

HOGAN & HARTSON RAUE LLP

**Entflechtung des Eigentums
an Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen
von anderen Bereichen der Energieversorgung**

**- Handlungsformen und verfassungsrechtliche
Bewertung -**

Gutachten

im Auftrag des

Verbraucherzentrale Bundesverbandes e. V. (vzbv)

von

Christian von Hammerstein
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Hogan & Hartson Raue L.L.P.

Berlin, den 28. August 2007

Inhaltsverzeichnis

A. Problembeschreibung.....	3
I. Die geltenden Entflechtungsvorgaben.....	3
II. Standpunkt der Europäischen Kommission.....	4
1. Analyse.....	4
a) Internal Energy Market Report 2007.....	4
b) Energy Sector Inquiry.....	6
2. Lösungsvorschläge.....	9
a) Umfassende Entflechtung des Eigentums („Eigentums-Entflechtung“).....	9
b) Unabhängige Netzbetreiber („ISO-Modell“).....	10
c) Entscheidung offen.....	11
III. Diskussionsstand in Deutschland.....	12
1. Hauptgutachten der Monopolkommission aus dem Jahr 1980.....	12
2. Aktuelle Diskussion.....	15
B. Handlungsformen.....	17
I. Verkaufs- und Pro-Rata-Lösungen.....	17
II. Eigentums-Entflechtung.....	18
III. ISO-Modell.....	19
IV. Weitere Regelungen.....	20
C. Verfassungsrechtliche Bewertung.....	20
I. Eigentumsgarantie.....	21
1. Schutzbereich.....	21
2. Eingriff.....	22
a) Eingriffsformen.....	22
b) Sozialbindung oder Enteignung.....	23
aa) Begriff der Enteignung.....	23
bb) Einordnung von Entflechtungsmaßnahmen.....	24
3. Rechtfertigung.....	26
a) Reichweite und Grenzen der Sozialbindung.....	27
aa) Gebot der Abwägung.....	27
bb) Zutreffende tatsächliche Annahmen.....	28
cc) Verhältnismäßigkeit.....	29
dd) Prognose- und Gestaltungsspielraum.....	29
ee) Ausgleichspflichtige Sozialbindung.....	29
ff) Rückwirkungsverbot.....	30
b) Bewertung der Entflechtungsmaßnahmen.....	30
aa) Wohl der Allgemeinheit.....	30
bb) Eignung.....	31
cc) Erforderlichkeit.....	33
dd) Übermaßverbot.....	35
(1) ISO-Modell.....	36
(2) Eigentums-Entflechtung.....	38
ee) Rückwirkung.....	40
II. Berufs- und Gewerbebefreiheit.....	41
III. Vereinigungsfreiheit.....	43
IV. Allgemeine Vertragsfreiheit.....	43
D. Zusammenfassung.....	44
E. Literaturverzeichnis.....	48

A. Problembeschreibung

I. Die geltenden Entflechtungsvorgaben

Durch die EU-Richtlinien 2003/54/EG¹ und 2003/55/EG² (Beschleunigungsrichtlinien) wurden die Mitgliedstaaten gezwungen, die Elektrizitäts- und Erdgasmärkte bis zum 01.07.2007 vollständig zu öffnen. Bestandteil des Richtlinienpaketes war die Entflechtung der Übertragungs- und Fernleitungsnetze und der Verteilnetze von den Bereichen der Erzeugung/Gewinnung sowie Lieferung von Strom und Erdgas. Die bisherigen Regelungen beschränken sich auf eine rechtliche, organisatorische, informatorische und buchhalterische Trennung des Netzes von den übrigen Aktivitäten vertikal integrierter Energieversorgungsunternehmen.

Die Entflechtungsvorgaben waren bis zum 01.07.2004 bzw. 01.07.2007 (letzteres Datum galt für die rechtliche Entflechtung der Verteilnetzbetreiber) in den nationalen Rechtsrahmen der Mitgliedstaaten umzusetzen. Die Entflechtungsvorschriften der Richtlinien wurden in Deutschland in Teil 2 des Energiewirtschaftsgesetzes (EnWG) wie folgt umgesetzt:

- Durch die **rechtliche Entflechtung** gem. § 7 EnWG sind die bislang vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen zu einer gesellschaftlichen Abtrennung ihres jeweiligen Netzbetriebes verpflichtet. Eine Abtrennung des Eigentums am Netz ist nicht vorgesehen.
- Aufgrund der **operationellen Entflechtung** gem. § 8 EnWG müssen die Netzbetreiber in der Lage sein, unabhängig von den verbundenen Unternehmen, die in den Bereichen Erzeugung und Vertrieb tätig sind, ihre Entscheidungen in Bezug auf den Betrieb, die Wartung und den Ausbau des Netzes zu treffen.
- Die Vorschriften zur **informatorischen Entflechtung** gem. § 9 EnWG geben den Energieversorgungsunternehmen auf, den freien Informationsfluss der

¹ Richtlinie 2003/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 96/92/EG, ABl. v. 15.07.2003 L Nr. 176/37.

² Richtlinie 2003/55/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. v. 15.05.2003 L Nr. 176/57.

für den Netzbetrieb relevanten Daten zwischen dem Netzbereich und sonstigen verbundenen Unternehmensbereichen zu verhindern. Informationen müssen diskriminierungsfrei für alle Zugangspetenten zugänglich sein und wettbewerbssensible Informationen dürfen nicht an verbundene Unternehmen weitergegeben werden.

- Schließlich sieht § 10 EnWG eine **buchhalterische Trennung** des Netzbereichs von den sonstigen Unternehmensbereichen vor. Der Netzbereich muss eine von anderen Unternehmensbereichen getrennte Buchhaltung führen.

II.

Standpunkt der Europäischen Kommission

1. Analyse

a) Internal Energy Market Report 2007

Am 10. Januar 2007 hat die Europäische Kommission ihren Bericht über Maßnahmen zur Stärkung des europäischen Gas- und Elektrizitäts-Binnenmarktes vorgelegt³ („Internal Energy Market Report 2007“). In dem Bericht hat die Kommission u.a. die Effektivität der bisherigen Entflechtungsregeln nach der Gas- und Elektrizitätsrichtlinie geprüft. Die Kommission hat drei zentrale Schwachpunkte dieser Regelungen identifiziert:

- Der nicht diskriminierende Umgang mit Informationen könne nicht garantiert werden. Die informatorische Entflechtung könne nicht verhindern, dass Netzbetreiber⁴ marktrelevante Informationen an die Erzeugungs- oder Vertriebseinheiten weitergeben würden.

³ Communication from the Commission to the Council and the European Parliament, Aspects for the internal gas and electricity market, v. 10.01.2007, KOM (2006) 841 endgültig, SEC (2006) 1709, SEC (2007) 12; ausführliche Darstellung bei *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 24 ff.

⁴ Die Kommission nimmt dabei nur Bezug auf sog. „Transmission System Operators – TSO“, womit sie die Betreiber der Elektrizitäts-Übertragungsnetze und die Betreiber der Gasfernleitungsnetze meint. Die Kommission bemängelt auch unzureichende Entflechtungsmaßnahmen im Bereich der Verteilnetze, ohne aber hier konkrete Maßnahmen vorzuschlagen, vgl. Ziffer 2.6.1 Internal Energy Market Report 2007.

- Die Entflechtungsregeln würden die Anreize für Diskriminierungen beim Netzzugang nicht beseitigen. Integrierte Energieversorgungsunternehmen könnten ihre Netze nutzen, um Wettbewerbern den Zugang zu erschweren. Diskriminierende Netzzugangsbedingungen seien beim Netzanschluss für Kraftwerke neuer Marktteilnehmer, dem ungleichen Zugang zu Netzkapazitäten (aufgrund langfristiger Buchung – Hortung – durch das vertikal integrierte Energieversorgungsunternehmen), der Aufrechterhaltung künstlich kleiner Bilanzonen⁵ und der fehlenden Vergabe ungenutzter Kapazitäten feststellbar.
- Die bisherigen Entflechtungsregelungen würden für vertikal integrierte Versorgungsunternehmen keine Anreize bieten, die Netze im allgemeinen Interesse des Marktes auszubauen, um den Zutritt neuer Teilnehmer im Erzeugungs- oder Vertriebsmarkt zu unterstützen. Es gebe gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass Investitionsentscheidungen vertikal integrierter Unternehmen beschränkt seien auf die Befriedigung der Bedürfnisse der verbundenen Versorgungsunternehmen. Insbesondere seien die vertikal integrierten Unternehmen beispielsweise wenig geneigt, Gasimportkapazitäten zu erhöhen, was in einigen Fällen schon zu Versorgungsproblemen geführt habe. Gleiches gelte in einigen Fällen für die Verfügbarkeit von Netzkapazitäten für neue Erzeugungsanlagen.⁶

Die Kommission weist ferner darauf hin, dass auch auf der Ebene der Verteilnetze Quersubventionierungen zwischen Netz und Vertrieb und Verletzungen der Regeln zur informatorischen Entflechtung zu Diskriminierungen neuer Wettbewerber geführt hätten.⁷

Nach Untersuchungen der Kommission sei eine eigentumsrechtliche Entflechtung mittlerweile in folgenden Ländern durchgeführt worden (teilweise beschränkt auf Übertragungs- bzw. Fernleitungsnetze):

⁵ Die Kommission spricht von „Balancing Zones“, womit im deutschen Kontext die Regelzone im Strombereich und die Marktgebiete im Gasbereich gemeint sein dürften.

⁶ Internal Energy Market Report 2007, Ziffer 2.1, S. 10.

⁷ Internal Energy Market Report 2007, Ziffer 2.6.1, S. 18.

- Dänemark
- Finnland (Elektrizität)
- Niederlande
- Spanien
- Großbritannien
- Tschech. Rep. (Elektrizität)
- Slowenien (Elektrizität)
- Irland (Elektrizität)
- Italien (Elektrizität)
- Portugal (Elektrizität)
- Schweden
- Litauen (Elektrizität)
- Slowakei (Elektrizität)
- Rumänien

In den nicht zur Europäischen Union gehörenden europäischen Staaten haben u.a. die Schweiz (Swissgrid⁸ als unabhängige Netzbetreiberin für die Übertragungsnetze) und Norwegen (Statnett⁹ als unabhängige Eigentümerin des Übertragungsnetzes) eine Entflechtung der Netze durchgeführt.

b) Energy Sector Inquiry

Die Feststellungen der Generaldirektion Energie der Europäischen Kommission werden in dem ebenfalls am 10. Januar 2007 veröffentlichten Bericht der Generaldirektion Wettbewerb zur wettbewerblichen Untersuchung des Energiemarktes (Energy Sector Inquiry 2007) bestätigt.¹⁰ In dem Bericht über die Energy Sector Inquiry werden sehr umfassend Beispiele aus dem Bereich Gas¹¹ und Strom¹² für Diskriminierungen, rechtswidrige Informationsflüsse und fehlende Anreize für wettbewerbsfördernde Investitionen geschildert.¹³

- In Deutschland sei zu beobachten, dass vertikal integrierte Gasnetzbetreiber verbundenen Unternehmen problemlos Transportkapazitäten zur Verfügung stellen würden und gleichzeitig Konkurrenten mitgeteilt werde, dass keine Kapazitäten zur Verfügung stünden.¹⁴

⁸ www.swissgrid.ch; dazu *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 24.

⁹ www.statnett.no, dazu *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 55.

¹⁰ Ausführliche Darstellung bei *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 14 ff.

¹¹ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, v. 10.01.2007, Sec. 2006 1774, Rz. 144 – 173.

¹² DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, v. 10.01.2007, Sec. 2006 1774, Rz. 483 – 518.

¹³ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, No. 1, Spring 2007, S. 27 f.

¹⁴ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, No. 1, Spring 2007, S. 25.

- Es sei durch eine staatliche Aufsichtsbehörde praktisch nicht zu kontrollieren, ob wettbewerbssensible Informationen vom Personal des Netzbetriebs an andere Unternehmensbereiche weitergegeben würden. Die räumliche Nähe der handelnden Personen, die natürliche Verbundenheit im Unternehmensverbund und die gemeinsam genutzten Unternehmensbereiche (z.B. Rechtsabteilung usw.) böten vielfältige Möglichkeiten und Anreize, Informationen auszutauschen und dadurch die verbundenen Wettbewerbsbereiche gegenüber aussenstehenden Konkurrenten zu bevorzugen. Die Karriereaussichten von Leitungspersonen des Netzbetreibers innerhalb des Konzerns verstärken den Anreiz zur Unterstützung von Interessen der anderen Unternehmensbereiche.¹⁵ In der Energy Sector Inquiry werden Fälle geschildert, bei denen Netzzugangsanfragen Dritter unmittelbar zu Wettbewerbsangeboten des verbundenen Vertriebs gegenüber dem wechselwilligen Kunden geführt haben. Die Kontrolle über diese unzulässigen Informationsflüsse sei insbesondere in Märkten mit einer großen Zahl an vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen praktisch nicht möglich.¹⁶ Dies gilt in besonderem Maße für Deutschland, wo es ca. 1.600 Gas- und Elektrizitätsnetzbetreiber gibt.
- Als besonders gravierend wird von der Generaldirektion Wettbewerb das durch die Verbundenheit von Netzbetrieb mit anderen Energieaktivitäten strukturell verbundene Fehlen von Anreizen für wettbewerbsfördernde Investitionen angesehen. In Deutschland tätigten z. B. drei Übertragungsnetzbetreiber zwischen 2001 und 2005 Investitionen in grenzüberschreitenden Verbindungen in der Höhe von 20-30 Millionen Euro, obwohl sie Einnahmen durch die Zuweisung von Verbindungen und Kapazitätsüberlastungen in einer Höhe von 400-500 Millionen Euro erzielt hatten. Art. 6 Abs. 6 lit b) der VO 1228/2003¹⁷ gibt jedoch vor, dass die Einnahmen aus der Zuweisung von Verbindungen u.a. für Netzinvestitionen für den

¹⁵ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, S. 28.

¹⁶ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, No. 1, Spring 2007, S. 28.

¹⁷ Verordnung (EG) Nr. 1228/2003 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2003 über die Netzzugangsbedingungen für den grenzüberschreitenden Stromhandel, ABl. v. 15.07.2003, L Nr. 176/1.

