neigt eine Anreizregulierung dazu, zu geringe Investitionsanreize zu setzen. Daher ist vor dem Hintergrund der massiven Investitionserfordernisse die Wirkungsweise der gegenwärtigen Entgeltregulierung zu überprüfen.

Mit dem Übergang zur Anreizregulierung wurde ein System von Regulierungsperioden geschaffen, während derer eine Anpassung der Erlösobergrenzen³⁹ nur in Ausnahmefällen, z. B. bei der Erhöhung von dauerhaft nicht beeinflussbaren Kostenanteilen in Betracht kommt. Dazu zählen nach § 11 Abs. 2 Nr. 6 ARegV die genehmigten Investitionsbudgets nach § 23 ARegV, die der Netzbetreiber für die Kapitalkosten von Erweiterungs- und Umstrukturierungsinvestitionen beantragen kann, wenn diese für die Einbindung ins Verbundnetz oder den bedarfsgerechten Ausbau des Netzes notwendig sind⁴⁰. Nicht berücksichtigungsfähig sind im Rahmen von Investitionsbudgets hingegen die Kapitalkosten für Ersatzinvestitionen⁴¹. Diese sind erst nach Ende einer Regulierungsperiode bei der Bestimmung der Erlösobergrenzen für die folgende Regulierungsperiode anzusetzen.

Um ein »Overinvestment« einerseits und ein »Underinvestment« andererseits zu vermeiden, bedarf es zum einen einer folgerichtigen, kongruenten Netzentgeltgenehmigungspraxis in Übereinstimmung mit den zehnjährigen Netzentwicklungsplänen sowie den Vorhaben von gemeinsamem europäischen Interesse im Sinne der TEN-E Leitlinien⁴² und zum anderen einer maßvollen Ausübung der Kompetenz, die Durchführung der in den zehnjährigen Netzentwicklungsplänen genannten Vorhaben durchzusetzen. Es besteht bei der Aufstellung der zehnjäh-

39 Zu diesem Mechanismus im Überblick *Koenig/Kühling/Rasbach*, Energierecht, 2. Aufl. 2008, S. 127 ff.

40 Ein bedarfsgerechter Netzausbau liegt auch dann vor, wenn die unterirdische Kabelverlegung gegenüber einem konventionellen Netzausbau vertretbare Mehrkosten verursacht, § 23 Abs. 1 Nr. 6 ARegV, vgl. *Säcker*, Der beschleunigte Ausbau der Höchstspannungsnetze als Rechtsproblem, 2009, S. 177 und *Rufin*, ZUR 2009, S. 66, 71.

41 Leitfaden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 3 ARegV im Bereich Elektrizität (2010), Ziff. 4.1 (abrufbar im WWW unter der URL http://www.bundesnetzagentur.de/cln_1911/DE/DieBundesnetzagentur/Beschlusskammern/BK4/Investitionsbudgets%20Strom%20und%20Gas/LeitfadenAntraegeInvestitionsbudgets/Leitfaden%20zu%20Investitionsbudgetantraegen_2010_inhalt.html).

42 So auch die BNetzA in ihrem Leitfaden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 3 ARegV im Bereich Elektrizität, Ziff. 4.2 (abrufbar im WWW unter der URL <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16276.pdf>).

rigen Netzentwicklungspläne die latente Gefahr, dass ein zusätzlicher Kapazitätsbedarf überschätzt wird, da die im Rahmen der Konsultation befragten aktuellen und potentiellen Netznutzer das Risiko eines »Overinvestment« nicht fürchten müssen, da dieses nur den Netzbetreiber in Form der Versagung der Anerkennung von Kosten im Rahmen der Entgeltgenehmigung treffen kann. Unter diesem Eindruck der Inkongruenz von Veranlassung und Verantwortung ist daher Zurückhaltung bei der behördlichen Durchsetzung von Investitionspflichten geboten.

Es stellt sich in diesem Zusammenhang die allgemeine Frage, ob die Kosten der Vorhaben gemäß dem zehnjährigen Netzentwicklungsplan, dem gemeinschaftsweiten, nicht bindenden Entwicklungsplan und nach den TEN-E Leitlinien sowie dem Bedarfsplan des EnLAG und dem in Form eines Gesetzes erlassenen Bundesbedarfsplan in jedem Fall im Rahmen der Genehmigung von Investitionsbudgets voll anerkennungsfähig sind oder ob der Bundesnetzagentur als zuständiger Regulierungsbehörde für die Genehmigung der Investitionsbudgets ein Beurteilungsspielraum bleibt. Grundsätzlich sind nämlich gemäß § 21 Abs. 2 S. 1 und 2 EnWG nur solche Kosten im Rahmen der Netzentgeltbildung genehmigungsfähig, die der Betriebsführung eines effizienten und strukturell vergleichbaren Netzbetreibers entsprechen. Daher sind solche Kosten nicht anerkennungsfähig, die sich in einem (fiktiven) wettbewerblichen Umfeld nicht einstellen würden. Ein »Overinvestment« würde sich im Rahmen eines wettbewerblichen Umfeldes nicht einstellen und dürfte bei der Berechnung von Investitionsbudgets keine Berücksichtigung finden. Ebenso wenig sind solche Kosten anerkennungsfähig, die, obwohl sie in kapazitativer Hinsicht kein »Overinvestment« darstellen, nicht effizient sind. Eine solche Ineffizienz kann unter anderem auf einer unwirtschaftlichen Trassenführung oder überteuertem Baumaterial beruhen. Es ist also die unter den gegebenen Voraussetzungen, d. h. im Rahmen planungs- und raumordnungsrechtlicher Zulässigkeit, wirtschaftlichste Variante für den Ausbau zu wählen⁴³.

Zur Ermittlung der Notwendigkeit eines Vorhabens wollte die Bundesnetzagentur ein Netzausbaumodell entwickeln⁴⁴. Bis zu dessen Fertigstellung sollten hilfsweise solche Vorhaben als energiewirtschaftlich notwendig gelten, die als

43 Leitfaden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 3 ARegV im Bereich Elektrizität (2009), Ziff. 9.4 und 9.5 (abrufbar im WWW unter der URL <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16276.pdf>).

44 Vgl. hierzu *Weyer*, ZNER 2009, S. 210, 211, der zutreffend darauf hinweist, dass das Verhältnis dieses Netzausbaumodells zu den gemeinschaftsweiten und nationalen zehnjährigen Netzentwicklungsplänen bislang ungeklärt ist; Leitfaden zu Inhalt und Struktur von Anträgen auf Genehmigung von Investitionsbudgets nach § 23 Abs. 3 ARegV im Bereich Elektrizität (2009), Ziff. 3.3 (abrufbar im WWW unter der URL <http://www.bundesnetzagentur.de/media/archive/16276.pdf>).

Ergebnis der sogenannten Dena-I-Studie als notwendig ermittelt wurden oder im Anhang I der TEN-E-Leitlinien⁴⁵ aufgeführt sind. Gleiches sollte für Investitionsprojekte gelten, für die ganz oder teilweise bereits Planfeststellungsbeschlüsse der zuständigen Behörden vorliegen. Diese Betrachtung der Bundesnetzagentur gilt aber ausdrücklich nur bis das Netzausbaumodell von ihr erstellt wurde. Inzwischen scheint die BNetzA jedoch von diesem Netzausbaumodell abgerückt zu sein. Im entsprechenden Leitfaden für Investitionsbudgets aus 2010 findet sich kein Verweis mehr auf ein Netzausbaumodell.

Das Netzausbaumodell überschneidet sich jedoch ohnehin mit den nach Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. gemäß den §§ 12a ff., 15a EnWG aufzustellenden zehnjährigen Netzentwicklungsplänen. Das Verhältnis zwischen ihnen musste die BNetzA mangels Umsetzung der Richtlinienvorgaben zum Zeitpunkt der Bekanntmachung des Leitfadens noch nicht untersuchen. Möglicherweise hat die BNetzA von der Entwicklung des Netzausbaumodells abgesehen, um Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Zum anderen überschneidet sich das Netzausbaumodell auch mit den netzbetreiberübergreifenden zehnjährigen Netzentwicklungsplänen. Auf der Grundlage einer solchen koordinierten Planung wird der Gesetzgeber im Rahmen einer Bundesfachplanung für das Übertragungsnetz einen Bundesbedarfsplan gemäß § 12e EnWG beschließen, in dem der energiewirtschaftlich prioritäre Bedarf verbindlich festgelegt werden soll. Darüber hinaus plant die Bundesregierung 2011, aufbauend auf dem Bestandsnetz und dem im EnLAG definierten Ausbaubedarf, ein Konzept für ein »Zielnetz 2050« zu entwickeln, um daraus den Bedarf für die zukünftig erforderliche Infrastruktur abzuleiten⁴⁶. Dies dürfte zu einer weiteren Publizierung der Investitionsentscheidungen führen.

Hier wurde oben (unter C. III. 2. c.) jedoch bereits herausgearbeitet, dass die zuständige Regulierungsbehörde zusätzliche, im Rahmen der Konsultation nicht ermittelte Kapazitäten zum Netzausbau gerade nicht in den zehnjährigen Netzentwicklungsplan gemäß Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. gemäß den §§ 12a ff., 15a EnWG einfließen lassen darf. Das Netzausbaumodell konnte daher ohnehin nur dazu dienen, die Entscheidung über die behördliche Durchsetzung eines Investments, das nach einem zehnjährigen Netzentwicklungsplan gemäß Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. gemäß den §§ 12a ff., 15a EnWG durchzuführen wäre, vorzubereiten. Dabei hätte das Netzausbaumodell herangezogen werden können, um im Zusammenspiel mit dem Monitoringbericht und dem Bundesbedarfsplan zu

45 Entscheidung Nr. 1364/2006/EG vom 6. September 2006 (abrufbar im WWW unter der URL <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006D1364:DE:HTML>).

46 Energiekonzept der Bundesregierung vom 7.9.2010 – Neun Punkte für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, S. 21.

überprüfen, ob in kapazitärer Hinsicht tatsächlich Ausbaubedarf besteht. Nur wenn ein solcher Ausbaubedarf festgestellt wird, käme demnach eine behördliche Durchsetzung in Betracht. Von diesem Instrument sollte jedoch – wie soeben dargelegt – zurückhaltend Gebrauch gemacht werden. Denn entsprechende Entscheidungen haben Implikationen für die grundsätzliche Anerkennung der Ausbaumaßnahme als energiewirtschaftlich notwendig⁴⁷. Die Kosten sind dabei nur insoweit im Rahmen der Genehmigung des Investitionsbudgets berücksichtigungsfähig, als der Ausbau im konkreten Einzelfall die wirtschaftlichste Variante darstellt, da nur so den Effizienz- und Wettbewerbsgedanken in § 21 Abs. 2 EnWG Rechnung getragen werden kann. Würde dies nicht geschehen und eine Investition, die nach einem zehnjährigen Netzentwicklungsplan gemäß Art. 22 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. gemäß den §§ 12a ff., 15a EnWG vorgesehen ist, behördlich durchgesetzt, käme es zu einer Perpetuierung von Bedarfsfehlprognosen im Rahmen der Planaufstellung mit der vordergründigen Gefahr, dass der Netzbetreiber aufgrund der fehlenden Anerkennungsfähigkeit auf diesen Kosten »sitzen bleibt«. Dem beugen für das ITO-Modell aber Art. 22 Abs. 8 Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG vor. Werden die Kosten trotz der Bedarfsfehlprognose entsprechend diesen Vorschriften im Rahmen der Investitionsbudgets anerkannt, kommt es zu einer Sozialisierung von Ineffizienzen, die alle Netznutzer belasten. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund sollte die Bundesnetzagentur bei der Durchsetzung des ermittelten Investitionsbedarfs vorrangig das in Art. 22 Abs. 7 lit. b Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG vorgesehene Ausschreibungsverfahren zur Anwendung bringen, wenn der Netzbetreiber nicht gewillt ist, die entsprechenden Investitionen durchzuführen. Dies stellt sich zum einen als milderes Mittel gegenüber der Auferlegung einer Investitionspflicht dar und würde zum anderen eine Markterkundung hinsichtlich der Zweckmäßigkeit des ermittelten Ausbaubedarfs unter den geltenden entgeltregulatorischen Bedingungen darstellen. Das Fehlen von Bietern ließe dann entweder den Rückschluss zu, dass der ermittelte Ausbaubedarf tatsächlich gar nicht besteht und/oder dass die zu erwartende Eigenkapitalverzinsung nicht ausreicht.

Die Bundesregierung plant im Lichte des ermittelten Ausbaubedarfs eine Überarbeitung des Regulierungsrahmens unter besonderer Berücksichtigung seiner Auswirkungen auf die Netzentgelte⁴⁸. Hier steht zu erwarten, dass sie die

47 Das mittlerweile wohl überholte Netzausbaumodell der BNetzA konnte also bei Lichte betrachtet die grundsätzliche energiewirtschaftliche Notwendigkeit eines im Rahmen des zehnjährigen Netzentwicklungsplanes, des Bundesbedarfplans, der TEN-E Leitlinien oder des Anhangs zum EnLAG genannten Projektes nicht in Frage stellen, sondern lediglich Anhaltspunkte für die Umsetzung des als solchen notwendigen Vorhabens liefern.

48 Energiekonzept der Bundesregierung vom 7.9.2010 – Neun Punkte für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, S. 22.

Anerkennungsfähigkeit von Netzausbaukosten im Rahmen der Entgeltgenehmigung verbindlicher gestalten wird, soweit der Netzausbau in Übereinstimmung mit den netzbetreiberübergreifenden zehnjährigen Netzentwicklungsplänen sowie dem Bundesbedarfsplan erfolgt. Durch die jüngste Novellierung der ARegV wurde dieses Problem noch nicht in Angriff genommen, sondern lediglich das Problem der zeitversetzten Kostenwirksamkeit von Investitionen im Rahmen der Entgeltregulierung adressiert.

E. Fazit und Ausblick

Der Ausbau der nationalen Übertragungs- und Fernleitungsnetze ist von essentieller Bedeutung für die wirksame Anbindung von Wind- und Wasserkraftwerken im Norden Deutschlands und für die Funktionstüchtigkeit Deutschlands als Energietransitland. Dieser Ausbau benötigt einen klaren regulatorischen Rahmen sowie effiziente Genehmigungsverfahren. Allein die Entflechtung der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen führt nicht automatisch zu einer erhöhten Investitionsbereitschaft. Es muss sichergestellt werden, dass die entsprechenden Vorhaben zeitnah umgesetzt werden und rasch in den Netzentgelten Berücksichtigung finden. Dazu sind die bisherigen Mechanismen nur bedingt geeignet. Bei der behördlichen Durchsetzung des ermittelten Investitionsbedarfs ist Vorsicht geboten, da sie zu einer Publizierung von Entscheidungen führt, deren entgeltregulatorische Konsequenzen letztlich von allen Netznutzern zu tragen sind. Ein taugliches Mittel zur Markterkundung ist in diesem Zusammenhang das in Art. 22 Abs. 7 lit. b Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG vorgesehene Ausschreibungsverfahren, das als milderes Mittel gegenüber dem hoheitlich erzwungenen Netzausbau vorzugswürdig ist und nicht nur eine marktöffnende Wirkung zu erzeugen vermag, sondern eine erneute Kontrolle hinsichtlich des ermittelten Netzausbaubedarfs und der angemessenen Investitionsanreize darstellt.

