

Markus C. Kerber

# Mehr Wettbewerb durch Entflechtung?

*Die Preissteigerungen auf den Strom- und Gasmärkten haben Forderungen nach wettbewerbspolitischen Eingriffen hervorgerufen. Kann der Wettbewerb durch eine Entflechtung der Energieversorgungsunternehmen gestärkt werden? Welche Gestaltungsmöglichkeiten für dieses Instrument gibt es? Wie ist ein solches Instrument aus verfassungsrechtlicher Sicht zu beurteilen? Wo liegen die praktisch-administrativen Probleme bei einer Entflechtung?*

Der Vorschlag Möschels, durch Entflechtungsermächtigungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) dem Wettbewerb – besonders in der Energiewirtschaft – neue Impulse zu verschaffen, ist eine keckere Kriegserklärung an den wirtschaftspolitischen Zeitgeist.<sup>1</sup> Möschel hat den „Preisauftrieb im Gleichschritt“ auf den Energiemarkten sowie die stockende Öffnung der europäischen Energiemarkte zum Anlass genommen, um ein wettbewerbspolitisches Instrument zur Diskussion zu stellen, zu dem er sich schon früher systematisch geäußert hatte.<sup>2</sup> Während sich jene frühen monographischen Äußerungen schwerpunktmäßig mit den gesellschaftsrechtlichen Problemen und verfassungsrechtlichen Schranken der Entflechtung auseinandersetzten, empfindet Möschel heute den wettbewerbspolitischen Sinn der Entflechtung als die eigentlich spannende Frage.

Möschel verwendet nicht viel Mühe auf die Analyse jener Märkte, deren wettbewerbliche Strukturen das Instrument der Entflechtung erwägenswert erscheinen lassen. Er begnügt sich damit, die oligopolistischen Strukturen der deutschen Energieversorgungsunternehmen sowie ihr Preisverhalten miteinander in Beziehung zu setzen. Demgegenüber seien Verhaltensregeln eine stumpfe Waffe. Preiskontrollen würden lediglich den Markteintritt von Newcomern verhindern. Preimissbrauchsaufsicht stelle wahrscheinlich mangels vergleichbarer Wettbewerbspreise eine Überforderung der zuständigen Kartellbehörde dar.<sup>3</sup> Oligopolistisch-konzentrale Marktstrukturen bei homogenen Massengütern (Strom) lassen sich nur dadurch verbessern, dass das Verhältnis der Wettbewerber zueinander strukturell neu geordnet

werde, bzw. neue Wettbewerber dem Markt im Wege von Entflechtungsanordnungen zugeführt werden. Die nähere rechtliche Ausgestaltung einer solchen Entflechtungskompetenz skizziert Möschel wie folgt: Aufgreifkriterium für ein Entflechtungsverfahren sei die gesamtwirtschaftliche Bedeutung des betroffenen Marktes. Der Eröffnung eines Verfahrens müsse eine Untersuchung gemäß § 32 e GWB vorangehen. Die näheren Entflechtungsvoraussetzungen definiert er negativ: Größe und Markt als solche seien genau so irrelevant wie industriepolitische Zielsetzungen. Missbrauchsverhaltensweisen sowie Marktstrukturen müssten vielmehr den Schluss nahe legen, dass es sinnvoll ist, die Hoffnung auf die Selbstheilungskräfte des Wettbewerbs aufzugeben. Ohne sich zu den näheren Tatbestandsvoraussetzungen zu äußern, schlägt er in Anlehnung an das US-Recht vor, die Feststellung des „Verstoßes“ und die Anordnung der Abhilfemaßnahme (die Entwicklung eines Entflechtungsplans) eng miteinander zu verknüpfen und in vollem Umfang Rechtsschutz vor dem zuständigen Oberlandesgericht zu gewähren.

So begrüßenswert es ist, dass es Möschel in einer Zeit der „Suche nach nationalen Champions“ wagt, das wettbewerbspolitische Agenda-Setting mit einem Reizthema zu besetzen, so sehr ist es sachlich geboten, eine so weitreichende wettbewerbspolitische

<sup>1</sup> Wernhard Möschel: Entflechtungen in der Stromwirtschaft, Eine Chance auf mehr Wettbewerb, FAZ vom 7. Juli 2007, S. 15.

<sup>2</sup> Wernhard Möschel: Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Tübingen 1979; ders.: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, Heidelberg 1982.

<sup>3</sup> Aus Seitenheben gegen den Zusammenschluss von RWE und VEW (zu RWE neu) sowie Veba und Viag bei zeitgleicher Übernahme der Ruhrgas durch Europas größtes Energieversorgungsunternehmen EON lässt sich unschwer Möschels Radikal-Opposition gegen die ministerielle Erlaubnis dieser Monopolisierung entnehmen.

<sup>4</sup> Vgl. zum Vollzugsdefizit der kartellbehördlichen Entflechtungspraxis: Markus Kerber: Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB, Baden-Baden 1987, S. 28 f.

Prof. Dr. Markus C. Kerber, 52, lehrt am Institut für Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsrecht der Technischen Universität Berlin sowie am Institut des Etudes Politiques, Paris.

Forderung nicht nur auf ihre wettbewerbspolitische Sinnfälligkeit, sondern auch auf ihre legislative und administrativ-praktische Umsetzbarkeit hin zu untersuchen.

