



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

KVR 11/06

vom

17. August 2006

in der Kartellverwaltungssache

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: ja
BGHR: ja

Soda-Club

GWB § 64 Abs. 1 Nr. 1, § 65 Abs. 3 Satz 3; EG Art. 82

- a) Besteht die begründete Annahme, dass die Kartellbehörde die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde verneint, kann der Betroffene beim Beschwerdegericht in entsprechender Anwendung von § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB die Feststellung beantragen, dass der Beschwerde aufschiebende Wirkung zukommt.
- b) Einer Beschwerde gegen eine Abstellungsverfügung nach § 32 GWB kommt auch insoweit aufschiebende Wirkung zu, als sie auf Art. 82 EG gestützt ist.

BGH, Beschluss vom 17. August 2006 – KVR 11/06 – OLG Düsseldorf

Der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs hat am 17. August 2006 durch den Präsidenten des Bundesgerichtshofs Prof. Dr. Hirsch, den Vorsitzenden Richter Ball und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Prof. Dr. Meier-Beck und Dr. Strohn

beschlossen:

1. Auf die Rechtsbeschwerde der Betroffenen wird der Beschluss des 1. Kartellsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. April 2006 aufgehoben.

Es wird festgestellt, dass die Beschwerde der Betroffenen aufschiebende Wirkung hat.

2. Die Gerichtskosten hat das Bundeskartellamt zu tragen. Außergerichtliche Kosten werden nicht erstattet.
3. Der Wert des Rechtsbeschwerdeverfahrens wird auf 250.000 € festgesetzt.

Gründe:

- 1 I. Die Betroffenen produzieren und vertreiben Besprudelungsgeräte für Trinkwasser für den Hausgebrauch.
- 2 Mit Beschluss vom 9. Februar 2006 hat das Bundeskartellamt den Betroffenen untersagt, das von ihnen praktizierte System des Vertriebs und der Wie-

derbefüllung der CO₂-Zylinder für Trinkwasser-Besprudelungsgeräte weiterzuverfolgen (WuW/E DE-V 1177). Die Verfügung hat folgenden Wortlaut:

1. Das von [den Betroffenen] (im Folgenden: Soda-Club) praktizierte System des Vertriebs und der Wiederbefüllung der von Soda-Club in den Verkehr gebrachten und von ihr als Mietzylinder bezeichneten CO₂-Zylinder für Trinkwasser-Besprudelungsgeräte (im Folgenden: „Mietzylinder“) verstößt gegen § 19 GWB und Art. 82 EG.
2. Unternehmen,
 - die mit Soda-Club keine Vertriebsvereinbarung getroffen haben oder
 - eine getroffene Vertriebsvereinbarung unter Einhaltung der vertraglichen Fristen gekündigt haben oder
 - die [eine] Vertriebsvereinbarung – bei Vorliegen eines wichtigen Grundes – fristlos gekündigt haben,dürfen Soda-Club-„Mietzylinder“ von Endverbrauchern und vertraglich nicht (mehr) an Soda-Club gebundenen Unternehmen entgegennehmen, unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften selbst befüllen oder bei Abfüllunternehmen, welche die für eine Befüllung notwendigen gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, befüllen lassen und in Verkehr bringen.
3. Endverbraucher dürfen „Mietzylinder“ von Soda-Club bei Unternehmen ihrer Wahl, auch bei den in Ziffer 2 des Tenors genannten Unternehmen, tauschen bzw. wiederbefüllen lassen.
4. Um die Zuwiderhandlung gegen die in Ziffer 1 des Tenors genannten Vorschriften abzustellen, wird Soda-Club gemäß § 32 Abs. 1 und 2 GWB untersagt, die in Ziffer 2 des Tenors aufgeführten Unternehmen an der Entgegennahme, Befüllung oder Weitergabe der so genannten „Mietzylinder“ zu hindern.
5. a) Soda-Club hat die auf ihren „Mietzylindern“ angebrachten Banderolen binnen einer Frist von 2 Monaten textlich entsprechend Ziffer 2 bis 4 des Tenors anzupassen.

b) Zusätzlich ist auf der Banderole der folgende Text in einem Kästchen von 4 cm Höhe und 10 cm Länge in dazu passendem Schriftgrad und Fettdruck gut lesbar aufzubringen: „Dieser Zylinder sowie alle übrigen Zylinder des derzeit umlaufenden Zylinderbestandes dürfen nicht nur von Soda-Club, sondern – unter Beachtung der gesetzlichen Vorschriften – auch von anderen Abfüllunternehmen befüllt werden“.

