

Leitsätze der Verfasser:

1. Mehrheitlich von der öffentlichen Hand beherrschten Stromversorgungsunternehmen in Privatrechtsform fehlt es an der Grundrechtsfähigkeit.
2. Der Grundsatz der Rechtswegerschöpfung erfordert es auch für Nicht-Verfahrensbeteiligte eines kartellrechtlichen Verwaltungsverfahrens, im Falle der Ablehnung einer beantragten Beiladung zunächst Beschwerde gem. § 63 Abs. 2 GWB einzulegen.

BVerfG, Beschl. v. 18. 5. 2009 – 1 BvR 1731/05 (BGH), WM 2009, 1761

Kurzkomentar:

*Peter Philipp Engelhoven, Dr. iur., Rechtsanwalt – Taylor Wessing, Hamburg, und Michael Fuhlrott, Dr. iur., Rechtsanwalt – Esche Schümann Commichau, Hamburg*

1. Die Beschwerdeführerin zu 1) betreibt ein in ihrem Eigentum stehendes Stromversorgungsnetz auf dem Gebiet der Beschwerdeführerin zu 2), der Stadt Frankfurt/M., und ist eine AG (M. AG), die mittelbar mehrheitlich (zu 75,2 %) im Besitz der Beschwerdeführerin zu 2) ist. Die beiden Beschwerdeführer wenden sich gegen eine kartellrechtliche Verfügung und die diese bestätigenden Gerichtsentscheidungen und mittelbar gegen § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB. In einem Verwaltungsverfahren vor dem BKartA war der M. AG aufgegeben worden, bestimmten Netzbetreibern Zugang zu ihren Netzen zu gewähren. Hiergegen eingelegte Rechtsmittel waren erfolglos (zuletzt BGHZ 163, 296 – Arealnetz, dazu EWIR 2005, 887 (Büdenbender)). Während des Verfahrens vor dem OLG Düsseldorf beantragte die Stadt Frankfurt beim BKartA erfolglos ihre Beiladung zum Verwaltungsverfahren gegen die M. AG. Sowohl die M. AG als auch die Stadt Frankfurt legten daraufhin Verfassungsbeschwerden ein. Die M. AG begehrt die Aufhebung der Ausgangsentscheidung. Diese verletze ihre grundgesetzlich garantierte Eigentums- und Berufsfreiheit. § 19 Abs. 4 Satz 4 GWB verpflichte dazu, Netzbetreibern den Anschluss an Netze zu denselben Bedingungen wie übrigen Endverbrauchern zu gewähren. Dies stelle eine unangemessene Inhalts- und Schrankenbestimmung der Eigentumsfreiheit dar. Zudem sei sie, die M. AG, beschwerdebefugt, da sie als gemischtwirtschaftliches Unternehmen mit privater Mitbeteiligung schon aus Gründen der Rechtssicherheit als grundrechtsberechtigt anzusehen sei. Die Stadt Frankfurt rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs sowie ihrer kommunalen Selbstverwaltungsgarantie, da sie nicht zum Verwaltungsverfahren beigegeben worden ist.

2. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerden gem. § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen. Es fehle an der grundsätzlichen Bedeutung: Zudem seien die Beschwerden bereits unzulässig: Der M. AG fehle es mangels Grundrechtsfähigkeit an der Beschwerdebefugnis. Das BVerfG habe zuvor bereits die Grundrechtsfähigkeit mehrheitlich in öffentlicher Hand befindlicher Stromversorger abgelehnt. Hiervon sei jedenfalls vorliegend nicht abzuweichen, da die M. AG im bestimm-