### Die Entflechtung nach dem Energiewirtschaftsgesetz

Im Rahmen der nachträglichen Fusionskontrolle<sup>4</sup> waren die Entflechtungen nicht sehr erfolgreich. Nichtsdestotrotz ist die Entflechtung – jedenfalls in verbaler Hinsicht – ein wichtiger Bestandteil des 2005 novellierten Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) geworden. Die im EnWG enthaltenen Bestimmungen zur rechtlichen, operationellen, informationellen und buchhalterischen Entflechtung (§§ 6-10 EnWG) setzen die für den Energiemarkt relevanten Vorgaben der europäischen Richtlinien zur Liberalisierung des europäischen Energiebinnenmarktes um.<sup>5</sup> Vorrangiges Ziel dieser Entflechtungsvorschriften ist es, den diskriminierungsfreien Netzzugang sicherzustellen.<sup>6</sup>

Rechtliche Entflechtung gemäß § 7 Abs. 1 EnWG bedeutet, dass ein Netzbetreiber hinsichtlich seiner Netzform unabhängig von anderen Wirtschaftsbereichen der Energieversorgung zu sein hat. Daher ist für den Netzbetrieb eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens eine eigene Rechtsperson zu bilden. Angesichts dieser nur rechtlichen Unabhängigkeit des Netzbetreibers wird außerdem eine operationelle Entflechtung gemäß § 8 EnWG vorgenommen. Mit ihr soll die organisatorische und personelle Unabhängigkeit des Netzbetriebs sowie die persönliche Unabhängigkeit bei wirtschaftlichen Entscheidungen erreicht werden. Über Maßnahmen, die den Betrieb, die Wartung und Instandhaltung sowie den Ausbau des Netzes betreffen, hat der Netzbetreiber unabhängig von den anderen Wirtschaftsbereichen des Energieversorgungsunternehmens zu entscheiden. Mit dieser rechtlichen und operationellen Entflechtung korreliert die informationelle Entflechtung gemäß § 9 EnWG. Sie regelt die Pflicht des Netzbetreibers, wirtschaftlich sensible Daten vertraulich zu behandeln. Hierdurch soll verhindert werden, dass vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen aus dem Netzbereich Informationen erlangen, mit denen sie auf den vor- und nachgelagerten Wirtschaftsstufen Wettbewerbsvorteile

<sup>5</sup> Vgl. des näheren: Ernst-Joachim Mestmäcker, Heike Schweitzer: Europäisches Wettbewerbsrecht, München 2004, § 18, Rd.-Nr. 79 f.

<sup>6</sup> Des Weiteren soll mit den Bestimmungen erreicht werden, dass jedwede Quersubventionierung zwischen dem Netzbetrieb und den anderen Wirtschaftsbereichen Produktion, Handel und Speicherung unterbleibt und die Transparenz im Markt gesteigert wird.

### Entflechtung im Kontext

*Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB):* Entflechtungsmaßnahmen sind aufgrund unterschiedlicher gesetzlicher Vorschriften möglich. Gemäß § 41 III GWB ist ein vollzogener Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen (Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung) erfüllt, aufzulösen, wenn nicht der Bundesminister für Wirtschaft eine Erlaubnis erteilt. Zur Durchsetzung einer solchen Entflechtungsanordnung kann das Bundeskartellamt insbesondere einen Treuhänder bestellen, der die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt.

*Die Europäische Kommission:* Über ähnliche Befugnisse verfügt die Europäische Kommission gemäß Fusionskontrollverordnung.

*Zusagen:* Viel häufiger sind jene kartellrechtlich veranlassten Entflechtungen im Rahmen sogenannter Zusagen, die von den Unternehmen im Rahmen eines Fusionskontrollverfahrens abgegeben worden sind. Sie enthalten häufig die Verpflichtung eines Unternehmens, sich von Unternehmensbeteiligungen zu trennen. Der wunde Punkt sämtlicher kartellrechtlich veranlasster Entflechtungen ist immer ihre Durchsetzbarkeit. Diese ist erst dann gewährleistet, wenn Treuhänder mit entsprechendem Sachverstand die notwendigen Entflechtungsmaßnahmen bewirken.

*Das Energiewirtschaftsgesetz (EnWG):* Die energiewirtschaftlich veranlasste Entflechtung ist in Teil II des Gesetzes über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Energiewirtschaftsgesetz vom 7. Juli 2005) geregelt. In § 6 heißt es dazu: „Vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen und rechtlich selbständige Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen, die im Sinne von § 3 Nr. 38 mit einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind, sind zur Gewährleistung von Transparenz sowie diskriminierungsfreier Ausgestaltung und Abwicklung des Netzbetriebes verpflichtet. Um dieses Ziel zu erreichen, müssen sie die Unabhängigkeit der Netzbetreiber von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung nach den §§ 7 – 10 sicherstellen“. Danach ergibt sich die Pflicht für vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen, sicherzustellen, dass Netzbetreiber, die mit ihnen im vorgenannten Sinne verbunden sind, hinsichtlich ihrer Rechtsform unabhängig von anderen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung sind (rechtliche Entflechtung). Ferner müssen vorgenannte Unternehmen ihre Unabhängigkeit hinsichtlich der Organisation, der Entscheidungsgewalt und der Ausübung des Netzgeschäfts sicherstellen (operationelle Entflechtung). Das vorgenannte Entflechtungsziel muss auch im Rahmen der Rechnungslegung erreicht werden. Hierzu heißt es in § 10 III: „Unternehmen, die zu einem vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen verbunden sind, haben zur Vermeidung von Diskriminierung und Quersubventionierung in ihrer internen Rechnungslegung jeweils getrennte Konten für jede ihrer Tätigkeiten in den nachfolgend aufgeführten Bereichen so zu führen, wie dies erforderlich wäre, wenn diese Tätigkeiten von rechtlich selbstständigen Unternehmen ausgeführt würden“.

le gegenüber anderen Marktteilnehmern erlangen und umgekehrt. Schließlich haben im Zuge der so genannten buchhalterischen Entflechtung gemäß § 10 EnWG alle vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen einen Jahresabschluss nach dem für Kapitalgesellschaften geltenden Handelsgesetzbuch (HGB) aufzustellen. So sind spartengetrennte Konten mit nachvollziehbarer Kostenschlüsselung für Tätigkeiten in der Elektrizitätsübertragung, der Elektrizitätsverteilung, der Gasfernleitung, der Gasverteilung, der Gas speicherung im LNG-Bereich (liquid natural gas: Flüssigerdgas) sowie für sonstige Tätigkeiten zu führen.

