

# FUSIONS-KONTROLLE UND SUBJEKTIVER DRITTSCHUTZ

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde der  
Juristischen Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen  
vorgelegt von

Florian Bien  
aus Bochum



Dekan:	Prof. Dr. Joachim Vogel
1. Berichterstatter:	Prof. Dr. Wernhard Möschel
2. Berichterstatter:	Prof. Dr. Gottfried Schiemann

Tag der mündlichen Prüfung: 1. August 2006

Meinen Eltern und meiner Frau



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2006 von der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen als Dissertationsschrift angenommen. Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand vom 1. August 2006. Die Arbeit wurde mit dem Universitätspreis des Verbandes der Metall- und Elektroindustrie Baden-Württemberg e. V. (Südwestmetall) ausgezeichnet. Die Deutsche Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht (Bezirksgruppe Südwest) und der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die deutsche Wissenschaft haben die Veröffentlichung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert. Dafür danke ich stellvertretend Herrn Rechtsanwalt Professor Dr. Thomas Sambuc und Herrn Professor Dr. Harm Peter Westermann.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Professor Dr. Wernhard Möschel. Seine Ermutigungen und Anregungen haben entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Die Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl und besonders die Teilnahme an seinen Praktiker-Seminaren haben mein (kartell-)rechtliches Denken geprägt. Herr Professor Dr. Gottfried Schiemann hat durch die rasche Erstellung des Zweitberichts wesentlich zu einem zügigen Ablauf des Promotionsverfahrens beigetragen. Auch dafür danke ich herzlich.

Gefördert wurde die Arbeit während meiner Tübinger Zeit durch ein Graduiertenstipendium des Cusanuswerks. Der interdisziplinäre Austausch und die Begegnungen während der cusanischen Ferienakademien auch schon während des Grundstudiums haben mich persönlich und fachlich bereichert.

Für anregende Diskussionen und manchen wertvollen Hinweis danke ich den Kollegen am Lehrstuhl meines Doktorvaters und an der Universität Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Genannt seien insbesondere die Herren Dr. Stefan Bechtold, MJS (Stanford), Rechtsanwalt Dr. Rolf Hempel und Dr. Florian Wagner-von Papp, LL.M. (Columbia) sowie Professor David Capitant und Frau Professor Laurance Idot.

Herr Dipl. theol. Ralf Gaus hat mich in eine effiziente Verwaltung der zu verarbeitenden Literatur und Rechtsprechung eingeführt. Frau Roswitha Blank-Czarnetzki hat vor Ort für einen erfolgreichen Ablauf der administrativen Seite des Promotionsverfahrens gesorgt. Beiden danke ich für ihre freundschaftliche und geduldige Hilfe.

Besonderer Dank gebührt meinen Eltern. Sie haben meine Ausbildung überhaupt erst ermöglicht und stets mit Interesse und Zuspruch gefördert. Meine liebe Frau hat die Höhen und Tiefen im Werden der Arbeit am intensivsten miterlebt und ihr Gelingen in jeder Hinsicht unterstützt. Dafür bin ich sehr dankbar.

Paris, im Oktober 2006

Florian Bien



## Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
<i>Erster Teil. Drittbetroffenheit und Beteiligungsrechte – Eine Bestandsaufnahme</i>	23
Erstes Kapitel. Die Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle	23
A. Überblick über das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle	23
I.    Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt	23
II.   Informelles Vorverfahren	27
III.  Verfahren der Ministererlaubnis	28
IV.  Gerichtliches Verfahren	29
1. Beschwerdeverfahren	29
2. Rechtsbeschwerdeverfahren	30
3. Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes	31
B. Drittbetroffenheit und Beteiligungsrechte	33
I.    Das Verhältnis von Drittbetroffenheit und Verfahrensrechten	33
1. Dritte ohne irgendeine rechtlich relevante Betroffenheit	33
2. Dritte, die „von dem Verfahren berührt“ werden	34
3. Dritte, „deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden“	34
4. Dritte, die eine „Verletzung in eigenen Rechten“ geltend machen können	38
II.   Bewertung	39
C. Widersprüche und praktische Probleme im derzeitigen System der Drittbeteiligung	40
I.    Die Fallkonstellationen	40
II.   Bewertung	42
1. Ermessensabhängigkeit der Beschwerdeberechtigung	42
2. Gefahr der Perpetuierung von Fehlentscheidungen der Kartellbehörde	44

3. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde	45
a) Mangelnde Sachgerechtigkeit der Differenzierung	45
b) Zulässigkeit des Auflagerlasses nach Ablauf der Untersagungsfristen	47
c) Ergebnis	48
4. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde	48
5. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in der Hauptsache	49
6. Die Unanfechtbarkeit von Freigaben im Vorprüfverfahren	49
III. Erstes Zwischenergebnis	51

Zweites Kapitel. Einschränkungen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch die Siebte GWB-Novelle 52

A. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nach bisheriger Auffassung	52
I. Die Verneinung eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle im <i>Weichschaum II</i> -Beschluss des KG	52
II. Festhalten an der <i>Weichschaum</i> -Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle	54
III. Siebte GWB-Novelle	55
IV. Die enge Bestimmung des Schutzbereichs der potentiell drittschützenden Vorschriften über die Fusionskontrolle	56
1. Persönlicher Schutzbereich	56
2. Sachlicher Schutzbereich	57
3. Die These vom existenzvernichtenden Zusammenschluss	57
V. Zweites Zwischenergebnis	60
B. Existenzvernichtende Zusammenschlüsse? Zum Verhältnis von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle	61
I. Ablauf einer Marktverdrängungsstrategie nach Fusion	61
II. Verhaltenskontrolle versus Marktstrukturkontrolle	62
III. Beweisprobleme	64
IV. Zukünftiges missbräuchliches Verhalten als Untersagungsgrund? Das Beispiel <i>Tetra Laval/Sidel</i>	65
V. Drittes Zwischenergebnis	66



C.	Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Drittrechte in Sonderkonstellationen?	67
I.	Tatbestandliche Überschneidungen von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle	68
1.	Aggressive Konzentrationsformen: Zwang zur Fusion durch Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen	68
2.	Zusammenschluss als missbräuchliches Verhalten?	69
a)	Das Verfahren <i>Stadtkurier</i>	69
b)	Das Verfahren <i>Springer/Elbe Wochenblatt</i>	70
3.	„Verletzung der drittschützenden Missbrauchsvorschriften in Folge eines Zusammenschlusses“?	73
a)	Interessenlage	74
b)	Ausnutzen von Marktmacht?	74
c)	Rechtsfolge der nachträglichen Gesetzeswidrigkeit	75
d)	Erfordernis einer Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen	76
II.	„Drittbelastende“ Auflagen im Zusammenhang mit einer Fusionsgenehmigung	77
III.	Viertes Zwischenergebnis	83
D.	Zum Vergleich: Drittklagen in der US-amerikanischen Fusionskontrolle unter der Antitrustschadensdoktrin	83
I.	Das Verfahren <i>Cargill versus Monfort of Colorado</i>	83
1.	Sachverhalt und Prozessgeschichte	83
2.	Antitrustschadensdoktrin im Sinne der <i>Brunswick-</i> Entscheidung	85
3.	Drohen einer Strategie des predatory pricing?	86
4.	Dissens der Richter <i>Stevens</i> und <i>White</i>	88
II.	Weitere Entwicklung nach <i>Cargill</i>	89
1.	Die Verfahren <i>R.C. Bigelow</i> und <i>Tasty Baking Co.</i>	90
2.	Das Verfahren <i>California versus American Stores Co.</i>	91
3.	Jüngere Entscheidungen, in denen ein Antitrustschaden des Privatklägers bejaht wurde	92
III.	Zusammenfassende Würdigung der US-amerikanischen Rechtslage	94
IV.	Fünftes Zwischenergebnis	97
E.	Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die Drittbeteiligung in der Fusionskontrolle	97
I.	Bisherige Bedeutung des Merkmals	98

1. Notwendige Beiladung	98
2. Verpflichtungsbeschwerde	99
3. Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung	101
II. Bedeutung des Merkmals unter Geltung der Siebten GWB-Novelle	102
III. Sechstes Zwischenergebnis	103
F. Wegfall der Rechtsgrundlage für den Erlass weitergehender Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz?	103
I. Vorstellung der Neuregelung	103
II. Mögliche Konsequenzen für den einstweiligen Drittrechts- schutz gegen Fusionsgenehmigungen	104
III. Siebtes Zwischenergebnis	105
G. Gesetzgeberisches Ziel: Einschränkung, nicht Ausschließung des einstweiligen Drittrechtsschutzes	106
<i>Zweiter Teil. Subjektiver Drittschutz in der Fusionskontrolle – Versuch einer   Neukonzeption</i>	107
Drittes Kapitel. Grundlagen	107
A. Bisherige Lösungsansätze	107
I. Der Vorschlag von <i>K. Schmidt</i>	107
1. Vorstellung	107
2. Kritik	108
II. Der Vorschlag von <i>Soell</i>	110
1. Vorstellung	110
2. Kritik	111
III. Der Vorschlag von <i>Dormann</i>	112
1. Vorstellung	112
2. Kritik	114
IV. Der Vorschlag von <i>Veelken</i>	116
1. Vorstellung	116
2. Kritik	116
B. Eigener Lösungsvorschlag im Überblick	119
I. Erstes Anliegen: Beseitigung der analysierten Unstimmig- keiten im System des Drittrechtsschutzes	120

1.	Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde ist unabhängig vom Ermessen der Kartellbehörde	120
2.	Keine formalisierte Anfechtungsbefugnis	121
3.	Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde	122
4.	Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde	123
5.	Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren und des Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes	123
II.	Zweites Anliegen: Die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden bleibt möglich	124
III.	Zusammenfassung	124
C.	Vereinbarkeit der Neukonzeption mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes	125
I.	Das Erfordernis einer materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde	125
1.	Das Kriterium der herrschenden Meinung: nachteilige Interessenberührung	126
2.	Alternativvorschlag: Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten	127
II.	Das Erfordernis der erheblichen Interessenberührung aus § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB als materielle Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde	129
1.	Das Verhältnis zwischen Beiladung und Beteiligung nach bisheriger Auffassung	129
2.	Alternativvorschlag: Kumulatives Verständnis der Voraussetzungen Interessenberührung und Beiladung	130
III.	Vereinbarkeit mit der Systematik	133
IV.	Zusammenfassung	135
	Viertes Kapitel. Subjektive öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle	136
A.	Vorüberlegungen	136
I.	Einfachgesetzlich begründete subjektive öffentliche Rechte	136
1.	Schutznormtheorie	139
2.	Kritik an der Schutznormtheorie	141
3.	Drittenschutz in multipolaren Konfliktlagen	144

II.	Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Gewährung subjektiver öffentlicher Drittrechte	147
III.	Zum Vergleich: Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte Dritter in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Finanzgerichte	149
	1. Begünstigungsabwehrklagen	149
	2. Konkurrentenverdrängungsklagen	152
	3. Fiskusabwehrklagen	153
IV.	Achtes Zwischenergebnis	154
B.	Zur Bedeutung der Schutzgegenstand- und Schutzgesetzklausel für die Auslegung der Vorschriften der Fusionskontrolle	154
I.	Die Diskussion um den Schutzgegenstand des GWB	154
II.	Die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz	157
C.	Auslegung nach den Auslegungstopoi	161
I.	Die Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB als materielle Bezugsnorm	161
II.	Grammatische Auslegung	163
III.	Teleologische Auslegung	165
IV.	Fusionskontrolle bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle: Untersuchung unter historisch-genetischen und systematischen Gesichtspunkten	167
	1. Einführung der Fusionskontrolle durch die Zweite GWB-Novelle	167
	2. Gewährung materieller subjektiver Rechte Dritter durch die Sechste GWB-Novelle?	169
	3. Drittklagen vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle	170
	a) Anfechtungsklage gegen die „Freigabe“ eines Zusammenschlussvorhabens	170
	b) Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens	172
	c) Zusammenfassung	172
	4. Erweiterung des Drittschutzes durch die Änderungen der Sechsten GWB-Novelle	173
	5. Weitere systematische Aspekte	176
V.	Drittschutzrelevante Änderungen durch die Siebte GWB-Novelle: Untersuchung unter historisch-genetischen und systematischen Gesichtspunkten	179
	1. Ausweitung und Erleichterung des privatrechtlichen Rechtsschutzes	179

2. Änderungen des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens	180
3. Einschränkung von Drittrechten	181
4. Verbesserung der Rechtsstellung von Drittbetroffenen	183
5. Insbesondere: Erweiterung des Entflechtungstatbestandes	185
6. Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden	188
7. Neuntes Zwischenergebnis	188
8. Das Erfordernis der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005	189
a) Die neue Bestimmung im Kontext der Entwicklung des Drittrechtsschutzes	189
b) Widersprüchlichkeit der Vorschrift	190
c) Kritik an der Deutung des OLG Düsseldorf	191
d) Lösungsvorschlag der Monopolkommission: Einführung einer Verbandsbeschwerde	194
e) Lösungsvorschlag de lege lata: teleologische Reduktion	197
f) Eigener Lösungsvorschlag	198
VI. Zehntes Zwischenergebnis	199
D. Schutzbereich: Der Tatbestand der nachteiligen erheblichen Interessenberührung	200
I. Vorüberlegungen	200
II. Die Kriterien der materiellen Beschwer und der erheblichen Interessenberührung nach herrschender Meinung	202
III. Eigener Auslegungsvorschlag	206
1. Qualitative Kriterien	206
a) Marktrelevantes Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Zusammenschlussbeteiligten	207
b) Marktrelevante Betroffenheit	208
c) Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen Rechts- positionen	211
d) Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsver- letzung bei Anwendung der Abwägungsklausel	216
2. Quantitative Kriterien	218
IV. Anwendung der Kriterien auf die Fälle <i>NetCologne</i> , <i>Trienekens</i> und <i>E.ON/Ruhrgas</i>	220
1. <i>NetCologne</i>	221
2. <i>Trienekens</i>	223
3. <i>E.ON/Ruhrgas</i>	225
V. Elfte Zwischenergebnis	226

Fünftes Kapitel. Das Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittsschutzes	228
A. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beiladung nach der Neukonzeption	228
I. Verfassungsrechtliche Herleitung der notwendigen Beiladung	228
II. Ausweitung der notwendigen Beiladung und Bedürfnis nach Verfahrenskonzentration	230
III. Generalisierung der notwendigen Beiladung?	231
IV. Unterscheidung zwischen „Beteiligung“ und (einfacher) „Beiladung“	232
V. Die Unterscheidung zwischen Beteiligung i. e. S. und einfacher Beiladung auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen	232
VI. Rechtsfolgen der Unterscheidung zwischen Beiladung und Beteiligung	235
1. Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde	235
2. Akteneinsicht	235
3. Recht auf Stellungnahme	237
4. Mündliche Verhandlung	238
5. Zustellung der kartellbehördlichen Verfügungen	238
VII. Informations- und Beiladungspflicht gegenüber erheblich betroffenen Dritten?	239
VIII. Anwendungsbeispiele für das Institut der einfachen Beiladung ohne Beschwerdebefugnis	241
1. Oligopolunternehmen: Interessenberührung durch Vorfragen	241
2. Beiladung von Arbeitnehmervertretern	243
3. Beiladung von Verbraucherverbänden	245
IX. Zusammenfassender Vergleich mit der Systematik der herrschenden Meinung	246
1. Beteiligungsformen	246
2. Beteiligungsrechte	247
3. Tatbestandsvoraussetzungen	247
4. Resümee	248
B. Das Verhältnis von Hauptsacheverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der Neukonzeption	248
I. Keine Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Zulässigkeit	248
II. Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Begründetheit	249
III. Zum Vergleich: Das Prüfungsprogramm nach allgemeinem Verwaltungsprozessrecht	249

IV.	§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 als <i>lex specialis</i> zu § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB	251
V.	Der <i>HABET/Lekkerland</i> -Beschluss des BGH	251
VI.	Stellungnahme	253
VII.	Subjektive Rechtsverletzung bei Verfahrensfehlern? Das Verfahren <i>E.ON/Ruhrgas</i>	256
VIII.	Zusammenfassung	260
Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes		262
A.	Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden	262
I.	Die Ansicht des OLG Düsseldorf und ihre Kritik durch <i>Bechtold</i>	262
II.	Stellungnahme	262
III.	Zeitpunkt des Wiederauflebens	264
IV.	Ergebnis	265
B.	Einstweilige Anordnung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von Zusammenschlussvorhaben	265
I.	Kritik an der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor Verabschiedung der Siebten GWB-Novelle	266
II.	Keine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Anordnungen gegenüber Dritten	268
III.	Konsequenzen der Neuregelung (§ 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005)	271
IV.	Teleologische Reduktion?	272
V.	Einstweilige Anordnungen auf der Grundlage von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB	274
VI.	Zusammenfassung	277
Zusammenfassung		279
Ausblick		287
Literaturverzeichnis		291
Materialienverzeichnis		303

Verzeichnis der zitierten Entscheidungen	306
Stichwortverzeichnis	315



## Einleitung

### A. Problemstellung: Von *Tobaccoland* über *NetCologne* zu *E.ON/Ruhrgas* und wieder zurück (*Werhahn*)?

Das Verfahren der Fusionskontrolle dient dem Ausgleich von drei häufig kollidierenden Interessenspositionen: dem öffentlichen Interesse am Erhalt eines funktionsfähigen Wettbewerbs, dem Wunsch der Fusionsparteien nach einer schnellen und verlässlichen Genehmigung ihres Zusammenschlussvorhabens sowie der Sorge dritter Marktbeteiligter vor den Konsequenzen des Entstehens marktbeherrschender Stellungen auf ihre eigene wettbewerbliche Position. Der Schutz des Wettbewerbs als solchem obliegt in erster Linie den Kartellbehörden. Mit gutem Grund hat sich der Gesetzgeber für das System einer präventiven Fusionskontrolle entschieden. Das strenge Fristenregime in § 40 Abs. 1 und 2 GWB kommt dem Interesse der Fusionskandidaten an schneller Rechtsklarheit entgegen. Erlässt das Bundeskartellamt keine ausdrückliche Untersagungsverfügung, gilt das Zusammenschlussvorhaben kraft Gesetzes als freigegeben. Drittbetroffene können auf den Verlauf des Verwaltungsverfahrens in dem Maße Einfluss nehmen, in dem die Kartellbehörde ihnen gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB den Status eines Beigeladenen verleiht. Die Beiladung dient neben dem Individualrechtsschutz nicht zuletzt dem Interesse der Behörde, Marktkenntnisse und Rechtsauffassungen Dritter für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben nutzbar zu machen.<sup>1</sup> Darüber hinaus vermittelt die Anhörung Dritten das Gefühl, ihr Anliegen werde ernst genommen. Positive Folgen sind eine erhöhte Akzeptanz auch anders lautender Entscheidungen sowie größeres Vertrauen in die Arbeit der Wettbewerbsbehörden.<sup>2</sup> Zu einer wesentlichen Verbesserung der Rechtsstellung Drittbetroffener kam es im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle. Die Ausgestaltung der Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren als anfechtbare Verfügung mit Begründungs- und Veröffentlichungspflicht entsprach dem europäischen Vorbild.<sup>3</sup> Ziel war eine höhere Transparenz im Verfahren sowie die Erweiterung des Rechtsschutzes der von einer Freigabeverfügung betroffenen Dritten.<sup>4</sup>

1 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), II A. Kritisch *Möschel*, *W.*, WuW 2006, 115, der vor der Gefahr einer Irreführung der Kartellbehörden beispielsweise bei der Abgrenzung des relevanten Marktes warnt.

2 Vgl. *Lange*, *K. W.*, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 900.

3 Vgl. Art. 8 FKVO sowie *Mestmäcker*, *E.-J./Veelken*, *W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 3.

4 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

Als wenig durchdacht erwies sich die Erstreckung der unausgereiften Regelung der kartellverwaltungsrechtlichen Drittbeschwerde auf das Verfahren der Fusionskontrolle. Beispielhaft seien die unklaren und in den Details hoch umstrittenen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde genannt. Wissenschaft und Praxis ist es bislang nicht gelungen, die konstatierten Unzulänglichkeiten und Widersprüche des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzsystems in einem systematisch stimmigen Gesamtgefüge aufzulösen. Mit völlig neuen Fragen sah sich die Praxis konfrontiert, als Drittunternehmen dazu übergingen, ihre gegen eine Fusionsgenehmigung gerichteten Anfechtungsbeschwerden mit dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu verbinden. Erstmals gab das OLG Düsseldorf im Verfahren *NetCologne*<sup>5</sup> dem Antrag eines Drittbeschwerdeführers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statt. Folge war der vorläufige Stopp des Zusammenschlussvollzugs. Das KG hatte die Möglichkeit einstweiligen Drittschutzes in der Fusionskontrolle im Fall *Tobaccoland*<sup>6</sup> noch ausgeschlossen. Den Höhe- und Schlusspunkt einer Serie stattgebender Entscheidungen markieren die einstweiligen Anordnungen des OLG Düsseldorf im Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrigas*.<sup>7</sup> Die Umstände dieses Verfahrens – die dritten Beschwerdeführer hatten sich durch finanzielle Zugeständnisse zur Rücknahme ihrer Rechtsmittel bewegen lassen – waren der Auslöser für den vor allem vom damaligen Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit geäußerten Wunsch nach einer „Stärkung der Ministererlaubnis“.<sup>8</sup> Er bildete den Ausgangspunkt für die Diskussion um eine Einschränkung des Drittschutzes durch die Siebte GWB-Novelle. Sie mündeten schließlich in die in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 normierte Verschärfung der Antragsvoraussetzungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen Freigabebefugungen des Bundeskartellamts. Danach hat der dritte Antragsteller nunmehr eine Verletzung in eigenen Rechten geltend zu machen. Den ersten Stellungnahmen in der Literatur zufolge müssen die praktischen Konsequenzen der Gesetzesänderung als offen beurteilt werden.<sup>9</sup> Die bislang ganz herrschende Meinung verneint die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle. OLG Düsseldorf und BGH haben diese Linie erst kürzlich im Zusammenhang mit Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens *Werhahn* bekräf-

5 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665ff.

6 KG, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386.

7 OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885ff.; aufrechterhalten durch OLG Düsseldorf, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrigas III*), WuW/E DE-R 943ff.

8 Vgl. FDP-Fraktion, Kl. Anfrage Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/381 sowie Bundesregierung, Antw. Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/448,.

9 So zeigt sich Zöttl, J., WuW 2004, 474, 482 „überrascht“ über die Bezugnahme auf Rechte Dritter in der Fusionskontrolle; Steffens, O./Boos, A., ZWeR 2004, 431, 450: "widersprüchliche Regel in § 65 Abs. 3 GWB nF."; Kapp, T./Meßmer, S. E., WuW 2004, 917, 920: „Ungereimtheit“.

tigt.<sup>10</sup> Neben weiteren drittschutzrelevanten Änderungen im Rahmen der Siebten GWB-Novelle sei hier auf den neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 hingewiesen. Er droht, das OLG Düsseldorf des hoch wirksamen Rechtsschutzinstruments weitergehender einstweiliger Anordnungen zu berauben.

Das Anliegen der vorliegenden Arbeit besteht zunächst darin, Unzulänglichkeiten des bestehenden drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle zu analysieren und Vorschläge für eine Neuausrichtung de lege lata zu unterbreiten. Eingehender Untersuchung bedürfen weiterhin die im Rahmen der Siebten GWB-Novelle erfolgten Modifikationen mit Bezug zum einstweiligen Drittschutz. Es gilt, die beteiligten Interessen auf der Grundlage des novellierten Gesetzes in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Bei aller berechtigter Sorge vor den Konsequenzen ausufernden Drittschutzes darf nicht übersehen werden, dass sich die erwünschte kritische Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit einschließlich wirksamer gerichtlicher Kontrolle von Fusionsgenehmigungen in erster Linie der Initiative von Drittbetroffenen verdankt.<sup>11</sup> Im Idealfall kommt es dadurch zu einer Stärkung des Wettbewerbschutzes. Der zu entwickelnde Lösungsvorschlag muss daher einen Mittelweg zwischen Hypertrophie des Drittschutzes einerseits und einer einseitigen Privilegierung der Interessen der Zusammenschlussbeteiligten andererseits finden. Als entscheidend erweist sich dabei die sorgfältige Eingrenzung desjenigen Personenkreises, der unter genau zu definierenden tatbestandlichen Voraussetzungen über das schneidige Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes verfügen soll.

## B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Arbeit gilt einer Bestandsaufnahme zu drittschutzrelevanten Fragen in der Fusionskontrolle. Sie wird eröffnet durch eine kritische Betrachtung der Systematik des fusionskontrollrechtlichen Verfahrensrechts im Ganzen (erstes Kapitel). Das zweite Kapitel geht auf diejenigen Änderungen ein, mit denen der Gesetzgeber der Siebten GWB-Novelle Auswüchse des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes zu begrenzen sucht. Im Mittelpunkt der Überlegungen stehen das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung und seine Behandlung durch Wissenschaft und Praxis. Außerdem ist die Frage aufzuwerfen, welche Konsequenzen der Wegfall der bisher vom OLG Düsseldorf in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage für den Erlass sonstiger einstweiliger Anordnungen hat. Der zweite Teil

10 *Bundeskartellamt*, 22.8.2005 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de); *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645; *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

11 Vgl. *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 32: „Es besteht nach wie vor ein hohes öffentliches Interesse an der öffentlichen Diskussion und gerichtlicher Überprüfbarkeit von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und Ministererlaubnissen nach § 42.“

der Arbeit ist dem Versuch einer Neukonzeption des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts gewidmet. Unter dem Titel „Grundlagen“ erfolgt im einleitenden dritten Kapitel zunächst eine Auseinandersetzung mit literarischen Vorschlägen, die die im ersten Teil konstatierten Missstände abmildern oder gar beseitigen sollen. Es schließt sich eine Vorstellung der beiden Axiome des eigenen Lösungsvorschlags an. Das neue Merkmal der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten durch eine Freigabeverfügung ist Thema des vierten Kapitels. Im Zentrum steht dabei der Versuch, eine drittschützende Wirkung des materiellen Untersagungskriteriums in der Fusionskontrolle zu begründen. Darüber hinaus ist der Schutzbereich der potentiell drittschützenden Vorschrift § 36 Abs. 1 GWB näher zu bestimmen. Das fünfte Kapitel geht auf Konsequenzen und Detailprobleme ein, die sich aufgrund der Neukonzeption für das Beiladungsrecht und das Recht der Anfechtungsbeschwerde ergeben. Das sechste Kapitel behandelt schließlich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes nach Einfügung von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 in Zukunft noch weitergehende Anordnungen zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von vorläufig gestoppten Zusammenschlussvorhaben erlassen kann.

## Erster Teil. Drittbetroffenheit und Beteiligungsrechte – Eine Bestandsaufnahme

### *Erstes Kapitel. Die Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle*

#### A. Überblick über das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle

##### I. Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt

Die förmliche Einleitung eröffnet das Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden, § 54 Abs. 1 Satz 1 GWB. Im Fall der Fusionskontrolle geschieht das von Amts wegen<sup>1</sup> und zwar üblicherweise nach Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens durch die fusionswilligen Unternehmen, § 39 GWB.<sup>2</sup> Eine Veröffentlichung der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens ist nicht vorgesehen.<sup>3</sup> Damit soll dem Interesse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gedient werden, denen häufig an möglichst langer Geheimhaltung ihres Vorhabens gelegen ist.<sup>4</sup> Interessierte Dritte dürften in den meisten Fällen trotzdem von den Zusammenschlussvorhaben ihrer Konkurrenten oder Handelspartner erfahren. In vielen Fällen erfolgt eine Kenntnisnahme allein schon aufgrund der vom Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der Prüfung durchgeführten Marktbefragung.<sup>5</sup> Teilweise informiert das Bundeskartellamt auch gezielt bestimmte Drittunternehmen und bittet sie um Abgabe einer

1 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 5.

2 Ebenda, Rz. 13. Die Anmeldepflicht (§ 39 Abs. 1 GWB) macht das Verfahren noch nicht zu einem Antragsverfahren. Angesichts der Legalisierungswirkung der Anmeldung nach Fristablauf besteht kein zwingendes Bedürfnis für ein Einschreiten des Bundeskartellamts (*Becker, C.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 6). Vielmehr handelt es sich um ein Amtsverfahren. Es unterliegt damit nicht der Disposition der Beteiligten, sondern dem Offizialprinzip. So kann die Kartellbehörde das Verfahren auch dann fortsetzen, wenn die Beteiligten ihren „Antrag“ zurücknehmen (vgl. *Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 2ff.).

3 Kritisch dazu insbesondere *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 79f. und *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 673. Vgl. auch *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 60. Siehe auch noch unten *Kap. 4 C V 4*.

4 Vgl. *KG*, 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219: „Auch hat der Gesetzgeber bei Zusammenschlussvorhaben [...] den Schutz der an dem Vorhaben beteiligten Unternehmen ausdrücklich über das Interesse der Allgemeinheit und damit über das Interesse der Wettbewerber sowie anderer interessierter Dritter an einer umfassenden Publizität gestellt.“

5 *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303.

Stellungnahme.<sup>6</sup> Zusätzlich veröffentlicht das Bundeskartellamt die weit überwiegende Zahl der eingegangenen Anmeldungen auf freiwilliger Basis auf seiner Homepage.<sup>7</sup> Einen Anspruch Dritter, über die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens oder die Einleitung eines Verfahrens informiert zu werden, lehnt die Rechtsprechung jedoch ab.<sup>8</sup>

Gesetzlich vorgeschrieben ist seit Inkrafttreten von § 43 Abs. 1 1. Alt. GWB 2005 die Bekanntmachung, dass in das Hauptprüfverfahren eingetreten wird.<sup>9</sup>

In Fällen, in denen ein Zusammenschluss entgegen der in § 39 Abs. 1 GWB angeordneten Pflicht zur vorherigen Anmeldung beim Bundeskartellamt vollzogen wird, kann es zur Eröffnung eines nachträglichen Fusionskontrollverfahrens kommen.<sup>10</sup> Anlass für eine solche nachträgliche Prüfung kann die entsprechende Anregung („Anzeige“) eines dritten Unternehmens sein, das durch den ungenehmigten Zusammenschluss Nachteile befürchtet. Zwar ist Dritten in diesen Fällen kein förmliches Antragsrecht eingeräumt.<sup>11</sup> Dennoch steht die Entscheidung, ein (nachträgliches) Kontrollverfahren zu eröffnen, nicht im Ermessen der Behörde. Liegen die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vor, so ist die Behörde zur Untersagung verpflichtet.<sup>12</sup>

6 Kevekordes, J., WuW 1987, 365, 370f.

7 Die Bundesregierung, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 60 billigt diese Praxis. Kritisch: Karl, M./Reichelt, D., DB 2005, 1436, 1443 („fehlt [...] jede rechtliche Grundlage“).

8 KG, 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219. Etwas anderes soll nur in den Fällen gelten, in denen der Ausgang des Verfahrens für den Dritten rechtsgestaltende Wirkung hat (im konkreten Fall bejaht von KG, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753, 4759, vom BGH, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875, 2876 verneint). Beispiele aus der Fusionskontrolle liegen - soweit ersichtlich - nicht vor. Siehe noch unten *Kap. 2 E I I*.

9 Ebenfalls bekannt zu geben ist der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis (2. Alt. der Vorschrift). Vgl. insoweit schon die bisherige Rechtslage in § 43 Abs. 1 Nr. 3 GWB 1999.

10 Das folgte bis Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle aus § 24 Abs. 2 2 1. HS GWB 1990 (*Mestmäcker, E.-J.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 24 GWB 1990, Rz. 215). Dies muss aber auch nach Generalisierung der präventiven Fusionskontrolle durch Einführung einer allgemeinen Anmeldepflicht für alle in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollvorschriften fallende Zusammenschlussvorhaben gelten. Trotz Wegfalls der Vorschrift und Schweigens des Gesetzgebers zu dieser Frage in der Begründung wird dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zugestanden, einen entgegen § 39 Abs. 1 GWB nicht angemeldeten Zusammenschluss aufzugreifen und zu untersagen (*Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 2).

11 Nach *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 61 besteht auch kein Anspruch des Dritten auf Bescheidung seiner Anregung. Anders dagegen *EuGH*, 25.9.2003 (*Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH u. a./Kommission*), WuW EU-R 791, 793. Danach ist die Kommission verpflichtet, zur Beschwerde eines Dritten, der geltend macht, ein nicht angemeldeter Zusammenschluss falle in den Anwendungsbereich der FKVO, förmlich und unter Angabe von Gründen Stellung zu nehmen.

12 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 5. Allgemein zur Bedeutung entsprechender Hinweise Dritter im kartellrechtlichen Amtsverfahren: *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 9.

Im (Kartell-)Verwaltungsverfahren gilt gemäß § 57 Abs. 1 GWB der Untersuchungsgrundsatz. Die am Verfahren „Beteiligten“ haben u. a. ein Stellungnahme-recht, das Recht auf Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften, auf Akteneinsicht sowie gegebenenfalls die Beschwerdebefugnis.<sup>13</sup> Nach alter Rechtslage hatten sie auch einen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, § 56 Abs. 1 GWB 1990. Die neue Vorschrift § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 stellt die Entscheidung in das Ermessen der Behörde.<sup>14</sup> Beteiligt am Verwaltungsverfahren sind die in § 54 Abs. 2 GWB Genannten: Im Fall der Fusionskontrolle insbesondere die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen. Dritte, deren Interessen erheblich berührt werden, können auf ihren Antrag hin ebenfalls zum Verfahren beige-laden werden (Nr. 3).<sup>15</sup> Weiteren Dritten kann die Kartellbehörde als „Vertreter der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise“ Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen, § 56 Abs. 2 GWB.

Das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ist zweigeteilt: Die erste Prüfphase dient einer schnellen Aussonderung unproblematischer Fälle, § 40 Abs. 1 GWB.<sup>16</sup> Nach der Regierungsbegründung zur Sechsten GWB-Novelle soll dieses Vorprüf-verfahren – anders als in der EG-Fusionskontrolle<sup>17</sup> – ohne förmliche Verfügung en-den, so dass eine Anfechtungsbeschwerde Dritter schon mangels Statthaftigkeit aus

13 *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527. Siehe auch sogleich unten sowie *Kap. 1 B I 3*.

14 Nach der Begründung des *BReg.*, Begr. Reg. Entw. 7. GWB-Novelle, 68 ist diese Änderung durch Schwierigkeiten „vor allem bei der Fusionskontrolle wegen der kurzen Fristen“ begrün-det. Sie soll also dem Interesse an einem raschen Verfahrensablauf entgegen kommen. Siehe noch unten *Kap. 4 C V 3*.

15 Eine frühzeitige Beteiligung am Verwaltungsverfahren ist für Dritte aber auch unabhängig von der damit verbundenen Beschwerdeberechtigung (dazu sogleich unten) von Interesse. Gerade in den Fällen, in denen sich das Amt für eine Freigabe bereits im Vorprüfverfahren entschei-det, können Dritte auf das Verwaltungsverfahren wirksam überhaupt nur als Beigeladene Ein-fluss nehmen. Darauf weist auch *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24 hin. Er rät Drittunternehmen, die an der Eröffnung des Hauptverfahrens und einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens interessiert sind dazu, zumindest „in sonstiger Weise Stellung zu nehmen, um den Verlauf des Vorprüfverfahrens beeinflussen zu können.“ Instruktiv sind die Verfahren *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293ff. und *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de): Das Bundeskartellamt beendete die Fusionskontrollverfahren bereits in der ersten Phase. Der Freigabemitteilung legte es die „tendenziell schwierige“ Abwägung zugrunde, wonach der Nachteil des Entstehens einer marktbeherrschenden Stellung durch eine fusionsbedingte Ver-besserung der Wettbewerbsverhältnisse ausgeglichen werde.

16 Bedenklich insofern die Vorgehensweise des Amtes im Fall *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293 (siehe vorige FN).

17 Dazu *Kap. 1 C II 6*.

geschlossen wäre.<sup>18</sup> Über 95 Prozent<sup>19</sup> aller Verfahren werden in diesem Verfahrensstadium mit einer ausdrücklichen „Freigabemitteilung“<sup>20</sup> bzw. dem Verstreichenlassen der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB abgeschlossen. Die Mitteilung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB leitet das Hauptprüfverfahren ein. Es dient einer vertieften Prüfung schwierigerer Fälle. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB 1998 hat nicht nur die etwaige Untersagung, sondern auch die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts durch Verfügung zu ergehen. Dadurch eröffnet der Gesetzgeber Dritten den Weg zur Anfechtungsbeschwerde.

Die Freigabe im Hauptprüfverfahren kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB. Sie erlauben es dem Bundeskartellamt, auf die Struktur der zusammengeschlossenen Unternehmen Einfluss zu nehmen. Die Nebenbestimmungen können ausdrücklich drittbegünstigenden Charakter haben. In Form so genannter Öffnungszusagen kann den Zusammenschlussbeteiligten beispielsweise die Weitergabe von Know-how an Wettbewerber oder die Eröffnung des Zugangs zu Bezugs- oder Absatzmärkten auferlegt werden.<sup>21</sup> In Ausnahmefällen können sich Auflagen aber auch nachteilig auf Dritte auswirken (siehe noch ausführlich unten *Kap. 2 C II*). Zu denken ist an den Fall, dass den Hauptbeteiligten aufgegeben wird, Tochtergesellschaften oder Beteiligungen an Gesellschaften zu veräußern, an denen weitere Unternehmen als Anteilseigner beteiligt sind.<sup>22</sup> Mit der

18 Siehe noch die literarische Kritik unten *Kap. 1 C II 6*. Zur Verfügungsqualität der Freigabemitteilung innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB aber: KG, 17.5.2000 (*tobacco-land III*), WuW DE-R 644, 645. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle: KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850. Ausführlich zu dieser Frage unten *Kap. 4 C IV 3*.

19 *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, 260; *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2003/2004, BT-Drucks. 15/5790, 17.

20 Eine „Freigabe“ im Vorprüfverfahren ist gesetzlich nicht vorgesehen. In der Praxis ergeht häufig eine „Freigabemitteilung“ innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB. Sie kann – anders als die förmliche Entscheidung in der ersten Phase des EG-Fusionskontrollverfahrens – nach allgemeiner Meinung nicht mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden (*Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 45 m.w.N.).

21 Vgl. den Fall *OLG Düsseldorf*, 9.12.2002 (*Lufthansa/Eurowings*), WuW/E DE-R 953 sowie allgemein *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 62.

22 Vgl. aus der deutschen Fusionskontrolle die Veräußerungsaufgaben in den Ministererlaubnisverfahren *BMW*, (*Veba/BP*), WuW/E BMW 165, 166ff. und *BMW*, 6.9.1989 (*Daimler-MBB*), WuW/E BMW 191, 192 (Ministererlaubnis) sowie die weiteren Beispiele bei *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 60. Siehe zur EG-Fusionskontrolle *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 II-265ff.



Auflage kann auch das Verbot verbunden sein, die zu veräußernden Anteile an bestimmte Drittunternehmen zu übertragen.<sup>23</sup>

Mit der Untersagungs- oder Freigabeverfügung findet das Verfahren der Fusionskontrolle vor dem Bundeskartellamt seinen förmlichen Abschluss. Verfügungen bedürfen einer Begründung und sind den Beteiligten zuzustellen, § 61 Abs. 1 GWB. Sie sind im Bundesanzeiger bekannt gegeben, § 43 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2005. Für den Fall, dass das Verfahren nicht mit einer Verfügung abgeschlossen wird, ist die Kartellbehörde aufgefordert, seine Beendigung den Beteiligten, das heißt auch den beteiligten Dritten, schriftlich mitzuteilen, § 61 Abs. 2 GWB. Denkbar ist dies insbesondere bei Verstreichenlassen der fusionskontrollrechtlichen Untersagungsfristen von einem bzw. vier Monaten gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB.<sup>24</sup>

Erfüllt ein vollzogener Zusammenschluss die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB und ergeht auch keine ministerielle Erlaubnis, kommt möglicherweise eine Entflechtung in Betracht.<sup>25</sup> Eine entsprechende Verpflichtung folgt schon aus § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB.<sup>26</sup> Gegebenenfalls erlässt das Bundeskartellamt eine Auflösungsanordnung, die die Pflicht zur Entflechtung als solche sowie die Art und Weise der Auflösung konkretisiert (§ 41 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Abs. 4 GWB).

## II. Informelles Vorverfahren

Die kurzen Prüf- und Untersagungsfristen zwingen das Bundeskartellamt gerade bei komplexeren Sachverhalten zu einer schnellen und effizienten Arbeitsweise.<sup>27</sup> Für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hängen von der kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens durch die Behörde häufig wichtige strategische Entscheidungen bzw. große Investitionsprojekte ab. In manchen Fällen besteht auf Seiten eines Unternehmens auch der Wunsch, beispielsweise vor Abgabe eines An-

23 *BMWi*, 30.3.1979 (*Veba/BP*), WuW/E BMW 173, 174: Verbot an BP, die zu veräußernden Ruhrgas-Anteile an Unternehmen mit Primärenergie-Interessen zu übertragen. Hiergegen richtete sich der vom BMWi negativ beschiedene Antrag der RAG auf Abänderung der Auflage.

24 Vgl. *Schmidt, K.*, in: *Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 61, Rz. 6, der sich allerdings nur zum Verstreichenlassen der Frist im Vorprüfverfahren äußert, sowie *Junge, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 57 GWB 1980, Rz. 5 (noch zur alten Rechtslage). Entsprechendes muss jedoch auch für die Viermonatsfrist gelten. Auch wenn man diesen Fall mit der h. M. wegen der in § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB angeordneten Fiktionswirkung im Hinblick auf den Rechtsschutz einer förmlichen Freigabeverfügung gleichstellt, so besteht dennoch auf Seiten der Beteiligten das Bedürfnis nach einer ausdrücklichen Mitteilung gemäß § 61 Abs. 2 GWB.

25 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen unten *Kap. 4 C V 5*.

26 So z. B. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 41, Rz. 37. Nach anderer Ansicht bedarf es zunächst einer besonderen Verfügung, die die Auflösung des Zusammenschlusses anordnet. So z. B. *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 24, Rz. 387 m.w.N.

27 Das gilt besonders in den Fällen, in denen das Verfahren bereits in der ersten Phase abgeschlossen werden soll.

gebots zum Kauf eines anderen Unternehmens, eine vorläufige Einschätzung des geplanten Zusammenschlussprojekts durch die zuständigen Beamten im Bundeskartellamt zu erhalten. Um diesen Interessen gerecht zu werden, hat es sich eingebürgert, gerade in Fusionsfällen bestimmte Vorfragen in informellen Gesprächen mit der Behörde zu klären. Es ist üblich, vor dem eigentlichen Beginn des Verwaltungsverfahrens, die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens in einer Entwurfsfassung an das Kartellamt zu schicken.<sup>28</sup> Diese Verfahrensweise erlaubt es, Missverständnisse im Vorfeld auszuräumen und frühzeitig auf die Vollständigkeit der Anmeldung hinzuwirken. Das informelle Vorverfahren ist gesetzlich nicht geregelt.<sup>29</sup> Die Beteiligung Dritter ist in diesem Verfahrensstadium nicht vorgesehen. Ihr stehen häufig gewichtige Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten entgegen.<sup>30</sup> In vielen Fällen fehlt es auf Seiten der Dritten auch an der Möglichkeit zur Kenntnisnahme.

### III. Verfahren der Ministererlaubnis

Nach Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt kann ein Erlaubnis Antrag beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gestellt werden, § 42 Abs. 1 GWB.<sup>31</sup> Anders als im Verfahren vor dem Bundeskartellamt werden im Ministererlaubnisverfahren gesamtwirtschaftliche Vorteile oder überragende Allgemeininteressen bewertet. Sie können im Einzelfall die festgestellten

28 Teilweise wenden sich EG-Kommission und Bundeskartellamt im Vorfeld eines ihnen bekannt gewordenen Zusammenschlussvorhabens auch von sich aus an die Unternehmen mit der Bitte um Informationen. Kritisch zu dieser Praxis *Rohardt, K. P.*, WuW 1991, 365, 374f.

29 Erwähnt sind die informellen Vorgespräche schon im 8. Erwägungsgrund zur VerfVO zur FKVO von 1994 (ABl. EG 1994 Nr. L 377, S. 1 ff). Dazu *Immenga, U.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), EG-WettbR, 1997, FKVO, VerfR - Überbl. (Abschn. C), Rz. 4f. In Artikel 4 Abs. 4 der neuen EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, ABl. EG 2004 Nr. L. 24, S. 1ff.) wird den Parteien am Zusammenschluss die Möglichkeit eingeräumt, einen Verweisungsantrag noch vor Anmeldung zustellen.

30 *Lange, K. W.*, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 900. Ausführlich zur parallelen Fragestellung im EG-Fusionskontrollverfahren *Karl, M.*, in: Veelken, W./Karl, M./Richter, S. (Hrsg.), Europäische Fusionskontrolle, 1992, 37, 67f. und *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 89.

31 In der Praxis wird der Antrag häufig parallel mit der Beschwerdeeinlegung gestellt (vgl. die Schilderung des Verfahrens im Zusammenschlussfall *Burda/Verlag* bei *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 1981/1982, BT-Drucks. 10/24375 sowie *Ruppelt, H.-J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 42, Rz. 16). Kritisch: *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 347; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 13. Vgl. auch *Gamm, O.-F. v.*, Kartellrecht, 1990, § 24 GWB 1990, Rz. 29, der einen gleichzeitigen Antrag zwar für zulässig hält, in diesem Falle jedoch wegen der Präjudizwirkung der auch im Beschwerdeverfahren getroffenen Feststellungen für eine Aussetzung des Erlaubnisverfahrens plädiert.

Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen oder rechtfertigen.<sup>32</sup> Für das Verfahren gelten im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für das Verfahren vor dem Bundeskartellamt.<sup>33</sup> Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ist insoweit Kartellbehörde, § 48 Abs. 1 GWB. Unabhängig von der Entscheidung des Bundeskartellamts ist eine Beiladung von Dritten gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB möglich. Der Entscheidung des Ministers geht eine Stellungnahme der Monopolkommission voraus, § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Monopolkommission gibt ihrerseits den beteiligten Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Minister kann auch weitere Dritte wie Arbeitnehmervertreter und Unternehmensverbände und sonstige am Verfahren nicht förmlich beteiligte Drittunternehmen anhören.<sup>34</sup> Vorgeschieden ist eine öffentliche mündliche Verhandlung, § 56 Abs. 3 Satz 3 GWB 2005.<sup>35</sup> Ähnlich der Entscheidungsbefugnis des Bundeskartellamts kommen sowohl Erteilung als auch Ablehnung der beantragten Erlaubnis in Betracht. Erstere kann wiederum mit Bedingungen und Auflagen verbunden sein, § 42 Abs. 2 GWB.

#### IV. Gerichtliches Verfahren

##### 1. Beschwerdeverfahren

Der Erlass bzw. das Ausbleiben einer abschließenden Verfügung können Anlass für eine „Beschwerde“ vor Gericht sein. Trotz ihrer gesetzlichen Bezeichnung handelt es sich um eine besondere Form der erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Klage.<sup>36</sup> Aufgrund abdrängender Sonderzuweisung wird sie nicht vor einem Verwaltungsgericht, sondern vor einem Zivilgericht verhandelt.<sup>37</sup> Im Fall der Fusionskontrolle einschließlich des Ministererlaubnisverfahrens ist der Kartellsenat des OLG

32 Kritisch jüngst *Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN*, Entw. 2006 (Streichung § 42 GWB), BT-Drucks. 16/365.

33 *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 352.

34 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 20.

35 Auf sie kann gemäß § 56 Abs. 3 Satz 3 2. HS GWB nur mit Einverständnis der Beteiligten verzichtet werden.

36 Diese Ansicht hat sich inzwischen durchgesetzt: *BVerfG*, 3.12.1986, BB 1986, 990, 991: „Die kartellrechtliche Beschwerde entspricht insoweit ihrer Funktion nach im wesentlichen einer verwaltungsrechtlichen (Anfechtungs- oder Verpflichtungs-)Klage.“; *Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 63, Rz. 3; *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 63, Rz. 1; *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 28. *Ders.* eingehend zum früheren Streit über die Rechtsnatur der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde (ebenda, 24ff.).

37 Vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Düsseldorf zuständig.<sup>38</sup> Aus Sicht Dritter kommt insbesondere eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine Fusionsgenehmigung in Betracht.<sup>39</sup> Daneben ist an die Möglichkeit einer Verpflichtungsbeschwerde auf Erlass einer Untersagungsverfügung oder – im Fall der Freigabe bzw. Ministererlaubnis – auf Erlass zusätzlicher Nebenbestimmungen zu denken.<sup>40</sup> Genauso können sich aber auch die Hauptbeteiligten gegen eine Untersagung oder die Verbindung der Genehmigung mit Nebenbestimmungen wenden. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde sind in § 63 Abs. 2 und Abs. 3 GWB niedergelegt. In beiden Fällen ist für Dritte eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren von Interesse. Die Beteiligung ist in Anlehnung an die Vorschriften über die Beiladung zum Verwaltungsverfahren in § 67 GWB geregelt.<sup>41</sup> Weitere Klagearten wie sie aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannt sind, sind im GWB nicht ausdrücklich erwähnt. In seltenen Ausnahmefällen kommt insbesondere die allgemeine Leistungsbeschwerde in Betracht.<sup>42</sup> Für den Rechtsschutz Dritter spielen sie eine ganz geringe Rolle.

## 2. Rechtsbeschwerdeverfahren

Gegen die Beschlüsse des Beschwerdegerichts ist die so genannte Rechtsbeschwerde zum BGH<sup>43</sup> gegeben.<sup>44</sup> Sie ist in den §§ 74ff. GWB geregelt. Voraussetzung ist die Zulassung durch das OLG. Dritte, die schon am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, sind auch hier beteiligt und beschwerdebefugt, § 76 Abs. 1 und Abs. 5

38 Vgl. § 63 Abs. 4 GWB und die Verordnung vom 22.11.1994 (GVBl. NRW S. 1067) sowie *Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, Vor § 54, Rz. 3 und §§ 92, 93 Rz. 2; *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 92 Rz. 1 (jeweils mit Angaben zu den entsprechenden Regelungen in weiteren Bundesländern).

39 Im Fall ihrer vorzeitigen Erledigung kann sie in Form der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde weitergeführt werden, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog (*Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 63, Rz. 10 m.w.N.).

40 Zu den Einzelheiten *Kap. 1 C 3*.

41 Die ganz herrschende Meinung geht vom Grundsatz der Kontinuität der Verfahrensbeteiligung aus (*Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 67, Rz. 1, 5 m.w.N.).

42 *BGH*, 18.02.1992 (*Unterlassungsbeschwerde*), WuW/E BGH 2760, 2761: erfolglose vorbeugende Unterlassungsbeschwerde mit dem Ziel, dem Bundeskartellamt zu untersagen, Zusammenschlüsse der Beschwerdeführerin im Bundesanzeiger mit einem bestimmten Zusatz – hier: Beherrschung der Beschwerdeführerin durch den Freistaat Bayern – bekannt zumachen.

43 Dort ist der Kartellsenat zuständig, § 94 GWB.

44 § 74 Abs. 1 GWB 2005. Die frühere Beschränkung auf Rechtsbeschwerden gegen Beschlüsse, die im Hauptsacheverfahren ergehen, ist im Rahmen der Siebten GWB-Novelle entfallen.

i. V. m. § 67 GWB.<sup>45</sup> Inhaltlich geht es wie bei einer Revision um die Überprüfung auf Rechtsfehler, § 76 Abs. 2 Satz 1 1. HS GWB.

### 3. Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

Grundsätzlich kommt der Anfechtungsbeschwerde gegen eine fusionskontrollrechtliche Untersagungsverfügung keine aufschiebende Wirkung zu. Dasselbe gilt für die Beschwerde eines Dritten, die sich gegen eine Freigabegenehmigung im Fusionskontrollverfahren richtet. Im Gegensatz zur verwaltungsprozessualen Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO tritt eine aufschiebende Wirkung nur in den in der Vorschrift § 64 Abs. 1 GWB ausdrücklich genannten Fällen ein.<sup>46</sup> Die Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung bedarf daher einer besonderen Anordnung des Beschwerdegerichts. Zugunsten der Fusionsparteien kommt eine einstweilige Anordnung der Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung in Betracht. Dabei ist umstritten ist, ob eine bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung genügt, um auch das in § 41 Abs. 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot zu überwinden.<sup>47</sup> Es bedarf wohl zusätzlich einer darauf gerichteten besonderen einstweiligen Anordnung durch das Beschwerdegericht.<sup>48</sup> Mit ihr gestattet das Beschwerdegericht den betroffenen Un-

45 Die in § 75 Abs. 1 GWB 1958 noch enthaltene Beschränkung des Kreises der Rechtsbeschwerdebefugten auf solche Beteiligte, „deren Rechte durch die Entscheidung beeinträchtigt“ waren, ist mit Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle 1973 entfallen. Ausführlich zur alten Rechtslage *Mailänder, K. P.*, WuW 1965, 657, passim. Vgl. auch *Zweigert, K.*, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1963, § 75 GWB 1958, Rz. 1.

46 *Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 64, Rz. 4, der zustimmend (unter Aufgabe seiner in der 1. und 2. Auflage vertretenen restriktiveren Ansicht) Beispiele aus der Rechtsprechung aufzählt, in denen in Ausnahmefällen Erweiterungen im Wege der Analogie zugelassen wurden. Zu diesen Ausnahmen gehört jedoch nicht die Beschwerde gegen Entscheidungen über die Untersagung oder Freigabe eines Unternehmenszusammenschlusses.

47 Noch offen gelassen vom *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk II*), WuW/E OLG 2419, 2420. Verneint in *KG*, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571, 2571f. (jeweils auf Grundlage von § 24 a Abs. 4 Satz 1 GWB 1980). Vereinend auch *Markert, K.*, RIW 1981, 407, 410 und *Mestmäcker, E.-J.*, in: Horn, N. (Hrsg.), FS Coing II, 1982, 373, 386f.

48 *KG*, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571, 2572 (in casu mangels Drohens eines außergewöhnlichen irreparablen Schadens abgelehnt). Vgl. auch das *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk II*), WuW/E OLG 2419, 2420, das eine solche Anordnung auf § 56 Nr. 3 i. V. m. § 63 Abs. 3 GWB 1980 gestützt hatte. Kritisch, wenn auch letztlich zustimmend *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 63 GWB 1980, Rz. 13. Dagegen gehen *Markert, K.*, RIW 1981, 407, 410f. und *Mestmäcker, E.-J.*, in: Horn, N. (Hrsg.), FS Coing II, 1982, 373, 386f. davon aus, dass die Vorschrift des § 56 Nr. 3 GWB 1980, die das *KG* i. V. m. § 63 Abs. 3 GWB 1980 heranzieht, einstweilige Anordnungen nur vor Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 24 Abs. 2 1 GWB 1980 erlaubt. Sie dienen dem Ziel, ihre Wirksamkeit vorsorglich zu sichern.

ternehmen, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>49</sup> Aus Sicht des Drittschutzes besonders interessant ist die Frage, ob der Beschwerde von beigeladenen Dritten gegen eine Freigabeentscheidung aufschiebende Wirkung beigelegt werden kann. Das KG hatte die Möglichkeit einer entsprechenden Anordnung verneint.<sup>50</sup> Es berief sich auf die „Entscheidung des Gesetzgebers, der Beschwerde gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses keine aufschiebende Wirkung beizulegen, um etwaigen Blockadestrategien von vornherein den Boden zu entziehen.“<sup>51</sup> Dagegen hat das OLG Düsseldorf seit 2001 in drei Fällen die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden auf entsprechenden Antrag im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes angeordnet. Es handelt sich um die Verfahren *NetCologne*<sup>52</sup>, *Trienekens*<sup>53</sup> und *E.ON/Ruhrgas*.<sup>54</sup> Das Gericht stützte sich dabei auf § 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB.<sup>55</sup> Gleichzeitig ergänzte es den Beschlusstenor durch einen als „Klarstellung“ bezeichneten Zusatz. Danach bedeute die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugleich, dass es den Hauptbeteiligten verboten sei, den an-

49 Die Übertragbarkeit der zitierten Rechtsprechung ist fraglich. Sie erging noch auf Grundlage des alten Systems, das zwischen (obligatorischer) präventiver Fusionskontrolle und der Überprüfung freiwillig angemeldeter Zusammenschlussvorhaben unterschied. Zudem mag man in dem erst mit der Sechsten GWB-Novelle eingefügten § 41 Abs. 2 GWB eine abschließende Spezialregelung für den Erlass von einstweiligen Befreiungen vom Vollzugsverbot sehen. Da § 64 Abs. 3 GWB auf diese Vorschrift nicht verweist, stellt sich die Frage, ob das Beschwerdegericht zu derartigen einstweiligen Anordnungen noch befugt ist (dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 24, 31; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 60, Rz. 19b).

50 KG, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386.

51 Ebenda.

52 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; bestätigt in OLG Düsseldorf, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759.

53 OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; bestätigt durch OLG Düsseldorf, 21.9.2001 (*Trienekens II*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de) und OLG Düsseldorf, (*Trienekens III*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de).

54 OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885; bestätigt in OLG Düsseldorf, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926 sowie OLG Düsseldorf, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas III*), WuW/E DE-R 943 und OLG Düsseldorf, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013.

55 Siehe die Nachweise in den vorigen Fußnoten sowie *Jaeger, W.*, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 661. In einem Fall der präventiven Zusammenschlusskontrolle hatte das KG, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571 § 63a Abs. 3 3 GWB 1980 (= § 65 Abs. 3 3 GWB 1999) als Rechtsgrundlage für eine einstweilige Anordnung – mit dem Ziel einer Beseitigung des Vollzugsverbots – noch ausdrücklich verneint. Auch die überwiegende Literatur wollte einstweilige Anordnungen auf die §§ 64 Abs. 3, 60 Nr. 3 GWB stützen. Z. B. *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 64, Rz. 5 und *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 674. Genauso, allerdings noch auf Grundlage der alten §§ 63 Abs. 3, 56 Nr. 3 GWB 1980 *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 63 GWB 1980, Rz. 13; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 24, Rz. 272ff. und *Möschel, W.*, *Wettbewerbsbeschränkungen*, 1983, Rz. 784.

gemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>56</sup> Zusätzlich erließ das Gericht weitergehende einstweilige Anordnungen auf der Grundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999.<sup>57</sup> Keinen einstweiligen Rechtsschutz gewährte das OLG Düsseldorf dagegen im Fall *Rethmann*<sup>58</sup> sowie jüngst – allerdings auf Grundlage des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 – im Verfahren *Werhahn*.<sup>59</sup>

## B. Drittbetroffenheit und Beteiligungsrechte

### I. Das Verhältnis von Drittbetroffenheit und Verfahrensrechten

Das GWB unterscheidet auf Tatbestandsebene verschiedene Intensitätsstufen der Drittbetroffenheit. Auf der Rechtsfolgenseite sind ihnen bestimmte Beteiligungsrechte zugeordnet, die eine mehr oder weniger starke Einflussnahme auf das Verfahrensergebnis ermöglichen. In Anlehnung an *K. Schmidt*<sup>60</sup> und unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung lässt sich eine Steigerungsskala entwerfen, welche die Korrelation zwischen der Betroffenheit durch ein Zusammenschlussvorhaben und den jeweiligen Verfahrensrechten Dritter veranschaulicht:

#### 1. Dritte ohne irgendeine rechtlich relevante Betroffenheit

Quivis ex populo („jedermann“) hat keine Möglichkeit, sich aktiv am Fusionskontrollverfahren zu beteiligen.<sup>61</sup> Möglich ist aber eine passive Form der Beteiligung.

56 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.

57 Ausführlich zu deren Bedeutung sowie zu den Auswirkungen des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 auf die Kompetenz des Beschwerdegerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen, die über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinausgehen: unten *Kap. 2 F* und *Kap. 6 B*.

58 *OLG Düsseldorf*, 4.9.2002 (*Rethmann*), WuW/E DE-R 945.

59 *Dass.*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644ff. Auch in diesem Verfahren hatte die Antragstellerin zusätzlich den Erlass weitergehender einstweiliger Anordnungen beantragt.

60 Vgl. *Schmidt, K.*, Drittschutz, 1992, 31.

61 Das ist anders zum Beispiel im Verfahren zur Anerkennung von Wettbewerbsregeln gemäß §§ 24ff. GWB. Soweit die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführt, haben nicht nur die am Verfahren Beteiligten ein Rederecht. Vielmehr steht es jedermann frei, Einwendungen gegen deren Anerkennung zu erheben, § 25 Satz 3 GWB. Selbstverständlich ist es jedoch auch im Hinblick auf die Fusionskontrolle nicht ausgeschlossen, dass sich sonstige Dritte mit einer formlosen Anzeige an eine Kartellbehörde wenden, um beispielsweise auf den Vollzug eines nicht angemeldeten Zusammenschlussvorhabens hinzuweisen. Missverständlich ist insofern die Formulierung bei *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 529: „Quivis ex populo soll eben nicht beigeladen, sondern bestenfalls angehört werden“. Auch die Anhörung ist gemäß

Im Kartellverwaltungsverfahren ist das Bundeskartellamt grundsätzlich frei, sich geeignet erscheinender Informations- und Beweismittel zu bedienen. Lediglich das Merkmal der „Erforderlichkeit“ markiert eine gewisse Grenze, §§ 57, 59 GWB. So können Vertreter dritter Unternehmen als Zeugen gehört werden und Auskunftsverlangen an dritte Unternehmen gerichtet werden.<sup>62</sup>

## 2. Dritte, die „von dem Verfahren berührt“ werden

Ihnen kann die Kartellbehörde gemäß § 56 Abs. 2 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Anders als im Fall des § 25 GWB handelt es sich nicht um eine obligatorische, sondern lediglich um eine fakultative Anhörung. Nach allgemeiner Ansicht wird der Kreis der in Betracht kommenden berührten Dritten weit gezogen. Hierunter fallen beispielsweise auch Arbeitnehmer<sup>63</sup> oder Verbraucher<sup>64</sup>.

## 3. Dritte, „deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden“

Sie können auf Antrag zum Kartellverwaltungsverfahren beigeladen werden, § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. In den meisten Fällen erfolgt die Beiladung vor Abschluss des Verfahrens.<sup>65</sup> In diesen Fällen genügt es, dass die Interessenberührung als Folge

§ 56 Abs. 2 GWB an bestimmte tatbestandsmäßige Voraussetzungen gebunden (siehe sogleich unten 2).

62 Dass diese Form der Verfahrensbeteiligung nicht immer nur auf Gegenliebe bei den in Anspruch genommenen Unternehmen stößt, zeigen entsprechende Beschwerden (dritter) Unternehmen gegen an sie gerichtete Auskunftsverfügungen: Z. B. Auskunftsverlangen gegenüber dritten Unternehmen zur Erlangung von Informationen über verdachtsbetroffene Unternehmen: *KG*, 12.5.1981 (*Olga Tschachowa*), WuW/E OLG 2613; Auskunftsverlangen über beherrschendes Unternehmen: *OLG Düsseldorf*, 27.4.2001 (*Müllverbrennungsanlage*), WuW/E OLG 677; Auskunftsverlangen nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens: *OLG Düsseldorf*, 30.4.2002 (*Blitz-Tip*), WuW/E DE-R 900 (unzulässig) einerseits, *KG*, 10.2.1982 WuW/E OLG 2767, 2769f. *KG*, 5.3.1986 WuW/E OLG 3821, 3824f.; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1167 (zulässig) andererseits. Möglich ist die Anfechtung eines Beweisbeschlusses oder eines Auskunftsverlangens mit der Beschwerde gemäß § 63 Abs. 1 GWB nur durch die Adressaten der Verfügung. So können sich insbesondere die Hauptbeteiligten im Verfahren der Fusionskontrolle nicht gegen eine entsprechende Inanspruchnahme Dritter wehren (*Schmidt, K.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 57, Rz. 30; *Klaue, S.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 59, Rz. 66).

63 *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 342; vgl. auch schon Beschluss der Einspruchsabteilung des *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70ff.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 56, Rz. 22; *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 53 GWB 1980, Rz. 3.

64 *Schmidt, K.*, aaO; *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 491.

65 Siehe sogleich unten sowie *Kap. 5 A II* zur Möglichkeit einer Beiladung bis zur Bestandskraft der Entscheidung.



der mindestens denkbaren Entscheidung möglich ist.<sup>66</sup> Im Fall der Fusionskontrolle gilt daher: Der die Beiladung beantragende Dritte muss geltend machen, im Fall einer Fusionsgenehmigung durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens erheblich in seinen Interessen berührt zu sein.<sup>67</sup> Die Entscheidung liegt im Ermessen der Kartellbehörde.<sup>68</sup> Man spricht von der sog. „einfachen Beiladung“. Rechtsfolge der Beiladung ist ihre Stellung als Beteiligte am Verwaltungsverfahren.<sup>69</sup> Sie beinhaltet das Recht, die Verfahrensakte einzusehen,<sup>70</sup> Stellungnahmen abzugeben,<sup>71</sup> Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften zu erhalten<sup>72</sup> und an Anhörungen teilzunehmen.<sup>73</sup> Im Fall des Ministererlaubnisverfahrens kann gegen seinen Willen nicht von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.<sup>74</sup> Die Stellung als Beteiligter im Verwaltungsverfahren hat weiterhin wesentliche Bedeutung für die Möglichkeit, Anfechtungsbeschwerde einzulegen und sich am gerichtlichen Verfahren zu beteiligen. Nach herrschender Meinung ist zu unterscheiden zwischen der Beschwerdeberechtigung einerseits und der Beschwerdebefugnis andererseits. Erste-

66 *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 56. Vgl. *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2357 (Beiladung zu einem Missbrauchsverfahren): Hinsichtlich der Interessenberührung „muss auf Beeinträchtigungen abgestellt werden, die im konkreten Fall unter sachgerechter Berücksichtigung aller Umstände möglich erscheinen.“

67 Die herrschende Meinung verlangt keine negative Interessenberührung (*KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357; *Bracher, C.-D.*, aaO, Rz. 55). Legt man diese Auffassung zugrunde, so kann das Bundeskartellamt einen Dritten, der sich erhebliche Begünstigungen seiner Wettbewerbsposition durch die Freigabe eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens verspricht, ebenfalls zum Verfahren beiladen.

68 *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 394; *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 44 m.w.N; *Bracher, C.-D.*, aaO, Rz. 68ff.; *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 20; *Scholz, R.*, *Wirtschaftsaufsicht*, 1971, 81.

69 *Schmidt, K.*, aaO, Rz. 35; *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 23. Vgl. auch den Spezialfall *KG*, 3.12.1974 (*Saba*), WuW/E OLG 1548, 1548f.: Beteiligung des Dritten auch am Beschwerdeverfahren gegen einstweilige Anordnung der Kartellbehörde – Zwischenmaßnahme –, obwohl Beiladung zum Hauptverfahren erst nach Einlegung der Beschwerde erfolgt war.

70 Vgl. § 29 VwVfG. Dieses Recht ist weit auszulegen und umfasst nicht nur die eigentliche Verfahrensakte, sondern alle mit dem Verfahrensgegenstand in Zusammenhang stehenden Akten, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können, also auch beigezogene und Vorakten (*KG*, 19.8.1986 (*Air Liquide*), WuW/E OLG 3908, 3910).

71 § 56 Abs. 1 GWB.

72 *Becker, C.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 56, Rz. 6.

73 Deutlich insofern § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 1999. Das *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527 nennt als mit der Stellung als Beteiligter am Verwaltungsverfahren verbundenen Rechten das „Vortragsrecht, Recht auf Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften, auf Akteneinsicht und evtl. die Beschwerdebefugnis.“ Vgl. auch *dass.*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545, 1549; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 475 (jeweils noch auf Grundlage der Sechsten GWB-Novelle).

74 § 56 Abs. 3 Satz 3 2. HS GWB 2005.

re ist grundsätzlich Voraussetzung für Letztere.<sup>75</sup> So können regelmäßig nur solche Dritten eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe-  
verfügung einlegen, die zum Verwaltungsverfahren beigelegt wurden.<sup>76</sup> Sie sind  
dann „beschwerdeberechtigt“. Überwiegend wird als weiteres eingrenzendes Merk-  
mal eine formelle und materielle Beschwer verlangt.<sup>77</sup> Dabei handelt es sich um eine  
besondere Form des Rechtsschutzinteresses.<sup>78</sup> Erst wenn beides vorliegt, soll die Be-  
schwerdebefugnis gegeben sein. Die Beiladung bleibt jedenfalls bis zur Bestands-

75 Die Terminologie ist uneinheitlich. Ähnlich wie hier: *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078f.: „Das Kammergericht hat weiter mit Recht zwischen der durch § 62 Abs. 2 GWB (hier in Verbindung mit § 51 Abs. 2 Nr. 4) [= § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 2005, Verf.] geregelten Beschwerdeberechtigung und den hiervon unabhängigen Zulässigkeitsanforderungen jeder Beschwerde – hier der notwendigen Beschwer als einer besonderen Form des Rechtsschutzinteresses (BGHZ 41, 61, 65 – *Zigaretten*) – unterschieden. Die Bestimmung des § 62 Abs. 2 GWB [= § 63 Abs. 2 GWB 2005, Verf.] regelt lediglich die Beschwerdeberechtigung, besagt aber – entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerden – nichts über die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde.“ und *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1022. Anders dagegen der *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (siehe Zitat in der übernächsten FN) und *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 639, obwohl er sich auf die Entscheidung „*Coop-Supermagazin*“ beruft. *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A.* (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 54 Rz. 19 spricht von der „an die Beiladung geknüpften“ „formellen Beschwerdebefugnis“.

76 *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, 645. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 21. *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 62 GWB 1981, 22. Im Ergebnis ähnlich weist *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 110 dem Merkmal der Verfahrensbeteiligung (§ 63 Abs. Satz 2 GWB) „befugnisausschließende“ Wirkung zu.

77 *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (m.w.N.): „Der als Beigeladener grundsätzlich beschwerdebefugte Dritte (§ 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) muss durch die Freigabeverfügung formell und materiell beschwert sein.“ Zustimmend: *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 531. Vgl. auch schon *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 762ff. Eine formelle Beschwer fördernd schon: *Baur, F.*, ZZZ 1959, 3, 14, FN 39, der allerdings missverständlich vom Fehlen einer „materiellen“ Beschwer ausgeht, wenn „der Antragsteller alles bewilligt erhalten [hat], was er beantragt hatte“. A. A.: *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 63 Rz. 6 und § 40 Rz. 21, der auf die materielle Beschwer verzichten möchte. Einem Missverständnis unterliegen auch *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 918 sowie *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 446 und – diesen folgend – *Fuchs, A.*, *Stellungnahme 7. GWB-Nov.*, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 8. Sie folgern die formelle Beschwer schon aus der Beiladung. Zutreffend dagegen die Definition der formellen Beschwer bei *Jaeger, W.*, in: *Keller, E. u. a.* (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 662: „Abweichung der angefochtenen Verfügung von demjenigen Ziel, das der Beigeladene im Verwaltungsverfahren durch den gestellten Antrag oder mangels einer Antragstellung durch seinen Vortrag erkennbar erstrebt hat.“ Ausführlich zur Voraussetzung der materiellen Beschwer unten *Kap. 4 D II*.

78 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078 (Zitat oben FN 75). Anders dagegen die Terminologie bei *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 24ff., der zwischen Rechtsschutzinteresse einerseits und Beschwer andererseits unterscheidet.

kraft einer etwaigen Verfügung zulässig.<sup>79</sup> Dritte können einen Beiladungsantrag also auch noch nach Erlass der Freigabeverfügung stellen und auf diese Weise die Anfechtungsberechtigung erlangen.<sup>80</sup> Weiterhin wird den zum Verwaltungsverfahren Beigeladenen die Stellung eines Beteiligten am Beschwerdeverfahren zuerkannt. Den Wortlaut des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB hält die herrschende Meinung für korrekturbedürftig.<sup>81</sup> Das schon in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB enthaltene Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ sei eine überflüssige Wiederholung. Eine Überprüfung der Zulässigkeit der im Verwaltungsverfahren ausgesprochenen Beiladung im Hinblick auf das Vorliegen einer „erheblichen Interessenberührung“ findet danach nicht mehr statt.<sup>82</sup> Schließlich steht Dritten, die am Beschwerdeverfahren beteiligt sind, die Rechtsbeschwerde gegen die vom Oberlandesgericht erlassenen Beschlüsse zu. Das folgt aus § 76 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB.<sup>83</sup> Jedoch bedarf es auch hier wieder einer formellen und materiellen Beschwer.<sup>84</sup> Die bereits am Beschwerdeverfahren Beteiligten sind auf jeden Fall am Rechtsbeschwerdeverfahren beteiligt, auch wenn sie die Rechtsbeschwerde nicht selber eingelegt haben.<sup>85</sup> Gesetzestechisch ist das durch Verweisung in § 76 Abs. 5 Satz 1 GWB auf die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren, insbesondere § 67 GWB, realisiert.

79 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078. Ausführlich zum Zeitpunkt des Antrags und der Beiladungsentscheidung: *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 49f., der darüber hinaus eine Beiladung erst zum Beschwerdeverfahren auch nach Einlegen der Beschwerde für zulässig hält. Siehe auch noch unten *Kap. 5 A II*.

80 *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 672, 673.

81 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 67, Rz. 5; *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 541; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 67, Rz. 1; *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 66 *GWB* 1980, Rz. 3. Siehe dazu die Kritik unten *Kap. 1 C II 2* und *Kap. 3 C II 2*.

82 *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 66 *GWB* 1980, Rz. 3.

83 Die Rechtsbeschwerde muss zugelassen sein, § 74 *GWB*. Gegebenenfalls ist die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft, § 75 *GWB*. Umstritten ist, ob die Zulassung der Rechtsbeschwerde auf einen von mehreren Beteiligten beschränkt werden kann. Dafür *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 76 *GWB* 1980, Rz. 4 und § 73 *GWB* 1980, Rz. 9, der auf die zu § 543 *ZPO* n.F. und § 132 *VwGO* entwickelten Grundsätze verweist. Dagegen *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 75, Rz. 11, § 76, Rz. 1 (mit Hinweis auf § 76 Abs. 1 *GWB*). Der Streit beruht möglicherweise auf einem Missverständnis. Im Grunde handelt es sich bei den angeführten Beispielen nicht um eine Beschränkung der Revisionszulassung auf bestimmte Beteiligte, sondern auf einen oder mehrere abtrennbare Teile des Streitgegenstandes, welche zu Ungunsten eines bestimmten Beteiligten entschieden wurde (vgl. auch *BGH*, 24.5.1995, E 130, 50, 59; *Schmidt, P.*, in: Eyer mann, E./Fröhler, L. (Hrsg.), *VwGO*, 2000, § 132, Rz. 21).

84 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 76, Rz. 2 m.w.N. A. A. *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 75, Rz. 1.

85 *Schmidt, K.*, aaO, Rz. 10; *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 75 *GWB* 1980, Rz. 4.

#### 4. Dritte, die eine „Verletzung in eigenen Rechten“ geltend machen können

Sie haben einen Anspruch darauf, auf entsprechenden Antrag zum Verwaltungsverfahren beigeladen zu werden.<sup>86</sup> Auch hier muss es genügen, dass die Rechtsverletzung als Folge der Entscheidung, insbesondere der Fusionsgenehmigung möglich erscheint.<sup>87</sup> Man spricht in Anlehnung an § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG von der notwendigen Beiladung.<sup>88</sup> Als solcher stehen ihm zunächst einmal dieselben Beteiligtenrechte wie den nur einfach beigeladenen Dritten zu. Zu nennen sind insbesondere die Beschwerdeberechtigung für die Anfechtungsbeschwerde, die Berechtigung, Rechtsbeschwerde einzulegen, und die Beteiligung am erst- und letztinstanzlichen gerichtlichen Verfahren. Darüber hinaus ist der in eigenen Rechten betroffene Dritte befugt, Verpflichtungsbeschwerde einzulegen. Sie knüpft an die Behauptung einer Verletzung in eigenen Rechten an, § 63 Abs. 3 GWB. Weiterhin erfüllt er die neue Voraussetzung für den einstweiligen Drittschutz gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ist die Zulässigkeit eines entsprechenden Antrags von der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten abhängig. Schließlich können nach herrschender Meinung auch solche Dritten eine Anfechtungsbeschwerde einlegen, die nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt waren. Aus Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutzgarantie) ergebe sich, dass derjenige, der geltend machen kann, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein, Anfechtungsbeschwerde einlegen kann. Auf das Er-

86 Grundlegend *Hertin, P.-W.*, *Beteiligte*, 1969, 151ff., 158.

87 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46.

88 *KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2256ff.; 19.12.1979 (*Basalt-Union*), WuW/E OLG 2193, 2194 (Benachrichtigungspflicht von Kartellaußensternern bzw. bei rechtsgestaltender Wirkung des Verfahrensausgangs für Dritte gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG); vgl. auch *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5851 (Voraussetzungen sowohl der notwendigen wie der einfachen Beiladung in casu verneint); 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219 (Benachrichtigungspflicht mangels Vorliegen der Voraussetzungen einer notwendigen Beiladung verneint); 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753 (notwendige Beiladung bejaht, vom *BGH*, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875, 2876 wegen zu Unrecht angenommener Voraussetzungen allerdings wieder aufgehoben). Vgl. auch schon *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), WuW/E OLG 1033, 1037f. (Verpflichtung der Kartellbehörde zur Beiladung nach Ergänzung der Ermessenserwägungen durch das Gericht unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit). *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 45ff.; *ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 503ff., 510ff.; *ders.*, Gerichtsschutz, 1980, 50f.; *ders.* DB 2004, 527, 528; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 673. Ähnlich *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 51 *GWB* 1980, Rz. 15, 22, der eine „notwendige Beiladung“ zwar verneint, jedoch wie schon *Hertin, P.-W.*, *Beteiligte*, 1969, 151ff., 158 einen Rechtsanspruch auf Beiladung solcher Dritter postuliert, in deren Rechte die Untersagungsverfügung rechtsgestaltend eingreift.

fordernis der vorausgehenden Beiladung soll es dann nicht ankommen.<sup>89</sup> Andere wollen etwaige Rechtsschutzlücken im Wege der notwendigen nachträglichen Beiladung füllen.<sup>90</sup>

## II. Bewertung

Auf die mangelnde Praktikabilität der genannten Differenzierungen auf Tatbestands-ebene hat schon *K. Schmidt* hingewiesen. Seines Erachtens lassen sich „die Beiladungsvoraussetzungen [...] nicht klar von den Voraussetzungen einer Anhörung trennen.“<sup>91</sup> Ähnliches gilt hinsichtlich der von der herrschenden Meinung postulierten Unterscheidung zwischen dem Tatbestand der erheblichen Interessenberührung und der subjektiven Rechtsverletzung. Es sei hier vorweggenommen, dass sich in der bisherigen Entscheidungspraxis keine Beispiele finden lassen, in denen jemals eine Verletzung in subjektiven Drittrechten durch eine Fusionsgenehmigung angenommen wurde.<sup>92</sup> *K. Schmidt* räumt daher ein, die Prüfung, ob ein Dritter die Vo-

89 *Baur, F.*, ZJP 1959, 3, 15: „Die Beschwerdebefugnis ist ferner solchen Personen usw. einzuräumen, die am Verfahren vor den Kartellbehörden nicht formal beteiligt waren, bei denen sich aber nach Erlass der Entscheidung herausstellt, dass sie hätten beteiligt werden müssen, [...] weil [...] sie durch die Entscheidung unmittelbar «betroffen» wurden. Ferner muss auf den materiellen Beteiligtenbegriff überall dort abgestellt werden, wo jemand durch eine Verfügung der Kartellbehörde in seinen Rechten verletzt wird, ohne dass gegen ihn ein Verfahren eingeleitet worden war.“ (Anführungszeichen und Hervorhebungen im Original.) Ähnlich: *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 198; *Schmidt, K.*, Gerichtsschutz, 1980, 49ff.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 22; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 75, 80, zurückhaltender aber wieder in Rz. 81. Bestätigt von der Rechtsprechung in *KG*, 12.1.1982 (*Gepäckstreifenanhänger*), WuW/E OLG 2720, 2721f. (es handelt sich allerdings um einen Diskriminierungsfall gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 GWB 1980 und nicht um ein Beispiel aus der Fusionskontrolle). Vgl. auch *KG*, 26.6.1991 (*Radio NRW*), WuW/E OLG 4811, 4820 (Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens unter Beteiligung des WDR, subjektive Rechtsverletzung des Landes NRW jedoch verneint); *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1292f. (mangels Rechtsverletzung durch die Freigabe des Unternehmenszusammenschlusses im Fall verneint). A. A. wohl *Baron, M.*, WuW 1998, 651, 651: „steht die Beschwerde ausschließlich den am Verfahren Beteiligten zu“. *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476f. weist zurecht darauf hin, dass die notwendige Beiladung für den „fusionskontrollrechtlichen Drittschutz derzeit keine Rolle spielt“, da die Vorschriften über die Fusionskontrolle „nach vorherrschendem Verständnis nicht drittschützend“ sind (ausführlich dazu unten *Kap. 2 A*).

90 So noch *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 501ff.; außerdem *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 22; *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 63, Rz. 4 (der selbst jedoch – entgegen der Rechtsprechung des *KG* – eine nachträgliche Beiladung nach Beschwerdeeinlegung ablehnt (aaO, § 54, Rz. 6). Offen lassend *Werner, R.*, in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Rechtsmittel (§ 54), 1999, Rz. 54.

91 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 35.

92 Ausführlich unten *Kap. 2 B* und *C*.

raussetzung des § 42 Abs. 2 VwGO erfüllt, sei eine „in Kartellrechtsfällen überaus schwierige.“<sup>93</sup>

### C. Widersprüche und praktische Probleme im derzeitigen System der Drittbeteiligung

Das vorgestellte System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes erweist sich in verschiedener Hinsicht als unausgereift und in seinen Differenzierungen widersprüchlich. Diese Ungereimtheiten sollen anhand von fünf Fallkonstellationen aufgezeigt werden.

#### I. Die Fallkonstellationen

**1. Das Unternehmen A**, beispielsweise ein Abnehmer der Fusionskandidaten, kann geltend machen, im Fall der etwaigen Freigabe des Zusammenschlussvorhabens nachteilig und erheblich in seinen Interessen berührt zu sein. Das Bundeskartellamt lädt das Unternehmen A nach Ausübung seines Ermessens zum Verfahren bei § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Allein aufgrund seiner Beiladung zum Verwaltungsverfahren ist A berechtigt, Anfechtungsbeschwerde einzulegen („formalisierte Beschwerdeberechtigung“<sup>94</sup>), § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Die zusätzliche Voraussetzung der materiellen Beschwerde stellt keine hohen Anforderungen.<sup>95</sup> Es genügt eine bloße nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen.<sup>96</sup> Insbesondere kommt es hier nicht auf das Erfordernis der Erheblichkeit an.<sup>97</sup> Eine Beschwerde von A wäre also zulässig. Auch am Beschwerdeverfahren ist das Unternehmen A gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB beteiligt. Hier knüpft die h. M. ohne weitere Einschränkung an die vom Amt ausgesprochene Beiladung zum Verwaltungsverfahren an. Man spricht von der „Kontinuität der Beteiligtenstellung“.<sup>98</sup> Diese Kon-

93 Schmidt, K., DB 2004, 527, 532.

94 Ders., Gerichtsschutz, 1980, 47: „Wer am Verwaltungsverfahren – als Betroffener oder Beigeladener – beteiligt war, ist aufgrund formalisierter Beschwerdebefugnis ohne weiteres befugt, die Verfügung der Kartellbehörde anzufechten (§ 62 Abs. 2 GWB).“

95 Soweit der Beschwerdeführer Anträge gestellt hat, denen in vollem Umfang entsprochen wurde, fehlt es außerdem an der Voraussetzung der formellen Beschwerde (BGH, 31.10.1978 (Air-Conditioning-Anlagen), WuW/E BGH 1562, 1563; Schmidt, K., Gerichtsschutz, 1980, 47; Hinz, H. W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 24. A. A. Loewenhein, U., in: Belke, R. (Hrsg.), GWB, 1978, § 62 GWB 1973, Rz. 11, der aber wohl formelle und materielle Beschwerde miteinander verwechselt.

96 BGH, 24.6.2003 (HABET/Lekkerland), WuW/E DE-R 1163, 1165; Hinz, H. W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 24.

97 Siehe noch unten Kap. 4 D II zu den von der h. M. unterschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen „materielle Beschwerde“ und „erhebliche Interessenberührung“.

98 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 67, Rz. 5.

tinuität setzt sich darin fort, dass dem Unternehmen A als Beteiligtem am Beschwerdeverfahren auch die Befugnis zusteht, Rechtsbeschwerde zum BGH einzulegen, § 71 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 1 GWB.<sup>99</sup> In Analogie zu dem von *K. Schmidt* geprägten Begriff der „formalisierten Beschwerdeberechtigung“ bietet es sich an, von „formalisierter Rechtsbeschwerdebefugnis“ zu sprechen. Einschränkend wird man jedoch auch hier – wie sonst im Rechtsmittelrecht – eine Beschwer in Form der nachteiligen Interessenberührung verlangen müssen.<sup>100</sup> Einziges Manko stellt der vorläufige Rechtsschutz dar. Eine einstweilige Anordnung kann A nicht erreichen. Es fehlt an einer Betroffenheit in eigenen Rechten, § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Hierfür genügt nach h. M. nicht die bei A vorliegende nachteilige und erhebliche Interessenberührung.

**2. Das Unternehmen B** wird – anders als A – im Fall einer Fusionsfreigabe lediglich einfach und nicht auch erheblich in seinen Interessen berührt. Durch einen Fehler des Amtes wird es dennoch beigeladen.<sup>101</sup> Auch als lediglich einfach in seinen Interessen berührter Dritter kann B – wie A – eine „materielle Beschwer“ geltend machen. Nach h. M. soll es genügen, dass B durch die Freigabeentscheidung nachteilig in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen wird.<sup>102</sup> Der Fehler der Behörde führt dazu, dass B nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern im gesamten gerichtlichen Verfahren dieselben Rechte wie A zustehen: Eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine Freigabeentscheidung wäre zulässig. B ist am Beschwerdeverfahren beteiligt. Als solchem steht ihm die Möglichkeit offen, Rechtsbeschwerde einzulegen. Ausgeschlossen ist wiederum nur der einstweilige Rechtsschutz.

**3. Unternehmen C** ist – wie A – in Abnehmer der Zusammenschlussbeteiligten. Bei ihm ist ebenfalls die Möglichkeit einer erheblichen Interessenberührung gegeben. Mit Hinweis darauf, dass Abnehmerinteressen im Verfahren bereits von A repräsentiert werden, gibt das Amt dem Beiladungsantrag des C nicht statt.<sup>103</sup> Damit

99 *Ders.*, aaO, § 76, Rz. 10.

100 So auch *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 75 GWB 1980, Rz. 2.

101 Es sei eingeräumt, dass dieser Fall angesichts der geringen Anforderungen, die an das Erfordernis der „Erheblichkeit“ gestellt werden, praktisch nur selten vorkommt. Das mag auch den Sinn der Äußerung von *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1025 erklären, wonach die Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung und der materiellen Beschwer „auf dasselbe hinauslaufen“.

102 Anders offenbar *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 478f., der das Kriterium der materiellen Beschwer für enger hält als die erhebliche Interessenberührung im Beiladungsrecht. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als einem Beiladungsantrag auch dann entsprechen werden kann, wenn sich das Verfahrensergebnis in positiver Weise erheblich auf die wirtschaftliche Lage des Dritten auswirken kann. Mangels Nachteilhaftigkeit der Interessenberührung wäre in diesem Fall die Voraussetzung der materiellen Beschwer nicht erfüllt. Im Übrigen erweist sich jedoch das Erfordernis der materiellen Beschwer als weniger anspruchsvoll als das materielle Erfordernis in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Während dieses nur im Fall der erheblichen Interessenberührung erfüllt ist, genügt für die materielle Beschwer eine einfache, wenngleich nachteilige Interessenberührung.

103 Z. B. *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968f.

enden für C auch schon alle Aussichten auf weiteren Rechtsschutz. Mangels Beteiligung am Verwaltungsverfahren scheidet insbesondere die Möglichkeit aus, Anfechtungsbeschwerde einzulegen oder gar einstweiligen Rechtsschutzes zu erlangen. Das Gleiche gilt für die Beteiligung an einem etwaigen Beschwerdeverfahren, die ihrerseits wieder Voraussetzung für das Einlegen einer Rechtsbeschwerde ist.

**4. Unternehmen D** kann sich ebenfalls auf die Möglichkeit einer erheblichen Interessenberührung berufen. Es wird zum Verwaltungsverfahren beigelegt. Wegen der besonderen verfahrensrechtlichen Situation ist in seinem Fall jedoch keine Anfechtungs-, sondern eine Verpflichtungsbeschwerde der statthafte Rechtsbehelf.<sup>104</sup> Trotz erfolgter Beiladung ermangelt es D jedoch an der erforderlichen Beschwerdebefugnis. Die Verpflichtungsbeschwerde setzt gemäß § 63 Abs. 3 GWB die Geltendmachung einer Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten voraus.<sup>105</sup> Die erhebliche Berührung in wirtschaftlichen Interessen, auf die sich D berufen kann, genügt nach herrschender Meinung nicht. Mangels Zulässigkeit der Verpflichtungsbeschwerde findet kein Hauptsacheverfahren statt. Somit erübrigt sich auch eine Beteiligung daran, die ihrerseits wieder Voraussetzung für eine Rechtsbeschwerde ist (§§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

**5.** Die Situation des **Unternehmens D** bessert sich, sobald ein weiteres Drittunternehmen, z. B. das Unternehmen X, zulässigerweise Verpflichtungsbeschwerde einlegt. An dem nunmehr durchzuführenden Beschwerdeverfahren ist D wegen seiner Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren ohne weitere Voraussetzung beteiligt. Als Beteiligter am erstinstanzlichen Verfahren steht ihm sogar die Rechtsbeschwerde offen, §§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

## II. Bewertung

Eine genauere Betrachtung der vorgestellten Fallkonstellationen zeigt, welche Ungeheimheiten und praktischen Probleme das derzeitige System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes in sich birgt.

### 1. Ermessensabhängigkeit der Beschwerdeberechtigung

Die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsbeschwerde zu erlangen, sich an einem etwaigen gerichtlichen Verfahren zu beteiligen, gebebe-

104 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462: Antrag auf Erlass drittschützender Auflagen. Dazu ausführlich sogleich unten II 3.

105 H. M., z. B. *OLG Düsseldorf*, aaO, 1463. Dagegen hält *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 32 im Interesse einer Harmonisierung der Beschwerdearten (ebenda, Rz. 34) auch in der Situation der Verpflichtungsbeschwerde die Stellung als Verfahrensbeteiligter für ausreichend, um – analog § 63 Abs. 2 GWB – eine Beschwerdeberechtigung zu begründen. Dazu ausführlich unten *Kap. 3 A I*.



nenfalls Rechtsbeschwerde einzulegen oder einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, hängt im Wesentlichen von der Ermessensentscheidung des Bundeskartellamtes ab.<sup>106</sup> Lädt die Behörde bei (Fall des Unternehmens A), steht der Weg zu Gericht offen. Tut sie es nicht (Unternehmen C), so ist dieser Weg endgültig versperrt.<sup>107</sup> Damit entscheidet die Kartellbehörde im Wesentlichen selbst darüber, welche Dritten ihre Entscheidungen gerichtlich anfechten können.<sup>108</sup> Das Regulativ der gerichtlichen Beschwerde gegen die Ablehnung eines Beiladungsantrags vermag an diesem Zustand nicht viel zu ändern. Zwar mag man dem Dritten einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag zubilligen.<sup>109</sup> Auch gehen die Kompetenzen des Beschwerdegerichts in Kartellsachen hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung von Ermessensentscheidungen über diejenigen der Verwaltungsgerichte hinaus. Nach richtiger Ansicht dürfen letztere Ermessensentscheidungen nur auf Rechtsfehler hin kontrollieren (§ 114 VwGO). Die Kartellgerichte sind nach § 71 Abs. 5 Satz 1 GWB dagegen ermächtigt, auch einen eventuellen Ermessensfehlergebrauch zu kontrollieren.<sup>110</sup> Einschränkend ist aber zu bedenken, dass die

106 Vgl. schon den kritischen Kommentar bei *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81f.: „eklatanter“ Widerspruch zur Rechtslage im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsrecht. Zustimmung *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 41, FN 16; *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 470ff. Vorsichtige Kritik äußert auch schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 70. Kritische Stimmen in der jüngeren Literatur: *Traugott, R.*, WRP 1999, 621, 626; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 673, FN 12; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 250; *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 675; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476.

107 Unterschiede in der Rechtsstellung ergeben sich auch im Verwaltungsverfahren, insbesondere hinsichtlich des Rechts auf Akteneinsicht. Dazu ausführlich unten *Kap. 5 A VI*.

108 So schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 70.

109 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527; 16.6.2004 (VDZ-Wettbewerbsregeln), WuW/E DE-R 1545, 1547.

110 Die wohl h. M. versteht die – im Einzelnen sehr umstrittene – Vorschrift so, dass nicht nur eine Rechtmäßigkeits-, sondern auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle auszuüben ist (umfangreiche Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 71, Rz. 37). Für die hier als herrschend bezeichnete Ansicht spricht die von § 114 VwGO abweichende Formulierung „fehlbarer“ Ermessensgebrauch und der Zusatz „insbesondere“ vor der Aufzählung der herkömmlichen Ermessensfehler (dazu *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 62ff.). Insofern besteht Ähnlichkeit mit der Beschwerde nach § 19 FGG, die es dem Beschwerdeführer ebenfalls erlaubt, auch die Unzweckmäßigkeit, Unangemessenheit oder Unbilligkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu rügen (dazu *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 40ff.). Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für die Kompetenz zur Überprüfung unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Der Regierungsentwurf zum GWB sah in § 57 Abs. 1 Satz 3 noch vor, dass die Behörde bestimmte Maßnahmen bei Gericht beantragen muss. Der schriftliche Bericht spricht schließlich von einem „Kompromiss“ in der Form einer erweiterten Überprüfungskompetenz (ausführlich *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 64). Keine deutliche Stellungnahme enthalten die Entscheidungen des *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527; 16.6.2004 (VDZ-Wettbewerbsregeln), WuW/E DE-R 1545, 1547. Es spricht einerseits von einer „Beschränkung“ der Überprüfung nach den „allgemeinen Regeln“, gibt aber andererseits auch keine abschließende Aufzählung der Gesichtspunkte, unter denen die Kontrolle stattzufinden hat („insbesondere“).

Gerichte den Kartellbehörden einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumen.<sup>111</sup> Dazu kommt, dass das Einlegen einer Verpflichtungsbeschwerde auf Beiladung keinen Aufschub des Kartellverwaltungsverfahrens zur Folge hat.<sup>112</sup> Damit besteht die Gefahr, dass die gerichtliche Entscheidung über den Beiladungsantrag zu einem Zeitpunkt ergeht, in dem die Fusionskontrollgenehmigung bereits Bestandskraft erlangt hat.<sup>113</sup>

## 2. Gefahr der Perpetuierung von Fehlentscheidungen der Kartellbehörde

Das Institut der „formalisierten Anfechtungsberechtigung“ führt dazu, dass sich – wie im Fall des Unternehmens B – Fehler, die bei der Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren begangen wurden, im gerichtlichen Verfahren fortsetzen. Anfechtungsbeschwerden können dann auch solche Unternehmen einlegen, die lediglich einfach in ihren Interessen berührt sind. Damit steht Unternehmen B besser als Unternehmen C, obwohl bei diesem eine intensivere Betroffenheit vorliegt.<sup>114</sup> Die große Bedeutung, die der (fehleranfälligen) Beiladungsentscheidung für ein späteres gerichtliches Verfahren zukommt, birgt einen zusätzlichen Nachteil in sich. Die Zusammenschlussbeteiligten könnten sich veranlasst fühlen, die positive Entscheidung des Bundeskartellamts über einen Beiladungsantrag Dritter nur deshalb anzufechten, um einer späteren Anfechtungsbeschwerde den Boden zu entziehen.<sup>115</sup>

111 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886. Instruktiv ist die Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de). Zu den Kriterien im Einzelnen *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 44. Vgl. auch *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 343f. und *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 394: „Ermessen hinsichtlich der Beiladung nach § 51 Abs. 2 Ziff. 4 *GWB* [a. F. ist] in der Regel streng auszuüben, damit eine übermäßige Belastung und Ausdehnung des Kartellverfahrens vermieden wird.“

112 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 51 m.w.N. Etwas anderes soll nur im Ausnahmefall der notwendigen Beiladung gelten.

113 *Weidinger, W.*, *Rechtsschutz*, 1968, 70; *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 124. Vgl. auch *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347: Nach Eintritt der formellen Rechtskraft der kartellbehördlichen Entscheidung ist eine Beiladung nicht mehr zulässig. Ein Beispiel bildet die Entscheidung *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de).

114 Diese unerwünschte Folge wäre selbstverständlich in erster Linie dem Fehler des Amtes und nicht dem Gesetzgeber bzw. der Auslegung durch die h. M. anzulasten. Man kann insofern auch nicht von Widersprüchlichkeit sprechen. Dennoch erweist sich die Regelung wegen ihrer fehlerpotenzierenden Wirkung in rechtstechnischer Hinsicht als zumindest wenig geglückt.

115 Isolierte Anfechtungsbeschwerden von Zusammenschlussbeteiligten gegen die Beiladung von Drittunternehmen lagen z. B. den Entscheidungen des *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211 und des *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523 zugrunde.

### 3. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde

Die materiellen Anforderungen<sup>116</sup> an die Intensität der Drittbetroffenheit sind bei der Verpflichtungsbeschwerde höher als bei der Anfechtungsbeschwerde. Während diese lediglich eine Beschwer in Form der „nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“ verlangt<sup>117</sup>, setzt die Verpflichtungsbeschwerde voraus, dass der Dritte eine Rechtsverletzung geltend macht. Die Auswirkungen zeigen sich am Vergleich zwischen A und D. In der ersten Konstellation (Anfechtung einer kartellverwaltungsrechtlichen Verfügung) ist eine Beschwerde zulässig. Dagegen scheidet die Beschwerde im zweiten Fall (Vorgehen gegen die Kartellbehörde mit einer Verpflichtungsbeschwerde) bereits an der Zulässigkeit.<sup>118</sup>

#### a) Mangelnde Sachgerechtigkeit der Differenzierung

Diese Differenzierung auf Tatbestandsebene wäre gerechtfertigt, wenn mit einer Verpflichtungsbeschwerde auch ein Mehr an Rechtsmacht des Dritten und eine damit einhergehende stärkere Beeinträchtigung der Rechtsposition der Zusammenschlussbeteiligten verbunden wäre. Das ist aber nicht unbedingt der Fall. Das Verfahren *Argenthaler Steinbruch*<sup>119</sup> macht vielmehr die mangelnde Sachgerechtigkeit der überkommenen Differenzierung augenfällig: Das (wegen nachteiliger erheb-

116 In formeller Hinsicht bedarf es für die Erhebung der Anfechtungsklage selbstverständlich noch der Beteiligung am vorausgehenden Verwaltungsverfahren, § 63 Abs. 2 GWB.

117 Näher unten *Kap. 4 D II*.

118 Kritisch auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34, der ebenfalls vor „Zufallsergebnissen“ im kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutz warnt (zustimmend *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 93f.). *K. Schmidts* Befürchtung bezieht sich jedoch auf die – mittlerweile überholten – unterschiedlichen Voraussetzungen einer Anfechtung von Erlaubnis- und Widerspruchskartellen. Während im ersten Fall die Anfechtung dem Beigeladenen zustehe, fehle sie im Fall des Widerspruchskartells. Zweifel bestehen aber, ob das von *K. Schmidt* angeführte Beispiel die Kritik an den zu Recht monierten „Zufallsergebnissen“ stützen kann. Die Wahl unterschiedlicher Regelungstechniken mit der Folge der unterschiedlichen Behandlung von Erlaubnis- und Widerspruchskartellen durch den Gesetzgeber wird man kaum als Zufallsprodukt abtun können. Vielmehr hatte sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, bestimmte Kooperationsarten, die bei generalisierter Betrachtung als besonders schädlich für den Wettbewerb einzustufen sind, einer ausdrücklichen Genehmigung durch die Kartellbehörde zu unterstellen (Erlaubniskartelle, §§ 5 bis 8 GWB 1999). Dagegen wurde der Kartellbehörde bei anderen, weniger gefährlichen Vereinbarungen bewusst lediglich ein Widerspruchsrecht eingeräumt (§§ 2 bis 4 Abs. 1 GWB 1999). Es erscheint vor diesem Hintergrund nur folgerichtig, dass Dritte im ersten Fall unter erleichterten Voraussetzungen gerichtlichen Rechtsschutz erlangen konnten („formalisierte Anfechtungsbefugnis“ gegen die Erlaubnisverfügung), während im zweiten Fall höhere Voraussetzungen, nämlich die Geltendmachung einer Rechtsverletzung zu erfüllen waren.

119 *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462.

licher Interessenberührung) zum Verwaltungsverfahren beigeladene Drittunternehmen hatte – ursprünglich – darauf verzichtet, die gesamte Freigabeverfügung mit der Anfechtungsbeschwerde anzugreifen. Das Erfordernis der materiellen Beschwer in Form der nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen hatte es problemlos erfüllt.<sup>120</sup> Die Beschwerdeführerin beschränkte sich jedoch auf das „Minus“<sup>121</sup> eines Antrags auf Erlass zusätzlicher drittschützender Auflagen.<sup>122</sup> Dieser, die Rechtsstellung der Fusionskandidaten weniger belastende Antrag scheiterte jedoch an der fehlenden materiellen Beschwer in Form der Verletzung in eigenen Rechten.<sup>123</sup> Gutberatene Drittunternehmen werden daher in ähnlich gelagerten Fällen so gleich Anfechtungsbeschwerde gerichtet auf Aufhebung der gesamten Freigabeverfügung einlegen. Den Fusionskandidaten tun sie damit keinen Gefallen. Im Vergleich zu einer vollständigen Aufhebung der Freigabe ist die nachträgliche Anordnung von Nebenbestimmungen in der Regel der weniger belastende Eingriff.<sup>124</sup>

120 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argentahler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1464. Den später gestellten Hilfsantrag auf Aufhebung der Freigabe erklärte das Gericht lediglich wegen Ablaufs der Beschwerdefrist für unzulässig (ebenda, 1464).

121 So wörtlich das *OLG Düsseldorf*, ebenda, 1463.

122 Das *OLG Düsseldorf* stellt in seinem Beschluss die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage auf Erlass weiterer Nebenbestimmungen neben einer Anfechtungsklage auf Aufhebung der gesamten Verfügung nicht in Frage. Vielmehr gesteht es dem betroffenen Dritten ein „Wahlrecht“ zu (aaO, 1462). Auch nach der Rechtsprechung des BVerwG ist – wenn auch dogmatisch nicht unumstritten – eine Verpflichtungsklage auf Erlass drittschützender Auflagen möglich, in manchen Fällen sogar die einzig statthafte Klageart (siehe übernächste FN). Ein Beispiel sind Schutzwälle im Zusammenhang mit einer straßenbaurechtlichen Genehmigung (weitere Beispiele bei *Pietzcker, J.*, in: Schoch, F./Schmidt-Abmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 42, Rz. 139f.). Zu beachten ist, dass das Beschwerdegericht allenfalls einen Bescheidungsbeschluss analog § 113 Abs. 5 Satz 2 *VwGO* erlassen kann, mit dem es die Verpflichtung des Bundeskartellamts ausspricht, den Beschwerdeführer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 72 sowie *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 71, Rz. 19).

123 *OLG Düsseldorf*, aaO, 1464.

124 Vgl. *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, *VwVfG*, 2005, § 36, Rz. 53. Während das BVerwG früher offenbar noch von einem Wahlrecht des Dritten zwischen Gesamtanfechtungs- und bloßer Verpflichtungsklage auf Erlass einer Schutzauflage ausging (*BVerwG*, 17.11.1972, *NJW* 1973, 915, 916; vgl. auch *OLG Düsseldorf*, aaO, 1463: „grundsätzlich [...] Wahlrecht“), hält es jedenfalls im Bereich des Planfeststellungsrechts eine Anfechtungsklage mittlerweile sogar für unbegründet, wenn das Fehlen der Schutzauflage die Gesamtabwägung nicht in Frage stellt. Der Drittkläger hat dann nur einen Anspruch auf Anordnung der Nebenbestimmung im Wege der Planergänzung (grundlegend *BVerwG*, 7.7.1978, E 56, 110, 133); vgl. zum Ganzen auch *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, aaO, § 42, Rz. 25, 32; *Paetow, S.*, *DVBl.* 1985, 369, 371ff.).