Erhalt oder Ausbau von Verbindungskapazitäten zur Aufhebung der Kapazitätsengpässe verwendet werden müssen.¹⁸

Auch die Generaldirektion Wettbewerb folgert aus den dargestellten Beispielen, dass die von der Generaldirektion Energie vorgeschlagenen verschärften Entflechtungsmaßnahmen das optimale Mittel zur strukturellen Neutralisierung der Energieversorgungsnetze und der Gewährleistung diskriminierungsfreier Netzzugangsbedingungen wären.¹⁹ Dabei wird ausdrücklich auch auf die Vorteile einer Entflechtung von Verteilnetzbetreibern verwiesen. Es wird auf die Erfahrungen in Belgien verwiesen, wo es sowohl vertikal integrierte und eigentumsrechtlich entflochtene Verteilnetzbetreiber gibt und dabei festgestellt wurde, dass eigentumsrechtlich entflochtene Verteilnetzbetreiber in erheblich besserer Weise den Wettbewerb unterstützen als vertikal integrierte Energieversorgungsnetzbetreiber.²⁰

Auch wenn eine eigentumsrechtliche Entflechtung nicht alle Probleme lösen und eine Regulierung der Netze nicht vollständig entbehrlich machen würde, führe sie zu einer anders nicht zu bewältigenden Beseitigung des strukturellen Problems der Verbundenheit von natürlichem Monopol Netz mit den Wettbewerbsbereichen Produktion, Erzeugung, Großhandel und Vertrieb. Ein selbständiger Netzbetreiber habe keinen Anreiz mehr, Netzzugangspetenten zu diskriminieren. Der Netzbetreiber habe ein ausschließliches Interesse daran, seinen Netzbetrieb zu optimieren und seinen Gewinn zu maximieren. Dies könne er am besten durch einen nachfragegerechten Ausbau seines Netzes und damit einer Vergrößerung des Transportvolumens. Er habe damit anders als der vertikal integrierte Netzbetreiber strukturell keinen Anreiz, Engpässe aufrechtzuerhalten, um Konkurrenten zu behindern. Im Gegenteil: Sein Ziel müsse es sein, Engpässe schnellstmöglich zu beseitigen, um zusätzliche zahlende Kunden zu erhalten.²¹ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, die Leiter und Mitarbeiter der Generaldirektion Wettbewerb sind, weisen in einem Aufsatz zur Energy Sector Inquiry darauf hin, dass die Investitionstätigkeiten

¹⁸ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, S. 27.

¹⁹ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, v. 10.01.2007, Sec. 2006 1774, Rz. 1036.

²⁰ DG Competition Report on Energy Sector Inquiry, v. 10.01.2007, Sec. 2006 1774, Rz. 517.

²¹ *Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg*, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, S. 29.

der Gasnetzbetreiber in Großbritannien²² und den Niederlanden²³ nach der Durchführung der eigentumsrechtlichen Entflechtung von British Gas bzw. Gasunie erheblich gestiegen seien. So habe die zur British Gas Group gehörende Transco in den Jahren 1997 – 2000 jährlich durchschnittlich ca. 160 GBP und nach ihrer Trennung von British Gas in den Jahren 2000 – 2006 jährlich durchschnittlich 216 GBP investiert, was einer Steigerung von ca. 35 % entspricht.²⁴ In den Niederlanden habe Gasunie nach der eigentumsrechtlichen Trennung im Jahre 2005 jährlich 127 Mio EURO investiert während in den Jahren 2001 – 2004 davor nur ca. 63 Mio. EURO investiert worden seien.²⁵ Dies entspricht einer Steigerung von 100 %.

2. Lösungsvorschläge

Die Kommission hält zwei Maßnahmen für denkbar, mit denen die beschriebenen Probleme gelöst werden könnten.

a) **Umfassende Entflechtung des Eigentums („Eigentums-Entflechtung“)**

Im Modell der Eigentums-Entflechtung würden Eigentum und Betrieb des Netzes vollständig getrennt werden von den Bereichen Energievertrieb, -gewinnung und -erzeugung. Der Netzbetreiber wäre gesellschaftsrechtlich völlig unabhängig von den Vertriebs- und Erzeugungs-/Gewinnungs-Unternehmen. Jedenfalls dürften letztere allenfalls unwesentliche Anteile an Netzunternehmen halten. Die Kommission weist darauf hin, dass ein solches System eine Reihe von Vorteilen habe:

- Da der Netzeigentümer und -betreiber keine eigenen Vertriebsinteressen mehr hätte, würden klare Signale für den Ausbau der europäischen Infrastrukturkapazität geschaffen.

²² vgl. dazu Volz, Das Unbundling in der britischen und deutschen Energiewirtschaft, S. 198 f., 200.

²³ Vgl. dazu Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 16 ff.

²⁴ Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, S. 30.

²⁵ Lowe/Pucinskaite/Webster/Lindberg, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, S. 31.

- Nicht-diskriminierender Netzzugang läge im Eigeninteresse des Netzeigentümers, wodurch Anreize zu Investitionen in Stromerzeugungs- und Gasimportinfrastruktur gesetzt würden.
- Die Netzbetreiber könnten untereinander marktsensible Informationen austauschen, um die Effizienz zu vergrößern und ohne eine Verletzung von Vorschriften zur informatorischen Entflechtung zu befürchten.
- Es würden Anreize geschaffen für einen grenzüberschreitenden Zusammenschluss von Übertragungsnetz- und Fernleitungsnetzbetreibern mit der Folge, dass grenzüberschreitende Netzprobleme effizienter gelöst werden könnten.
- Die Notwendigkeit für eine sehr umfassende und intensive Regulierung würde erheblich reduziert, da der Netzbetreiber keine Anreize mehr für eine Diskriminierung einzelner Marktteilnehmer hätte. Die reduzierte Regulierungsdichte würde dazu führen, dass die verbleibende Regulierung einfacher, schneller und kostengünstiger vollzogen werden könne. Der Umfang der Regulierung und der Umfang der Entflechtung würden miteinander korrespondieren.²⁶

b) Unabhängige Netzbetreiber („ISO-Modell“)

Im sog. ISO-Modell, würde das Eigentum am Netz unberührt bleiben, aber der Betrieb des Netzes in die Hände eines vom Netzbetreiber und den mit ihm verbundenen Unternehmen unabhängigen Betreibers gelegt werden (Independent System Operator – ISO). Ebenso wie bei der Eigentums-Entflechtung könnten Vertriebs- und Erzeugungs-/Gewinnungs-Unternehmen allenfalls unerhebliche Anteile am ISO halten. Der ISO wäre allein verantwortlich für den Betrieb des Netzes und die Netzsteuerung. Er wäre der einzige Kontakt zu den Netznutzern und würde die Entscheidungen über Wartung, Ausbau und Finanzierung des Netzes treffen. Dazu müssten ihm ausreichende Mittel und Personal, welches nicht gleichzeitig bei einem Energie-

²⁶ Internal Energy Market Report 2007, Ziffer 2.1, S. 10 f.

versorgungsunternehmen beschäftigt sein dürfte, zur Verfügung gestellt werden.

Die Kommission weist darauf hin, dass das ISO-Modell eine detaillierte Regulierung und dauerhafte Aufsicht durch die Regulierungsbehörden bedinge, da es nach wie vor eine kritische Schnittstelle zwischen Betreiber und Eigentümer gebe. Die aufwendigere Regulierung würde höhere Kosten verursachen. Die ISO-Lösung wäre daher weniger effizient, um die sub. 1. genannten Probleme zu lösen. Deshalb habe auch der Rat der Europäischen Regulierungsbehörden (*Counsel of European Energy Regulators – CEER*) darauf hingewiesen, dass die Regulierungsbehörden eine Eigentums-Entflechtung bevorzugen würden.²⁷ Die Gruppe der Europäischen Regulierungsbehörden (*European Regulators Group for Electricity and Gas - ERGEG*) differenziert zwischen zwei ISO Modellen, dem sog. „*deep ISO*“ und dem „*shallow ISO*“. Bei dem erstem Modell verbleibt beim Verbundunternehmen nur das Eigentum am Netz aber keine netzbezogene Funktion. Beim zweiten Modell behält der Netzeigentümer auch alle Netzfunktionen, nur der operative Betrieb des Netzes „in Echtzeit“ („*during and close to real time*“) wird ihm entzogen. Nach der Auffassung der ERGEG wäre der „*deep ISO*“ auf Grund der größeren Unabhängigkeit vom Netzeigentümer und der Minimierung des Diskriminierungspotenzials die geeignete Lösung.²⁸

c) **Entscheidung offen**

Der Europäische Ministerrat traf am 15. Februar 2007 keine Entscheidung über die einzuführenden verschärften Entflechtungsmaßnahmen²⁹. Die Regierungschefs begrüßten zwar am 8./9. März 2007 auf dem Treffen beim Europäischen Rat die Vorschläge der Kommission und stimmten darin überein, dass die wirksame Trennung der Versorgung und Erzeugung vom Betrieb der Netze (Entflechtung) auf der Grundlage unabhängiger organisierter und angemessen regulierter

²⁷ Counsel of European Energy Regulators (CEER) Response to the energy green paper of 11th July 2006 (C06-SEM-18-03); Internal Energy Market Report 2007, Ziffer 2.1, S. 11;

²⁸ ERGEG, 3rd Legislative Package Input, Paper 1: Unbundling, Ref: C07-SER-13-06-1-PD vom 05. Juni 2007, S. 10 ff., 13, 21.

²⁹ Rat der Europäischen Union, Mitteilung an die Presse, 2782. Tagung des Rates Verkehr, Telekommunikation und Energie vom 15. Februar 2007, 6271/07; ausführliche Darstellung einschließlich der Reaktionen der Mitgliedsstaaten bei *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 29 ff.

Strukturen für den Netzbetrieb, die einen gleichberechtigten und offenen Zugang zu Transportinfrastrukturen und die Unabhängigkeit von Entscheidungen über Infrastrukturinvestitionen garantieren, sichergestellt werden soll.³⁰ Es wurde allerdings nicht klar, welche Form des Unbundling in einem neuen Richtlinienpaket aus Brüssel enthalten sein wird.³¹ In der Öffentlichkeit ist von Kommissaren der EU verschiedene Mal auf verfassungsrechtliche Bedenken insbesondere in Deutschland gegen eine Eigentums-Entflechtung verwiesen worden.

III.

Diskussionsstand in Deutschland

1. Hauptgutachten der Monopolkommission aus dem Jahr 1980

In Deutschland hat es Ende der 70er Jahre eine ausführliche Diskussion gegeben über die Notwendigkeit einer Entflechtung, um den Missbrauch marktbeherrschender Stellungen strukturell zu verhindern. Dies wurde ausgelöst durch die Empfehlung der Monopolkommission in ihrem 3. Hauptgutachten im Jahre 1980, das geltende Wettbewerbsrechtssystem des GWB um das wettbewerbspolitische Instrument der Entflechtung zu erweitern.³² Im Vorfeld und in Folge dieser Empfehlung hat es eine umfassende wettbewerbsökonomische, wettbewerbsrechtliche und verfassungsrechtliche Diskussion um die Notwendigkeit und Grenzen solcher Entflechtungsmaßnahmen gegeben. Maßgeblich waren dabei vor allem die Arbeiten von *Rupert Scholz*³³, *Wernhard Möschel*³⁴ und *Peter Selmer*.³⁵

Scholz kam dabei zu dem Ergebnis, dass die Einführung einer Entflechtungsregelung im GWB mit den Ordnungsprinzipien des deutschen Wirtschaftsverfassungsrechts grundsätzlich vereinbar sei. Eine dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit dienende Entflechtungsregelung stelle sich als grundrechtsoptimierende Konfliktlösung dar. Für ihre Verfassungsmäßigkeit würden sowohl rechtsstaatlich - freiheitsrechtliche als auch sozialstaatliche Verfassungsgrundsätze streiten. Allerdings unterliege die Einführung einer Ent-

³⁰ Aktionsplan (2007-2009) des Europäischen Rates, Eine Energiepolitik für Europa, Schlussfolgerungen des Vorsitzes – Brüssel, 8./9. März 2007, 7224/07, Anlage I, S. 16.

³¹ Vgl. Kritik von *Linsmeier/Hamann*, Die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung, ET 2007, S. 93.

³² Monopolkommission, Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III.

³³ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung.

³⁴ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.

³⁵ *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz.

flechtungsregelung verschiedenen Schrankenvorbehalten; die Prinzipien der Erforderlichkeit, der Verhältnismäßigkeit und der Geeignetheit müssten gewahrt werden.³⁶

Auch Möschel war der Auffassung, dass verfassungsrechtlich gegen eine Entflechtung nichts ernsthaft eingewendet werden könnte. Er folgerte insbesondere aus dem Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichtes,³⁷ dass sich das Gericht mit einer Vertretbarkeitskontrolle begnügen würde. An der Geeignetheit und Notwendigkeit einer generellen Entflechtungsregelung bestünden dagegen keine Zweifel.³⁸ Möschel wies darauf hin, dass es bereits unmittelbar nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges eine gesetzliche Entflechtung im Bergbau, der Eisen- und Stahlindustrie, der IG Farben, der drei großen Filialgroßbanken und der Filmwirtschaft gegeben habe.³⁹ Allerdings seien diese Erfahrungen für die generelle Wettbewerbsgesetzgebung aufgrund der besonderen historischen Zusammenhänge nur eingeschränkt verwertbar. Er wies weiter darauf hin, dass mit verfassungsrechtlichem Geschütz seinerzeit auch in den USA die Herausbildung von Entflechtungsmöglichkeiten bekämpft worden sei. Der Supreme Court habe diese Bedenken in seinem Urteil *Northern Securities v. United States*⁴⁰ vor mittlerweile über 100 Jahren im wesentlichen zurückgewiesen. Möschel befürwortete daher ausdrücklich die Einführung eines Instruments der Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen.

Selmer gelangte dagegen zu der Auffassung, dass eine missbrauchsorientierte Entflechtungsermächtigung unverhältnismäßig sei, weil Maßnahmen der Missbrauchsaufsicht ausreichend seien. Die Prognose, die Durchführung von Entflechtungen werde mehr Wettbewerb bringen, sei alles andere als sicher.⁴¹

Die Diskussion ist in vielen weiteren Arbeiten fortgeführt worden.⁴² Der Bundesrat hat zu der Empfehlung der Monopolkommission Stellung genommen

³⁶ Scholz, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 136.

³⁷ BVerfGE 50, 290.

³⁸ Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, S. 152.

³⁹ Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkung, S. 153.

⁴⁰ 193 U.S. 197/1904; dazu Schulte-Braucks, Die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch Entflechtung, Patent- und Warenzeichenfreigabe, S. 63 ff.

⁴¹ Selmer, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 75 f.