Die Monopolkommission hat in ihrem Sondergutachten zur Energiewirtschaft nicht nur die zögerliche Umsetzung der energiewirtschaftlichen Vorgaben durch die Bundesnetzagentur kritisiert,<sup>7</sup> sondern darauf hingewiesen, dass eine nur gesellschaftsrechtliche Separierung des Netzbetriebs den bestehenden Diskriminierungsanreiz eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens und die Quersubventionierung im Wettbewerb stehender Wirtschaftsbereiche gleich wie die im Netzbereich erwirtschafteten überhöhten Durchleitungsgebühren nicht unterbinden könne.<sup>8</sup> Trotz des Hinweises auf die unzureichende Separierung des Netzbereichs erwartet die Monopolkommission, dass durch ein sektorspezifisches Maßnahmenpaket seitens der Regulierungs- und Kartellbehörden eine Verbesserung der Marktsituation erreicht werden könne.

Die rechtliche, buchhalterische, operationelle Entflechtung nach dem EnWG verleiht den Kartellbehörden sowie der Bundesnetzagentur zwar eine bessere Datenbasis, um Netzzugangsbehinderungen durch Dritte sowie überhöhte Durchleitungsgebühren sachgerechter zu beurteilen. Solange die Netzbetreibergesellschaft – obwohl rechtlich, operationell und buchhalterisch von vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen separiert – letzterem weiterhin eigentumsrechtlich in vollem Umfang zuzurechnen ist, besteht ein natürlicher Anreiz des Energieversorgungsunternehmens als Eigentümer, diese Tochtergesellschaft nach dem optimierten Gesamtinteresse des

Konzerns zu steuern. Der Versuch, im Hinblick auf die diskriminierungsfreie Durchleitung sowie den Zugang zum Netz die eigentumsrechtlichen Herrschaftsrechte der vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen als Muttergesellschaft der Netzbetreiber herrschaftsrechtlich zu neutralisieren, bleibt eine Fiktion.<sup>9</sup> Spätestens dann, wenn eine solche Neutralisierung vollständig gelänge und für den Eigentümer (Energieversorgungsunternehmen) entsprechend nachteilige betriebswirtschaftliche Folgen beseitigen würde, hätte die Muttergesellschaft kein anderes Interesse mehr, als sich auch eigentumsrechtlich durch Verkauf von der Netzbetreibergesellschaft zu trennen.<sup>10</sup>

### Ownership, unbundling und ISO-Modell

Unter dem Begriff der eigentumsrechtlichen Entflechtung (ownership unbundling) werden von der Monopolkommission zweierlei Vorgänge verstanden:

- Die vollständige Herauslösung des Netzbetriebs aus der Wertschöpfungskette eines vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmens: Diese vertikale Separierung bewirkt die Übertragung aller dem Netzbereich zuzuordnenden Vermögenswerte auf einen mit dem Konzern unverbundenen Dritten. Nach dieser behördlich veranlassten Veräußerung ist allein der eigentumsrechtlich entflochtene Netzbetreiber für die Durchführung des operativen und administrativen Netzgeschäfts, die Wartung und Instandhaltung der Netze und Anlagen sowie die Vornahme hinreichender Investitionen zum Ausbau des Netzbetriebes verantwortlich.
- Die horizontale Entflechtung: Hierbei werden auf Erzeugerebene einzelne Kraftwerkanlagen bzw. ganze Kraftwerksparks marktbedeutender Energieversorgungsunternehmen aus dem Unternehmensverbund durch Veräußerung gelöst. So wird der Erwerber der Kraftwerkanlagen Betreiber mit allen unternehmerischen Parametern, über die ein Erzeuger verfügt.<sup>11</sup>

Nach Meinung der Monopolkommission ist das Modell des Independent System Operator (ISO) eine Al-

<sup>7</sup> Vgl. Sondergutachten gemäß § 62 Abs. 1 EnWG, Monopolkommission: Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Sondergutachten Strom und Gas 2007, Rd.-Nr. 243, 244 sowie Rd.-Nr. 473 f.

<sup>8</sup> Deshalb weist die Monopolkommission auf die Notwendigkeit der ergänzenden operationellen und buchhalterischen Entflechtung hin und stellt dabei klar, dass die buchhalterische Entflechtung die Netzkosten kurzfristig erhöhen werde und jedwede operationale Entflechtung solange unvollkommen bleibe, wie es an einem vollständigen Wettbewerbsverbot der Mitarbeiter der Netzbetreiber im Energieversorgungsunternehmen tätig zu werden, mangele.

<sup>9</sup> Vgl. hierzu grundlegend Peter Hommelhoff: Die Konzernleitungs pflicht, Köln 1982.

<sup>10</sup> Die Entflechtung nach dem EnWG verkennt also jene Erkenntnisse, die in der Frühzeit der Fusionskontrolle mit sogenannten Enther schungsverträgen gewonnen wurden. Vgl. hierzu Markus Kerber, a.a.O. S. 28 ff., S. 303 ff. mit Hinweisen auf die Vollzugsdefizite bei nachträglicher Fusionskontrolle und Veräußerungszusagen.

<sup>11</sup> Vgl. Sondergutachten gem. § 62 Abs. 1 EnWG, Monopolkommission, Strom und Gas 2007, Wettbewerbsdefizite und zögerliche Regulierung, Rd.-Nr. 602, 603.

ternative zur vertikalen eigentumsrechtlichen Entflechtung. Hierbei gehe es ebenfalls um die Trennung des Netzwerkbetriebes von den übrigen Wirtschaftsstufen. Indessen verblieben die Netzanlagen im Eigentum des vertikal integrierten Unternehmens. Doch der Systembetrieb werde unabhängig, indem der Netzbetrieb von einer unabhängigen Gesellschaft mit eigenen Vorstellungen und eigenem Aufsichtsrat geführt wird.

