

Albrecht Bach*

Einstweilige Maßnahmen [im Kartellrecht] – Reformbedarf durch Fehlverständnisse

(Erschienen in: Festschrift für Gerhard Wiedemann, C.H.Beck 2020, S. 727-735)

I. Einleitung

18 Jahre lang gab es keinen Fall, in dem die Europäische Kommission versucht hätte, das Instrument der einstweiligen Anordnung zu nutzen. Auch das Bundeskartellamt hat keinen einzigen Versuch unternommen, einstweilige Maßnahmen nach § 32a GWB zu erlassen. Der Gesetzgeber der 7. GWB-Novelle hatte es für wichtig erachtet, den deutschen Kartellbehörden ausdrücklich die Befugnis einzuräumen, in dringenden Fällen von Amts wegen einstweilige Maßnahmen zu treffen. Die Regelung wurde ausdrücklich an Artikel 8 VO 1/2003 angelehnt.

In merkwürdigem Kontrast zur fehlenden Nutzung des Instruments durch die EU Kommission und die deutschen Kartellbehörden steht die Diskussion um einen Reformbedarf in diesem Bereich. Insbesondere in der digitalen Wirtschaft soll ein besonderes Bedürfnis für einstweilige Maßnahmen bestehen. Verwiesen wird auf besondere Gefahren aus Rechtsverstößen durch marktmächtige Unternehmen und auf digitalen Märkten. Dort soll es aufgrund der Besonderheiten in kurzer Zeit zu entscheidenden Weichenstellungen kommen können, weshalb ein schnelles Handeln von besonderer Bedeutung sei.¹ Der Beitrag untersucht den Reformbedarf, insbesondere aber auch die in der Debatte zutage tretenden Fehlvorstellungen zur gegenwärtigen Rechtslage. Er versucht eine Anknüpfung an die wichtige Rolle des Jubilars im Hinblick auf die lange Kette von Reformen des Wettbewerbsrechts. Gerhard Wiedemann hat sich dabei immer wieder, insbesondere als Vorstand der Studienvereinigung Kartellrecht, mit der ihm eigenen präzisen Analyse in die Reformdebatte eingemischt und dabei nicht nur auf dogmatisch richtige, sondern auch praxistaugliche Lösungen hingewirkt.

* Prof. Dr. Albrecht Bach ist Partner bei OPPENLÄNDER Rechtsanwälte, Stuttgart und Honorarprofessor der Universität Mannheim

¹ RefE 10. GWB-Novelle, S. 87.

II. Die These der mangelnden Praxistauglichkeit

Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle konstatiert eine „mangelnde Praxistauglichkeit“ von § 32a GWB und sieht Regelungsbedarf in Form einer Absenkung der Anwendungsvoraussetzungen.² Die Begründung mutet merkwürdig an. § 32a GWB und der weitgehend wortlautidentische Artikel 8 VO 1/2003 hätten bislang keine Rolle gespielt, da keine der Ermächtigungsgrundlagen bislang zur Anwendung gelangt sei. Vor der Kodifizierung in Artikel 8 VO 1/2003 habe zumindest die Kommission wiederholt auf das nicht kodifizierte Instrument der einstweiligen Maßnahmen zurückgegriffen. „Daher“ zeige sich, dass die Voraussetzungen für die Anwendung von Artikel 8 VO 1/2003 und ebenso von § 32a GWB „tendenziell zu hoch und die Normen in der Praxis nicht wirksam“ seien.³ Bemerkenswert ist der Hinweis auf den Einsatz einstweiliger Maßnahmen vor der Kodifizierung in Artikel 8 VO 1/2003. Gegenüber dem in der Rechtsprechung des EuGH anerkannten, nicht kodifizierten Instrument⁴ beinhaltet Artikel 8 VO 1/2003 keine Verschärfung. Vielmehr wurden umgekehrt bestimmte Einschränkungen aus der Rechtsprechung des EuGH nicht in den Verordnungstext übernommen, etwa die Beschränkung auf Maßnahmen „vorläufiger und sichernder Art“⁵ oder das Erfordernis der Unerlässlichkeit zur wirksamen Erfüllung der Aufgaben der Kommission.⁶

