

Info-Brief vom 27.07.2020

Moritz Fischer

Julius-Maximilians-Universität Würzburg



EUROPÄISCHE UNION  
EUROPÄISCHER SOZIALFONDS

ESF IN BAYERN  
WIR INVESTIEREN IN MENSCHEN

## Einstweilige Maßnahmen in Kartellverfahren und neue Herausforderungen im Zeitalter der Digitalisierung

In behördlichen Kartellverfahren ergehen Hauptsacheentscheidungen häufig erst nach jahrelanger Ermittlungsarbeit. In Missbrauchsfällen kommt die Europäische Kommission im Schnitt erst etwa fünf Jahren nach der formellen Eröffnung des Verfahrens zu einer endgültigen Entscheidung. Dazu kommt, dass die Unternehmen nach einer Verfahrenseröffnung wegen eines wettbewerbswidrigen Verhaltens oft kein Interesse daran haben, das fragliche Verhalten freiwillig abzustellen. Die Betroffenen bestreiten die vorgeworfene Wettbewerbswidrigkeit regelmäßig und die Abstellung des fraglichen Verhaltens könnte als eine Art Schuldeingeständnis gewertet werden. So entfaltet das wettbewerbswidrige Verhalten häufig bereits während der Zeit der behördlichen Ermittlungen seine schädliche Wirkung. Dabei ist in vielen Wirtschaftszweigen die Marktsituation auch bei funktionierendem Wettbewerb nach ein paar Jahren bereits vollständig verändert. Es ist leicht vorstellbar, dass ein Unternehmen mit seinem wettbewerbswidrigen Verhalten bis zur endgültigen Entscheidung der Wettbewerbsbehörde schon Erfolg hatte und sich dadurch die betroffenen Marktstrukturen in der Zwischenzeit nachhaltig verändert haben. In diesem Fall wird fast immer ein Schaden für den Wettbewerb entstanden sein, den auch die Kartellbehörden mit ihrem umfassenden Maßnahmenkatalog nicht rückgängig machen können.

### I. Neue Herausforderungen im Rahmen der Digitalisierung

Die neuen Herausforderungen, mit denen sich das Kartellrecht aktuell konfrontiert sieht, verstärken diese Gefahr. So führt die immer weiter voranschreitende Digitalisierung fast aller Märkte zu einer deutlich erhöhten Dynamik. Nicht nur das Tagesgeschäft, sondern auch die Veränderung der Marktstrukturen verlaufen immer rasanter. Daneben spielt auch die immer stärkere Verbreitung von Märkten, die durch direkte oder indirekte Netzwerkeffekte geprägt sind, eine große Rolle. Von Netzwerkeffekten spricht man, wenn der Nutzen eines bestimmten Gutes durch eine erhöhte Inanspruchnahme desselben (direkte Netzwerkeffekte) bzw. eines anderen Gutes (indirekte Netzwerkeffekte) des Anbieters beeinflusst wird. Ein einprägsames Beispiel für Märkte mit Netzwerkeffekten sind soziale Netzwerke wie *Facebook*. Je mehr Menschen die Dienstleistung eines sozialen Netzwerkes nutzen, desto mehr Menschen lassen sich über das Netzwerk erreichen, was seine Attraktivität für andere Nutzer steigert.

In einer solchen Situation wird ein Unternehmen für die Kunden mit zunehmender Größe stetig interessanter. Es kommt zu einem Selbstverstärkungseffekt. Damit wird der Marktzugang für neue Konkurrenten immer schwieriger und die Gefahr des Umkippen des betroffenen Marktes in ein Monopol („Tipping“) immer stärker. Derart geprägte Märkte weisen also eine starke Konzentrationstendenz auf. Geschwindigkeit ist hier für den wirtschaftlichen Erfolg einer der wichtigsten Faktoren. Entscheidungen von Wettbewerbsbehörden, die oft Jahre auf sich warten lassen, kommen daher häufig zu spät, um den „Patienten Wettbewerb“ zu retten.