Das ISO-Modell enthält alle Manko, die im Rahmen der Entflechtung nach dem EnWG gemäß § 6 ff. EnWG zuvor beschrieben worden sind. Das Independent System Operator ist kein Modell sondern eine Fiktion, die sich über die Unmöglichkeit der Entherrschung von Konzernbeziehungen erneut hinwegzusetzen sucht.

Die Monopolkommission analysiert nuanciert die wettbewerbspolitischen Vorteile einer eigentumsrechtlichen Entflechtung der Netzbetreiber sowie der Erzeugergesellschaften. Sie hält der vertikalen Entflechtung zugute, dass hierdurch das Behinderungspotential der integrierten Energieversorgungsunternehmen gegenüber der bestehenden Netzzugangsregulierung weiter gesenkt würde.<sup>12</sup> Die Monopolkommission weist zutreffend darauf hin, dass im Falle einer eigentumsrechtlichen Entflechtung die Gefahr bestände, dass sowohl die Investitionsanreize der Netzbetreiber/Eigentümer als auch der Kraftwerksbetreiber/Eigentümer reduziert würden. Während ein integriertes Energieversorgungsunternehmen ein starkes Interesse daran habe, dass sein Netz nicht ausfallen bzw. Energie geliefert werden könne und daher entsprechend hohe Investitionen zur Versorgungssicherheit tätige, sei der Netzbetreiber nicht mehr an dem Gewinn der Erzeugung des Betriebs beteiligt.<sup>13</sup> Abschließend weist die Monopolkommission auf folgende Einwände hin:

- Zum einen sei eine eigentumsrechtliche Entflechtung mit Blick auf Art. 14 Grundgesetz<sup>14</sup> sowie auf die Konvention zum Schutz der Menschenrechte problematisch. Angesichts der heiklen Frage, an wen und zu welchen Konditionen zu verkaufen sei, werde eine abschließende Entflechtung erst nach langen Jahren gerichtlicher Verfahren zu erwarten sein.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Vgl. Sondergutachten Monopolkommission 2007, Rd-Nr. 606.

<sup>13</sup> Vgl. Sondergutachten Monopolkommission 2007, Rd-Nr. 609.

<sup>14</sup> Vgl. die Untersuchung von Christoph Engel: Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestandes im GWB als ultima ratio zur Beseitigung eines Wettbewerbsverstosses, Reprint des Max-Planck-Instituts für Gemeinschaftsgüter, Bonn 2007/22.

<sup>15</sup> Vgl. Sondergutachten Monopolkommission 2007, Rd-Nr. 610.

• Zum anderen gehe es immer um die Frage, ob es überhaupt einen Erwerber für das Netz oder für Erzeugerkapazitäten zu zumutbaren Konditionen gebe. Dieser Hinweis<sup>16</sup> ist besonders stichhaltig. Denn eine eigentumsrechtliche Entflechtung (durch Veräußerung von Anteilen oder Aktiva) ist nur dann im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geeignet (d.h. sachdienlich), wenn der Erwerber an dieser Tätigkeit nachhaltig interessiert und auch in der Lage ist, diese Tätigkeit auszuüben. Als Erwerber kommen daher nur zwei Kategorien von Unternehmen in Betracht:

1. Die Unternehmen der Energieversorgung. Hier kann es sich nur um solche Unternehmen handeln, die bisher auf dem Markt überhaupt nicht tätig gewesen sind. Indessen bringt dies das Risiko der Rückverflechtung mit sich.
2. Die Finanzinvestoren, die ausschließlich renditeorientiert sind und dem jeweiligen Unternehmen so lange die Treue halten, wie die Renditeerwartungen erfüllt werden. Hier könnte die Nachhaltigkeit der wettbewerblichen Belebung zweifelhaft sein, weil der Einstieg in das Energiegeschäft – auch auf der Vertriebsstufe – stets eine langfristige Investition darstellt.

### Zur Verfassungsgemäßigkeit von Entflechtung

Nach Meinung der europäischen Kommission löst die rechtliche und funktionale Entflechtung nicht den innerhalb integrierter Energieversorgungsunternehmen bestehenden Interessenkonflikt. Daher sei eine wirksame Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetzbetreiber unverzichtbar. Diese wettbewerbspolitische Verve steht in auffallendem Gegensatz zu der eher summarischen Würdigung der verfassungsrechtlichen Probleme einer eigentumsrechtlichen Entflechtung. In diesem Punkt enthält der Vorschlag einer Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates, so wie er von der Kommission vorgelegt worden ist, lediglich die Erwähnung des Art. 295 EG-Vertrag verbunden mit der Feststellung, dass der Vorschlag für Unternehmen in privatem Eigentum und für Unternehmen in öffentlichem Eigentum in gleicher Weise gelte. Die Respektierung der Neutralitätserklärung des Art. 295 EG-Vertrag löst indessen nicht die eigentumsrechtlichen Verfassungsgarantien in den Mitgliedstaaten. In dieser Hinsicht hat das Bundesverfassungsgericht mehrfach festgestellt, dass der europäische Richtlinien-Gesetzgeber nicht über die deutsche Ver-

<sup>16</sup> Vgl. Sondergutachten Monopolkommission 2007, Rd-Nr. 612.

fassung und ihrer grundrechtlichen Gewährleistung disponieren könne.<sup>17</sup>

Die Frage nach der Vereinbarkeit von Entflechtungsmaßnahmen mit dem Grundgesetz wurde von Christoph Engel in einer Studie des Max-Planck-Instituts für Gemeinschaftsgüter untersucht.<sup>18</sup> Er diskutiert dabei nicht die wettbewerbspolitische Sinnfälligkeit von Entflechtung, sondern setzt sie voraus.<sup>19</sup> Engel unterscheidet nicht nach den unterschiedlichen konkreten Entflechtungstatbeständen, sondern untersucht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Entflechtung in abstracto.