#### b) Zulässigkeit des Auflagenerlasses nach Ablauf der Untersagungsfristen

Eine andere Frage ist die, ob das Gericht die Kartellbehörde überhaupt wirksam dazu verpflichten kann, nach Ablauf der viermonatigen Untersagungsfrist noch Nebenbestimmungen zu verfügen. Fällt die Antwort negativ aus, muss man konsequenterweise auch das Rechtsschutzbedürfnis des dritten Beschwerdeführers verneinen. In dem zitierten Beschluss des *OLG Düsseldorf* finden sich zu dieser Problematik keine Ausführungen. Der Wortlaut des § 40 Abs. 3 bzw. des § 42 Abs. 2 GWB scheint zunächst gegen die Zulassung von „Nachfristauflagen“ zu sprechen. Danach kann die Freigabe oder Erlaubnis mit Nebenbestimmungen „verbunden“ werden. Da die Freigabeentscheidung zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung regelmäßig bereits ergangen ist,<sup>125</sup> mag man fragen, in welcher Form überhaupt noch eine „Verbindung“ erfolgen soll. Diese Frage stellt sich besonders in den Fällen, in denen nach Ablauf der Viermonatsfrist die Freigabe gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB lediglich fingiert wird. Demgegenüber ist jedoch zweierlei einzuwenden: Im allgemeinen Verwaltungsrecht gilt – trotz des ähnlichen Wortlauts<sup>126</sup> – ein entsprechendes Vorgehen der Behörde jedenfalls in den Fällen als zulässig, in denen die Voraussetzungen für Rücknahme, Widerruf oder Abänderung (§§ 48, 49, 51 VwVfG) gegeben sind.<sup>127</sup> Zum zweiten bezieht sich die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB nur auf Untersagungsentscheidungen. Explizit ausgeschlossen ist eine später ergehende, möglicherweise mit Nebenbestimmungen versehene Freigabeentscheidung damit noch nicht. Die Nachfristauflagen können dem Interesse an der materiellrechtlichen Vereinbarkeit des Zusammenschlussvorhabens mit dem Gebot des Wettbewerbsschutzes dienen. Dieses Interesse besteht auch nach Fristablauf fort. Diesem Interesse widerspricht allerdings der Zweck des strengen Fristenregimes in der Fusionskontrolle. Es zeigt, dass der Gesetzgeber dem Wunsch der Zusammenschlussbeteiligten nach schneller Klarheit über die Zulässigkeit ihres Vorhabens Priorität einräumt. Die Gerichte müssen sich daher der Konsequenzen des Hinzudiktierens von Auflagen und Bedingungen nach Ablauf der gesetzlichen Untersagungsfristen und Vollzug des Zusammenschlussvorhabens für die betroffenen Unternehmen bewusst sein. Sie berauben sie der Möglichkeit, vor Durchführung des Zusammenschlusses abzuwägen, ob ihr Vorhaben angesichts der auferlegten Bedingungen und Zusagen überhaupt noch ökonomisch sinnvoll ist. Die zunächst erreichte Rechtssicherheit wird nachträglich entwertet. Dabei handelt es sich aber nicht um einen spezifischen Nachteil der Nachfristauflagen. Diese Überlegung gilt in umso größerem Maße im Fall der nachträglichen Aufhebung einer Freigabeentscheidung. Im Interesse des Wettbewerbsschutzes kann der Fristablauf keine absolute Rechtssicherheit zur Folge haben. Die Realisierung des Zusammenschlussvorhabens steht

125 Andernfalls würde es schon am Rechtsschutzinteresse fehlen.

126 Die Vorschrift § 36 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erlaubt der Behörde, einen Verwaltungsakt „mit einer Nebenbestimmung [zu] versehen“.

127 Kopp, F. O./Ramsauer, U., VwVfG, 2005, § 36, Rz. 52 m.w.N.

grundsätzlich unter dem Damoklesschwert der Drittanfechtung. Im Fall der gerichtlichen Aufhebung einer Freigabeentscheidung kommt es gemäß § 40 Abs. 6 GWB zu einem Neubeginn der Untersagungsfristen.

#### c) Ergebnis

„Nachfristauflagen“ sind aus Sicht der Fusionsbeteiligten das mildere Mittel im Vergleich zur Gesamtaufhebung. Das gilt insbesondere, wenn das Beschwerdegericht folgende Einschränkungen beachtet: Das Hinzufügen einer Nebenbestimmung nach Fristablauf ist nur zulässig, wenn die Fusionsparteien die Möglichkeit hatten, ihre Interessen im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Das Gleiche gilt im Fall des sich regelmäßig anschließenden Verwaltungsverfahrens.<sup>128</sup> Zweitens dürfen die Nachfristaufgaben nicht zu einer Umgehung des Instituts der Aufhebung einer Freigabeentscheidung mutieren. Daher scheiden solche Auflagen oder Zusagen aus, die so einschneidend sind, dass der ökonomische Zweck des Vorhabens grundsätzlich in Frage gestellt wird. Möglicherweise wird man ergänzend verlangen können, dass die dritten Beschwerdeführer den Erlass der im Wege der Verpflichtungsklage beantragten Auflagen schon im Verwaltungsverfahren vor der Kartellbehörde ange-regt haben. Andernfalls könnte eine noch näher zu begründende Präklusionswirkung zu Lasten der Dritten eingreifen.

#### 4. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde

Die Berechtigung des (erheblich in seinen Interessen berührten) Unternehmens D, Rechtsbeschwerde einzulegen, hängt davon ab, ob X wirksam Beschwerde einlegt.<sup>129</sup> Es handelt sich um eine Konsequenz der „formalisierten Rechtsbeschwerdebefugnis“. Die intensivere Form des gerichtlichen Rechtsschutzes, nämlich die Überprüfung einer Entscheidung in der zweiten Instanz, ist an geringere Voraussetzungen geknüpft als das bloße Einlegen der Beschwerde in erster Instanz.<sup>130</sup>

128 Das Gericht erlässt ein Bescheidungs Urteil.

129 Darauf haben schon *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 526 und - im Anschluss daran - *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskomentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 27 hingewiesen.

130 Vgl. die pointierte Feststellung von *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34: „Die Beschwerdebefugnis darf kein Nadelöhr sein, das schwerer zu passieren ist als die Rechtsbeschwerdebefugnis.“

## 5. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in der Hauptsache

Die Siebte GWB-Novelle führt – das räumt der Gesetzgeber in der Begründung selbst ein<sup>131</sup> – zu einer weiteren Verwerfung. Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde gegen die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts sind höher als die Voraussetzungen für die Erhebung einer Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren: Verletzung in eigenen Rechten einerseits, materielle Beschwer andererseits.

## 6. Die Unanfechtbarkeit von Freigaben im Vorprüfverfahren

Die Literatur übt darüber hinaus Kritik an der dem Bundeskartellamt eingeräumten Möglichkeit, durch schnellen Verfahrensabschluss im Vorprüfverfahren die Anfechtbarkeit einer Freigabeentscheidung zu verhindern.<sup>132</sup> In der Praxis ist nicht immer gewährleistet, dass das Amt ausschließlich „unproblematische Fälle“<sup>133</sup> in der ersten Phase freigibt und somit der gerichtlichen Kontrolle entzieht.<sup>134</sup> Bedenklich erscheint insbesondere die Anwendung der Abwägungsklausel im Rahmen des Vorprüfverfahrens.<sup>135</sup> Dem Vorschlag, in Ausnahmefällen die Anfechtbarkeit von Freigaben auch außerhalb von § 40 Abs. 2 GWB mit Rückgriff auf die im Zivilprozess-

131 *BReg.*, Begr. Reg. Entw. 7. GWB-Novelle, S. 31: „unerwünschte Folge, dass für den Rechtsschutz in der Hauptsache und für den vorläufigen Rechtsschutz unterschiedliche Standards gelten.“ Vgl. auch *Bundesrat*, Stellungnahme Entw. 7. GWB-Nov., BR-Drucks. 441/04, S. 18. Dort wird der unterschiedliche Maßstab, der für die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz und die Beschwerdebefugnis im Hauptverfahren gelten soll, als „systemwidrig“ bezeichnet.

132 *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 40, Rz. 3; *Traugott, R.*, WRP 1999, 621, 626f.; eingehend *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 37ff m.w.N. Vgl. auch *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24; *Kahlenberg, H.*, BB 1998, 1593, 1599. Hinzu kommt, dass es keine gesetzliche Pflicht zur Bekanntgabe von Zusammenschlussanmeldungen gibt. Erst der Übergang ins Hauptprüfverfahren muss gemäß § 43 Abs. 1 GWB 2005 im Bundesanzeiger veröffentlicht werden.

133 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

134 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24. Auf die Möglichkeit, dass „durch intensive informelle Vorbereitung, insbesondere in Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt, Fälle zur formlosen Freigabe in die erste Verfahrensphase gelangen, die für sich gesehen eigentlich zu den schwierigeren gezählt werden müssten, für die das Hauptprüfverfahren vorgesehen ist“, weist auch das *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644 hin (insoweit nur abgedruckt in AG 2001, 527, 528). Vgl. auch schon *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 301.

135 Die Rechtsprechung hat diese Praxis nicht beanstandet: *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1295; *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.

recht entwickelte Meistbegünstigungstheorie zu begründen,<sup>136</sup> ist die Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt.<sup>137</sup> Daran ist richtig, dass die gesetzgeberische Entscheidung jedenfalls einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält.<sup>138</sup> Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG greift nur bei Verletzung subjektiver Rechte ein, setzt deren Existenz also voraus, begründet sie aber nicht.<sup>139</sup> Selbst wenn man davon ausgeht, dass § 36 Abs. 1 GWB drittschützende Wirkung entfaltet,<sup>140</sup> kann dessen Schutz doch nur so weit gehen, wie ihn der Gesetzgeber prozessual ausgestaltet hat.<sup>141</sup> Solange ein betroffener Dritter keine Verletzung in Grundrechtspositionen geltend machen kann,<sup>142</sup> ist der Garantiebereich von Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet.<sup>143</sup> Trotz aller rechtspolitischen Bedenken werden Drittbetroffene daher mit der Entscheidung des Gesetzgebers leben müssen. Eine richterliche Korrektur kommt allenfalls in krassen Ausnahmefällen des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Amt und Zusammenschlussbeteiligten mit Schädigungsabsicht zu Lasten etwaiger Drittbetroffener in Betracht.<sup>144</sup>

136 So der Vorschlag von *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 50ff. mit der Folge der Anwendung von § 40 Abs. 6 GWB, so dass sich das Problem eines Ablaufs der Untersagungsfristen nicht stellt (ebenda, 57). Kritisch zur Übertragung des Meistbegünstigungsansatzes auf die Fusionskontrolle: *Immenga, U.*, *ZWeR* 2003, 100, 102. Vgl. auch *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 234f.

137 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), II C (mit ausdrücklicher Erwähnung des Meistbegünstigungsgrundsatzes). Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), *WuW DE-R* 1293, 1294f. Offen gelassen von *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), *WuW/E DE-R* 1571, 1572 (FN 3) für den Ausnahmefall einer Verletzung des Dritten in subjektiven Rechten.

138 Ausführlich *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), *WuW/E DE-R* 1544, *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), II A 2 sowie schon *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24. *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 234. A. A. *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 38f.; *Steinberger, H.*, *WuW* 2000, 345, 350.

139 *Schenke, W.-R.*, in: *Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K.* (Hrsg.), *Bonner Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 287 m.w.N.; *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 234.

140 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 C*.

141 Vgl. *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 234: „Gegen die nicht materiellrechtliche, sondern verfahrensrechtliche Abgrenzung subjektiver Rechte dürften als solche verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen.“ Das übersieht *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 39, wenn sie meint, „Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG [garantiere Dritten] einen gerichtlichen Rechtsschutz, der nicht in das Ermessen der handelnden Behörde gestellt sein darf“, „wenn aus dem deutschen Fusionskontrollrecht subjektive Rechte für einzelne Dritte resultieren“. Einschränkend dagegen *dies.*, aaO, 39, FN 54.

142 Dazu unten *Kap. 2 A IV 3*.

143 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24.

144 So auch das *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), *WuW DE-R* 644 (insoweit nur abgedruckt in *AG* 2001, 527, 528); *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24.



### III. Erstes Zwischenergebnis

Das bisherige System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes birgt in sich zahlreiche Unstimmigkeiten und regelungstechnische Schwächen. Zwei Hauptursachen sind auszumachen: Zum einen wird der Beiladungsentscheidung für das gerichtliche Verfahren zu große Bedeutung beigemessen, und dies, obwohl es sich um eine – fehleranfällige – Ermessensentscheidung handelt. Zum zweiten erweisen sich bestimmte Differenzierungen auf Tatbestandsseite als nicht sachgerecht. Unterschiedliche Anforderungen gelten für Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde, für erstinstanzliche und Rechtsbeschwerdeberechtigung sowie – neuerdings – für das Verfahren in der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz.

*Zweites Kapitel. Einschränkungen des einstweiligen Drittschutzes durch die Siebte GWB-Novelle*

A. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nach bisheriger Auffassung

Dritte, die auch in Zukunft ihre Interessen im Verfahren der Fusionskontrolle umfassend geltend machen wollen, müssen sich auf die Verletzung eigener Rechte berufen (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005). Andernfalls ist einstweiliger Rechtsschutz gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts in Form der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden nicht mehr möglich. Damit stellt sich die Frage nach dem drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle (*I - III*) sowie gegebenenfalls nach ihrem Schutzbereich (*IV*).

I. Die Verneinung eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle im *Weichschaum II*-Beschluss des KG

Prägend für die Diskussion um den drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle war die *Weichschaum*-Rechtsprechung des KG und des BGH in den 70er-Jahren. Gegenstand des Verfahrens war keine Drittbeschwerde im eigentlichen Sinne. Vielmehr handelte es sich um den atypischen Fall, dass sich die veräußernde Gesellschaft von dem selbst geschlossenen Zusammenschlussvertrag lösen wollte. Zu diesem Zweck beehrte sie vom Bundeskartellamt die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens. Die erste Entscheidung des Kammergerichts<sup>1</sup> und die des BGH<sup>2</sup> setzen sich ausschließlich mit der besonderen Rechtsstellung des Veräußerers auseinander.<sup>3</sup> Die Argumentation erfolgt dezidiert einzelfallbezogen.<sup>4</sup> Lediglich die *Weichschaum II*-Entscheidung des Kammergerichts, die Hauptsacheentscheidung, wirft die Frage auf, inwieweit die in §§ 24, 24a GWB 1976 eröffneten Kontrollmöglichkeiten neben dem Allgemeininteresse auch dem Individualschutz sonstiger Dritter, insbesondere von Wettbewerbern dienen. Das Kammergericht kommt zu dem Schluss, dass die Ergebnisse der Zusammenschlusskontrolle zwar auch für Dritte von großer Bedeutung sind.<sup>5</sup> Die Vorschriften über die Fusionskontrolle dienen aber allein dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Wettbe-

1 KG, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1637 (Gegenstand war ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung) = AG 1976, 191 mit Anmerkung *Emmerich, V*.

2 BGH, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557f.

3 Der BGH bejahte sogar – im Gegensatz zum KG – die Beschwerdebefugnis des Veräußerers mit Rücksicht auf § 24 Abs. 6 GWB 1976 (BGH, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557).

4 So auch *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 227.

5 KG, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.

werbs vor einer Vermachtung.<sup>6</sup> Bei den günstigen Auswirkungen dieser Kontrolle auf Dritte handle es sich lediglich um Reflexe. Die in Frage stehenden Bestimmungen seien weder ausschließlich noch nebenbei auf ihren Schutz ausgerichtet.<sup>7</sup> Schließlich verweist das Kammergericht auf die so genannte Abwägungsklausel<sup>8</sup> in § 24 Abs. 1 2. HS GWB 1976. Danach ist es möglich, aufgrund zu erwartender, überwiegender Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen bestimmte nachteilige Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Einzelfall hinzunehmen. Hieraus folgert das KG, dass es auf die Interessen einzelner Dritter bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens nicht ankomme. Entscheidungserheblich seien lediglich solche gesamtwirtschaftlichen Überlegungen, die für die Allgemeinheit bedeutsam sind. Bemerkenswert ist, dass das KG seine Entscheidung vorsichtshalber mit der Hilfsüberlegung absichert, dass eine geschützte Rechtsposition jedenfalls des Veräußerers zu verneinen wäre.<sup>9</sup> Bei ihm fehle es schon an der belastenden Wirkung einer Nichtuntersagung.<sup>10</sup> Damit wäre eine Beschwerde selbst dann unzulässig, wenn man im Übrigen davon ausginge, die Vorschriften über die Fusionskontrolle dienten auch dem Schutz dritter Unternehmen wie zum Beispiel von Wettbewerbern.<sup>11</sup>

Das KG bekräftigte diese restriktive Linie noch kurz vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle im Fall *Großverbraucher* aus dem Jahr 1997.<sup>12</sup> Darin wird der Vorschrift des § 24 GWB 1990 unter Verweis auf den *Weichschaum III*-Beschluss des BGH ein subjektivrechtlicher Charakter abgesprochen. Unternehmen, die am Zusammenschluss nicht beteiligt sind, haben danach keinen Anspruch auf Untersagung.<sup>13</sup> Eine entsprechende Untersagungsbefugnis stehe dem Bundeskartellamt lediglich im öffentlichen Interesse zu. Es gelte, den Wettbewerb als Institution zu schützen.<sup>14</sup> Überlegungen im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zur Sechsten GWB-Novelle, wonach dem Drittschutz verstärkt Rechnung getragen werden soll, mochte das KG keine Auswirkungen auf diese Einschätzung beimessen. Insbesondere verbiete sich ein „rechtschöpferischer Vorgriff“ in Richtung der Novellierungsvorschläge.<sup>15</sup>

6 Ebenda.

7 Ebenda.

8 Dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 282ff.

9 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.

10 Ebenda, 1760.

11 Ebenda, 1759f.

12 *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850f.

13 Ebenda, 5850.

14 Ebenda, 5851.

15 Ebenda, 5851.

## II. Festhalten an der *Weichschaum*-Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle

Das Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle bedeutete zwar eine neue Ära für den Drittrechtsschutz gegen Zusammenschlussfreigaben.<sup>16</sup> Auch sprach der Gesetzgeber in der Begründung selbst von der Verletzung Dritter „in eigenen Rechten“ durch eine Fusionsfreigabe.<sup>17</sup> Vereinzelt nahm die Literatur diesen Halbsatz in der Gesetzesbegründung zum Anlass, die Existenz subjektiver öffentlicher Dritter in der Fusionskontrolle zu bejahen.<sup>18</sup> Zu einer Änderung der restriktiven Rechtsprechung des KG kam es in der Folge aber nicht. Und selbst der dem Drittrechtsschutz ansonsten großzügig gegenüberstehende Kartellsenat am OLG Düsseldorf judizierte im Fall *tv kofler*: „Drittunternehmen, die sich gegen einen Unternehmenszusammenschluss wenden, [...] sind nicht in subjektiven Rechten i. S. von Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Weder aus einfachem Gesetz noch aus den Grundrechten folgt ein subjektives Recht dritter Unternehmen auf Untersagung von Zusammenschlüssen. [...] § 36 GWB begründet keine subjektiven Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite, weil sie [= die Fusionskontrolle, Verf.] überwiegend im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution eingeführt wurde.“<sup>19</sup> Wenn sich die Düsseldorfer Richter in diesem Zusammenhang sogar auf den *HABET/Lekkerland*-Beschluss des BGH berufen, bleibt unklar, auf welche Formulierung der Bundesrichter sich dabei beziehen. Tatsächlich findet sich in der genannten BGH-Entscheidung genauso wenig wie in dem zuvor oft in Anspruch genommenen *Weichschaum III*-Beschluss eine Aussage zu der grundsätzlichen Frage, ob die Vorschriften über die Fusionskontrolle drittschützende Wirkung haben. Die weit überwiegende Literatur lenkte auf die vom KG und später OLG Düsseldorf ausgegebene Devise ein. Sie verneint ebenfalls eine drittschützende Wirkung der Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB.<sup>20</sup> Eine vertiefte Diskussion des Problems erfolgte ent-

16 Im Einzelnen unten *Kap. 4 C IV 2*.

17 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44: „Außerdem wird klargestellt, dass Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“

18 *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 134; *Dormann, U.*, *WuW* 2000, 245, 246.

19 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), *WuW* DE-R 1293, 1296. Noch einmal bekräftigt in *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), *WuW/E* DE-R 1462, 1464.

20 *Benisch, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1982, § 35 GWB 1980, 13; *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24 und – weniger eindeutig – Rz. 58. *Rieger, H.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Juli 1993, § 24 GWB aF, Rz. 126; *Werner, R.*, in: *FIW* (Hrsg.), *Schwerpunkte* 1977/78, 1979, 49, 57; *Riesenkampff, A.*, *GRUR* 1979, 331, 332; *Steffens, O./Boos, A.*, *ZWeR* 2004, 431, 439 und 450. Vgl. auch *Bundesrat*, *Stellungnahme Entw. 7. GWB-Nov.*, BR-Drucks. 441/04, S. 18 zum Erfordernis einer Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten: „Das wird ihm [dem Dritten, Verf.] in den seltensten Fällen gelingen, da die Fusionskontrolle gerade nicht dem individuellen Schutz der Wettbewerber, sondern dem Wettbewerb als solchem dient.“ Die h. M. referierend: *Emmerich, V.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.*

weder gar nicht oder beschränkte sich auf die Wiedergabe der Argumente des Kammergerichts in seiner *Weichschaum II*-Entscheidung aus dem Jahr 1976.<sup>21</sup> Wenige Tage vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle sprach der BGH in seinem Beschluss über die Nichtzulassungsbeschwerde im Verfahren *Ampere Freigabe* immerhin noch von „eher seltenen Fällen“, in denen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe subjektiv-öffentliche Rechte Dritter verletze.<sup>22</sup> Im konkreten Fall nahm er eine solche aber nicht an.

### III. Siebte GWB-Novelle

Für die Rechtsprechung ergab sich im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussverfahren *Werhahn* eine erste Gelegenheit, sich zu dem im Rahmen der Siebten GWB-Novelle neu eingefügten Erfordernis einer Verletzung in subjektiven Drittrechten zu äußern. Über den Antrag einer Wettbewerberin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsbeschwerde gegen die Fusionsfreigabe urteilte das OLG Düsseldorf: „Nach herrschender Meinung, der sich der Senat weiterhin anschließt, begründet die Fusionskontrolle keine subjektiven Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite, weil sie im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution eingeführt worden ist.“<sup>23</sup> In seiner Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde der unterlegenen Wettbewerberin bekräftigte auch der BGH, es ergebe sich „zweifelsfrei aus der Senatsrechtsprechung, dass aus § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte i.S. des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB hergeleitet werden können.“<sup>24</sup> Offen ließ der BGH einzig

(Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 55, allerdings noch mit Hinweis auf die eigene kritische Stellungnahme in AG 1978, 150, 156. Diese Meinung scheint er in der Kommentierung der Sechsten GWB-Novelle allerdings aufgegeben zu haben: *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 31. *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 31 beschränkt sich in seiner Kommentierung auf die Frage, ob § 24 Abs. 6 GWB 1980 Dritten subjektive Rechte auf bestimmte Auflösungsmaßnahmen einräumt.

21 Eine positive Ausnahme bildet insofern die – im Ergebnis zustimmende – Auseinandersetzung von *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 225ff., der auch zu den kritischen Stellungnahmen von *Emmerich, V.*, AG 1976, 193, 194 und *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 59, 130 Stellung nimmt.

22 *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.

23 *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645.

24 *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 2/3 des Umbruchs. Unklar bleibt, inwieweit die vom BGH angeführten Beschlüsse *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544 sowie *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571 zum Beleg für eine gesicherte Senatsrechtsprechung zu dieser Frage dienen können. Die Frage der subjektiven Rechtsverletzung spielt im *HABET/Lekkerland*-Beschluss gar keine Rolle (Abgrenzung zum Erfordernis der materiellen Beschwer). Im *Zeiss/Leica*-Beschluss beschränkt sich der BGH darauf, im konkreten Fall keine Verletzung der Beschwerdeführerin in subjektiven Rechten fest-

die Frage, ob aufgrund einer Berührung in Grundrechten subjektive Drittrechte in der Fusionskontrolle bestehen können.<sup>25</sup>

#### IV. Die enge Bestimmung des Schutzbereichs der potentiell drittschützenden Vorschriften über die Fusionskontrolle

Die Position der herrschenden Meinung blieb nicht gänzlich unwidersprochen. Vereinzelte Stimmen in der Literatur treten für einen drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle ein.<sup>26</sup> Der einstweilige Drittrechtsschutz ist damit aber noch nicht in trockenen Tüchern. Neue Hürden tun sich auf. Es stellt sich die Frage, *welche* Dritten in *welcher* Situation eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte geltend machen können. Die Antwort hängt von der Bestimmung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs des § 36 Abs. 1 GWB ab.

##### 1. Persönlicher Schutzbereich

Als wenig problematisch erweist sich die Hürde des persönlichen Schutzbereichs. Auch wenn hier noch einige Detailfragen zu klären sind, dürfte der allgemeine Konsens dahin gehen, dass in erster Linie Wettbewerber, also Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe zu den geschützten Personen zählen.<sup>27</sup> Daneben werden vereinzelt – und soweit ersichtlich – unwidersprochen auch Lieferanten und Abnehmer als möglicherweise geschützte Dritte genannt.<sup>28</sup> Die Einbeziehung weiterer Dritter wie

zustellen. Im Verfahren *Ampere Freigabe* bezeichnet der BGH den Fall der Verletzung in subjektiven Drittrechten zwar als „eher selten“, schließt ihn aber gerade nicht grundsätzlich aus.

25 BGH, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 3 des Umbruchs. Anders dagegen das OLG Düsseldorf, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1296, das ausdrücklich auch die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Herleitung eines subjektiven Drittrechts auf Untersagung eines Zusammenschlusses verneint.

Siehe noch unten *Kap. 2 C II* zu der – von OLG und BGH jedenfalls in casu verneinten – Frage ob möglicherweise durch Veräußerungsaufgaben, die Minderheitsbeteiligungen Dritter betreffen, subjektive Rechte erwachsen können (OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647; BGH, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 3 des Umbruchs).

26 Siehe die Nachweise in den folgenden Fußnoten. Zu den Argumenten unten *Kap. 4 C*.

27 *Emmerich, V.*, AG 1978, 150, 156; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675; *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 350f. Vgl. auch *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303, der die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten jedoch nur andeutet, indem er eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG in Erwägung zieht. Siehe auch die Nachweise in der folgenden FN.

28 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 149f.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 228. Das OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644ff. spricht an drei Stellen lediglich von „Wettbewerbern und Abnehmern“ als möglichen Nutznießern der Fusionskontrolle. Lieferanten als potentielle Drittbeschwerdeführer werden dagegen nur einmal mit dem Begriff der „Marktgegenseite“ (ebenda, 1645) erwähnt.

z. B. Arbeitnehmervertreter, Verbraucherschutzverbände oder Unternehmen auf Parallelmärkten wird dagegen überwiegend kritisch beurteilt.<sup>29</sup> Sie bedarf weiterer Diskussion.<sup>30</sup>

## 2. Sachlicher Schutzbereich

Wesentlich größere Schwierigkeiten bereitet die zweite Hürde, die Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs. Traditionell haben Dritte hier mit einem aus dem Verwaltungsprozessrecht stammenden Dogma zu kämpfen. Danach wird die Berührung *bloßer wirtschaftlicher Interessen* der Verletzung von *Rechtspositionen* gegenüber gestellt.<sup>31</sup> So heißt es beispielsweise im Kommentar von *Redeker/von Oertzen* zur Bedeutung von § 42 Abs. 2 VwGO: „Durch diese Regelung wird einmal eine Popularklage, zum anderen aber auch das alleinige Geltendmachen von wirtschaftlichen, kulturellen oder ideellen Interessen durch den Kläger ausgeschlossen.“<sup>32</sup> Ganz ähnlich formuliert *Steinberger* für den Bereich der Drittklagen in der Fusionskontrolle: „Art. 19 IV GG [...] eröffnet den Rechtsweg freilich nur demjenigen, der *in seinen Rechten* möglicherweise verletzt zu sein behauptet.“<sup>33</sup> Hierfür sei nicht ausreichend „die Verletzung allein wirtschaftlicher Interessen, etwa die bloße Verschlechterung seiner Wettbewerbssituation durch das Hinzutreten weiterer Wettbewerber auf dem relevanten Markt“.<sup>34</sup>

## 3. Die These vom existenzvernichtenden Zusammenschluss

Damit scheint festzustehen: eine bloße, wenn auch erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation durch nachteilig veränderte Wettbewerbsverhältnisse kann Drittschutz nicht begründen. Drittunternehmen, die sich auf eine Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte berufen möchten, müssen mehr als nur Nachteile im Wettbewerb geltend machen. Autoren, die unter diesen Umständen an der drittschützenden Wirkung der fusionskontrollrechtlichen Normen festhalten wollen, sehen sich gezwungen, den sachlichen Schutzbereich enger abzugrenzen bzw. bemü-

29 Nach Ansicht von *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 350 fallen zum Beispiel Endverbraucher, nach Ansicht von *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 150ff. auch Arbeitnehmer, Anteilseigner, Verbraucher und Gläubiger nicht in den persönlichen Schutzbereich der Vorschriften über die Fusionskontrolle. *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 232 fügt dieser Aufzählung noch Unternehmerverbände und solche Dritte hinzu, die auf anschließenden Märkten tätig sind und daher lediglich „mittelbar betroffen“ sind.

30 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 D III 1 a*.

31 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 A I*.

32 *Nicolai, H. v.*, in: *Redeker, K./Oertzen, H.-J. v.* (Hrsg.), VwGO, 2004, § 42, Rz. 14.

33 *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 348 (Hervorhebung im Original).

34 Ebenda. Ähnlich *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.

hen die Verletzung von Grundrechtspositionen. Sie fühlen sich aufgefordert Voraussetzungen zu formulieren, die sich hinreichend vom Tatbestand der bloßen Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse unterscheiden. Als Ausweg scheint sich das Merkmal der (drohenden) Existenzvernichtung anzubieten. Charakteristisch ist insofern die Formulierung bei *Dormann*, wonach eine Verletzung subjektiver Rechte nur bei „(partieller) Existenzgefährdung“<sup>35</sup> gegeben sei. Die Beeinträchtigung müsse eine „solche Intensität erreichen, dass ein Ausschluss des Dritten vom Markt zu erwarten ist.“<sup>36</sup> *Laufkötter* will eine Verletzung nur bei Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens annehmen, „der dem klagenden Wettbewerber die Möglichkeit nimmt, mit Mitteln des Wettbewerbs am Markt bestehen bleiben zu können“.<sup>37</sup> *Bunte* fordert eine „schwere und unerträgliche Beeinträchtigung in den wettbewerbslichen Möglichkeiten“ bzw. „ruinösen, existenzgefährdenden Wettbewerb, der zur Auszehrung und Verdrängung der Wettbewerber führt.“<sup>38</sup> *Schmidt-Preuß* möchte subjektiv-rechtlichen Schutz gar nur im „krassen Ausnahmefall einer Vernichtungsfusion“ gewähren.<sup>39</sup> Erforderlich sei die „hinreichend sichere Prognose [...], dass die zusammengeschlossenen Unternehmen unter Einsatz von Marktmacht, Effizienzvorteilen und finanziellen Ressourcen gezielt Unter-Preis-Verkäufe einsetzen und damit die Existenz eines Konkurrenten auf dem Markt kausal gefährden.“<sup>40</sup>

Diese enge Auslegung des sachlichen Schutzbereichs der als drittschützend qualifizierten GWB-Vorschriften erweist sich als zutreffend, wenn man subjektive Drittrechte ausschließlich in Grundrechtspositionen sucht. Im Zusammenhang mit den hier relevanten Sachverhaltsgestaltungen werden als möglicherweise betroffene

35 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 146f.

36 Ebenda, 146. Zustimmung *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 640.

37 *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675.

38 *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 640. Ähnlich auch *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24, FN 7: „Existenzvernichtung durch vollständige Verdrängung vom Markt“. Neuerdings wohl auch *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 67, der eine notwendige Verfahrensbeteiligung eines nicht am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens aus verfassungsrechtlichen Gründen ausnahmsweise für geboten hält, „wenn der Zusammenschluss die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung dieses Unternehmens bedrohen würde.“ Gleichzeitig aber hält er diesen „Ausnahmefall [...] angesichts der Missbrauchsaufsicht [für] kaum denkbar.“

39 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 355f.

40 Ebenda, 356. In der Sache nichts anderes fordern auch *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 450f. Sie wollen zwar daran festhalten, dass die Vorschriften über die Fusionskontrolle keine subjektiv-öffentlichen Drittrechte vermitteln. Sie meinen aber, ein Leerlaufen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch eine teleologische Reduktion von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verhindern zu können. Danach soll die Anwendbarkeit der neuen Vorschrift in den Fällen ausgeschlossen sein, in denen aufgrund der Fusion „irreparable Schäden oder gar die Insolvenz von Wettbewerbern“ droht (unten *Kap. 4 C V 8 e*).



Grundrechtspositionen die Wettbewerbsfreiheit<sup>41</sup>, die Berufsfreiheit<sup>42</sup>, die Eigentumsgarantie<sup>43</sup> oder Kombinationen der genannten Grundrechte<sup>44</sup> genannt. Tatsächlich führt eine Analyse der obergerichtlichen Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass von Verfassungen wegen subjektiv-rechtlicher Schutz nur gegen ruinösen und letztlich existenzvernichtenden Wettbewerb zu gewähren ist.<sup>45</sup> So lassen sich zwar zahlreiche Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte finden, in denen bei Beeinträchtigung in lediglich wirtschaftlichen Interessen bereits ein Eingriff in einfachgesetzlich begründete Rechte bejaht wurde.<sup>46</sup> Fehlt es dagegen hieran bzw. gilt die in Frage stehende einfachgesetzliche Norm als nicht drittsschützend, so verneinen sowohl das Bundesverwaltungs- als auch das Bundesverfassungsgericht regelmäßig eine Verletzung von Grundrechtspositionen mangels ausreichender Intensität der Beeinträchtigung in wirtschaftlichen Interessen.<sup>47</sup> Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der behördlichen Genehmigung von privatem Handeln

41 Meyer-Lindemann, H. J., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24, FN 7 (der die Wettbewerbsfreiheit in den Art. 12, 14, 3 Abs. 1 GG verortet), Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 172ff. (Art. 12, 14 GG, siehe auch FN 46); Charalambos, T., Wettbewerbsfreiheit, 1998, 184; Dormann, U., Drittklagen, 2000, 147; Steinberger, H., WuW 2000, 345, 349f.

42 Tettinger, P. J., in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 12 Rz. 162; Hösch, U., DV 1997, 211, 226; Laufkötter, R., WuW 1999, 671, 675; Veelken, W., WRP 2003, 207, 214.

43 Veelken, W., aaO 2003, 207, 214: Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

44 Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 172ff.; Huber, P. M., Konkurrenzschutz, 1991, 416; Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 356 (alle: Art. 12 und Art. 14 GG). Differenzierend Veelken, W., aaO: Wettbewerber, Lieferanten und unternehmerische Kunden: Art. 12 GG und – ergänzend – Art. 14 GG; sonstige Abnehmer: Art. 2 Abs. 1 GG; von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmer: Art. 12 GG.

45 Meyer-Lindemann, H. J., in: Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24; Dormann, U., Drittklagen, 2000, 147f. Vgl. auch Laufkötter, R., WuW 1999, 671, 675, die zwar lediglich eine „spürbare Beeinträchtigung“ des Wettbewerbers in seinen wettbewerblichen Möglichkeiten durch die Freigabe des Zusammenschlusses postuliert, dabei an den Spürbarkeitsbegriff „im Sinne einer effektiven Zusammenschlusskontrolle“ jedoch hohe Anforderungen stellt. Ähnlich Steinberger, H., WuW 2000, 345, 350f. Noch enger BVerwG, 28.1.1960, E 10, 122, 123: selbst eine drohende Existenzgefährdung berührt lediglich „die wirtschaftlichen, nicht aber die im Klageweg allein verfolgbar rechtlichen Interessen der Klägerinnen“, die sich gegen die Erteilung einer Genehmigung zugunsten einer (dann konkurrierenden) Rechtsschutzversicherung gewandt hatten. Kritisch dazu Schmidt, R., NJW 1967, 1635, 1638f.

46 Unten Kap. 4 A III.

47 Z. B. BVerfG, 11.12.1990, DVBl. 1991, 309 (keine Verletzung der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr durch Zulassung eines konkurrierenden Rundfunkbetreibers); BVerwG, 20.7.1992, NVwZ 1993, 63 (kein Eingriff in Art. 14 GG durch Widerruf der staatlichen Anerkennung einer Heilquelle mangels Existenzgefährdung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs).

lediglich um einen mittelbaren Eingriff in Rechtspositionen Dritter handeln kann.<sup>48</sup> Entsprechend schwerwiegend müssen daher die Beeinträchtigungen sein, um eine Grundrechtsverletzung bejahen zu können.<sup>49</sup>

## V. Zweites Zwischenergebnis

Das neue Erfordernis der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 droht, den einstweiligen Drittschutz gegen Fusionsfreigaben gänzlich zu beseitigen.<sup>50</sup> Rechtsprechung und Literatur sprechen der Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB fast einhellig einen drittschützenden Charakter ab. Sie schließen die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte Dritter in der Fusionskontrolle damit von vornherein aus.<sup>51</sup> Eine literarische Mindermeinung leugnet die Existenz subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle zwar nicht von grundsätzlich. Allerdings grenzt sie den sachlichen Schutzbereich der potentiell drittschützenden Normen denkbar eng ab. Gefordert wird der Nachweis der drohenden „Existenzvernichtung“. Es stellt sich nun die Frage, welche Sachverhaltsgestaltung diesen hohen Anforderungen überhaupt gerecht werden kann. Nach Ansicht von *Veelken* dürften Zusammenschlüsse, die diese Voraussetzungen erfüllen, in der bisherigen Fusionskontrollpraxis von Bundeskartellamt und EG-Kommission „mit der Lupe zu

<sup>48</sup> *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 147. Eingehend zur Frage der Modalität der Grundrechtsverletzung (mittelbarer Eingriff oder Unterlassen weitergehenden Schutzes): *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 214f. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die „inhaltliche Reichweite des Grundrechtsschutzes des beeinträchtigten Dritten nicht zwangsläufig von der Wahl der Abwehr oder Schutzpflichtenkonstellation abhängen [muss].“

<sup>49</sup> *Veelken, W.*, aaO, 215. Ein Beispiel für eine derart schwere Beeinträchtigung findet sich in der Entscheidung des *BVerwG*, 1.12.1982, E 66, 307 zur Dünnsäure-Verklappung in der Nordsee. Einem privaten Unternehmen war die behördliche Erlaubnis erteilt worden, eine große Menge Dünnsäure in ein näher bestimmtes Seegebiet nordwestlich von Helgoland einzuleiten. Gegen diese Erlaubnis hatte ein Kutterschiffer Anfechtungsklage erhoben. Er machte geltend, sein auf Fischfang ausgerichteter Gewerbebetrieb sei durch das Einleiten der Dünnsäure ernsthaft in seiner Existenz gefährdet. Mangels drittschützender Wirkung des Einbringungsgesetzes, auf dem die Verklappungserlaubnis beruhte, blieb dem Bundesverwaltungsgericht nur, die Klagebefugnis des Kutterfischers im Rückgriff auf Grundrechtspositionen zu bejahen. Die Voraussetzungen seien erfüllt, wenn die behördliche Erlaubnis den Gewerbebetrieb des Klägers entweder „schwer und unerträglich“ treffe oder „der Bestand seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ernsthaft in Frage gestellt wird“ (ebenda, 309 mit Hinweis auf *BVerwGE* 36, 248, 251). Dogmatische Kritik an dieser Entscheidung übt *Ossenbühl, F.*, in: ders. (Hrsg.), Eigentumsgarantie und Klagebefugnis, 1990, 3540ff.

<sup>50</sup> Siehe nur *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 104; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 483.

<sup>51</sup> Bemerkenswert auch schon der Kommentar bei *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 71 zum Merkmal der Rechtsbeeinträchtigung in § 75 Abs. 1 GWB 1966 als Voraussetzung für die Rechtsbeschwerde in Kartellverwaltungssachen, wonach „betroffenen Dritten [...] praktisch nie ein Klagerecht zustünde“.

suchen“ sein.<sup>52</sup> Möglicherweise ist es sogar nicht übertrieben, die Existenz solcher Zusammenschlüsse von vornherein auszuschließen.

## B. Existenzvernichtende Zusammenschlüsse? Zum Verhältnis von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle

### I. Ablauf einer Marktverdrängungsstrategie nach Fusion

Ein Zusammenschluss, der als solcher marktverdrängende Wirkung hat, ist schwer vorstellbar.<sup>53</sup> Im Zusammenhang mit einer Unternehmensfusion ist allenfalls folgender Ablauf einer auf Marktverdrängung ausgerichteten Strategie denkbar: In einem ersten Schritt kommt es durch einen Zusammenschluss zu einem erheblichen Zuwachs an Marktmacht und/oder Zugewinn an (zumeist finanziellen) Ressourcen. Erst in einem zweiten Schritt kann der vergrößerte Verhaltensspielraum in einer auf Verdrängung abzielenden Weise eingesetzt werden. Zu denken ist etwa an die Möglichkeit, einen Zugewinn an finanziellen Ressourcen zu gezielten Unter-Preis-Verkäufen einzusetzen.<sup>54</sup> Es ist bezeichnend, dass sich Beispiele im deutschen und europäischen Kartellrecht nicht finden lassen. Auch unabhängig von dem Sonderfall einer auf eine Fusion folgenden Verdrängungsstrategie kommt es nur sehr selten zum gezielten Einsatz einer Kampfpreisunterbietung.<sup>55</sup> Auch dient sie dann eher Disziplinierungs- als Vernichtungszwecken.<sup>56</sup> In manchen Fällen mag der fusionsbedingte

52 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 230 (Anführungszeichen im Original).

53 Vgl. auch ebenda, 218: „Die für eine Grundrechtsverletzung erforderliche erhöhte Intensitätsstufe der Drittbeeinträchtigung wird unmittelbar mit dem Zusammenschluss noch nicht, sondern erst im weiteren Wettbewerbsverlauf, insbesondere als Folge zukünftiger Wettbewerbs-handlungen des zusammengeschlossenen Unternehmens eintreten.“ Ähnlich *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 199 zur Praxis des *predatory pricing* oder ähnlich missbräuchlichem Verhalten nach Vollzug eines rechtswidrigen Zusammenschlusses in der US-amerikanischen Fusionskontrolle: „All diesen Praktiken ist gemeinsam, dass eine auf sie gestützte Schadenersatzklage allenfalls mittelbar mit dem Zusammenschluss zusammenhängt, unmittelbar jedoch nach den die konkrete Verhaltensweise betreffenden Antitrustgesetzen zu beurteilen ist.“ sowie *ders.*, 192: „Der Antitrustrechtsverstoß [...] ist [...] genau genommen nur noch mittelbar der nach Sec. 7 Clayton Act rechtswidrige Zusammenschluss, unmittelbar aber das regelmäßig nach Sec. 2 Sherman Act zu beurteilende Missbrauchsverhalten.“ Siehe sogleich unten IV zum Zusammenschlussverfahren *Tetra Laval/Sidel*.

54 Siehe unten *Kap. 2 D I* die Ausführungen zu *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484 (1986).

55 Vgl. *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 122 mit Nachweisen aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung (FN 742) sowie *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 20, Rz. 195 (zum Tatbestand der Gefährdung des Wettbewerbsbestandes), der einzig den „Kölner Schallplattenkrieg“ (*BGH*, 27.10.1988 (*Preiskampf*), WuW/E BGH 2547, 2550) nennt.

56 *Möschel, W.*, aaO, der darauf hinweist, dass solche Strategien nur unter den Voraussetzungen überlegener Finanzkraft und hoher Marktzutrittsschranken sinnvoll sind.

Zuwachs an Marktmacht (und Information!) es der neuen Unternehmenseinheit ermöglichen, beispielsweise von ihren Zulieferern nachträglich günstigere Konditionen zu verlangen.<sup>57</sup> Exemplarisch sei der Fall *Konditionen Anpassung*<sup>58</sup> genannt: Der Metro-Konzern hatte die allkauf-Gruppe übernommen. Nach Vollzug des vom BKartA freigegebenen Zusammenschlusses forderte die für den Einkauf des Metro-Konzerns zuständige Gesellschaft ihre Zulieferer auf, auch ihr rückwirkend die günstigeren Konditionen einzuräumen, die der übernommenen allkauf-Gruppe gewährt wurden und entsprechende Ausgleichszahlungen zu leisten. Ein großer Teil der Unternehmen ging auf diese Forderung ein. Das Bundeskartellamt sah hierin den Fall des § 20 Abs. 3 GWB verwirklicht. Bei den nachträglich ausgehandelten Konditionenvereinbarungen handle es sich um Vorzugsbedingungen. Da ein zivilrechtlicher Anspruch nicht bestanden habe, bestehe die – allerdings widerlegliche<sup>59</sup> – Vermutung, dass die Forderung der Vorzugsbedingungen sachlich nicht gerechtfertigt sei.<sup>60</sup>

## II. Verhaltenskontrolle versus Marktstrukturkontrolle

Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle erfüllen unterschiedliche Funktionen.<sup>61</sup> Gegenstand der Fusionskontrolle sind die Wirkungen, die von veränderten Unternehmens- und Marktstrukturen auf den Wettbewerb ausgehen. Es geht um die Kontrolle der zukünftigen Marktstruktur.<sup>62</sup> Vorgebeugt werden soll den mit der Marktherrschaft verbundenen Gefahren. Es gilt zu verhindern, dass Unternehmen Verhaltensspielräume eröffnet werden, die durch den Wettbewerb nicht mehr kontrolliert werden können.<sup>63</sup> Die Prüfung, in welcher Weise die Unternehmen diese Verhaltensspielräume tatsächlich nutzen, kann schon aus praktischen Gründen<sup>64</sup> kaum auf der Ebene der vorgelagerten Fusionskontrolle, sondern lediglich im Rahmen einer späteren Missbrauchsaufsicht erfolgen.<sup>65</sup> Soweit im Rahmen der Beurtei-

57 Weitere Beispiele (aus der amerikanischen Fusionskontrollpraxis) für mögliche Missbrauchspraktiken in Anschluss an einen Zusammenschluss bei *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 198f.

58 *Bundeskartellamt*, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94, 98f.; *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionen Anpassung*), WuW/E DE-R 984ff.

59 *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionen Anpassung*), WuW/E DE-R 984, 990f.

60 *Bundeskartellamt*, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94, 98f.

61 Übereinstimmend *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 145 f. Vgl. auch *Ruppelt, H.-J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), *GW*B, 2006, § 36, Rz. 17. Vgl. auch *BGH*, 18.12.1979 (*Springer-Elbe Wochenblatt*), WuW 1685, 1691 (zum spezifischen Zweck der Vorschriften über die Fusionskontrolle). Dazu unten *C I 2 b* ausführlich.

62 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GW*B, 2001, Vor § 35, Rz. 26f.; *Ruppelt, H.-J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), *GW*B, 2006, § 36, Rz. 17. Vgl. auch *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 145.

63 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO.

64 Siehe sogleich unten *III*.

65 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO, Rz. 26.

lung von Zusammenschlussvorhaben eine Prognoseentscheidung zu treffen ist, stehen daher strukturelle Erwägungen ganz im Zentrum der Überlegungen.<sup>66</sup>

Demgegenüber richten sich die Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB gegen wettbewerbsbeschränkende Einzelverhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.<sup>67</sup> Dieses Verhalten liegt grundsätzlich in der Vergangenheit.<sup>68</sup> Zwar können die §§ 19, 20 i. V. m. § 33 GWB, der eine vorbeugende Unterlassungsklage ermöglicht, ausnahmsweise auch einmal präventiv, nämlich zur Abwehr zukünftiger Beeinträchtigungen eingesetzt werden.<sup>69</sup> Im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses spielen missbräuchliche Verhaltensweisen jedoch nur eine geringe Rolle. Als historische Gegebenheiten können sie allenfalls Indizien sein für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.<sup>70</sup> Eine solche Bedeutung kommt zukünftigem Marktverhalten dagegen nur ganz ausnahmsweise zu.<sup>71</sup> So mögen Drittbetroffene und Kartellbe-

66 Dazu ausführlich *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 29f. Danach ist eine Voraussage darüber zu treffen, ob sich die „Wettbewerbsvoraussetzungen alsbald [...] verschlechtern oder [...] verbessern werden. [...] Ausgangspunkt der Betrachtung dürften hierbei in der Regel die in § 22 Abs. 1 Satz 2 GWB [1971] genannten strukturellen Merkmale wie Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen, Marktzutrittschranken sein.“

67 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 120. Zu den Schutzrichtungen der §§ 19, 20 GWB *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 11 und *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 20, Rz. 17ff. Dagegen möchte *Möschel, W.*, Oligopolmissbrauch, 1974, 185 die Missbrauchsaufsicht zumindest theoretisch auch auf „marktstrukturverändernde Maßnahmen“ erstrecken und unter diesem Gesichtspunkt die Möglichkeit einer Legalisierung durch Ministererlaubnis ausschließen.

68 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO.: „in der Vergangenheit liegende Verhaltensweisen“ und *Ruppelt, H.-J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 36, Rz. 12: „auf zurückliegendes Verhalten gerichtete Missbrauchsaufsicht“ und Rz. 17: „Während sich die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 Beanstandungen gegen ein ganz bestimmtes Marktverhalten eines Unternehmens erhebt, befasst sich die Fusionskontrolle in einer Zukunftsbetrachtung mit der Beurteilung einer bestimmten konkreten Strukturverschlechterung [...]“

69 *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 53f. m. Nachweisen auf die Rechtsprechung; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 219. Anders offenbar *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 146 (dazu die Kritik von *Veelken, W.*, aaO, FN 146).

70 *BGH*, 2.12.1980 (*Klökner/Becorit*), WuW/E BGH 1749, 1754f.; 24.6.1980 (*Mannesmann/Brüninghaus*), WuW/E BGH 1711, 1716; 22.6.1981 (*Tonolli/Blei- und Silberhütte*), WuW/E BGH, 1824, 1827 (Verhaltensweisen als Indizien für Marktbeherrschung); *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 120; *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 838: Aktuelles Wettbewerbsverhalten „wird nur insoweit berücksichtigt, als es seinerseits Aufschluss über die ihm zugrunde liegenden Wettbewerbsbedingung und die von dem Zusammenschluss zu erwartenden Veränderungen zu ergeben vermag“.

71 Vgl. auch *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 22, Rz. 145: „Solchen Wettbewerbsformen, die die *Wettbewerbsstruktur* beeinflussen oder von ihr beeinflusst sind, kommt in der Fusionskontrolle von vornherein größere Bedeutung zu als augenblicklichem Wettbewerbsverhalten, dessen Fortdauer in keiner Weise abgesichert ist.“ (Hervorhebung im Original).

hörde versucht sein, das Entstehen einer nicht aus dem Zusammenschluss selbst resultierenden marktbeherrschenden Stellung<sup>72</sup> mit dem zukünftigen Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen zu begründen.<sup>73</sup> In diesem Fall stellen sich aber praktisch kaum überwindbare Beweisprobleme.

### III. Beweisprobleme

Die Vertreter der These vom existenzgefährdenden Zusammenschluss bürgen den betroffenen Dritten den Nachweis auf, der Zusammenschluss werde, wenn er schon nicht als solcher existenzgefährdend sein kann, die Grundlage für marktverdrängendes Verhalten der neuen Einheit bilden. Um diesen Nachweis zu erbringen, sind die Dritten letztlich auf interne Informationen der Zusammenschlussbeteiligten angewiesen, aus denen deren zukünftige Wettbewerbsstrategie hervorgeht.<sup>74</sup> Praktisch erscheint es jedoch ausgesprochen unwahrscheinlich, dass diese durch entsprechende Verlautbarungen im Vorfeld ihres Zusammenschlusses die Absicht – öffentlich! – bekannt geben, ihre durch die Fusion begründete oder verstärkte marktbeherrschende Stellung zu missbräuchlichem Verhalten auszunutzen.<sup>75</sup> Anders dürfte es jedoch kaum möglich sein, die geforderte „hinreichend sichere Prognose“<sup>76</sup> abzugeben, dass die neu entstandene Unternehmenseinheit zum Beispiel „gezielt Unter-Preis-Verkäufe einsetzen und damit die Existenz eines Konkurrenten auf dem Markt kausal gefährden“ wird.<sup>77</sup> Speziell im soeben zitierten Fall *Konditionen Anpassung* erhielt die betroffene Metro MGE Einkaufsgesellschaft nähere Informationen über die Vereinbarungen zwischen allkauf und ihren Lieferanten erst nach Vollzug des Zusammenschlusses.<sup>78</sup> Überlegungen, die künftige Marktmacht dazu einzusetzen, bereits vereinbarte Konditionen an die günstigeren Vereinbarungen des zu erwerbenden Wettbewerbers anzupassen, waren daher zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlusses aller Wahrscheinlichkeit nach noch nicht vorhanden.

72 Das ist typischerweise der Fall bei Zusammenschlüssen des Konglomerattyps.

73 Siehe sogleich unten IV zu dem in dieser Hinsicht gescheiterten Versuch der Kommission im Verfahren *Tetra Laval/Sidel*.

74 Siehe auch hierzu sogleich unten IV.

75 Offenlegungspflichten im Sinne einer „pre-trial discovery procedure“ kennt das deutsche Prozessrecht nicht. Vgl. nur *Möschel, W.*, WuW 2006, 115 (zu entsprechenden Überlegungen *de lege ferenda*): „Diese Form des Ausforschungsbeweises [...] dürfte in Deutschland gegen die Verfassung verstoßen.“

76 Das *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (= RZ. 155), bestätigt von *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 876 (= RZ. 41) verlangt „convincing evidence“.

77 So z. B. *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 356.

78 Vgl. die entsprechende Sachverhaltswiedergabe in *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionen Anpassung*), WuW/E DE-R 984, 985.

#### IV. Zukünftiges missbräuchliches Verhalten als Untersagungsgrund? Das Beispiel *Tetra Laval/Sidel*

Die mit der Prognose zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens verbundenen Schwierigkeiten stehen im Zentrum der Entscheidungen *Tetra Laval/Sidel*.<sup>79</sup> Die Kommission hatte die Übernahme fast sämtlicher Aktien und Stimmrechte des Unternehmens Sidel durch die Tetra Laval SA für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt. Beide Unternehmen waren auf den Märkten für empfindliche Produktverpackungen tätig. Nach übereinstimmender Ansicht der Fusionsparteien und der Kommission handelte es sich um einen Zusammenschluss des Konglomeratyps.<sup>80</sup> Der Kommission wurde zugestanden, einen solchen Zusammenschluss auch dann zu untersagen, wenn seine Prüfung ergibt, dass „aller Wahrscheinlichkeit nach in naher Zukunft“ eine beherrschende Stellung auf einem zweiten, noch nicht beherrschten Markt, begründet oder verstärkt wird.<sup>81</sup> Dabei ging das EuG davon aus, dass im Fall *Tetra Laval/Sidel* die „beherrschende Stellung auf dem zweiten Markt nicht sofort aus dem Zusammenschluss resultiert, sondern erst nach gewisser Zeit infolge des Verhaltens der durch den Zusammenschluss entstandenen Einheit auf dem ersten Markt eintritt, auf dem sie bereits eine beherrschende Stellung einnimmt.“<sup>82</sup> Für die Kommission stellte sich damit die Aufgabe, die zukünftige Begründung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. von Art. 2 Abs. 3 FKVO mit den zu erwartenden Verhaltensweisen der Zusammenschlussparteien zu begründen.<sup>83</sup> Die Kommission befürchtete in Folge des Zusammenschlusses eine Übertragung der beherrschenden Stellung von Tetra auf dem Markt für aseptische Kartonverpackungen auf den Markt für PET-Getränkeverpackungen, auf dem Sidel bereits eine führende Stellung einnimmt (Hebelwirkung). Ihrer Ansicht nach müsse mit dem künftigen Einsatz verschiedener missbräuchlicher Verhaltensweisen wie Kopplungsangeboten, Zwangsverkäufen, Kampfpreisen (predatory pricing) und der Gewährung von Treuerabatten gerechnet werden. Sie würden es den Zusammenschlussbeteiligten erlauben, Wettbewerber zu verdrängen und die Marktstellung von Sidel auszubauen.<sup>84</sup> Der EuG wies das von der Kommission angenommene Zukunftsszenario mangels ausreichender Beweise (convincing evidence) zurück.<sup>85</sup> Der Gerichtshof hat dieses

79 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13 = WuW/E EU-V 711; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381ff.; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875ff.

80 Vgl. *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4442 (= Rz. 142).

81 Ebenda, 4446 (= Rz. 153).

82 Ebenda, 4446 (= Rz. 154).

83 Ebenda, 4446ff. (= Rz. 154ff.) Insofern bestätigt von *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875ff. (= Rz. 37ff.).

84 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13, 74 (= Rz. 364).

85 *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446ff., 4468, 4482 (= Rz. 154ff., 218, 256).

Ergebnis bestätigt.<sup>86</sup> Er weist auf die besonderen Schwierigkeiten hin, die mit der Vorhersage zukünftiger Ereignisse verbunden sind und bemerkt, dass die "Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar" sind.<sup>87</sup> Das Bemühen der Kommission, die Prognose missbräuchlicher, in der Zukunft liegender Verhaltensweisen in die Beurteilung eines (konglomeraten) Zusammenschlussvorhabens mit einzubeziehen, ist gescheitert. Angesichts der von der Rechtsprechung gestellten hohen Plausibilitätsanforderungen<sup>88</sup> dürfte der Nachweis, die Fusionsparteien würden im Anschluss an den zu beurteilenden Zusammenschluss (rechtswidrige) Strategien der Verdrängung von Wettbewerbern einsetzen, auch zukünftig schwer fallen.<sup>89</sup>

#### V. Drittes Zwischenergebnis

Drittunternehmen, die das effektive Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen wollen, drohen spätestens an der Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung zu scheitern. Der Zusammenschluss selbst kann eine Marktverdrängung bzw. Existenzvernichtung von Dritten grundsätzlich nicht herbeiführen. Er hat unmittelbar nur eine Veränderung der Marktstruktur zur Folge. Denkbar ist allenfalls der Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen im Anschluss an die Fusion. Bei der Unterscheidung zwischen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens und der zeitlich nachfolgenden Überwachung des Wettbewerbsverhaltens der neuen Unternehmenseinheit am Maßstab der §§ 19, 20 GWB handelt es sich nicht nur um eine formale, sondern vielmehr um eine am tatsächlichen Geschehen orientierte Differenzierung.<sup>90</sup> Eine hinreichend sichere Prognose erscheint im Zeitpunkt der Zusammenschlussgenehmigung praktisch ausgeschlossen (vgl. *Tetra Laval/Sidel*). Aber auch grundsätzlich ist vor einer Überfrachtung der Zusammenschlusskontrolle mit Prognosen über etwaiges missbräuchliches Verhalten in der Zukunft zu warnen. Die These von der existenzbedrohenden Wirkung einer Fusion beruht auf einer Vermengung von Elementen der Strukturkontrolle einerseits mit solchen der Verhaltenskontrolle andererseits. Sie verkennt den Charakter der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als Gefährdungstatbestand.<sup>91</sup>

86 Der *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 878ff. (= Rz. 71ff.) hat die Argumentation des EuG lediglich insoweit zurückgewiesen, als dieser das Fehlen einer eingehenden Analyse der Auswirkungen des EG-rechtlichen Missbrauchsverbots (Art. 82 EG-Vertrag), der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und Verfolgung sowie der deshalb drohenden finanziellen Sanktionen beanstandet hatte. Kritisch *Scheffler, A.*, *EuZW* 2005, 751, 752.

87 *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 877 (= Rz. 42ff.).

88 Kritisch *Emmerich, V.*, *AG* 2005, 857, 863.

89 Ähnlich *Denzel, U.*, *BB* 2005, 1062, 1067: künftig wird die Kommission Untersagungen "konglomerater Zusammenschlüsse kaum mehr nur mit dem zukünftigen Verhalten der Parteien begründen können".

90 Vgl. nur das *Bundeskartellamt*, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94.

91 Ähnlich die Kritik bei *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 230.



### C. Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Drittrechte in Sonderkonstellationen?

Legt man die bisherige Auffassung zugrunde, so kommt eine Verletzung subjektiver Drittrechte aus § 36 Abs. 1 GWB nicht in Betracht.<sup>92</sup> Möglicherweise lassen sich Sonderkonstellationen ausmachen, in denen die fusionskontrollrechtliche Genehmigung subjektive Drittrechte verletzt, die ihre Grundlage nicht in §§ 36 Abs. 1 bzw. 42 Abs. 1 GWB haben. Diesen Ansatz verfolgt *Wiedemann* in seiner Stellungnahme zum Entwurf der Siebten GWB-Novelle.<sup>93</sup> Auch er vertritt die These, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte Dritter begründet. Dennoch wendet er sich gegen die Behauptung, einstweiliger Rechtsschutz Dritter sei nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 faktisch ausgeschlossen.<sup>94</sup> Aussichtsreich erscheint die Suche nach potentiell drittschützenden Vorschriften außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB im Wesentlichen in zweierlei Richtungen. Zu erwägen ist zum einen die Verletzung subjektiver Drittrechte im Fall einer Überschneidung von Missbrauchstatbeständen und Fusionskontrolle (*I*). Zum anderen ist zu überlegen, inwieweit die im Zusammenhang mit einer Freigabeverfügung verhängten Auflagen Dritte in subjektiven Rechten verletzen können (*II*).

92 Siehe oben *A* und *B*.

93 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 15ff.

94 Ebenda, 21. *Wiedemann* kommt das Verdienst zu, als – soweit ersichtlich – bislang einziger nach Fallgestaltungen gesucht zu haben, die der neuen Vorschrift einen Anwendungsbereich auch dann eröffnen würden, wenn man an der herrschenden Meinung festhielte, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung entfaltet.

Zu beachten ist auch sein instruktiver rechtsvergleichender Überblick zur Bedeutung der Drittklage und des einstweiligen Drittrechtsschutzes im Fusionskontrollrecht anderer Rechtsordnungen ebenda, 18ff. Mittlerweile überholt sind allerdings seine Feststellungen zur französischen („Einstweiliger Rechtsschutz [...] wurde seit Inkrafttreten der französischen Fusionskontrolle in keinem einzigen Fall beantragt“) und zur italienischen Rechtslage („Dritte [können] Freigabeentscheidungen der italienischen Kartellbehörde weder mit einer Klage im Hauptsacheverfahren angreifen noch einstweiligen Rechtsschutz dagegen beantragen“). In seiner vielbeachteten Entscheidung „*Fiducial*“ vom 19.5.2005 (Ordonnance N° 279697, abrufbar unter [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)) hat der *Conseil d'État*, das oberste französische Verwaltungsgericht, eine Fusionsfreigabe in der ersten Phase (!) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes einstweilig aufgehoben (*suspension en référé*). Nachdem jedoch auch der *Conseil de la Concurrence* in seinem Gutachten vom 14.12.2005 (Avis N° 05-A-24, abrufbar unter [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)) keine wettbewerblichen Bedenken gesehen hatte, bestätigte das hohe Verwaltungsgericht mit Entscheidung vom 13.2.2006 (Ordonnance N° 279180) endgültig die Rechtmäßigkeit der ministeriellen Freigabe. Zu den neueren Entwicklungen in der italienischen Fusionskontrolle *Malferari, L.*, ECLR 2006, 74ff.

## I. Tatbestandliche Überschneidungen von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle

Es geht um die „eher theoretisch als praktisch interessante Frage“<sup>95</sup>, ob Zusammenschlussmaßnahmen von § 19 GWB erfasst werden können.<sup>96</sup> Seit Einführung einer allgemeinen Zusammenschlusskontrolle sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene stellt sich das Problem in der Praxis nicht mehr.<sup>97</sup> Wegen der veränderten Rahmenbedingungen kann das *Continental Can-Urteil*<sup>98</sup> des EuGH aus dem Jahr 1973 nicht mehr als maßgeblich angesehen werden. Die Anwendung von Art. 82 EGV auf einen Zusammenschluss hat sich seit Inkrafttreten der europäischen Fusionskontrollverordnung im Jahr 1990 praktisch erübrigt.<sup>99</sup>

### 1. Aggressive Konzentrationsformen: Zwang zur Fusion durch Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen

Als unergiebig erweist sich zunächst die Fallgruppe der „aggressiven Konzentrationsformen“. Gemeint sind Fälle, in denen ein Unternehmen ein anderes durch Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen wie zum Beispiel konsequenter Preisunterbietung zum Zusammenschluss zwingt.<sup>100</sup> Sie werden zwar überwiegend unter die Vorschrift des § 19 GWB gefasst.<sup>101</sup> Hierzu gibt es jedoch zum einen keinerlei Ent-

95 *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 233. Vgl. auch schon *Möschel, W.*, *Oligopolmissbrauch*, 1974, 162, 185.

96 Eingehend zum Verhältnis der beiden Tatbestände *Möschel, W.*, *Oligopolmissbrauch*, 1974, 162ff., der auf die höheren Eingriffsvoraussetzungen der Missbrauchsvorschriften (Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung) hinweist. Wichtige Konsequenz der von ihm befürworteten parallelen Anwendbarkeit der beiden Regelungskomplexe ist eine Einschränkung des Instituts der Ministererlaubnis: „Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann nicht legalisiert werden“ (ebenda, 163).

97 Lediglich der Vollständigkeit halber sei auf den Sonderfall eines vollständigen Erwerbs von nicht substituierbaren Ressourcen (dazu *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 727) hingewiesen. Soweit ersichtlich existieren in der deutschen und europäischen Fusionskontrollpraxis keine Beispielfälle.

98 *EuGH*, 21.2.1973 (*Euroemballage Corp. und Continental Can Comp. Inc. gegen Kommission*), Slg. 1973, 215, 243ff. (= WuW/E EWG/MUV 296ff. „*Euroemballage*“). Dazu eingehend *Möschel, W.*, *Oligopolmissbrauch*, 1974, 109ff.

99 Vgl. auch *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 22, Rz. 249.

100 *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 233 m.w.N. Vgl. zu dieser Konstellation auch die Überlegungen des *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638.

101 *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 233 m. w. N.; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 22, Rz. 253.

scheidungspraxis.<sup>102</sup> Wichtiger noch erscheint jedoch folgende Überlegung: Anlass für ein kartellbehördliches Einschreiten ist nicht der Zusammenschluss als solcher. Missbilligt wird vielmehr der Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen im Vorfeld der Fusion.<sup>103</sup> Die Berücksichtigung des missbräuchlichen Verhaltens erst auf der Ebene der Fusionskontrolle käme, insbesondere auch für die Drittbetroffenen, zu spät.

## 2. Zusammenschluss als missbräuchliches Verhalten?

Die Fälle *Stadtkurier* und *Springer/Elbe Wochenblatt* werfen die Frage der Anwendung des Missbrauchstatbestandes auf den Vollzug eines Zusammenschlusses auf.

### a) Das Verfahren *Stadtkurier*

Bei der Klägerin handelt es sich um die Herausgeberin der Badischen Anzeigen Zeitung. Sie wendete sich mit ihrer Klage vor dem LG Mannheim und ihrer Berufung zum OLG Karlsruhe gegen die Integration des Heidelberger Amtsanzeigers in das konkurrierende Anzeigenblatt *Stadtkurier* der Beklagten, die gleichzeitig Herausgeberin der einzigen Heidelberger Tageszeitung ist. Die Richter lehnten es im Ergebnis ab, die Übernahme des Amtsanzeigers durch den *Stadtkurier* als unbillige Behinderung des konkurrierenden Anzeigenblatts zu qualifizieren.<sup>104</sup> Zwar liege bei der Erwerberin des Amtsanzeigers mit einem Marktanteil von mehr als 90 Prozent eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt für Anzeigengeschäfte im Heidelberger Raum vor.<sup>105</sup> Auch komme es durch die zusätzliche Einbeziehung des Amtsanzeigers in das Anzeigenblatt zu einer objektiven Behinderung des einzig verbliebenen Wettbewerbers.<sup>106</sup> Das Gericht stellte sogar fest, dass die in der Integration des Amtsanzeigers liegende finanzielle Investition der Erwerberin nahe legt, dass ihre „Strategie auch (und letztlich zwangsläufig) darauf gerichtet ist, das [konkurrierende Anzeigenblatt] aus dem Heidelberger Anzeigengeschäft zu verdrängen.“<sup>107</sup> Dieses Vorgehen sei jedoch solange als wettbewerbskonform hinzunehmen,

102 Offen gelassen von KG, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638 und BGH, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1560. Vgl. auch *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 234, der aus den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamts für die Jahre 1967 (BT-Drucks. 5/2841, 46) und 1969 (BT-Drucks. 6/950, 51) einen Fall zitiert, in dem auf die Beschwerde eines Konkurrenten das Verhalten eines Kreideherstellers unter diesem Gesichtspunkt geprüft wurde.

103 *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 22, Rz. 253.

104 *OLG Karlsruhe*, 13.6.1990 (*Stadtkurier*), WuW/E OLG 4611, 4614ff.

105 Ebenda, 4614.

106 Ebenda, 4614.

107 Ebenda, 4616.

wie die Erwerberin in ihrer Kalkulation nicht vorgesehen hat, die Mehrkosten für die Herstellung und den Vertrieb des Amtsanzeigers auf längere Sicht durch erhebliche Heranziehung der Gewinne aus der Tageszeitung zu finanzieren. Nur in diesem Fall einer kartellrechtlich relevanten Kostenunterdeckung wäre die Marktstrategie mit den Prinzipien des Leistungswettbewerbs nicht mehr zu vereinbaren und der Missbrauchstatbestand des § 22 Abs. 1 GWB 1990 (= 19 Abs. 1 GWB 2005) zu bejahen.<sup>108</sup> Dieser Nachweis gelang der Drittklägerin jedoch nicht.<sup>109</sup>

Unabhängig von der Frage, ob die in Frage stehende Integration des Amtsanzeigers überhaupt in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollvorschriften fällt oder nicht, lässt sich auch hier wieder feststellen: Zwischen der gegebenenfalls anhand von § 36 GWB zu beurteilenden Frage der Zulässigkeit eines Zusammenschlusses als solchem und einer in der Folge praktizierten, möglicherweise missbräuchlichen Strategie der Finanzierung der neu gebildeten Einheit kann und muss unterschieden werden. Das gilt nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht wie sich aus der getrennten und zeitlich aufeinander folgenden Anwendung der Vorschriften über die Fusionskontrolle einerseits und der §§ 19, 20 GWB andererseits ergibt. Das Verfahren *Stadtkurier* unterstreicht diese Unterscheidung auch durch die prozessuale Konstellation. So handelt es sich vorliegend nicht um eine vor dem OLG Düsseldorf zu verhandelnde kartellverwaltungsrechtliche Beschwerde, in der das Bundeskartellamt als Autor einer etwaigen Freigabeverfügung die Position des Beschwerdegegners einnimmt. Vielmehr machte die Klägerin (vor dem Landgericht!) allein zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche unmittelbar gegenüber ihrer Wettbewerberin geltend. Rechtsgrundlage ihres Klagebegehrens waren demzufolge auch lediglich § 1 Abs. 1 GWB und insbesondere der Missbrauchstatbestand i. V. m. § 35 GWB 1990 (= § 33 GWB 2005).

Auf der Ebene des Tatsächlichen handelt es sich um eine Steigerung im Vergleich zum Zusammenschlussfall *Tetra Laval/Sidel*. Während sich die Kommission dort noch um den – fusionskontrollrechtlich allein maßgeblichen – Nachweis einer erst noch zu begründenden marktbeherrschenden Stellung bemühen musste, stand die Marktbeherrschung des *Stadtkuriers* mit einem Marktanteil von über 90 Prozent fest. Dennoch verweigerte das Gericht die Gewährung von subjektivem Drittrechtsschutz gegen die Möglichkeit eines zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens.

#### b) Das Verfahren *Springer/Elbe Wochenblatt*

Eine weitere interessante Fallkonstellation aus dem Bereich der Pressefusionskontrolle diskutiert das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zum Zusammen-

<sup>108</sup> Ebenda, 4616.

<sup>109</sup> Die beklagte Erwerberin des Amtsanzeigers hatte ihre Kalkulationen weder der Klägerin noch dem Gericht, dafür aber einem vereidigten Wirtschaftsprüfer als Sachverständigen zur Verfügung gestellt (zu diesem prozessualen Vorgehen ebenda, 4616ff.).

schlussvorhaben *Springer/Elbe Wochenblatt*.<sup>110</sup> Zwar handelt es sich hierbei lediglich um hypothetische Überlegungen. Dennoch lohnt ihre Analyse für die hier interessierende Fragestellung. Wiederum geht es um die Frage der gleichzeitigen Anwendbarkeit von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle sowie den Tatbestand der „Existenzgefährdung“ von Wettbewerbern. In seiner Entscheidung äußerte das Amt die Ansicht, die Verbreitung eines Anzeigenblattes durch eine marktbeherrschende Tageszeitung könne im Verhältnis zu den Konkurrenten der Zeitung ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. 22 GWB 1976 (= § 19 GWB 2005) sein.<sup>111</sup> Ein fusionskontrollrechtlicher Zusammenhang könne entstehen, wenn die marktbeherrschende Tageszeitung das Abwehranzeigenblatt nicht erst gründet, sondern ein bereits bestehendes Anzeigenblatt erwirbt. Das marktbeherrschende Zeitungsunternehmen habe hier nämlich die Möglichkeit, seine organisatorischen Erfahrungen, redaktionelles Know-how und das bei Inserentenkunden bestehende Vertrauenskapital in das neu erworbene Blatt einzubringen. Das Bundeskartellamt sprach in diesem Zusammenhang sogar ausdrücklich von einer möglichen „Existenzgefährdung“ der Zweit- und Drittzeitungen auf dem relevanten Markt. Auch sie seien auf den hohen Finanzierungsanteil der Anzeigeneinnahmen angewiesen.<sup>112</sup>

Handelt es sich bei dieser – wenngleich bislang theoretisch gebliebenen – Fallkonstellation um den von der Literatur geforderten Fall der „Existenzgefährdung“ Dritter oder gar um eine „Vernichtungsfusion“? Zunächst ist der Kontext zu berücksichtigen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt diese hypothetischen Erwägungen anstellt: Dem Amt ging es darum, die Untersagung des Zusammenschlusses von Springer-Verlag und Elbe Wochenblatt, dem umsatzstärksten Hamburger Anzeigenblatt, zu begründen. Im Fusionskontrollverfahren hatte der Springer-Verlag argumentiert, der Erwerb des Anzeigenblattes sei erforderlich, um eine Gefährdung der in Hamburg erscheinenden Tageszeitungen zu verhindern.<sup>113</sup> Darunter zählen unter anderem die zum Springer-Verlag gehörenden auflagenstarken Tageszeitungen „Hamburger Abendblatt“ und die „Bild“-Zeitung (Ausgabe Hamburg).<sup>114</sup> Das Bundeskartellamt hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Lesermarkt zur Folge haben würde (§ 24 Abs. 1 2. HS GWB 1976 = § 36 Abs. 1 2. HS GWB 2005, sog. Abwägungsklausel<sup>115</sup>). In dieser Situation ging es der Kartellbehörde also weniger darum, eine konkrete Gefährdung dritter Tageszeitungen durch den angemeldeten Zusammenschluss nachzuweisen. Die Überlegungen des Amtes zur möglicher-

110 BKartA, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700ff.

111 Ebenda, 1705.

112 Ebenda, 1705. Zur finanziellen Bedeutung der Anzeigeneinnahmen auch für Tageszeitungen ebenda, 1701.

113 Ebenda, 1703.

114 Ebenda, 1702.

115 Zur Abwägungsklausel ausführlich *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 282ff. Siehe auch noch unten *Kap. 4 C IV 5* und *D III 1 d*.

weise existenzgefährdenden Wirkung eines Zusammenschlusses zwischen einer „mit Abstand marktbeherrschenden Tageszeitung“ und einem Abwehranzeigenblatt müssen vielmehr als Versuch gedeutet werden, die Argumentation des Springer-Verlags zu entkräften, indem sie in ihr Gegenteil verkehrt wird. Das Bundeskartellamt setzte an die Stelle der behaupteten „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ die, wenngleich hypothetisch bleibende, Gefährdung von Wettbewerbern. Einer Anwendung der vom Springer-Verlag in Anspruch genommenen Abwägungsklausel erteilte das Amt damit endgültig eine Absage.

Darüber hinaus fehlt es den hypothetischen Überlegungen des Bundeskartellamts aber auch an detaillierten Ausführungen zur Frage, inwiefern sich die Marktverhältnisse durch den Erwerb des Anzeigenblattes zum Nachteil der konkurrierenden Tageszeitungen verändern sollten. Jedenfalls ist nicht zu erkennen, weshalb es alleine durch die Übertragung von bei der Tageszeitung vorhandenem Know-how und Vertriebsbeziehungen auf das erworbene Anzeigenblatt zu einer mit hinreichender Sicherheit prognostizierbaren Verdrängung der Zweit- und Drittzeitungen kommen sollte. Ein Rückgang bei den Leserzahlen, der seinerseits Auswirkungen auf das Anzeigenaufkommen und damit auf einen gewichtigen Finanzierungsposten der konkurrierenden Tageszeitungen hätte,<sup>116</sup> ist unwahrscheinlich. Anzeigenblatt und Tageszeitung stehen auf dem Lesermarkt nämlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis.<sup>117</sup> Genauso wenig zwangsläufig kommt es aufgrund des Zusammenschlusses zu einer Veränderung der Marktanteile auf dem Inserentenmarkt. In seiner Entscheidung *Springer/Elbe Wochenblatt* nennt das Bundeskartellamt selbst einige wichtige Unterschiede zwischen Tageszeitungen und Anzeigenblättern. Diese Unterschiede stellen eine funktionelle Austauschbarkeit der beiden Medien aus Sicht der Inseratskunden in Frage. Exemplarisch sei auf Abweichungen hinsichtlich der Größe der Belegungseinheiten hingewiesen.<sup>118</sup> Die lediglich stadtteilbezogenen Belegungseinheiten der meisten Anzeigenblätter stellen für viele Anzeigenkunden keine Alternative zur Platzierung einer Annonce in den weiter verbreiteten Tageszeitungen dar. Umgekehrt fehlt diesen häufig die Zielgenauigkeit eines auf einen bestimmten Lokalbereich spezialisierten Anzeigenblattes. Es kann damit zu hohen Streuverlusten kommen.<sup>119</sup>

Schließlich sei noch einmal auf die Möglichkeit hingewiesen, selbst im Fall einer tatsächlich eintretenden Marktverdrängung zwischen den Zusammenschlusswirkungen einerseits und anschließendem Missbrauchsverhalten andererseits zu unterschei-

116 Zur Bedeutung des Anzeigenaufkommens für die Erträge der Verlage *dies.*, aaO, Vor § 35, Rz. 48.

117 Vgl. *BKartA*, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700, 1701 zu den erheblichen Unterschieden hinsichtlich Umfang und Qualität des jeweiligen redaktionellen Teils.

118 Ebenda, 1702.

119 *BKartA*, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700, 1702: „Mit dem in diesem Bereich getätigten Anzeigengeschäft [gemeint sind Anzeigen, die für einen bestimmten lokalen Bereich zugeschnitten sind, Verf.] berühren die Anzeigenblätter daher kaum das Anzeigengeschäft der Tageszeitungen“.

den.<sup>120</sup> Wiederum gilt: Der Erwerb des Anzeigenblattes als solcher dürfte allenfalls psychische Auswirkungen auf Drittunternehmen haben.<sup>121</sup> Erst die anschließende Übertragung von Ressourcen und Know-how, und vor allem das exklusive Zusammenfassen des Vertriebs der beiden Zeitungen in Kombination mit etwaigen Kopplungsangeboten an Inserenten könnten möglicherweise in den Anwendungsbereich des § 19 GWB fallen.

### 3. „Verletzung der drittschützenden Missbrauchsvorschriften in Folge eines Zusammenschlusses“?

*Wiedemann* verweist zum Beleg seiner Ansicht, wonach es in Sonderkonstellationen doch zu einer Verletzung von Drittrechten kommen kann, auf eine weitere interessante Fallgestaltung aus dem Problembereich etwaiger Überschneidungen von Fusionskontrolle und Missbrauchsvorschriften.<sup>122</sup> Er nennt den Fall, dass eine bestimmte Verhaltensweise wie z. B. ein bestimmtes (bereits vereinbartes) Rabattsystem nach fusionsbedingtem Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Vertragspartner unter den Missbrauchstatbestand der §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV fällt.<sup>123</sup> Seiner Meinung nach kann der Zusammenschluss in dieser Situation die „Verletzung drittschützender Missbrauchsvorschriften“ nach sich ziehen.<sup>124</sup> Offenbar geht es *Wiedemann* darum, Drittunternehmen vor den (zivilrechtlichen) Konsequenzen des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbots für bestehende Vertragsverhältnisse zu schützen.

120 Siehe schon oben *B.* Auch *Möschel, W.*, Pressekonzentration, 1978, 125 geht von der Möglichkeit eines Markteintritts mit Verdrängungsabsicht (beispielsweise einer überregionalen Zeitung in einen lokalen Markt mit speziellen Bezirksausgaben) aus. Auch er unterscheidet aber zwischen den missbräuchlichen Einzelverhaltensweisen (u. a. Maßnahmen der Preispolitik, Kopplungsangebote) und dem Markteintritt als solchem, der selbstverständlich auch im Wege einer (fusionskontrollrechtlich relevanten) Übernahme erfolgen kann.

121 Zur Abschreckungswirkung von Marktmacht *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 194 und 268.

122 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 22.

123 Ebenda.

124 Ebenda. Unklar bleibt dabei die Verwendung des Begriffs „drittschützende Missbrauchsvorschriften“. Nach allgemeiner Meinung entfalten die §§ 19, 20 GWB nämlich keine drittschützende Wirkung in dem Sinne, dass der betroffene Dritte einen Anspruch auf ein kartellbehördliches Einschreiten hat (*BGH*, 14.11.1968 (*Taxiflug*), WuW/E BGH 995, 998; *OLG Celle*, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1390f.; *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 240f. Siehe auch die Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 33, der sich zum Opportunitätsprinzip im Missbrauchsverfahren allerdings kritisch äußert. *Ders.* auch ebenda, § 54, Rz. 7ff.). Möglicherweise meint *Wiedemann* die Schutzgesetzeigenschaft im Hinblick auf einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. Sie ist allgemein anerkannt (*Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 24f.).

#### a) Interessenlage

Es stellt sich zunächst die Frage, zugunsten welcher Dritten die §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV in der von ihm geschilderten Konstellation überhaupt drittschützende Wirkung entfalten sollen. Zu denken ist einmal an die von der missbräuchlichen Verhaltensweise betroffenen Geschäftspartner der Fusionsparteien. Allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass sich ausgerechnet diejenigen Dritten, zu deren Gunsten das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot konzipiert ist, mit Hilfe der Gerichte gegen ein Eingreifen der §§ 19, 20 GWB bzw. von Art. 82 EGV und damit gegen eine Korrektur der missbräuchlichen Vertragsbedingungen wenden werden. Nur in diesem Sinne könnte die von *Wiedemann* verteidigte Vorschrift des § 65 Abs. 3 Sätze 3 und 4 GWB 2005 in diesem Fall aber eingreifen. Sie bestimmt die Voraussetzungen, unter denen ein Dritter einstweiligen Rechtsschutz „gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2“ erlangen kann. Naheliegender dürfte es sein, dass sie das erst aufgrund des gestiegenen Marktanteils ihrer Geschäftspartner eingreifende Verbot der sie benachteiligenden Verhaltensweise als positive Folge der Fusion begründen werden. Es gibt allerdings auch Situationen, in denen die dritten Geschäftspartner der Fusionsparteien ein Interesse daran haben, dass ein aufgrund der Fusion möglicherweise unter §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV fallender Vertrag aufrechterhalten wird. Zumindest theoretisch käme hier eine gegen die Zusammenschlussgenehmigung gerichtete Drittanfechtungsbeschwerde in Betracht.<sup>125</sup> Sie hätte das Ziel, ein Eingreifen der Missbrauchsaufsicht auf bestehende Vertragsbeziehungen zu verhindern. Zu denken ist beispielsweise an bestimmte Formen der Rabattgewährung. Hier gehören die Vertragspartner nicht selbst zu den benachteiligten Dritten. Das aus ihrer Sicht unerwünschte Eingreifen des Missbrauchsverbots würde nicht ihrem, sondern dem Schutz sonstiger Dritter, insbesondere von Konkurrenten der Fusionsparteien, vor Behinderungen im Wettbewerb dienen.

#### b) Ausnutzen von Marktmacht?

Zweifelhaft ist schon die Anwendbarkeit der von *Wiedemann* genannten kartellrechtlichen Normen.<sup>126</sup> Normzweck der Missbrauchsvorschriften ist es, ein Ausnutzen der vom Wettbewerb nicht mehr kontrollierten Handlungsspielräume markt-

125 Dass ein solches Vorgehen den Geschäftsbeziehungen zwischen den Fusionsparteien und dem dritten Vertragspartner nicht unbedingt zuträglich sein dürfte, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

126 Die nachfolgenden Überlegungen lassen sich auch auf die dritte von *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21f. beschriebene Situation übertragen, nämlich dass bestimmte mit Dritten geschlossene Liefervereinbarungen oder Lizenzverträge infolge des Marktanteilszuwachses aus dem Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen.



mächtiger Unternehmen zu Lasten Dritter zu verhindern.<sup>127</sup> Kennzeichnend an der von *Wiedemann* geschilderten Sachverhaltsgestaltung ist aber gerade, dass im Zeitpunkt der Vereinbarung des Rabattsystems (o. ä.) keine unter den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand fallende Marktmacht bestand. Die inkriminierte Vereinbarung erweist sich also gerade nicht als macht- sondern vielmehr als marktbedingt.<sup>128</sup> Es erscheint damit schon vom Ansatz her sehr fraglich, inwiefern der Abschluss einer solchen, funktionierendem Wettbewerb entsprungenen Vereinbarung aufgrund einer später erfolgten Fusion nachträglich als missbräuchlich qualifiziert werden soll.

### c) Rechtsfolge der nachträglichen Gesetzeswidrigkeit

Weitere Zweifel betreffen die zivilrechtlichen Folgen eines – hier einmal unterstellten – nachträglichen Eingreifens des Missbrauchstatbestands auf den Vertrag. Zu erwägen ist der Eintritt der Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz. Doch auch hier ist der Grundsatz zu beachten, dass ein Rechtsgeschäft nur dann nach § 134 BGB nichtig ist, wenn es bereits zum Zeitpunkt seiner Vornahme gegen das Verbotsgesetz verstieß und nicht erst nachträglich in Widerspruch zu einem gesetzlichen Verbot gerät.<sup>129</sup> Dieses Verständnis der Vorschrift legt schon ihr Wortlaut nahe. Dort ist nur die Alternative: „Ein Rechtsgeschäft [...] ist nichtig“ genannt, nicht aber „[...] ist oder wird nichtig.“<sup>130</sup> Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Parteien nur die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegenden Umstände und gültigen Rechtsregeln beachten können. Schon deshalb können spätere Wirksamkeitshindernisse grundsätzlich nicht maßgeblich sein. Eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbare Veränderung des Sachverhalts, nämlich der Zugewinn von Marktmacht bei einer Partei, kann daher nicht zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen.

Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses mögen einige neuere kartellrechtliche Gerichtsurteile wecken.<sup>131</sup> Darin scheinen OLG Düsseldorf und BGH eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen zu wollen. Die Verfahren hatten die Frage zum Gegenstand, welche Konsequenzen die Aufhebung von § 103 GWB 1990 durch

127 *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 9; *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 20, Rz. 17 (jeweils m.w.N.).

128 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Markert, K.*, aaO, Rz. 8 sowie schon *Möschel, W.*, *Oligopolmissbrauch*, 1974, 162.

129 *BGH*, 4.4.1966, E 45, 322, 236; *OLG Düsseldorf*, 30.4.1992, *NJW-RR* 1993, 249, 250; *Sack, R.*, in: Habermann, N. (Hrsg.), *Staudinger, Neubearbeitung 2003*, § 134, Rz. 54; *Canaris, C.-W.*, *DB* 2002, 930. Ähnlich *Heinrichs, H.*, in: Palandt (Hrsg.), *Palandt*, 2006, § 134, Rz. 12b; *Larenz, K./Wolf, M.*, *BürglR AT*, 2004, § 40, Rz. 25 (= S. 729); *Medicus, D.*, *NJW* 1995, 2577, 2578. A. A. *RG*, 27.5.1921 (*Nordische Salpeter Gesellschaft*), E 102, 203, 205.

130 *Canaris, C.-W.*, *DB* 2002, 930.

131 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 7.11.2001 (*Stadtwerke Aachen*), *WuW/E DE-R* 854ff.; *BGH*, 18.2.2003 (*Verbundnetz II*), *DE-R* 1119ff.

die Sechste GWB-Novelle hat. Die Vorschrift § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 stellte so genannte Demarkationsverträge in der Versorgungswirtschaft vom Kartellverbot und damit von der Nichtigkeitsfolge des § 1 GWB 1990 frei.<sup>132</sup> Das OLG Düsseldorf und der BGH erklärten die zu beurteilenden langfristigen Verträge, die noch vor Inkrafttreten der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts am 29. April 1998 geschlossen worden waren, für ex nunc nichtig gemäß § 1 GWB.<sup>133</sup> Eine Übertragbarkeit auf den von *Wiedemann* geschilderten Fall scheidet jedoch an der mangelnden Vergleichbarkeit der zugrunde liegenden Konstellationen. In den von OLG Düsseldorf und BGH entschiedenen Fällen handelte es sich um einen unveränderten Sachverhalt, der aufgrund einer späteren Änderung der Rechtslage um das Privileg der Freistellung von dem schon immer gültigen Kartellverbot gebracht wurde. Die besondere Behandlung dieser Konstellation folgt aus dem entsprechenden Anwendungsbefehl des Änderungsgesetzes.<sup>134</sup> In dem von *Wiedemann* geschilderten Fall des späteren Zuwachses von Marktmacht kommt es dagegen genau umgekehrt zu einer Änderung des Sachverhalts bei unveränderter Rechtslage.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Die neuere Rechtsprechung zur ex-nunc-Nichtigkeit von Verträgen wegen später eintretender Gesetzesänderungen im Bereich des Kartellrechts lässt sich auf den hier interessierenden Sachverhalt nicht übertragen. Damit bleibt es bei dem Grundsatz, wonach nichtig aufgrund von § 134 BGB nur dasjenige Rechtsgeschäft ist, das schon bei seiner Vornahme gegen ein Verbotsgesetz verstößt.<sup>135</sup>

#### d) Erfordernis einer Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen

Doch selbst wenn man von einer (ex-nunc-)Nichtigkeit der Vereinbarung entsprechend der zitierten neueren Rechtsprechung ausginge, ist zu bedenken, dass die Klagebefugnis im Verwaltungsprozessrecht eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten erfordert. Eine Beeinträchtigung in privatrechtlich begründeten Rechtspositionen genügt für das in § 42 Abs. 2 VwGO niedergelegte Erfordernis nicht.<sup>136</sup> Für die neue Voraussetzung der Verletzung in eigenen Rechten nach

132 Vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle ordnete § 1 GWB 1990 die Nichtigkeitsfolge („unwirksam“) bei Kartellvereinbarungen noch selbst an.

133 OLG Düsseldorf, 7.11.2001 (*Stadtwerke Aachen*), WuW/E DE-R 854, 858; BGH, 18.2.2003 (*Verbundnetz II*), DE-R 1119, 1122.

134 Vgl. *Sack, R.*, in: Habermann, N. (Hrsg.), Staudinger, Neubearbeitung 2003, § 134, Rz. 55; *Larenz, K./Wolf, M.*, BürglR AT, 2004, § 40, Rz. 25 (= S. 729); *Canaris, C.-W.*, DB 2002, 930, 931 sowie schon *Emmerich, V.*, Kartellrecht, 2001, § 32 Anm. 3 a (= S. 370).

135 Vgl. auch *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 20, Rz. 56, der ebenfalls eine eingeschränkte Anwendung des § 134 BGB anmahnt. Andernfalls könne es zu einem Eingriff in Rechtspositionen von an dem Gesetzesverstoß nicht beteiligten Dritten kommen.

136 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 81 m.w.N. Die Klagebefugnis in der Hauptsache ist Voraussetzung auch für die Statthaftigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz. Das ist die Konsequenz seiner Akzessorietät (ebenda, § 80, Rz. 133).

§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB kann nichts anderes gelten. Der Gesetzgeber betont ausdrücklich den erreichten Gleichklang mit dem der VwGO entlehnten Kriterium.<sup>137</sup> Offen bleibt daher, auf welche subjekt-öffentliche Rechtsposition sich die von *Wiedemann* genannten Dritten sollen berufen können. Zwar fallen anerkanntermaßen auch Forderungen aus Verträgen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.<sup>138</sup> Es muss sich insoweit jedoch um konkrete, das heißt bereits erworbene Vermögenswerte handeln. Bloße Gewinnerwartungen, die erst auf der weiteren Umsetzung einer Vereinbarung beruhen, sind nicht geschützt.<sup>139</sup> Da für die hier in Frage stehende Vereinbarung beispielsweise über ein bestimmtes Rabattsystem allenfalls eine Nichtigkeit mit Wirkung ex nunc in Betracht käme, scheiden Auswirkungen auf bestehende Rechtspositionen, nämlich Forderungen aus der Zeit vor Entstehen der marktbeherrschenden bzw. -starken Stellung, von vornherein aus. Der Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG ist damit schon gar nicht betroffen. Auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG scheidet mangels relevanter Grundrechtsbeeinträchtigung aus. In der fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügung wird man nur schwerlich eine staatliche Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz, geschweige denn eine final auf die berufliche Tätigkeit betroffener Dritter zielende Regelung sehen können.<sup>140</sup>

## II. „Drittbelastende“ Auflagen im Zusammenhang mit einer Fusionsgenehmigung

Nachdem sich der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht als zielführend bei der Suche nach subjektiven Drittrechten außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB erweisen hat, liegt es nahe, den Komplex der so genannten drittbelastenden<sup>141</sup> Auflagen zu untersuchen. *Wiedemann* nennt als Beispiel das aus dem

137 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65.

138 *Wendt, R.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 20, Rz. 24 m.w.N.; *Canaris, C.-W.*, DB 2002, 930, 932.

139 Ausführlich zur Reichweite des Eigentumsschutzes *Wendt, R.*, aaO, Rz. 44ff.

140 Zu beiden Formen des Eingriffs in die Berufsfreiheit *Tettinger, P. J.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 12, Rz. 71ff.

141 Der Begriff ist nur mit Vorsicht zu gebrauchen. Nach der verwaltungsrechtlichen Terminologie ist unter einem drittbelastenden Verwaltungsakt ein Verwaltungshandeln zu verstehen, das subjektive Rechte Dritter berührt (vgl. *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 15, 43). Ob diese Wirkung den hier interessierenden Auflagen zukommt, ist erst noch zu prüfen.

europäischen Fusionskontrollrecht stammende Verfahren *Kali + Salz*.<sup>142</sup> Darin hatte der Präsident des EuG einstweiligen Rechtsschutz zugunsten von Drittunternehmen gewährt, die sich gegen die gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen einer Veräußerungsaufgabe zur Wehr gesetzt hatten.<sup>143</sup> Hintergrund des Verfahrens war die Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission. In ihrer Vereinbarkeitserklärung hatte die Kommission den Zusammenschlussbeteiligten *Kali + Salz* und *MdK* zur Auflage gemacht, aus der *Kali-Export GmbH* auszuschneiden. Antragsstellerin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes war u. a. die französische Mitgesellschafterin der *Kali-Export GmbH*, die *Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA)*. Sie wendete sich gegen die Kommissionsentscheidung, da sie aufgrund des Ausscheidens der beiden großen deutschen Gesellschafter aus dem Gemeinschaftsunternehmen eine Auflösung der *Kali-Export GmbH* befürchtete. Diese sei für sie mangels eines eigenen internationalen Vertriebsnetzes von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Die Auflösung der *Kali-Export GmbH* hätte für sie u. a. die Folge, von den internationalen, insbesondere den afrikanischen und asiatischen Märkten abgeschnitten zu sein.<sup>144</sup> Es stellt sich die Frage, ob der Präsident des EuG zu Recht die Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Drittrechtsschutz gegen die drittbelastende Zusage gewährt hat. Schon kurz nach Erlass des Beschlusses des Gerichtspräsidenten hat *Mülbert* überzeugend dargelegt, dass für kartellverwaltungsrechtlichen Rechtsschutz gegen drittbelastende Auflagen wie im Verfahren *Kali + Salz* kein Platz ist.<sup>145</sup>

142 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21f. Weitere Beispiele für „drittbelastende“ Zusagen sind die Beendigung finanzieller, personeller oder vertraglicher Verbindungen mit Unternehmen (z. B. *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265, 270: Kündigung eines Vertriebsvertrages; *Kommission*, 31.7.1999 (*Varta/Bosch*), ABLEG Nr. L 320 v. 22.11.1999, 26, 34: Kündigung eines Lizenzvertrages; *Kommission*, 20.7.1995 (*Swissair/Sabena II*), unveröffentlicht, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/> : Kündigung der Mitgliedschaft in einer strategischen Allianz).

143 *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265; 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401.

144 *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265, 274f. (Rz. 20).

145 *Mülbert, P. O.*, ZIP 1995, 699, 708.

Die übrige Literatur ist ihm fast einhellig gefolgt.<sup>146</sup> Das entscheidende Argument lautet dabei: Eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen drittbelastende Zusagen bedarf es nicht. Die Fusionsparteien dürfen nämlich nur solche Maßnahmen anbieten, die ihnen zivilrechtlich möglich sind. Ihr Handlungsspielraum ist insoweit insbesondere durch die von ihnen abgeschlossenen Lizenz-, Liefer- und Konsortialverträge beschränkt. Sollte die zugesagte Vertragskündigung oder der Rückzug aus einem Gemeinschaftsunternehmen gegen vertragliche oder gesetzliche Bestimmungen aus dem Bereich des Privatrechts verstoßen, so steht den betroffenen Dritten der ordentliche Rechtsweg offen. Es besteht daher schon kein Bedürfnis für einen zusätzlichen Schutz im Rahmen des Fusionskontrollrechts.<sup>147</sup> Soweit sich die Fusionsparteien vertragskonform verhalten, verdienen Dritte, die von den zugesagten Maßnahmen betroffen werden, ohnehin keinen Schutz.<sup>148</sup> Es steht den anmeldenden Unternehmen nämlich frei, sich unabhängig von der Fusionsanmeldung zu entscheiden, bestimmte gesellschaftsrechtliche Verflechtungen oder sonstige wettbewerbsrelevante Vereinbarungen im Rahmen der vertragsrechtlichen Möglichkeiten zu kündigen.<sup>149</sup> Sie werden dies möglicherweise gerade im Hinblick auf die spätere Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens tun. Theoretisch denkbar ist sogar,

146 *Immenga, U.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), EG-WettbR, 1997, FKVO – Kommentierung (Abschn. D), Rz. 25 (= S. 1005f.); *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86ff.; *Fuchs, A.*, WuW 1996, 269, 277f.; *Montag, F./Leibenath, C.*, ZHR 2000, 176, 195. A. A. offenbar (allerdings ohne sich mit dem – von ihm an anderer Stelle zitierten – Aufsatz *Mülberts* auseinander zusetzen) *Lange, K. W.*, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 917. Er fordert die Möglichkeit von Drittrechtsschutz vor dem EuGH mit dem Hinweis auf die verfassungsrechtliche Eigentumsгарantie. Vgl. auch *Säcker, F./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 85, die sich – ohne auf das *Kali + Salz*-Verfahren Bezug zu nehmen – ebenfalls mit den Auswirkungen von Veräußerungsaufgaben auf die Rechtsstellung fusionsunbeteiligter Unternehmen auseinandersetzen. *Säcker* und *Boesche* unterscheiden zwar ebenfalls zwischen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher und gesellschaftsrechtlich erheblicher Interessen, gehen aber dennoch von der Möglichkeit einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch Veräußerungsaufgaben aus. Bemerkenswerter Weise schließen sie dabei ein Beiladungsrecht der von der Veräußerungsaufgabe betroffenen Mitgesellschafter aus. Sie wollen vielmehr der „in Veräußerungs- und Vertragsänderungsaufgaben angesprochenen Gesellschaft“ einen Anspruch auf Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren wegen Verletzung in rechtlich geschützten Interessen gewähren. Zur Frage der gerichtlichen Anfechtungsbefugnis selbst äußern sie sich nicht. Sie müsste konsequenterweise bejaht werden.

147 *Mülbert, P. O.*, ZIP 1995, 699, 708.

148 Ebenda; *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86: „[...] was zivilrechtlich möglich und zulässig ist, kann fusionskontrollrechtlich nicht unzulässig sein.“

149 Das räumt letztlich auch der *Präsident des EuG*, 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401, 413 (= Rz. 25) ein: „Es ist sicher richtig, dass der Gesellschaftsvertrag der Kali-Export GmbH selbst zu der die SCPA belastenden Situation führt. Denn die SCPA wäre als Minderheitsgesellschafter mit denselben Folgen konfrontiert, wenn K + S und/oder MdK unabhängig von der streitigen Fusionskontrollentscheidung beschlossen hätten, aus der Kali-Export GmbH auszuscheiden.“

dass die Fusionskandidaten ihre Anmeldung zunächst noch einmal zurücknehmen<sup>150</sup> und erst anschließend, das heißt außerhalb des Fusionskontrollverfahrens Maßnahmen wie die Kündigung von Verträgen mit Dritten ergreifen, welche sich in den Verhandlungen mit der Kommission als erforderlich erwiesen haben, um wettbewerbliche Bedenken zu zerstreuen.<sup>151</sup> Die betroffenen Dritten können sich hiergegen nur insoweit wehren, als Bestimmungen des Zivilrechts verletzt werden. Weitergehender Schutz im Rahmen der Fusionskontrolle ist ihnen nicht zu gewährleisten.<sup>152</sup>

Auch auf der Ebene der Begründetheit gilt: Erfolgreich könnten die Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz nur sein, wenn es der Kartellbehörde untersagt wäre, „drittbelastende“ Auflagen mit der Vereinbarkeitserklärung bzw. der Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis zu verbinden. Ein Verbot drittbelastender Auflagen ist aber sowohl der europäischen als auch der deutschen Fusionskontrolle fremd. Eine Einschränkung der kartellbehördlichen Entscheidungsbefugnisse ergibt sich lediglich daraus, dass Kommission und Bundeskartellamt nur solche Zusagen entgegennehmen und zu Auflagen erklären darf, die den Fusionskandidaten (zivilrechtlich) möglich sind.<sup>153</sup>

Hinzuweisen ist schließlich noch auf folgende praktische Überlegung: Die einstweilige Anordnung des Gerichts gemäß Art. 242 Satz 2 EGV entfaltet Bindungswirkung nur gegenüber der Kommission, nicht aber im Verhältnis zu den Zusammenschlussbeteiligten. Nicht sie, sondern die Kommission ist Antragsgegnerin sowohl des Hauptsacheverfahrens als auch des akzessorischen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes. Die betroffenen Dritten könnten also allenfalls erreichen, dass der Kommission einstweilig untersagt wird, auf dem Vollzug der Auflagen zu

150 Zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Satz 2 (Glaubhaftmachen der Aufgabe des Zusammenschlusses) der neuen EG-Fusionskontrollverordnung *Dittert, D.*, WuW 2004, 148, 152.

151 Vgl. *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86.

152 Pointiert die Formulierung bei *Mülbart, P. O.*, ZIP 1995, 699, 708: Das Fusionskontrollverfahren ist „Auslöser der Trennung, nicht aber Ursache der Trennungsmöglichkeit“.

153 Zur EG-Fusionskontrolle: *Immenga, U.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *EG-WettbR*, 1997, FKVO - Kommentierung (Abschn. D), Rz. 25 (= S. 1005f.); *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86; *Mülbart, P. O.*, ZIP 1995, 699, 707f.; *Fuchs, A.*, WuW 1996, 269, 277. Zur deutschen Fusionskontrolle: *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 82. Vgl. auch *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165, 167: „Es ist nicht Sache des BMWi, die notwendigen Verträge mit den Gesellschaftern zustande zu bringen. Solange erwartet werden kann, dass das so modifizierte Vorhaben überhaupt vollzogen wird, kann er es zum Gegenstand der Erlaubnis machen, und zwar unter der Auflage, dass Veba die rechtlichen und tatsächlichen Schritte unternimmt, die das in Aussicht gestellte Vorhaben ermöglichen und fördern.“

bestehen. Die Zusammenschlussbeteiligten wären nicht daran gehindert, die streitigen Zusagen dennoch zu vollziehen.<sup>154</sup>

Im Bereich des deutschen Rechts wurde – soweit ersichtlich – bislang nur einmal versucht, die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten aus der drittbelastenden Wirkung von Auflagen herzuleiten. Es handelt sich um die Zusammenschlussfreigabe *Werhahn*, die das Bundeskartellamt mit umfangreichen Auflagen verbunden hatte.<sup>155</sup> Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Konsequenzen des per Auflage verordneten Rückzugs einer der Fusionsparteien aus zwei näher bezeichneten Gesellschaften, an denen sie selbst Minderheitsbeteiligungen hielt. Das OLG Düsseldorf verwarf diese Argumentation mit dem Hinweis darauf, es fehle schon an einer Betroffenheit der Kommanditeinlage oder sonstiger Beteiligungen der Antragstellerin.<sup>156</sup> Auch sonst sah es keine Nachteile für die gesellschaftsrechtliche Stellung der Beschwerdeführerin.<sup>157</sup> Einer vertieften Auseinandersetzung mit dem soeben dargestellten Vorrangverhältnis des privaten vor einem etwaigen verwaltungsrechtlichen Schutzes bedurfte es daher nicht.

Veräußerungsauflagen können Drittinteressen noch unter einem weiteren Aspekt tangieren. In manchen Fällen spricht die Kartellbehörde nicht nur die Verpflichtung aus, Beteiligungen überhaupt zu veräußern. Sie macht darüber hinaus noch mehr oder weniger präzise Angaben zu dem in Frage kommenden Erwerber.<sup>158</sup> Teilweise

154 So ausdrücklich der *Präsident des EuG*, 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401, 416f. (= Rz. 34): „Es stünde ihnen frei, aus der Kali-Export GmbH auszuschneiden oder bis zum Erlass des Urteils des Gerichts über die von den Antragstellerinnen erhobene Klage in ihr zu verbleiben. Die Aussetzung des Vollzugs der streitigen Bedingung hätte folglich nur die Auswirkung, dass die Erklärung der Vereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vorübergehend nicht von der Einhaltung der das Ausscheiden des K + S und des Gemeinschaftsunternehmens aus der Kali-Export GmbH betreffenden Bedingung abhängig wäre.“ Vgl. auch *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 417; *Montag, F./Leibenath, C.*, *ZHR* 2000, 176, 195f.

