



## **Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie**

Preprints  
aus der Max-Planck-Projektgruppe  
Recht der Gemeinschaftsgüter  
Bonn  
1998/2

Die privatnützige Enteignung als Steuerungsinstrument  
von  
Prof. Dr. Christoph Engel

Prof. Dr. Christoph Engel

## Die privatnützige Enteignung als Steuerungsinstrument

DIE PRIVATNÜTZIGE ENTEIGNUNG ALS STEUERUNGSMITTEL .....	2
I. DER AUSLÖSER: INFRASTRUKTUR DURCH PRIVATE .....	2
II. DIE ENTEIGNUNG ALS ACHILLESFERSE DES LIBERALEN MODELLS?.....	4
III. ENTEIGNUNG ALS STEUERUNGSMITTEL .....	5
1. Die Enteignung als punktuelle Korrektur eines Marktversagens .....	5
2. Das dynamische Problem: Der taktierende Eigentümer.....	7
3. Das statische Problem: Der störrische Eigentümer.....	10
IV. RECHTSFOLGEN .....	12
V. ERGEBNIS.....	16

### I. Der Auslöser: Infrastruktur durch Private

Auch Wissenschaftler sind nicht frei von sportlichem Ehrgeiz. Den wissenschaftlichen Gegner mit dessen eigenen Waffen zu schlagen, gehört zu den sportlichsten Höchstleistungen. Scheinbar ist das *Georg Hermes* in seiner Habilitationsschrift gelungen<sup>1</sup>. Seine These lautet: Die Liberalen verletzen das höchste Gut ihres eigenen Denksystems, das private Eigentum nämlich, wenn sie für Infrastrukturwettbewerb eintreten. Diese These ist falsch. Um den Streit verstehen zu können, müssen wir uns einleitend aber den Sachverhalt und den rechtspolitischen Standpunkt von Hermes klarmachen.

---

\* Herrn Prof. Dr. Urs Schweizer und Herrn Prof. Dr. Günter Knieps danke ich für ihre Anregungen.

<sup>1</sup> *Georg Hermes*: Staatliche Infrastrukturverantwortung. Rechtliche Grundstrukturen netzgebundener Transport- und Übertragungssysteme zwischen Daseinsvorsorge und Wettbewerbsregulierung am Beispiel der leitungsgebundenen Energieversorgung in Europa (Jus Publicum 29) Tübingen 1998.

Der Begriff der Infrastruktur schillert<sup>2</sup>. Landläufig rechnet man vor allem die Versorgungs-, Transport-, Kommunikations- und Entsorgungsnetze dazu. Sie sind historisch zwar zu meist dank privater Initiative entstanden, früher oder später in Deutschland aber sämtlich in staatliche oder staatlich geschützte Monopole überführt worden<sup>3</sup>. Seit einem gutem Jahrzehnt hat eine Gegenbewegung eingesetzt, nicht nur, aber vornehmlich unter dem Druck der Europäischen Gemeinschaft. Der Schienenweg ist vom Eisenbahnbetrieb getrennt. Über diese Schienen schicken konkurrierende Unternehmen ihre Züge. Seit Jahren konkurrieren Mobilfunkbetreiber um die Gunst der Kunden. Seit dem 1. Januar 1998 ist auch beim festverlegten Netz Wettbewerb möglich. Auch das Straßenrecht beginnt, über private Trägerschaft, nutzungsabhängige Entgelte und Wettbewerb nachzudenken.

Hermes stemmt sich dieser Entwicklung nicht prinzipiell entgegen. Insbesondere hat er nichts dagegen einzuwenden, daß der Staat die Errichtung und den Betrieb solcher Netze privaten Unternehmen überläßt<sup>4</sup>. Dieser Vorgang darf nach der Überzeugung von Hermes aber nicht mit der "einfachen Zuordnung [...] zu der 'staatsfreien' Sphäre" verwechselt werden<sup>5</sup>. Vielmehr geht es nur um einen "Systemwechsel in der Wahrnehmungsform staatlichen Einflusses"<sup>6</sup>, um den "Übergang von der Leistungsverantwortung zur Regulierungsverantwortung"<sup>7</sup>, "von der Daseinsvorsorge zur Gewährleistungsverantwortung"<sup>8</sup>. Unter der "Gewährleistungsverantwortung" versteht Hermes die Frage nach dem notwendigen Minimum staatlichen Einflusses<sup>9</sup>. Ihm geht es um eine "Auffangverantwortung [...], die eine staatliche Reservestellung für den Fall bezeichnet, daß Private [...] die gewünschten Leistungen nicht erbringen"<sup>10</sup>. Diese "staatliche Verantwortung für die Sicherstellung"<sup>11</sup> versteht Hermes als "Steuerungsverantwortung"<sup>12</sup>. Sie kann zwar "auch durch Einflußnahme auf den Bereich gesellschaftlicher Selbstregulierung wahrgenommen werden"<sup>13</sup>. Dabei handelt es sich aber um "Lenkung"<sup>14</sup>.

Damit ist das etatistische System gerettet. Was für den unbefangenen Betrachter aussieht wie der Rückzug des Staats aus bestimmten Wirtschaftszweigen, erweist sich als bloße "Veränderung der Form der staatlichen Aufgabenwahrnehmung"<sup>15</sup>. "Niemand, der ernstgenommen werden will, plädiert unter den Bedingungen der modernen industriellen Gesellschaft mit ihren komplizierten Lebensverhältnissen für ein Wiederaufgreifen des klassisch-liberalen Konzepts mit dem Dualismus von Staat und Gesellschaft"<sup>16</sup>. An die Stelle einer klaren Trennung von Staat und Gesellschaft tritt die Vorstellung eines "Kontinuums" von Staat, Quasi-

---

<sup>2</sup> *Hermes* (FN 1) 329 definiert: "Als Infrastruktur läßt sich die Gesamtheit aller Mittel begreifen, die der Überwindung von Entfernungen dienen und dadurch die Integration eines Raumes bewirken".

<sup>3</sup> Anregend zur historischen Entwicklung *Hermes* (FN 1) 256-303.

<sup>4</sup> 9 und passim.

<sup>5</sup> 155.

<sup>6</sup> 6.

<sup>7</sup> Ebd.

<sup>8</sup> 336.

<sup>9</sup> 342.

<sup>10</sup> 383, siehe auch 349.

<sup>11</sup> 94.

<sup>12</sup> 147.

<sup>13</sup> Ebd.

<sup>14</sup> 341.

<sup>15</sup> 155.

<sup>16</sup> 151, siehe auch 5, 139-146.

Staat, Fast-Staat und Nicht-Staat<sup>17</sup>. Die privaten Betreiber von Infrastruktureinrichtungen sind dabei noch sehr nahe beim Staat. "Die auf einen Privaten übertragene Aufgabenerfüllung [...] ist in diesem Bereich so engen Bindungen unterworfen, daß dessen Status dem eines Beliehenen nahekommt und keine grundrechtlich geschützte Freiheitsausübung darstellt<sup>18</sup>. "Netzbetreiber sind hier [...] nicht Grundrechtsträger, sondern gemeinwohlgebundene Träger öffentlicher Einrichtungen"<sup>19</sup>. Es geht also darum, "daß der Staat die von ihm gesetzten Ziele zu verwirklichen sucht, indem er private Initiative und Mechanismen des Wettbewerbs 'ausnutzt' und die in diesem Rahmen von den privaten Akteure verfolgten Interessen durch Regelsetzung beeinflusst"<sup>20</sup>. Das ist die Vorstellung der "dienenden Freiheit", die im Rundfunkrecht schon so viel Unheil angerichtet hat<sup>21</sup>.

