

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
A. Hintergrund der Untersuchung	19
B. Gang der Darstellung	26
Teil 1: Einstweilige Maßnahmen im Gesamtgefüge des kartellbehördlichen Instrumentariums	29
A. Überblick und Einordnung in das System des einstweiligen Kartellrechtsschutzes	29
I. Formen des einstweiligen Kartellrechtsschutzes	29
1. Einstweiliger Rechtsschutz durch Kartellgerichte	29
2. Einstweiliger Rechtsschutz durch die Kartellbehörde im Überblick	31
a) Zulässigkeit einstweiligen behördlichen Rechtsschutzes?	32
b) Voraussetzungen kartellbehördlicher einstweiliger Maßnahmen im Überblick	33
II. Genese des Instruments der einstweiligen Maßnahme	34
1. Entwicklung in Deutschland	34
2. Entwicklung auf europäischer Ebene	37
B. Abgrenzung von alternativen Entscheidungsformen	39
I. Hauptsacheverfahren	40
II. Settlements	42
1. Keine Anwendung auf Missbrauchsfälle	43
2. Kooperationswille notwendig, aber nicht ausreichend	45
3. Verfahrenserleichterungen	46
4. Inhalt der Settlement-Entscheidung und Begründungsaufwand	47
5. Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle	48
6. Ergebnis	49
III. Verpflichtungszusagenentscheidungen	50
1. Keine Anwendung bei besonders schweren Verstößen	51
2. Kooperationswille notwendig, aber nicht ausreichend	52
3. Verfahrenserleichterungen	53

4. Inhalt der Verpflichtungszusagenentscheidung und Begründungsaufwand	55
5. Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle	56
6. Ergebnis	58
IV. Informelle Verständigung	60
V. Einstweiliger Zivilrechtsschutz	62
1. Herausforderungen des Zivilrechtsweges	64
a) Informationsbeschaffung	65
b) Rationale Apathie	65
2. Effektiver Wettbewerbsschutz und Wirkung inter partes	66
3. Ergebnis	67
VI. Fazit: Der praktische Anwendungsbereich einstweiliger Maßnahmen	68
1. Mangelnder Kooperationswille des Unternehmens	69
2. Schwere Wettbewerbsverstöße und geheime Kartelle	69
3. Komplexe Fälle	70
4. Präzedenzfälle	71
5. Effektiver Wettbewerbsschutz durch private Klagen?	71
VII. Symbiosen?	72
1. Verpflichtungszusagen zur Abwehr einstweiliger Maßnahmen	72
2. Einstweilige Maßnahmen als Test von Verpflichtungszusagen	74
C. Ausblick: Einstweilige Maßnahmen gegenüber „Gatekeepern“	75
I. Art. 22 DMA-Entwurf	76
II. § 19a Abs. 2 S. 4 GWB	78
Teil 2: Materielle und formelle Voraussetzungen der Anordnung einstweiliger Maßnahmen	79
A. Rechtlicher Anwendungsbereich einstweiliger Maßnahmen	79
I. Sachlicher Anwendungsbereich	80
1. Deutschland	80
2. Europäische Union	81
II. Zeitlicher Anwendungsbereich	82
1. Beginn der Anwendbarkeit	82
a) Konkludente Einleitung des Hauptsacheverfahrens: Die Fälle Edeka/Tengelmann und Ford	83
b) Stellungnahme	85