155 *Bundeskartellamt*, 22.8.2005 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de). Es handelt sich im Wesentlichen um Veräußerungsauflagen (insgesamt 32). In einigen Fällen verlangt das Bundeskartellamt aber auch die Bewirkung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bestimmter Gesellschaften, an denen die Fusionsparteien beteiligt sind (Auflagen Nr. A 24, 26 - 29, 32, 33, 36, 37, 39 sowie Nr. B 3). Dabei wurde den Fusionsparteien jedoch jeweils aufgegeben, ihre *eigenen* gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten zurückzufahren. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern darin nachteilige Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtliche Position Dritter (Gesellschafter oder sonstiger Beteiligter) liegen könnten.

156 *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647.

157 Ebenda, 1647. Siehe auch die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde durch den *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 3. Die Bundesrichter erklärten die Frage, ob Dritten durch Veräußerungsauflagen subjektive Rechte erwachsen können, für nicht klärungsbedürftig. Die Beantwortung dieser Frage liege „auf der Hand“.

158 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 42, Rz. 45 (mit weiteren Beispielen): „zulässig“. Die im Rahmen der Ministererlaubnis angestellten Überlegungen lassen sich auf die Auflagenkompetenz des Bundeskartellamts übertragen.

schließt sie bestimmte Kaufinteressenten sogar ausdrücklich als Erwerber aus.<sup>159</sup> Doch auch bei dieser Auflagenform handelt es sich nur um eine tatsächliche, nicht aber eine (öffentlich-)rechtliche Belastung für die betroffenen Drittunternehmen. Das Veräußerungsverbot kann Bindungswirkung nur in Bezug auf die Verfügungsadressaten, das heißt die Zusammenschlussbeteiligten entfalten. Nur ihnen drohen im Fall der Nichterfüllung die in § 41 Abs. 3a i. V. m. § 41 Abs. 4 GWB 2005<sup>160</sup> angeordneten Sanktionen, insbesondere der Widerruf der Fusionsgenehmigung mit der Folge einer etwaigen Auflösungspflicht. Dagegen ist der als persona non grata bezeichnete Dritte rechtlich ungebunden. (In der Praxis dürfte sein Erwerbswunsch freilich am mangelnden Veräußerungswillen der mit der Auflage unmittelbar belasteten Fusionsparteien scheitern.) Rechtliche Hindernisse können sich allerdings im Rahmen eines eigenen Fusionskontrollverfahrens auftun. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 35, 37 GWB erfüllt, muss der Anteilserwerb selbstverständlich angemeldet werden.<sup>161</sup> Die Prüfung hat nach richtiger Auffassung allein anhand der Kriterien des § 36 Abs. 1 GWB bzw. § 42 Abs. 1 GWB zu erfolgen. Die in einem vorangegangenen Fusionskontrollverfahren ergangenen Nebenbestimmungen dürfen allenfalls auf der Tatsachenebene berücksichtigt werden. Ergeht eine Unter-sagungsentscheidung, so kommt lediglich eine Anfechtung dieser Verfügung in Betracht, nicht aber der vorausgehenden Fusionsgenehmigung bzw. der mit ihr verbundenen Auflage.<sup>162</sup>

159 So gab der *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165 der BP auf, ihre zu veräußernden Beteiligungen an der Ruhrgas „nicht an Unternehmen [...], die Primärenergie-Interessen vertreten“ zu veräußern. Unter anderem gegen diese zusätzliche Auflagenbestimmung wendete sich die Ruhrkohle AG mit ihrem im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens gestellten Antrag auf Abänderung der Auflagen (*Bundesminister für Wirtschaft*, 30.3.1979 (*Veba/BP: Beiladung*), WuW/E BMW 173, 174). Die nach der Beiladung eingelegte Beschwerde gegen die Ministererlaubnis hat die Ruhrkohle AG später wieder zurückgenommen (so der Hinweis ebenda, 173, FN 1). Vgl. auch *Präsident des EuG*, 17.1.2001 (*Petrolescence und Société de gestion de restauration routière (SG2R)/Kommission*), Slg. 2001, II-69ff., der im Ergebnis ebenfalls den von Drittunternehmen gestellten Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Kommission, wonach ein Erwerb der von den Zusammenschlussbeteiligten zu veräußernden Autobahntankstellen durch die Antragsteller nicht geeignet sei, einen wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten (ebenda, 72 = Rz. 5), zurückweist.

160 Diese Bestimmungen sind gemäß § 42 Abs. 2 GWB 2005 auch im Fall der Ministererlaubnis anwendbar.

161 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 42, Rz. 45) halten es unter bestimmten Voraussetzungen sogar für zulässig, die Nichtbeteiligung an Zusammenschlüssen zur Auflage zu machen, die als solche nicht der Fusionskontrolle unterliegen.

162 Vgl. auch den *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165, 167, der sich ebenfalls darauf beschränkt, auf mögliche fusionskontrollrechtliche Bedenken hinzuweisen, die vom Bundeskartellamt bei der Beurteilung des (zur Auflage gemachten) Andienungsverfahrens zu beachten sind.



### III. Viertes Zwischenergebnis

Auch außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB findet sich kein Bezugspunkt für die Herleitung subjektiv-öffentlicher Drittrechte im Zusammenhang mit einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe. Das ist das Ergebnis einer Überprüfung von „Sonderkonstellationen“, in denen es betroffenen Dritten angeblich doch gelingen soll, die Hürde der Verletzung in subjektiven Rechten zu überspringen. Es lassen sich keine Beispiele ausmachen, in denen es zu einer gleichzeitigen Anwendung des Missbrauchsverbots und der Fusionskontrolle kam. Zwar mögen bestimmte behördlich angeordnete Veräußerungsauflagen wirtschaftliche Interessen auch von Drittunternehmen berühren. Zusagen und Auflagen müssen sich aber im Rahmen des zivilrechtlich Möglichen bewegen. Gehen die Fusionsparteien darüber hinaus, können sich die betroffenen Dritten mit den Mitteln des Zivilrechts zur Wehr setzen. Für parallelen Rechtsschutz im fusionskontrollrechtlichen Beschwerdeverfahren ist kein Raum.

#### D. Zum Vergleich: Drittklagen in der US-amerikanischen Fusionskontrolle unter der Antitrustschadensdoktrin

Weder in der deutschen noch in der europäischen Fusionskontrollpraxis ließen sich Beispiele für existenzvernichtende oder zumindest -bedrohende Zusammenschlüsse finden. Daher bietet sich ein Blick in Richtung USA an, dem Land, das häufig als Eldorado der privaten Drittkläger angesehen wird. Bezeichnenderweise scheint auch *Schmidt-Preuß* hier ein Beispiel für den „krassen Ausnahmefall einer Vernichtungsfusion“ gefunden zu haben.<sup>163</sup> Es handelt sich um das Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado*<sup>164</sup>, das vor dem Supreme Court verhandelt wurde.

#### I. Das Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado*

##### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Gegenstand des Verfahrens war ein Zusammenschluss auf dem Markt für Büchsenrindfleisch. *Excel*, mit 15,1 % Marktanteil das zweitgrößte Unternehmen und zugleich zu 100 % Tochter der Beklagten *Cargill*, beabsichtigte den Erwerb des drittgrößten Unternehmens, *Spencer Beef*, mit einem Marktanteil von 6,3 %. Nach dem Zusammenschluss wäre *Excel* mit 20,4% zwar immer noch (nur) das zweitgrößte Unternehmen geblieben. Zusammen mit dem größten Unternehmen *IBP* (27,3 %) hätte es sich aber 47,7 Prozent des Gesamtmarkts geteilt. Hiergegen erhob die

<sup>163</sup> *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 355f.

<sup>164</sup> *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484 (1986).

Klägerin Monfort, mit 4,7 Prozent Marktanteil fünftgrößte Rindfleischverpackerin der USA, Unterlassungsklage (injunctive relief) gemäß Section 16 Clayton Act (15 U.S.C. § 26).<sup>165</sup> Die Klägerin argumentierte, der Zusammenschluss verletze Sec. 7 Clayton Act<sup>166</sup>, da der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Verringerung des Wettbewerbs führe.<sup>167</sup> Der Erwerb von Spencer Beef durch Excel führe zu einer Konzentration wirtschaftlicher Macht, gefährde ihre Versorgung mit Schlachtvieh und bedrohe damit ihre Existenz als Wettbewerber auf dem Markt für Büchsenrindfleisch.<sup>168</sup> Monfort machte geltend, es bestehe die Gefahr, dass Excel nach dem Zusammenschluss seine Preise auf das Niveau oder sogar unter dasjenige seiner Kosten senken und gleichzeitig die Einkaufspreise für Schlachtvieh hochtreiben würde (sog. „Preis-Kosten-Zange“). Auf diese Weise könnte Excel seinen Marktanteil erhöhen und andere, kleiner Wettbewerber wie Monfort vom Markt drängen. Etwaige Verluste werde Excel nach Ausschalten der Konkurrenz durch Anheben der Verkaufspreise wieder ausgleichen.<sup>169</sup> Während sich die Vorinstanzen der Argumentationsweise der Klägerin anschlossen und den Vollzug des Zusammenschlusses untersagten, verneinte der Supreme Court das Standing des dritten Klägers.

165 Section 16 des Clayton Act von 1914 (15 U.S.C. § 26) hat folgenden Wortlaut: “Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, that nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit in equity for injunctive relief against any common carrier subject to the provisions of subtitle IV of title 49, in respect of any matter subject to the regulation, supervision, or other jurisdiction of the Interstate Commerce Commission. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney’s fee, to such plaintiff.”

166 Sec. 7 Clayton Act (15 U.S.C. § 18) lautet: „No person [...] shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person [...] the whole or any part of the assets of another person [...] where [...] the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. [...]”

167 Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 107 S.Ct. 484 (1986), 107.

168 Ebenda, 107.

169 Ebenda, 113.

## 2. Antitrustschadensdoktrin im Sinne der *Brunswick*-Entscheidung

Unterlassungsklagen<sup>170</sup> gerichtet gegen Beeinträchtigungen, die von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ausgehen, können unter den in Sec. 16 Clayton Act (15 U.S.C. § 26) geregelten Voraussetzungen erhoben werden:

“Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief [...] against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws [...]”.<sup>171</sup>

Es bedarf also der Geltendmachung eines drohenden Schadens beziehungsweise Verlusts (threatened loss or damage) durch Verletzung der Antitrustgesetze (by violation of the antitrust laws).<sup>172</sup>

Schon im Jahr 1977 hatte sich der Supreme Court in seiner *Brunswick*-Entscheidung zum Verhältnis zwischen dem Verstoß gegen die Antitrustgesetze und dem geltend gemachtem Schaden geäußert. Anders als im Fall *Monfort* handelte es sich dabei nicht um eine Verfügungs-, sondern eine Schadensersatzklage auf der Grundlage von Sec. 4 Clayton Act (15 U.S.C. § 15).<sup>173</sup> Das Gericht stellte in seinem Grundsatzurteil fest, dass der Kausalzusammenhang zwischen einem rechtswidrigen Zusammenschluss und den dadurch verursachten Gewinneinbußen beim Kläger nicht ausreiche, um die Voraussetzungen von Sec. 4 Clayton Act zu erfüllen.<sup>174</sup> Erforderlich sei vielmehr, dass die verletzte Norm des Antitrustrechts auch den Zweck verfolge, gerade die geltend gemachten Schäden zu verhindern.<sup>175</sup> Im Fall *Cargill v.*

170 Sec. 16 Clayton Act (15 U. S. C. § 26) eröffnet die Möglichkeit, Klagen auf Erlass von Verfügungen zu erheben. Inhalt der gerichtlichen Verfügung kann neben Unterlassungsverfügungen auch jede andere Art der (positiven) Beseitigung einer wettbewerbswidrigen Beeinträchtigung sein. Unter zusätzlichen Voraussetzungen, nämlich Leistung einer angemessenen Sicherheit (proper bond) und Gefahr eines unmittelbar drohenden und irreparablen Schadens (danger of irreparable loss or damage is immediate) kann auch eine einstweilige Verfügung (preliminary injunction) erlassen werden. Vgl. auch *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 202ff.

171 Siehe den vollständigen Wortlaut der Vorschrift oben in FN 165.

172 Zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 201f.

173 Sec. 4 Clayton Act (15 U.S.C. § 15) lautet: “[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore [...] and shall recover threefold the damages by him sustained [...]”

174 Gegenstand des Verfahrens *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 97 S.Ct. 690 (1977) war eine Klage auf Schadensersatz für entgangene Gewinne. Das beklagte Unternehmen hatte mehrere Wettbewerber der klagenden Unternehmen übernommen, die andernfalls in Konkurs gegangen wären.

175 Ebenda, 697: “[...] plaintiffs [...] must prove more than injury causally linked to an illegal presence in the market. Plaintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were intended to prevent and that flows from that which makes defendants’ acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.”

*Monfort* übertrug der Supreme Court diese so genannte Antitrustschadensdoktrin erstmals auf Verfügungsklagen nach Sec. 16 Clayton Act.<sup>176</sup>

Der Supreme Court hatte daher über die Frage zu entscheiden, ob der geplante Zusammenschluss zwischen Excel und Spencer Beef bei der Klägerin Monfort einen Antitrustschaden verursachen würde. Zwei Möglichkeiten untersuchte das Gericht: Zum einen seien mögliche Gewinneinbußen bei Monfort in Erwägung zu ziehen. So verfolge Excel möglicherweise die Strategie, seine Verkaufspreise auf oder nur leicht über dem Niveau seiner Kosten festzusetzen. Zum zweiten drohe möglicherweise eine Verdrängung Monforts aus dem Markt. Sie könnte ihre Ursache darin haben, dass Excel nach dem Zusammenschluss seine Preise unter das Niveau seiner Kosten senkt.

### 3. Drohen einer Strategie des predatory pricing?

Das Bestehen eines Antitrustschadens bei Eintreten der ersten Variante schloss der Supreme Court sogleich mit Verweis auf die *Brunswick*-Entscheidung aus: Preiswettbewerb mit dem Ziel, höhere Marktanteile zu erlangen, sei nach den Antitrustgesetzen nicht verboten. Vielmehr sei ein lebhafter Wettbewerb einschließlich Preiswettbewerbs auch durch marktbeherrschende Unternehmen im Interesse des Wettbewerbs.<sup>177</sup> Im Zusammenhang mit dem zweiten möglichen Szenario äußerte sich der Supreme Court zur Möglichkeit einer Strategie des predatory pricing. Ein solches missbräuchliches Verhalten habe die Verdrängung von Wettbewerbern und die Verringerung des Wettbewerbs zum Ziel. Es stehe daher – anders als eine lediglich auf Erhöhung des Marktanteils abzielende Preissenkung – im Widerspruch zu den Antitrustgesetzen.<sup>178</sup> Der Court of Appeals hatte mit Hinweis auf die „Unmöglichkeit, eine Strategie des predatory pricing vorherzusagen“, sowie angesichts der Tatsache, dass „ein solches Verhalten nicht auszuschließen sei“, einen Antitrustschaden bejaht.<sup>179</sup> Dieser Einschätzung widersprach der Supreme Court. Die Klägerin habe, wie der District Court wiederholt hervorgehoben habe, den Vorwurf eines etwaigen predatory pricing durch Excel nicht erhoben, geschweige denn bewiesen.<sup>180</sup> Mangels

176 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 491 (1986), unter Bezugnahme auf *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 97 S.Ct. 690, 697 (1977): “Accordingly, we conclude that in order to seek injunctive relief under § 16 [Clayton Act, Verf.], a private plaintiff must allege threatened loss or damage «of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes defendants’ acts unlawful.»” (Anführungszeichen im Original).

177 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 492 (1986): “[...] Competition for increased market share is not activity forbidden by the antitrust laws. It is simply, as petitioners claim, vigorous competition.”

178 Ebenda, 493.

179 *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 761 F.2d 570, 575 (1985).

180 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 494 (1986).

Antitrustschadens bedurfte die Frage, ob der angegriffenen Zusammenschluss gegen Sec. 7 Clayton Act verstößt oder nicht, keiner Entscheidung mehr.<sup>181</sup>

Bemerkenswerterweise enthält die Entscheidung darüber hinaus auch Überlegungen zur Frage, ob Monfort mit seiner Klage Erfolg gehabt hätte, wenn es tatsächlich das Drohen einer predatory-pricing-Strategie gerügt hätte. Nach Ansicht des Gerichtshofs wäre dies auf Grundlage des vom District Court eruierten Sachverhalts zumindest zweifelhaft.<sup>182</sup> Zu berücksichtigen seien neben den bei Excel vorhandenen finanziellen Mittel, mit denen es Verluste über einen längeren Zeitraum ausgleichen könne, weitere Faktoren. So sei zu bedenken, inwiefern es Excel möglich sein würde, die Marktanteile seiner Wettbewerber insbesondere durch erhöhte Produktion zu absorbieren (share of market capacity). Gelänge es Excel nämlich nicht, die frei gewordenen Marktanteile durch eigenes Angebot zu besetzen, so verbliebe für die Wettbewerber eine ausreichend hohe Nachfrage nach ihren eigenen Waren, auch wenn diese zu einem höheren Preis angeboten würden. Die Preismissbrauchsstrategie wäre damit zum Scheitern verurteilt.<sup>183</sup> Speziell im Fall von Excel, das nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von nur 20,4 Prozent verfügen würde, fehle es an der erforderlichen Marktmacht für eine erfolgreiche Strategie des predatory pricing. Hierfür seien nach Literaturansicht mindestens 60 Prozent Marktanteil erforderlich.<sup>184</sup> Darüber hinaus erschien es dem Gerichtshof unter Zugrundelegung einer in der Branche durchschnittlichen Auslastung von 85 % der Produktionskapazität ausgeschlossen, dass Excel in der Lage sein werde, den gesamten oder auch nur einen großen Teil der Nachfrage nach Büchsenrindfleisch zu befriedigen.<sup>185</sup> Weiterhin zu berücksichtigen sind nach Ansicht des Gerichtshofs die Markteintrittsschwellen, die sich neuen Wettbewerbern in den Weg stellen, nachdem die derzeitigen Wettbewerber aus dem Markt gedrängt wurden (barriers to entry after competitors have been driven from the market).<sup>186</sup> Zu bedenken sei, dass nach dem Ausscheiden derzeitiger Wettbewerber aus dem Markt die dann erhöhten Preise von Excel für potentielle Wettbewerber einen Anreiz bildeten, in den Markt einzutreten. Gleichzeitig seien zu diesem Zeitpunkt Produktionsstätten, Ausrüstung und Arbeitskräfte der in Konkurs gegangenen ehemaligen Wettbewerber zu günstigen Bedingungen erhältlich.<sup>187</sup> Eine Absage erteilt der Supreme Court jedoch der noch wieder gehenden Anregung der US-amerikanischen Regierung. Sie hatte von der

181 Ebenda, 495: "Because respondent has therefore failed to make the showing § 16 requires, we need not reach the question whether the proposed merger violates § 7."

182 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 494, FN 15 (1986): "Even had Monfort actually advanced a claim of predatory pricing, we doubt whether the facts as found by the District Court would have supported it."

183 Ebenda.

184 Ebenda unter Bezugnahme auf *Williamson, O. E.*, 87 Yale L.J. 1977, 284, 292, der mindestens 60 % Marktanteil für erforderlich hält und *Areeda, P./Turner, D. F.*, 87 Yale L.J. 1978, 1337, 1348, wonach noch nicht einmal ein Marktanteil von 60 % ausreichen soll.

185 Ebenda.

186 Ebenda.

187 Ebenda.

Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Stellungnahme als *amicus curiae* abzugeben. Darin hatte sie vor den Gefahren „notwendig spekulativer“ Klagen gegen Zusammenschlüsse gewarnt, die angeblich predatory pricing-Strategien zur Folge haben könnten. Sie forderte den Gerichtshof auf, solche Konkurrentenklage grundsätzlich auszuschließen.<sup>188</sup>

Der Supreme Court machte jedoch auch in diesem Zusammenhang noch einmal deutlich, dass die Gerichte bei der Annahme einer drohenden Preismissbrauchsstrategie in Form des predatory pricing vorsichtig sein werden.<sup>189</sup> Der Gerichtshof gab zu bedenken, dass solche Preismissbrauchsstrategien angesichts mannigfaltiger Schwierigkeiten überhaupt nur selten versucht und noch seltener von Erfolg gekrönt werden.<sup>190</sup> Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Mechanismus, mit dem Unternehmen in Preismissbrauchsstrategien einsteigen, nämlich Preissenkungen, derselbe sei, mit dem sie den Preiswettbewerb mit dem Ziel ihren Marktanteil zu erhöhen, stimulieren. Gerade hierin liege aber ein Wesensmerkmal des Wettbewerbs. Es bestehe daher die Gefahr, dass aufgrund falscher Bewertung solcher Preissenkungen gerade vor dem Verhalten abgeschreckt werde, das die Antitrustgesetze zu schützen bestimmt sind.<sup>191</sup>

#### 4. Dissens der Richter *Stevens* und *White*

In einer Dissenting Opinion widersprach *Justice Stevens* dem Mehrheitsvotum.<sup>192</sup> *Justice White* schloss sich dem an. *Justice Stevens* betonte in seiner Stellungnahme die Bedeutung von Section 7 Clayton Act als präventiv wirkende Strukturkontrolle. Ihre Aufgabe sei es, Monopolisierungstendenzen schon in ihrem Anfangsstadium zu bekämpfen. Das Auftreten von missbräuchlichen Verhaltensweisen, auf die dann mit Verfahren auf der Grundlage des Sherman Act geantwortet werden müsse, soll vorbeugend verhindert werden.<sup>193</sup> Entsprechend habe Section 16 Clayton Act das

188 Ebenda, 495: “On this basis the United States invites the Court to adopt in effect a *per se* rule «denying competitors standing to challenge acquisitions on the basis of predatory pricing theories»” (Anführungszeichen im Original).

189 Ebenda, 495, FN 17.

190 Ebenda unter Bezugnahme auf *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S.Ct. 1348, 1356ff. (1986): „predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful” und “it is plain that the obstacles to the successful execution of a strategy of predation are manifold, and the disincentives to engage in such a strategy are accordingly numerous.”

191 *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S.Ct. 1348, 1360 (1986), ebenfalls zitiert in *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 495, FN 17 (1986): “cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition. Thus, mistaken inferences [...] are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.”

192 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 495ff. (1986).

193 Ebenda, 496 mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte.

Ziel, private Unterlassungsklagen zu ermöglichen, die sich ebenfalls eher gegen eine wahrscheinlich erscheinende als eine aktuelle Verletzungshandlung richten.<sup>194</sup> Darin liege auch der Unterschied zu Klagen nach Section 4 Clayton Act, wie sie auch dem Verfahren *Brunswick* zugrunde gelegen habe. Nur dort sei dem Wortlaut nach und wegen der Besonderheit, dass ein dreifacher Schadensersatz verlangt werden kann, der Nachweis eines tatsächlich und aktuell vorliegenden Antitrustschadens erforderlich. Für die Zulässigkeit einer Klage nach Section 16 Clayton Act genüge dagegen die durch den Verstoß gegen ein Antitrustgesetz (hier: Section 7 Clayton Act) indizierte Wahrscheinlichkeit eines drohenden Antitrustschadens.<sup>195</sup> Schließlich verweist Richter *Stevens* auf die rechtspolitische Bedeutung privater Kartellrechtsdurchsetzung. Sie sei vom Kongress u. a. durch Einführung besonderer Regelungen zur Kostenerstattung erst 1976 betont worden. Es bestehe die Gefahr, dass die von der Mehrheit getragene Entscheidung im Fall *Cargill* zukünftig zum vollständigen Ausschluss des privaten Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Zusammenschlussvorhaben führe.<sup>196</sup>

## II. Weitere Entwicklung nach *Cargill*

Angesichts der strengen Anforderungen, die die *Cargill*-Entscheidung an die Klagebefugnis stellte, wurde die Befürchtung geäußert, private Konkurrentenklagen gegen Zusammenschlüsse seien *de facto* ausgeschlossen.<sup>197</sup> Eine Gesetzesinitiative zur Änderung von Sec. 16 Clayton Act aus dem Jahre 1987 blieb dennoch ohne Erfolg.<sup>198</sup> *Senator Metzbaum* hatte vorgeschlagen, die Vorschrift um eine Passage zu ergänzen, die es Wettbewerbern erleichtert hätte, gegen rechtswidrige Zusammenschlüsse ihrer Konkurrenten vorzugehen.<sup>199</sup> Danach wäre die Klagebefugnis (Standing to sue) der Wettbewerber auch ohne Geltendmachung eines Antitrustschadens zu bejahen gewesen.

Die folgende Entwicklung zeigte vielmehr in die entgegengesetzte Richtung: Im Fall *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*<sup>200</sup> aus dem Jahr 1988 hob der Court of Appeals (5th Circuit) eine einstweilige Verfügung gegen den Zusammenschluss der beiden größten nationalen Fotoentwickler auf. Die Begründung lehnte sich eng an

194 Ebenda, 497f. (1986) mit Bezugnahme auf *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 89 S.Ct. 1562, 1580 (1969).

195 Ebenda, 498.

196 Ebenda, 499.

197 Vgl. nur die Analyse von *Disenhaus, J. L.*, 75 Cal. L. Rev. 1987, 2057, 2070ff. (1987).

198 Vgl. zum Folgenden *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 209.

199 Die vorgeschlagene Einfügung lautet: „and any person, firm, corporation, or association engaged in any line of commerce or in any activity affecting commerce shall have standing to sue any other person, firm, corporation, or association engaged in the same line of commerce or in the same activity affecting commerce to enjoin any acquisition prohibited by section 7 of this Act.“ (zitiert nach *Davis, R. W./Carr, R. G.*, Private Litigation, 1989, 74, FN 407).

200 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95 (1988).

die Supreme Court-Entscheidung im Fall *Cargill* an: Selbst der zusammengerechnete Marktanteil von 66 Prozent reiche nicht aus, um eine Klagebefugnis des Wettbewerbers Phototron zu bejahen. Vielmehr sei der Nachweis eines drohenden Antitrustschadens erforderlich, der wiederum den Nachweis einer konkreten Wahrscheinlichkeit für missbräuchliche Verhaltensweisen voraussetze. Der Court of Appeals räumte selbst die Schwierigkeiten ein, die mit der entsprechenden Beweisführung verbunden sind. Er verwies daher auf die Möglichkeit, solche nach Vollzug des Zusammenschlusses möglicherweise auftretenden Verhaltensweisen in einer gesonderten Klage zu rügen.<sup>201</sup>

#### 1. Die Verfahren *R.C. Bigelow* und *Tasty Baking Co.*

In einer folgenden kurzen Übergangszeit kam es zu zwei vereinzelt gebliebenen instanzgerichtlichen Entscheidungen, in denen ein Antitrustschaden der Privatkläger angenommen wurde: *R.C. Bigelow v. Unilever N.V.*<sup>202</sup> und *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*<sup>203</sup> Eine allgemeine Aufweichung der Brunswick-Kriterien ist damit aber nicht verbunden.<sup>204</sup> Der prominentere der beiden Fälle ist *R.C. Bigelow v. Unilever N.V.*<sup>205</sup> Die Klägerin hatte sich gegen den Zusammenschluss ihrer Wettbewerber auf dem Markt für Kräutertees gewandt. Der Court of Appeals des Second Circuit bejahte einen Antitrustschaden der Klägerin R.C. Bigelow. Ausgangspunkt der Überlegungen des Gerichts war der extrem hohe Marktanteil der beiden Zusammenschlussbeteiligten Celestial Seasonings und Lipton, die zusammen 84 Prozent der Teeproduktion auf sich vereinten.<sup>206</sup> Angesichts dieser Marktverhältnisse bestehe eine von den Zusammenschlussbeteiligten zu widerlegende Vermutung, dass ein Verstoß gegen Sec. 7 Clayton Act vorliege. Es sei außerdem anzunehmen, dass Lipton nach Vollzug des Zusammenschlusses den Wettbewerb im Teemarkt aus-

201 Ebenda, 102: "This is not to say, however, that once those bad acts [predatory behavior, Verf.] occur, relief cannot be had."

202 *R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*, 867 F.2d 102 (1989).

203 *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*, 653 F.Supp. 1250 (1987).

204 Ähnlich *Smith, T. W./Sterling, H. M.*, 65 Antitrust L. J. 1996, 57, 66: "While cases like *Bigelow* and *Tasty Baking* appeared to relax the standing requirement and presume injury from market share, the trend was short lived. Subsequent cases rejected the presumption of antitrust injury."

205 Die Argumentation im Fall *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*, der einen erfolgreichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen horizontalen Zusammenschluss von Wettbewerbern in der Backindustrie zum Gegenstand hatte, ähnelt derjenigen von *R.C. Bigelow*. Gemeinsamkeiten bestehen auch auf der Ebene des Sachverhalts. Beide Verfahren betrafen den Markt für Lebensmittel, die vorwiegend über den Einzelhandel vertreiben werden.

206 *R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*, 867 F.2d 102 (1989).



schalten würde, indem es u. a. Bigelows Zugang zu Verkaufsflächen in Supermärkten reduzieren werde.<sup>207</sup>

Die Entscheidung muss als abweichende Einzelfallentscheidung eingeordnet werden. Sie stimmt nicht mit der Supreme Court-Rechtsprechung in den Fällen *Brunswick*, *Cargill* und insbesondere *Phototron* überein, in dem ausdrücklich ein positiver Nachweis für den Antitrustschaden verlangt wurde.<sup>208</sup> Die Bedeutung der vom Court of Appeals aufgestellten Vermutungstatbestände wurde kurze Zeit später in der Entscheidung *Remington Products v. North American Philips Corp.*<sup>209</sup> eingeschränkt. Der zur Entscheidung berufene District Court bezeichnete die in *R.C. Bigelow* aufgestellte prima facie-Regel ausdrücklich als nicht verallgemeinerungsfähig.<sup>210</sup> Die *Atlantic Richfield*-Entscheidung des Supreme Courts<sup>211</sup> habe gezeigt, dass sogar zwischen per se rechtswidrigen Verhaltensweisen und der Annahme eines Antitrustschadens unterschieden werden müsse.<sup>212</sup>

## 2. Das Verfahren *California versus American Stores Co.*

Einen Sonderfall stellt auch die erfolgreiche Klage *California versus American Stores Co.* dar.<sup>213</sup> Zum einen handelte es sich um eine so genannte *Parens patriae*-Klage. Kläger war also nicht ein drittes Unternehmen, das sich vor eine Marktverdrängung durch seine fusionierenden Konkurrenten, Abnehmer oder Zulieferer verteidigen wollte. Vielmehr hatte der Staat Kalifornien den Rechtsweg beschritten, um im Namen seiner Einwohner gegen die Fusion zweier großer Supermarktketten vorzugehen. Schon insofern handelte es sich nicht um eine klassische Privatklage. Eine weitere Besonderheit liegt darin, dass das Urteil des Supreme Court aus der Feder von *Justice Stevens* stammte. Er hatte sich schon im Fall *Cargill* mit seiner Dissenting Opinion von der Mehrheitsmeinung abgesetzt und von dem Erfordernis

207 Ebenda, 111 (1989). Die Zusammenfassung des Gerichts lautet: „Market share data – assuming that it is accurate and indicative of substantial market power to eliminate competition – constitutes sufficient evidence, in and of itself, of antitrust injury to a competitor to create a genuine issue for trial.”

208 Erstaunlicherweise wurde die Entscheidung vom Supreme Court dennoch nicht zur Revision angenommen.

209 *Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.*, 755 F.Supp. 52 (1991), in dem die zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zusammen über immerhin 55 Prozent Marktanteil verfügten.

210 Es handelt sich um Überlegungen im Rahmen einer nachfolgenden „reconsideration“.

211 *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 110 S.Ct. 1884 (1990). Das Verfahren hatte keinen Zusammenschluss, sondern eine Schadensersatzklage von Wettbewerbern aufgrund von Sec. 4 Clayton Act zum Gegenstand, mit der sie sich gegen eine per se rechtswidrige vertikale Höchstpreisbindung wandten. Dazu *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 212.

212 *Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.*, 755 F.Supp. 52, 57 (1991).

213 *California v. American Stores Co.*, 110 S.Ct. 1853 (1990).

der Antitrust-Schaden-Doktrin distanziert.<sup>214</sup> Schließlich ging das Klageziel nicht auf Unterlassung des Zusammenschlusses, sondern auf eine Entflechtungsanordnung (divestiture).<sup>215</sup> Aufgrund der genannten Besonderheiten des Falles fällt es schwer, das Verfahren *California versus American Stores Co.* zum Beleg dafür anzuführen, dass private Drittklagen auch nach *Brunswick* und *Cargill* erfolgreich sein können.

### 3. Jüngere Entscheidungen, in denen ein Antitrustschaden des Privatklägers bejaht wurde

Ein Antitrustschaden der privaten Klägerin bejaht wurde im Verfahren *Community Publishers, Inc. v. Donrey Corp.*<sup>216</sup> Der zuständige District Court betonte aber selbst den Ausnahmecharakter seiner Entscheidung, indem er feststellte, dass es sich dabei um „einen der seltenen Fälle handle, in denen das Gericht davon ausgeht, dass ein klägerischer Wettbewerber erfolgreich einen Antitrustschaden darlegen konnte.“<sup>217</sup> Die Besonderheit des Falles lag im Tatsächlichen begründet. Relevanter Markt war der Zeitungsmarkt im Gebiet Northwest Arkansas. In diesem Gebiet herrscht nach Ansicht des Gerichts ein spezielles Must-buy-Phänomen.<sup>218</sup> So sei jeder regionale Gewerbetreibende, der Kunden im gesamten Gebiet von North Arkansas erreichen wolle, auf ein Inserat in den beiden fusionierenden Zeitungen *The Northwest Arkansas Times* und *Morning News of Northwest Arkansas* angewiesen.<sup>219</sup> Angesichts der marktbeherrschenden Stellung dieser beiden Zeitungen bestehe die Gefahr, dass sie im Fall einer konzertierten Erhöhung ihrer Anzeigenpreise die vorhandenen Werbemittel der betroffenen Gewerbetreibenden vollständig absorbieren könnten. Der Antitrustschaden der Klägerin liege damit in den „monopolistischen Verhaltensweisen, die durch den Zusammenschluss ermöglicht werden“ und nicht in gesteigerter Effizienz der neuen Unternehmenseinheit.<sup>220</sup>

Es erscheint fraglich, ob die Argumentation des District Courts, die wesentlich auf dem in anderen Wirtschaftszweigen „zugegebenermaßen seltenen“<sup>221</sup> Must-Buy-

214 Siehe oben I 4.

215 Die eigentliche Bedeutung der Entscheidung liegt in der Klarstellung, dass private Klagen nach Section 16 Clayton Act grundsätzlich auch zu einer Entflechtung der fusionierten Unternehmen führen können. Dazu *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 108 (FN 400) und 214.

216 *Community Publishers, Inc. v. Donrey Corp.*, 892 F. Supp. 1146 (1995).

217 Ebenda, 1166.

218 Ebenda.

219 Ebenda, 1159.

220 Ebenda, 1166. Der District Court nennt außerdem das Szenario einer kurzfristigen Kündigung der Vereinbarung über eine gegen *The Morning News of Northwest Arkansas* geschlossene Kooperation im Anzeigengeschäft zwischen *The Northwest Arkansas Times* und dem zur Klägerin gehörenden *Benton County Daily Record*. Eine hieraus resultierende Verschlechterung der Wettbewerbsposition auch der *Times* (!) habe negative Auswirkungen auch auf die Leser in ganz Northwest Arkansas.

221 Ebenda.

Phänomen gründet, verallgemeinerungsfähig ist. Auch darf man davon ausgehen, dass der Supreme Court getreu seiner Ausführungen in *Cargill* die fehlende Auseinandersetzung mit der Möglichkeit eines Markteintritts von Wettbewerbern bemängelt hätte. Gerade im Anzeigengeschäft erscheint die Gründung eines Anzeigenblattes eine verhältnismäßig einfache und Erfolg versprechende Alternative zu sein, mit der bedrängte Wettbewerber die marktbeherrschende Stellung der beiden zusammengeschlossenen Zeitungen wesentlich untergraben können. Ein solches Vorgehen erschiene insbesondere dann gewinnbringend, wenn die fusionierten Zeitungen ihre Anzeigenpreise monopolistisch anhöben. Letzteres Szenario legte das Gericht seiner Entscheidung auch zugrunde. Darüber hinaus bietet sich auch in diesem Fall der vom Appellationshof im Fall *Phototron* ausgesprochene Hinweis an, zunächst den Eintritt der auf den Zusammenschluss folgenden Missbrauchshandlungen, nämlich das monopolartige Anheben der Preise durch die marktbeherrschenden Zeitungen abzuwarten und diese dann in einer gesonderten Klage zu rügen.<sup>222</sup>

Im Fall *Bon-Ton v. May Department Stores Co.*<sup>223</sup> wurde ebenfalls ein Antitrustschaden der privaten Klägerin bejaht. Hintergrund des Falles war der Erwerb der letzten verfügbaren Einkaufszentren in der Region um Rochester durch die Kaufhausbetreiberin *May*. Damit hätte *May* über gut 50 Prozent des Marktanteils bezogen auf traditionelle Kaufhäuser in dieser Region verfügt. Die klägerische Wettbewerberin *Bon-Ton* hatte ihre geschäftlichen Aktivitäten bislang auf das Gebiet im nördlichen Teil des Bundesstaates New York beschränkt. Das Gericht stellte fest, dass durch die Übernahme der Einkaufszentren so hohe Markteintrittsschranken für *Bon-Ton* in dem betreffenden räumlichen Markt errichtet würden, dass von einem Antitrustschaden ausgegangen werden könne.<sup>224</sup> Entsprechend ordnete das Gericht im Rahmen einer einstweiligen Verfügung an, *May* habe die übernommenen Unternehmenswerte wieder abzustoßen.<sup>225</sup> Im Unterschied zu den Fällen *Brunswick* und *Cargill* argumentierte das Gericht also nicht etwa mit dem Drohen einer Strategie des predatory pricing durch *May*. Vielmehr sah es den Antitrustschaden bereits in den hohen Markteintrittsschranken verwirklicht.<sup>226</sup> Eine wesentliche Besonderheit dieses Falles liegt somit darin, dass ein Antitrustschaden eines lediglich potentiellen Wettbewerbers angenommen wurde. Eine Existenzvernichtung oder auch nur -bedrohung wie sie zum Teil von deutschen Autoren vorausgesetzt wird, kann darin naturgemäß nicht liegen.

222 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 102 (1988). Siehe schon oben.

223 *Bob-Ton v. May Department Stores Co.*, 881 F. Supp. 860 (1994).

224 Ebenda, 876.

225 Ebenda, 878. In einem anschließend von den Parteien geschlossenen Vergleich verpflichtete sich *May*, vier Kaufhäuser an *May* zu übertragen, die in Einkaufszentren des Einzugsgebiets Rochester gelegen sind (settlement agreement vom 6.3.1995, 1995 WL 215307 [W.D.N.Y.]).

226 *Smith, T. W./Sterling, H. M.*, 65 Antitrust L. J. 1996, 57, 74.

### III. Zusammenfassende Würdigung der US-amerikanischen Rechtslage

Der Supreme Court hat erstmals im Verfahren *Monfort* die kurz zuvor im Fall *Brunswick* entwickelte Antitrustschadensdoktrin auf Privatklagen nach Sec. 16 Clayton Act übertragen. Drittklagen gegen Zusammenschlussvorhaben scheitern damit bereits auf der Ebene der Zulässigkeit. Dieser gegenüber Konkurrentenklagen strenge, gegenüber fusionswilligen Unternehmen dagegen sehr großzügige Ansatz spiegelt eine wettbewerbspolitische Grundhaltung des Gerichts wider, in der sich unschwer der Einfluss der Chicago School erkennen lässt.<sup>227</sup> Darüber hinaus zeugt er von dem Bemühen des Gerichts, etwaige Zielkonflikte zwischen den Interessen der klagenden Dritten und denjenigen der Allgemeinheit von vornherein auszuschließen.<sup>228</sup>

Nach dem sog. new learning-Ansatz der Chicago School ist der Markt grundsätzlich selbst in der Lage, sich durch laufende Selbstanpassung zu regulieren und durch Zutritt von Wettbewerbern offen zu halten. Wettbewerbspolitische Eingriffe in die Marktstruktur sind deshalb so gering wie möglich zu halten. Entsprechend werden auch Fusionen im Allgemeinen nicht als Gefahr für die Wettbewerbsstruktur angesehen. Die Vertreter der Chicago School betonen vielmehr die effizienzsteigernde Wirkung von Unternehmenszusammenschlüssen (economies of scale, Vermögenskonzentration in den Händen überlegener Unternehmen und Bestrafung ineffizienten Managements).<sup>229</sup> Insbesondere Drittklagen sind daher dem Verdacht ausgesetzt, lediglich der Abwehr von Effizienzsteigerungen zu dienen, denen sich das klagende Unternehmen im Wettbewerb nicht stellen möchte.<sup>230</sup>

Die Frage, ob zwischen Individual- und Institutionenschutz Zielkonflikte auftreten können, wird in der Literatur kontrovers diskutiert.<sup>231</sup> Entsprechend unterschiedlich beurteilt wird auch das Verhältnis von Individual- und Allgemeininteresse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.<sup>232</sup> Einige Autoren stufen Drittklagen in wettbewerbspolitischer Hinsicht grundsätzlich als unbedenklich ein. Danach kommen sie dem generellen Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Durchsetzung des objektiven Rechts entgegen.<sup>233</sup> Andere Autoren sehen dagegen einen grundsätzlichen Konflikt zwischen öffentlichem Interesse und Einzelinteressen privater Dritt-

227 *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 197ff., 142. Allgemein zur Chicago School: *Posner, R. A.*, 127 *Univ. of Pennsylvania L. Rev.* 1979, 925ff. und *Bork, R. H.*, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, 1978. Zusammenfassend *Schmidt, I.*, Wettbewerbspolitik, 2005, 19ff.

228 Ausführlich *Brodley, J. F.*, 94 *Mich. L. Rev.* 1995, 1, passim, insbes. 15ff., 28ff., 48ff. Allgemein *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 29f., 141ff.

229 *Schmidt, I.*, Wettbewerbspolitik, 2005, 22.

230 *Easternbrock, F. H.*, 63 *Tex. L. Rev.* 1984, 1, 36 und *Hartmann, J. F.*, 70 *Minn. L. Rev.* 1986, 931, 953f., jeweils illustriert am Verfahren *Chrysler Corp. v. General Motors Corp.*, 589 *F. Supp.* 1182 (1984).

231 Überblicksweise Darstellung des Streitstandes bei *Schmidt, I.*, Wettbewerbspolitik, 2005, 81f.

232 Dazu *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 141ff.

233 Z. B. *Linder, L.*, Privatklage, 1980, 62, nach dessen Auffassung „jede private Schadensersatzklage per se auch dem Allgemeininteresse“ dient.

kläger.<sup>234</sup> Sie verweisen auf die Gefahr, dass Privatklagen Dritter zu einer einseitigen Berücksichtigung von Partikularinteressen führen könnten, in der die Wettbewerbssituation sonstiger Marktbeteiligter zu kurz komme. Die koordinierte Betrachtung der vielfältigen betroffenen Interessen sei nur in einem staatlichen Verfahren gewährleistet.<sup>235</sup> In diesem Zusammenhang weisen sie besonders auch auf die Möglichkeit des missbräuchlichen Einsatzes privater Klagen in der Fusionskontrolle hin. Schon die Aussicht, einen langwierigen und kostspieligen Prozess führen zu müssen, veranlasse viele Zusammenschlussbeteiligte dazu, ihr Fusionsvorhaben aufzugeben.<sup>236</sup> Man mag die Möglichkeit des Auftretens von Zielkonflikten und insbesondere eines missbräuchlichen Einsatzes von Drittklagemöglichkeiten einräumen. Nimmt man die Voraussetzung des Antitrustschadens jedoch ernst, so müssen sogar solche Drittklagen als unzulässig abgewiesen werden, die sich gegen offenkundig rechtswidrige Fusionen richten. Das zeigt schon die Entscheidung im Fall *Monfort*. Der Supreme Court verneinte die Klagebefugnis des Drittklägers, ohne auf die Frage der Rechtswidrigkeit des Zusammenschlussvorhabens überhaupt nur einzugehen.<sup>237</sup> Die Vorinstanzen hatten sie übereinstimmend festgestellt.<sup>238</sup> Noch eindrucksvoller mag das der Fall *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.* verdeutlichen. Die Richter verneinten die Klagebefugnis des Konkurrenten trotz Vorliegens eines Marktanteils der fusionierten Einheit von 66 Prozent.<sup>239</sup> Ein Zielkonflikt zwischen Gemeinwohl und Individualinteresse des Drittklägers ist in diesen Fällen aber von vornherein ausgeschlossen.<sup>240</sup>

Die formalen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen System der Fusionskontrolle sind groß. Während jenes eine präventive Kontrolle in einem Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt und gegebenenfalls dem

234 *Benisch, W.*, in: *FIW* (Hrsg.), *FS Hartmann*, 1976, 37, 41ff. (am Beispiel des privaten Vorgehens gegen Kartelle und missbräuchliche Preisgestaltungen); *Brodley, J. F.*, 94 *Mich. L. Rev.* 1995, 1, 45.

235 *Benisch, W.*, aaO., 48.

236 *Elzinga, K. G./Breit, W.*, *The antitrust penalties: a study in law and economics*, 1976, 90ff. ("misinformation effect"). Das gilt insbesondere wegen der Besonderheiten des US-amerikanischen Zivilprozessrechts. Der vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren liegende „pre-trial discovery process“ erlaubt es den Parteien, notfalls mit Hilfe gerichtlicher Verfügungen weitgehend Informationen und Beweismittel vom Prozessgegner zu erlangen. Darüber hinaus führt die – durch Section 16 Clayton Act lediglich zugunsten des Klägers modifizierte – „american rule“ dazu, dass die beklagte Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ihre Anwaltskosten selbst zu tragen hat (vgl. dazu *Hempel, R.*, *Rechtsschutz*, 2002, 210ff. und 220ff.).

237 Der Supreme Court verneinte die Notwendigkeit einer Prüfung von Section 7 Clayton Act, nachdem er vorher das von Section 16 Clayton Act angeblich verlangte Vorliegen eines Antitrustschadens verneint hatte (*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 122).

238 *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 591 F.Supp. 683, 710 (1983); *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 761 F.2d 570, 578ff. (1985). Darauf weist schon Justice Stevens in seiner Dissenting Opinion zu *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 496 (1986) hin.

239 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 101 (1988).

240 So auch *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 213.

Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vorsieht, haben Federal Trade Commission und Department of Justice nur die Möglichkeit, ein Zusammenschlussvorhaben durch gerichtliche Klage anzugreifen. Damit kommt es jenseits des Atlantiks nicht zu der für das deutsche (und europäische) Recht charakteristischen Dreiecks-konstellation. Der unter amerikanischem Recht agierende Privatkläger wendet sich nicht gegen eine behördliche „Freigabeentscheidung“. Vielmehr muss er unmittelbar gegen den Zusammenschluss als solchen vorgehen. Das als privatrechtliche Schadensersatzklage ausgestaltete Rechtsmittel muss sich dabei in die Dogmatik des allgemeinen Delikts- und Schadensfolgenrechts einfügen. Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die US-amerikanischen Gerichte die Frage stellen, ob das vom Kläger in Anspruch genommene kartellrechtliche Schutzgesetz den Schutz gerade auch des geltend gemachten Schadens bezweckt.<sup>241</sup> Trotz aller Divergenzen sind die Parallelen zur deutschen Diskussion offensichtlich: Es droht eine Übernahme des strengen US-amerikanischen Maßstabs durch das deutsche Recht.<sup>242</sup> Wie in den USA ist man auch in Deutschland im Begriff, von den Drittklägern den Nachweis zu verlangen, dass sie in Folge des (rechtswidrigen!) Zusammenschlusses Opfer von missbräuchlichen Verhaltensweisen (antitrust injury) werden. Nichts anderes bedeutet es, wenn die Verletzung subjektiver Rechte zur Voraussetzung für einstweiligen Rechtsschutz Dritter erhoben wird und eine Rechtsverletzung nur bei (drohender) Existenzvernichtung angenommen wird. Dass man auf diese Weise die Möglichkeit einer präventiven Fusionskontrolle durch Private faktisch ausschließt, zeigt die Analyse der US-amerikanischen Entscheidungspraxis seit 1977.<sup>243</sup> Möglicherweise geht die von deutschen Autoren aufgestellte Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung sogar noch über die vor den US-amerikanischen Gerichten geltenden Anforderungen hinaus. Diese verlangen lediglich den Nachweis eines Antitrustschadens. Welches Ausmaß die wirtschaftlichen Nachteile haben müssen, bleibt dabei offen. Dass in letzter Zeit keine Privatklagen aus den USA mehr berichtet werden, mag man einerseits auf den fehlenden Anreiz angesichts der restriktiven Rechtsprechung, andererseits auf eine strengere Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen durch US-amerikanische Behörden und Gerichte zurückführen.<sup>244</sup>

241 *Lopatka, J. E./Page, W. H.*, 17 *Antitrust* (Fall 2002), 20, 21: „The idea that a defendant’s statutory violation does not entitle a plaintiff to recover unless the plaintiff suffers the kind of loss the statute was designed to prevent is not surprising.”

242 Das räumt auch *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21 ein: „Die mit der 7. GWB-Novelle vorgesehene Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes auf die Fälle, in denen der Antragsteller eine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann, entspricht damit der Sache nach dem Standard, der seit jeher auch in den USA mit dem Erfordernis des «antitrust injury» gilt.“

243 So im Ergebnis auch *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 210.

244 Letztere Erklärung findet sich auch bei *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21 m. w. N.

#### IV. Fünftes Zwischenergebnis

Die oben aufgestellte These ist damit bestätigt: Privater Rechtsschutz gegen Zusammenschlussvorhaben ist ausgeschlossen, wenn man ihn vom Nachweis einer in Folge der Fusion eintretenden wirtschaftlichen Existenzvernichtung abhängig macht. Folge wäre nicht nur eine substantielle Einbuße hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten von Drittbetroffenen selbst im Fall offensichtlich rechtswidriger Fusionen. Mindestens ebenso schwer wiegt der systematische Einwand, wonach ein solches Rechtsschutzsystem die Bedeutung der Fusionskontrolle als präventiver Strukturkontrolle verkennt. Ziel muss es sein, solche Machtkonzentrationen von vornherein zu verhindern, die die Möglichkeit zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens eröffnen.

#### E. Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die Drittbeteiligung in der Fusionskontrolle

Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten begegnet in der Fusionskontrolle an vier Stellen:<sup>245</sup> (1) als Voraussetzung für die notwendige Beiladung, (2) als Voraussetzung für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde, (3) als Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde, wenn der betreffende Dritte nicht beigeladen wurde und (4) – seit dem 1. Juli 2005 – als Voraussetzung für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen eine Fusionsfreigabe i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB.<sup>246</sup> Die Aufzählung lässt vermuten, dass das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung von zentraler Bedeutung für den fusionskontrollrechtlichen Drittschutz ist.<sup>247</sup> Umso mehr erstaunen daher die soeben getroffenen Feststellungen: Soweit subjektive Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nicht ohnehin geleugnet werden (zweites Zwischenergebnis), scheidet eine Verletzung Dritter in eigenen Rechten jedenfalls mangels Schutzreichsverletzung aus (drittes und fünftes Zwischenergebnis). Es stellt sich daher die Frage, wie es zu dieser stiefmütterlichen Behandlung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung in der Vergangenheit kommen konnte.

<sup>245</sup> Siehe oben *Kap. 1 B IV*.

<sup>246</sup> Bis Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle im Jahr 1973, also noch vor Einführung der Fusionskontrolle, war die subjektive Rechtsverletzung gemäß § 75 Abs. 1 GWB 1958 auch Zulässigkeitsvoraussetzung für die Rechtsbeschwerde.

<sup>247</sup> So *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 211 („Zentralproblem“).

## I. Bisherige Bedeutung des Merkmals

Eine Untersuchung der fusionskontrollrechtlichen Praxis ergibt, dass es bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle möglich war, Drittbetroffenen umfassende Beteiligungs- und Beschwerderechte einzuräumen, ohne auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung angewiesen zu sein. Situationen, in denen die Verfahrensbeteiligung Dritter ausschließlich an der fehlenden Verletzung in eigenen Rechten gescheitert wäre, sind nicht zu verzeichnen.

### 1. Notwendige Beiladung

Die geringe Bedeutung, die der Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung für die Rechtsstellung Dritter in der Fusionskontrolle bislang zukam, zeigt sich schon am Institut der notwendigen Beiladung. Es ist kein einziger Fall ersichtlich, in dem ein Dritter vor Gericht erfolgreich einen Anspruch auf Beiladung zu einem Verfahren der Zusammenschlusskontrolle erstritten hätte. Sucht man in Rechtsprechung oder Literatur nach einschlägigen Beispielen, wird man allenfalls im Bereich des allgemeinen Kartellrechts,<sup>248</sup> nicht jedoch in der Fusionskontrolle fündig.<sup>249</sup> Man

248 Soweit ersichtlich existiert überhaupt nur ein einziger Fall aus der Rechtsprechung, in dem eine notwendige Beiladung angenommen wurde, nämlich das Verfahren des *KG*, 19.12.1979 (*Basalt-Union*), WuW/E OLG 2193. Das Verfahren hatte den Sonderfall zum Gegenstand, dass in einer an die Kartellbeteiligten gerichteten Verfügung die Ausführung einer bestimmten Vertriebsvereinbarung untersagt wurde, welche sich zu Lasten der Kartellaußenseiter auswirken würde (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung). Anders als man bei flüchtiger Lektüre des entsprechenden Nachweises bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46 vermuten könnte, lässt sich die Entscheidung keineswegs auf alle Arten von Kartellaußenseitern verallgemeinern. Vielmehr betrifft die Entscheidung nur den speziellen Fall, dass eine Vertriebsvereinbarung mit Auswirkungen auf Drittunternehmen untersagt wird. In dem zweiten von *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46 angeführten Beispielsfall (*KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2257) fällt auf, dass das *KG* zwar die Einhaltung der Rechtsfolgen (Benachrichtigungs- und Beiladungspflicht) – vorsichtshalber? – feststellt, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine notwendige Beiladung jedoch nicht ausdrücklich bejaht. Zwar sprach das *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545 die Verpflichtung des Bundeskartellamts aus, den Antragsteller zum Verfahren beizuladen. Der Grund für die Entscheidung lag aber nicht in der Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers. Vielmehr handelte es sich um eine „Abwägung der i. R. der Ermessensausübung wesentlichen und vorstehend dargestellten Gesichtspunkte, die eine Beiladung des Ast. zum Anerkennungsverfahren geboten“ erscheinen ließen (ebenda, 1550). Ähnlich schon *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), WuW/E OLG 1033, 1036, das ebenfalls von einer Pflicht zur Beiladung ausging, diese jedoch mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründete.

249 Zu Recht schränkt *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476 daher ein: „Außerhalb der Fusionskontrolle kann die Figur der notwendigen Beiladung Abhilfe schaffen“ (zum Problem der Ermessensabhängigkeit des Beschwerderechts Dritter, Hervorhebung vom Verf.).



kann nur vermuten, dass sich die Frage aufgrund der großzügigen Beiladungspraxis des Amtes nur in den wenigsten Fällen gestellt hat.<sup>250</sup> Soweit ersichtlich haben Dritte bislang nur in drei Fällen einen Anspruch auf Beiladung zu einem Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gerichtlich geltend gemacht. Das Beschwerdegericht konnte den Antrag in allen Verfahren zurückweisen, ohne sich auf das Fehlen einer Rechtsverletzung stützen zu müssen. Grund für die Zurückweisung der Beschwerden war jeweils, dass das Verwaltungsverfahren bereits beendet war und eine Beiladung schon deshalb nicht mehr in Betracht kam.<sup>251</sup> Im Fall *Zeiss/Leica* hatte das Drittunternehmen einen förmlichen Beiladungsantrag überhaupt erst gestellt, als die Freigabeentscheidung bereits bestandskräftig geworden war.<sup>252</sup> Im Verfahren *tobaccoland II* spricht die Begründung die Frage einer Verletzung in subjektiven Rechten nicht einmal an. Im Fall *Großverbraucher* setzte sich das KG mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe aufgrund subjektiver Rechtsverletzung einen Anspruch auf Beiladung, zwar auseinander.<sup>253</sup> Da das Gericht aber schon das Merkmal der erheblichen Interessenberührung verneinte, kam nicht einmal eine einfache, geschweige denn eine notwendige Beiladung in Betracht.

## 2. Verpflichtungsbeschwerde

Wenig ergiebig erweist sich auch die Suche nach Verfahren, in denen Dritte sich mit einer Verpflichtungsbeschwerde gegen ein Zusammenschlussvorhaben gewandt hätten. Zwar hat das KG seine ablehnende Haltung hinsichtlich eines subjektiven Drittschutzes in der Fusionskontrolle anlässlich einer Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens entwickelt.<sup>254</sup> Das *Weichschaum*-Verfahren bildet aber schon insofern eine Ausnahmekonstellation, als hier kein Drittunternehmen im eigentlichen Sinne, sondern der Veräußerer selbst die Untersagung begehrte. Unabhängig von der Frage der subjektiven Rechtsverletzung beim dritten Beschwerdeführer ist eine Verpflichtungsbeschwerde aber schon aus anderen Gründen unzulässig. *Gegen* eine ausdrückliche Freigabeverfügung ist nur

250 Nach *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 45 wurden wegen Rechtsverletzung notwendig beizuladende Dritte „in der Praxis in aller Regel schon beigeladen, als diese die notwendige Beiladung noch nicht anerkannte. Regelmäßig stellte sich die KartB in Fällen notwendiger Beiladung dem Beiladungsgesuch nicht in den Weg.“

251 *KG*, 5.4.2000 (*tobaccoland II*), WuW DE-R 641, insbes. 643f.; *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544. Vgl. aus dem allgemeinen Kartellverwaltungsrecht die gleichlautende Entscheidung des *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347.

252 *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544 (siehe sogleich unten). Auch eine notwendige Beiladung konnte der *BGH* mangels Verletzung in subjektiven Rechten verneinen (ebenda, 1545).

253 *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5851 (es handelt sich lediglich um hilfsweise angestellte Erwägungen).

254 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758 (dazu ausführlich oben *Kap. 2 A I*).

die Anfechtungsbeschwerde statthaft. Für eine zusätzlich erhobene Verpflichtungsbeschwerde fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Das folgt aus § 40 Abs. 6 GWB.<sup>255</sup> Eine Bindung der Behörde an die in der Aufhebungsentscheidung ausgedrückte Rechtsauffassung des Gerichts wird vorausgesetzt.<sup>256</sup> Theoretisch denkbar ist zwar, dass sich ein Dritter an das Beschwerdegericht wendet, um ein behördliches „Freilassen“ einer Fusion innerhalb der gesetzlichen Fristen zu verhindern.<sup>257</sup> Ein solcher Versuch dürfte in der Praxis schon aus folgenden beiden Gründen scheitern: Zum einen wird man vor Ende der Fristen von einem bzw. vier Monaten<sup>258</sup> nur schwerlich die dem Bundeskartellamt in § 63 Abs. 3 Satz 2 GWB eingeräumte „angemessene“ Entscheidungsfrist als abgelaufen bezeichnen können. Damit fehlt es vorher schon am Rechtsschutzbedürfnis.<sup>259</sup> Ein weiteres Problem bilden die kurzen Untersagungsfristen in § 40 Abs. 1 und 2 GWB. Sie verbieten es der Behörde endgültig, nach Ablauf von einem bzw. vier Monaten ein Zusammenschlussvorhaben zu untersagen.<sup>260</sup> Ein Neubeginn der Fristen ist nur für den Fall einer erfolgreichen *Anfechtungsbeschwerde* vorgesehen, § 40 Abs. 6 GWB. Auch eine einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts gemäß § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 GWB mit dem Inhalt, die Behörde zu verpflichten, die Fusion zunächst einmal zu untersagen um Zeit zu gewinnen, scheidet aus. Sie muss als Umgehung des Gesetzes zurückgewiesen werden.<sup>261</sup> Festzuhalten bleibt damit, dass die Verpflichtungsbeschwerde Dritter in der Fusionskontrolle – zumindest bislang<sup>262</sup> – keinen praktischen Anwendungsbereich hatte.<sup>263</sup>

255 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 91 (siehe sogleich unten).

256 Ebenda.

257 So die Situation im Fall *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638.

258 Im Fall *Weichschaum* galt noch die Jahresfrist des damaligen § 24 Abs. 2 Satz 2 GWB 1973.

259 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 88.

260 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1559.

261 *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 283; vgl. auch das obiter dictum des *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637ff., das eine vorsorgliche Untersagung zur Wahrung der Frist des § 24 Abs. 2 Satz 2 GWB 1973 „als ohnehin bedenklich“ bezeichnet.

262 Dabei kommt dem Instrument der Verpflichtungsbeschwerde in bestimmten Situationen durchaus Bedeutung zukommen, nämlich dann, wenn ein Drittunternehmen den Erlass zusätzlicher drittschützender Auflagen beantragt. Gut beratene Dritte werden auf dieses insbesondere auch für die Hauptbeteiligten verhältnismäßigere prozessuale Vorgehen aber verzichten. Sie werden sofort die gesamte Freigabeentscheidung anfechten. Sie mögen mit diesem Antrag zwar (zulasten der Fusionskandidaten) über ihr Ziel hinausschießen. Dafür laufen sie aber nicht Gefahr, am Erfordernis der materiellen Beschwer zu scheitern (so geschehen im Fall *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argentahler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1463, siehe schon oben *Kap. 1 C I 4 und II 3*).

263 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 86ff., 93, 94: „Im Ergebnis ist festzustellen, dass für die Verpflichtungsbeschwerde im Rahmen des § 40 GWB kein Raum ist“.

### 3. Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung

Unter diesem Stichwort behandelt die Literatur die Frage, ob sich Dritte unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne vorherige Beiladung gegen eine Fusionsfreigabe wenden können. Nach herrschender Meinung können Dritte, die in eigenen Rechten verletzt sind, – entgegen dem Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB – Anfechtungsbeschwerde auch ohne vorherige Beiladung einlegen.<sup>264</sup> Für den Bereich der Fusionskontrolle gilt jedoch auch hier: Es ist kein Fall bekannt, in dem ein am Verwaltungsverfahren nicht beteiligter Beschwerdeführer mit Hinweis auf eine angebliche Verletzung in subjektiven Rechten vor Gericht Erfolg gehabt hätte. In den veröffentlichten Entscheidungen konnte die Rechtsprechung die Zulässigkeit einer entsprechenden Anfechtungsbeschwerde verneinen, ohne dass es auf die Frage einer möglichen subjektiven Rechtsverletzung angekommen wäre.<sup>265</sup> Im Verfahren *Tobaccoland* scheiterte die Zulässigkeit der eingelegten Rechtsmittel nicht nur an der fehlenden Beteiligung am Verwaltungsverfahren.<sup>266</sup> Dazu kam der Umstand, dass das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben bereits in der ersten Prüfungsphase freigegeben hatte. Das Gericht konnte darauf verweisen, dass der Gesetzgeber solche Zusammenschlussvorhaben von einer Anfechtbarkeit ausgenommen hat.<sup>267</sup> Eine etwa vorliegende Verletzung in subjektiven Rechten könne im Fall der Freigabe im Vorprüfverfahren zu keiner anderen Einschätzung führen.<sup>268</sup> In der Entscheidung über den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz konnte sich das KG gar noch auf den Hinweis beschränken, die Antragstellerin habe keine besonderen Beeinträchtigungen geltend gemacht, die ausnahmsweise eine Antragsberechtigung wegen Rechtsverletzung rechtfertigen würden.<sup>269</sup> Im Fall *Zeiss/Leica* äußerte sich das OLG Düsseldorf zwar grundsätzlich positiv zu der Frage, ob eine Beschwerdebefugnis wegen des in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt allein aus einer Rechtsverletzung hergeleitet werden könne.<sup>270</sup> Die Zulässigkeit der Drittbeschwerde scheiterte aber wiederum schon an der fehlenden Beiladung. Die Beschwerdeführerin war im Laufe des Verfahrens mehrfach vom Bundeskartellamt informatorisch angehört worden. Dennoch stellte sie erst acht

264 Siehe oben *Kap. 1 B I 4*.

265 So auch *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1297: „Mit Eintritt der Freigabefiktion des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB [...] ist eine Untersagung des angemeldeten Zusammenschlusses gesetzlich verboten [...]. Damit ist das kartellbehördliche Fusionskontrollverfahren unumkehrbar beendet und eine gerichtliche Anfechtung des Zusammenschlusses mit dem Ziel seiner Untersagung ausgeschlossen. Damit ist zugleich dem Begehren der Ast., zum beendeten Fusionskontrollverfahren beigeladen zu werden, die Grundlage entzogen.“

266 Auf diesen Umstand stellte das *KG*, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386 bezüglich des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung noch entscheidend ab.

267 *KG*, 5.4.2000 (*tobaccoland II*), WuW DE-R 641, 643.

268 Ebenda, 643f.

269 *KG*, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386.

270 *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1292f. Siehe auch *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545.

Wochen nach Erlass der Freigabeentscheidung einen förmlichen Beiladungsantrag.<sup>271</sup> Darüber hinaus versäumte sie es, parallel zu ihrer Beschwerde gegen die Freigabeentscheidung ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Beiladungsantrags einzulegen. In der Folge wurde diese bestandskräftig.<sup>272</sup> In Fällen, in denen Dritte es – wie hier geschehen – „schuldhaft“ versäumen, rechtzeitig einen Beiladungsantrag zu stellen, kann die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht greifen.<sup>273</sup> Sie setzt vielmehr voraus, dass der Berechtigte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erhebung eines Rechtsmittels erfüllt.<sup>274</sup> Damit ist auch zur Anfechtungsberechtigung Dritter in Fusionskontrollfällen aufgrund Verletzung in subjektiven Rechten festzustellen: Es handelt sich um eine „mehr für die theoretische Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes bedeutsame Frage“.<sup>275</sup>

## II. Bedeutung des Merkmals unter Geltung der Siebten GWB-Novelle

Wesentlich größere praktische Relevanz kommt der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten erst seit Inkrafttreten des neu eingefügten § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 zu. Die neue Vorschrift erhebt sie zur Voraussetzung für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Der einstweilige Rechtsschutz Dritter hat sich zur Achillesverse eines Zusammenschlussvorhabens entwickelt. Erstmals hatte das OLG Düsseldorf im Verfahren *NetCologne* auf Antrag eines dritten Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet.<sup>276</sup> Gleichzeitig untersagte es, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen. Bundesweites Aufsehen erregte der einstweilige Stopp im Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrgas*.<sup>277</sup> Der einstweilige Drittrechtsschutz ist für interessierte Dritte zu einem hoch bedeutsamen Rechtsschutzinstrument geworden. Damit kommt der „in Kartellrechtsfällen überaus schwierigen Prüfung“<sup>278</sup>, ob die geforderte Voraussetzung einer Verletzung von Drittrechten gegeben ist, in der Praxis erstmalig eine ganz erhebliche Relevanz zu.

271 Siehe die Sachverhaltsschilderung durch das *OLG Düsseldorf*, aaO., 1292 sowie bei *Kapp, T./Meßner, S. E.*, WuW 2004, 917.

272 *OLG Düsseldorf*, aaO.

273 *Kapp, T./Meßner, S. E.*, WuW 2004, 917, 920.

274 So schon das *KG*, 31.5.1968 (*Beiladung*), WuW/E OLG 933, 934f.

275 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 22.

276 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665. Weitere Fälle: *dass.*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885. Keinen einstweiligen Drittrechtsschutz gewährte das *OLG Düsseldorf* dagegen im Fall *Rethmann* (Beschluss vom 4.9.2002, WuW/E DE-R 945). Das *KG*, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386 hatte die Möglichkeit einstweiligen Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle noch ausgeschlossen.

277 Siehe den Nachweis in der vorigen FN.

278 *Schmidt, K.*, DB 2004, 527.

### III. Sechstes Zwischenergebnis

In Fusionskontrollverfahren spielte das Merkmal der Verletzung von subjektiv-öffentlichen Drittrechten bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle praktisch keine Rolle. Damit kam auch der Unterscheidung zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ und „Verletzung in eigenen Rechten“ lediglich theoretische Bedeutung zu. Das erklärt die stiefmütterliche Behandlung des Problems in der kartellrechtlichen Praxis und Wissenschaft. Die Inanspruchnahme der verschiedenen Formen der Drittbeteiligung hing regelmäßig nicht davon ab, ob man den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften eine drittschützende Wirkung zuerkannte und wie man gegebenenfalls den Schutzbereich abgrenzte. Das hat sich mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 entscheidend geändert. Im Zusammenhang mit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe durch das Bundeskartellamt kommt man nicht umhin, sich näher mit der Voraussetzung einer Verletzung in eigenen Rechten auseinander zu setzen.

#### F. Wegfall der Rechtsgrundlage für den Erlass weitergehender Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz?

##### I. Vorstellung der Neuregelung

Der Gesetzgeber der Siebten GWB-Novelle hat die Vorschrift des § 64 Abs. 3 GWB um einen zweiten Satz ergänzt. Die unscheinbare und möglicherweise nicht vollständig durchdachte Regelung könnte erhebliche Konsequenzen für die Wirksamkeit des einstweiligen Drittrechtsschutzes haben.<sup>279</sup> Es wurde bereits erwähnt, dass das OLG Düsseldorf in den drei Fällen, in denen es die aufschiebende Wirkung der zugrundeliegenden Drittbeschwerden anordnete, weitergehende Anordnungen erließ.<sup>280</sup> Dabei stützte es sich auf die §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999. Inhalt der zusätzlichen Anordnungen war das an die Hauptbeteiligten gerichtete Verbot, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben oder Einfluss auf die

<sup>279</sup> Die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 64f. rechtfertigt diese Änderung mit dem schlichten Hinweis darauf, dass „[in] Anlehnung an § 123 Abs. 5 VwGO [...] künftig die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und § 60 ausgeschlossen [wird], soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“ (dazu ausführlich unten *Kap. 6 B*). Es ist bemerkenswert, dass weder Bundesrat noch Literatur zu dieser Neuregelung Stellung genommen haben.

<sup>280</sup> Oben *Kap. 1 A IV 3*.

Geschäftspolitik des Fusionspartners zu nehmen.<sup>281</sup> Die Neuregelung schließt die im vorangehenden Satz angeordnete analoge Anwendung des § 60 GWB durch das Beschwerdegericht in den Fällen des § 65 Abs. 3 GWB aus. Damit droht die Kompetenz des OLG Düsseldorf zu entfallen, im Zusammenhang mit der Gewährung vorläufigen Drittrechtsschutzes gegen Fusionsgenehmigungen weitere einstweilige Anordnungen zu erlassen. Möglich wäre nur noch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerden. Sie könnte allenfalls noch um die Klarstellung ergänzt werden, dass die Vollziehung des Zusammenschlusses damit untersagt ist.<sup>282</sup> Zu beachten ist, dass der Anwendungsbereich der neuen Bestimmung § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 über denjenigen von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 hinausgeht, da er auch den einstweiligen Rechtsschutz gegenüber einer Fusionsgenehmigung per Ministererlaubnis umfasst.

## II. Mögliche Konsequenzen für den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Fusionsgenehmigungen

Dem Erlass der auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB gestützten Anordnungen lag folgende praxisnahe Überlegung des OLG Düsseldorf zugrunde: die aufschiebende Wirkung der Drittbeschwerden als solche reicht nicht in jedem Falle aus, um die negativen wettbewerblichen Auswirkungen des von der Kartellbehörde genehmigten Zusammenschlusses vorläufig zu verhindern und die mit einer späteren Entflechtung verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden. Die Zusammenschlussbeteiligten können ihr Vorhaben durch geschicktes Vorgehen schon vor bzw. unmittelbar nach Erlass der Freigabe vollziehen.<sup>283</sup> Ihnen verbleibt hierzu der Zeitraum zwischen Erlass der behördlichen Freigabeentscheidung bzw. Ministererlaubnis und der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes durch das Beschwerdegericht. Regelmäßig ergeht die Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht vor Ablauf einiger Tage.<sup>284</sup> Insbesondere für die dingliche Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Stimmrechten genügt eine juristische Sekunde. Die Zusammenschlussbeteiligten können sie unter der aufschiebenden Bedingung der Freigabeentscheidung schon vereinbart haben. Sie verstoßen damit auch nicht gegen das Vollzugsverbot gemäß § 41 Abs. 1 GWB (mit

281 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665 (Punkt 3 des Beschlusstextes, der die weiteren Anordnungen gemäß §§ 64 Abs. 3, 60 Nr. 3 GWB betrifft, ist zwar nicht abgedruckt, lässt sich aber unschwer aus der auf S. 667 wiedergegebenen Begründung rekonstruieren); 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.

282 Zu der Kontroverse um die Zulässigkeit dieser Anordnungen unten *Kap. 6 B I*.

283 Auf diese Möglichkeit weist das *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687 zutreffend hin.

284 Der Zeitraum zwischen Erlass der Freigabe- bzw. Erlaubnisverfügung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerden durch das OLG Düsseldorf betrug im Verfahren *NetCologne* sieben, im Verfahren *Trienekens* 14 und im Verfahren *E.ON/Ruhrgas* sechs Tage.

der in Satz 2 angeordneten Nichtigkeitsfolge). Nach allgemeiner Meinung erfasst es nämlich nur den unbedingten Abschluss von Erfüllungsgeschäften.<sup>285</sup> Gestützt auf die behördliche Genehmigung können die Hauptbeteiligten daher die für den Unternehmenszusammenschluss wesentlichen Rechtsgeschäfte abgeschlossen haben, bevor sich das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes zu der angefochtenen Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis äußern konnte. Sind die Gesellschaftsanteile oder Stimmrechte aber erst einmal übertragen, nützt die bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde den betroffenen Dritten nur noch wenig. Die übernehmende Einheit hat bereits die Möglichkeit, bestimmenden Einfluss auf die Geschäftspolitik des anderen Unternehmens auszuüben. Auch ohne eine weitergehende Integration der beiden Fusionskandidaten ist eine weitreichende Koordination des wettbewerbsrelevanten Verhaltens möglich. Das Telos der zusätzlichen Anordnungen lag daher darin, den status quo ante möglichst zu erhalten, eine etwaige Entflechtung nicht zu erschweren und die Wirkung von bereits erfolgten Vollzugsmaßnahmen einzuschränken.<sup>286</sup>

### III. Siebtes Zwischenergebnis

Neben den mit Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verbundenen Erschwernissen tut sich eine weitere Bedrohung für die Effektivität des einstweiligen Rechtsschutz Dritter gegen Fusionsgenehmigungen auf. Die ebenfalls neu eingefügte Vorschrift § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 lässt die Rechtsgrundlage entfallen, auf die das OLG Düsseldorf bislang einstweilige Anordnungen gestützt hatte, die über die bloße Anordnung der aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden hinausgehen. Sie allein vermögen aber die De-facto-Vollziehung eines Unternehmenszusammenschlusses zu verhindern. Haben die fusionswilligen Unternehmen in den Tagen zwischen Erlass der behördlichen Genehmigung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung bereits Gesellschaftsanteile oder Stimmrechte übertragen, bedarf es weitergehender gerichtlicher Verfügungen. Nur sie können wirksam die drohende Koordination des wettbewerbsrelevanten Verhaltens zwischen den fusionierenden Unternehmen unterbinden.

<sup>285</sup> Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 4. Vgl. auch Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 24a, Rz. 115; Bechtold, R., GWB, 2002, § 41, Rz. 3, nach denen nur diejenigen Maßnahmen gegen das Vollzugsverbot verstoßen, „die den Zusammenschluss vollenden“.

<sup>286</sup> OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 667; 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 893

#### G. Gesetzgeberisches Ziel: Einschränkung, nicht Ausschließung des einstweiligen Drittrechtsschutzes

Legt man die vorangegangenen Überlegungen zugrunde, so scheint das faktische Ende des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts unausweichliche Folge der Änderungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu sein.<sup>287</sup> Man wird dem Gesetzgeber aber wohl nicht unterstellen wollen, die Änderung besonders von § 65 Abs. 3 GWB habe letztlich diesem Ziel gegolten.<sup>288</sup> Ausweislich der Begründung der Bundesregierung ging es nicht darum, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter gänzlich auszuschließen, sondern ihn „einzuschränken.“<sup>289</sup> Der Rechtsschutz Dritter sollte insgesamt „so weit wie möglich unangetastet bleiben.“<sup>290</sup> Danach ist Ziel der Novellierung, „unnötige Blockaden von Freigabeentscheidungen“ zu verhindern.<sup>291</sup> Nach dem Willen der Bundesregierung sollen Unternehmen lediglich darauf „vertrauen [können], dass eine Freigabe des Bundeskartellamts [...] im Regelfall den Vollzug des Zusammenschlusses ermöglicht.“<sup>292</sup> Ausnahmen sollen also weiterhin möglich bleiben. Der Präsident des Bundeskartellamts formulierte dieses Anliegen mit den Worten: „Ziel einer Novellierung muss es sein, den «Patienten Rechtsschutz» bei Drittbeschwerden zu kurieren, ohne dass er bei dieser Operation sein Leben verliert.“<sup>293</sup> Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es daher, bei der Feinjustierung des komplizierten Verhältnisses zwischen den unternehmerischen Interessen der Zusammenschlussbeteiligten und dem Rechtsschutzinteresse der betroffenen Dritten mitzuwirken. Hierfür ist – wie der Kartellamtspräsident zu Recht feststellt – Fingerspitzengefühl erforderlich.<sup>294</sup> Der Federstrich des Gesetzgebers gibt dabei die Richtung vor: Die Gewichte haben sich eindeutig zu Lasten der beschwerdeführenden Dritten und zu Gunsten der Dispositionsfreiheit der Zusammenschlussbeteiligten verschoben. Dennoch: Der mit der Siebten GWB-Novelle vorgelegte Therapieplan droht den von *Böge* befürchteten Tod des „Patienten Drittrechtsschutz“ zur Folge zu haben. Angesichts der gravierenden Nebenwirkungen der vom Gesetzgeber verordneten Behandlung dürfen die unterstützenden Maßnahmen nicht zu zaghaft ausfallen.

287 So auch die *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 104.

288 In diese Richtung auch *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 920. A. A. *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1646. Vgl. auch *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 482ff. Ausführlich zur Auslegung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 unten *Kap. 4 C V 8*.

289 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41.

290 Ebenda.

291 Ebenda.

292 Ebenda.

293 *Böge, U.*, BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite (Anführungszeichen im Original).

294 Ebenda.



## Zweiter Teil. Subjektiver Drittschutz in der Fusionskontrolle – Versuch einer Neukonzeption

### *Drittes Kapitel. Grundlagen*

#### A. Bisherige Lösungsansätze

Die meisten der in Teil 1 aufgezeigten Brüche und Ungereimtheiten des überkommenen Drittschutzsystems wurden von verschiedenen Autoren als solche erkannt. Einige haben Lösungsvorschläge entwickelt, mit denen einzelne dieser Probleme behoben werden können. Im Folgenden sollen vier der interessantesten Ansätze vorgestellt werden. Es ist bemerkenswert, dass die beiden jüngsten Arbeiten (*Dormann* und *Veelken*) sich bereits ausführlich dem erst in der Siebten GWB-Novelle praktisch besonders relevant gewordenen Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung Dritter zuwenden. Eine kritische Analyse der vier Lösungsansätze zeigt, dass es bislang nicht gelungen ist, sämtliche der in Teil 1 aufgezeigten Probleme zu beseitigen.

#### I. Der Vorschlag von *K. Schmidt*

##### 1. Vorstellung

In seiner für das Kartellverfahrensrecht wegweisenden Habilitationsschrift<sup>1</sup> hat *K. Schmidt* für drei der aufgezeigten verfahrensrechtlichen Ungereimtheiten Lösungsvorschläge entwickelt. Die Unterschiede zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde – hier Verfahrensbeteiligung (§ 63 Abs. 2 GWB), dort Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten (§ 63 Abs. 3 GWB) – versucht er durch „Rechtsfortbildung“ in Richtung einer „Angleichung der Beschwerdearten“<sup>2</sup> zu nivellieren. Nach seinem Vorschlag soll jedem Verfahrensbeteiligten die formalisierte Beschwerdeberechtigung nicht nur für die Anfechtungs-, sondern auch für die Verpflichtungsbeschwerde zustehen.<sup>3</sup> Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten wäre damit in den Fällen nicht mehr erforderlich, in denen der klagende Dritte am Verwaltungsverfahren vor der

1 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977.

2 *Ders.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 5 und 34.

3 *Ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 525.

Kartellbehörde beteiligt war.<sup>4</sup> *K. Schmidts* Vorschlag beseitigt eine weitere Ungeheimtheit: Die unterschiedlichen Voraussetzungen für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache und im Fall der Rechtsbeschwerde werden weitestgehend aufgehoben.<sup>5</sup> Letztere steht seit Änderung des ursprünglich anders lautenden § 75 Abs. 1 GWB 1973 durch die 2. GWB-Novelle allen am Beschwerdeverfahren Beteiligten offen (§ 76 Abs. 1 GWB 2005).<sup>6</sup> Hierzu gehören selbst im Fall der Verpflichtungsbeschwerde alle am Verwaltungsverfahren Beteiligten (vgl. § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Einer Verletzung in eigenen Rechten bedarf es also nicht, obwohl sie nach allgemeiner Meinung Voraussetzung für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache ist.<sup>7</sup> Lässt man nun mit *K. Schmidt* die Beteiligung am Verfahren vor der Kartellbehörde für die Beschwerdeberechtigung ausreichen, so stünde nicht nur die „engere“ Rechtsbeschwerde<sup>8</sup>, sondern auch die Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache allen am Verwaltungsverfahren Beteiligten gleichermaßen zu. Schließlich gilt *K. Schmidts* Aufmerksamkeit dem Problem der ermessensabhängigen Beiladung. *K. Schmidt* führt hierfür, anknüpfend an die Arbeit von *P.-W. Hertin*,<sup>9</sup> das „Institut der notwendigen Beiladung“ in das Kartellverwaltungsrecht ein.<sup>10</sup> Anders als im Normalfall der „einfachen Beiladung“ soll in bestimmten Konstellationen ein Beiladungsanspruch bestehen. Er ist begründet, wenn der Antragsteller die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten geltend macht.<sup>11</sup>

## 2. Kritik

Dass *K. Schmidt* sich nicht stärker um eine von ihm selbst als „außerordentlich schwierig“<sup>12</sup> bezeichnete Abgrenzung subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle bemüht hat, kann ihm kaum zum Vorwurf gereichen. Wie gezeigt, handelte es sich bei der Frage nach subjektiven öffentlichen Rechten Dritter gegenüber fusionskontrollrechtlichen Freigaben oder unterlassenen Untersagungsverfügungen bislang um ein eher akademisches Problem ohne besondere Relevanz für die Praxis.<sup>13</sup> Es ver-

4 Ebenda, 524ff.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 32: „Verfahrensbeteiligung ist entgegen der h. M ausreichend für die Beschwerdebefugnis“.

5 *Ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 526. Siehe sogleich unten zu verbleibenden Unterschieden.

6 Oben Kap. 1 B I 3.

7 Siehe Kap. 1 B I 3 und C II 4.

8 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34.

9 *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 151ff., der unter Verweis auf Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmten Fällen für eine Einschränkung des Ermessens der Kartellbehörde eintritt.

10 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 493ff., 501ff., insbes. 503.

11 Ebenda, 501.

12 *Ders.*, Gerichtsschutz, 1980, 49. Vgl. auch *ders.*, DB 2004, 527, 532.

13 Oben Kap. 2 I. Vgl. auch *ders.*, DB 2004, 527, 532: „seltener Fall“

wundert daher nicht, dass die von *K. Schmidt* genannten Beispiele für die Existenz subjektiver Drittrechte im Kartellverwaltungsrecht den Bereich der Fusionskontrolle aussparen.<sup>14</sup> Das entspricht ganz der herrschenden Meinung, die die Existenz solcher Rechte gänzlich leugnet. Eine Antwort auf das erst mit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle praktisch relevant gewordene Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte Dritter in der Fusionskontrolle findet sich bei *K. Schmidt* naturgemäß nicht.

Vielversprechender erweist sich dagegen seine Auseinandersetzung mit der Problematik der unterschiedlichen Beschwerde Voraussetzungen. Während die h. M. mit der Beiladung zum Verwaltungsverfahren lediglich die Anfechtungsberechtigung verbindet, möchte *K. Schmidt* den Beigeladenen zusätzlich den Weg zur Verpflichtungsbeschwerde eröffnen. Auf das Erfordernis der Rechtsverletzung käme es nicht mehr an. Zwei Einschränkungen sind jedoch auch hier zu machen: Wer zum Verfahren vor der Kartellbehörde nicht beigeladen wurde bleibt auch nach *K. Schmidts* Lösung von weiteren Rechtsbehelfen ausgeschlossen – es sei denn, es gelänge ihm, eine Rechtsverletzung glaubhaft zu machen (die im Übrigen zugleich einen Anspruch auf Beiladung begründet<sup>15</sup>). Die Hürde der ermessensabhängigen Beiladung bleibt für den Großteil der Dritten also bestehen. Legt man außerdem *K. Schmidts* Ansicht zugrunde, wonach die Kartellbehörde weitere Dritte auch noch zum Beschwerdeverfahren beiladen kann<sup>16</sup>, kann es doch wieder zu den von ihm selbst beklagten Unstimmigkeiten kommen. Je nach Verhalten der Kartellbehörde kann der Kreis der Rechtsbeschwerdebefugten am Ende doch größer sein als der Kreis der bereits in der Hauptsache beschwerdebefugten Dritten.<sup>17</sup>

Die Figur der notwendigen Beiladung kann diese „Zufallsergebnisse im Drittschutz“<sup>18</sup> nur eingeschränkt beseitigen. Es wurde bereits erwähnt, dass man bei *K. Schmidt* vergeblich nach Fallgestaltungen sucht, in denen ein Anspruch auf Beiladung zu einem Fusionskontrollverfahren bestünde. Zumindest aber verbleibt dieses Institut nach der Konzeption *K. Schmidts* der großen Zahl jener Dritten verschlossen, die keine Verletzung in eigenen Rechten, sondern lediglich eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen können.<sup>19</sup>

14 Vgl. zum Beispiel die Aufzählung bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 46.

15 „Notwendige Beiladung“ (ebenda, Rz. 45).

16 *Ders.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 67, Rz. 4 m.w.N. A. A. KG, 31.5.1968 (*Beiladung*), WuW/E OLG 933, 934. Siehe noch unten *Kap. 5 A II*.

17 Siehe oben *Kap. 1 C I* zur Bedeutung von § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB in der Lesart der herrschenden Meinung („formalisierte Rechtsbeschwerdebefugnis“).

18 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34.

19 Denselben Vorwurf muss sich auch der von *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 197f., präsentierte Entwurf gefallen lassen. *Scholz* propagiert eine Erweiterung des Beteiligtenbegriffs aus § 62 Abs. 2 GWB 1966 (= § 63 Abs. 2 GWB 2005) im Wege der verfassungskonformen Auslegung in Richtung auf einen „materiellen Beteiligtenbegriff“. Danach steht die Anfechtungsbeschwerde auch denjenigen Dritten offen, die durch die kartellbehördliche Maßnahme in ihren Rechten betroffen werden, gleichzeitig aber nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt waren.

K. Schmidt kommt das Verdienst zu, dem Institut der notwendigen Beiladung sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung zu beinahe einhelliger Anerkennung verholfen zu haben. Der Anspruch auf Beiladung im Fall der subjektiven Rechtsverletzung sowie die vorgeschlagene Harmonisierung der Beschwerdearten führen zu einer Milderung der von ihm aufgezeigten Ungereimtheiten des Kartellverfahrensrechts. Als problematisch erweist sich weiterhin die bestehende Ermessensabhängigkeit der einfachen Beiladung und der auf seltene Ausnahmefälle beschränkte Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung. Die erreichten Verbesserungen decken letztlich nur einen Teil der angesprochenen Problemfälle ab.

## II. Der Vorschlag von Soell

### 1. Vorstellung

In seinem Beitrag zur Festschrift für *Wahl* unterstreicht *Soell* die Bedeutung der Beiladung für den Individualrechtsschutz betroffener Dritter.<sup>20</sup> Diesen individualrechtsschützenden Aspekt der Beiladung stellt er der von *Scholz* propagierten Funktion des beigeordneten Dritten als „Hilfsorgan der sachverhaltsermittelnden Kartellaufsicht“<sup>21</sup> als mindestens gleichwertig gegenüber.<sup>22</sup> Damit begründet *Soell* die von ihm vorgeschlagene Auslegung des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.<sup>23</sup> Weitergehend als später *K. Schmidt* will er nicht nur dem subjektiv in seinen Rechten verletzten Dritten einen Beiladungsanspruch geben („notwendige Beiladung“). Vielmehr soll die Kartellbehörde „im Regelfall“ verpflichtet sein, dem Beiladungsantrag stattzugeben.<sup>24</sup> Lediglich das Vorliegen des Tatbestandes von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB Voraussetzung.<sup>25</sup> Der Antragsteller muss also eine erhebliche Berührung seiner Interessen geltend machen. *Soell* legt dieses Tatbestandsmerkmal in Anlehnung an die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts sehr weit aus.<sup>26</sup> Danach kommen für die Beiladung grundsätzlich sämtliche Marktteilnehmer (Wettbewerber, Lieferanten, Abnehmer) in Betracht. Selbst lediglich mittelbar betroffene Abnehmer auf der nächsten Handels-

20 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 454: Die Beiladung besitzt „eine überaus wichtige Aufgabe für den Individualschutz der Konkurrenten im Kartellverfahren.“

21 *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81. Den objektiv-rechtlichen Aspekt betont auch *Möschel, W.*, Wirtschaftsrecht, 1972, 458.

22 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 455. Vgl. auch die ähnlichen Überlegungen bei *Kohlmeier, A.*, Beschwer, 1997, 66, 76ff.

23 Entspricht dem damaligen § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1973.

24 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 461. Sympathie bekundet *Immenga, U.*, ZHR 1975, 180, 181.

25 *Soell, H.*, aaO.

26 Ebenda, 457f.: individualisierte Betrachtung der Situation des Antragstellers.

stufe und private Verbraucher möchte *Soell* nicht ausschließen. Eine Ausnahme macht er dagegen bei Arbeitnehmern und deren Organisationen.<sup>27</sup>

Allerdings kennt *Soells* weit gefasster Beiladungsanspruch auch Einschränkungen. Er will der Kartellbehörde die Befugnis einräumen, einen Beiladungsantrag „im Einzelfall“ doch negativ zu bescheiden. Als Rechtfertigung dieser Ausnahmen nennt *Soell* das Erfordernis der Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens im Interesse der Hauptbeteiligten.<sup>28</sup> Im Fall der Fusionskontrolle sind das die Fusionskandidaten. So hält *Soell* es beispielsweise für zulässig, wenn die Kartellbehörde Beiladungsanträge von Dritten mit dem Argument negativ zu bescheidet, ihre Belange würden bereits von anderen Beigeladenen mit ähnlicher Interessenlage oder dem übergeordneten Verband repräsentiert.<sup>29</sup> Als weiteres Beiladungshindernis nennt *Soell* besonders starke Interessen der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.<sup>30</sup>

## 2. Kritik

Auch *Soells* Lösung versucht, die bereits mehrfach kritisierten Zufallsergebnisse beim Rechtsschutz zu beseitigen, die bei einer dem „freien Ermessen überantworteten verfahrensrechtlichen Zweckmäßigkeitentscheidung“<sup>31</sup> auftreten können. Im theoretischen Ansatz radikaler als *K. Schmidt* postuliert *Soell* nicht nur im Einzel-, sondern sogar im Regelfall das Bestehen eines Anspruchs auf Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren. *Soells* Beschränkung auf das Problem der Beiladung hat zur Folge, dass sein Lösungsvorschlag lediglich *einem* der oben genannten Anliegen gerecht wird.

Von diesem Manko abgesehen, drängen sich aber folgende Bedenken auf: Sie betreffen zunächst den von *Soell* sehr weit gefassten Begriff der erheblichen Interessenberührung. Kombiniert man ihn mit dem von *Soell* postulierten generellen Anspruch auf Beiladung droht eine übermäßige Aufblähung des Verwaltungsverfahrens. Das Interesse an einer zügigen und konzentrierten Durchführung des Verwaltungsverfahrens dürfte gerade im Bereich der Fusionskontrolle<sup>32</sup> mit ihrem engen Fristenregime der Beteiligung einer kaum überschaubaren Anzahl Dritter entgegenstehen.

*Soell* begegnet dieser Gefahr, indem er der Kartellbehörde das Recht zugesteht, unter bestimmten Voraussetzungen von der im Grundsatz obligatorischen Beiladung abzusehen. Die genannten Einschränkungen des allgemeinen Beiladungsanspruchs führen dazu, dass sich *Soells* Vorschlag letztlich doch wieder dieselben Grundsätze

27 Ebenda, 456.

28 Ebenda, 461.

29 Ebenda.

30 Ebenda.

31 So die Charakterisierung der herrschenden Auffassung ebenda.

32 Sie trat erst im Jahr der Veröffentlichung von *Soells* Überlegungen in Kraft.

zueigen macht, die die Ermessensausübung der Kartellbehörden ohnehin bestimmen.<sup>33</sup> Die von *Soell* gewählte Terminologie, wonach der Anspruch auf Beiladung im „Regelfall“ besteht, beschreibt weniger eine neuartige Konzeption als vielmehr einen Wechsel in der Perspektive. Die vom Bundeskartellamt bei der Ermessensentscheidung schon immer berücksichtigten Gesichtspunkte entsprechen genau denjenigen, die nach *Soell* eine „Ausnahme von der Regel“ rechtfertigen: Verfahrenskonzentration durch Berücksichtigung des Umstandes, dass bestimmte Interessen bereits durch andere Beigeladene<sup>34</sup> oder durch einen Verband<sup>35</sup> vertreten werden. *Soell* geht zu Lasten der Drittbetroffenen sogar noch einen Schritt weiter als die Praxis. Seiner Ansicht nach mag schon ein besonders starkes Interesse der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Betriebsgeheimnisse als Grund ausreichen, einen Beiladungsantrag abzulehnen. Die bisherige Rechtsprechung steht dagegen auf dem Standpunkt, dass die Gefahr einer Kenntnisnahme geschäftlicher Geheimnisse anderer Beteiligter aufgrund Beteiligung am Verwaltungsverfahren vom Gesetzgeber durchaus in Kauf genommen wurde.<sup>36</sup> Den Geheimhaltungsinteressen insbesondere der Hauptbeteiligten hat das Bundeskartellamt danach durch besondere Maßnahmen Rechnung zu tragen, insbesondere durch eine entsprechende Anwendung von § 72 Abs. 2 und 3 GWB sowie § 30 VwVfG.<sup>37</sup>

### III. Der Vorschlag von *Dormann*

#### 1. Vorstellung

In ihrer viel beachteten Dissertation aus dem Jahr 2000 setzt sich *Dormann* kritisch mit dem Konzept der „formalisierten Beschwerdebefugnis“ auseinander. Ausgangs-

33 Siehe die Nachweise in den folgenden beiden Fußnoten sowie oben *Kap. I C I* und *II 1*.

34 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968: „bei zahlreichen Beiladungsanträgen [ist] im Rahmen der gebotenen Ermessensentscheidung eine Auswahl erlaubt, [so] dass weitere Beiladungen zweckmäßigerweise abgelehnt werden [können], wenn nur Interessen berührt werden, die schon bereits Beteiligte wirksam vertreten.“ Bestätigt von *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2359.

35 *KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2577: „Durch die Beiladung des Verbandes hat es [das BKartA, Verf.] die VAG-Betriebe mittelbar an dem Verfahren beteiligt.“ Siehe auch *BGH*, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875, 2786: Beiladung der einzelnen VW-Händler entbehrlich, da bereits VW-Händlerbeirat beteiligt.

36 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 969; *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2359; *Bundeskartellamt*, 7.9.1981 (*Morris-Rothmans*), WuW/E BKartA 1915, 1916.

37 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 969; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2357 jeweils zum alten § 71 Abs. 2 und Abs. 3 GWB sowie mit weiteren Hinweisen zur Praxis des BKartA im Umgang mit vertraulichen Informationen. Ausführlich zum Umgang mit Betriebsgeheimnissen auch *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886ff.

punkt ihrer Neukonzeption ist eine Formulierung des Gesetzgebers in der Begründung der Sechsten GWB-Novelle. Dort ist zu lesen, es werde „klargestellt, dass Dritte gegen Freigabeverfügungen künftig Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“<sup>38</sup> Der herrschenden Auffassung, wonach anfechtungsberechtigt ist, wer am Kartellverwaltungsverfahren beteiligt ist, stellt *Dormann* das Erfordernis einer Verletzung in subjektiven öffentlichen Rechten entgegen.<sup>39</sup> Dem Erfordernis der Rechtsverletzung kommt damit nicht mehr nur Bedeutung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungs-, sondern auch der Anfechtungsbeschwerde zu.<sup>40</sup> Gleichzeitig erfährt das in § 63 Abs. 2 GWB angesprochene Merkmal der Verfahrensbeteiligung bei ihr eine neue Deutung. Während das Merkmal nach bisheriger Auffassung befugnisbegründende Bedeutung hatte, plädiert *Dormann* für eine neue Interpretation als potentiell befugnisausschließendes Merkmal.<sup>41</sup> Das Recht auf Erhebung einer Anfechtungsbeschwerde werde verwirkt, wenn der betroffene Dritte seiner „Pflicht zur Beteiligung am Verwaltungsverfahren“ nicht nachkommt.<sup>42</sup> Allerdings lässt sie es genügen, wenn der Dritte „alles ihm mögliche getan hat, um zu dem Verfahren beigegeben zu werden“.<sup>43</sup> In diesem Fall soll die fehlende Beteiligung keine befugnisausschließende Wirkung entfalten.<sup>44</sup>

Die von *Dormann* geforderte Neubewertung des Merkmals „Verletzung in eigenen Rechten“ als Zulässigkeitsvoraussetzung für jede Form des gerichtlichen Rechtsschutzes führt zu einer weiteren Frage: Können sich Dritte gegenüber einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe bzw. einer Ministererlaubnis überhaupt auf subjektive öffentliche Rechte stützen? Folgerichtig bejaht *Dormann* diese Frage. Nach ausführlicher Auslegung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle kommt sie – im Gegensatz zur h. M. – zu dem Ergebnis, dass § 36 Abs. 1 GWB grundsätzlich drittschützende Funktion zukommt.<sup>45</sup> In der folgenden Bestimmung des Schutzbereichs nimmt sie zwar eine relativ großzügige Abgrenzung des potentiell geschützten Personenkreises vor. Er umfasst Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten.<sup>46</sup> Der drittschützende Gehalt der Normen über die Zusammenschlusskontrolle erfährt aber eine erhebliche Einschränkung über die Bestimmung des sachli-

38 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44. Weitere Argumente für ihre Neukonzeption findet *Dormann* u. a. in der Gesetzesgeschichte (fragmentarische Regelung des kartellverfahrensrechtlichen Rechtsschutzsystems) und im Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen, insbesondere der Regelung der Rechtsmittelberechtigung von Beigeladenen in der VwGO (*Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff.; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 251ff.).

39 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff.

40 Ebenda, 110. Die mögliche Verletzung eigener Rechte ordnet *Dormann* als befugnisbegründendes Merkmal ein.

41 Ebenda, 110ff.

42 Ebenda, 118.

43 Ebenda, 119.

44 Ebenda.

45 Ebenda, 127ff., 142.

46 Ebenda, 149ff., 159.

chen Schutzbereichs.<sup>47</sup> Wie schon ausgeführt<sup>48</sup> will *Dormann* gerichtlichen Rechtsschutz nur denjenigen Dritten gewähren, denen eine „partielle Existenzvernichtung durch Verdrängung vom relevanten Markt droht.“<sup>49</sup> Dritte müssten demnach ausreichend Tatsachen vortragen, die eine derart intensive Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Existenz wahrscheinlich machen. Andernfalls droht ihre Beschwerde bereits auf der Ebene der Zulässigkeit am Kriterium der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten zu scheitern.<sup>50</sup>

## 2. Kritik

In ihrer Zielrichtung ähneln sich die Vorschläge von *Dormann* und *K. Schmidt* weitgehend. Beide vermeiden Zufallsergebnisse als Folge der unterschiedlich geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die verschiedenen Arten des gerichtlichen Rechtsschutzes. Auch nach *Dormanns* Konzeption werden wesentliche Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde sowie zwischen Rechtsbeschwerde- und Hauptsacheverfahren ausgeglichen. Selbst die verschärfte Zulässigkeitsvoraussetzung im neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 für das Verfahren des einstweiligen Drittrechtsschutzes würde sich in *Dormanns* Konzeption nicht mehr als verfahrensrechtlicher Sonderfall darstellen. Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten ist nach *Dormann* ohnehin Voraussetzung für jede Art des gerichtlichen Rechtsschutzes. Differenzierungen aufgrund dieses Merkmals wären damit von vornherein ausgeschlossen. Zusätzlich führt der Vorschlag von *Dormann* sogar in noch weiterem Maße als dies bei *K. Schmidts* Ansatz der Fall ist, zu einer Verbesserung des bisherigen Beiladungsdilemmas. Ungerechtigkeiten, die auf das Institut der ermessensabhängigen Beiladung zurückzuführen sind, wirken sich nach *Dormanns* Konzeption zumindest auf den gerichtlichen Rechtsschutz der betroffenen Dritten nicht mehr aus. Die von ihr propagierte „befugnisausschließende Wirkung“ der unterlassenen Beteiligung entfällt nämlich, wenn sich der Dritte nur genügend um seine Beiladung bemüht hat.<sup>51</sup> Das hat für den interessierten Dritten den Vorteil, dass er auf eine wohlwollende Entscheidung der Kartellbehörde jedenfalls

47 Ebenda, 142ff.

48 *Kap. 2 A IV 3.*

49 Ebenda, 159.

50 Siehe außerdem oben *Kap. 1 C II 6* zu *Dormanns* Meistbegünstigungsansatz, mit dem sie in bestimmten Fällen eine Anfechtbarkeit von Freigaben in der Vorprüfphase begründen möchte.

51 Ungeklärt ist die Frage, in welcher Form sich der Dritte um seine Beiladung bemühen muss. Die Formulierung „alles für ihn mögliche getan“ lässt vermuten, dass er für seine Beiladung notfalls vor Gericht ziehen muss. Das bloße Stellen eines (begründeten) Beiladungsantrags dürfte nicht ausreichen. Angesichts der auch von *Dormann* nicht in Frage gestellten Rechtspraxis, wonach Beiladungsanträge von der Kartellbehörde unter Zweckmäßigkeitserwägungen (siehe dazu oben) zurückgewiesen werden können, dürfte der Dritte damit in vielen Fällen vergeblichen Aufwand treiben.



für den gerichtlichen Rechtsschutz nicht mehr angewiesen ist.<sup>52</sup> Umgekehrt nützt sie für die Beschwerdeberechtigung aber auch nicht viel, wenn er sich nicht auf eine subjektive Rechtsverletzung berufen kann.

Bei aller Ähnlichkeit der Ansätze von *K. Schmidt* und *Dormann* hinsichtlich des verfolgten Ziels einer Angleichung der Beschwerdearten bestehen doch große Unterschiede im Hinblick auf den eingeschlagenen Weg. *K. Schmidt* überträgt die großzügige Regelung in § 63 Abs. 2 GWB auf die Verpflichtungsbeschwerde (formalisierte Beschwerdeberechtigung). Damit erweitert er den Kreis derjenigen Dritten, die zur Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde berechtigt sind. Sein Vorschlag hat eine Verbesserung der Rechtstellung potentieller Drittbetroffener zur Folge. *Dormann* hingegen schlägt die entgegengesetzte Richtung ein. Ihr Vorbild ist nicht die großzügige Regelung der Anfechtungsbeschwerde in § 63 Abs. 2 GWB. Sie orientiert sich an den strengen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber an die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde gestellt hat. Die dort verlangte Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten soll Voraussetzung auch für die Anfechtungsbeschwerde sein. Ihre Konzeption führt damit nicht zu einer Erweiterung, sondern zu einer Verkleinerung des Kreises der Beschwerdeberechtigten. Über diese, den Drittschutz beschränkende Tendenz von *Dormanns* Vorschlag kann auch ihr Einsatz für die Anerkennung subjektiver öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle nicht hinwegtäuschen. Zwar bejaht sie im Gegensatz zur herrschenden Meinung einen drittschützenden Charakter des § 36 Abs. 1 GWB. Gleichzeitig schränkt sie seinen sachlichen Schutzbereich aber in einer Weise ein, die Drittbetroffenen den Weg zu Gericht im Ergebnis ganz verschließt.<sup>53</sup>

Zusammenfassend bleibt die systematische Stimmigkeit von *Dormanns* Vorschlag zu würdigen. Wie keinem anderen Ansatz gelingt es *Dormann*, die im ersten Teil monierten Ungerechtigkeiten bei der Behandlung verschiedener Drittbetroffener durch eine rechtstechnisch überzeugende Lösung zu beseitigen. Dennoch: Aus Sicht der Drittbetroffenen wäre eine Übernahme der von *Dormann* vorgeschlagenen strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Kombination mit dem extrem eng abgegrenzten Schutzbereich der von ihr als drittschützend erkannten Fusionskontrolle fatal: Der vom Gesetzgeber mit der Sechsten GWB-Novelle bewusst eingeführte gerichtliche Rechtsschutz Dritter gegen fusionskontrollrechtliche Freigaben erwiese sich als Totgeburt.

52 Damit bleibt es für den Dritten jedoch bei dem Problem, dass er auf das – häufig mindestens so wichtige – Verwaltungsverfahren – keinen oder nur geringen Einfluss nehmen kann, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen Gebrauch macht und seinen Beiladungsantrag negativ bescheidet. *Dormanns* Vorschlag, der die Beiladungsproblematik letztlich bewusst ausklammert, liefert hierfür keine Lösung.

53 Siehe oben *Kap. 2 A IV 3* und *B* die Auseinandersetzung mit der auch von *Dormann* geforderten Voraussetzung der „drohenden Existenzvernichtung“.