Über Glaubenssätze kann man bekanntlich nicht streiten. Credo, quia absurdum, heißt es bei Augustinus so treffend. Wer den Menschen nur von der Gemeinschaft her denken kann, wird sich nie mit der Trennung von Staat und Gesellschaft anfreunden können. Der scheinbare Rückzug des Staats muß dann in eine taktische Finte umgedeutet werden. Der Staat verteidigt mit dem Konzept der Infrastrukturverantwortung nicht nur sein Terrain. Vielmehr stellt er sich das machtvollste gesellschaftliche Instrument, nämlich den Wettbewerb, in seinen eigenen Dienst. Das kann nicht gut gehen. Marktergebnisse sind nämlich konstitutionell unvorhersehbar. Fest steht nur, daß die knappen Ressourcen am Markt an den Ort wandern, wo die höchste Zahlungsbereitschaft dafür besteht. Die staatliche Infrastrukturverantwortung will dagegen ein ganz bestimmtes Gut, vielleicht sogar zu einem ganz bestimmten Preis<sup>22</sup>. Für den Gewinn wird dann nachrangig, wie geschickt ein Unternehmen Preise gedrückt, Kosten gesenkt, neue Abnehmer erschlossen oder Substitute entdeckt hat. Nicht der produktive Umgang mit den unternehmerischen, sondern mit den politischen Risiken entscheidet nunmehr über den Markterfolg. Das kollusive Zusammenwirken zwischen regulierten Unternehmen und Regulatoren wird zur schier unwiderstehlichen Versuchung. Die Gefahr ist groß, daß in dieser Gemengelage zwischen Staat und Markt alsbald Herrschaft ohne Kontrolle entsteht. Die Sanktionen des Markts kann ein Unternehmen dann nämlich aushebeln, indem es den Staat dazu gewinnt, die Spielregeln dieses Wettbewerbs nachträglich zu verändern. Die politische Kontrolle dieser Unternehmen und ihrer Regulatoren wird stumpf, weil sie darauf verweisen werden, die Verhältnisse an den Märkten hätten kein besseres Ergebnis zugelassen.

## II. Die Enteignung als Achillesferse des liberalen Modells?

Nach 200 Jahren des konzeptionellen Nachdenkens und nach dem kläglichen Zusammenbruch fast aller Planwirtschaften in der Welt ist das liberale Modell nicht leicht zu verwunden. Hat Hermes aber seine Achillesferse entdeckt? Das ganze Buch durchzieht nämlich ein Gedanke: Infrastrukturnetze sind meist nicht zu errichten, ohne daß der Staat den Widerstand einzelner Grundstückseigentümer mit der Enteignung aus dem Weg räumt. Auf diesen Befund baut

---

<sup>17</sup> 145.

<sup>18</sup> 9.

<sup>19</sup> 10.

<sup>20</sup> 6.

<sup>21</sup> Zusammenfassend *Christoph Engel*: Rundfunk in Freiheit, in: AfP 1994, 185-191.

<sup>22</sup> Hermes sagt das nicht ausdrücklich, dürfte es aber meinen. Spricht er von der "Angewiesenheit aller auf die Versorgungsleistungen zu angemessenen Bedingungen" (165). Und er will dem "Staat die Rolle eines Garanten für einen ausreichenden Stand an infrastruktureller Grundversorgung" zuweisen (334).

Hermes ein ganzes System der staatlichen Regulierungsverantwortung auf<sup>23</sup>. Es deckt sich nicht zufällig mit seinem Konzept der Infrastrukturverantwortung.

Der Staat kann nicht nur zu seinen eigenen Gunsten, sondern auch zu Gunsten privater Unternehmen enteignen. Hoheitsträger haben ein Monopol auf die Verwirklichung von Gemeinwohlzielen<sup>24</sup>. Der Schutz des enteigneten Eigentümers gebietet aber ein dichtes Regulierungsgeflecht. Der Enteignung muß die staatliche Netzplanung vorausgehen<sup>25</sup>. Sie ist nur zulässig, wenn "im Rahmen der allgemeinen Transport- und Übermittlungsfunktion des jeweiligen Netzes ein geplantes neues Teilstück eine sinnvolle und die Allgemeinwohlnützigkeit des Gesamtnetzes erhöhende Funktion übernimmt"<sup>26</sup>. Der enteignende Staat muß die Kapazität der vorhandenen Netze ermitteln und den künftigen Kapazitätsbedarf abschätzen<sup>27</sup>. Ausgeschlossen ist die Enteignung zu Gunsten von Parallelnetzen, solange die Kapazität der vorhandenen Netze noch nicht erschöpft ist<sup>28</sup>. Der Schutz des enteigneten Eigentümers endet auch nicht im Augenblick des Eigentumswechsels. Vielmehr muß der Staat sicherstellen, daß das enteignete Grundstück auf Dauer dem "allgemeinen Nutzen" dient<sup>29</sup>. Bereits aus Artikel 14 GG folgt deshalb der allgemeine Netzzugang<sup>30</sup>, Flächendeckung<sup>31</sup>, Verbund und Interoperabilität<sup>32</sup> sowie eine Versorgungspflicht<sup>33</sup>. Zu dieser zeitlichen tritt die sachlich-räumliche Erstreckung der Gemeinwohlbindungen. Sie erfaßt nicht nur das enteignete Teilstück, sondern das gesamte Netz<sup>34</sup>. Weil dem so ist, ist der Nutznießer einer privatnützigen Enteignung nicht Grundrechtsträger<sup>35</sup>.

### III. Enteignung als Steuerungsinstrument

Auf den ersten Blick wirkt das wirklich wie die Achillesferse des liberalen Modells. Sieht man näher hin, entpuppt sich die gelegentliche Enteignung dagegen als Korrektur eines punktuellen, konzeptionell präzise beschreibbaren Marktversagens (1). Dabei ist zwischen einem dynamischen (2) und einem statischen Problem zu unterscheiden (3).

#### 1. Die Enteignung als punktuelle Korrektur eines Marktversagens

Das Argument von Hermes scheint das liberale Modell an empfindlicher Stelle zu treffen. Sein gedanklicher Ausgangspunkt ist ja das Individuum. Müßte es dann nicht die vornehmste Aufgabe jedes Liberalen sein, für den individuellen Eigentümer der von Enteignung bedrohten Grundstücke einzutreten? Wie kann ihm zugemutet werden, sein Eigentum aufzugeben, wenn die Ökonomie als Hüterin des liberalen Modells vor mehr als

---

<sup>23</sup> 3, 273- 275, 370-381, 433-446 und passim.

<sup>24</sup> 372.

<sup>25</sup> 347, 359 f, 370.

<sup>26</sup> 370.