2. Ende der Anwendbarkeit	86
a) Deutschland	86
b) Europäische Union	88
B. Tatbestand von Art. 8 VO 1/2003 und § 32a GWB	89
I. Feststellung eines Wettbewerbsverstoßes	91
1. Erfasste Verstöße	91
2. Sonderfall: Einstweilige Maßnahmen gegen zukünftige Verstöße	91
a) Abstellungsverfügungen in Bezug auf drohende Verstöße	92
aa) Fortsetzungs- bzw. Wiederholungsgefahr	92
bb) Erstbegehungsgefahr	95
b) Übertragbarkeit auf einstweilige Maßnahmen	99
aa) Zulässigkeit trotz Erfordernis einer doppelten Prognose	99
bb) Zwischenergebnis	101
c) Voraussetzungen für die Erfassung drohender Verstöße	101
d) Ergebnis	103
II. Dringlichkeit	104
1. Allgemeines	104
a) Einheit von Dringlichkeit und Gefahr	104
aa) Entwicklung eines einheitlichen Kriteriums der Dringlichkeit durch die Rechtsprechung	104
bb) Die zwei Elemente der Dringlichkeit	106
b) Interdependenz von Wettbewerbsschaden und Wettbewerbsverstoß	107
c) Bezugspunkt der Gefahr	108
aa) Der Schutzzweck von Art. 8 VO 1/2003	108
bb) Der Schutzzweck von § 32a GWB	110
(1) Echte Erweiterung des Schutzzwecks auch auf Individualinteressen	110
(2) Keine einschränkende Auslegung geboten	111
cc) Ergebnis	112
2. Schadensintensität (quantitativ-qualitatives Element)	113
a) Ausgestaltung im europäischen Recht	114
aa) Möglichkeit einer Vermutung...	117
(1) ...bei besonders hoher Wahrscheinlichkeit des Verstoßes	117

(2) ...bei bezweckten Wettbewerbsbeschränkungen	118
bb) Orientierung am Konzept der Spürbarkeit und der Vertikal-GVO	121
(1) Marktanteile der Unternehmen	121
(2) Anteil des von der Zuwiderhandlung betroffenen Marktes	123
cc) Orientierung an den Leitlinien zur Bußgeldbemessung	124
(1) Quantitative Kriterien	125
(2) Qualitative Kriterien	125
dd) Orientierung an den zu Art. 2 FKVO entwickelten Kriterien	127
(1) Marktanteile der Unternehmen	128
(2) Dynamik	129
(a) Entwicklungsphase des Marktes	130
(b) Marktzutrittsschranken	133
(c) Verdrängungspotential	135
(d) Wechselmöglichkeiten der Kunden als Kern der Nachfragemacht	138
(e) Angebotserhöhung durch Wettbewerber bei Preiserhöhung	140
(f) Durchsetzungsvermögen bei Absprachen	141
(g) Ausgleichsfaktoren	143
ee) Zwischenfazit	145
(1) Punktuell-verhaltensbezogene Kriterien	146
(2) Dauerhaft-prognostische Kriterien	147
b) Ausgestaltung im deutschen Recht	148
aa) Vor der 10. GWB-Novelle	148
bb) Nach der 10. GWB-Novelle	150
(1) Bei einer Gefahr für den Wettbewerb	150
(a) Vollständiger Verzicht auf eine qualifizierte Dringlichkeit?	151
(b) Zwischenergebnis	153
(2) Bei einer Gefahr für ein anderes Unternehmen	154
(3) Zwischenergebnis	156
3. Baldiges Schadensereignis (zeitliches Element)	157
a) Ausgestaltung im europäischen Recht	157

b) Ausgestaltung im deutschen Recht	159
aa) Vor der 10. GWB-Novelle	159
bb) Nach der 10. GWB-Novelle	160
(1) Bei einer Gefahr für den Wettbewerb	160
(2) Bei einer Gefahr für ein anderes Unternehmen	161
(a) Geringe praktische Bedeutung des Unmittelbarkeitserfordernisses	161
(b) Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion	162
4. Ursachenzusammenhang	163
a) Keine Unterscheidung zwischen strenger Verhaltenskausalität und Ergebniskausalität nötig	164
b) Grundsätzliche Vermutung des Ursachenzusammenhangs	165
5. Stellungnahme	167
a) Zur Dringlichkeit im europäischen Recht	167
b) Zur Dringlichkeit im deutschen Recht	169
aa) Irrtümliche Motivlage des Gesetzgebers im Rahmen der 10. GWB-Novelle	169
bb) Keine überschießende Ausgestaltung	170
6. Zusammenfassung	173
7. Fazit	176
III. Beweismaß	177
1. Bezugspunkt der Beweiserleichterung	178
a) Wettbewerbsverstoß und Dringlichkeit	178
aa) Feststellung einer tatsächlich sicheren Dringlichkeit unmöglich	178
bb) Keine Differenzierung in der Praxis	179
cc) Stellungnahme	180
b) Tatsachen- und Rechtsfragen	181
aa) Keine Anhaltspunkte in den Gesetzesbegründungen	183
bb) Keine Differenzierung in der Rechtsprechung	184
cc) Stellungnahme	186