#### IV. Der Vorschlag von *Veelken*

##### 1. Vorstellung

*Veelken* schließt sich *Dormanns* Auslegung der Vorschriften über die Fusionskontrolle als drittschützend an und untermauert sie mit weiteren Argumenten.<sup>54</sup> Hingegen wendet er sich ausdrücklich gegen die von *Dormann* vorgeschlagenen Einschränkungen des gerichtlichen Drittschutzes. So übernimmt *Veelken* weder das Erfordernis der möglichen Verletzung in eigenen Rechten als Zulässigkeitsvoraussetzung auch der Anfechtungsbeschwerde,<sup>55</sup> noch stimmt er mit *Dormann* hinsichtlich der Bestimmung des Schutzbereichs der subjektiven Rechte Dritter überein. Er kritisiert vielmehr die Konsequenzen, die sich ergäben, würde man die von *Dormann* vertretene These zugrunde legen, wonach Dritte sich nur bei drohender Existenzvernichtung auf eine mögliche Verletzung ihrer subjektiven Rechte berufen können.<sup>56</sup> *Veelken* plädiert demgegenüber für eine großzügigere Abgrenzung des sachlichen Schutzbereichs. Danach soll generell „jeder Wettbewerber der sich zusammenschließenden Unternehmen auf dem beherrschten Markt in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Fusionskontrolle eingeschlossen“ sein.<sup>57</sup> Eine Beschränkung des Kreises der Dritten, denen subjektive Rechte zugute kommen sollen, lehnt *Veelken* ab. Weder auf die absolute Größe der betroffenen Unternehmen noch auf die relativen Größenverhältnisse oder auf einen etwaigen Mindestmarktanteil dürfe es ankommen.<sup>58</sup> Allenfalls das Kriterium der „Spürbarkeit“ hält er für geeignet, um „seltene Ausnahmekonstellationen“ auszuschließen.<sup>59</sup>

##### 2. Kritik

*Veelkens* gründlicher Analyse des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes kommt mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 besondere Aktualität zu.<sup>60</sup> Grundsätzlich zuzustimmen ist seiner Kritik an der zu engherzigen Abgrenzung des für Drittunternehmen relevanten Schutzbereichs.<sup>61</sup> Nach seinem Ansatz bleibt

54 *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 220ff. Siehe noch unten *Kap. 4 C*.

55 Ebenda, 210, FN 28.

56 Ebenda, 228ff. Siehe auch das oben *Kap. 2 A V* am Ende wiedergegebene Zitat.

57 Ebenda, 231.

58 Ebenda.

59 Ebenda.

60 Die Frage nach subjektiven Rechten Dritter wird – wie oben *Kap. 2 E II* gezeigt – mit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle erstmals auch praktisch relevant. Die von *Veelken*, W. (aaO, 211) angeführte notwendige Beiladung sowie die Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung haben sich in der Vergangenheit als Fragestellungen von eher theoretischem Interesse erwiesen.

61 Siehe ausführlich *Kap. 2 A IV 3* und *B*.

der einstweilige Rechtsschutz Dritter selbst nach Einführung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 praktisch möglich. Dennoch bestehen Zweifel sowohl an der Praktikabilität als auch an der systematischen Stimmigkeit seines Vorschlags. Die sehr weitgehende Zulassung von Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz jedes irgendwie betroffenen Marktbeteiligten dürfte dem Anliegen des Gesetzgebers nicht nur der Sechsten, sondern insbesondere der Siebten GWB-Novelle eindeutig widersprechen. Sowohl der Wortlaut („nur“) als auch die Regierungsbegründung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 weisen deutlich auf das Ziel einer Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter jedenfalls im Verhältnis zum Rechtsschutz durch das Hauptsacheverfahren hin.<sup>62</sup> Diesem gesetzgeberischen Anliegen liefe *Veelkens* Ansatz diametral entgegen. Dass diese später eingetretene legislative Entwicklung *Veelkens* bereits 2003 publizierten Lösungsansatz nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, bedarf keiner Erläuterung. Seine Überlegungen beruhen auf dem Gesetzesstand der Sechsten GWB-Novelle. Unstimmigkeiten ergeben sich jedoch auch, wenn man den Gesetzesstand des Jahres 2003 zugrunde legt. Nach der – insoweit unveränderten – Konzeption des Gesetzgebers steht der gerichtliche Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren gegen Fusionsfreigaben zumindest unter der (formellen) Voraussetzung, dass die Beiladung des betroffenen Dritten erfolgte.<sup>63</sup> Auch *Veelken* geht davon aus, dass die einfache Beiladung an die Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung gekoppelt ist.<sup>64</sup> Rechtsprechung und herrschende Literatur stellen an dieses Tatbestandsmerkmal zwar keine besonders hohen Anforderungen.<sup>65</sup> Dennoch scheitern bestimmte Drittunternehmen in der Praxis bereits an dieser Hürde. So fehlt es nach Ansicht des Bundeskartellamts an einer erheblichen Interessenberührung, wenn ein für das Gesamtunternehmen verhältnismäßig unbedeutender Geschäftsteil betroffen ist.<sup>66</sup> Solche Einschränkungen des Kreises der Beschwerdeführer kennt *Veelkens* Vorschlag dagegen nicht. Auf eine subjektive Rechtsverletzung soll sich nach seiner Konzeption – von zu vernachlässigenden Ausnahmen abgesehen – jeder Wettbewerber und jedes Unternehmen der Marktgegenseite berufen können. Sie kämen damit in den Genuss des von *Veelken* im Einklang mit der herrschenden Meinung postulierten Instituts der „Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung“<sup>67</sup>. Im Ergebnis hätte *Veelkens* Neudefinition der Voraussetzungen der subjektiven Rechtsverletzung unterhalb der Schwelle der erheblichen

62 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41. Siehe schon oben *Kap. 2 G* sowie unten *Kap. 5 B I* und *II*.

63 Vgl. §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

64 Vgl. *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 210.

65 Siehe schon oben *Kap. 1 B I 3* sowie ausführlich unten *Kap. 4 D II*.

66 *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92; *Bundeskartellamt (Einspruchsabteilung)*, 16.3.1960 WuW/E BKartA 176, 177. Dagegen: *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393f. Vgl. aber wieder *Bundeskartellamt*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222: (hilfsweise) Zurückweisung des Beiladungsantrags der Antragstellerin mangels Erheblichkeit der Interessenberührung. Näher unten *Kap. 4 D III* zur Auslegung des Merkmals der „Erheblichkeit“.

67 Vgl. *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 211. Siehe auch oben *Kap. 1 4*.

Interessenberührung damit zur Folge, dass auch denjenigen Drittunternehmen die Verpflichtungs- und sogar Anfechtungsbeschwerde wegen möglicher Verletzung in eigenen Rechten offen stünde, die zuvor am Erfordernis der erheblichen Interessenberührung gescheitert waren. Die bloße Beteiligung am Verwaltungsverfahren wäre damit an höhere Voraussetzungen geknüpft als das Einlegen eines Rechtsbehelfs vor Gericht. Möglicherweise ist *Veelken* aber auch so zu verstehen, dass zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ (Beiladung) und „spürbare Beeinträchtigung als Marktbeteiligter“ (subjektive Rechtsverletzung) gar nicht zu unterscheiden ist. Nach *Veelken* ist eine erhebliche Interessenberührung „bei Konkurrenten der sich zusammenschließenden Unternehmen nämlich dann anzunehmen, „wenn der konkurrierende Dritte auf einem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt tätig ist und nach seiner Behauptung auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung entsteht.“<sup>68</sup> Dasselbe soll auch für Unternehmen auf der Marktgegenseite gelten, die er „im Grundsatz“ ebenfalls als „beiladungsfähig“ bezeichnet.<sup>69</sup> Diese Umschreibungen erinnern stark an seine bereits zitierte sehr weite Bestimmung des subjektiv-rechtlichen Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB. Die einheitliche Auslegung der beiden Tatbestandsmerkmale würde die genannten Wertungsunterschiede abmildern: Wer in subjektiven Rechten verletzt ist, kommt auch für eine Beiladung in Betracht. Dieser Deutung widerspricht aber der Umstand, dass *Veelken* an der Unterscheidung zwischen der ermessensabhängigen „einfachen“ Beiladung und der „notwendigen“ Beiladung wegen subjektiver Rechtsverletzung festhalten will.<sup>70</sup> Offen bleibt, welcher Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung noch zukommen sollte, wenn sich schon der Tatbestand der einfachen Beiladung mit demjenigen der subjektiven Rechtsverletzung deckt oder jedenfalls weitgehend überschneidet.

*Veelkens* Überlegungen haben den Boden für die Erkenntnis bereitet, dass subjektive Drittrechte in der Fusionskontrolle de facto ausgeschlossen werden, wenn an der Voraussetzung der „drohenden Existenzgefährdung“ festgehalten wird. Sein Alternativvorschlag entbehrt allerdings noch einer genaueren Bestimmung des Verhältnisses der beiden Tatbestandsmerkmale „erhebliche Interessenberührung“ und „subjektive Rechtsverletzung“ zueinander. Die vorliegende Arbeit setzt hier an. Sie ist dem Versuch gewidmet, den von *Veelken* eingeschlagenen Weg in Richtung auf eine Neubestimmung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung fortzusetzen. Dabei gilt es, behutsam vorzugehen. Das übrige Gefüge des verwaltungsrechtlichen

68 Ebenda, 210.

69 Ebenda.

70 Ebenda: „Die Beiladung steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde. Mit Rücksicht auf die nach § 63 Abs. 2 grundsätzlich an die Verfahrensbeteiligung gekoppelte Beschwerdebefugnis sowie die auch die Verwaltungsverfahrensbeteiligung einschließende Gerichtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG wird heute zunehmend eine notwendige Verfahrensbeteiligung anerkannt, und ist die Kartellbehörde zur Beiladung verpflichtet, wenn der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in einem Fusionskontrollverfahren in seinen Rechten verletzen kann.“

Drittschutzes in der Fusionskontrolle darf nicht aus den Augen verloren werden. Ziel muss ein in sich stimmiges Gesamtsystem sein.

#### B. Eigener Lösungsvorschlag im Überblick

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt sich aus zwei Elementen zusammen. *Erstes Element*: Man setze das Tatbestandsmerkmal der „Berührung in eigenen Rechten“ mit dem Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ gleich. Mit anderen Worten: Als in seinen subjektiven Rechten verletzt gilt, wer von dem Zusammenschluss (genauer: seiner fusionskontrollrechtlichen Genehmigung) nachteilig und erheblich in seinen Interessen betroffen wird. *Zweites Element*: Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung ist materielle Zulässigkeitsvoraussetzung auch der Anfechtungsbeschwerde. Das erste Element dient vorrangig dem Anliegen, den Kreis derjenigen Dritten zu bestimmen, die auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle die Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsfreigaben des Bundeskartellamts beantragen können. Das zweite Element verwirklicht die Forderung nach einem stimmigen Gesamtgefüge des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Zusammenschlusskontrolle.

Die Gleichsetzung des in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB normierten Tatbestandsmerkmals der „erheblichen Interessenberührung“ mit der Voraussetzung der „subjektiven Rechtsverletzung“ (*erstes Element*) verlangt nach folgender Klarstellung. Es wäre wenig überzeugend, wenn man auch solche Dritte für anfechtungsbefugt hielte, deren Wettbewerbslage durch den Ausgang des Verfahrens zwar erheblich, aber nicht negativ beeinflusst wird.<sup>71</sup> Es bedarf daher einer zusätzlichen Einschränkung des anfechtungsbefugten Personenkreises anhand des Merkmals der Nachteilhaftigkeit. Die herrschende Meinung behilft sich dabei mit dem eigentlich aus dem Rechtsmittelrecht stammenden<sup>72</sup> Erfordernis der „materiellen Beschwer“ und versteht darunter eine „nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“.<sup>73</sup> Die hier vorgeschlagene Lösung fordert als befugnisbegründendes Merkmal die Geltendmachung einer „Verletzung in eigenen Rechten“ (*zweites Element*). Sie kann daher auf einen zusätzlichen Prüfungspunkt verzichten. Das Kriterium der Rechtsverletzung

71 Nach herrschender Meinung kommt eine (einfache!) Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung sowohl in den Fällen einer negativen als auch einer positiven Beeinflussung der Wettbewerbslage durch das Verfahrensergebnis in Betracht (*KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357; *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 55; *Bechtold, R.*, *GW*B, 2002, § 54, Rz. 8; *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampf, A.* (Hrsg.), *GW*B, 2006, § 54, Rz. 18).

72 Siehe unten *C I I*.

73 *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (m.w.N.). Siehe auch schon oben *Kap. 1 B I 3* sowie unten *Kap. 4 D II*.

schließt nämlich sowohl das Element der Nachteilhaftigkeit als auch der Betroffenheit mit ein.<sup>74</sup> Die Gleichstellung von erheblicher Interessenberührung und *Rechtsverletzung* bedeutet damit zugleich, dass nur solche Dritten die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde erfüllen, auf deren Wettbewerbslage sich der Ausgang des Verfahrens *nachteilig* auswirken kann. Nur sie können eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen. Daher sei noch einmal betont, dass die hier zugrunde gelegte Identifikation der Tatbestandsmerkmale subjektive Rechtsverletzung und erhebliche Interessenberührung folgende Präzisierung erfährt: Ein Drittunternehmen gilt nur dann als in eigenen Rechten betroffen wenn es nicht nur erheblich, sondern außerdem nachteilig in seinen Interessen berührt ist.<sup>75</sup>

#### I. Erstes Anliegen: Beseitigung der analysierten Unstimmigkeiten im System des Drittrechtsschutzes

Die hier vorgeschlagene Lösung führt zur Beseitigung der im ersten Kapitel analysierten Unstimmigkeiten im Gesamtgefüge des Drittrechtsschutzes.

##### 1. Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde ist unabhängig vom Ermessen der Kartellbehörde

Kombiniert man die Gleichsetzung der Tatbestandsmerkmale nachteilige erhebliche Interessenberührung und Verletzung in eigenen Rechten mit dem Institut der notwendigen Beiladung<sup>76</sup>, so entfallen diejenigen Ungerechtigkeiten, die bislang aus der Ermessensabhängigkeit der (einfachen) Beiladung resultieren. Auf den Status des (notwendig) Beigeladenen haben all diejenigen Dritten einen Anspruch, bei denen eine erhebliche Interessenberührung in negativer Weise als Folge der Entscheidung möglich erscheint.<sup>77</sup> Die Beteiligung am Verwaltungsverfahren als formelle

74 So schon *Bettermann, K. A.*, Beschwer, 1970, 22 (unter Aufgabe seiner früher vertretenen Auffassung). Ihm folgend *Kohlmeier, A.*, Beschwer, 1997, 50ff., 100 und *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 109 (die beide ebenfalls die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die kartellverwaltungsrechtliche Anfechtungsbeschwerde fordern).

75 Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung dürfte gering sein. Beispiele aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts, in denen der Zusammenschluss zweier Unternehmen sowohl erhebliche als auch günstige Auswirkungen auf ein Drittunternehmen hat, sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung des *KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357 betraf die Beiladung (wegen möglicher Begünstigungen durch ein etwaiges Verbot) zu einem Untersuchungsverfahren nach § 1 GWB 1990.

76 Zu seiner Herleitung unten *Kap. 5 A I*.

77 Zu den praktischen Konsequenzen einer größeren Anzahl notwendig beizuladender Dritter unten *Kap. 5 A II*.

Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde („Beschwerdeberechtigung“) stellt für sie keine Hürde mehr dar, die vom Ermessen des Amtes abhängt.

Die praktischen Konsequenzen lassen sich an den oben<sup>78</sup> eingeführten Fallbeispielen erläutern: Die **Unternehmen A und C**, Abnehmer der Zusammenschlussbeteiligten, können geltend machen, durch die in Betracht kommende Freigabeentscheidung nachteilig und erheblich in ihren Interessen berührt zu sein. Nach der hier vertretenen Lösung ist dieser Intensitätsgrad von Drittbetroffenheit gleichzusetzen mit der Geltendmachung einer (möglichen) Verletzung in eigenen Rechten. Damit sind beide Unternehmen obligatorisch zum Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt bzw. dem Ministererlaubnisverfahren beizuladen. Ermessen steht der Kartellbehörde insoweit nicht zu. Das hat auch für etwaigen gerichtlichen Rechtsschutz Bedeutung. Durch die ausgesprochene Beiladung erfüllt nicht nur A, sondern auch C die formelle Voraussetzung, um eine Anfechtungsbeschwerde einlegen zu können. Beide Unternehmen sind anfechtungsberechtigt. Da sie auch die materielle Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten in Form der nachteiligen erheblichen Interessenberührung durch den in Betracht kommenden Ausgang des Verfahrens erfüllen, sind sie gleichzeitig anfechtungsbefugt. Darüber hinaus genügen A und C aber auch den gleichlautenden materiellen Anforderungen an die Verpflichtungsbeschwerde sowie den einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 und § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Schließlich erfüllen sie die Voraussetzung des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Das garantiert ihnen den Status von Beteiligten am Verfahren vor dem Beschwerdegericht und damit gemäß § 76 Abs. 1 GWB auch die Berechtigung, die Rechtsbeschwerde zu erheben.

## 2. Keine formalisierte Anfechtungsbefugnis

Anders als nach herrschender Meinung genügt nach der hier vertretenen Lösung eine bloße nachteilige Interessenberührung für die Anfechtungsbefugnis nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Dritte geltend machen kann, durch das mögliche Verfahrensergebnis sowohl nachteilig als auch erheblich in seinen Interessen berührt zu sein (Geltendmachung einer möglichen Verletzung in eigenen Rechten). Damit haben die Gerichte im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung die Möglichkeit, die Anfechtungsbeschwerden derjenigen Dritten auszusondern, die zwar zum Verwaltungsverfahren beigelegt wurden, deren Betroffenheit aber nicht dem Erfordernis der Erheblichkeit entspricht. Aus demselben Grund entbehren sie auch den Status eines am Beschwerdeverfahren Beteiligten, der seinerseits Voraussetzung für die Möglichkeit ist, Rechtsbeschwerde einzulegen (§§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

Zur Veranschaulichung sei an die Situation des **Unternehmens B** erinnert. Erst nach der Neukonzeption erweist sich seine Rechtstellung im Vergleich zu derjenigen von A und C als weniger günstig. Die Tatsache, dass es als lediglich einfach in

78 Kap. 1 C I.

seinen Interessen berührtes Drittunternehmen zum Verwaltungsverfahren beigelegt wurde, nützt ihm für ein etwaiges Gerichtsverfahren nicht viel. Zwar steht ihm aufgrund seiner Stellung als Beigeladener zum Verwaltungsverfahren die formelle Beschwerdeberechtigung zu. Aus ihr wird aber nicht – wie bislang – quasi automatisch die Anfechtungsbefugnis gefolgert („formalisierte Beschwerdebefugnis“).<sup>79</sup> Vielmehr prüft das Gericht unter dem Prüfungspunkt „Beschwerdebefugnis“ mit dem aus dem Verwaltungsprozess bekannten materiellen Kriterium der Verletzung in eigenen Rechten (§ 42 Abs. 2 VwGO). Der Beschwerdeführer hat darzulegen, dass seine nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Belangen durch den möglichen Verfahrensausgang den – im Vergleich zur bisherigen Rechtslage – strengeren Anforderungen der nachteiligen und erheblichen Interessenberührung genügt. Das Unternehmen B dürfte also trotz seiner Beiladung an den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde scheitern. Es erfüllt nicht die vom Gericht zu prüfenden materiellen Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB, auf den § 63 Abs. 2 GWB verweist.<sup>80</sup> Ohne erhebliche Interessenberührung scheitert das Unternehmen B auch an der materiellen Voraussetzung, von der die Beteiligtenstellung im gerichtlichen Verfahren abhängt (§ 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Ohne sie ist B die Möglichkeit verwehrt, Rechtsbeschwerde einzulegen (§§ 71 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 GWB).

### 3. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde

Die Neukonzeption beseitigt den beklagten Unterschied zwischen den materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde („Beschwerdebefugnis“). Nach der hier vertretenen Auffassung stehen beide unter der Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten. Sie ist gegeben, wenn der betroffene Dritte sich auf die Möglichkeit einer nachteiligen und erheblichen Berührung seiner Interessen berufen kann.

Die oben dargestellte unterschiedliche Behandlung der **Unternehmen A** und **D** durch die herrschende Meinung entfällt. Die Beschwerde des D ist auch dann zulässig, wenn es sich darauf beschränkt, lediglich auf Erlass weiterer drittschützender Auflagen zu klagen. Es bedarf nicht zwingend der Anfechtung der gesamten Freigabeverfügung bzw. Ministererlaubnis.

<sup>79</sup> Die herrschende Meinung lässt hier Einschränkungen lediglich anhand des wenig anspruchsvollen Kriteriums der (einfachen) nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen zu (sog. „materielle Beschwer“). Siehe oben *Kap. 1 B I 3* und unten *Kap. 4 D II*.

<sup>80</sup> Ausführlich sogleich unten *C II*.



#### 4. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde

Auch die widersprüchliche Unterscheidung zwischen den an die Zulässigkeit der Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache und der Rechtsbeschwerde zu stellenden materiellen Anforderungen entfällt. Der in § 76 Abs. 1 GWB verwandte Begriff des „Beteiligten“ als Voraussetzung für die Rechtsbeschwerde ist in der Vorschrift § 67 Abs. 1 GWB gesetzlich definiert. Wiederum gilt, dass der formale Akt der Beiladung bei Drittbetroffenen nicht ausreicht. Hinzutreten muss das in der Vorschrift des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausdrücklich wiederholte materielle Kriterium der erheblichen Interessenberührung.<sup>81</sup> Da dieses Merkmal nach der hier vorgeschlagenen Lösung mit der Voraussetzung einer Verletzung in subjektiven Rechten gleichzusetzen ist, handelt es sich um dieselbe materielle Voraussetzung, die der Dritte gemäß § 63 Abs. 3 GWB auch bei Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache erfüllen muss.

Legt man dieses Verständnis zugrunde, so erfüllt das **Unternehmen D** nicht nur die formellen und materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer etwaigen Rechtsbeschwerde, sondern auch der erstinstanzlichen Verpflichtungsbeschwerde selbst.

#### 5. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren und des Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

Schließlich mildert die hier vorgeschlagene Lösung auch das vom Gesetzgeber selbst bedauerte Auseinanderfallen der Voraussetzungen von Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren und der Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung ab.<sup>82</sup> Schon für die Anfechtungsbefugnis nach § 63 Abs. 2 GWB bedarf es der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung in Form der nachteiligen erheblichen Interessenberührung. Dieselbe Voraussetzung findet sich in dem neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 wieder,

81 Insofern hat der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen den das Verwaltungsverfahren betreffenden Vorschriften §§ 63 Abs. 2 und 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB sowie den das Beschwerdeverfahren regelnden Vorschriften §§ 76 Abs. 1 und 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB parallel ausgestaltet. Die in der jeweils zuerst genannten Vorschrift verwendete Tatbestandsvoraussetzung der „Beteiligung“ wird in der zweiten Vorschrift durch zwei Elemente näher konkretisiert: Beiladung und erhebliche Interessenberührung. Ausführlich zum Ganzen sogleich unten *Kap. 3 C II*.

82 Die endgültig verabschiedete Fassung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 differenziert zusätzlich zwischen Anträgen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts und Fusionserlaubnissen durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Die Neukonzeption gebietet auch insofern einem weiteren Auseinanderfallen der Zulässigkeitsvoraussetzungen Einhalt.

wo der Gesetzgeber eine Verletzung in eigenen Rechten ausdrücklich zur Voraussetzung macht.

## II. Zweites Anliegen: Die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden bleibt möglich

Auch dem zweiten Anliegen wird entsprochen: Drittunternehmen, die geltend machen können, dass die möglicherweise rechtswidrige Fusionsfreigabe sie erheblich und nachteilig in ihren Interessen berührt, erfüllen die neue Voraussetzung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Sie können daher auch weiterhin individuellen Rechtsschutz mit dem hochwirksamen Mittel der einstweiligen Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegenüber Freigabeverfügungen des Bundeskartellamtes erlangen. Anders als zur Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung existiert zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der erheblichen Interessenberührung Dritter in Verfahren der Fusionskontrolle eine umfangreiche Praxis und Rechtsprechung.<sup>83</sup> Es wird noch zu untersuchen sein, ob der großzügige Umgang der Praxis mit diesem Kriterium Bestand haben kann. Möglicherweise bedarf es in manchen Fällen einer strengeren Selektion derjenigen Dritten, die sich auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können. Dabei handelt es sich um die Frage der Schutzbereichsbestimmung.<sup>84</sup> Selbst wenn man den Kreis der Dritten, die in den Genuss der gesamten Palette an Rechtsschutzinstrumenten kommen sollen, am Merkmal der *erheblichen* Interessenberührung enger zöge als das bislang im Hinblick auf die Rechtsfolge der Beiladung geschieht, stellt sich dennoch die Rechtslage gerade für die besonders intensiv betroffenen Dritten günstiger dar als das bei Beibehaltung der derzeit herrschenden strengen Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten der Fall ist. Zu klären bleibt allerdings noch, ob das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes auch nach Einfügung von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 auf das Instrument der weitergehenden einstweiligen Anordnungen zurückgreifen kann.<sup>85</sup>

## III. Zusammenfassung

Das bisherige System des fusionskontrollrechtlichen Drittrechtsschutzes unterscheidet u. a. drei Intensitätsstufen der Drittbetroffenheit: (1) Die Geltendmachung einer erheblichen Interessenberührung durch den in Betracht kommenden Verfahrensausgang ist Voraussetzung für die Beiladung. Diese ist ihrerseits formelle Zuläs-

83 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 37ff. sowie unten *Kap. 4 D II*.

84 Siehe unten *Kap. 4 D III*.

85 Siehe oben *Kap. 2 F* und unten *Kap. 6 B*.

sigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde. (2) Materielle Voraussetzung ist die Geltendmachung einer (einfachen) nachteiligen Interessenberührung. (3) Wer eine Verpflichtungsbeschwerde einlegen oder einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 65 Abs. 3 GWB 2005 stellen möchte, muss sich auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können. Die hier vorgeschlagene Lösung macht sämtliche der genannten Beteiligungsrechte von einer einzigen Intensitätsstufe der Drittbetroffenheit abhängig. Einheitliche Voraussetzung ist die Geltendmachung einer (möglichen) Verletzung in eigenen Rechten i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung.

### C. Vereinbarkeit der Neukonzeption mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes

Eine Untersuchung der einschlägigen Vorschriften zeigt, dass die beiden Grundannahmen der hier vorgeschlagenen Neukonzeption einer grammatisch-systematischen Auslegung standhalten. Zunächst gilt es zu zeigen, dass neben dem formellen Erfordernis der Beiladung zusätzlich die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde ist. Das von der herrschenden Meinung postulierte Erfordernis einer bloßen „nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“ entbehrt dagegen einer überzeugenden Herleitung (*I*). In einem zweiten Schritt ist die Gleichsetzung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung mit der aus dem Beiladungsrecht bekannten Voraussetzung der „erheblichen Interessenberührung“ zu begründen. Es wird sich zeigen, dass das zuletzt genannte Kriterium durch den Klammerhinweis in § 63 Abs. 2 GWB ausdrücklich als materielle Anfechtungsvoraussetzung normiert wurde (*II*). Eine historisch-systematische Betrachtung legt den Schluss nahe, dass dieses Merkmal mit dem Tatbestand der subjektiven Rechtsverletzung gleichgesetzt werden kann (*III*).

### I. Das Erfordernis einer materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde

Einigkeit besteht mit der herrschenden Meinung insofern, dass zusätzlich zur formellen Voraussetzung der vorherigen Beiladung ein materielles Kriterium den Kreis der Anfechtungsbefugten beschränken muss. Schon rechtspolitische Erwägungen sprechen für diese Forderung. Andernfalls bestünde nämlich die Gefahr einer Perpetuierung von Fehlentscheidungen der Kartellbehörden auf das gerichtliche Verfahren. Das Beschwerdegericht muss die Möglichkeit haben, bestimmte Drittbeschwerden als unzulässig abzuweisen. Dabei ist an die Rechtsmittel solcher Drittunternehmen zu denken, die beigeladen wurden, obwohl ihr Interesse am Verfahren als unerheblich zu qualifizieren ist. Fehlt es an einer relevanten Interessenbeeinträchtigung,

darf keine Beschwerdebefugnis bestehen.<sup>86</sup> *Bettermann* hat darüber hinaus überzeugend nachgewiesen, dass es sich bei der Beschwer im Sinne einer materiell belastenden Wirkung der Entscheidung nicht nur um ein Charakteristikum der Rechtsmittel, sondern eine allgemeine Voraussetzung jedes Anfechtungsrechtsbehelfs handelt.<sup>87</sup> Unterschiedliche Standpunkte bestehen hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen die (materielle) Anfechtungsbefugnis zu bejahen ist.

### 1. Das Kriterium der herrschenden Meinung: nachteilige Interessenberührung

Nach ganz herrschender Meinung genügt als materielles Kriterium eine nachteilige Interessenberührung. Auf die hieraus resultierende Gefahr von Unstimmigkeiten im Gesamtsystem des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes wurde bereits hingewiesen.<sup>88</sup> Dazu kommen systematische Bedenken. Die herrschende Meinung findet das von ihr postulierte einschränkende Kriterium in der aus dem Rechtsmittelrecht stammenden Voraussetzung der „materiellen Beschwer“. <sup>89</sup> Ohne nähere Begründung wird dieses Merkmal den „allgemeinen Verfahrens- oder Prozessgrundsätzen“ entnommen.<sup>90</sup> Diese Argumentationsweise ist schon deshalb fragwürdig, weil es sich bei der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde nach mittlerweile allgemeiner Auffassung nicht um ein Rechtsmittel, sondern um eine besondere Art der verwaltungsrechtlichen Klage handelt.<sup>91</sup> *Kremer* verzichtet gar vollständig auf eine gesetzliche Anknüpfung. Er begründet seine Forderung nach einer materiellen Beschwer – ebenfalls in Form der Interessenbeeinträchtigung<sup>92</sup> – als Zulässigkeits-

86 Ausführlich zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „erhebliche Interessenberührung“ unten *Kap. 4 D*.

87 *Bettermann*, K. A., Beschwer, 1970, 23ff. Als Beleg führt *Bettermann* u. a. die Wiederaufnahmeklage an, für die ebenfalls eine Beschwer gefordert wird, obwohl sie nicht als Rechtsmittel eingeordnet wird (ebenda, 5f., 25). Zum Ganzen *Kohlmeier*, A., Beschwer, 1997, 18 und passim.

88 Oben *Kap. 1 C*.

89 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165. Jetzt zustimmend *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 27 (anders noch *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1981, § 62 *GWB* (1981), Rz. 27).

90 Z. B. *BGH*, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561; *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079; *Hertin*, P.-W., Beteiligte, 1969, 115. Vgl. auch *Mees*, H. K., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 63, Rz. 13: „Beschwerden nach §§ 63ff. sind – wie Beschwerden im allgemeinen – nur bei Vorliegen einer [...] Beschwer [...] zulässig“.

91 *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347 („Verwaltungsstreitverfahren besonderer Art, nämlich ein Kartell-Verwaltungsstreitverfahren“); *Weidinger*, W., Rechtsschutz, 1968, 66; *Kohlmeier*, A., Beschwer, 1997, 40. Zur Einordnung der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 2f. und *Kremer*, M.-G., Beschwerde, 1988, 28 sowie oben *Kap. 1 A IV 1*.

92 *Kremer*, M.-G., aaO., 103.

voraussetzung der Anfechtungsbeschwerde mit dem schlichten Hinweis auf das Drohen einer Popularklage im Kartellrecht.<sup>93</sup> Angesichts der formellen Voraussetzung einer vorhergehenden Beiladung durch die Kartellbehörde erscheint diese Sorge jedoch unbegründet. Zu befürchten wäre allenfalls die Möglichkeit einer so genannten Interessentenklage.<sup>94</sup> Es erscheint nämlich schon praktisch kaum vorstellbar, dass ein echter *quivis ex populo* sich überhaupt die Mühe macht, einen Beiladungsantrag zu stellen. Noch unwahrscheinlicher erscheint es aber, dass die Kartellbehörde einen solchen Dritten, der in keiner Beziehung zum Verfahrensausgang steht, überhaupt beilädt. Nur in diesem Fall bestünde aber die – theoretische – Gefahr einer Popularkanfechtung.<sup>95</sup>

## 2. Alternativvorschlag: Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten

Demgegenüber wird hier – in Übereinstimmung mit *Dormann*<sup>96</sup> – die Ansicht vertreten, dass nicht nur im Fall der kartellverwaltungsrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch im Fall der Anfechtungsbeschwerde die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Auszugehen ist dabei von der Feststellung, dass die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen gegen Verwaltungshandeln ist, § 42 Abs. 2 VwGO. *Dormann* hat in ihrer Dissertation auf die universale Bedeutung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung für beinahe sämtliche Klagen gegen Maßnahmen der vollziehenden Gewalt hingewiesen.<sup>97</sup> Eine umfassende Aufzählung der öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfe, die entsprechend der – im Zeitpunkt des GWB-Erlasses noch nicht verabschiedeten – Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO aufgebaut sind, findet sich in der Habilitationsschrift von *Skouris*.<sup>98</sup> Es soll hier genügen, beispielhaft auf die Regelungen in § 40 Abs. 2 FGO, § 24 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Satz 1 EGGVG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und die Neufassung von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu verweisen. Die Ausgestaltung der Anfechtungsbe-

93 Ebenda.

94 Zum Begriff der Popularklage im Gegensatz zur Interessentenklage *Skouris, W., Verletztenklagen*, 1979, 7ff.

95 Auch der Ansatz von *Kohlmeier* kann nicht überzeugen. Sie begründet das Erfordernis einer materiellen Beschwer mit dem angeblichen Individualschutzcharakter der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwer (*Kohlmeier, A., Beschwer*, 1997, 62 und 80). Nach der hier vertretenen Auffassung – das sei hier vorweggenommen – lässt sich aber aus der Vorschrift des § 71 Abs. 2 GWB vornehmlich auf ein objektives, und nur in zweiter Linie ein auf Individualschutz ausgerichtetes Beanstandungsverfahren schließen. Ausführlich dazu unten *Kap. 5 B*.

96 Dazu ausführlich oben *Kap. 3 A III 1*.

97 *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 253.

98 *Skouris, W., Verletztenklagen*, 1979, 39ff.

schwerde in Kartellsachen als „Interessentenklage des Beteiligten“<sup>99</sup> würde demgegenüber einen singulären Sonderfall darstellen.<sup>100</sup>

Dazu kommt, dass das Erfordernis der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten dem Kartellverfahrensrecht keinesfalls fremd ist. Explizit findet es sich in dem – im Wortlaut geringfügig von § 42 Abs. 2 VwGO abweichenden – § 63 Abs. 3 GWB.<sup>101</sup> Schon aus systematischen Gründen erscheint es daher wenig wahrscheinlich, dass sich allein die kartellverwaltungsrechtliche *Anfechtungsbeschwerde* nicht in dieses Schema soll einordnen lassen. Bereits erwähnt wurde das Problem möglicher Wertungswidersprüche. Sie resultieren aus dem Umstand, dass von der herrschenden Meinung an die Erhebung der Anfechtungsbeschwerde niedrigere Voraussetzungen gestellt werden als an die Verpflichtungsbeschwerde.<sup>102</sup> Schon von daher liegt es nahe, das in § 63 Abs. 3 GWB statuierte Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung auf die in § 62 Abs. 2 GWB geregelte Anfechtungsbeschwerde zu übertragen.<sup>103</sup> Schließlich sei noch einmal auf die bereits zitierte Äußerung in der Begründung der Sechsten GWB-Novelle hingewiesen. Danach können Dritte nur bei Betroffenheit „in eigenen Rechten“ gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidungen mit der Beschwerde vorgehen.<sup>104</sup> Ob dem Gesetzgeber die Reichweite seiner Aussage allerdings in allen Konsequenzen bewusst war, mag man bezweifeln.<sup>105</sup> Immerhin stellte er sich mit seiner als „Klarstellung“ gekennzeichneten Erläuterung des Gesetzesentwurfs in klaren Widerspruch zur damals beinahe einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur.<sup>106</sup>

99 Ebenda, 46, der jedoch zu weit geht, wenn er meint, die vom Schema des § 42 Abs. 2 VwGO abweichende Ausgestaltung der kartellprozessualen Anfechtungsbefugnis in § 63 Abs. 2 GWB verletze Art. 19 Abs. 4 GG. Hintergrund dieser Ansicht dürfte die Sorge gewesen sein, ein in subjektiven Rechten betroffener Dritter könne gegebenenfalls an der Hürde der ermessensabhängigen Beiladung scheitern. Mittlerweile ist für solche Fälle ein Anspruch des Betroffenen auf Beiladung anerkannt („notwendige Beiladung“, siehe oben *Kap. 1 B I 4*).

100 Bedauerlicherweise wurde die streitanfällige Norm aus dem Kartellverwaltungsprozessrecht mittlerweile zum Vorbild für weitere Sachgebiete erhoben. So steht gemäß § 49 Abs. 2 WpÜG die Anfechtungsbeschwerde den am Verwaltungsverfahren Beteiligten zu. Kritisch dazu *Schnorbus, Y., ZHR 2002, 72, passim, insbes. 96ff.*

101 Vgl. nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 31 m. w. N.: „Gemeint ist dasselbe wie bei § 42 Abs. 2 VwGO.“

102 Ausführlich oben *Kap. 1 C I* und unten *Kap. 4 D II*.

103 Zu dem Vorschlag von *K. Schmidt*, der das Problem mit gleicher Zielrichtung in genau entgegengesetzter Richtung angeht oben *Kap. 3 A I*.

104 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

105 Siehe auch noch unten *Kap. 4 C IV 2*.

106 Siehe die Nachweise oben *Kap. 2 A*.

## II. Das Erfordernis der erheblichen Interessenberührung aus § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB als materielle Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde

Es stellt sich die Frage, ob außer dem Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen sowie den genannten rechtspolitischen und systematischen Argumenten weitere Anhaltspunkte für die Annahme sprechen, dass das GWB materielle Anforderungen an die Erhebung der Anfechtungsbeschwerde stellt, die über die bloße materielle Beschwer im Sinne einer einfachen Nachteilhaftigkeit der Entscheidung hinausgehen. Eine genauere Untersuchung ergibt, dass § 63 Abs. 2 GWB mit der Voraussetzung der Beteiligung selbst eine tatbestandliche Anknüpfung für das gesuchte materielle Kriterium enthält. Es handelt sich um das durch den Klammerhinweis auf § 54 Abs. 2 GWB in Bezug genommene Erfordernis der erheblichen Interessenberührung.

### 1. Das Verhältnis zwischen Beiladung und Beteiligung nach bisheriger Auffassung

Die Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB regelt die tatbestandlichen Voraussetzungen der Beteiligung. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung. Dem Wortlaut lassen sich unschwer zwei Voraussetzungen entnehmen, die erfüllt sein müssen, um die Rechtsfolge der „Beteiligung“ auszulösen: „erhebliche Interessenberührung“ und „Beiladung auf Antrag“. Traditionell wird jedoch das erste Tatbestandsmerkmal als Bedingung für das zweite angesehen.<sup>107</sup> Danach gilt:

Beteiligt ist, wer auf Antrag beigeladen wurde.

Die Beiladung ist zulässig, wenn eine erhebliche Interessenberührung gegeben ist.

Das etwaige Fehlen der erheblichen Interessenberührung soll jedoch nur in den Fällen eine Rolle spielen, in denen die Beiladungsverfügung selbständig angefochten wird.<sup>108</sup> Dagegen soll dieser der Beiladungsentscheidung anhaftende Grundmangel keine Konsequenzen für die Frage nach der Anfechtungsberechtigung haben.<sup>109</sup> Wer beigeladen wurde, gilt der herrschenden Meinung als Beteiligter im Sinne des § 63 Abs. 2 GWB. Auf die Intensität der Interessenberührung kommt es nicht mehr

<sup>107</sup> Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 37; Bracher, C.-D., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 52ff.; Weidinger, W., Rechtsschutz, 1968, 67.

<sup>108</sup> KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971.

<sup>109</sup> Ebenda; Meyer-Lindemann, H. J., in: Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 32; Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 21: „Insbesondere wird, wenn ein Dritter als Beigeladener Beschwerde einlegt, nur noch geprüft, ob er wirksam beigeladen worden ist, nicht auch, ob er mit Recht beigeladen worden ist.“

an. Literatur und Praxis meinen, das Problem eines möglichen Auseinanderfallens von Beiladung und erheblicher Interessenberührung an anderer Stelle lösen zu können. So wird vorgeschlagen, das Problem auf den Prüfungspunkt „Interessenbeeinträchtigung“ im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu verlagern.<sup>110</sup> Ein Beispiel für diese Vorgehensweise bildet das Verfahren *Coop-Supermagazin*.<sup>111</sup> Dort wurde trotz der ausdrücklich als fehlerhaft bezeichneten Beiladung die Beschwerdeberechtigung als solche nicht verneint.<sup>112</sup> Das Beschwerdegericht verneinte die Zulässigkeit der Beschwerde jedoch mit dem Hinweis auf eine fehlende materielle Beschwer.<sup>113</sup> Mangels unmittelbarer Betroffenheit durch das Verfahrensergebnis liege überhaupt keine Interessenbeeinträchtigung vor. Die dritten Beschwerdeführer seien damit nicht beschwerdebefugt.<sup>114</sup> Es fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zu dem Fall, dass beim beigeladenen Dritten zwar eine Interessenbeeinträchtigung vorliegt, diese jedoch nicht die Erheblichkeitsschwelle in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB überschreitet. Wendet man die Grundsätze der herrschenden Meinung auf diesen Fall an, so muss man konsequenterweise die Zulässigkeit der Drittbeschwerde bejahen. Danach hindert die Fehlerhaftigkeit der Beiladung – genauso wie im Fall *Coop-Supermagazin* – die Beschwerdeberechtigung nicht. Darüber hinaus müsste die herrschende Meinung konsequenterweise aber auch die Beschwerdebefugnis bejahen. Dem Erfordernis der materiellen Beschwer genügt nämlich jede Art der nachteiligen Interessenberührung, also auch die einfache.<sup>115</sup>

## 2. Alternativvorschlag: Kumulatives Verständnis der Voraussetzungen Interessenberührung und Beiladung

Eine unvoreingenommene Lektüre des Wortlauts von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB legt dagegen ein kumulatives Verständnis der beiden Tatbestandsmerkmale nahe. In dieser Lesart gilt:

110 *Schmidt, K.*, ebenda (Fortsetzung des Zitats in der vorhergehenden FN): „Eine andere Frage ist dann allerdings, ob es an der von der h. M. geforderten materiellen Beschwer fehlt.“

111 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2080.

112 *KG*, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971: „das Bundeskartellamt hätte die Anträge der Beschwerdeführer zurückweisen müssen.“ Dieser Ansicht schloss sich das Amt kurze Zeit später an. Es stellte im Verfahren *BKartA*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2221f. fest, dass die Antragstellerin die Beiladung zu dem ihre Konkurrenten betreffenden Fusionskontrollverfahren nur deshalb beantragt hatte, weil sie in der Begründung der vorgesehenen Untersagungsverfügung als Mitglied eines marktbeherrschenden Oligopols bezeichnet worden war. Mangels (erheblicher) Interessenberührung i. S. d. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1980 wies das Amt den Beiladungsantrag zurück.

113 *KG*, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971f.

114 Näher zu dem Verfahren unten *Kap. 5 A VIII 1*.

115 Dazu schon oben *Kap. 1 B I 3* und *C I*. Siehe auch noch unten *Kap. 4 D II*.



Beteiligt ist nur derjenige Dritte, der

1. erheblich in seinen Interessen berührt ist *und*
2. auf seinen Antrag hin zum Verfahren beigelegt wurde.

Genauso wenig wie die erhebliche Interessenberührung als solche ohne Antrag und ohne Beiladung die Stellung eines Beteiligten (i. e. S.) begründen kann, genügt die bloße Beiladung eines Dritten, der nicht genügend intensiv durch das Verfahrensergebnis berührt wird. Überzeugender ist damit eine Interpretation, nach der die beiden Tatbestandsmerkmale in einem Verhältnis der Gleichordnung stehen. Nur wenn zur Beiladung auch eine erhebliche Interessenberührung hinzukommt, tritt die Rechtsfolge Beteiligung ein.

Diese Auslegung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB wird bestätigt durch einen Vergleich mit Entwurfsfassungen derselben Vorschrift, mit dem Wortlaut vergleichbarer Bestimmungen des GWB an anderer Stelle sowie mit Vorschriften aus anderen Verfahrensordnungen. In auffälliger Abweichung vom Wortlaut des hier im Mittelpunkt stehenden § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist in allen anderen Fällen die besondere Intensität der Drittbetroffenheit jeweils ausdrücklich als Voraussetzung der Beiladung formuliert.

Zunächst einmal fällt auf, dass die aktuelle Regelung von der entsprechenden Bestimmung in § 42 Abs. 2 Nr. 2 GWB-Entwurf von 1952 abweicht:

„An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt: [...]

3. Personen, die die Kartellbehörde zu dem Verfahren beigelegt hat, **weil** ihre rechtlichen Interessen durch die Entscheidung berührt werden.“<sup>116</sup>

Im Vergleich zur verabschiedeten Fassung ist auf zwei wesentliche Unterschiede hinzuweisen:<sup>117</sup> Zum einen stand damals anstelle des Tatbestandsmerkmals der erheblichen Interessenberührung noch dasjenige der Berührung in rechtlichen Interessen. Im vorliegenden Zusammenhang besonders bemerkenswert ist aber der Umstand, dass außerdem die ursprünglich vorgesehene Regelungstechnik verändert wurde: In der Entwurfsfassung sind die beiden Tatbestandsvoraussetzungen „Beiladung“ und „Interessenberührung“ durch die Konjunktion „weil“ verbunden. Letztere sollte damit unzweifelhaft zur Voraussetzung für die Beiladung zum Verwaltungs-

<sup>116</sup> *Bundesregierung*, Entw. GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 1), Anlage 1, S. 13 (Hervorhebung vom Verf.).

<sup>117</sup> Ein wichtiger dritter Unterschied besteht in dem neu hinzugekommenen Erfordernis der Antragstellung. Gemäß § 63 Abs. 2 GWB setzt die Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren voraus, dass der interessierte Dritte dies bei der Kartellbehörde beantragt hat (vgl. zu den formalen Voraussetzungen der Antragstellung: *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1292). Bemerkenswerterweise ist es dem Gesetzgeber gelungen, dieses Tatbestandselement sprachlich eindeutig als Voraussetzung der Beiladung auszugestalten (sog. mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt). Viertens wurde in der verabschiedeten Fassung auch (nichtrechtsfähigen) Personenvereinigungen (z. B. der nichtrechtsfähige Verein oder die GbR) die Beteiligteigenschaft zuerkannt, siehe auch § 77 GWB.

verfahren gemacht werden. Es wäre leicht gewesen, an diesem Schema festzuhalten. So hätte es genügt, das Attribut „rechtliche“ durch „erhebliche“ auszutauschen. Tatsächlich fehlt in der später verabschiedeten Version dagegen diese Verbindung durch die Konjunktion „weil“. Stattdessen entschied sich der Gesetzgeber für ein schlichtes „und“. Damit stellte er in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB Interessenberührung und Beiladung sprachlich in ein Verhältnis der Gleichordnung.

Auch bei der Redaktion von später verabschiedeten Gesetzen hat sich der Gesetzgeber für eine von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB abweichende Regelungstechnik entschieden. Die Interessenberührung ist ausdrücklich als Voraussetzung für eine eventuelle Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren formuliert. Entsprechend lautet die Vorschrift § 13 Abs. 2 VwVfG:

„Die Behörde kann [...] diejenigen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, als Beteiligte zuziehen.“<sup>118</sup>

Würde es sich bei der Fassung von § 54 Abs. 2 GWB um ein schlichtes Redaktionsversehen handeln, so wäre eine Korrektur im Rahmen einer der zahlreichen GWB-Novellierungen leicht möglich gewesen. Das gilt insbesondere für die große Sechste GWB-Novelle aus dem Jahr 1998. In ihrem Gefolge wurde das Kartellgesetz um die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 106 - 138 GWB ergänzt. Auch sie enthalten mit § 109 Satz 1 GWB eine Bestimmung über die Beteiligung am Vergabeverfahren. Anstatt sich bei der Redaktion dieser Norm jedoch an die Formulierung des älteren § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB anzulehnen, entschied sich der Gesetzgeber wiederum für einen abweichenden Wortlaut:

„Verfahrensbeteiligte sind [...] die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die **deswegen** von der Vergabekammer beigeladen worden sind.“<sup>119</sup>

Spätestens bei dieser Gelegenheit hätte es zu einer entsprechenden Neufassung auch von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB kommen müssen. Dies umso mehr, als sich die Novelle die Neugestaltung des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes zu einem ihrer Hauptanliegen gemacht hatte.<sup>120</sup> Man mag das als Versehen oder Nachlässigkeit der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten abtun. Die Untätigkeit des Reformgesetzgebers spricht jedoch eher für die Annahme, dass am Wortlaut der Vorschrift, der

118 Entsprechendes gilt für § 65 Abs. 1 VwGO: „Das Gericht kann [...] andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen.“

119 Hervorhebung vom Verf.

120 Vgl. insbesondere die Einführung einer Drittklagemöglichkeit gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidungen im Hauptprüfverfahren, § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB. Dazu *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 2, 44 sowie unten *Kap. 4 C IV 4*.

seinerseits eine Abweichung vom Schema der Entwurfsfassung darstellt, bewusst festgehalten werden sollte.

Noch deutlicher wird die Berechtigung dieser Auslegung, wenn man die Vorschrift des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB in die Betrachtung mit einbezieht. Hier hat sich der Gesetzgeber nicht nur – wie in § 63 Abs. 2 GWB – mit einer schlichten Nennung der Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Form eines Klammerhinweises begnügt. Vielmehr wiederholt er den vollständigen Wortlaut der genannten Beiladungsvorschrift:

„An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht sind beteiligt [...] 3. Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden **und** die die Kartellbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigeladen hat.“<sup>121</sup>

Damit stellt er die Beteiligung am Beschwerdeverfahren genauso wie diejenige am Verwaltungsverfahren unter dieselben beiden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen: Beiladung *und* erhebliche Interessenberührung. Die bislang herrschende Meinung ignoriert hingegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut auch an dieser Stelle. Sie setzt sich bewusst in Widerspruch zum Normtext des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB, wenn sie dem Beschwerdegericht die Befugnis abspricht, im Beschwerdeverfahren zu überprüfen, ob sich die beigeladenen Dritten auf eine erhebliche Interessenberührung berufen können.<sup>122</sup>

Damit ist festzuhalten: Die Anfechtungsbeschwerde eines Dritten ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer Beteiligter i. S. d. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist. Nach dieser Vorschrift müssen zwei Voraussetzungen *kumulativ* vorliegen: die erhebliche Interessenberührung als materielles und die Beiladung als formelles Kriterium. Die bloße Beiladung genügt nicht.

### III. Vereinbarkeit mit der Systematik

Der vorgeschlagenen Gleichsetzung der beiden Tatbestandsmerkmale (nachteilige) „erhebliche Interessenberührung“ und „subjektive Rechtsverletzung“ steht ein gewichtiger Einwand entgegen: Hätte der Gesetzgeber die Beteiligung am Verwaltungsverfahren und die Befugnis zur Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde (und seit dem 1. Juli 2005 auch den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Freigabe-Verfügungen des Bundeskartellamtes) tatsächlich unter dieselbe materielle Voraussetzung stellen wollen, so hätte er das entsprechende Tatbestandsmerkmal einheitlich formulieren können. Die Verwendung von zwei verschiedenen Formulierungen

<sup>121</sup> Hervorhebung vom Verf.

<sup>122</sup> Vgl. nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 67, Rz. 4: „notwendige Korrektur des § 67“ sowie schon oben *Kap. 1 B I 3*.

– erhebliche Interessenberührung hier, Verletzung in eigenen Rechten dort – spricht, so könnte man meinen, eher für die Annahme, der Gesetzgeber habe unterschiedliche Voraussetzungen aufstellen wollen.

Tatsächlich muss man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sich bei der Verabschiedung des GWB bewusst für die Formulierung „erhebliche Interessenberührung“ anstelle von „Betroffenheit in rechtlichen Interessen“ bzw. „Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten“ entschieden hat.<sup>123</sup> Historisch ist das damit zu erklären, dass er den Kreis der am Verwaltungsverfahren Beteiligten erweitern wollte. Zumindest im Hinblick auf das Institut der Verfahrensbeteiligung wollte sich der Gesetzgeber nicht an die zu eng empfundenen Voraussetzungen der subjektiven Rechtsverletzung binden. Hintergrund war die – wie sich im Rückblick zeigt – berechtigte Sorge, die Praxis werde sich zu engherzig bei der Zuerkennung eines Schutzgesetzcharakters der Kartellvorschriften zeigen.<sup>124</sup> Eine Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden wäre dann lange Zeit ausgeschlossen gewesen. Der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Berührung rechtlicher bzw. rechtlich geschützter Interessen in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist daher so zu erklären, dass der Gesetzgeber das Beiladungsrecht „von dem noch unentschiedenen Streit um den Schutznormcharakter der einzelnen kartellrechtlichen Vorschriften unabhängig machen [wollte].“<sup>125</sup> Hinsichtlich der Beschwerdevoraussetzungen liegt der Fall ähnlich. Auch hier wagte es der Gesetzgeber nicht, sämtliche kartellverwaltungsrechtliche Klagearten von der strengen allgemeinen Voraussetzung einer subjektiven Rechtsverletzung abhängig zu machen. Ausdrücklich statuierte er dieses Erfordernis nur für die Verpflichtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 3 Satz 1 GWB). Dagegen beschränkte er sich im Fall der Anfechtungsbeschwerde auf eine indirekte, auf den ersten Blick fragmentarisch wirkende Regelung.<sup>126</sup> Wissenschaft und Praxis sind daher aufgefordert, sich mit der in § 63 Abs. 2 GWB angeordneten Bezugnahme auf die Vorschriften über die Beteiligung am Verwaltungsverfahren zu behelfen.

123 Zum Verhältnis der Tatbestandsmerkmale „subjektive Rechtsverletzung“ und „Berührung rechtlicher Interessen“ *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 13, Rz. 35 sowie unten *Kap. 4 A I*: zu letzteren zählen nicht nur materielle nach öffentlichem, sondern auch nach privatem Recht geschützte Positionen.

124 Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass die speziellen fusionskontrollrechtlichen Vorschriften zu diesem Zeitpunkt ohnehin noch nicht verabschiedet waren.

125 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 456. Vgl. auch schon *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71: „Vermieden wurde so der Streit darüber, wann eine wirtschaftliche Betroffenheit zu einer rechtlichen wird.“ *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 67; *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 132; *Kohlmeier, A.*, Beschwer, 1997, 77 (die beiden zuletzt Genannten beziehen sich jeweils auf die Ausführungen von *Böhm* im *Bundestagsausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht*, Wortprotokoll Nr. II/215. Sitzung, S. 22ff.).

126 Der Eindruck der Unvollständigkeit dürfte auch der Grund dafür sein, dass sich die herrschende Meinung genötigt sieht, weitere einschränkende Kriterien in „allgemeinen Prozessgrundsätzen“ in Form der „materiellen Beschwer“ zu suchen. Dabei liegt es – wie oben gezeigt – wesentlich näher, der in Bezug genommenen Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB auch ein materielles Zulässigkeitskriterium zu entnehmen.

Das ursprüngliche Bedürfnis einer Erweiterung des Kreises der Verfahrensbeteiligten und damit mittelbar auch der Anfechtungsberechtigten anhand des Merkmals der erheblichen Interessenberührung besteht jedoch nur solange, wie Unsicherheit im Hinblick auf den drittschützenden Charakter der einzelnen kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften besteht. Geht man dagegen davon aus, dass sich der Gesetzgeber, wenn nicht schon mit Einführung einer prinzipiellen Drittklagemöglichkeit durch die Sechste GWB-Novelle, so doch spätestens mit Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ausdrücklich zur Existenz subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle bekannt hat,<sup>127</sup> so besteht kein Anlass mehr, an der wenig praktikablen und vor allem auch im Ergebnis unbefriedigenden Differenzierung zwischen den verschiedenen Stufen der Drittbetroffenheit in §§ 54 Abs. 2 Nr. 3 und 63 Abs. 2 einerseits sowie Abs. 3 und 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 andererseits festzuhalten.<sup>128</sup> In diesem Fall läge es aus Gründen der systematischen Stimmigkeit im Hinblick auf das Gesamtgefüge und der Einfachheit der Rechtsanwendung wesentlich näher, die in der Diskussion über die materiellen Anforderungen an die Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung erarbeiteten Wertungen auf die Frage nach der Anfechtungsbefugnis zu übertragen und umgekehrt.<sup>129</sup> Danach wären dieselben Dritten, die geltend machen können, durch Fusionsgenehmigung erheblich und nachteilig in ihren Interessen berührt werden, auch im Sinne von §§ 63 Abs. 3 Satz 1 und 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 als in subjektiven Rechten betroffen anzusehen.

#### IV. Zusammenfassung

Eine am Wortlaut orientierte Auslegung der Vorschriften §§ 63 Abs. 2 und 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB führt zur Entdeckung einer gesetzlich normierten materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittanfechtungsbeschwerde. Es handelt sich um das Merkmal der nachteiligen erheblichen Interessenberührung. Systematische Erwägungen sprechen nicht gegen, sondern eher für die Annahme, dass dieses Merkmal der aus dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht bekannten und auch in § 63 Abs. 3 Satz 1 GWB und – zwischenzeitlich – in § 42 Abs. 2 VwGO und vor allem in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ausdrücklich normierten Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten entspricht.

<sup>127</sup> Dazu unten *Kap. 4 C V 8*.

<sup>128</sup> Die herrschende Meinung fügt mit dem Kriterium der materiellen Beschwer sogar noch eine weitere Stufe der Drittbetroffenheit hinzu.

<sup>129</sup> Ausführlich unten *Kap. 4 D*.

## Viertes Kapitel. Subjektive öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle

### A. Vorüberlegungen

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle voraus. Sie steht damit in Widerspruch zur herrschenden Meinung. Die Position der herrschenden Meinung soll im Folgenden einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

### I. Einfachgesetzlich begründete subjektive öffentliche Rechte

Wenig Streit herrscht über die Frage, was den Inhalt eines subjektiven Rechts ausmacht.<sup>1</sup> Erste Versuche einer Bestimmung des Begriffs des subjektiven Rechts gehen zurück auf eine – zunächst im Zivilrecht geführte – Diskussion zwischen v. Savigny, Windscheid und v. Ihering.<sup>2</sup> Dem Verständnis v. Savignys<sup>3</sup> des subjektiven Rechts als rechtlich anerkannter individueller Willensmacht und Windscheids<sup>4</sup> Konzept einer „von der Rechtsordnung verliehenen Willensmacht“ setzte v. Ihering<sup>5</sup> seine Definition des subjektiven Rechts als „rechtlich geschütztes Interesse“<sup>6</sup> entgegen. v. Iherings Definition betont den Umstand, dass das subjektive Recht es dem Einzelnen ermöglicht, seine jeweils geschützten Interessen wahrzunehmen.<sup>7</sup> Herrschend ist heute die so genannte „Kombinationstheorie“<sup>8</sup>, die Windscheids Willens- und v. Iherings Interessentheorie miteinander verbindet.<sup>9</sup> Dabei bildet das subjektive Recht

1 Vgl. Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 186.

2 Vgl. Huber, P. M., Konkurrenzschutz, 1991, 100.

3 Savigny, F. C. v., System Bd. I, 1840, 331ff.

4 Windscheid, B., Lb. d. Pandektenrechts Bd. I, 1906, 156ff. (insbes. FN 3).

5 Ihering, R. v., Geist d. röm. Rechts III/1, 1865, 327ff. Dazu auch Larenz, K./Wolf, M., BürglR AT, 1997, § 14, Rz. 14 (= S. 243).

6 Unten Kap. 4 D III 1 d zu dem davon scharf zu trennenden Begriff des „rechtlichen Interesses“.

7 Es sei hier noch einmal betont, dass es zu einem Umdenken hinsichtlich der Qualifizierung von „rechtlich geschützten Interessen“ als subjektiven Rechten erst nach 1949 kam.

8 Scherzberg, A., DVBl. 1988, 129, 131 (mit umfangreichen Nachweisen in FN 23). Vgl. auch Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 187 m.w.N. in FN 3 und Larenz, K./Wolf, M., BürglR AT, 1997, § 14, Rz. 14, (= S. 243).

9 Siehe sogleich unten.

die Form, in der dieses Interesse geschützt wird und gegebenenfalls auch durchgesetzt werden kann.<sup>10</sup>

Für die öffentlich-rechtliche Diskussion um das subjektive Recht waren die Arbeiten von *Otto Mayer*<sup>11</sup>, *Jellinek*<sup>12</sup> und *Bühler* maßgeblich.<sup>13</sup> Grundlegend definierte *Bühler*:<sup>14</sup> „Subjektives öffentliches Recht ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäfts oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann oder ihm gegenüber etwas tun darf.“ Abstrahiert man aus *Bühlers* Definition den Inhalt des subjektiv öffentlichen Rechts<sup>15</sup> so ergibt sich folgende Begriffsbestimmung: Subjektives öffentliches Recht ist zu verstehen als Rechtsmacht<sup>16</sup> des Bürgers, „vom Staat zur Verfolgung eigener Interessen ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können.“<sup>17</sup> Die in der älteren Literatur noch anzutreffende Unterscheidung zwischen dem Weniger der „rechtlich geschützten Interessen“ und dem Mehr der „subjektiven (öffentlichen) Rechte“ ist damit obsolet geworden. Die beiden

10 *Larenz, K./Wolf, M.*, BürglR AT, 1997, § 14, Rz. 14, S. 243. *Preu, P.*, Drittschutz, 1992, 28 schlägt zur terminologischen Unterscheidung von rechtlich geschütztem Interesse und den seiner Verteidigung dienenden Rechtsansprüchen die Begriffe „primäres subjektives Recht“ und „sekundäres subjektives Recht“ vor. Im Unterschied zur Terminologie von *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 314ff. besteht nach Ansicht von *Preu* eine Abhängigkeit des sekundären vom primären subjektiven Recht. Dieses steht „gewissermaßen auf der Tatbestandsseite des sekundären subjektiven Rechts“.

11 *Mayer, O.*, Dt. VerwR Bd. I, 1895, § 9 (= S. 104ff.).

12 *Jellinek, G.*, System der subj. öffentl. Rechte, 1919, insbes. 41ff.

13 Einen Überblick bieten *König, S.*, Drittschutz, 1993, 29ff. und *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 101ff. Ausführlich zur Geschichte des subjektiven Rechts *Preu, P.*, Hist. Genese d. öffR Bau- und Gewerbenachbarklagen, 1990, passim.

14 *Bühler, O.*, Subj. öffentl. Rechte, 1914, 224. Ähnlich *BVerfG*, 22.5.1979, E 51, 193: „Die Begründung eines subjektiven Rechts setzt eine Norm des objektiven Rechts voraus, die geeignet ist, entweder unmittelbar oder durch Vermittlung eines von der Norm mit Rechtswirkungen ausgestatteten Aktes eine Rechtsposition des Einzelnen zu begründen.“

15 Zu den in ihr enthaltenen drei Voraussetzungen: (1) zwingender Rechtssatz; (2) verliehene Rechtsmacht; (3) Schutznorm: siehe sogleich unten I.

16 Zur Kritik am – nach wohl herrschender Auffassung überflüssigen – Begriff der „Rechtsmacht“ im öffentlichen Recht: *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 104ff.

17 So die Formulierung bei *Maurer, H.*, VerwR AT, 2004, § 8, Rz. 2. Der Begriff „Verhalten“ schließt dabei nicht nur ein bestimmtes positives Tun, sondern auch ein Dulden oder Unterlassen mit ein (vgl. *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 3, S. 644). Siehe sogleich unten 3 zur Begriffsbestimmung in multipolaren Konfliktlagen.

Begriffe stehen nicht in Gegensatz zueinander.<sup>18</sup> Vielmehr sind heute zwei Arten von subjektiven öffentlichen Rechten anerkannt: Neben dem ursprünglich engeren Begriff der *Rechte im eigentlichen Sinne* (z. B. Leistungsgrundrechte, Ansprüche aus öffentlich-rechtlichem Vertrag oder ausdrücklich als Anspruchsgrundlage formulierte Bestimmungen des objektiven öffentlichen Rechts) werden auch *rechtlich geschützte Individualinteressen* unter den Begriff der subjektiven Rechte gefasst.<sup>19</sup>

Damit ist schon an dieser Stelle festzuhalten: Anders als in der kartellverwaltungsrechtlichen Literatur oft vorausgesetzt besteht kein Gegensatz zwischen wirtschaftlichen Interessen und subjektiven Rechtspositionen.<sup>20</sup> Der Schluss „keine subjektive Rechtsverletzung bei (bloßer) Interessenberührung“<sup>21</sup> verkennt, dass zwischen subjektiven Rechten und Interessen kein Exklusivitätsverhältnis besteht.<sup>22</sup> Vielmehr handelt es sich um ein Stufenverhältnis, das sich graphisch mit zwei kon-

18 *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 103: „[Es] ist heute anerkannt, dass sich rechtlich geschützte Interessen in nichts von sonstigen subjektiven öffentlichen Rechten unterscheiden.“ Zu diesem neuen Begriff des subjektiven Rechts (rechtlich geschütztes Interesse) auch *Henke, W.*, Subjektives Recht, 1968, 28f. Irreführend dagegen *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572: „Die Beschwerdeführerin mag durch die Freigabe des Zusammenschlusses in ihren *rechtlich geschützten Interessen* berührt sein [...]; dagegen kann sie nicht mit Erfolg geltend machen, die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens verletze sie in *eigenen Rechten*.“ (Hervorhebungen vom Verf.).

19 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 78 m.w.N.; *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 63; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 84, FN 77. Zutreffend setzt z. B. auch der *BGH*, 31.10.1978 (*Air-Conditioning-Anlagen*), WuW/E BGH 1562, 1564, die Begriffe „Eingriff in eine rechtlich geschützte Position“ und „Rechtsverletzung“ gleich. Das kritisieren zu Unrecht *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 677, inbes. FN 59. Irreführend ist dabei ihre Bezugnahme auf das *KG*, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2972. Es warnt an der angegebenen Stelle – zu Recht – vor einer Verwischung des Unterschieds „zwischen einer Rechtsverletzung und der Berührung oder Beeinträchtigung *berechtigter Interessen*“, und nicht – wie von *Boeckhoff* und *Franßen* – zwischen einer „Rechtsverletzung und der Beeinträchtigung *rechtlicher Interessen*“ warnt (Hervorhebungen vom Verf.) Vgl. aber das Zitat des *BGH* in der vorigen FN.

20 So auch *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 16.

21 In diese Richtung z. B. *KG*, 8.2.1963 (*Interessengemeinschaft*), WuW/E OLG 540, 542: „Ebenso wie im allgemeinen Verwaltungsrecht besteht vielmehr ein derartiger Rechtsanspruch auf ein Tätigwerden der Behörde nur dann, wenn entweder ein Eingriff in bestimmte geschützte Rechte des Antragstellers vorliegt oder wenn für ihn ein Antragsrecht gesetzlich besonders angeordnet ist. [...] hier handelt es sich aber lediglich um eine Berührung wirtschaftlicher Interessen.“ Ähnlich das *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1293: „[Der Beschwerdeführerin] steht insbesondere kein subjektives öffentliches Recht auf Untersagung des streitbefangenen Unternehmenszusammenschlusses zu. Betroffen sind vielmehr (nur) ihre wirtschaftlichen Interessen als Konkurrentin der Zusammenschlussbeteiligten [...].“

22 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 127; *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, 80, FN 25.



zentrisch angeordneten Kreisen darstellen lässt.<sup>23</sup> Ein Interesse bedarf zwar erst der Anerkennung durch die Rechtsordnung als geschütztes, um die Gestalt eines subjektiven (öffentlichen) Rechts anzunehmen.<sup>24</sup> Umgekehrt darf aber allein deshalb, weil ein Marktbeteiligter ein wirtschaftliches Interesse an einem bestimmten Verfahrensergebnis hat, noch nicht ausgeschlossen werden, dass es sich möglicherweise um ein subjektives Recht des Betroffenen handelt. Wirtschaftliche Interessen können, wenn sie nur gewichtig genug sind und eine entsprechende Entscheidung des Gesetzgebers vorliegt, durchaus subjektiven Rechtsschutz genießen.<sup>25</sup> Nur wenn man dieses Verständnis des wirtschaftlichen Interesses zugrunde legt, kann sinnvoll zwischen rechtlich anerkannten wirtschaftlichen Interessen und bloß wirtschaftlichen Interessen unterschieden werden. Aufgabe des Rechtsanwenders ist es, durch Gesetzesauslegung diejenigen Individualinteressen aufzuspüren, die der Gesetzgeber dergestalt schützen wollte, dass er dem Betroffenen die Rechtsmacht eingeräumt hat, sie selbst zu verteidigen. Selbstverständlich ist nicht jede Art von (schutzwürdigem) Individualinteresse in dieser Form geschützt. Denkbar ist auch die alleinige Übertragung der Schutzaufgabe an eine objektive Instanz wie zum Beispiel eine Kartellbehörde, gegebenenfalls verstärkt durch die gesetzliche Androhung von Geldbußen oder sonstigen Sanktionen.<sup>26</sup>

## 1. Schutznormtheorie

Als problematischer als die Bestimmung des Inhalts erweist sich die Bestimmung der Voraussetzungen, unter denen subjektive öffentliche Rechte gewährt werden. Das Zivilrecht kennt solche Schwierigkeiten nicht. Gegenstand der zivilrechtlichen Normen ist der Ausgleich von Individualinteressen. Aus diesem Grunde korrelieren die – objektiven – Verpflichtungen des einen fast immer mit entsprechenden – subjektiven – Berechtigungen eines anderen. Pflichten und Rechte stehen i. d. R. spie-

23 Insofern zustimmungswürdig die Feststellung des KG, 8.2.1963 (*Interessengemeinschaft*), WuW/E OLG 540, 542: „Auszugehen ist davon, dass nicht jeder, der von einem Kartellvorgang in seinen wirtschaftlichen Interessen berührt wird, einen Rechtsanspruch hat, ein Einschreiten der Kartellbehörde zu verlangen.“ Vgl. auch *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 12 zum Verhältnis der Verletzten- zur Interessentenklage.

24 *Enneccerus, L./Nipperdey, H. C.*, BürgR AT I, 1959, § 72 II (= S. 437); *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 16; *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 127. *Schenke, W.-R.*, in: Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K. (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 289 betont zu Recht, dass das Vorliegen eines subjektives Rechts voraussetzt, dass zum rechtlich geschützten Interesse das (regelmäßig einhergehende) Vorliegen einer Rechtsmacht hinzukommen muss.

25 Siehe sogleich unten III zur Einordnung wirtschaftlicher Interessen durch die Verwaltungs- und Finanzgerichte.

26 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 291.

gelbildlich zueinander.<sup>27</sup> Demgegenüber gilt im Verwaltungsrecht: Die Verwaltung handelt im öffentlichen Interesse.<sup>28</sup> Entsprechend regelt auch das Verwaltungsrecht dieses Handeln zunächst einmal im Allgemeininteresse.<sup>29</sup> Der Verpflichtung einer staatlichen Stelle entspricht deshalb nicht in jedem Fall eine entsprechende Berechtigung eines Privaten.<sup>30</sup> *De facto* berührt das Verwaltungshandeln jedoch häufig auch die Interessen von Privaten, in vielen Fällen sogar in erheblichem Umfang. Es stellt sich daher die Frage, in welchen Fällen Private sich gegenüber dem Staat auf subjektive öffentliche Rechte berufen können. Sie sind abzugrenzen von bloßen Reflexwirkungen des objektiven Rechts.<sup>31</sup> Während es sich bei letzteren um bloße tatsächliche Begünstigungen handelt, vermitteln jene die Fähigkeit, Rechtsnormen im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen.<sup>32</sup>

In bipolaren Konstellationen, das heißt im einfachen Verhältnis Bürger - Staat knüpfen Rechtsprechung und ganz herrschende Literatur an die so genannte Schutznormtheorie<sup>33</sup> an.<sup>34</sup> *Bühlers* oben zitierte Definition lassen sich drei Kriterien entnehmen:<sup>35</sup> (1) Norm mit zwingendem Charakter, die (2) zumindest auch zugunsten bestimmter Personen zur Befriedigung ihrer Individualinteressen und (3) mit der Wirkung erlassen wurde, von diesen Personen in Anspruch genommen werden zu können. Die drei Kriterien wurden im Laufe der Zeit zur *eingliedrigen Interessenschutzformel* reduziert.<sup>36</sup> Heute ist anerkannt, dass nicht nur zwingende Rechtssätze

27 Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R., VerwR I, 1999, § 43 I 3 a, S. 644; Maurer, H., VerwR AT, 2004, § 8, Rz. 7. Schulbeispiel ist die objektivrechtliche Verpflichtung des Verkäufers, die verkaufte Ware zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Ihr entspricht das subjektive Recht des Käufers, eben dies zu verlangen, § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. Schwierigkeiten können sich allerdings auch im Privatrecht ergeben. Beispielsweise muss im Zusammenhang mit § 823 Abs. 2 BGB festgestellt werden, ob eine bestimmte, an einen Privaten gerichtete objektive Verhaltenspflicht den Schutz eines anderen Privaten bezweckt.

28 Maurer, H., VerwR AT, 2004, § 1, Rz. 10.

29 Ebenda, § 8, Rz. 8.

30 Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R., VerwR I, 1999, § 43 I 3 a (= 644).

31 Auf den Unterschied zwischen subjektiven Rechten und „rechtlichen Reflexwirkungen“ hat schon *Ihering, R. v.*, Geist d. röm. Rechts III/1, 1865, 327f. hingewiesen.

32 Bachof, O., in: ders. (Hrsg.), GS Jellinek, 1955, 287, 288ff.; Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R., VerwR I, 1999, § 43 I 3 a und b (= S. 644ff.); Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 193: Begünstigung kann „zufällige Nebenfolge oder bewusster und gewollter Norminhalt“ sein.

33 Terminologische Varianten (Schutzzwecktheorie, Schutznormlehre ...) finden sich bei *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 107, FN 51.

34 Vgl. nur *BVerfG*, 17.12.1969, E 27, 297, 307 - ständige Rechtsprechung; *Krüger, H./Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 19, Rz. 129; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 83ff.; *Masing, J.*, Mobilisierung d. Bürgers, 1997, 107ff.. Siehe auch die zahlreichen weiteren Nachweise auf Rechtsprechung und Literatur bei *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 189, FN 18 (Rechtsprechung) und 19 (Literatur).

35 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 198. Vgl. auch *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 108 und Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R., VerwR I, 1999, § 43 I 4. Zu den einzelnen Kriterien *Bühler, O.*, Subj. öffentl. Rechte, 1914, 21ff., 42ff., 47ff. und 224 (Zusammenfassung) sowie *König, S.*, Drittschutz, 1993, 30ff.

36 Dazu ausführlich *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 198ff.

(erste Voraussetzung), sondern auch Ermessensvorschriften, nämlich in Form der zwingenden Ermessensgrenzen einen Anspruch begründen können: den Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung.<sup>37</sup> Das dritte Kriterium verlor aufgrund von *Bachofs Vermutungsthese* seine eigenständige Bedeutung. Vom Vorliegen einer zumindest auch das Individualinteresse begünstigenden Norm (zweite Voraussetzung) kann auf die Einräumung von Rechtsmacht geschlossen werden, dieses Interesse auch durchzusetzen (dritte Voraussetzung).<sup>38</sup> *Bachof* begründete seine Annahme mit dem Hinweis auf die „*Gesamtkonzeption des GG mit seinem Bekenntnis zum Primat der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Freiheit, zu ihrem Vorrang vor den Staatsinteressen, mit seiner Sozialstaatserklärung, sowie schließlich mit seiner Tendenz einer durchgängigen Beschränkung und Kontrolle staatlicher Machtäußerung*, [aus der] auf einen Rechtsschutz aller bislang nur objektivrechtlich geschützten Individualinteressen zu schließen sei.“<sup>39</sup>

## 2. Kritik an der Schutznormtheorie

An Versuchen, die Schutznormtheorie zu widerlegen, fehlt es nicht. Im Einklang mit der durchgängigen Verwaltungsrechtsprechung und der ganz überwiegenden Literatur wird sie dennoch der vorliegenden Untersuchung zugrunde gelegt.<sup>40</sup> Es sei jedoch eingeräumt, dass den meisten Alternativkonzeptionen zur Bestimmung subjektiver Rechte eine zutreffende Diagnose einzelner Probleme zugrunde liegt, die sich bei der Anwendung der Schutznormtheorie stellen. Es verwundert daher nicht, dass einige der vorgeschlagenen Lösungsmodelle verschiedene interessante Teilaspekte

37 BVerfG, 17.12.1969, E 27, 297, 307; *Bachof, O.*, VVDStRL 1954, 37, 76; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 198; *Maurer, H.*, VerwR AT, 2004, § 8, Rz. 15.

38 *Bachof, O.*, VVDStRL 1954, 37, 73ff.; *ders.*, in: *ders.* (Hrsg.), GS Jellinek, 1955, 287, 301. Vgl. auch schon *Bühler, O.*, Subj. öffentl. Rechte, 1914, 55: „Und jedenfalls ist in all den Fällen, in denen die zwingende Rechtsnorm der Behörde ein Verhalten dem geschützten Interessenten selber gegenüber vorschreibt, davon auszugehen, dass der Interessent sich auf diese Norm der Verwaltung gegenüber soll berufen können, [...]“

39 *Bachof, O.*, in: *ders.* (Hrsg.), GS Jellinek, 1955, 287, 301 (kursiv im Original). Zustimmend *Schenke, W.-R.*, in: *Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K.* (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 289, der zusätzlich der kommentierten Bestimmung einen Indizwert beimisst.

40 Siehe die Nachweise oben in FN 34. Einen Überblick über die wichtigsten Einwände gegen die Schutznormtheorie bieten zum Beispiel *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 153ff. und *König, S.*, Drittschutz, 1993, 101ff. Kurze Auseinandersetzung auch bei *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 190ff. und *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, 43 I 3 d, Rz. 23ff. (S. 651ff.).

enthalten, die an entsprechender Stelle fruchtbar gemacht werden können.<sup>41</sup> Sie finden Eingang in die folgende Auslegung der Fusionskontrollvorschriften.

Einige Haupteinwände seien dennoch bereits an dieser Stelle erwähnt: Manchen Autoren werfen der Schutznormtheorie ihre ausschließliche Orientierung am einfachen Gesetzesrecht vor.<sup>42</sup> Zwei Aspekte sind zu unterscheiden. Die Kritik wendet sich erstens gegen eine angebliche „Dualität von Lehre vom subjektiven Recht und einer verselbständigten Grundrechtslehre“.<sup>43</sup> Sie bemängelt, dass „die Grundrechte mehr oder weniger unverbunden neben den subjektiven Rechten des Verwaltungsrechts“ stehen.<sup>44</sup> Sie fordert eine stärkere Beachtung der grundrechtlichen Vorgaben und ihrer „Abstrahlung auf das gesamte staatliche Normensystem“.<sup>45</sup> Ein zweiter Vorwurf trifft die „Beliebigkeit des Gesetzgebers“ bei der Zuerkennung subjektiver Rechte. Die entsprechenden Autoren fordern stattdessen eine stärkere Orientierung am Kriterium der tatsächlichen Betroffenheit des Bürgers in seiner privaten Interessensphäre.<sup>46</sup> Vertretern des zuerst genannten Kritikpunktes ist entgegenzuhalten, dass die Maßgeblichkeit der verfassungsrechtlichen Vorgaben in Form norminterner und normexterner Wirkung der Grundrechte mittlerweile nicht mehr bestritten wird.<sup>47</sup> Sie hat Eingang gefunden in ein entsprechend modifiziertes Verständnis der Schutznormtheorie.<sup>48</sup> Auch das zweitens vorgeschlagene Kriterium der faktischen Betroffenheit in eigenen Angelegenheiten hat im Rahmen der Schutznormtheorie Bedeutung erlangt. So wird auf die Intensität der Interessenberührung in den Fällen abgestellt, in denen Normen darauf untersucht werden, ob sie grundrechtlichen Mindestanforderungen gerecht werden.<sup>49</sup> In die Rechtsprechung Eingang gefunden hat das Kriterium der faktischen Betroffenheit insbesondere bei der Herleitung des nachbarrechtlichen Rücksichtnahmegebots aus Art. 14 Abs. 1 GG.<sup>50</sup> Gerade in Drittbeteiligungsfällen kann dieses Kriterium jedoch nur mit besonderer Vorsicht heran-

41 Zutreffend daher die Begriffsbestimmung bei *Schmidt-Aßmann, E.*, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), GG, Stand: August 2005, Art. 19 Abs. 4, Rz. 128: Die Schutznormtheorie ist eine „Sammelbezeichnung für einen Kanon von Methoden und Regeln, nach denen der subjektiv-rechtliche Gehalt eines Rechtssatzes erschlossen werden soll.“ (Kursiv im Original).

42 Zum Beispiel *Henke, W.*, Subjektives Recht, 1968, 60f.; *König, S.*, Drittschutz, 1993, 239f. Vgl. auch *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 514f.

43 *König, S.*, Drittschutz, 1993, 240.

44 Ebenda.

45 Ebenda, 239.

46 *Henke, W.*, Subjektives Recht, 1968, 60f. (Betroffenheit in „eigenen Angelegenheiten“). Zustimmend *Bartlspenger, R.*, VerwArch 1969, 35, 49: ein subjektives öffentliches Recht „ist immer dann anzunehmen, wenn ein Gewaltunterworfener von einer staatsrechtlichen Norm konkret betroffen ist“. Auch *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 516 möchte die Klagebefugnis am Maßstab der konkreten Betroffenheit abgrenzen.

47 Dazu sogleich unten II.

48 Vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 169f. und 191.

49 Siehe unten Kap. 4 D zur Bedeutung des Merkmals der „Erheblichkeit“ für die Bestimmung des drittschützenden Bereichs von § 36 Abs. 1 GWB.

50 Dazu *König, S.*, Drittschutz, 1993, 39ff.

gezogen werden. Würde jede Verletzung objektiver Rechtsnormen mit faktisch drittbelastender Wirkung zur Begründung eines subjektiven Abwehrrechts des betroffenen Dritten führen, so wäre der Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht hinfällig.<sup>51</sup> Ein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch ist in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung abzulehnen.<sup>52</sup> Er stünde auch in Widerspruch zu der den §§ 42 Abs. 2, 113 Abs. 1 VwGO zugrunde gelegten Unterscheidung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und Verletzung subjektiver Rechte.<sup>53</sup> Schließlich leugnen auch die Vertreter der These von der faktischen Betroffenheit nicht die Bedeutung des einfachen Gesetzesrechts für die Bestimmung subjektiver Rechte.<sup>54</sup>

Ein weiterer Versuch, sich von der herrschenden Schutznormtheorie zu verabschieden, besteht darin, subjektiven Drittschutz allein aus den Grundrechten herzuleiten.<sup>55</sup> Um der Gefahr zu entgehen, einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch zu begründen, sind die Vertreter dieser Theorien jedoch auf Abgrenzungskriterien angewiesen, die sich im Ergebnis nur geringfügig von denjenigen der Schutznormtheorie unterscheiden.<sup>56</sup> Darüber hinaus stehen sie im Widerspruch zur Prerogative des demokratisch legitimierten Gesetzgebers, die Grundrechte auszugestalten und zu konkretisieren<sup>57</sup> und subjektiv-öffentliche Rechte im Rahmen der einfachgesetzlichen Ordnung zu begründen.<sup>58</sup> Dass der Gesetzgeber dabei seinerseits an die Grundrechte gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG) und gewisse individualrechtliche Minimalstandards zu gewährleisten hat, muss nicht betont werden.

51 Ebenda, 149. Siehe auch sogleich unten 3.

52 *Schmidt-Aßmann, E.*, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), GG, Stand d. Bearb.: Februar 2003: August 2005, Art. 19 Abs. 4, Rz. 122; *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 3 b (= S. 645); *Maurer, H.*, VerwR AT, 2004, § 8, Rz. 14.

53 *König, S.*, Drittschutz, 1993, 146f. Ausführlich zur Bedeutung dieser Unterscheidung im Rahmen der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde unten *Kap. 5 B.*

54 *Henke, W.*, Subjektives Recht, 1968, 60f. stellt klar, dass die faktische Betroffenheit nicht „losgelöst und unabhängig von jedem Gesetz“ erfolgen könne, vielmehr die objektive Interpretation des einschlägigen Gesetzes ausschlaggebend sei. Auch *Bartlsperger, R.*, DVBl. 1971, 723, 731 betont, das Konzept der „Gesetzesunabhängigkeit der subjektiven öffentlichen Rechte“ dürfe nicht dahingehend missverstanden werden, dass die „öffentlichrechtlichen Normen als Grundlage der subjektiven öffentlichen Rechte außer Betracht bleiben“. Zusammenfassend zu diesem Aspekt auch *König, S.*, Drittschutz, 1993, 152.

55 Insbesondere *Bernhardt, R.*, JZ 1963, 302, 304ff, 306, 308, der auf Art. 2 Abs. 1 GG rekurriert und *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 514f. Vgl. auch den Ansatz von *Wiegand, B.*, BayVBl. 1994, 609ff. und 647ff., der aus einzelnen Grundrechtsprinzipien einen (verfassungsrechtlich zu gewährenden) subjektiv-öffentlichen Mindestschutz herleiten will.

56 *König, S.*, Drittschutz, 1993, 155f.

57 *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 3 d (S. 651ff.).

58 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 37ff.

### 3. Drittschutz in multipolaren Konfliktlagen

Besondere Probleme bei der Feststellung des Schutzzwecks einer Norm ergeben sich in multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnissen.<sup>59</sup> Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sich das Handeln der Verwaltung begünstigend oder belastend an den Adressaten richtet und zugleich gegensätzliche Auswirkungen auf eine andere Privatperson zeitigt.<sup>60</sup> Zwar ist der Ausgleich kollidierender Interessen zwischen Privaten eigentlich die Domäne des Privat- und nicht des öffentlichen Rechts.<sup>61</sup> Dennoch hat der Gesetzgeber eine große Anzahl von Lebenssachverhalten, in denen Konflikte zwischen Privaten auftreten, einer Regelung durch das öffentliche Recht anvertraut.<sup>62</sup> Schulbeispiel ist das öffentliche Baurecht.<sup>63</sup> Hintergrund ist der Wunsch, solche Konflikte (im Horizontalverhältnis) der Schlichtung durch staatliche Organe anzuvertrauen, deren Bewältigung im öffentlichen Interesse liegt.<sup>64</sup> Folge dieser Entwicklung ist, dass der Behörde oftmals nur formal die Rolle der Beklagten im Verwaltungsprozess zukommt. Bei wirtschaftlicher Betrachtung handelt es sich eher um einen Streit zwischen Privaten, über deren widersprüchliche Interessen Verwaltung und Gerichte als „Instanzen des Ausgleichs“ zu befinden haben.<sup>65</sup> Eine Begriffsbestimmung, die den Besonderheiten multipolarer Konfliktlagen gerecht wird, muss neben der Stellung von Behörde („Erster“) und Verfügungsadressaten („Zweiter“) die Position der weiteren Zivilpartei („Dritter“) mit einbeziehen. Im Unter-

59 Eingehend ebenda, passim.

60 Vgl. die Definitionen des „Verwaltungsakts mit Drittwirkung bzw. Doppelwirkung“ bei *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 50, Rz. 13; *Maurer, H.*, VerwR AT, 2004, § 9, Rz. 50; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 11.

61 *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 4 m. w. N.; *Maurer, H.*, aaO, § 3, Rz. 13 unterscheidet zu Recht zwischen der Aufgabe des Privatrechts, dem die „Bereinigung aktueller oder potentieller Interessenkonflikte zwischen Privatpersonen“ und dem öffentlichen Recht (Staats- und Verwaltungsrecht), in dem es um die „Begründung und Begrenzung staatlicher Befugnisse“ geht.

62 *Rupp, H. H.*, in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), HdStR I, 1987, § 28, Rz. 46 nennt als Beispiele u. a. die Kartellaufsicht und die Fusionskontrolle. Er warnt vor einer „seit langem zu beobachtende[n] kritische[n] Entwicklung des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, nämlich eine[r] mehr oder weniger schleichende[n] Umpolung der Ordnungsstrukturen im Sinne einer Umdimensionierung der Bürger-Bürger-Relation in eine Relation des öffentlichen Rechts mit dem Staat als unmittelbaren Gegenüber.“ Zustimmend *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 5.

63 Vgl. in diesem Zusammenhang die Charakterisierung eines öffentlich-rechtlichen Baunachbarstreits durch das *BVerfG*, 19.6.1973, E 35, 263, 271: „Sieht man von der prozessualen Konstruktion ab, so liegt dem Rechtsstreit eigentlich nur eine Auseinandersetzung zwischen Nachbarn zugrunde.“

64 Eingehend zur vertikalen „Publizierung“ von Konflikten zwischen Privaten *Wahl, R.*, in: Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, Vorb. § 42 Abs. 2, Rz. 55ff.

65 *Brohm, W.*, DÖV 1982, 1, 4. Vgl. auch die Nachweise und Beispiele bei *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 141ff. sowie unten in *Kap. 6 B II* zur Frage, ob die Kartellbehörde oder die Fusionsparteien Adressaten einer gerichtlichen Anordnung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes ist.

schied zum einfachen bipolaren Verhältnis zwischen Bürger und Staat stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen den einzelnen Privaten „die Rechtsmacht zusteht, ihre Interessen auf Kosten des privaten Konfliktgegners zu verwirklichen und gegenüber der Behörde durchzusetzen.“<sup>66</sup> Häufig muten die Ergebnisse zufällig an.<sup>67</sup> Die *Bachofsche* Vermutungsthese für eine möglichst weite Annahme subjektiv-öffentlicher Rechte kann hier nur noch unter Einschränkungen herangezogen werden. Die Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten des einen bringt notwendigerweise eine Begrenzung der Freiheitssphäre des anderen mit sich.<sup>68</sup>

Die exakte Bestimmung der Rechtssphäre von Drittbetroffenen gelingt mit einiger Sicherheit daher nur in den Fällen, in denen der Gesetzgeber sich dieser Frage durch eine explizite einfachgesetzliche Regelung angenommen hat. Ein Beispiel aus dem baurechtlichen Nachbarschutz mag das verdeutlichen: § 5 Abs. 7 LBO Baden-Württemberg bestimmt: „Die Tiefe der Abstandsflächen beträgt im Allgemeinen 0,6 der Wandhöhe. [...] Der nachbarschützende Teil der Abstandstiefen beträgt [...] 0,4 der Wandhöhe“. Der getroffenen Regelung kommt das Verdienst zu, dem Rechtsanwender in der Praxis eindeutige Ergebnisse zu liefern.<sup>69</sup> Gleichzeitig wirkt die gesetzgeberische Entscheidung willkürlich. Zweifellos hat der Nachbar ein „Interesse“ daran, dass ein auf dem angrenzenden Grundstück entstehender Bau in einem bestimmten Mindestabstand zu seinem eigenen Grundstück erstellt wird.<sup>70</sup> Auseinandergehen dürften die Ansichten dagegen zu der Frage, in welchen Fällen die Bestimmungen über die Abstandstiefe nachbarschützende Wirkung entfalten müssen. Rechtsfolge ist nämlich, dass der betroffene Nachbar gegenüber der Baubehörde einen (einklagbaren) Anspruch darauf hat, dass die Einhaltung dieses Mindestabstands durchgesetzt wird. Die subjektiv-rechtlich geschützte Sphäre des Nachbarn hätte anstelle von zwei Dritteln genauso gut auch nur die Hälfte der objektiv-rechtlich einzuhaltenden Abstandstiefe betragen können.

Die Fusionskontrolle bildet ein geradezu idealtypisches Beispiel für ein multipolares Verwaltungsverhältnis. Die Interessen der Zusammenschlussbeteiligten und

66 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 8. Ähnlich *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 3 c (S. 648f.).

67 Vgl. auch die pointierte Feststellung von *Ossenbühl, F.*, in: ders. (Hrsg.), Eigentumsgarantie und Klagebefugnis, 1990, 3545: „Schon die Frage, ob eine bestimmte gesetzliche Vorschrift ein subjektives öffentliches Recht verleiht oder nicht, ist in vielen Fällen nicht weit vom Kafeesatzlesen entfernt, also der Rechtspolitik benachbart.“

68 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 201ff., insbes. 205ff.

69 Vgl. zu diesem baden-württembergischen Spezifikum eines explizit normierten „quantitativ-partiellen Drittrechtsschutzes“ auch *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 277 mit ausführlichen Nachweisen in FN 158.

70 Vgl. die aus dem französischen Verwaltungsprozessrecht bekannte Zulässigkeitsvoraussetzung des „intérêt à agir“ (dazu ausführlich *Chapus, R.*, Contentieux administratif, 2004, Rz. 563ff.). Sie ermöglicht eine wesentlich großzügigere Abgrenzung des klageberechtigten Personenkreises. Siehe dazu die Beispiele bei *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 17ff.

der betroffenen Dritten sind kehrseitig<sup>71</sup> miteinander verbunden: Die aktiven Gestaltungsinteressen der Fusionsparteien kollidieren mit den passiven Verschonungsinteressen von Wettbewerbern und anderen Marktteilnehmern, die sich insbesondere gegen eine Verstärkung der Marktposition der Zusammenschlussbeteiligten wenden.<sup>72</sup> Der Gesetzgeber hat sich mit gutem Grund dafür entscheiden, die Aufrechterhaltung einer ausgewogenen Balance zwischen den genannten widerstreitenden Interessen einer neutralen staatlichen Instanz und damit dem öffentlichen und nicht dem Privatrecht anzuvertrauen. Unternehmenszusammenschlüssen wohnt Gefahr in zweifacher Hinsicht inne. Es gilt nicht nur, die mehr oder weniger intensiven Einwirkungen auf die wirtschaftliche und wettbewerbliche Situation Dritter zu flankieren. Gefahr droht darüber hinaus durch eine der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung abträgliche Veränderung der Marktstruktur in Richtung auf eine Vermachtung.<sup>73</sup> Hieraus erklärt sich auch die Janusköpfigkeit<sup>74</sup> der Normen des GWB: Schutz der Institution Wettbewerb im Allgemeininteresse *und* Schutz der Freiheit privater Dritter. Der alte Streit um die Schutzrichtung des GWB bestätigt diese Diagnose nur.<sup>75</sup>

In seiner vielzitierten Habilitationsschrift hat sich *Schmidt-Preuß* um eine Anpassung der Schutznormtheorie auf Fälle multipolarer Konfliktlagen bemüht. Er erweitert sie um das Kriterium der „normativen Konfliktschlichtung“.<sup>76</sup> Für die Frage nach der Existenz subjektiver öffentlicher Drittrechte ist danach folgende Formel maßgeblich: „Notwendige, aber auch hinreichende *Voraussetzung* für das Vorliegen eines subjektiven öffentlichen Rechts im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis ist, dass eine Ordnungsnorm *die kollidierenden Privatinteressen in ihrer Gegensätzlichkeit und Verflochtenheit wertet, begrenzt, untereinander gewichtet und derart in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm einordnet, dass die Verwirklichung der Interessen des einen Privaten notwendig auf Kosten des anderen geht.*“<sup>77</sup> Für den Rechtsanwender gilt es, die einschlägigen Vorschriften über die Fusionskontrolle mit den genannten Voraussetzungen zu vergleichen.<sup>78</sup>

71 Zur Terminologie „kehrseitige“ im Gegensatz zur „wechselseitigen“ Konfliktlage *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 30ff.

72 Vgl. *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, 780; *Schmidt-Preuß, M.*, aaO., 31; *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 138ff.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 222.

73 Vgl. *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 709 und 711f. mit Hinweisen zu den jeweiligen Risiken für den Wettbewerb bei unterschiedlichen Formen von Zusammenschlüssen (horizontal, vertikal, konglomerat).

74 Einen anderen Blickwinkel nimmt *F. Böhm* ein, wenn er vom „Janusgesicht der Konzentration“ spricht. Ihm geht es um die Unterscheidung zwischen nützlichen und schädlichen Auswirkungen von Konzentrationsprozessen für die marktwirtschaftliche Ordnung (*Böhm, F.*, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Freiheit und Ordnung, 1980, 213, 214).

75 Siehe unten *B I*.

76 Grundsätzlich zustimmend z. B. *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 132f.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 222.

77 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 247f. (kursiv im Original).

78 Unten *Kap. 4 C*.



## II. Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Gewährung subjektiver öffentlicher Drittrechte

Bei den Grundrechten handelt es sich um idealtypische Formen subjektiv öffentlicher Rechte.<sup>79</sup> Auf sie kann sich der Einzelne unmittelbar berufen.<sup>80</sup> Wegen des Grundsatzes der Spezialität schließt die Existenz einfachgesetzlicher Vorschriften den Rückgriff auf Grundrechtsbestimmungen jedoch in vielen Fällen aus.<sup>81</sup> Dem einfachen Gesetzesrecht kommt die wichtige Aufgabe zu, grundrechtlich geschützte Positionen zu konkretisieren und damit für die praktische Anwendung handhabbar zu machen. Besondere Bedeutung kommt dieser Konkretisierungsfunktion in komplexen Dreieckskonstellationen wie dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen zu. Hier steht der Gesetzgeber vor der Aufgabe, für einen Ausgleich zwischen verschiedenen, teilweise in Konkurrenz zueinander stehenden verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgütern zu sorgen.<sup>82</sup> Der Gesetzgeber verfügt dabei über einen weiten politischen Handlungsspielraum.<sup>83</sup> Er beinhaltet insbesondere auch die Prärogative des Gesetzgebers, die widerstreitenden Privatinteressen durch eine subjektiv-rechtliche oder rein objektiv-rechtliche Form der Konfliktschlichtung in Ausgleich zu bringen.<sup>84</sup> Unter dieser Prämisse kommt der Grundrechtsebene für die Bestimmung drittschützender Normen Bedeutung in zweierlei Hinsicht zu. Zu nennen ist zunächst die so genannte norminterne Funktion der Grundrechte.<sup>85</sup> Sie gebietet eine Auslegung

79 *Sachs, M.*, in: *Sachs, M.* (Hrsg.), GG, 2003, Vor Art. 1 Rn 39; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 121; *Schmitt Glaeser, W./Horn, H.-D.*, VerwProzR, 2000, Rz. 157 (= S. 106); *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 37; *Rupp, H. H.*, VerwArch 1963, 479 484. Vgl. auch die Feststellung des BVerfG, 7.5.1957, E 6, 386, 387: „Art. 1 Abs. 3 GG kennzeichnet nicht nur grundsätzlich die Bestimmungen des Grundrechtsteiles als unmittelbar geltendes Recht, sondern bringt zugleich den Willen des Verfassungsgebers zum Ausdruck, dass der Einzelne sich der öffentlichen Gewalt gegenüber auf diese Normen als auf Grundrechte im Zweifel soll berufen können.“ Die Gegenansicht (z. B. *Wahl, R.*, in: *Pietzner, R.* (Hrsg.), VwGO, Stand: Oktober 2005, § 42 Abs. 2, Rz. 58f. und Vorb. § 42 Abs. 2, Rz. 54: Grundrechte als bloße Direktiven an den Gesetzgeber für eine grundrechtskonforme Ausformung des einfachen Rechts) kann nicht überzeugen. Das zeigt schon die durch Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG ermöglichte Verfassungsbeschwerde wegen Grundrechtsverletzung.

80 Grundlegend: *Jellinek, G.*, System der subj. öffentl. Rechte, 1919, 84ff. Ausführliche Darstellung des Streitstands bei *Bühler, O.*, Subj. öffentl. Rechte, 1914, 61ff. Vgl. aus der neueren Literatur *Ramsauer, U.*, AöR 1986, 501ff. Zu Recht weist *Sachs, M.*, in: *Sachs, M.* (Hrsg.), GG, 2003, Vor Art. 1, Rz. 39f., darauf hin, dass auch die Grundrechte anhand der Schutznormtheorie darauf zu untersuchen sind, ob und zu wessen Gunsten sie subjektive Rechtspositionen begründen. Insbesondere die Bestimmung des Adressatenkreises mag sich häufig als schwierig erweisen.

81 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 118; *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 114; *Preu, P.*, Drittschutz, 1992, 29ff.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 213 und 220.

82 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 37ff.

83 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 119.

84 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 37f. m. w. N.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 213.

85 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 118; *Schmidt-Preuß, M.*, aaO., 1992, 41ff. m. w. N.; *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, 81; *Veelken, W.*, aaO., 214.

des einfachgesetzlichen Rechts im Lichte der Grundrechte.<sup>86</sup> Für die Bestimmung eines etwaigen drittschützenden Gehalts einer Vorschrift gilt danach Folgendes: Lässt die Interpretation der Norm nach den bekannten Auslegungstopoi Grammatik, Genesis, Systematik und Teleologie mehrere Deutungen zu, so ist derjenigen Interpretation der Vorzug zu geben, die mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Einklang steht.<sup>87</sup> Das Gebot der verfassungskonformen Auslegung<sup>88</sup> findet seine methodische Rechtfertigung darin, dass man dem Gesetzgeber den Willen unterstellt, sich jedenfalls im Zweifel an die verfassungsrechtlichen Anforderungen halten zu wollen.<sup>89</sup> Gleichzeitig greift diese Form der Auslegung am geringsten in seinen Kompetenzbereich ein. Würde sich der Richter nämlich für eine andere Auslegung entscheiden, so bliebe ihm nichts anderes übrig, als die betreffende Norm für verfassungswidrig und damit nichtig zu erklären.<sup>90</sup> Darüber hinaus kann den Grundrechten die Funktion zukommen, den verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard an Rechtsschutz zu garantieren.<sup>91</sup> Scheitert die Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung am eindeutigen, anderslautenden Sinn des Gesetzestexts<sup>92</sup> oder fehlt es gar gänzlich an einfachgesetzlichen Vorschriften zum Schutz vor Grundrechtsverletzungen, so kommt ein unmittelbarer Rückgriff auf die Grundrechte in Betracht (sog. normexterne Wirkung).<sup>93</sup>

Festzuhalten ist damit, dass der Grundrechtsebene für die Prüfung, ob Dritte sich auf subjektiv-öffentliche Rechte in der Fusionskontrolle berufen können, lediglich subsidiäre Bedeutung zukommt. Nur soweit die Auslegung der einschlägigen Vorschriften des GWB anhand der klassischen Auslegungstopoi zu keinen eindeutigen Ergebnissen führt, kommt den Grundrechten im Rahmen der norminternen Wirkung gegebenenfalls die Rolle des Schiedsrichters zu. Ergibt die Auslegung dagegen den ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, Drittbetroffenen keine Rechtsschutzmög-

86 Diese Vorgehensweise trägt der oben wiedergegebenen Kritik Rechnung, wonach die Schutznormtheorie den grundrechtlichen Wertungen zu wenig Beachtung schenkt (vgl. auch *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 83).

87 *BVerfG*, 7.5.1953, E 2, 266, 282; *BVerfG*, 9.8.1978, E 49, 148, 157 – ständige Rechtsprechung; *Zippelius, R./Württemberg, T.*, Dt. StaatsR, 2005, § 7 I 4 (S. 62); *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, 81.

88 Zum Unterschied zwischen „verfassungsorientierter“ und „verfassungskonformer“ Auslegung: *Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, Einführung, Rz. 52.

89 *Zippelius, R./Württemberg, T.*, Dt. StaatsR, 2005, § 7 I 4 (S. 62); *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, 81.

90 *Zippelius, R./Württemberg, T.*, aaO. Vgl. auch *Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, Einführung, Rz. 56.

91 Vgl. *Dietlein, J.*, Schutzpflichten, 1992, 95 (mit Beispielen aus dem Baurecht).

92 *BVerfG*, 11.6.1958, E 8, 28, 34; *BVerfG*, 27.11.1990 (*Josefine Mutzenbacher*), E 83, 130, 144: der eindeutig erkennbare Wille des Gesetzgebers darf nicht in sein Gegenteil verkehrt werden.

93 *Schmidt-Aßmann, E.*, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), GG, Stand d. Bearb.: Februar 2003, Art. 19 Abs. 4, Rz. 125; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 121ff.; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 49ff. *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 213f.

lichkeiten einzuräumen, so stellt sich die Frage nach dem grundrechtlich gebotenen Mindestschutz.

### III. Zum Vergleich: Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte Dritter in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Finanzgerichte

Nicht nur im Kartellverwaltungsrecht stehen Rechtsprechung und Wissenschaft vor dem Problem, auf der Grundlage der Schutznormtheorie zwischen bloß wirtschaftlichen und rechtlich geschützten Interessen Dritter zu unterscheiden. Im öffentlichen Wirtschaftsrecht lassen sich zahlreiche Fallkonstellationen finden, in denen der geschützte Rechtskreis von in wirtschaftlichen Interessen betroffenen Dritten abzugrenzen ist. Im Folgenden seien exemplarisch Beispiele aus dem weiten Feld der Konkurrentenklagen mit Bezug zum Wirtschaftsverwaltungsrecht vorgestellt.<sup>94</sup> Es geht um Situationen, in denen ein Unternehmen sich gegen eine vermeintlich rechtswidrige staatliche Begünstigung von Konkurrenten wendet. Diese Fälle wiesen eine gewisse Ähnlichkeit mit der hier interessierenden Konstellation der Drittklage gegen eine fusionskontrollrechtliche Genehmigung auf. Jeweils droht eine Verzerrung der Wettbewerbsverhältnisse durch staatlichen Eingriff in das Marktgeschehen. Die staatliche Intervention kann die Form finanzieller Vergünstigungen annehmen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen unmittelbarer Förderung durch (direkte) Subventionen und mittelbarer Begünstigung durch steuerliche Vergünstigungen. Daneben ist aber auch an die Bewilligung rechtlicher Vorteile wie etwa Ausnahmegenehmigungen im Bereich des Ladenschlussgesetzes zu denken. Konkurrenzschutzprobleme können schließlich auch dadurch auftreten, dass die öffentliche Hand selbst als Akteur am Marktgeschehen mitwirkt.

