
Datum: 30.11.2020
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 1. Kartellsenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: Kart 13/20 (V)
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2020:1130.KART13.20V.00

Tenor:

I.

Auf den Antrag zu 2. der Antragstellerinnen aus dem Schriftsatz vom 30. November 2020 wird die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerden gegen die Aussprüche in den Ziffern 1. bis 3. des Beschlusses des Bundeskartellamts vom 6. Februar 2019 (*B6-22/16*) vorläufig und bis zur Entscheidung des Senats über den Antrag zu 1. aus demselben Schriftsatz angeordnet.

II.

Das Bundeskartellamt und der Beigeladene erhalten bis zum 23. Januar 2021 Gelegenheit, zum Antrag zu 1. der Antragstellerinnen vom 30. November 2020 Stellung zu nehmen.

III.

Die Rechtsbeschwerde wird nicht zugelassen.

Gründe

I.

Der Antrag zu 2. der Antragstellerinnen aus dem Schriftsatz vom 30. November 2020, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerden gegen den Beschluss des Bundeskartellamts vom 6. Februar 2019 (*B6-22/16*) vorläufig und bis zur Entscheidung über den Eilantrag zu 1. aus demselben Schriftsatz anzuordnen, ist zulässig und begründet.

1

2

3

4

- 1. Der Antrag auf Erlass einer Zwischenentscheidung im Eilverfahren ist zulässig. 5

Der Eilantrag zu 1. der Antragstellerinnen, die aufschiebende Wirkung ihrer Beschwerden anzuordnen, ist zulässig. Die Beschwerden der Antragstellerinnen gegen die auf § 32 Abs. 1 GWB gestützte Abstellungsverfügung haben keine aufschiebende Wirkung, wie sich aus einem Umkehrschluss aus § 64 Abs. 1 GWB ergibt. Die vom Bundeskartellamt angeordnete Aussetzung der Vollziehung (§ 65 Abs. 3 S. 2 GWB) läuft mit dem heutigen Tage aus; eine Verlängerung hat das Bundeskartellamt mit Beschluss vom 13. November 2020 (Anlage 2 zur Antragschrift) abgelehnt. Die Antragstellerinnen können daher gemäß § 65 Abs. 3 S. 1 und S. 3 GWB beantragen, dass das Beschwerdegericht die aufschiebende Wirkung der Beschwerde anordnet, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen (§ 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB) oder die Vollziehung für den Betroffenen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB). Der Zulässigkeit dieses Antrags steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 23. Juni 2020 (*KVR 68/19*) einen früheren Antrag der Antragstellerinnen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegen die Amtsverfügung abgelehnt hat. Dieser Entscheidung kommt keine materielle Rechtskraft zu. Soweit Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutzverfahren grundsätzlich insoweit der beschränkten materiellen Rechtskraft fähig sind, als eine Antragswiederholung bei unveränderten Verhältnissen, d.h. bei unverändertem Sachvortrag und unveränderten Mitteln der Glaubhaftmachung, in der Regel unzulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 09.12.2004, *III ZR 200/04*, Rn. 10 bei juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 02.01.2014, *6 U 228/13 – Schneller kann keiner*, Rn. 3 bei juris; Urteil vom 15.08.2013, *6 U 122/13*, Rn. 3 bei juris; Urteil vom 14.07.2005, *16 U 23/05*, Rn. 38 bei juris; Zöller/Vollkommer, ZPO, 33. Auflage 2020, vor § 916 Rn. 13 m.w.N.), liegen diese Voraussetzungen nicht vor. Der neue Eilantrag der Antragstellerinnen basiert auf einer gegenüber der Amtsverfügung geänderten Begründung der Verbots- und Gebotsaussprüche durch den Bundesgerichtshof in dem zitierten Beschluss und durch das Bundeskartellamt in seiner Beschwerdeerwidernung. 6

b) Über den danach zulässigen neuen Eilantrag kann der Senat nicht binnen weniger Tage entscheiden. Die Erfassung und – summarische - Bewertung der jeweils rund 200 Seiten starken Beschwerdebegründung der Antragstellerinnen und Beschwerdeerwidernung des Bundeskartellamts erfordern angesichts der Komplexität der Sach- und Rechtslage und der Begründungsänderung der Amtsverfügung durch den Bundesgerichtshof im oben erwähnten Beschluss und – diesem folgend – durch das Bundeskartellamt in seiner Beschwerdeerwidernung einen erheblichen Zeitaufwand. Zudem ist dem Bundeskartellamt und dem Beigeladenen Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem neuen Eilantrag zu gewähren. 7