<sup>27</sup> 361.

<sup>28</sup> 377, 455 f.

<sup>29</sup> 370, 375, 444 - 446, 477 - 482.

<sup>30</sup> 370, 373.

<sup>31</sup> 377.

<sup>32</sup> 379.

<sup>33</sup> 477.

<sup>34</sup> 440.

<sup>35</sup> 481.

100 Jahren die objektive Wertlehre aufgegeben hat<sup>36</sup>? Ist es deshalb nicht ausgeschlossen, das Interesse des Eigentümers am Behalten des Grundstücks dem Gewinninteresse des Netzbetreibers oder den Interessen der Netznutzer unterzuordnen? Müßte es ein konsequenter Liberaler nicht einfach dabei bewenden lassen, daß der Grundstückseigentümer das Behalten seines Grundstücks nun einmal höher bewertet als den gebotenen Kaufpreis? Gibt es für einen Liberalen also nur die ungemütliche Wahl zwischen dem Verlust der konzeptionellen Unschuld und dem Verzicht auf Netzwerküter?

Sieht man näher hin, sehen die Dinge anders aus. Seine suggestive Kraft gewinnt das Enteignungsargument nämlich nur durch die Gleichsetzung des privaten Eigentums am Grund und Boden mit dem gleichermaßen privaten Eigentum am Versorgungsnetz. Das Argument suggeriert also, es handele sich um ein Verteilungsproblem. Mit staatlicher Hilfe bereichert sich der Netzbetreiber an fremdem Grundeigentum. Daß dieser Verteilungseffekt eintritt, ist nicht zu bestreiten. Er würde aber genauso eintreten, wenn der Staat selbst das Netz betreibt. Die Verteilungswirkungen sind also unabhängig davon, wer Unternehmensträger des Netzes ist. Vor allem ist die Änderung der Verteilung aber nur Effekt, nicht Ziel des staatlichen Eingriffs. Dem Staat geht es vielmehr darum, eine ganz bestimmte Form des Marktversagens zu überwinden. Die privatnützige Enteignung zu Gunsten eines Netzbetreibers ist deshalb ein Regulierungsinstrument.

Mit dieser Erkenntnis ist auch der Angriff auf das liberale Modell abgewehrt. Es gewährt dem Individuum nämlich keine schrankenlose Freiheit. Vielmehr endet die Entscheidungsfreiheit des einzelnen dort, wo Herrschaft ohne Haftung entstände. Voraussetzung für den Schutz der Freiheit ist also die Wirksamkeit ihrer Steuerung durch den Markt. Bei anderen Formen des Marktversagens wird das auch selten bestritten. So glaubt kaum noch jemand, daß die Luftreinhaltung ohne staatliche Intervention zu bewerkstelligen sei<sup>37</sup>. Das wirkt nur deshalb weniger anstößig, weil der Staat zu diesem Zweck das Eigentum emittierender Anlagen nur beschränken, nicht aber übertragen muß<sup>38</sup>. Zum einen wird sich jedoch im Anschluß zeigen, daß auch Netzwerküter oft ohne diesen harten Eingriff auskommen. Zum anderen hält diese gefühlsmäßige Unterscheidung konzeptionellem Nachdenken ohnehin nicht Stand. Die in § 903 BGB vorgesehene Allzuständigkeit des Eigentümers für seine Sache ist nichts als ein Konstrukt der Rechtsordnung. Sie ist schon nach geltendem Recht beschnitten. So liegt das Recht zur Ergreifung herrenloser Tiere nach § 8 BJagdG regelmäßig bei einer Jagdgenossenschaft, nicht beim Grundeigentümer. Und das sog. Bergwerkseigentum, also das Recht zur Gewinnung von Bodenschätzen, liegt nach § 9 BBergG im Normalfall gerade nicht beim Inhaber des Oberflächeneigentums, sondern beim Betreiber des Bergwerks. Daraus wird deutlich: Das Grundeigentum ist in Wahrheit ein ganzes Bündel von Verfügungsrechten<sup>39</sup>. Die Rechtsordnung entzieht also auch im Umweltrecht

---

<sup>36</sup> *Hermann Heinrich Gossen*: Entwicklung der Geseze des menschlichen Verkehrs und der daraus fließenden Regeln für menschliches Handeln, Braunschweig 1854; *Carl Menger*: Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, 2. Auflage, Leipzig 1923 (1. Auflage 1871); *Leon Walras*: Eléments d'économie pure, Lausanne 1896; *William Stanley Jevons*: Theory of Political Economy, 1871.

<sup>37</sup> Zum ökonomischen Hintergrund *Alfred Endres*: Umweltökonomie. Ein Einführung. Darmstadt 1994 1 - 32.

<sup>38</sup> Einen Überblick über die möglichen Interventionen gibt *Endres* (vorige FN) 33 - 172.

<sup>39</sup> Grundlegend zur ökonomischen Lehre von den Verfügungsrechten *Thráinn Eggertson*: Economic Behaviour and Institutions (Cambridge surveys of economic literature) Cambridge 1990.

Verfügungsrechte. Ob sie jedes Verfügungsrecht allein oder ganze Bündel von Verfügungsrechten zum Handelsgegenstand macht, ist eine Frage der Zweckmäßigkeit.

Die staatliche Enteignung überwindet ein Koordinationsproblem, mit dem die Märkte manchmal nicht selbst fertig werden können. Dieses Problem stellt sich bei einer bestimmten Klasse von Gütern. Weil die von Hermes untersuchten Beispiele sämtlich physische Netze zum Gegenstand haben, liegt es nahe, die ökonomische Literatur über Netzwerküter zu Hilfe zu nehmen. Der Jurist braucht sich jedoch nicht auf die verwirrende Fülle einander überlappender, teils sogar widersprechender Netzwerkmodelle einzulassen<sup>40</sup>. Denn für das Enteignungsproblem interessiert nur ein enger Ausschnitt der Netzwerkphänomene. Man kann diese Güter als Kettengüter bezeichnen<sup>41</sup>. Fehlt auch nur ein Glied, ist die gesamte Kette wertlos. Ist dem so, stellt sich ein dynamisches (2) und ein statisches Problem (3).

## 2. Das dynamische Problem: Der taktierende Eigentümer

Einfache ökonomische Modelle sind statisch. Einer gegebenen Nachfrage steht ein gegebenes Angebot gegenüber. Ein Gut wechselt dann den Eigentümer, wenn der Nachfrager es höher bewertet als der Anbieter. Jede Seite entscheidet folglich nach ihren Opportunitätskosten. Für den Anbieter kommt es darauf an, welchen Nutzen er verliert, wenn er das Gut aus der Hand gibt. Für den Nachfrager kommt es darauf an, ob der Nutzen aus dem Erwerb des Guts höher ist als jede alternative Verwendung des Geldbetrags<sup>42</sup>. Dieses Modell abstrahiert schon bei Standard-Gütern von einem Teil der Wirklichkeit. Wenn sie einen Markt neu eröffnen, müssen die Anbieter nämlich zunächst einmal die Zahlungsbereitschaft abtasten<sup>43</sup>. Vielleicht konzentrieren sich die Anbieter in der ersten Marktphase auch auf Nachfrager mit hoher Zahlungsbereitschaft. So war es bekanntlich bei den Musik-CDs. Sowohl die Nachfrager wie die Anbieter können also taktieren. Das braucht die Rechtsordnung bei Standard-Gütern aber nicht zu beunruhigen. Je weiter ein Anbieter nämlich vom Gleichgewichtspreis wegbleibt, um so mehr zieht er Konkurrenten in den Markt.