Tatsache ist also, dass die deutschen Kartellbehörden bislang in der Praxis nie getestet haben, wie „praxistauglich“ die an Artikel 8 VO 1/2003 angelehnten Voraussetzungen in § 32a GWB tatsächlich sind. Auch die EU-Kommission hat sich erst 15 Jahre nach Inkrafttreten von Artikel 8 VO 1/2003 erstmals entschlossen, von dieser Norm Gebrauch zu machen.⁷ In diesem Fall sah sich die Kommission immerhin in der Lage, vier Monate nach Einleitung eines kartellrechtlichen Prüfverfahrens einstweilige Maßnahmen zu verhängen. Broadcom wird danach im Wesentlichen angewiesen, bestimmte nach Auffassung der Kommission wettbewerbsschädigende Bestimmungen vertraglicher Art nicht mehr anzuwenden, seine Kunden hiervon in Kenntnis zu setzen und davon abzusehen, diese oder ähnliche Bestimmungen künftig anzuwenden.⁸

2 RefE 10. GWB-Novelle, S. 86.

3 RefE 10. GWB-Novelle, S. 87.

4 Grundlegend EuGH-Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 14, 18 f. – Camera Care.

5 Grundlegend EuGH-Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 19 – Camera Care.

6 Grundlegend EuGH-Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 18 – Camera Care.

7 Pressemeldung der Kommission vom 16.10.2009 zur Verhängung einstweiliger Maßnahmen gegen Broadcom.

8 https://ec.europa.eu/Germany/news/20191016-Broadcom_de.

Broadcom hatte zwar Nichtigkeitsklage erhoben,⁹ zu einer gerichtlichen Überprüfung wird es aber aufgrund eines Settlements mit der Kommission nicht kommen.

Das Vorgehen der Kommission im Fall Broadcom zeigt auch, dass die teilweise vorgebrachten Bedenken gegen die verfahrensrechtlichen Hürden nicht notwendigerweise gerechtfertigt sind. Zwar trifft es zu, dass die Kommission auch im Falle einstweiliger Maßnahmen nach Artikel 8 VO 1/2003 dem betroffenen Unternehmen Beschwerdepunkte zu übermitteln hat, Akteneinsicht gewähren muss und ggf. eine mündliche Anhörung durchführen muss.¹⁰ Allerdings kann die Kommission hier mit abgekürzten Fristen arbeiten und daher einstweilige Maßnahmen durchaus kurzfristig erlassen.

Daneben wird auf die negativen Erfahrungen der Kommission aufgrund einer Aussetzung des Vollzugs einstweiliger Maßnahmen im Verfahren *IMS Health* verwiesen. Dies sei „ein Indiz für ein hohes Aussetzungsrisiko insbesondere in neuartigen oder auf einer veränderten Auslegung der Wettbewerbsvorschriften beruhenden Fällen“.¹¹ Die Erfahrungen im Fall *IMS Health* eignen sich schon deshalb nicht als Argument für die Schwierigkeiten bei einstweiligen Maßnahmen nach Artikel 8 VO 1/2003, weil die entsprechende Entscheidung der Kommission schon im Juli 2001, also deutlich vor Inkrafttreten von Artikel 8 VO 1/2003 erging. Darüber hinaus hat die Kommission im Fall *IMS Health* einen Ansatz gewählt, der unter verschiedenen Aspekten durchaus problematisch war. *IMS Health* wurde auferlegt, an Wettbewerber eine Zwangslizenz für ihre urheberrechtlich geschützte „Struktur 1860 Bausteine“ zu erteilen. Die Kommission stützte sich dabei auf die Magill-Rechtsprechung des EuGH,¹² die unter engen Voraussetzungen eine solche Zwangslizenz ermöglicht. Nach Auffassung des Präsidenten des Gerichts hatte *IMS* „fürs Erste glaubhaft gemacht“, dass die Kommission die Reichweite der Magill-Grundsätze verkannt hatte und es an den „außergewöhnlichen Umständen“ fehlte, in denen eine Zwangslizenz auf Grundlage des Missbrauchsverbots in Betracht kam.¹³ Für den Präsidenten des Gerichts ging es also nicht um die Ablehnung einer „neuen Fallgruppe“ oder einer extensiven Anwendung europäischen Rechts. Für ihn war maßgeblich, dass mit einer Zwangslizenz ein weitreichender Ein-

⁹ Rs. T-876/19 *Broadcom* / Kommission, ABl. 2020 C 61, 55.

¹⁰ *Ritter/Wirtz*, in *Immenga/Mestmäcker*, Wettbewerbsrecht Bd. 1, 6. Aufl. 2019, Artikel 8 VO 1/2003, Rn. 8.

¹¹ Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, S. 75.

¹² Urt. v. 6.4.1995, Rs. C-241/918 und C-242/918, Slg. 1995, I-743 – *Magill*.