3 Die Rechtsmittelbelehrung des Bundeskartellamts enthält den Hinweis, dass die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung habe, soweit dieser Beschluss auf eine Zuwiderhandlung gegen Art. 82 EG gestützt werde.

4 Gegen den Beschluss haben die Betroffenen Beschwerde eingelegt. Sie haben beantragt:

1. festzustellen, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung habe,
2. hilfsweise, die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB anzuordnen, soweit der Beschluss auf eine Zuwiderhandlung gegen die Vorschrift des Art. 82 EG gestützt wird.

5 Das Beschwerdegericht hat den Feststellungsantrag zurückgewiesen und auf den Hilfsantrag die aufschiebende Wirkung der Beschwerde insoweit angeordnet, als die Beschwerde die Ziffer 5 des angefochtenen Beschlusses betrifft. Den weitergehenden Hilfsantrag hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die – vom Beschwerdegericht zugelassene – Rechtsbeschwerde.

6 II. Das Beschwerdegericht hat den auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gerichteten Hauptantrag als unbegründet angesehen, weil die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung habe, soweit die Entscheidung des Bundeskartellamts auf Art. 82 EG gestützt sei. Zur Begründung hat es ausgeführt:

7 § 64 Abs. 1 GWB regelt, inwieweit Beschwerden eine aufschiebende Wirkung haben. Nach der Gesetzessystematik werde eine aufschiebende Wirkung nur in den Fällen begründet, in denen das Gesetz dies ausdrücklich vorsehe. Eindeutig geregelt sei insoweit, dass die Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 32 i.V. mit §§ 19 bis 21 GWB aufschiebende Wirkung habe, während

Art. 82 EG nicht erwähnt sei. Nach dem Wortlaut und der Gesetzessystematik sei daraus zu schließen, dass einer Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 32 GWB i.V. mit Art. 82 EG keine aufschiebende Wirkung zukomme.

8 Aus der Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640, S. 64) gehe hervor, dass in Missbrauchsverfahren nach den §§ 19 bis 21 GWB die aufschiebende Wirkung der Beschwerde erhalten bleiben solle, weil dies insbesondere wegen der vielfach schwierigen Rechts- und Tatfragen und der teilweise weitreichenden Wirkungen solcher Entscheidungen geboten sei. Diese Begründung treffe an sich auf Art. 82 EG in gleicher Weise zu. Angesichts des klaren Wortlautes des neu gefassten § 64 GWB könne jedoch der Geltungsbereich der Norm nicht im Wege einer Analogie erweitert werden. Auch die in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgte Garantie eines effektiven Rechtsschutzes gebiete eine solche Analogie nicht.

9 III. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Rechtsbeschwerde haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Feststellung, dass die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat.

10 1. Das Beschwerdegericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Feststellungsantrag statthaft ist. Für den vorläufigen Rechtsschutz nach § 80 VwGO ist die Zulässigkeit eines solchen Antrags auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung allgemein anerkannt, wenn eine Behörde den Suspensiveffekt eines eingelegten Rechtsmittels in Frage stellt (vgl. für Fälle der faktischen Vollziehung BVerwG NVwZ 1986, 638; OVG Schleswig NVwZ-RR 1997, 626; ferner Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Stand: Okt. 2004, § 80 Rdn. 241 m.w.N.). Nichts anderes gilt, wenn das Bundeskartellamt – wie in der Rechtsmittelbelehrung geschehen – die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde nach § 64 Abs. 1 GWB verneint. Trifft diese Auffassung zu, können

nicht nur Vollstreckungsmaßnahmen durchgeführt (§ 86a GWB), sondern auch Zuwiderhandlungen gegen die Verfügung nach § 81 Abs. 2 Nr. 2 lit. a GWB mit einem Bußgeld geahndet werden (vgl. Dannecker/Biermann in Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl., § 81 Rdn. 257). Der Betroffene hat danach ein besonderes, durch Art. 19 Abs. 4 GG geschütztes Interesse an der gerichtlichen Klärung der Frage, ob die Beschwerde aufschiebende Wirkung hat.