Der durch eine solche Publizierung der Ausbauplanung begründeten Gefahr der Trennung von Veranlassung einerseits und Verantwortung andererseits muss im Übrigen sowohl auf investitionsregulatorischer Ebene als auch auf Netzentgeltebene angemessen begegnet werden, was für die Übertragungs- und Fernleitungsnetze bereits in den Richtlinien des Dritten Energiebinnenmarktpakets angelegt ist. Es ist daher im Rahmen der behördlichen Durchsetzung des ermittelten Netzausbaubedarfs zu prüfen, ob ein solcher Bedarf tatsächlich besteht. Dabei ist tendenziell davon auszugehen, dass der Bedarf an zusätzlicher Kapazität durch die aktuellen und potentiellen Netznutzer eher zu hoch angegeben werden dürfte. Nur soweit tatsächlich ein zusätzlicher Bedarf festgestellt

wird, sollte die zuständige Regulierungsbehörde von ihren Befugnissen zur Durchsetzung der entsprechenden Investitionen Gebrauch machen, wobei das in Art. 22 Abs. 7 lit. b Richtlinien 2009/72/EG und 2009/73/EG bzw. § 65 Abs. 2a S. 2 EnWG geregelte Ausschreibungsverfahren aufgrund seiner Marktnähe vorzugswürdig ist. Anderenfalls droht die Gefahr eines unwirtschaftlichen »Overinvestment«, dass entweder im Rahmen der Netzentgeltregulierung keine Berücksichtigung findet oder bei entsprechender Berücksichtigung sämtliche Netznutzer mit den Kosten unwirtschaftlicher Überkapazitäten belastet. Bei der Durchsetzung des im Rahmen der Netzentwicklungspläne identifizierten Ausbaubedarfs ist demnach Zurückhaltung geboten. Weiterhin ist dafür zu sorgen, dass Netzausbaumaßnahmen, die aufgrund der öffentlichen Bedarfsplanung und der anschließenden behördlichen Prüfung als notwendig identifiziert und durchgesetzt wurden, auch im Rahmen der Entgeltgenehmigung konsequent anerkannt werden. Die entgeltregulatorische Berücksichtigung beschränkt sich dann auf die Prüfung, ob der dem Grunde nach zutreffend ermittelte Netzausbaubedarf von den Netzbetreibern in wirtschaftlich vertretbarer Weise umgesetzt wurde.

Im Übrigen sind die Energieversorgungsnetze nicht mehr die weitgehend statischen Bestandsinfrastrukturen, die behutsam ergänzt werden müssen, wie sie es bei Erlass der ARegV noch eher waren. Vielmehr hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass nicht nur eine maßvolle Instandhaltung der bestehenden Netze, sondern deren massiver Ausbau erforderlich ist, um die zunehmende Einspeisung aus erneuerbaren Energieträgern und deren Abtransport von Norden nach Süden zu ermöglichen. Auch vor diesem Hintergrund ist die ARegV kritisch zu überprüfen.

Die Zeit für die Umsetzung der hier beschriebenen Maßnahmen drängt. Bis zum Jahre 2020 sind nach Schätzungen alleine in der deutschen Elektrizitätswirtschaft Investitionen für den Netzausbau von ca. 20 Mrd. Euro notwendig⁴⁹, um die erhöhte Energieeinspeisung aus Wind- und Wasserkraftanlagen aufzunehmen und an die Verbrauchsorte in West- und Süddeutschland transportieren zu können. Ein Vergleich mit der Telekommunikationsordnung zeigt dabei, dass die Tendenz zur Publizierung von Investitionsentscheidungen im energierechtlichen Ordnungsrahmen äußerst weit reicht⁵⁰. Die neuen Zugriffsrechte sollten vor diesem Hintergrund zurückhaltend ausgestaltet und ausgeübt werden. Eine Publizierung der Veranlassung muss konsequenter Weise auch zu einer Publizierung der Verantwortung führen. Ob beides gewollt ist, ist eine wichtige ordnungspolitische Frage, die nicht überstürzt in Form weit reichender

49 *Focht*, in: *Energie & Management* vom 1. September 2010, S. 3.

50 Kritisch zu den umfangreichen und komplexen Aufgaben der Regulierungsbehörde auch *Gärditz/Rubel*, N&R 2010, S. 194, 204 sowie *Ehricke*, RdE 2008, S. 159 ff.

Festlegungen beantwortet werden sollte, die dann über den verfassungsrechtlich garantierten Vertrauensschutz dauerhafte Bindungen generieren⁵¹.

51 Dazu ausführlich *Papier*, Veranlassung und Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht (in diesem Band), insbesondere a.E.

Kartellrechtliche Unternehmensentflechtung aus rechtsvergleichender Sicht

I. Einführung in die Thematik

Im europäischen Kartellrecht ist eine Unternehmensentflechtung als Sanktion zweier unterschiedlicher Tatbestände ausgestaltet: Zum einen kennt das europäische Kartellrecht eine Befugnis der Kommission, im Falle eines gegen das Vollzugsverbot des Art. 7 Abs. 1 VO 139 / 2004 (FKVO)¹ verstoßenden *Zusammenschlusses*, der später mit dem Gemeinsamen Markt für unvereinbar erklärt worden ist, den Unternehmen aufzugeben, diesen Zusammenschluss wieder rückgängig zu machen bzw. jede andere geeignete Maßnahme zu treffen, die zu einer Rückgängigmachung des Zusammenschlusses führt (Art. 8 Abs. 4 FKVO).² Zum anderen kann die Kommission als Folge eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, etwa bei der Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, bzw. bei einem Verstoß gegen Art. 102 AEUV die beteiligten Unternehmen verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen, und hierbei auch, soweit geeignet und erforderlich, Abhilfemaßnahmen struktureller Art vorschreiben (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003³). Die Rechtslage nach deutschem Kartellrecht ist aufgrund von § 41 Abs. 3 und § 32 Abs. 2 GWB⁴ im Wesentlichen dieselbe.

1 ABl. 2004 L 24 / 1.

2 Einzelheiten dazu etwa in *Bechtold/Brinker/Bosch/Hirsbrunner*, EG-Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, Art. 8 FKVO Rn. 37 ff.; zu Verpflichtungszusagen der Unternehmen gem. Art. 9 VO 1/2003 s. EuGH 29.6.2010, C-441/07 P, Kommission . / . Alrosa, Rn. 41.

3 ABl. 2003 L 1 / 1. Zu strukturellen Maßnahmen nach Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1 / 2003 s. Bauer in Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Bd. 1 – Europäisches Wettbewerbsrecht, 2007, Art. 7 VO 1 / 2003 Rn. 18 f.

4 § 32 Abs. 2 GWB benennt Abhilfemaßnahmen struktureller Art nicht ausdrücklich, ist jedoch vom Wortlaut her offen; für die Zulässigkeit solcher Abhilfemaßnahmen etwa Rehbinder in *Loewenheim/Meessen/Riesenkampff*, Kartellrecht, 2. Aufl. 2009, § 32 GWB Rn. 17; a. A. Bechtold in *Bechtold*, GWB, 5. Aufl. 2008, § 32 Rn. 17. In der anstehenden 8. GWB-Novelle soll eine ausdrückliche Angleichung in der Formulierung des § 32 Abs. 1 GWB an Art. 7 Abs. 1 Satz 2 VO 1/2003 erfolgen.

Das europäische Kartellrecht kennt dagegen keine Möglichkeit oder Befugnis zu einer Entflechtung ohne einen Zusammenhang mit einem unzulässig vollzogenen Zusammenschluss bzw. einem verbotswidrigen Marktverhalten. Es kennt also – ebensowenig wie das gegenwärtige deutsche Kartellrecht – keine sog. »objektive«⁵ Unternehmensentflechtung, wie sie 2010 in einem Referententwurf des Bundeswirtschaftsministeriums als strukturelle Maßnahme zur Korrektur vermachteter Märkte vorgesehen war.⁶ Eine solche »objektive« Unternehmensentflechtung als kartellrechtliches Instrument wird – anders als im Regulierungsbereich⁷ – auf europäischer Ebene weder ernsthaft erwogen noch hätte ein solcher Vorschlag gegenwärtig eine Chance der Realisierbarkeit. Ob das europäische Kartellrecht einer Einführung einer »objektiven« Unternehmensentflechtung auf mitgliedstaatlicher Ebene entgegensteht, ist eine andere Frage, die hier nicht zu behandeln ist.⁸

Die Diskussion um eine objektive Entflechtung hatte *in Deutschland* bereits in den durchaus unruhigen Siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts einmal Konjunktur. Zu erinnern ist nur an die Stellungnahme der Monopolkommission in ihrem 3. Hauptgutachten 1978/1979⁹ und – im Zusammenhang damit – an mehrere, schon z. T. mehr als dreißig Jahre zurückliegende Untersuchungen im Schrifttum (*Oehler*,¹⁰ *Möschel*,¹¹ *Schulte-Braucks*¹²). Kennzeichnend für alle diese Arbeiten war, dass sie das US-amerikanische Kartellrecht und die in den USA geführte Diskussion in ihre Untersuchungen mit einbezogen und versuchten, daraus einige Inspiration zu gewinnen.

In der Tat wurde in den USA, beginnend in den Sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts, intensiv darüber diskutiert, ob und wie man negativen Wettbewerbswirkungen und -ergebnissen auf hochkonzentrierten (oligopolistischen oder von einem Monopol geprägten) Märkten zu Leibe rücken könnte, insbesondere ob man neue Instrumente zur Unternehmensentflechtung schaffen sollte. Während *Richard Posner* damals – wie heute – *als Alternative* zur Entflechtung empfahl, gleichförmiges Preisverhalten im engen Oligopol als Fall des

5 So etwa die Terminologie in Monopolkommission, Sondergutachten 58 – Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung, 2010, Rn. 18, für eine Entflechtung unabhängig von einem festgestellten Kartellrechtsverstoß.

6 § 41a des Referententwurfs vom 8. 1. 2010.

7 Vgl. etwa Art. 9 Richtlinie 2009/73/EG, ABl. 2009 L 211/94 (Erdgasbinnenmarkt); Art. 9 Richtlinie 2009/72/EG, ABl. 2009 L 211/55 (Elektrizitätsbinnenmarkt); zum Unbundling eingehend Rasbach, Unbundling-Regulierung in der Energiewirtschaft, 2009.

8 Dazu *Verf.*, Entflechtung marktbeherrschender Unternehmen und Schranken des Unionsrechts, in: FS Möschel, 2011, S. 503–524.

9 BT-Dr. 8/4404, Rn. 662 ff.

10 *Oehler*, Entflechtung und Kontrahierungszwang, 1976.

11 *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1979, mit Vorschlag für eine objektive Entflechtungsregelung im deutschen Kartellrecht (S. 111 ff.).

12 *Schulte-Braucks*, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 1980.

sec. 1 Sherman Act anzusehen,¹³ und *Donald Turner* dafür plädierte, sec. 2 Sherman Act in einer expansiven Auslegung dazu zu benutzen, vermachtete Marktstrukturen aufzubrechen,¹⁴ hatte ein White House Task Force Report von 1968 (»Neal Report«¹⁵) die Entflechtungsdiskussion angestoßen, die dann in den Siebziger Jahren zu mehreren legislativen Initiativen zur Einführung eines objektiven Entflechtungsverfahrens führte (Senator Harris: »Concentrated Industries Act«, 1971; Senator Hart: »Industrial Reorganisation Act«, 1972; »Monopolization Reform Act, 1976; Edward Kennedy: »Small Business Protection Act, 1979«).¹⁶ Dabei wurden im US-Congress auch umfangreiche Experten-Anhörungen durchgeführt, die aber – im gewandelten Klima der späten Siebziger Jahre mit ihrer zunehmenden Skepsis gegenüber jeglicher Form von *government intervention* – im Ergebnis dazu führten, dass den legislativen Initiativen keinerlei Erfolg beschieden war.¹⁷ Es ist freilich bemerkenswert, dass in Deutschland in den späten Siebziger Jahren des letzten Jahrhunderts die Diskussion um die Einführung einer objektiven Unternehmensentflechtung auf hochkonzentrierten Märkten gerade zu einem Zeitpunkt intensiviert wurde, als in den USA die rechtspolitische Diskussion mit negativem Ergebnis auszulaufen begann. In der heutigen Diskussion um die Einführung eines objektiven Entflechtungsverfahrens in Deutschland spielen die US-Erfahrungen erneut eine gewisse Rolle.¹⁸ Es soll daher im Folgenden ein knappes Bild von den amerikanischen Erfahrungen und der heutigen Rechtslage gezeichnet werden (unter II.), um sodann einen Blick über den Ärmelkanal auch nach England zu richten, wo sich in letzter Zeit gerade im Hinblick auf unsere Thematik einige vielleicht überraschende Dinge getan haben (unter III.).

Für die Analyse des US-amerikanischen und des englischen Rechts, aber auch für die Bewertung des Referentenentwurfs des deutschen Wirtschaftsministeriums, erscheint es sinnvoll sich noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass klar zwischen den verschiedenen Entflechtungsmaßnahmen in ihren tatbestandlichen Voraussetzungen zu unterscheiden ist: Zum einen geht es um Entflechtungsmaßnahmen als Reaktion auf einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vor-

13 So immer noch in *Posner*, Antitrust Law, 2nd ed. 2001, S. 51 – 100.

14 *Turner*, The Scope of Antitrust and Other Economic Regulatory Policies, 82 Harv. L. Rev. 1207, 1231 (1969).

15 White House Task Force Report on Antitrust Policy, 1968; dazu etwa *Posner* (Fn. 13) 101 ff.

16 Erster Überblick in Note, 73 Col. L. Rev. 635 (1973); s. auch Monopolkommission, 3. Hauptgutachten 1978/79 (Fn. 9) Rn. 686 f.

17 Dazu eingehend *Kovacic*, Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration, 74 Iowa L. Rev. 1105 (1989); *Schulte-Braucks*, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 1980, S. 56 ff.

18 *Müller*, Entflechtung und Deregulierung, 2004; zuletzt Bundeskartellamt, Entflechtung als Instrument des Kartellrechts, Tagung des Arbeitskreises Kartellrecht am 7.10.2010 – Hintergrundpapier, 2010, S. 11 f.

schriften, etwa bei einer gegen § 1 GWB verstoßenden Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, als Konsequenz eines missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Unternehmens, oder aber eines Zusammenschlusses, der zu einer Beeinträchtigung des Wettbewerbs führen kann. Hier geht es um strukturelle Maßnahmen als Reaktion auf einen *Verstoß* gegen eine kartellrechtliche Bestimmung. Zum anderen geht es – wie im Referentenentwurf von 2010 vorgesehen – um eine Entflechtung unabhängig von einem konkreten Kartellrechtsverstoß, also die sog. objektive¹⁹ oder auch »zuwiderhandlungsunabhängige«²⁰ Entflechtung, etwa mit dem Ziel, eine als wettbewerblich unbefriedigend anzusehende Marktstruktur zu korrigieren und zu verbessern, ohne dass den auf dem Markt tätigen Unternehmen ein Vorwurf eines rechtswidrigen Verhaltens gemacht werden könnte.

Im Folgenden geht es (allein) um die Frage, ob und inwieweit sich ein objektives Entflechtungsverfahren, wie es der Referentenentwurf des BWiM vorgesehen hat, auf anglo-amerikanische Erfahrungen berufen kann. Dagegen wird es nicht um Entflechtungsmaßnahmen im Rahmen des Regulierungsrechts, etwa in Form des sog. *Ownership unbundling*, gehen, wie es als eine Option im dritten Energierechtspaket der EU von 2009 vorgesehen ist,²¹ oder in Form der organisatorischen oder buchhalterischen Entflechtung, wie sie das deutsche Energiewirtschaftsgesetz seit 2005 kennt.²²

II. US-amerikanisches Kartellrecht

Das US-amerikanische Kartellrecht verfügt über eine viele Jahrzehnte währende Entflechtungserfahrung.