### II. Rechtliche Grundlagen – typisches Anwendungsfeld

Die Notwendigkeit eines beschleunigten Verfahrens hat der EuGH schon früh, spätestens im Jahr 1980 im Zusammenhang mit dem Fall „*Camera Care*“ anerkannt. Der Gerichtshof leitete aus der allgemeinen Aufgabe der Europäischen Kommission, einen effektiven Schutz des Wettbewerbs zu gewährleisten, deren Befugnis ab, auch einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Wettbewerbsverhältnisse zu erlassen. Es sei unerlässlich, sicherzustellen, dass eine Entscheidung der Kommission nicht durch das zwischenzeitliche Verhalten des betroffenen Unternehmens obsolet werde. Mit Inkrafttreten der VO 1/2003 am 24.01.2003 ist diese Rechtsprechung kodifiziert worden. Art. 8 VO 1/2003 stellt klar, dass die Europäische Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde einstweilige Maßnahmen erlassen kann, um den *status quo* einer Wettbewerbssituation zu sichern. Voraussetzung für

den Erlass einer solchen Maßnahme ist das Vorliegen eines *prima-facie* Wettbewerbsverstoßes und die dringliche Gefahr eines ernsten und nicht wiedergutzumachenden Schadens für den Wettbewerb als solchem. Ausdrücklich unberücksichtigt bleiben also individuelle Interessen von Wirtschaftsteilnehmern wie etwa bedrohten Konkurrenten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass eine Gefahr für einen einzelnen Wirtschaftsteilnehmer nicht unter Umständen auch eine Gefahr für den gesamten Wettbewerb auf einem bestimmten Markt bedeuten kann. Aus diesem Grund besteht sowohl vor dem BKartA als auch vor der Europäischen Kommission kein formelles Antragsrecht auf den Erlass einstweiliger Maßnahmen durch die Behörde. Diese erlässt einstweilige Maßnahmen (wenn ggf. auf eine informelle Beschwerde hin) ausschließlich von Amts wegen.

Gemäß Art. 5 S.1 VO 1/2003 können neben der Europäischen Kommission auch nationale Wettbewerbsbehörden der jeweiligen Mitgliedsstaaten wie beispielsweise das deutsche BKartA oder die französische Autorité de la concurrence bei der unmittelbaren Anwendung von Art. 101 oder 102 AEUV einstweilige Maßnahmen im Sinne von Art. 8 VO 1/2003 erlassen. Daneben verfügen mittlerweile jedoch auch fast alle nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedsstaaten selbst über gesetzliche Grundlagen zum Erlass von einstweiligen Maßnahmen. In Deutschland und Frankreich beispielsweise sind diese § 32a GWB beziehungsweise Art. L. 464-1 Code de commerce.

Als Beispiel für eine Situation, in der die Voraussetzungen zum Erlass einer einstweiligen Maßnahme nach Art. 8 VO 1/2003 erfüllt sind, bietet sich ein Fall der wettbewerbswidrigen Lieferverweigerung an. Ein Unternehmen hat die Belieferung eines Konkurrenten mit einem Produkt eingestellt, das für diesen Konkurrenten zum Überleben auf dem entsprechenden Markt unerlässlich ist. Sofern dieses Verhalten einen Wettbewerbsverstoß darstellt, kann die Europäische Kommission ihre Entscheidungsbefugnis aus Art. 7 VO 1/2003 wahrnehmen und das Unternehmen verpflichten, die Belieferung wieder aufzunehmen. Angenommen, der Konkurrent kann die Zeit bis zu einer solchen Hauptsacheentscheidung ohne zwischenzeitliche Lieferung nicht überbrücken, könnte die Gefahr bestehen, dass der Wettbewerb auf dem entsprechenden Markt durch den Verlust eines wichtigen Mitstreiters nachhaltig geschädigt wird. Um einen solchen Schaden vom Wettbewerb (nicht jedoch von dem konkret betroffenen Mitstreiter!) abzuwenden, kann die Behörde die zwischenzeitliche Wiederaufnahme der Belieferung – d.h. bis zur endgültigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren – als einstweilige Maßnahme nach Art. 8 VO 1/2003 anordnen.