11 2. Das Beschwerdegericht hat zu Unrecht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde nach § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB verneint. Einer Beschwerde gegen eine Abstellungsverfügung nach § 32 GWB kommt auch insoweit aufschiebende Wirkung zu, als die Verfügung auf Art. 82 EG gestützt ist (so auch Birmanns in Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Stand: Mai 2006, § 64 GWB 2005 Rdn. 26). Zwar ist dieser Fall in der enumerativen Aufzählung in § 64 Abs. 1 GWB nicht enthalten. Dies schließt jedoch eine analoge Anwendung dieser Vorschrift nicht aus (vgl. BGH, Beschl. v. 17.5.1965 – KVR 1/64, WuW/E 667, 670 – Rechtselfische Zementpreise IV; KG WuW/E OLG 5263, 5265; Karsten Schmidt in Immenga/Mestmäcker, aaO § 64 Rdn. 4; Kollmorgen in Langen/Bunte, Kartellrecht, 10. Aufl., § 64 Rdn. 2).

12 a) Einer Beschwerde gegen eine Verfügung der Kartellbehörde nach § 32 GWB i.V. mit Art. 82 EG ist in entsprechender Anwendung von § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB aufschiebende Wirkung beizumessen. Abstellungsverfügungen nach § 32 i.V. mit §§ 19 bis 20 GWB müssen – soweit eine Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten in Rede steht und die weiteren Voraussetzungen dieser Bestimmung vorliegen – auch auf Grundlage des Art. 82 EG ergehen (vgl. Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Verordnung (EG) 1/2003; § 22 Abs. 3 Satz 2 GWB). Wären solche Verfügungen, soweit sie auf Art. 82 EG gestützt sind, sofort vollziehbar, liefe die Absicht des Gesetzgebers, „für Entscheidungen

in Missbrauchsverfahren nach den §§ 19 bis 21“ die aufschiebende Wirkung der Beschwerde beizubehalten (s. Regierungsentwurf zur 7. GWB-Novelle, BT-Drucks. 15/3640, S. 64), praktisch leer.

- 13 b) Die analoge Heranziehung des § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist auch geboten, weil andernfalls gleiche oder zumindest vergleichbare Sachverhalte ohne sachlich einleuchtenden Grund ungleich behandelt würden (Art. 3 Abs. 1 GG; vgl. BVerfGE 35, 263, 272; BGH WuW/E 667, 670 – Rechtselbische Zementpreise IV). Da Art. 82 EG Verhaltensweisen betrifft, die in der Regel auch nach §§ 19 bis 21 GWB verboten sind, stellen sich dort dieselben „vielfach schwierigen Rechts- und Tatfragen“. Ihnen kommen dieselben „weitreichenden Wirkungen“ zu, die den Gesetzgeber veranlasst haben, der Beschwerde gegen die auf §§ 19 bis 21 GWB gestützten Verfügungen eine aufschiebende Wirkung beizumessen (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 15/3640, S. 64; Birmanns in Frankfurter Kommentar aaO). Zwar mögen diese Voraussetzungen auch bei Verfügungen vorliegen, die sich gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen richten (Birmanns in Frankfurter Kommentar aaO). Hinsichtlich solcher Verfügungen enthält das Gesetz indessen eine eindeutige Regelung, und es unterliegt keinem Zweifel, dass der Gesetzgeber der Beschwerde insoweit keine aufschiebende Wirkung beimessen wollte. Dies lässt sich der Begründung des Regierungsentwurfs zur 7. GWB-Novelle entnehmen, die sich hierzu wie folgt äußert (BT-Drucks. 15/3640, S. 64):

Durch die Neuregelung wird die aufschiebende Wirkung von Beschwerden gegen Verfügungen der Kartellbehörden eingeschränkt. Nach der neuen Nummer 1 entfällt die aufschiebende Wirkung bei Verfügungen nach § 32 gegen wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen, Beschlüsse und abgestimmte Verhaltensweisen (Art. 81 EG bzw. §§ 1 bis 4 dieses Gesetzes). ... Auch im europäischen Recht bewirkt die Anfechtung von Entscheidungen in Kartellverfahren keinen automatischen Aufschub des Vollzugs. Für Entscheidungen in Missbrauchsverfahren nach den §§ 19 bis 21 bleibt die aufschiebende Wirkung dagegen erhalten. Dies ist insbesondere wegen der vielfach schwierigen Rechts- und Tatfragen in solchen Verfahren und der teilweise weit reichenden Wirkungen solcher Entscheidungen geboten.