Bei den Kettengütern ist das dynamische Problem komplizierter. Solange die Kette nicht geschlossen ist, kann der Nachfrager mit den einzelnen Gliedern nämlich nichts anfangen<sup>44</sup>. Will der Eigentümer eines einzelnen Kettengliedes einen möglichst hohen Preis erzielen, wird er also folgendes Kalkül anstellen: Je später er verkauft, um so

<sup>40</sup> Zusammenfassend *Manfred J. Holler*: Modellierung von Netzwerkeffekten und Ansätze industriepolitischer Steuerung, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie* 16 (1997) 90 - 114.

<sup>41</sup> Den Begriff habe ich entwickelt in: *Das Recht der Gemeinschaftsgüter*, in: *Die Verwaltung* 30 (1997) 429-479 (436), siehe dort auch zu den Abgrenzungsfragen.

<sup>42</sup> Bestechend klar: *Horst Siebert*: Institutionelle Arrangements für die Zuweisung von Opportunitätskosten, in: *FS Ernst-Jochim Mestmäcker*. Baden-Baden 1996, 309 - 320.

<sup>43</sup> Ein plastisches Beispiel schildern *Robert S. Pindyck/Daniel L. Rubinfeld*: *Microeconomics*, Engelwood Cliffs<sup>3</sup> 1995, 336 f.: Als die Filmstudios anfangen, Videokassetten nicht mehr nur zu verleihen, sondern auch zu verkaufen, schwankten die Angebote für Top-Filme zwischen 24,95 \$ und 79,98 \$. Acht Jahre später hatte sich ein Durchschnittspreis von 17,95 \$ eingependelt. Kein Angebot war billiger als 14,95 \$, keines teurer als 19,95 \$.

<sup>44</sup> Genauer gesagt: Er kann sein unternehmerisches Ziel nicht verwirklichen, also nicht neu als Anbieter dieses Kettenguts in den Markt eintreten. Das Ausmaß des dynamischen Problems hängt folglich davon ab, wie leicht die einzelnen Glieder alternativen Verwendungen zugeführt werden können. Technisch gesprochen: Es kommt auf das Ausmaß der versunkenen Kosten an.

dringlicher wird es für den Nachfrager, auch noch diesen Gegenstand zu erhalten. Er hat dann nämlich bereits eine Fülle anderer Gegenstände erworben, mit denen er sonst nichts anfangen kann<sup>45</sup>. Auch abweichende Gestaltungen, etwa eine andere Tassenführung, werden nun immer kostspieliger. Drastisch gesprochen: Der Jackpot geht an den, der als letzter verkauft. Das ist allerdings eine riskante Strategie. Denn dem Nachfrager bleibt ja immer noch die Möglichkeit, auf das Kettengut ganz zu verzichten. Mancher Eigentümer wird deshalb den zwar niedrigeren, aber sicheren Erlös aus einem frühen Verkauf der unsicheren Chance auf einen späteren höheren Erlös vorziehen.

Daß sich Regulierungsbedarf erst aus der dynamischen Betrachtung von Märkten erschließt, ist auch für die Volkswirtschaftslehre noch keine alltägliche Überlegung. Zur Aufklärung kann vor allem die Spieltheorie helfen<sup>46</sup>. Im Ausgangspunkt kann man sich unser Problem als sog. chicken game verständlich machen. Die Spieltheoretiker lieben es, den untersuchten Konstellationen plastische Namen zu geben. Dieser stammt aus einer Zeit mit einem überholten Männerbild. Zwei junge Männer wollen einer Schönen imponieren. Sie glauben, wer sich als erfolgreicher Draufgänger erweise, werde ihre Gunst erwerben. Deshalb fahren sie auf einer einspurigen Straße mit ihren Autos aufeinander zu. Bremsen beide rechtzeitig ab, hält sie die Schöne für Feiglinge, sie überleben aber wenigstens. Bremst niemand, sterben alle beide. Beide sind deshalb darauf aus, den je anderen zum Aufgeben zu zwingen<sup>47</sup>.

Diese sehr einfache Spielsituation erfaßt grundsätzlich auch die Entscheidungssituation, in der sich jeder einzelne Eigentümer eines Kettenglieds befindet. Denn die gesamte Zahlungsbereitschaft des potentiellen Netzbetreibers richtet sich nach den Absatzchancen, die er für das Netz sieht. Erweist sich der Erwerb aller Kettenglieder als zu teuer, wird er das Projekt lieber fallen lassen. Für den einzelnen Eigentümer eines Kettenglieds sind deshalb die übrigen Eigentümer der wichtigere Gegner, nicht der künftige Netzbetreiber. Wenn der einzelne Eigentümer erfolgreich pokert, kann er einen möglichst hohen Anteil an dem Gesamtpreis der Grundstücke für sich selbst verbuchen. Weil der Netzbetreiber mit solchen Eigentümern rechnet, wird er die ersten Grundstücke zu einem Preis weit unterhalb des schließlichen Durchschnittspreises erwerben wollen.

Das einfache Modell des chicken game paßt, wenn der einzelne Eigentümer eines Kettenglieds das Angebotsverhalten der übrigen Eigentümer weder beobachten noch beeinflussen kann. Je mehr Glieder die Kette hat, um so eher wird diese Voraussetzung jedenfalls für den größten Teil der übrigen Eigentümer zutreffen. Dann spielt der einzelne Eigentümer gleichsam ein Zwei-Personen-Spiel mit allen übrigen Eigentümern. Das chicken game ist allerdings ein Modell für ein simultanes Spiel. In der Wirklichkeit wird der einzelne Eigentümer mehrfach die Chance zu Verhandlungen mit dem künftigen Netzbetreiber haben. Dann kann es sich für ihn lohnen, in die Reputation als besonders streitbarer Verhandlungspartner zu investieren. Auch für solche wiederholten Spiele hat die Spieltheorie aber Modelle entwickelt<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Technisch gesprochen: Es kommt auf das Ausmaß der bereits versenkten Kosten an.

<sup>46</sup> Leider sind spieltheoretische Arbeiten häufig hochformal. Eine gut verständliche und auf juristische Fragen zugeschnittene Einführung bieten *Douglas Baird/Robert H. Gertner/Randal C. Picker: Game theory and the law*. Cambridge, Mass. 1994; siehe dazu meine Besprechung in *Rabels Zeitschrift* 1998\*\*\*.

<sup>47</sup> Näher ebd. 43 - 45.

<sup>48</sup> Einzelheiten ebd. 159 - 187.