Zwar wird die Betroffenheit eigentumsrechtlicher Positionen anhand der unterschiedlichen Entflechtungsmodalitäten in aller Detailliertheit besprochen.<sup>20</sup> Indessen ist es für die verfassungsrechtliche Einordnung von Entflechtungsmaßnahmen eigentumsrechtlicher Art entscheidend, in welchem Kontext und zu welchem Zweck sie erfolgen. Das verfassungsrechtliche Zulässigkeitsverdikt verschiedener Autoren<sup>21</sup> bezieht sich auf die Auflösung von verbotenen Unternehmenszusammenschlüssen im Rahmen der nachträglichen Fusionskontrolle oder bei der Durchsetzung von Veräußerungszusagen im Rahmen der vorbeugenden Fusionskontrolle nach dem GWB. Die Frage der Verfassungsgemäßigkeit dieser Entflechtung kommt der Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der Fusionskontrolle schlechthin gleich. Wenn aber Zusammenschlüsse unter den Voraussetzungen des ehemaligen § 24 GWB verboten werden können, dann muss in den Fällen rechtsverbindlicher Untersagung, ohne mit Art. 14 GG in Kollision zu geraten, auch die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen als Vollstreckungsmaßnahme zulässig sein. Die Verfassungsgemäßigkeit des Zusammenschlussverbotsstatbestandes zieht stets die grundsätzliche Verfassungsgemäßigkeit der Vollstreckung (Entflechtung) nach sich.

Anders verhält sich der Sachverhalt aufgrund eines neuen Entflechtungstatbestandes, der ohne bisher in-

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358 <370>; 83, 119 <128>; Beschluss des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2000 – 2 BvR 591/00 –, NJW 2001, S. 2245 ff.; BVerfG, Urteil vom 12-10-1993 – 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92.

<sup>18</sup> Christoph Engel, a.a.O.

<sup>19</sup> Denn auch mit den gegenwärtigen Instrumenten *de lege lata* (Verhaltensregeln, Kartellverbot, Diskriminierungsverbot sowie Strukturkontrolle durch vorbeugende Fusionskontrolle) gebe es immer noch keine Handhabe gegen wettbewerbspolitisch problematische Marktstrukturen.

<sup>20</sup> Vgl. Christoph Engel, a.a.O., S. 9 ff.

<sup>21</sup> Vgl. statt vieler Markus Kerber, a.a.O., S. 66-107, zitiert in Christoph Engel, a.a.O., S. 4.

haltlich präzisiert worden zu sein, zu eigentumsrechtlichen Entflechtungsmaßnahmen ermächtigt. Es macht für die Würdigung nach Art. 14 GG einen entscheidenden Unterschied, ob die Entflechtung Teil einer Vollstreckungsmaßnahme eines verbotenen Zusammenschlusses ist, oder als eine opportune Maßnahme zur Wiederbelebung des Wettbewerbs in einem oligopolistischen und vermarkteten Markt mit erheblicher gesamtwirtschaftlicher Bedeutung vorgenommen wird. Diese Differenzierung fehlt bei Engel.

Auch bei der verfassungsrechtlichen Prüfung einer Einsetzung von Entflechtungstreuhändern differenziert Engel nicht nach dem jeweiligen entflechtungsrechtlichen Kontext. Zwar sind die gesellschaftsrechtlichen Modalitäten der Treuhändereinsetzung auch bei der Auflösung verbotener Zusammenschlüsse *de lege lata* ein weithin unbestimmtes Feld.<sup>22</sup> Doch beurteilt sich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Treuhändereinsetzung in diesem Kontext ähnlich wie die Verfassungsgemäßigkeit der Fusionskontrolle schlechthin.

Ganz anders ist die Einsetzung von Treuhändern zu beurteilen wenn es darum geht, bei einem allgemeinen Entflechtungstatbestand durch einen kartellbehördlich kontrollierten Treuhänder jene eigentumsrechtlichen Maßnahmen durchzuführen, die erwarten lassen, dass der Wettbewerb auf den vermarkteten Märkten wieder zum Atmen kommt. Beizupflichten ist den Ausführungen Engels<sup>23</sup> zu den Vorfeldwirkungen der Ankündigung einer Treuhändereinsetzung. Sie ist unabhängig vom entflechtungsrechtlichen Kontext stets auch ein Drohmittel der Kartellbehörde, das eine Grauzone lässt für Aushandlungsprozesse im Schatten des Rechtes.<sup>24</sup> Selbstredend ist bei jedweder Entflechtung die Einhaltung der formalen Grundrechtsschranken, insbesondere der volumnäßigen rechtsstaatlichen Kontrolle durch die entsprechenden Gerichte, die auch für die Einsetzung eines Treuhänders gelten muss.<sup>25</sup>

Im zweiten Teil seiner Studie befasst sich Engel mit dem Zusammenhang zwischen verfassungsrechtlicher Beurteilung und Legitimität des Entflechtungsziels. Denn der Eingriff in Rechtspositionen, die nach Art. 14 GG geschützt sind, ist schlechthin unvereinbar mit dem GG, wenn das Ziel der Entflechtung vor der

<sup>22</sup> Vgl. hierzu Markus Kerber, a.a.O., S. 327 ff.

<sup>23</sup> Christoph Engel, a.a.O., S. 15 ff.

<sup>24</sup> So zutreffend: Christoph Engel, a.a.O., S. 16 unter Verweis auf R. Mnookin, L. Kornhauser: Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce, in: Yale Law Journal, April 1979, S. 950.

