

**Kurzgutachten**  
**zur verfassungsrechtlichen Entschädigungspflicht**  
**in Bezug auf § 32f**  
**des Referentenentwurfs vom 15. September 2022**  
**für ein**  
**Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle)**

Prof. Dr. Bernd Grzeszick

*Ein Kurzgutachten im Auftrag vom Wirtschaftsverband Fuels und Energie e. V. (en2x)*

Berlin, 9.11.2022

## Executive Summary

1. Die Regelung des § 32f Abs. 4 RefE GWB greift in Eigentumsrechte der Unternehmen ein und stellt eine Inhalts- und Schrankenbestimmung dar, die Unternehmen intensiv belastet.
2. Aus Gründen der Angemessenheit besteht grundsätzlich die verfassungsrechtliche Pflicht, den von einer Entflechtung betroffenen Unternehmen volle Entschädigung zu leisten.
3. Dabei erfolgt grundsätzlich keine Reduzierung der Entschädigung wegen eines Monopolpotentials.
4. Da bei einer Entflechtung die Veräußerung unter Zwang erfolgt, ist der tatsächlich erzielte Kaufpreis für eine volle Entschädigung nicht genügend. Für eine volle Entschädigung muss der Staat subsidiär eine (ergänzende) Entschädigung leisten.
5. Diese Entschädigungspflicht muss zumindest in den Grundzügen vom Gesetzgeber geregelt werden.
6. Die Regelung des § 32f Abs. 3 RefE GWB ermöglicht gleichfalls Maßnahmen, die intensiv in Eigentum eingreifen, weshalb für diese Konstellationen gleichfalls die verfassungsrechtliche Pflicht zum Erlass einer gesetzlichen Regelung, die den betroffenen Unternehmen eine volle Entschädigung gewährt, besteht.
7. § 32f RefE GWB enthält keine entsprechenden Entschädigungsregelungen und ist deshalb verfassungswidrig.

## Inhaltsverzeichnis

A. Gegenstand des Kurzgutachtens .....	4
B. Eigentum der Unternehmen: Schutzbereich des Art. 14 GG .....	4
C. Abhilfemaßnahmen sind Eingriffe in Form von Inhalts- und Schrankenbestimmung ....	5
D. Zur materiellen Rechtfertigung .....	6
I. Verfassungsrechtliche Probleme .....	6
II. Grundzüge eigentumsrechtlicher Ausgleichspflichten .....	6
1. Angemessenheit von Eingriffen nur bei gesetzlich geregelter Entschädigung .....	6
2. Pflicht zur vollen Entschädigung .....	7
3. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung .....	8
III. Entflechtung nach § 32f Abs. 4 RefE GWB nur gegen volle Entschädigung .....	9
1. Hohe Belastungsintensität des Eigentumseingriffs .....	9
a) Pflicht zur Übertragung von Eigentumsteilen eines Unternehmens .....	9
b) Eigene Leistungen bzw. Investitionen .....	10
c) Art des Wachstums .....	10
2. Grundsatz: Volle Entschädigung für den Eigentumswert .....	10
3. Keine originäre Verantwortung des Eigentümers .....	11
4. Keine Reduzierung der Entschädigungshöhe .....	12
5. Kaufpreis nicht stets genügend .....	12
6. Regelungspflicht des Gesetzgebers .....	13
7. Grundrechtlich nötige gesetzliche Entschädigungsregelung fehlt vollständig .....	14
IV. Volle Entschädigung auch für Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 RefE GWB .....	14
E. Ergebnis .....	16

## **A. Gegenstand des Kurzgutachtens**

Der Referentenentwurf für ein Wettbewerbsdurchsetzungsgesetz (11. GWB-Novelle; nachfolgend RefE GWB) sieht in § 32f weitreichende Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamts im Anschluss an Sektoruntersuchungen vor. Wenn eine „erhebliche, andauernde oder wiederholte Störung des Wettbewerbs auf mindestens einem Markt oder marktübergreifend“ vorliegt, die nicht definiert, sondern in § 32f Abs. 5 RefE GWB nur ansatzweise anhand einer Soll-Regelung über heranzuziehende Kriterien konkretisiert wird, gestattet § 32f Abs. 3 RefE GWB den Erlass aller „zur Beseitigung oder Verringerung der Störung des Wettbewerbs erforderlichen Abhilfemaßnahmen verhaltensorientierter oder struktureller Art“. Auch die Maßnahmen sind in der Vorschrift nicht näher eingegrenzt, sondern nur beispielhaft konkretisiert. Als ultima ratio sieht § 32f Abs. 4 RefE GWB eine missbrauchsunabhängige Entflechtung vor.

Die sowohl auf der Tatbestandsseite als auch auf der Rechtsfolgenseite bestehende Offenheit der geplanten Regelung für nicht näher bestimmte Eingriffe zur Korrektur behördlich konstatiert Wettbewerbsstörungen erlaubt ein kartellbehördliches Market Design unabhängig von der bisher dem Gesetzgeber anvertrauten sektorspezifischen Regulierung. Die geplante Regelung bürdet zudem die dadurch bedingten Lasten auch solchen Unternehmen auf, denen kein Verstoß gegen kartellrechtliche Verbote vorzuwerfen ist.

Dieser Paradigmenwechsel im deutschen Kartellrecht von einer regelbasierten Ordnung zu einer im behördlichen Ermessen liegenden (Um-)Gestaltung von Märkten auf Kosten der betroffenen Unternehmen und potentiell auch unter Inkaufnahme gesamtwirtschaftlicher Nachteile kann sowohl aus ordnungspolitischer als auch aus rechtlicher Perspektive kritisch beurteilt werden. Auffallend und bemerkenswert ist unter anderem, dass die Lasten der Maßnahmen vollständig von den betroffenen Unternehmen getragen werden sollen, obwohl diese sich kartellrechtlich rechtmäßig verhalten haben.