¹³ Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 10.8.2001, Rs. T-184/01 R, Rn. 24.

griff in das eigentumsähnlich geschützte Recht des Inhabers eines Immaterialgüterrechts erfolgte¹⁴ und die nach den Magill-Grundsätzen geforderten „außergewöhnlichen Umstände“, jedenfalls prima facie, nicht vorlagen.

Im *IMS Health*-Verfahren kam eine weitere Schwierigkeit hinzu. Nach den *Camera Care*-Grundsätzen konnten im Rahmen einstweiliger Maßnahmen nur „Maßnahmen vorläufiger und sichernder Art“ ergriffen werden.¹⁵ Nach Auffassung des Präsidenten des Gerichts stellte die angeordnete Zwangslizenz keine solche vorläufige und sichernde Maßnahme dar, weil sie „ein zuvor unrechtmäßiges Verhalten rechtmäßig“ machte und deshalb nicht in Form einer einstweiligen Maßnahme angeordnet werden konnte.¹⁶ Diese Beschränkung auf Maßnahmen „vorläufiger und sichernder Art“ ist in Artikel 8 VO 1/2003 aber gerade nicht enthalten. Vielmehr gilt ein allgemeines Verhältnismäßigkeitserfordernis in Verbindung mit der nach Art. 8 Abs. 2 VO 1/2003 gebotenen zeitlichen Befristung.

Im Kern ist daher zu konstatieren, dass sowohl die Kommission bis zum Fall *Broadcom* als auch die deutschen Kartellbehörden schlicht keine Versuche unternommen hatten, die Möglichkeiten und Grenzen einstweiliger Maßnahmen auszuloten. Hätte es solche Versuche gegeben, wären diese Voraussetzungen zumindest teilweise gerichtlich geklärt worden. Auf dieser Basis hätte dann auch beurteilt werden können, inwieweit tatsächlich von einer „mangelnden Praxistauglichkeit“ gesprochen werden kann. Mangels Praxis ist die Tauglichkeit aber schlichtweg nicht geklärt.

III. Das französische Erfolgsmodell

In der Reformdiskussion wird immer wieder auf die Praxis der französischen Wettbewerbsbehörde im Bereich einstweiliger Maßnahmen verwiesen. Im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle wird behauptet, in Frankreich habe die Wettbewerbsbehörde den Wettbewerb durch den Einsatz einstweiliger Maßnahmen mit niedrigeren Voraussetzungen als in Artikel 8 VO 1/2003 und § 32a GWB wirksam schützen können.¹⁷ Es bleibt allerdings bei dieser pauschalen Beurteilung, ohne dass auf die französische Praxis oder die konkreten Voraussetzungen eingegangen worden wäre.

¹⁴ Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 10.8.2001, Rs. T-184/01 R, Rn. 21.

¹⁵ EuGH Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R – *Camera Care*, Rn. 18 f.

¹⁶ Beschluss des Präsidenten des Gerichts vom 10.8.2001, Rs. T-184/01 R, Rn. 25.

¹⁷ RefE10. GWB-Novelle, S. 88.

Zunächst ist zutreffend, dass die französische Kartellbehörde im Bereich einstweiliger Maßnahmen eine umfassende Praxis entwickelt hat. Auf ihrer Website werden derzeit nicht weniger als 111 Fälle einstweiliger Maßnahmen seit 1989 angeführt.¹⁸ Bemerkenswert ist auch, dass die französische Kartellbehörde über die Möglichkeit einstweiliger Maßnahmen schon seit 1986 verfügt.¹⁹ Es erscheint aber durchaus fraglich, ob tatsächlich die niedrigeren Eingriffsvoraussetzungen oder aber andere Gründe für den erfolgreichen Einsatz des Instruments in Frankreich maßgeblich sind. In einem ersten Schritt sollen kurz die gesetzlichen Voraussetzungen beleuchtet und mit der deutschen Regelung verglichen werden, bevor auf weitere Gründe eingegangen wird.

1. Voraussetzungen für einstweilige Maßnahmen der französischen Kartellbehörde

Nach der gesetzlichen Regelung in Artikel L464-1 Code de Commerce kann die französische Kartellbehörde in Fällen einer schweren und unmittelbaren Beeinträchtigung bestimmter Interessen Maßnahmen zur Sicherung anordnen. Als Maßnahmen kommen insbesondere die Aussetzung bestimmter Praktiken und die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes in Betracht, wobei eine ausdrückliche Begrenzung auf Interventionsminimum und Verhältnismäßigkeit angeordnet ist. Als Anordnungsgrund wird eine schwere und unmittelbare Beeinträchtigung der Wirtschaft im Allgemeinen, des betroffenen Wirtschaftssektors, der Verbraucherinteressen oder der Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens verlangt. Die Behörde kann die Maßnahmen nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag des Wirtschaftsministers, von Gebietskörperschaften und bestimmten Berufs-, Verbraucher- und Wirtschaftsverbänden sowie einzelner Unternehmen anordnen.