<sup>25</sup> Vgl. Christoph Engel, a.a.O., S. 22, insbesondere zu den Fragen der Bestimmtheit und zum Vertrauensschutz, S. 24 ff. sowie S. 27 ff.

Wertordnung des GG keinerlei Bestand hat. Deshalb beschäftigt sich Engel im Folgenden mit dem Zusammenhang von Marktstrukturen und Marktergebnis, um unter Hinweis auf die einschlägige empirische wie theoretische Literatur zu folgern, dass nicht nur die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ein legitimes Ziel bei der Ausgestaltung von Inhalt und Schranken des Eigentums gem. Art. 74 Nr. 16 GG darstelle, sondern die Entflechtung geeignet sei, eine auf Wettbewerb angelegte Marktstruktur zu schaffen.

Dieses Gelöbnis zu wettbewerbspolitischer Neutralität gibt Engel in der Sache auf, indem er sich im Kostüm der verfassungsrechtlichen Prüfung nunmehr der Geeignetheit der Entflechtung als wettbewerbspolitischem Instrument unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten widmet.<sup>26</sup> Engel führt das Argument der Entflechtungsgegner an: es sei völlig unsicher, ob das Instrument der Entflechtung das Ziel einer wettbewerblichen Belebung eines vermaßten Marktes erreichen könne. Auf diese Argumente, insbesondere auf den Einwand fehlender Erfahrungssätze sowie die Unsicherheit einer Prognose geht Engel in der Sache indessen nicht ein. Er verweist auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums vom Bundesverfassungsgericht großzügig gehandhabt würden.

#### Sind Entflechtungsinstrumente geeignet?

Demgemäß gebe es nur zweierlei Zweifel an der Geeignetheit von Entflechtungsmaßnahmen:

- Zum einen werde durch Entflechtung keine Verbesserung der Marktstruktur erreicht: eine solche Verbesserung könne ökonomietheoretisch ausgeschlossen werden;
- Selbst wenn sie ökonomietheoretisch nicht ausgeschlossen werden könnte, werde eine Verbesserung der Marktstruktur praktisch nicht erreicht.

Nach Ansicht von Engel sind auf der theoretischen Ebene prinzipielle Zweifel an der Eignung von Entflechtung nicht möglich. Denn Engel nimmt an, dass Entflechtung insbesondere die Anbieter neu formiere, und diese Neuformierung der Anbieter nur ausnahmsweise nicht zu einer Verbesserung des Marktergebnisses führe. Indessen vernachlässigt Engel überraschenderweise einen wissenstheoretischen Einwand: Entflechtungsmaßnahmen zielen stets auf die Schaffung einer neuen Marktstruktur durch eigentumsrechtliche Eingriffe hin. Dies setzt das Wissen darüber vo-

<sup>26</sup> Vgl. Christoph Engel, a.a.O., S. 41 ff.

raus, dass die somit geschaffene Marktstruktur der angegriffenen Marktstruktur unter kompetitiven Gesichtspunkten überlegen sei. Woher kann darauf geschlossen werden, dass ein solches Wissen über die kompetitive Überlegenheit einer Marktstruktur in spe gegenüber der bestehenden Marktstruktur besteht? Engel führt hierzu die statistischen Erhebungen von Entflechtungsverfahren in den USA an und vergleicht die Zahl der eingeleiteten Verfahren mit den effektiv bewirkten Entflechtungen. Er wertet die kartellbehördliche Entflechtungspraxis in den USA als einen Erfolg, weil die so geschaffenen Wettbewerber am Markt Erfolg gehabt hätten.<sup>27</sup>

Im Ergebnis bejaht Engel die Geeignetheit des Entflechtungsinstruments ohne tatbestandliche Präzisierung des Entflechtungstatbestands. Indessen räumt er ein, dass das Bundeskartellamt ein Unternehmen nur dann entflechten dürfe, wenn eine spürbare Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen zu erwarten sei. Sei zu erwarten, dass diese Verbesserung schon aus anderen Gründen eintrete, fehle es an der Eingriffsvoraussetzung bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen. Nachdem Engel die Frage der Geeignetheit so gelöst hat, sind seine Ausführungen zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Entflechtung ein argumentatorisches Heimspiel.

Aus alledem folgt, dass eine eigentumsrechtliche Entflechtung mit Blick auf die eigentumsrechtlichen Schranken bzw. mit Blick auf die Nachhaltigkeit eines unternehmerischen Engagements, sei es als Netzbetreiber, sei es als Erzeuger von Energie, weiterhin Gegenstand eines Ideenwettbewerbs sein sollte.<sup>28</sup>

Angesichts des 2007 vorgelegten Vorschlags der Europäischen Kommission zu einem Ownership unbundling im Richtlinienentwurf für eine neue Energiepolitik der europäischen Kommission<sup>29</sup> ist die Zernierung der deutschen verfassungsrechtlichen Schranken für Entflechtung ein verdienstvoller Hinweis, dass Art. 14 GG als Maßstab für die legislative Umsetzung einer EU-Richtlinie nicht zur Disposition des EU-Richtliniengesetzgebers steht.

Davon unabhängig dürfte klar sein, dass Entflechtung immer nur die Ultima ratio darstellt, die die Gewissheit voraussetzt, dass die Selbstheilungskräfte

<sup>27</sup> Vgl. Christoph Engel, a.a.O., S. 45.

<sup>28</sup> So im Ergebnis auch Christoph Engel, a.a.O. S. 52 ff.