1. Rahmenbedingungen²³

Das US-amerikanische Kartellrecht ist dadurch gekennzeichnet, dass Entflechtungsmaßnahmen gegen den Willen der Betroffenen nur auf dem Weg über *Gerichte* angeordnet werden können. Das bedeutet: Die Antitrust Division des Justizministeriums, die Federal Trade Commission wie auch private Kläger müssen sich einem justizförmigen Verfahren unterwerfen, wobei dieses im

19 Monopolkommission, Sondergutachten 58 (Fn. 5) Rn. 18 ff.

20 *Klees/Hauser*, Entflechtungen von Unternehmen als Instrument des allgemeinen Wettbewerbsrechts?, RATUBS Nr. 4/2010, S. 18.

21 Oben Fn. 7.

22 § 7, 8 und § 10 BGBl. 2005 I S. 1970, ber. S. 3621.

23 Zum Folgenden aus deutscher Feder etwa *Müller* (Fn. 18), S. 65 ff.

wesentlichen antagonistisch konzipiert und strukturiert ist.²⁴ Hervorzuheben ist dabei, dass die Gerichte (und nicht etwa die Antitrust Division) für eine Entflechtungsanordnung zuständig sind. Die Gerichte handhaben die kartellrechtlichen remedies im Rahmen des *equity*-Verfahrens²⁵ und haben daher ein weitreichende Gestaltungsermessen, das nicht durch legislative Vorgaben eingeschränkt ist. Dies gilt sowohl für die Entflechtung eines Zusammenschlusses (sec. 15 Clayton Act) wie auch für *structural relief* als Konsequenz eines Verstoßes gegen sec. 1 oder 2 Sherman Act.²⁶

Dabei sind die *in equity* entscheidenden Gerichte nicht an die Anträge der Parteien gebunden und können eine Entflechtung nach ihren Vorstellungen, insbesondere auch nach dem öffentlichen Interesse an der Wiederherstellung des Wettbewerbs wie auch nach Billigkeit, gestalten und diese zudem mit verhaltensbezogenen Auflagen verbinden.²⁷ In der Frühzeit des US-amerikanischen Kartellrechts – also noch vor Einführung der Fusionskontrolle – haben die Gerichte oftmals zum Instrument der Entflechtung gegriffen. In einem Urteil aus dem Jahre 1916 heißt es, dass durch die Anwendung des Antitrust-Rechts »a number of great and powerful offenders ... have been dissolved.«²⁸ In vielen späteren Urteilen werden die remedies des *spin off* und der *divestiture* bestätigt und auf ihre Voraussetzungen hin verfeinert (mit dem sog. *fruits of monopolistic practices test*).²⁹

Die allermeisten Gerichtsverfahren werden allerdings nicht durch eine streitige Entscheidung, sondern durch Vergleichsurteil, einem sog. *consent decree*, abgeschlossen; dieses Urteil beruht auf einem (Vergleichs-) Vorschlag der Antitrust Division und vermag das Verfahren erheblich abzukürzen. Die Federal Trade Commission kann selbst sog. *consent orders* erlassen, bei denen sich die Unternehmen den Vorgaben der Behörde unterwerfen, auf deren Ausgestaltung sie allerdings Einfluss haben.³⁰

24 Dazu etwa *Sullivan/Grimes*, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, 2nd ed. 2006, ch. XVI (S. 930 ff.).

25 § 4 Sherman Act: »...proceedings in equity ...«

26 *Sullivan/Grimes* (Fn. 24), S. 944 f.; aus deutscher Feder z. B. *Hauser*, *Strukturelle Maßnahmen im europäischen Kartellverfahrensrecht*, 2009, S. 28 ff.

27 *Müller* (Fn. 18), S. 72 m.w.N.

28 *United States v. American Can Co.*, 230 F. 859, 901 f. (D. Md. 1916).

29 *United States v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 171 (1948).

30 Zum Ganzen *Sullivan/Grimes* (Fn. 24), S. 942 f.; *Müller* (Fn. 18), S. 74 f.

2. Gesetzliche Grundlagen der Entflechtung

Die Unternehmensentflechtung im US-amerikanischen Kartellrecht hat im wesentlichen zwei gesetzliche Grundlagen.

a. Zusammenschlusstatbestand

Zum einen geht es um eine Unternehmensentflechtung als Folge eines gegen sec. 7 Clayton Act verstoßenden und damit *unerlaubten Zusammenschlusses* – so wie dies das deutsche und das europäische Recht der Fusionskontrolle kennt (§ 41 Abs. 3 GWB; Art. 8 Abs. 4 VO 139/2004).³¹ Hier gibt sec. 15 Clayton Act den *district courts* die (equity) Befugnis, bei Verstoß gegen sec. 7 Clayton Act eine Entflechtung in Form eines *spin off*, einer *divestiture* oder einer *dissolution* anzuordnen.³²

Für das US-amerikanische Antitrustrecht von Bedeutung ist, dass bis zum Jahre 1976 Zusammenschlüsse nicht vorweg bei der Antitrust Division angemeldet und auf ihre Vereinbarkeit mit sec. 7 Clayton Act geprüft werden konnten. Von daher hatte die Entflechtungsbefugnis in den ersten siebzig Jahren des vorigen Jahrhunderts eine – etwa im Vergleich zum deutschen und europäischen Kartellrecht – wesentliche größere Bedeutung gehabt. Seitdem das US-amerikanische Kartellrecht für Zusammenschlüsse ab einer bestimmten Größe auch eine *premerger notification* kennt (eingeführt durch den *Hart-Scott-Rodino Act* von 1976; § 7 A Clayton Act),³³ werden die problematischen Zusammenschlüsse in aller Regel im Vorfeld untersucht. Seitdem ist die Zahl der vom Justizministerium angestoßenen Entflechtungsentscheidungen gem. sec. 15 Clayton Act dann auch ganz signifikant zurückgegangen.

Erwähnenswert bleibt in diesem Zusammenhang, dass durch eine *Klage Privater* nicht nur ein Zusammenschluss gerichtlich untersagt, sondern auch eine Unternehmensentflechtung (aufgrund von sec. 16 Clayton Act) betrieben werden kann.³⁴ Dies ist 1990 endgültig durch den Supreme Court außer Streit gestellt worden.³⁵ Eine solche Klage ist auch dann zulässig, wenn die Antitrust Division den Zusammenschluss geprüft und nicht als gegen sec. 7 Clayton Act verstoßend angesehen hat. Zu betonen ist bei alledem noch einmal, dass die US-amerikanische Fusionskontrolle immer nur verhaltensbedingte, also am unzu-

31 Zur Vergleichbarkeit des Durchsetzungsinstrumentariums s. *Hauser* (Fn. 26), S. 38 f.

32 Z.B. *United States v. E.I. du Pont*, 366 U.S. 316 (1961); zur Praxis der FTC s. FTC, *A Study of the Commission's Divestiture Process* (1999); Powers, *Spinoffs, Selloffs and Equity Carve-outs: An Analysis of Divestiture Method Choice*, January 2001.

33 Eingehend dazu *Sullivan/Grimes* (Fn. 24), S. 578 ff.

34 *Sullivan/Grimes* (Fn. 24), S. 591 ff.

35 *California v. American Stores Co.*, 495 U.S. 271 (1990).

lässigen Zusammenschluss ansetzt. Sec. 15 Clayton Act ist keine Grundlage für eine Entflechtung ohne das Vorliegen eines Zusammenschlusstatbestands.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass zwar die Ausgestaltung des Entflechtungsverfahrens in den USA deutlich andere Wege beschreibt als das deutsche und europäische Fusionskontrollrecht, das mit behördlichen Entscheidungen arbeitet, die ihrerseits gerichtlich kontrolliert werden, – dass aber heute die Fälle, die *Anlass* für eine Entflechtung geben können, im Wesentlichen dieselben sind: Es sind Zusammenschlüsse, die entweder ohne eine Anmeldung des Zusammenschlusses oder aber während des Prüfungsverfahrens vollzogen worden sind.

b. Sec. 4 Sherman Act

Eine zweite Grundlage für eine Entflechtungsbefugnis der US-amerikanischen Gerichte ist der *Sherman Act*. Hier geht es entweder um einen Verstoß gegen sec. 1 Sherman Act, etwa in Form einer wettbewerbsbeschränkenden *combination*, also einer Zusammenarbeit zwischen Wettbewerbern, die eine konzernähnliche Struktur aufweist, oder die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens, etwa in der Funktion als gemeinsame Verkaufsorganisation. Aufgrund von sec. 4 Sherman Act kann – auf Antrag des Justizministeriums (*Attorney General*) – durch Urteil eine Auflösung der *combination* angeordnet werden. Sec. 1 Sherman Act hat auch und vor allem in der Zeit vor Einführung einer Fusionskontrolle in das US-amerikanische Antitrustrecht, also vor 1913, eine erhebliche Rolle gespielt: In der Sache wurde durch die Anwendung des sec. 1 Sherman Act die damals noch nicht vorhandene Fusionskontrolle (zumindest teilweise) ersetzt.

Für unsere Zwecke von größerer Bedeutung ist allerdings sec. 2 Sherman Act, eine Vorschrift, die die »Monopolisierung« durch ein oder mehrere Unternehmen (Personen) untersagt und dieses Verbot auch mit einer strafrechtlichen Sanktion versieht. In der amerikanischen Rechtsprechung ist anerkannt, dass im *equity*-Verfahren ergehende Entflechtungsmaßnahmen bei einem Verstoß gegen sec. 2 Sherman Act sich daran zu orientieren haben, dem wettbewerbswidrigen Verhalten des/der Unternehmen ein Ende zu bereiten, dem/den beteiligten Unternehmen die Vorteile (*benefits, fruits*) seines/ihrer Verhaltens zu nehmen und – im öffentlichen Interesse – wieder wettbewerbliche Strukturen herzustellen.³⁶ Dies rechtfertigt und umfasst auch *structural relief*, also Entflechtungsmaßnahmen.

³⁶ Z.B. *United States v. Crescent Amusement Co*, 323 U.S. 173 (1944); *Schine Theatres v. United States*, 334 U.S. 110 (1948); einen instruktiven Überblick über die Entwicklung der Recht-

Im Folgenden ist zu fragen, ob und inwieweit sec. 2 Sherman Act mit seinem Verbot des *monopolizing* als Grundlage für eine Entflechtung vermachteter Märkte herangezogen worden ist. Denn es ist gerade immer wieder die Praxis zu sec. 2 Sherman Act, auf die Bezug genommen wird, wenn von US-amerikanischen Erfahrungen berichtet wird. Dabei lässt sich zeigen, dass die Rechtsprechung zu sec. 2 Sherman Act durchaus zwischen einem stärker verhaltensorientierten Ansatz und einem strukturorientierten Ansatz hin und her geschwankt ist.³⁷

3. Insbesondere: Das Verbot des *monopolizing* gem. sec. 2 Sherman Act

a. Die Anfänge: verhaltensbedingter Ansatz (*conduct test*)

Die Antitrust-Rechtsprechung des Supreme Court im beginnenden 20. Jahrhundert hat sec. 2 Sherman Act ganz im Sinne eines *verhaltensbedingten* Verbotstatbestands verstanden. Nicht die Existenz einer *monopoly position*, also einer marktbeherrschenden Stellung, sondern deren Erwerb oder missbräuchliche Absicherung wurde als Problem gesehen. Dies mag anhand von drei Beispielen illustriert werden.

Standard Oil Co. v. United States ist ein Urteil aus dem Jahre 1911, in dem die USA noch über keine Fusionskontrolle verfügten. Es ging um einen Vorgang, in dem Standard Oil Co. eine marktbeherrschende Stellung in einer Reihe von Bundesstaaten durch eine Vielzahl von Zusammenschlüssen erworben hatte. Einige der Zusammenschlüsse waren durch Zwang erreicht worden und zudem übte Standard Oil Druck auf Lieferanten und Kunden der Wettbewerber aus, um letzteren zu schaden. In seiner Urteilsbegründung³⁸ stellte der Supreme Court darauf ab, dass der Bestand einer Monopolstellung von sec. 2 Sherman Act toleriert werde, und ebenso der Erwerb einer solchen Stellung als Ergebnis von »normal methods of industrial development«, – dass sec. 2 Sherman Act aber eine Monopolisierungsstrategie – *attempt to monopolize* – erfasse, die nach den Umständen des Falles nachweisbar war:³⁹ Es ging um eine *prima facie presumption of intent and purpose to maintain the dominancy of the oil industry*

sprechung findet sich in *United States v. Aluminum Co. of America*, 91 F. Supp. 333, 342 – 344 (S.D.N.Y. 1950).

37 Monopolkommission, 3. Hauptgutachten 1978/79 (Fn. 9), Rn. 681 ff.; s. auch die Analyse bei Müller (Fn. 18), S. 59 ff.

38 221 U.S. 1, 58 ff. (1911).

39 221 U.S. 1, 75 (1911). Das Gericht stützte sein Urteil sowohl auf sec. 1 wie auch auf sec. 2 Sherman Act.

durch strategischen Erwerb einer Vielzahl von Unternehmen, begleitet und abgesichert durch *exclusionary practices*.

United States v. American Tobacco Co. betrifft ebenfalls einen Fall, in dem durch eine Vielzahl von Zusammenschlüssen und Aufkäufen von Produktionsstellen und -fabriken eine Monopolstellung erreicht wurde, ohne dass letztere überhaupt genutzt werden sollten, – begleitet und unterstützt von einer Vielzahl von Abreden mit Wettbewerbern, die auf eine Unterlassung von Wettbewerb abzielten.⁴⁰ Auch hier lag die Annahme eines verhaltensbedingten Verbots des *monopolizing* iSv sec. 2 Sherman Act auf der Hand.

*United States v. United States Steel Corp.*⁴¹ betraf einen Sachverhalt, in dem United Steel im Jahre 1901 einen Konzern gebildet hatte, der 180 Unternehmen unter seine Kontrolle gebracht hatte. Sec. 2 Sherman Act blieb freilich unangewendet, weil diese Aufkaufstrategie nicht von anderen wettbewerbswidrigen Praktiken begleitet worden war und es den Anschein hatte, dass das Unternehmen seine *monopolistic intention* aufgegeben hatte. Das Gericht (sowohl die Mehrheit der Richter, wie auch das Minderheitsvotum) wandten sich expressis verbis gegen einen strukturorientierten Kontrollansatz, der aufgrund von bloßer Größe des Unternehmens zu einer Entflechtung hätte führen können.⁴²

Diese frühe Rechtsprechung lässt sich zum einen dahingehend charakterisieren, dass hier sec. 2 Sherman Act auch und gerade die Funktion zukam, eine *fehlende Fusionskontrolle* zu ersetzen. Zum anderen ist charakteristisch, dass für eine Anwendung des sec. 2 Sherman Act die Existenz von Monopolmacht (*monopoly test*) allein nicht ausreichen sollte, um ein Verbot des *monopolizing* zu begründen, sondern dass vielmehr in einer an den Umständen des Einzelfalls orientierten Analyse der Nachweis eines *attempt* oder einer *intention to monopolize* erbracht werden musste. Dieser *intent* seinerseits war durch *verhaltensbedingte* Faktoren wie den systematischen Aufkauf von Wettbewerbern, den Aufkauf von Produktionsmitteln, die nicht genutzt werden sollten, und begleitende wettbewerbsbeschränkende Strategien, etwa Drohungen, Exklusivbindungen und/oder Wettbewerbsverbote etc. nachzuweisen (*conduct test*).