Das vorliegende Kurzgutachten greift diesen Aspekt auf und geht der Frage nach, ob verfassungsrechtlich zumindest eine Entschädigung der Unternehmen geboten ist. Gegenstand der Stellungnahme ist allein die Prüfung der Vereinbarkeit der geplanten Regelung mit den grundrechtlichen Vorgaben zu Entschädigungspflichten für Eingriffe in Eigentum. Andere Aspekte, die ebenfalls rechtliche Bedenken auslösen, wie etwa die Beachtung des Unionsrechts, die Frage der Bestimmtheit der vorgeschlagenen Regelung sowie das Problem, dass es für Unternehmen nur schwer vorhersehbar ist, wie sie sich verhalten sollen, um Maßnahmen zu vermeiden, würden den Rahmen des vorliegenden Kurzgutachtens sprengen und werden damit vorliegend nicht gewürdigt.

## **B. Eigentum der Unternehmen: Schutzbereich des Art. 14 GG**

Das Eigentum der von § 32f RefE GWB betroffenen Unternehmen fällt in den Schutzbereich von Art. 14 GG. Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG umfasst mit Blick auf wettbewerbs- und kartellrechtliche Maßnahmen gegen Unternehmen insbesondere einzelne Teile des Anlage-

und Betriebsvermögens wie z.B. Grundstücke, bewegliche Sachen, geistiges Eigentum sowie Forderungen.<sup>1</sup>

Eigentumsgrundrechtlich in der Regel nicht geschützt sind zwar bloße Erwartungen oder Chancen eines Geschäfts bzw. eines Erwerbs oder einer Veräußerung von Eigentum sowie die allgemeine Marktstellung eines Unternehmens. Allerdings bezieht sich diese Ausgrenzung grundsätzlich auf Eingriffe in das Umfeld von Eigentumsnutzungen. Bei gegebenen Eingriffen in das Eigentum wird dagegen betont, dass neben dem Bestand des Eigentums auch dessen Nutzung und damit der Wert des Eigentums geschützt wird.

Eigentumsrechtlich geschützt werden schließlich auch Gesellschaftsanteile, die ein Unternehmen an anderen Gesellschaften hält, sowie die Eigentumsrechte, die ein Anteilseigner am Unternehmensträger hat. Soweit eine Position als Eigentum i.S.v. Art. 14 GG geschützt wird, umfasst dieser Schutz sowohl den Bestand des Eigentums und die Herrschaftsbefugnis darüber als auch den damit verbundenen Wert des Eigentums.

### **C. Abhilfemaßnahmen sind Eingriffe in Form von Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Die in § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB geplanten Regelungen ermächtigen das Bundeskartellamt dazu, die Unternehmen zu einem bestimmten Umgang mit ihrem Eigentum zu verpflichten und greifen daher in die eigentumsgrundrechtlich geschützten Positionen ein.

Eingriffe in die Eigentumsfreiheit der Unternehmen können grundsätzlich sowohl in Form einer Enteignung als auch einer Inhalts- und Schrankenbestimmung erfolgen; in beiden Konstellationen können verfassungsrechtliche Ausgleichs- bzw. Entschädigungspflichten greifen.<sup>2</sup>

Soweit die in § 32f RefE GWB genannten Abhilfemaßnahmen in Eigentum eingreifen, sind sie als Inhalts- und Schrankenbestimmung anzusehen.

Die Regelungen zielen nicht darauf ab, im Sinne einer Enteignung konkrete Eigentumsgegenstände dem Staat zu verschaffen, um sie für öffentliche Zwecke zu nutzen.<sup>3</sup> Vielmehr werden abstrakt-generelle Vorgaben aufgestellt, die darauf abzielen, die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zu sichern. Dabei schränken diese Maßnahmen die betroffenen Adressaten der Maßnahmen in der Ausübung ihrer Eigentumsrechte ein.

---

<sup>1</sup> Dazu näher *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 13 ff. sowie *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 98 ff; jew. m.N.

<sup>2</sup> Dazu näher unten unter D.II., S. 6 ff.

<sup>3</sup> So für Qualifizierungen als Enteignungen BVerfGE 143, 246, 332, 243 ff.; zuvor BVerfGE 70, 191, 199 f.; 79, 174, 191; 83, 201, 211; 104, 1, 9 f.

Zwar wird vor allem für Entflechtungen diskutiert<sup>4</sup> und z.T. auch angenommen, dass es sich um Enteignungen handelt.<sup>5</sup> Allerdings hat das BVerfG in der jüngsten einschlägigen Entscheidung den Charakter der Enteignung als formal zu bestimmende, konkrete Güterverschaffung betont.<sup>6</sup> Auch wird die Qualifizierung von Entflechtungen als Enteignung in der Lit. abgelehnt.<sup>7</sup>

Im Ergebnis spricht dies deutlich dafür, die gegenständlichen Regelungen des § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB und damit Eingriffe in den Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG in Form von Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu qualifizieren.

## **D. Zur materiellen Rechtfertigung**

### **I. Verfassungsrechtliche Probleme**

Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums müssen materiell-rechtlich gerechtfertigt sein. Inhalt und Schranken des Eigentums festlegende gesetzliche Regelungen müssen hinreichend bestimmt sein, dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt genügen sowie die Anforderungen der Verhältnismäßigkeit beachten, also zur Erreichung eines legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Mit Blick auf § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB ist es zweifelhaft, ob diese Regelungen den o.g. Anforderungen genügen. Allerdings sind diese Aspekte der materiell-rechtlichen Rechtfertigung, wie vorab klargestellt, nicht Teil des vorliegenden Kurzgutachtens. Die weiteren Ausführungen sind auf die Frage fokussiert, ob unabhängig von den genannten Aspekten den Gesetzgeber nicht zumindest eine Pflicht zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung trifft, durch die aufgrund § 32f Abs. 3 und Abs. 4 intensiv in ihrem Eigentum betroffenen Unternehmen für diese Lasten entschädigt werden. Dies ist der Fall, wie im Folgenden gezeigt wird.