⁴² u.a. Gotthold, ZHR 144 (1980) 341 – 349; Schulte-Braucks, BB 1981, 1369; Hesse, DB 1980, 2377; Jens, WuW 1978, 264; Haus, WuW 2001, 659 jeweils mit weiteren Nachweisen.

und mitgeteilt, dass er für eine Gesetzesinitiative zur Entflechtung in absehbarer Zeit keinen Raum sehe.⁴³

Die durch die Monopolkommission Ende der 70er Jahre angestoßene und von *Scholz*, *Möschel* und *Selmer* u.a. fortgeführte Diskussion über die Einführung einer generellen Entflechtungsermächtigung zugunsten des Bundeskartellamtes weist mit dem im Bericht der Europäischen Kommission angesprochenen Problem nur eingeschränkte Parallelen auf. Während es damals um eine allgemeine Ermächtigung des Bundeskartellamtes ging, geht es nun um eine gesetzlich angeordnete Entflechtung der Stromversorgungsunternehmen. Damit entfallen eine Reihe von schwierigen verfassungs- und rechtspolitischen Fragen der Bestimmtheit der Ermächtigung für das Bundeskartellamt und der Festlegung der Grenzen und des Umfangs der von der Behörde anzuordnenden Entflechtungsmaßnahmen. Eine vom Gesetzgeber angeordnete Entflechtungsmaßnahme wäre gleichzusetzen mit einer bereits angeordneten Maßnahme durch das Bundeskartellamt und müsste sich nur an dem jeweils geltenden höherrangigen Recht messen lassen. Dies ist für den Bundesgesetzgeber ausschließlich die deutsche Verfassung und das höherrangige Europarecht. Letzteres soll im vorliegenden Gutachten zunächst unberücksichtigt bleiben, zumal generell davon ausgegangen werden kann, dass die Ergebnisse auf der Ebene des Europarechts und des nationalen Verfassungsrechts vermutlich ähnlich sein werden.⁴⁴

Zuletzt hat die Monopolkommission in ihrem Sondergutachten vom März 2007 zur Novellierung des GWB zur Notwendigkeit der Einführung einer eigentumsrechtlichen Entflechtung in der Energiewirtschaft Stellung genommen. Eine eigentumsrechtliche Entflechtung als „hartes“ strukturpolitisches Instrument sei danach als *ultima ratio* anzusehen und nicht einzuführen, bevor die geltenden Regelungen und die Regulierung des Netzzugangs erste aussagekräftige Ergebnisse zeigen.⁴⁵

⁴³ BR-Drucks. 215/81.

⁴⁴ *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 103; Vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 68 ff., 71, 80, die zu dem Schluss kommen, dass ein Ownership Unbundling in Form der Zwangsveräußerung nach deutschem Recht anders als nach Europarecht eine nach Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 GG zu beurteilende Inhalts- und Schrankenbestimmung sei. Die Zwangsveräußerung sei nach dem Europarecht allerdings als eine Entziehung von Eigentum und daher als der förmlichen Enteignung gleichgestellt zu betrachten.

⁴⁵ Monopolkommission, 47. Sondergutachten, S. 27 ff., Rn. 43, 51 f.

2. Aktuelle Diskussion

Die Notwendigkeit der Trennung des Netzes von anderen Energieversorgungsaktivitäten ist in der jüngeren Zeit in Deutschland verschiedentlich als Forderung erhoben worden.⁴⁶ Dabei werden keine grundsätzlich neuen Argumente für und wider einer Entflechtung gegenüber der Diskussion Ende der 70er Jahre angeführt. Grundsätzlich sind heute wie damals die oben beschriebenen Vorteile einer Entflechtung (nach welchem Modell auch immer) gegenüber den folgenden Nachteilen abzuwägen:⁴⁷

- Entflechtungsmaßnahmen zerstören gewachsene Unternehmensstrukturen und können damit bestehende Effizienzvorteile beseitigen.
- Gläubigerinteressen können berührt werden, indem den Unternehmen Haftungsmasse entzogen wird.
- Wenn Einnahmen aus dem Netzbetrieb wegfallen, können die Unternehmen vor Liquiditätsprobleme gestellt werden, solange eine alternative Investition des Verkaufserlöses noch nicht zu einem vergleichbaren *Cash flow* führt.
- Größenvorteile könnten nur noch in geringerem Maße genutzt werden.
- Würden Energieversorgungsnetze von Unternehmen übernommen werden, die nicht im Bereich der „klassischen“ Energieversorgung tätig seien (z.B. Pensionsfonds, Investmentbanken), hätten sie kein Interesse an einer Aufrechterhaltung der hohen Versorgungsqualität, sondern nur an Kostenminimierung und Gewinnmaximierung.

⁴⁶ *Leprich*, Stromnetze neutralisieren, *Energiedepesche*, 04.12.2005, S. 32; *Krawinkel*, Interview in *Spiegel online*, 18.05.2006; vgl. auch Initiative des Hessischen Wirtschaftsministers zur Entflechtung im Bereich der Erzeugung: Pressemitteilung des Hessischen Ministers für Wirtschaft, Verkehr und Landesentwicklung vom 08.12.2006 „Wettbewerb zwischen Stromunternehmen soll Preisanstieg stoppen“, www.wirtschaft.hessen.de; Monopolkommission, 47. Sondergutachten, S. 27 ff. Rn. 45. Nach der Ansicht der Monopolkommission lassen sich einzelne Probleme wie das der Realisierung eines diskriminierungsfreien Zugangs und der Preissenkung durch einen Maßnahmenbündel von vertikalen und horizontalen Entflechtungen lösen. Bei einer horizontalen Entflechtung, wie sie vom hessischen Wirtschaftsminister dargestellt wird, sollen marktbeherrschende Unternehmen auf der Erzeugerebene zum Verkauf einiger ihrer Kraftwerke gezwungen werden.

⁴⁷ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 120 ff.; Monopolkommission, 47. Sondergutachten, S. 27 ff.; *Börner*, *Versorgungswirtschaft* 6/2007, S. 128 ff.

- Der Kapitalmarkt würde durch einen Verkauf der vielen Netze in Deutschland und Europa überflutet werden mit gravierenden Auswirkungen auf den Wertpapierhandel.
- Eine Entflechtung sei mit einem erheblichen Eingriff in die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie, die Berufs- und Wirtschaftsfreiheit, die Vereinigungsfreiheit und die Vertragsfreiheit verbunden.
- Es gebe mildere und besser geeignete Mittel, um die wettbewerbliche Neutralität der Netze sicherzustellen; insbesondere solle zunächst der Erfolg und die Wirkung der Arbeit der Bundesnetzagentur abgewartet werden.

In einem Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 07.03.2007 befürworteten die Abgeordneten die Aufnahme einer Regelung zur eigentumsrechtlichen Entflechtung von Konzernen in das GWB und fordern die Bundesregierung auf, sich für die zwingende Vorgabe der Entflechtung der Energietransportnetze auf europäischer Ebene einzusetzen.⁴⁸

Das Bundeswirtschaftsministerium spricht sich jedoch in seinem ersten Entwurf vom 13.07.2007 für den Evaluierungsbericht der Bundesregierung nach § 112 EnWG für eine effizientere Umsetzung der bereits geltenden Entflechtungsvorschriften aus. Die Notwendigkeit schärferer Maßnahmen lasse sich dann auf Grund der daraus gezogenen Schlüsse feststellen.⁴⁹

Einige Energieversorger in Deutschland und den Nachbarländern haben ihrerseits das Modell eines „*Regional System Operator*“ als Alternative zur Eigentumsentflechtung vorgeschlagen. Danach sollten die Netze Deutschlands, Frankreichs und der Beneluxländer gebündelt werden (sog. Netz-Pool). So würden die vertikal integrierten Energieversorgungsunternehmen ihre Netze behalten, eine unabhängige Gesellschaft sollte die Netze nur verwalten.⁵⁰

⁴⁸ BT-Drs. 16/4557.

⁴⁹ BMWI, Entwurf des Evaluierungsberichts der Bundesregierung an den Deutschen Bundestag und den Bundesrat nach § 112 des Energiewirtschaftsgesetzes über die Erfahrungen und Ergebnisse mit der Regulierung, Kurzfassung vom 13.07.2007.

⁵⁰ S. Artikel vom 05.03.2007, Stromkonzerne wollen Zerschlagung entgehen, abrufbar unter <http://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/artikel/488/104384/print.html>; *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 124 ff.

Die Gruppe der europäischen Regulierer (ERGEG) unterstreicht andererseits die nicht effiziente Umsetzung des Unbundling als das intensivste Hindernis des Wettbewerbs im Elektrizitäts- und Gasmarkt und argumentiert daher für die Eigentumsentflechtung als die beste Lösung des Problems.⁵¹

Im folgenden sollen die für und wider eine Entflechtung sprechenden Gründe in die verfassungsrechtliche und rechtspolitische Bewertung einbezogen werden. Doch zunächst sind die verschiedenen Handlungsformen für eine Entflechtung kurz zu skizzieren ohne im einzelnen auf die gesellschafts-, arbeits- und steuerrechtlichen Aspekte einzugehen. Da bisher nur über eine gesetzliche Entflechtungsanordnung gesprochen wird, wären die mit diesen Rechtsmaterien eventuell verbundenen Probleme auf der Ebene des einfachen Gesetzgebers lösbar.

B.

Handlungsformen

I.

Verkaufs- und Pro-Rata-Lösungen

In der bisherigen Diskussion um die Einführung einer Entflechtungsregelung in das GWB wurden eine Reihe von Entflechtungs-Modellen diskutiert. Dabei wurde zwischen Verkaufslösungen und *Pro-Rata*-Lösungen differenziert.⁵² Bei Verkaufslösungen sollten Unternehmensteile an andere Unternehmen über die Börse, durch öffentliche Ausschreibungsverfahren oder freihändig durch bilateralen Vertrag veräußert werden.⁵³ Unter der Bezeichnung *Pro-Rata*-Lösungen wurden eine Vielzahl von Verfahrensweisen zusammengefasst, mit Hilfe derer der zu entflechtende Gegenstand den Anteilsinhabern des betroffenen Unternehmens selbst zugewandt wird und

⁵¹ ERGEG's Assessment of the development of the European Energy Market 2006, Ref: E06-MOR-02-06 vom 06. Dezember 2006, S. 6; vgl. ERGEG, 3rd Legislative Package Input, Paper 1: Unbundling, Rf: C07-SER-13-06-1-PD vom 05. Juni 2007, S. 21.

⁵² Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 59 ff.; Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 115 ff.; ders. Das Instrument der Entflechtung im Kontext des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts: ein Vorschlag zur Ausgestaltung; vgl. mögliche Ausgestaltungsformen des Ownership Unbundling in Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 26 ff.

⁵³ Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 115; Baur/Pritzsche/ Klauer, Ownership Unbundling, S. 28.

bei denen kein Anteilseigner einen erheblichen Anteil am Unternehmen haben sollte.⁵⁴

Die damals diskutierten Verfahrensweisen sind nur bedingt tauglich als Vorlage für mögliche Regelungen einer Entflechtung von Netz und Vertrieb/Gewinnung/Erzeugung. Es ging in der damaligen Diskussion um die Regelung einer allgemeinen Ermächtigung an das Bundeskartellamt, marktbeherrschende Unternehmensstrukturen auf allen Märkten durch strukturelle Entflechtungsanordnungen zu beseitigen. Die Regelung musste notgedrungen abstrakt-genereller Natur sein, um die Vielzahl der möglichen Gestaltungen zu erfassen.

Bei der heutigen Diskussion der Entflechtung integrierter Energieversorgungsunternehmen geht es jedoch um eine konkrete Anordnung des Gesetzgebers, genau definierte Bereiche der Energieversorgungsunternehmen (Netze) in einer vom Gesetzgeber vorgegebenen Weise von anderen Aktivitäten zu trennen. Dies kann grundsätzlich durch die zwei von der Europäischen Kommission vorgeschlagenen Verfahren erreicht werden.

II.

Eigentums-Entflechtung

Soweit es um die sub. A.II.2.a) beschriebene eigentumsrechtliche Trennung des Netzbereichs von anderen Energieversorgungsbereichen geht, kann dies durch eine einfache generelle Regelung im Energiewirtschaftsgesetz erreicht werden. Hierzu könnte im EnWG wie folgt formuliert werden:

„Wer im Elektrizitäts- oder Gasbereich eine der Funktionen Vertrieb, Erzeugung oder Gewinnung ausübt, darf nicht zugleich selbst oder durch ein Unternehmen, an dem er mehr als 5 % der Kapital- oder Stimmrechtsanteile mittelbar oder unmittelbar hält, Eigentümer oder Miteigentümer eines Übertragungs- oder Fernleitungsnetzes sein oder dieses betreiben. Wer Eigentümer oder Miteigentümer eines Übertragungs- oder Fernleitungsnetzes ist oder ein solches betreibt, darf nicht zugleich an einem Unternehmen, das eine der Funktionen Vertrieb, Erzeugung oder Gewinnung ausübt, mittelbar oder unmittelbar beteiligt sein.“

⁵⁴ Möschel, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 117; vgl. die Varianten in Baur/Pritzsche/ Klauer, Ownership Unbundling, S. 31 ff, sie unterscheiden je nach den verschiedenen Eingriffsstufen des Unbundling zwischen den Modellen „Konzernfreier Netzbetreiber“, „Verstaatlichung des Netzbetriebs“, „Übertragung Netzeigentum“, „Nationaler Netzbetreiber“ und „Lockerung des Konzernverbunds“.

Eine solche Regelung würde dem integrierten Energieversorgungsunternehmen die größtmögliche Freiheit belassen, wie es diesem Entflechtungsgebot nachkommt. Es kann sich für einen Verkauf an Dritte entscheiden, wobei entweder ein Verkauf der Wettbewerbsaktivitäten oder des Netzbereichs möglich ist. Denkbar ist auch eine *Pro-Rata*-Lösung, indem das integrierte Energieversorgungsunternehmen den ausgegliederten Netzbereich seinen eigenen Anteilseignern zum Kauf anbietet. Diese können die Anteile am ausgegliederten Netunternehmen dann übernehmen, soweit ihr jeweiliger Kapital- oder Stimmrechtsanteil z.B. 5 % nicht überschreitet. Umgekehrt wäre es einem Netzeigentümer und -betreiber auch mit einem geringen Anteil nicht möglich, sich an einem Vertriebs-, Erzeugungs- oder Gewinnungs-Unternehmen zu beteiligen, da nur so der Interessenkonflikt des Netzbetreibers vermieden werden kann.

III.