### III. Bisher zurückhaltende Praxis – Reformen in Sicht

Angesichts der Notwendigkeit eines beschleunigten Verfahrens irritiert die bisher seltene Anwendung in der Praxis. Gemessen an der Gesamtzahl der Fälle erließ die Europäische Kommission in der Zeit seit dem *Camera Care*-Urteil nur in einer geringen Anzahl von 9 Fällen einstweilige Maßnahmen. Einstweilige Maßnahmen des BKartA sind noch seltener und liegen allesamt schon Jahrzehnte zurück. Dennoch wird dem Thema wieder verstärkte Aufmerksamkeit zu Teil. In den vergangenen Jahren wurde der verstärkte Gebrauch von einstweiligen Maßnahmen sowohl von Seiten der Politik, als auch von Praktikern gefordert. Die Wettbewerbskommissarin der Europäischen Kommission Margarethe Vestager ließ 2018 in einem Interview verlauten, dass neue Fälle auf die Möglichkeit hin überprüft würden, das Instrument erneut zu erproben. Tatsächlich wurde nach langer Stille um einstweilige Maßnahmen nach dem Fall *IMS Health* aus dem Jahr 2001 erst vor Kurzem wieder eine einstweilige Maßnahme erlassen. Ende 2019 verpflichtete die Europäische Kommission den Chiphersteller *Broadcom* im Wege einer einstweiligen Maßnahme, bestimmte Geschäftspraktiken abzustellen, die insbesondere auf den ausschließlichen Bezug von *Broadcom*-Produkten abzielten.

Auch in Deutschland kommt Bewegung in das Thema. Der Referentenentwurf der 10. GWB-Novelle sieht Änderungen vor, die dem BKartA den Erlass einstweiliger Maßnahmen erheblich erleichtern würden. Insbesondere könnte die Schutzrichtung einstweiliger Maßnahmen neu ausgerichtet werden. Bisher können diese wie erwähnt nur in Fällen erlassen werden, in denen ein wettbewerbsrelevantes Verhalten eine dringende Gefahr für den Wettbewerb als solchen darstellt. In Zukunft sollen sie auch dann möglich sein, wenn eine unmittelbar drohende, schwerwiegende Beeinträchtigung eines anderen Unternehmens zu befürchten ist, ohne dass dadurch zwangsweise der gesamte Wettbewerb auf dem betroffenen Markt in Gefahr ist. Ein formelles Antragsrecht für private Wirtschaftsteilnehmer ist allerdings nach wie vor nicht geplant. Sollte diese veränderte Gesetzeslage tatsächlich eintreten, ist zu erwarten, dass auch das BKartA – womöglich getrieben durch leichter zu begründende informelle Beschwerden von Konkurrenten – verstärkt auf einstweilige Maßnahmen setzt. Ob die geänderten Voraussetzungen für einstweilige Maßnahmen als Teil der 10. GWB-Novelle Wirklichkeit werden, könnte womöglich noch in diesem Jahr beschlossen werden.

#### IV. Zusammenfassung

Bisher spielen einstweilige Maßnahmen in der kartellbehördlichen Praxis eine untergeordnete Rolle. Dies ist insbesondere auf die Tatsache zurückzuführen, dass nur ein Schaden für den Wettbewerb in seiner Gesamtheit, nicht jedoch ein Schaden für einen einzelnen oder mehrere Wettbewerber, Grundlage für einstweilige behördliche Maßnahmen sein kann. Eine weitere Hürde liegt darin, dass Unternehmen, die von Kartellverstößen betroffen sind, kein formelles Antragsrecht zusteht. Die im Rahmen der 10. GWB-Novelle anvisierten Änderungen für den Erlass einstweiliger Maßnahmen bringen dem praktischen Bedürfnis nach diesem Instrument Ausdruck. Zwar soll auch in Zukunft kein Antragsrecht eingeführt werden, jedoch sollen bald auch Schäden für Wettbewerber (auf die die Behörde auf informellem Wege selbstverständlich hingewiesen werden darf) für den Erlass einstweiliger Maßnahmen ausreichen.

**Literatur (Auswahl):** *Karbaum/Schulze*, Einstweilige Maßnahmen der Kartellbehörden – wirksamer Wettbewerbsschutz im Zeitalter digitaler Ökosysteme, NZKart 2019, 407; *Podszun/Deuschle*, Einstweilige Maßnahmen im Kartellrecht, WuW 2019, 613; *Steinberg/Wirtz*, Der Referentenentwurf zur 10. GWB-Novelle, WuW 2019, 606; *Käseberg*, Der Referentenentwurf zu einem GWB Digitalisierungsgesetz (Editorial), NZKart 2019, 569; *Burnside/Kidane*, Interim Measures: An overview of EU and national case law, e-Competitions (Concurrence) 2018, N° 86718; *Art*, Interim Relief in EU Competition Law: a Matter of Relevance, Italian Antitrust Review 2008, 55; *Nordsjo*, Regulation 1/2003: Power of the Commission to Adopt Interim Measures, E.C.L.R. 2006, 299.