### **II. Grundzüge eigentumsrechtlicher Ausgleichspflichten**

#### **1. Angemessenheit von Eingriffen nur bei gesetzlich geregelter Entschädigung**

Das BVerfG leitet in seiner Rspr. zu Art. 14 GG auch im Bereich der Inhalts- und Schrankenbestimmungen aus dem Grundrechtsschutz eigenständige Entschädigungspflichten ab.

Ausgangspunkt dieser Pflichten ist das Gebot der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne bzw. Angemessenheit. Die Belastung des Eigentümers muss in einem angemessenen Verhältnis zu den mit der Regelung verfolgten Interessen stehen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne

---

<sup>4</sup> Dazu nur *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 26 ff.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 105 ff.; jew. m.w.N.

<sup>5</sup> Auf der Grundlage der jüngeren Rspr. des BVerfG *Becker*, ZRP 2010, 105, 107.

<sup>6</sup> BVerfGE 143, 246, 332, 243 ff.

<sup>7</sup> *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 26 ff. m.N.; in der Tendenz gleichfalls ablehnend auch *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 110.

bzw. zumutbar sein.<sup>8</sup> Die schutzwürdigen Interessen des Eigentümers sowie die Belange des Gemeinwohls müssen in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden.<sup>9</sup> Dabei sind sowohl die grundgesetzliche Anerkennung des Privateigentums durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als auch das Sozialgebot des Art. 14 Abs. 2 zu beachten.<sup>10</sup>

Da Art. 14 GG nicht nur den Bestand des und die Freiheit im Umgang mit Eigentum schützt, sondern damit zugleich auch dessen Wert, kann es sein, dass ein vom Gesetzgeber verfolgtes Ziel zwar Beschränkungen im Bestand und der Umgangsfreiheit rechtfertigt, nicht aber zugleich auch die Beeinträchtigung des Vermögenswertes. In der Konsequenz kann aus Art. 14 GG in Verbindung mit den Anforderungen der Angemessenheit auch bei inhalts- und schrankenbestimmenden Regelungen eine verfassungsrechtliche Pflicht bestehen, den Wertverlust auszugleichen.

In der Rspr. des BVerfG sind für den Bereich von Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 GG zwei Konstellationen eigenständiger Entschädigungs- und Ausgleichspflichten anerkannt: Die Pflicht zur vollen Entschädigung (dazu unter 2.) sowie die ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung (dazu unter 3.).

## **2. Pflicht zur vollen Entschädigung**

In der Rspr. des BVerfG sind zum einen verfassungsrechtliche Ausgleichspflichten zu einer vollen Entschädigung anerkannt, die sich aus der Schwere des Eingriffs ergeben.<sup>11</sup> Die entsprechenden Konstellationen, in denen das BVerfG eine Entschädigung anerkannt bzw. diskutiert hat, sind dadurch gekennzeichnet, dass der Gesetzgeber aus gewichtigen Gründen des Gemeinwohls zwar die Interessen von Eigentümern an der Erhaltung der Vermögenssubstanz hinter anderen Interessen zurücktreten lassen darf, die Gemeinwohlgründe aber nicht den mit dem Eingriff zugleich erfolgenden Verlust des Eigentumswertes rechtfertigen.<sup>12</sup> Dabei ist nach Ansicht des BVerfG eine volle Entschädigung geboten, da die Maßnahme nicht nur der Förderung des Wohls der Allgemeinheit dient, sondern zugleich zum konkreten und individuellen Nutzen anderer Beteiligter erfolgt.<sup>13</sup>

Voraussetzung für die Zulässigkeit des Eingriffs in das Eigentum ist aber, dass die berechtigten Interessen der betroffenen Eigentümer soweit gewahrt bleiben, als dies verfassungsrechtlich geboten ist. In dieser Konstellation besteht daher verfassungsrechtlich eine Pflicht zur vollen Entschädigung für den Verlust der Rechtsposition. Wenn der mit dem Eigentumseingriff verbundene Verlust auch des Wertes des Eigentums mit Blick auf das den Eingriff rechtfertigende Regelungsziel nicht gerechtfertigt, insbesondere nicht angemessen ist, muss der Wertverlust

---

<sup>8</sup> BVerfGE 74, 203, 214 f.; 134, 242 Rn. 186.

<sup>9</sup> BVerfGE 100, 226, 240; 110, 1, 28; 126, 331, 360.

<sup>10</sup> BVerfGE 52, 1, 29; 71, 230, 246 f.; 81, 208, 220.

<sup>11</sup> Dazu sowie zum Folgenden BVerfGE 14, 263, 281 ff.; 100, 289, 302 ff.; 114, 1, 61 ff.; BVerfG, NJW 2001, 297 ff.; NJW 2007, 3265; NJW 2007, 3266; NJW 2007, 3268 ff.

<sup>12</sup> BVerfGE 14, 263, 281 f.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfGE 100, 289, 303.

entschädigt werden. Da das Gemeinwohlziel zwar den Eingriff in den Bestand bzw. die Verfügungsfreiheit des Eigentums rechtfertigt, nicht aber den damit verbundenen Wertverlust, besteht eine verfassungsrechtliche Pflicht zur vollen Entschädigung.<sup>14</sup> Der Eigentümer muss erhalten, was sein Eigentum wert ist.<sup>15</sup>

Das vom Gesetzgeber verfolgte legitime Ziel vermag in diesen Fällen zwar das Zurückdrängen der Bestandsgarantie sowie der Verfügungsfreiheit zu rechtfertigen, nicht aber auch den Schutz des Eigentumswertes. Erst der Ausgleich des durch den Eingriff erfolgenden Verlustes auch des Eigentumswertes führt dazu, dass der Eingriff insgesamt angemessen ist. In dieser Konstellation muss von Verfassungs wegen die grundrechtlich relevante Werteinbuße vollständig kompensiert werden; Art. 14 GG erfordert hier die wirtschaftlich volle Entschädigung des Eingriffs in das Eigentum.<sup>16</sup>

### **3. Ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung**

Zum anderen besteht eine verfassungsrechtliche Ausgleichspflicht in der Konstellation der ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmungen<sup>17</sup>. Hier entsteht die verfassungsrechtliche Ausgleichspflicht bei Regelungen, die im Grundsatz auch ohne Ausgleich verfassungsgemäß und insbesondere angemessen sind, bei denen aber in einzelnen Härtefällen unverhältnismäßige Belastungen von Eigentümern entstehen können. Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die für sich genommen unzumutbar wären, können dabei ausnahmsweise mit Art. 14 Abs. 1 GG im Einklang stehen, wenn und weil sie vom Gesetzgeber mit Ausgleichsmaßnahmen verbunden sind.