Dabei ist für diese Judikatur bisweilen auch charakteristisch gewesen, dass sie sich so allgemeiner Formeln bedient wie derjenigen, ob das Unternehmen seine Stellung am Markt als Ergebnis »normaler Methoden industrieller Entwicklung« oder aber mit Methoden erworben hat, die die Erreichung oder Absicherung einer Monopolstellung bezweckten.⁴³ In moderneren Sprachgebrauch übersetzt:

40 221 U.S. 106, 181 ff. (1911). Auch hier stützte das Gericht sein Urteil auf sec. 1 und sec. 2 Sherman Act.

41 251 U.S. 417 (1920).

42 251 U.S. 417, 451, 460 (1920).

43 *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 75 (1911).

competition on the merits versus Einsatz von *wettbewerbsbehindernden Strategien*. Freilich blieb eine nähere Grenzziehung zwischen beiden Verhaltensweisen weitgehend ungeklärt.

- b. Tendenzen zu einem »objektiven« Ansatz: die Jahre zwischen 1940–1970

Seit den Vierziger Jahren des letzten Jahrhunderts lässt sich in der US-amerikanischen Judikatur eine deutliche Tendenz erkennen, allein schon den Bestand einer Monopolstellung als Grundlage für eine Anwendung von sec. 2 Sherman Act ausreichen zu lassen: Die Zielsetzung bei der Anwendung der Norm war jetzt mehr auf die Erhaltung bzw. Wiederherstellung eines funktionsfähigen Wettbewerbs gerichtet.⁴⁴

Einschlägig für diese Trendwende ist die berühmte *Alcoa*-Entscheidung des Court of Appeals, *2nd Circuit*, aus der Feder von Judge Learned Hand.⁴⁵ Der Prüfungsansatz des Court of Appeals lag nun nicht mehr bei einem wettbewerbswidrigen Marktverhalten eines Marktbeherrschers, das auf einen *intent to monopolize* zurückschließen lässt. Vielmehr sollte es für das Tatbestandsmerkmal des *monopolizing* bereits ausreichen, wenn das Unternehmen für seine Produktion neue Verwendungsmöglichkeiten eröffnet und durch die Schaffung von neuen Produktionskapazitäten den Markteintritt für potentielle Wettbewerber weniger attraktiv machte und auf diese Weise die bestehende Monopolstellung verteidigt:

»... we can think of no more effective exclusion than progressively to embrace each new opportunity as it opened, and to face every newcomer with new capacity already geared into a great organization, having the advantage of experience, trade connections and the elite of personnel.«⁴⁶

Und das Gericht fährt fort, dass, *wenn* man sec. 2 Sherman Act auf wettbewerbswidriges Verhalten des Marktbeherrschers beschränken oder eine spezifische Monopolisierungsabsicht verlangt wollte, die Norm weitgehend ihrer Wirkkraft beraubt wäre.⁴⁷ Bedeutsam für die Bewertung der Position des Gerichts ist zudem die Aussage, dass zwar auch ein wettbewerbswidriges Verhalten von *Alcoa* konkret nachgewiesen sei, dass das Gericht aber sein Urteil nicht auf diesen Nachweis stützen wolle.⁴⁸

44 So etwa auch die Einschätzung in: Monopolkommission, 3. Hauptgutachten 1978/79 (Fn. 9), Rn. 682.

45 *United States v. Aluminum Co. of America*, 148 F. 2d 416 (2d Cir. 1945).

46 S. 431.

47 S. 431.

48 S. 432.

Im Ergebnis führte das *Alcoa*-Urteil damit zu einem weitgehend wettbewerbsverstoß-unabhängigen, primär *strukturorientierten* Entflechtungsansatz im Rahmen des sec. 2 Sherman Act. Gegenüber dem Vorwurf des *monopolizing* konnte nur mehr der *Einwand* erhoben werden, dass der Erwerb der Monopolstellung *allein* das Ergebnis einer *unvermeidbaren*, vom Marktbeherrscher also nicht zu beeinflussenden Marktentwicklung gewesen sei (»*monopoly may have been thrust upon*«- *defense*)⁴⁹. Die Konsequenzen eines durchaus wettbewerbliehen (und an sich rechtmäßigen) Verhaltens wurden damit in den Verbotsbereich des Sherman Act gezogen, wenn sie sich *nicht* als *unvermeidlich* darstellten. Aktives Wettbewerbsverhalten sollte von sec. 2 Sherman Act erfasst werden, passives dagegen nicht.⁵⁰ Judge Learned Hand sprach in seiner Urteilsbegründung von Fällen, in denen die Monopolstellung durch *accident* entsteht, oder aber ein *natürliches Monopol* gegeben sei, die Verbrauchergewohnheiten sich *geändert hätten* oder aber – ein viel zitiertes dictum – die Verstärkung der Marktstellung allein auf »*superior skill, foresight and industry*« beruhe.⁵¹ Letztere Einschränkung ließ sich allerdings auch als *escape clause* für die *Zulässigkeit* rein wettbewerbliehen Verhaltens deuten, womit doch wieder ein verhaltensorientiertes Moment (nämlich betreffend passivem Wettbewerbsverhalten) in den scheinbar rein objektiven Ansatz Eingang finden konnte.

Der Supreme Court folgte dieser neuen *Alcoa*-Linie schon ein Jahr später in *American Tobacco Co. v. United States*⁵² und in *United States v. Griffith*,⁵³ worin der Gerichtshof in *sweeping language* erklärte:

»So it is that monopoly power, whether lawfully or unlawfully acquired, that may itself constitute an evil and stand condemned under § 2 even though it remains unexercised.«⁵⁴

Dies ist ein klar verhaltensunabhängiger Ansatz, der in der Tat den Weg zu einem objektiven Entflechtungsverfahren bei vermachteten Märkten eröffnen konnte.⁵⁵ Ein letzter Nachklang dieses Ansatzes findet sich etwa in *United States v. Grinnel Corp.*, wenn darin der Supreme Court im Jahre 1966 formuliert, dass die Anwendung von sec. 2 Sherman Act neben dem Nachweis einer *monopoly power* nur den Nachweis eines angestrebten Erwerbs oder einer gewollten Aufrecht-

49 S. 429.

50 S. 430.

51 S. 429 – 430.

52 328 U.S. 781, 813 (1946).

53 334 U.S. 100 (1948)

54 S. 107.

55 Freilich heisst es in einem gleichzeitig und vom selben Richter (Douglas, J.) geschriebenen Urteil, dass sec. 2 Sherman Act neben der Monopolmacht auch den Nachweis erfordere, den Wettbewerb zu behindern; *United States v. Paramount Pictures, Inc.*, 334 U.S. 131, 174 (1948).

erhaltung dieser Monopolmacht erfordere, die durchaus auch mit legalen Mitteln erfolgt sein könne.⁵⁶ Freilich fügte der Supreme Court hinzu, dass von dem Verbot des *monopolizing der Erwerb dieser Marktstellung* aufgrund von *superior product, business acumen, or historic accident* ausgenommen sei.⁵⁷ Mit der Zulässigkeit dieses Einwands (der ja ein *aktives* Wettbewerbsverhalten mit umfasste) hat sich der Supreme Court eine Rückkehr zu einer *verhaltensbedingten* Orientierung des sec. 2 Sherman Act offen gehalten.

Die Rechtsprechung, das lässt sich zusammenfassend sagen, hat in den Jahren nach 1940 den Anwendungsbereich des sec. 2 Sherman Act deutlich erweitert, um mit dieser Norm auch eine *Restrukturierung vermachteter Märkte* erreichen zu können. Problematisch geblieben ist dabei allerdings weitgehend die Frage, in welcher Weise und mit welchem Test die *Grenzlinie* zwischen dem erlaubten Erwerb von Marktmacht mittels *superior skill and foresight*, und weiteren Methoden legalen Wettbewerbsverhaltens zu ziehen ist, die als Indizien für einen *intent to monopolize* gelten können.

c. Die Rückkehr: die Jahre nach 1970

Die 60er und 70er Jahre des vorigen Jahrhunderts sind im US-amerikanischen Kartellrecht von zwei entgegenlaufenden Entwicklungen geprägt: Einerseits gab es im politischen Raum die bereits erwähnten Gesetzesinitiativen zu einer Einführung eines objektiven Entflechtungsverfahrens. Andererseits ist die Rechtsprechung zu sec. 2 Sherman Act ganz deutlich von einer Rückkehr zu einem *verhaltensbezogenen* Ansatz geprägt.

Diese Rückkehr mag sich bereits, wie schon angedeutet, mit dem Urteil *United States v. Grinnel* ankündigen.⁵⁸ Dasselbe gilt dann mit größerer Deutlichkeit von einer Reihe späterer Entscheidungen. So wird etwa in einem Urteil des Court of Appeals für den 2nd Circuit aus dem Jahre 1979 klargestellt, dass die bloße Innehabung einer Monopolstellung keinen Verstoß gegen sec. 2 Sherman Act darstelle.⁵⁹ Und in den verschiedenen Verfahren gegen IBM haben die Gerichte ebenfalls auf einem Nachweis missbräuchlichen Verhaltens des als marktbeherrschend anzusehenden Unternehmens IBM bestanden,⁶⁰ und auf

56 384 U.S. 563, 570 f.

57 *United States v. Grinnel Corp.*, 384 U.S. 563, 570 (1966); eingehende Diskussion bei *Hauser* (Fn. 26), S. 45 f.

58 384 U.S. 563, 570 f. (1966).

59 *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263, 275 (2nd Cir. 1979).

60 *Telex Corp. v. IBM*, 367 F. Supp. 258, 306 (N.D. Okla. 1973): das Gericht verweist hier auf IBM's »skill, industry and foresight«, die zu einer marktstarken Stellung geführt hätten und grenzt davon die wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen (predatory pricing) gegenüber der Zubehöriindustrie ab, die nichts mit »skill, industry and foresight« zu tun gehabt hätten.

dieser Grundlage bei Fehlen eines entsprechenden Nachweises die Klagen abgewiesen.⁶¹ Vor diesem Hintergrund einer Rückkehr der Rechtsprechung zu einer verhaltensbezogenen Anwendung des sec. 2 Sherman Act kann es nicht überraschen, wenn etwa im *AT&T* Verfahren, das mit einem *consent decree* abgeschlossen wurde, die Klage der Antitrust Division darauf gestützt wurde, dass AT&T seine Monopolstellung mit unzulässigem *predatory pricing* verteidigt und unabhängige Dienstleister für Ferngespräche den Zugang zu lokalen Netzen mit diskriminierender Preisstellung verwehrt habe.⁶² Auch im *Microsoft*-Verfahren ist das erstinstanzliche Urteil auf das (angeblich) missbräuchliche Marktverhalten von Microsoft und nicht etwa auf das bloße Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung gestützt worden.⁶³ Insgesamt scheint dieser allein verhaltensbedingte Ansatz heute auch die Unterstützung des Supreme Court zu haben.⁶⁴

4. Entflechtungspraxis

a. Zahlen

Wendet man den Blick auf die US-amerikanische Entflechtungspraxis, also auf diejenigen Fälle, in denen ein Gericht eine Entflechtung (*spin off*; *divestiture*; *dissolution*) angeordnet hat, dann können für unsere Zwecke die Entflechtungsfälle, die auf der Grundlage von sec. 15 Clayton Act entschieden worden sind, zunächst beiseite gelassen werden, geht es doch bei diesen allein um die Korrektur eines unzulässigen Zusammenschlusses und damit um einen Fall, den das deutsche und europäische Wettbewerbsrecht in gleicher Weise erfasst. Konzentriert man sich deshalb sinnvoller Weise auf die unter sec. 2 Sherman Act – also dem Verbot des *monopolizing* – entschiedenen Fälle, dann ergeben zwei Untersuchungen aus der Feder US-amerikanischer Wissenschaftler ein ernüchterndes Bild über die Bedeutung der Entflechtungsmaßnahmen im US-amerikanischen antitrust law.

Eine Untersuchung von *Crandall* basiert auf der Auswertung von 423 Fällen zwischen 1890 und 1996, die auf der Grundlage von sec. 2 Sherman Act ent-

61 *California Computer Products, Inc. v. IBM*, 613 F.2d 727, 736 f., 744 f. (9th Cir. 1979); *Transamerica Computer Co. v. IBM*, 481 F. Supp 965, 974, 1010 (N.D.Cal. 1979).

62 Einzelheiten z. B. bei *Müller* (Fn. 18), S. 82 ff.

63 *United States v. Microsoft*, 97 F. Supp. 2d 59, 62 (D.D.C. 2000). Zum Verfahren im Übrigen ausführlich *Müller* (Fn. 18), S. 90 ff.

64 *Verizon Communications v. Trink*, 540 U.S. 398, 407 (2004): »The mere possession of monopoly power ... is not only not unlawful ...«.

schieden worden sind.⁶⁵ In 87 Urteilen sind nur Geldstrafen verhängt worden; von 336 Urteilen mit sonstigen (nicht strafrechtlichen) Rechtsfolgen wurden in ca. 52 % der Fälle (172) Verhaltensaufgaben angeordnet,⁶⁶ in 20 % der Fälle (69) ging es um eine Zwangslizenzierung und in 28 % der Fälle (95) wurden strukturelle Maßnahmen verordnet. In diesen 95 Fällen wurde in 32 Fällen eine Beschränkung in den Verkaufsaktivitäten verordnet und damit in der Sache doch eher eine *verhaltensbedingte* Auflage gemacht. In 63 Fällen wurde eine *divestiture* oder *dissolution* angeordnet. Von diesen 63 Fällen ging es in 17 Fällen um Zusammenschlüsse, die mangels einer Regelung in den Jahren vor 1913 nur über sec. 2 Sherman Act erfasst werden konnten, und in 43 Fällen um eine koordinierte Preisstellung im Oligopol, und damit wiederum um eine *verhaltensbedingte* Entflechtung. Nur in ganzen drei Fällen ging es um eine Entflechtung eines einzelnen Monopolisten bzw. Marktbeherrschers aufgrund von *monopolizing*.

Posner geht in seiner viel zitierten⁶⁷ Untersuchung⁶⁸ für den Zeitraum von 1890 bis 1999 aufgrund einer anderen Datenbasis⁶⁹ von 273 Klagen aus, die die Antitrust Division auf der Grundlage des sec. 2 Sherman Act erhoben hat. In 44 Fällen habe ein Gericht eine Entflechtung angeordnet, wobei 23 Fälle eher von lokaler Bedeutung gewesen seien. In den letzten sechzig Jahren habe es nur sechs Fälle gegeben, in denen auf der Grundlage des sec. 2 Sherman Act eine Entflechtung angeordnet worden sei. Die Zahlen lassen allerdings nicht erkennen, ob und inwieweit es sich dabei um verhaltensbedingte *monopolization cases* gehandelt hat.

Insgesamt lässt sich zusammenfassend konstatieren, dass im US-amerikanischen Kartellrecht die wettbewerbsverstoß-unabhängige, »objektive« Entflechtung auf der Grundlage des sec. 2 Sherman Act, wenn überhaupt, dann nur eine minimale Rolle gespielt hat. Die Befürworter einer objektiven Entflechtung in Deutschland können sich insoweit nicht auf US-amerikanische Praxis berufen.

65 Crandall, The Failure of Structural Remedies in the Sherman Act Monopolization Cases, 80 Oregon L. Rev. 109 (2001).

66 Dabei handelt es sich um Sachverhalte, bei denen der Marktbeherrscher vor allen Dingen sich exclusionary practices sowie des predatory pricing bedient hat, um seine Marktstellung zu erwerben oder abzusichern.