ISO-Modell

Für die sub. A.II.2.b) beschriebene ISO-Lösung bedarf es dagegen weitergehender Regelungen in Anlehnung an § 6 EnWG, welche die Unabhängigkeit des ISO gegenüber dem Eigentümer des Netzes und den übrigen Bereichen der Energieversorgung gewährleisten. Eine solche umfassende Regelung im EnWG könnte durch folgenden Satz eingeleitet werden:

„Wer Eigentümer oder Miteigentümer eines Übertragungsnetzes oder Fernleitungsnetzes ist oder im Elektrizitäts- oder Gasbereich eine der Funktionen Vertrieb, Erzeugung oder Gewinnung ausübt, darf nicht zugleich die Funktion des Betreibers eines Übertragungs- oder Fernleitungsnetzes ausüben oder an einem Unternehmen, welches diese Funktion ausübt, mit einem Kapital- oder Stimmrechtsanteil von mehr als 5 % mittelbar oder unmittelbar beteiligt sein. Wer ein Übertragungs- oder Fernleitungsnetz betreibt, darf nicht zugleich mittelbar oder unmittelbar an einem Unternehmen beteiligt sein, welches Eigentümer oder Miteigentümer eines solchen Netzes ist oder eine der Funktionen Erzeugung, Vertrieb oder Gewinnung ausübt. Zum Betrieb des Netzes gehört auch die eigenverantwortliche Entscheidung über die Instandhaltung, den Ausbau und die Finanzierung des Netzes.“

IV. Weitere Regelungen

Nur die beiden sub. II. und III. vorgestellten Regelungsvorschläge sollen im folgenden verfassungsrechtlich bewertet werden. Eine Verstaatlichung, d. h. eine Übernahme der Netze in staatliche Verantwortung, ist gegenwärtig nicht Gegenstand der Diskussion und soll deshalb auch in diesem Gutachten nicht weiter behandelt werden. Weiterhin soll auch nicht die Frage näher untersucht werden, ob eine Ausweitung der Entflechtungsmaßnahmen auf Verteilnetzbetreiber wettbewerbspolitisch sinnvoll und verfassungsrechtlich zulässig wäre. Schließlich soll auch nicht näher untersucht werden, ob ein gemeinsamer Betrieb der Übertragungsnetze (einheitliche Regelzone) und der Fernleitungsnetze (bundeseinheitliches Marktgebiet) vorgegeben werden darf und sollte.

C. Verfassungsrechtliche Bewertung

Die Europäische Kommission kann die verschärften Maßnahmen durch ein neues Richtlinienpaket anordnen, das von den Mitgliedstaaten umzusetzen sein wird. Sie kann dabei den Mitgliedstaaten die Wahl der Entflechtungsform und der Mittel überlassen oder sie durch konkrete Vorgaben zu einem bestimmten Vorgehen zwingen. Unmittelbar gegen die Richtlinie wird den Energieversorgern kein Rechtsbehelf zur Verfügung stehen. Je nach dem, ob die Mitgliedstaaten einen Spielraum haben oder nicht, kommen das nationale Verfassungsrecht einerseits oder der EG-Vertrag und die Grundrechte des Gemeinschaftsrechts andererseits als von den staatlichen Gerichten anzuwendender Prüfungsmaßstab für die Rechtmäßigkeit der Vorgaben des Umsetzungsaktes der Mitgliedstaaten in Betracht.⁵⁵ Auf Grund der schon geltenden Entflechtungsregelungen, die den Mitgliedstaaten erhebliche Handlungs- und Ausgestaltungsspielräume belassen⁵⁶ und wegen der Besonderheiten der Struktur der nationalen Elektrizitäts- und Erdgasmärkte ist davon auszugehen, dass keine strikte Vorgehensweise in der neuen Richtlinie vorgegeben wird. Wenn der nationale Gesetzgeber eine Auswahlmöglichkeit hat, dann muss er seine Entscheidung vor dem nationalen Verfassungsrecht rechtfertigen.⁵⁷

⁵⁵ *Linsmeier/Hamann*, Die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung, ET 2007, S. 96.

⁵⁶ *Schmidt-Preuß*, in *Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg.), Unbundling in der Energiewirtschaft, Kapitel 2. Rn. 7.

⁵⁷ *Linsmeier/Hamann*, ET 2007, 96; vgl. *Schmidt-Preuß*, in *Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg.), Unbundling in der Energiewirtschaft, Kapitel 2. Rn. 3 ff.; a.A. *Holzengel/Schumacher*, N&R 2007, 96, 98; *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 102 ff.

Die sub. B. skizzierten Regelungen sollen daher gemeinsam an den einschlägigen Grundrechten gemessen werden. Die Prüfung wird auf eine strikte Grundrechtsanalyse beschränkt. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits im Mitbestimmungsurteil⁵⁸ entschieden, dass das Grundgesetz keine unmittelbare Festlegung einer bestimmten Wirtschaftsordnung enthält. Das Grundgesetz ist wirtschaftspolitisch neutral.⁵⁹ Es gibt neben den Grundrechten kein zusätzliches Überprüfungskriterium für wirtschaftsordnende Gesetze aus einem „institutionellen Zusammenhang der Wirtschaftsverfassung“ oder einem „Schutz- und Ordnungszusammenhang“ der Grundrechte.⁶⁰ Die Ablehnung einer selbständigen Prüfungskategorie einer Wirtschaftsverfassung schließt es nach den Worten von *Möschel* aus, Maßnahmen allein schon deshalb als verfassungswidrig zu bewerten, weil sie nicht „systemkonform“ oder „systembeeinträchtigend“ sind.⁶¹

Es kommt also darauf an, ob die sub. B. beschriebenen Maßnahmen mit der Eigentumsgarantie (Art. 14 GG), der Berufs- und Gewerbefreiheit (Art. 12 GG), der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 GG) und der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 GG) vereinbar sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Maßnahme zwar einerseits in den Schutzbereich der Grundrechte eingreift, aber den jeweiligen Schranken genügt, insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner für die jeweiligen Grundrechte differenzierten Ausprägung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes.

I.

Eigentumsgarantie

1. Schutzbereich

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG schützt grundsätzlich jedes vermögenswerte Recht, die freie und privatnützige Verfügung über dieses Recht durch seinen Inhaber und die prinzipielle freie Disposition über den sachlichen, ökonomischen sowie sonstigen Nutzen dieses Rechts.⁶² Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes gewährleistet Art. 14 GG dem Eigentümer nicht nur den vermögensmäßigen Rechtsbestand, sondern einen maßgebenden Freiheitsraum im vermögensrechtlichen

⁵⁸ BVerfGE 50, 290, 336 ff.

⁵⁹ BVerfGE 4, 7, 17 ff. – Investitionshilfegesetz.

⁶⁰ BVerfGE 50, 290, 336.

⁶¹ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 135; *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 83 ff., 136.

⁶² *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 137.

Bereich.⁶³ Als wichtigste Garantieelemente bezeichnet das Bundesverfassungsgericht daher die Privatnützigkeit des Eigentums bzw. dessen Zuordnung zu einem Rechtsträger, in dessen Hand es als Grundlage privater Initiative und im eigenverantwortlichen privaten Interesse von Nutzen sein soll.⁶⁴

Geschützt wird auch das gesellschaftsrechtlich vermittelte Anteilseigentum, welches dem Inhaber Mitgliedschaftsrechte und vermögensrechtliche Ansprüche auf Gewinnbeteiligung vermittelt.⁶⁵

Es sollen an dieser Stelle die weiteren Ausprägungen und Differenzierungen des verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs und die Grenzen des Schutzbereichs von Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG nicht näher ausgelotet und dargestellt werden. Denn es dürfte kein Dissens darüber bestehen, dass die sub. B. beschriebenen Entflechtungsmaßnahmen (Eigentums-Trennung und/oder ISO-Modell) den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG berühren und sich die integrierten Energieversorgungsunternehmen gegenüber entsprechenden Maßnahmen des Gesetzgebers grundsätzlich auf den Schutzbereich dieses Grundrechts berufen können.⁶⁶ Der verfassungsrechtliche Schutz steht auch den Unternehmen als juristische Personen des Privatrechts zu, da Art. 14 GG seinem Wesen nach auch auf juristische Personen anwendbar ist. Gemäß Art. 19 Abs. 3 GG können sich daher die in privatrechtlichen Gesellschaftsformen organisierten integrierten Energieversorgungsunternehmen auf den Schutz von Art. 14 GG berufen.

2. Eingriff

a) Eingriffsformen

Art. 14 GG sieht zwei Eingriffstatbestände vor. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG kann der Gesetzgeber Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen. Art. 14 Abs. 2 GG besagt, dass das Eigentum verpflichtet und dass sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen solle. Es handelt sich dabei nicht um zwei verschiedene

⁶³ BVerfGE 50, 290, 339; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 1.

⁶⁴ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 138 mit weiteren Nachweisen aus der Judikatur des BVerfG; *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 79..

⁶⁵ BVerfGE 14, 263, 276 f.; 25, 371, 407; 100, 289, 301 f.; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 195; *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 79.

⁶⁶ *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 113; *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 79.

Beschränkungsmöglichkeiten, sondern um einen einheitlichen Gesetzesvorbehalt. Das Wohl der Allgemeinheit und die Sozialbindung des Eigentums sind Grund und Grenze für dem Eigentum nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG aufzuerlegende Beschränkungen.⁶⁷

Außer durch eine Inhalts- und Schrankenbestimmung zur näheren Konkretisierung der Sozialbindung des Eigentums kann der Gesetzgeber auch durch eine Enteignung nach Art. 14 Abs. 3 GG in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie eingreifen. Eine Enteignung ist nach Art. 14 Abs. 3 GG nur zum Wohle der Allgemeinheit durch oder aufgrund eines Gesetzes möglich, das zugleich Art und Ausmaß der Entschädigung unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten bestimmt.

b) Sozialbindung oder Enteignung

aa) Begriff der Enteignung

In der öffentlichen Diskussion wird mit dem Instrument der Entflechtung häufig eine Enteignung assoziiert. Damit verbunden ist in der Regel das Verdikt, eine solche Enteignung sei unzulässig. Letzteres wird schon unmittelbar durch den Wortlaut der Verfassung widerlegt. Eine Enteignung ist grundsätzlich zulässig und wird in zahlreichen Rechtsbereichen praktiziert, wie z. B. bei der Enteignung zugunsten von öffentlich notwendigen Infrastrukturvorhaben nach dem BauGB oder dem Fachplanungsrecht, bei der Enteignung zugunsten von Energieversorgungsunternehmen nach § 45 EnWG. Bevor die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Enteignung geprüft werden, stellt sich aber schon die Frage, ob die sub. B. genannten Entflechtungs-Maßnahmen überhaupt eine Enteignung darstellen. Deshalb soll im folgenden die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zur Abgrenzung von Inhalts- und Schrankenbestimmungen nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG und Enteignungen nach Art. 14 Abs. 3 GG skizziert werden.

⁶⁷ BVerfGE 25, 112, 118; 50, 290, 340; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 306.

Der Enteignungsbegriff hat in der Rechtsprechung und herrschenden Lehre eine mehrfache Wandelung erlebt. Während früher als Enteignungen nur die entschädigungspflichtige Übertragung von Grundeigentum auf ein im öffentlichen Interesse liegendes Unternehmen angesehen wurde, erfuhr der Enteignungsbegriff später erhebliche Weiterungen und sollte alle Eigentumsbeschränkungen erfassen, welche nicht mehr als bloße Sozialbindungen des Eigentums angesehen werden konnten.⁶⁸ Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist spätestens seit dem Beschluss vom 22. Mai 2001 zur Baulandumlegung⁶⁹ die Rückkehr zum klassischen Enteignungsbegriff vollzogen worden. Als Enteignung ist nur noch der staatliche Zugriff auf das Eigentum des Einzelnen zu verstehen. Er ist auf die vollständige oder teilweise Entziehung konkreter subjektiver, durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteter Rechtspositionen zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben gerichtet. Allerdings ist auch nicht jeder Entzug einer Rechtsposition eine Enteignung i.S.v. Art. 14 Abs. 3 GG. Diese ist beschränkt auf solche Fälle, in denen Güter hoheitlich beschafft (oder beseitigt)⁷⁰ werden, um ein konkretes, der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dienendes Vorhaben durchzuführen. Wird dagegen mit dem Entzug bestehender Rechtspositionen der Ausgleich privater Interessen beabsichtigt, kann es sich nur um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handeln.⁷¹

bb) Einordnung von Entflechtungsmaßnahmen

Die beiden hier diskutierten Entflechtungs-Modelle stellen keine Enteignung in diesem Sinne dar, sondern eine Inhalts- und

⁶⁸ vgl. die ausführliche Übersicht bei *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 343-378 u. 522-546 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁶⁹ BVerfGE 104, 1.

⁷⁰ *Wieland*, in: *Dreier*, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 14 Rz. 77.

⁷¹ BVerfGE 101, 239, 259; 104, 1, 10; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 361 und 527 ff.

Schrankenbestimmung⁷². Weder im ISO-Modell noch mit dem Gebot der eigentumsrechtlichen Trennung von Netz auf der einen und Vertrieb, Erzeugung, Gewinnung auf der anderen Seite erfolgt die Beschaffung oder Beseitigung eines Eigentumsrechts durch die öffentliche Hand zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Im ISO-Modell werden die Eigentümerbefugnisse des Netzbetreibers insoweit eingeschränkt, als er selbst nicht den Betrieb des Netzes durchführen darf, sofern er zugleich im Energievertrieb, der Energieerzeugung oder der Gasgewinnung tätig ist. Dadurch findet keine Vermögens- oder Rechtenverschiebung zwischen dem integrierten Energieversorgungsunternehmen auf der einen und dem Staat auf der anderen Seite statt. Es werden lediglich die Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Eigentümerbefugnisse konkretisiert und eingeschränkt.

Gleiches gilt für das Gebot der eigentumsrechtlichen Trennung. Auch hier greift der Staat nicht auf das private Netzeigentum zu und beschafft sich (oder beseitigt) dies zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Vielmehr wird das Recht zum Eigentum, Besitz und Betrieb eines Energieversorgungsnetzes an die zusätzliche Voraussetzung geknüpft, dass der Rechtsinhaber nicht zugleich eine andere Tätigkeit der Energieversorgung ausübt.⁷³ Aus dieser Inhalts- und Schrankenbestimmung wird nicht allein deshalb eine Enteignung, weil ein bereits bestehendes integriertes Energieversorgungsunternehmen aufgrund dieses Gebotes faktisch dazu gezwungen wird, sich entweder von seinem Netz oder von seinen Vertriebs-, Erzeugungs- und Gewinnungsaktivitäten zu trennen. Diese Trennung ist faktische Folge der Inhalts- und Schrankenbestimmung, führt aber nicht zu dem für eine Enteignung kennzeichnenden öffentlichen Beschaffungsvorgang zum Zwecke der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe.