Nach der Rechtsprechung der französischen Gerichte setzt die Anordnung einstweiliger Maßnahmen voraus, dass der Sachverhalt, der Gegenstand der Untersuchungen des Hauptsacheverfahrens ist, geeignet ist, eine Zuwiderhandlung gegen das Kartellverbot oder das Missbrauchsverbot zu begründen, und dass diese Zuwiderhandlung ihrerseits die direkte und sichere Ursache der Interessensbeeinträchtigungen darstellt.²⁰

Im Vergleich zur deutschen Regelung in § 32a GWB und zu Artikel 8 VO 1/2003 fällt insbesondere die abweichende Ausgestaltung des Anordnungsgrundes auf. Statt der

18 www.autoritedelaconurrence.fr/fr/liste-des-decisions-et-avis/ (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

19 Eingeführt durch Article 12 de l'Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

20 Grundlegend Cour de Cassation Chambre Commerciale, Urteil vom 8.11.2005, 04-16857 - Neuf Télécom.

Eingrenzung auf Gefahren für den Wettbewerb erlaubt die französische Regelung insbesondere auch den Erlass einstweiliger Maßnahmen in Fällen einer schweren und unmittelbaren Beeinträchtigung einzelner Unternehmen, die ihrerseits auch diese Maßnahmen beantragen können. Damit besteht zunächst ein erheblicher Anreiz, die Kartellbehörde mit Sachverhalten zu befassen, die auch eine einstweilige Maßnahme rechtfertigen können. Darüber hinaus erleichtert das Erfordernis einer schweren und unmittelbaren Beeinträchtigung der Interessen einzelner Unternehmen auch den Nachweis des Anordnungsgrundes. So lassen sich die Auswirkungen eines potentiell missbräuchlichen Verhaltens auf einen Abnehmer wesentlich leichter belegen und quantifizieren als „Gefahren für den Wettbewerb“. So konnte sich die französische Kartellbehörde in einer ihrer jüngsten Anordnungen sichernder Maßnahmen etwa darauf berufen, dass das beschwerdeführende Unternehmen aufgrund des Verhaltens von Google einen drastischen Rückgang seines Umsatzes und seines Gewinnes verzeichnete.²¹

Dagegen bestehen keine wesentlichen Unterschiede im Hinblick auf die Anforderungen an das Vorliegen einer Zuwiderhandlung gegen die Wettbewerbsregeln. Nach der Rechtsprechung der französischen Gerichte und der Entscheidungspraxis der französischen Kartellbehörde muss nach dem Stand der Ermittlungen im Hauptsacheverfahren ein Verstoß gegen das Kartellverbot (Artikel L 420-1 Code de Commerce) oder gegen das Missbrauchsverbot (Artikel L 420-2 Code de Commerce) prima facie vorliegen.²² Ausdrücklich zurückgewiesen wurde die Auffassung des Berufungsgerichts von Paris, wonach sichernde Maßnahmen das Bestehen einer hinreichend starken Vermutung der Zuwiderhandlung erforderten.²³

Die französische Regelung hebt den ausschließlich sichernden Charakter einstweiliger Maßnahmen hervor (Artikel L 464-1 Abs. 3 Code de Commerce). Ein bedeutender Unterschied zum deutschen Recht ist darin nicht zu erkennen. Auch nach § 32a GWB muss die Maßnahme vorläufigen und sichernden Charakter aufweisen, insbesondere muss diejenige Maßnahme ausgewählt werden, die den geringsten Eingriff in die Position des Adressaten bewirkt und am ehesten reversibel ist.²⁴

21 Autorité de la Concurrence, décision n° 19-MC-01 du 31 janvier 2019 relative à une demande d'une mesure conservatoire de la société Amadeus, Rn. 164.

22 Cour de Cassation Chambre Commerciale, Urteil vom 8.11.2005, Neuf Télécom.

23 So das im Fall Neuf Télécom aufgehobene Urteil des Cour d'Appel de Paris vom 29.6.2004.

24 *Bach*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 32a GWB, Rn. 19.