67 Z.B. Möschel (Fn. 11), S. 63 (mit Bezug zur ersten Auflage).

68 Posner (Fn. 13), S. 103 ff.

69 Dazu eingehend Hauser (Fn. 26), S. 92 f.

b. Erfolgstory?

Fragt man danach, ob die wenigen über sec. 2 Sherman Act durchgeführten Entflechtungen eine Erfolgsgeschichte gewesen sind, so ergibt sich aus dem dazu Stellung beziehenden amerikanischen Schrifttum⁷⁰ ein eher gemischtes Bild. Das führende Lehrbuch aus der Feder von *Sullivan/Grimes* geht immerhin davon aus, dass die Verfahren auf der Grundlage des sec. 2 Sherman Act eine bedeutsame Rolle gespielt haben, um vermachtete Märkte der Öl- und Tabakindustrie wie auch im Telekommunikationssektor («AT&T») aufzubrechen.⁷¹ Dabei ist aber noch einmal in Erinnerung zu rufen, dass die die Öl- und Tabakindustrie betreffenden Fälle nur wegen Fehlens einer Zusammenschlusskontrolle über sec. 2 Sherman Act entschieden werden konnten.⁷² Freilich wird zugleich darauf hingewiesen, dass in diesen und in anderen Fällen – vielfach als Konsequenz überlanger Verfahrensdauer⁷³ – die Entflechtungsmaßnahmen oftmals erst zu einem Zeitpunkt angeordnet wurden, zu dem sich die Wettbewerbsverhältnisse schon zu wandeln begonnen hatten und die Maßnahmen deshalb gar nicht mehr erforderlich gewesen waren.⁷⁴ Einzig das »AT&T«-Verfahren, das mit einem *consent decree* abgeschlossen wurde, gilt nahezu unbestritten als ein Erfolg, wobei zu bemerken ist, dass es hierbei um ein Fall *verhaltensbedingter* Entflechtung gegangen ist.

c. Probleme

Amerikanische Gerichte haben ganz generell – also auch bei unzulässig vollzogenen Zusammenschlüssen – von ihren Möglichkeiten im equity-Verfahren, eine Entflechtung anzuordnen, nur in zurückhaltender Weise Gebrauch gemacht.⁷⁵ Dies liegt zum einen darin begründet, dass sie oftmals aus Gründen der Verhältnismäßigkeit Verhaltensauflagen den Vorzug gegeben haben, und gewiss zum anderen in der Einsicht, dass sich die Marktverhältnisse wandeln können, Prognosen nur schwer anzustellen sind und im übrigen ihnen auch die betriebswirtschaftlichen Kenntnisse abgehen, um fachkundige Entflechtungsanordnungen zu treffen. In den Worten des Richters Wyzanski im *United Shoe Machinery*-Urteil:

70 Dazu eingehend FTC, *A Study of the Commission's Divestiture Process*, 1999; vgl. auch *Crandall*, 80 Oregon L. Rev. 109 (2001); *Posner* (Fn. 13), S. 101 ff.; aus deutscher Feder etwa *Möschel* (Fn. 11), S. 55 ff.; *Hauser* (Fn. 26), S. 88 ff.

71 *Sullivan/Grimes* (Fn. 24), S. 89.

72 *Müller* (Fn. 18), S. 59 ff.

73 *Posner* (Fn. 13), S. 113; *Möschel* (Fn. 11), S. 66.

74 *Crandall*, 80 Oregon L. Rev. 109, 113, 194 (2001); *Hauser* (Fn. 26), S. 98 ff.

75 So die zutreffende Einschätzung bei *Möschel* (Fn. 11), S. 65.

»Judges in prescribing remedies have known their own limitations. They do not ex officio have economic or political training. Their prophecies as to the economic future are not guided by unusually subtle judgment.«⁷⁶

Zurückhaltung im Hinblick auf die Anordnung einer Entflechtungsmaßnahme wurde auch und vor allem geübt, soweit es um die Entflechtung eines gewachsenen Unternehmens gegangen ist, sind doch in dieser Situation die Probleme einer erfolgreichen Restrukturierung besonders groß. Diese Zurückhaltung wird mittelbar bestätigt und gerechtfertigt durch eine Studie der FTC über den Erfolg und die Zweckmäßigkeit von Entflechtungszusagen im Zusammenschlusskontrollverfahren moderner Prägung: Eine Entflechtung in Form der Abspaltung eines Unternehmens hat sich nur dann als erfolgreich erwiesen, wenn der Verkauf ein Unternehmen bzw. einen Unternehmensteil betroffen hat, das/der als Wettbewerber allein lebensfähig sein konnte. Dies bedeutet, dass eine Restrukturierung nur gelingt, wenn lebensfähige Organismen, einschließlich Produktionslinien, gewerbliche Schutzrechte und technisches know how, Spitzen-Personal, Zugang zu Lieferanten und Rohstoffen, Zugang zu Abnehmern etc., übertragen werden.⁷⁷

5. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die US-amerikanische Entflechtungspraxis nach der gegenwärtigen Rechtslage keine »objektive« Entflechtung kennt, wie sie in Deutschland im Referentenentwurf 2010 zur Novellierung des GWB vorgesehen war. Insoweit kann sich die hiesige Diskussion auch nicht auf amerikanische Vorbilder zur Rechtfertigung berufen. Im Bereich der Zusammenschlusskontrolle liegen die Verhältnisse in den USA ähnlich wie in der Europäischen Union. Eine vergleichende Studie über die Entflechtungsmaßnahmen (im Rahmen von Verpflichtungszusagen) zwischen der FTC-Praxis und der Kommissions-Praxis hat ergeben, dass sowohl die Erfolge wie auch die Instrumente im Wesentlichen vergleichbar sind.⁷⁸ Im Bereich der sec. 2 Sherman Act-Fälle greifen die Gerichte vornehmlich zu Verhaltensauflagen; eine Entflechtung gewachsener Unternehmensstrukturen ist aus den genannten Gründen nur in seltenen Fällen – und dann auch nur mit zweifelhaftem Erfolg – angeordnet worden.

76 *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F.Supp 295, 347 f. (D.Mass. 1953).

77 FTC (Fn. 59), S. 16 ff., 37 ff.; *Davidson*, The Reports on Divestiture Remedies of the US FTC and EU DG Comp, 2006, S. 2

78 *Davidson* (letzte Fn.).

III. Großbritannien

Das Kartellrecht von Großbritannien kennt eine Entflechtung (1) als Reaktion auf einen Zusammenschluss, der zu einer *substantial lessening of competition* führt, (2) auf einen Verstoß gegen sec. 2 Competition Act 1998, und (3) als Konsequenz einer sog. *market investigation*.

1. Entflechtung im Rahmen der Fusionskontrolle

Der Enterprise Act von 2002 gibt der Competition Commission die Befugnis, einen Zusammenschluss, der zu einer *wesentlichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs* führt, zu untersagen und eine Entflechtung anzuordnen (sec. 41 (2), sec. 84 (1), (2) i. V. m. Schedule 8 No. 13 (3)). Da das britische Fusionskontrollrecht – in Abweichung zum US-amerikanischen, europäischen und deutschen Fusionskontrollrecht – keine Verpflichtung zur Anmeldung eines geplanten Zusammenschlusses kennt (und in der Zeit zwischen 2003 und 2008 etwa 40 % der Zusammenschlüsse nicht vorher angemeldet worden sind), ist die schlichte Existenz einer solchen Entflechtungsbefugnis von großer Bedeutung, auch wenn die Competition Commission die Entgegennahme von Verpflichtungszusagen (*undertakings*; sec. 82 Enterprise Act) zu bevorzugen scheint.⁷⁹ Die Competition Commission hat in den letzten Jahren jedoch auch bereits vollzogene Zusammenschlüsse entflochten, teils durch eine vollständige Wiederherstellung der Unabhängigkeit der vormals selbständigen Unternehmen (*Emap / ABI*; *Stonegate / Deans*; *Thermo / GVI*), teils auch durch eine jedenfalls teilweise Abspaltung.⁸⁰ In ihren *Guidelines*⁸¹ gibt die Competition Commission als für die Frage des geeigneten *enforcement remedy* maßgebende Gesichtspunkte an: Die Kosten und die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme sowie ihre Effektivität. Die – auch totale – Entflechtung gilt als wirksame Alternative zu bloßen Verhaltensauflagen, denen die Competition Commission insgesamt reservierter gegenüberzustehen scheint.⁸² Vollzogene Entflechtungen sind im Hinblick auf ihre wettbewerblichen Wirkungen von der Competition Commission – vergleichbar mit den Untersuchungen der EU-Kommission von 2005 und der FTC von 1999⁸³ – zu einem späteren Zeitpunkt überprüft worden.⁸⁴

79 *Wish*, Competition Law, 6th ed. 2009, S. 932.

80 S. die bei *Wish* (Fn. 79), S. 949 f., zitierten Fälle.

81 Merger References: Competition Commission Guidelines.

82 *Wish* (Fn. 79), S. 933.

83 Dazu die vergleichende Analyse von *Davidson*, The Reports on Divestiture Remedies of the US FTC and EU DG Com (2006).

Insgesamt ist die Entflechtungsbefugnis im britischen Fusionskontrollrecht, auch wenn die Akzente anders gesetzt werden, *nicht wesentlich* von derjenigen im europäischen Kartellrecht *verschieden*. Sie kann in der Praxis jedoch häufiger zur Anwendung kommen, weil, wie erwähnt, Zusammenschlüsse in nicht geringer Zahl – und durchaus legal – *unangemeldet* vollzogen werden.

2. Entflechtung als Reaktion auf einen Verstoß gegen sec. 2 ff., 17 ff. Competition Act 1998?

Das britische Kartellrecht kennt mit sec. 2 ff. und sec. 17 ff. Competition Act 1998 im Wesentlichen mit Art. 101 und Art. 102 AEUV gleichlautende und gleichlaufende Bestimmungen. Sec. 32 und 33 Competition Act 1998 geben dem Office of Fair Trading die Befugnis, eine Änderung oder eine Beendigung des unzulässigen *agreement* bzw. eine Modifikation und eine Beendigung des missbräuchlichen Verhaltens des marktbeherrschenden Unternehmens zu verlangen. Das Verbot des missbräuchlichen Verhaltens bezieht sich ausdrücklich nicht auf den Fall von Zusammenschlüssen (sec. 19 (1) lit. a Competition Act 1998). Im Competition Act gibt es neben sec. 32 und 33 *keine* dem Art. 7 VO 1/2003 *vergleichbare eigenständige Befugnis* zu strukturellen Abhilfemaßnahmen. Dies bedeutet: Sec. 32 Competition Act 1998 deckt etwa die Anordnung, den Gründungsvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens zu kündigen oder zu modifizieren und mithin die strukturelle Konsequenz einer Auflösung einer solchen Gesellschaft.⁸⁵ Sec. 33 i. V. m. sec. 19 Competition Act 1998 erfasst nur verhaltensbezogene Maßnahmen, nicht aber *structural relief*.

3. Objektive Entflechtung als Folge einer Marktuntersuchung

a. Gesetzliche Grundlagen

Der Enterprise Act (EA) von 2002 kennt – in Fortführung des früheren Regimes⁸⁶ – das Institut der *sog. Marktuntersuchung*, an deren Ende eine Entflechtungsanordnung der Competition Commission stehen kann. Gemäß sec. 131 EA 2002 kann das Office of Fair Trading (OFT) eine Verweisung (*reference*) an die Competition Commission mit dem Antrag anordnen, eine

84 Competition Commission, Understanding past merger remedies: report on case study research (August 2008).

85 *Wish* (Fn. 79), S. 399.

86 Vor 2002 konnte der Director General of Fair Trading eine Verweisung an die Monopolies and Mergers Commission (MMC) zur Durchführung einer Marktuntersuchung vornehmen.

Marktuntersuchung vorzunehmen. Eine solche Verweisung kommt in Frage, wenn das OFT vernünftige Gründe hat anzunehmen, dass die Struktur eines bestimmten Marktes oder aber das (auch völlig unabsichtliche) Marktverhalten von Unternehmen den Wettbewerb verhindert, beschränkt oder verzerrt.

Eine solche Verweisung kommt solange nicht in Betracht, wie das OFT über sec. 32 und 33 Competition Act ausreichende Maßnahmen treffen kann. Im Übrigen gibt sec. 154 EA 2002 dem OFT die Befugnis, in solchen Fällen, in denen es eine Verweisung an die Competition Commission vornehmen könnte, eine Verpflichtungszusage der betroffenen Unternehmen entgegen zu nehmen.⁸⁷

Da die Verweisung des OFT an die Commission kein wettbewerbswidriges Verhalten eines oder mehrerer Unternehmen voraussetzt, geht sec. 154 EA 2002 hinsichtlich der Voraussetzungen einer Verpflichtungszusage über dasjenige hinaus, was – jedenfalls rechtlich – nach Art. 9 VO 1/2003 möglich ist: Während die Entgegennahme einer Verpflichtungszusage nach Art. 9 VO 1/2003 allein dazu dienen soll, die Kommission von den Schwierigkeiten eines Nachweises eines wettbewerbswidrigen Verhaltens zu entlasten und sowohl der Kommission wie auch den betroffenen Unternehmen die mit einem langwierigen Verfahren verbundenen Kosten zu ersparen,⁸⁸ setzt sec. 154 EA 2002 nicht einmal die Behauptung eines wettbewerbswidrigen Verhaltens eines Unternehmens voraus. Die Entgegennahme einer Verpflichtungszusage ist, wenn sie struktureller Natur ist, nichts anderes als die Vorwegnahme einer »objektiven« Entflechtungsmaßnahme durch die Competition Commission.

b. Marktuntersuchung der Competition Commission

Liegt eine Verweisung des Office of Fair Trading an die Competition Commission gem. sec. 131 EA 2002 vor, ist die Competition Commission gem. sec. 134 EA 2002 verpflichtet, eine *Marktuntersuchung* vorzunehmen und darüber zu entscheiden, ob durch die gegebene Marktstruktur oder das Marktverhalten von Unternehmen (als *feature*; vgl. sec. 134 (1) iVm sec. 131 (2) EA 2002) eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs (*adverse effect on competition*) gegeben ist. Gem. 134 (4) EA 2002 ist die Competition Commission verpflichtet, geeignete Maßnahmen zu treffen bzw. vorzuschlagen, um die festgestellten nachteiligen Einflüsse auf den Wettbewerb abzubauen. Diese Befugnis ist damit komplementär zu den aufgrund sec. 32 und 33 CA 1998 gegebenen Befugnissen des OFT zur Abstellung von wettbewerbsbeschränkenden Verhaltensweisen einerseits und zu den Entflechtungsbefugnissen der Competition Commission aufgrund von sec. 84 EA 2002 bei vollzogenen Zusammenschlüssen.

⁸⁷ Eingehend *Wish* (Fn. 79), S. 460 ff.

⁸⁸ Dazu EuGH, Urteil vom 29.06.2010 – C-441/07 P, Alrosa, Rn. 35.

Die Marktuntersuchung der Competition Commission ist gerichtet auf den Einfluss der Marktstruktur auf den Wettbewerb wie auch auf das wettbewerbliche Verhalten von einzelnen Unternehmen, wobei einerseits das Verhalten der Konsumenten und andererseits die Auswirkungen der Marktstruktur wie auch des Unternehmensverhaltens auf die Wahlmöglichkeiten der Konsumenten, die Preise und Qualität von Dienstleistungen und Waren sowie den technischen Fortschritt analysiert werden.