Die spieltheoretische Analyse hilft zunächst, das Problem besser zu verstehen. Die juristische Intuition wird bei dieser Gestaltung nämlich irregeleitet. Sie blickt auf den Netzbetreiber, von dem der Eigentümer des letzten Kettengliedes scheinbar einen ausbeuterischen Preis verlangt. Der Netzbetreiber kann sich jedoch mit einfachen Mitteln selbst schützen. Insbesondere braucht er die Grundstücke nicht gleich zu Eigentum zu erwerben, sondern kann sich auf Optionen beschränken. Er kann die Dinge auch formalisieren und den Erwerb aller Grundstücke davon abhängig machen, daß alle Eigentümer bis zu einem festgelegten Zeitpunkt verkauft haben. Auch der Schutz der übrigen Eigentümer ist nicht das eigentliche rechtspolitische Problem. Wer schnell verkauft, mag seinem Grundstück einen geringeren Wert beimessen, oder den Spatz in der Hand der Taube auf dem Dach vorziehen<sup>49</sup>.

Wenn überhaupt, dann bedürfen die Nutzer des Netzes des Schutzes der Rechtsordnung. Denn das entschlossene Pokern einzelner Eigentümer kann dazu führen, daß ein Netz nicht gebaut wird, obwohl genügend Zahlungsbereitschaft vorhanden gewesen wäre, um die Opportunitätskosten aller Eigentümer zu decken. Das rechtspolitische Problem besteht in seinem Kern also darin, die Eigentümer der Kettenglieder zur Offenlegung ihrer wirklichen Opportunitätskosten zu bewegen. Weil die Opportunitätskosten, wie wir gesehen haben, ein Maß für den relativen Wert sind, den eine Person einem Gegenstand zumißt, kann man das Problem auch so formulieren: Wie kann man die Eigentümer der Kettenglieder zur Offenlegung ihrer Präferenzen veranlassen?

Patentlösungen hat dafür noch niemand ersonnen. Eine ausführlichere Untersuchung würde Parallelen zu anderen Rechtsgebieten nachgehen. Zu denken wäre etwa an die breiten amerikanischen Erfahrungen mit öffentlichen Übernahmeangeboten für börsennotierte Unternehmen. Vor allem müßte die umfangreiche ökonomische Literatur zum Design geeigneter Mechanismen aufgenommen werden<sup>50</sup>. An dieser Stelle müssen einige wenige Anhaltspunkte genügen.

Eine Lösung besteht im Beharren des Netzbetreibers auf einem einheitlichen Preis für jedes Grundstück. Da der Netzbetreiber vor Beginn der Verhandlungen die Opportunitätskosten der Eigentümer nicht kennt, wird es im allerdingen schwer fallen, sofort den erfolgversprechenden Preis zu treffen.

Hier kann eine Meistbegünstigungsklausel helfen. Dadurch wird auch der Attentismus der Eigentümer überwunden. Wer früh günstig verkauft, partizipiert doch an den Verhandlungserfolgen der übrigen Eigentümer. Diese Lösung hat freilich einen Nachteil: Die Opportunitätskosten der einzelnen Eigentümer können sich stark unterscheiden. Bei einem Einheitspreis erhalten manche Eigentümer mehr, als sie verlangt hätten. Dieser Betrag fehlt, um auch solche Eigentümer zum Verkauf zu bewegen, für die der Durchschnittspreis nicht die Opportunitätskosten deckt.

---

<sup>49</sup> Die Ökonomen sprechen dann von unterschiedlich ausgeprägter Risikoscheu.

<sup>50</sup> Eine gedrängte, gerade unser Problem betreffende Darstellung findet sich bei *Richard Cornes/Todd Sandler: The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods*. Cambridge<sup>2</sup> 1996, 143-239 – sie ist allerdings nicht leicht zu lesen.

Liegen die Verhältnisse so, wird ein Verfahren gebraucht, das die Preisdifferenzierung zwischen den Eigentümern in Gang bringt. Auch hierbei bleibt dem einzelnen Eigentümer natürlich ein strategisches Potential. Handelt er rational, wird er schließlich aber in einen Verkauf einwilligen, bei dem er zu seinen Opportunitätskosten noch eine Prämie für den Wechsel erläßt. Dabei wird er außerdem im Auge behalten, daß Verhandlungen Geld kosten, und daß ihm bei einem späteren Verkauf Zinserlöse entgehen.

Der Mechanismus muß also zwei Bedingungen erfüllen: jeder Eigentümer muß wenigstens so viel Erlösen, daß es sich für ihn lohnt, sein Grundstück überhaupt zu verkaufen. Die ökonomische Literatur nennt das die Teilnahmebedingung. Außerdem muß das Bietverfahren so ausgestaltet sein, daß es sich für den Eigentümer nicht lohnt, seine Präferenzen zu verschleiern. Die Ökonomie nennt das die Bedingung der Anreizkompatibilität<sup>51</sup>. Am besten ist es, wenn die Offenbarung für ihn sogar zur dominanten Strategie wird. Dann lohnt sich die Äußerung der Wahrheit, unabhängig davon, wie sich die übrigen Eigentümer verhalten werden<sup>52</sup>.

Vor allem machen diese Überlegungen aber eines deutlich: zur Überwindung des dynamischen Problems braucht man nicht die staatliche Enteignung, sondern die Kreativität der Netzbetreiber. Denn die drohende Enteignung trägt nichts dazu bei, daß die Eigentümer ihre wahren Präferenzen offenlegen. Der Sache nach wirkt die Enteignungsdrohung nur wie ein staatlich festgesetzter Höchstpreis. Wer es mit seinen Preisforderungen zu bunt treibt, muß damit rechnen, daß ihm das Grundstück schließlich vom Staat entrissen wird - auch dann, wenn die Opportunitätskosten des Grundstücks wirklich höher sind. Umgekehrt verhindert die Enteignungsdrohung nicht, daß eine große Zahl von Eigentümern mit niedrigeren Opportunitätskosten eine Rente erzielt. Auch hier kann die Ökonomie die Dinge wieder technischer und darum präziser formulieren: durch die Enteignung ersetzt der Staat nur die Teilnahmebedingung. Zur Erreichung der zweiten Bedingung, der Anreizkompatibilität, trägt die Enteignung nichts bei<sup>53</sup>.

### 3. Das statische Problem: Der störrische Eigentümer

Legitim ist die staatliche Enteignung nur zur Überwindung eines anderen Problems. Es ist konzeptionell viel einfacher zu durchdringen als das gerade erörterte dynamische Problem. Es zeigt sich nämlich bereits bei statischer Betrachtung. Plastisch gesprochen: Der Eigentümer eines Kettenglieds kann den Verkauf nicht nur in strategischer Absicht verweigern, sondern er kann ganz einfach störrisch sein.

Dafür kann es ganz unterschiedliche Gründe geben, rationale wie irrationale. Rational ist die Weigerung, wenn der Gegenstand für den Eigentümer einen Wert hat, der durch nichts, jedenfalls aber nicht durch die gebotene Summe, ersetzt wird. Vor allem aus emotionalen Gründen können, ökonomisch gesprochen, die Opportunitätskosten gegen unendlich gehen. Man denke nur an das in Jahrhunderte bewahrte Erbe einer Familie.

---

<sup>51</sup> Ebd. 110-113.