Als maßgeblicher Unterschied zum deutschen und europäischen Recht ist danach die Ausgestaltung des Anordnungsgrundes anzusehen. Eine schwere und unmittelbare Beeinträchtigung der Interessen des beschwerdeführenden Unternehmens ist deutlich einfacher nachzuweisen als eine Gefahr für den Wettbewerb. Bei diesem Merkmal rechtfertigen selbst schwerwiegende Nachteile für einzelne Beteiligte nicht den Erlass einstweiliger Maßnahmen.²⁵ Vielmehr bringt § 32a GWB in Übereinstimmung mit Artikel 8 VO 1/2003 die Ausrichtung am öffentlichen Interesse an der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs zum Ausdruck, weshalb gerade diese Funktionsfähigkeit im konkreten Fall gefährdet sein muss. Diese Anforderungen auf der Ebene des Anordnungsgrundes dürfen nicht mit dem in beiden Rechtsordnungen erforderlichen Vorliegen eines *prima facie*-Verstoßes gegen die Wettbewerbsregeln verwechselt werden.

2. Rechtssicherheit aufgrund von Fallpraxis

Es erscheint zumindest zweifelhaft, ob das Ausmaß, in dem die französische Kartellbehörde einstweilige Maßnahmen erlassen hat, zutreffend mit den Abweichungen in der gesetzlichen Regelung erklärt werden kann. Mindestens genauso wichtig war die Bereitschaft der französischen Kartellbehörde, das Instrument sichernder Anordnungen von Anfang an zu nutzen und eine entsprechende Fallpraxis aufzubauen. Wie kaum anders zu erwarten, nutzten die Adressaten entsprechender Anordnungen die Möglichkeiten des Rechtsschutzes. Mit den Anordnungen der Behörde wurden sowohl das Berufungsgericht in Paris wie auch der oberste Gerichtshof (Cour de Cassation) befasst, was zur Ausbildung einer von der Behörde als „ständig“ charakterisierten Rechtsprechung zu den Voraussetzungen sichernder Anordnungen führte. Diese Rechtsprechung klärte insbesondere die Voraussetzungen für den Nachweis der Interessenbeeinträchtigung und für den Nachweis eines *prima facie* vorliegenden Wettbewerbsverstoßes. Sie befasste sich ebenso mit dem Interventionsminimum. Im Ergebnis führte die umfangreiche Fallpraxis damit zu Rechtssicherheit aus Sicht der Behörde. Entsprechend kann die Behörde einschätzen, in welchen Fällen das Instrument einstweiliger Maßnahmen erfolgversprechend eingesetzt werden kann und wann die Risiken einer gerichtlichen Aufhebung der Entscheidung möglicherweise überwiegen.

Genau diese Erfahrung fehlt sowohl den deutschen Kartellbehörden als auch der EU-Kommission. Für die Situation in Deutschland lässt sich mit Aufhebungsrisiken nicht wirklich argumentieren. Das Bundeskartellamt hat auf entsprechende Versuche

²⁵ Bach, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2020, § 32a GWB, Rn. 12.

schlicht verzichtet. Dabei ist nicht recht vorstellbar, dass es seit 2005 nicht einen einzigen Fall gegeben haben soll, der sich für einstweilige Maßnahmen anbot.

Auf europäischer Ebene ist die Argumentation mit Aufhebungsrisiken durch die spezifischen Erfahrungen im Fall *IMS Health* geprägt. Dieser Fall eignet sich nicht für eine Verallgemeinerung. Die Kommission hat ihre einstweilige Anordnung aufgehoben, bevor das Gericht über das Rechtsmittel von IMS Health entscheiden konnte. In dem Fall ging es auch nicht um den Test neuer Schadenstheorien. Vielmehr wollte die Kommission, gestützt auf die Magill-Entscheidung, das Vorliegen eines außergewöhnlichen Falls argumentieren, in dem eine Zwangslizenz in Betracht kam. Unabhängig von der durchaus fraglichen Zuwerdung gegen das Missbrauchsverbot erschien auch die Beachtung des Interventionsminimums problematisch, wenn Zwangslizenzen an mehrere Wettbewerber erteilt werden sollen. Diese spezifischen Umstände eines Falles aus der Zeit vor der Kodifizierung in Artikel 8 VO 1/2003 begründen kein generelles Aufhebungsrisiko. Vielmehr hätten auch auf europäischer Ebene die rechtlichen Rahmenbedingungen durch Fallpraxis geklärt werden können.