Unter solchen Umständen ist für das verwaltungsgerichtliche Eilverfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO anerkannt, dass Zwischenentscheidungen ("Hängebeschlüsse") erlassen werden können, um während der Anhängigkeit des Eilverfahrens effektiven Rechtsschutz i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG im Zeitraum zwischen dem Eingang des Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz und der gerichtlichen Entscheidung über den Eilantrag zu gewährleisten (vgl. OVG NRW, *NWVBI 2009, 224*; Guckelberger, *NVwZ 2001, 275*). Nichts anderes gilt für das kartellrechtliche Verwaltungsverfahren, in dem ebenso das Bedürfnis besteht, effektiven Rechtsschutz sicherzustellen, wenn eine Sachentscheidung über einen Eilantrag noch nicht erfolgen kann und deshalb zu befürchten ist, dass in der Zwischenzeit vollendete Tatsachen geschaffen werden (vgl. Senat, Beschluss vom 09.03.2010, *VI-Kart 1/10 (V)* – Rn. 12 bei juris; Beschluss vom 07.09.2006, *VI-Kart 15/06 (V)*, Umdruck S. 9 f., bei juris; siehe auch OLG Düsseldorf Vergabesenat, *VergabeR 2008, 835*). Der Vorrang effektiven 8

Rechtsschutzes gebietet es deshalb, die verwaltungsrechtlichen Grundsätze auch im Kartellverwaltungsrecht anzuwenden, zumal § 65 GWB in Abs. 3 und 4 mit § 80 Abs. 5 VwGO inhaltsgleiche Regelungen trifft und teilweise wörtlich mit § 80 Abs. 5 VwGO übereinstimmt.

- 2. Der Antrag auf Erlass einer Zwischenentscheidung bis zur Entscheidung über den neuen Eilantrag hat auch in der Sache Erfolg. 10

- a) Ob eine Zwischenentscheidung im Lichte des Art. 19 Abs. 4 GG erforderlich ist, ist durch eine Interessenabwägung zu ermitteln. Dabei sind die Folgen, die einträten, wenn die Verfügung des Bundeskartellamtes vollzogen würde und der Eilantrag später Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen abzuwägen, die entstünden, wenn die Vollziehung ausgesetzt und der Eilantrag später abgelehnt würde (vgl. OVG NRW a.a.O.; Senat a.a.O.). Auf die Folgen der Vollziehung der angefochtenen Verfügung kommt es nur dann nicht an, wenn das Eilverfahren voraussichtlich deshalb erfolglos sein wird, weil der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist (vgl. OVG NRW, a.a.O., OVG Berlin, NVwZ-RR 1999, 212). 11

- b) Der neue Eilantrag ist weder offensichtlich unzulässig, sondern, wie oben ausgeführt, zulässig, noch offensichtlich unbegründet. Es ist – auch unter Berücksichtigung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 23. Juni 2020 (*KVR 69/19*) - mitnichten offensichtlich, dass keine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung vorliegen oder deren Vollziehung für die Antragstellerinnen keine unbillige Härte zur Folge hätte (§ 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB). In Bezug auf die ursprüngliche Begründung der Amtsentscheidung hat der Senat das Vorliegen der Voraussetzungen des § 65 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB bereits mit Beschluss vom 26. August 2019 (*VI-Kart 1/19 (V)*) bejaht. Ob die Begründung der Amtsentscheidung geändert werden kann und ob die Amtsentscheidung mit der vom Bundesgerichtshof in dem erwähnten Beschluss und vom Bundeskartellamt mit der Beschwerdeerwiderung gegebenen Begründung rechtmäßig ist, bedarf noch eingehender Prüfung. 12

- c) Die danach vorzunehmende Folgenabwägung fällt zugunsten der Antragstellerinnen aus. Der Senat wird die Sach- und Rechtsprüfung im Hauptsacheverfahren bis zum Verhandlungstermin am 24. März 2021 und damit binnen etwa vier Monaten zumindest insoweit vornehmen, dass er bis dahin über den neuen Eilantrag zu 1. entscheiden kann. Ist der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung dann abzulehnen und bleibt die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung bis dahin ausgesetzt, so treten keine erkennbaren Nachteile ein. Dass die Antragstellerinnen dann weitere vier Monate nicht mit den Umsetzungsarbeiten für die ihnen auferlegten Abstellungsmaßnahmen beginnen müssen, fällt nicht nachteilig ins Gewicht, nachdem das Verfahren des Bundeskartellamts nunmehr seit dem Jahr 2016 andauert und die Antragstellerinnen die beanstandeten Nutzungsbedingungen bereits seit vielen Jahren verwenden. Demgegenüber wäre es wirtschaftlich unsinnig, wenn die Antragstellerinnen ab morgen mit der Umsetzung der Amtsverfügung beginnen und die geforderten Änderungen ihrer Nutzungsbedingungen ausarbeiten müssten, ihr Eilantrag aber in spätestens vier Monaten Erfolg hätte. Der dann sich als gegebenenfalls völlig vergeblich herausstellende Aufwand wäre auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil die Angelegenheit aus übergeordneten Interessen besonders dringlich ist. Dies ist angesichts der bisherigen Verfahrensdauer nicht der Fall. 13

Eine gesonderte Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Sie erfolgt mit der Beschwerdeentscheidung nach den Vorgaben des § 78 GWB (st. Rsp. des Senats, vgl. Senat, Beschluss v. 2. November 2018 – *VI-Kart 3/16 (V)*, Umdruck S. 5). Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.