Die Competition Commission entscheidet, nachdem sie ihre Marktuntersuchung und die vorgeschlagenen Abhilfemaßnahmen veröffentlicht hat (sec. 134 (4), 136 EA 2002), über gebotenen Abhilfemaßnahmen (sec. 138 EA 2002). Dabei kommen auch Empfehlungen an das zuständige Ministerium oder an den Gesetzgeber in Frage, wenn und soweit es etwa die Änderung gesetzlicher Bestimmungen geht, die geeignet wären, bestehende Markteintrittsbarrieren abzubauen. Die vorgeschlagenen Maßnahmen sollen eine umfassende Lösung erreichen und im Hinblick auf den wettbewerbsbeeinträchtigenden Zustand einen vernünftigen und praktikablen Weg einschlagen (sec. 134 (6) EA 2002). Die Competition Commission kann – wie auch schon das OFT – Verpflichtungszusagen entgegennehmen, die geeignet sind, das wettbewerbliche Problem zu beseitigen (sec. 159 (1) EA 2002). Schließlich hat die Competition Commission die Befugnis, eine *Entflechtungsmaßnahme* anzuordnen, soweit eine solche sich als praktikabel und verhältnismäßig darstellt (sec. 161 (1), (2) lit. a i. V. m. Schedule 8, sec. 138 (2) EA 2002). Zu den Erfordernissen der Praktikabilität gehört, dass für die Entflechtung ein angemessener Zeitraum angesetzt wird und der Verkäufer für das zu verkaufende Unternehmen einen Marktpreis erzielen kann. Schließlich muss erwartet werden können, dass die Entflechtungsmaßnahme auch dazu geeignet ist, das wettbewerbliche Problem zu lösen, d. h. im Ergebnis den Wettbewerb zu fördern.

c. Praxis

Unter dem alten Regime vor 2002 hatte es bereits eine Reihe von *references* an die Monopolies and Mergers Commission gegeben, die auch in dem einen oder anderen Fall zu einer Entflechtungsmaßnahme geführt haben.⁸⁹ Bekannt ge-

89 Verfahren »Roadside Advertising«, siehe hierzu Monopolies and Mergers Commission Report on the Supply in the United Kingdom of Roadside Advertising Services, MMC – HC (1980–81) 365; hier ging es freilich um die Auflösung eines den Wettbewerb beschränkenden Gemeinschaftsunternehmens. Verfahren »British Gas«, siehe hierzu Bericht vom 17.8.1993, Gas: Volume 1 of reports under the Fair Trading Act 1973 on the supply within Great Britain of gas [...], Cm 2314, abrufbar unter: www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1993/334gas.htm#full; dazu auch Volz, Das Unbundling in der britischen und deutschen Energiewirtschaft (2006), S. 47 ff. Hier hatte die MMC eine eigentums-

worden ist vor allem der Fall *Britisches Bier*, aus dem Jahre 1989:⁹⁰ Der britische Biermarkt war um diese Zeit hochkonzentriert, bestehend aus einem Oligopol von sechs Brauereien, die etwa 75 % aller pubs in ihrem Eigentum hatten und für diese den Marktzutritt für neue Wettbewerber versperrten. Die Brauereien wurden in dem Entflechtungsverfahren dazu verpflichtet, sich von ca. 14.000 pubs (17 % aller pubs) zu trennen. Der wettbewerbliche Erfolg dieser Entflechtung wird jedoch bezweifelt, weil auf der *retail*-Ebene große Pub-Ketten entstanden und deshalb die Preise nicht nachgegeben haben.⁹¹

Das OFT hat in den Jahren zwischen 2003 und 2008 acht *market investigation references* an die Competition Commission gerichtet,⁹² von denen die Sache *British Airports* von 2009 als ein Fall objektiver Entflechtung einige Bekanntheit erlangt hat:⁹³ Das ehemalige Staatsunternehmen *British Airports Authority (BAA)* wurde 1986 privatisiert und sollte 2006 von einem Konsortium unter der Führung des spanischen Unternehmens Ferrovial übernommen werden. Die BAA als Flughafenbetreiber betrieb sieben Flughäfen in Großbritannien, darunter vier Flughäfen in Südostengland, auf die ca. 90 % des Flugpassagieraufkommens entfielen. In ihrer Marktuntersuchung stellte die Competition Commission eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zu Lasten der Verbraucher fest, die vor allem auf der gemeinsamen Eigentümerstellung der BAA beruhten, und die noch durch die Flughafenregulierung verstärkt wurde. Die Competition Commission sah im lange Zeit verzögerten Ausbau des Flughafens Heathrow (dritte Startbahn) wie auch in der fehlenden Flexibilität bei der Errichtung neuer Terminals (gemeinsam mit Fluglinien) eine Folge fehlenden Wettbewerbs. Die Competition Commission ordnete daher eine Entflechtung in Form eines Verkaufs der Flughäfen London-Gatwick und London-Stansted an – eine Entscheidung, die später durch das Competition Appeal Tribunal aufgehoben wurde, jedoch allein wegen eines Fehlers im Verfahren.⁹⁴

rechtliche Entflechtung vorgeschlagen; angeordnet wurde dann ein rechtliches und ein management unbundling.

90 Siehe Monopolies and Mergers Commission, *The Supply of Beer. A report on the supply of beer for retail sale in the United Kingdom*, März 1989, abrufbar unter: http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf.

Auf diesen Bericht hin wurden die sog. Beer Orders erlassen, *The Supply of Beer (Tied Estate) Order 1989 (SI No 2390)* und *The Supply of Beer (Loan Ties, Licensed Premises and Wholesale Prices) Order 1989 (SI No 2258)*.

91 Bundeskartellamt, *Entflechtung als Instrument des Kartellrechts – Hintergrundpapier* (2010) S. 15.

92 *Wish* (Fn. 79), S. 464.

93 Siehe Bericht unter http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2009/fulltext/545.pdf.

94 <http://www.catribunal.org.uk/238-5051/Judgment.html>.

IV. Zusammenfassung

Unsere Untersuchung führt zu den folgenden Ergebnissen:

- (1) US-amerikanisches, englisches, europäisches und deutsches Fusionskontrollrecht kennen eine Entflechtungsbefugnis, wobei diese für England von besonderer Bedeutung ist, weil Zusammenschlüsse nicht angemeldet werden müssen. Die Rechtsordnungen differieren nur in den verfahrensrechtlichen Details.
- (2) US-amerikanisches, europäisches, deutsches und englisches Wettbewerbsrecht kennen eine Entflechtung als Folge einer unzulässigen Absprache (*combination*), etwa bei Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens als gemeinsamer Verkaufsstelle.
- (3) US-amerikanisches, europäisches und wohl auch deutsches Wettbewerbsrecht kennen *structural relief* als Reaktion auf ein wettbewerbswidriges Verhalten eines oder mehrerer marktbeherrschender Unternehmen, gebunden freilich an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wonach verhaltensbedingte Vorgaben Vorrang haben. Das englische Recht sieht verhaltensbedingte Anordnungen als Normalfall an.
- (4) US-amerikanisches, europäisches und deutsches Wettbewerbsrecht kennen (bisher) *keine objektive Entflechtung*. Freilich kann über den Weg eines *consent decree* oder über eine Verpflichtungszusage nach Art. 9 VO 1/2003 *de facto* bei einem nicht nachgewiesenen wettbewerbswidrigen Verhalten eine Entflechtung erreicht werden. Das englische Recht kennt hingegen das – in den USA in den Sechziger und Siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts viel diskutierte – Instrument der objektiven Entflechtung, um eine wettbewerbsschädliche Marktstruktur zu verbessern. Dieser Weg ist in der Vergangenheit auch bereits mehrfach beschritten worden. Ob allerdings die objektive Entflechtung aufgrund mitgliedstaatlichen Wettbewerbsrechts mit den Wertungen des europäischen Rechts und hier insbesondere mit Art. 102 AEUV vereinbar ist, steht auf einem anderen Blatt.⁹⁵

⁹⁵ Dazu einige Diskussionsansätze bei *Wish* (Fn. 79), S. 455, und *Verf.* (Fn. 8).

Unternehmensentflechtung außerhalb der Fusionskontrolle – nach geltendem und zukünftigem Recht

Als im Jahre 2006 der damalige hessische Wirtschaftsminister Alois Rhiel vorschlug, in das GWB eine spezielle Entflechtungsregelung einzufügen, hatte er in erster Linie die Energiewirtschaft im Blick¹. Die FDP hat in den Koalitionsvertrag eine entsprechende Forderung hineinverhandelt, und der Bundeswirtschaftsminister hat sehr schnell nach Eintritt der FDP in die Bundesregierung mit einem Referentenentwurf reagiert. Der hier zu debattierende Gesetzesentwurf² geht deutlich über die hessische Initiative hinaus und wirft eine Reihe ordnungspolitischer, wettbewerbsrechtlicher, verfassungsrechtlicher, europarechtlicher und völkerrechtlicher Fragestellungen auf, nicht mehr und nicht weniger.

I. Der Gesetzentwurf enthält im Wesentlichen zwei neue Regelungen. Die erste Regelung ist wenig spektakulär. Insoweit soll § 32 GWB, welcher die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörde bei Verstößen gegen kartellrechtliche Bestimmungen regelt, neu gefasst werden³. Die Neuregelung ist deshalb wenig spektakulär, weil sie lediglich Art. 7 Abs. 1 S. 3 der VO 1/2003⁴ nachzeichnet, eine der ganz wenigen Bestimmungen, welche im Rahmen der 7. GWB-Novelle im Jahr 2005 und der mit ihr verfolgten Anpassung des deutschen an das europäische Kartellrecht nicht übernommen worden waren. Sie knüpft an die Feststellung des missbräuchlichen Verhaltens eines marktbeherrschenden Un-

1 Siehe u. a. Financial Times Deutschland vom 4. 10. 2006; im Jahr 2008 brachte das Land Hessen schließlich einen Gesetzesentwurf in den Bundesrat ein, BR-Drs. 76/08 v. 29. 1. 2008.

2 *Gesetz zur Einführung einer Entflechtungsbefugnis und eines Stellungnahmerechts des Bundeskartellamts in Gesetzgebungsverfahren*, Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, Stand: 5. 5. 2010.

3 § 32 Abs. 2 S. 2 GWB-RefE lautet: »Abhilfemaßnahmen struktureller Art können nur in Ermangelung einer verhaltensorientierten Abhilfemaßnahme von gleicher Wirksamkeit festgelegt werden, oder wenn letztere im Vergleich zu Abhilfemaßnahmen struktureller Art mit einer größeren Belastung für die beteiligten Unternehmen verbunden wäre.«

4 Verordnung (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16. 12. 2002 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln.

ternehmens unter engen Voraussetzungen als Rechtsfolge das Recht der Kommission, strukturelle Maßnahmen zu treffen, um dauerhaft den Wettbewerb in dem betreffenden Markt zu sichern. Diese Regelung war bei ihrer Verabschiedung im Rahmen der VO 1/2003 sehr umstritten und ist nicht zuletzt auf Grund der Interventionen der Bundesregierung in dem Sinne entschärft worden, dass die Ermächtigung »nur in Ermangelung von verhaltensorientierten Abhilfemaßnahmen von gleicher Wirksamkeit« gilt, also als *ultima ratio*. Nach Verabschiedung der 7. GWB-Novelle war durchaus umstritten, ob nicht schon der weite Wortlaut des § 32 Abs. 2 – wonach die Kartellbehörde den Unternehmen »alle Maßnahmen aufgeben« darf – eine Ermächtigung für strukturelle Maßnahmen enthielt. Hierbei war im Ausgangspunkt weitgehend unbestritten, dass bei kooperativen, wettbewerbsbeschränkenden Gemeinschaftsunternehmen die Kartellbehörde auch die Auflösung des Gemeinschaftsunternehmens anordnen durfte, der Kartellbehörde mithin das Recht zustand, in diesem begrenzten Umfang auch strukturelle Maßnahmen zu treffen. Dies hat der BGH in der Entscheidung »Xella«⁵ ohne Weiteres bejaht. Dies ist im Ansatz richtig, da ein Gemeinschaftsunternehmen, welches gegen § 1 GWB verstößt, schon von Gesetzes wegen unwirksam und daher aufzulösen ist. Keineswegs eindeutig und bisher auch nicht entschieden ist, ob § 32 GWB in der derzeitigen Fassung die Anordnung struktureller Maßnahmen durch die Kartellbehörde auch dann zulässt, wenn derartige Maßnahmen nach Auffassung der Kartellbehörde erforderlich sind, um die strukturellen Marktbedingungen, auf Grund derer es zu einem kartellrechtswidrigen Verhalten kommt, zu verändern. Im Wesentlichen geht es hier um missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen, wenn nach Überzeugung der Kartellbehörde die strukturellen Marktverhältnisse so gestaltet sind, dass durch eine bloße Untersagung des kartellrechtswidrigen Verhaltens die Ursache für dieses Verhalten nicht beseitigt wird; also strukturell eine Situation besteht, in der das marktbeherrschende Unternehmen auch zukünftig gegen das Missbrauchsverbot verstoßen wird. Die Gesetzesbegründung zu § 32 GWB (7. GWB-Novelle) wies insoweit darauf hin, dass die auf Grund des Verweises auf »alle« Maßnahmen »offene Formulierung des § 32« Eingriffe in die Unternehmenssubstanz nicht grundsätzlich ausschließe, sofern sie verhältnismäßig seien⁶ – was im deutschen Recht eine Selbstverständlichkeit darstellt. Umso mehr verwundert es, warum der Gesetzgeber letzten Endes keine dem Art. 7 VO 1/2003 vergleichbare Regelung verabschiedet hat, wenn er denn tatsächlich eine derartige Kompetenzerweiterung der Behörden gewünscht hatte. Indem eine Angleichung an die EU-Rechtslage bewusst unterlassen worden war, scheint die Ergreifung struktureller Maßnahmen

5 Vgl. WuW/E DE-R 2361, Nord-KS/Xella.

6 BT-Drs. 15/2640, S. 33.

grundsätzlich unzulässig zu sein. Dafür spricht überdies die Systematik des GWB. Im Kontext der Fusionskontrolle verbietet § 40 Absatz 3 Satz 2 GWB, den beteiligten Unternehmen eine laufende Verhaltenskontrolle aufzuerlegen. Wenn demnach im Rahmen der Strukturkontrolle derartige Verhaltensgebote untersagt sind, kann – im Gegensatz – im Rahmen der Verhaltenskontrolle eine Unternehmensentflechtung schlechterdings nicht erlaubt sein⁷. Zudem ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in § 32 Absatz 2 GWB zu berücksichtigen. Unternehmenszerschlagungen stellen äußerst gravierende Eingriffe dar, die über das Ziel, Zuwiderhandlungen zu beenden, in aller Regel deutlich hinauschießen dürften. Diese maßvolle Betrachtungsweise wird schließlich den Vorgaben des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebotes gerecht.

II. Wesentlich weiter geht demgegenüber eine neu in das Gesetz einzufügende Vorschrift § 41a. Hiernach kann das Bundeskartellamt anordnen, dass marktbeherrschende Unternehmen Teile ihres Unternehmens veräußern oder auf andere Weise verselbständigen müssen (Abs. 1 S. 1). In diesem Zusammenhang ist auf einige ordnungspolitische, wettbewerbsrechtliche, europarechtliche, verfassungsrechtliche und völkerrechtliche Aspekte einzugehen.