IV. Fehlvorstellungen zum Anordnungsgrund

§ 32a GWB und Artikel 8 VO 1/2003 setzen übereinstimmend die Gefahr eines ernst, nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb als Anordnungsgrund voraus. Dabei bietet insbesondere das Merkmal eines nicht wieder gutzumachenden Schadens Anlass zu Missverständnissen.²⁶ Diese Missverständnisse zeigen sich in der Anwendungspraxis der Kommission ebenso wie im Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle.

Das Merkmal des „schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens“ geht auf die grundlegende Entscheidung *Camera Care* zurück. Der EuGH hatte dort aus der allgemeinen Eingriffsermächtigung in Artikel 3 Abs. 1 VO 17/62 eine Befugnis der Kommission abgeleitet, einstweilige Maßnahmen anzuordnen. Es sei nicht zu verkennen, dass unter bestimmten Umständen ein Bedürfnis für die Ergreifung einstweiliger Maßnahmen bestehen könne. Dabei gehe es „darum zu vermeiden, dass während der Untersuchung nicht wieder gutzumachende Schäden entstehen, die durch die Entscheidung, die die Kommission am Ende des Verfahrens zu erlassen hat, nicht

²⁶ Bach, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2, 6. Aufl. 2020 § 32a, Rn. 15.

mehr beseitigt werden könnten.“²⁷ Das Merkmal „nicht wieder gutzumachender Schaden“ bezog sich also von Anfang an auf den Zeitraum bis zum Erlass der Entscheidung in der Hauptsache. Nicht wieder gutzumachen sind danach ausschließlich solche Schäden, die durch die Entscheidung am Ende des Hauptsacheverfahrens nicht mehr beseitigt werden können.²⁸ Es geht also letztlich um die Frage, ob im Hinblick auf die Gefahren für den Wettbewerb bis zur Entscheidung im Hauptsacheverfahren zugewartet werden kann, oder ob bis zu diesem Zeitpunkt mit Schäden zu rechnen ist, die durch die Hauptsacheentscheidung nicht mehr beseitigt werden können und hinreichend gravierend sind. Das Merkmal „nicht wieder gutzumachen“ fordert keinesfalls, dass Schäden eintreten, die durch keine spätere Maßnahme beseitigt oder kompensiert werden könnten. Diesem Missverständnis war die Kommission 1990 im Fall *La Cinq* erlegen und war dafür vom Gericht erster Instanz deutlich kritisiert worden. Die Kommission hatte einstweilige Maßnahmen abgelehnt und sich in ihrer Entscheidung darauf gestützt, dass nur solche Schäden als nicht wieder gutzumachende Schäden angesehen werden könnten, die durch *keine* spätere Entscheidung beseitigt werden könnten.²⁹ Damit habe sich die Kommission, so das Gericht erster Instanz, auf einen rechtlich unzutreffenden Begriff des nicht wieder gutzumachenden Schadens gestützt. Das Gericht wies zu Recht darauf hin, dass die von der Kommission vertretene Auslegung den Nachweis der Voraussetzungen fast unmöglich machen und der Befugnis zum Erlass einstweiliger Maßnahmen praktisch ihren Inhalt nehmen würde.³⁰

Die Position des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle scheint von ähnlichen Missverständnissen geprägt wie das Vorgehen der Kommission im Fall *La Cinq*. Der Referentenentwurf konstatiert, dass der Nachweis eines nicht wieder gutzumachenden Schadens für den Wettbewerb zu dem Zeitpunkt, zu dem einstweilige Maßnahmen in Betracht kämen, „nur äußerst schwer zu führen“ und in der Anwendungspraxis noch nicht gelungen sei.³¹ Dies verwunderte zumindest insofern, als in der Kommentarliteratur einhellig darauf verwiesen wird, dass es beim Merkmal des nicht wieder gutzumachenden Schadens ausschließlich um solche Schäden geht, die gerade durch die

27 EuGH Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 14.

28 *Bach*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2, 6. Aufl. 2020 § 32a, Rn. 15.

29 Gericht erster Instanz, Urteil vom 24.1.1992, Rs. T-44/90, Rn. 79.

30 Gericht erster Instanz, Urteil vom 24.1.1992, Rs. T-44/90, Rn. 81.

31 RefE 10. GWB-Novelle, S. 88.

Entscheidung am Ende des Hauptsacheverfahrens nicht mehr beseitigt werden können.³²

Diese Fehlvorstellung prägt den Reformvorschlag des Referentenentwurfs zu § 32a GWB. Als Anordnungsgrund soll nunmehr ausreichen, dass die einstweilige Maßnahme „zum Schutz des Wettbewerbs oder aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist“. Dieses Merkmal entfernt sich bewusst von der europäischen Rechtslage und verzichtet auf Maßstäbe, aus denen sich der für einstweilige Maßnahmen kennzeichnende Anordnungsgrund im Bereich der Dringlichkeit ableiten ließe.