14 c) Eine unterschiedliche Regelung des Suspensiveffekts von Beschwerden je nachdem, ob sich die angefochtene Verfügung auf das autonome deutsche Recht (§§ 19 bis 21 GWB) oder auf europäisches Recht (Art. 82 EG) stützt, ist auch gemeinschaftsrechtlich nicht angezeigt.

15 Das deutsche Recht geht in der Regelung der aufschiebenden Wirkung, die einer verwaltungsrechtlichen Klage (§ 80 Abs. 1 VwGO) oder einer kartellrechtlichen Beschwerde (§ 64 Abs. 1 GWB) zukommt, insoweit über das europäische Recht und über das Recht vieler Mitgliedstaaten hinaus, als es für den Regelfall bereits kraft Gesetzes die aufschiebende Wirkung der Rechtsbehelfe anordnet. Dagegen kommt einer Klage nach Art. 230 Abs. 4 EG gegen eine Entscheidung der Kommission keine aufschiebende Wirkung zu (Art. 242 EG). Eine Verpflichtung, das deutsche Recht insoweit dem europäischen Recht anzupassen, besteht nicht. Sie lässt sich weder dem gemeinschaftsrechtlichen Effektivitätsgebot (Art. 10 EG) noch der Regelung in Art. 35 Abs. 1 Satz 1 VO (EG) Nr. 1/2003 entnehmen, die diesen Grundsatz für die Anwendung der Art. 81 und 82 EG durch die nationalen Wettbewerbsbehörden wiederholt. Die Verpflichtung zur wirksamen Anwendung von Art. 81 und 82 EG nötigt nicht dazu, die Bestimmungen über das Kartellverwaltungs- und über das gerichtliche Verfahren den entsprechenden Bestimmungen des europäischen Rechts vollständig nachzubilden. Vielmehr kann der wirksamen Durchsetzung der Wettbewerbsregeln des Vertrages auch dadurch genügt werden, dass die Kartellbehörde nach § 65 Abs. 1 GWB die sofortige Vollziehung anordnet. Dabei kann das maßgebende öffentliche Interesse gerade auch darin bestehen, dem Gemeinschaftsrecht zu seiner sofortigen Verwirklichung zu verhelfen (vgl. zu § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO Schoch in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner aaO § 80 Rdn. 157; Jannasch, NVwZ 1999, 495, 496 ff., jeweils m.w.N.).

16

Auch die vom Bundeskartellamt angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften wendet sich nicht dagegen, dass das deutsche Recht der Anfechtungsklage nach § 80 Abs. 1 VwGO (und entsprechend der Beschwerde nach § 64 Abs. 1 GWB) im Regelfall eine aufschiebende Wirkung einräumt; diese Entscheidungen verweisen lediglich auf die Verpflichtung der Verwaltungsbehörde, die aufschiebende Wirkung in geeigneten Fällen durch eine Anordnung des Sofortvollzugs zu überwinden und dem Gemeinschaftsrecht auf diese Weise zu seiner sofortigen Verwirklichung zu verhelfen (vgl. EuGH, Urt. v. 10.7.1990 – C-217/88, Slg. 1990, I-2879, 2905 Tz. 25 – Weindestillation; ferner Urt. v. 21.2.1991 – C-143/88 u. C-92/89, Slg. 1991, I-415, 541 Tz. 20 ff. – Zuckerfabrik Süderdithmarschen; Urt. v. 9.11.1995 – C-465/93, Slg. 1995, I-3761, 3792 Tz. 40 – Atlanta).

17 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 78 Satz 1 GWB.

Hirsch

Ball

Bornkamm

Meier-Beck

Strohn

Vorinstanz:

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 12.04.2006 - VI - Kart 5/06(V) -