1. Für eine ordnungspolitische Einordnung des Entwurfs ist es hilfreich, nochmals kurz die ordnungspolitische Struktur des derzeitigen Kartellrechts zu rekapitulieren. Das Kartellverbot des § 1 GWB rechtfertigt sich ordnungspolitisch wegen des mit dem Verstoß verbundenen Eingriffs in die Freiheit des Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren. Wo Absprachen oder abgestimmtes Verhalten an die Stelle der Unsicherheit des Wettbewerbsprozesses treten, ist ordnungspolitisch in einer freien Marktwirtschaft ein Verbot nicht nur gerechtfertigt, sondern geboten. Das Missbrauchsverbot in § 19 GWB begründet sich ordnungspolitisch in der marktmachtbedingten Behinderung von Wettbewerbern oder der Ausbeutung der Marktgegenseite. Märkte mit marktmächtigen Anbietern und hieraus folgendem unvollkommenen Wettbewerb haben eine Tendenz dazu, von dritten Unternehmen angegriffen zu werden. Die wettbewerbliche Idealvorstellung geht daher davon aus, dass marktbeherrschende Stellungen stets nur auf Zeit bestehen können. Der marktbeherrschende Marktteilnehmer wird hingegen bemüht sein, derartige Angriffe abzuwehren. Solange dies mit wettbewerbskonformen Mitteln geschieht (z. B. Absenkung der Preise durch Verzicht auf Marge), ist dies aus wettbewerblicher Sicht nicht zu beanstanden, sondern zeigt, dass die Marktgegenkräfte funktionieren. Wettbewerbslich und damit ordnungspolitisch unerwünschte Ergebnisse treten jedoch dann zum Vorschein, wenn das marktbeherrschende Unternehmen seine Marktmacht

⁷ Vgl. auch *Bechtold*, GWB, Kommentar, 6. Auflage 2010, § 32, Rn 17.

zielgerichtet einsetzt, um Dritte am Markteintritt zu hindern oder er seine Marktmachtstellung zu Lasten seiner Nachfrager ausnutzen kann, ohne dass andere Marktteilnehmer in der Lage wären, durch entsprechenden Vorstoß diese Verhaltensspielräume einzuschränken⁸. In all diesen Fallgestaltungen ist aber Anknüpfungspunkt für die ordnungspolitische Rechtfertigung eines entsprechenden Verbots nicht das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung, sondern ein Verhalten, welches unter Wettbewerbsbedingungen dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht möglich wäre. Die Fusionskontrolle als dritte Säule des Kartellrechts war ordnungspolitisch in ihren Anfängen äußerst umstritten, aber es hat sich letztlich die Auffassung durchgesetzt, dass es ordnungspolitisch unbefriedigend ist, unbeschränkt externes Wachstum zuzulassen, um sodann nach Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung nur mit den Mitteln der Missbrauchsaufsicht die Ausübung der Marktmacht kontrollieren zu können⁹.

Der vorliegende Gesetzentwurf betritt ordnungspolitisches Neuland. Ordnungspolitisches Neuland deshalb, weil internes Unternehmenswachstum fundamentaler Ausdruck wettbewerblicher Handlungsfreiheit und Ziel unternehmerischen Handelns ist, sodass das Ergebnis internen Unternehmenswachstums per se nicht wettbewerbsschädlich sein kann. Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten zu dem Gesetzentwurf sehr ausführlich dargestellt, welche Fehlanreize gesetzt werden können, sofern ein Unternehmen als Folge erfolgreichen internen Unternehmenswachstums Gefahr läuft, dass eine Behörde ein Entflechtungsverfahren selbst dann betreibt, wenn es seine so erlangte Marktstellung nicht missbräuchlich zu Lasten anderer Marktteilnehmer ausnutzt¹⁰. Die Monopolkommission hat als negative, mögliche Vorfeldwirkungen insbesondere den Verlust von Größen- und Verbundvorteilen identifiziert sowie den Verlust von Investitions- und Innovationsanreizen. Warum sollte ein Unternehmen, das auf der Schwelle zur Marktbeherrschung steht, weiter investieren oder neue Produkte entwickeln, wenn als »Lohn« die Einleitung eines Entflechtungsverfahrens droht? Hierbei kann schon allein die durch das Gesetz ausgelöste Drohung mit einer Entflechtung ausreichen, Unternehmen von Investitionen oder Innovationen abzuhalten, um hinreichenden Abstand zu den Eingriffsvoraussetzungen einer solchen Entflechtungsvorschrift zu halten.

8 Siehe *Emmerich*, Kartellrecht, 11. Auflage 2008, § 27, Rn. 8.

9 Übersicht zur Entstehungsgeschichte: *Richter* in: Wiedemann, Kartellrecht, 2. Auflage 2008, § 18, Rn. 3 ff.

10 Monopolkommission, Sondergutachten 58, »Gestaltungsoptionen und Leistungsgrenzen einer kartellrechtlichen Unternehmensentflechtung«, Rn. 48 ff.

2. Ebenso zwiespältig fällt die wettbewerbsrechtlich systematische Beurteilung der neuen Bestimmung aus. Kartellverbot, Missbrauchsverbot und Fusionsverbot folgen einer mehr oder weniger einheitlichen Systematik: Das Gesetz regelt ein Verbot und verbindet einen Verstoß gegen dieses Verbot mit bestimmten Rechtsfolgen. Kartellabsprachen sind verboten (§ 1 GWB), und der Verstoß löst als Rechtsfolge behördliches Einschreiten, Schadensersatzansprüche und Bußgeldsanktionen aus. Missbräuchliches Verhalten durch marktbeherrschende Unternehmen ist verboten (§ 19, 20 GWB); auch hier sanktioniert das Gesetz Verstöße durch behördliches Verbot, Schadensersatzansprüche und Bußgeld¹¹. Bei der Fusionskontrolle beruht das Verbot, ein anderes Unternehmen zu erwerben, nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern auf einer Verfügung der Kartellbehörde nach § 40 GWB, wobei § 36 GWB die Voraussetzungen für eine Untersagung vorgibt: nämlich die Entstehung oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung. Hier besteht die Wettbewerbsbeschränkung in der Fusion¹².

Die Neuregelung zur Entflechtung betritt im Vergleich zu dem bestehenden System in rechtssystematischer Hinsicht Neuland¹³. Das Gesetz enthält kein Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu begründen, solange dies auf internem Unternehmenswachstum beruht; das Gegenteil ist der Fall: Wenn das Gesetz den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung verbietet, erkennt es grundsätzlich die Zulässigkeit der Begründung einer solchen Marktstellung an. Der Gesetzentwurf enthält aber kein ausdrückliches gesetzliches oder behördliches Verbot, eine marktbeherrschende Stellung zu behalten, sondern enthält nur eine Befugnis der Kartellbehörde zur Entflechtung. Dies ist kartellrechtssystematisches Neuland.

In systematischer Hinsicht bleibt darüber hinaus das Verhältnis zur nationalen Fusionskontrolle problematisch. Bekanntlich kann eine marktbeherrschende Stellung durch internes oder externes Unternehmenswachstum entstehen. Externes Unternehmenswachstum kann nur dann zur Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung führen, wenn zuvor die Kartellbehörde den Zusammenschluss freigegeben hat. Die Freigabe setzt wiederum voraus, dass die Kartellbehörde auf Grund einer Untersuchung des Marktes zu dem Ergebnis gekommen ist, dass durch den Zusammenschluss gemäß § 36 Abs. 1 GWB weder eine marktbeherrschende Stellung entsteht noch verstärkt wird. Diese Entscheidung setzt eine Prognose über die Marktentwicklung voraus¹⁴, welche sich

11 § 81 Abs. 2 Nr. 1 GWB sanktioniert Kartellverstöße, Missbräuche und Diskriminierungen als bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten.

12 Siehe Ordnungswidrigkeiten im Rahmen der Fusionskontrolle in § 81 Abs. 2 Nr. 2b), 3, 4, 5 GWB.

13 Siehe auch *Satzky*, WuW 2010, 618.

14 Vgl. u. a. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18. 10. 2006, Az. VI-Kart 2/05 (V), Rn. 63 in: *Juris*,

in der Praxis des Amtes – je nach Markt – auf einen Zeitraum von drei bis fünf Jahren erstreckt¹⁵. Eine Entflechtungsanordnung beinhaltet somit jedenfalls in Fällen, denen externes Unternehmenswachstum vorausgegangen ist, gleichzeitig die Feststellung, dass die Kartellbehörde in der vorangegangenen Entscheidung zu einer unzutreffenden Einschätzung gelangt ist. Mit der Ermächtigung zum Erlass einer Entflechtungsanordnung wird somit der Kartellbehörde die Möglichkeit eingeräumt, nachträglich Fehlentscheidungen im Bereich der Fusionskontrolle zu korrigieren¹⁶. Unabhängig davon, dass eine Verwaltungsbehörde nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 48, 49 VwVfG berechtigt ist, erlassene Bescheide aufzuheben und das GWB eine Aufhebung der Freigabeentscheidung nur unter engen Voraussetzungen zulässt, folgt aus der Ermächtigung zur Entflechtung eine tiefgreifende Veränderung der Fusionskontrollvorschriften, da der bisher geltende Grundsatz der abschließenden Prüfung externen Unternehmenswachstums zugunsten einer Ermächtigung zur nachträglichen Entflechtung aufgeweicht wird, wenn sich die ursprüngliche Entscheidung als falsch herausstellen sollte. Faktisch bedeutet dies eine zeitlich befristete Freigabe. Dies wiederum hat aber ganz grundlegende Auswirkungen auf den Markt für den Kauf und Verkauf von Unternehmen bzw. Unternehmensbeteiligungen. Jeder Käufer eines Unternehmens muss im Rahmen seiner Kaufvertragsverhandlungen nunmehr auch berücksichtigen, dass der Zusammenschluss trotz Freigabe durch die Kartellbehörde nachträglich wieder entflochten werden kann. Vor dieser Konsequenz kann die zeitliche Beschränkung des § 41a Abs. 2 S. 4 GWB-RefE, wonach bei Zusammenschlüssen, welche bis zu fünf Jahre vor Zustellung der Entflechtungsanordnung vollzogen worden sind, eine Entflechtungsanordnung nicht ergehen darf, nur sehr eingeschränkt schützen. Selbst eine bestandskräftige Ministererlaubnis soll hiernach dem Zugriff durch die Kartellbehörde nicht entzogen sein, obwohl sie begriffsnotwendigerweise das Entstehen oder die Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung voraussetzt, womit die Ministererlaubnis per definitionem die Gefahr der Einleitung eines Entflechtungsverfahrens nach Ablauf von fünf Jahren in sich trägt.

3. Eine Analyse der Tatbestandsvoraussetzungen führt zu keinen für die Bewertung des Gesetzentwurfs günstigeren Ergebnissen. Die neue Vorschrift enthält in ihren fünf Absätzen eine Vielzahl von Voraussetzungen, von denen hier nur einige beleuchtet werden sollen.

wonach für die Entstehung bzw. Verstärkung der marktbeherrschenden Stellung nicht auf den Zeitpunkt des Zusammenschlusses abzustellen ist.; *Immenga/Mestmäcker*, GWB, 4. Auflage 2007, § 36, Rn. 133 f.

15 Statt aller: BKartA, Beschluss v. 08.06.2006, Az. B 4–28/06, Rn. 130 in: *Juris*.

16 Der Entwurf trägt diesem Umstand lediglich mit einem zeitlich begrenzten Eingriffsverbot in § 41a Abs. 2 S. 3 GWB-RefE Rechnung.

a) Grundvoraussetzung für eine Entflechtungsanordnung ist gemäß § 41a Abs. 1 S. 1 GWB-RefE das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung. Hierbei kann in erster Linie auf die Kriterien des § 19 Abs. 2 GWB zurückgegriffen werden. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass Normadressat nicht nur ein Unternehmen sein soll, welches über eine Alleinmarktbeherrschung verfügt, sondern auch Unternehmen, welche Mitglied eines Oligopols sind¹⁷. Hiermit verbindet sich die Frage, ob sich im Falle eines Oligopols ein Entflechtungsverfahren stets und notwendigerweise gegen beide Unternehmen gleichzeitig und gleichmäßig richten muss oder ob die Kartellbehörde unter dem Gesichtspunkt des Auswahlermessens das Verfahren auch nur gegen ein einzelnes Mitglied des marktbeherrschenden Oligopols betreiben darf. Da die Ausübung des Auswahlermessens ihrerseits unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit sowie des Gleichheitsgrundsatzes steht, wird man im Ergebnis eine Entflechtungsanordnung, welche sich ausschließlich an ein Duopolmitglied wendet, allenfalls in Ausnahmesituationen für zulässig halten dürfen¹⁸. Einen Anspruch auf gleichmäßige Behandlung aller Oligopolmitglieder kann es aber wohl schon deswegen nicht geben, da sich an der inneren Struktur des Oligopols nichts Wesentliches ändert, wenn sich die Entflechtungsanordnung gleichmäßig gegen alle Oligopolmitglieder richtet und daher möglicherweise nicht die notwendigen Voraussetzungen für ein Wiederaufleben des Wettbewerbs im Oligopol geschaffen werden.

b) Die Entflechtungsanordnung soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf Märkten ergehen dürfen, welche eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben. Die im Entwurf verankerte Definition dieses Begriffs ist nicht dazu angetan, die Reichweite des Entflechtungsrechts abschließend zu regeln, wie sich aus dem Wortlaut »insbesondere« ergibt¹⁹. Insofern stellt auch die Begründung zu dem Referentenentwurf²⁰ klar, dass die Benennung einzelner Wirtschaftszweige ausscheidet, da insoweit der Bezug zum Markt nicht gegeben sei. Ausweislich der Begründung sind Märkte gemeint, bei denen die Beseitigung der Marktbeherrschung und damit die Wirkungen eines funktionierenden Wettbewerbs mit gesamtwirtschaftlichen Vorteilen verbunden ist. Im »Regelfall« wird es sich – so die Begründung weiter – um bundesweite Märkte handeln, was wiederum nicht

17 Begründung zum Referentenentwurf, S. 11 f. (Stand: 08.01.2010).

18 Laut Begründung, S. 12, soll das Herausgreifen einzelner Unternehmen bzw. eine unterschiedliche Eingriffsintensität grundsätzlich zulässig sein.

19 § 41a Abs. 1 S. 2 GWB-RefE: »Gesamtwirtschaftliche Bedeutung können insbesondere Infrastrukturnetzen vor- und nachgelagerte Märkte im Sinne des Abs. 2 Satz 2 haben sowie Märkte, die unmittelbar oder mittelbar der Versorgung mit wichtigen Gütern oder Dienstleistungen dienen.«

20 Siehe S. 12 f.

ausschließt, dass auch lokale Märkte betroffen sein können. Wenn darüber hinaus die Gesetzesbegründung darauf hinweist, dass »grundsätzlich« das Interesse sowohl der Allgemeinheit als auch der einzelnen Teilnehmer an funktionierendem Wettbewerb »auf allen Märkten« bestehe, so wäre letztlich kein Markt vor der neuen Eingriffsbefugnis der Kartellbehörde sicher.