2. Umfang der Beweiserleichterung	189
a) Versuch der begrifflichen Konkretisierung und Entscheidungspraxis	190
aa) Zur europäischen Rechtslage	190
(1) Theoretische Ansätze	190
(a) In behördlichen und gerichtlichen Entscheidungen	191
(b) In der Literatur	193
(c) Zwischenfazit	194
(2) Praktische Umsetzung	195
(a) Unterschiedliche Beurteilung der Wahrscheinlichkeit bei vergleichbaren Ermittlungsständen	195
(b) Erlass einstweiliger Maßnahmen bei unterschiedlichen Ermittlungsständen	196
(c) Annahme eines beweglichen Beweismaßes durch die Kommission?	198
(d) Zwischenfazit	200
bb) Zur deutschen Rechtslage	200
(1) Theoretische Ansätze	201
(a) Vor der 10. GWB-Novelle	201
(b) Klarstellung durch die 10. GWB-Novelle	203
(c) Zwischenfazit	204
(2) Praktische Umsetzung	204
(a) Entscheidungen über einstweilige Maßnahmen deutscher Kartellbehörden	205
(b) Verweis des Gesetzgebers auf andere Rechtsgebiete	207
(c) Zwischenfazit	210
cc) Fazit	211
b) Überwiegende Wahrscheinlichkeit als goldene Mitte: Das starre System	212
aa) Positive Erfahrungen aus dem Common Law	212
bb) Weitere Differenzierungsmöglichkeiten unpraktikabel	214
(1) Großzügigerer Maßstab	214
(a) Großzügigerer Maßstab in Frankreich, Belgien und Großbritannien?	214
(b) Vorschlag eines intermediären Maßstabs in der Literatur	217

(2) Strengerer Maßstab	219
(a) Rechtsökonomische Überlegungen	219
(b) Effektivitätsbedenken	220
(3) Zwischenfazit	221
c) Beweismaß und Dringlichkeit als antiproportionale Linien: Das bewegliche System	221
aa) Problem der Selbstreferenzialität	222
bb) Anwendungsschwierigkeiten	222
cc) Gefahr eines unverhältnismäßigen Grundrechtseingriffs	223
dd) Zwischenfazit	224
d) Stellungnahme	225
3. Zusammenfassung	227
IV. Zusammenfassung der Tatbestandsvoraussetzungen	229
1. Zusätzliche Hürde: Dringlichkeit	229
2. Erleichterung: Abgesenktes Beweismaß	232
V. Fazit und Vorschlag zur Klarstellung de lege ferenda	233
C. Verhältnismäßigkeit der Maßnahme	234
I. Geeignetheit	236
II. Erforderlichkeit	237
1. Mit Blick auf die behördliche Hauptsacheentscheidung	237
2. Mit Blick auf informelle oder förmliche Zusagen	238
3. Erforderlichkeit der konkreten Maßnahme	241
III. Angemessenheit	243
1. Die Kriterien der Interessenabwägung und ihre Gewichtung	243
a) Anordnungsinteresse	243
aa) „Hohe“ Wahrscheinlichkeit	243
bb) Sicherheit entweder des Verstoßes oder der Dinglichkeit	244
cc) Sicherheit entweder der Tatsachen oder der rechtlichen Würdigung	245
dd) Ergebnis	245
b) Berechtigtes Interesse des Adressaten	246
c) Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache?	247
aa) Unterscheidung zwischen Maßnahmen sichernder und provisorischer Art	248
bb) Vergleichbarkeit mit § 123 VwGO?	250
cc) Ergebnis	250
d) Abwägung im Einzelfall	251