⁷² So auch *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, 2006, S. 80; *Linsmeier/Hamann*, ET 2007, S. 97; anders *Börner*, Versorgungswirtschaft 06/2007, S. 129 ff.; *Schmidt-Preuß*, in *Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg.), Unbundling in der Energiewirtschaft, Kapitel 2. Rn. 32 f., der das Ownership Unbundling als einen konkret-individuellen Eingriff im Sinne einer Enteignung betrachtet; *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 114.

⁷³ So auch *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 80.

Es handelt sich auch nicht um eine Enteignung zugunsten des privaten Erwerbers der zu veräußernden Aktivität.⁷⁴ Dies würde voraussetzen, dass der Gesetzgeber gezielt anordnet, dass ein Energieversorgungsnetz auf einen bestimmten Privaten zu übertragen ist, damit dieser damit eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Dem Gesetzgeber geht es jedoch nicht darum, einen bestimmten Privaten durch eine Übertragung eines Energieversorgungsnetzes zu begünstigen, sondern um die Durchsetzung einer Trennung von Eigentum und Betrieb von Netzen auf der einen und anderen Energieversorgungsaktivitäten auf der anderen Seite.

Als Zwischenergebnis bleibt festzuhalten, dass Entflechtungsmaßnahmen, welche nicht zu einer Verstaatlichung von Energieversorgungsnetzen führen, keine Enteignung, sondern Inhalts- und Schrankenbestimmungen darstellen.⁷⁵

3. Rechtfertigung

Die Einordnung der Entflechtung als Inhalts- und Schrankenbestimmung bedeutet nicht, dass dadurch auch die gesetzgeberische Zugriffsmöglichkeit auf das Eigentum der Unternehmen in der Sache erweitert ist. Auch wenn Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums nicht in eine entschädigungspflichtige Enteignung umschlagen können, unterliegen sie eigenen engen verfassungsrechtlichen Grenzen. Dies kann etwa dazu führen, dass Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums durch die Gesetzgebung wegen unverhältnismäßiger Einschränkung der privatnützigen Verwend- und Verfügbarkeit des Eigentums als verfassungswidrig erachtet werden müssen. Dies kann auch bedeuten, dass der Gesetzgeber dem Verdikt der verfassungswidrigen Inhalts- und Schrankenbestimmung nur dadurch entgehen kann, dass er jene Zugriffe auf das Eigentum unter Abfederung durch eine geldwerte Ausgleichs- oder Entschädigungsleistung gestattet.⁷⁶ Es ist also notwendig, die Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsfrei-

⁷⁴ vgl. zur Enteignung zugunsten Privater *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 577 ff.

⁷⁵ Dies verkennen *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 172 und *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981, 61 ff., die allerdings auch die neue Rechtsprechung des BVerfG zur Begrenzung des Enteignungsbegriffs noch nicht berücksichtigen konnten; wie hier: *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 508.

⁷⁶ *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 528.

heit näher zu bestimmen, um sodann zu prüfen, ob die sub. B. vorgestellten Entflechtungsmaßnahmen diese Grenzen beachten. Dabei sind Zweckmäßigkeit, Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu überprüfen.⁷⁷

a) Reichweite und Grenzen der Sozialbindung

aa) Gebot der Abwägung

Die Gemeinwohlverpflichtung des Eigentumsgebrauchs gemäß Art. 14 Abs. 2 GG ist Orientierungspunkt und Grenze einer legislativen Beschränkung des Eigentums.⁷⁸ Der Gesetzgeber muss die schutzwürdigen Interessen der Beteiligten in einen gerechten Ausgleich und in ein ausgewogenes Verhältnis bringen und dabei einerseits der verfassungsrechtlich garantierten Rechtsstellung des Eigentümers und andererseits dem Gebot einer sozialgerechten Eigentumsordnung Rechnung tragen. Eine einseitige Bevorzugung oder Benachteiligung ist mit den verfassungsrechtlichen Vorstellungen eines sozialgebundenen Privateigentums nicht in Einklang zu bringen.⁷⁹

Das Gebot der sachgerechten gesetzgeberischen Abwägung und des Ausgleichs zwischen der Garantie des Privateigentums und den sozialen Vorbehalten des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 GG führt zu einem abgestuften Grundrechtsschutz. Soweit es um die Funktion des Eigentums als Element der Sicherung der persönlichen Freiheit des Einzelnen geht, genießt das Eigentum einen besonders ausgeprägten Schutz.⁸⁰ Die Befugnis des Gesetzgebers zur inhaltlichen und schrankenmäßigen Konkretisierung des Eigentums ist dagegen um so weiter, je mehr das Eigentumsobjekt in einem sozialen Bezug und einer sozialen Funktion steht. Verbleiben Nutzung und Verfügung über das Eigentumsobjekt nicht allein in der Sphäre des Eigentümers, sondern berühren Belange der Allge-

⁷⁷ Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 80.

⁷⁸ BVerfGE 25, 112, 118; 50, 290, 340; 79, 174, 198.

⁷⁹ BVerfGE 25, 112, 117 f.; 37, 132, 140; 58, 300, 335; 91, 294, 308; Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rz. 310.

⁸⁰ BVerfGE 50, 290, 340; Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 140.

meinheit und anderer Rechtssubjekte, die auf die Nutzung des Eigentums angewiesen sind, kann das Eigentum weitergehenden Beschränkungen unterworfen werden.⁸¹ Je intensiver jener Dritt- oder Allgemeinbezug der Eigentumsnutzung und -verfügung ist, je elementarer jene mitbetroffenen Drittinteressen sind, desto mehr hat der Gesetzgeber im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG auf jene Belange Rücksicht zu nehmen und desto stärker sind jene Fremd- oder Allgemeinbelange im Abwägungsprozess zu gewichten.⁸² Die allgemeine Eingriffsschranke der Wesensgehaltsgarantie gemäß Art. 19 Abs. 2 GG ist jedoch in jedem Fall zu wahren.

bb) Zutreffende tatsächliche Annahmen

Das Gebot der Abwägung richtet sich sowohl auf den Vorgang des Abwägens als auch auf den Inhalt der getroffenen Abwägungsentscheidung. Der gesetzgeberische Eingriff muss auf einem annähernd vollständigen und nur von zutreffenden tatsächlichen Annahmen getragenen Abwägungsvorgang beruhen. Gerade bei wirtschaftslenkenden Eigentumseingriffen ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber sich die Kenntnis von der zur Zeit des Erlasses des Gesetzes bestehenden tatsächlichen Ausgangslage in korrekter und ausreichender Weise verschafft hat. Sofern der Gesetzgeber die ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel benutzt hat, müssen Irrtümer über den Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung in Kauf genommen werden und können allenfalls zu späteren Korrekturverpflichtungen führen.⁸³ Soweit er die Auswirkungen eines Gesetzes, also hier die Wirksamkeit der Entflechtungsmaßnahmen beurteilen muss, bieten vergleichbare Regelungen im Ausland nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sichere Anhaltspunkte für die Prognose des Gesetzgebers.⁸⁴

⁸¹ BVerfGE 50, 290, 340; *Leibholz/Rinck*, GG, Art. 14 Rz. 652; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, Art. 14 Rz. 311; *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 140.

⁸² BVerfGE 68, 361, 367; 79, 292, 303 f.; 83, 82; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 312.

⁸³ BVerfGE 39, 210, 225 f.; 50, 290, 332 f.; *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 314.

⁸⁴ BVerfGE 50, 290, 334.

cc) Verhältnismäßigkeit

Der Gesetzgeber hat den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Die Maßnahme muss zur Verwirklichung eines der Verfassung entsprechenden Ziels geeignet sein. Der Gesetzgeber muss von mehreren gleich geeigneten Maßnahmen das mildere Mittel wählen. Schließlich muss ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der Eingriffsschwere und dem Eingriffsnutzen gewahrt bleiben.⁸⁵

dd) Prognose- und Gestaltungsspielraum

Dabei hat der Gesetzgeber einen weiten Prognose- und Gestaltungsspielraum. Er muss sich an einer sachgerechten vertretbaren Beurteilung der bekannten Tatsachen orientieren. Er muss alle ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben. Nur dann ist seine Prognose über die Wirksamkeit der von ihm ergriffenen Maßnahmen als vertretbar anzusehen. Die von ihm eingesetzten Mittel sind dann als geeignet im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzusehen, wenn sie nicht objektiv oder schlechthin ungeeignet sind.⁸⁶

ee) Ausgleichspflichtige Sozialbindung

Führt der Eingriff als solcher zu einer Überschreitung der Sozialbindung des Eigentums und damit auch zu einer Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, kann der Gesetzgeber den Verfassungsverstoß durch Gewährung von Ausgleichsansprüchen vermeiden.⁸⁷ Eine solche Situation ist denkbar bei der gesetzlichen Inpflichtnahme privater Unternehmer zur Wahrung öffentlicher Aufgaben, etwa bei der Verpflichtung zur Vorratshaltung von Erdöl und Erdölzeugnissen⁸⁸ oder der Verpflichtung privater Telekommunikationsunternehmen zur Mitwirkung bei der Durchführung staatlicher

⁸⁵ *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 315 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁸⁶ BVerfGE 77, 84, 106 mit zahlreichen weiteren Nachweisen; v. *Münch*, in: v. *Münch/Kunig*, GG, Vorb. Art. 1 bis 19 Rz. 66.

⁸⁷ *Maurer*, DVBl. 1991, 781 ff.; *Böhmer*, NJW 1988, 2561, 2566; einschränkend *Kleinlein*, DVBl. 1991, 365, 375.

⁸⁸ BVerfGE 30, 292 ff.

Überwachungsmaßnahmen.⁸⁹ Gesetzlich vorgesehene Ausgleichsleistungen an Eigentümer stellen ein probates Mittel dar, um die Zulässigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung zu begründen.⁹⁰

ff) Rückwirkungsverbot

Schließlich muss der Gesetzgeber das rechtsstaatliche Vertrauensschutzprinzip wahren, insbesondere wenn er sein Gesetz mit Rückwirkungen versieht.⁹¹

b) Bewertung der Entflechtungsmaßnahmen

aa) Wohl der Allgemeinheit

Die einer wettbewerbspolitischen Entflechtungsregelung zugrunde liegende Ordnungsentscheidung bzw. die durch die Entflechtungsregelung bewirkte Kollisionslösung zwischen konkurrierenden Grundfreiheiten verkörpert für sich genommen eine legitime gesetzgeberische Konkretisierung des Wohls der Allgemeinheit i.S.v. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 GG. Netzbetreiber als Inhaber eines natürlichen Monopols stehen in einem besonderen sozialen Bezug, da konkurrierende Energielieferanten auf die Nutzung dieses Monopols zwingend angewiesen sind.⁹² Die Verfügungsbefugnis des Eigentümers kollidiert mit der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit der auf die Nutzung des Energieversorgungsnetzes angewiesenen Dritten. Diese können sich für ihre Betätigung im Wettbewerb zum marktbeherrschenden Energieversorgungsunternehmen und Inhaber des natürlichen Monopols Netz ebenfalls auf Verfassungsgrundrechte berufen.⁹³ Die Herstellung von Wettbewerb

⁸⁹ v. Hammerstein, MMR 2004, 222.

⁹⁰ BVerfGE 58, 137, 149 ff.; 79, 174, 192; Kleinlein, DVBl. 1991, 365, 375 f.; Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rz. 349.

⁹¹ Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rz. 327.

⁹² Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 14 Rz. 521; Papier, Die Regelung von Durchleitungsrechten, S. 13 ff.; Papier, BB 1997, 1213 ff.; Büdenbender, WuW 2000, 119 ff.; a.A. Schmidt-Preuß, RdE 1996, S. 1 ff.; Schmidt-Preuß, AG 1996, S. 1, 5 ff.; Baur/Moraing, Rechtliche Probleme einer Deregulierung in der Elektrizitätswirtschaft, S. 27 ff., 59 ff.

⁹³ vgl. zum verfassungsrechtlichen Kollisionsverhältnis bei der Beurteilung von Zusammenschlüssen, die marktbeherrschende Stellungen begründen oder verstärken; OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R

ist nach der Zielsetzung der Europäischen Elektrizitäts- und Gasrichtlinie ein überragendes Ziel der Europäischen Union, welches auch für den deutschen Gesetzgeber verpflichtend ist. Soweit die Entflechtungsmaßnahmen darauf abzielen, die einem Ausbau der Energienetze und einer Beseitigung der Engpässe zwischen den nationalen Übertragungs- und Fernleitungsnetzen gegenläufigen Anreize zu neutralisieren, liegt in der damit verbundenen Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes für Elektrizität und Gas ebenfalls ein vom EG-Vertrag in seinem Art. 14 vorgegebenes Ziel zur Gewährleistung des Wohls der Allgemeinheit. Dieses Ziel zu erreichen ist nicht nur legitim, sondern eine Verpflichtung des deutschen Gesetzgebers.⁹⁴

bb) Eignung

Die vorgeschlagenen Maßnahmen (Eigentums-Trennung und ISO-Modell) sind zur Erreichung dieses Ziels nicht schlechthin ungeeignet. Im Gegenteil: Nach den umfassenden Untersuchungen der Europäischen Kommission haben die bisherigen Maßnahmen zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes für Gas und Elektrizität nicht die gewünschten Wirkungen gezeitigt. Wie die Kommission festgestellt hat, bestehen weiterhin gravierende Hindernisse für einen freien, grenzüberschreitenden und diskriminierungsfreien Netzzugang. Aufgrund der strukturellen Verbindung von Netzbetreiber und Erzeugungs-, Gewinnungs- und Vertriebsaktivitäten gibt es einen starken Anreiz für das integrierte Energieversorgungsunternehmen, Kapazitäten nicht in gebotener Maß auszubauen, um Wettbewerbern einen Marktzutritt zu ermöglichen. Durch eine strukturelle Trennung von Netz und anderen Energieversorgungsaktivitäten kann dieser Anreiz umgekehrt werden. Ein Unternehmen, das ausschließlich ein Energieversorgungsnetz besitzt und betreibt, hat ein natürliches Bestreben, die Nutzung des Netzes zu optimieren und ein größtmögliches Nutzungsvolumen zu generieren. Wenn der Betrieb des Net-

926 – E.ON/Ruhrgas II; *Jaeger*, in: Festschrift für Winfried Tilmann, S. 657, 668 f.; v. *Hammerstein*, in: Festschrift für Peter Raue, S. 49, 51 ff.

⁹⁴ *Holznagel/Schumacher*, N&R 2007, 96, 100.

zes gleichzeitig mit der (bereits heute bestehenden) Verpflichtung verbunden ist, Erlöse aus der Engpassbewirtschaftung nicht als Gewinn zu verbuchen oder auszuschütten, sondern entgeltmindernd in den Netzentgelten zu berücksichtigen (vgl. Art. 4 Abs. 6 EG-Stromhandels-VO; § 15 Abs. 3 StromNZV), so gibt es keinen Anreiz mehr, einen Engpass nur deshalb aufrecht zu erhalten und Ausbaumaßnahmen nicht durchzuführen, um Wettbewerber zu behindern oder aus der Engpassbewirtschaftung zusätzlich Erlöse zu generieren.