Dem Gesetzgeber ist es grundsätzlich nicht verwehrt, eigentumsbeschränkende Maßnahmen, die er im öffentlichen Interesse für geboten hält, auch in Härtefällen durchzusetzen, wenn er durch kompensatorische Vorkehrungen unverhältnismäßige oder gleichheitswidrige Belastungen des Eigentümers vermeidet und schutzwürdigem Vertrauen angemessen Rechnung trägt.<sup>18</sup> Durch einen solchen Ausgleich kann in bestimmten Fallgruppen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer sonst unverhältnismäßigen oder gleichheitswidrigen Inhalts- und Schrankenbestimmung im Sinne von Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG herbeigeführt werden.

Ausgleichsregelungen sind aber nicht generell ein verfassungsrechtlich zulässiges Mittel, unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen mit Art. 14 Abs. 1 GG in Einklang zu bringen. Normen, die Inhalt und Schranken des Eigentums bestimmen, müssen grundsätzlich auch ohne Ausgleichsregelungen die Substanz des Eigentums wahren und dem Gleichheitsgebot entsprechen.<sup>19</sup> Wo ausnahmsweise die Anwendung des Gesetzes zu einer unzumutbaren Belastung des Eigentümers führt, können Ausgleichsregelungen aber zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit und zum Ausgleich gleichheitswidriger Sonderopfer in Betracht kommen.

---

<sup>14</sup> BVerfGE 14, 263, 283 f.; 100, 298, 302 ff.

<sup>15</sup> BVerfGE 14, 263, 283 f.; 100, 298, 303.

<sup>16</sup> BVerfGE 100, 298, 303; BVerfG, NJW 2001, 279.

<sup>17</sup> Dazu sowie zum Folgenden grundlegend BVerfGE 100, 226, 243 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 58, 137, 149 f.; 79, 174, 192; 83, 201, 212 f.

<sup>19</sup> BVerfGE 79, 174, 198 m.w.N.



Ausgleichsregelungen im Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG müssen dabei bestimmten Anforderungen entsprechen. Insbesondere bedürfen sie einer gesetzlichen Grundlage. Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen, ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers. Soweit kompensatorische Entschädigungsansprüche begründet werden sollen, kann dies deshalb sowie mit Rücksicht auf das Budgetrecht des Parlaments nur durch ein Gesetz geschehen. Zudem verlangt das BVerfG, dass der Gesetzgeber seine materiellrechtlichen Ausgleichsregelungen durch verwaltungsverfahrenrechtliche Vorschriften ergänzen muss, die den hinreichenden Schutz des Ausgleichsanspruchs sicherstellen.

### **III. Entflechtung nach § 32f Abs. 4 RefE GWB nur gegen volle Entschädigung**

Aus den vorstehend skizzierten Grundsätzen der eigentumsrechtlichen Entschädigung folgt, dass die Regelung des § 32f Abs. 4 RefE GWB nur verfassungsgemäß sein kann, wenn eine volle Entschädigung der in ihrem Eigentum betroffenen Unternehmen gesetzlich geregelt wird.

#### **1. Hohe Belastungsintensität des Eigentumseingriffs**

##### **a) Zerschlagung von Unternehmen durch Pflicht zur Übertragung von Eigentumsteilen**

Maßnahmen nach § 32f Abs. 4 RefE GWB haben für die betroffenen Eigentümer eine sehr hohe Belastungsintensität.<sup>20</sup> Der Eigentümer wird verpflichtet, Teile seines Eigentums zu veräußern. Durch eine Entflechtung werden deshalb nicht nur einzelne Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten beschränkt, sondern der Eigentümer muss im Ergebnis die betroffene Eigentumsposition vollständig übertragen und damit vollständig und auf Dauer aufgeben. Dass Argument, dass auch andere Regulierungseingriffe eine intensive Belastung des Eigentümers mit sich bringen können,<sup>21</sup> ändert nichts daran, dass durch die Entflechtung die betroffene Eigentumsposition vollständig dem Eigentümer auf Dauer entzogen und dieser deshalb sehr intensiv belastet wird.

Hinzu kommt, dass die Entflechtung ein bislang einheitliches Unternehmen durch Veräußerung von Teilen bzw. Gegenständen des Anlage- oder Betriebsvermögens betreffen kann.<sup>22</sup> In dieser Konstellation kann die Entflechtung sich auf die Wirtschaftlichkeit des betroffenen Unternehmens negativ auswirken. Mit Blick darauf wird zum Teil gefolgert, dass die wirtschaftliche Lebensfähigkeit des entflochtenen Unternehmens nicht gefährdet werden darf.<sup>23</sup> Dass dann möglicherweise bereits die Geeignetheit des Eingriffs in Frage zu stellen ist, weil dann die Wettbewerbslage im Ergebnis nicht verbessert wird, ändert nichts an der Intensität des Eingriffs.

---

<sup>20</sup> Vgl. *Selmer*, Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981, S. 29.

<sup>21</sup> So *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 59 f., 63.

<sup>22</sup> *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 64.

<sup>23</sup> Monopolkommission, Hauptgutachten III, 1980, S. 199 R 760, S. 205 R 791; *Scholz*, Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 170.