Dies ergibt sich deutlich aus der Begründung des Referentenentwurfs zur 10. GWB-Novelle. Dort wird zunächst zutreffend festgestellt, dass es einer besonderen Rechtfertigung bedarf, wenn nach lediglich summarischer Prüfung eine vorläufige Regelung mit Eingriffen in die Rechtsposition anderer Unternehmen getroffen wird. Daraus wird die Forderung abgeleitet, es müsse „daher ein qualifizierter Schaden drohen für den Fall, dass die Eilmaßnahme nicht durchgeführt wird“.³³ Dies soll in der vorgeschlagenen Norm aber nur dadurch abgebildet werden, dass die Eilmaßnahme zum Schutz des Wettbewerbs geboten sein muss. Diese Gebotenheit soll dann durch eine Prüfung von Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit sichergestellt werden.³⁴ Diese Verhältnismäßigkeitsprüfung kann aber nicht den Anordnungsgrund ersetzen. Sie ist vielmehr unabhängig davon geboten, ob Dringlichkeit besteht. Das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit gilt generell für Maßnahmen der Kartellbehörde. Es fehlt an Maßstäben, warum gerade vorläufige Maßnahmen zulässig sein sollten.

Fehlende Maßstäbe für den Anordnungsgrund können auch nicht dadurch ersetzt werden, dass ein „marktstrukturelles Element“ in Form des Bezugs auf das Funktionieren des Wettbewerbsprozesses beibehalten wird.³⁵ Dass der „wettbewerbsstrukturelle Bezug“ kein Kriterium auf der Ebene der Dringlichkeit ersetzen kann, zeigt sich durch die Ausgestaltung der nunmehr neu eingefügten Alternative „Beeinträchtigung eines

³² *Bach*, in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht Band 2, 6. Aufl. 2020 § 32a, Rn. 15; *Jaeger*, in Frankfurter Kommentar Kartellrecht Lfg. 92, November 2018, § 32a GWB Rn. 7; *Bechtold/Bosch*, GWB, 9. Aufl. 2018, §32a Rn. 7.

³³ RefE 10. GWB-Novelle, S. 88.

³⁴ RefE 10. GWB-Novelle, S. 88.

³⁵ So anscheinend *Podszun/Deuschle* WuW 2019, 613, 617.

anderen Unternehmens“. Für dieses Merkmal wird weiterhin gefordert, dass eine „unmittelbar drohende, schwerwiegende Beeinträchtigung“ vorliegt (§ 32a Abs. 1 GWB-RefE).

Zu Recht fordert deshalb die Studienvereinigung Kartellrecht in ihrer Stellungnahme zur 10. GWB-Novelle, dass auch in Bezug auf den Wettbewerb eine Qualifikation des drohenden Schadens in das Gesetz aufgenommen wird. Eine qualifizierte Anforderung sei erforderlich, um eine ausufernde Anwendung zu vermeiden.³⁶

Das Fehlverständnis zum „nicht wieder gutzumachenden Schaden“ führt also letztlich zu einem Reformvorschlag, der überreagiert und keine gesetzlichen Anforderungen an den Anordnungsgrund mehr enthält, soweit die Fallgruppe der Beeinträchtigung des Wettbewerbs betroffen ist.

V. **Individualschutz zur Verfahrenserleichterung**

Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle sieht einen neuen Anordnungsgrund für einstweilige Maßnahmen vor. Diese sollen auch möglich sein, wenn die Anordnung aufgrund einer unmittelbar drohenden, schwerwiegenden Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens geboten ist (§ 32a Abs. 1 S. 1 GWB-RefE). Teilweise wird darin ein Paradigmenwechsel gesehen.³⁷ Zumindest aber wird die Fixierung auf die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs gelockert, die bislang Nachteile für einzelne Beteiligte anders als im Fall von § 60 GWB nicht ausreichen ließ. Der Referentenentwurf begründet diese Lockerung nicht mit einer erhöhten Schutzbedürftigkeit einzelner Unternehmen. Vielmehr stehen Verfahrenserleichterungen im Vordergrund. Der Referentenentwurf weist zutreffend darauf hin, dass ein konkretes Schadenspotential für andere Unternehmen leichter feststellbar sein wird als die Schädigung des Wettbewerbs insgesamt.³⁸ Die Aufnahme des Anordnungsgrundes einer schweren Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens soll die Norm ausdrücklich „besser operabel“ machen.³⁹