#### 1. Begünstigungsabwehrklagen<sup>95</sup>

Beispiele für erfolgreiche Drittklagen dieser Kategorie finden sich im Bereich des Subventionsrechts. In mehreren Fällen bejahten die Verwaltungsgerichte eine Rechtsverletzung von Konkurrenten, die sich gegen eine finanzielle Förderung ihrer Wettbewerber wendeten. Grundlegende Bedeutung kommt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aus dem Jahr 1968 zu. Darin bejahten die Bundesrichter

<sup>94</sup> Allgemein zum Begriff der Konkurrentenklage *Frenz, W.*, Konkurrenzsituationen, 1999, 13ff.; *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 1f.; *ders.*, in: *Stober, R.* (Hrsg.), Rechtsschutz, 1993, 52ff. Zu Konkurrentenklagen werden z. B. auch Drittklagen im Bereich der Hochschulzulassungen und der Beamtenernennungen gezählt (*Schenke, W.-R.*, NVwZ 1993, 718, 719).

<sup>95</sup> So die Terminologie von *Huber, P. M.*, in: *Stober, R.* (Hrsg.), Rechtsschutz, 1993, 52, 53 und 55. *Knobbe-Keuk, B.*, BB 1982, 385, 386, spricht von einer defensiven Konkurrentenklage.

die Klagebefugnis eines Weinhändlers gegen Bescheide, die mehreren Winzergenossenschaften Subventionen bewilligten.<sup>96</sup> Zur Begründung führt das Gericht aus: Die möglicherweise rechtswidrigen Subventionen führten zu einer Verzerrung der Wettbewerbslage. Der Nichtbegünstigte könnte seine Existenzgrundlage verlieren. Als verletztes Recht rekurrierte das Gericht auf die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit.<sup>97</sup> Seit Erlass des Urteils ist die Zulässigkeit von subventionsrechtlichen Konkurrentenklagen grundsätzlich anerkannt.<sup>98</sup>

Vergleichbare Konkurrenzschutzprobleme können auftreten, wenn die Steuerverwaltung rechtswidrig davon absieht, einen Steuerpflichtigen zur Steuererhebung heranzuziehen. Die darin liegende wirtschaftliche Begünstigung einzelner Marktteilnehmer kann ebenfalls eine Verzerrung der Wettbewerbsverhältnisse zur Folge haben. Nach überwiegender Ansicht gilt in diesen Fällen: Die unterlassene oder unzureichende Steuererhebung verletzt keine subjektiven Rechte dritter Wettbewerber. Betroffen seien vielmehr bloße wirtschaftliche Interessen.<sup>99</sup> Beachtenswert ist daher die Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs aus neuerer Zeit zu Drittklagen, die sich gegen die Befreiung von Körperschafts-, Gewerbe- und Vermögenssteuer von Konkurrenten richten.<sup>100</sup> Danach kommt den Vorschriften § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG, § 3 Nr. 6 Satz 2 GewStG, § 3 Abs. 1 Nr. 12 Satz 2 VermStG jeweils i. V. m. §§ 64 - 68 AO 1977 drittschützende Wirkung zu.<sup>101</sup> Mit Hinweis auf Wortlaut und Entstehungsgeschichte insbesondere des § 65 Nr. 3 AO hatte die Literatur schon früher für diese Lösung plädiert.<sup>102</sup>

In die entgegengesetzte Richtung weist die Rechtsprechung zum Ladenschlussgesetz. In seiner Grundsatzentscheidung „Stuttgarter Klett-Passage“<sup>103</sup> ließ das Bundesverwaltungsgericht die Abwehrklage eines Wettbewerbers gegen die Begünstigung eines Dritten in Form der Gewährung einer Ausnahmegenehmigung aufgrund von § 23 Abs. 1 Satz 1 LadschlG scheitern.<sup>104</sup> Zwar seien entsprechende Klagen zu-

96 *BVerwG*, 30.8.1968, E 30, 191ff.

97 *Ebenda*, 197.

98 Siehe die Nachweise bei *Knobbe-Keuk, B.*, BB 1982, 385, 386.

99 Z. B. *BFH*, 18.9.1984, E 142, 20, *passim*, insbes. 26; *FG Bremen*, 16.10.1990, EFG 1991, 263, 264. Vgl. auch *BFH*, 15.10.1997, NVwZ 1999, 107, 109 (zu den §§ 51 – 63 AO 1977) sowie *Knobbe-Keuk, B.*, BB 1982, 385, 388, für den Fall der „unrechtmäßigen „Anwendung des normalen Steuerrechts beim Mitwerber“. A. A. *Lang, J.*, in: *Tipke, K./ders.* (Hrsg.), *Steuerrecht* (§ 19), 2002, Rz. 8, der das gerichtlich geltend gemachte Begehren der Begünstigungsbeseitigung sogar unabhängig vom Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses für zulässig hält. Es soll genügen, dass die Beseitigung der Begünstigung die Rechtsstellung des Drittklägers verbessert.

100 *BFH*, 15.10.1997, NVwZ 1999, 107ff.

101 *Ebenda*, 109.

102 Z. B. *Knobbe-Keuk, B.*, BB 1982, 385, 388. Siehe auch die weiteren Nachweise in *BFH*, 15.10.1997, NVwZ 1999, 107, 109.

103 *BVerwG*, 23.3.1982 (*Klett-Passage Stuttgart*), NJW 1982, 2513.

104 *Ebenda*, 2514.

lässig.<sup>105</sup> Trotz objektiver Rechtswidrigkeit fehle es jedoch an einer subjektivrechtlichen Betroffenheit der Wettbewerber.<sup>106</sup> Die Begründetheit der Klage scheitere am Fehlen einer drittschützenden Zielrichtung der einschlägigen Vorschriften.<sup>107</sup> Der VGH Mannheim als Vorinstanz hatte demgegenüber das Bestehen eines subjektivrechtlichen Abwehrenspruchs der betroffenen Konkurrenten bejaht.<sup>108</sup> In einer fundierten Analyse der zitierten Rechtsprechung des BVerwG gelangt Wallerath zu dem Ergebnis, dass dem Ladenschlussgesetz sehr wohl eine drittschützende Zielrichtung entnommen werden kann.<sup>109</sup> Sein zentrales Argument bezieht sich auf das exakt austarierte Zusammenspiel von Regel (gleiche Ladenschlusszeiten für alle) und eng begrenzten Ausnahmen (z. B. Ausnahmegenehmigung im dringenden öffentlichen Interesse gemäß § 23 LadschlG). Mit dieser Gesetzessystematik verfolge der Gesetzgeber das Ziel, für alle Marktbeteiligten weitestgehend gleiche Wettbewerbsbedingungen zu erhalten und die Nachteile für die betroffenen Konkurrenten so gering wie möglich zu halten.<sup>110</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat diese Interpretation des Ladenschlussgesetzes in seinem Urteil vom 9. Juni 2004 implizit bestätigt.<sup>111</sup> Die Karlsruher Richter stellten fest, dass der Gesetzgeber mit dem Ladenschlussgesetz neben dem Hauptziel des Arbeitnehmerschutzes auch das Ziel verfolge, die Wettbewerbsneutralität zu garantieren.<sup>112</sup> Danach diene die generelle Anwendbarkeit der Regelungen über die Öffnungszeiten von Ladenlokalen auch auf Verkaufsstellen, in denen keine Arbeitnehmer beschäftigt werden, dem Ziel, Wettbewerbsvorteile von Inhaber- oder Familienbetrieben zu verhindern.<sup>113</sup> Das Verbot der Ladenöffnung am Abend garantiere kleineren Geschäften mit weniger Verkaufspersonal gleiche Wettbewerbschancen gegenüber großen Unternehmen, die mittels Schichtdiensten längere Öffnungszeiten einrichten könnten.<sup>114</sup>

105 Das Gericht sah als möglicherweise verletztes Grundrecht die gemäß Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Wettbewerbsfreiheit an (*BVerwG*, 23.3.1982 (*Klett-Passage Stuttgart*), *NJW* 1982, 2513, 2514). Dazu auch *Huber, P. M.*, *Konkurrenzschutz*, 1991, 138.

106 *BVerwG*, 23.3.1982 (*Klett-Passage Stuttgart*), *NJW* 1982, 2513, 2514f.

107 Ebenda, 2515.

108 *VGH Mannheim*, 25.7.1979 (*Klett-Passage Stuttgart*), *GewArch* 1979, 391, 392.

109 *Wallerath, M.*, *NJW* 2001, 781, 786ff. Kritisch auch schon *Preu, P.*, *Drittschutz*, 1992, 186f., der darauf abstellt, dass dem betroffenen Konkurrenten ohne die behördliche Genehmigung ein privatrechtlicher Abwehrenspruch gemäß § 1 UWG a.F. zugestanden hätte. Siehe außerdem die Nachweise bei *Wallerath, M.*, aaO, 783, FN 26 und 27.

110 Ebenda, 786.

111 *BVerfG*, 9.6.2004 (*Ladenschlussgesetz*), *NJW* 2004, 2363ff.

112 Ebenda, 2365 m. w. N.

113 Ebenda, 2365.

114 Ebenda.

## 2. Konkurrentenverdrängungsklagen<sup>115</sup>

Ihnen kommt zunehmende Bedeutung mit dem Ziel einer Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen im Gesundheitswesen zu. Beispiele aus jüngerer Zeit bilden ein Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Januar 2004<sup>116</sup> sowie ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 13. Mai 2004<sup>117</sup>. Gegenstand der zuerst genannten Entscheidung, einer Verfassungsbeschwerde, war die Frage nach effektivem Drittrechtsschutz gegen die Aufnahme eines Wettbewerbers in den Krankenhausplan eines Bundeslandes, die der Beschwerdeführer selbst begehrte. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts ist einem konkurrierenden Krankenhaus zeitnah Rechtsschutz gegen die Planaufnahme eines anderen Krankenhauses zu eröffnen. Die Verwaltungsgerichte hatten eine Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechten des beschwerdeführenden Krankenhauses verneint. Dagegen sah das Bundesverfassungsgericht in der Nichtaufnahme in den Krankenhausplan einen erheblichen Konkurrenznachteil für das betroffene Krankenhaus. Die Nichtaufnahme des Krankenhauses komme in seinen wirtschaftlichen Auswirkungen einer Berufszulassungsbeschränkung nahe. Das Gericht verweist auf das Drohen irreparabler Nachteile für das nicht berücksichtigte Krankenhaus. Eine Entscheidung in einem vermutlich lange dauernden Hauptsacheverfahren könne dem Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG) unter diesen Umständen nicht gerecht werden. Vielmehr sei zu befürchten, dass die begünstigte Konkurrentin ihre wirtschaftliche Stellung in der Zwischenzeit weiter ausbaue und festige.<sup>118</sup> Das zitierte Urteil des Bundesverwaltungsgerichts beschäftigt sich mit der Frage einer Wettbewerbsverzerrung durch Investitionsförderung ambulanter Pflegedienste.<sup>119</sup> Die Klägerin wandte sich mit ihrer Klage gegen die Gewährung von Fördermitteln an ihre Konkurrenten. Grundlage der Förderung waren Bestimmungen des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über ambulante, teilstationäre und stationäre Pflegehilfen.<sup>120</sup> Das Revisionsurteil erkannte ebenfalls auf Verletzung des Grundrechts auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG. Die exklusive Förderung eines einzigen Anbieters ambulanter Hilfsdienste durch die beklagte Stadt führe zu einer Beeinflussung des Wettbewerbs und einer Behinderung der beruflichen Tätigkeit der Klägerin.<sup>121</sup> Sie komme einer Beschränkung der Berufswahl nahe und könne daher nur durch Gemeinwohlbelange von hoher Bedeutung gerechtfertigt werden.<sup>122</sup> Den Gesichtspunkt der Wettbewerbsverzerrung zu Lasten konkurrierender Anbieter betonte das Gericht noch zusätzlich, indem es ergänzend Art. 3 Abs. 1 GG zur Begründung hinzuzog.

115 Terminologie nach *Huber, P. M.*, in: Stober, R. (Hrsg.), *Rechtsschutz*, 1993, 52, 54, 56.

116 *BVerfG*, 14.1.2004, NVwZ 2004, 718.

117 *BVerwG*, 13.5.2004, NJW 2004, 3134.

118 *BVerfG*, 14.1.2004, NVwZ 2004, 718

119 *BVerwG*, 13.5.2004, NJW 2004, 3134.

120 Rheinland-pfälzisches Landespflegehilfengesetz (RhPflPfleHG) vom 28.3.1995.

121 *BVerwG*, 13.5.2004, NJW 2004, 3134, 3135.

122 Ebenda, 3136 m. w. N.

Als wenig konsistent erweist sich die Rechtsprechung im Bereich des Personenbeförderungsrechts.<sup>123</sup> Während die Rechtsprechung Konkurrentenabwehrklagen etablierter Linienverkehrsunternehmer gegen Neuzulassungen für zulässig erachtet<sup>124</sup>, erkennt sie Konkurrentenverdrängungsklagen im Fall des Bewerberüberhangs um kontingentierte Taxigenehmigungen nicht an.<sup>125</sup>

### 3. Fiskusabwehrklagen

Sie bieten privaten Unternehmen Rechtsschutz gegen Wettbewerb durch privatwirtschaftliche Betätigung von Kommunen.<sup>126</sup> In dieser Frage kam es in den Jahren 2002/2003 zu einer lang erwarteten Änderung in der Rechtsprechung. Bislang hatten die Verwaltungsgerichte einen subjektiv-individuellen Abwehranspruch gegen kommunalwirtschaftliche Betätigung stets verneint.<sup>127</sup> Rechtsschutz konnten die betroffenen privaten Konkurrenten nur mit einer Unterlassungsklage vor den Zivilgerichten erlangen. Die Wende markierte das Urteil *Elektroarbeiten* des BGH.<sup>128</sup> Bis zu diesem Zeitpunkt hatten die Zivilgerichte in einer Verletzung kommunalrechtlicher Betätigungsschranken immer zugleich einen Verstoß gegen das Lauterkeitsgebot gesehen.<sup>129</sup> Der BGH verneinte erstmalig eine die Lauterkeit des Wettbewerbs schützende Funktion der kommunalrechtlichen Vorschriften.<sup>130</sup> Die entstandene Rechtsschutzlücke füllte das OVG Münster mit seinem Beschluss vom 13. August 2003.<sup>131</sup> Jedenfalls der Betätigungsschranke in § 107 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 nordrhein-

123 Dazu ausführlich *Huber, P. M.*, in: Stober, R. (Hrsg.), *Rechtsschutz*, 1993, 52, 55, 57.

124 Z. B. *BVerwG*, 20.11.1959, E 9, 340, 341 m. w. N. (Die Klage soll allerdings nur den Interessen des öffentlichen Verkehrs dienen).

125 *VGH München*, 10.4.1984, NJW 1985, 758 m.w.N. Das Anspruchsziel ist dasselbe wie im Fall des beamtenrechtlichen Verdrängungsanspruchs, der aufgrund von Art. 12 GG als gegeben anerkannt wird (*Huber, P. M.*, in: Stober, R. (Hrsg.), *Rechtsschutz*, 1993, 52, 56f. m.w.N.).

126 *Huber, P. M.*, aaO, 52, 53, 55. Vgl. jüngst *Faßbender, K.-J.*, DÖV 2005, 89ff. und *Hauck, R.*, WRP 2006, 323ff.

127 *BVerwG*, 22.2.1972, E 39, 329, 336 (kommunales Bestattungsunternehmen); *BayVGH*, 23.7.1976, BayVBl. 1976, 628, 629f. (kommunale Wohnungsvermittlung); *VGH Mannheim*, 15.8.1994, DÖV 1995, 120 (Beteiligung der beklagten Gemeinde an Industriemaklergesellschaft); bestätigt von *BVerwG*, 21.3.1995, NJW 1995, 2938, 2939. Das *OVG Münster*, 2.12.1985, NVwZ 1986, 1045 (gemeindlicher Saunabetrieb), verwarf zwar die Klage eines privaten Konkurrenten, konnte aber die Frage, ob §§ 88, 89 nWG drittschützende Wirkung entfalten, offen lassen. Weitere Nachweise bei *Faßbender, K.-J.*, DÖV 2005, 89, 90, FN 11.

128 *BGH*, 25.4.2002 (*Elektroarbeiten*), NJW 2002, 2645 (wirtschaftliche Tätigkeit der Stadtwerke München).

129 *OLG Düsseldorf*, 10.10.1996, NJW-RR 1997, 1470, 1471 (Nachhilfeunterricht an der städtischen Volkshochschule); *OLG Hamm*, 23.9.1997, NJW 1998, 3504, 3505 (Gartenpflege durch kommunalen Gartenbaubetrieb). Vgl. auch *BGH*, 22.2.1990, E 110, 278, 285. Weitere Beispiele bei *Faßbender, K.-J.*, DÖV 2005, 89, 90f.

130 *BGH*, 25.4.2002 (*Elektroarbeiten*), NJW 2002, 2645, 2646.

131 *OVG Münster*, 13.8.2003, NVwZ 2003, 1520.

westfälischer Gemeindeordnung kommt danach drittschützende Wirkung zu.<sup>132</sup> Unzulässige wirtschaftliche Betätigung einer Kommune stellt damit einen Eingriff in subjektive Rechte des Antragsstellers dar.<sup>133</sup> Soweit die zitierte Entscheidung kritisiert wird, bezieht sich die Kritik nicht auf das gefundene Ergebnis als solches. Vorgeschlagen wird lediglich, den Drittschutz – bundesweit einheitlich – unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleiten, und sich nicht auf die einfachgesetzliche landesrechtliche Norm des § 107 GemO Nordrhein-Westfalen zu stützen.<sup>134</sup>

#### IV. Achstes Zwischenergebnis

Der querschnittsartige Überblick über die rechtliche Bewertung wirtschaftlicher Interessen in Konkurrenzsituationen vermittelt einen Eindruck von der Anwendung der Schutznormtheorie durch Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht sowie den Bundesfinanzhof. Er erlaubt noch keine eindeutige Antwort auf die hier interessierende Frage nach der drittschützenden Wirkung der Vorschriften über die Fusionskontrolle. Man mag eine gewisse Tendenz dahingehend feststellen, dass nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Rechtsprechung wirtschaftliche Interessen von Konkurrenten zunehmend in den Rang subjektiver Rechte erhebt. Zumindest wird man aber mit *Soell* resümieren können: „Die Grenzen zwischen rechtlich geschützten und wirtschaftlichen Interessen [sind] fließend.“<sup>135</sup>

### B. Zur Bedeutung der Schutzgegenstand- und Schutzgesetzdiskussion für die Auslegung der Vorschriften der Fusionskontrolle

#### I. Die Diskussion um den Schutzgegenstand des GWB

Den Ausgangspunkt der Frage nach der Existenz subjektiver Rechte Dritter im GWB und in der Fusionskontrolle im Besonderen bildete häufig die Diskussion um

132 Vgl. *Hauck, R.*, WRP 2006, 323, 325ff. zum neugefassten § 121 Abs. 1 hessGemO.

133 *OVG Münster*, 13.8.2003, NVwZ 2003, 1520, 1521 (im entschiedenen Fall wurde der Eingriff allerdings als rechtmäßig beurteilt).

134 *Faßbender, K.-J.*, DÖV 2005, 89, 97ff. Vgl. auch die Ausführungen des BVerwG zu den Unterschieden zwischen den einschlägigen Bestimmungen in den Gemeindeordnungen Baden-Württembergs, Bayerns und Nordrhein-Westfalens (*BVerwG*, 22.2.1972, E 39, 329, 336).

135 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 458. Siehe auch *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 15. Vgl. auch *Lang, J.*, in: Tipke, K./ders. (Hrsg.), Steuerrecht (§ 19), 2002, Rz. 79: „Zu beklagen ist die von den Gerichten gern gemachte Unterscheidung zwischen «bloß» wirtschaftlicher Benachteiligung und subjektivem Recht oder rechtlich geschützter Position.“ (Anführungszeichen im Original).



den Schutzgegenstand des GWB.<sup>136</sup> Sie begleitet das deutsche Kartellrecht seit seinen Anfängen.<sup>137</sup> In der ersten Zeit war die Auseinandersetzung geprägt von einer scheinbaren Dichotomie zwischen Institutionenschutz einerseits und Individualschutz andererseits.<sup>138</sup> Nach einer Ansicht bildet der Wettbewerb als Institution den Schutzgegenstand des Kartellrechts.<sup>139</sup> Danach ist der Ausgangspunkt des GWB eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitentscheidung. Ihr liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Marktwirtschaft die leistungsfähigste Wirtschaftsform ist. Ihr Charakteristikum besteht darin, dass Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuert werden. Das setzt einen funktionsfähigen Wettbewerb voraus. Wettbewerb garantiert eine ausreichende Anzahl an Marktteilnehmern mit voller wirtschaftlicher Handlungsfreiheit, die nicht durch marktbeherrschende Unternehmen oder Kartellvereinbarungen behindert wird. Der Schutz der Handlungsfreiheit des Einzelnen gilt den Vertretern dieser Ansicht lediglich als Reflex des Wettbewerbsschutzes. Sie ist Mittel zur Aufrechterhaltung des Gesamtsystems. Nach der entgegengesetzten Position dient das GWB dem Individualschutz.<sup>140</sup> Geschützt wird die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Verhaltensweisen gilt es zu verhindern, um dem einzelnen Marktteilnehmer die Möglichkeit zu erhalten bzw. zu geben, zwischen den verschiedenen Angeboten von einander im Wettbewerb stehenden Anbietern bzw. Nachfragern auszuwählen. Durchgesetzt hat sich heute eine vermittelnde Lösung.<sup>141</sup> Nach einem berühmt gewordenen Zitat *Mestmäckers* unterstellt der Streit als „Gegensatz, was nur als verschiedene Erscheinungsformen desselben Problems recht verstanden werden kann.“<sup>142</sup> Individualschutz und Institutionenschutz bilden zwei Aspekte des gleichen

136 Synonym werden in der Diskussion die Begriffe „Schutzgut“ (*Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 17) und „objektive Schutzrichtung“ des GWB (*Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 63) verwendet.

137 Zur Frage, ob den Dekartellierungsgesetzen Schutzgesetzcharakter zukommt *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, 726; *Flume, W.*, WuW 1956, 457, 465ff.; *Mueller, R.*, JZ 1954, 720, 725 m. w. N. Zum GWB *Koenigs, F.*, GRUR 1958, 589, 589f.; *Koenigs, F.*, NJW 1961, 1041, 1041. Vgl. auch schon *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, insbes. 723ff. (ratio des Kartellverbots als „Zentralproblem des Kartellrechts [...], das der Gesetzgeber zu entscheiden hat“) sowie die *Bundesregierung*, Begründung Entwurf GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 2), 22.

138 Zurückgehend auf einen Vortrag *Würdingers* aus dem Jahr 1953 (Literaturverzeichnis).

139 *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, 726; *Benisch, W.*, WuW 1956, 480, 483; *Leo, H.-C.*, WuW 1959, 485, 487f.

140 *Fikentscher, W.*, BB 1956, 793, 793, 795; *Biedenkopf, K. H.*, in: ders./Callmann, R./Deringer, A. (Hrsg.), Grundsatzfragen, 1957, 11ff. (passim). Die Prädominanz gesellschaftspolitischer Zielsetzungen im GWB betont auch *Möschel, W.*, Wirtschaftsrecht, 1972, 346ff., 351ff.

141 Grundlegend *Merz, H.*, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, 1965, 227, 256. Vgl. auch schon *Mestmäcker, E.-J.*, JZ 1965, 441, 442 („unfruchtbarer und irreführender Gegensatz“); außerdem *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 245; *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111; *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 25

142 *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 245. Zustimmend *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

Schutzwecks.<sup>143</sup> Der Wettbewerb wird nicht um seiner selbst willen geschützt. Einmal geht es darum, ihn wegen seiner gesellschaftspolitischen Funktion, nämlich der Gewährung individueller Freiheit zu sichern. Zum zweiten kommt ihm eine ökonomische Funktion zu: er ist Garant optimaler wirtschaftlicher Leistungen.<sup>144</sup> Umgekehrt gilt: Auch die Institution Wettbewerb kann nur über den Schutz der wirtschaftlichen Bestätigungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer gesichert werden.<sup>145</sup>

Die Ergebnisse der Diskussion um den Schutzgegenstand des GWB tragen jedoch für sich genommen noch nicht viel bei, wenn es darum geht, einzelne subjektive Rechte im GWB auszumachen.<sup>146</sup> Auch eine auf Institutionenschutz ausgerichtete Rechtsordnung kann sich rechtstechnisch zu ihrer Durchsetzung auf die Mitwirkung Einzelner stützen.<sup>147</sup> Die Zuordnung subjektiver Rechtspositionen besagt noch nichts darüber, ob den einzelnen Rechtsmacht um ihrer selbst willen oder vorrangig im öffentlichen Interesse an der effektiven Rechtsdurchsetzung eingeräumt wurde.<sup>148</sup> Aber auch umgekehrt gilt: Individualschutz kann auch durch rein objektiv-rechtliche Verwaltungsverfahren (mit-)erreicht werden.<sup>149</sup> Beispielsweise haben viele objektiv-rechtliche Bestimmungen des öffentlichen Baurechts faktisch nachbarschützenden Charakter, obwohl es rechtstechnisch an einer subjektiv-rechtlichen Durchsetzbarkeit fehlt. Im Kartellrecht gilt das Gleiche: Nicht nur die Privaten selbst, sondern auch die behördliche Kartellaufsicht kann Normen durchsetzen, die sich im Ergebnis drittbegünstigend auswirken.<sup>150</sup> Es bedarf hierzu nicht zwingend der Einräumung subjektiver Rechte im technischen Sinne.

143 Hoppmann, E., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, 1968, 61, 103.

144 Bunte, H. J., in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, Einführung zum GWB, Rz. 45ff., 48; Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 25; Dormann, U., Drittklagen, 2000, 129.

145 Emmerich, V., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 16f. (dieser Abschnitt fehlt in der 3. Auflage); Möschel, W., Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

146 Flume, W., WuW 1956, 457, 467; Mailänder, K. P., Privatrechtliche Folgen, 1965, 130f. Zustimmend Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 62ff., 323; Möschel, W., Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

147 Flume, W., aaO. Vgl. auch BGH, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299: „Der Umstand, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen primär im Allgemeininteresse den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Institution bezweckt (vgl. BGHZ 38, 90, 102 – Grote Revers), steht daher nicht entgegen, eine Vorschrift des GWB als Schutzgesetz im Sinn von dessen § 35 anzusehen [...]“ sowie Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 320.

148 Ebenda. Umfassend zu diesem Aspekt der Rechtsschutzkonzeption des EG-Rechts Masing, J., Mobilisierung d. Bürgers, 1997, passim, insbesondere 19ff. Hinweise zur französischen Konzeption ebenda, 196ff.

149 Vgl. auch Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 291: „Das subjektive Recht, als Mittel eines Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen begriffen, ist nicht unentbehrliche Voraussetzung der Durchsetzung drittschützender kartellrechtlicher Ge- und Verbotsnormen.“ (Hervorhebung im Original).

150 Ebenda, 292. Prominentestes Beispiel ist die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht.

## II. Die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz

Ähnlich alt wie die Kontroverse um den Schutzgegenstand ist die Diskussion um den *privatrechtlichen* Drittschutz im Kartellrecht. Im Zentrum stand und steht dabei die Frage, welche GWB-Normen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 GWB bzw. § 33 GWB 1999<sup>151</sup> sind.<sup>152</sup> Auf den ersten Blick verspricht diese Diskussion Erkenntnisgewinn auch für die hier interessierende Fragestellung nach der Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte in der Fusionskontrolle.<sup>153</sup> So ist zunächst festzuhalten, dass die Kriterien für den privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Drittschutz jedenfalls im Ausgangspunkt übereinstimmen.<sup>154</sup> In beiden Fällen gilt es, nach dem Schutzzweck der betreffenden Norm zu fragen.<sup>155</sup> Unabhängig von der Frage des öffentlichen oder privatrechtlichen Drittschutzes muss die Norm den individuellen Schutz des Einzelnen zumindest mitbezwecken.<sup>156</sup> Ausgeschlossen sind daher solche Begünstigungen, die sich lediglich reflexhaft einstellen.<sup>157</sup> Auch hier ist davor zu

151 Zur Neufassung des § 33 GWB-Entwurf unten *Kap. 4 C V I*.

152 Einen Überblick gibt *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 12ff.

153 Eingehend zum Verhältnis zwischen kartellverwaltungsrechtlichem und privatrechtlichen Drittschutz *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 264ff. und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238, jeweils m.w.N.

154 *BVerwG*, 28.4.1967, E 27, 29, 33 („vergleichbare Frage“); *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 66. Zustimmend: *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 597 mit zahlreichen weiteren Nachweisen auf die öffentlich-rechtliche Literatur. Vgl. auch *OLG Celle*, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1391 und *Mailänder, K. P.*, WuW 1965, 657, 673, der feststellt, dass eine „Reihe von [öffentlich-rechtlichen] Normen mit Schutzwirkung für Dritte [existieren], die sowohl von den Genehmigungsbehörden zu beachten als auch Grundlage zivilrechtlicher Ansprüche sind.“ Nur so erklärt sich auch, dass das *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werbahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645, zum Beleg für die herrschende Meinung, wonach „die Fusionskontrolle keine subjektiven [erg.: öffentlichen, Verf.] Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite“ begründet, in erster Linie aus Kommentaren zu § 33 GWB zitiert.

155 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971 66f.

156 Zu eng dagegen *Leo, H.-C.*, WuW 1959, 485, 488, der einen Schutzgesetzcharakter wegen des von ihm angenommenen Zwecks des GWB als Institutionenschutz nur annehmen will, wenn die Vorschrift „in erster Linie dem individuellen Interesse“ dient.

157 *BGH*, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299, 1300. Zusätzlich ist einschränkend zu bedenken, dass es sich bei der betreffenden Norm nur dann um ein privatrechtliches Schutzgesetz handelt, wenn sie ein konkretes Ge- oder Verbot ausspricht. Davon zu unterscheiden sind Vorschriften, die lediglich kartellbehördliche, das heißt öffentlichrechtliche Eingriffsermächtigungen beinhalten (*BGH*, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299, 1300; *BGH*, 4.4.1975 (*Krankenhaus-Zusatzversicherung*), WuW/E BGH 1361, 1164; *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 28. Kritisch deshalb zur Gleichsetzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Schutzgesetzen *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 160ff. m.w.N.). Die Frage, ob aus dem Zusammenspiel der materiellen und formellen Bestimmungen über die Behandlung von Zusammenschlussvorhaben ein Verbot von Zusammenschlüssen zu entnehmen ist, kann hier letztlich offen bleiben. Dafür *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB,

warnen, eine abstrakte Auslegung „der kartellrechtlichen Vorschriften“ als drittschützend oder nicht vorzunehmen.<sup>158</sup> Vielmehr muss eine Untersuchung für jede einzelne Vorschrift gesondert erfolgen.<sup>159</sup> Insofern wäre es nicht nur falsch, von der (privatrechtlichen) Schutzgesetzzeigenschaft bestimmter Normen aus dem Bereich des allgemeinen Kartellrechts auf die – später eingeführten – fusionskontrollrechtlichen Vorschriften zu schließen. Vielmehr bedarf es sogar innerhalb der Zusammenschlusskontrolle einer differenzierten Betrachtung. So mag beispielsweise der (zivilrechtliche) Schutzgesetzcharakter der Bestimmungen über die Entflechtung anders zu beurteilen sein als das in § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot. Zum zweiten ist der Hinweis des Reichsgerichts in Erinnerung zu rufen, wonach die abstrakte Suche nach „Schutzgesetzen“ von vornherein wenig Erkenntnisgewinn verspricht.<sup>160</sup> Richtig gestellt lautet die Frage: *Welche* Rechtsgüter *welcher* Personen schützt die betreffende Norm vor *welchen* Gefahren?<sup>161</sup> Die allgemeine Feststellung, eine Norm sei Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 bzw. § 33 GWB 1998 besagt für sich genommen nur, dass die betreffende Vorschrift wenigstens *ein* Rechtsgut *einer* Person vor *einer* bestimmten Art von Rechtsverletzung schützt.<sup>162</sup> Die eigentlich interessante Frage, ob die Norm dem Geschädigten im konkreten Fall einen subjektivrechtlichen Anspruch gewährt, ist damit noch nicht beantwortet. Diese Überlegungen sind für die noch zu erfolgende Bestimmung des Schutzbereichs eventuell auszumachender drittschützender Normen im Auge zu behalten.<sup>163</sup> Schließlich ist eine dritte Einschränkung zu beachten. Selbst für den Fall, dass sich Argumente für die Beurteilung bestimmter fusionskontrollrechtlicher Vorschriften als „Schutzgesetze“ i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 33 GWB finden lassen, mag dies zwar die Existenz entsprechender öffentlich-rechtlicher Drittrechte indizieren. Im Anschluss stellt sich aber die Frage nach dem Verhältnis von privatem und öffentlich-rechtlichem Dritt-

1992, § 35 GWB 1990, Rz. 22ff. unter Bezugnahme auf die grundlegende Arbeit von *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 242ff.) sowie Rz. 55: „Aus § 24 Abs. 1 ergibt sich der Sache nach ein Verbot bestimmter besonders schwerwiegender Zusammenschlüsse.“ Dagegen *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 160ff. und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238f. Zustimmung *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 55.

158 Zu Recht kritisiert daher *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 364, die Frage nach der Schutzgesetznatur „des GWB“ als falsch gestellt.

159 Ebenda, 364 m.w.N.: „Selektionsaufgabe“. Zustimmung *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 128, FN 12.

160 *RG*, 5.6.1935, JW 1935, 3301, 3302: „Die Frage «Schutzgesetz oder nicht Schutzgesetz»“ „darf in dieser Allgemeinheit gar nicht gestellt werden“ (Anführungszeichen im Original). Dazu eingehend *Schmiedel, B.*, Deliktsobligationen, 1974, 120ff. Zustimmung *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 372.

161 *BGH*, 4.4.1975 (*Krankenhaus-Zusatzversicherung*), WuW/E BGH 1361, 1364 m. w. N. Zustimmung *Roth, W.-H.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FK, Stand d. Bearb.: November 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 31. Vgl. auch schon *Schmiedel, B.*, aaO., 120.

162 *Schmiedel, B.*, Deliktsobligationen, 1974, 120 FN. 52. Vgl. auch *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 230, 1113.

163 Unten *Kap. 4 D.*

schutz. So versagt die kartellverwaltungsrechtliche Rechtsprechung beispielsweise im Fall missbräuchlicher Verhaltensweisen einen Anspruch auf kartellbehördliches Einschreiten mit dem Argument, der Beschwerdeführer könne sich vorrangig auf privatrechtlichem Wege zur Wehr setzen.<sup>164</sup>

Auch unter Beachtung der genannten Einschränkungen erweist sich die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz letztlich als unergiebig für die hier interessierende Fragestellung nach subjektiv-öffentlichen Rechten Dritter in der Fusionskontrolle. So scheint in der Anfangsphase der deutschen Fusionskontrollpraxis die Möglichkeit einer auf § 35 GWB 1973 gestützten Unterlassungs- oder Schadensersatzklage überhaupt nicht wahrgenommen worden zu sein. Weder finden sich Beispiele aus der kartellprivatrechtlichen Praxis, noch enthält die Literatur Überlegungen zu dieser Form des Rechtsschutzes. Die zweite Phase ist gekennzeichnet von der Diskussion um die schon erwähnten *Weichschaum*-Beschlüsse des Kammergerichts und des BGH.<sup>165</sup> Zwar handelte es sich bei dem Verfahren um ein kartellverwaltungsrechtliches, nämlich eine Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens. Die ablehnende Haltung insbesondere des Kammergerichts hinsichtlich eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle wurde von der Literatur zumeist ohne vertiefte Diskussion auch auf die Frage nach möglichem Privatrechtsschutz übertragen.<sup>166</sup> Zu Recht hat allerdings *Körber* darauf hingewiesen, dass aus der *Weichschaum III*-Entscheidung des BGH<sup>167</sup> auch für den Bereich der privatrechtlichen Klagen geschlossen werden kann, ein vom Bundeskartellamt nicht fristgemäß untersagter Zusammenschluss sei gerichtlich unangreifbar.<sup>168</sup> Zwar behandelt der zitierte BGH-Beschluss vordergründig nur die Frage, ob nach Ablauf der Ausschlussfristen eine Klage auf Verpflichtung des Bundeskartellamtes, einen Zusammenschluss zu untersagen, noch zulässig ist. Auch mag man bezweifeln, dass der BGH zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung bewusst an die Möglichkeit eines privatrechtlichen Vorgehens Dritter gedacht hatte. Die Formulierung: „In gleicher Weise wie bei den Widerspruchskartellen (vgl. BGHZ 43, 307, 310<sup>169</sup>) tritt bei nicht fristgemäßer Untersagung des Zusammenschlusses dessen endgültige Wirksamkeit unmittelbar kraft Gesetzes ein.“<sup>170</sup> deutet aber zumindest darauf hin, dass der BGH von einer umfassenden, das heißt

164 *BGH*, 14.11.1968 (*Taxiflug*), WuW/E BGH 995, 998 bzw. *BGH*, 25.10.1983 (*Internord*), WuW/E BGH 2058, 2060: Kein Rechtsanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde nach § 22 GWB 1966 (*Taxiflug*) bzw. §§ 37a Abs. 2, 26 Abs. 2 GWB 1980 (*Internord*), da jeweils entsprechende privatrechtliche Ansprüche bestehen. Vgl. auch *OLG Celle*, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1391. Zum Diskussionsstand *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 159, FN 227.

165 Oben *Kap. 2 A I*.

166 Z. B. *Benisch, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1982, § 35 GWB 1980, Rz. 13.

167 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1559f.

168 *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 227.

169 Auch abgedruckt in *BGH*, 8.4.1965 (*Linoleum III*), WuW/E BGH 680, 681.

170 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1560.

auch den Bereich des Zivilrechts einschließenden Unangreifbarkeit des Zusammenschlusses ausgeht.<sup>171</sup> Die Sechste GWB-Novelle läutete eine dritte Phase ein.<sup>172</sup> In diesen Zeitraum fällt eine zunehmende Zahl von Stimmen in der Literatur, die sich für eine Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als drittschützend aussprechen.<sup>173</sup> Allerdings beschränken sich diese Stellungnahmen ausnahmslos auf die Frage nach öffentlich-rechtlichem Drittschutz. Privatrechtlicher Drittschutz gegen vollzogene oder geplante Zusammenschlüsse wird – soweit er überhaupt angesprochen wird<sup>174</sup> – durchweg abgelehnt.<sup>175</sup> Den einschlägigen fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB<sup>176</sup> wird bereits der Charakter

171 Davon scheint auch *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 237 auszugehen, wenn er meint, dass „ferner grundsätzlich auch die kartellverwaltungsrechtlichen zeitlichen Schranken der Durchsetzung [privater] subjektiver Rechte [bestehen].“

172 Vgl. *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5851: „Dass im Rahmen der derzeitigen Vorbereitungen einer Novellierung des GWB Überlegungen angestellt werden, verstärkt dem Drittschutz im Zusammenschlussverfahren Rechnung zu tragen, besagt hier nichts.“

173 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 142; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 220; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 78 und 85 („Möglichkeit einer Verletzung in [...] subjektiven Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG“). Vgl. auch schon *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303 (Berührung von Art. 19 Abs. 4 GG, wenn Drittklage von vorheriger Beteiligung am Fusionskontrollverfahren abhängt) sowie vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle: *Emmerich, V.*, AG 1978, 150, 156; *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, S. 47ff.) Unentschieden bzw. vorsichtig für die Annahme subjektiv-öffentlicher Drittrechte *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 81; *Richter, B.*, in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Fusionskontrolle* (§ 21), 1999, Rz. 106; *Kahlenberg, H.*, BB 1998, 1593, 1599. *Traugott, R.*, WRP 1999, 621, 626.

174 Auf den öffentlich-rechtlichen Drittschutz beschränken sich zum Beispiel *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671ff.; *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345ff.; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76ff.

175 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 165: „Mit der Bejahung einer partiell drittschützenden Funktion des § 36 Abs. 1 GWB zur Verstärkung des öffentlichen Rechtsschutz geht keine Begründung privatrechtlicher Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche einher.“ Im Ergebnis ebenso: *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 240; *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 55. Vgl. auch *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 33, Rz. 31, der den privatrechtlichen Schutzgesetzcharakter des § 36 GWB verneint, dagegen früher aber für die Annahme von subjektiven öffentlichen Drittrechten eintrat (*Emmerich, V.*, AG 1978, 150, 156) bzw. ihre Existenz voraussetzt (*ders.*, *Kartellrecht*, 2001, § 28 4 b [= S. 318]): Klagebefugnis von Konkurrenten auch ohne vorherige Beiladung, wenn „sie durch die Freigabe des Zusammenschlusses in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten in einem Ausmaß betroffen sind, das es erlaubt, im Sinne des § 40 II VwGO von einer Rechtsverletzung zu sprechen.“)

176 Die besonderen materiellen Kriterien für die Anwendung der Vorschrift über die Ministererlaubnis bleiben in literarischen Stellungnahmen regelmäßig unbeachtet.

eines deliktsrechtlich relevanten Schutzgesetzes abgesprochen.<sup>177</sup> Abzuwarten bleibt, welche Impulse für die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz gegen Zusammenschlüsse von der Neufassung des § 33 GWB durch die Siebte GWB-Novelle ausgehen.<sup>178</sup>

### C. Auslegung nach den Auslegungstopoi

Es gilt im Folgenden, die Vorschriften über die Fusionskontrolle auf eine eventuell drittschützende Wirkung zu untersuchen. Auszugehen ist dabei von den klassischen Auslegungstopoi: grammatische, historisch-genetische, teleologische und systematische Interpretation.

#### I. Die Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB als materielle Bezugsnorm

Die Qualifikation der drittschützenden Eigenschaft muss sich auf Normen mit sachlichem Regelungsgehalt beziehen.<sup>179</sup> Nur sie können eine Aussage über eine etwaige drittschützende Zielrichtung einer Vorschrift enthalten. Als solche kommt im Zusammenhang mit dem Schutz gegen die Freigabe oder Nichtuntersagung eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens nur § 36 GWB, genauer Absatz 1 der Vorschrift in Betracht. Soweit es um die Ministererlaubnis geht, ist außerdem

<sup>177</sup> *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 162; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 240; *Topel, J.*, in: *Wiedemann, G.* (Hrsg.), Handbuch, 1999, Rz. 59; *Bornkamm, J.*, in: *Langen, E./Bunte, H.-J.* (Hrsg.), Kommentar, 2006, § 33, Rz. 62. *Emmerich, V.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 31, verneint die Möglichkeit privater Abwehrklagen mit Hinweis auf die systematische Stellung von § 36 hinter § 33 GWB. Zustimmung *Roth, W.-H.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FK, Stand d. Bearb.: November 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 84; *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 55. Ablehnend diesem Argument gegenüber, wenn auch mit gleichem Ergebnis *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238.

<sup>178</sup> *Hempel, R.*, WuW 2004, 362, 369, weist zurecht darauf hin, dass jedenfalls der Wortlaut von § 33 Abs. 1 GWB 2005 (der Aufsatz beruht noch auf der insoweit unveränderten Fassung des Regierungsentwurfs vom 17.12.2003) die Möglichkeit nicht ausschließt, beispielsweise die Abnehmer von sich horizontal zusammenschließenden Unternehmen als „unmittelbar betroffen“ im Sinne der neuen Vorschrift anzusehen. Anders dagegen die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 51, die sich offenbar auf die systematische Stellung der Vorschrift im Verhältnis zu den §§ 36ff. GWB beruft: „Für die Fusionskontrolle verbleibt es bei der bestehenden Sonderregelung (§§ 36 und 42).“

<sup>179</sup> Vgl. zum Folgenden (mit Beispielen aus dem BImSchG) *Jarass, H. D.*, NJW 1983, 2844, 2845. In der Terminologie von *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, insbes. 213ff. handelt es sich um die „Ordnungsnorm“, welche die Verwaltung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen hat.

§ 42 GWB in den Blick zu nehmen.<sup>180</sup> Diese Vorschrift nennt ebenfalls materielle Kriterien für die Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens.<sup>181</sup> Dagegen scheiden bloße Befugnisnormen ohne sachlichen Maßstab oder sonstige Normen, die alleine die Einhaltung anderer Normen absichern sollen, für eine Prüfung als drittschützend oder nicht aus. Unter diese Kategorie fallen insbesondere die Vorschriften § 40 Abs. 1 bis 3a GWB, die Anmeldepflicht gemäß § 39 GWB und das Vollzugsverbot in § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB. Verwaltungsverfahrensvorschriften haben grundsätzlich nur dann drittschützenden Charakter, wenn der in Frage stehende Verwaltungsakt selbst eine materiell-rechtlich geschützte Position des klagenden Dritten berührt.<sup>182</sup> Sie sind objektivrechtlicher Natur, wenn ihnen keine entsprechenden materiellen Rechte zugrunde liegen.<sup>183</sup>

180 Da der neue § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 die einschränkende Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten auf die Drittanfechtung von Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts beschränkt, könnte man geneigt sein, bei den folgenden Überlegungen die Frage nach subjektiv-öffentlichrechtlichem Drittschutz im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens auszublenden. Überschneidungen in den materiellen Voraussetzungen (Voraussetzung der marktbeherrschenden Stellung) sowie eine Vielzahl paralleler Fragestellungen in verfahrensrechtlicher Hinsicht (Beiladung, Beschwerdebefugnis) lassen ein paralleles Ergebnis der Auslegung jedoch sowohl wahrscheinlich als auch wünschenswert erscheinen.

181 Die Vorschrift § 42 GWB räumt dem Bundesminister kein formelles Untersagungsrecht ein. Anders als im Hauptprüfverfahren vor dem Bundeskartellamt genügt es hier, die beantragte Erlaubnis nicht zu erteilen, um den Vollzug eines Zusammenschlussvorhabens zu verhindern. Aus diesem Grunde dürfte eine drittschützende Wirkung der Norm ausscheiden. Diese ergibt sich daher auch im Fall des Ministererlaubnisverfahrens allenfalls aus der (unter diesem Aspekt erst noch zu untersuchenden) Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB. Zur Bindungswirkung der tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen in der Untersagungsverfügung des Bundeskartellamts nach § 36 Abs. 1 GWB *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 42, Rz. 29 und *Möschel, W.*, *BB* 2002, 2077, 2082.

182 Siehe auch *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 42 Rn. 95; *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, *VerwR* I, 1999, § 43 I 4 c aa, (= S. 655f.); *Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 495ff., 520ff. Eine Ausnahme bilden die seltenen „absoluten Verfahrensrechte“. Sie räumen Dritten unabhängig von einer materiellen Betroffenheit nicht nur einen Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften, sondern sogar einen subjektiv-rechtlichen Abwehranspruch gegenüber dem das Verfahren abschließenden Verwaltungsakt ein. Dazu *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 42, Rz. 75 m. w. N., der als Beispiel u. a. den Anspruch der Gemeinde auf Beteiligung am Planfeststellungsverfahren gemäß § 6 LuftVG nennt sowie die Beteiligungsrechte anerkannter Naturschutzverbände. Dazu gehört wohl auch der Anspruch von bestimmten Dritten gemäß § 25 GWB 2005, im Verfahren der Anerkennung von Wettbewerbsregeln eine Stellungnahme abzugeben. In diese Richtung auch der *BGH*, 15.7.1966 (*Bauindustrie*), *WuW/E BGH* 767, 777, der das Bestehen eines „Rechts auf Anhörung“ bestimmter Dritter in Erwägung zieht, gleichzeitig aber feststellt, dass sich dieses Recht jedenfalls „in der Anhörung als solcher erschöpfen [würde]“. Ihr entsprächen keine darüber hinausgehenden materiellen Rechte oder „durchsetzbaren Ansprüche“.

183 *BVerwG*, 29.4.1993, *NVwZ* 1993, 890 (zu § 9 BNatSchG). Siehe auch noch unten *Kap. 5 B VII*.



## II. Grammatische Auslegung

Der Umstand, dass bestimmte Drittbetroffene in der zu untersuchenden Norm erwähnt werden, gilt als Indiz für eine drittschützende Wirkung der Vorschrift.<sup>184</sup> In diesem Zusammenhang hat *Körber* auf die besondere Erwähnung von Drittinteressen im alten § 24 Abs. 6 Satz 3 GWB 1990 hingewiesen.<sup>185</sup> Die Vorschrift enthielt die an das Bundeskartellamt gerichtete Aufforderung, Maßnahmen zur Auflösung eines vollzogenen Zusammenschlusses „unter Wahrung der Belange Dritter“ anzuordnen.<sup>186</sup> *Körber* sieht in der Tatsache, dass der Gesetzgeber Drittbelange demgegenüber in der materiellen Bezugsnorm der Fusionskontrolle, dem jetzigen § 36 Abs. 1 GWB, – für § 42 Abs. 1 GWB gilt Entsprechendes – nicht erwähnt, einen Hinweis gegen eine subjektivrechtliche Wirkung.<sup>187</sup> Zu Recht stellt *Veelken* fest, dass weder der Wortlaut der genannten Norm noch ihre Streichung im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle – mit der Begründung, die Vorschrift wiederhole nur „allgemeingültige Rechtsgrundsätze“<sup>188</sup> – im vorliegenden Zusammenhang Aussagekraft besitzen.<sup>189</sup> Der (seltene) Sonderfall der angeordneten Entflechtung bringt spezielle Interessenkonflikte mit sich, die sich nur begrenzt auf das präventive Fusionskontrollverfahren übertragen lassen.<sup>190</sup> Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Erwähnung von Drittinteressen überhaupt nur in solchen Normen Sinn macht, die der Behörde einen Ermessensspielraum vermitteln. Nur hier können Drittbelange im Rahmen des Entscheidungsprozesses den Ausschlag geben. Der Fall der Entflechtungsanordnung veranschaulicht das: Dem Bundeskartellamt steht Ermessen hinsichtlich der Auswahl der Maßnahmen zu, mit denen es die durch einen rechtswidrigen Zusammenschluss eingetretene Wettbewerbsbeschränkung zu beseitigen gedenkt. Lassen hier zwei verschiedene Maßnahmen die gleiche Wirksamkeit erwarten, so spricht nichts dagegen, die Entscheidung für die eine oder die andere Maßnahme von einer entsprechenden Interessenlage Dritter abhängig zu machen. Ein

184 *Jarass, H. D.*, NJW 1983, 2844, 2845. Er nennt als weitere Indizien: Abgrenzbarkeit des geschützten Personenkreises sowie Intensität der Interessenberührung. Vgl. auch *BVerwG*, 28.4.1967, E 27, 29, 33; *BVerwG*, 20.10.1972, DVBl. 1973, 217, 219: Öffentlich-rechtlicher Drittschutz „ist grundsätzlich nur im Gefolge solcher Rechtsvorschriften anzunehmen, die das individuell geschützte private Interesse, die Art seiner Verletzung und den Kreis der unmittelbar geschützten Personen hinreichend deutlich klarstellen und abgrenzen.“

185 *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 230.

186 Ähnlich auch Art. 66 § 5 Abs. 3 EGKS: „Die Hohe Behörde kann [...] einstweilige Maßnahmen ergreifen oder veranlassen, die sie zum Schutze der Interessen von Konkurrenzunternehmen und Dritten [...] für erforderlich hält [...].“ Siehe schon *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 63; *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 137.

187 *Dormann, U.*, aaO., 137 argumentiert dagegen – systematisch – genau umgekehrt: Die Vorschrift zeige, „dass dem Fusionskontrollrecht subjektive Rechte nicht wesensfremd sind.“

188 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 60.

189 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 220f.

190 Ähnlich schon *ders.*, aaO., der auf *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557 verweist, wonach „etwaige Rechte aus § 24 Abs. 6 GWB erst mit einer wirksamen Unter-sagung entstehen.“

weiteres Beispiel findet sich in § 41 Abs. 2 Satz 1 GWB. Auch die – ermessensabhängige – Befreiung vom Vollzugsverbot ist einer Berücksichtigung von Drittinteressen gegenüber offen. Anders liegt der Fall bei gebundenem Verwaltungshandeln. Hier ist für eine Berücksichtigung von Interessen Dritter nur in dem Maße Raum wie sie sich mit dem materiellen Entscheidungskriterium decken. In diesem Fall bedarf es aber keiner besonderen Erwähnung mehr. Beispielhaft sei auf das Baurecht hingewiesen. Danach gelten die Vorschriften der §§ 2 bis 14 BauNVO über die zulässige bauliche Nutzung von Baugebieten als nachbarschützend.<sup>191</sup> Auf ihre Einhaltung haben Dritte also einen einklagbaren Anspruch. Eine besondere Erwähnung von „Dritt-“ oder „Nachbarinteressen“ findet sich in den genannten Vorschriften aber nicht.<sup>192</sup> Allenfalls der Bebauungsplan selbst führt auch die Grundstücke auf, die in den Genuss der nachbarschützenden Wirkung kommen.<sup>193</sup> Und selbst wenn es an ausdrücklichen bauplanerischen Festsetzungen i. S. d. § 1 BauNVO fehlt, führt doch häufig § 34 Abs. 2 BauGB zu einer Gleichstellung des beplanten und des unbeplanten Innenbereichs und damit zur Anwendbarkeit der (nachbarschützenden) Bestimmungen der Baunutzungsverordnung.<sup>194</sup> Es bestehen Ähnlichkeiten mit der Prüfung der Marktverhältnisse gemäß § 36 Abs. 1 GWB, die gleichzeitig die Grundlage auch für eine Beurteilung durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit bildet. In beiden Fällen erfolgt die Prüfung zwangsläufig unter Berücksichtigung des wettbewerblichen Umfelds, in dem sich die Fusionsparteien bewegen. Dem entspricht, dass die Begründung einer fusionskontrollrechtlichen Entscheidung die Darstellung der relevanten Märkte unter Berücksichtigung (und häufig Nennung) der einschlägigen Marktbeteiligten, insbesondere der Konkurrenten, aber auch der Lieferanten und Abnehmer der Fusionsparteien enthält.

Damit ist festzuhalten, dass sich dem Wortlaut des § 36 Abs. 1 GWB alleine keine eindeutige Aussage über eine drittschützende Wirkung entnehmen lässt. Eine ausdrücklich gegenteilige Anordnung durch den Gesetzgeber liegt nicht vor.<sup>195</sup> Eine subjektivrechtliche Auslegung des materiellen Prüfungskriteriums der Fusionskontrolle ist daher jedenfalls nicht ausgeschlossen.

191 Siehe die Nachweise bei *Dürr, H.*, Baurecht, 2004, Rz. 269.

192 Die in § 31 Abs. 2 BauGB vorgesehene Würdigung nachbarlicher Interessen erfolgt wiederum nur im Zusammenhang mit einer Ermessensentscheidung, nämlich über eine etwaige Befreiung von Festsetzungen des Bebauungsplans.

193 Dabei kann die Vorschrift des § 15 Abs. 1 Satz 2 BauNVO den Schutzbereich möglicherweise sogar auf angrenzende Baugebiete erweitern (sog. planübergreifender Nachbarschutz). Siehe die umfangreichen Nachweise zum Streitstand in *BVerwG*, 14.12.1973, NJW 1974, 811, 813.

194 *BVerwG*, 16.9.1993, NJW 1994, 1546f. Weitere Nachweise bei *Dürr, H.*, Baurecht, 2004, Rz. 274.

195 *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 110 führt die Vorschriften § 2 Abs. 3 BauGB und § 3 Abs. 2 HGrG als Beispiele an.

### III. Teleologische Auslegung

Bei der Auslegung einer Norm als drittschützend oder nicht kommt der teleologischen Auslegung besondere Bedeutung zu. Die Untersuchung einer Norm darauf hin, ob ihr als Telos der Schutz privater Interessen innewohnt, ist Wesensmerkmal der Schutznormtheorie. Im Fall von § 36 Abs. 1 GWB ist der Erkenntnisgewinn dieser Interpretationsebene jedoch als eher gering einzuschätzen.<sup>196</sup> Ein historischer Wille des Gesetzgebers, die Fusionskontrolle drittschützend auszugestalten, kann mit Sicherheit ausgeschlossen werden.<sup>197</sup> Es wird sogleich zu zeigen sein, dass die gerichtliche Durchsetzung privater Abwehrinteressen in der Zusammenschlusskontrolle schon an ihrer verfahrensrechtlichen Ausgestaltung scheiterte.<sup>198</sup> Auszugehen ist daher von einer objektiv-teleologischen Interpretation der Norm als drittschützend oder nicht.<sup>199</sup> *Dormann* und *Veelken* haben sich eingehend darum bemüht, die in der Habilitationsschrift von *Schmidt-Preuß*<sup>200</sup> dargestellten Erkenntnisse in diesem Sinne fruchtbar zu machen.<sup>201</sup> Sie sehen das von *Schmidt-Preuß* entwickelte Kriterium der „kehrseitigen Konfliktlage“<sup>202</sup>, die einer „normativen Ausgleichsordnung“<sup>203</sup> unterstellt wird, im Fall des fusionskontrollrechtlichen Prüfungsmaßstabs des § 36 Abs. 1 GWB für erfüllt.<sup>204</sup> *Dormann* und *Veelken* begründen das plausibel mit dem Hinweis, dass der in § 36 Abs. 1 GWB normierte Maßstab der marktbeherrschenden Stellung ähnlich wie im Fall des § 19 Abs. 1 und 4 GWB ein Erfassen und Abwägen „der nach dem Zusammenschluss zu erwartenden faktischen Verhaltensspielräume der Marktbeteiligten auf dem betreffenden Markt“ erfordert.<sup>205</sup> *Dormann* spricht gar von einer „Schicksalsgemeinschaft der am Wettbewerbsverhältnis Beteiligten.“<sup>206</sup> Die Überzeugungskraft der Argumentation *Dormanns* und *Veelkens* leidet allerdings daran, dass der Erfinder selbst des Konfliktschlichtungskriteriums der un-

196 Vgl. schon oben *BI* zur Schutzgesetzdiskussion im GWB.

197 Die historische Auslegungsmethode gilt im Rahmen der Schutznormtheorie ohnehin als nachrangig (*Huber, P. M.*, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), GG, 2005, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 389).

198 Unten IV 3.

199 *Huber, P. M.*, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), GG, 2005, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 389: „Ausrichtung am «Normprogramm»“ (Anführungszeichen im Original).

200 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992.

201 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 138ff.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 222f.

202 Vgl. die Definition bei *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 31: Kollision aktiver Gestaltungsinteressen mit passiven Verschonungsinteressen.

203 Ebenda, 248.

204 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 222.

205 Ebenda, 223. Ganz ähnlich schon *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 139. Weitere Argumente findet *Veelken* u. a. in den Ausführungen der *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 16 zum Verhältnis zwischen unternehmerischer Dispositionsfreiheit und der Handlungsfreiheit Dritter.

206 *Dormann, U.*, aaO, 139 (unter Bezugnahme auf *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 433).

tersuchten Vorschrift eine drittschützende Wirkung abspricht.<sup>207</sup> *Schmidt-Preuß* vermag im Prüfungsprogramm des § 36 Abs. 1 GWB keine „Wertung, Begrenzung und Gewichtung“ von Konkurrenzinteressen, geschweige denn deren Einordnung in ein normatives Konfliktschlichtungsprogramm zu erkennen.<sup>208</sup>

Hinzuweisen ist auch auf *Rupert Scholz*' Versuch einer Neubestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts.<sup>209</sup> Auch *Scholz* kritisiert an der herrschenden Schutznormtheorie die angeblich fehlende Berücksichtigung von verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen. Er bemüht sich daher um eine Synthese zwischen dem (vermeintlich zu hoch geschätzten) Gestaltungswillen des Gesetzgebers und den grundgesetzlichen Vorgaben. Er möchte den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts an Hand des Kriteriums der "repräsentativen Individualbegünstigung" erweitern.<sup>210</sup> Danach sei ein subjektives öffentliches Recht auch dort anzunehmen, „wo sich das, von einer objektiv-rechtlichen Gesetzesbestimmung tatsächlich begünstigte Privatinteresse auf eine grundrechtliche Wertentscheidung berufen kann und mit deren Maßgabe das von der Gesetzesbestimmung eigentlich oder zunächst verfolgte Öffentlichkeitsinteresse inhaltstypisch repräsentiert.“<sup>211</sup> *Scholz* rechtfertigt seinen Neuansatz mit dem Hinweis auf eine zunehmende Konvergenz staatlicher und privater Interessen. Sie führe zu einer Nivellierung der Unterschiede zwischen subjektivem und objektivem Recht.<sup>212</sup> *Scholz* illustriert seine These am Beispiel des Kartellrechts. So weist er nach, dass eine Wettbewerbsbeschränkung bzw. ihre aufsichtsrechtliche Genehmigung sich erst über das konkret betroffene Wirtschaftssubjekt auf den Wettbewerb oder den Markt auswirkt. Nach Ansicht von *R. Scholz* lässt sich die beispielsweise als Konkurrent betroffene Person als „Verkörperung“ der geschützten Wettbewerbs- oder Marktstruktur begreifen.<sup>213</sup> Wiederum war es *Veelken*, der sich um eine Subsumtion des erst nach Erscheinen von *Scholz*' Arbeit ins GWB eingeführten heutigen § 36 Abs. 1 GWB unter die drei Elemente von *Scholz*' Definition bemüht hat.<sup>214</sup> Die beiden ersten Voraussetzungen, nämlich die tatsächliche Begünstigung von Privatinteressen und die grundrechtliche Legitimation dieser Begünstigung sieht er als unproblematisch gegeben an.<sup>215</sup> Schon *Scholz* hat gezeigt, dass Wettbewerbsbeschränkungen – und damit zwangsläufig auch ihre normative Regelung im GWB – typischerweise Drittbezug haben.<sup>216</sup> Grundrechtliche Wertentschei-

207 Siehe oben *Kap. 2 A IV 3* zu dem von *Schmidt-Preuß* konzidierten Ausnahmefall der sog. Vernichtungsfusion (kritisch zur Herleitung eines hierfür erforderlichen „partiell drittschützenden“ Charakters der Vorschrift *Dormann, U.*, aaO, 140 FN 100).

208 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 355.

209 *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 161ff. Dazu *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 161ff.; *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 172.

210 *Scholz, R.*, aaO, 166.

211 Ebenda, 165f.

212 *Ders.*, VVDStRL 1976, 145, 200.

213 *Ders.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 182.

214 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 224f.

215 Ebenda.

216 Vgl. *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 50ff.

dungen zugunsten einer mit Hilfe des GWB realisierten freiheitlichen Wirtschafts-  
verfassung seien in den Art. 12 und 14 GG zu finden.<sup>217</sup> Erst das dritte Element, das  
der „repräsentativen Begünstigung“<sup>218</sup> im Sinne einer inhaltstypischen Repräsentation  
des von der in Frage stehenden Norm eigentlich oder zunächst verfolgten  
Öffentlichkeitsinteresses führt zu einer Untersuchung speziell der Vorschrift  
§ 36 Abs. 1 GWB.<sup>219</sup> *Veelken* weist darauf hin, dass die Beurteilung der wettbewerblichen  
Position gerade von Wettbewerbern der Zusammenschlussparteien unverzichtbarer  
Bestandteil einer fusionskontrollrechtlichen Marktanalyse ist.<sup>220</sup> Insofern  
vermag er jedenfalls in Konkurrenten der Fusionsbeteiligten auch die von *R. Scholz*  
geforderten „repräsentativen Vertreter der abstrakt geschützten Marktstruktur oder  
wirtschaftlich interessierten «Allgemeinheit»“<sup>221</sup> zu erkennen.<sup>222</sup>

Den Arbeiten von *Schmidt-Preuß* und *Scholz* sowie ihrer Anwendung auf die hier  
interessierende Fragestellung durch *Dormann* und *Veelken* kommt das Verdienst zu,  
noch einmal die enge Verwobenheit des Wettbewerbsschutzes mit dem Ziel eines  
Schutzes der Wettbewerbsfreiheit dritter Marktteilnehmer zu unterstreichen.<sup>223</sup> *Veelken*  
selbst räumt ein, dass diese Erkenntnis alleine den zwingenden Schluss auf eine  
drittschützende Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB nicht rechtfertigen kann.<sup>224</sup> Ihm ist  
aber zuzustimmen, wenn er in ihnen ein weiteres Argument für die Anwendung der  
*Bachofschens* Vermutungsthese<sup>225</sup> nicht nur zugunsten der Zusammenschlussbeteiligten  
selbst, sondern auch der von einem Zusammenschlussvorhaben nachteilig betroffenen  
Dritten sieht.<sup>226</sup>

#### IV. Fusionskontrolle bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle: Untersuchung unter historisch-genetischen und systematischen Gesichtspunkten

##### 1. Einführung der Fusionskontrolle durch die Zweite GWB-Novelle

Ausführlich hat *Möschel* die dem GWB von Anfang an innewohnenden gesellschaftspolitischen  
Zwecksetzungen beim Schutz des Wettbewerbs herausgearbei-

217 Ebenda, 172.

218 Ebenda, 183.

219 Vgl. die Untersuchung der einzelnen Kartellrechtstatbestände ebenda, 184ff.

220 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 225.

221 Vgl. *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 183 (Anführungszeichen im Original).

222 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 225.

223 Vgl. ebenda.

224 Ebenda. Vgl. auch *Veelkens* Kritik an *Scholz'* Repräsentationslehre, die „die Rechtfertigung  
dafür schuldig [bleibe], aus welchem Grunde außerhalb der Gesetzesauslegung und zwingen-  
der Grundrechtspostulate [...] die Berührung eines grundrechtlichen Schutzbereichs subjektive  
öffentliche Rechte begründen kann.“

225 Oben Kap. 4 A I I.

226 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 225. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Vermutungs-  
regel uneingeschränkt nur im (zweiseitigen) Vertikalverhältnis Staat – Bürger greifen kann.

tet.<sup>227</sup> Danach steht im Vordergrund die Sicherung der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen.<sup>228</sup> Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen schützt insofern die wettbewerbliche Handlungsfreiheit außenstehender Dritter.<sup>229</sup> Dieses Ziel erreicht es unter anderem dadurch, dass es die Entstehung wirtschaftlicher Macht unterbindet.<sup>230</sup> Ein wichtiges Instrument hierfür bildete die Einführung einer präventiven Zusammenschlusskontrolle im Rahmen der Zweiten GWB-Novelle aus dem Jahr 1973.<sup>231</sup> Entsprechend nannte die Gesetzesbegründung als Ziel der Wettbewerbspolitik ausdrücklich die „Erhaltung und Weiterentwicklung einer freiheitlichen und sozialen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.“<sup>232</sup> Es gelte, „den Wettbewerb [...] vor Vermachtung zu schützen.“<sup>233</sup> Speziell zum Bedürfnis einer vorbeugenden Fusionskontrolle hieß es: „In der Marktwirtschaft gilt der Vorrang der unternehmerischen Dispositionsfreiheit nur so lange, als der Gebrauch dieser Freiheit nicht zur Vermachtung der Märkte und damit zur Beseitigung des Wettbewerbs und der *Freiheit anderer* führt.“<sup>234</sup> Die genannten Passagen erlauben ebenso wenig wie die allgemeine Diskussion über den Schutzgegenstand des GWB sichere Schlussfolgerungen im Hinblick auf die Einräumung subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle. Spätestens ihre praktische Durchsetzung scheiterte zum damaligen Zeitpunkt an unüberwindbaren verfahrensrechtlichen Hindernissen.<sup>235</sup> Die Gesetzesmaterialien bieten aber zumindest einen weiteren Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers, den materiellen fusionskontrollrechtlichen Beurteilungskriterien eine drittsschützende Wirkung beizumessen.<sup>236</sup>

227 Möschel, W., Wirtschaftsrecht, 1972, 347ff.

228 Ebenda, 361.

229 Ebenda, 354 (unter Bezugnahme auf das Kartellverbot).

230 Vgl. ebenda, 355.

231 Vgl. noch Möschel, W., aaO, 355, der zum damaligen Zeitpunkt die Aufgabe, das Entstehen wirtschaftlicher Macht zu verhindern, vom GWB-Gesetzgeber „nur unvollständig in Angriff genommen“ sah.

232 Bundesregierung, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 15.

233 Ebenda, 15.

234 Ebenda, 16 (Hervorhebungen vom Verf.). Zu Recht kritisieren *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 54, 129 und im Anschluss daran *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 228 und 230 (FN 351) und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 221 die verkürzenden Ausführungen des KG in *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1859. Es stützt seine ablehnende Haltung zur Frage subjektiv-materieller Rechte Dritter in der Fusionskontrolle ebenfalls auf die Gesetzesbegründung, zitiert aber den oben wiedergegebenen Abschnitt der Gesetzesbegründung nicht.

235 Siehe sogleich unten 3 zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle.

236 Vgl. schon *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 134 und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 221.

## 2. Gewährung materieller subjektiver Rechte Dritter durch die Sechste GWB-Novelle?

Neue Impulse erhielt die Diskussion um das Bestehen (materieller) subjektiver Rechte Dritter mit Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle. Als maßgeblich dürfen in diesem Zusammenhang die schon mehrfach zitierten Arbeiten von *Dormann* und *Veelken* bezeichnet werden. *Dormann* und *Veelken* versuchen – aufbauend auf die Arbeiten von *Rupert Scholz*, *Emmerich*, *Karsten Schmidt* und *Kremer* – erstmals auf Grundlage der neuen Rechtslage eine ausführlich begründete Herleitung materieller subjektiver Rechte Dritter in der Fusionskontrolle. Dabei stützen sie sich wesentlich auf eine Formulierung der Gesetzesbegründung.<sup>237</sup> In der Begründung heißt es im Zusammenhang mit der Neufassung von § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB 1999: „Außerdem wird klargestellt, dass Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“<sup>238</sup> *Veelken* plädiert dafür, diese Formulierung ernst zu nehmen. Dem Verfasser des Regierungsentwurfs dürfe in einer so zentralen Fragestellung nicht unterstellt werden, er verwende die juristische Terminologie leichtfertig.<sup>239</sup> *Veelken* schließt vielmehr aus der Feststellung des Gesetzgebers darauf, „dass Dritten in der Fusionskontrolle überhaupt subjektive Rechte zukommen können“. Offen bleibe allerdings noch die Frage des geschützten Personenkreises und der sachlichen Voraussetzungen einer Rechtsverletzung.<sup>240</sup> Etwas vorsichtiger äußert sich *Dormann*. Sie sieht in der genannten Formulierung einen Hinweis auf eine „Versubjektivierung“ der Fusionskontrolle.<sup>241</sup> Im

237 Nach *Dormann, U.*, aaO, 133f. bieten Wortlaut sowie Gesetzesmaterialien aus der Zeit vor Erlass der Sechsten GWB-Novelle keine ausreichend eindeutigen Anhaltspunkte für einen drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle. *Veelken, W.*, aaO, 220ff., beginnt seine Herleitung einfachgesetzlich begründeter subjektiver Rechtspositionen Dritter zwar nicht mit der genannten Formulierung der Gesetzesverfasser. Vielmehr entscheidet er sich für eine Wiedergabe der „wesentlich aussagekräftigeren Anhaltspunkte in der Entstehungsgeschichte der Sechsten GWB-Novelle an späterer Stelle im Zusammenhang“. Er bringt sie – nach Darstellung der objektiv-teleologischen Auslegung – sozusagen als krönenden Abschluss seiner Auslegung auf S. 226.

238 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44 (Hervorhebung vom Verf.).

239 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 226.

240 Ebenda.

241 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 134: „Jedoch deutet die Gesetzesbegründung darauf hin, dass die Einführung eines Drittklagerechts mit einer «Versubjektivierung» der Fusionskontrolle einhergehen sollte.“ (Anführungszeichen im Original). Für *Dormann* ergibt sich aber insofern ein geradezu zwingender Schluss aus der fraglichen Formulierung, als sie darin zunächst die Statuierung einer (einschränkenden) Zulässigkeitsvoraussetzung erkennt (ausführlich ebenda, 87ff. Siehe dazu auch die eigene Stellungnahme sogleich unten 4). Geht man von dieser Prämisse aus, so wäre es in der Tat widersprüchlich, hätte der Gesetzgeber einerseits mit den Änderungen in § 40 Abs. 2 (förmliche Freigabebefugung in der zweiten Phase) und Abs. 6 GWB 1999 (Neubeginn der Untersagungsfrist) unmissverständlich den Willen zur Erweiterung des Drittschutzes zum Ausdruck gebracht, andererseits aber mangels Gewährung subjektiver Rechte den Drittschutz in der Praxis an der neu eingeführten Hürde der Beschwerdebefugnis i. S. der Geltendmachung einer subjektiver Rechtsverletzung scheitern ließe.

Folgendes soll der Frage nachgegangen werden, worin die Änderungen im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle liegen, welche die Bundesregierung zu der zitierten Äußerung veranlasste. Ein Vergleich der Rechtslage vor und nach der Sechsten GWB-Novelle wird zeigen, dass die Einführung einer Drittbeschwerdemöglichkeit weniger von der Einräumung materieller Rechtspositionen abhing, als vielmehr durch verfahrensrechtliche Änderungen ermöglicht wurde.

### 3. Drittklagen vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle

#### a) Anfechtungsklage gegen die „Freigabe“ eines Zusammenschlussvorhabens

Wesentliches Hindernis eines Rechtsschutzes gegenüber nicht untersagten Zusammenschlüssen bildeten in der Zeit vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle entweder das Fehlen einer anfechtbaren kartellverwaltungsbehördlichen Verfügung oder die strengen Ausschlussfristen, innerhalb derer eine Untersagung erfolgen konnte. Hinsichtlich der Statthaftigkeit einer Anfechtungsbeschwerde waren zwei Situationen zu unterscheiden: Das Bundeskartellamt konnte eine angemeldete Fusion *erstens* durch bloßes Verstreichenlassen der Ein- bzw. Viermonatsfrist gemäß §§ 24 Abs. 2, 24a Abs. 2 GWB 1990 freigeben. Weder im einen noch im anderen Fall wurde eine Einzelfallentscheidung gesehen. Vielmehr sah man in dem bloßen Verstreichenlassen der Untersagungsfristen die Grundentscheidung des Gesetzgebers zugunsten der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der fusionswilligen Unternehmen realisiert.<sup>242</sup> *Zweitens* war eine Freigabe auch schon vor Ablauf der Ein- bzw. Viermonatsfrist möglich. Hierzu bedurfte es einer entsprechenden Mitteilung des Bundeskartellamts an die fusionswilligen Unternehmen, zu der es in der Vierten Kartellnovelle in § 24a Abs. 4 1. TS GWB 1990 ermächtigt wurde. Überwiegend deutete man diese (schriftliche<sup>243</sup>) Freigabemitteilung als Verwaltungsakt.<sup>244</sup> Als Argument wurde der dadurch bewirkte Wegfall des Vollzugsverbots genannt. Vereinzelt Stimmen in der Literatur zogen daraus die Konsequenz der Statthaftigkeit einer

242 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1560.

243 Siehe § 24a Abs. 4 1. HS GWB 1990. Umstritten war, ob das Bundeskartellamt durch eine mündliche Freigabeerklärung rechtlich gebunden war. Für eine Bindungswirkung *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24a, Rz. 129. Dagegen *Mestmäcker, E.-J.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1992, § 24a GWB 1990, Rz. 37.

244 *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG, 5849, 5850; *Mestmäcker, E.-J.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1992, § 24a GWB 1990, Rz. 37 m.w.N.; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24a, Rz. 129. Vgl. auch *Traumann, C.*, BB 1983, 342, 343 („wohl Zusicherung“, die einen Verwaltungsakt darstellt). Folgende weitere Deutungsmöglichkeiten wurden diskutiert: Einfache Information, verfahrensbeendende Erklärung i. S. d. § 57 Abs. 2 GWB 1999, Zusicherung i. S. d. § 37 VwVfG (*KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850). Gegen die Einordnung als Verfügung z. B. *Harms, W.*, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G./Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1990, § 24a GWB 1990, Rz. 224.



Anfechtungsbeschwerde.<sup>245</sup> Soweit ersichtlich wurde eine entsprechende Drittklage jedoch nie eingelegt, die Frage daher gerichtlich auch nicht entschieden. Die kurzen Untersagungsfristen taten ein Übriges, um Drittbeschwerden die praktische Wirksamkeit zu nehmen. An ihnen scheiterte ein gerichtliches Vorgehen Dritter auch für den Fall, dass man von einer anfechtbaren Verfügung in Form der erwähnten Freigabemitteilung ausging. Im Rahmen der präventiven Fusionskontrolle hatte das Bundeskartellamt nach der Anmeldung einen Monat Zeit, um den anmeldenden Unternehmen mitzuteilen, dass es in eine vertiefte Prüfung einsteigen wollte. Anschließend blieben – von den in § 24a Abs. 2 Satz 2 GWB 1990 aufgeführten Ausnahmefällen einmal abgesehen – noch einmal maximal vier Monate, um den angemeldeten Zusammenschluss zu untersagen, § 24a Abs. 2 Satz 1 GWB 1990. Handelte es sich um ein nachträgliches Fusionskontrollverfahren<sup>246</sup>, so betrug die Frist ein Jahr, § 24 Abs. 2 Satz 2 2. HS GWB 1990. Diese Fristen wurden allgemein als Ausschlussfristen eingestuft, nach deren Ablauf ein Recht auf Untersagung durch das Bundeskartellamt erlosch.<sup>247</sup> Diese Rechtsfolge sollte unabhängig davon eintreten, ob das Bundeskartellamt versehentlich oder bewusst, rechtmäßig oder in rechtswidriger Weise nicht tätig geworden war.<sup>248</sup> Das galt auch im Fall eines laufenden Gerichtsverfahrens, so dass selbst nach einem obsiegenden Urteil eine Umsetzung gescheitert wäre.<sup>249</sup> Auch ein im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gestellter Antrag auf Verpflichtung des Bundeskartellamts zur vorsorglichen fristwahrenden Untersagung nach §§ 63 Abs. 3, 56 GWB 1990 kam nicht in Betracht. Eine vorläufige, gegebenenfalls reversible Untersagung nur zum Zwecke der Umgehung des Fristenproblems galt als gesetzeswidrig.<sup>250</sup>

245 *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, S. 237.; *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 346; *Bosch, W.*, in: Hootz, C. (Hrsg.), Gemeinschaftskomentar, 2000, § 40, Rz. 19.

246 Prüfung eines Zusammenschlusses, der ohne vorherige Anmeldung, also unter Verstoß gegen § 24a Abs. 4 GWB 1990 vollzogen wurde, vgl. *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24a, Rz. 206.

247 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1559; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 207; *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 242.

248 *BGH*, aaO, 1559f.

249 *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 283; *Uhlig, T.*, Zusagen, 1996, 298. War eine Freigabeerklärung erfolgreich angefochten worden, so wurde diese vom Beschwerdegericht lediglich aufgehoben. Die Untersagungskompetenz des Bundeskartellamts lebte also wieder auf, war aber durch die genannten Fristen begrenzt. Die Unzulässigkeit des Zusammenschlusses war dagegen keine Konsequenz der stattgebenden Entscheidung (*Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 241).

250 *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, aaO. In diese Richtung auch *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638: „[...] vorsorgliche Untersagung zur Wahrung der Frist des § 24 Abs. 2 Satz 2 GWB, die ohnehin bedenklich erscheint [...]“.

b) Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens

Wie erwähnt scheiterten Verpflichtungsklagen auf Untersagung eines angemeldeten Zusammenschlusses bereits am Fehlen einer drittschützenden Norm.<sup>251</sup> Zwar bestand kein Zweifel daran, dass es sich bei der Untersagung um einen Verwaltungsakt handelte, der insbesondere von den Hauptbeteiligten angefochten werden konnte.<sup>252</sup> Drittbetroffenen fehlte es jedoch an der Voraussetzung der Beschwerdebefugnis. Gemäß § 63 Abs. 3 GWB (= § 62 Abs. 3 GWB 1990) bedarf es der Geltendmachung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Erlass der beantragten kartellrechtlichen Verfügung.<sup>253</sup> Dass der Vorschrift des § 24 Abs. 1 GWB 1990 kein Anspruch auf kartellbehördliches Einschreiten entnommen werden konnte, entsprach seit den *Weichschaum*-Entscheidungen der ganz herrschenden Meinung.<sup>254</sup> Darüber hinaus bestand aber auch hier das Problem der kurzen Ausschlussfristen.<sup>255</sup> Insofern traten dieselben Probleme wie bei der Anfechtungsbeschwerde auf. Die Verurteilung der Kartellbehörde, nach Ablauf der Fristen einen Zusammenschluss zu untersagen, scheidet an der rechtlichen Unmöglichkeit einer solchen Verpflichtung.<sup>256</sup> Vor Ablauf des gesetzlich eingeräumten Untersagungszeitraums ist nach allgemeiner Meinung die in § 63 Abs. 3 Satz 2 GWB eingeräumte „angemessene“ Frist noch nicht abgelaufen.<sup>257</sup>

c) Zusammenfassung

Dritten war gerichtlicher Rechtsschutz gegen „Freigaben“ (in welcher Form sie auch immer ergehen mochten) nicht möglich. Als Haupthindernis erwiesen sich die kur-

251 Siehe nur *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1464. Zum Folgenden auch schon oben *Kap. 2 E I 2*.

252 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 71. So auch schon in der Voraufgabe: *Mestmäcker, E.-J.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1992, § 24a *GWB* 1990, Rz. 222: „Untersagungsverfügung“.

253 *Kollmorgen, J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 63, 26, 28ff. (mit Hinweis auf den Wortlaut). Vgl. auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1992, § 62 *GWB* (1990), Rz. 28: „Hauptprobleme der Verpflichtungsbeschwerde liegen bei der Beschwerdebefugnis [...]“

254 Siehe die Nachweise oben in *Kap. 2 A I* sowie bei *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 129f.; *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 227. A. A. schon damals *Scholz, R.*, *Wirtschaftsaufsicht*, 1971, 59, 116, 156; *Emmerich, V.*, *AG* 1976, 193, 194; *Emmerich, V.*, *AG* 1978, 150, 156; *Kremer, M.-G.*, *Beschwerde*, 1988, 59, 130.

255 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 72, 87.

256 *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 21.

257 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 88; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 24, Rz. 283; *Dormann, U.*, aaO, 21.

zen Untersagungsfristen, nach deren Ablauf der angemeldete Zusammenschluss endgültig kraft Gesetzes zulässig wurde. Im Fall der Anfechtungsbeschwerde kam das Fehlen einer anfechtbaren Freigabeverfügung hinzu. Das Fehlen subjektiver Rechte spielte allenfalls hinsichtlich einer etwaigen Verpflichtungsbeschwerde eine zusätzliche, wenn auch nicht die entscheidende Rolle.

#### 4. Erweiterung des Drittschutzes durch die Änderungen der Sechsten GWB-Novelle

Um Dritten die Möglichkeit einzuräumen, gerichtlich gegen ein Zusammenschlussvorhaben vorzugehen, bedurfte es gesetzestechnisch also nicht zwingend der Einräumung subjektiver öffentlicher Rechte im materiellen Sinne.<sup>258</sup> Soweit man sich auf Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsbeschwerde beschränkte, erschien eine Korrektur der beiden aufgezeigten verfahrensrechtlichen Schwachpunkte ausreichend: Auch eine „Freigabe“ durch das Bundeskartellamt hatte im Wege der Verfügung zu erfolgen. Gerichtlicher Rechtsschutz durfte nicht an den kurzen Untersagungsfristen scheitern. Tatsächlich beschränken sich die für den Drittschutz relevanten verfahrensrechtlichen Änderungen der Sechsten GWB-Novelle auf diese beiden Punkte. Im Unterschied zur europäischen Regelung verzichtete man allerdings darauf, jede ein Fusionskontrollverfahren abschließende Entscheidung der Kartellbehörde gerichtlich angreifbar zu machen.<sup>259</sup> Der gerichtliche Rechtsschutz Dritter sollte sich auf solche Verfahren beschränken, die in der zweiten Phase abgeschlossen werden. Gerechtfertigt wurde dieser „dritte Weg“<sup>260</sup> zwischen gewünschter Angleichung an das europäische Kartellrecht und Beibehaltung des bisherigen deutschen Verfahrensrechts mit der zu bewältigenden Zahl an Anmeldungen. Während die EG-Kommission aufgrund der hohen Schwellenwerte unter 250 Fusionskontrollverfahren pro Jahr durchführt<sup>261</sup>, sieht sich das Bundeskartellamt im gleichen Zeitraum etwa 1500 Fusionsanmeldungen von Zusammenschlussverfahren gegenüber.<sup>262</sup> Hiervon soll der große Teil der unproblematischen Fälle innerhalb eines Monats, nämlich bereits in der ersten Prüfphase abgewickelt werden. Regelungstechnisch umgesetzt wurde diese Kompromisslösung, indem lediglich diejenigen Freigaben als Verfügungen ausgestaltet wurden, die im Verlaufe des Hauptprüfverfahrens ergehen (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GWB). Der damals neu eingeführte § 40 Abs. 6 GWB löste das Problem der kurzen Untersagungsfristen. Die viermonatige Untersagungsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB beginnt nach Aufhebung der Freigabe durch das Beschwerdegericht von neuem. Insofern hat die Sechste GWB-Novelle einem zentralen Argument gegen eine drittschützende Zielrichtung des

258 Das räumt auch *Dormann, U.*, aaO, 134 ein.

259 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

260 *Monopolkommission*, XI. Hauptgutachten 1994/1995, 410.

261 *Europäische Kommission*, TB 2004, 2005, Rz. 142 (= S. 73).

262 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

§ 36 Abs. 1 GWB die Grundlage entzogen. Die strengen Fristenregelungen machen einen etwaigen Drittschutz nicht mehr faktisch unmöglich.<sup>263</sup> Anerkanntermaßen erreicht die Neuregelung den vom Gesetzgeber angestrebten<sup>264</sup> Zweck, die praktische Wirksamkeit einer gerichtlichen Aufhebung von fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügungen nicht an den kurzen Ausschlussfristen in § 40 Abs. 1 und 2 GWB scheitern zu lassen. Die verfahrensrechtliche Systematik der Vorschriften über die Fusionskontrolle kann insofern nicht mehr gegen die Annahme einer drittschützenden Wirkung der materiellen Ordnungsnormen in Stellung gebracht werden.<sup>265</sup> Es sei allerdings betont, dass die Vorschrift § 40 Abs. 6 GWB nur anwendbar ist in Fällen, in denen eine Freigabe aufgehoben wird, die im Hauptprüfverfahren erging.<sup>266</sup> Schon deshalb kommt der Frage der Anfechtbarkeit einer bloßen Freigabemitteilung, die innerhalb der ersten Prüfungsphase ergeht, keine praktische Relevanz zu.<sup>267</sup> Die Möglichkeit einer späteren Untersagung scheidet nämlich regelmäßig am Verstreichen der einmonatigen Ausschlussfrist gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB. Sie macht eine Untersagung durch das Bundeskartellamt unzulässig und lässt damit das Rechtsschutzbedürfnis des Drittbeschwerdeführers entfallen.<sup>268</sup>

Damit ist zunächst festzuhalten, dass der 1998 novellierte Gesetzestext zwar die Drittanfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 2 GWB gegen förmliche Freigaben im Hauptprüfverfahren eröffnet. In der Terminologie *K. Schmidts*<sup>269</sup> handelt es sich da-

263 So aber noch *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, S. 230f. („entscheidendes Argument“) auf Grundlage des alten Rechts.

264 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 60 (zu § 41 Abs. 6 GWB): „Mit dieser Regelung sollen die Beschwerdemöglichkeiten Dritter erweitert werden, deren Rechtsschutz gegen Freigabeentscheidungen ausgeschlossen wäre, wenn die Untersagungsbefugnis des Bundeskartellamts mit Ablauf der Fristen in den bisherigen §§ 24 Abs. 3 Satz 2 2. HS und 24a Abs. 2 Satz 3 erlischt.“

265 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 221.

266 Dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine förmliche Freigabeverfügung oder das bloße Verstreichenlassen der Viermonatsfrist handelt. Die Vorschrift des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB stellt – in Anlehnung an Art. 10 Abs. 6 EG-FKVO – beide Fälle gleich (*Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 83; *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303. A. A. *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 40, Rz. 15).

267 Für einen Verfügungscharakter *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, 645. Ausdrücklich offen gelassen von *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1297. Unklar *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572, der die Mitteilung innerhalb der Monatsfrist einerseits als „Freigabeverfügung“, andererseits aber als eine „im Grundsatz gerichtlich nicht anfechtbare Entscheidung“ bezeichnet. Siehe zum Streit auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 85.

268 *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, 645. Im Ergebnis auch *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1297; *OLG Düsseldorf*, 7.10.2004 (*Ampere Freigabe*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), II B; *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572. Vgl. auch *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689 (zum fehlenden Rechtsschutzbedürfnis bei Ablauf der Viermonatsfrist).

269 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 314ff. (siehe auch schon oben A, FN 10).

bei aber zunächst einmal nur um sekundäre subjektive Rechte. Eine Verbesserung der materiell-rechtlichen Situation durch ausdrückliche Gewährung materieller („primärer“) subjektiver Rechtspositionen liegt darin noch nicht. Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung der zitierten Erwähnung subjektiver Drittrechte in der Regierungsbegründung zum Entwurf für eine Sechste GWB-Novelle zukommt. Von einer „Klarstellung“ kann jedenfalls insofern keine Rede sein, als nach alter Rechtslage eine Unsicherheit hinsichtlich der Frage der Anfechtbarkeit von Freigabeentscheidungen nicht bestand. Sie war mangels Verfügungscharakters der Freigabeentscheidungen unzweifelhaft nicht gegeben. Genauso wenig überzeugen kann aber die Annahme, die „Klarstellung“ bezöge sich auf den folgenden Konditionalsatz „wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind“. Man mag zwar noch einräumen, dass durch aus Klärungsbedarf hinsichtlich der materiellen Anforderungen an die Zulässigkeit einer Drittbeschwerde bestand und weiterhin besteht.<sup>270</sup> Die bloße Umqualifizierung der im Hauptprüfverfahren ergehenden Freigabeentscheidung von der „Mitteilung“ (§ 24a Abs. 4 1. TS GWB 1990) zur „Verfügung“ (§ 41 Abs. 2 Satz 1 GWB 1998) kann diese Änderung aber nicht herbeiführen. Die beiden entscheidenden gesetzgeberischen Änderungen, welche die Einführung einer Drittbeschwerdemöglichkeit zum Ziel hatten, betreffen ausschließlich das Verfahren der Fusionskontrolle. Dagegen handelt es sich bei den Beschwerde Voraussetzungen, die in der Person des anfechtenden Dritten vorliegen müssen (Beiladung?, formelle und materielle Beschwerde?, Verletzung in eigenen Rechten?), um eine das gesamte Kartellverwaltungsrecht einschließlich der Fusionskontrolle betreffende Frage. Die Voraussetzungen der Beschwerdeberechtigung und -befugnis<sup>271</sup> ergeben sich weiterhin aus dem (im Wortlaut unveränderten) § 63 Abs. 2 GWB i. V. m. § 54 Abs. 2 GWB.

Damit ist Folgendes festzuhalten: Die im Zuge der Sechsten GWB-Novelle veränderte verfahrensrechtliche Ausgestaltung der behördlichen Fusionskontrolle ermöglicht Dritten die gerichtliche Anfechtung von Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Nach ganz herrschender Meinung bedarf es für die Zulässigkeit einer kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde aber nicht der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung.<sup>272</sup> Daher ist der Schluss aus den gesetzgeberischen Modifikationen auf die Gewährung oder gar das Bestehen subjektiv-öffentlicher Drittrechte im Rahmen der Fusionskontrolle nicht möglich. Insofern mag man allenfalls *Veelkens* Minimalfeststellung zustimmen, wonach die geänderte Qualifizierung der Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren kombiniert mit ihrer

270 Vgl. nur *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1164f. sowie sogleich unten *D*.

271 Die terminologische Unterscheidung zwischen Beschwerdeberechtigung und -befugnis soll – in Anlehnung an *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079 („Beschwerdeberechtigung“ und „Beschwer“) – den Unterschied zwischen den formellen und materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Anfechtungsbeschwerde widerspiegeln.

272 Grundlegend *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 mit zust. Anm. von *Schmidt, K.*, DB 2004, 527ff. sowie unten *D II*.

Erwähnung in der Regierungsbegründung den Schluss auf die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle überhaupt erst möglich macht.<sup>273</sup>

## 5. Weitere systematische Aspekte

Eine gewisse Indizwirkung für eine subjektivrechtliche Ausgestaltung der Fusionskontrolle kommt dem Umstand zu, dass der Gesetzgeber Drittbetroffenen umfangreiche Möglichkeiten der Anhörung und Beteiligung eingeräumt hat.<sup>274</sup> Diese Indizwirkung entfiele nur, wenn der Möglichkeit der Einbeziehung Dritter offensichtlich ausschließlich eine Informationsfunktion im öffentlichen Interesse zukäme.<sup>275</sup> Zwar gibt es Stimmen in der Literatur, die dritten Beigeladenen die Rolle eines bloßen „Hilfsorgans der sachverhaltsermittelnden Kartellbehörde“ beimessen.<sup>276</sup> Andere Autoren betonen dagegen zu Recht die auch individualschützende Funktion der Beiladung.<sup>277</sup> Von ihr hängt immerhin auch die formelle Beschwerdeberechtigung ab. Zutreffend dürfte die Ansicht sein, wonach der Beiladung eine Doppelfunktion zukommt.<sup>278</sup> Sie vereint in sich Elemente der objektiven Richtigkeitsgewähr und des Individualschutzes in Form der Gewährung rechtlichen Gehörs und der Verleihung der Beschwerdeberechtigung. Einschränkend ist jedoch zu bedenken, dass die in den §§ 54ff. GWB genannten Beteiligungsmöglichkeiten für Dritte nicht speziell für das Verfahren der Fusionskontrolle geschaffen wurden, sondern vielmehr für das allgemeine Kartellverwaltungsrecht konzipiert wurden, für das sie ebenfalls gelten.<sup>279</sup> Insgesamt kommt dem Hinweis auf die vorhandenen Möglichkeiten der Drittbeiladung am Verfahren der Fusionskontrolle damit nur ein sehr bescheidendes Gewicht zu.

273 *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 226.

274 Vgl. *Schenke, W.-R.*, in: Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K. (Hrsg.), Bonner Kommentar, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 288; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 72 m.w.N. Vgl. auch *BVerwG*, 20.11.1959, E 9, 340, 341: Der bereits zum Omnibuslinienverkehr zugelassene Unternehmer hat nicht nur ein Anhörungs- und Widerspruchsrecht im Verfahren über die Zulassung eines weiteren Unternehmers, sondern auch ein Klagerecht. Letzteres dient allerdings der Geltendmachung der Interessen des öffentlichen Verkehrs (ebenda, 342). Vgl. auch *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 4 c aa (S. 655f.): Der „Schluss von der verfahrensrechtlichen auf die materiellrechtliche Position ist nicht immer gerechtfertigt.“ Nach *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 110f., handelt es sich um ein Element der grammatischen (und nicht der systematischen) Auslegung.

275 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 72 m. w. N.

276 So namentlich *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81.

277 Z. B. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 18 („Der Beteiligtenstatus ist damit Voraussetzung wesentlicher Rechtsschutzgarantien“).

278 So z. B. *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 89.

279 In diese Richtung wohl auch *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 221. Er hält die in § 54 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GWB geregelte Beiladungsfähigkeit für nicht hinreichend indiziell. Freilich wird in § 56 Abs. 3 GWB das Verfahren des § 42 GWB sogar besonders erwähnt.

Gegen einen individualschützenden Charakter der Vorschriften §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB scheint die Normierung quantitativer Aufgreifkriterien in § 35 GWB (§ 24 Abs. 8 GWB 1990) zu sprechen. Danach findet eine (präventive) Fusionsaufsicht unterhalb bestimmter Schwellenwerte nicht statt.<sup>280</sup> Daraus hat *Körber* eine bloß objektiv-rechtliche Natur der Vorschriften über die Fusionskontrolle gefolgert. *Veelken* hat dem mit dem Hinweis widersprochen, unterhalb dieser Schwelle komme privatrechtlicher Schutz in Betracht.<sup>281</sup> Dieses Argument kann kaum überzeugen. Wie *Veelken* selbst an anderer Stelle ausführt, scheidet Zivilrechtsschutz gegen Unternehmenszusammenschlüsse aus.<sup>282</sup> Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit einer privaten Unterlassungsklage ein entsprechendes privatrechtliches Verbotsgesetz voraussetzt.<sup>283</sup> Selbst wenn man davon ausgeinge, dass dem Zusammenspiel der materiellen und formellen Vorschriften über die Fusionskontrolle ein privatrechtlich relevantes Verbot von gegen § 36 Abs. 1 GWB verstoßenden Unternehmenszusammenschlüssen entnehmen kann, so kann dieses Verbot doch nur schwerlich auch auf Zusammenschlussverhalte Anwendung finden, die unterhalb der Schwellenwerte des § 35 Abs. 1 und 2 GWB liegen.<sup>284</sup> *Körbers* Einwand kann dagegen überzeugend mit folgender Überlegung widerlegt werden: Dem Gesetzgeber ist es freigestellt, mögliche Zielkonflikte zwischen dem Interesse an der Gewährung größtmöglicher individueller Freiheit einerseits und gesamtwirtschaftlichen Absichten andererseits im Einzelfall zugunsten der ökonomischen Ziele zu entscheiden.<sup>285</sup> Das gilt insbesondere in dem Bereich, in dem der Gesetzgeber subjektiv-öffentliche Rechte einräumt, die über dasjenige Maß hinausgehen, das verfassungsrechtlich geboten ist.<sup>286</sup> Speziell im Fall der Toleranzklauseln des § 35 Abs. 1 und 2 GWB lässt sich das vom Gesetzgeber hinsichtlich so genannter Bagatellmärkte als vorrangig eingestufte Interesse an einer Entlastung des Bundeskartellamts in wettbewerblich unproblematischen Fällen besonders leicht nach-

280 Siehe sogleich unten zu den dahinter stehenden rechtspolitischen Erwägungen.

281 Ebenda.

282 Ebenda, 241f.

283 Oben *Kap. 4 B II*.

284 So mit weiteren Argumenten überzeugend auch *Veelken, W.*, aaO, 242 selbst, der offenbar nicht einmal einen Schutz gemäß § 19 GWB wegen Marktstrukturmissbrauchs für möglich hält, da diese Vorschrift „unter sehr viel engeren Voraussetzungen“ eingreife.

285 Darauf weist schon *Möschel, W.*, *Wirtschaftsrecht*, 1972, 351 hin. Zustimmung *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 136, FN 72. Vgl. auch *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, *VerwR I*, 1999, § 43 I 5 a (S. 664): Der Umfang der Berechtigung von Zivilpersonen durch subjektiv-öffentliche Rechte muss nicht in allen Fällen gleich weit sein. Vielmehr gibt es Arten von subjektiven Berechtigungen, die – anders als zum Beispiel nach h. M. die Würde des Menschen – nicht absolut sind, das heißt in bestimmten typischen Fällen der Kollision mit anderen, höherwertigen Gegeninteressen zurücktreten.

286 Siehe dazu oben *Kap. 2 A IV 3* sowie ausführlich *Veelken, W.*, *WRP* 2003, 207, 213ff., insbes. 219f., der überzeugend darlegt, dass „die von einem eine Marktbeherrschung begründenden oder verstärkenden Zusammenschluss ausgehenden nachteiligen [...] Wirkungen wohl in keinem Fall eine solche Intensität der Beeinträchtigung anderer Marktbeteiligter erreichen, dass sie in den [...] gegenständlich-grundrechtlichen Mindestschutzbereich fallen.“

vollziehen. Dazu kommt im Fall von § 35 Abs. 1 Nr. 1 GWB eine mittelstandspolitische Zielsetzung.<sup>287</sup> Angesichts der Masse an Fusionskontrollverfahren, die vom Bundeskartellamt bereits unter Geltung der jetzigen Regelung zu erledigen sind,<sup>288</sup> handelt es sich dabei um sachliche Gründe. Sie erklären und rechtfertigen gleichzeitig die unterschiedliche Behandlung von Unternehmenszusammenschlüssen in Abhängigkeit von bestimmten Schwellenwerten. Ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz ist darin nicht zu sehen.<sup>289</sup> Eine lediglich bedingte Einräumung subjektiver Rechtspositionen ist schließlich auch aus anderen Rechtsbereichen bekannt. Zu denken ist nur an das Vergaberecht nach dem GWB. Es räumt einerseits Bietern in § 97 Abs. 7 GWB ein subjektives Recht auf die Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens durch öffentliche Auftraggeber ein, macht deren Anwendungsbereich gleichzeitig aber vom Erreichen bzw. Überschreiten gewisser Schwellenwerte abhängig (§ 100 Abs. 1 GWB).<sup>290</sup> Sowohl im Fall der Fusionskontrolle wie auch im Fall des Vergaberechts führen die genannten Einschränkungen dabei außerdem zu einem Gleichlauf zwischen objektivem und subjektivem Recht. In anderen Rechtsbereichen finden sich Fälle, in denen der Gesetzgeber eine Divergenz zwischen (eingeschränktem) subjektivem Rechtsschutz und einem darüber hinausgehenden objektivem Maßstab sogar ausdrücklich anordnet.<sup>291</sup>

Ein weiteres Argument gegen die drittschützende Wirkung der Vorschriften über die Fusionskontrolle findet sich schon im *Weichschaum II*-Beschluss des Kammergerichts.<sup>292</sup> Danach zeige die dem Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 2. HS GWB eingeräumte Möglichkeit, eine marktbeherrschende Stellung unter bestimmten Voraussetzungen hinzunehmen, dass der Gesetzgeber gesamtwirtschaftlichen Interessen den Vorrang gegenüber den Belangen einzelner Drittunternehmen eingeräumt habe.<sup>293</sup> Hiergegen wurde zu Recht eingewandt, dass das Zurücktreten von Drittinteressen im Einzelfall eine subjektiv-rechtliche Deutung eines ganzen Regelungskomplexes nicht ausschließen kann.<sup>294</sup> Speziell im Fall der Abwägungsklausel ist darüber hinaus zu bedenken, dass die durch die Fusion möglicherweise beeinträchtigten Drittinteressen nicht gegen diffuse Allgemeininteressen, sondern vielmehr gegen konkrete Drittinteressen auf einem anderen Markt abgewogen werden.<sup>295</sup>

287 *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 35, Rz. 13.

288 Siehe oben 4.

289 Vgl. auch *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 242.

290 Dieses Beispiel findet sich schon bei *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 136. Zur Diskussion um den Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte z. B. *Pietzcker, J.*, NJW 2005, 2881ff.

291 Zu denken ist etwa an die oben A I 3 erwähnte Vorschrift § 5 Abs. 7 bwLBO.

292 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.

293 Das gilt für die Beurteilungskriterien im Rahmen der Ministererlaubnis in noch stärkerem Maße.

294 *Kremer, M.-G.*, *Beschwerde*, 1988, 129 („lediglich [...] Schmälerung der Drittposition“); *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 136; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 221.

295 In diese Richtung auch *Dormann, U.*, aaO, 136 und (ihr zustimmend) *Veelken, W.*, aaO, 221.



## V. Drittschutzrelevante Änderungen durch die Siebte GWB-Novelle: Untersuchung unter historisch-genetischen und systematischen Gesichtspunkten

Nachdem eine Auslegung auf der Grundlage des Rechtsstandes von 1999 lediglich Indizien, aber keine eindeutige Antwort auf die Frage nach einem drittschützenden Gehalt des § 36 Abs. 1 GWB liefern konnte, gilt es nun, die Vorschrift in den Kontext des durch die Siebte GWB-Novelle veränderten Verfahrensrechts zu stellen. Unter den zahlreichen gesetzlichen Neuerungen sind im vorliegenden Zusammenhang zwei Komplexe hervorzuheben. Es handelt sich erstens um die veränderten Voraussetzungen des zivilrechtlichen Rechtsschutzes gegenüber wettbewerbswidrigem Verhalten. Besondere Beachtung verdienen zweitens diejenigen Modifikationen, die unmittelbar das Verfahren der Fusionskontrolle betreffen.

### 1. Ausweitung und Erleichterung des privatrechtlichen Rechtsschutzes

Die Novellierung der Voraussetzungen des privatrechtlichen Drittschutzes gegen Kartellrechtsverstöße in § 33 GWB 2005 spiegelt die Ansicht des Gesetzgebers wider, die Rechtsprechung zum Kartellprivatrecht habe in der Vergangenheit zu hohe Anforderungen an das Erfordernis einer Schutzgesetzverletzung gestellt.<sup>296</sup> Als unangemessen erschien insbesondere die Beschränkung des Schutzbereichs des allgemeinen Kartellverbots ausschließlich auf solche Abnehmer oder Lieferanten, die Opfer einer finalen Schädigung wurden.<sup>297</sup> Zukünftig soll ein Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch schon bei bloßen „Beeinträchtigungen“ als Mitbewerber oder sonstiger Marktteilnehmer bestehen.<sup>298</sup> Auch hierin kann man aber wohl kaum mehr als eine allgemeine Tendenz hin zur „Versubjektivierung“ des Kartellrechts

<sup>296</sup> Die neue Vorschrift ist als Verzicht auf das bisherige Schutzgesetzfordernis zu deuten. So ausdrücklich *Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit*, Beschlussempfehlung 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/5049, 49. Vgl. auch *Koch, J.*, WuW 2005, 1210, 1213. Ebenso schon *Bundesregierung*, Begr. Ref.-Entw. 7. GWB-Novelle vom 17.12.2003, unveröffentlicht, 51 (Begründung zu § 33 Abs. 1 GWB-Entw.). Anders aber *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 35 und insbes. 53.