<sup>52</sup> Ist dieses Ergebnis nicht zu erzielen, wird es schwieriger, aber nicht aussichtslos. Die Ökonomen suchen dann nach dem sog. Nash-Gleichgewicht. Damit meinen sie eine Situation, in der sich eine Person nicht mehr verbessern kann, vorausgesetzt, die anderen wählen eine bestimmte Strategie, näher *Baird/Gertner/Picker* (FN 46) 19-23.

<sup>53</sup> Diese präzise Begründung verdanke ich *Urs Schweizer*.

Umgekehrt kann der Zugewinn an Geld für den Eigentümer ohne sonderlichen Reiz sein. Vielleicht hat er mehr Geld geerbt, als er überhaupt ausgibt. Ökonomisch gesprochen geht es dann um den abnehmenden Grenznutzen von Einkommen. Vielleicht lebt der Eigentümer auch bescheiden, verändert sich aber nicht gern.

Beide Phänomene sind deshalb von erheblicher Bedeutung, weil in der Praxis nur selten Eigentumsgegenstände von Unternehmen enteignet werden. Der typische Enteignungsadressat ist ein Privatmann. Privatleute, ökonomisch gesprochen also die Haushalte, stehen nicht im Wettbewerb um die Gunst von Kunden. Sie betrachten Kapital und Arbeit nicht als Produktionsfaktoren. Wenn sie überhaupt etwas maximieren, dann nicht ihr Einkommen oder Vermögen, sondern ihren Nutzen. Weniger ökonomisch gesprochen: Sie streben nach Lebensfreude. Geld ist ein Mittel, sich Lebensfreude zu verschaffen, aber nicht das einzige.

Außerdem handeln die Menschen nur in einfachen ökonomischen Modellen vollständig rational<sup>54</sup>. Für unseren Zusammenhang hat vor allem eine empirisch gut belegte Beobachtung Bedeutung. Viele Menschen bewerten das, was sie bereits haben, höher als das, was ihnen entgeht<sup>55</sup>. Außerdem lösen sich viele Menschen nur schwer von ihren Gewohnheiten. Das merken die Anbieter eines billigeren oder besseren Konkurrenzprodukts. Es bedarf erheblicher Anstrengungen, die Verbraucher vom alteingeführten Produkt wegzulocken. Hier liegt eine wichtige ökonomische Funktion der Werbung. Die Werbewirkungsforschung macht zugleich plausibel, daß ein Zusammenhang zum Lebensalter besteht. Die Gruppe der über 50-jährigen ist für die Werbung viel weniger interessant, weil sie nur noch sehr schwer von alten Gewohnheiten abzubringen ist.

Zu den großen Vorzügen einer Marktwirtschaft gehört, daß die Menschen in ihr auch nostalgisch, skurril und störrisch sein können. Das ist gerade deshalb erträglich, weil sie für ihre Grillen mit dem Verzicht auf das Einkommen bezahlen müssen, das sie beim profitablen Einsatz ihres Talents und ihres Vermögens erzielt hätten. Hat ein Gut dagegen den Charakter eines Kettenguts, beeinträchtigt der grillige Eigentümer nicht mehr nur sich selbst. Vielmehr bleibt nun auch allen anderen der Nutzen des Kettenguts versagt. Sieht man ganz genau hin, hat allerdings auch die "einfache Grille" Drittwirkungen. Wenn die Volkswirtschaft wächst, profitieren davon nämlich alle Wirtschaftsteilnehmer. Werden Wachstumschancen verschenkt, entgeht auch allen anderen etwas. In diesem ganz allgemeinen Sinne hängt folglich jede wirtschaftliche Entscheidung mit jeder anderen zusammen. Daraus wird zugleich deutlich, daß diese Art von Drittwirkung keine staatliche Intervention rechtfertigt. Man muß also zwischen pekuniären und technischen externen Effekten wirtschaftlicher Entscheidungen unterscheiden.

Auch solche technischen Externalitäten werden in der politischen Wirklichkeit nicht immer korrigiert. Wir ertragen den Lärm spielender Kinder, und wir erfreuen uns an der Schönheit der Gärten in der Nachbarschaft. Es kommt also auch bei technischen Externalitäten auf

---

<sup>54</sup> Für die Abweichungen interessiert sich auch die Ökonomie selbst intensiv. Zusammenfassend: Symposium on new institutional economics Bounded rationality and the analysis of state and society, in: Journal of institutional and theoretical economics 150 (1994) 11 - 326.

<sup>55</sup> Näher *Daniel Kahneman*: New challenges to the rationality assumption, in: Journal of institutional and theoretical economics 150 (1994) 18 - 36 (vor allem 27 - 32).

Grad und Maß an. Bei einem Kettengut sind diese Externalitäten aber extrem hoch. Sie sind nämlich gerade dadurch gekennzeichnet, daß das Kettenglied auf keine Art ersetzt werden kann. Dann hat der Eigentümer ein Stück Monopolmacht. Man könnte von einer Art situativem Monopol sprechen.

Damit ist zugleich die Brücke zu der wichtigsten Parallele gezogen, den zivilrechtlichen Regeln über den sog. aggressiven Notstand<sup>56</sup>. Das Bürgerliche Gesetzbuch ist bekanntlich die Magna Charta des Liberalismus. Trotzdem erlaubt § 904 BGB jedermann, auf eine fremde Sache einzuwirken, wenn das zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung auf den Gegenstand entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist. Die Vorschrift verbietet dem Eigentümer ausdrücklich, solch eine Einwirkung abzuwehren. Sie regelt also nicht nur den Fall, in dem der Eigentümer bei Gefahr im Verzuge nicht rechtzeitig gefragt werden könnte. Vielmehr überspielt sie auch den positiven entgegenstehenden Willen des Eigentümers. Auch er hat aufgrund der Gefahrenlage nämlich ein situatives Monopol. Im Unterschied dazu beruht das situative Monopol beim Kettengut nur bereits auf Eigenschaften des Guts. Deshalb braucht die Rechtsordnung nicht auch noch die rechtsstaatlichen Sicherungen zu beseitigen. Vielmehr weist sie dem Staat die Befugnis zu, ein Kettenglied notfalls im Wege der Enteignung zu übertragen.

Die Enteignung eines Kettenglieds steht damit zwischen dem aggressiven Notstand und Vorschriften nach der Art von § 906 II BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Eigentümer eines Grundstücks die Emissionen von Nachbargrundstücken auch dann hinzunehmen, wenn sie eine wesentliche Beeinträchtigung seines Grundeigentums darstellt, aber ortsüblich sind. Er erhält dann allerdings einen Ausgleich in Geld. Warum das unmittelbar etwas mit unserem Fall zu tun hat, macht die bereits angeführte ökonomische Lehre von den Verfügungsrechten deutlich<sup>57</sup>. Der juristische Blick wird nämlich durch die Unterscheidung zwischen Eigentumstitel und Eigentumsnutzung getrübt. Die Allzuständigkeit des Eigentümers einer Sache ist aber nur eine pragmatische Entscheidung der Rechtsordnung. Ökonomisch ist ihm damit ein Bündel von Rechten zugewiesen. § 906 BGB spaltet davon ein bestimmtes Recht wieder ab, nämlich das Recht, die dort genannten Beeinträchtigungen der Sache zu verbieten. Die Bedeutung dieser Parallele für unsere Frage wird noch deutlicher, wenn das Kettengut nicht die Übertragung des Volleigentums, sondern nur die Gewährung eines Leitungsrechts voraussetzt. Die Teilenteignung wird dann nur gebraucht, um § 906 III BGB zu überspielen. Nach dieser Vorschrift könnte der Eigentümer an sich die Zuführung von Stoffen mit Hilfe einer besonderen Leitung verhindern. Das gilt auch dann, wenn die Leitung das Grundstück nur durchschneidet, ohne daß hier ein beeinträchtigender Stoff austritt.

