

# Die Entwicklung der Wiederholungsgefahr als Fortsetzungsfeststellungsinteresse

22.11.2016

Prozessführung, Schiedsverfahren & ADR | Regulierung & Governmental Affairs

## I. Hintergrund

Im Zuge der juristischen Aufarbeitung des geplanten Zusammenschlussvorhabens von Edeka und Tengelmann hatte das OLG Düsseldorf jüngst auch über eine Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde nach § 71 Abs. 2 S. 2 GWB zu entscheiden.

Das Gericht setzte sich in seiner Entscheidung auch mit der Frage auseinander, ob sich der Beschwerdeführer hinsichtlich des für die Zulässigkeit erforderlichen berechtigten Interesses auf eine Wiederholungsgefahr stützen könne. Da sich die Verfügung des Bundeskartellamts, die mit der Beschwerde angegriffen worden war, sowohl auf § 32a GWB als auch auf § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB stützte, hatte es hinsichtlich des Vorliegens einer Wiederholungsgefahr zwischen diesen beiden Rechtsgrundlagen zu unterscheiden.

In Bezug auf die Grundlage des § 32a GWB nahm es eine Wiederholungsgefahr an, während es eine solche verneinte, soweit die angegriffene Verfügung auf § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB gestützt worden war.

Der Beitrag „Die Entwicklung der Wiederholungsgefahr als Fortsetzungsfeststellungsinteresse“ in WRP 2016, 1451 analysiert diese Unterscheidung vor dem Hintergrund der jüngeren Entwicklung der Rechtsprechung zur Fallgruppe der Wiederholungsgefahr im Rahmen des § 71 Abs. 2 S. 2 GWB. Er gelangt zu dem Ergebnis, dass die vom OLG Düsseldorf vorgenommene Differenzierung sachgerecht ist und stellt eine steigende praktische Relevanz der kartellrechtlichen Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde sowie der Fallgruppe der Wiederholungsgefahr fest.

## II. Ergebnisse im Überblick

- ▶ Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist im Kontext der Entwicklung zu sehen, der die Voraussetzungen, welche an die Bejahung einer Wiederholungsgefahr zu stellen sind, in den letzten Jahren genommen hat.
  - ▶ Damit von einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden kann, muss der Eintritt einer Situation, die mit derjenigen Ausgangslage vergleichbar ist, die der angegriffenen Verfügung zugrunde liegt, zumindest nicht ausgeschlossen sein.
  - ▶ Hinsichtlich der Frage, wann dabei von einer hinreichenden Vergleichbarkeit der Situationen ausgegangen werden kann, erweiterte die jüngere Rechtsprechung die Rechtsschutzmöglichkeiten gegen eine kartellbehördliche Verfügung, indem sie die Voraussetzungen zugunsten eines weiten Vergleichbarkeitsbegriffs lockerte.
  - ▶ Der weite Vergleichbarkeitsbegriff stellt für die Annahme einer Wiederholungsgefahr folgende Voraussetzungen auf:
    1. Das Zielunternehmen muss am Markt verbleiben, wobei es genügt, dass es jederzeit wieder zum Verkauf angeboten werden kann.
    2. Auch die sonstigen Marktverhältnisse müssen vergleichbar sein. Das ist anzunehmen, sofern die Erfolgsaussichten des geplanten Zusammenschlusses durch die Verfügung erheblich geschmälert würden. Es ist dafür ausreichend, dass der Beschwerdeführer damit rechnen muss, hinsichtlich eines neuen Zusammenschlussvorhabens von der Kartellbehörde mit denselben Einwänden konfrontiert zu werden, wie im in Rede stehenden Verfahren.
- ▶ Soweit die angegriffene Verfügung auf § 32a GWB gestützt ist, bejahte das Gericht eine Wiederholungsgefahr. Diese folgert letztlich aus der Unabhängigkeit der Verfügung vom konkreten Fusionskontrollverfahren.

- ▶ Eine Wiederholungsgefahr wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn die angegriffene Verfügung, die von der Kartellbehörde im Verlauf eines Zusammenschlusskontrollverfahrens erlassen wird, auf § 32a GWB gestützt ist.
- ▶ Denn für die Kartellbehörde besteht die Möglichkeit, eine auf § 32a GWB gegründete Verfügung jederzeit inhaltsgleich erneut zu erlassen. Die Möglichkeit eines solchen Neuerlasses ist durchaus realistisch, da mit dem Ende des Zusammenschlusskontrollverfahrens nicht regelmäßig auch der Gegenstand der Verfügung erledigt ist, die oft einen eigenen Regelungsgehalt haben wird.
- ▶ Auch in Fällen, in denen die Kartellbehörde einen Neuerlass der angegriffenen Verfügung nicht konkret in Aussicht stellt wird eine Wiederholung oftmals zumindest nicht ausgeschlossen und damit ausreichend wahrscheinlich für die Annahme einer Wiederholungsgefahr sein.
- ▶ Indem das Gericht eine Wiederholungsgefahr verneinte, soweit die angegriffene Verfügung auf § 60 GWB gestützt ist, wendet es den weiten Vergleichbarkeitsbegriff konsequent auf die in Rede stehende Konstellation an. Die vom BGH fortentwickelten Grundsätze zu dieser Fallgruppe finden damit nun auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung Berücksichtigung.
  - ▶ Anders als bei § 32a GWB kann die Kartellbehörde Anordnungen nach § 60 GWB nur während der Dauer des jeweiligen Zusammenschlusskontrollverfahrens erlassen. Ein Neuerlass wäre somit regelmäßig nur im Rahmen eines neuen Zusammenschlussvorhabens denkbar.
  - ▶ Für die Bejahung der Wiederholungsgefahr wäre daher die Vergleichbarkeit des in Rede stehenden Fusionsvorhabens mit dem erneut geplanten Vorhaben erforderlich. An die Vergleichbarkeit wären die oben genannten Maßstäbe anzulegen.
  - ▶ In dem vom OLG Düsseldorf entschiedenen Fall hatte keine der Parteien die Möglichkeit eines neuen Zusammenschlusskontrollverfahrens angedeutet. Soweit die angegriffene Verfügung auf § 60 Nr. 1 Alt. 2 GWB gestützt war, lehnte das Gericht ein Fortsetzungsfeststellungsinteresse aufgrund der fehlenden Wiederholungsgefahr daher konsequenterweise ab.

**Haben Sie Fragen?** Kontaktieren Sie gerne: [Dr. Konrad Gieseler](#)

**Practice Group:** [Prozessführung, Schiedsverfahren & ADR](#)

## Contact Person



### **Dr. Konrad Gieseler**

Mitglied der Practice Group Prozessführung, Schiedsverfahren & ADR

Mitglied der Practice Group Compliance & Interne Ermittlungen

Rechtsanwalt

T +49 69 971477252