Die Folge wäre, dass ohne staatlich angeordnete und überwachte Netzausbauplanung und –durchführung der Netzbetreiber die notwendigen Maßnahmen selbst ergreifen würde. Dies würde mit einer Reduzierung der notwendigen Regulierungsintensität einhergehen, da Quersubventionierungen zwischen Netz und Vertrieb/Erzeugung/Gewinnung, Diskriminierungen und Behinderungen nicht mehr im bisherigen Maß zu befürchten sein werden. Die Regulierung könnte sich weitgehend zurückziehen auf eine Überwachung der Kalkulation der Netznutzungsentgelte, welche aufgrund des natürlichen Monopols des Netzbetreibers von diesem auch nach einer Entflechtung noch in missbräuchlicher Weise gestaltet werden kann.⁹⁵

Zur Erreichung dieses Ziels sind grundsätzlich beide hier vorgeschlagenen Entflechtungsmaßnahmen geeignet. Allerdings dürfte außer Zweifel stehen, dass das ISO-Modell mit einem erheblich höheren Regulierungsaufwand verbunden ist, um die weiterhin bestehende Schnittstelle zwischen Betreiber und Netzeigentümer zu überwachen.⁹⁶ Hier sind – wie sub. B. ausgeführt – umfassende, detaillierte gesetzliche Regelungen und eine dauerhafte kostenaufwendige und die Unternehmen belastende Aufsicht durch eine Regulierungsbehörde unerlässlich. Insofern sind beide Modelle nicht in gleichem Maße zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet. Die Ei-

⁹⁵ a.A. *Holznagel/Schumacher*, N&R 2007, 101, die aber nicht hinreichend zwischen dem Diskriminierungs- und dem sonstigen Missbrauchspotential eines natürlichen Monopols unterscheiden und deshalb ohne überzeugende Begründung davon ausgehen, dass auch ein entflochtener Netzbetreiber noch strukturelle Anreize für Diskriminierungen habe.

⁹⁶ *Energy Sector Inquiry* 2007, Rz. 1036, S. 325.

gentums-Entflechtung ist nach den derzeitigen Erkenntnissen die optimale Lösung, während das ISO-Modell eine Reihe von Nachteilen aufweist.⁹⁷

cc) **Erforderlichkeit**

Hat der Gesetzgeber die Auswahl zwischen zwei Maßnahmen zur Erreichung seines Ziels, hat er diejenige Maßnahme zu wählen, welche in geringerem Umfang in die Grundrechte der Betroffenen eingreift. Bei der Frage, ob mehrere zur Verfügung stehende Maßnahmen in gleicher Weise zur Zielerreichung geeignet sind, steht dem Gesetzgeber ein Einschätzungsspielraum zu, sofern er alle zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses erkennbaren Tatsachen umfassend und zutreffend würdigt.

Gibt es – wie hier – zwei Maßnahmen, von denen eine deutlich besser als die andere zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet ist, kann der Gesetzgeber die besser geeignete Maßnahme auch dann wählen, wenn sie zu einem stärkeren Eingriff in Grundrechte führt.⁹⁸ Insbesondere darf das alternative Mittel nicht zu einer unangemessen höheren finanziellen Belastung des Staates führen.⁹⁹ Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Mietwagen-Beschluss klargestellt, dass beispielsweise die strengere Überwachung der Einhaltung nach altem Recht noch bestehender Vorschriften keine gleichwertige Alternative zu einer diese Überwachung entbehrlich machenden Gesetzesänderung darstelle. Das Bundesverfassungsgericht führte aus, dass der einzelne Grundrechtsträger im Blick auf seine Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit nicht erwarten könne, dass zur Vermeidung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel über das vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß hin-

⁹⁷ So auch die Ergebnisse der Gruppe der Europäischen Regulierer, ERGEG 3rd Legislative Package Input, Paper 1: Unbundling, Rrf: C07-SER-13-06-1-PD vom 05. Juni 2007, S. 11 ff., 21; vgl. *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 81 f., die etwas übereilig von einer Ungeeignetheit des Ownership Unbundling wenigstens für kleinere Stadtwerke ausgehen.

⁹⁸ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20, Rz. 85.

⁹⁹ BVerfGE 81, 70, 91 f.; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 20, Rz. 85.

aus für die Bekämpfung von Missständen verwendet werden.¹⁰⁰

Aufgrund des ihm zukommenden Einschätzungsspielraums hat der Gesetzgeber im vorliegenden Fall ein Wahlrecht zwischen der Eigentums-Entflechtung und dem weniger wirksamen und mit höherem Regulierungsaufwand verbundenen ISO-Modell.

Soweit teilweise vorgebracht wird, es sei keinesfalls erwiesen, dass eine Eigentumsentflechtung in besserer Weise als die bisherigen Netzzugangs- und Entflechtungsregelungen zu Wettbewerb führen würden,¹⁰¹ greift diese Betrachtungsweise zu kurz und hält verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht stand. Es liegt in der Natur der Sache, dass die konkreten Wirkungen einer in die Zukunft gerichteten gesetzgeberischen Entscheidung aufgrund des ihr eigenen Prognosecharakters nie mit mathematischer Sicherheit vorher gesagt werden kann. Wer einen solchen Nachweis fordert, redet zugleich der generellen Handlungsunfähigkeit des Gesetzgebers das Wort. Wer die Absenkung von Steuern für die Gruppe der Unternehmen unter gleichzeitiger Anhebung von Verbrauchssteuern für eine andere Gruppe mit dem Argument fordert, nur so würden Investitionsanreize geschaffen und die Wirtschaft belebt, fordert dies aufgrund einer Prognose über die Wirkungen steuerpolitischer Entscheidungen. Niemand würde auf die Idee kommen, einer solchen gesetzgeberischen Entscheidung die verfassungsrechtliche Berechtigung abzusprechen, weil nicht mit letzter Gewissheit gesagt werden könne, ob das erhoffte Ergebnis auch tatsächlich eintreten werde.

Der Gesetzgeber ist auch von der Verfassung nicht gehalten, zunächst mehrere Jahre Erfahrungen mit einem aus seiner

¹⁰⁰ BVerfGE 81, 70, 91 f.

¹⁰¹ *Baur/Pritzsche/Klauer*, Ownership Unbundling, S. 82, die den geltenden umfassenden Netzzugangsanspruch als das wesentliche und geeignete Element für eine Entwicklung des Wettbewerbs betrachten und daran zweifeln, dass die Einführung des Ownership Unbundling zu einer weiteren nennenswerten Verstärkung des Wettbewerbs führen werde; ebenso *Büdenbender/Rosin*, Ownership Unbundling, S. 115, die sich auch ausführlich mit den rechtspolitischen Erwägungen der Europäischen Kommission auseinandersetzen, a.a.O., S. 64 ff; *Holznagel/Schumacher*, N&R 2007, 96, 102.

jetzigen Sicht ungeeigneten gesetzlichen Instrument – etwa den bisherigen Entflechtungsregeln in §§ 6 ff EnWG – zu sammeln, um erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung gegen zu steuern. Verfassungsrechtlich muss er die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen und die bestehenden Tatsachen vertretbar würdigen. Wenn er aufgrund der Erkenntnis des Internal Energy Market Report 2007, der Energy Sector Inquiry und der Erfahrungen mit dem Instrument der Eigentumsentflechtung z.B. in Großbritannien, den Niederlanden und vielen anderen Ländern der Europäischen Union¹⁰² und der USA zur Auffassung gelangt, dass die Eigentumsentflechtung ein anders nicht mit vertretbarem Aufwand lösbares strukturelles Wettbewerbsproblem beseitigt, dann handelt es sich dabei um eine in seinem gesetzlichen Einschätzungsspielraum liegende vertretbare und verfassungsrechtlich nicht angreifbare Entscheidung.

dd) Übermaßverbot

Bei der Prüfung des Übermaßverbotes ist zu berücksichtigen, dass die integrierten Energieversorgungsunternehmen ihren Unternehmensverbund in legaler Weise errichtet haben. In der 1979/1980 geführten Diskussion um eine generelle Entflechtungsermächtigung ist teilweise argumentiert worden, dass der Stellenwert des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gesicherten unternehmerischen Eigentums dadurch von vornherein gemindert sei, dass die marktbeherrschenden Strukturen die wettbewerbliche Ordnung stören würden. Es könne eine Parallele zur Einziehung von Gegenständen, die zu einer Straftat gebraucht wurden (*instrumenta et producta sceleris*) oder der Störerhaftung des polizeirechtlich Verantwortlichen gezogen werden.¹⁰³ Diese Auffassung ist von *Selmer* zutreffend zurückgewiesen worden.¹⁰⁴ Die bisherige Marktstruktur entspricht der geltenden Rechtsordnung und ist nicht *contra le-*

¹⁰² Vgl. sub. A.II.1.a.

¹⁰³ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 140 f.; *Schulte-Braucks*, Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, S. 265 f.

¹⁰⁴ *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 47.

gem aufgebaut oder erlangt worden. Sie genießt uneingeschränkten eigentumsrechtlichen Bestandsschutz. Sofern die integrierten Energieversorgungsunternehmen bei Zusammenschlüssen materiell gegen Vorschriften der Konzentrationskontrolle (§§ 36 ff. GWB) verstoßen haben sollten, wären sie durch die jeweils vorliegenden Freigabeentscheidungen der Kartellbehörden jedenfalls formell legalisiert. Wird den integrierten Energieversorgungsunternehmen im ISO-Modell der Betrieb des Netzes und im Eigentums-Modell zusätzlich auch das Eigentum am Netz untersagt mit der Folge, dass sie sich vom Netzbetrieb und/oder Eigentum trennen müssen, stellt dies einen außerordentlich schweren und gravierenden Eingriff in die Eigentumsgarantie dar.

Teilweise bleiben Stimmen in der Literatur bei dieser Erkenntnis stehen und stellen dann unter verkürzten Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Veräußerungsverboten und Eigenbedarfskündigungen die These auf, solche Eingriffe seien *per se* verfassungsrechtlich unzulässig, weil sie in den Kernbereich der Eigentumsgarantie eingreifen würden.¹⁰⁵ Dies wird den verfassungsrechtlichen Maßstäben jedoch nicht gerecht. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich festgestellt, dass in diesen Fällen nicht jedes nur denkbare öffentliche Interesse die Beschränkung rechtfertigt. Es müssen vielmehr solche Gründe des allgemeinen Wohles vorliegen, denen auch bei Beachtung des rechtsstaatlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit der Vorrang vor dem grundsätzlichen Freiheitsanspruch des Bürgers zukomme.¹⁰⁶ Deshalb sind die mit dem Eingriff verbundenen Nachteile mit den erwarteten Vorteilen in gerechter Weise abzuwägen. Dabei ist zunächst zwischen dem ISO-Modell und dem Eigentums-Modell zu differenzieren:

(1) ISO-Modell

Im ISO-Modell wird dem integrierten Energieversorgungsunternehmen zwar die Befugnis zur Verfügung

¹⁰⁵ So z.B. Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling, S. 84.

¹⁰⁶ BVerfGE 26, 215, 222.

über das Eigentum am Netz genommen. Gleichwohl verbleibt ihm nach wie vor der Nutzen aus dem Netz insofern, als er die sich daraus ergebenden Erlöse erhält. Die Zuordnung des Eigentums zu seinem Vermögen und der Bestand des Eigentums bleiben erhalten.¹⁰⁷ Ihm werden lediglich die Ausübung bestimmter – allerdings sehr bedeutender – Eigentumsrechte untersagt, nämlich alle mit dem Betrieb, der Instandhaltung, dem Ausbau und der Finanzierung des Netzes verbundenen Maßnahmen. Darin liegt jedoch eine das angemessene Verhältnis zwischen Mittel und Zweck wahrende Ausgestaltung seiner Eigentümerbefugnisse. Denn letztlich soll durch diese Maßnahme nur das erreicht werden, wozu das integrierte Energieversorgungsunternehmen bereits heute nach den Regelungen der Europäischen Gas- und Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinien und des Energiewirtschaftsgesetzes verpflichtet ist, nämlich der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Netzzugangs. Bereits nach der bisherigen Rechtslage hat das integrierte Energieversorgungsunternehmen keine Befugnisse, mit seinem Eigentum nach Belieben zu verfahren und es ausschließlich privatnützig einzusetzen. Im Gegenteil: Es ist gesetzlich verpflichtet, sein Netz ausschließlich fremdnützig zu verwenden und seinen eigenen Nutzungsansprüchen keinen Vorrang gegenüber den Nutzungsansprüchen Dritter einzuräumen. Darin liegt der Kern des Diskriminierungsverbotes nach Art. 11 Abs. 2, 20 Abs. 1 Satz 1 Elektrizitäts-Richtlinie, Art. 18 Abs. 1 Gas-Richtlinie, § 20 EnWG.¹⁰⁸ Mit der strukturellen Trennung von Netzbetrieb und Netzeigentum soll nur sichergestellt werden, dass diese Verpflichtungen auch tatsächlich eingehalten werden und damit zugleich die Intensität der (notgedrungen immer unzureichenden) Regulierung zur Entlastung aller Beteiligten (Netz-

¹⁰⁷ so auch ERGEG 3rd Legislative Package Input, Paper 1: Unbundling, Rf: C07-SER-13-06-1-PD vom 05. Juni 2007, S. 10. Danach steht fest, dass „...the obligation to establish an ISO is less intrusive as companies do not have to be forced to sell their assets, so the principle of the „protection of the right to property“ is respected.“; *Holzengel/Schumacher*, N&R 2007, 96, 101.

¹⁰⁸ v. *Hammerstein*, ZNER 2006, S. 110, 117.

betreiber, Netznutzer, Regulierungsbehörden, Steuerzahler) reduziert werden kann.