2. Die Beweislast und der deutsche Sonderweg der „Härtefallklausel“	252
a) Die Beweislastverteilung im europäischen Recht	252
b) Die Beweislastverteilung im deutschen Recht	253
c) Ergebnis	256
IV. Fazit	257
D. Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der Maßnahme	257
I. Bestimmtheitsgrundsatz	258
II. Begründung	260
III. Befristung	262
E. Verfahren	265
I. Beteiligung am Verfahren zur Anordnung der einstweiligen Maßnahme	266
II. Anhörung der Beteiligten	268
1. Anhörung durch die deutschen Kartellbehörden	269
2. Anhörung durch die Europäische Kommission	272
3. Stellungnahme und Vorschlag de lege ferenda	274
III. Akteneinsichtsrecht der Beteiligten	275
1. Einsicht in die Akten der deutschen Kartellbehörden	276
2. Einsicht in die Akten der Europäischen Kommission	278
3. Stellungnahme und Vorschlag de lege ferenda	279
IV. Fazit	281
Teil 3: Durchsetzung und Rechtsschutz	283
A. Public und private enforcement einstweiliger Maßnahmen	283
I. Behördliche Durchsetzung	284
1. Zwangsgeld	284
2. Bußgeld	284
3. Vorteilsabschöpfung	285
II. Exkurs: Zivilrechtliche Durchsetzung durch betroffene Dritte?	285
1. Eine Ansicht: Keine Anwendbarkeit von §§ 33, 33a GWB	286
2. Gegenansicht: Auflösend bedingter Anspruch nach §§ 33, 33a GWB	287
3. Stellungnahme	289

B. Rechtsschutzmöglichkeiten	290
I. Gerichtlicher Überprüfungsumfang:	
Beurteilungsspielräume und Ermessen der Behörde	291
1. Überprüfungsumfang der deutschen Gerichte	291
a) Genereller Beurteilungsspielraum bei wirtschaftlichen Erwägungen?	292
b) Beurteilungsermächtigung aufgrund Prognoseentscheidung?	292
c) Überprüfung des (Entschließungs-)Ermessens	295
d) Zwischenergebnis	295
2. Überprüfungsumfang des Gerichtshofs der Europäischen Union	295
a) Die Entscheidung IMS Health	296
b) Beurteilungsspielraum im Rahmen von Art. 2 FKVO?	297
c) Stellungnahme	299
3. Ergebnis	299
II. Rechtsschutz nach Anordnung einer einstweiligen Maßnahme	300
1. Anfechtungsbeschwerde (GWB) und Nichtigkeitsklage (AEUV)	301
2. Einstweiliger Rechtsschutz: Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung (GWB und AEUV)	302
a) Anordnungsvoraussetzungen	304
aa) Zweifel an der Rechtmäßigkeit	305
(1) Lösung über strengeres Verständnis von „ernsthaften Zweifeln“?	307
(2) Der Bezugspunkt der Zweifel und seine Auswirkung auf den Prüfungsumfang	308
(3) Zwischenfazit und Vorschlag zur Klarstellung de lege ferenda	310
(4) Konsequenz für die Definition des prima facie-Standards	312
bb) Dringlichkeit beziehungsweise Interessenabwägung	313
(1) Übereinstimmung mit der Interessenabwägung im Rahmen der einstweiligen Maßnahme	314
(2) Entbehrlichkeit der Prüfung der Dringlichkeit der gerichtlichen Anordnung	315