<sup>29</sup> Vgl. Art. 10 a des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/54/EG über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt vom 19.9.2007 KOM(2007) 528.

des Wettbewerbs keine Chance zur Entfaltung mehr haben. Die Selbstsicherheit, mit der Möschel die Notwendigkeit eines Entflechtungstatbestands im Sinne einer Ermächtigung an das Kartellamt, eigentumsrechtliche Entflechtung durch Veräußerung vorzuschlagen, in den Raum stellt, kontrastiert mit dem aus liberaler Sicht stets betonten Zweifel am Wissen über zukünftige Marktentwicklungen. Wettbewerbswirtschaft, die dezentrale Entscheidungen von Unternehmen über den Markt koordiniert, soll jenes Wissensproblem lösen, das sogenannte Zentralverwaltungswirtschaften nicht lösen können. Wenn aber über die zukünftigen Marktentwicklungen auch auf sogenannten oligopolistischen vermachtenen, erstarrten Märkten keine Gewissheit besteht, so lässt sich trefflich darüber streiten, ob man einer Behörde, also einer staatlichen Instanz, die Möglichkeit geben soll, nicht nur eine Sektorenuntersuchung durchzuführen, sondern auch strukturell ordnend durch neue Allokation der Eigentumstitel in die betroffene Branche einzutreten. Denn dies setzt eine Kenntnis darüber voraus, dass die gegenwärtige Marktstruktur auf Dauer wettbewerblich nicht beatmet werden kann und dass die eigentumsrechtliche Entflechtung mit Sicherheit eine kompetitivere Marktstruktur zur Folge haben werde. Nicht erforderlich ist aus diesseitiger Sicht die sichere Prognose, dass die kompetitivere Marktstruktur auch „besseres Marktverhalten“ bewirke. Solange Entflechtung ein Strukturkonzept ist, kommt es auf (kurzfristige) wohlfahrtökonomische Wirkungen nicht an.

#### Umsetzungsschwierigkeiten bei eigentumsrechtlicher Entflechtung

Der Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI) scheint in seiner Stellungnahme zur Entflechtung noch keine endgültige argumentative Position gefunden zu haben.<sup>30</sup> Mangels eines eigenen Konzepts beklagt er die im Falle eigentumsrechtlicher Entflechtung geschaffene Ungleichbehandlung privater und öffentlicher Unternehmen. Dies wäre dann nicht von der Hand zu weisen, wenn das Ownership des Netzbetriebs z.B. von vertikal integrierten Unternehmen wie EDF, deren Mehrheit beim Staat liegt, im Rahmen der Entflechtung problematisiert werden könnte. Indessen achtet der oben genannte Richtlinienentwurf die eigentumsrechtliche Neutralität gemäß Art. 295 EGV. Demgegenüber stellt sich die nicht nur praktische, sondern eigentumsrechtlich relevante Frage danach,

<sup>30</sup> Vgl. BDI Positionspapier 2. Entwurf vom 14.1.2008, 2 Vorschläge für mehr Wettbewerb in der Energiewirtschaft – ein Beitrag zur aktuellen Diskussion über ein eigentumsrechtliche Entflechtung in der Energiewirtschaft.

wer darüber bestimmt, zu welchem Preis, an wen Aktiva oder Anteile veräußert werden sollen.

Wäre das Bundeskartellamt hierzu selbst in der Lage, oder sollte es eine solche Maßnahme einem Entflechtungstreuhänder anvertrauen, der über die entsprechende Sachkenntnis verfügt? Sollte dieser nur zur Durchführung einer Versteigerung unter Gewährleistung eines „due process“ berechtigt sein oder könnten auf ihn die Anteile zwecks Weiterveräußerung übertragen werden, um die Irreversibilität der Marktstrukturänderung klarzustellen? Denkbar ist ebenfalls, dem Treuhänder durch Verwaltungsakt die Herrschaftsrechte aus den Anteilen zu übertragen. So kann die Europäische Kommission bei der Durchsetzung von Entflechtungszusagen gemäß Art. 8 II der EG-Fusionskontrollverordnung vom 20.1.2004<sup>31</sup> verfahren.

Im Entflechtungsverfahren des Zusammenschlussvorhabens GdF-Suez werden indessen nur so genannte Administrateurs provisoires eingesetzt.<sup>32</sup> Sie werden von den entflechtungspflichtigen Unternehmen im Einvernehmen mit der Generaldirektion Wettbewerb beauftragt. Sollen sie in der Lage sein, die gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen selbst durchzuführen (Ersatzvornahme) oder sind sie nur berechtigt, die Tochterunternehmen zu entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Maßnahmen aufzufordern?

In der Entscheidung der Europäischen Kommission betreffend das Zusammenschlussvorhaben GdF-Suez vom 14.11.2006 ist zur Vollstreckung der Entflechtungsauflagen<sup>33</sup> ein Treuhänder vorgesehen.<sup>34</sup> Suez musste sich von Distrigaz und Fluxys trennen. GDF veräußerte seine Anteile an Centrica.<sup>35</sup> Nach dem Wortlaut der Entscheidung schlagen die Parteien des Zusammenschlussvorhabens einen oder mehrere Treuhänder zur Vollstreckung der Verkaufsverpflichtungen dann vor, wenn sie innerhalb der zur Entscheidung gesetzten Fristen die Veräußerung nicht bewirkt haben oder die Kommission den Erwerber ablehnend

<sup>31</sup> Vgl. Anlage 2.

<sup>32</sup> Vgl. Europäische Kommission: Vorläufige Verwalter, Entscheidung vom 14.11.2006, S. 310 ff.

<sup>33</sup> Entscheidung der Kommission vom 14. November 2006 über die Vereinbarkeit eines Zusammenschlusses mit dem gemeinsamen Markt und dem EWR-Abkommen (Sache Nr. COMP/M.4180 – Gaz de France/Suez) (bekannt gegeben unter Aktenzeichen K(2006)5419), veröffentlicht im Amtsblatt Nr. L 088 v. 29.3.2007. Vgl. S. 293 ff.

<sup>34</sup> Vgl. ebenda, S. 310 ff.