An weiteren Änderungen, die auf eine Erleichterung des privatrechtlichen Rechtsschutzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen abzielen, seien genannt: Der pass-on-Einwand ist ausdrücklich für unerheblich erklärt (§ 33 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005); bei der Berechnung des Schadensersatzanspruchs kann auf den durch den Wettbewerbsverstoß erzielten anteiligen Gewinn abgestellt werden (§ 33 Abs. 3 Satz 3 GWB 2005); es besteht eine Verzinsungspflicht ab Eintritt des Schadens (§ 33 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005); Entscheidungen von Kartellbehörden und -gerichten können gemäß § 33 Abs. 4 GWB 2005 tatbestandliche Bindungswirkung entfalten für zivilrechtliche Folgeverfahren; für Schadensersatzansprüche gilt während der Dauer kartellbehördlicher Ermittlungen eine Verjährungshemmung (§ 33 Abs. 5 GWB 2005); das Gericht kann auf Antrag den Streitwertherabsetzung einseitig zugunsten des Klägers herabsetzen (§ 89a Abs.1 GWB 2005).

<sup>297</sup> *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 53.

<sup>298</sup> Dazu *Hempel, R.*, WuW 2004, 362, insbes. 367ff. und *Koch, J.*, WuW 2005, 1210, 1213ff.

ausmachen. Sichere Schlussfolgerungen hinsichtlich der Frage nach einer drittschützenden Wirkung gerade der Vorschriften über die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben lassen sich daraus allein nicht ableiten. Dabei ist zunächst noch einmal an Detailunterschiede im Hinblick auf die Voraussetzungen des kartellprivatrechtlichen und des -verwaltungsrechtlichen Drittschutzes zu erinnern.<sup>299</sup> Das gleiche gilt für das ungeklärte Verhältnis zwischen diesen beiden Formen des Drittschutzes.<sup>300</sup> Vor allem aber hatte der Gesetzgeber bei der Änderung des § 33 GWB wohl nicht an eine Erweiterung des privatrechtlichen Schutzes gegenüber Zusammenschlüssen gedacht.<sup>301</sup> Nach seinem erklärten Willen war Ziel der Neufassung, den privaten Rechtsschutz gegenüber wettbewerbsbeschränkenden Vereinbarungen und aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen zu erleichtern. Es entsprang wesentlich dem Bedürfnis, die mit der Abschaffung des bisherigen Systems der Administrativfreistellung verbundene Verminderung der behördlichen Kontrolldichte auszugleichen.<sup>302</sup>

## 2. Änderungen des fusionskontrollrechtlichen Verfahrens

Sämtliche Novellierungen mit Bezug zur Fusionskontrolle betreffen verfahrensrechtliche Aspekte. Vorschläge, die auf eine Änderung der materiellen Beurteilungskriterien abzielten, konnten sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens nicht durchsetzen. Verabschiedet wurde weder die von der Bundesregierung gewünschte Ermöglichung von Zusammenschlüssen im Pressebereich trotz Marktbeherrschung, noch konnte man sich zu einer Übernahme des *SIEC*-Tests in Art. 2 Abs. 2 der neuen EG-Fusionskontrollverordnung entschließen.<sup>303</sup> Insofern fehlt es wiederum – wie schon nach Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle – an unmittelbaren Anknüpfungspunkten im Text der §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB selbst, aus denen auf ein neues Verständnis in Richtung einer drittschützenden Wirkung geschlossen

<sup>299</sup> Dazu oben *Kap. 4 B II*.

<sup>300</sup> Auch hierzu die Hinweise oben *Kap. 4 B II*.

<sup>301</sup> So ausdrücklich noch *Bundesregierung*, Begr. Ref.-Entw. 7. GWB-Novelle vom 17.12.2003, unveröffentlicht, 51 (Begründung zu § 33 Abs. 1 GWB-Entw.): „Für die Fusionskontrolle verbleibt es dagegen bei der bestehenden Sonderregelung (insbes. §§ 36 und 42). Eine wettbewerbsrechtliche Überprüfung von Zusammenschlüssen auf dem Zivilrechtswege ist daher auch in Zukunft nicht möglich.“

<sup>302</sup> *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640 35.

<sup>303</sup> Zu ersterem (sowie zu weiteren Sonderregelungen für Presseunternehmen) noch: *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 12, 36ff., 56ff. Siehe dazu auch die Kritik insbesondere von *Hellwig, M.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1351, 177ff. und *Möschel, W.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 5(9)1332, 180ff. (jeweils *passim*). Zur Diskussion um eine Übernahme der neuen Kriterien in der EG-Fusionskontrolle z. B. *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 23; *Dreher, M.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1346, 86 (jeweils mit kritischen Stellungnahmen).

werden könnte. Der Interpret muss sich daher mit einer indirekten Annäherung begnügen. In einem ersten Schritt soll versucht werden, aus einer Gesamtschau der die Fusionskontrolle betreffenden, novellierten Verfahrensvorschriften eine Tendenz hin zur Gewährung von mehr oder weniger Drittrechtsschutz zu entnehmen.

### 3. Einschränkung von Drittrechten

Prominenteste Änderung ist die aus § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 resultierende Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt. Auf sie ist sogleich ausführlich einzugehen. Aus Sicht potentieller Drittbetroffener stellen sich auch die Änderungen bzw. Ergänzungen von § 56 GWB überwiegend als nachteilhaft dar. Bisher hatte jeder Verfahrensbeteiligte einen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die neu gefasste Vorschrift § 56 Abs. 1 GWB 2005 räumt der Kartellbehörde insoweit jetzt Ermessen ein.<sup>304</sup> Ein entsprechender „Antrag“ hat damit in Zukunft nur noch die Funktion einer bloßen Anregung. Nach der Gesetzesbegründung zielt diese Änderung vor allem auf eine „effektivere“ Gestaltung gerade von Fusionskontrollverfahren.<sup>305</sup> Zwar mag die mündliche Auseinandersetzung zwischen anmeldenden Unternehmen, Bundeskartellamt und sonstigen Beteiligten im Einzelfall auch im Interesse der Zusammenschlussbeteiligten liegen. Die Sorge der Bundesregierung gilt jedoch eher einer möglichen Verzögerung und Behinderung des Verfahrensablaufs zu Lasten der fusionierenden Unternehmen sowie der zuständigen Behörde. So soll die Änderung verhindern, dass Drittbeteiligte einen schnellen und fristgemäßen Verfahrensabschluss dadurch erschweren, dass sie das Bundeskartellamt kurz vor Ablauf der in § 40 Abs. 1 und 2 GWB genannten Fristen dazu verpflichten, eine mündliche Verhandlung zu veranstalten.<sup>306</sup>

Eine ähnliche Stoßrichtung hat der neu hinzugefügte Absatz 4 der Vorschrift. Nach der Gesetzesbegründung dient die neue Vorschrift § 56 Abs. 4 GWB 2005 der „Klarstellung“<sup>307</sup>, dass die §§ 45 und 46 VwVfG über die Unbeachtlichkeit bzw. Heilung von Verfahrensmängeln anwendbar sind.<sup>308</sup> Zwar betrifft auch diese Bestimmung im Prinzip sämtliche Verfahren vor den Kartellbehörden. Aus der Genese der neuen Bestimmung ergibt sich aber ein eindeutiger Bezug zum Verfahren der Fusionskontrolle. Auch insofern richtet sich die Novelle gegen die als zu drittrechts-

304 Dagegen geht § 56 Abs. 1 Satz 3 GWB 2005 im Fall des Ministererlaubnisverfahrens vom Grundsatz einer obligatorischen öffentlichen mündlichen Verhandlung aus.

305 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41.

306 Ebenda und 63.

307 Ebenda, 63.

308 Kritisch zu dieser Novellierung *Hammerstein, C. v.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1341, 74. Rechtspolitische Kritik der §§ 45, 46 VwVfG findet sich auch bei *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 45, Rz. 4f. und § 46, Rz. 4f. m.w.N.

freundlich empfundene Rechtsprechung des OLG Düsseldorf.<sup>309</sup> Tatsächlich hatte der Düsseldorf-Kartellsenat im Verfahren *E.ON/Ruhrgas* die Ansicht vertreten, der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit sei im Verfahren der Ministererlaubnis nicht befugt gewesen, die in der ersten Verfügung vom 5.7.2002 (*Ministererlaubnis I*)<sup>310</sup> versäumten Verfahrenshandlungen (hier: öffentliche mündliche Verhandlung und Gewährung rechtlichen Gehörs für alle Beigeladenen zu allen entscheidungsrelevanten Tatsachen) in einem zweiten Verfahren (*Ministererlaubnis II*)<sup>311</sup> nachzuholen.<sup>312</sup> Inwieweit die Novelle in diesem Punkt zu der gewünschten Änderung der Rechtsprechung führt, ist noch offen.<sup>313</sup> Zu beachten ist, dass das Gericht nicht die grundsätzliche Anwendbarkeit der genannten Vorschriften über das Verwaltungsverfahren in Zweifel gezogen hat.<sup>314</sup> Vielmehr hat es – im Ansatz zutreffend – zwischen der Frage der verfahrensrechtlichen Voraussetzungen und der Rechtsfolgen einer Nachholung einerseits und der hiervon zu trennenden materiellrechtlichen Frage nach der grundsätzlichen Befugnis und den näheren Voraussetzungen, unter denen der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu einer Nachholung von Verfahrenshandlungen ermächtigt ist, andererseits unterschieden.<sup>315</sup> Die nunmehr ausdrücklich in § 56 Abs. 4 GWB 2005 in Bezug genommene Vorschrift des § 45 VwVfG beantwortet nur die erste Frage. Die Antwort auf die zweite Frage richtet sich dagegen nach den für den betroffenen Sachbereich (hier: Ministererlaubnisverfahren) einschlägigen Vorschriften des materiellen Rechts.<sup>316</sup> Dabei gibt das OLG Düsseldorf zu bedenken, eine Heilung sei insbesondere in den Fällen ausgeschlossen, in denen die nachzuholende Verfahrenshandlung ihre rechtsstaatlich gebotene Funktion bzw. den ihr durch spezialgesetzliche Regelung zugedachten besonderen Sinn und Zweck nicht mehr erfüllen könne, da eine hinreichend „offene Entscheidungssituation“ nicht mehr gegeben sei.<sup>317</sup> Zweifelhaft ist allerdings, ob sich die vom OLG Düsseldorf in Bezug genommene Entscheidung des Bundesverwal-

309 Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 100.

310 *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 5.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas - Ministererlaubnis I*), WuW/E DE-V 573.

311 *Ders.*, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas - Modifizierte Ministererlaubnis*), WuW/E DE-V 643.

312 *OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1016ff. Zustimmung *Möschel, W.*, BB 2002, 2077 2078.

313 Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 113.

314 A. A. wohl *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk I*), WuW/E OLG 2411, 2415: Eine „nachträgliche Anhörung gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG kommt nicht in Betracht. Die Verfahrensstellung der Beteiligten würde sich andernfalls erheblich verschlechtern.“ Siehe auch ebenda, 2418.

315 So schon *KG*, aaO. Vgl. auch *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 45, Rz. 3; *Möschel, W.*, BB 2002, 2077, 2078.

316 *OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1016; *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, aaO.

317 *OLG Düsseldorf*, aaO, 1016 unter Bezugnahme insbesondere auf *BVerwG*, 1.12.1982, E 66, 291, 295; *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, aaO, Rz. 6.

tungsgerichts<sup>318</sup> auf multipolare Konfliktsituationen wie sie gerade auch für Fusionskontrollverfahren charakteristisch sind übertragen lässt.<sup>319</sup> In dem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen und, soweit ersichtlich, vereinzelt gebliebenen Fall hatte die strenge gerichtliche Sanktion des behördlichen Verfahrensfehlers keine nachteiligen Konsequenzen auf kollidierende Interessen eines bestimmten privaten Konfliktgegners. Das Gericht hatte lediglich über die Frage zu entscheiden, ob die unterbliebene Anhörung des Personalrats vor der fristlosen Entlassung des klagenden Polizeibeamten auf Probe im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden kann mit der Folge der Heilung des Verfahrensfehlers.

Schließlich ist an die Einfügung von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 zu erinnern.<sup>320</sup> Auch sie hat möglicherweise eine weitere Einschränkung der Effektivität des einstweiligen Drittschutzes zur Folge.<sup>321</sup> Die neue Bestimmung erklärt die im vorhergehenden Satz angeordnete Verweisung auf § 60 GWB für nicht anwendbar im Fall des § 65 GWB. Es wurde schon darauf hingewiesen, dass sich das OLG Düsseldorf in der Vergangenheit dieses nunmehr ausgeschlossenen Verweisungsmechanismus' bediente, um weitere einstweilige Anordnungen zum Schutz der beschwerdeführenden Drittbetroffenen zu erlassen.<sup>322</sup>

#### 4. Verbesserung der Rechtsstellung von Drittbetroffenen

Es lassen sich aber auch Tendenzen hin zu einer Verbesserung der Rechtsstellung von Drittbetroffenen ausmachen. Aus ihrer Sicht günstig dürfte sich zum Beispiel die Neufassung von § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB 2005 auswirken. Die Vorschrift verhindert, dass es nur deshalb zum Eintritt der Freigabefiktion durch Verstreichenlassen der Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB kommt, weil versäumt wurde, die Untersagungsverfügung bzw. Freigabeverfügung unter Auflagen auch allen Drittbeteiligten zuzustellen.<sup>323</sup> Gleichzeitig soll die ebenfalls neu eingefügte Bestim-

318 Siehe vorige FN.

319 Ebenfalls für die Anwendung von § 45 VwVfG auf das Kartellverwaltungsrecht plädieren *Staebe, E.*, WuW 2003, 714, 722ff. und *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 89.

320 Oben *Kap. 2 F.*

321 Das vermutet offenbar auch *Mees, H. K.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 64, Rz. 7: "Hinter dieser Regelung steht auch die Erwägung einer Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes." Dazu ausführlich unten *Kap. 6 B.*

322 Dazu oben *Kap. 1 A IV 3.*

323 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, S. 58f. Die praktische Bedeutung dieses Problems mag die Entscheidung des *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk I*), WuW/E OLG 2411ff. illustrieren: „Verstreichen der Untersagungsfrist“ (hier: mangels fristgemäßer Zustellung der Untersagungsentscheidung gegenüber einem Beteiligten) führt zur „Aufhebung der Untersagungsverfügung insgesamt“ (ebenda, 2416). Zu beachten ist allerdings, dass in diesem Fall die Zustellung an die – wegen ihres eigenen wirtschaftlichen Interesses an dem Verfahren zwingend zu beteiligende – Konzernmutter des Unternehmens-

mung § 40 Abs. 2 Satz 3 GWB 2005 laut Regierungsbegründung sicherstellen, dass Drittbeteiligte über den Eintritt der Freigabefiktion sowie den Zeitpunkt des Beginns von Rechtsmittelfristen informiert werden.<sup>324</sup> Zwar differenziert die Regierungsbegründung nicht zwischen Rechtsmittelfristen, die zu Lasten der anmeldenden Unternehmen und solchen, die zum Nachteil von – möglicherweise erst später informierten – Drittbeteiligten laufen. Man wird aber davon ausgehen dürfen, dass der neugefasste § 40 Abs. 2 GWB über die bereits angeordnete Fiktion im Fall des Fristablaufs nicht auch noch die vollständige und gleichzeitige Zustellung an alle (Dritt-) beteiligten fingieren soll. Die Regelung des § 40 Abs. 2 Satz 3 GWB 2005 sowie die entsprechende Entwurfsbegründung sind daher richtigerweise so zu verstehen, dass das Bundeskartellamt solche Drittbeteiligten, denen gegenüber eine Abschlussverfügung i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB verspätet oder gar nicht bekannt gegeben wurde, unverzüglich über den Beginn der *gegen die Anmelder* laufenden Rechtsmittelfristen zu unterrichten hat. Letztere sollen aber nicht dadurch begünstigt werden, dass Drittbeteiligten, denen gegenüber die gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB obligatorische<sup>325</sup> förmliche Zustellung erfolgt ist, aufgrund Fristablaufs die Möglichkeit der Beschwerdeeinlegung genommen wird.<sup>326</sup>

veräußerers unterblieben war (ebenda, 2413). Diesen Fall erfasst die Neuregelung, die mindestens die fristgemäße Zustellung an die anmeldenden Unternehmen verlangt, nicht.

324 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59. Sanktionen sind im Fall des Unterlassens allerdings nicht vorgesehen.

325 Bislang war unbestritten, dass sich die Vorschrift des § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB auch auf Freigabe- oder Untersagungsverfügungen i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB erstreckt (siehe nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 61, Rz. 3). Die Novellierung lässt Zweifel hinsichtlich des Anwendungsbereichs von § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB neben § 40 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB aufkommen. So meint die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59, § 40 Abs. 2 Satz 2 reduziere den „Aufwand“ deutlich. Richtigerweise wird man aber davon ausgehen müssen, dass das Bundeskartellamt auch weiterhin gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB verpflichtet ist, Verfügungen nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB allen Beteiligten und nicht nur den anmeldenden Unternehmen zuzustellen. Das Telos der neuen Vorschrift § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB liegt allein darin, einen ungewollten Eintritt der Freigabefiktion zu verhindern und nicht zusätzlich die Bekanntgabepflicht des § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB zu verdrängen. Die neue Regelung ist also keine *lex specialis* zu § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB. Vor diesem Hintergrund bleibt aber das Bedürfnis für die neue Informationspflicht offen. Eine besondere Sanktion ihrer Nichtbefolgung ist nicht vorgesehen. So hält auch *Böge, U.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 68, die neue Vorschrift für entbehrlich. Zutreffend weist er darauf hin, dass das Bundeskartellamt „an einer zügigen Unterrichtung aller Verfahrensbeteiligten [...] deswegen ein eigenes Interesse [hat], um möglichst rechtzeitig durch den baldigen Beginn bzw. Ablauf von Rechtsmitteln Rechtssicherheit zu schaffen.“ Das ist nach richtiger Auffassung aber nur durch eine Zustellung gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB möglich.

326 Unklar dagegen *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 437, die in der neuen Regelung „vordergründig [...] formal eine Schwächung der Verfahrensrechte der Beigeladenen“ sehen.

Dem Informationsbedürfnis Dritter trägt der neu gefasste § 43 Abs. 1 GWB 2005 Rechnung.<sup>327</sup> Die neue – insoweit über die bisherige Rechtslage hinausgehende – Pflicht zur unverzüglichen Bekanntmachung der Einleitung des Hauptverfahrens erleichtert es Dritten, rechtzeitig die Beiladung zum Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt zu beantragen.<sup>328</sup> Da das Bundeskartellamt schon seit geraumer Zeit freiwillig auf seinen Internetseiten über angemeldete Zusammenschlussvorhaben berichtet,<sup>329</sup> dürfte die neue Rechtspflicht nur geringe praktische Bedeutung erlangen. Sie betrifft ohnehin nur den kleinen Teil von Zusammenschlussvorhaben, die nicht schon im Verlauf des Vorprüfverfahrens freigegeben werden.<sup>330</sup>

Zu einer Ausweitung von Drittbeschwerden führt möglicherweise auch die Ergänzung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB um einen zweiten Satz.<sup>331</sup> Ziel der Änderung ist, Verbraucherverbänden häufiger die Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren zu ermöglichen.<sup>332</sup> Damit kommt es automatisch auch zu einer Erweiterung des Kreises der potentiell Anfechtungsberechtigten (vgl. § 63 Abs. 2 GWB).<sup>333</sup>

## 5. Insbesondere: Erweiterung des Entflechtungstatbestandes

Drittschutzrelevanz weist schließlich auch die Kompetenz des Bundeskartellamts auf, die Entflechtung eines vollzogenen rechtswidrigen Zusammenschlusses anzuordnen. Die Novellierung der Tatbestandes in § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 gibt

327 Gleichzeitig wurde die bisherige Bekanntmachungspflicht für den Vollzug von Zusammenschlüssen gestrichen (§ 43 Satz 1 Nr. 1 GWB 1999). Sie hatte angesichts des bereits in der Sechsten GWB-Novelle eingeführten generellen Vollzugsverbots schon seit 1999 nur noch eine geringe praktische Bedeutung für betroffene Drittunternehmen (vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 43, Rz. 2).

328 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59. Unter Geltung des bisherigen § 43 Satz 1 GWB 1999 war lediglich die Anzeige des Zusammenschlussvollzugs sowie die Verfügung nach § 40 Abs. 2 GWB und die Ministererlaubnis im Bundesanzeiger bekannt zu machen. Siehe schon oben *Kap. 1 A I*.

329 Abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/zusammenschlusse/zusammenschlusse.shtml>. Neben dem Anmeldedatum, Aktenzeichen und den Namen der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen finden sich auch Angaben zu den betroffenen Produktmärkten sowie dem jeweiligen Unternehmenssitz (Bundesland). Siehe auch oben *Kap. 1 A I*.

330 Aus Sicht der Drittbetroffenen bedauern mag man daher das Fehlen einer gesetzlichen Pflicht zur Veröffentlichung jeder Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens. Sie war noch im Referentenentwurf vom 17.12.2003 als Änderung Nr. 25 vorgesehen (siehe auch *Hammerstein, C. v.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1341, 75), fehlte aber bereits im Referentenentwurf vom 29.4.2004. In der Fassung des GWB-Entwurfs vom 17.12.2003 sollte die Vorschrift § 43 Abs. 1 Satz 1 folgenden Wortlaut haben: „Die Anmeldung eines Zusammenschlusses beim Bundeskartellamt und der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis sind auf der Internetseite der Kartellbehörde zu veröffentlichen.“

331 Siehe schon *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21.

332 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 63.

333 Dazu näher unten *Kap. 5 A VIII 3*.

Anlass zu der Frage, ob zukünftig bereits der bloße Verstoß gegen materielles Recht ein Entflechtungsverfahren auslösen kann.<sup>334</sup> Eine Entflechtungspflicht bestünde schon dann, wenn das Zusammenschlussvorhaben zwar einerseits in Übereinstimmung mit den Vorschriften des formellen Rechts vollzogen wurde (z. B. nach Erlass einer Freigabeverfügung), gleichzeitig aber die materiellen Untersagungsvoraussetzungen erfüllt. Der neu gefasste Wortlaut des § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 legt diese Auslegung nahe. Er rekuriert ausschließlich auf die *materielle* Ordnungsnorm des § 36 Abs. 1 GWB (“Zusammenschluss, der die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB erfüllt“). Dagegen erklärte der bisherige Wortlaut des § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB 1998 allein den Fall eines Verstoßes gegen (bestimmte) Vorschriften des *formellen* Rechts zur Voraussetzung eines Entflechtungsverfahrens. Aufzulösen war danach ein „Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt untersagt oder dessen Freigabe es widerrufen hat.“<sup>335</sup> Die Erläuterung der Neufassung in der Regierungsbegründung tut ein Weiteres, um hier Verwirrung zu stiften. So heißt es zunächst, die Auflösung solle eingeleitet werden, „sofern nicht nur ein formeller Verstoß gegen die Verfahrensvorschriften vorliegt, sondern der Zusammenschluss auch materiell gegen § 36 Abs. 1 verstößt.“<sup>336</sup> Diese Ausführungen legen den Schluss nahe, die Pflicht zur Entflechtung werde nur unter einer doppelten Voraussetzung ausgelöst. Danach bedürfte es kumulativ eines Verstoßes gegen formelles und materielles Recht. In diesem Fall hätte die Neufassung möglicherweise eine Verschärfung der Voraussetzungen zur Folge.<sup>337</sup> Die Änderung würde dann zu einer Beschneidung des Drittrechtsschutzes führen. Diesem Verständnis der Novellierung widerspricht aber der weitere Text der Entwurfsbegründung eindeutig. Danach bestand das Anliegen des Gesetzgebers nicht in einer Verengung, sondern vielmehr in einer Erweiterung des Entflechtungstatbestands im Sinne einer Vervollständigung.

334 Als weiterhin unproblematisch erweisen sich diejenigen Fälle, in denen der Vollzug des Zusammenschlusses sowohl gegen formelles als auch gegen materielles Recht verstößt. Erfüllt ein (vollzogener) Zusammenschluss die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB und wurde er vom Bundeskartellamt untersagt, so ergibt sich bereits aus dem Gesetz die Auflösungspflicht (§ 41 Abs. 3 Satz 1 GWB). So z. B. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 41, Rz. 39; *Emmerich, V.*, *Kartellrecht*, 2001, § 28 7 a (= S. 323). A. A. *Richter, B.*, in: Wiedemann, G. (Hrsg.), *Fusionskontrolle* (§ 21), 1999, Rz. 129: *Auflösungsverpflichtung bedarf der Konkretisierung durch behördliche Verfügung.*

335 Auch die bloße formelle Rechtswidrigkeit kann nicht ausreichen, um die einschneidende Rechtsfolge der Entflechtungspflicht auszulösen. Für derartige Fälle sieht das GWB andere, verhältnismäßigere Sanktionsmittel, insbesondere die Verhängung von Bußgeldern vor.

336 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59.

337 Letztlich erscheint das kumulative Verständnis zumindest rechtspolitisch als wünschenswert. Lehrreich ist insofern der Vergleich mit den Möglichkeiten, die das öffentliche Baurecht den Behörden zur Durchsetzung des materiellen und formellen Rechts zur Verfügung stellt. Nach baurechtlichen Grundsätzen kommt die der Entflechtung am ehesten vergleichbare, einschneidende Maßnahme der Abbruchsverfügung (vgl. § 65 Satz 1 bwLBO oder § 82 bayLBO) nur bei formeller *und* materieller Rechtswidrigkeit in Betracht (*Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 273 m.w.N.).



Die Regierungsbegründung kritisiert die bisherige Fassung der Vorschrift, die lediglich die Fälle des Vollzugs trotz Untersagung sowie des Widerrufs der Freigabe aufzählt, als „nicht umfassend“.<sup>338</sup> Dementsprechend sollen mit der Neufassung zusätzliche Fallgestaltungen erfasst werden, in denen ebenfalls eine Auflösungspflicht bestehe.<sup>339</sup> Gemeint sind, wie die dann folgende Aufzählung von Fallgestaltungen erweist, weitere Fälle eines Verstoßes gegen formelles (!) Recht. Die Begründung nennt den Vollzug eines nicht angemeldeten Zusammenschlusses sowie den Fall des fehlenden Eintritts einer aufschiebenden Bedingung bzw. des Eintritts einer auflösenden Bedingung.<sup>340</sup> Auch hier handelt es sich zunächst einmal nur um einen Verstoß gegen Verfahrensrecht. Eine materielle Rechtswidrigkeit ist damit nicht zwingend verbunden. Weiterhin sprechen auch systematisch-teleologische Erwägungen gegen die Annahme, die Entflechtungspflicht trete bereits bei bloßer materieller Rechtswidrigkeit ein. Das entscheidende Argument dürfte in der Ausgestaltung des Fusionskontrollverfahrens selbst liegen. Zu seinen Charakteristika gehören die kurzen Untersagungsfristen. Sie dienen dem Ziel, den Zusammenschlussbeteiligten möglichst schnell Klarheit über die rechtliche Zulässigkeit ihres Vorhabens zu verschaffen.<sup>341</sup> Könnte der bloße Widerspruch gegen das materielle Kriterium des § 36 Abs. 1 GWB die Auflösungspflicht auslösen, so wäre die nach Ablauf der gesetzlichen Untersagungs- und Anfechtungsfristen gewonnene Rechtssicherheit gänzlich entwertet. Unter demselben Gesichtspunkt käme es auch zu einer Aushöhlung der Beschränkung auf wenige Widerrufsgründe in § 40 Abs. 3a GWB. Sie dient ebenfalls dem Ziel größtmöglicher Rechtssicherheit zugunsten der Fusionsparteien.

Damit sprechen die weit überwiegenden Argumente dafür, dass das Bundeskartellamt ein Entflechtungsverfahren nicht einleiten darf, wenn es eine formell gültige Freigabeverfügung erlassen hat oder wenn die Untersagungsfristen abgelaufen sind. Die Änderungen erweisen sich im Ergebnis als weniger revolutionär als man nach flüchtiger Lektüre des Gesetzestextes meinen könnte. Die Neufassung erweitert zwar den Anwendungsbereich der Regeln über die Entflechtung von Unternehmenszusammenschlüssen auf weitere Formen der (auch) formellen Rechtswidrigkeit. Insofern erweist sich die Gesetzesänderung als durchaus günstig im Hinblick auf den Schutz der Interessen von Drittbetroffenen. Die Novellierung darf jedoch trotz des insoweit missglückten Wortlauts von § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 nicht dahingehend missverstanden werden, dass nunmehr in jedem Fall eines Verstoßes gegen materielles Recht eine Pflicht zur Auflösung besteht.

338 In diesem Zusammenhang spricht die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59 wiederum missverständlich von nicht erfassten weiteren „Fallgestaltungen eines *materiellen* Verstoßes gegen § 36 Abs. 1 GWB“ (Hervorhebung vom Verf.).

339 Deutlich insofern die Aussage „Mit der Neufassung werden auch diese Fälle ausdrücklich erfasst.“ (ebenda).

340 Ebenda *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59.

341 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 8.

## 6. Ausweitung der Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden

Die GWB-Novelle räumt den Kartellbehörden erweiterte Ermittlungsbefugnisse ein. Insbesondere die in dem neugefassten § 59 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB 2005 normierte Pflicht, auf Verlangen allgemeine Marktstudien herauszugeben, soll nach dem Willen des Gesetzgebers Bedeutung auch in der Zusammenschlusskontrolle erlangen.<sup>342</sup> Es besteht die Hoffnung, dass das Bundeskartellamt und das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ihre Entscheidungen mit Hilfe dieses Instruments auf eine breitere Informationsgrundlage stellen werden. Adressaten der Ermittlungsbefugnisse sind allerdings nicht nur diejenigen Unternehmen bzw. Wirtschafts- und Berufsvereinigungen, gegen die sich das kartellbehördliche Verwaltungsverfahren richtet. Im Fall der Fusionskontrolle sind das die anmeldenden Unternehmen. Vielmehr kann die Kartellbehörde gemäß § 59 Abs. 1 GWB auch auf solche Informationen zurückgreifen, die sich in den Händen (unbeteiligter!) Dritter befinden.<sup>343</sup> Die Neuregelung mag sich für Drittunternehmen im Einzelfall daher auch belastend auswirken.

## 7. Neuntes Zwischenergebnis

Die Novellierungen des Jahres 1998 mit Bezug zur Fusionskontrolle hatten eindeutig eine Erweiterung des Drittschutzes zum Ziel.<sup>344</sup> Auch die Siebte GWB-Novelle verbessert in mancher Hinsicht die Rechtsstellung von Drittbetroffenen (Erschwerung der Voraussetzungen für den Eintritt der Freigabefiktion, Erweiterung der gesetzlichen Informationspflichten und des Entflechtungstatbestandes, erleichterte Beiladung von Verbraucherverbänden). Im Vergleich mit der vorhergehenden Reform haben diese Änderungen aber ein deutlich bescheideneres Gewicht. Auch stoßen sie auf gegenläufige Tendenzen wie insbesondere den Wunsch des Gesetzgebers nach einer Beschränkung des Drittschutzes im Eilverfahren. Wiederum betreffen sämtliche Änderungen ausschließlich die verfahrensrechtliche Ebene. Schlussfolgerungen für die Auslegung des § 36 Abs.1 GWB sind daher ohnehin nur bedingt möglich.

342 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 63.

343 Vgl. *Klaue, S.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 59, Rz. 16.

344 Zu denken ist insbesondere an die Förmlichkeit der Freigabeentscheidung, die im Hauptprüfverfahren ergeht sowie die Anordnung des Neubeginns der Fristen im Fall ihrer gerichtlichen Aufhebung, aber auch an die Ausweitung der präventiven Zusammenschlusskontrolle oder die Bewertung des Kontrollerwerbs als Zusammenschlusstatbestand.

## 8. Das Erfordernis der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005

### a) Die neue Bestimmung im Kontext der Entwicklung des Drittrechtsschutzes

Die Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB gehört zu den Kuriositäten der Siebten GWB-Novelle und ihres Gesetzgebungsverfahrens.<sup>345</sup> Der gerichtliche Drittrechtsschutz gegen die Freigabe von Zusammenschlussvorhaben wurde erst durch die Sechste GWB-Novelle eingeführt.<sup>346</sup> Damals tauchte das Merkmal einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Drittbeschwerde lediglich in der Entwurfsbegründung der Bundesregierung auf.<sup>347</sup> In der Folge diente dieser Hinweis der Entwurfsverfasser vielfach als Argument dafür, dass § 36 Abs. 1 GWB subjektive Drittrechte gewährt.<sup>348</sup> Die Siebte GWB-Novelle markiert den Einzug des Tatbestandsmerkmals in den Gesetzestext selber. Die möglichen Deutungen dieser gesetzgeberischen Entscheidung bewegen sich zwischen zwei extremen Positionen. Zum einen mag man aus der Novellierung folgern, der Gesetzgeber habe sich, indem er in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 die Möglichkeit ihrer Verletzung voraussetzt, implizit für die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte (und damit gegen die bisher herrschende Meinung) ausgesprochen.<sup>349</sup> Insofern könnte man die jüngste Novellierung als konsequente Fortsetzung einer mit der Sechsten GWB-Novelle eingeleiteten kontinuierlichen Verbesserung der Rechts-

345 Vgl. auch *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 484. Einigermäßen überraschend ist auch der Ausgang des Gesetzgebungsverfahrens im Hinblick auf die Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes. Ursprüngliches Ziel des damaligen Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit *Clement* war eine „Stärkung der Ministererlaubnis“ (vgl. dazu *FDP-Fraktion*, Kl. Anfrage Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/381 sowie *Bundesregierung*, Antw. Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/448, 1ff.). Mehrere Zeitungen (u. a. das Handelsblatt vom 20. Januar 2003, S. 4) hatten den Minister mit den Worten zitiert, durch eine Gesetzesänderung solle in der Zukunft verhindert werden, „dass vom Minister für sinnvoll erachtete Großfusionen im Nachhinein noch durch Gerichte gekippt werden können.“ Bundesminister *Clement* bezog sich damals offensichtlich auf das Verfahren *E.ON/Ruhrgas* und die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen die von Staatssekretär *Tacke* erteilte Ministererlaubnis. Später kam es zu einer Ausweitung der vom BMWa gewünschten Einschränkung der Rechtsschutzmöglichkeiten auch auf Freigaben durch das Bundeskartellamt. So unterschied der Entwurf vom 7.6.2004 (BT-Drucks. 15/3640) in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB nicht zwischen dem einstweiligen Rechtsschutz gegen eine Freigabeentscheidung durch das Bundeskartellamt und der Ministererlaubnis. Der *Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit*, Beschlussempfehlung 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/5049, 1, 27 regte schließlich an, den Anwendungsbereich des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 auf „Verfügungen nach § 40 Abs. 2“ (Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts) zu beschränken. Diese Fassung war Gegenstand der vom Bundestag am 16. Juni 2005 verabschiedeten Siebten GWB-Novelle. Damit bleibt es ausgerechnet für die Ministererlaubnis bei der bisherigen Rechtslage.

346 Oben IV 4.

347 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

348 Oben IV 2.

349 In diese Richtung *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 919f.

stellung von Drittbetroffenen verstehen: Auf einer ersten Stufe ermöglichte der Gesetzgeber die gerichtliche Verteidigung von Drittinteressen in der Fusionskontrolle durch eine Umgestaltung des Verfahrensrechts. In einer zweiten Phase, so könnte man meinen, geht der Gesetzgeber nunmehr dazu über, den Drittrechtsschutz zusätzlich materiell-rechtlich abzusichern. Die entgegengesetzte Position vertritt das OLG Düsseldorf: „Umgekehrt ist aus der Einfügung des Satzes 4 zu folgern, dass nach dem Willen des Gesetzgebers § 36 Abs. 1 GWB Wettbewerbern und Abnehmern gerade keine subjektiven Rechte einräumt.“<sup>350</sup>

#### b) Widersprüchlichkeit der Vorschrift

Die Gegensätzlichkeit der beiden genannten Interpretationen spiegelt die von vielen Autoren konstatierte Widersprüchlichkeit der Vorschrift selbst wider.<sup>351</sup> Einerseits beteuert der Gesetzgeber, den einstweiligen Drittrechtsschutz lediglich einschränken zu wollen. Andererseits macht er ihn von einer Voraussetzung, der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten, abhängig, die Dritte nicht erfüllen können. Nach ganz herrschender Meinung hat § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung.<sup>352</sup> Erinnerung sei auch noch einmal an die mangelnde Tragfähigkeit des Ansatzes, die Widersprüchlichkeit der Norm mit dem Hinweis auf die angebliche Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Drittrechte außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB aufzulösen.<sup>353</sup> Auch in „Sonderkonstellationen“ können sich Drittbetroffene nicht

350 OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (Werhahn), WuW/E DE-R 1644, 1645. Ähnlich Steffens, O./Boos, A., ZWeR 2004, 431, 444. Vgl. zu der vom OLG Düsseldorf gewählten Auslegung Zöttl, J., WuW 2004, 474, 484 und Kapp, T./Meßmer, S. E., WuW 2004, 917, 920, die die Möglichkeit dieser Interpretation ebenfalls bereits andeuten. Der BGH hat die Nichtzulassungsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG Düsseldorf zurückgewiesen. Aus der Senatsrechtsprechung ergebe sich „zweifelsfrei, dass aus § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte i. S. des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB hergeleitet werden können“ (BGH, 7.2.2006 (Werhahn), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 2 des Umbruchs). Auf mögliche Konsequenzen der geänderten gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Auslegung von § 36 Abs. 1 GWB gehen die Bundesrichter in ihrem Beschluss nicht ein.

Die – erstmalig in Anspruch genommene – Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde gegen eine kartellverwaltungsrechtliche Eilentscheidung des OLG Düsseldorf folgt aus dem neuen § 74 Abs. 1 GWB 2005. Für diese Änderung hatte insbesondere Böge, U., Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 66f. plädiert.

351 Kollmorgen, J., in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 65, Rz. 14: reine „Angstklausel“; Steffens, O./Boos, A., ZWeR 2004, 431, 450: „widersprüchliche Regel in § 65 Abs. 3 GWB nF.“; Kapp, T./Meßmer, S. E., WuW 2004, 917, 920: „Ungereimtheit“; Zöttl, J., WuW 2004, 474, 482, zeigt sich „überrascht“ über die Bezugnahme auf Rechte Dritter in der Fusionskontrolle.

352 Oben Kap. 2 A I – III. Siehe außerdem oben Kap. 2 A IV und B zu dem gescheiterten Versuch, einerseits eine drittschützende Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB anzunehmen und gleichzeitig den Schutzbereich der Vorschrift auf „existenzbedrohende“ Zusammenschlussvorhaben einzuschränken.

353 So aber Wiedemann, G., Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21f.

auf eine Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen berufen, die sich unter das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten subsumieren lassen.<sup>354</sup> Genauso zurückgewiesen werden müsste der Versuch, den Sinn der Gesetzesbegründung in dem im Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit gefundenen Kompromissvorschlag zu suchen. Indem der Gesetzgeber die verschärften Voraussetzungen in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 letztlich nur auf den Fall der Drittanfechtung einer Freigabeverfügung des Bundeskartellamts begrenzt, bleibt, so könnte man argumentieren, die grundsätzliche Möglichkeit des einstweiligen Drittrechtsschutzes bestehen. Die „Beschränkung“ des Eilrechtsschutzes läge nach dieser Deutung darin, dass Drittbetroffene die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerde nur noch nach Erlass einer Ministererlaubnis erlangen können. Diese Argumentation wird aber schon durch die Erläuterungen der Beschlussempfehlung des Ausschusses selbst widerlegt. Dort wird die (im Vergleich zum Regierungsentwurf<sup>355</sup>) abgemilderte Fassung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 weiterhin als „Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts“ bezeichnet.<sup>356</sup> Wäre der vorgenannte Erklärungsversuch richtig, hätte es „Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes gegen Fusionsgenehmigungen insgesamt“ oder gar „Ausschluss des Eilrechtsschutzes gegen Freigaben nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB“ heißen müssen. Bei der erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens erfolgten Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 auf Verfahren vor dem Bundeskartellamt handelt es sich also um eine Einschränkung der Einschränkung, nicht aber um eine Einschränkung des Drittrechtsschutzes als solchem.

#### c) Kritik an der Deutung des OLG Düsseldorf

Auch das OLG Düsseldorf hält die Vorschrift offenkundig nicht für widersprüchlich. Indem es aus der neuen Bestimmung auf den Willen des Gesetzgebers schließt, dass § 36 Abs. 1 GWB gerade keine subjektiven Drittrechte gewährt, leugnet es das gesetzgeberische Anliegen einer Beschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes. An seine Stelle setzen die Düsseldorfer Richter das Ziel einer gänzlichen Be-

354 Ausführlich oben *Kap. 2 C*.

355 Dort hatte § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-Entwurf noch folgende Fassung: „Hat ein Dritter Beschwerde gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2 oder eine Erlaubnis nach § 42 Abs. 1 eingelegt, ist der Antrag des Dritten auf Erlass seiner Anordnung nach Satz 3 nur zulässig, wenn dieser geltend macht, durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt zu sein.“ (die Hervorhebungen stammen aus der synoptischen Darstellung der Versionen durch den Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit, Beschlussempfehlung 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/5049, 27).

356 Ebenda, 41 sowie 50: „Die Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes wird lediglich auf Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts erstreckt, nicht auf die Ministererlaubnis nach § 42 Abs. 1.“

seitigung des Rechtsbehelfs. Diese Interpretation der neuen Vorschrift kann nicht überzeugen. Sinn der Einschränkung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ist nicht die Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes, sondern seine Begrenzung.<sup>357</sup> Zum Beleg dieser Auffassung sei noch einmal an die bereits oben<sup>358</sup> wiedergegebenen Ausführungen in den Gesetzesmaterialien erinnert. Danach soll die neue Vorschrift den Vollzug einer Freigabe nach § 40 Abs. 2 GWB „im Regelfall“<sup>359</sup>, aber eben nicht ausnahmslos ermöglichen. Ziel der neuen Vorschrift ist lediglich eine „teilweise“ Aufhebung der Möglichkeit, vor Gericht auch einstweiligen Drittrechtsschutz zu erlangen, nicht aber seine vollständige Beseitigung.<sup>360</sup> Um das Ziel der völligen Abschaffung des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts zu erreichen, hätte es auch nicht des komplizierten Wortlauts von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 bedurft. Genügt hätte eine Einfügung wie zum Beispiel: „Das gilt nicht, wenn eine Verfügung nach § 40 Abs. 2 von einem Dritten angefochten wird.“ Damit wäre die im vorangehenden Satz eröffnete Befugnis des Beschwerdegerichts, die aufschiebende Wirkung einer Beschwerde anzuordnen, für Fälle von Drittbeschwerden in wesentlich weniger verklausulierter Form ausgeschlossen worden. Schließlich spricht auch eine historisch-teleologische Betrachtung gegen die Annahme, der Gesetzgeber habe mit der Neufassung der Voraussetzungen in § 65 Abs. 3 GWB den einstweiligen Rechtsschutz Dritter gegen Freigaben durch das Bundeskartellamt vollständig zu Grabe tragen wollen. Der gerichtliche Drittrechtsschutz wurde erst im Zuge der Sechsten GWB-Novelle eingeführt.<sup>361</sup> Gleichzeitig hatte sich der Gesetzgeber für die Abschaffung der nachträglichen Prüfung vollzogener Zusammenschlüsse zugunsten eines ausschließlich präventiven Erlaubnissystems entschieden. Hintergrund war die Erkenntnis, dass die nachträgliche Entflechtung bereits vollzogener und erst nachträglich untersagter Fusionen in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten führt.<sup>362</sup> Anmeldepflichtige Zusammenschlüsse unterstehen seither einem vorläufigen Vollzugsverbot, § 39 Abs. 1 GWB. Es endet erst mit der Feststellung ihrer wettbewerblichen Unbedenklichkeit.<sup>363</sup> Im Normalfall trifft das Bundeskartellamt die letztverbindliche Entscheidung über die Vereinbar-

357 So auch *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 453: „Abschaffung des vorläufigen Rechtsschutzes erkennbar nicht gewollt.“ Ähnlich *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 920. Vgl. auch schon *Böge, U.*, BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite. Kritischer *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 484: „im Ministerium beabsichtigte Einschränkung, wenn nicht Verhinderung von Eilanträgen Dritter“.

358 *Kap. 2 G.*

359 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41.

360 Ebenda. Die in Bezug genommene Äußerung bezieht sich zwar auf das Hauptsacheverfahren, lässt sich aber auf den einstweiligen Drittrechtsschutz übertragen. Die Bundesregierung erläutert dort nämlich die Konsequenzen, die sich aus einer Übertragung der neuen Voraussetzung einer subjektiven Rechtsverletzung auf das Hauptsacheverfahren ergeben würden.

361 Dazu ausführlich oben IV 4 sowie *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 23ff.

362 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, I. 3. h) aa), S. 42 f. Vgl. auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 39, Rz. 1; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 674.

363 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41.

keit des Zusammenschlussvorhabens mit dem GWB. In Ausnahmefällen wird die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts bzw. die Ministererlaubnis jedoch von einem Dritten angefochten. In dieser Situation kann es zur gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung des Bundeskartellamts kommen. Mangels aufschiebender Wirkung der Beschwerde<sup>364</sup> bedarf es erst einer entsprechenden gerichtlichen Anordnung, damit das vorläufige Vollzugsverbot wieder eingreift.<sup>365</sup> Als Anordnungsgrund kommen insbesondere „ernstliche[r] Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung“ in Betracht (§ 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB). Schlösse man diese Möglichkeit aus, so erhielte man gerade in den aus wettbewerblicher und rechtlicher Sicht problematischen Fällen doch wieder ein System der nachträglichen Zusammenschlusskontrolle. Alle Probleme einer etwa erforderlichen nachträglichen Entflechtung würden sich damit wieder stellen.<sup>366</sup> In Zukunft würden Dritte von einer Klageerhebung vermutlich ganz absehen.<sup>367</sup> Selbst im Falle ihres Obsiegens bestünden geringe Aussichten, dass der bereits vollzogene Zusammenschluss rückgängig gemacht wird.<sup>368</sup>

Damit ist vorläufig die mangelnde Vereinbarkeit des gesetzgeberischen Anliegens mit seiner praktischen Umsetzung zu konstatieren. Diese Inkoherenz der Vorschrift, in Verbindung mit der Sorge, ihre Anwendung in der Praxis könnte den einstweiligen Drittrechtsschutz faktisch ausschließen, ist auch der Grund für die ganz über-

364 Das ergibt sich im Gegenschluss aus § 64 Abs. 1 GWB. Die Beschwerde gegen fusionskontrollrechtliche Freigaben bzw. eine Ministererlaubnis nach § 42 GWB ist in der Aufzählung nicht enthalten.

365 Vgl. nur *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665. A. A. *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1024: aus der Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 65 Abs. 3 GWB ergibt sich nicht auch das Vollzugsverbot. Ausführlich dazu unten *Kap. 6 A I*.

366 Vgl. *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettBR), 2004, Rz. 104; *Hammerstein, C. v.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1341, 73: "Das Prinzip der präventiven Fusionskontrolle kann wirkungsvoll nur durch Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes erreicht werden."; *FDP-Fraktion*, Entschließungsantrag 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15(9)1788: „Diese Einschränkung ist nicht mit der Idee einer präventiven Fusionskontrolle vereinbar.“ (auch wiedergegeben in *Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit*, Beschlussempfehlung 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/5049, 39f.).

367 Vgl. auch *Böge, U.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 67, der zu bedenken gibt, dass das Hauptsacheverfahren allein den Drittbetroffenen „keinen effektiven Rechtsschutz mehr“ bieten würde.

368 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettBR), 2004, Rz. 104. A. A. *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, S. 22. *Wiedemann* räumt zwar ein, dass die Auflösung vollzogener Zusammenschlüsse „grundsätzlich aufwendiger ist als die vorherige Prüfung und Untersagung“. Dennoch bezeichnet er die „Entflechtung vollzogener Zusammenschlüsse keineswegs für undurchführbar“. Dem ist entgegenzuhalten, dass die mit der Entflechtung verbundenen Schwierigkeiten ausschlaggebend für die Einführung einer generellen präventiven Kontrolle von Zusammenschlüssen durch die Sechste GWB-Novelle waren (*Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 42). Zur Illustration sei nur auf das von der *Monopolkommission*, X. Hauptgutachten 1992/1993, Rz. 558 beschriebene Verfahren *Krupp/Brüninghaus* verwiesen.

wiegend ablehnenden Stellungnahmen im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens<sup>369</sup> und ihre teilweise Rücknahme im Hinblick auf Drittbeschwerden gegen die Ministererlaubnis.<sup>370</sup>

d) Lösungsvorschlag der Monopolkommission: Einführung einer Verbandsbeschwerde

Zu den prominentesten Kritikern der neuen Bestimmung gehört die Monopolkommission. Sie plädierte in ihrem Sondergutachten dafür, die Beschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes zumindest durch die Einführung einer Verbandsbeschwerde zu kompensieren.<sup>371</sup> Nach ihrem Vorschlag sollten qualifizierte Einrichtungen i. S. d. § 33 Abs. 2 GWB 2005 unabhängig von der Voraussetzung einer Verletzung in subjektiven Rechten gerichtlichen Rechtsschutz sowohl in der Hauptsache als auch im Eilverfahren erlangen können.<sup>372</sup> Hintergrund für die Anregung der Monopolkommission ist die – kritikwürdige – Entscheidungspraxis des OLG Düsseldorf zur Frage der rechtlichen Stellung von Verbänden im Verfahren vor den Kartellbehörden.<sup>373</sup> Der Düsseldorfer Kartellsenat hatte im Verfahren *NetCologne* die Beschwerdebefugnis des *ANGA Verband privater Kabelnetzbetreiber e. V.* mangels Vorliegens einer eigenen materiellen Beschwerde verneint.<sup>374</sup> Der Verband, so führte das Gericht aus, sei nicht selbst als Träger unternehmerischer und wettbewerblicher Interessen von dem Zusammenschlussvorhaben betroffen.<sup>375</sup> Die Berührung von

369 *Bundesrat*, Stellungnahme Entw. 7. GWB-Nov., BR-Drucks. 441/04, 18ff. (vgl. auch schon *ders.*, Empfehlungen 7. GWB-Nov., BR-Drucks. 441/1/04); *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 101ff.; *Dreher, M.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1346, 86; *Hellwig, M.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1351, 78; *Fuchs, A.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 7f.; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 848. Vgl. auch die Bedenken von *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 494ff. sowie *Böge, U.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 67: „keinen effektiven Rechtsschutz mehr“. Zustimmung fand die Änderung bei *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 18 und *Scheel/Behnke*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15(9)1333, 33 (Stellungnahme im Namen des BDI).

370 Hingewiesen sei darüber hinaus auf die verfassungsrechtlichen Bedenken von *Kollmorgen, J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 65, Rz. 13ff. im Hinblick auf Art. 3 GG.

371 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 102, 105f. Der Stellungnahme der Monopolkommission lag noch der Referentenentwurf vom 17.12.2003 zugrunde.

372 Ebenda, Rz. 105.

373 Die *Monopolkommission*, aaO nennt als Beispiel den Beschluss des *OLG Düsseldorf*, 2.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas: Verbraucherzentrale*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de) hin.

374 *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 761ff. Dazu kritisch *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 681ff. mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung hinsichtlich der Beschwerdebefugnis von Verbänden.

375 *OLG Düsseldorf*, aaO, 764.



Interessen der durch den Verband satzungsgemäß vertretenen Mitglieder reiche nicht aus.<sup>376</sup> Auch das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit hat im Verfahren *E.ON/Ruhrigas* den Beiladungsantrag der Umweltschutzorganisation *Greenpeace* mit dem Argument abgelehnt, der Ausgang des Verfahrens berühre weder Interessen von *Greenpeace* selbst noch die seiner Mitglieder erheblich.<sup>377</sup> Das OLG Düsseldorf bestätigte diese Entscheidung. Die Argumentation des Bundesministers, wonach die wirtschaftliche Beeinträchtigung des einzelnen Verbrauchers zu gering sei, um unter das Merkmal der Erheblichkeit in § 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB zu fallen, sei nicht zu beanstanden.<sup>378</sup> Die Monopolkommission empfiehlt demgegenüber „Rechtsschutz [...] unter erleichterten Bedingungen zu eröffnen.“<sup>379</sup> In erster Linie kritisiert sie die von der Rechtsprechung gestellten Anforderungen an das Merkmal der Erheblichkeit.<sup>380</sup> Hinsichtlich des Erfordernisses der Erheblichkeit schlägt die Monopolkommission vor, eine Vermutungsregel in das Gesetz aufzunehmen, wonach hierfür eine bestimmte Anzahl betroffener Verbandsmitglieder ausreichen soll.<sup>381</sup> Ausdrücklich wendet sie sich auch gegen die Forderung nach einer Beeinträchtigung sämtlicher vom (Verbraucher-)Verband Vertretener.<sup>382</sup>

Der Gesetzgeber hat auf die Vorschläge der Monopolkommission mit der Einfügung eines zweiten Satzes in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 2005 reagiert. Ob dem Anliegen der Monopolkommission damit im praktischen Ergebnis entsprochen wird, ist zu bezweifeln. Die neue Vorschrift setzt ausschließlich beim Institut der Beiladung zu kartellbehördlichen Verfahren an. Sie stellt klar, dass Verbraucherschutzorganisa-

376 Ebenda, 765. So auch schon *KG*, 31.3.1992 (*Verbandsbeschwerde*), WuW/E OLG 4973, 4975. Anders z. B. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 41 m. w. N.

377 *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 13.6.2002 (*E.ON/Ruhrigas: Greenpeace*), unveröffentlicht, zitiert bei Becker, C., *ZWeR* 20003, 200.

378 *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrigas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029, 1030 mit Hinweis auf den Beschluss in dem parallelen Verfahren *OLG Düsseldorf*, 2.9.2002 (*E.ON/Ruhrigas: Verbraucherzentrale*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de).

379 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105.

380 Die *Monopolkommission*, aaO erinnert daran, dass das OLG Düsseldorf die Erheblichkeit angesichts einer zu erwartenden Mehrbelastung von nur 5 bis 10 EUR je Verbraucher bezweifelt hatte. Dabei hatte es dem Umstand, dass sich die Gesamtbelastung aufgrund der Vielzahl betroffener Haushalte auf einen mindestens dreistelligen Millionenbetrag beläuft, keine Beachtung geschenkt.

381 Ebenda.

382 Ebenda. Damit dürfte die Monopolkommission auf die anderslautende Entscheidung des *KG*, 7.11.1969 (*Triest-Klausel*), WuW/E OLG 1071, 1073 anspielen. Darin hatte das *KG* die Beiladungsentscheidung zugunsten eines Spediteurverbandes mit der Begründung aufgehoben, dass ihm auch einige Spezialunternehmen für den Weintransport angehörten, deren Interessen durch das ausschließlich das internationale Speditionsgeschäft betreffende Missbrauchsverfahren nicht berührt wurden. Zustimmung signalisiert *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 17 (Verband muss „die Interessen aller von dem Verfahren berührten Mitglieder vertreten“). Dagegen überzeugend *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 41.

tionen das Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ auch dann erfüllen (und damit für eine Beiladung in Betracht kommen), „wenn sich die Entscheidung auf eine Vielzahl von Verbrauchern auswirkt und dadurch die Interessen der Verbraucher insgesamt erheblich berührt werden.“ Von einer entsprechenden Novellierung der Beschwerdebefugnis wurde abgesehen. Weder in der Vorschrift § 63 Abs. 2 GWB 2005 noch in § 65 Abs. 3 GWB 2005 finden sich Bestimmungen, nach denen besondere Voraussetzungen für den gerichtlichen Rechtsschutz zugunsten qualifizierter Einrichtungen i. S. d. § 54 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 GWB 2005 gelten. Zwar hat die Neuregelung des Beiladungsrechts über den Verweis in § 63 Abs. 2 GWB auf § 54 Abs. 2 GWB Auswirkungen auch auf die Möglichkeit zu gerichtlichem Vorgehen. Insofern schafft die Novellierung der Beiladungsvoraussetzungen aber nur die Voraussetzung dafür, dass Verbraucherverbände leichter die formelle Mindestanforderung einer vorherigen Beiladung erfüllen können.<sup>383</sup> Zweifel an der Effektivität der neuen Regelung bestehen vor allem unter drei Gesichtspunkten: Zu bedenken ist zum einen, dass – entgegen der Anregung der Monopolkommission<sup>384</sup> – auch für Verbraucherverbände kein Anspruch auf Beiladung besteht. Zum zweiten besteht unverändert die Gefahr, dass der Verbraucherverband vor Gericht an der zusätzlichen Voraussetzung der materiellen Beschwer scheitert. Es sei daran erinnert, dass das OLG Düsseldorf im Verfahren *NetCologne* die Zulässigkeit der vom ANGA e. V. eingelegten Anfechtungsbeschwerde (trotz der vom Bundeskartellamt zuvor ausgesprochenen Beiladung) aus diesem Grunde verneinte.<sup>385</sup> Insofern mag man allenfalls darauf spekulieren, dass die Rechtsprechung von einer Art Ausstrahlungswirkung der legislativen Wertung in der neuen Vorschrift § 54 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 GWB 2005 auf das Merkmal der materiellen Beschwer ausgehen wird. Sie wäre dann ebenfalls unter erleichterten Voraussetzungen zu bejahen. Selbst in diesem Falle bliebe es aber – drittens – auch für den Verbraucherverband bei der neuen Voraussetzung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung droht daher spätestens am Merkmal der Verletzung in eigenen Rechten zu scheitern. Die von der Monopolkommission gewünschte Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes zugunsten von Verbraucherverbänden bleibt damit verschlossen.<sup>386</sup>

383 In der hier verwendeten Terminologie: über die erforderliche Beschwerdeberechtigung verfügen können.

384 *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105.

385 *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 761ff.: „Die Beschwerde des ANGA e. V. ist unzulässig, weil er selbst durch die Freigabe des angemeldeten Zusammenschlusses nicht materiell beschwert ist [...]“ (ebenda, 761).

386 Nach dem Vorschlag von *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 484 sollte die Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes nicht von der Rechtsstellung des beschwerdeführenden Dritten, sondern von einer Abwägung der Vollzugsinteressen mit den Suspensivinteressen des beschwerdeführenden Dritten abhängig gemacht werden. Auch *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 643, FN 102 hatte eine Interessenabwägung anregt, bei der „vor allem auch die individuelle Betroffenheit des Beschwerdeführers zu prüfen“ sei. Der Vorschlag zielt offenbar darauf ab, die in § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB normierte Voraussetzung der „ernsthaften

e) Lösungsvorschlag de lege lata: teleologische Reduktion

Der bislang einzige Vorschlag, den vorhandenen Widerspruch *de lege lata* aufzulösen, basiert auf einer teleologischen Reduktion der neuen Bestimmung § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005.<sup>387</sup> Gedacht ist an Fälle, in denen „durch den Vollzug einer Fusion irreparable Schäden oder gar die Insolvenz von Wettbewerbern“ droht.<sup>388</sup> Hier soll „bei ernsthaften Zweifeln an der Rechtmäßigkeit einer Freigabe-Verfügung der Vollzug gerichtlich gestoppt werden können.“<sup>389</sup> Die Autoren argumentieren damit, dieses Kriterium eines „qualifizierten Betroffenseins“ entspreche der europäischen Rechtslage. Sie verweisen darauf, dass der EuG ebenfalls bei Vorliegen einer „existenzbedrohenden Lage“ einstweiligen Drittschutz im Fusionskontrollverfahren gewährt hat.<sup>390</sup> Die Lösung über eine teleologische Reduktion hebt sich zwar in methodischer Hinsicht von den bisher diskutierten Alternativen ab.<sup>391</sup> Im praktischen Ergebnis besteht aber kein Unterschied zu dem bereits erwähnten Vorschlag einer Mindermeinung, die einerseits eine drittschützende Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB konzidiert, gleichzeitig aber den Schutzbereich der Vorschrift allein auf Fälle der „existentiellen Betroffenheit“<sup>392</sup> beschränkt.<sup>393</sup> Dazu kommt, dass die Annahme einer Verletzung in subjektiven Rechten im Fall der drohenden Existenzvernichtung<sup>394</sup> von Drittbetroffenen bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten ist.<sup>395</sup> In solch einem Fall ist der Tatbestand des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ohnehin erfüllt. Insofern bedarf es schon keiner teleologischen Reduktion der Vorschrift mehr. Unabhängig von ihrer methodischen Einordnung sei aber noch einmal daran erinnert, dass das Auftreten von Fusionen mit existenzvernichtender Wirkung für Dritte von vornherein ausgeschlossen werden kann.<sup>396</sup>

Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung“, das dem OLG Düsseldorf in den Fällen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* als Anordnungsgrund für die Gewährung einstweiligen Drittschutzes gedient hatte, durch ein neues Kriterium zu ersetzen. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens wurde dieser Gedanke nicht weiter aufgegriffen.

387 *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 450. Der Aufsatz wurde noch vor Verabschiedung der Siebten GWB-Novelle verfasst.

388 Ebenda, 450f.

389 Ebenda, 451.

390 Ebenda. Gemeint sind insbesondere die oben in *Kap. 2 C II* zur Frage des Rechtsschutzes gegen drittbelastende Auflagen behandelten Fälle.

391 Vgl. insbesondere den Vorschlag von *Dormann* (dazu oben *Kap. 2 A IV*).

392 *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 453.

393 *Kap. 2 A IV 3*.

394 *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 146f.

395 Siehe schon oben *Kap. 2 A IV 3* sowie *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 146f.

396 Oben *Kap. 2 B*.

f) Eigener Lösungsvorschlag

Damit bleibt es bei der Frage, wie auf der Grundlage der neuen Gesetzeslage das *Telos* einer Beschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts erreicht werden kann, ohne ihn gleichzeitig abzuschaffen. Denkbar ist zum einen, den Vorschlag einer teleologischen Reduktion aufzugreifen. Er bedürfte allerdings einer Verfeinerung hinsichtlich der Voraussetzungen, unter denen der Anwendungsbereich der neuen Vorschrift ausgeschlossen sein soll. Um praktisch wirksam zu sein, müssten sie weiter als in dem Vorschlag von *Steffens* und *Boos* bestimmt werden. Der Vorteil dieser Lösung besteht darin, dass sie mit der herrschenden Ansicht, wonach subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle ausgeschlossen sind, kompatibel ist. In methodischer Hinsicht erscheint dennoch der Versuch vorzugswürdig, das Anliegen des Gesetzgebers durch Auslegung im Rahmen des Wortlauts zu erreichen. Sie macht die Annahme einer planwidrigen „verdeckten Lücke“<sup>397</sup> im Text der Novelle entbehrlich. Nur sie könnte aber eine sich über den Wortlaut des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 hinwegsetzende teleologische Reduktion rechtfertigen. Auslegungsbedürftig erscheint dabei weniger die neu eingefügte Vorschrift als vielmehr § 36 Abs. 1 GWB. Aus dem systematischen Zusammenspiel dieser Bestimmung mit dem neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ist zu folgern, dass das materielle Untersagungskriterium in der Fusionskontrolle drittschützende Wirkung entfaltet. Mithin *gewährt § 36 Abs. 1 GWB* – entgegen der anderslautenden herrschenden Meinung – *subjektive öffentliche Rechte zugunsten drittbetroffener Marktbeteiligter*.<sup>398</sup>

Wenn sich das OLG Düsseldorf in dem zitierten *Werhahn*-Beschluss gegen diese Lösung wendet, unterschätzt es die Bedeutung der sich auf einer zweiten Stufe stellenden Aufgabe: der Bestimmung des Schutzbereichs der Vorschrift.<sup>399</sup> Erst dieser Schritt erlaubt es, das eigentliche gesetzgeberische Anliegen, nämlich dasjenige einer Begrenzung des einstweiligen Drittrechtsschutzes zu verwirklichen. Demgegenüber gehen die Düsseldorfer Richter von der unzutreffenden Hypothese aus, hinsichtlich der Frage der Gewährung subjektiver Drittrechte stünden die Auswahlmöglichkeiten in einem Alles-oder-Nichts-Verhältnis. So argumentiert der Senat: „Wenn jeder durch § 36 Abs. 1 GWB geschützte Wettbewerber oder gar Abnehmer im Fu-

397 Vgl. die Definition bei *Larenz, K./Canaris, C.-W.*, Methodenlehre, 1995, 198: „Fehlen einer Einschränkung“.

398 Vgl. *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 483f.: „Die Praxis könnte aber auch damit reagieren, dass sie die Frage der individualrechtsschützenden Dimension der Fusionskontrolle vom Eilverfahren her (!) neu aufarbeitet.“ (Ausrufungszeichen im Original).

399 Siehe *Kap. 4 D*. Vgl. auch *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 484: „Literatur tut sich mit dieser Frage schwer.“

sionskontrollverfahren subjektive Rechte hätte, liefe die Gesetzesänderung leer.<sup>400</sup> Dem Senat ist zuzugeben, dass die bisherigen Versuche einer Schutzbereichsbestimmung von § 36 Abs. 1 GWB das erforderliche Differenzierungsvermögen vermissen lassen. Entweder wird der Schutzbereich so eng gefasst, dass die Verletzung subjektiver Drittrechte schon theoretisch ausgeschlossen ist,<sup>401</sup> oder aber es wird bereits bei Vorliegen eines bloßen Wettbewerbsverhältnisses ohne jede weitere Einschränkung eine Betroffenheit in subjektiven Drittrechten angenommen.<sup>402</sup> In der Tat würde es zu weit gehen, wenn man jedes Drittunternehmen, das sich im Verhältnis zu den Zusammenschlussbeteiligten auf der gleichen oder der nachgeordneten Wirtschaftsstufe befindet, in den Genuss eines subjektiven Freistellungsabwehranspruchs kommen ließe. Dennoch: Zwischen der Scylla einer – für das bisherige Drittschutzsystem charakteristischen – Antrags- und Beschwerdebefugnis jedes nur irgendwie in wirtschaftlichen Interessen beeinträchtigten Dritten und der Charybdis unerreichbar hoher Anforderungen an die Verletzung in subjektiven Rechten liegt ein Meer differenzierbarer Sachverhaltsgestaltungen. Der folgende Abschnitt ist daher dem Versuch gewidmet, hier Orientierungsmarken zu setzen. Sie mögen eine sichere Passage, einen Mittelweg zwischen Hypertrophie und gänzlicher Beseitigung des subjektiven Drittschutzes in der Fusionskontrolle aufzeigen.

## VI. Zehntes Zwischenergebnis

Eine Untersuchung der Rechtsprechung zu multipolaren Konfliktsituationen im Wirtschaftsverwaltungs- und Steuerrecht zeigt, dass wirtschaftliche Interessen von Konkurrenten zunehmend in den Rang subjektiv-rechtlich geschützter Positionen erhoben werden. Die Auslegung unter grammatischen, historischen und teleologischen Gesichtspunkten erlaubt zwar keine eindeutige Entscheidung für eine drittschützende Ausgestaltung von § 36 Abs. 1 GWB. Sie liefert aber Hinweise in diese Richtung bzw. widerlegt sie zumindest nicht. Ausschlaggebend ist eine Interpretation von § 36 Abs. 1 GWB im Lichte der drittschutzrelevanten Änderungen durch die Siebte GWB-Novelle. Eine Auslegung, die den veränderten verfahrensrechtlichen Kontext berücksichtigt, kommt zu dem Ergebnis, dass die Bestimmung

400 OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1646. Die wiedergegebene Formulierung ist auch deshalb nicht glücklich, weil sie einerseits suggeriert, „jeder Wettbewerber oder Abnehmer“ – Lieferanten werden nicht erwähnt – sei durch § 36 Abs. 1 GWB „geschützt“, das Gericht gleichzeitig aber eine drittschützende Wirkung der Vorschrift ablehnt. Vor dem Hintergrund der Schutznormtheorie würde sich dagegen eher der Schluss vom „Schutz“ bestimmter Dritter durch eine bestimmte Norm – hier § 36 Abs. 1 GWB – auf die Existenz entsprechender subjektiver Rechtspositionen aufdrängen. Offensichtlich verwendet das OLG Düsseldorf den Begriff „Schutz“ im vorliegenden Zusammenhang aber nicht in diesem Sinne. Vielmehr hält es die Auswirkung des materiellen Untersagungskriteriums in § 36 Abs. 1 GWB auf andere Marktbeteiligte für eine lediglich reflexhafte Begünstigung.

401 Siehe die Kritik oben *Kap. 2 B*.

402 Siehe oben *Kap. 3 A IV 2* die Kritik an dem Lösungsvorschlag *Veelkens*.

auch den Schutz der privaten Handlungsfreiheit von Drittbetroffenen bezweckt. Dieses Ergebnis folgt unmittelbar aus dem einfachen Gesetzesrecht. Einer besonderen verfassungsrechtlichen Herleitung bedarf es nicht. Dem Anliegen des Gesetzgebers, den einstweiligen Drittrechtsschutz einzuschränken, ist insbesondere durch eine sorgfältige Abgrenzung des Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB nachzukommen.

#### D. Schutzbereich: Der Tatbestand der nachteiligen erheblichen Interessenberührung

Die Abgrenzung des Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB in persönlicher und sachlicher Hinsicht gibt Auskunft darüber, welche Dritten in welchen Fällen einen Anspruch auf Beiladung zum Fusionskontroll- bzw. Ministererlaubnisverfahren haben. Bedeutung hat die Schutzbereichsabgrenzung weiterhin bei der Prüfung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Erhebung der Verpflichtungsbeschwerde. Schließlich hängt von der Abgrenzung des Schutzbereichs die Antragsbefugnis im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005) und – nach der hier vertretenen Auffassung – die Zulässigkeit der Drittanfechtungsbeschwerde ab. Unterschiede bestehen lediglich im Hinblick auf den erforderlichen Konkretisierungsgrad der Interessenberührung. So besteht ein Anspruch auf Beiladung schon dann, wenn die erhebliche Interessenberührung nach dem substantiierten Vortrag des dritten Antragstellers als Folge einer in Betracht kommenden Fusionsgenehmigung möglich erscheint.<sup>403</sup> Im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung ist die Fusionsgenehmigung dagegen bereits ergangen. Darlegungsprobleme betreffen dann nur noch die geltend zu machenden Beeinträchtigungen. Sie müssen ebenfalls den Anforderungen an eine „erhebliche Interessenberührung“ entsprechen.

#### I. Vorüberlegungen

Die Abgrenzung des drittschützenden Bereichs von § 36 Abs. 1 GWB hat den durch die gesetzgeberischen Zielvorgaben gesteckten Rahmen zu beachten: Die Begrenzung darf zum einen nicht so weit gehen, dass die Verletzung in subjektiven Rechten Dritter faktisch ausgeschlossen wird (absolute Obergrenze).<sup>404</sup> Zum anderen muss die Abgrenzung des Schutzbereichs dem gesetzgeberischen Wunsch nach einer Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes gegen Freigabeverfügungen des

<sup>403</sup> Vgl. *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *Frankf-Kom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 56 m.w.N. Insbesondere für die Entscheidung über die Beiladung ist unerheblich, ob die Freigabe bzw. Erlaubnis unter Berücksichtigung der Sach- und Rechtslage auch tatsächlich zu erwarten ist (ebenda, Rz. 55).

<sup>404</sup> Diesem Erfordernis wird u. a. der Vorschlag von *Dormann* nicht gerecht. Dazu oben *Kap. 2 A IV* und *B*.

Bundeskartellamts entsprechen.<sup>405</sup> Diese Untergrenze ist relativ, nämlich in Beziehung zu den materiellen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis zu bestimmen. Das gesetzgeberische Anliegen einer Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes würde konterkariert, würde man subjektiv-rechtlichen Drittschutz unter Voraussetzungen gewähren, die unter den (niedrigen) Anforderungen liegen, die die herrschende Meinung bislang an das Erfordernis der materiellen Beschwerde stellt.

Weitere Anforderungen an die Schutzbereichsbestimmung resultieren aus der Sorge um ein in systematischer Hinsicht stimmiges Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes.<sup>406</sup> Es gilt, weitere Friktionen im drittschutzrelevanten Verfahrensrecht zu verhindern. Erfolgt die Abgrenzung des subjektiv-rechtlichen Schutzbereichs zu großzügig, so kann das zur Folge haben, dass sich Dritte auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können (und damit einen Anspruch auf Beiladung hätten!), die nach bisheriger Auffassung mangels erheblicher Interessenberührung nicht einmal für eine einfache Beiladung in Betracht kämen.<sup>407</sup> Die hier zugrunde gelegte Auffassung entspricht diesen Anforderungen dadurch, dass sie die Voraussetzung der *nachteiligen erheblichen Interessenberührung* mit dem Tatbestandsmerkmal der *subjektiven Rechtsverletzung* gleichsetzt. Zu dem Vorzug der systematischen Stimmigkeit<sup>408</sup> gesellt sich ein weiterer Vorteil: Zum Merkmal der „erheblichen Interessenberührung“ existiert eine umfangreiche Entscheidungspraxis. Sie umfasst zahlreiche Fusionskontrollverfahren.<sup>409</sup>

405 Hierauf weist das *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645 hin.

406 Das meint wohl auch *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 483f.

407 Diese Gefahr hat sich in dem Lösungsvorschlag *Veelkens* realisiert (oben *Kap. 3 A IV 2*). Siehe dagegen die oben *Kap. 1 B I* aufgestellte Skala verschiedener Stufen der Drittbetroffenheit und den dazugehörigen Verfahrensrechten auf der Rechtsfolgenreihe.

408 Siehe oben *Kap. 3 B I*.

409 Z. B. *Bundesminister für Wirtschaft*, 30.3.1979 (*Veba/BP: Beiladung*), WuW/E BMW 173; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356; *Bundeskartellamt*, 7.9.1981 (*Morris-Rothmans*), WuW/E BKartA 1915; *KG*, 2.10.1981 WuW/E OLG 2603; *KG*, 13.11.1981 WuW/E OLG 2686; *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211; *KG*, 26.6.1991 (*Radio NRW*), WuW/E OLG 4811; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523; *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas II*), WuW/E DE-R 926; *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrigas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029; *OLG Düsseldorf*, 5.12.2002 (*Zweckverband Gasversorgung Oberschwaben*), unveröffentlicht, zitiert bei *Becker, C.* ZWeR 2003, 199, 201, *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545; *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de).

## II. Die Kriterien der materiellen Beschwer und der erheblichen Interessenberührung nach herrschender Meinung

Legt man die Systematik der herrschenden Meinung zugrunde, so erfüllt ein Dritter eher die Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis als der Beiladung.<sup>410</sup> Während diese eine „erhebliche Interessenberührung“ als Folge der in Betracht kommenden Freigabe erfordert, gilt als anfechtungsbefugt derjenige, der eine *materielle Beschwer* geltend machen kann.<sup>411</sup> Grundlegend hat sich der BGH im *HABET/Lekkerland*-Beschluss zu diesem Erfordernis geäußert.<sup>412</sup> Er erteilte darin der Ansicht, wonach eine Beschwerdebefugnis nur im Fall einer subjektiven Rechtsverletzung anzunehmen sei, eine Absage.<sup>413</sup> Vielmehr genüge es, wenn „der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung der Kartellbehörde in seinen wirtschaftlichen

410 Das hat in einigen Fällen die oben *Kap. 1 C* bemängelten Unstimmigkeiten zur Folge. A. A. nur *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 478f.: „Kriterium der materiellen Beschwer [...] ist enger auszulegen als die erhebliche Interessenberührung des Beiladungsrechts.“ Ihm ist vor dem Hintergrund der h. M. allenfalls insofern Recht zu geben, als eine Beiladung auch in den Fällen in Betracht kommt, in denen sich die kartellbehördliche Entscheidung für den Dritten günstig auswirkt, während das Merkmal der „Beschwer“ notwendigerweise nachteilige Auswirkungen verlangt. Unrichtig auch *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2081, der von den über die Beiladungsvoraussetzungen „hinausgehenden“ Voraussetzungen der „materiellen Beschwer“ spricht. Gemeint ist die Voraussetzung der *formellen* Beschwer. Sie (und nicht die materielle Beschwer) ist zu bejahen, wenn dem „materiellen Anliegen durch den rechtskräftigen Inhalt der angefochtenen Entscheidung nicht entsprochen worden“ ist (ebenda, 2081).

411 Siehe schon oben *Kap. 1 B I 3* insbesondere auch zum Erfordernis der Beiladung als Voraussetzung für die (formelle) Anfechtungsberechtigung.

412 Zur Einordnung der Entscheidung: *Schmidt, K.*, DB 2004, 527ff, insbes. 529.

413 Diese Ansicht geht insbesondere auf *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff., 102ff.; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 253 zurück. Auch *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 674 setzt materielle Beschwer und subjektive Rechtsverletzung gleich. Kritik an der Entscheidung des BGH äußert auch *Bunte, H.-J.*, in: Bunte, H.-J. (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 634. Er möchte nach wie vor das Erfordernis der materiellen Beschwer und der subjektiven Rechtsverletzung gleichsetzen. Auch die hier entwickelte Neukonzeption macht die Anfechtungsbefugnis von der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten abhängig. Dagegen fordern *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 681 gerade keine Verletzung des dritten Beschwerdeführers in subjektiven Rechten. Insofern missverstehen *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 443 (FN 54) die von *Boeckhoff* und *Franßen – Steffens* und *Boos* zitieren den Zweitautor des in Bezug genommenen Beitrags versehentlich mit *Krefeld* – geforderte Beeinträchtigung des Beschwerdeführers durch eine „negative Veränderung seiner Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt.“ Dabei handelt es sich lediglich um eine Modifikation des von *Boeckhoff* und *Franßen* im Einklang mit der herrschenden Meinung geforderten Kriteriums der „materiellen Beschwer“.



Interessen nachteilig berührt“ ist.<sup>414</sup> Weitergehende Einschränkungen, beispielsweise im Hinblick auf die Art der maßgeblichen Interessen oder das quantitative Ausmaß der Beeinträchtigung, werden nicht gemacht.<sup>415</sup>

Die Anforderungen der herrschenden Meinung an das Kriterium der *erheblichen Interessenberührung* als Voraussetzung für die Beiladung (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) erweisen sich in dreierlei Hinsicht als anspruchsvoller. Unterschiede bestehen zunächst im Hinblick auf die Frage, welcher Art die geltend gemachten Interessen sein müssen. Bei den geltend gemachten Interessen muss es sich um erhebliche im Sinne von maßgeblichen Interessen handeln (qualitatives Kriterium).<sup>416</sup> Es besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass – im Gegensatz zu den im allgemeinen Verwaltungsrecht für das verwandte Institut der „Hinzuziehung“ geltenden Voraussetzungen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG<sup>417</sup>) – eine Beeinträchtigung in „rechtlichen Interessen“ nicht erforderlich ist.<sup>418</sup> Danach kommen rechtliche Interessen zwar ebenfalls in Betracht.<sup>419</sup> Ausreichend sind aber auch bloße wirtschaftliche Interes-

414 BGH, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165. Ähnlich schon: KG, 8.11.1995 (*Fernsehübertragungsrechte*), WuW/E OLG 5565, 5571. Zustimmung *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 446; *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 531. Noch weiter: KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2972 und BGH, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079, die eine bloße Interessenbeeinträchtigung bzw. lediglich eine „nachteilige Wirkung“ des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts fordern. *Kollmorgen, J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), GWB, 2006, § 63, Rz. 21 macht ebenfalls keine Einschränkungen hinsichtlich der Art der berührten Interessen.

415 Eine Mindermeinung in der Literatur möchte dagegen auch das Kriterium der materiellen Beschwer anhand zusätzlicher Kriterien weiter einschränken. Verlangt wird eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Beschwerdeführers auf dem relevanten Markt (*Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 676f. mit umfangreichen Nachweisen auf die Gegenauffassung (ebenda, 671 FN 23). In diese Richtung auch *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65: Betroffenheit in „wettbewerblichen Interessen“ als Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis.

416 Die Terminologie ist uneinheitlich. Wie hier *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 475. Anders *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 36, 40: „verfahrensrelevante“ bzw. „rechts-erhebliche“ Interessen. Zustimmung *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 60. *Kiecker, J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 29 stellt ebenfalls qualitative Anforderungen an die Art der Interessenberührung (Interessen müssen „wettbewerbsbezogen [sein] und sich nicht in der Aufrechterhaltung zivilrechtlicher Rechtspositionen erschöpfen“), prüft diesen Punkt aber unter dem – außerdem quantitativ verstandenen – Begriff der „erheblichen“ Interessenberührung.

417 Vgl. auch § 65 Abs. 1 VwGO.

418 KG, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; BGH, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561; KG, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211; KG, 19.8.1986 (*Air Liquide*), WuW/E OLG 3908, 3910; *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 59, 62; *Becker, C.*, ZWeR 2003, 199, 203. Kritisch zur Gegenüberstellung von rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen durch die h. M. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), GWB, 2001, § 54 Rz. 38.

419 KG, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340.

sen, wenn sie Bezug zum Wettbewerb haben.<sup>420</sup> Hat das Verfahrensergebnis dagegen keine Auswirkungen auf die Wettbewerbslage des die Beiladung beantragenden Unternehmens, so fehlt es an der erforderlichen Drittbetroffenheit.<sup>421</sup> Mit Rücksicht auf diese Einschränkung lehnt die herrschende Meinung auch die Möglichkeit der Beiladung von Arbeitnehmervertretern ab.<sup>422</sup> Zum zweiten leitet die herrschende Meinung aus dem Erfordernis der Erheblichkeit der Interessenberührung eine zusätzliche Begrenzung in quantitativer Hinsicht ab.<sup>423</sup> Einigkeit besteht darüber, dass jedenfalls eine ganz geringfügige Betroffenheit der Wettbewerbslage nicht ausreicht.<sup>424</sup> Danach scheiden zumindest solche angeblichen Beeinträchtigungen aus,

420 Das *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 stellt bei potentiellen Beiladungskandidaten auf die Auswirkungen auf das „nach dem GWB zu berücksichtigende Marktgeschehen“ ab; *KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357: „Erhebliche Interessen in diesem Sinne sind alle auf die Wettbewerbslage bezogenen Interessen“; *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5882: Das Verfahrensergebnis muss geeignet sein, die „Wettbewerbslage zu beeinflussen“; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525: „kartellrechtlich relevante wirtschaftliche Interessen“; *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545 "nicht jedes wirtschaftliche Interesse“, nur bei „kartellrechtlicher Relevanz“. *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 54: „Die wirtschaftlichen Interessen müssen sich auf die Wettbewerbslage beziehen“ und 60: „Marktinteressen“; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 38 fordert zwar eine Berührung in „rechtserheblichen“ Interessen, versteht darunter aber ebenfalls „in erster Linie alle auf die Wettbewerbslage bezogene Interessen“; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456: „Alle wirtschaftlichen Interessen, die mit den Marktverhältnissen in Zusammenhang stehen, vor deren Beeinflussung das GWB schützen will“; *Becker, C.*, *ZWeR* 2003, 199, 203: Interessen, „soweit sie kartellrechtlich von Belang sind“.

421 Z. B. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211, 3212 (Drittmarktbezug); *KG*, 17.12.1985 WuW/E OLG 3730, 3731 (Auskunftsverfahren gegen Dritte).

422 *Bundeskartellamt*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71f.; *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339. Zustimmend *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 60; *Schöne, O.*, *WRP* 1960, 261, 263f.; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456. A. A. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 36. Siehe auch noch unten *Kap. 5 A VIII 2*.

423 H. M.: *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62 m.w.N. und kritischer Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung von *K. Schmidt* (dazu sogleich); *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 457; *Kevekordes, J.*, *WuW* 1987, 365, 366f. A. A. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40, der sich gegen eine quantitative Prüfung auf Tatbestandsebene ausspricht. Er möchte diesen Gesichtspunkt erst bei der Ermessensausübung berücksichtigen. Die Auffassungen dürften in den meisten Fällen zu identischen Ergebnissen führen.

424 *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 59, 62.

deren Existenz bzw. Höhe überhaupt nicht dargelegt werden.<sup>425</sup> Im Übrigen besteht Streit über die Bedeutung des Merkmals.<sup>426</sup> Früher standen sich insbesondere die so genannte „relative“ und die „absolute“ Betrachtungsweise gegenüber.<sup>427</sup> Das Bundeskartellamt hatte die Ansicht vertreten, es fehle am Erfordernis der erheblichen Interessenberührung, wenn die Auswirkungen im Hinblick auf die Gesamtgröße des Unternehmens nur geringfügig sind.<sup>428</sup> Dem ist das KG nicht gefolgt.<sup>429</sup> Überwiegend wird heute die Ansicht vertreten, dass spürbare Auswirkungen auf den Geschäftsbereich des Unternehmens ausreichen, auf den sich der Verfahrensgegenstand bezieht. Andernfalls wären diversifizierende Großunternehmen im Vergleich zu kleinen Spezialunternehmen mit identischem Marktanteil benachteiligt.<sup>430</sup> Das OLG Düsseldorf hat jüngst ein drittes Abwägungskriterium eingeführt.<sup>431</sup> Es verlangt vom Bundeskartellamt, dass es die vom Antragsteller repräsentierten wettbewerbsrelevanten Belange und die gegenläufigen Verfahrensziele der Hauptbeteiligten in ein Verhältnis setzt und gewichtet.<sup>432</sup> Im Ergebnis läuft das auf eine vorgezogene Prüfung derjenigen Gesichtspunkte hinaus, die von der Kartellbehörde im Rahmen der ihr eingeräumten Ermessensentscheidung, also auf Rechtsfolgenseite ohnehin zu berücksichtigen sind.<sup>433</sup>

425 Siehe das Beispiel in *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

426 *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527.

427 Dazu *Schöne, O.*, WRP 1960, 334, 335, der selbst eine vermittelnde Position einnimmt.

428 *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92; *Bundeskartellamt (Einspruchsabteilung)*, 16.3.1960 WuW/E BKartA 176, 177 (ausdrücklich gegen absolute Wertung); *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 *GWB* 1980, Rz. 18; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 457.

429 *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393f.; *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 967 f.; *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211,3211f.; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 492.

430 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 63; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 491f.; *Kevekordes, J.*, WuW 1987, 365, 366f.

431 *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 62 sieht darin eine Weiterentwicklung des „Spürbarkeitserfordernisses“.

432 *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545, 1541. Ähnlich schon *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527, wonach es einer Abwägung bedürfe, ob eine "solche Nähebeziehung der Interessen zum Verfahrensgegenstand besteht und außerdem ein solches Gewicht der Auswirkungen einer der möglichen kartellbehördlichen Verfahrensentscheidungen auf diese Interessen [gegeben ist], dass es bei wertender Betrachtungsweise angemessen erscheint, dem Beizuladenden Rechte auf Beteiligung am Verfahren [...] einzuräumen."

433 Ähnlich *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 62.

### III. Eigener Auslegungsvorschlag

Ein eigener Versuch, den drittsschützenden Bereich von § 36 Abs. 1 GWB der Schutzbereichsbestimmung setzt ebenfalls bei der Auslegung des Merkmals der (nachteiligen) erheblichen Interessenberührung an. Dabei kann weitgehend auf in der Praxis erarbeitete Eingrenzungen zurückgegriffen werden. Für die Begrenzung des Schutzbereichs erweist sich das Merkmal der Erheblichkeit als bedeutsam. Es hat eine qualitative und eine quantitative Komponente.<sup>434</sup>

#### 1. Qualitative Kriterien

Das Telos der Fusionskontrolle besteht darin, negative Veränderungen der Wettbewerbsstruktur zu verhindern.<sup>435</sup> Von diesem Zweck her müssen auch die Anforderungen an die materielle Beschwer bestimmt werden.<sup>436</sup> Die von den Drittunternehmen sowohl im Kartellverwaltungs- als auch im gerichtlichen Verfahren geltend gemachten Interessen müssen von solcher Art sein, dass sie in eine fusionskontrollrechtliche Würdigung eingehen können.<sup>437</sup> Es genügt daher nicht, dass die antragstellenden bzw. beschwerdeführenden Dritten irgendeine Beeinträchtigung in wirtschaftlichen Interessen geltend machen.<sup>438</sup> Insofern ist in weitgehender Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung<sup>439</sup> eine *erhebliche Beeinträchtigung in öffentlichrechtlich geschützten Interessen mit Bezug zur Wettbewerbslage* zu verlangen. Dabei sind die folgenden Elemente zu unterscheiden: Der Beschwerdeführer und die Zusammenschlussbeteiligten müssen in einem *marktrelevanten Verhältnis* zueinander stehen (a). Der Beschwerdeführer muss eine *marktrelevante Betroffenheit dieses Verhältnisses* geltend machen (b). Dabei muss es sich um eine Beeinträchtigung in *subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen* handeln (c). Besonderheiten gelten, wenn das Bundeskartellamt eine Freigabe mit der Anwendung der *Abwägungsklausel* rechtfertigen möchte (d).

434 Vgl. ebenda, Rz. 59.

435 OLG Düsseldorf, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 763. Vgl. auch schon BGH, 21.2.1978 (*Kfz-Kupplungen*), NJW 1978, 1320, 1322. Wagner-von Papp, F., in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 452 (= § 9 Rz. 100).

436 OLG Düsseldorf, aaO. Zustimmend Boeckhoff, R./Franßen, G., WuW 2002, 668, 676.

437 Insofern besteht Übereinstimmung mit den Kriterien, anhand derer die herrschende Meinung den Kreis der potentiellen Beiladungskandidaten abgrenzt. Siehe nur Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54 Rz. 38 sowie oben II.

438 Bundeskartellamt, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

439 Siehe die Nachweise oben FN 420.

a) Marktrelevantes Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Zusammenschlussbeteiligten

Mindestvoraussetzung für die geforderte Betroffenheit in marktbezogenen Interessen ist das Bestehen eines *marktrelevanten Verhältnisses* zwischen dem beschwerdeführenden Dritten und wenigstens einer der Fusionsparteien. Diese Voraussetzung erfüllen nicht nur solche Dritten, die zu den Zusammenschlussbeteiligten (auf dem relevanten Markt) in einem Wettbewerbsverhältnis stehen.<sup>440</sup> Vielmehr kommen neben Wettbewerbern insbesondere auch Unternehmen der Marktgegenseite als Beschwerdeführer in Betracht.<sup>441</sup> In Sonderkonstellationen mag der Zusammenschluss auch Auswirkungen auf Drittmärkte haben. Dann kommt eine Verletzung in subjektiven Rechten auch von solchen Dritten in Betracht, die weder (unmittelbare) Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten sind, noch auf der (unmittelbaren) Marktgegenseite anzusiedeln sind.<sup>442</sup> Zu denken ist insbesondere an Unternehmen auf entfernteren Wirtschaftsstufen sowie an Unternehmen auf Parallelmärkten.<sup>443</sup>

440 So aber *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 681. Missverständlich auch das *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666: „unmittelbares oder mittelbares Wettbewerbsverhältnis.“ Es beruft sich auf die entsprechende Einschränkung etwa bei *Rittner, F.*, Wettb.-u. KartR, 1999, § 13, Rz. 172 (= S. 381) und *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303, der Konkurrenten jedoch lediglich beispielhaft als potentielle Drittkläger nennt: „Beschwerdebefugnis [...] Dritter, etwa von Konkurrenten“.

441 Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525f. und 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545, 1546, das zwar „Auswirkungen auf die Wettbewerbslage des beizuladenden Antragstellers“, nicht aber zwingend ein „Wettbewerbsverhältnis“ – etwa i. S. d. § 1 UWG a.F. – zwischen den Hauptbeteiligten des Kartellverfahrens und dem beizuladenden Antragsteller verlangt. Vgl. auch die Regelung in § 25 Satz 1 GWB, wonach ebenfalls nicht nur „Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe“, sondern auch den Interessenvertretern der „betroffenen Lieferanten und Abnehmer“ ein Stellungnahmerecht einzuräumen ist.

442 Vgl. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211, 3212 (in casu allerdings verneint). Grundsätzlich zustimmend *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 39; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 63. Vgl. auch schon *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81 („gleichgültig [...] welche Wettbewerbsstufe die Grundlage des Interesses abgibt“) und *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 456 (Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung auch von Abnehmern auf der nächsten Handelsstufe). Zurückhaltender *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 673, die eine erhebliche Interessenberührung bei bloß „mögliche[r] Beeinträchtigung auf einem Drittmarkt“ verneint. Wettbewerbsrelevante Sachverhalte mit Drittmarktbezug lagen auch den folgenden Verfahren zugrunde: *BGH*, 4.11.2003 (*Strom und Telefon I*), WuW/E DE-R 1206; *BGH*, 4.11.2003 (*Strom und Telefon II*), WuW/E DE-R 1210: grundsätzliche Zulässigkeit einer auf §§ 33 i. V. m. 19 Abs. 1 GWB gestützten Unterlassungsklage gerichtet gegen die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Unternehmen auf einem von dem marktbeherrschenden Unternehmen nicht beherrschten Drittmarkt; *in casu* allerdings verneint.

443 Instrukтив *EuG*, 30.9.2003 (*ARD/Kommission*), WuW/E EU-R 716, 720f. (= Rz. 78ff.).

Letzteres kann gerade in Fällen konglomerater Zusammenschlüsse eine Rolle spielen<sup>444</sup> sowie allgemein in Fällen eng benachbarter Märkte.<sup>445</sup>

Ausreichend ist auch das hinreichend wahrscheinliche Entstehen eines marktrelevanten Verhältnisses in der Zukunft (potentielles Marktverhältnis).<sup>446</sup> Es existiert keine allgemeine Formel, anhand derer sich die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Marktzutritts einigermaßen objektivierbar vorhersagen lässt.<sup>447</sup> Erforderlich ist eine Bestimmung der (objektiven) Marktzutrittsschranken<sup>448</sup> sowie der (subjektiven) Bereitschaft zum Markteintritt in jedem Einzelfall.<sup>449</sup> Die Praxis muss sich dabei mit einer typisierenden Betrachtung behelfen. Folgende Indikatoren mögen Anhaltspunkte geben: Ein Marktzutritt erscheint dann eher wahrscheinlich, wenn das betreffende Drittunternehmen bereits auf demselben Produktmarkt tätig ist, es aber noch nicht zu geographischen Überschneidungen kommt. Im Fall der Zugehörigkeit zum selben geographisch relevanten Markt spricht der Umstand, dass das Unternehmen auf einem verwandten Produktmarkt agiert, für die Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses. Verwandtschaft der sachlich relevanten Märkte lässt sich insbesondere in drei Fällen bejahen. Die Produkte dienen der Befriedigung miteinander zusammenhängender Bedürfnisse (Bsp.: Computerkauf und Kauf von Zubehör). Weiterhin können technische Gründe den Übergang zwischen zwei Produktmärkten erleichtern (Bsp.: Verleger wissenschaftlicher Bücher kann auch wissenschaftliche Zeitungen verlegen; Fernseekabelnetz kann aufgrund zunehmender Konvergenz der Netze auch für Telefon- und Internetverbindungen genutzt werden). Schließlich gibt es Fälle, in denen die Marktentwicklung vermuten lässt, dass zwei Produkte aus Sicht der Nachfrager zukünftig austauschbar werden (Bsp.: Kabel- und Satellitenfernsehen).

#### b) Marktrelevante Betroffenheit

Das bloße Vorliegen eines Marktverhältnisses im soeben erläuterten Sinne vermag den drittschützenden Bereich von § 36 Abs. 1 GWB noch nicht zu eröffnen. Die Tatsache, dass Beschwerdeführer und Zusammenschlussbeteiligte (potentielle) Wettbewerber sind bzw. im Verhältnis von Lieferant und Abnehmer bzw. umgekehrt zu-

444 Siehe oben *Kap. 2 B IV* das Verfahren *Tetra Laval/Sidel*.

445 Insbesondere bei substitutiven Gütern, die ähnlichen Verwendungen dienen.

446 Vgl. *KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357 (Das die Beiladung beantragende Drittunternehmen machte seinen Zutritt zum Markt für Fernsehübertragungsrechte vom Ausgang des Untersagungsverfahrens abhängig).

447 Vgl. auch *Zimmer, D.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 1 Rz. 142.

448 Dazu ausführlich *Jickeli, J.*, *Marktzutrittsschranken*, 1990, passim, insbes. 108ff. (zur Fusionskontrolle).

449 Der *BGH*, 7.7.1992 (*Freistellungsende bei Wegenutzungsrecht*), WuW/E BGH 2777, 2779 weist zutreffend auch auf die Bedeutung einer etwa bestehenden Rechtspflicht zur Teilnahme an einem bestimmten Markt, etwa im Rahmen der Daseinsvorsorge, hin.

einander stehen, genügt nicht. Besteht lediglich ein mittelbares Marktverhältnis oder beruft sich der Beschwerdeführer gar auf einen Drittmarktbezug des Zusammenschlussvorhabens, sind umso strengere Maßstäbe anzulegen. Das entscheidende Kriterium bildet daher eine für das marktrelevante Verhältnis charakteristische, mit anderen Worten eine *marktrelevante Betroffenheit* des Drittunternehmens.<sup>450</sup> Handelt es sich beispielsweise um die Anfechtungsbeschwerde eines Konkurrenten, so muss dieser geltend machen, dass sich die Feigabe gerade auf seine Stellung als Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten nachteilig auswirkt. Wendet sich ein Drittunternehmen der Marktgegenseite gegen ein Zusammenschlussvorhaben, so muss es darlegen, inwiefern es Nachteile in seiner Eigenschaft als Lieferant bzw. Abnehmer zu befürchten hat. Beides wird man als Normalfall bezeichnen können. So geht es dem Drittkläger, der gegen das Zusammenschlussvorhaben seiner Konkurrenten vorgeht, häufig darum, seiner eigenen Marginalisierung vorzubeugen, die angesichts der geballten Marktmacht der Fusionsparteien droht. Zu unterscheiden ist einerseits nach der Art des Zusammenschlusses (horizontal, vertikal, konglomerat),<sup>451</sup> andererseits nach dem Marktverhältnis, in dem der beschwerdeführende Dritte zu einem oder mehreren Zusammenschlussbeteiligten steht.

#### (1) Horizontaler Zusammenschluss

Beispielhaft sei auf das bereits erwähnte Verfahren *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*<sup>452</sup> hingewiesen, in dem sich das klagende Unternehmen Phototron gegen die Fusion der beiden größten nationalen Fotoentwickler gewandt hatte. Sie kamen zusammen auf einen Marktanteil von 66 Prozent. Auch im Fall *HABET/Lekkerland* konnte die Beschwerdeführerin zur Überzeugung des Gerichts ihre Befürchtung darlegen, dass die aus ihrer Sicht schon vorhandene marktbeherrschende Stellung ihres Wettbewerbers Tobaccoland durch den Zusammenschluss noch verstärkt würde und sich negativ auf ihre eigene Wettbewerbsposition auswirken würde.<sup>453</sup> Ein Gegenbeispiel bildet das Verfahren *Tobaccoland III*.<sup>454</sup> Die Beschwerdeführerin war zwar als Betreiberin von Zigarettenautomaten im Gebiet Köln sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht auf demselben Markt tätig wie einer der Fu-

450 Vgl. dagegen *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 515f., der die Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO anhand des Kriteriums der konkreten Betroffenheit abgrenzen will und sich mit der Feststellung eines effektiven Wettbewerbsverhältnisses begnügen will.

451 In der Praxis weist ein Zusammenschluss häufig eine Kombination von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Wirkungen auf (*Riesenkampff, A./Lehr, S.*, in: Loewenheim, U./Meesen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), EG-KartR, 2005, Art. 2 FKVO Rz. 110).

452 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95. Siehe oben Kap. 2 D II.

453 *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689.

454 *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, insoweit abgedruckt nur in AG 2001, 527.

sionskandidaten. Sie erfüllte damit das oben genannte Erfordernis eines marktrelevanten Verhältnisses zu den Fusionsparteien. Mangels fusionsbedingten Marktanteilszuwachses im Gebiet von Nordrhein-Westfalen – zu den bereits bestehenden Zigarettenautomaten der Tobaccoland kamen in diesem Gebiet von den übrigen Zusammenschlussbeteiligten keine weiteren Automaten hinzu – verneinte das KG zu Recht das Vorliegen negativer wettbewerblicher Auswirkungen der Fusion auf die Beschwerdeführerin.<sup>455</sup> Ebenso fehlt es an einer marktrelevanten Betroffenheit, wenn sich der dritte Beschwerdeführer gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens seines Konkurrenten ausschließlich mit dem Argument wendet, die Kartellbehörde habe sein kurze Zeit zuvor angemeldetes und als nicht genehmigungsfähig beurteiltes Zusammenschlussvorhaben, das denselben Übernahmekandidaten betraf, unterschiedlich beurteilt und damit das Neutralitätsgebot verletzt.<sup>456</sup>

Das ebenfalls bereits zitierte Verfahren *Konditionenanpassung*<sup>457</sup> illustriert eine der wettbewerblichen Gefahren, die für Dritte von einem horizontalen Zusammenschluss auf der Marktgegenseite ausgehen können. In Folge des fusionsbedingten Zuwachses an Marktmacht und Informationen gelang es der neu entstandenen Unternehmenseinheit, ihre Lieferanten zu veranlassen, sich mit einer rückwirkenden, für sie nachteiligen Revision der Vertragsbedingungen einverstanden zu erklären und entsprechende Ausgleichszahlungen zu leisten. Ungünstig für die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens der Marktgegenseite mag sich auch der fusionsbedingte Wegfall des einzigen potentiellen Wettbewerbers der Zusammenschlussbeteiligten auswirken.

## (2) Vertikaler Zusammenschluss

Für Unternehmen, die mit einer der Parteien eines vertikalen Zusammenschlusses in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, kann die erforderliche marktrelevante Betroffenheit in der Gefahr der Marktabschottung (market foreclosure) bestehen.<sup>458</sup> Die Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten des fusionierenden Konkurrenten werden erweitert, die eigenen entsprechend reduziert.<sup>459</sup> Der typische (marktrelevante) Nachteil, der von einem vertikalen Zusammenschluss für die Abnehmerseite ausgehen kann,

455 Ebenda, 645f. Vgl. auch *KG*, 21.11.1983 (WZ-WAZ), WuW/E OLG 3211, 3212: „Beeinträchtigung der Antragsstellerin nicht auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten, sondern auf einem Drittmarkt.“

456 Vgl. die Argumentation der Beschwerdeführerin im Verfahren *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159ff.

457 *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984. Oben *Kap. 2 B I*.

458 *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 725ff. Als Beispiel aus der US-amerikanischen Fusionskontrolle sei auf die in Rz. 726 erwähnte Entscheidung *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294 (1962) verwiesen.

459 *Monopolkommission*, aaO, Rz. 726. Außerdem kann es zu einer Erhöhung der Marktzutrittschranken kommen (ebenda, Rz. 727, vgl. auch Rz. 737ff.).



liegt in einer Verringerung der Auswahlmöglichkeiten.<sup>460</sup> Zu dieser Wirkung kommt es insbesondere dann, wenn eine große Zahl von Händlern seine Waren nur noch von einer kleinen Zahl von Lieferanten bezieht.

### (3) Konglomerater Zusammenschluss

Bei konglomeraten Zusammenschlüssen ist die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vergleichsweise gering.<sup>461</sup> In einigen Fällen kommt es allerdings zur Verhinderung von potentiell Wettbewerbs.<sup>462</sup> Eine marktrelevante Betroffenheit von Dritten ist nur selten zu bejahen.<sup>463</sup> Prominente Beispiele aus jüngerer Zeit sind die Verfahren *Springer/ProSiebenSat.1*<sup>464</sup> aus der deutschen und *Tetra Laval/Sidel*<sup>465</sup> aus der europäischen Fusionskontrollpraxis.

### c) Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen

Zu warnen ist vor einem naheliegenden Missverständnis. Man könnte geneigt sein, das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn die Freigabeentscheidung den dritten Beschwerdeführer lediglich in *privaten* subjektiven Rechten berührt.<sup>466</sup> Darin läge eine Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „subjektive Rechtsverletzung“. Für das Kartellverwaltungsrecht

460 Vgl. *Wagner-von Papp, F.*, in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 431 (zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).

461 Vgl. *Monopolkommission, V. Hauptgutachten 1982/1983*, Rz. 733, 735ff; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (=Rz. 155). Ausführlich zu möglichen wettbewerbschädlichen Wirkungen (mit zahlreichen Beispielen aus der US-amerikanischen Praxis) *Möschel, W.*, *RabelsZ* 1980, 203, 217ff.

462 Sog. potential-competition Doctrine (vgl. *Möschel, W.*, *RabelsZ* 1980, 203, 217ff.). Siehe auch *Emmerich, V.*, *Kartellrecht*, 2001, § 25 6 (= S. 295).

463 Wettbewerbsliche Gefahren für Konkurrenten mögen manchmal von größeren finanziellen Ressourcen sowie der damit verbundenen Möglichkeit des Verlustausgleichs zwischen verschiedenen Märkten ausgehen. Sie können den Einsatz von Kampfpreisstrategien erleichtern. Dabei handelt es sich aber weniger um ein speziell fusionskontrollrechtliches, als vielmehr um ein Problem, das allgemein von Großunternehmen ausgeht. Dazu *Emmerich, V.*, *Kartellrecht*, 2001, § 22 4 (= S. 253).

464 Bundeskartellamt, 19.1.2006 (*Springer/ProSiebenSat.1*), WuW/E DE-V 1163.

465 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), *Abl.EU* Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875. Siehe schon oben *Kap. 2 B IV*.