## **b) Eigene Leistungen bzw. Investitionen**

Insbesondere dann, wenn das Eigentum und dessen Nutzung auf umfangreichen Investitionen beruhen, wird die Bedeutung des Eigentumsschutzes betont.<sup>24</sup> Daher kann für die Belastungsintensität von Bedeutung sein, dass Eigentum und dessen Wert auf dafür geleisteten Investitionen beruht. Allerdings kann mit diesem topos nicht an die Rspr. des BVerfG zu aufgrund eigener Leistungen erlangter Positionen<sup>25</sup> angeknüpft werden: Dieses Kriterium wird vor allem dazu verwendet, um die Privatnützigkeit öffentlich-rechtlicher Positionen zu bestimmen, was im Grundsatz dann erfolgt, wenn die öffentlich-rechtliche Position zumindest überwiegend Äquivalent eigener Leistung ist.

In der vorliegenden Konstellation der aus einer Entflechtung folgenden Belastung des Eigentümers ist dagegen ohne weiteres auf den Wert des aufzugebenen Eigentums abzustellen, da privatrechtlich begründete Rechtspositionen betroffen sind.

## **c) Art des Wachstums**

Eine Eigentumsposition ist auch dann schutzwürdig, wenn sie durch externes Wachstum erlangt und ausgebaut wurde. Die Frage, ob die Stellung des Unternehmens auf eigenen Leistungen i.S.v. Investitionen und Innovationen oder auf anderen Faktoren wie z.B. günstigen Marktumständen und Regulierungsanreizen beruht, ändert nichts daran, dass das Eigentum des Unternehmers für diesen eine ganz erhebliche Bedeutung hat, und dass Entflechtungen sehr intensiv in das Eigentum eingreifen.

## **2. Grundsatz: Volle Entschädigung für den Eigentumswert**

Soweit eine eigentumsrechtliche Entflechtung ohne vorheriges missbräuchliches Verhalten allein aufgrund der Stellung des Unternehmens auf dem Markt erfolgt, wird unter Anwendung der oben dargelegten Grundzüge ganz überwiegend angenommen, dass grundsätzlich eine verfassungsrechtliche Ausgleichspflicht besteht.<sup>26</sup> Das mit der Entflechtung verfolgte Ziel der Verbesserung des Wettbewerbs kann mit der Entflechtung hinreichend sichergestellt werden und vermag deshalb nicht auch den umfassenden Entzug des Wertes des Eigentums zu rechtfertigen.

Aus Sicht der Angemessenheit des Eingriffs in das Eigentum entspricht eine Entflechtung nach § 32f Abs. 4 RefE GWB den vom BVerfG entschiedenen Konstellationen, in denen der Gesetzgeber aus gewichtigen Gründen des Gemeinwohls zwar die Interessen von Eigentümern an der Erhaltung der Vermögenssubstanz hinter anderen Interessen zurücktreten lassen darf, die Gemeinwohlgründe aber nicht den mit dem Eingriff zugleich erfolgenden Verlust des Eigentumswertes rechtfertigen und nach Ansicht des BVerfG eine volle Entschädigung geboten ist, da die

---

<sup>24</sup> Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 63 unten mit Verweis auf BVerfGE 58, 300, 349 f.

<sup>25</sup> So aber wohl Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 64 f.

<sup>26</sup> So auch Engel, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 67 f. m.N.

Maßnahme nicht nur der Förderung des Wohls der Allgemeinheit dient, sondern zugleich zum konkreten und individuellen Nutzen anderer Beteiligter erfolgt.

Die Entflechtung durch Übertragung von Vermögensgegenständen auf Dritte löst demnach grundsätzlich eine verfassungsrechtliche Ausgleichspflicht aus. Die Ausgleichspflicht besteht nicht nur in einzelnen von der Norm erfassten Konstellationen, in denen Eigentümer ungleich bzw. übermäßig belastet werden, sondern wird grundsätzlich ausgelöst, da der Entzug des Eigentumswertes nicht zu rechtfertigen ist. Es handelt sich daher um eine allgemeine Ausgleichspflicht, nicht um eine ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmung.

Bei einer allgemeinen Ausgleichspflicht ist grundsätzlich der volle Wert des entzogenen Eigentums zu entschädigen.

### **3. Keine originäre Verantwortung des Eigentümers**

Der Pflicht zur vollen Entschädigung kann nicht entgegengehalten werden, dass dem Eigentümer für den Eingriff eine Mitverantwortung zukomme. Der Eigentümer trägt keinerlei originäre Verantwortung für eine Förderung der Stellung der Konkurrenz.<sup>27</sup> Dies gilt erst recht, wenn er sich im Rahmen des Wettbewerbs legal verhalten hat. Der Eigentümer trägt dann keine irgendwie gesteigerte Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des Marktes; die Stellung des Unternehmenseigentums ist vielmehr das Ergebnis legaler Tätigkeiten im Wettbewerb.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass das BVerfG in einigen Fällen den staatlich angeordneten Verlust von Eigentumsgegenständen, die im Zusammenhang mit Gefahren für die Öffentlichkeit stehen, auch ohne Entschädigung zugelassen hat.<sup>28</sup> In den in diesem Zusammenhang angeführten Entscheidungen beruhte die Rechtfertigung wesentlich auf dem Zusammenhang mit einer deliktischen Erlangung. Darüber hinaus wurde eine Überprüfungspflicht des Gesetzgebers betont, wenn durch den erweiterten Verfall Rechtspositionen Dritter berührt sein können.<sup>29</sup> Zudem ist die Überlegung, dass der Eigentümer für den Zustand einer Sache einschließlich der davon ausgehenden Gefahren grundsätzlich verantwortlich sei, überholt, da das BVerfG seit einiger Zeit die Reichweite der Zustandsverantwortung wegen des Schutzes von Art. 14 GG beschränkt und differenziert.<sup>30</sup>

In Anlehnung an diese Differenzierung könnte zwar eine gesteigerte Verantwortung des Eigentümers für die von seinem Eigentum ausgehende Gefährdung des Wettbewerbs möglicherweise angenommen werden, wenn der Eingriff in das Eigentum nicht bloßes Mittel für das Erreichen des Eingriffsziels ist, sondern als Grund für die zu beseitigende Gefährdung bzw. Störung des Wettbewerbs angesehen werden kann, der eine Zurechnung der Gefahren zum Verantwortungsbereich des Eigentümers rechtfertigt. Diese Voraussetzung liegt aber bei einer Entflechtung

---

<sup>27</sup> *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 122.