(2) Eigentums-Entflechtung

Bei einer Eigentums-Trennung wird das integrierte Energieversorgungsunternehmen dazu verpflichtet, sich nicht nur von dem Betrieb des Netzes, sondern auch von dem Eigentum vollständig zu trennen. Zu einer solchen umfassenden Entflechtung ist in der früheren Entflechtungs-Diskussion¹⁰⁹ vertreten worden, dass darin eine die Sozialbindung überschreitende Maßnahme läge.¹¹⁰ Selbst wenn dies aber so sein sollte, so darf die Überlegung hier nicht stehen bleiben. Denn dabei bliebe unberücksichtigt, dass das integrierte Energieversorgungsunternehmen im Falle eines Verkaufs des Netzes einen dem aktuellen Marktwert (Verkehrswert) des Netzes entsprechenden Gegenwert in Geld erhalten würde. Während eine Verpflichtung zur entschädigungslosen Trennung vom Netzeigentum und -vertrieb sicherlich die Grenze der Sozialpflichtigkeit nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 GG überschreiten würde, erhielte das integrierte Energieversorgungsunternehmen im Falle eines zur Befolgung des gesetzlichen Trennungsgebotes notwendigen Verkaufs den entsprechenden Verkaufserlös und könnte diesen anderweitig investieren. Damit wird wiederum ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Eingriff und verfolgtem Ziel hergestellt.

Weiterhin würde nach der vorgeschlagenen Regelung das integrierte Versorgungsunternehmen die Freiheit haben, eine *Pro-Rata*-Entflechtung vorzunehmen, also den ausgegliederten Netzbetrieb an die eigenen Anteilseigner zu veräußern, sofern diese nicht über Kapital- oder Stimmrechte von mehr als z.B. 5 % verfügen.

¹⁰⁹ s.o. sub. A. III. 1.

¹¹⁰ Vgl. *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14 Rz. 508; *Baur/Pritzsche/Klauer*, *Ownership Unbundling*, S. 85; *Börner*, *Versorgungswirtschaft* 6/2007, S. 129.

Entspricht der Kapitalanteil dem Anteil am abgespaltenen Netzunternehmen, so hat sich für den Anteilseigner an seiner vermögensrechtlichen Gesamtposition nichts geändert. Die Gesamtposition kann zwar wirtschaftlich dadurch beeinträchtigt sein, dass spezifische Vorteile der vorherigen Unternehmenseinheit verloren gehen. Sofern solche Vorteile auf einer Ausnutzung der Monopolstellung des Netzes beruhen, würde es sich jedoch von vornherein nicht um aner kennenswerte Vorteile handeln. Auch im übrigen würde es sich um einen bloßen Chancenverlust handeln, welcher die verfassungsrechtlich allein geschützte Unternehmenssubstanz unberührt ließe. Daraus folgert *Scholz*, dass die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie des Art. 14 GG der umgestaltenden Entflechtung prinzipiell offen gegenüber stehe.¹¹¹

Im übrigen dürfte es auch sehr zweifelhaft sein, ob die gesamte Unternehmenseinheit des integrierten Versorgungsunternehmens mehr wert ist als die Summe seiner Einzelteile. Auch hier ist wieder zu berücksichtigen, dass nach der bisherigen gesetzgeberischen Konzeption der Entflechtung und des Netzzugangs das integrierte Energieversorgungsunternehmen keine Vorteile aus der vertikalen Integration ziehen darf gegenüber Wettbewerbern. Insofern sind die (ohnehin sehr fraglichen) Größenvorteile (*Economies of Scale*) aufgrund der Verbindung von Netz und anderen energie wirtschaftlichen Aktivitäten kein für die Abwägung relevanter Belang.

Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn das integrierte Energieversorgungsunternehmen nicht in der Lage wäre, das Netz zum Marktwert zu veräußern. Auch wenn dies angesichts des nach Veröffentlichung des Internal Energy Market Report 2007 bereits geäu-

¹¹¹ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 177.

ßerten Interesses namhafter Unternehmen¹¹² eher unwahrscheinlich ist, kann dies angesichts der nicht sicher vorsehbaren Marktverhältnisse nicht ausgeschlossen werden.

Dem kann und muss der Gesetzgeber jedoch dadurch Rechnung tragen, dass er eine angemessene Übergangsfrist von z. B. ein bis zwei Jahren zur Befolgung des Trennungsgebotes vorsieht und dem integrierten Energieversorgungsunternehmen die Möglichkeit gibt, nachzuweisen, dass ein Verkauf nicht oder nur unter unzumutbaren Bedingungen möglich ist. Letzteres wäre z. B. dann der Fall, wenn das Energieversorgungsunternehmen nachweist, dass es einen entsprechenden Verkaufsprozess eingeleitet und dabei kein Angebot erhalten hat, welches annähernd den Marktwert widerspiegelt. Der Marktwert könnte durch ein Gutachten ermittelt werden. Sieht der Gesetzgeber eine solche Regelung vor, ist das Verhältnis zwischen Mittel und Zweck gewahrt. Eine Verletzung des Übermaßverbotes ist nicht zu besorgen.¹¹³

ee) Rückwirkung

Schließlich ist zu prüfen, ob das Gebot der Trennung von Netzeigentum und -betrieb von anderen Energieversorgungstätigkeiten gegen das verfassungsrechtliche Verbot der Rückwirkung belastender Gesetze verstößt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes ist zwischen echter und unechter Rückwirkung zu differenzieren. Erstere soll vorliegen, wenn ein Gesetz nachträglich in abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift.¹¹⁴ Wie bereits *Möschel* zutreffend ausgeführt hat, ist Gegenstand einer

¹¹² vgl. zum Interesse einer namhaften australischen Investmentbank: LBD Explorer Daily v. 12.01.2007, *Macquarie*: Interesse am Kauf von deutschen Strom- und Gasnetzen.

¹¹³ Vgl. *Schmidt-Preuß*, in *Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg.), *Unbundling in der deutschen Energiewirtschaft*, Kapitel 2, Rn. 35. der die Festlegung einer angemessenen Mindestentschädigung durch Wertgutachten unabhängiger Wirtschaftsprüfer für erforderlich hält, um eine Verletzung des Übermaßgebots zu vermeiden.

¹¹⁴ BVerfGE 25, 371, 403 ff.; *Schmidt-Bleibtreu/Klein*, GG, Art. 20 Rz. 29.

Entflechtungsgesetzgebung jedoch nicht ein abgeschlossener Tatbestand der Vergangenheit. Anknüpfungspunkt wäre vielmehr die gegenwärtige, fortdauernde natürliche Machtstellung eines Unternehmens und die daraus für die Zukunft zu erwartenden Wirkungen.¹¹⁵ Deshalb führen die hier vorgeschlagenen Entflechtungsmaßnahmen allenfalls zu einer unechten Rückwirkung, bei der ein Gesetz auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte und Rechtsbeziehungen für die Zukunft belastend einwirkt. Eine solche unechte Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, da der Gesetzgeber anderenfalls seinen Gestaltungsspielraum für die Zukunft verlieren würde und niemand darauf vertrauen kann, dass sich die Rechtsordnung für die Zukunft nicht ändert.¹¹⁶ Der Gestaltungsspielraum findet seine Grenze allein bei der Abwägung des Vertrauens des Einzelnen auf den Fortbestand der geänderten Gesetzesregelung mit der Bedeutung des Anliegens gesetzgeberischer Neuregelung. Hier stellen sich nicht andere Fragen als im Rahmen der Verhältnismäßigkeit erörtert.¹¹⁷ Eine für die Zukunft mit angemessener Übergangsfrist und der Möglichkeit der Berufung auf die eventuelle Unzumutbarkeit einer Veräußerung des Netzeigentums und -betriebs ist nach den Ausführungen sub. d) (2) jedoch verhältnismäßig.

II.

Berufs- und Gewerbefreiheit

Die Berufs- und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit wird durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt. Dazu gehört auch das Recht eines integrierten Energieversorgungsunternehmens, ein Energieversorgungsnetz zu betreiben.

Die hier vorgeschlagenen Maßnahmen der Entflechtung greifen unzweifelhaft in dieses Grundrecht der integrierten Energieversorgungsunternehmen ein. Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet dabei seit der Apothekenentscheidung¹¹⁸ zwischen drei Eingriffsarten: Berufsausübungsregelungen, subjektive Berufswahlregelung und objektive Berufswahlregelungen.

¹¹⁵ *Möschel*, Entflechtung im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 149.

¹¹⁶ BVerfGE 105, 17, 40; *Sommermann*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 20 Rz. 294.

¹¹⁷ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 166 f.

¹¹⁸ BVerfGE 7, 377, 405 ff.; dazu *Manssen*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 12 Rz. 134 ff.

Bei Berufsausübungsregelungen bestimmt der Gesetzgeber lediglich die Art und Weise der Berufstätigkeit. Eine solche Regelung ist grundsätzlich dann zulässig, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls die Regelung zweckmäßig erscheinen lassen.¹¹⁹ Bei subjektiven Wahlregelungen wird schon die Aufnahme der Berufstätigkeit von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig gemacht.¹²⁰ Hierzu zählen etwa Sachkunde, Zuverlässigkeit, Mindest- oder Höchstalter und Kreditwürdigkeit. Solche Wahlregelungen sind nur zulässig, soweit ein überragendes Gemeinschaftsgut geschützt werden soll, das der Freiheit des Einzelnen vorgehe.¹²¹ Bei objektiven Zulassungsregelungen geht es um Bedingungen, deren Erfüllung dem Einfluss des Einzelnen schlechthin entzogen ist. Darunter fallen etwa Bedürfnisprüfungen. Für ihre Rechtfertigung ist eine nachweisbare oder höchstwahrscheinlich schwere Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut nötig.¹²²

Die Unterscheidung zwischen bloßen Berufsausübungsregelungen und subjektiven und objektiven Berufswahlregelungen fällt häufig schwer. Materielle Abgrenzungskriterien von allgemeiner Gültigkeit lassen sich kaum aufstellen.¹²³ In Bezug auf Entflechtungen ist jedoch herrschende Lehre, dass es sich dabei um Berufsausübungsregelungen handelt und nicht etwa um Zulassungsregeln.¹²⁴ Das Verbot, zur Vermeidung von Interessenkonflikten zugleich Funktionen eines Netzbetreibers und des Vertriebs, der Erzeugung oder der Gewinnung wahrzunehmen, ist insofern vergleichbar mit dem Verbot von Doppeltätigkeiten wie z. B. ein Ausschluss von Hochschullehrern von der Vertretung bei Gerichten,¹²⁵ Sozietäts- und Wettbewerbsverbote für freie Berufe¹²⁶, welche durchweg als bloße Berufsausübungsregelungen angesehen werden.

Zur Rechtfertigung einer solchen Berufsausübungsregelung reichen sachgerechte und vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls.¹²⁷ Insofern ist die verfassungsrechtliche Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG im Verlauf und Ergebnis nicht an-

¹¹⁹ BVerfGE 7, 377, 405; 30, 336, 351.

¹²⁰ BVerfGE 7, 377, 406.

¹²¹ BVerfGE 7, 377, 406; 80, 1, 24.

¹²² BVerfGE 7, 377, 408; 84, 133, 151 f.

¹²³ Scholz, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 12 Rz. 342.

¹²⁴ Scholz, Entflechtung und Verfassung, S. 181; *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 141; *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 27.

¹²⁵ BVerfG NJW 1988, 2535.

¹²⁶ Zusammenfassend dazu *Manssen*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Art. 12 Rz. 166 ff.

¹²⁷ Dies wird verkannt von *Salzwedel*, Wettbewerbsrecht und Verfassung – die hessische Entflechtungsinitiative für mehr Wettbewerb in der Stromerzeugung: Welche Anforderungen stellt die Verfassung?, Vortrag v. 29.11.2006, welcher davon ausgeht, dass eine Anordnung zum Verkauf der Stromerzeugung das Unternehmen von der weiteren Berufsausübung ausübe und dafür den Nachweis höchstwahrscheinlich schwerster Gefahren für das Gemeinwohl verlangt.

ders als bei Art. 14 Abs. 1 GG. Entspricht eine Entflechtungsmaßnahme am Maßstab des Art. 14 Abs. 1 GG dem grundrechtlichen Schrankenvorbehalt einschließlich des Verhältnismäßigkeitsprinzips, so ist auch die Berufsausübungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt. Dies ist nach den Ausführungen sub. I. der Fall.

III. Vereinigungsfreiheit

Das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG schützt nicht nur die Freiheit zum Zusammenschluss, sondern auch den Bestand gebildeter Zusammenschlüsse. Damit berührt jede Zwangsauflösung eines solchen Zusammenschlusses einen tatbestandlichen Eingriff in den Gewährleistungsbereich des Art. 9 Abs. 1 GG.¹²⁸

Allerdings ist auch hier anerkannt, dass die Vereinigungsfreiheit den gleichen Schranken unterliegt wie die Beschränkung der Freiheitsrechte nach Art. 12 und 14 GG. *Scholz* stellt zutreffend fest, dass das Grundrecht der Vereinigungsfreiheit denjenigen Wirtschaftssubjekten, die in konzentrationsrechtlich organisierter Form auftreten, nicht mehr Rechte zur Akkumulierung wettbewerbsbeschränkender oder – gefährdender Wirtschaftsmacht vermitteln, als dies für das einzelne Wirtschaftssubjekt gemäß Art. 12 und Art. 14 GG der Fall wäre.¹²⁹ Insofern vermittelt Art. 9 Abs. 1 GG keinen über Art. 12 und Art. 14 GG hinausgehenden Schutz.¹³⁰

IV. Allgemeine Vertragsfreiheit

Entflechtungsrechtliche Regelungen schränken auch den von Art. 2 Abs. 1 GG gewährten Schutz der wirtschaftlichen Vertragsfreiheit ein. Auch hier gilt aber wieder, dass Einschränkungen der Vertragsfreiheit, die bereits nach Art. 12 und Art. 14 GG gerechtfertigt sind, keinen weitergehenden Schutz nach Art. 2 Abs. 1 GG genießen. Der grundrechtliche Schutz des Art. 2 Abs. 1 GG reicht unbestrittenermaßen nicht weiter als der aus Art. 12 und Art. 14 GG.¹³¹

¹²⁸ *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 144 f.; *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 188.

¹²⁹ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 191.

¹³⁰ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 193; *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, S. 24; *Möschel*, Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, S. 143 ff.; *Schulte-Braucks*, Die Auflösung marktbeherrschender Stellung, S. 274.

¹³¹ *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, S. 194.