b) Fazit	316
aa) Unzumutbare Beschränkung des Grundrechts auf effektiven Rechtsschutz?	317
bb) Beschleunigtes Gerichtsverfahren: Vorbild Frankreich	319
3. Die Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde (GWB) und -klage (AEUV)	321
4. Klagen auf Entschädigung wegen unberechtigter einstweiliger Maßnahmen	322
a) Die Haftung der Europäischen Union nach Art. 340 II AEUV	323
aa) Berücksichtigung des Zeitdrucks und des Prognosecharakters	325
bb) Berücksichtigung des geminderten Überzeugungsgrades	326
cc) Zwischenfazit und Vorschlag zur Klarstellung de lege ferenda	326
b) Die Haftung der Bundesrepublik Deutschland	327
aa) Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG	328
(1) Haftungsvoraussetzungen	328
(2) Übereinstimmung mit Art. 340 II AEUV	329
(3) Zwischenfazit	330
bb) Entschädigungsanspruch wegen enteignungsgleichen Eingriffs	331
cc) Folgenbeseitigungsanspruch	332
dd) Schadensersatzanspruch aus § 945 ZPO analog	332
(1) Ansprüche gegen die Kartellbehörde	334
(2) Exkurs: Ansprüche gegen private „Veranlasser“ der Maßnahme	335
(3) Stellungnahme	336
ee) Zwischenergebnis und Vorschlag zur Klarstellung de lege ferenda	337
c) Fazit	338
III. Rechtsschutz im Vorfeld einer möglichen einstweiligen Maßnahme	338
1. Die vorbeugende Unterlassungsbeschwerde (GWB) bzw. -klage (AEUV)	339

2. Verpflichtungsbeschwerde (GWB) und Untätigkeitsklage (AEUV)	341
a) Erhebung durch den potenziellen Adressaten	342
b) Erhebung durch betroffene Dritte	343
aa) Antragsrecht Betroffener nach alter Rechtslage	343
bb) Antragsrecht Betroffener nach aktueller Rechtslage	346
cc) Fazit	349
3. Gerichtliche einstweilige Anordnung (GWB und AEUV)	350
IV. Die Rechtsbeschwerde	351
1. Die Rechtsbeschwerde in Bezug auf behördliche Eilmaßnahmen	351
2. Beschränkung des Instanzenzuges bei einstweiligen Maßnahmen?	352
3. Ergebnis	355
V. Fazit	355
Zusammenfassung und Ergebnis: Nur ein Dornröschenschlaf?	359
A. Einstweilige Maßnahmen als unabdingbarer Teil einer effektiven Kartellrechtsdurchsetzung	360
B. Verbreitete (Fehl-)Vorstellungen über die Probleme beim Einsatz einstweiliger Maßnahmen	362
I. Keine übersteigerten materiellen Anforderungen	363
1. Wettbewerbsverstoß und Dringlichkeit	364
2. Beweiserleichterung	365
3. Verhältnismäßigkeit und Beweislastverteilung	367
II. Geringes Staatshaftungsrisiko	368
III. Zu strenge gerichtliche Kontrolle im einstweiligen Rechtsschutz	369
C. Abschließendes Fazit	373
Annex	375
A. Einstweilige Maßnahmen der Europäischen Kommission	375
I. Tatsächlich erlassene einstweilige Maßnahmen	375
II. Lediglich angedrohte einstweilige Maßnahmen	377
III. Abgelehnte Anträge auf einstweilige Maßnahmen	378
B. Einstweilige Maßnahmen der deutschen Kartellbehörden	381
I. Tatsächlich erlassene einstweilige Maßnahmen	381

II. Lediglich angedrohte einstweilige Maßnahmen	383
III. Abgelehnte Anträge auf einstweilige Maßnahmen	383
Literaturverzeichnis	385
Materialienverzeichnis	393
A. Bundeskartellamt	393
B. Europäische Kommission	395
C. Sonstiges	397
Verzeichnis zitierter Gerichtsentscheidungen	399
A. Unionsgerichtsbarkeit	399
B. Deutsche Gerichtsbarkeit	400
C. Ausländische Gerichte	402
Verzeichnis zitierter Behördenentscheidungen	403
A. Europäische Kommission	403
B. Bundeskartellamt und Landeskartellbehörden	403
C. Ausländische Kartellbehörden	404