<sup>28</sup> So aber *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 70 oben.

<sup>29</sup> BVerfGE 110, 1, 31.

<sup>30</sup> Grundlegend BVerfGE 102, 1, 19 ff.

nach § 32f RefE GWB nicht vor, da ein vorhergehender Verstoß gegen Wettbewerbsrecht nicht vorausgesetzt wird. Der Unternehmer hat eine legale Nutzung des Eigentums betrieben, die keine weitere bzw. gesteigerte Verantwortung des Eigentümers begründet. Es bleibt dabei, dass die missbrauchsunabhängige Entflechtung aus Sicht des Verfassungsrechts eine Inpflichtnahme des Eigentümers für Anliegen außerhalb der eigenen Verantwortungssphäre ist und der Eigentumswert grundsätzlich voll zu entschädigen ist.<sup>31</sup>

#### **4. Keine Reduzierung der Entschädigungshöhe**

Dennoch wird zwar zum Teil angenommen, dass die „Monopolrente“ oder das „Monopolpotential“ nicht zu entschädigen und daher auch keine volle Entschädigung zu leisten sei.<sup>32</sup> Der dafür angeführte Aspekt, dass der eine mögliche Monopolstellung widerspiegelnde Teil des Eigentumswertes nicht auf eigener Leistung beruhe und daher weniger schutzwürdig sei, verkennt aber, dass der topos der eigenen Leistung bei der Qualifizierung staatlich vermittelter Positionen als privatnützige Positionen relevant ist, nicht aber für eine Bewertung privaten Eigentums.<sup>33</sup>

Auch die Ausgrenzungen von „hoheitlich bewirkte[n] Minderungen des Marktwertes eines Vermögensgutes“<sup>34</sup> oder „situativer Einschätzungen des Marktwertes“<sup>35</sup> sind in der vorliegenden Konstellation nicht einschlägig. Denn diese topoi dienen dazu, Eingriffe auszugrenzen, die lediglich das Umfeld von Eigentumspositionen betreffen und daher der Berufsfreiheit oder der allgemeinen Handlungsfreiheit zuzuordnen sein können<sup>36</sup>. Dagegen erfolgt bei einer Entflechtung ein Eingriff in den Bestand und die Verfügungsfreiheit i.S.v. Art. 14 GG.

Daher ist im Grundsatz eine volle Entschädigung geboten.<sup>37</sup> Die Konstellation der ohne vorheriges missbräuchliches Verhalten erfolgenden Entflechtung entspricht im Hinblick auf die Angemessenheit des Eingriffs in das Eigentum den vom BVerfG entschiedenen Konstellationen, in denen eine volle Entschädigung für erforderlich gehalten wird, da die Maßnahme nicht nur der Förderung des Wohls der Allgemeinheit dient, sondern zugleich zum konkreten und individuellen Nutzen anderer Beteiligter (Marktteilnehmer) erfolgt.

#### **5. Kaufpreis nicht stets genügend**

Zum Teil wird argumentiert, dass der erforderliche Ausgleich im Verkaufserlös bestehe: Das entflochtene Unternehmen werde dadurch hinreichend entschädigt, dass es den Verkaufserlös

---

<sup>31</sup> *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 122 f.

<sup>32</sup> Dazu *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 70 ff.

<sup>33</sup> Dazu bereits oben unter D.III.1.b), S. 10. Deutlich auch die bei *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 71 angeführte Passage aus BVerfG, NVwZ 2002, 1232.

<sup>34</sup> BVerfG, NVwZ 2007, 805, 806.

<sup>35</sup> BVerfGE 105, 252, 278.

<sup>36</sup> Deutlich die bei *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 71 angeführte Passage BVerfG, NVwZ 2007, 805, 806.

<sup>37</sup> So auch *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 126 f.

erhält.<sup>38</sup> Diese Betrachtung vernachlässigt allerdings, dass der Verkauf nicht zu den allgemeinen Marktbedingungen stattfindet, sondern unter Zwang und Zeitdruck, die zur Folge haben können, dass der Erlös geringer ausfällt als bei einem freiwilligen Verkauf.<sup>39</sup> Der Verkauf unter Zwang und Zeitdruck begründet strukturell grundsätzlich die Gefahr, dass der bei einer Entflechtung erzielte Verkaufserlös dem Wert des verkauften Eigentums nicht entspricht. Auch diese Überlegung entspricht den Grundsätzen der Rspr. des BVerfG: In der insoweit vergleichbaren Konstellation des Schutzes der Minderheitsaktionäre bei übertragender Auflösung einer AG hat das BVerfG explizit ausgeführt, dass der voll zu entschädigende Eigentumswert effektiv zu schützen ist.<sup>40</sup>

## 6. Regelungspflicht des Gesetzgebers

Daher ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber für Entflechtungen nach § 32f Abs. 4 RefE GWB eine Schutz- bzw. Auffangregelung treffen muss, die den verfassungsrechtlich gebotenen Wertschutz vorsieht.<sup>41</sup> Die Regelungspflicht des Gesetzgebers ergibt sich daraus, dass die volle Entschädigung verfassungsrechtlich geboten und ohne diese die Entflechtung als Eingriff in das Eigentum verfassungswidrig ist. Die Entschädigung ist zentraler Teil der Eingriffsrechtfertigung, weshalb zumindest die Grundzüge der Entschädigung grundrechtswesentlich sind und den allgemeinen Gesetzesvorbehalt auslösen. Zu den gesetzlich zu regelnden Fragen gehören dabei auch die Grundzüge des Verfahrens der Wertermittlung sowie eine subsidiäre staatliche Einstandspflicht, falls der erzielte Verkaufserlös hinter der vollen Entschädigung zurückbleibt.