#### IV. Rechtsfolgen

---

<sup>56</sup> Anregend dazu *Richard A. Epstein*, *Simple Rules for a Complex World*. Cambridge, Mass. 1995, 112 - 127.

<sup>57</sup> Siehe oben 1.

Die Enteignung hat sich als Reaktion der Rechtsordnung auf eine ganz spezifische Form des Marktversagens erwiesen. An diesem Telos muß sich auch ihre Ausgestaltung ausrichten. Dabei entsteht ein ganz anderes Bild als das, was Hermes gezeichnet hatte<sup>58</sup>. Erweist sich der Eigentümer eines Kettenglieds als störrisch, braucht man den Staat. Das bedeutet aber nicht, daß der Staat auch Eigentümer des Kettenguts werden müßte. Denn das Errichten und Betreiben von Kettengütern ist eine unternehmerische Tätigkeit. Konzeptionell wie empirisch läßt sich gut belegen, warum der Staat zum Unternehmer viel schlechter taugt als Private<sup>59</sup>. Für staatliches Eigentum streiten auch keine Zumutbarkeitserwägungen. Es gibt keinen einsichtigen Grund, warum der Verlust des Eigentums an den Staat leichter erträglich sein sollte als der Verlust des Eigentums an einen anderen Privaten. Im Gegenteil: Der sinnlose Eigentumsverlust ist es, wovor die Rechtsordnung den Inhaber des Kettenglieds schützen muß. Weil der Staat nun einmal weniger effizient wirtschaftet, stiftet das Kettenglied in seiner Hand aber geringeren Nutzen.

Es gibt auch keinen Zusammenhang zwischen dem legitimen Schutz des Eigentümers und dem Preis, zu dem das Kettengut später angeboten wird. Dem "gemeinen Wohl" im Sinne von Art. 14 GG dient die Enteignung, weil sie das einzige Mittel ist, um die Produktion des Kettenguts zu ermöglichen. Der Wunsch nach niedrigen oder überall gleichen Preisen gehört dagegen in die Verteilungspolitik. Im ersten Fall sollen bedürftige Schichten der Bevölkerung, im zweiten Fall entlegene Regionen des Landes begünstigt werden. Die ökonomische Rationalität spricht dagegen, das durch Einwirkung auf den Preis eines bestimmten Produkts zu tun. Viel besser wäre es, die bedürftigen Personen oder Regionen durch direkte Transferzahlungen aus dem Staatshaushalt zu fördern. Dann kommt es nämlich nicht zu Verzerrungen auf den Märkten für Produktionsfaktoren. Jedenfalls folgt aus der Enteignung eines Kettenglieds aber keine Pflicht, so vorzugehen.

Umgekehrt läßt sich bei der Enteignung eines Kettenglieds auch nicht begründen, warum sich der Eigentümer mit einer bloß "billigen" Entschädigung abspeisen lassen müßte. Die Rechtsordnung wird nur gebraucht, um die extremen Opportunitätskosten oder die begrenzte Rationalität des Eigentümers zu überwinden. Dagegen gibt es keinen Grund, dem Eigentümer ein verteilungspolitisches Opfer abzuverlangen oder ihm eine Vermögensstrafe für seine Halsstarrigkeit aufzuerlegen.

Damit ist die Höhe der Entschädigung allerdings noch nicht bestimmt. Auf den ersten Blick scheint die Lösung einfach: Der Eigentümer erhält den vollen Wert seines Grundstücks. Ihm soll ja gerade nur der Verzicht auf das Substanzinteresse, nicht auf das Wertinteresse abverlangt werden. Was ist aber der Wert des letzten Kettenglieds? Wir hatten doch gerade gesehen, daß es ohne Intervention der Rechtsordnung hier typischerweise zur Preisdifferenzierung kommt. Das gilt gerade auch dann, wenn der prospektive Netzbetreiber das Bietverfahren so geschickt ausgestaltet hat, daß die Eigentümer ihre Opportunitätskosten offenbaren. Denn die Opportunitätskosten unterscheiden sich gerade von Eigentümer zu Eigentümer<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> Siehe oben II.

<sup>59</sup> Eingehend *Christoph Engel*: Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung, in: *Hans-Günter Henneke*: Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung. Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz (Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht 6) Stuttgart 1998, 145-222.

<sup>60</sup> Näher oben III.2.

Dagegen gibt es jedoch zwei Einwände. Zunächst gehören die Elemente, aus denen sich die Opportunitätskosten ableiten, sehr oft zu einer Kategorie, die die Spieltheorie beobachtbare, aber nicht beweisbare Information nennt. Welches Gewicht mein Familiensinn oder meine Sammlerlust wirklich für mich hat, kann vielleicht noch ein Familienmitglied abschätzen. In einer rechtsstaatlich denkbaren Weise beweisen läßt es sich dagegen nicht. Auch wenn sich solche Elemente ausnahmsweise einmal beweisen lassen, sollte die Rechtsordnung darauf bei der Ermittlung der Entschädigung für die Enteignung eines Kettenglieds aber keine Rücksicht nehmen. Denn die Enteignung muß die ultima ratio bleiben. Wenn der Eigentümer weiß, daß seine überdurchschnittlich hohen Opportunitätskosten bei einer Enteignung unberücksichtigt bleiben, setzt das einen starken Anreiz, sich mit dem Netzbetreiber auf einen gerade noch erträglichen Preis zu einigen. Damit ist die Lösung vorgezeichnet. Als Enteignungsentschädigung muß der Netzbetreiber gerade den Durchschnittspreis für ein Kettenglied bezahlen.

Dabei machen wir zum ersten Mal Berührung mit der wichtigsten Vorgabe für die Ausgestaltung des Enteignungsrechts. Die Möglichkeit der Enteignung hat Vorwirkungen auf die Verhandlungen des Netzbetreibers mit den Eigentümern der Kettenglieder. Wird ihm der Zugriff auf die Enteignung zu leicht gemacht, verhandelt er mit den Eigentümern in Wahrheit nicht mehr allein über den Erwerb ihres Grundstücks. Zum versteckten Gegenstand der Verhandlungen wird dann vielmehr auch der Verzicht darauf, von der Enteignungsinitiative Gebrauch zu machen.