menden Einfluss eines Hoheitsträgers liege. Auch die Verfassungsbeschwerde der Stadt Frankfurt sei aufgrund Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität unzulässig, da der Rechtsweg hier nicht ausgeschöpft sei. Die Stadt Frankfurt habe es unterlassen, gegen den Beschluss des BKartA bezüglich ihrer Beiladung Beschwerde einzulegen. Zwar bestehe nach § 63 Abs. 2 GWB eine Beschwerdebefugnis nur für Beteiligte des Verfahrens. Es sei jedoch in Rechtsprechung und Lehre anerkannt, dass auch ein formal nicht Beteiligter beschwerdebefugt sei, der eigene Rechtsverletzungen geltend macht. Dies habe zwischenzeitlich auch – wenngleich erst nach Abschluss des vorliegenden Ausgangsverfahrens – der BGH (BGHZ 169, 370 = NJW 2007, 607 – pepcom, dazu EWIR 2007, 51 (Klees)) bestätigt, weshalb diese Rechtsschutzmöglichkeit zumindest nicht von vornherein aussichtslos gewesen sei und daher hätte beschritten werden müssen.

3.1 Im Hinblick auf die Grundrechtsfähigkeit von Unternehmen in öffentlicher Hand bestätigt die Entscheidung bestehende verfassungsgerichtliche Rechtsprechung: Bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wird auf die gesellschaftlichen Mehrheitsverhältnisse abgestellt; materielle Grundrechte finden bei entscheidendem Einfluss der öffentlichen Hand keine Anwendung (BVerfG NJW 1990, 1783). Für die Praxis ist diese Frage vorerst entschieden, wenngleich Teile der Literatur dies anders sehen (Umbach/Ruppert, BVerfGG, 2. Aufl., § 90 Rz. 46). Eine Hintertür für eine Änderung der Rechtsprechung bleibt jedoch insoweit offen, als das BVerfG betont, dass jedenfalls „vorliegend“ keine Abweichung von diesem Grundsatz gerechtfertigt sei.

3.2 Im Hinblick auf den Grundsatz der Subsidiarität schließt sich das BVerfG der Ansicht an, nach der auch formal nicht am Verwaltungsverfahren Beteiligte nach § 63 Abs. 2 GWB beschwerdebefugt sein können. Allerdings überzeugt die Argumentation des BVerfG nicht vollständig, sofern sie auf die zitierte BGH-Entscheidung verweist: Zum einen erging diese Entscheidung erst nach Abschluss des Ausgangsverfahrens, zum anderen betraf sie einen fusionskontrollrechtlichen Sachverhalt. So bleiben durchaus Zweifel, die Stadt Frankfurt auf eine Beschwerde nach § 63 GWB zum OLG Düsseldorf zu verweisen, da zum Zeitpunkt des negativ beschiedenen Beiladungsantrags die extensive Auslegung der Beschwerdebefugnis kurz zuvor vom OLG Düsseldorf – wenn auch bezüglich eines fusionskontrollrechtlichen Sachverhalts – abgelehnt worden war. Daher überzeugt es nicht vollends, wenn das BVerfG davon ausgeht, dass „dieses Rechtsmittel nicht von vornherein aussichtslos war“. Eine andere Entscheidung wäre vor dem Hintergrund des effektiven Rechtsschutzgebots (Art. 19 Abs. 4 GG) bedenkenswert gewesen.

4. Zu der von den Beteiligten gerügten Verfassungswidrigkeit von § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB musste sich das BVerfG aufgrund der bejahten Unzulässigkeit beider Verfassungsbeschwerden nicht positionieren. Es dürfte aber mit der insoweit vorherrschenden Meinung davon auszugehen sein, dass es sich bei § 19 Abs. 4 Nr. 4 GWB um eine zulässige Inhalts- und Schrankenbestimmung des Eigentums handelt: Netze und Infrastruktureinrichtungen sind durch einen besonderen sozialen Bezug geprägt, weil andere Unternehmen, die über solche Netze nicht verfügen, für ihre eigene wirtschaftliche Betätigung auf deren Nutzung angewiesen sind (Hartmann-Rüppel/Engelhoven, ZWER 2008, 301).