Der Annahme einer Regelungspflicht des Gesetzgebers steht nicht entgegen, dass in der jüngeren Rspr. des BVerfG eine solche Regelungspflicht vor allem für ausgleichspflichtige Inhalts- und Schrankenbestimmungen angenommen wurde, eine Entflechtung aber eine allgemeine Entschädigungspflicht auslöst. Ein Umkehrschluss in der Art, dass für eine allgemeine Entschädigungspflicht kein Gesetzesvorbehalt besteht, überzeugt bereits deshalb nicht, weil der dahinterstehende Grundsatz der Pflicht zur Regelung wesentlicher Dinge auf bei der allgemeinen Entschädigungspflicht einschlägig ist. Zum anderen musste die Frage bislang bei den allgemeinen Entschädigungspflichten nicht entschieden werden, da es entweder unmittelbar einschlägige gesetzliche Regelungen gab oder gesetzliche Regelungen zumindest analog angewendet werden konnten<sup>42</sup>.

---

<sup>38</sup> So *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 68 m.N. in Fn. 327.

<sup>39</sup> Zu dieser Möglichkeit, dabei aber trotz der Übertragbarkeit der Gründe nur auf die zwangsweise Veräußerung durch einen Treuhänder bezogen, *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 73 f.

<sup>40</sup> BVerfG, NJW 2001, 279, 280 f.

<sup>41</sup> *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S. 126.

<sup>42</sup> So in BVerfG, NJW 2001, 279, 280 f.

## **7. Grundrechtlich nötige gesetzliche Entschädigungsregelung fehlt vollständig**

Die verfassungsrechtlich gebotene gesetzliche Regelung der Pflicht zur vollen Entschädigung bei einer Entflechtung nach § 32f RefE GWB fehlt aber vollständig. Weder ist gesetzlich vorgesehen, dass eine volle Entschädigung für den Wertverlust zu gewähren ist und subsidiär der Staat dies zu leisten hat, noch sind Grundzüge eines Verfahrens zu einer Wertfeststellung gesetzlich geregelt.

Dieses Defizit des aktuellen RefE ist eklatant. Der aktuelle Entwurf verfehlt nicht nur deutlich die aus Art. 14 GG folgenden Anforderungen. Er bleibt auch evident hinter früheren Ansätzen einer missbrauchsunabhängigen Regulierung zurück, denn der RefE vom 8. Januar 2010 („Brüderle-Entwurf“) sah zur Frage der Entschädigung eine ausdrückliche gesetzliche Regelung vor. Diese Regelung ging zwar davon aus, dass bei einer freihändigen Veräußerung der Verkaufserlös die gesamte Kompensation bilden darf. Die Kompensationsleistung sollte aber nach unten zumindest dadurch begrenzt sein, dass der betreffende Vermögensteil durch einen Treuhänder nur verkauft werden durfte, wenn der Erlös mindestens die Hälfte des von einem Wirtschaftsprüfer festgestellten Wertes betrug; auch dies war explizit gesetzlich geregelt. Damit verfehlte der frühere RefE zwar den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz der vollen Entschädigung; er sah aber immerhin eine gesetzliche Regelung vor, die die Entschädigungspflicht zumindest im Grundsatz anerkannte.

Der aktuelle RefE enthält dagegen keinerlei Ansätze zu einer näheren gesetzlichen Regelung der Entschädigung; der Gesetzgeber hat die ihn treffende Regelungspflicht schlicht und umfassend ignoriert.

Der Schutz des Anspruchs auf volle Entschädigung kann zwar nach Ansicht des BVerfG möglicherweise auch dadurch gewährt werden, dass eine gesetzliche Regelung analog angewendet und damit auch die Möglichkeit einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle eröffnet wird.<sup>43</sup> Für den Bereich des § 32f RefE GWB ist allerdings für die Entschädigungspflicht auch eine analog anwendbare Regelung des GWB nicht ersichtlich.

Daher bleibt es dabei: § 32f RefE GWB ist verfassungswidrig, da die eigentumsgrundrechtlich nötige gesetzliche Regelung einer vollen Entschädigung der von einer Entflechtung betroffenen Eigentümer vollständig fehlt.

## **IV. Erfordernis voller Entschädigung auch für Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 RefE GWB**

Das vorstehend zur Entflechtungsregelung des § 32f Abs. 4 RefE GWB entwickelte Erfordernis einer gesetzlichen Regelung zur vollen Entschädigung betroffener Eigentümer ist auch für § 32f Abs. 3 RefE GWB einschlägig. Soweit die dort geregelten Maßnahmen intensive Eingriffe

---

<sup>43</sup> BVerfG, NJW 2001, 279, 280 f.

in Eigentum beinhalten, greifen die soeben dargelegten Grundsätze zur eigentumsgrundrechtlichen Entschädigungspflicht, und muss der Gesetzgeber eine entsprechende gesetzliche Regelung vorsehen.

Dazu ist darauf hinzuweisen, dass die in § 32f Abs. 3 RefE GWB vorgesehenen Eingriffsbefugnisse Eingriffe von hoher Intensität beinhalten. Dem Bundeskartellamt wird durch die Abhilfemaßnahmen ermöglicht, „durch die Hintertür“ ganze Industriebereiche zu regulieren, ohne dass die mit einer spezialgesetzlichen Regulierung (wie in den Sektoren Energie, Bahn, Post, Telekommunikation) verbundenen Voraussetzungen und Grenzen vorgesehen sind. Die Maßnahmen können in den Kern der unternehmerischen Freiheit und des individuellen Geschäftsmodells eingreifen und im Ergebnis zu Beeinträchtigungen für die Unternehmen führen, die denen einer in § 32f Abs. 4 RefE GWB geregelten Entflechtung entsprechen oder sogar noch darüber hinausgehen.<sup>44</sup>

Daher treffen nicht nur die zu § 32f Abs. 4 RefE GWB erwähnten Bedenken bezüglich der Bestimmtheit, des Bestandsschutzes, des Gesetzesvorbehalts und der Verhältnismäßigkeit gleichfalls auf § 32f Abs. 3 RefE GWB zu. Auch die zu § 32f Abs. 4 RefE GWB dargelegten Grundsätze zur Pflicht des Gesetzgebers, eine volle Entschädigung betroffener Eigentümer zu gewähren, sind für § 32f Abs. 3 RefE GWB einschlägig.