Die Rechtsordnung kann dieser Gefahr auf zwei Arten begegnen: Sie kann die Enteignung unsicher und sie kann die Enteignung unattraktiv machen. Unsicher ist die Enteignung vor allem deshalb, weil der Netzbetreiber die Gerichte von ihren Voraussetzungen überzeugen muß. Sie müssen ihm abnehmen, daß die Kette auf andere Art nicht zu schließen und daß der Eigentümer wirklich störrisch war. Unattraktiv wird die Enteignung, wenn ein auf diesem Wege erworbenes Kettenglied für den Netzbetreiber weniger wertvoll ist als ein freihändig erworbenes. Deshalb macht es auch aus der in diesem Aufsatz durchweg verwendeten Anreizperspektive Sinn, wenn das enteignete Kettenglied strikt an den Zweck der Enteignung gebunden bleibt. Konsequentermaßen muß der Eigentümer deshalb auch bei der privatnützigen Enteignung durch das Institut der Rückenteignung geschützt bleiben. Gibt der Netzbetreiber also das Netz auf oder verändert er in wesentlicher Weise die Zweckbestimmung, kann der ehemalige Eigentümer des Kettenglieds verlangen, sein Grundstück mit Hilfe des öffentlichen Rechts zurückzuerlangen.

Auf den ersten Blick bleibt immer noch ein Einwand: Genügt es denn wirklich, wenn irgend ein Unternehmer irgend ein Kettengut herstellen will, damit jemand im Wege der Enteignung sein Eigentum hergeben muß? Sieht man näher hin, verliert diese Vorstellung viel von ihrem Schrecken. Zunächst sind Kettengüter in der Wirklichkeit selten. Solange die Lücke auf andere Weise geschlossen oder die eine durch eine andere Kette ersetzt werden kann, darf der Eigentümer bei seinem Widerstand bleiben. Es ist deshalb kein Zufall, daß fast immer Grundstücke oder Rechte an Grundstücken enteignet werden. Denn Grundstücke sind nun einmal immobil. Über Grundstücke verlaufende physische Netz können manchmal schon aus geologischen Gründen nur einen ganz bestimmten Weg nehmen. Außerdem muß sich die Trassenführung in andere Grundstücksnutzungen einpassen. Die privatnützige Enteignung steht deshalb im engen inneren Zusammenhang mit raumbezogenen Planungsentscheidungen. Auch dabei geraten die Märkte immer wieder an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Denn der Markt ist dem Plan gerade deshalb überlegen, weil die Marktteilnehmer dezentral planen. Das setzt aber voraus, daß der Systemzusammenhang der Volkswirtschaft in lauter bilaterale Einheiten

zerlegt wird, die je nach Zahlungsbereitschaft immer neu zusammengesetzt werden. Genau diese Möglichkeit besteht bei raumbezogenen Entscheidungen häufig nicht. So kann der Schweinemäster schwer mit Tausenden von Grundeigentümern über das Recht zum Gestank verhandeln. Und soll nicht nur die einzelne Trasse einer Versorgungsleitung bestimmt, sondern ein ganzes Leitungsnetz auf einander abgestimmt werden, ist das mit bilateralen Verhandlungen kaum noch zu bewerkstelligen.

Der von der Enteignung bedrohte Eigentümer muß aber auch davor geschützt werden, daß der Netzbetreiber vorzeitig auf die Enteignung zugreift. Dieses Instrument darf deshalb erst eingesetzt werden, wenn die Rechtsordnung es wirklich mit einem störrischen Eigentümer zu tun hat. Nach den Überlegungen, die wir zu den dynamischen Problemen von Kettengütern angestellt haben<sup>61</sup>, kann das einmalige Angebot dabei nicht genügen, das Grundstück freihändig zu erwerben. Vielmehr wird man verlangen müssen, daß der Netzbetreiber ein Bietverfahren durchgeführt hat, bei dem sich die dynamische Spreu vom statischen Weizen getrennt hat. Gewiß darf die Rechtsordnung vom Netzbetreiber dabei nichts Unmögliches verlangen. Insbesondere dürfte das Enteignungsgericht nicht die eigene Erfindungskraft zum Maßstab der Entscheidung machen. Bietverfahren, die bei anderen Kettengütern erfolgreich erprobt sind, müssen aber eingesetzt werden.

Solch ein Verfahren ist aufwendig. Schon das macht es ausgesprochen unwahrscheinlich, daß ein Unternehmen das ganze Verfahren auf sich nimmt, nur um schließlich im Wege der Enteignung an ein bestimmtes Grundstück zu kommen. Weil bei Zweckänderung der Anspruch auf Rückenteignung bestünde, wäre das außerdem kein dauerhafter Gewinn. Trotzdem sollte man die Probe auf die Ernsthaftigkeit hierauf nicht beschränken. Vielmehr sollte die privatnützige Enteignung überdies davon abhängen, daß der Netzbetreiber zumindest Optionen auf alle übrigen Grundstücke vorweist.

Sind all diese Voraussetzungen erfüllt, braucht sich die Rechtsordnung auch um einen Fall nicht mehr gesondert zu kümmern, der Hermes intensiv beschäftigt hat. Die Kommission der Europäischen Gemeinschaften fördert bei Strom und Gas den Leitungsbau. Ob sie dabei wirklich an die dauerhafte Versorgung durch parallele Netze denkt, ist zumindest zweifelhaft. Die Kommission nimmt zumindest billigend in Kauf, daß Elektrizitätsversorger solche Leitungen nur errichten, um ihre Konkurrenten zur Durchleitung von Strom und Gas zu zwingen. Stattdessen könnte solch ein Bypass auch nur dazu gedacht sein, besonders attraktive Kunden am Regionalmonopol vorbei zu beliefern<sup>62</sup>. Zunächst wird dem Eigentümer eines Kettenglieds jedoch auch in diesen Fällen kein sinnloses Opfer abverlangt. Das "gemeine Wohl" wird ja nicht durch die Existenz einer Leitung, sondern durch die Versorgung mit Energie gefördert. In welchem Ausmaß die staatlich geschützten Versorgungsmonopole das gemeine Wohl mißachten, zeigen die prallgefüllten Kriegskassen der deutschen Energieversorger. Auch eine Enteignung, die "nur" zu wirksamem Wettbewerb führt, dient deshalb dem gemeinen Wohl. Problematisch würde es erst, wenn dieses Argument mißbraucht, die Enteignungsmöglichkeit also leichtfertig in Anspruch genommen würde. Genau dagegen schützen aber die zuvor entwickelten Sicherungen.

---

<sup>61</sup> Siehe oben III.2.

<sup>62</sup> *Hermes* (FN 1) 472.

## V. Ergebnis

Der wissenschaftliche Fortschritt lebt vom Widerspruch. Georg Hermes vertäut ein engmaschiges Netz staatlicher Regulierung an der gelegentlichen Enteignung von Leitungsrechten und Grundstücken. Erst das Unbehagen an diesem konsequent entwickelten Ergebnis zwingt, sich über die Prämissen privatnütziger Enteignungen klarzuwerden. Sie sind die Antwort der Rechtsordnung auf eine ganz spezifische Form des Marktversagens. Die Enteignung ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Eigentümer eines einzelnen Kettenglieds extreme Opportunitätskosten hat oder ohne rational nachvollziehbare Begründung den Verkauf verweigert. Daß er auf einen höheren Erlös pokert, genügt dagegen nicht. Zur Bewältigung dieses dynamischen Problems ist nicht das öffentliche Recht gefordert, sondern die institutionelle Kreativität der Netzbetreiber.