466 In diese Richtung möglicherweise *Mees, H. K.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 65 Rz. 8: „Vorstellbar wäre, dass Inhaber von Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen in ihren Rechten betroffen werden.“ In der Literatur zur alten Rechtslage spielt die Frage der Betroffenheit in privaten Rechten insbesondere im Zusammenhang mit dem Institut der notwendigen Beiladung eine Rolle (dazu sogleich).

gelten hier dieselben Grundsätze wie bei der Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO. Die Beeinträchtigung bloß privatrechtlicher Positionen kann einen Verwaltungsakt bzw. sein Ausbleiben noch nicht rechtswidrig machen.<sup>467</sup> Entsprechend scheidet im Bereich des Kartellverwaltungsrechts die Berücksichtigung bloß individueller vertraglicher Einzelinteressen auch dann aus, wenn sie durch das mögliche Verfahrensergebnis betroffen werden können.<sup>468</sup>

#### (1) Beispiele

Hat beispielsweise einer der Zusammenschlussbeteiligten mit seinem Lieferanten einen Großauftrag unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, dass das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen freigegeben wird und tritt diese Bedingung nicht ein, da das Bundeskartellamt eine Freigabeverfügung gemäß § 40 Abs. 3 GWB erlässt, so wird der privatrechtliche Vertrag nicht wirksam (§ 158 Abs. 1 BGB).<sup>469</sup> Zwar steht der Lieferant als Unternehmen der Marktgegenseite in dem erforderlichen marktrelevanten Verhältnis zu mindestens einem der Zusammenschlussbeteiligten. Möglicherweise mag man sogar eine marktrelevante Betroffenheit des Lieferanten bejahen. Immerhin hängt von der Entscheidung des Bundeskartellamtes mittelbar die Wirksamkeit eines für das gegebene Vertikalverhältnis typischen Vertrages ab. Die Anfechtungsbefugnis ist dem enttäuschten Lieferanten jedoch mangels Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen zu versagen. Sein Interesse an der kartellbehördlichen Verfügung bezieht sich alleine auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages. Der Umstand, dass die Parteien die Nichtigkeitsfolge vertraglich mit einem bestimmten Ausgang des Fusionskontrollverfahrens verknüpft haben, kann keine über das Privatrecht hinausgehenden Rechtswirkungen haben. Die Entscheidung darüber, welche Dritten in den Genuss der Anfechtungsbefugnis in Kartellverwaltungssachen kommen, steht nicht zur Disposition privater Unternehmen, sondern bestimmt sich alleine nach den Vorschriften des öffentlichen Kartellrechts.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Entscheidung *Fernsehübertragungsrechte* des KG<sup>470</sup> abzulehnen. Das KG bejahte die Beschwerdebefugnis des Drittklägers mit dem Argument, ihm drohen im Fall einer kartellrechtlichen Untersagungsverfügung zivilrechtliche Schadensersatzansprüche. Das kartellbehördliche

467 Für das allgemeine Verwaltungsrecht *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 81; *Jarass, H. D.*, NJW 1983, 2844, 2845. Dagegen lässt das KG, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340 die Berührung in privatrechtlichen Interessen ausreichen.

468 Vgl. KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5952; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525. In beiden Fällen verneinten die Gerichte eine erhebliche Interessenberührung i. S. d. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1990 bzw. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 1999).

469 Vgl. auch die beiden Beispiele bei *Schöne, O.*, WRP 1960, 261, 263 (keine Berührung von Interessen i. S. d. Beiladungsrechts).

470 KG, 8.11.1995 (*Fernsehübertragungsrechte*), WuW/E OLG 5565.

Verfahren richtete sich gegen die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an UEFA-Pokal-Spielen durch den DFB. Die beigeladenen Sportrechteagenturen befürchteten, der DFB werde in Folge einer etwaigen Verbotsverfügung die eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllen. Es drohten daher Ersatzansprüche seitens der Fernsehanstalten, an die die Übertragungsrechte weiterveräußert worden waren. Bei den geltend gemachten Interessen handelte es sich nicht um solche, die vom Bundeskartellamt in einer ausschließlich wettbewerbsrechtlich orientierten Betrachtung berücksichtigt werden dürfen.<sup>471</sup>

## (2) Betroffenheit in rechtlichen Interessen versus Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechten

Die Frage des Verhältnisses von subjektiven Rechtspositionen des privaten und des öffentlichen Rechts hat sich auch schon vor Verabschiedung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 gestellt.<sup>472</sup> Erinnert sei nur an das Institut der notwendigen Beiladung sowie an die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungsbeschwerde.<sup>473</sup> Glaubt man den Beteuerungen der herrschenden Meinung, so sollen im Kartellverwaltungsrecht dieselben Maßstäbe gelten wie im allgemeinen Verwaltungsrecht.<sup>474</sup> Tatsächlich bedient sich die kartellverwaltungsrechtliche Lehre jedoch eines verkürzten Verständnisses der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts. Sie bezeichnet die Beiladung schon in all den Fällen als notwendig, in denen „der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in seinen Rechten verletzen kann“.<sup>475</sup> Eine weitergehende Differenzierung nach der Zugehörigkeit der in Frage stehenden subjektiven Rechtsposition zum Privat- oder öffentlichen Recht findet nicht statt. In der praktischen Anwendung bedeutet das, dass lediglich nach der Existenz irgendeines subjektiven Rechts des Dritten gefragt wird. Als aufschlussreich erweist sich ein Blick in die Literatur zu § 54 GWB. Es ist bemerkenswert, in welchen Sachverhaltsgestaltungen dort die Beiladung wegen möglicher Rechtsverletzung eines Dritten als notwendig bezeichnet wird. Es handelt sich ausschließlich um solche Fälle, in denen die Verfügung entweder Auswirkungen auf bestehende (privatrechtliche) Vertragsverhältnisse hat oder sonstige privatrechtliche Ansprüche von der Verfügung abhängen. Genannt werden die nach §§ 16, 17 GWB 1999 Gebundenen sowie die von einer Behinderung betroffenen Unternehmen, auf deren Vertragsbeziehungen sich eine Untersagung nach § 20 Abs. 1 GWB auswirkt. Schließlich nennen viele Autoren solche Dritten, denen aufgrund der kartellverwaltungsrechtlichen Verfü-

471 So zutreffend schon *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 676f.

472 Siehe schon oben *Kap. 2 C II* zur Frage, ob die Verfügung von Auflagen zu einer Verletzung von subjektiv-öffentlichen Drittrechten führen kann.

473 *Kap. 1 B I 4*.

474 Vgl. nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 46 m. w. N.

475 Ebenda.

gung ein Anspruch aus § 33 GWB erwachsen würde.<sup>476</sup> Tatsächlich können die betroffenen Dritten sich in diesen Fällen lediglich auf eine (mittelbare) Betroffenheit in privatrechtlichen Interessen berufen. Eine unmittelbare Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten liegt dagegen nicht vor.

Damit bleibt eine wichtige Differenzierung unbeachtet. Das parallele Institut der Beiladung zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren bzw. die Hinzuziehung zum allgemeinen Verwaltungsverfahren sind in den §§ 65 VwGO und 13 VwVfG geregelt. Dort wird als Voraussetzung für die einfache Beiladung bzw. Hinzuziehung – anders als in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB – die Berührung in „rechtlichen“ Interessen verlangt. Daraus folgert man, dass nicht jedes lediglich faktische Interesse am Verfahrensausgang den Tatbestand der §§ 65 Abs. 1 VwGO und 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG erfüllt.<sup>477</sup> Vielmehr wird die Existenz eines subjektiven Rechts vorausgesetzt.<sup>478</sup> Allerdings besteht insoweit ein in der kartellverwaltungsrechtlichen Literatur häufig übersehener Unterschied zum Tatbestand der notwendigen Beiladung (Hinzuziehung). Sie ist in den §§ 65 Abs. 2 VwGO und 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG geregelt. Für die einfache Beiladung genügt als subjektives Recht eines, das im anstehenden Prozess bzw. Verfahren nicht selbst Verfahrens- und Entscheidungsgegenstand ist. Ausreichend ist es, dass der Dritte in einer mittelbaren Beziehung zum Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten bzw. Hauptbeteiligtem und Behörde steht.<sup>479</sup> Dagegen ist in dem in den §§ 65 Abs. 2 VwGO und 13 Abs. 2 VwVfG geregelten Fall der notwendigen Beiladung bzw. Hinzuziehung eine einheitliche Entscheidung auch gegenüber dem am streitigen Rechtsverhältnis zu beteiligenden Dritten erforderlich.<sup>480</sup> Dieser Unterschied hat folgende Konsequenz: Da das Verhältnis des einfach beizuladenden Dritten zum Hauptrechtsverhältnis lediglich ein mittelbares ist, können neben öffentlich-rechtlichen auch lediglich privatrechtlich begründete subjektive Rechte Anlass für eine einfache Beiladung geben. Entsprechend werden „rechtliche Interessen“ als „materielle nach öffentlichem oder privatem Recht ge-

476 Die zitierten Beispiele finden sich z. B. bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46; *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1981, § 62 *GWB* 1981, Rz. 29; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 68 (vgl. auch noch *ders.*, aaO, § 54 *GWB* 1999, Stand d. Bearb. März 2001, Rz. 67); *Junge, W.*, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G. (Hrsg.), *Gemeinschaftskomentar*, 1973, § 75 *GWB* 1966, Rz. 3; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 508f.; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, *ZNER* 2003, 76, 84f. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung liefert der Fall des *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), *WuW/E OLG* 5849, 5851 (Eingriff in vertragliche Strombezugsrechte).

477 *Nottbusch, C.*, *Beiladung*, 1995, 65 m. w. N.

478 *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 35.

479 *Nottbusch, C.*, *Beiladung*, 1995, 65ff.

480 Ausführlich *Bier, W.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: April 2006, § 65, Rz. 11ff. und 14ff. Zum Unterschied zwischen einfacher und notwendiger Hinzuziehung auch *Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 512f.

geschützte Positionen“ definiert.<sup>481</sup> Das eine notwendige Beiladung begründende subjektive Recht beschränkt sich dagegen auf solche Individualinteressen, die von Normen des öffentlichen Rechts geschützt werden.<sup>482</sup> Danach ist festzuhalten, dass der Begriff des rechtlichen Interesses über den des subjektiven öffentlichen Rechts hinausgeht. Er umfasst zusätzlich auch diejenigen Rechtspositionen, die in der Privatrechtsordnung fußen. Vor dem Hintergrund dieses Unterschieds zwischen den Begriffen rechtliches Interesse und subjektives öffentliches Recht wird das Missverständnis der herrschenden kartellverwaltungsrechtlichen Meinung verständlich.

### (3) Zusammenfassung

Um den Kreis der notwendig zum Kartellverwaltungsverfahren beizuladenden Dritten und damit auch der gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 antragsbefugten Dritten zu bestimmen, bedient sich die herrschende Meinung der Kriterien, die im allgemeinen Verwaltungsrecht Voraussetzung für den Status eines einfachen Beiladungskandidaten sind. Es handelt sich um das Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit in rechtlichen Interessen. Nach richtiger Auffassung begründet die Betroffenheit in privaten subjektiven Rechten aber keinen Anspruch auf Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde. Nur wenn sich die Entscheidung über den Streitgegenstand auch ihm gegenüber unmittelbar rechtlich auswirkt, ist Rechtsfolge die obligatorische Beiladung (vgl. auch den Wortlaut von § 71 Abs. 1 Satz 4 GWB). Hierfür kommen ausschließlich solche subjektiven Rechte in Betracht, die im öffentlichen, nicht aber im privaten Recht gründen.<sup>483</sup>

481 Z. B. *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2003, § 13, Rz. 35. Ähnlich *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2003, § 65, Rz. 9: „von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Rechts- und Interessensphäre.“ Sie halten es allerdings für nicht erforderlich, dass der Beizuladende tatsächlich oder möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist.

482 Ausdrücklich gegen die Erstreckung des Begriffs der Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht auf die Beeinträchtigung lediglich privater Rechte und Rechtsstellungen *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, Rz. 77; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 81. Anders offenbar *Nottbusch, C.*, Beiladung, 1995, 70 ff., die ihre Ausführungen zu den privatrechtlichen Interessen als rechtliche Interessen i. S. von § 65 Abs. 1 VwGO ausdrücklich auch auf die notwendige Beiladung bezogen wissen möchte.

483 Praktisch hat diese Erweiterung des Kreises der in der Fusionskontrolle mit einer besonderen Rechtsstellung versehenen Dritten bislang keine Rolle gespielt. Eine notwendige Beiladung zu einem Fusionskontrollverfahren wurde noch nie angenommen. Die wenigen von der Literatur genannten Beispiele einer Betroffenheit in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen, die Auslöser für eine notwendige Beiladung seien, beziehen sich sämtlich auf das allgemeine Kartellrecht.

d) Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung bei Anwendung der Abwägungsklausel

Als problematisch erweist sich die Frage, ob der Schutzbereich des § 36 Abs. 1 GWB auch in den Fällen eröffnet ist, in denen der Dritte die fehlerhafte Anwendung der im 2. Halbsatz der Vorschrift normierten Abwägungsklausel geltend macht. Hier ist zu differenzieren:

Zunächst ist von folgendem Grundfall auszugehen: Das Zusammenschlussvorhaben führt zwar zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt X. Gleichzeitig stellt das Bundeskartellamt aber überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt Y fest.

(1) Ist ein Drittunternehmen sowohl auf dem einen als auch auf dem anderen Markt unternehmerisch tätig, so erscheint es wenig problematisch, ihm subjektiv-öffentliche Rechte zuzuerkennen. In diesem Fall lassen sich an der Wettbewerbssituation des in doppelter Hinsicht betroffenen Drittunternehmens exemplarisch die Vor- und Nachteile des Zusammenschlussvorhabens sowie ihre Gewichtung studieren.<sup>484</sup> Es erscheint daher angemessen, dem Drittunternehmen einen subjektiven Anspruch auf die Einhaltung der Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB zuzugestehen.<sup>485</sup> Dieser Anspruch kann notfalls auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden. Die Tatsache, dass sich das – im Hinblick auf den Markt Y begünstigte – Drittunternehmen gegen den Zusammenschluss wendet, mag man unter Umständen sogar als Indiz gegen die Annahme überwiegender Verbesserungen der Wettbewerbssituation deuten.<sup>486</sup> Mit anderen Worten: Ergibt eine gerichtliche Überprüfung, dass die vom Bundeskartellamt angenommenen Verbesserungen der Marktverhältnisse auf dem Markt Y die Verschlechterungen hinsichtlich der Wettbewerbssituation auf dem Markt X nicht aufwiegen, liegt darin nicht nur ein Verstoß gegen objektives Recht, sondern außerdem eine Verletzung in subjektiven Rechten des betroffenen Drittunternehmens.

(2) Ist das beschwerdeführende Unternehmen lediglich auf dem Markt tätig, auf dem es nach Ansicht des Bundeskartellamts zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen kommt (Markt Y), so besteht kein subjektiv-öffentliches Recht darauf, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB eingehalten werden. Es fehlt schon am Vorliegen einer „Beschwerde“ i. S. einer nachteiligen Betroffenheit. Insbesondere hat das Drittunternehmen keinen Anspruch darauf, dass das Amt zusätzliche Auflagen zur weiteren Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen verfügt.

484 Vgl. *R. Scholz'* Theorie von der „repräsentativen Begünstigung“ (siehe oben *Kap. 4 C III*).

485 Er schließt selbstverständlich den Anspruch auf Beiladung mit ein.

486 Man wird sich hier vor Verallgemeinerungen hüten müssen. Die vom Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 2. HS GWB berücksichtigten Verbesserungen können in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht zwar beträchtlich sein. Dennoch mögen sie für bestimmte Drittunternehmen im Verhältnis zu den eintretenden Verschlechterungen auf dem anderen Markt nur geringfügig ins Gewicht fallen, da sie bei ihm nur einen unbedeutenden Geschäftsbereich betreffen.

(3) Größere Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der praktisch wohl bedeutendsten Fallgruppe: Das Drittunternehmen ist ausschließlich von den negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Markt X betroffenen. Es profitiert nicht von den Verbesserungen der Wettbewerbssituation auf dem Markt Y. Hier stellt sich die Frage, ob das betroffene Drittunternehmen die Möglichkeit haben soll, notfalls im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend zu machen, die vom Bundeskartellamt festgestellten positiven Effekte seien nicht geeignet, die nachteiligen Wirkungen auf dem ihn betreffenden Markt zu kompensieren. Gegen eine drittschützende Wirkung könnte man einwenden, dass das Gesetz etwaige Drittbelange im Fall des § 36 Abs. 1 2. HS GWB grundsätzlich hintan stellt.<sup>487</sup> Im Ergebnis wird man einen subjektiv-rechtlichen Genehmigungsabwehranspruch des erheblich in seinen Interessen berührten Dritten dennoch bejahen können. Ausschlaggebend ist folgende rechtspolitische Erwägung: Grundsätzlich möchte das Gesetz – auch im Interesse dritter Marktbeteiligter – die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern. Soweit von diesem Grundsatz im Einzelfall Ausnahmen möglich sind, besteht ein besonders großes Bedürfnis nach Transparenz und wirksamer (gerichtlicher) Kontrolle. Sieht man einmal von der seltenen Situation ab, dass dasselbe Drittunternehmen von den Zusammenschlusswirkungen sowohl negativ als auch positiv betroffen ist (erster Fall), kommen praktisch nur Unternehmen der dritten Kategorie als potentielle Beschwerdeführer in Betracht. Verwehrt man ihnen das Beschwerderecht, schließt man damit eine gerichtliche Überprüfung gerade der problematischen Freigabeentscheidungen aus.

Nur in ganz seltenen Fällen kommt es durch einen Zusammenschluss auf demjenigen Markt zu einer Verbesserung von Wettbewerbsbedingungen, auf dem auch die beherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.<sup>488</sup> Beispiele finden sich am Ehesten im Zusammenhang mit Sanierungsfusionen.<sup>489</sup> Ergibt hier eine gerichtliche Überprüfung, dass die zu erwartenden Verbesserungen die gleichzeitig eintretenden wettbewerblichen Nachteile nicht kompensieren können, ist die Genehmigung des Vorhabens nicht nur objektiv rechtswidrig. Sie verletzt außerdem subjektive Rechte des in marktrelevanten Weise erheblich und nachteilig betroffenen Dritten.<sup>490</sup>

487 Siehe schon oben *Kap. 4 C IV 5*.

488 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 296.

489 Z. B. *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drucks. 8/704, 44: Nichtuntersagung des Erwerbs der vom Konkurs bedrohten NRS-Niederrheinstahl GmbH durch die Bentler-Gruppe (zusammen zweithöchster Marktanteil), um eine weitere Verstärkung des Marktführers Mannesmann zu verhindern. Das überwiegt den Nachteil der Verengung des bestehenden Oligopols. Siehe auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 296ff.

490 Die Konstellation entspricht insofern der zuerst behandelten Fallgruppe der doppelten Betroffenheit.

## 2. Quantitative Kriterien

Größere Schwierigkeiten bereitet eine darüber hinausgehende Eingrenzung der subjektiv-rechtlich zu schützenden Dritten anhand quantitativer Kriterien.<sup>491</sup> Zu Recht haben Rechtsprechung und Literatur die früher vom Bundeskartellamt praktizierte sog. relative Betrachtungsweise kritisiert, da sie zu einer nur schwer zu rechtfertigenden Schlechterstellung von Großunternehmen führt.<sup>492</sup> Als Mindestvoraussetzung ist der substantiierte Vortrag drohender Verschlechterungen der Wettbewerbsposition zu verlangen.<sup>493</sup> Auch mag es möglich sein, bestimmte minimale Beeinträchtigungen mittels einer absoluten Untergrenze auszuschließen (sog. Spürbarkeitserfordernis). Bislang hat sich die Praxis hier aber noch nicht festgelegt.<sup>494</sup> Sie beschränkt sich auf die Aussage, das Spürbarkeitserfordernis solle „nur entfernt und absolut geringfügig Betroffene“ von einer Verfahrensbeteiligung fernhalten. Auch der Literatur ist es bislang nicht gelungen, überzeugende Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Sie begnügt sich entweder damit, das Spürbarkeitserfordernis der Rechtsprechung zu referieren<sup>495</sup> oder es zu kritisieren.<sup>496</sup> Soweit sie sich darum bemüht, „genaue Abgrenzungskriterien auf der Grundlage einer «wertenden Betrachtung»“ zu erarbeiten, beschränkt sie sich auf die Aufzählung von Konstellationen, in denen diese Voraussetzung nicht gegeben ist.<sup>497</sup> Ebenso wenig weiterführend erscheint der Vorschlag, den Kreis der erheblich in ihren Interessen Berührten in quantitativer Hinsicht danach abzugrenzen, ob „die Marktchancen negativ von den früheren Möglichkeiten auf dem relevanten Markt [abweichen].“<sup>498</sup> Es handelt sich um eine Wiederholung der beiden von der herrschenden Meinung seit langem und zu Recht geprüften (qualitativen) Kriterien der nachteilhaften und marktrelevanten Betroffenheit.

491 Ausführlich dazu *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82ff.

492 Oben II.

493 Vgl. *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82: „Schlüssigkeitsprüfung“ sowie „konkreter Sachvortrag“ (ebenda, 83). Daran fehlte es in dem zitierten Fall *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

494 Das Bundeskartellamt bezeichnete im Jahr 1960 Fördermittel in Höhe von 12.000 DM als „absolut gemessen, nicht als geringfügig“ (*Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92, 93). Das *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029, 1030 wollte einen prognostizierten Anstieg der Heizkostenpreise in Höhe von monatlich max. 5 EUR je Verbraucher nicht als erheblich bezeichnen. Siehe schon oben *C V 4* und *8 d* zum erweiterten § 54 Abs.2 Nr. 3 GWB 2005.

495 Z. B. *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62; *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A.* (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 54, Rz. 18.

496 Z. B. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40, der quantitative Kriterien nur auf Rechtsfolgenrechtsseite berücksichtigen möchte, diese aber ebenfalls nicht näher präzisiert.

497 *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82f.

498 Ebenda, 82.



Gangbar erscheint allenfalls der Weg, gewisse Einschränkungen aus einem konkreten Vergleich der Marktposition des Drittbetroffenen mit denjenigen der Fusionsparteien abzuleiten. Die Erheblichkeit der Interessenberührung ist um so eher zu bejahen, je schwächer die Marktstellung des Dritten im Vergleich mit dem wettbewerblichen Verhaltensspielraum der fusionierten Einheit ist. Wiederum ist sowohl nach der Art des Zusammenschlussvorhabens als auch nach der Marktbeziehung des Dritten zu den Fusionsparteien zu differenzieren.<sup>499</sup> Am Ehesten dürften sich verallgemeinerungsfähige Kriterien im Fall von horizontalen Zusammenschlüssen formulieren lassen. Danach sind in erster Linie die jeweiligen Marktanteile<sup>500</sup>, außerdem die Finanzkraft<sup>501</sup>, technologische Unterschiede und die Größe der Produktionsanlagen<sup>502</sup> sowie weitere Parameter wie etwa ein vorhandenes Vertriebsnetz in die Betrachtung einzustellen. Hinsichtlich der Finanzkraft mag sich noch eine Unterscheidung zwischen Umsatz und Gewinn anbieten.<sup>503</sup> Letzterer ist für die Bestimmung von Verhaltensspielräumen noch bedeutender.<sup>504</sup> An einer erheblichen Interessenberührung fehlt es beispielsweise, wenn sich das marktstärkste Unternehmen gegen den Zusammenschluss zweier kleinerer Konkurrenten wendet, die auch zusammen nicht an die Marktposition des Marktführers herankommen. Beispielhaft genannt sei zunächst das Zusammenschlussverfahren *Linde-Agefko II*.<sup>505</sup> Zutreffend verneinte das Bundeskartellamt die Erheblichkeit der Interessenberührung i. S. v. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB – wenn auch lediglich hilfsweise. Bei der die Beiladung begehrenden Antragsstellerin handelte es sich um das marktstärkste Unternehmen der Branche mit den höchsten finanziellen Ressourcen.<sup>506</sup> Zu nennen ist weiterhin das Verfahren über die kartellrechtliche Beurteilung der *Anzeigenkooperation SZ/FR/Die Welt*.<sup>507</sup> Sie kam zusammen auf lediglich 18 Prozent gegenüber 34

499 Siehe zu den unterschiedlichen Wirkungen *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 852ff. sowie schon oben *I b*.

500 So *Bundeskartellamt*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222. Kritisch dazu *Kevekordes, J.*, WuW 1987, 365, 367: „Auch der jeweilige Marktführer kann durch eine Aufholfusion in seiner Marktposition nachteilig betroffen sein.“ Vgl. auch *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 22 zur begrenzten Aussagekraft eines alleinigen Vergleichs der Marktanteile. Bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen scheidet die Addition von Marktanteilen definitionsgemäß aus (*Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 779).

501 So das *Bundeskartellamt*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222. Ausführlich zur Bedeutung der Finanzkraft im Hinblick auf die Wirkungen von Zusammenschlüssen *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 786ff.; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36 Rz. 247ff.

502 Zu den zuletzt genannten Elementen *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159, 1162.

503 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159, 1162.

504 Vgl. ebenda.

505 *BKartA*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222.

506 Das Bundeskartellamt (aaO) argumentierte, die Geschäftstätigkeit der Antragstellerin werde durch die in Frage stehende Untersagungsverfügung nicht in erheblichem Umfang beeinflusst.

507 *Bundeskartellamt*, 26.1.1999 (*Stellenmarkt für Deutschland GmbH*), WuW/E DE-V 100.

Prozent der (beigeladenen!) FAZ, die zudem seit Jahren über einen stabilen Marktanteil verfügt.<sup>508</sup> Schließlich sei die Beschwerde der Bauer-Verlagsgruppe gegen die Ablehnung eines Beiladungsantrags zu dem Fusionskontrollverfahren erwähnt, das die Übernahme des Abonnentenstammes der Premiere-Programmzeitung „tv kofler“ durch den Axel-Springer-Verlag betraf.<sup>509</sup> Die Ablehnung des Beiladungsantrags durch das Bundeskartellamt überzeugt zwar im Ergebnis. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das Amt aber schon die (tatbestandliche) Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung verneinen müssen, anstelle sich auf das ihr eingeräumte Ermessen zu berufen.<sup>510</sup> Die Bauer-Verlagsgruppe besetzt mit einem Marktanteil von 50 Prozent die Position des Marktführers im Segment der Programmzeitschriften.<sup>511</sup>

Steht der Dritte im Verhältnis zu den Parteien eines horizontalen Zusammenschlusses auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe, so scheidet eine erhebliche Interessenberührung jedenfalls dann aus, wenn letztere zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 20 Abs. 2 GWB stehen.<sup>512</sup> Umgekehrt ist ein Abhängigkeitsverhältnis des Drittbetroffenen ein klares Indiz für das Vorliegen einer erheblichen Interessenberührung.<sup>513</sup>

#### IV. Anwendung der Kriterien auf die Fälle *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas*

Die praktische Bedeutung insbesondere der qualitativen Kriterien soll an den drei Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* erprobt werden. Sie waren Anlass für die Verschärfung der Voraussetzungen des einstweiligen Drittschutzes. Kommt man hier zu dem Ergebnis, dass es mangels erheblicher Interessenberührung durch eine in Betracht kommende Fusionsfreigabe schon an den materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Drittbeschwerden fehlt, so stellt sich die Frage der Anordnung einer aufschiebenden Wirkung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes auch unabhängig von den veränderten Antragsvoraussetzungen gar nicht mehr. Zwar ließ das OLG Düsseldorf die Frage, ob es über das formelle Erfordernis der Beiladung hinaus noch einer materiellen Beschwer bedarf, in den beiden ersten

508 Siehe vorige FN sowie die Sachverhaltsangabe bei *Traugott, R.*, WRP 1999, 621 627f.

509 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293ff.

510 Vgl. die Wiedergabe des Bundeskartellamtsbeschlusses vom 26.3.2004 ebenda, 1294. Danach hatte das Bundeskartellamt bereits einen Tag zuvor mit der TV Spielfilm GmbH einen anderen Wettbewerber beigeladen.

511 So die Angaben unter [http://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich\\_Bauer\\_Verlag](http://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich_Bauer_Verlag).

512 Ausführlich zur Auslegung *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 20, Rz. 49ff.

513 Vgl. in diesem Sinne den Beschluss des *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984, 987.

Verfahren noch offen.<sup>514</sup> Dennoch sicherte es seine Entscheidungen dadurch ab, dass es das Vorliegen dieser Voraussetzung in beiden Fällen bejahte.<sup>515</sup> In dem im darauffolgenden Jahr entschiedenen Fall *E.ON/Ruhrgas* schloss es sich der Rechtsprechung des BGH und des KG ausdrücklich an.<sup>516</sup> Die beiden Gerichte hatten u. a. schon in den Fällen *Coop-Supermagazin*<sup>517</sup> und *HABET/Lekkerland*<sup>518</sup> eine materielle Beschwer zur Zulässigkeitsvoraussetzung erklärt.

### 1. *NetCologne*

Im Verfahren *NetCologne*<sup>519</sup> hatte sich die Beigeladene PrimaCom, eine Kabelnetzbetreiberin der so genannten Netzebene 4, gegen die Freigabe<sup>520</sup> des Zusammenschlussvorhabens zwischen den Kabelnetzbetreibern Callahan Nordrhein-Westfalen GmbH (CNRW) und NetCologne gewandt. Wie schon erwähnt widmete sich das OLG der Frage einer Interessenberührung von PrimaCom nur am Rande. Nach Ansicht des Gerichts müssten für die Voraussetzung der materiellen Beschwer jedenfalls ein unmittelbares oder mittelbares Wettbewerbsverhältnis zu einem der Fusionspartner und die Tatsache, dass dieses Wettbewerbsverhältnis durch den Zusammenschluss (mit-)betroffen wird, ausreichen.<sup>521</sup> Die beiden genannten Kriterien (Wettbewerbsverhältnis und Betroffenheit dieses Wettbewerbsverhältnisses durch den Zusammenschluss) entsprechen den oben herausgestellten Erfordernissen eines marktrelevanten Verhältnisses sowie einer marktrelevanten Betroffenheit des beschwerdeführenden Drittunternehmens weitgehend. Zu engherzig erscheint allein die Beschränkung auf solche Dritte, die in einem „Wettbewerbsverhältnis“ zu einem der Fusionsbeteiligten stehen.<sup>522</sup> Gerade das Verfahren *NetCologne* zeigt, dass auch Unternehmen der Marktgegenseite Interesse an einer Drittbeschwerde haben können. Ohne sich um eine Subsumtion unter die genannten Kriterien zu bemühen, bejahte das Gericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen jedenfalls im Hinblick auf die Tochtergesellschaft von PrimaCom, die Kabelcom Aachen.<sup>523</sup>

514 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666; OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683.

515 Ebenda.

516 OLG Düsseldorf, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 763; OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 886.

517 BGH, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078f. Vgl. davor schon BGH, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561.

518 KG, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689. In der Folge bestätigt durch BGH, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165.

519 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665.

520 Bundeskartellamt, 4.4.2001 (*NetCologne*), WuW/E DE-V 413.

521 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666.

522 Siehe schon oben III 1 a.

523 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666.

Zunächst gilt es, das Vorliegen eines marktrelevanten Verhältnisses der KabelCom Aachen zu einem der Fusionsbeteiligten zu prüfen. Das vom OLG Düsseldorf unterstellte Vorliegen eines „Wettbewerbsverhältnisses“ erscheint zumindest zweifelhaft. Während die KabelCom Aachen als Netzbetreiberin lediglich auf der Ebene 4 auftritt, ist CNRW auf der vorgelagerten Netzebene 3 tätig. NetCologne bedient zwar wie die KabelCom auch die Netzebene 4, beschränkt sich dabei aber auf den Raum Köln. Ein Konkurrenzverhältnis scheidet damit an der fehlenden geographischen Überschneidung. Naheliegender ist es, die KabelCom Aachen in einem marktrelevanten Vertikalverhältnis zu CNRW zu sehen. CNRW versorgt die KabelCom Aachen nämlich mit Programmsignalen zur Weiterleitung an die Endkunden. Weiterhin bedarf es einer marktrelevanten Betroffenheit der PrimaCom bzw. ihrer Tochtergesellschaft KabelCom Aachen. Legt man die Verfügung des Bundeskartellamts zugrunde, so beschränkte sich das Interesse der Beigeladenen PrimaCom am Ausgang des Fusionskontrollverfahrens auf folgenden Umstand: Zum Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung bezog die Tochtergesellschaft der Beigeladenen, die Kabelcom Aachen, Programmsignale zur Weiterleitung an die Endkunden von CNRW als der damals einzigen Kabelnetzbetreiberin auf der Netzebene 3 im räumlich relevanten Markt Aachen. PrimaCom machte geltend, der Fusionspartner von CNRW, NetCologne, habe den Ausbau seines Ebene 3-Kabelnetzes auch im Raum Aachen geplant. Das hätte für ihre Tochtergesellschaft den Vorteil einer Alternative zum Monopolisten CNRW bedeutet. Mit Erwerb ihres potentiellen Wettbewerbers NetCologne durch CNRW würden diese Ausbaupläne hinfällig. Würde man diesen Sachverhalt zugrundelegen, müsste man eine marktrelevante Betroffenheit der KabelCom Aachen im Vertikalverhältnis bejahen. Die – im Gerichtsbeschluss unwidersprochen gebliebenen – Ermittlungen des Bundeskartellamts ergaben jedoch, dass NetCologne tatsächlich nicht die Absicht einer Kabelnetzerweiterung in Richtung Aachen hegte. Da die Hoffnung auf Wettbewerb durch NetCologne als konkurrierenden NE 3-Betreiber im Raum Aachen also in Wirklichkeit gar nicht bestand, war mit der Fusion keine Verschlechterung der wettbewerblichen Situation von Kabelcom Aachen verbunden. Wettbewerbliche Nachteile hatten nur diejenigen NE 4-Betreiber zu befürchten, die bislang zwischen den beiden Programmsignallieferanten CNRW und NetCologne auswählen konnten und die in Folge des Zusammenschlusses gezwungenermaßen auf den einzig verbleibenden Betreiber CNRW angewiesen sind. Da NetCologne jedoch ausschließlich im Stadtgebiet Köln sowie in einigen angrenzenden Gebieten ein NE 3-Netzwerk unterhielt, bestand eine Betroffenheit nur bei solchen NE 4-Betreibern, die – anders als PrimaCom mit ihrer Tochtergesellschaft KabelCom Aachen – im Raum Köln unternehmerisch tätig waren. Eine nachteilige marktrelevante Betroffenheit von PrimaCom bzw. ihrer Tochtergesellschaft ist damit richtigerweise zu verneinen.

Einen zweiten möglichen Ansatz zur Feststellung einer materiellen Beschwerdeörterte das OLG Düsseldorf konsequenterweise gar nicht mehr. Es handelt sich um die vom Gericht in Zweifel gezogene Einschätzung des Bundeskartellamts, eine

wettbewerbsrelevante Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW sei ausgeschlossen.<sup>524</sup> Doch auch in Bezug auf diesen Punkt ist nicht zu erkennen, inwiefern sich eine mögliche Fehleinschätzung nachteilig auf das von PrimaCom geltend gemachte Interesse an der Fortexistenz des einzigen potentiellen Konkurrenten zu CNRW auf der Netzebene 3 auswirken sollte. Diese Überlegungen lassen sich *a fortiori* auf die von PrimaCom erhobene Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs übertragen.<sup>525</sup> Da schon nicht zu erkennen ist, welche Auswirkungen eine mögliche Fehleinschätzung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen von Deutscher Telekom und CNRW für das Interesse von PrimaCom am Fortbestand von NetCologne haben, kann auch in dem behaupteten Vorenthalten der Vereinbarung der Gesellschafter der CNRW (darunter die Deutsche Telekom über ihre 100%-Tochtergesellschaft KDG) keine materielle Beschwerde gesehen werden.

Schließlich ist noch folgende Hypothese zu erörtern: Unterstellt man einmal, dass das Bundeskartellamt die Möglichkeit einer wettbewerbsrelevanten Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW unterschätzt hat, so könnte sich das nachteilig auf die Möglichkeit von CNRW auswirken, die von ihm vertretene Breitbandkabeltechnik wirksam als Alternative zum Telefonnetz der Deutschen Telekom zu positionieren. Mittelbar könnten hieraus auch Nachteile für NE 4-Betreiber wie die Kabelcom Aachen erwachsen. Auch die NE 4-Betreiber sind darauf angewiesen, dass die Breitbandkabeltechnik als solche sich erfolgreich neben derjenigen des Telefonleitungsnetzes positioniert. Das Risiko einer wettbewerblichen Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW und damit die Breitbandkabeltechnik insgesamt wird durch den Zusammenschluss jedoch nicht größer. Es besteht auch unabhängig von dem Zusammenschluss zwischen CNRW und NetCologne. Eine Änderung der Zusammensetzung des Kreises der CNRW-Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Erwerb sämtlicher Anteile an NetCologne durch CNRW geht weder aus dem Beschluss des Bundeskartellamts noch demjenigen des OLG Düsseldorf hervor.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten: Die Drittbeschwerdeführerin PrimaCom erfüllt unter keinem denkbaren Gesichtspunkt die Voraussetzung einer materiellen Beschwerde im Sinne einer Betroffenheit in marktrelevanten Interessen. Richtigerweise hätte das OLG Düsseldorf daher schon die Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung verneinen müssen. Das hätte der einstweiligen Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Grundlage entzogen.

## 2. Trienekens

Die Beschwerdeführerin Rethmann wendete sich gegen die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zwischen dem Abfallentsorgungsunternehmen Trienekens und

<sup>524</sup> Ebenda, 667.

<sup>525</sup> Vgl. ebenda, 666.

weiteren Beteiligten, unter anderem der Gemeinschafts-Müll-Verbrennungsanlage Niederrhein GmbH. Eine materielle Beschwer erkannte das OLG Düsseldorf vor allem darin, dass die Beschwerdeführerin, die wie Trienekens in der Abfallentsorgungsbranche tätig ist und die sich ebenfalls an der Ausschreibung um den Erwerb der genannten Müllverbrennungsanlage beworben hatte, im Falle der „kartellrechtlichen Unmöglichkeit“ des Zusammenschlussvorhabens den Zuschlag erhalten hätte. Diese Argumentation erscheint zumindest zweifelhaft.

Fraglich ist, ob die Enttäuschung darüber, in einem Vergabeverfahren nicht berücksichtigt worden zu sein, als Berührung in marktrelevanten Interessen zu qualifizieren ist. Zwar handelt es sich bei der Beschwerdeführerin nach Auskunft des OLG Düsseldorf um eine Wettbewerberin.<sup>526</sup> Schwierigkeiten bereitet aber schon die Subsumtion unter das zweite Element, die marktrelevante Betroffenheit. Die klagende Konkurrentin Rethmann müsste geltend machen können, durch die Freigabeentscheidung gerade in ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin wirtschaftliche Nachteile zu erleiden. Dabei ist zu bedenken, dass sich an dem Vergabeverfahren zumindest theoretisch auch ein Nichtwettbewerber beteiligt haben könnte. Wollte man auch ihm die Anfechtungsbefugnis mit dem schlichten Hinweis darauf zusprechen, dass im Fall des Erfolgs seiner Beschwerde gegen die Freigabe die Chance auf einen Zuschlag im Vergabeverfahren bestünde? Die für das Marktverhältnis zwischen Fusionspartei und Beschwerdeführer charakteristische Betroffenheit könnte man in diesem Fall allenfalls noch mit dem Hinweis auf seine Eigenschaft als potentieller Wettbewerber bejahen.<sup>527</sup> Schließlich bestehen Zweifel im Hinblick auf das dritte Element, die Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Positionen. Zwar ist es richtig, dass die zusammen mit der Einführung des Kartellvergaberights am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Bestimmung des § 97 Abs. 7 GWB Dritten einen (subjektivrechtlichen) Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren einräumt.<sup>528</sup> Fraglich ist jedoch schon, ob sich die genannte subjektivrechtliche Position überhaupt dem Bereich des öffentlichen Rechts zuord-

526 *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683.

527 Der Tatsache, dass sich ein Unternehmen an einem entsprechenden Vergabewettbewerb beteiligt hat, sowie insbesondere dem Umstand, dass ihm jedenfalls unter bestimmten zusätzlichen Bedingungen der Zuschlag erteilt worden wäre, mag eine Indizwirkung dafür zukommen, dass es sich bei dem betreffenden Unternehmen um einen ernsthaften potentiellen Wettbewerber handelt.

528 Allgemein dazu *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 97, Rz. 171. Vgl. außerdem *Pietzcker, J.*, *NJW* 2005, 2881ff., der sich ausführlich mit den Möglichkeiten eines Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte auseinandersetzt. Im Beschluss des *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681 finden sich dagegen keine Ausführungen zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 97ff. *GWB*. Auch das *Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-V 431 erwähnt nur allgemein die Diskussion „abfallbehördlicher und vergaberechtlicher“ Vorgaben (Rz. 6, in WuW/E DE-V nicht abgedruckt), ohne auf das speziell vergaberechtlich motivierte Interesse der Beigeladenen Rethmann zu eingehen.

nen lässt.<sup>529</sup> Folgt man der ganz herrschenden Meinung und weist man zumindest den im Anschluss an das Vergabeverfahren erfolgten Vertragsschluss dem Privatrecht zu<sup>530</sup> so scheidet schon daran das Vorliegen einer materiellen Beschwerde im Sinne einer Betroffenheit in marktrelevanten Interessen. Andernfalls könnte ein rein privatrechtlicher Vertragsschluss (hier der Zuschlag unter der Bedingung der kartellrechtlichen Unmöglichkeit des Anteilserwerbs durch einen vorrangig ausgewählten Bieter) die kartellverwaltungsrechtliche Beschwerdemöglichkeit eröffnen. Schließlich spricht das richtig verstandene Verhältnis zwischen Fusionskontrolle und Vergaberechtsschutz gegen die Zulässigkeit einer kartellverwaltungsrechtlichen Drittbeschwerde gerichtet gegen die Freigabe eines durch Zuschlag ermöglichten Zusammenschlusses. Es ist nicht Aufgabe des fusionskontrollrechtlichen Drittrechtsschutzes, den vom unterlegenen Bieter kritisierten Ausgang des Vergabeverfahrens zu korrigieren. Der enttäuschte Bewerber um den öffentlichen Auftrag ist auf ein vergaberechtliches Vorgehen zu verweisen. Einer Ausweitung der vergaberechtlichen Kampfzone auf die Ebene der gerichtlichen Kontrolle von Fusionsfreigaben ist zu wehren.<sup>531</sup>

### 3. E.ON/Ruhrgas

Als im vorliegenden Zusammenhang weniger lehrreich erweisen sich die Entscheidungen des OLG Düsseldorf im Verfahren über die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes u. a. durch einen unabhängigen Energie-Broker und einen

529 Dagegen z. B. *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 97, Rz. 179 m. w. N.; *Pietzcker, J.*, *NJW* 2005, 2881, 2882. Für eine Zweiteilung in öffentlich-rechtliche Vergabeentscheidung und privatrechtlichen Vertragsschluss z. B. das *OVG Koblenz*, 1.9.1992, *NVwZ* 1993, 381, 382. Scharf zu trennen von der Frage, ob subjektiv-öffentliche Rechte betroffen sind, ist die vom *Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-V* 431 ebenfalls aufgeworfene Frage, ob es sich bei den ausgeschriebenen Entsorgungsleistungen um öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 *GWB* handelt (Rz. 91, in *WuW/E* nicht abgedruckt. Der vollständige Wortlaut der Entscheidung ist abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

530 Siehe die umfangreichen Nachweise bei *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, Vor §§ 97ff., Rz. 57 und § 97, Rz. 179 sowie in der vorigen Fußnote.

531 Offen bleiben muss hier, ob eine Betroffenheit der Beschwerdeführerin Rethmann in marktrelevanten Interessen unter einem anderen Gesichtspunkt zu bejahen gewesen wäre. Unabhängig von ihrer Beteiligung am Verfahren der Auftragvergabe hätte die Beschwerdeführerin möglicherweise erfolgreich in ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin von *Trienekens* auf eine drohende Verschlechterung ihrer eigenen Wettbewerbsposition verweisen können. Hält man nämlich mit dem *OLG Düsseldorf* die Möglichkeit einer – angesichts der langen Vertragslaufzeiten im Bereich der Abfallentsorgung allerdings erst sehr viel später eintretenden (*Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-V* 431, 438) – Marktbeherrschung durch *Trienekens* für wahrscheinlich (*OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-R* 681, 686), so ist möglicherweise eine zusammenschlussbedingte zukünftige Marginalisierung von Rethmann bei gleichzeitigem Gewinn an wettbewerblichem Verhaltensspielraum durch die Fusionsparteien zu befürchten.

Energiehändler<sup>532</sup> gegen die ministerielle Genehmigung der beiden Zusammenschlussvorhaben *E.ON/Gelsenberg* und *E.ON/Bergemann*.<sup>533</sup> Zwar thematisiert das OLG Düsseldorf das Erfordernis einer materiellen Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittbeschwerden in seinem ersten Beschluss vom 11.7.2002. Es definiert sie – ähnlich wie hier – als „[Betroffenheit des Dritten] in seinem unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld und Gestaltungsspielraum auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht.“<sup>534</sup> Die Entscheidung entbehrt allerdings näherer tatsächlicher Angaben, die eine Subsumtion unter diese Voraussetzungen erlauben würden. Das OLG bejaht die Existenz einer materiellen Beschwer mit dem schlichten Hinweis auf den Tätigkeitsbereich der beiden Antragssteller „auf dem Gasmarkt“ sowie auf die (unveröffentlichten) „Ausführungen des BMWi in seiner Beiladungsverfügung vom 12.3.2002 (S. 6 und 8)“ bzw. die (ebenfalls unveröffentlichte) eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers *Goethe* des zweiten Antragsstellers.<sup>535</sup> Die Richtigkeit der Gedankenführung des Kartellsenats muss insoweit unterstellt werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht interessant sind die gerichtlichen Beschlüsse in Sachen *E.ON/Ruhrgas* deshalb, weil der Kartellsenat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausschließlich mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften begründete.<sup>536</sup> Auf mögliche Konsequenzen für die Begründetheitsprüfung wird noch einzugehen sein.<sup>537</sup> Jedenfalls schließt dieser Umstand eine nachteilige erhebliche Interessenberührung bei den dritten Antragsstellern solange nicht aus, wie sie sich nicht ausschließlich auf die Verletzung formellen Rechts berufen. Es genügt, dass sie zusätzlich die materielle Rechtswidrigkeit der Verfügung geltend machen, aus der wiederum eine Berührung ihrer eigenen wettbewerblichen Interessen resultieren muss.

## V. Elfte Zwischenergebnis

Der drittschützende Bereich der Vorschrift § 36 Abs. 1 GWB lässt sich in Anlehnung an ergangene Entscheidungen insbesondere zum Merkmal der erheblichen Interessenberührung in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB bestimmen. Die erforderliche Ein-

532 Siehe *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885 887. Später erhöhte sich die Zahl der Antragsteller auf vier (*OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926) bzw. sechs Drittbeschwerdeführer (*OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1015).

533 *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 5.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas - Ministererlaubnis I*), WuW/E DE-V 573ff. und *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas - Modifizierte Ministererlaubnis*), WuW/E DE-V 643ff.

534 *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 886 (unter Bezugnahme auf *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689).

535 *OLG Düsseldorf*, aaO, 887.

536 So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf*, aaO.

537 Ausführlich unten *Kap. 5 B VII*.



grenzung erfolgt sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht: (1) Der Beschwerdeführer muss mindestens zu einem der Zusammenschlussparteien in einem *marktrelevanten Verhältnis* stehen. (2) Dieses Verhältnis muss durch die (in Betracht kommende) Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens *in marktrelevanter Weise betroffen* sein. (3) Dabei muss es sich um eine *Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen* und nicht bloß privaten *Rechtspositionen* handeln. Mit Einschränkungen ist der Schutzbereich von § 36 Abs. 1 GWB selbst dann eröffnet, wenn das Bundeskartellamt von der *Abwägungsklausel* Gebrauch macht. Unter quantitativen Gesichtspunkten sind diejenigen Dritten auszuscheiden, die auch nach dem Zusammenschluss insbesondere von Wettbewerbern eine im Vergleich immer noch stärkere Marktstellung auf dem relevanten Markt innehaben. Die praktische Bedeutung der genannten Merkmale wird deutlich, wenn man Fusionskontrollverfahren untersucht, in denen Drittunternehmen in der Vergangenheit oftmals zu großzügig Rechtsschutz gewährt wurde. Eine konsequente Anwendung der genannten Kriterien führt zu einer erheblichen Verkleinerung des Kreises der subjektiv-öffentlichrechtlich geschützten Drittbetroffenen. Unter dieser Prämisse steht auch die Annahme einer grundsätzlich drittschützenden Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB dem legislativen Ziel einer Begrenzung des (einstweiligen) Drittrechtsschutzes nicht im Wege.

## *Fünftes Kapitel. Das Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes*

### A. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beiladung nach der Neukonzeption

#### I. Verfassungsrechtliche Herleitung der notwendigen Beiladung

An der obligatorischen Beiladung auf Antrag ist im Ergebnis festzuhalten. Abzulehnen ist indessen ihre Herleitung ausschließlich im Rückgriff auf die „subsidiären“<sup>1</sup> Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>2</sup> Die Funktion der (notwendigen) Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG und die Bedeutung der notwendigen Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren unterscheiden sich nicht unerheblich. Während die Beiladung nach dem GWB notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung für den gerichtlichen Rechtsschutz ist, beschränkt sich die Funktion der in der VwVfG geregelten Hinzuziehung auf das Verwaltungsverfahren.<sup>3</sup> Das Institut der notwendigen Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde muss daher aus der in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Rechtsweggarantie abgeleitet werden.<sup>4</sup> Sie erfordert die Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der Verletzung in subjektiven Rechten durch die öffentliche Gewalt.<sup>5</sup> Es muss gewährleistet sein, dass jeder, der eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten geltend machen kann, auch die vom Gesetzgeber aufgestellten formellen Voraussetzungen für gerichtlichen Rechtsschutz erfüllen kann. Der Rechtsschutz darf jedenfalls im Fall der förmlichen Freigabeverfügung innerhalb des Hauptprüfverfahrens nicht an einer Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts scheitern, dessen Verfügung einer gerichtlichen Überprüfung unterstellt werden soll.<sup>6</sup> Darin liegt das entscheidende Argu-

1 *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, Vorb. §§ 54-62 GWB 2005, Rz. 2, 15.

2 So aber z. B. *KG*, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753, 4759; *KG*, 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 66.

3 *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 13, Rz. 27. Genannt werden die Einbeziehung weiterer Personen in das Verfahren, die eventuelle Erstreckung der Bindungswirkung der Verfügung auf Dritte, das Interesse der Verwaltung an einer erleichterten Sachverhaltsaufklärung, Transparenz und Akzeptanz des Verfahrens. Selbstverständlich spielen diese Aspekte auch im Kartellverwaltungsverfahren eine Rolle.

4 So schon die *Bundesregierung*, Stellungnahme zu Änderungsvorschlägen BR Entw. GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 3), 83. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 45; *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 71ff.

5 Ausführlich *Krüger, H./Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 19, Rz. 134ff.

6 Dieses Verständnis entspricht offenbar auch dem historischen Willen des Gesetzgebers. Er selbst deutet die Ausgestaltung der Freigabe im Hauptprüfverfahren als formelle Verfügung durch § 40 Abs. 2 GWB 1998 als Klarstellung, „dass Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“ (*Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44). Insofern besteht also ein wesentlicher Unterschied zwischen der Wirksamkeit von „primären“ subjektiv-öffentlichen Drittrechten ge-

ment, einen Anspruch auf Beiladung zu gewähren.<sup>7</sup> Nur aus dieser verfassungsrechtlichen Herleitung lässt sich auch ein im Vergleich zur notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 VwVfG erweiterter Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren begründen. Während jene nach richtiger Auffassung neben der Berührung in einem subjektiv-öffentlichen Recht eine besondere Verflochtenheit der materiellen Rechtspositionen im Sinne einer Rechtsgestaltung verlangt,<sup>8</sup> löst bereits die bloße Existenz eines subjektiv-öffentlichen Drittrechts den Anspruch auf Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde aus. Die herrschende kartellverwaltungsrechtliche Meinung ignoriert diesen Unterschied zwar. Dass sie letztlich doch zum selben Ergebnis kommt, liegt darin begründet, dass sie für die notwendige Beiladung – wie hier – die Existenz subjektiver<sup>9</sup> Rechte ausreichen lässt. Dieses Ergebnis lässt sich aber nicht mit der von ihr in Anspruch genommenen Analogie zu § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG begründen.<sup>10</sup>

genüber der Nichtuntersagung von Zusammenschlussvorhaben im Vorprüfverfahren einerseits und einer förmlichen Freigabeverfügung im Hauptprüfverfahren andererseits. Im ersten Fall räumt der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt ausdrücklich die Möglichkeit ein, gerichtlichen Drittschutz ermessensabhängig dadurch auszuschließen, dass es darauf verzichtet, in das Hauptprüfverfahren einzutreten (dazu oben *Kap. 1 C II 6*). Im zweiten Fall steht dem Amt dagegen kein Ermessen zu, selbst solche Dritten, die eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten aus § 36 Abs. 1 GWB geltend machen können, den Weg zur gerichtlichen Anfechtungsbeschwerde durch Verweigerung der Beiladung zu versperren (siehe auch sogleich unten FN 15).

- 7 A. A. *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 67. Er zeigt sich zwar ebenfalls offen gegenüber der Annahme eines verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf Beiladung, will ihn jedoch auf das Prinzip des Grundrechtsschutzes durch Beteiligung am Verwaltungsverfahren stützen. Dagegen folgert er aus Art. 19 Abs. 4 GG lediglich die (beiladungsunabhängige) Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung.
- 8 Würde man dagegen auch für die notwendige Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG einen bloßen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung genügen lassen, so würde der Unterschied zwischen einfacher und notwendiger Hinzuziehung fast vollständig nivelliert. Der einzige Unterschied zur einfachen Hinzuziehung bestünde darin, dass ausschließlich subjektiv-öffentliche, nicht aber auch private Rechte die Pflicht zur Hinzuziehung auslösen würden (siehe schon oben *Kap. 4 D III 1 c (2)*). Es bliebe kaum noch Raum für die ermessensabhängige Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG (vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 512f.).
- 9 Dabei versäumt sie es noch, zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich begründeten Positionen zu unterscheiden (siehe vorige FN).
- 10 Missverständlich insofern auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46, der zunächst sorgfältig die Voraussetzungen der notwendigen Beiladung gemäß § 13 Abs. 2 VwVfG umschreibt, dann aber mit den Worten schließt: „Gemeint ist in beiden Fällen, dass der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in seinen Rechten verletzen kann.“

## II. Ausweitung der notwendigen Beiladung und Bedürfnis nach Verfahrenskonzentration

Legt man die hier vorgeschlagene Identifikation der beiden Tatbestandsmerkmale (nachteilige) erhebliche Interessenberührung und subjektive Rechtsverletzung zugrunde, ist die Kartellbehörde verpflichtet, alle Dritten, die im soeben<sup>11</sup> ausgeführten Sinne erheblich und nachteilig in ihren wettbewerblichen Interessen betroffenen sind, auf ihren Antrag beizuladen. Ermessen ist ihr insoweit nicht mehr eingeräumt. Angesichts der zu erwartenden Ausdehnung des Kreises der notwendig Beizuladenden stellt sich zunächst die Frage, wie das Bundeskartellamt noch dem Bedürfnis der Fusionskandidaten an einem konzentrierten und zügigen Verfahrensablauf gerecht werden kann. Um eine übermäßige Belastung des Verwaltungsverfahrens vor dem Bundeskartellamt durch eine Vielzahl von Beteiligten zu vermeiden, ist folgendes differenzierte Vorgehen zu erwägen: Das Bundeskartellamt könnte sich wie bislang darauf beschränken, nur eine geringe Zahl von Drittunternehmen durch Beiladung frühzeitig in das Verwaltungsverfahren zu involvieren. Ihre Einbindung in den Verfahrensablauf würde vorrangig dem Zweck dienen, typische Drittinteressen zu repräsentieren. Soweit die Kartellbehörde dabei – wie bisher auch schon – auf eine möglichst vollständige Vertretung der in Frage stehenden Drittinteressen (insbesondere Wettbewerber und Unternehmen der Marktgegenseite) achtet, können die Beigeladenen ihrer Aufgabe als „Hilfsorgane der sachverhaltsermittelnden Kartellbehörde“<sup>12</sup> in ausreichendem Maße nachkommen. Neben dieser eher objektivrechtlichen Funktion der Beiladung im Verwaltungsverfahren kommt ihre Bedeutung für den Individualrechtsschutz erst im beschwerdegerichtlichen Verfahren voll zum Tragen.<sup>13</sup> Die Beiladung ist formelle Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwer-

11 Siehe oben *Kap. 4 D* zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals zum Zwecke der Schutzbereichsbestimmung von § 36 Abs. 1 GWB.

12 *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81.

13 Vgl. zu den verschiedenen Funktionen der Beiladung im Verwaltungsverfahren und im Beschwerdeverfahren die Feststellung des *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), Rz. 19 zur Bedeutung der Beiladung: „[Ihre] Hauptaufgabe ist nicht die Sicherung von Interessenpositionen, sondern die Verbesserung der Aufklärungsmöglichkeiten des Bundeskartellamts [ist]“ und *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 454, der die „überaus wichtige Aufgabe [der Beiladung] für den Individualschutz“ ebenfalls in erster Linie aus der „besonderen Konstruktion der Anfechtungsbeschwerde, die vom formellen Beteiligtenbegriff (§ 62 Abs. 2 GWB [1973]) ausgeht“ ableitet. Es sei allerdings eingeräumt, dass eine strikte Trennung zwischen objektivrechtlicher und individualrechtlicher Funktion der Beiladung im Verwaltungsverfahren einerseits und im gerichtlichen Verfahren andererseits nicht durchführbar ist. So weist beispielsweise *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476, zu Recht darauf hin, dass eine Beiladung schon in der ersten Prüfungsphase den betroffenen Dritten die Möglichkeit verschafft, durch kritischen Sachvortrag eine vertiefte Prüfung im Rahmen des Hauptprüfverfahrens anzuregen. Erst seine Einleitung öffnet den Weg zu einer eventuellen Anfechtungsbeschwerde. Insofern dient eine frühzeitige Verfahrensbeteiligung von charakteristisch betroffenen Dritten mittelbar auch dem Individualrechtsschutz. Vgl. auch schon oben *Kap. 1 A I FN 15*.

de. Um diesem weiteren Aspekt gerecht zu werden, genügt es, wenn die Kartellbehörde die übrigen erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten erst später, nämlich nach Erlass der Freigabeverfügung beilädt. Es entspricht herrschender Meinung und ständiger Praxis der Kartellbehörden, dass erheblich in ihren Interessen betroffene Dritte auch noch nach Erlass der noch nicht bestandskräftigen kartellbehördlichen Verfügung.<sup>14</sup>

### III. Generalisierung der notwendigen Beiladung?

Weiterhin ist nach der (verbleibenden) Bedeutung des Instituts der „einfachen Beiladung“ zu fragen. Sie stellt im bisherigen System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittrechtsschutzes den Normalfall dar. Eine mögliche Antwort könnte darin bestehen, die Beiladung gänzlich von der Ermessensabhängigkeit zu lösen.<sup>15</sup> Sie würde dann in Anlehnung an *Soell* „zum Regelfall“.<sup>16</sup> Das Institut der *einfachen Beiladung* im Sinne einer ermessensabhängigen Entscheidung entfiel. Übrig bliebe allein die *obligatorische Beiladung*. Anders als bei *Soell* müsste aber auf die zahlreichen Ausnahmen verzichtet werden, die er den Kartellbehörden zugestehen möchte.<sup>17</sup> Insbesondere dürfte der Hinweis auf die Vertretung gleichgerichteter Interessen durch andere Beteiligte kein Grund mehr sein, den Beiladungsantrag eines erheblich in seinen Interessen berührten Drittunternehmens abzulehnen. Das Drittunternehmen ist spätestens nach Erlass der Verfügung beizuladen. Andernfalls wäre gerichtlicher Rechtsschutz wiederum vom Zufall abhängig. Er setzt nämlich weiterhin die vorher-

14 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 50; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 73. Jedenfalls sofern der Antrag noch vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens gestellt wurde, ist eine nachträgliche Beiladung sogar noch während des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens zulässig (*KG*, 21.2.1989 (*Wieland-Langenberg*), WuW/E OLG 4363, 4364f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 50; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 54, Rz. 7; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, *ZNER* 2003, 76, 87). Siehe auch für das allgemeine Verwaltungsrecht *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 28: Hinzuziehung „ist analog § 65 Abs. 1 *VwGO* bis zum Abschluss des Verfahrens, dh bis ein in der Hauptsache ergangener VA unanfechtbar wird, [möglich].“

15 Die Bundesregierung hatte eine entsprechende Regelung schon einmal angeregt. Danach sollte § 42 Abs. 2 Nr. 3 *GWB* folgenden Wortlaut erhalten: „[...] Jede Person, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden, ist auf ihren Antrag beizuladen.“ Die Bundesregierung begründete diesen Vorschlag mit dem Wunsch, dass jede Person, die in ihren Rechten verletzt ist, als Beteiligte am Verfahren vor der Kartellbehörde anfechtungsberechtigt sein soll. Das sei schon im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geboten (*Bundesregierung*, Stellungnahme zu Änderungsvorschlägen BR Entw. *GWB* 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 3), 83).  
Es sei eingeräumt, dass diese Lösung die – ebenfalls dem Individualschutz dienende Funktion der Gewährung rechtlichen Gehörs vor Erlass der Entscheidung – unberücksichtigt lässt.

16 Siehe oben *Kap. 3 A II 1*.

17 Siehe oben *Kap. 3 A II 2*.

gehende Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren voraus. Einzig die kollektive Interessenvertretung der Mitglieder eines Verbandes durch die jeweilige Verbandsorganisation wäre eine denkbare Ausnahme vom generellen Beiladungsanspruch. Legt der Verband nach Erlass der Freigabe Verfügung Beschwerde ein, kann von einer ausreichenden, wenn auch nur mittelbaren Vertretung der Interessen aller Verbandsmitglieder ausgegangen werden.<sup>18</sup> Entscheidet sich der Verband jedoch gegen den gerichtlichen Rechtsschutz, so müsste die durch den Verband vermittelte Beteiligung am Verfahren vor der Kartellbehörde ausreichen, um eine (formelle) Beschwerdeberechtigung der einzelnen Mitglieder zu begründen.

#### IV. Unterscheidung zwischen „Beteiligung“ und (einfacher) „Beiladung“

Vorzugswürdig erscheint folgende Lösung: Neben der soeben beschriebenen obligatorischen Beiladung „im Regelfall“ bleibt zusätzlich die Möglichkeit der einfachen, das heißt ermessensabhängigen Beiladung auf Antrag erhalten. Sie setzt allerdings nicht mehr wie bislang die nachteilige Berührung erheblicher Interessen voraus. Ist das der Fall, so kommt nach der hier vertretenen Auffassung die notwendige Beiladung in Betracht.<sup>19</sup> Vielmehr ist die einfache Beiladung bereits bei einfacher Interessenberührung zulässig. Damit hätten die Kartellbehörden ein flexibles Instrumentarium an der Hand, das es ihnen erlauben würde, interessierten Dritten, die vom Verfahren in geringerem Maße betroffenen werden, ermessensabhängig eine privilegierte<sup>20</sup> Stellung als (einfache) „Beigeladene“ im Rahmen des Verwaltungsverfahrens einzuräumen. Insgesamt würde das Kartellverfahrensrecht den betroffenen Dritten damit drei verschiedene Formen der Einflussnahme erlauben: Recht auf Stellungnahme gemäß § 56 Abs. 2 GWB, Mitwirkung am Verwaltungsverfahren als einfach beigeladene Dritte und Mitwirkung am Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahren als „Beteiligte“ i. e. S.

#### V. Die Unterscheidung zwischen Beteiligung i. e. S. und einfacher Beiladung auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass die hier vorgeschlagene Lösung die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB aufgeführten Tatbestandsmerkmale im Gegensatz zur

18 In diesem Sinne hat sich auch das *KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2257 zu dem Beiladungsantrag von Volkswagen-Händlern geäußert. Hier war der nationale VAG-Händlerverband am Verfahren beteiligt worden.

19 Die notwendige Beiladung bedarf – auch insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung – einer erheblichen Interessenberührung *in negativer Weise*.

20 Siehe zu den Rechtsfolgen sogleich unten *VI*.

herrschenden Meinung kumulativ versteht.<sup>21</sup> Dabei wurde der Umstand betont, dass die Rechtsfolge der „Beteiligung“ nur eintritt, wenn der Dritte sowohl eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen kann als auch dem Beiladungsantrag des betroffenen Dritten durch Entscheidung der Kartellbehörde entsprochen wird. Die Beiladung allein genügt für die Rechtsfolge der *Beteiligung i.e.S.* (das heißt wie sie von § 63 Abs. 2 GWB vorausgesetzt wird) nicht.

Im Zusammenhang mit dem Institut der *Beiladung* ist auf eine weitere Konsequenz hinzuweisen. Das kumulative Verständnis der beiden Tatbestandsmerkmale bedeutet für die Rechtsfolge der Beteiligung i. S. d. § 63 Abs. 2 GWB nicht nur ein Mehr an Voraussetzungen. Zusätzlich erhebt es die beiden Merkmale erhebliche Interessenberührung und Beiladungsentscheidung auf eine Stufe der Gleichordnung. Das von der herrschenden Meinung postulierte Konditionalverhältnis zwischen den beiden Tatbestandsvoraussetzungen besteht – im deutlichen Gegensatz zu vergleichbaren Verfahrensregelungen – im Kartellverwaltungsrecht gerade nicht.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die beiden Tatbestandselemente durch die Konjunktion „und“ anstelle von „weil“<sup>23</sup> zu verbinden. Damit wird der Blick frei für ein eigenständiges, von der Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung unabhängiges Verständnis des Instituts der Beiladung. Sie verleiht dem betroffenen Dritten, der keine erhebliche Interessenberührung geltend machen kann, zwar nicht automatisch den Status eines Beteiligten. Andererseits setzt die Beiladung diese besonders intensive Form der Interessenberührung aber auch nicht voraus. Es ist somit möglich, neben den beiden von der herrschenden Meinung anerkannten Formen der Beteiligung am Kartellverfahren – Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB und „Beteiligung“ im eigentlichen, d. h. im Sinne von § 63 Abs. 2 GWB – die einfache Beiladung als dritte denkbare Art der Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren einzuordnen. Der Status des „Beigeladenen“ kommt danach denjenigen Dritten zu, die – ohne erheblich in ihren Interessen berührt zu sein – auf Antrag von der Kartellbehörde beigeladen wurden. Die Entscheidung über den Antrag liegt – wie bisher im Fall der so genannten einfachen Beiladung auch – im Ermessen der Kartellbehörde. Entsprechend der oben<sup>24</sup> vorgenommenen Abgrenzung des drittschützenden Bereichs von § 36 Abs. 1 GWB schränkt das in § 54 Abs. 2 Nr. 3 enthaltene Attribut „erheblich“ den Kreis der obligatorisch beizuladenden und anfechtungsbeugten sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht ein. In qualitativer Hinsicht scheiden solche Interessen am Kriterium der Erheblichkeit aus, die nicht unmittelbar marktbezogen oder bloß privatrechtlicher Natur sind. Zu denken ist außerdem an solche Dritten, die nur von in den Entscheidungsgründen behandelten Vorfragen berührt werden.<sup>25</sup> Mangels ausreichender quantitativer Interessenberührung kommt die ermessensabhängige Beiladung wegen lediglich einfacher Interes-

21 Siehe oben Kap. 3 C II 2.

22 Ausführlich oben Kap. 2 C II 2.

23 Wie z. B. in § 42 Abs. 2 Nr. 2 GWB-Entwurf 1952. Vgl. den Wortlaut oben in FN 15.

24 Kap. 4 D III.

25 Siehe sogleich unten VIII die Beispiele.

senberührung weiterhin für solche Dritten in Betracht, deren wettbewerblicher Verhaltensspielraum beispielsweise als Marktführer auch nach dem Zusammenschluss ihrer Konkurrenten keiner substantiellen Gefahr ausgesetzt ist.<sup>26</sup> Dritte, die überhaupt keine, also nicht einmal eine einfache Interessenberührung geltend machen können, dürfen nicht beigeladen werden. Der quivis ex populo ist, selbst wenn er einen entsprechenden Antrag stellen würde, vom Kartellverwaltungsverfahren fernzuhalten.

In vielen Fällen wird sich die Behörde zunächst einmal darauf beschränken können, überhaupt eine „Beiladung“ auszusprechen. Die Frage, ob es sich um eine lediglich einfache oder aber eine notwendige Beiladung handelt, spielt insbesondere auf der Ebene eines etwaigen Beschwerdeverfahrens eine Rolle.<sup>27</sup> In vielen Fällen dürfte es daher ausreichen, diese Frage erst im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung einer endgültigen Klärung zuzuführen. Das mag dazu beitragen, die Anzahl der in der Vergangenheit häufig zu beobachtenden Prozesse zu vermeiden, mit denen die Fusionsparteien sich gegen eine als zu großzügig empfundene Beiladungspraxis der Kartellbehörden wenden.<sup>28</sup> In der Sache geht es den Zusammenschlussbeteiligten häufig nur darum, die an die Beiladung geknüpfte Möglichkeit der Drittbeschwerde von vornherein auszuschließen.

Hingewiesen sei noch einmal auf diejenigen Dritten, die zwar erheblich, aber nicht nachteilig vom Verfahrensergebnis berührt werden. Zu denken ist etwa an den Fall des Abnehmers, der sich Vorteile vom Zusammenschluss seines Lieferanten mit einem Wettbewerber verspricht. Ist der Abnehmer dem Lieferanten durch eine Ausschließlichkeitsbindung verpflichtet, so mag der Zusammenschluss auf der vorgelagerten Handelsstufe eine Erweiterung seiner Angebotspalette mit sich bringen. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Beiladung. Die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ist mangels Rechtsverletzung nicht betroffen. Spricht die Kartellbehörde dennoch eine Beiladung aus, so liegen nominell zwar die Voraussetzungen der §§ 63 Abs. 2 i. V. m. 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB (erhebliche Interessenberührung und Beiladung) vor. Dennoch scheidet die Anfechtungsbefugnis am Fehlen der materiellen Beschwer, der Verletzung in subjektiven Rechten.<sup>29</sup> Praktisch dürfte diese Unterscheidung aber kaum eine Rolle spielen. Ergeht eine Freigabeentscheidung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB, so wird der genannte Abnehmer an einem gerichtlichen Vorgehen genauso wenig Interesse haben wie die Zusammenschlussbeteiligten selbst.<sup>30</sup>

26 Erinnert sei an die oben in *Kap. 4 D III 2* erwähnten Verfahren *Linde-Agefko II*, *Anzeigenkooperation SZ/FR/Die Welt* sowie *tv kofler*.

27 Zu sonstigen Unterschieden auf Rechtsfolgenreihe sogleich unten *VI*.

28 Z. B. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), *WuW/E OLG* 3211; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), *WuW/E DE-R* 523.

29 Insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (siehe schon oben *Kap. 3 B*).

30 Die Interessenlage mag sich anders darstellen, wenn die Freigabeunter Auflage ergeht, die gerade auch den Dritten nachteilig betreffen. Sie sind aber schon aus anderen Gründen einer kartellverwaltungsrechtlichen Drittanfechtung entzogen (dazu oben *Kap. 2 C II*).



Abschließend sei noch einmal daran erinnert, dass die Beiladung nicht die einzige Möglichkeit ist, lediglich einfach betroffene Dritte am Verfahrensablauf teilhaben zu lassen. Ist der Tatbestand der einfachen Interessenberührung erfüllt, so kommt nicht nur der Status des einfach Beigeladenen gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Betracht. Möglich ist auch die bloße formlose Anhörung gemäß § 56 Abs. 2 GWB.<sup>31</sup>

## VI. Rechtsfolgen der Unterscheidung zwischen Beiladung und Beteiligung

Es konnte gezeigt werden, dass sich auf der Seite der Tatbestandsvoraussetzungen durchaus Unterschiede zwischen den Erfordernissen der Beiladung und der Beteiligung finden lassen: nachteilige erhebliche Interessenberührung hier, einfache Interessenberührung dort.<sup>32</sup> Zu klären bleibt die Frage, welche Unterschiede auf der Rechtsfolgenseite bestehen.

### 1. Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde

Die bedeutendste Differenz zwischen den beiden Beteiligungsformen besteht auf der Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes: Nur Beteiligte i.e.S. genügen sowohl dem formellen als auch dem materiellen Kriterium, das an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde geknüpft wird (§§ 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Dagegen entspricht die Interessenberührung der so genannten einfachen Beigeladenen nicht dem Erfordernis der Erheblichkeit. Sie scheitern damit an den materiellen Voraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde.

### 2. Akteneinsicht

Eine bemerkenswerte Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Status der Beteiligten einerseits und demjenigen der Beigeladenen andererseits findet sich im Wortlaut des § 71 Abs. 1 GWB. Die differenzierte Wortwahl des Gesetzgebers ist ein weiterer

31 Zwar möchte auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 37 zumindest im konzeptionellen Ansatz zwischen dem – von ihm wesentlich weiter als hier interpretierten – Tatbestandsmerkmal der erheblichen Interessenberührung und der einfachen Interessenberührung unterscheiden. Dennoch räumt auch er ein, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Beiladung und bloßer Anhörung in der Praxis kaum auseinander zu halten sind (ebenda, Rz. 35). Daher unterscheidet sich der hier vertretene Standpunkt in der praktischen Handhabung nicht wesentlich von demjenigen *K. Schmidts*. Auch nach seiner Ansicht sind die Rechtsfolgen einfache Beiladung und Anhörung, wenn auch nicht theoretisch, so doch im praktischen Ergebnis austauschbar.

32 Ausführlich zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nachteilige erhebliche Interessenberührung“ oben *Kap. 4 D*.

Beleg für die eigenständige Bedeutung des Rechtsinstituts der Beiladung neben demjenigen der Beteiligung. Die Vorschrift regelt die Frage, auf welche Tatsachen das Beschwerdegericht seine Entscheidung stützen darf. Satz 2 wendet sich zunächst an die „Beteiligten“. Das Gericht muss ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. In Satz 3 findet sich eine Einschränkung, die sich jedoch nur auf „Beigeladene“ bezieht. Satz 4 wiederum bezieht sich nur auf eine besondere Art der Beigeladenen, nämlich diejenigen, die notwendigerweise zum Verwaltungsverfahren beizuladen waren. Diese Regelung bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf das Beschwerdeverfahren vor Gericht, nicht aber auf das Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden. Neben den §§ 29, 30 VwVfG ist die in der Vorschrift des § 71 Abs. 1 GWB zum Ausdruck gebrachte Wertung jedoch zumindest als Abwägungshilfe auch für das Kartellverwaltungsverfahren heranzuziehen.<sup>33</sup>

Vor dem Hintergrund der überkommenen Auffassung, die nicht zwischen Beteiligten i.e.S. und bloßen Beigeladenen unterscheidet, lässt sich die differenzierte Wortwahl in § 71 Abs. 1 GWB folgendermaßen erklären: Satz 2 regelt neben der Rechtsstellung der beigeladenen Drittunternehmen („gekorene Beteiligte“) vor allem auch die Rechtsstellung der Hauptbeteiligten („geborene Beteiligte“) gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB, auf die auch § 72 Abs. 1 GWB verweist.<sup>34</sup> Die Einschränkung in Satz 3 dagegen ist lediglich auf die Gruppe der „hinzugezogenen“ Dritten („gekorene Beteiligte“) bezogen. Sie werden mit dem Begriff „Beigeladene“ bezeichnet. In Satz 4 der Vorschrift wird diese Einschränkung in Bezug auf so genannte notwendig beigeladene Dritte wieder zurückgenommen. Sie sind genauso zu behandeln wie die in Satz 2 genannten geborenen Beteiligten.<sup>35</sup> Damit erschließt sich der Wortlaut von § 71 Abs. 1 GWB nach dem Verständnis der herrschenden Meinung als Folge von Regel (Satz 2), Ausnahme (Satz 3) und Ausnahme von der Ausnahme (Satz 4).

Geht man dagegen wie hier von einer bewussten gesetzgeberischen Unterscheidung in beteiligte und bloß beigeladene Dritte aus, so gelangt man zwar letztlich zum selben Ergebnis. Die Gedankenführung verläuft jedoch weniger kompliziert. An die Stelle der verhältnismäßig umständlichen Interpretation der herrschenden Meinung tritt ein schlichtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Danach normiert Satz 2 die Rechtsstellung der „Beteiligten“ i. S. d. § 63 Abs. 2 GWB. Unter sie fallen daher neben den sog. „geborenen“ Beteiligten (hier: den Fusionsparteien) solche Dritte, die nachteilig und erheblich in ihren Interessen berührt sind und auf ihren Antrag zum Verfahren beigeladen wurden (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Diese Beteiligten i. e. S. haben einen Anspruch auf vollständige Aktenkenntnis.<sup>36</sup> Andernfalls sind die unter Verschluss gehaltenen Tatsachen und Beweismittel nicht verwertbar. Die Aus-

33 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 13.

34 Vgl. die Terminologie bei *Schmidt, K.*, aaO, § 54, Rz. 21.

35 Zum Ganzen *Schmidt, K.*, aaO, § 71, Rz. 4.

36 Zu den praktischen Modalitäten der Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren *Becker, C.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 56, Rz. 6 (siehe auch schon oben *Kap. 1 B I 3*).

nahme von diesem Grundsatz enthält der folgende Satz. Danach haben sonstige Dritte, nämlich die in § 71 Abs. 1 Satz 3 GWB genannten (einfachen) Beigeladenen nur ein eingeschränktes Recht auf Akteneinsicht. Einer Rückausnahme bedarf es an sich nicht mehr. Die aufgrund erheblicher Interessenberührung notwendigerweise beizuladenden Dritten lassen sich schon unter den Begriff der Beteiligten in Satz 2 subsumieren. Die Ausnahmevorschrift in Satz 3 gilt für sie nicht. Der Vorschrift des § 71 Abs. 1 Satz 4 GWB kommt damit lediglich klarstellende Funktion zu. Sie betont noch einmal, dass notwendig beizuladende Dritte dieselben Rechte genießen wie diejenigen Personen, die auch ohne Beiladungsentscheidung am Verfahren beteiligt sind, d. h. die in § 54 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB genannten „Hauptbeteiligten“.<sup>37</sup>

Die Vorschrift des § 71 Abs. 1 GWB gibt damit über einen weiteren wesentlichen Unterschied Auskunft, der auf der Ebene der Rechtsfolgen an die beiden Tatbestandsmerkmale „Beiladung“ und „Beteiligung (i.e.S.)“ geknüpft ist: Notwendig beizuladende, d. h. „beteiligte“ Dritte haben einen Anspruch auf Einsichtnahme in alle Verfahrensakte, die die Kartellbehörde ihrer Entscheidung zugrunde legen möchte. Die ermessensabhängig „beigeladenen“ Dritten verfügen dagegen lediglich über ein durch das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten beschränktes Recht auf Akteneinsicht.

### 3. Recht auf Stellungnahme

Gesetzlich geregelt ist lediglich das Recht zur Stellungnahme der „Beteiligten“ in § 56 Abs. 1 GWB sowie die Gelegenheit zur Stellungnahme, welche die Kartellbehörde ermessensabhängig sonstigen Dritten gewähren kann, § 56 Abs. 2 GWB (formlose Anhörung). Zwischen diesen beiden Extremen ist die Rechtsstellung der einfach Beigeladenen anzusiedeln. Ihnen ist – *argumentum a minori ad maius* – wie den sonstigen Dritten zumindest ein ermessensabhängiges Stellungnahmerecht zuzugestehen. Ein Rechtsanspruch dürfte dagegen – im Unterschied zur privilegierten Stellung der Beteiligten – nicht gegeben sein. Angemessen erscheint die Umschreibung ihrer rechtlichen Situation am ehesten mit dem Hinweis auf ein gebundenes Ermessen der Verwaltung. Anders als bei § 56 Abs. 2 GWB ist der Kartellverwaltung damit kein freies Ermessen hinsichtlich der Gewährung einer Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt („kann“). Vielmehr „soll“ sie auch den beigeladenen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Hiervon kann sie nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen absehen.

<sup>37</sup> Für eine Gleichstellung der notwendig Beigeladenen und der Hauptbeteiligten ausdrücklich auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 71, Rz. 4. Vgl. auch *ders.*, aaO, § 72, Rz. 11.

#### 4. Mündliche Verhandlung

Durch die Neufassung von § 56 GWB 2005 reduziert sich die Zahl der Unterschiede zwischen einfach und notwendig beigeladenen Dritten (Beteiligten): Die Kartellbehörde ist seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle nicht mehr verpflichtet, dem Antrag eines Beteiligten auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge zu leisten.<sup>38</sup> Gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 steht die Entscheidung, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, im Ermessen der Kartellbehörde. Künftig wird das Bundeskartellamt entsprechende „Anträge“ sowohl von Beigeladenen als auch von Beteiligten gleichermaßen als bloße Anregung behandeln, der keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Nur im Fall des Ministererlaubnisverfahrens muss das Bundeswirtschaftsministerium eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen, § 56 Abs. 3 Satz 3 1. HS GWB 2005. Eines entsprechenden Antrags bedarf es nicht. Mit dem Einverständnis der Beteiligten (nicht der bloß Beigeladenen!) kann von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden (2. HS der Vorschrift). Damit gilt für das Ministererlaubnisverfahren im Ergebnis dasselbe wie schon bislang: Besteht ein einziger Beteiligter auf der mündlichen Verhandlung, so ist der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit verpflichtet, sie durchzuführen. Möchte der Bundesminister, dass eine mündliche Verhandlung stattfindet, so steht es ihm wie bisher frei, dazu zu laden. Die kollektive Verzichtserklärung der Beteiligten kann ihn daran nicht hindern.

Findet eine förmliche Verhandlung vor dem Bundeskartellamt oder dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit statt, so sind zwingend die Beteiligten i.e.S. zu laden.<sup>39</sup> Sonstige Dritte, die die Kartellbehörde nach § 56 Abs. 2 GWB formlos anhört, haben grundsätzlich keinen Zutritt zur mündlichen Verhandlung. Hinsichtlich der einfachen Beigeladenen erscheint es sinnvoll, wiederum nach dem oben genannten Grundsatz vorzugehen: Die Behörde „soll“ sie laden, kann aber in besonderen Ausnahmefällen von der Ladung absehen. Ein solcher Grund kann insbesondere ein gesteigertes Bedürfnis nach Geheimnisschutz<sup>40</sup> oder Verfahrensbeschleunigung sein.

#### 5. Zustellung der kartellbehördlichen Verfügungen

Die Pflicht zur Zustellung gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB bezieht sich allein auf die Beteiligten, nicht auf sonstige Beigeladene oder bloß zur Stellungnahme berechnete

38 So aber noch § 56 Abs. 1 GWB 1999. Dazu noch *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), WuW/E OLG 1033, 1036f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 17. Siehe auch schon *Kap. 4 C V 3*.

39 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 15. zur bisherigen Regelung in § 56 Abs. 2 GWB 1999.

40 Vgl. auch die Regelung in § 56 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 über den Ausschluss der Öffentlichkeit im Ministererlaubnisverfahren.

Dritte.<sup>41</sup> Die Beschwerdefrist des § 66 Abs. 1 GWB beginnt erst zu laufen, wenn die Zustellung erfolgt ist. Dabei ist für jeden einzelnen Beteiligten zu unterscheiden.<sup>42</sup> Der neue § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB 2005 verhindert den Eintritt der Freigabefiktion in allen Fällen, in denen die Verfügung den anmeldenden Unternehmen innerhalb der Viermonatsfrist zugestellt wurde. Auf eine Zustellung an sämtliche Beteiligte kommt es nicht mehr an.<sup>43</sup> Für die übrigen Verfahrensbeteiligten hat der Zustellungszeitpunkt Bedeutung für die Frage, ob die Freigabefiktion nach Satz 2 eingetreten ist und wann die Rechtsmittelfrist gegen Abschlussverfügungen des Bundeskartellamts zu laufen beginnt.<sup>44</sup> Für sonstige Dritte wie z. B. einfach Beigeladene, denen der Weg zu Gericht als Beschwerdeführer (§ 63 GWB) oder auch nur als Beteiligter am Beschwerdeverfahren (§ 67 GWB) ohnehin verschlossen ist, spielt die Frage des genauen Zustellungszeitpunkts eine geringere Rolle.<sup>45</sup> Das mag der gesetzgeberische Grund dafür gewesen sein, in § 40 Abs. 2 Satz 3 GWB 2005 lediglich im Hinblick auf die am Verfahren Beteiligten die unverzügliche Information über den Zeitpunkt der Zustellung anzuordnen. Die schnelle Unterrichtung sonstiger Dritter erscheint demgegenüber weniger dringlich. Sie ist dennoch wünschenswert und mit Mitteln moderner Kommunikation auch leicht zu bewerkstelligen.

## VII. Informations- und Beiladungspflicht gegenüber erheblich betroffenen Dritten?

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung<sup>46</sup> ist auch für das Kartellverfahren eine Pflicht zur Benachrichtigung bestimmter Dritter zu fordern. Das ist Konsequenz des Gebots der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>47</sup> Eine zusätzliche Rechtfertigung findet sich auch in der vergleichbaren Regelung der obligatorischen Hinzuziehung nach dem Verwaltungsver-

41 Undeutlich *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, S. 58f. Sie spricht einerseits von „Verfahren mit sehr vielen *Beteiligten*“, andererseits von der drohenden Aufhebung der Verfügung, „weil sie z. B. einem *Beigeladenen* nicht innerhalb der Frist zugestellt wurde“ (Hervorhebungen vom Verf.).

42 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 61, Rz. 18. Zur Berechnung *ders.*, aaO, § 66, Rz. 8.

43 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59. Dazu oben *Kap. 4 C V 5*.

44 Ebenda.

45 Siehe schon oben *Kap. 4 C V 4* zur Frage, in welchem Verhältnis die Neuregelung in § 40 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB zur allgemeinen Regel des § 66 Abs. 1 Satz 2 GWB steht.

46 *KG*, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753, 4759; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 46; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 72; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 85.

47 Allgemein zu den Vorwirkungen der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auf das Verwaltungsverfahren *Krüger, H./Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 19, Rz. 140 und 143.

fahrendesgesetz. Soweit der Behörde bekannt, hat sie diejenigen Dritten über das Verfahren zu informieren, die aufgrund ihrer unmittelbaren Betroffenheit in subjektiven Rechten zum Kreis der notwendig am Verfahren zu Beteiligten gehören, § 13 Abs. 2 Satz 2 2. HS VwVfG. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben.<sup>48</sup> Die Kartellbehörden werden sich von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten leiten lassen. Im Fall der Anmeldung von Fusionsvorhaben erfolgt die Information häufig bereits dadurch, dass sich das Bundeskartellamt mit Fragen zu den Marktverhältnissen an Wettbewerber und Unternehmen auf der Marktgegenseite wendet. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Verband zu informieren, dem der Beizuladende angehört.<sup>49</sup> Darüber hinaus dürfte aber auch die vom Bundeskartellamt freiwillig praktizierte Veröffentlichung von Fusionsanmeldungen auf seiner Homepage genügen, um der Informationspflicht nachzukommen.<sup>50</sup> Diese Praxis setzt jedoch zweierlei voraus: Zum einen sind die Unternehmen aufgerufen, sich selbst regelmäßig über den Stand von Fusionsanmeldungen zu informieren. Denkbar wäre es hier, dass das Bundeskartellamt einen *Newsletter-Service* anbietet. Der *Newsletter* könnte per Email an registrierte Interessenten versandt werden. Darüber hinaus müsste die im Internet veröffentlichte Liste nicht nur stets vollständig, sondern auch so aktuell gehalten sein, dass Dritte die Möglichkeit haben, rechtzeitig einen Beiladungsantrag zu stellen.

Es stellt sich noch die Frage, welche Konsequenzen das Unterbleiben der Benachrichtigung von in eigenen Rechten verletzten Dritten hat. Analog zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht gilt: das Verfahren selbst büßt nichts von seiner Wirksamkeit ein.<sup>51</sup> Eine Anfechtung durch den betroffenen Dritten ist auch noch über den Zeitpunkt hinaus möglich, in dem die Freigabeverfügung gegenüber den Hauptbe-

48 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46; Bracher, C.-D., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 72; Säcker, F. J./Boesche, K. V., *ZNER* 2003, 76, 85. Das *KG*, 19.12.1979 (*Basalt-Union*), *WuW/E OLG* 2193, 2194 wird in diesem Zusammenhang häufig zu Unrecht mit einer angeblich abweichenden Ansicht zitiert (z. B. Schmidt, K., aaO und Säcker, F. J./Boesche, K. V., aaO). Tatsächlich verlangt es eine förmliche Benachrichtigung betroffener Dritter gemäß § 41 Abs. 1 VwVfG aber nur für den Fall, dass die Kartellbehörde eine drittbelastende Verfügung erlässt. Dagegen schweigt das *KG* zu den Formalitäten der ebenfalls geforderten Benachrichtigung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 2. HS VwVfG im Hinblick auf eine Verfahrensbeteiligung von Dritten, die durch den Verfahrensausgang möglicherweise in subjektiven Rechten verletzt werden („notwendig Beizuladende“). Die Frage, ob eine formlose Benachrichtigung den Anforderungen genügt hätte, wird auch in *KG*, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), *WuW/E OLG* 4753, 4759 offen gelassen.

49 Bracher, C.-D., aaO, Rz. 72. Die Benachrichtigung des Verbandes alleine genügt jedoch nur in Fällen, in denen ihm alle, und nicht nur ein großer Teil der erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten angehören. Darauf weist zu Recht das *KG*, aaO hin.

50 Dazu schon oben *Kap. 1 A I*.

51 Kopp, F. O./Ramsauer, U., *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 46. Offen gelassen von *KG*, aaO.

teiligten unanfechtbar wird.<sup>52</sup> Auch kommen Amthaftungsansprüche der um ihre Beteiligung gebrachten Dritten in Betracht.<sup>53</sup>

Nicht auf das Kartellverwaltungsverfahren zu übertragen ist dagegen die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. VwVfG mögliche Hinzuziehung von Amts wegen.<sup>54</sup> Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist Voraussetzung für die Beiladung Drittbetroffener die Antragstellung.<sup>55</sup>

## VIII. Anwendungsbeispiele für das Institut der einfachen Beiladung ohne Beschwerdebefugnis

Für die hier in die Diskussion eingeführte Beteiligungsform der einfachen Beiladung ohne Beschwerdebefugnis kommen in erster Linie diejenigen Unternehmen in Betracht, die wie die dritten Beschwerdeführer in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* oder *Linde-Agefko* an einem der oben<sup>56</sup> dargestellten qualitativen oder quantitativen Kriterien scheitern und für die daher der subjektiv-öffentlichrechtliche Schutzbereich von § 36 Abs. 1 GWB nicht eröffnet ist. Darüber hinaus bietet sich eine differenzierte Behandlung der Frage der Drittbeteiligung auch in den folgenden Fallgruppen an.

### 1. Oligopolunternehmen: Interessenberührung durch Vorfragen

Im Fall *Coop-Supermagazin*<sup>57</sup> endete das Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt mit einer Untersagungsentscheidung gerichtet an die Coop AG. Sie hatte beabsichtigt, mehrere Einkaufszentren der Firma Supermagazin zu übernehmen. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass sich nicht nur die Firma Coop, sondern zusätzlich zwei vom Bundeskartellamt beigeladene Dritte gegen die Untersagungsentscheidung wandten. Es handelte sich um die Unternehmen Allkauf und Tengelmann. Ihr Interesse an dem Verfahren beschränkte sich allerdings darauf, die Begründung der Untersagungsentscheidung anzugreifen. Die Entscheidung beruhte nämlich auf der Einschätzung des Bundeskartellamts, Coop bilde zusammen mit den beiden bei-

52 BGH, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545; Schmidt, K., DB 2004, 527, 529 m. w. N.

53 Vgl. Kopp, F. O./Ramsauer, U., VwVfG, 2005, § 13, Rz. 46.

54 Für das Verwaltungsverfahren wird in bestimmten Fällen sogar von einer Pflicht zur Hinzuziehung ausgegangen (dazu Kopp, F. O./Ramsauer, U., aaO, Rz. 47ff.).

55 So auch Bracher, C.-D., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 72.

56 Kap. 4 D III.

57 KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970; BGH, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077. Vgl. auch BKartA, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221.

geladenen Dritten ein marktbeherrschendes Oligopol.<sup>58</sup> Das Bundeskartellamt hatte die Beiladung der beiden Supermarktketten folgendermaßen begründet: Die erstmalige Feststellung der Zugehörigkeit zu einem Nachfrageoligopol, von dem auch nicht erwartet werden könne, dass es sich in absehbarer Zeit auflöse, wirke sich mittelbar nachteilig auf die beiden Oligopolmitglieder aus. Ihre Möglichkeiten im Hinblick auf den Erwerb von Unternehmen seien für die Zukunft beeinträchtigt. Darin liege eine erhebliche Interessenberührung. Kammergericht und BGH erklärten die – nach Erledigung in der Hauptsache mit Feststellungsanträgen weiter verfolgten – Beschwerden der beiden Beigeladenen für unzulässig.

Im Ergebnis mag man mit den beschwerdegerichtlichen Beschlüssen übereinstimmen. Nicht zu überzeugen vermögen jedoch die Begründungen von KG und BGH. Obwohl das Kammergericht bereits die Beiladungsentscheidung des Bundeskartellamts als fehlerhaft bezeichnete – der BGH schwieg zu dieser Frage – ließen beide Gerichte die Zulässigkeit am Fehlen der materiellen Beschwer, also der Beschwerdebefugnis scheitern. Geht man von dem hier vertretenen kumulativen Verständnis des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB aus, so hätte man den Status eines Beteiligten (i. e. S.) mit dem schlichten Hinweis auf die mangelnde Erheblichkeit der Interessenberührung verneinen können. Die Beiladungsentscheidung als solche ist dagegen nicht zu kritisieren. Das gilt auch, wenn man dem KG insoweit entgegenkommt, dass die mittelbare Betroffenheit der als Oligopolisten bezeichneten Beschwerdeführer Allkauf und Tengelmann nicht das Attribut „erheblich“ verdient. Nach der soeben erläuterten Auffassung kommt in solchen Fällen durchaus eine ermessensabhängige „einfache“ Beiladung in Betracht. Das Bundeskartellamt hatte sich zur Frage der Intensität der Interessenberührung differenziert geäußert.<sup>59</sup> Jedenfalls erscheint es kaum möglich, den beiden Drittunternehmen jegliche Interessenberührung abzusprechen.<sup>60</sup> Das KG verweist zwar durchaus zutreffend auf eine entsprechende Praxis vor den Verwaltungsgerichten.<sup>61</sup> Hinsichtlich der zivilprozessualen Nebenintervention gilt dagegen etwas anderes. Danach werden die das Urteil tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Vorprozesses in die Bindungswirkung ge-

58 *BGH*, aaO.

59 Die Begründung des Bundeskartellamts ist in *KG*, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970 wiedergegeben. Danach hält das Bundeskartellamt zwar nicht generell jedes Oligopolmitglied im Fall der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens eines einzelnen Oligopolmitglieds für erheblich in seinen Interessen berührt. Vorliegend handelte es sich aber um die erstmalige Feststellung der Mitgliedschaft der Beschwerdeführerinnen zu einem Oligopol. Außerdem könne nicht erwartet werden, dass sich das festgestellte Nachfrageoligopol in absehbarer Zeit auflöse.

60 Sie ist Voraussetzung für das Kriterium der materiellen Beschwer, an der die Gerichte die Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde scheitern ließen.

61 Dort werden Inzidentfragen, die lediglich in den Entscheidungsgründen abgehandelt werden, überwiegend nicht als „rechtliche Interessen“ i. S. d. der § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG bzw. § 65 Abs. 1 VwGO angesehen (*Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 13, Rz. 35; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 65, Rz. 8 jeweils m.w.N. auch auf die Gegenansicht).



mäß § 68 ZPO miteinbezogen.<sup>62</sup> Doch selbst wenn man sich der vom KG zitierten Ansicht für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten anschließt, scheitert eine Übertragbarkeit auf das Kartellverwaltungsverfahren. Legt man nämlich die hier für das Kartellverwaltungsrecht vertretene Unterscheidung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen von Beteiligung einerseits und Beiladung andererseits zugrunde, so gilt Folgendes: Die engen Voraussetzungen, unter denen Dritte zum allgemeinen Verwaltungsverfahren hinzugezogen werden können (Berührung in rechtlichen Interessen), finden in den Voraussetzungen der (einfachen) Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren kein Äquivalent. Sie kommt schon bei einfacher Interessenberührung in Betracht. Insofern mag es also durchaus richtig sein, dass *rechtliche* Interessen nur bei *unmittelbarer* Betroffenheit beeinträchtigt werden. Unter den weiten Begriff der einfachen Interessenberührung, wie er vom GWB-Gesetzgeber verwendet wird, fallen dagegen insbesondere auch „bloß“ wettbewerbliche Interessen. Daher erscheint die Einschätzung des Bundeskartellamts durchaus richtig: Der Umstand, in einer fusionskontrollrechtlichen Untersagungsentscheidung als Oligopolist bezeichnet zu werden, wirkt sich auf zukünftige wirtschaftliche Dispositionen der Betroffenen aus. Es handelt sich bei den beigeladenen Unternehmen, deren Marktstellung in dem Verfahren nicht nur thematisiert, sondern zu einem tragenden Entscheidungsgrund gemacht wurde, eben nicht um beliebige Dritte, die in keinerlei Beziehung zum Verfahren stehen. Es erscheint daher durchaus angemessen, die beiden Supermarktbetreiber zumindest als „einfach in ihren Interessen berührt“ zu qualifizieren. Damit erfüllen die beiden Beigeladenen zwar ebenfalls noch nicht die Voraussetzungen, die an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde geknüpft werden. Hierfür bedürfte es einer erheblichen, und nicht bloß einer einfachen Interessenberührung. Für eine einfache, d. h. ermessensabhängige Beiladung erscheinen sie jedoch durchaus qualifiziert.

## 2. Beiladung von Arbeitnehmervertretern

Streit besteht über die Frage, ob und in welcher Form Arbeitnehmervertreter am Kartellverwaltungsverfahren beteiligt sein können. Problematisch erscheint weniger die Beteiligtenfähigkeit i. S. d. § 77 GWB. Die Vorschrift bezeichnet sowohl natürliche als auch juristische Personen und sogar nichtrechtsfähige Personenvereinigungen ausdrücklich als beteiligungsfähig. Damit steht der persönliche Anwendungsbe-

62 Putzo, H., in: Thomas, H./Putzo, H. (Hrsg.), ZPO, 2005, § 68, Rz. 5; Vollkommer, M., in: Zöller, R. (Hrsg.), ZPO, 2005, § 68, Rz. 6. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass diese Bindungswirkung nur im Verhältnis zwischen Nebenintervenienten und unterstützter Hauptpartei eintritt. Übertragen auf die Struktur des Kartellverwaltungsverfahrens würde das bedeuten, dass die beigeladenen Dritten („Nebenintervenienten“) Nachteile allenfalls im Verhältnis zu den Fusionskandidaten als „unterstützte Hauptparteien“ (hier Coop), nicht aber im Verhältnis zum Bundeskartellamt („Gegenpartei“) zu erwarten hätten.

reich außer Frage.<sup>63</sup> Nach herrschender Meinung kommen Gewerkschaften deshalb nicht für eine Beiladung in Betracht, weil die von ihnen vertretenen Beschäftigungsinteressen keine i. S. des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB marktrelevanten sind.<sup>64</sup> Darüber hinaus argumentiert die herrschende Meinung mit einem Vorrangverhältnis der einschlägigen Regelungen in Tarifverträgen und dem Betriebsverfassungsgesetz.<sup>65</sup> Danach habe der Gesetzgeber in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, die Möglichkeiten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer über die in den genannten vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen erweitern zu wollen.<sup>66</sup> Bemerkenswerterweise möchte die herrschende Meinung den Arbeitnehmervertretern jedoch ohne Zögern ein Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB zugestehen.<sup>67</sup> Hier könnte man mit denselben Argumenten auf die vermeintlich vorrangigen Möglichkeiten der Mitbestimmung bzw. auf die fehlende Wettbewerbsrelevanz verweisen. Dass die Möglichkeit zur Stellungnahme ebenfalls eine Form der Einflussnahme außerhalb des Rahmens der Mitbestimmung darstellt, ist kaum zu bezweifeln. Es drängt sich daher der Verdacht auf, dass es der herrschenden Meinung in Wirklichkeit gar nicht darum geht, die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am Kartellverwaltungsverfahren als solchem zu verhindern. Stein des Anstoßes ist vielmehr die Sorge, dass die einmal bestandskräftig gewordene Beiladung die Türen zum gerichtlichen Rechtsschutz öffnet. Das Korrektiv der materiellen Beschwer erweist sich wie oben gezeigt<sup>68</sup> als zu schwach, um den Gang zum Beschwerdegericht auf dieser Stufe noch aufzuhalten. Die hier vorgeschlagene Differenzierung zwischen Beiladung und Beteiligung vermag der Frage möglicherweise ihre Brisanz zu nehmen. So ist zu erwägen, den Vertretern der betroffenen Arbeitnehmer lediglich den Status von (einfachen) Beigeladenen zu gewähren. Im Vergleich zu den nach § 56 Abs. 2 GWB lediglich anzuhörenden Dritten nähmen sie damit eine privilegierte Stellung im Verwaltungsverfahren ein.<sup>69</sup> Gleichzeitig bliebe ihnen jedoch gerichtlicher Rechts-

63 Vgl. allerdings die vom *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71, vertretene Ansicht, wonach Gruppen, die zu den die Einleitung des Verfahrens beantragenden Unternehmen gehören, nicht beigeladen werden können (dazu kritisch, im Ergebnis aber offen lassend *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340).

64 *BKartA*, aaO, 72; *KG*, aaO, 340ff.; *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 60; *Wiedinger, W.*, *Rechtsschutz*, 1968, 99; *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 76. A. A. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 54, Rz. 38. Ausführlich *ders., K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 489 ff. m. w. N.

65 *BKartA*, aaO, 71f.; *KG*, aaO, 342.

66 *BKartA*, aaO, 72; *Junge, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 17; *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A.* (Hrsg.), *GW*B, 2006, § 54, Rz. 14. *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 490 fasst dieses Argument der h. M. pointiert mit der Sorge vor einer „außerbetrieblichen Mitbestimmung“ zusammen.

67 *KG*, aaO, 342; *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 56, Rz. 22.

68 *Kap. 3 C II 1.*

69 Zu den Unterschieden auf der Rechtsfolgenseite oben VI.

schutz mangels subjektiver Rechtsverletzung bzw. erheblicher Interessenberührung verschlossen. Unter diesen Vorzeichen kann auch der Argumentation des Bundeskartellamts in dem unter dem Namen „Gewerkschaft“ bekannten Fall gefolgt werden: Das Ergebnis eines Kartellverwaltungsverfahrens wirkt sich auf die Interessen der Arbeitnehmer nur mittelbar, nämlich als Folge einer verschlechterten Marktlage ihres Unternehmens, aus.<sup>70</sup> In diesen Fällen liegt keine erhebliche, sondern lediglich eine einfache Interessenberührung vor.

### 3. Beiladung von Verbraucherverbänden

Die von Arbeitnehmern vertretenen Interessen kann man mit guten Gründen als nicht relevant i. S. d. Kartellrechts bezeichnen. Das ist bei Verbraucherinteressen anders. Die bestmögliche Versorgung der Verbraucher zu sichern gehört zu den vorrangigen Zielen des GWB.<sup>71</sup> Greifbar ist eine marktrelevante Betroffenheit der Verbraucher insbesondere in den Fällen, in denen ein Zusammenschluss auf der Ebene des Einzelhandels erfolgt. Strukturell besteht kein Unterschied zu der Situation, in der sich beispielsweise ein Großhändler nach der Fusion zweier Produzenten befindet. In der Literatur finden sich daher auch Stimmen, die der Möglichkeit einer Beiladung von Verbrauchern oder Verbraucherverbänden grundsätzlich positiv gegenüber stehen.<sup>72</sup> Schon aus technischen Gründen ist die Beiladung eines Verbraucherschutzverbandes der Hinzuziehung einer Vielzahl einzelner Betroffener sicherlich vorzuziehen.<sup>73</sup> Prinzipielle Einwände gegen die Beiladung von dem Verbraucherschutz dienenden Organisationen bestehen nicht. Der Gesetzgeber hat sich dieser Erkenntnis sowie rechtspolitischen Forderungen gegenüber offen gezeigt und die Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 2005 durch einen neuen zweiten Satz in diesem Sinne geöffnet. Danach kann die geforderte Erheblichkeit auch daraus resultieren, dass sich die Entscheidung auf eine besonders große Zahl von Verbrauchern auswirkt. Umgekehrt mag man aus der neuen Vorschrift den Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber selbst das Erfordernis der Erheblichkeit der Interessenberührung bei einzelnen Verbrauchern jedenfalls im Regelfall für nicht gegeben hält. Für sie

70 *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 72. Kritisch dazu *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 490.

71 Vgl. die Nachweise in *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 und bei *Zimmer, D.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 1, Rz. 26, FN 55 sowie den Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EGV.

72 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 36 m.w.N.; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456. Bejahend wohl auch *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 60. Vgl. auch *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 sowie jüngst *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. *GWB*-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105. Verneinend *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 *GWB* 1980, Rz. 17.

73 Dazu oben *III*.

kommt nach der hier vorgeschlagenen Unterscheidung daher allenfalls eine ermessensabhängige einfache Beiladung in Betracht. Diese Möglichkeit ist für die Kartellbehörde insbesondere in den Fällen interessant, in denen zwar Privatleute, aber keiner der in Betracht kommenden Verbraucherverbände einen Antrag auf Beiladung stellt.