Maßnahmen nach § 32f Abs. 3 RefE GWB können absehbar den Eigentümer sehr intensiv belasten und Konstellationen betreffen, in denen die Maßnahmen nicht nur der Förderung des Wohls der Allgemeinheit dienen, sondern zugleich zum konkreten und individuellen Nutzen anderer Beteiligter erfolgen.

Dies ist z.B. der Fall bei Anordnungen, die Gewährung des Zugangs zu Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen eines Unternehmens zum Gegenstand haben. Die über Schnittstellen, Netze und sonstige Einrichtungen auswertbaren Informationen können zur Entwicklung, Anpassung und Optimierung von Geschäftsprozessen führen und werden daher als solche besonders gegen Einsichtnahme geschützt. Laufen die Unternehmen zukünftig Gefahr, Dritten Zugang zu ihren Schnittstellen, Netzen oder sonstigen Einrichtungen gewähren zu müssen, so gefährdet dies die Entwicklung und Fortführung solcher Geschäftsmodelle in Deutschland.

Gleiches gilt für die Einräumung von Nutzungsrechten an geistigem Eigentum. Die Schöpfung eigener Marken, Patente, Gebrauchs- und Geschmacksmuster etc. sind ebenfalls Kern der unternehmerischen Freiheit und Garant für Vielfalt und Wettbewerb. Zudem ist der Schutz des geistigen Eigentums gerade gewollt, damit Unternehmen überhaupt in innovative Produkte investieren. Mit der Nutzung einer Marke bzw. eines Warenzeichens sind auch bestimmte Qualitätsstandards und -anforderungen verbunden. Eine Verpflichtung zur Einräumung von Nutzungsrechten z. B. an der eigenen Marke zugunsten anderer Marktteilnehmer, die ggf. die mit

---

<sup>44</sup> Vgl. dazu *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 59 f., 63; *Schweitzer*, The New Competition Tool: Its institutional set up and procedural design, 2020, S. 37.

der Markenführung verbundenen Qualitätsanforderungen nicht erfüllen, kann grundsätzlich zu Qualitätsminderungen der angebotenen Dienstleistungen und Waren führen.

Die organisatorische Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen stellt ebenfalls einen Eingriff in den Kern des unternehmerisch genutzten Eigentums dar. Die Belastungsintensität kann ohne weiteres ein Maß erreichen, dass dem einer Entflechtung entspricht. Die Anordnung einer organisatorischen Trennung von Unternehmens- oder Geschäftsbereichen wird das betroffene Unternehmen im Regelfall sehr intensiv betreffen.

Nach den zur Entflechtung dargelegten Prinzipien des grundrechtlichen Eigentumsschutzes ist der Gesetzgeber daher verpflichtet, für diese Konstellationen eine volle Entschädigung zu gewähren und zumindest deren Grundzüge gesetzlich zu regeln. Eine solche Regelung fehlt aber vollständig.

## **E. Ergebnis**

Die geplanten Regelungen der § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB greifen in Eigentumsrechte der Unternehmen ein und enthalten Inhalts- und Schrankenbestimmungen, die die Eigentümer intensiv belasten. In der Folge bestehen gegen § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken mit Blick auf die Bestimmtheit der Regelungen, den Gesetzesvorbehalt, den Vertrauensschutz, das Rückwirkungsverbot sowie die Verhältnismäßigkeit.

Unabhängig von diesen Bedenken trifft den Gesetzgeber verfassungsrechtlich zumindest eine Pflicht zur Schaffung einer gesetzlichen Regelung, durch die auf der Grundlage von § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB intensiv in ihrem Eigentum belastete Unternehmen voll entschädigt werden. Eine solche verfassungsrechtlich gebotene Regelung fehlt aber gänzlich, weshalb § 32f RefE GWB verfassungswidrig ist.

Dieses Defizit ist umso überraschender, als im Vorfeld des letzten einschlägigen Entwurfs vom Januar 2010 eine Pflicht zur Entschädigung betroffener Eigentümer grundsätzlich angenommen wurde und lediglich umstritten war, ob es genügt, nur die Hälfte des Wertes zu entschädigen.<sup>45</sup> Auch sah der damalige RefE eine detaillierte gesetzliche Auffangregelung vor, die den Eigentümern nicht nur ein gewisses Maß an Wertschutz gewähren, sondern dies auch verfahrensförmig absichern sollte. Weshalb die nun vorgeschlagenen Regelungen der § 32f Abs. 3 und Abs. 4 RefE GWB ohne jegliche Entschädigungsregelung verfassungsgemäß sein sollen, wird im aktuellen RefE nicht begründet, und ist auch nicht zu begründen.

Sollte der Gesetzgeber sein Vorhaben trotz der bestehenden allgemeinen unions- und verfassungsrechtlichen Bedenken weiter betreiben wollen, trifft ihn neben der nötigen Auseinandersetzung mit diesen Bedenken zudem die verfassungsrechtliche Pflicht, den in ihrem Eigentum betroffenen Unternehmen volle Entschädigung zu leisten, und muss er diese Entschädigungspflicht zumindest in den Grundzügen gesetzlich regeln. § 32f RefE GWB enthält in der gegenwärtigen Fassung keinerlei entsprechenden Regelungen, und ist daher verfassungswidrig.

---

<sup>45</sup> Dazu *Engel*, Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Entflechtungstatbestands im Kartellrecht, 2008, S. 67 f.; *Nettesheim/Thomas*, Entflechtung im deutschen Kartellrecht, 2011, S 125 ff. Bereits zuvor eine Entschädigungspflicht annehmend: Monopolkommission, Hauptgutachten III, 1980, S. 205 f. R 795.