<sup>35</sup> Vgl. vertiefend M. C. Kerber: Im Namen Europas: Die energiewirtschaftliche „Kolonialisierung“ Belgiens durch den französischen Staat, in: ZWeR, Nr. 3, 2008, S. 306.

beschieden hat.<sup>36</sup> Nur die Zusammenschlussparteien übernehmen die Honorierung des Treuhänders für seine Dienstleistungen. Zwar vermerkt die Kommissionsentscheidung, dass die Art der Honorierung des jeweiligen Treuhänders die ordentliche Ausführung des Entflechtungsmandats nicht behindern dürfe. Indessen bleibt offen, wie ein Treuhänder unabhängig bleiben soll, wenn er von den am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Parteien als den tendenziellen Gegnern einer Veräußerungsentflechtung bezahlt wird. Ferner muss präzisiert werden, ob es sich um einen Treuhänder handelt, der lediglich die Verpflichtungen und ihre Einhaltung überwache oder der als Veräußerungstreuhänder tätig werde.

#### Veräußerungstreuhänder und Kontrolltreuhänder

Hinsichtlich der Verpflichtungen des Treuhänders unterscheidet die Entscheidung der Kommission zwischen

- dem Veräußerungstreuhänder,
- dem Kontrolltreuhänder.

Letzterer hat eine Reihe von Berichtspflichten: Dazu gehört, dass er der Kommission über die Erfüllung der Verpflichtungen durch die Zusammenschlussbeteiligten berichtet und diese im einzelnen kontrolliert. Ferner hat der Kontrolltreuhänder sehr explizite zusätzliche Fachaufgaben: Dazu gehört

- die Kontrolle der Lebensfähigkeit und der Wettbewerbsfähigkeit jener Unternehmen, die Gegenstand einer Veräußerung sind,
- die Kontrolle des Managements der Gesellschaften, die veräußert werden sollen,
- die Sicherstellung jener Maßnahmen, die nach dem Veräußerungsdatum gewährleisten, dass die Zusammenschlussbeteiligten nicht länger zu Geschäftsgeheimnissen der veräußerungspflichtigen Gesellschaften Zugang haben können. Dies ist die sogenannte Hold-and-keep-seperat-Verpflichtung, insbesondere die Befugnis und Pflicht des Treuhänders, die veräußerungspflichtige Gesellschaft von dem Zentralinformationssystem der Konzernmutter abzukoppeln.

Besonders wichtig ist die Befugnis und Verpflichtung des Kontrolltreuhänders, die potentiellen Erwerber des entflechtungspflichtigen Unternehmensteils zu bewerten. Gleichzeitig muss der Kontrolltreuhänder

sicherstellen, dass die potentiellen Erwerber die notwendigen bewertungsrelevanten Informationen über die entflechtungspflichtigen Gesellschaften unter den entsprechenden Vertraulichkeitsprämissen erhalten. Zu jeder Monatshälfte muss der Kontrolltreuhänder einen Bericht an die Kommission über den Zustand der entflechtungspflichtigen Gesellschaft liefern. Die Kommission reicht diesen Bericht als nicht vertraulich an die Zusammenschlussbeteiligten weiter. Sobald ein Kaufvorschlag von einem potentiellen Erwerber eingegangen ist, muss der Kontrolltreuhänder diesen an die Kommission übermitteln, ihn kommentieren und insbesondere beschreiben, ob die entflechtungspflichtige Gesellschaft weiterhin lebensfähig ist und die Entflechtungsvorgaben im Rahmen dieses Veräußerungsvorgangs eingehalten werden.

Im Unterschied zur Aufgabe des Kontrolltreuhänders ist der Veräußerungstreuhänder beauftragt, im Namen und für Rechnung der Zusammenschlussbeteiligten die entflechtungspflichtigen Gesellschaften an einen Erwerber zu veräußern in dem Maße, wie die Kommission einen solchen Erwerber zugelassen hat und der zugrunde liegende Kaufvertrag von der Kommission genehmigt worden ist. Während der laufenden Veräußerung unterbreitet der Veräußerungstreuhänder einen Bericht an die Kommission und liefert hierin auf vertrauliche Art und Weise eine Beschreibung für den Fortschritt der Veräußerungsverhandlungen.

Im Falle von Streitigkeiten der Verpflichtungen der Treuhänder entscheidet ein Schiedsgericht, das zu diesem Zwecke eingerichtet ist und alle sonstigen Rechtsstreitigkeiten zwischen den Parteien und der Kommission klärt. So stellt sich die Frage, wie eine Änderung der Marktverhältnisse nach der Entflechtungsentscheidung zu bewerten ist. Entflechtungsverfahren dauern mehrere Jahre. Früher oder später werden die betroffenen Unternehmen geltend machen, dass sich die Marktverhältnisse geändert haben.<sup>37</sup> So haben sich jedenfalls alle Unternehmen eingelassen, die im Rahmen von Zusagen oder vom Auflösungsverfahren für verbotene Zusammenschlüsse mit dem Bundeskartellamt verhandelt haben. Dieser Einwand trifft im Kern die Geeignetheit der Entflechtungsmaßnahme. Er ist also von verfassungsrechtlichem Rang.

Entflechtung ist also ein weites Feld, das gerade bei der spannenden Frage der wettbewerbspolitischen Sinnfälligkeit noch eine Reihe von offenen Fragen aufweist.

<sup>36</sup> Die Kommissionsentscheidung präzisiert die fachlichen und sonstigen Anforderungen an den Treuhänder wie folgt: Es muss sich um natürliche oder juristische Personen handeln, die in Bezug auf die Aufgabe in keinerlei Interessenkonflikt stehen und darüber hinaus fachlich in der Lage sind, diese Aufgabe durchzuführen.

<sup>37</sup> Vgl. so im Entflechtungsverfahren Thyssen/Hüller, zitiert bei Markus Kerber, a.a.O., S. 28 f.