Es gibt einige Wirtschaftszweige, bei denen sich möglicherweise sogar aufdrängt, dass es sich um Märkte von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung handelt. Erster Beispielsmarkt ist der Zeitungsmarkt. Bekanntlich sind die Zeitungsmärkte häufig regional durch Monopolzeitungen oder durch einen marktanteilmäßig großen Abstand zwischen Erst- und Zweitzeitung gekennzeichnet. Könnte der Verleger der Erstzeitung oder der Monopolzeitung verpflichtet werden, sein Unternehmen in der Weise zu entflechten, dass ein Teil der Auflage auf ein neu zu gründendes Unternehmen, welches sodann meistbietend verkauft wird, übertragen wird? Es lässt sich kaum in Abrede stellen, dass es sich bei den Zeitungsmärkten um Märkte von »gesamtwirtschaftlicher Bedeutung« handelt, selbst wenn im Einzelfall der Markt regional abzugrenzen ist. Zweiter Beispielsfall ist der Fernsehmarkt. Im Anschluss an die Entscheidung »Axel Springer/Pro7/SAT1«²¹ könnte sich die Frage stellen, ob das zwischen Pro7/SAT1 und der RTL-Gruppe bestehende Duopol zwangsweise entflochten werden könnte. Angesichts der Größe des Marktes und der Bedeutung des Werbemarktes für den Absatz von dritten Produkten und Dienstleistungen dürfte auch insoweit kaum zweifelhaft sein, dass es sich um einen Markt von gesamtwirtschaftlicher Bedeutung handelt. Drittes und letztes Beispiel könnte das Bankengewerbe sein. Wenn »systemische« Banken nicht mehr insolvent werden können, stellt sich sehr schnell die Frage, ob diese Banken nicht per se über einen nicht mehr vom Wettbewerb hinreichend kontrollierten Verhaltensspielraum, also über eine marktbeherrschende Stellung verfügen, da die üblichen Sanktionsmechanismen des Marktes im Falle eines wettbewerblichen Fehlverhaltens, nämlich Insolvenz, versagen. Renommiertere amerikanische Wirtschaftswissenschaftler wie Stiglitz, Volcker oder Roubini haben in Folge der Finanzkrise eine Entflechtung großer Finanzinstitutionen gefordert. Die USA haben daraufhin im »Wallstreet Reform and Consumer Protection Act 2009« eine Entflechtungsermächtigung für Banken gesetzlich festgeschrieben²². Die Kartellbehörde könnte durch die neue Vorschrift animiert werden, ihre Eingriffsbefugnis an einer derartigen »systemischen« Großbank auszuprobieren. Diese Beispielsfälle, welche sich auf der Grundlage der jüngeren Tätigkeitsbe-

21 BKartA, Beschluss vom 19.1.2006, Az. B 6 103/05.

22 Siehe hierzu: Zimmer/Rengier: »Entflechtung, Fusionskontrolle oder Sonderregulierung für systemrelevante Banken? Ansätze zur Lösung des »Too-big-to-fail-Problems«, ZWeR 2010, 105 ff. (insbesondere 111 ff.).

richte des Bundeskartellamtes nahezu beliebig erweitern ließen, verdeutlichen eines: Den Parade Kandidaten für die Entflechtung gibt es nicht²³. Die Vorfeldwirkung und das Drohpotential der Kartellbehörde ist nichtsdestotrotz beachtlich.

c) Gleichzeitig wird mit § 41 Abs. 2 GWB-RefE des Entwurfs eine große Zahl von Märkten, welche für eine Entflechtung prädestiniert scheinen, von dem Anwendungsbereich der neuen Vorschrift ausgenommen. Hierunter fallen

- Märkte, in denen der Wettbewerb gesetzlich ausgeschlossen oder beschränkt ist (S. 1);
 - Märkte, in denen für die zu entflechtenden Vermögensteile ausdrückliche wettbewerbsspezifische Regulierungen gelten (S. 1);
 - i. Betreiber von Infrastrukturnetzen, die wegen ihrer natürlichen Monopoleigenschaft einer sektorspezifischen Regulierung unterliegen; wobei sich dieser Ausschlussbestand nur auf den Infrastrukturmarkt selbst bezieht, nicht aber auf die den Netzen vor- und nachgelagerten Märkte (S. 2);
 - ii. Märkte, bei denen die Entflechtungsanordnung die Erfüllung besonderer Aufgaben, die den marktbeherrschenden Unternehmen gesetzlich übertragen sind, verhindern würde (S. 3) und
 - iii. die Ausnahme für solche Vermögensübertragungen, welche in den letzten fünf Jahren vor der Zustellung der Entflechtungsanordnung im Rahmen der Fusionskontrolle freigegeben worden sind (S. 4).
- Es scheint so, dass der Gesetzgeber mit diesen weitgehenden Einschränkungen des Anwendungsbereichs die Kartellbehörde daran hindern möchte, das Instrumentarium der Entflechtungsanordnung zumindest auf den Märkten anzuwenden, bei dem der Gesetzgeber aus übergeordneten Gründen einen derartigen Wettbewerb nicht wünscht, z. B. ÖPNV, gesetzliche Krankenkassen, öffentliche Unternehmen im Bereich der Entsorgung, Bahn, Post, Telekommunikation etc.

4. Auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten wirft der Entwurf einige Fragen auf. Nach dem Wortlaut des Entwurfs sollen Unternehmen für den Fall, dass das Objekt der Entflechtung zu dem von einem Gutachter festgestellten Wert nicht veräußert werden kann, verpflichtet sein, einen Verkauf zur Hälfte des durch den Gutachter festgestellten Wertes hinzunehmen (§ 41a Abs. 5 S. 3

²³ Satzky, WuW 2010, 619 vertritt dazu die Ansicht, dass der Gesetzgeber zunächst überhaupt einen zwingenden Regelungsbedarf anhand konkreter Anwendungsfälle feststellen sollte.

GWB-RefE). Die Monopolkommission hat die eigentumsrechtliche Problematik einer derartigen Zwangsveräußerung erkannt und schlägt daher vor, dass im Falle einer Veräußerung zur Hälfte des festgestellten Wertes die andere Hälfte vom Staat erstattet wird²⁴. Mit dieser Regelung werden die Probleme nach Art. 14 GG zwar nicht endgültig gelöst, die Folgen für die betroffenen Unternehmen aber deutlich abgeschwächt. Hierbei ist aber zusätzlich zu berücksichtigen, dass der Wert eines Unternehmensteils auch in der Erzielung entsprechender Synergien für den Gesamtverbund besteht, welche entfallen, wenn das Unternehmen zwangsweise entflochten wird. Insoweit geht also die Stellungnahme der Monopolkommission nicht weit genug, da die enteignende Wirkung einer Entflechtungsanordnung über den bloßen Wert des Vermögensteils hinaus geht²⁵.

5. In europarechtlicher Hinsicht ist die Frage des Verhältnisses einer Freigabeentscheidung durch die EU-Kommission nach der Fusionskontrollverordnung (FKVO)²⁶ zu der Entflechtungsanordnung ungeklärt. Der Entwurf behilft sich mit einer Frist von fünf Jahren nach Erlass der entsprechenden Freigabeentscheidung, innerhalb derer eine Entflechtungsanordnung nicht ergehen darf²⁷. Aber trotz dieser Frist bleibt zu untersuchen, ob eine Entflechtungsanordnung nach neuem Recht mit der Freigabeentscheidung der Kommission vereinbar wäre. Hier soll die Fallkonstellation zu Grunde gelegt werden, in welcher die Bewertung eines Zusammenschlussvorhabens im Zeitpunkt der Freigabe durch die EU-Kommission von der Bewertung durch das Bundeskartellamt nicht abweicht, mithin beide Behörden zu dem Ergebnis gelangt sind, dass als Folge des Zusammenschlusses eine marktbeherrschende Stellung nicht entsteht. Stellt sich nach mehreren Jahren heraus, dass diese Einschätzung unzutreffend war, inzwischen also eine marktbeherrschende Stellung entstanden ist, könnte sich die Kartellbehörde die Frage der Einleitung eines Entflechtungsverfahrens stellen. Bei der Freigabeentscheidung handelt es sich aber um eine positive Entscheidung der europäischen Behörde, welcher Vorrang vor nationalen Entscheidungen eingeräumt ist²⁸. Hiernach ist eine nationale Behörde gehindert, nationales Recht in einer Weise auf den selben Sachverhalt anzuwenden, dass

24 Sondergutachten 58, Rn. 61, 101.

25 Siehe zu der Enteignungsproblematik: *Becker*, ZRP 2010, 106 ff., wonach die Regelung insbesondere mangels einer vom Gesetzgeber selbst verantworteten Entschädigung nicht den Anforderungen der Junktim-Klausel des Art. 14 Abs. 3 S. 2 GG gerecht werde.

26 Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates v. 20.01.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen.

27 Siehe oben S. 75.

28 Das ergibt sich schon ausdrücklich aus Art. 21 Abs. 3 Uabs. 1 FKVO: »Die Mitgliedstaaten wenden ihr innerstaatliches Wettbewerbsrecht nicht auf Zusammenschlüsse von gemeinschaftsweiter Bedeutung an.«

hierdurch die Entscheidung der europäischen Behörde rechtlich oder faktisch außer Kraft gesetzt wird. Die nationale Behörde darf keine Maßnahme treffen, welche in Widerspruch zu der Freigabeentscheidung der Kommission steht. Besonders offensichtlich wird der Widerspruch zu europäischem Recht in der recht häufig vorkommenden Fallkonstellation, in der die fusionskontrollrechtliche Bewertung eines Zusammenschlusses von der Bewertung durch das Bundeskartellamt abweicht, das Bundeskartellamt folglich einen gleichen Sachverhalt untersagt hätte, während die EU-Kommission auf der Grundlage einer anderen Bewertung zu einer Freigabe gelangt ist. Wenn in dieser Situation das Bundeskartellamt gleichwohl nach fünf Jahren ein Entflechtungsverfahren einleiten würde, würde dies ganz offensichtlich gegen den Vorrang der Freigabeentscheidung verstoßen. Die Frist von fünf Jahren ist nicht geeignet, an dieser Bewertung etwas zu ändern, da auf Grund der positiven Entscheidung der EU-Kommission das derart zusammengeschlossene Unternehmen auf Dauer nicht zum Gegenstand einer Entflechtung gemacht werden darf²⁹. Entsprechend fragwürdig ist auch die in § 41a Abs. 4 S. 5 GWB-RefE vorgesehene Regelung, wonach es dem Adressaten der Entflechtung und verbundenen Unternehmen in der Regel fünf Jahre lang verboten sein soll, die Teile wieder zu erwerben oder »ihrem wettbewerblich erheblichen Einfluss zu unterwerfen«. Auch in diesem Kontext liegt ein Spannungsverhältnis zur europäischen Zusammenschlusskontrolle auf der Hand³⁰.

6. Schließlich resultiert aus dem Gesetzesvorhaben auch eine völkerrechtliche Problematik. Gemäß § 130 Abs. 2 GWB- und dies ist im Bereich der Fusionskontrolle Gegenstand intensivster Diskussionen in den achtziger Jahren gewesen – findet das GWB Anwendung auf alle Wettbewerbsbeschränkungen, die sich im Geltungsbereich des Gesetzes auswirken, auch wenn sie außerhalb des Geltungsbereichs dieses Gesetzes veranlasst werden. Es wird nicht selten der Fall sein, dass das Unternehmen, welches im Gebiet des GWB marktbeherrschend ist, seinen Hauptsitz außerhalb von Deutschland hat. Im Bereich des Kartellverbots, der Missbrauchsaufsicht, aber auch im Bereich der Fusionskontrolle sind die Voraussetzungen und völkerrechtlichen Grenzen dieses »Auswirkungsprinzips« hinlänglich geklärt³¹. Im Zusammenhang mit der neuen Vor-

29 Die Monopolkommission empfiehlt als zusätzliche Entflechtungsvoraussetzung zum Zeitablauf von fünf Jahren, dass sich die Wettbewerbsverhältnisse seit einer Freigabeentscheidung wesentlich geändert haben müssen (Sondergutachten 58, Rn. 119), was allerdings auch ein reichlich unbestimmtes Kriterium wäre.

30 Kritisch: *Bechtold*, BB 2010, 452; die Monopolkommission hingegen sieht in der Möglichkeit der Fusionsanmeldung eines entflochtenen Unternehmens bei der Kommission nur ein Problem »rein theoretischer Natur« (Sondergutachten 58, Rn. 118).

31 Siehe allgemein *Stockmann*, in: Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, GWB, Kommen-

schrift stellt sich in allererster Linie die Frage, worin bei Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung die in § 130 Abs. 2 GWB vorausgesetzte Wettbewerbsbeschränkung besteht und wie sich diese im Geltungsbereich des Gesetzes beim Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung »auswirkt«. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass – siehe oben – das Gesetz kein entsprechendes Verbot enthält und auch die Kartellbehörde kein Verbot ausspricht, welches beispielsweise dem ausländischen, marktbeherrschenden Unternehmen untersagen würde, die marktbeherrschende Stellung im Inland aufrechtzuerhalten. Die völkerrechtliche Legitimation zur Untersagung im Falle eines Zusammenschlusses leitet sich aus dem Territorialitätsprinzip ab, d.h. jeder Staat kann souverän auf seinem Territorium darüber entscheiden, welche Sachverhalte er seiner Jurisdiktion unterwirft, auch wenn diese Sachverhalte im Ausland veranlasst sind³². Notwendige Voraussetzung in völkerrechtlicher Hinsicht ist aber, dass der Sachverhalt eine wie auch immer geartete Wirkung auf dem inländischen Markt hat. Kartelle im Ausland wirken sich im Inland aus, wenn deutsche Abnehmer oder Wettbewerber in vorhersehbarer Weise betroffen sind. Dasselbe gilt für missbräuchliches Verhalten. Bei Fusionen geht die Initiative einer Fusion von den beteiligten Unternehmen aus, und der Gesetzgeber unterwirft unter bestimmten Voraussetzungen diesen Vorgang einer Kontrolle und behält sich ein Verbot für den Fall vor, dass im Inland eine marktbeherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird³³. Anknüpfungspunkt ist also hier das »Verhalten« im Sinne der Herbeiführung einer Wettbewerbsbeschränkung durch Zusammenschluss. Bei bloßem Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung und daran anknüpfender Entflechtungsanordnung liegt aber ein wie auch immer geartetes »Verhalten« weder im Ausland noch im Inland vor, welches in völkerrechtlich zulässiger Weise zum Anknüpfungspunkt eines entsprechenden Eingriffs gemacht werden könnte. Vor diesem Hintergrund steht die neue Vorschrift auch völkerrechtlich auf unsicherem Grund, ganz zu schweigen von den Schwierigkeiten der Durchsetzung der Entflechtungsanordnung im Ausland. Es kann die Prognose gewagt werden, dass gegenüber ausländischen Unternehmen die neue Vorschrift nicht zur Anwendung kommen würde³⁴.

tar, § 130, Rn. 41 ff.; speziell zur Fusionskontrolle: OLG Düsseldorf, *Phonak II*, Beschluss v. 26.11.2008, Az. VI-Kart 8/07 (V).

32 Vgl. *Herdegen*, Völkerrecht, 6. Auflage 2007, § 26, Rn 5 ff.

33 Dabei hat gleichwohl eine Abwägung mit etwaigen gegenläufigen wettbewerblichen oder wettbewerbspolitischen Interessen des Veranstalterstaates stattzufinden, (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O., Rn 36. in: juris-online).

34 *Bechtold*, BB 2010, 452, weist indes darauf hin, die Begrenzung der Anwendbarkeit der Norm werfe das Problem auf, »dass eine Schlechterstellung deutscher im Verhältnis zu ausländischen Unternehmen bei gleicher Marktauswirkung nicht zulässig erscheint.«

III. Zusammengefasst ist die geplante Vorschrift

- ordnungspolitisch fragwürdig;
- ein Fremdkörper im auf Verbote aufbauenden Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen;
- mit dem Unionsrecht nicht vereinbar, sofern eine Freigabeentscheidung der Kommission vorliegt;
- verfassungsrechtlich zweifelhaft;
- völkerrechtlich bei Unternehmen mit Sitz im Ausland mangels eines verbotenen Verhaltens nicht anwendbar, sodass sich die neue Vorschrift als Fall einer umgekehrten Diskriminierung darstellt.