D.
Zusammenfassung

- Die Einführung eines generellen Gebotes, das Eigentum am Netz und/oder den Betrieb des Netzes von sonstigen Tätigkeitsbereichen der Energieversorgung (Vertrieb, Erzeugung, Gewinnung) zu trennen, stellt keine Enteignung, sondern eine den Grenzen der Sozialbindung des Eigentums unterliegende Inhalts- und Schrankenbestimmung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG dar.
- Sowohl die Eigentums-Entflechtung als auch die Einsetzung eines unabhängigen Netzbetreibers stellen verhältnismäßige Eingriffe in die Eigentumsgarantie, die Berufs- und Gewerbefreiheit, die Vereinigungsfreiheit und die allgemeine Vertragsfreiheit dar.
- Die Maßnahmen dienen dem aus europa- und verfassungsrechtlicher Sicht legitimen und im Allgemeininteresse liegenden Ziel, die negativen Anreize für ein integriertes Energieversorgungsunternehmen, sein Netzmonopol zur Abschottung von Märkten durch unterlassene Ausbaumaßnahmen und eine Bevorzugung der verbundenen Tätigkeitsbereiche einzusetzen, sowie die anders nicht mit vertretbarem Aufwand zu kontrollierenden wettbewerbsstörenden Informationsflüsse zwischen Netzbetrieb und anderen Energieversorgungsaktivitäten zu beseitigen; die Herstellung von Wettbewerb und die Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes für Elektrizität und Gas ist eine überragendes Ziel der Europäischen Union, welches auch für den deutschen Gesetzgeber verpflichtend ist.
- Wie die Europäische Kommission zutreffend festgestellt hat, bestehen weiterhin gravierende Hindernisse für einen freien, grenzüberschreitenden und diskriminierungsfreien Netzzugang; aufgrund der strukturellen Verbindung von Netzbetreiber und Erzeugungs-, Gewinnungs- und Vertriebsaktivitäten gibt es einen starken Anreiz für integrierte Energieversorgungsunternehmen, Kapazitäten nicht in gebotenem Maß auszubauen, um Wettbewerbern einen Marktzutritt zu ermöglichen.
- Ein Unternehmen, das ausschließlich ein Energieversorgungsnetz besitzt und betreibt, hat ein natürliches Bestreben, die Nutzung des Netzes zu optimieren und ein größtmögliches Nutzungsvolumen zu generieren.

- Maßnahmen der Entflechtung von Eigentum und Betrieb des Netzes von anderen Energieversorgungsaktivitäten führen dazu, dass der Netzbetreiber aus eigenem Antrieb die notwendige Infrastruktur für die Betätigung der gesamten Marktteilnehmer zur Verfügung stellen würde; eine aufwendige und im Zweifel unzureichende staatlich angeordnete und überwachte Netzausbauplanung und -durchführung würde sich erübrigen.
- Bei einer wirksamen Entflechtung könnte sich die Regulierung weitgehend zurückziehen auf eine Überwachung der Kalkulation der Netznutzungsentgelte, welche aufgrund des natürlichen Monopols des Netzbetreibers von diesem auch nach einer Entflechtung noch in missbräuchlicher Weise gestaltet werden kann; damit können der Staat von kostenträchtigen Aufgaben entlastet und die Unternehmen von administrativen Eingriffen verschont werden.
- Bei der Auswahl zwischen dem Betreiber- und dem Eigentums-Modell steht dem Gesetzgeber ein Wahlrecht zu; das Betreiber-Modell stellt nicht das mildere Mittel gegenüber dem Eigentums-Modell dar, da es nicht in gleicher Weise zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet ist und mit erheblichem zusätzlichem Regulierungsaufwand verbunden ist.
- Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kann der einzelne Grundrechtsträger im Blick auf seine Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit nicht erwarten, dass zur Vermeidung grundrechtsbeschränkender Maßnahmen die nur begrenzt verfügbaren öffentlichen Mittel über das vernünftigerweise von der Gesellschaft erwartbare Maß hinaus für die Bekämpfung von Missständen verwendet werden.
- Soweit teilweise vorgebracht wird, es sei keinesfalls erwiesen, dass eine Eigentumsentflechtung in besserer Weise als die bisherigen Netzzugangs- und Entflechtungsregelungen zu Wettbewerb führen würden, greift diese Betrachtungsweise zu kurz und hält verfassungsrechtlichen Maßstäben nicht stand, da es in der Natur der Sache liegt, dass die konkreten Wirkungen einer in die Zukunft gerichteten gesetzgeberischen Entscheidung aufgrund des ihr eigenen Prognosecharakters nie mit mathematischer Sicherheit vorher gesagt werden kann; wer einen solchen Nachweis fordert, redet zugleich der generellen Handlungsunfähigkeit des Gesetzgebers das Wort.
- Der Gesetzgeber ist von der Verfassung nicht gehalten, zunächst mehrere Jahre Erfahrungen mit einem aus seiner jetzigen Sicht ungeeigneten gesetz-

lichen Instrument – etwa den bisherigen Entflechtungsregeln in §§ 6 ff EnWG – zu sammeln, um erst mit erheblicher zeitlicher Verzögerung gegen zu steuern. Verfassungsrechtlich muss er die zum Zeitpunkt seiner Entscheidung zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen ausschöpfen und die bestehenden Tatsachen vertretbar würdigen.

- Aufgrund der Erkenntnisse des Internal Energy Market Report 2007, der Energy Sector Inquiry und der Erfahrungen mit dem Instrument der Eigentumsentflechtung in Großbritannien, den Niederlanden und vielen anderen Ländern der Europäischen Union und der USA kann der Gesetzgeber in vertretbarer Weise zu der Auffassung gelangen, dass die Eigentumsentflechtung ein anders nicht mit vertretbarem Aufwand lösbares strukturelles Wettbewerbsproblem beseitigt; darin läge eine in seinem gesetzlichen Einschätzungsspielraum liegende vertretbare und verfassungsrechtlich nicht angreifbare Entscheidung.
- Der Gesetzgeber sollte sich auf eine generelle Anordnung der Trennung von Eigentum und/oder Betrieb des Netzes auf der einen und anderen Energieversorgungsaktivitäten (Vertrieb, Gewinnung, Erzeugung) auf der anderen Seite beschränken und kein konkretes Verfahren zur Umsetzung dieses Gebotes vorgeben; dadurch wird den Energieversorgungsunternehmen weitestgehende Freiheit bei der Umgestaltung ihrer Unternehmen belassen; solche Umgestaltungen könnten auch zu einer sog. *Pro-Rata*-Lösung führen, bei welcher der ausgegliederte Netzbereich den eigenen Anteilsinhabern zum Verkauf angeboten wird.
- Gesellschaftsrechtliche Verbindungen zwischen Netzbereich und anderen Energieversorgungsaktivitäten sind auf unerhebliche Beteiligungen zu beschränken, die nicht mehr als z.B. 5 % der Kapital- oder Stimmrechtsmehrheit betragen sollten.
- Zur Wahrung des Übermaßverbots ist den integrierten Energieversorgungsunternehmen eine angemessene Übergangsfrist von ein bis zwei Jahren einzuräumen; ihnen ist der Nachweis zu gestatten, dass eine Veräußerung des Netzbereichs nicht zu einem dem tatsächlichen Marktwert entsprechenden Verkaufserlös führt und deshalb (zeitweilig) wirtschaftlich unzumutbar ist.

- Gegenüber der verfassungsrechtlich bewirkten Eigentumsgarantie gewährleisten die Grundrechte auf Berufs- und Gewerbefreiheit, Vereinigungsfreiheit und der allgemeinen Handlungsfreiheit keine weitergehenden Gewährleistungen.

* * *

Berlin, den 28. August 2007

v. Hammerstein

E.

Literaturverzeichnis

- Baur/Moraing,* Rechtliche Probleme einer Deregulierung in der Elektrizitätswirtschaft, 1994.
- Baur, Jürgen F./Pritzsche, Kai Uwe/Klauer, Stefan* Ownership Unbundling, Wesen und Vereinbarkeit mit Europarecht und Verfassungsrecht, 2006. (zitiert: *Baur/Pritzsche/Klauer, Ownership Unbundling*).
- Böhmer, Werner* Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, 2561-2574.
- Börner, Achim-Rüdiger* Zum Umfang der Trennung von Netz und Betrieb bei Strom und Gas, Versorgungswirtschaft 6/2007, S. 125-131.
- Büdenbender, Ulrich* Durchleitungen in der Elektrizitätswirtschaft und Eigentumsschutz, WuW 2000, 119 ff.
- Büdenbender, Ulrich/Rosin, Peter* Einführung eines Ownership Unbundling bzw. Independent System Operator in der Energiewirtschaft, Essen, 2007 (zitiert: *Büdenbender/Rosin, Ownership Unbundling*).
- Counsel of European Energy Regulators (CEER)* Response to the energy green paper of 11th July 2006 (C06-SEM-18-03).
- Dreier, Horst* (Hrsg.) Grundgesetz - Kommentar, 2. Aufl., 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Dreier, Grundgesetz-Kommentar*).
- European Regulators' Group for Electricity and Gas (ERGEG) Assessment of the development of the European Energy Market 2006, Ref: E06-MOR-02-06 vom 06. Dezember 2006.
- European Regulators' Group for Electricity and Gas (ERGEG) 3rd Legislative Package Input, Paper 1: Unbundling, Rrf: C07-SER-13-06-1-PD vom 05. Juni 2007.

- Gotthold, Jürgen* Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, ZHR 144 (1980), S. 341 ff.
- v. Hammerstein, Christian* Verfahrensermessen und Rechtsschutz in der Fusionskontrolle, in: Festschrift für *Peter Raue, Jacobs, Rainer/Papier, Hans-Jürgen/Schuster, Peter Klaus* (Hrsg.), 2006, S. 49 ff.
- v. Hammerstein, Christian* Netzanschluss und Netzzugang für Kohle- und Gaskraftwerke, ZNER 2006, S. 110 ff.
- v. Hammerstein, Christian* Kostentragung für staatliche Überwachungsmaßnahmen nach der TKG-Novelle, MMR 2004, 222 ff.
- Haslinger, Sebastian* Grundrechtsverletzungen durch Ownership unbundling?, WuW 4/2007, S. 343 ff.
- Haus, Florian C.* Entflechtung nach der KartellVO?, WuW 7-8/2001, S. 659 ff.
- Hesse, Wolf-Ekkehard* Entflechtung kein Wundermittel, DB 1980, S. 2377 ff.
- Holznapel, Bernd/
Schumacher, Pascal* Großer Eingriff, k(l)eine Wirkung – Die Pläne der Kommission zur eigentumsrechtlichen Entflechtung der Energienetzbetreiber, N&R 2007, 96 ff.
- Jaeger,* Einstweiliger Rechtsschutz bei Beschwerden beigeladener Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen, in: Festschrift für *Winfried Tilmann*, S. 657 ff..
- Jarass, Hans D./Pieroth,
Bodo* (Hrsg.) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) - Kommentar, 7. Aufl. 2004, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Jarass/Pieroth*, GG)
- Jens, Uwe* Probleme einer Entflechtungsregelung im deutschen Wettbewerbsrecht, WuW 5/1978, S. 264 ff.

- Kleinlein, Kornelius* Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung – eine Alternative zur Enteignung, DVBl. 1991, 365 ff.
- Krawinkel, Holger* Interview in Spiegel online, 18.05.2006.
- Leibholz, Gerhard/ Rinck, Hans Justus* Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Loseblattsammlung (zitiert *Leibholz/Rinck, GG*).
- Leprich, Uwe* Stromnetze neutralisieren, Energiedepesche, 04.12.2005, S. 32 ff.
- Linsmeier, Petra/Hamann, Christian* Die Ergebnisse der Sektorenuntersuchung Energie und die neue Energiepolitik in Europa: Konsequenzen für die Entflechtung, ET 2007, S. 93 ff.
- Lowe, Phillip/Pucinskaite, Ingrida/Lindberg, Patrick* Effective unbundling of energy transmission networks: lessons from the Energy Sector Inquiry, Competition Policy Newsletter, Spring 2007, Nr. 1, S. 23 ff.
- v. Mangoldt, Hermann von/ Klein, Friedrich/Stark, Christian* (Hrsg.) Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 5. Auflage, 2005, (zitiert: *Bearbeiter*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck, GG*).
- Maunz, Theodor,/Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt-Sammlung (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Maunz/Dürig/Herzog, GG*).
- Maurer, Hartmut* Der enteignende Eingriff und die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung des Eigentums, DVBl. 1991, 781 ff.
- Monopolkommission* Fusionskontrolle bleibt vorrangig, Hauptgutachten III, Baden-Baden 1980, BT-Drucks. 8/4404 v. 17.07.1980.

- Monopolkommission* Preiskontrollen in Energiewirtschaft und Handel? Zur Novellierung des GWB, 47. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 3 und 4 GWB, März 2007.
- Möschel, Wernhard* Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Eine vergleichende rechtspolitische Studie, 1979.
- Möschel, Wernhard* Das Instrument der Entflechtung im Kontext des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts: ein Vorschlag zur Ausgestaltung, Vortrag vom 29. November 2006, Energietagung Berlin, abrufbar unter http://www.perspektive-wettbewerb.de/index.php?article_id=147.
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Band 1, 5. Aufl. 2000, Vorb. Art. 1 bis 19 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *v. Münch/Kunig, GG*).
- Papier, Hans-Jürgen* Durchleitungen und Eigentum, BB 1997, 1213 ff.
- Papier, Hans-Jürgen* Die Regelung von Durchleitungsrechten, 1997.
- Salzwedel, Jürgen* Wettbewerbsrecht und Verfassung – die hessische Entflechtungsinitiative für mehr Wettbewerb in der Stromerzeugung: Welche Anforderungen stellt die Verfassung?, Vortrag v. 29.11.2006, Berlin.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Klein, Franz* Kommentar zum Grundgesetz, 10. Auflage, 2004 (zitiert: *Bearbeiter*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG*).
- Schmidt-Preuß, Matthias Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Unbundling, in *Baur/Pritzsche/Simon* (Hrsg.), Unbundling in der Energiewirtschaft, 2006.
- Schmidt-Preuß, Matthias* Verfassungskonflikt um die Durchleitung, RdE 1996, 1 ff.

- Schmidt-Preuß, Matthias* Die Gewährleistung des Privateigentums durch Art. 14 GG im Lichte aktueller Probleme, AG 1996, S. 1 ff.
- Scholz, Ruppert* Entflechtung und Verfassung, 1981.
- Schulte-Braucks, Reinhard* Die Kontrolle marktbeherrschender Unternehmen durch Entflechtung, Patent- und Warenzeichenfreigabe, Diss. 1978.
- Schulte-Braucks, Reinhard* Die Auflösung marktbeherrschender Stellungen, 1980.
- Schulte-Braucks, Reinhard* Die Entflechtung als Aufgabe der Wettbewerbspolitik, BB 1981, 1369 ff.
- Selmer, Peter* Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, Verfassungsrechtliche Probleme einer allgemeinen Entflechtungsermächtigung, 1981.
- Storr, Stefan* Die Vorschläge der EU-Kommission zur Verschärfung der Unbundling-Vorschriften im Energiesektor, EuZW 8/2007, S. 232 ff.
- Volz, Thorsten Michael* Das Unbundling in der britischen und deutschen Energiewirtschaft, 2006.