³⁶ Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen, Rn. 18 – www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213_stuv_stellungnahme_verwverfahren_Schadensersatz_fuko_10_gwb_novelle_bmw.pdf (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

³⁷ So Stellungnahme der Studienvereinigung Kartellrecht e.V. zu den mit dem Referentenentwurf vorgeschlagenen Änderungen, Rn. 22 – www.studienvereinigung-kartellrecht.de/sites/default/files/stellungnahmen/67b4e1a541bd1af1e25ae7e6eb9824fc/200213_stuv_stellungnahme_verwverfahren_Schadensersatz_fuko_10_gwb_novelle_bmw.pdf (zuletzt abgerufen am 03.08.2020).

³⁸ RefE 10. GWB-Novelle, S. 89.

³⁹ RefE 10. GWB-Novelle, S. 89.

Vor dem Hintergrund der französischen Praxis erscheint diese Erwartung berechtigt. Die Auswirkungen möglicherweise missbräuchlicher Verhaltensweisen auf Abnehmer und Wettbewerber lassen sich regelmäßig rasch und eindeutig belegen. Die Dringlichkeit kann damit bejaht werden, ohne dass prognostische Erwägungen zu den Auswirkungen auf die Wettbewerbsstruktur erforderlich wären. Darin liegt auch keine Schwächung des Schutzes von Wettbewerb. Wie die Praxis der französischen Wettbewerbsbehörde und die frühere Praxis der Kommission zeigen, sind es in erster Linie Wettbewerber oder Abnehmer, die sich beschwerdeführend an die Kartellbehörde wenden und um den Erlass einstweiliger Maßnahmen ersuchen. Eine Kartellbehörde wird solche Maßnahmen nur in Erwägung ziehen, wenn über das strikte Individualinteresse hinaus Gefahren für den Wettbewerb erkennbar sind.

Im Übrigen zeigt ein Blick in die Entstehungsgeschichte des Instruments einstweiliger Maßnahmen, dass der Schutz einzelner Unternehmen erst nachträglich als möglicher Anordnungsgrund eliminiert wurde. In der *Camera Care*-Entscheidung hatte der EuGH die möglichen Gründe für einstweilige Maßnahmen weiter gefasst. Das Bedürfnis für die Ergreifung einstweiliger Maßnahmen soll danach bestehen können, „wenn die Wettbewerbspraktiken gewisser Unternehmen dazu führen, dass die Belange bestimmter Mitgliedsstaaten beeinträchtigt werden, andere Unternehmen geschädigt werden oder die Wettbewerbsordnung der Gemeinschaft in unannehmbare Weise infrage gestellt wird“.⁴⁰ Der EuGH hat den Fall eines schweren und nicht wieder gutzumachenden Schadens für die den Erlass einer einstweiligen Maßnahme beantragenden Parteien sogar ausdrücklich vor den Folgen für die Allgemeinheit angeführt.⁴¹ Nachdem der EuGH diese Form des Individualschutzes unmittelbar aus der praktischen Wirksamkeit der Wettbewerbsregeln abgeleitet hat, liegt in der Erweiterung des Anordnungsgrundes nach § 32a Abs. 1 GWB RefE auf schwerwiegende Beeinträchtigungen eines anderen Unternehmens gewissermaßen eine Rückkehr zu den europäischen Wurzeln.

VI. Fazit

Die Probleme beim Einsatz einstweiliger Maßnahmen liegen nicht in den gesetzlichen Anforderungen, sondern in Fehlvorstellungen über den Anordnungsgrund und mangelnder Rechtssicherheit aufgrund fehlender Fallpraxis. Die französische Praxis setzt

⁴⁰ EuGH Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 14.

⁴¹ EuGH Beschluss vom 17.1.1980, Rs. 792/79 R, Slg. 1980, 120, Rn. 19.

zu Recht auf leichter überprüfbare Maßstäbe bei der Beeinträchtigung von Unternehmensinteressen. Legitimiert wird dies auch durch die richterrechtliche Grundlage einstweiliger Maßnahmen vor Inkrafttreten der VO 1/2003. Der deutsche Gesetzgeber ist daher gut beraten, die Zurückhaltung gegenüber einem Individualschutz aufzugeben.