Zu klären bleibt schließlich die wichtige Frage nach der Beschwerdebefugnis von Verbrauchern bzw. den sie vertretenden Verbänden. Dem einzelnen (beigeladenen) Verbraucher wird man sie in aller Regel wegen der Geringfügigkeit der Auswirkungen auf seine ökonomischen Verhältnisse absprechen müssen.<sup>74</sup> Für Verbraucherschutzorganisationen gilt dagegen etwas anderes. Die hier propagierte Lösung lässt die überkommene Differenzierung zwischen den materiellen Voraussetzungen der Beiladung und denjenigen der Beschwerdebefugnis hinter sich. Die aus der Einfügung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 GWB 2005 resultierende erleichterte Einbindung von Verbraucherverbänden in das Kartellverwaltungsverfahren wirkt sich vielmehr unmittelbar auf die Frage nach den materiellen Voraussetzungen einer gerichtlichen Anfechtungsbeschwerde aus.<sup>75</sup> Die Zulässigkeit entsprechender Verbandsklagen ist damit zu bejahen.<sup>76</sup>

## IX. Zusammenfassender Vergleich mit der Systematik der herrschenden Meinung

### 1. Beteiligungsformen

Sowohl nach der Systematik der herrschenden Meinung als auch nach der hier vorgeschlagenen Alternativkonzeption kommen für interessierte Dritte drei Formen der Beteiligung i. w. S. in Betracht: die formlose Anhörung gemäß § 56 Abs. 2 GWB, die einfache Beiladung und die notwendige Beiladung. Ein Unterschied besteht in der Terminologie: Nach der Alternativkonzeption werden nur die wegen nachteiliger und erheblicher Interessenberührung notwendig beigeladenen Dritten als „Beteiligte“ (i. e. S.) bezeichnet.

74 Vgl. auch schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 99, der vor dem Hintergrund der damaligen Rechtslage eine Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden mit dem Argument verneint, dass es angesichts der Geringfügigkeit der Betroffenheit der einzelnen Verbraucher regelmäßig an der erforderlichen Beschwerdebefugnis auch der einzelnen Verbandsmitglieder fehle.

75 Das ist Folge der Bezugnahme in § 63 Abs. 2 GWB auf die Voraussetzungen der Beiladung (oben *Kap. 3 C II*).

76 Das entspräche auch dem Anliegen der *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105, auf das der Gesetzgeber mit der Novellierung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB reagiert zu haben scheint.

## 2. Beteiligungsrechte

Geringe Differenzen bestehen auch hinsichtlich der Frage, welche Beteiligungsrechte mit den unterschiedlichen Beteiligungsformen verbunden sind. Übereinstimmung zwischen beiden Drittschutzkonzeptionen herrscht in Bezug auf die Rechtsstellung solcher Dritter, die von der Kartellbehörde gemäß § 56 Abs. 2 GWB lediglich angehört werden, sowie in Bezug auf den Status der notwendig beigeladenen Dritten vor. Erstere können auf das Verwaltungsverfahren nur geringen Einfluss nehmen. Gerichtlicher Rechtsschutz ist ihnen gänzlich versagt. Letztere können dagegen sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpfen. Ihnen steht neben der unbeschränkten Beteiligung am Verwaltungsverfahren sowohl die Anfechtungs- als auch die Verpflichtungsbeschwerde einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 offen. Eine unterschiedliche Behandlung erfährt allein die Kategorie der einfach Beigeladenen. Während sie nach herrschender Meinung, jedenfalls soweit das wenig anspruchsvolle Merkmal der materiellen Beschwer gegeben ist, auch gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können („formalisierte Beschwerdeberechtigung“), ist gerichtlicher Rechtsschutz nach der hier vertretenen Auffassung einzig der Kategorie der notwendig beizuladenden Dritten („Beteiligte i. e. S.“) vorbehalten.

## 3. Tatbestandsvoraussetzungen

Wesentlich gewichtigere Unterschiede treten bei einem Vergleich der Tatbestandsvoraussetzungen für die verschiedenen Beteiligungsformen zutage. Nach herrschender Meinung können unter die Kategorie derjenigen Dritten, denen jede Form der Einflussnahme verwehrt ist, ganz unterschiedliche Arten von Drittunternehmen fallen: vom *quavis ex populo* über den einfach in seinen Interessen berührten Dritten bis zum erheblich und nachteilig in seinen Interessen Berührten. Letztere Gruppe von Drittbetroffenen hat dagegen nach der Alternativkonzeption – hier liegt der entscheidende Unterschied – einen Anspruch auf Beiladung. Übereinstimmung besteht wiederum insoweit, dass es für das ermessensabhängige Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB mindestens einer einfachen Interessenberührung bedarf. Divergierende Ansichten bestehen hinsichtlich der Voraussetzungen der (ebenfalls ermessensabhängigen) einfachen Beiladung. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt eine einfache Interessenberührung. Dagegen verlangt die herrschende Meinung eine erhebliche Interessenberührung. Im theoretischen Ansatz geht die herrschende Meinung von der Existenz eines weiteren Tatbestandsmerkmals voraus: der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten. Von ihr hängen u. a. die notwendige Beiladung und die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ab. Die herrschende Meinung bleibt allerdings die Schilderung einer Fallkonstellation schuldig, in der diese ultimative Stufe der Drittbetroffenheit durch eine Fusionsgenehmigung gegeben sein soll. Nach der Alter-

nativkonzeption hat dagegen derjenige Dritte einen Anspruch auf Beiladung, der eine nachteilige und erhebliche Interessenberührung geltend machen kann.<sup>77</sup> Er gilt als in subjektiven Rechten verletzt.

#### 4. Resümee

Legt man die hier vorgestellte alternative Systematik zugrunde, so erweist sich die Rechtsstellung der Drittbetroffenen im Vergleich zu derjenigen der herrschenden Meinung in zwei Punkten als günstiger. Erstens: Wer eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen kann, verfügt über sämtliche Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes. Dieser hängt nicht mehr vom Ermessen der Kartellbehörde ab. Der Dritte ist auf Antrag obligatorisch zum Verwaltungsverfahren beizuladen. Zweitens: Selbst einfach in ihren Interessen berührte Dritte können – ermessensabhängig – beigeladen werden. Im Vergleich zu den bloß anzuhörenden Dritten genießen sie einen privilegierten Status. Ihnen steht insbesondere ein beschränktes Akteneinsichtsrecht zu.

### B. Das Verhältnis von Hauptsacheverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der Neukonzeption

#### I. Keine Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Zulässigkeit

Mit der Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts nicht nur im Verhältnis zur bisherigen Rechtspraxis, sondern auch im Verhältnis zu den Rechtsschutzvoraussetzungen im Hauptsacheverfahren einzuschränken.<sup>78</sup> Das folgt aus der Entwurfsbegründung<sup>79</sup> und dem Wortlaut der Vorschrift („nur“). Die vorgestellte Neukonzeption führt im Ergebnis jedoch zu einer Angleichung der beiden Verfahrensarten. Das gilt zumindest für die Ebene der Zulässigkeitsvoraussetzungen. Nach dem schließlich Gesetz gewordenen Wortlaut von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 hängt die Zulässigkeit des Antrags auf Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes von der Geltendmachung einer „Verletzung in ei-

<sup>77</sup> Ausführlich oben *Kap. 4 D* zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals.

<sup>78</sup> Das zuerst genannte Ziel erreicht die hier vorgestellte Neukonzeption durch eine im Vergleich zu den Anforderungen der herrschenden Meinung an das Erfordernis der „materiellen Beschwer“ i. S. einer bloßen nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen strengeren Schutzbereichsabgrenzung (oben *Kap. 4 D*).

<sup>79</sup> *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65: „Dagegen verbleibt es im Hauptsacheverfahren bei den niedrigeren Anforderungen [...]“

genen Rechten“ ab. Nach der hier vertretenen Auffassung findet sich dasselbe materielle Kriterium in Form der (nachteiligen) „erheblichen Interessenberührung“ auch in § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache wieder.

## II. Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Begründetheit

Dem Anliegen des Gesetzgebers, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter im Vergleich zum gerichtlichen Rechtsschutz in der Hauptsache zu beschränken, muss daher auf andere Weise entsprochen werden. Ein möglicher Weg ist, der neu eingefügten Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung nicht ausschließlich im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung Bedeutung zuzumessen. Denkbar ist vielmehr, zusätzlich den Prüfungsumfang des Gerichts auf der Ebene der Begründetheit zu begrenzen. Wiederum bietet sich das Merkmal der subjektiven Rechtsverletzung als einschränkendes Kriterium an. Einen Anhaltspunkt für eine Einschränkung auf der Ebene der Begründetheit liefert die Formulierung des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs vom 17.12.2003. Sie lautet: „Wird eine [Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis] von einem Dritten angefochten, kann das Beschwerdegericht eine [einstweilige] Anordnung nur treffen, wenn der Dritte durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt ist.“ Hinweise in diese Richtung finden sich auch in den Materialien zum aktuellen Wortlaut der Vorschrift. So wendet sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung auf die Stellungnahme des Bundesrates zu § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-Entwurf gegen die „Praxis des OLG Düsseldorf, [...] vorläufige[n] Rechtsschutz sogar dann zu gewähren, wenn der behauptete Rechtsverstoß eine Norm betrifft, die nicht die Belange der Dritten schützt.“<sup>80</sup> Auch aus dieser Äußerung geht hervor, dass Stein des Anstoßes weniger die als zu großzügig empfundenen Zulässigkeitsvoraussetzungen als vielmehr der zu weit erscheinende materielle Prüfungsumfang des Gerichts des einstweiligen Rechtsschutzes ist.

## III. Zum Vergleich: Das Prüfungsprogramm nach allgemeinem Verwaltungsprozessrecht

Tatsächlich spielte die Frage, ob subjektive Rechte oder gar nur Interessen gerade des Antragstellers betroffen waren, bislang keine Rolle für die Entscheidung, ob dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stattgegeben wird oder nicht. Gemäß §§ 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB kann das Gericht die aufschiebende

<sup>80</sup> *Bundesregierung*, Gegenäußerung Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640 (Anlage 3), 90.

Wirkung einer Drittbeschwerde anordnen, wenn „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen“.<sup>81</sup> Nicht gefragt wird danach, ob die möglichen Rechtsverletzungen die wettbewerbliche Position gerade des Antragstellers beeinträchtigt. Im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ist das anders. Zwar enthält § 80 Abs. 5 VwGO keine materiellen Kriterien für die Sachentscheidung über den Eilantrag.<sup>82</sup> In der Praxis ordnen die Gerichte die aufschiebende Wirkung nach Abwägung der Interessen des Antragstellers und des Antragsgegners an. Einen zentralen Abwägungsgesichtspunkt bilden dabei die Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache.<sup>83</sup> Dort gilt der Maßstab des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Danach genügt die Rechtswidrigkeit der Verfügung alleine nicht. Es bedarf zusätzlich einer Verletzung in eigenen Rechten des Klägers.<sup>84</sup> Die dem § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO entsprechende Vorschrift für das Hauptsacheverfahren vor dem Beschwerdegericht in Kartellsachen kennt diese Einschränkung nicht. Vielmehr ordnet die Regelung des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB eine objektive und damit umfassende Richtigkeitskontrolle an.<sup>85</sup> Nicht das als verletzt gerügte Individualrecht des Beschwerdeführers,

81 Der in § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB enthaltene weitere Aussetzungsgrund „unbillige Härte der Vollziehung“ spielte in der deutschen fusionskontrollrechtlichen Praxis bislang keine Rolle (*Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 65 GWB 2005, Rz. 45). Ausführlich zur Auslegung der beiden gleichlautenden Kriterien in § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO (öffentliche Abgaben und Kosten) *Schoch, F.*, Vorl. Rechtsschutz, 1988, S. 1293ff.

82 Das ist anders z. B. in §§ 916 ff., 935, 940 ZPO, § 123 Abs. 1 oder 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO.

83 Sog. materiell-akzessorische Prüfung. Die herrschende Judikatur berücksichtigt die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs jedenfalls soweit sie „offensichtlich“ sind (umfassende Nachweise bei *Schoch, F.*, in: Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand: September 2004, § 80, Rz. 252, FN 936). Die Einzelheiten sind sehr streitig. Ausführlich zu den verschiedenen Modellen der Entscheidungsfindung ebenda, Rz. 250ff. *Schoch* selbst plädiert sogar für eine ausschließlich materiell-akzessorische Prüfung (ebenda, 257).

84 *Gerhardt, M.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, Vorbemerkung § 113 Rz. 3; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 113, Rz. 26. A. A. *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 516, der auf der Ebene der Begründetheitsprüfung für eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle plädiert.

85 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 33; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34 (zur Verpflichtungsbeschwerde). So auch schon *ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 473: „Im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO erklärt § 70 Abs. 2 Satz 1 GWB [1976] den Erfolg einer Anfechtungsbeschwerde für abhängig nicht von der Verletzung des Beschwerdeführers in seinen Rechten, sondern lediglich von der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung.“; *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 82; *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 86. In dieselbe Richtung auch schon *Möschel, W.*, Wirtschaftsrecht, 1972, 476. Vgl. auch *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 104. A. A. *Kohlmeier, A.*, Beschwer, 1997, 63ff. (dazu sogleich unten FN 95).



sondern das objektive Recht bestimmt das gerichtliche Prüf- und Entscheidungsprogramm.<sup>86</sup>

#### IV. § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 als *lex specialis* zu § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB

Legt man diese Überlegungen zugrunde, so ist folgende Lesart des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 möglich: Die Vorschrift ist *lex specialis* zur Regel des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB. Während diese eine bloße Verletzung objektiven Rechts für die Begründetheit einer Beschwerde genügen lässt, gilt für den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts dasselbe wie für die Begründetheitsprüfung im allgemeinen Verwaltungsrecht (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO): Rechtsschutz wird nur gewährt, wenn subjektive Rechte des Klägers bzw. Beschwerdeführers verletzt sind.

*Beispiel:* Es möge ein Konkurrent Drittbeschwerde einlegen, der mit den Zusammenschlussbeteiligten auf dem Produktmarkt X in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Ergibt eine summarische Prüfung, dass es durch die Fusion zu einer marktbeherrschenden Stellung lediglich auf dem Produktmarkt Y kommt, so ist dem Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des beschwerdeführenden Konkurrenten verwehrt. Der Beurteilungsfehler hinsichtlich des Produktmarkts Y kann allenfalls im Rahmen des Hauptsacheverfahrens zur Aufhebung der kartellbehördlichen Verfügung führen.

#### V. Der *HABET/Lekkerland*-Beschluss des BGH

Das hier vorausgesetzte Verständnis der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde als Verfahren der objektiven Richtigkeitskontrolle entspricht der bislang fast einhellig vertretenen Meinung in der Literatur.<sup>87</sup> Eine Beschränkung der gerichtlichen Prüfungskompetenz auf subjektive Rechtsverletzungen der Beschwerdeführer lehnte sie ausdrücklich ab. Im Gegensatz dazu stehen die Beschlüsse von KG und BGH im Fall *HABET/Lekkerland*.<sup>88</sup> Darin äußern sich die beiden Gerichte unter anderem zur Frage der Prüfungskompetenz des Beschwerdegerichts. Der BGH bestätigte das KG darin, dass „das Beschwerdegericht, das über die von einem Dritten gegen eine Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB eingelegte Beschwerde

<sup>86</sup> Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 71, Rz. 12; Kremer, M.-G., *Beschwerde*, 1988, 117 f.; wohl auch Hinz, H. W., in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 70 *GWB* 1980, Rz. 7. A. A. Kohlmeier, A., *Beschwerde*, 1997, 101ff. Vgl. außerdem *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (dazu sogleich).

<sup>87</sup> Siehe die Nachweise in den beiden vorhergehenden Fußnoten.

<sup>88</sup> *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163.

zu entscheiden hat, [...] die angefochtene Verfügung nur insoweit überprüfen [kann], als eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen des Beschwerdeführers in Betracht kommt.“<sup>89</sup> Im konkreten Fall hatte das zur Folge, dass die Überprüfung der Freigabeentscheidung im Hauptsacheverfahren nur in Bezug auf das räumliche Gebiet erfolgen durfte, in dem die Beschwerdeführerin unternehmerisch tätig war (hier: Raum Köln). Marktbeherrschung in anderen Teilen des Bundesgebiets soll danach unbeachtlich sein. Diese Einschränkung wäre nach der hier vertretenen Auffassung nur berechtigt gewesen, wenn es sich um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gehandelt hätte.

Es ist fraglich, welche Bedeutung dieser Feststellung des BGH beizumessen ist. Eine Auseinandersetzung mit dem von § 113 Abs. 1 VwGO abweichenden Wortlaut des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB fehlt. Auch verzichtet der BGH darauf, sich mit der anders lautenden Literaturmeinung auseinander zu setzen.<sup>90</sup> Schließlich stellt sich der BGH mit seinem Beschluss auch in Widerspruch zu der vorher ergangenen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrigas*.<sup>91</sup> In allen drei Verfahren hatten sich die Düsseldorfer Richter mit dem schlichten Hinweis auf ernsthafte Zweifel i. S. d. § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB an der (objektiven) Rechtmäßigkeit der angefochtenen Freigabeverfügungen bzw. Ministererlaubnis begnügt.<sup>92</sup> Die Frage nach einer möglichen Verletzung „in geschützten Rechten“ blieb dabei außen vor. Wäre § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB aber tatsächlich so zu verstehen, dass die Aufhebung einer kartellbehördlichen Verfügung eine Verletzung in subjektiven Rechten des Beschwerdeführers zur Voraussetzung hätte, so müsste das bei Anordnungen gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB erst recht gelten.<sup>93</sup> Der Prüfungsumfang kann hier nicht weiter sein als im Hauptsacheverfahren. Das folgt

89 *BGH*, aaO, 1165. Zuvor schon *KG*, aaO, 690.

90 Auch eine Bezugnahme auf die Mindermeinung von *Kohlmeier* (siehe sogleich unten FN 95) fehlt.

91 Dasselbe gilt für das *KG* im Hinblick auf die zwei Wochen zuvor ergangene Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665.

92 *Dass.*, aaO, 666; *dass.*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683; *dass.*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885, 887.

93 Auch der Düsseldorfer Kartellsenat muss sich den Vorwurf gefallen lassen, die erstmals vom *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 690 gemachte Einschränkung des Prüfungsmaßstabs jedenfalls in dem später entschiedenen Verfahren *Trienekens* (vorige FN) nicht diskutiert zu haben. Zwar referiert das *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885, 886 die Rechtsprechung des *KG* im Fall *HABET/Lekkerland* (materielle Beschwer als „[Betroffenheit] auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht“). Auch überträgt es sie konsequent auf die Anfechtung einer Ministererlaubnis (ebenda, 887). Allerdings beschränken sich die Düsseldorfer Richter darauf, dieses Kriterium im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfen. Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Begründetheitsprüfung wird nicht diskutiert. Auch in den Anmerkungen von *Schmidt, K.*, DB 2004, 527 und *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431 findet sich kein Kommentar zu der vom BGH postulierten eingeschränkten Prüfungsbefugnis. Die entsprechende Passage fehlt in dem in beiden Anmerkungen wörtlich wiedergegebenem Abschnitt aus der Urteilsbegründung.

schon aus dem Grundsatz, wonach das Gericht dem Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr gewähren darf als er im Hauptsacheverfahren erlangen kann.<sup>94</sup>

## VI. Stellungnahme

Der BGH begründet die Einschränkung des gerichtlichen Prüfungsumfangs im Hauptsacheverfahren (!) mit dem lapidaren Hinweis auf das entsprechende Zulässigkeitskriterium. Danach begrenze das Erfordernis der materiellen Beschwerde nicht nur den Kreis der anfechtungsberechtigten Dritten im Rahmen der Zulässigkeit, sondern wirke sich auch auf den Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts aus.<sup>95</sup>

Der Schluss von einem einschränkenden Zulässigkeitskriterium auf einen ebenso begrenzten Prüfungsumfang auf der Ebene der Begründetheit ist jedoch nicht zwingend. Die hier vertretene Differenzierung zwischen strengem Zulässigkeitsmaßstab und weitem gerichtlichem Prüfungsumfang im Hauptsacheverfahren kann sich auf prominente Vorbilder in anderen Prozessordnungen berufen. Zunächst ist an die dif-

94 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64 Rz. 19; *Mees, H. K.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 64 Rz. 6; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 9 und – weniger deutlich – § 80, Rz. 146.

95 *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165: „Gleichzeitig beschränkt die Beschwerde den Gegenstand der Überprüfung durch das Beschwerdegericht.“ Das *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 690 verzichtet gänzlich auf eine Begründung. Auch die Argumentation von *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 104, die ebenfalls von einem auf subjektive Rechtsverletzungen des Beschwerdeführers eingeschränkten Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts ausgeht, kann nicht überzeugen. *Kohlmeier* begründet ihre Ansicht mit der individualschützenden Funktion der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde. Dabei unterschlägt sie aber eine wichtige weitere Funktion der gerichtlichen Überprüfung kartellbehördlicher Verfügungen: Die Anfechtungsbeschwerde in Kartellverwaltungssachen trägt mindestens auch Züge einer objektiven Verwaltungskontrolle mit dem Ziel der Sicherung des Wettbewerbs als Institution (*Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Oktober 2002, § 63 *GWB* 1999, Rz. 33; *Scholz, R.*, *Wirtschaftsaufsicht*, 1971, 82, 84: Beschwerdeführer als „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ (unter Bezugnahme auf *Biedenkopf, K. H.*, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *FS Böhmer*, 1965, 113, 116, der sich mit diesem Begriff allerdings gerade gegen ein etwaiges Rechtfertigungsbedürfnis menschlichen Handels durch Funktionen wendet, die außerhalb ihrer selbst, nämlich der Gesamtrordnung liegen); *Möschel, W.*, *Wirtschaftsrecht*, 1972, 458, 476; *Kremer, M.-G.*, *Beschwerde*, 1988, 86; *Böge, U.*, *BB* 2003, Heft 46, Die Erste Seite: „Sachwalter der Wettbewerbsinteressen“). Anders als die Auffassung *Kohlmeiers* suggeriert, stehen sich die Anliegen Individualschutz und objektive Richtigkeitskontrolle aber auch nicht als Gegensatzpaar gegenüber (siehe schon *Mestmäcker, E.-J.*, *DB* 1968, 787, 790). Die erschöpfende Überprüfung von kartellbehördlichen Verfügungen auf ihre Übereinstimmung mit dem objektiven Recht bedeutet keine Verminderung des Individualrechtsschutzes, sondern schließt diesen mit ein. Die von *Kohlmeier* (aaO, 78) gestellte Frage, „ob der Interessenschutz als Individualschutz oder lediglich im Rahmen der objektiven Richtigkeitskontrolle gewährt wird“ (Hervorhebung vom Verf.) führt daher in die Irre.

ferenzierende Regelung in § 47 VwGO zu erinnern. Dort sind Antragsbefugnis und gerichtlicher Prüfungsumfang ebenfalls unabhängig voneinander ausgestaltet. Einen Antrag auf Normenkontrollprüfung können nur solche Personen stellen, die geltend machen, in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Trotz dieser Betonung des individualrechtsschützenden Charakters des Verfahrens<sup>96</sup> hat die Rechtmäßigkeitsprüfung durch das OVG umfassend und ohne Begrenzung auf Rechtsschutzaspekte zu erfolgen.<sup>97</sup> Ganz ähnlich stellt sich auch die Situation im Fall der Verfassungsbeschwerde dar. Auch hier ist Zulässigkeitserfordernis die „Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder [...] [grundrechtsgleichen] Rechte verletzt zu sein.“<sup>98</sup> Hat der Beschwerdeführer diese Hürde genommen, nimmt das Bundesverfassungsgericht eine umfassende Prüfungskompetenz für sich in Anspruch. Sie erstreckt sich unabhängig von dem als verletzt gerügten Recht auf die Übereinstimmung des zur Überprüfung gestellten Aktes mit dem sonstigen Verfassungsrecht.<sup>99</sup>

Normenkontrollverfahren und Verfassungsbeschwerde dienen nicht nur als Beleg dafür, dass im Rahmen der Zulässigkeits- und der Begründetheitsprüfung desselben Verfahrens durchaus unterschiedliche Maßstäbe angewandt werden können. Der Vorbildcharakter erstreckt sich in eingeschränkter Form sogar auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und dem Hauptsacheverfahren. Auch im Rahmen des Normenkontrollverfahrens hat der Ge-

96 *Bundesregierung*, Entw. 6. VwGOÄndG, BT-Drucks. 13/3993, 10.

97 *Gerhardt, M.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Juli 2005, § 47, Rz. 88. *Gerhardt, M.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, Vorbemerkung § 113, Rz. 3. Die dargestellte Ausgestaltung des Normenkontrollantrags widerlegt nicht nur die Ansicht, wonach einschränkende Zulässigkeitsvoraussetzungen zwangsläufig eine entsprechend eingeschränkte Begründetheitsprüfung nach sich ziehen müssen. Vielmehr erweist sich auch der umgekehrte Schluss von einer objektivierten Rechtmäßigkeitsprüfung auf entsprechend großzügige Zulässigkeitsvoraussetzungen als nicht zwingend. Vgl. *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 473, FN 315. Anders offenbar *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 33, der jedoch zusätzlich auf die Funktion der Anfechtungsbeschwerde als Instrument einer objektiven Verwaltungskontrolle verweist.

98 Im Fall der Verfassungsbeschwerde gesellt sich zu den üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen als zusätzliches Hindernis das in den §§ 93a - d BVerfGG geregelte Annahmeverfahren. Es führt in der Praxis dazu, dass nur ein kleiner Bruchteil der Individualbeschwerden überhaupt von einem Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden wird. Dieser Umstand führt zu einer zusätzlichen Akzentuierung des Gegensatzes zwischen weitem, da objektivem Prüfungsmaßstab auf der Begründetheitsebene und engen, insbesondere subjektiven Zugangsvoraussetzungen.

99 Z. B. *BVerfG*, 7.6.1977, E 45, 63, 74: „Die Verfassungsbeschwerde ist nicht nur ein Rechtsbehelf zur Sicherung und Durchsetzung grundgesetzlich garantierter Rechtspositionen, sondern in gleicher Weise ein «spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts»“ (Anführungszeichen im Original). Zustimmend zu dieser Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde *Schlaich, K./Korioth, S.*, BVerfG, 2004, Rz. 272ff. m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

setzgeber den Erlass einstweiliger Anordnungen vorgesehen, § 47 Abs. 6 VwGO. Auch wenn sich im Wortlaut kein ausdrücklicher Hinweis in diese Richtung findet, so deutet sich in der praktischen Handhabung der Vorschrift doch eine Tendenz dahin gehend an, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes den individualschützenden Aspekt wesentlich stärker als im Hauptsacheverfahren zu betonen.<sup>100</sup> Im Rahmen einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache untersuchen die erkennenden Senate insbesondere die „sachgerechte Abwägung der beachtlichen öffentlichen und privaten Belange“ und stellen sich die Frage, ob es durch die angegriffenen Normen zu einer erheblichen Beeinträchtigung gerade des Antragstellers kommt.<sup>101</sup> Dem entspricht es auch, dass die Gerichte den Antragsteller auf die als vorrangig bezeichneten Möglichkeiten des vorläufigen Individualrechtsschutzes gemäß §§ 80, 80a VwGO verweisen.<sup>102</sup> Dessen Rechtsschutzmöglichkeiten bieten auch regelmäßig weitergehende Abwehrmöglichkeiten als der einstweilige Rechtsschutz im Normenkontrollantrag.<sup>103</sup> Zu nennen ist schließlich die von der herrschenden Literatur geforderte Möglichkeit, die Aussetzung des Normvollzugs lediglich auf den Antragsteller zu beschränken.<sup>104</sup> Eine Nichtigserklärung mit Wirkung *erga omnes* wäre in diesen Fällen der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten. Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen folgt aus § 32 BVerfGG. Sie erstreckt sich – trotz des dort verwendeten Begriffs „Streitfall“ – auch auf nicht kontradiktorische Verfahrensarten wie die Verfassungsbeschwerde.<sup>105</sup> Regelmäßig nimmt das Gericht dabei keine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Hauptsache vor.<sup>106</sup> Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht beanspruchten weiten Prüfungskompetenz würde das eine umfassende Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des angefochten Aktes bedeuten. Vielmehr tendieren die Karlsruher Richter zu einer Folgenabwägung. Verglichen werden die Folgen, die für den Antragsteller (bzw. für Dritte oder die Allgemeinheit) eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, sich der Hauptsacheantrag aber als erfolgreich erweise, mit den Konsequenzen des umgekehrten Falles (Gewährung einstweiligen Rechts-

100 Gerhardt, M., in: Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand: Oktober 2005, § 47, Rz. 129. Vgl. auch Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 47, Rz. 152.

101 So stellt z. B. der VGH München, 28.7.1999, BRS 62, Nr. 58, 296, 300 in seiner Entscheidung über einen Antrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO (gerichtet gegen einen Änderungsbebauungsplan) nicht zuletzt wesentlich auf die Frage ab, ob „[schützenswerte] Belange der Antragsteller, die den bisherigen Zustand auf dem Nachbargrundstück im eigenen Interesse aufrechterhalten wollen [...] unzumutbar beeinträchtigt werden“ (in casu verneint).

102 OVG Berlin, 19.3.1999, BRS 62, Nr. 59, 301, 302.

103 Ebenda, 302f. m. w. N: Anders als im Fall der §§ 80, 80a VwGO erlaubt § 47 Abs. 6 VwGO nicht die Anordnung eines vorläufigen Baustopps.

104 Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 47, Rz. 150 m. w. N. auch auf die gegenteilige Ansicht.

105 Nachweise bei Lechner, H./Zuck, R., BVerfGG, 2006, § 32, Rz. 17.

106 Die Erfolgsaussichten des Hauptsacheantrags spielen nur dann eine Rolle, wenn er sich als offensichtlich unzulässig oder unbegründet erweist (BVerfG, 5.7.1995, E 93, 181, 186f.; Sturm, G., in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, Art. 93).

schutzes und anschließendes Scheitern des Hauptsacheantrags).<sup>107</sup> Dieses Vorgehen lässt – wie bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch – im Regelfall die spezifische Situation des Antragsstellers in den Vordergrund der Abwägungsentcheidung treten.

Damit lässt sich festhalten, dass die hier für die Anfechtungsbeschwerde gegen Fusionsfreigaben propagierte Lösung stark der Struktur des Normenkontrollverfahrens und der Verfassungsbeschwerde ähnelt: Zulässig sind die kartellverwaltungsrechtliche Anfechtungsbeschwerde sowie der Normenkontrollantrag und die Verfassungsbeschwerde nur unter der Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten, § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB sowie § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Das Hauptsacheverfahren dient dagegen der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle. Das bedeutet, dass jede Verletzung objektiven (Verfassungs-)Rechts die Aufhebung bzw. Nichtigerklärung des angegriffenen Aktes, das heißt der (kartell-)behördlichen Verfügung, der gerichtlichen Entscheidung beziehungsweise der zur Überprüfung gestellten Rechtsnorm rechtfertigt, § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB sowie § 47 Abs. 5 Satz 2 1. HS VwGO und § 95 Abs. 2 und 3 BVerfGG. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dominiert dagegen der individualschützende Charakter. Das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes darf die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt nur anordnen, wenn sich seine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung auf subjektiv-rechtlich geschützte Interessen des Beschwerdeführers beziehen.<sup>108</sup> In diesem Sinne ist der neue § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 zu verstehen. Auch im Bereich des Normenkontrollverfahrens erlassen die Gerichte eine einstweilige Anordnung in erster Linie zur „Abwehr schwerer Nachteile“ bzw. Rechtsverletzungen gerade beim Antragsteller. Entsprechend stellt sich die Lage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 Abs. 1 BVerfGG dar.

## VII. Subjektive Rechtsverletzung bei Verfahrensfehlern? Das Verfahren

### *E.ON/Ruhrigas*

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf im Verfahren *E.ON/Ruhrigas* haben nicht zuletzt deshalb für Aufsehen gesorgt, weil der Kartellsenat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausschließlich mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften

107 Z. B. *BVerfG*, 5.7.1995, E 93, 181, 187ff. Den individualschützenden Charakter der einstweiligen Anordnung im Rahmen der Verfassungsbeschwerde betonen auch *Lechner, H./Zuck, R.*, *BVerfGG*, 2006, § 32, Rz. 11 und 23 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

108 Eine entsprechende Einschränkung des Prüfungsumfangs auf Begründetheitsebene auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Ministererlaubnis dürfte sich schon aus Gründen der inneren Kohärenz empfehlen. Siehe auch noch unten *Ausblick*.

begründete.<sup>109</sup> Es stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen der Düsseldorfer Richter vor dem Hintergrund der hier postulierten eingeschränkten Prüfungskompetenz des Gerichts des einstweiligen Rechtsschutzes Bestand haben können.<sup>110</sup> Das würde voraussetzen, dass Dritten aus der Verletzung formellen Rechts<sup>111</sup> subjektiv-öffentliche Rechte erwachsen können. Die Frage, welche Rechte Drittbetroffene aus einem Verstoß gegen Verwaltungsverfahrenrecht ableiten können, wird in der verwaltungsrechtlichen Lehre kontrovers diskutiert.<sup>112</sup> Die radikalste Lösung besteht darin, dem Dritten für jeden Fall der Verletzung formellen Rechts einen gerichtlich durchsetzbaren (materiellen) Genehmigungsabwehranspruch einzuräumen.<sup>113</sup> Übertragen auf die hier in Frage stehenden Konstellationen würde das bedeuten, dass der Dritte allein aufgrund der Missachtung einer Verfahrensvorschrift die gerichtliche Anordnung einer förmlichen Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis verlangen könnte. Nicht erforderlich wäre, dass er als Folge des Verstoßes gegen formelles Recht Beeinträchtigungen materiell-rechtlicher Positionen geltend macht. Die entgegengesetzte Position würde darin bestehen, Ansprüche Drittbetroffener auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften selbst zu beschränken. Weitere Rechtsfolgen in Bezug auf die Wirksamkeit der materiellen Entscheidung wären zu verneinen. Beide Extremösungen sind abzulehnen. Die erste kann zumindest in den (gerade für das Kartellverwaltungsrecht charakteristischen) multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis-

109 So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 887: „Um die jetzt getroffenen einstweiligen Anordnungen gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 und Satz 1 Nr. 2 GWB [1999] zu rechtfertigen, bedarf es im derzeitigen Verfahrensstadium keiner Stellungnahme des Senats zur materiellrechtlichen Seite der Erlaubnisentscheidung (Feststellung der gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Zusammenschlusses, die die fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen, oder Rechtfertigung des Zusammenschlusses durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit). Die ernstlichen Zweifel des Senats an der Rechtmäßigkeit der Verfügung resultieren aus der vorläufigen Beurteilung, dass die Verfügung [...] unter gravierenden Verfahrensfehlern zustande gekommen ist [...]“. Noch einmal bekräftigt vom *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926, 932 („bedarf es nach wie vor keiner Stellungnahme zur materiellrechtlichen Seite der Erlaubnisentscheidung“). Vgl. zu materiellrechtlichen Bedenken die *Monopolkommission*, 5.9.2002 (*Ergänzendes Sondergutachten zum Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas*), WuW/E DE-V 631ff. sowie *Möschel, W.*, BB 2002, 2077, 2082 (u. a. zu der von ihm verneinten Frage, ob der Minister die von der Kartellbehörde festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen selbstständig gewichten darf).

110 Diese Fragestellung setzt voraus, dass die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten des Antragsstellers Begründetheitsvoraussetzung nicht nur im Fall der Anfechtung von Fusionsgenehmigungen des Bundeskartellamts, sondern auch des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit ist (siehe oben FN 108).

111 Beispielhaft genannt seien das Stellungnahmerecht, das Recht auf Akteneinsicht, die notwendige Beiladung zum Verwaltungsverfahren, die Benachrichtigungspflicht, die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Fall der Ministererlaubnis sowie die Anhörung der Landeskartellbehörden sowie gegebenenfalls der Monopolkommission gemäß § 40 Abs. 4 und § 42 Abs. 4 GWB.

112 Ausführliche Darstellung bei *Hufen, F.*, Fehler im VerwVerf, 2002, Rz. 545ff. (= S. 330ff.).

113 In diese Richtung *ders.*, aaO, Rz. 566 (mit weiteren Differenzierungen) und *Goerlich, H.*, NVwZ 1982, 607.

sen nicht überzeugen. Sie ist mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren, da sie das Risiko eines behördlichen Fehlers einseitig den privaten Genehmigungsempfängern (hier: den Zusammenschlussbeteiligten) aufbürdet. Deren Interesse an der Aufrechterhaltung der Sachentscheidung ist ebenfalls schützenswert.<sup>114</sup> Der zweiten Lösung ermangelt es dagegen an einschneidenden Sanktionen. Sie dürfte nicht ausreichen, um die Beachtung drittschützenden Verfahrensrechts zu garantieren. Überzeugend erscheint die von der herrschenden verwaltungsrechtlichen Meinung vertretene vermittelnde Lösung.<sup>115</sup> Danach können sich Drittkläger auf die Verletzung drittschützender Verfahrensvorschriften berufen (das heißt hier: die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerden gegen die Freigabebefreiung bzw. Ministererlaubnis verlangen), wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind.<sup>116</sup> Der von dem Verfahrensfehler betroffene Verwaltungsakt muss erstens eine materiell-rechtlich geschützte Position des klagenden Dritten berühren.<sup>117</sup> Der Dritte muss sich also im Fall einer Fusionsgenehmigung auf eine erhebliche Berührung seiner wettbewerblichen Interessen in negativer Weise berufen können.<sup>118</sup> Damit scheidet die Verletzung von Verwaltungsverfahrensvorschriften aus, denen keine entsprechenden materiellen Rechte zugrunde liegen.<sup>119</sup> Der Verfahrensfehler muss sich zweitens auf die Rechtsstellung des Dritten ausgewirkt haben.<sup>120</sup> Hier bedarf es einer typisierenden Prognose, dass in der konkreten Situation die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Ver-

114 *Schmidt-Aßmann, E.*, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), GG, Stand: August 2005, Art. 19 Abs. 4, Rz. 158; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 525.

115 Siehe auch § 46 VwVfG sowie die Nachweise in den folgenden Fußnoten.

116 Siehe zum Folgenden *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 524ff.

117 *BVerwG*, 13.7.1989, NVwZ 1989, 1168: Auswirkung auf materielle Position; *Schmidt-Preuß*, aaO, 495ff., insbes. 520ff. *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 4 c aa (= S. 655f.); *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 95. Eine Ausnahme bilden die seltenen „absoluten Verfahrensrechte“. Sie räumen Dritten unabhängig von einer materiellen Betroffenheit nicht nur einen Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften, sondern sogar einen subjektiv-rechtlichen Abwehranspruch gegenüber dem das Verfahren abschließenden Verwaltungsakt ein. Dazu *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 75 m.w.N. Er nennt als Beispiel u. a. den Anspruch der Gemeinde auf Beteiligung am Planfeststellungsverfahren gemäß § 6 LuftVG sowie die Beteiligungsrechte anerkannter Naturschutzverbände. Dazu gehört wohl auch der Anspruch von bestimmten Dritten gemäß § 25 GWB 2005, im Verfahren der Anerkennung von Wettbewerbsregeln eine Stellungnahme abzugeben. In diese Richtung auch der *BGH*, 15.7.1966 (*Bauindustrie*), WuW/E BGH 767, 777, der das Bestehen eines „Rechts auf Anhörung“ bestimmter Dritter in Erwägung zieht, gleichzeitig aber feststellt, dass sich dieses Recht jedenfalls „in der Anhörung als solcher erschöpfen [würde]“, da ihr keine darüber hinausgehenden materiellen Rechte oder „durchsetzbaren Ansprüche“ entsprechen.

118 Hier sind die oben in *Kap. 4 D II* entwickelten Kriterien zu prüfen. Im Fall der Beschwerdeführer im Verfahren *E.ON/RuhrGas* ist das Vorliegen einer materiellen Beschwerde in diesem Sinne zu unterstellen (siehe oben *Kap. 4 D IV 3*).

119 *BVerwG*, 29.4.1993, NVwZ 1993, 890 (zu § 9 BNatSchG).

120 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 495ff., 520ff.; *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 4 c aa (= S. 655f.); *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 95.



besserung der materiellrechtlichen Position des Dritten geführt hätte.<sup>121</sup> Grundvoraussetzung ist dabei, dass für die Behörde materiellrechtlich überhaupt die Möglichkeit zu einer abweichenden, dem Dritten günstigeren Entscheidung bestand.<sup>122</sup> Im Hinblick auf die Fusionskontrolle ist zu berücksichtigen, dass weder dem Bundeskartellamt noch dem Bundeswirtschaftsminister Ermessen bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben eingeräumt ist. Die Kartellbehörden verfügen jedoch auf Tatbestandsebene über einen Beurteilungsspielraum beispielsweise bei der Würdigung der im Rahmen von § 42 Abs. 1 GWB zu berücksichtigenden Gemeinwohlvorteile.<sup>123</sup> Dieser Umstand ändert zwar nichts an dem Charakter einer gebundenen Verwaltungsentscheidung.<sup>124</sup> Angesichts des eingeräumten Bewertungsspielraums kann die Verletzung in eigenen Rechten aber auch aus einem bloßen Verfahrensfehler wie zum Beispiel der unterbliebenen Anhörung des beigeladenen Beschwerdeführers zu Fragen der Marktabgrenzung resultieren. Die Möglichkeit, dass die Behörde bei Beachtung des formellen Rechts eine andere Sachentscheidung getroffen hätte, kann nicht ausgeschlossen werden.<sup>125</sup> Ähnliches gilt auch im Zusammenhang mit der Auflagenkompetenz der Kartellbehörden. Zwar haben das Amt und der Bundesminister sich bei der Verfügung von Nebenbestimmungen wiederum an den materiellen Kriterien der §§ 36 Abs. 1 bzw. 42 Abs. 1 GWB zu orientieren. Insofern besteht ebenfalls kein Ermessens-, sondern lediglich ein Beurteilungsspielraum.<sup>126</sup> Die Kartellbehörde entscheidet aber nach Ausübung ihres Ermessens über die Frage, ob sie überhaupt von ihrer Auflagenkompetenz Gebrauch macht (oder den Zusammenschluss untersagt bzw. die Erlaubnis nicht erteilt). Entsprechendes gilt hinsichtlich der Auswahl geeigneter Auflagen und Bedingungen.<sup>127</sup> Angewendet auf das *E.ON/Ruhrigas*-Verfahren bedeutet das, dass die dritten Beschwerdeführer sich wegen der fehlenden Gewährung rechtlichen Gehörs<sup>128</sup> sowohl im Hinblick auf die Mi-

121 *BVerwG*, 30.5.1984, E 69, 256, 270: Es bedarf der Feststellung, dass „nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den angenommenen Verfahrensmangel die Entscheidung anders ausgefallen wäre.“; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 526. Vgl. auch das *OLG Düsseldorf*, 9.12.2002 (*Lufthansa/Eurowings*), WuW/E DE-R 953, 954 (zu § 46 VwVfG).

122 *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 526. Vgl. auch *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 46, Rz. 27.

123 *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885, 928; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 42, Rz. 41.

124 *OLG Düsseldorf*, aaO; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO; *Möschel, W.*, *BB* 2002, 2077, 2083. Davon zu unterscheiden ist die „strikt gebundene Entscheidung“, in der das anwendbare materielle Recht der Verwaltung keinerlei Spielraum eröffnet (*Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 46, Rz. 30).

125 Vgl. ebenda, Rz. 32.

126 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 40, Rz. 46.

127 Vgl. ebenda, Rz. 47. Näher zu den Ermessensbindungen speziell des Bundeskartellamts ebenda, Rz. 55.

128 *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas II*), WuW/E DE-R 926, 936ff.; *OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrigas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1016f.

nistererlaubnis selbst als auch hinsichtlich der Anordnung von (auch ihrem Schutz dienenden) Nebenbestimmungen<sup>129</sup> auf die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen berufen können. Eine Unbeachtlichkeit des Verfahrensmangels gemäß § 46 VwVfG scheidet unter diesen Umständen aus. Macht die Kartellbehörde allerdings erfolgreich von der in § 56 Abs. 4 GWB 2005 nunmehr ausdrücklich in Bezug genommenen Heilungsmöglichkeit gemäß § 45 VwVfG Gebrauch, so entfällt die Grundlage für subjektiven Drittschutz.<sup>130</sup>

## VIII. Zusammenfassung

Das gesetzgeberische Ziel einer Beschränkung des einstweiligen Drittschutzes in der Fusionskontrolle auch im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren kann durch einen eingeschränkten Prüfungsumfang auf der Ebene der Begründetheit erreicht werden. Anders als vom OLG Düsseldorf auf Grundlage der bisherigen Rechtslage in den Fällen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* vorausgesetzt, reichen danach ernsthafte Zweifel an der objektiven Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht mehr aus, um die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde anzuordnen. Die Zweifel müssen sich auf die Verletzung subjektiver Rechte des Beschwerdeführers beziehen. Die bloße Verletzung formellen Rechts genügt hierfür nicht. Darüber hinaus bedarf es der Feststellung, dass die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens möglicherweise die materiellrechtliche Position des Dritten verbessert hätte. Das ist typischerweise bei Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen der Fall. Unter die erste Kategorie fällt die Entscheidung über die Anordnung von Nebenbestimmungen zu einer Fusionsgenehmigung. Bei der Subsumtion eines Zusammenschlussvorhabens unter die §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB verfügen die Kartellbehörden über einen Beurteilungsspielraum. In beiden Fällen kommt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerde wegen möglicher Verletzung in subjektiven Rechten damit jedenfalls solange in Betracht, wie der Fehler nicht gemäß § 45 VwVfG wirksam geheilt wurde. Im Hauptsacheverfahren bleibt es dagegen bei dem in § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB normierten Prüfungsmaßstab. Entgegen der insbesondere von KG und BGH im Verfahren *HABET/Lekkerland* vertretenen Auffas-

129 Diese Voraussetzung trifft allerdings nicht zu auf die vom *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926, 937f. besonders kritisierte Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs hinsichtlich der schriftlichen Erklärung der E.ON AG betreffend Investitionsvorhaben zugunsten der Ruhrgas AG. Danach sei E.ON bereit, im Falle der Erteilung der Ministererlaubnis einen Betrag von sechs bis acht Milliarden Euro für gaswirtschaftliche Investitionen der Ruhrgas zur Verfügung zu stellen. Weder wurde dieses Investitionsversprechen zum Gegenstand einer rechtsverbindlichen Auflage gemacht, noch dient es der Verbesserung der wettbewerblichen Situation von Drittbetroffenen. Hintergrund der Investitionszusage war vielmehr der Wunsch, die erstrebte Ministererlaubnis mit dem Interesse an einer verbesserten internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Ruhrgas AG und der gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Sicherung der Energieversorgung zu rechtfertigen.

130 Siehe dazu oben *Kap. 4 C V 4*.

sung obliegt dem Beschwerdegericht eine umfassende Untersuchung der Freigabe-  
verfügung auf ihre objektive Rechtmäßigkeit.

*Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes*

A. Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden

I. Die Ansicht des OLG Düsseldorf und ihre Kritik durch *Bechtold*

Aufgrund der herausgearbeiteten<sup>1</sup> drittschützenden Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB steht das Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden auch nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 den besonders intensiv in ihren wettbewerblichen Interessen betroffenen Dritten zur Verfügung. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Rechtsfolgen mit dieser Anordnung verbunden sind. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hat sie die Wirkung, das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB wiederaufleben zu lassen.<sup>2</sup> In den bislang erlassenen Entscheidungen, in denen die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsgenehmigungen angeordnet wurde, bediente sich das Gericht im Beschlusstenor insoweit einer schlichten „Klarstellung“. Danach bedeute die Anordnung der aufschiebenden Wirkung „zugleich“, dass es den Hauptbeteiligten untersagt sei, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>3</sup> *Bechtold* kritisiert diese Verknüpfung von aufschiebender Wirkung und Vollzugsverbot. Er wirft dem OLG Düsseldorf vor, in seinen Beschlüssen nicht ausreichend zwischen dem Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und einer einstweiligen Anordnung zu differenzieren.<sup>4</sup> Seines Erachtens erschöpft sich die auf § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB gestützte Anordnung in der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.<sup>5</sup> Ein Mehr, nämlich das Verbot der Vollziehung des Zusammenschlusses, bedürfe einer gesonderten Anordnung. Es sei aber nicht ersichtlich, woraus sich hierfür die Befugnis des Gerichts ergeben solle.<sup>6</sup>

II. Stellungnahme

Die Kritik *Bechtolds* kann nicht überzeugen. In Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf ist davon auszugehen, dass nur eine wirksame Freigabe (bzw. Minister-

1 Oben *Kap. 4*, insbesondere Abschnitte *C* und *D*.

2 Siehe die Nachweise sogleich unten FN 7.

3 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885. Die Metapher des Wiederauflebens des Vollzugsverbots findet sich bei *Jaeger, W.*, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 665.

4 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1024.

5 Ebenda.

6 Ebenda. Dazu sogleich.

erlaubnis) das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB überwinden kann.<sup>7</sup> Zwar erlaubt die Vorschrift des § 41 Abs. 1 GWB die Vollziehung des Zusammenschlusses nach Ablauf der Fristen von einem bzw. vier Monaten gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB. Die im Zusammenhang mit der Sechsten GWB-Novelle neu eingeführte Vorschrift des § 40 Abs. 6 GWB zeigt jedoch, dass der Gesetzgeber von der Möglichkeit eines wirksamen Vollzugsverbots auch über die genannten Fristen hinaus ausging. Das ist in erster Linie der Fall, wenn das Beschwerdegericht eine zunächst erteilte Freigabeverfügung aufhebt. Diese Situation hatte der Gesetzgeber vor Augen, als er den § 40 Abs. 6 GWB formulierte. Der Wortlaut spricht strenggenommen nur von der endgültigen Aufhebung der Freigabe im gerichtlichen Hauptsacheverfahren. Den Fall, dass das Gericht die Wirksamkeit der Freigabeentscheidung erst einmal vorläufig, nämlich durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung beseitigt, hat der Gesetzgeber offenbar nicht bedacht.<sup>8</sup> Das mag daran liegen, dass die Möglichkeit von Drittbeschwerden gegen Freigabeentscheidungen überhaupt erst durch die Sechste GWB-Novelle geschaffen wurde. Dass sich diese Form des gerichtlichen Rechtsschutzes noch durch einen zusätzlichen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung lässt, lag zum damaligen Zeitpunkt offenbar noch außerhalb der Vorstellungskraft des Gesetzgebers.<sup>9</sup> Die für den Fall der Anordnung

7 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 667; OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 687; OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhr-gas I*), WuW/E DE-R 885, 893. Referierend *Kollmorgen, J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 64, Rz. 12. Nach *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46 „scheint diese Auffassung [erg.: des OLG Düsseldorf, Verf.] durch den neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 [...] Bestätigung zu finden.“

8 Die Tatbestandsalternative der „teilweisen Aufhebung“ in § 41 Abs. 6 GWB betrifft die Fälle, in denen abtrennbare Teile der Verfügung wie Bedingungen und Auflagen kassiert werden. Das einer einstweiligen Anordnung anhaftende Charakteristikum der Vorläufigkeit kann nicht unter das Merkmal der „teilweisen Aufhebung“ subsumiert werden.

9 *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46; *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1023. Die Ignoranz des Gesetzgebers erstaunt ein wenig. Die Einführung einer Beschwerdemöglichkeit für Dritte sollte das deutsche Kartellverfahrensrecht dem europäischen Standard anpassen. Dort hatten Dritte auch schon vor Verabschiedung der Sechsten GWB-Novelle einstweiligen Rechtsschutz in Fusionskontrollfällen beantragt. Allerdings stützten sie sich dabei auf die allgemeinen europarechtlichen Vorschriften (Art. 242 Satz 2 und Art. 243 EGV). Auch waren diese Anträge bislang nur in seltenen Ausnahmefällen von Erfolg gekrönt, z. B. *Präsident des EuG*, 2.4.1993 (*Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel und Comité d'établissement de Pierval gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993 1993, II-450 (teilweise Aussetzung der Genehmigungsentscheidung); *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265. Keine Aussetzung verfügt wurde dagegen in den folgenden Fällen: *Präsident des EuG*, 15.12.1992 (*Comité central d'entreprise de la Société Générale des Grandes Sources u. a. gegen Europäische Kommission*), Slg. 1992 1992, II-2579; *Präsident des EuG*, 2.12.1994 (*Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-1159. Allgemein zum einstweiligen Rechtsschutz Dritter in der europäischen Fu-

der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bestehende Lücke kann nur durch sinnngemäße Anwendung der §§ 40 Abs. 6, 40 Abs. 1 Satz 1 GWB geschlossen werden. Das Vollzugsverbot gilt damit auch in den Fällen, in denen die Wirksamkeit der Freigabeverfügung durch einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB vorläufig aufgehoben ist. Ein Vergleich mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht spricht ebenfalls für dieses Ergebnis. So lässt die aufgrund der parallelen<sup>10</sup> Bestimmung § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gerichtlich angeordnete aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs nach allgemeiner Meinung das Gebrauchmachen von einer Baugenehmigung oder einer gewerberechtlichen Erlaubnis unzulässig werden.<sup>11</sup> Um ein „Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis“ handelt es sich auch in den Fällen, in denen Fusionskandidaten nach ergangener Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis mit dem Vollzug ihres Zusammenschlussvorhabens beginnen. Auch eine teleologische Betrachtung bestätigt die Richtigkeit des Ergebnisses: Die zentrale Rechtsfolge der Freigabeentscheidung liegt im Wegfall des Vollzugsverbots. Gegen diese Wirkung richtet sich die Anfechtungsbeschwerde. Ließe die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht auch das Vollzugsverbot einstweilen wieder in Kraft treten, entfielen jeglicher praktischer Nutzen dieses Rechtsbehelfs.

### III. Zeitpunkt des Wiederauflebens

Dabei ist es selbstverständlich, dass das in § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot unmittelbar nach Erlass des Gerichtsbeschlusses (wieder) in Kraft tritt. Zwar ordnet § 40 Abs. 6 GWB an, dass die in Abs. 2 Satz 2 genannte Viermonatsfrist erst mit Rechtskraft der Entscheidung des Beschwerdegerichts zu laufen beginnt. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass das Vollzugsverbot auch nach erfolgter Aufhebung der Freigabeentscheidung in erster Instanz seine Wirksamkeit erst mit Eintritt der Rechtskraft wiedererlangt, ein Fusionsvollzug also zwischen Erlass des Gerichtsbeschlusses und Eintritt der Rechtskraft zulässig wäre. Telos der Regelung in §§ 40 Abs. 6, 41 Abs. 1 Satz 1 GWB im Rahmen eines Systems der präventiven Fusionskontrolle ist es, die mit einer eventuellen Entflechtung verbundenen Schwierigkeiten zu vermeiden.<sup>12</sup> Die Bestimmung § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB regelt lediglich das Ende des Vollzugsverbots. Sie macht dagegen keine Aussagen

sionskontrolle: *Lange, K. W.*, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 913ff.; *Montag, F./Leibenath, C.*, ZHR 2000, 176, 190ff.

<sup>10</sup> Allgemein zur „Orientierung“ des Gesetzgebers an § 80 VwGO bei der Verabschiedung von § 65 GWB: *Schmidt, K.*, in Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 1.

<sup>11</sup> *BVerwG*, 13.6.1979, NJW 1980, 35f.; *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand: Oktober 2005, § 80, Rz. 92; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 30 m.w.N.

<sup>12</sup> *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 1.

über seinen Beginn. Die erst mit der Sechsten GWB-Novelle hinzugefügte Norm des § 40 Abs. 6 GWB sollte die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter erweitern.<sup>13</sup> Damit ist eine Deutung der Vorschrift ausgeschlossen, die den Beginn des (Drittunternehmen begünstigenden) Vollzugsverbots im Fall des § 40 Abs. 6 GWB auf einen Zeitpunkt verlegt, der mehrere Wochen nach Erlass der der Drittklage stattgebenden Entscheidung liegt. Unabhängig von der Frage, ob sich das Beschwerdegericht im Hauptsacheverfahren oder im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die Freigabeverfügung ausgesprochen hat, greift das Vollzugsverbot daher unmittelbar nach Erlass des die Freigabe aufhebenden Gerichtsbeschlusses wieder ein. Dem entspricht auch die gemeinschaftsrechtliche Regelung in Art. 10 Abs. 5 EG-FKVO a.F. An sie hat sich der Gesetzgeber mit der Einfügung von § 40 Abs. 6 GWB angelehnt.<sup>14</sup> Anders als im GWB wird dort auch der Beginn der neu wieder einsetzenden Untersagungsfristen explizit geregelt. Sie beginnen „mit dem Tage der Verkündung des Urteils von Neuem.“<sup>15</sup>

#### IV. Ergebnis

Das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB lebt automatisch mit dem Tage wieder auf, an dem das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die aufschiebende Wirkung der Drittbeschwerde anordnet. Einer besonderen Anordnung bedarf es nicht.

#### B. Einstweilige Anordnung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von Zusammenschlussvorhaben

Es sei noch einmal daran erinnert, dass sich das OLG Düsseldorf in den drei Beschlüssen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* nicht auf die Anordnung der aufschiebenden Wirkung (ergänzt um die zu Unrecht kritisierte „Klarstellung“ hinsichtlich des Wiederauflebens des Vollzugsverbots<sup>16</sup>) beschränkt hat. Darüber hinaus untersagte es den betroffenen Unternehmen in Form weiterer einstweiliger Anordnungen, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben oder Einfluss

13 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 60.

14 *Ebenda*.

15 In der Fassung des Art. 10 Abs. 5 FKVO vom 20. Januar 2004 (ABl. EG Nr. L 24/1 vom 29.1.2004) wird der Beginn der Fristen auf den „Arbeitstag, der auf den Tag des Eingangs der vollständigen neuen Anmeldung [...] folgt“, festgelegt. Die Änderung bezweckt aber sicher nicht, einen Vollzug entgegen Art. 7 FKVO „über das Wochenende“ zu ermöglichen. Vielmehr geht es darum, der Kommission ausreichend Zeit für die Prüfung des Zusammenschlussvorhabens einzuräumen.

16 *Oben A.*

auf die Geschäftspolitik des Fusionspartners zu nehmen.<sup>17</sup> Die hierfür herangezogene Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999 entfällt aufgrund der Einfügung eines zweiten Satzes in § 64 Abs. 3 GWB 2005. Zumindest auf den ersten Blick droht der einstweilige Drittrechtsschutz damit stark an Wirksamkeit einzubüßen.

#### I. Kritik an der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf vor Verabschiedung der Siebten GWB-Novelle

Schon vor Inkrafttreten von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 hat *Bechtold* die Inanspruchnahme der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 1999 durch das OLG Düsseldorf kritisiert.<sup>18</sup> Er ist der Ansicht, die einstweilige Anordnung der aufschiebenden Wirkung und die Anordnung sonstiger einstweiliger Maßnahmen passten nicht in die Situation der Drittbeschwerde gegen fusionskontrollrechtliche Freigaben durch das Amt oder den Minister.<sup>19</sup> Er begründet das mit Hinweis darauf, dass die Regelung in den §§ 64, 60 GWB grundsätzlich nur das Verhältnis zwischen der Kartellbehörde und den Hauptbeteiligten, den Verfügungsadressaten, erfasst.<sup>20</sup> Die Kartellbehörde sei dazu ermächtigt, durch einstweilige Anordnung zugunsten oder zu Lasten der Hauptbeteiligten zu verfügen. Komme es zur Einleitung eines Beschwerdeverfahrens, so gehe diese Befugnis der Kartellbehörde gemäß § 64 Abs. 3 GWB i. V. m. 60 GWB 1999 auf das Beschwerdegericht über. *Bechtold* argumentiert, das Gericht könne nicht mehr Kompetenzen haben als die Kartellbehörde, der diese Instrumente ursprünglich zustehen.<sup>21</sup> Ausdrücklich drittschützende Vorschriften fehlten in den §§ 64 und 60 GWB. Im Hinblick auf die Vorschrift des § 65 Abs. 3 Satz 2 GWB führt er aus, sie habe „erkennbar nur den Fall im Auge, dass die angefochtene Verfügung den Adressaten belastet, nicht begünstigt“.<sup>22</sup> Das zeige sich auch an dem Verweis auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.<sup>23</sup> Da also weder das Bundeskartellamt noch der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit die Vollziehung der Freigabe bzw. Erlaubnis einstweilig aussetzen könnten, scheide auch eine entsprechende Kompetenz des Beschwerdegerichts aus.<sup>24</sup>

17 Oben *Kap. 2 F.*

18 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1023f.

19 Ebenda.

20 Ebenda, 1024.

21 Ebenda.

22 Ebenda.

23 Ebenda.

24 Ebenda.



*Bechtold* ist zuzugestehen, dass der einstweilige Rechtsschutz im Kartellverwaltungsrecht in den §§ 60, 64, 65 GWB ausgesprochen lückenhaft geregelt ist.<sup>25</sup> Erhellend ist daher ein Blick auf das Referenzsystem der VwGO. Der Gesetzgeber hat sich bei der Einführung von § 63a GWB 1973 (= § 65 GWB 2005) bewusst an § 80 VwGO orientiert.<sup>26</sup> Auch hier stellt sich das Problem des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung.<sup>27</sup> Zu einer speziellen Regelung kam es erst durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung (4. VwGOÄndG) vom 17. Dezember 1990, also nach Einfügung des heutigen § 65 GWB im Rahmen der Zweiten GWB-Novelle. Es entsprach aber auch schon vor Inkrafttreten von § 80a VwGO allgemeiner Meinung, dass § 80 VwGO jedenfalls analog auch auf Verwaltungsakte mit Drittwirkung anwendbar ist.<sup>28</sup> Es ist nicht zu erkennen, weshalb für § 65 Abs. 2 und 3 GWB nicht dasselbe gelten soll. Die Vorschriften entsprechen fast wörtlich den Vorbildern §§ 80 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 5 Satz 1 VwGO. Die Regelung in § 80a Abs. 3 VwGO erklärt u. a. die Vorschrift des § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO auf Verfügungen mit Drittwirkung für entsprechend anwendbar, § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO verweist auf § 80 Abs. 4 VwGO. Dem widerspricht auch der von *Bechtold* angeführte Verweis in § 65 Abs. 3 Satz 2 GWB auf § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB nicht. Im Gegenteil: Der Gesetzgeber hat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich nicht unter die Voraussetzung gestellt, dass „die Vollziehung für den Adressaten ein unbillige Härte zur Folge hätte.“ Vielmehr lassen sich unter das verwendete Tatbestandsmerkmal des „Betroffenen“ unschwer auch Drittunternehmen subsumieren. Auch sie kann die Verfügung bzw. ihre Vollziehung erheblich in ihren wirtschaftlichen Interessen berühren. Für diese Auslegung spricht auch ein Vergleich mit der Vorschrift des § 25 GWB. Auch hier verwendet der Gesetzgeber den Begriff der „Betroffenen“, um Drittunternehmen zu bezeichnen, deren wirtschaftliche Interessen im Gegensatz zu denen der Hauptbeteiligten stehen.<sup>29</sup> Schließlich ist *Bechtold* entgegenhalten, dass das Amt schon immer einstweilige Anordnungen mit jedenfalls faktischer Doppelwirkung erlassen hat. Er selbst zitiert den Fall der vorläufigen Untersagung eines Zusammenschlusses als mögliche einstweilige Anordnung gemäß § 60 Nr. 3 GWB 1999.<sup>30</sup> Tatsächlich war schon vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle anerkannt, dass die Kartellbehörde gemäß § 56 Nr. 3 GWB 1990 im Hinblick auf eine Untersagung

25 So auch *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 47 (deutlicher noch in der Bearbeitung vom Mai 2003: „Die Regelung des § 64 Abs. 3 ist – so wenig wie die des § 60 – ein Muster gesetzgeberischer Vollkommenheit.“).

26 *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 36; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 65, Rz. 1.

27 Vgl. die Legaldefinition in § 80a Abs. 1 und 2 VwGO: Verwaltungsakt, der den Adressaten begünstigt und einen Dritten belastet und umgekehrt.

28 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 80a, Rz. 1.

29 Dazu *Kellermann, A.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 25, Rz. 4.

30 *Bechtold, R.*, *BB* 2003, 1021, 1024.

nach § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB 1990<sup>31</sup> einstweilige Anordnungen erlassen konnte.<sup>32</sup> So hatte das Bundeskartellamt im Zusammenschlussfall *Sonntag Aktuell* die Ausübung von Stimmrechten vorläufig untersagt.<sup>33</sup> Ganz ähnlich lauteten die einstweiligen Anordnungen des OLG Düsseldorf in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrigas*. Im Ergebnis besteht weder für die Fusionskandidaten, noch für die durch den Zusammenschluss nachteilig betroffenen Dritten ein Unterschied. Die einstweiligen Anordnungen wirkten sich für diese günstig, für die Hauptbeteiligten nachteilig aus.

## II. Keine Kompetenz zum Erlass einstweiliger Anordnungen gegenüber Dritten

Das OLG Düsseldorf muss sich jedoch folgenden Vorwurf gefallen lassen: Mit seinen auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999 gestützten Anordnungen verstößt es gegen den Grundsatz, wonach das Beschwerdegericht dem Antragsteller durch einstweilige Anordnung nicht mehr zusprechen darf als er mit seinem Antrag in der Hauptsache erlangen könnte.<sup>34</sup> Eine der zentralen Ausformungen dieses Prinzips ist das Gebot, einstweilige Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner des Verfahrens, nicht aber gegen bloße Beteiligte oder sonstige Dritte zu treffen.<sup>35</sup> Angewendet auf den hier interessierenden Fall der Drittbeschwerde gegen eine Fusionsfreigabe oder Ministererlaubnis bedeutet das: Um die weitere bzw. faktische Vollziehung eines Zusammenschlussvorhabens zu stoppen, kann das Gericht trotz ange-

31 Der Verweis noch in § 60 Nr. 3 GWB 1999 (= § 56 Nr. 3 GWB 1990) enthaltene Verweis auf § 36 Abs. 1 GWB (= § 24 Abs. 2 Satz 1 GWB 1990) fehlt in § 60 Nr. 3 GWB 2005. Eine Erläuterung sucht man in *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 64 vergeblich. Die Fusionskontrolle betreffende Vorschriften finden sich nunmehr in den Nr. 1 und 2 der Vorschrift. Vermutlich hielt es der Gesetzgeber für ausreichend, die dort aufgezählten Ermächtigungsnormen (insb. §§ 40 Abs. 2, 41 Abs. 3 und 40 Abs. 3a GWB 2005) in Bezug zu nehmen. Der zusätzliche Verweis auf die materielle Ordnungsnorm des § 36 Abs. 1 GWB erschien demgegenüber entbehrlich.

32 *KG*, 13.6.1979 (*Sonntag Aktuell II*), WuW/E OLG 2145, 2145f.; *KG*, 11.1.1993 (*Ernstliche Untersagungszweifel*), WuW/E OLG 5151, 5159 (in beiden Fällen bejahte das KG zwar eine grundsätzliche Zulässigkeit der einstweiligen Anordnungen, verneinte jedoch in casu das Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen mangels besonderen öffentlichen Interesses). Vgl. auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 9f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 60, Rz. 19b; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 60, Rz. 7.

33 Vgl. die Sachverhaltsschilderung in *KG*, 13.6.1979 (*Sonntag Aktuell II*), WuW/E OLG 2145.

34 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64, Rz. 19; *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 49; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 60, Rz. 7. Für das allgemeine Verwaltungsprozessrecht *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 9ff.

35 Ganz h. M., z. B. *VGH München*, 20.5.1976, BayVBl. 1977, 566, 567; *OVG Münster*, 18.11.1983, NJW 1984, 1577; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, aaO, § 123, Rz. 11a, 30; *Schenke, W.-R.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, Rz. 1034. A. A. *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 163.

ordneter aufschiebender Wirkung nicht unmittelbar gegen die Fusionskandidaten vorgehen. Es muss sich darauf beschränken, einstweilige Anordnungen gegen die Kartellbehörde zu erlassen. Sie muss verpflichtet werden, gegen eine Vollziehung des Zusammenschlusses durch die anmeldenden Unternehmen einzuschreiten. Das ist letztlich die Konsequenz daraus, dass das Fusionskontrollrecht keine unmittelbaren subjektiven Ansprüche zwischen Fusionskandidaten und Drittbetroffenen kennt. Auch im Hauptsacheverfahren ist eine Klage nur gegen die Kartellbehörde, und nicht gegen die fusionierenden Unternehmen zulässig. Möglich ist es allein, dass sich die Drittunternehmen mit einer Verpflichtungsbeschwerde gegen das Bundeskartellamt auf Einschreiten gegen die Fusionskandidaten wenden. Sie setzt wiederum die Existenz einer drittschützenden materiellrechtlichen Vorschrift voraus. Das ist § 36 Abs. 1 GWB.<sup>36</sup>

Wiederum bestätigt der Blick auf die Praxis im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht die Richtigkeit dieses Ergebnisses. Auch die Parallelnorm des hier interessierenden § 64 Abs. 3 GWB, die Vorschrift des § 123 VwGO<sup>37</sup> gestattet dem Gericht nach herrschender Meinung ein Einschreiten unmittelbar nur gegen den Antragsgegner, nicht aber gegen einen sonstigen Dritten. Schulbeispiel ist die Drittklage in Bausachen. Wendet sich der Antragsteller hier gegen das „Schwarzbauen“ seines Nachbarn, so kann das Gericht nur die Behörde verpflichten, gegen den Bauherrn vorzugehen.<sup>38</sup> Eine unmittelbare gerichtliche Anordnungen gegenüber dem Dritten (Bauherrn) ist ausgeschlossen.

Entsprechend lautete auch die Einschätzung der prozessualen Situation durch den Präsidenten des EuG im Fall eines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz in der europäischen Fusionskontrolle. Er erklärte den Antrag der Union Carbide Corporation (UCC) für unzulässig, den Parteien des Zusammenschlussvorhabens *Shell/Montecatini*<sup>39</sup> im Wege einer auf Art. 186 EGV a.F. (= Art. 243 EGV n.F.) gestützten einstweiligen Anordnung aufzugeben, das Vorhaben nicht durchzuführen und alle weiteren Maßnahmen zu unterlassen, die den Interessen und der Wettbewerbsfähigkeit des Gemeinschaftsunternehmens UCC/Shell Oil schaden könnten.<sup>40</sup> In dem gegen die Kommission gerichteten Hauptsacheverfahren hatte die UCC die Nichtigserklärung der Zusammenschlussgenehmigung beantragt. Zu Recht erklärte

36 Siehe oben *Kap. 4 C*.

37 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 64, Rz. 17: § 64 Abs. 3 GWB ist „Grundlage eines dem § 123 VwGO entsprechenden einstweiligen Rechtsschutzes.“

38 *VGH München*, 20.5.1976, BayVBl. 1977, 566, 567; *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1013; *OVG Münster*, 18.11.1983, NJW 1984, 1577; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 11a; *Schenke, W.-R.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, Rz. 1034; *Kopp, F. O.*, *JuS* 1983, 673, 676. A. A. offenbar *BVerwG*, 21.5.1980, VBl.BW 1981, 114; *Schoch, F.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 163.

39 *Kommission*, 8.6.1994 (*Shell/Montecatini*), *ABl.EG* Nr. L 332 v. 22.12.1994, 48ff.

40 Präsident des EuG, 2.12.1994 (Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission), *Slg.* 1994, II-1159, 1164 (= Rz. 2).

der Präsident des EuG: „Somit sind die beantragten einstweiligen Maßnahmen grundsätzlich nur zulässig, wenn sie sich im Rahmen der Endentscheidung halten, die das Gericht aufgrund der Artikel 173 und 176 EG-Vertrag [= Art. 230 und 233 EGV n.F.] erlassen kann, und wenn sie die Beziehungen zwischen den Parteien, im vorliegenden Fall der Antragstellerin und der Kommission betreffen. Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall nicht erfüllt.“<sup>41</sup>

Insofern ist *Bechtold* also zuzustimmen, wenn er darauf hinweist, dass die Vorschriften der §§ 60, 64 GWB ausschließlich das Verhältnis zwischen Kartellbehörde und Verfügungsadressaten regeln. Soweit sich das Beschwerdegericht zu Anordnungen aufschwingt, die sich unmittelbar gegen die Fusionskandidaten richten, überschreitet es seine Kompetenzen. Die beschwerdeführenden Drittunternehmen können gerichtlich nur gegen die Kartellbehörde vorgehen. Möchte das Beschwerdegericht ihrem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stattgeben, so muss es die Rollenverteilung im Prozess beachten. Aus der Perspektive des Beschwerdeverfahrens handelt es sich bei den Fusionskandidaten um Drittbeteiligte. Gegen sie kann – ganz im Sinne *Bechtolds* – nur das Bundeskartellamt Verfügungen erlassen. Das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes hat ihnen gegenüber ebenso wenig unmittelbare Kompetenzen wie im Hauptverfahren. Im praktischen Ergebnis besteht allerdings kein wesentlicher Unterschied. Erforderlich ist lediglich ein zusätzlicher Schritt. Das Bundeskartellamt muss auf Anordnung des Beschwerdegerichts die entsprechenden Maßnahmen gegen die Fusionskandidaten treffen. Dabei steht ihm insbesondere das Verbot der Stimmausübung aus bereits übertragenen Anteilen zur Verfügung, § 41 Abs. 4 Nr. 2 GWB analog.<sup>42</sup>

41 Ebenda, 1173 (= Rz. 28). Vgl. auch schon die entsprechende Argumentation in Präsident des EuG, 14.12.1993 (*Gestevisión Telecinco SA gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993, II-1409, 1420 (= Rz. 25f.). Der dem Beschluss zugrundeliegende Antrag richtete sich gegen eine Freistellungsverfügung gemäß Art. 85 Abs. 3 EGV a.F. Aus beiden Entscheidungen geht nicht klar hervor, ob das Gericht insgesamt seine Zuständigkeit auf Erlass einstweiliger Maßnahmen, die über die Anordnung der Aussetzung des Vollzugs der streitigen Entscheidung hinausgeht, verneint. Hierfür spricht die Äußerung des Gerichtspräsidenten, wonach es „nach dem vom EG-Vertrag errichteten System der Zuständigkeitsverteilung [...] der Kommission [obliegt], im Rahmen der Kontrollbefugnisse, die ihr im Bereich des Wettbewerbs [...] verliehen worden sind, gegenüber den anmeldenden Parteien, wenn sie dies für erforderlich hält, eine einstweilige Maßnahme zu erlassen.“ (ebenda, 1419f. (= Rz. 24); *ders.*, 2.12.1994 (*Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-1159, 1172f. (= Rz. 27)). Andererseits ist nicht zu erkennen, weshalb die von ihm für das Gericht beanspruchte Rolle der gerichtlichen Kontrolle über das Vorgehen der Kommission nicht auch die Kompetenz umfassen soll, die Kommission mittels entsprechender Anordnung dazu zu verpflichten, ihrerseits einstweilige Maßnahmen gegenüber den Fusionsparteien zu treffen. Das entspräche jedenfalls der oben skizzierten Zuständigkeitsverteilung nach deutschem Verwaltungsprozessrecht.

42 Dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 41, Rz. 54.

### III. Konsequenzen der Neuregelung (§ 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005)

Bislang eröffnete die Vorschrift des § 64 Abs. 3 GWB 1999 dem Beschwerdegericht Kompetenzen auf der Grundlage von § 60 GWB. Es konnte das Bundeskartellamt insbesondere zum Erlass einer einstweiligen Anordnung gegenüber Fusionskandidaten verpflichten. Der neue § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nimmt von dieser Regelung die „Fälle des § 65 GWB“ aus. Eine eng am Wortlaut orientierte Auslegung kommt daher zu folgendem Ergebnis: Hat das Gericht die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB angeordnet, so darf es nicht zusätzlich einstweilige Anordnungen auf der Grundlage von § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 GWB 2005 erlassen.<sup>43</sup>

Nach der Begründung liegt der Zweck der Gesetzesänderung darin, die bestehende Doppelung der Rechtsgrundlagen – § 64 i. V. m. § 60 und § 65 Abs. 3 GWB – für die Anordnung vorläufiger Maßnahmen zu beseitigen.<sup>44</sup> Danach soll „künftig die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und 60 ausgeschlossen [sein], soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“<sup>45</sup> Gemeint ist damit offenbar Folgendes: Anders als nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO hat eine Beschwerde gegen kartellbehördliche Verfügungen nur in den in § 64 Abs. 1 GWB ausdrücklich genannten Fällen aufschiebende Wirkung. Zu nennen sind insbesondere die auf §§ 32 i. V. m. 19 GWB gestützten Missbrauchsverfügungen. Einer hiergegen gerichteten Beschwerde kommt aufschiebende Wirkung zu, § 64 Abs. 1 Nr. 1 GWB 2005. Bis Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle wurde dem KG als Beschwerdegericht in Kartellverwaltungssachen die Kompetenz zugestanden, die sofortige Vollziehung der behördlichen Verfügungen anzuordnen. Als Rechtsgrundlage zog das KG die §§ 63 Abs. 3 i. V. m. 56 GWB 1966 (= §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005) heran.<sup>46</sup>

Es besteht Einigkeit insofern, dass das Beschwerdegericht zu solchen Anordnungen seit Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle nicht mehr befugt ist. Die 1973 in Kraft getretene Vorschrift des § 63a GWB (= § 65 GWB 2005) begründet insoweit eine ausschließliche Kompetenz der Kartellbehörde. Sie gilt auch für das Beschwerdeverfahren.<sup>47</sup> Damit gilt seit über 30 Jahren ein Vorrangverhältnis des

43 So auch *Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 45. Vgl. auch schon Rz. 38: „Letztendlich verbleiben als Anwendungsbereich der § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 (wie bei § 123 Abs. 5 VwGO) nur Konstellationen, die keine Anfechtungssituation beinhalten.“

44 *Bundesregierung*, *Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov.*, BT-Drucks. 15/3640, 79.

45 *Ebenda*.

46 Z. B. *KG*, 21.10.1966 (*Filtertüten*), *WuW/E OLG* 803 (keine Kompetenz der Kartellbehörde mehr nach Einlegung der Beschwerde); 22.7.1968 (*Sportartikelmesse*), *WuW/E OLG* 907, 916 (Missbrauchsverfahren: das KG entsprach dem wohl von Drittunternehmen gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mangels Vorliegen eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung nicht).

47 *Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 38.

§ 65 GWB gegenüber § 64 Abs. 3 GWB.<sup>48</sup> Wenn die Begründung des neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nunmehr ausdrücklich § 65 GWB als *lex specialis* für die Anordnung der sofortigen Vollziehung im Verhältnis zu § 64 Abs. 3 GWB bezeichnet, so handelt es sich lediglich um eine Klarstellung. Allerdings betrifft die Vorschrift ihrem Wortlaut nach nicht nur den Fall der einstweiligen Anordnung der sofortigen Vollziehung. Der neue zweite Satz in § 64 Abs. 2 GWB schließt vielmehr die analoge Anwendbarkeit des § 60 GWB in allen Fällen des § 65 GWB aus. Die in der Begründung angedeutete Beschränkung auf den Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung findet im Gesetzestext jedoch keine Stütze. Damit wäre dem Beschwerdegericht der Rückgriff auf die Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 1 GWB 2005 insbesondere im Fall des § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB verwehrt. Es stellt sich damit die Frage, auf welche Rechtsgrundlage das OLG Düsseldorf in Zukunft weitergehende einstweilige Anordnungen nach dem Beispiel der Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrigas* stützen kann.

#### IV. Teleologische Reduktion?

Zunächst ist an die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion der neuen Vorschrift § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB zu denken. Sie könnte dem Beschwerdegericht die Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 für weitergehende einstweilige Anordnungen gegen den faktischen Vollzug von Zusammenschlussvorhaben auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle erhalten. Ausweislich der Gesetzesbegründung wird die Anwendbarkeit des § 60 GWB nur „ausgeschlossen, soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“<sup>49</sup> Im Fall von Beschwerden Dritter gegen eine Fusionsfreigabeentscheidung bzw. eine Ministererlaubnis steht die Anordnung der sofortigen Vollziehung jedoch überhaupt nicht in Frage. Vielmehr erstreben die beschwerdeführenden Dritten zunächst nur die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Rechtsmittels. Der Antrag, weitere einstweilige Anordnungen zu erlassen, zielt ebenfalls nicht auf eine sofortige Vollziehung der drittbelastenden Verfügung. Im Gegenteil soll das Gericht mit diesen Maßnahmen einen etwa schon erfolgten De-facto-Vollzug des Zusammenschlusses rückgängig bzw. wirkungslos machen. Der Wortlaut der neuen Vorschrift differenziert nicht zwischen verschiedenen Arten der einstweiligen Anordnung. Anders als die Begründung glauben macht, beschränkt sich das kodifizierte Vorrangverhältnis zwischen § 65 und §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB nicht auf den Fall der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Vielmehr wird gleichzeitig die Anwendbarkeit §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB noch in anderen Fällen, insbesondere im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB

<sup>48</sup> Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64, Rz. 17 m.w.N.

<sup>49</sup> *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65. Siehe dazu auch die in der übernächsten Fußnote wiedergegebene Erläuterung durch *Kollmorgen*.

ausgeschlossen. Der Gesetzgeber droht daher über sein eigentliches Regelungsziel hinauszuschießen. Man könnte daher meinen, eine einschränkende Auslegung des § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 käme dem gesetzgeberischen Anliegen am nächsten.<sup>50</sup> Die neue Bestimmung wäre danach so zu lesen, dass dem Beschwerdegericht der Anwendungsbereich des § 60 GWB nur in den Fällen des § 65 Abs. 1 und 2 GWB verschlossen ist.<sup>51</sup> Das sind die Fälle, in denen der Gesetzgeber die Kompetenz zur Anordnung der sofortigen Vollziehung exklusiv der Kartellbehörde eingeräumt hat. Gegen diese Lösung spricht allerdings, dass die Entwurfsbegründung ausdrücklich auch die Vorschrift des § 65 Abs. 3 GWB erwähnt. Der Gesetzgeber bringt damit – trotz erheblicher Unklarheiten im Text der Entwurfsbegründung zu § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005<sup>52</sup> – zum Ausdruck, dass er auch die Rechtsgrundlage des § 65 Abs. 3 GWB in das Vorrangverhältnis zwischen § 65 GWB einerseits und § 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 andererseits miteinbezogen wissen möchte. Diesem gesetzgeberischen Anliegen liefe eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 auf die in den ersten beiden Absätzen des § 65 GWB genannten Fälle zuwider.

- 50 Für eine teleologische Reduktion, wenn auch unter noch engeren Voraussetzungen, plädiert möglicherweise auch *Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 64 GWB 2005, Rz. 46: „Für eine Anwendung des § 64 Abs. 3 i. V. m. mit § 60 Nr. 1 kann jedoch nach der 7. GWB-Novelle nur dort Raum bleiben, wo die Instrumente des § 65 nicht zur Erreichung des Rechtsschutzziels ausreichen.“
- 51 So im Ergebnis auch *Kollmorgen, J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 64, Rz. 11. Er stützt sich bei seiner Exegese des neu eingefügten § 64 Abs. 2 Satz 2 GWB 2005 auf den oben wiedergegebenen Hinweis in der Regierungsbegründung und führt dazu aus: „Dies bedeutet: Ist die sofortige Vollziehung einer durch § 64 Abs. 1 erfassten Verfügung durch die KartB nach § 65 Abs. 1 angeordnet worden, so sollen nach der *Begr.* vorläufige Maßnahmen durch das Beschwerdegericht nicht mehr nach § 64 Abs. 3, sondern nur noch nach § 65 Abs. 3 S. 1, 3 unter den gegenüber § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 erschwerten Voraussetzungen getroffen werden können. [...] Im Übrigen beschränkt die Vorschrift des § 64 Abs. 3 S. 2 das Beschwerdegericht im Hinblick auf einstweilige Anordnungen nicht. [...] Insoweit kommen Anordnungen in den Verfahren nach §§ 40, 41 und 42 in Betracht.“ Als Beispiele zitiert *Kollmorgen* ausdrücklich auch die Entscheidungen *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665 und 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.
- 52 Zum einen erstaunt die Verwendung des Begriffs der „vorläufigen Maßnahmen“ im Zusammenhang mit § 65 Abs. 3 GWB, der lediglich zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung ermächtigt. Unter vorläufigen Maßnahmen versteht man üblicherweise Anordnungen wie z. B. das vom OLG Düsseldorf ausgesprochene einstweilige Verbot der Stimmrechtsausübung. Sie wurden bislang auf § 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB gestützt. Zum anderen bleibt offen, in welchem Verhältnis die Rechtsgrundlage des § 65 Abs. 3 GWB und die im folgenden Satz erwähnte Kompetenz (der Kartellbehörde!) zur Anordnung der sofortigen Vollziehung stehen. Grundlage für letztere Anordnungen sind die Absätze 1 und 2 der Vorschrift. Dagegen ermächtigt die Regelung in Absatz 3 das Beschwerdegericht zur Anordnung der gegenteiligen Rechtsfolge, nämlich der aufschiebenden Wirkung.

## V. Einstweilige Anordnungen auf der Grundlage von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB

Möglicherweise bedarf es aber gar nicht des Kunstgriffs einer teleologischen Reduktion von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005. Es ist zu überlegen, ob nicht eine zweite, in der Diskussion bislang unbeachtet gebliebene Rechtsgrundlage dem Beschwerdegericht im Fall der Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Kompetenz zum Erlass sonstiger einstweiliger Anordnungen vermitteln kann. Denkbar ist, dass die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB den Wegfall der bislang in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB kompensieren kann. Gemäß § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB kann das Gericht die „Aufhebung der Vollziehung anordnen“.

Ohne explizit auf die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB einzugehen, wendet sich *Bechtold* gegen die Subsumtion des Fusionsvollzugs unter das Tatbestandsmerkmal der „Vollziehung“ in § 65 GWB.<sup>53</sup> Er weist darauf hin, dass die Unternehmen nach fusionskontrollrechtlicher Freigabe oder Ministererlaubnis das Zusammenschlussvorhaben, und nicht die ergangene behördliche Verfügung vollziehen.<sup>54</sup> Daran ist richtig, dass mit Vollzug der Verfügung in erster Linie an ein Handeln der Verwaltung gedacht ist. Im Regelfall vollzieht die Verwaltung den von ihr erlassenen Verwaltungsakt selber. Als Beispiel genannt sei das Verbot, eine bereits erteilte Auskunft zu verwerten.<sup>55</sup> Zu Recht verweist die Literatur bei der Auslegung von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB auf die Bestimmung in § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO.<sup>56</sup> An sie hat sich der GWB-Gesetzgeber (fast) wörtlich angelehnt.<sup>57</sup> Im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht wird das Tatbestandsmerkmal der Vollziehung der „Verfügung“ bzw. des „Verwaltungsakts“ (so § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO) jedoch weit ausgelegt. Die heute herrschende Meinung subsumiert hierunter auch das Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis durch Private.<sup>58</sup> Für die Anwendung von

53 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1024. *Bechtolds* Überlegungen zum Begriff der „Vollziehung“ beziehen sich offenbar auf die Vorschriften §§ 65 Abs. 3 Satz 2 sowie Satz 1 Nr. 3 GWB.

54 Ebenda.

55 *Birmanns, S.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 65 GWB 2005, Rz. 62; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 15. Weitere Beispiele aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bei *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 113, Rz. 80.

56 *Birmanns, S.*, aaO; *Schmidt, K.*, aaO.

57 Vgl. *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, S. 36f.

58 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1015; *OVG Münster*, 25.2.2003, BauR 2003, 1011, 1012; *OVG Lüneburg*, 6.12.2004, BauR 2005, 975, 976; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 179; *Schenke, W.-R.*, Verwaltungsprozessrecht, 2004, 1012; *Papier, H.-J.*, VerwArch 1973, 399, 400ff.; *Schenke, W.-R.*, DVBl. 1986, 9, 14ff. Vgl. auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 65, Rz. 15, der jedenfalls die Erfüllung der Verfügung durch Private angesichts behördlichen Drucks als von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB erfasst ansieht. Für eine Anwendung von § 123 VwGO im Fall des freiwilligen Gebrauchmachens von einer behördlichen Genehmigung dagegen *VGH Mannheim*, 13.2.1984, NVwZ 1984, 451, 452; *Kopp, F. O.*, JuS 1983, 673, 675ff. Die verwaltungsprozessuale Literatur weist zu Recht darauf hin, dass sich noch ein weiteres Tatbestandsmerk-



§ 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO in diesen Fällen, und gegen die ebenfalls denkbare Inanspruchnahme von § 123 VwGO (als der zu § 64 Abs. 3 GWB parallelen<sup>59</sup>) Rechtsgrundlage sprechen zum einen der Gesichtspunkt der Einheitlichkeit des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 VwGO, zum anderen die für den Antragssteller günstigere Schadensersatzregelung.<sup>60</sup> Die Gegenauffassung hätte dagegen zur Konsequenz, dass durch die Genehmigung belastete Dritte wie z. B. Nachbarn in den meisten Fällen ein zweistufiges Verfahren anstrengen müssten. Sie könnten nämlich erst, nachdem sie auf Grundlage von § 80 VwGO die aufschiebende Wirkung ihres Rechtsmittels erlangt haben (rechtsgestaltender Ausspruch), in einem auf § 123 VwGO gestützten weiteren Verfahren ein behördliches Eingreifen durch verpflichtende Aussprüche gegen den Genehmigungsempfänger (z. B. Bauherrn) erzwingen.<sup>61</sup> Das Risiko, gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. m. § 945 ZPO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz zu haften,<sup>62</sup> spricht ebenfalls dagegen, den § 123 VwGO als Rechtsgrundlage heranzuziehen.<sup>63</sup> Beide Gesichtspunkte lassen sich auf das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe oder Ministererlaubnis übertragen. Ein unmittelbar auf §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB gestützter Antrag auf Erlass einstweiliger Anordnungen müsste strenggenommen schon daran scheitern, dass die Fusionskandidaten solange befugt sind, den vom Bundeskartellamt oder vom Minister genehmigten Zusammenschluss zu vollziehen, wie die Drittbeschwerde keine aufschiebende Wirkung entfaltet, die Freigabe oder Ministererlaubnis also vollziehbar ist. Es bedürfte also zunächst des Antrags nach § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB. Erst die daraufhin ergehende gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung würde die Grundlage für ein weiteres Vorgehen nach §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB schaffen. Die Frage einer eventuellen Haftung des Antragstellers auf Schadensersatz bei unbegründeter einstweiliger Anordnung nach den einschlägigen Bestimmungen des GWB ist zwar noch wenig geklärt.<sup>64</sup> Angesichts des Fehlens einer speziellen kartellrechtlichen Regelung erscheint jedoch ein Rückgriff auf das allgemeine Verwaltungsprozess-

mal in § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO und damit entsprechend in § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB als korrekturbedürftig erweist. Der Begriff der „Aufhebung“ passt eigentlich nur im Zusammenhang mit „Rechtsakten“. Faktische Vollziehungsakte dagegen müssen tatsächlich beseitigt oder rückgängig gemacht werden. Es wird daher vorgeschlagen, die Rechtsgrundlage des § 80 Abs. 5 Satz 3 VwGO – Entsprechendes gilt für § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB – um die Rechtsfolgen der Beseitigung bzw. Rückgängigmachung zu ergänzen (*Papier, H.-J.*, *VerwArch* 1973, 399).

59 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64, Rz. 17 (siehe schon oben FN 37).

60 Ausführlich zu beiden Aspekten *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1013f.

61 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1014.

62 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 43.

63 *VGH München*, 28.7.1982, DVBl. 1982, 1012, 1014. Das räumt auch *Kopp, F. O.*, *JuS* 1983, 673, 674 ein.

64 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 60, Rz. 28; § 64, Rz. 27; § 60, Rz. 28 und § 65, Rz. 20 sowie die umfangreichen Nachweise zum Streitstand in *BGH*, 23.9.1980, *NJW* 1981, 349, 350.

recht naheliegend.<sup>65</sup> Danach wäre in den Fällen des § 64 GWB die Regelung des § 123 Abs. 3 VwGO (mit dem Verweis auf die verschuldensunabhängige Haftung des Antragsstellers gemäß § 945 ZPO) entsprechend anwendbar.<sup>66</sup> Im Fall des § 65 GWB müsste man sich dagegen an den zu § 80 VwGO entwickelten Grundsätzen orientieren. Dort wird ein verschuldensunabhängiger Schadensersatzanspruch des Antragsgegners ganz überwiegend verneint.<sup>67</sup>

Vergleicht man die beiden vorgestellten Lösungen, so spricht folgende Überlegung für die Vorschrift des § 65 Abs. 4 Satz 3 VwGO als Rechtsgrundlage und gegen eine teleologische Reduktion der neuen Bestimmung: Ausweislich der Gesetzesbegründung möchte der Gesetzgeber mit dem neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 das zwischen den §§ 80, 80a und § 123 VwGO etablierte Vorrangverhältnis imitieren.<sup>68</sup> Tatsächlich ist die Vorschrift § 123 VwGO aufgrund der Regelung in Abs. 5 ebenfalls subsidiär zu §§ 80 und 80a VwGO. Die Vorschrift § 65 Abs. 3 bis 5 GWB entspricht großenteils wörtlich dem § 80 Abs. 5 bis 7 VwGO.<sup>69</sup> Die Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB erfüllt im Wesentlichen die Rechtsschutzfunktion des

65 Auch *Schmidt, K.*, aaO, § 64, Rz. 27 strebt eine „Harmonisierung“ mit dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht an.

66 Dabei ist außerdem noch zu klären, wer überhaupt einen Schadensersatzanspruch gemäß § 945 ZPO analog geltend machen kann. Nach herrschender Meinung steht ein Anspruch ausschließlich dem Antragsgegner, nicht jedoch einem von der einstweiligen Anordnung mittelbar betroffenen Dritten zu, selbst wenn es sich wie z. B. beim Bauherrn um einen notwendig Beigeladenen handelt (*BGH*, 23.9.1980, NJW 1981, 349, 350; *Schoch, F.*, in: *Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 123, Rz. 200, *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 44, jeweils m. zahlreichen Nachweisen auch zu der in der Literatur vertretenen Gegenansicht). Danach wäre also allenfalls ein Schadensersatzanspruch des Bundeskartellamts, nicht jedoch der Zusammenschlussbeteiligten gegeben. Der Hinweis der h. M. auf den Wortlaut von § 945 ZPO erscheint jedoch deshalb wenig überzeugend, weil die im allgemeinen Verwaltungsrecht häufige und gerade im Kartellverwaltungsrecht typische Dreieckskonstellation mit zwischengeschalteter Behörde dem Zwangsvollstreckungsrecht nach der ZPO wesensfremd ist. Insofern bereitet selbst eine sinngemäße Übertragung des Prinzips des § 945 ZPO Schwierigkeiten. Legt man die oben kritisierte Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zugrunde, das sich mit seinen einstweiligen Anordnungen unmittelbar an die Fusionskandidaten richtete, verliert die Frage an Brisanz. In diesem Fall könnte man die Zusammenschlussbeteiligten ohne größere Schwierigkeiten als Antragsgegner betrachten, denen die dritten Beschwerdeführer entsprechend § 945 ZPO verschuldensunabhängig auf Schadensersatz haften. Bestehen bliebe das Problem, den durch Verzögerung oder gar Vereitelung des Zusammenschlussvorhabens entstandenen Schaden zu beziffern.

67 *BVerwG*, 9.8.1990, NVwZ 1991, 270 (keine Schadensersatzpflicht der Behörde bei Anordnung der sofortigen Vollziehung i. S. d. § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO); *Schoch, F.*, in: *ders./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1998, § 80, Rz. 408 m. w. N.; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 80, Rz. 369 m. w. N.; *Schenke, W.-R.*, *Verwaltungsprozessrecht*, 2004, Rz. 1014a. A. A. *Kopp, F. O.*, *VwGO*, 1994 (10. Aufl.), § 80, Rz. 121; *Renck, L.*, NVwZ 1994, 1178f. (gegen das vorstehend zitierte Urteile des BVerwG vom 9.8.1990).

68 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 64f. („in Anlehnung an § 123 V VwGO“).

69 Vgl. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 65, Rz. 1.

§ 123 VwGO.<sup>70</sup> Zwar handelt es sich bei den §§ 64 Abs. 3, 60 GWB um die älteren Vorschriften. Dennoch zeigt auch der Vergleich mit dem Referenzsystem der VwGO, dass diese Rechtsgrundlage im Verhältnis zu § 65 GWB subsidiär zur Anwendung kommen soll. Die Vorschriften §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB garantieren lediglich die „Lückenlosigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes“.<sup>71</sup> Nur soweit der vorrangige § 65 GWB keinen Rechtsschutz bietet, ist auf die §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB zurückzugreifen.

Festzuhalten ist damit, dass schon aus systematischen Gründen viel für das aufgezeigte Vorrangverhältnis von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB spricht. Das gilt unabhängig von dem neu eingeführten § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005. Angesichts der in drei Fällen bekräftigten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf und einem insoweit offenen Wortlaut – die in § 123 Abs. 3 VwGO ausdrücklich genannte Einschränkung kannte das GWB vor Inkrafttreten § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 nicht – bedurfte es aber wohl eines Anstoßes durch den Gesetzgeber, um ein Umdenken einzuleiten.<sup>72</sup>

Es sei noch einmal klargestellt, dass auch für Anordnungen auf Grundlage von § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB 2005 gilt: Verwaltungsakte mit Drittwirkung können nicht unmittelbar durch gerichtliche Maßnahmen rückgängig gemacht werden. Zulässig sind nur Anordnungen gegenüber der Behörde, die die Erlaubnis erteilt hat.<sup>73</sup> Sie hat gegen den durch die Verfügung Begünstigten vorzugehen. Denkbar ist eine Anordnung entsprechend § 41 Abs. 4 Nr. 1 GWB 2005. Dahinter steht materiell ein Folgenbeseitigungsanspruch des Klägers bzw. Beschwerdeführers gegen die Behörde.<sup>74</sup> Die nach ihrer (vorläufigen) Aufhebung noch andauernden Folgen des Vollzugs der Verfügung sind zu beseitigen (vgl. § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO).

## VI. Zusammenfassung

Das OLG Düsseldorf hat in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhr-gas* einstweilige Anordnungen wie zum Beispiel ein Verbot der Stimmrechtsausübung zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs der von Drittunternehmen ange-

<sup>70</sup> Schmidt, K., aaO, § 64, Rz. 17.

<sup>71</sup> So Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 123, Rz. 1 zum Verhältnis zwischen §§ 80, 80a und § 123 VwGO.

<sup>72</sup> Bemerkenswerter Weise hält sich das OLG Düsseldorf bedeckt zu der Frage, ob es auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle weitere einstweilige Anordnungen wie das Verbot der Stimmrechtsausübung erlassen kann. Während es seine grundsätzliche Kompetenz zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausdrücklich betont, begnügt es sich hinsichtlich des darüber hinaus gehenden Antrags der Beschwerdeführerin mit folgender Feststellung: „Ist hiernach der Antrag auf AO der aufschiebenden Wirkung unzulässig, so folgt hieraus auch die Unzulässigkeit der weiteren Anträge, die darauf zielen, die Vollziehung der angemeldeten Vorhaben zu verhindern oder rückgängig zu machen“ (*OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647).

<sup>73</sup> Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 80, Rz. 179. Ausführlich oben II.

<sup>74</sup> Vgl. Kopp, F. O./Schenke, W.-R., aaO., Rz. 176.

fochtenen Zusammenschlussvorhaben erlassen. Diese Anordnungen stütze das Gericht auf die Vorschriften §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999. Als Rechtsgrundlage kommt aber (auch) § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB in Betracht. Aus systematischen Gründen erscheint diese Vorschrift seit je die bessere Wahl zu sein. Seit Inkrafttreten von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB entspricht dieses Vorrangverhältnis des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB gegenüber der Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 2005 auch dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut. Unabhängig von der Rechtsgrundlage hat sich das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes an den Grundsatz zu halten, dass es einstweilige Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner (hier: der Kartellbehörde), nicht aber gegenüber Dritten wie z. B. den Fusionsparteien erlassen kann.

## Zusammenfassung

### *Erstes Kapitel. Die Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle*

1. Das bisherige System des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes basiert auf der Unterscheidung von vier Intensitätsstufen der Drittbetroffenheit durch die in Betracht kommende Fusionsgenehmigung: (1) einfache Interessenberührung als Voraussetzung für die Möglichkeit zur Stellungnahme (§ 56 Abs. 2 GWB); (2) erhebliche Interessenberührung als Voraussetzung für die einfache Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB); (3) materielle Beschwerde im Sinne einer nachteiligen Interessenberührung als (ungeschriebene) materielle Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde; (4) subjektive Rechtsverletzung als Voraussetzung der notwendigen Beiladung (vgl. §§ 71 Abs. 1 Satz 4 GWB und 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG) sowie als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 3 GWB) und – seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle – des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerde gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005).

2. Abgesehen von ihrer mangelnden Praktikabilität können die Differenzierungen der herrschenden Meinung auch theoretisch nicht überzeugen. Das überkommene Drittschutzsystem ist durch regelungstechnische Schwächen und innere Widersprüchlichkeit gekennzeichnet.

a. Zu nennen ist in erster Linie die große Bedeutung, die der Beiladungsentscheidung zukommt. Von ihr hängen weitreichende Rechtsschutzmöglichkeiten im Beschwerdeverfahren ab. Da die Entscheidung im Ermessen der Kartellbehörde steht, ist häufige Folge die Ungleichbehandlung von in ihren Interessen gleichermaßen intensiv betroffenen Dritten. Das Prinzip der „formalisierten Beschwerdebefugnis“ hat – auch in der von der herrschenden Meinung vertretenen abgemilderten Variante – zur Folge, dass das Beschwerdegericht Anfechtungsbeschwerden von zu Unrecht beigeladenen Dritten allenfalls an dem wenig anspruchsvollen Kriterium der materiellen Beschwerde scheitern lassen kann. Das setzt aber voraus, dass der Beschwerdeführer nicht einmal eine einfache nachteilige Interessenberührung geltend machen kann.

b. Darüber hinaus kommt es in vielen Fällen zu zufälligen, wenn nicht gar widersprüchlichen Ergebnissen. Grund hierfür sind die sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen materiellen Anforderungen, die an die Zulässigkeit der verschiedenen Rechtsschutzinstrumente gestellt werden. Beispielsweise gelten niedrigere

materielle Anforderungen an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde, obwohl die Verpflichtungsbeschwerde in vielen Fällen das verhältnismäßigere, da weniger einschneidende Rechtsmittel ist. Zu denken ist insbesondere an den Fall, dass sich das Klagebegehren des Drittbeschwerdeführers auf den Erlass zusätzlicher drittschützender Nebenbestimmungen beschränkt. Er wird im bestehenden Drittschutzsystem dazu genötigt, die Fusionsfreigabe insgesamt anzufechten. Genannt seien weiterhin die divergierenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen die Einlegung der erstinstanzlichen Verpflichtungsbeschwerde und der Rechtsbeschwerde abhängen. Legt man die herrschende Meinung zugrunde, so steht diese einem wesentlich weiteren Kreis von Drittbetroffenen offen als die Verpflichtungsbeschwerde selbst.

#### *Zweites Kapitel. Einschränkungen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch die Siebte GWB-Novelle*

1. Obwohl es ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht, dass § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung entfaltet, hat der Gesetzgeber den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Fusionsfreigaben unter die Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten gestellt (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005). Damit droht das gleichermaßen effektive wie einschneidende Rechtsschutzinstrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung Dritten zukünftig nicht mehr zu Gebote zu stehen.

2. Eine literarische Mindermeinung tritt zwar für die Annahme subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle an. Allerdings grenzt sie den sachlichen Schutzbereich der potentiell drittschützenden Normen denkbar eng ab, indem sie den Nachweis der drohenden „Existenzvernichtung“ fordert. Der Zusammenschluss selbst kann eine Marktverdrängung bzw. Existenzvernichtung von Dritten aber grundsätzlich nicht herbeiführen. Er hat unmittelbar nur eine Veränderung der Marktstruktur zur Folge. Denkbar ist allenfalls, dass die Fusionsparteien im Anschluss an die Fusion zum Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen wie z. B. Kampfpreisstrategien übergehen, mit dem Ziel einer Verdrängung dritter Marktteilnehmer. Eine hinreichend sichere Prognose erscheint im Zeitpunkt der Zusammenschlussgenehmigung aber schon praktisch ausgeschlossen (vgl. nur das Beispiel *Tetra Laval/Sidel*). Drittunternehmen, die das effektive Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen wollen, drohen damit spätestens an der Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung zu scheitern. Darüber hinaus verkennt die These von der existenzbedrohenden Wirkung einer Zusammenschlussgenehmigung den Charakter der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als Gefährdungstatbestand. Sie vermengt Elemente der Strukturkontrolle einerseits mit solchen der Verhaltenskontrolle andererseits.

3. Auch außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB findet sich kein Bezugspunkt für die Herleitung subjektiv-öffentlicher Drittrechte im Zusammenhang mit einer Fusionsgenehmigung. Das Argument, in Sonderkonstellation könne es durch die Zusammenschlussgenehmigung zu einer Verletzung subjektiver Drittrechte kommen, die ihre Grundlage in drittschützenden Missbrauchsvorschriften haben, erweist sich bei näherer Untersuchung als nicht stichhaltig. Beispiele, in denen ein Zusammenschluss gleichzeitig sowohl unter fusionskontrollrechtlichen als auch unter dem Gesichtspunkt missbräuchlichen Verhaltens untersagt worden wäre, lassen sich nicht finden. Genauso wenig kann es in Folge einer (genehmigten) Fusion zu einer Neubewertung von schon vorher praktizierten Verhaltensweisen unter dem Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kommen. Zurückzuweisen ist schließlich auch die Ansicht, Drittunternehmen könnten sich vor dem Beschwerdegericht auf die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten berufen, wenn ihre wirtschaftlichen Interessen durch bestimmte Nebenbestimmungen zur Fusionsfreigabe (insbesondere Veräußerungsaufgaben) berührt werden. Die betroffenen Dritten sind in diesen Fällen auf zivilrechtlichen Schutz auf der Grundlage bestehender privatrechtlicher Verträge zu verweisen. Für darüber hinausgehenden Rechtsschutz im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens ist kein Raum.

4. Als lehrreich erweist sich im vorliegenden Zusammenhang der Blick in Richtung Vereinigte Staaten. Jenseits des Atlantiks hängt die Zulässigkeit privater Drittklagen gegen Zusammenschlussvorhaben seit der Supreme Court-Entscheidung im Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado* von der Geltendmachung eines drohenden Antitrust-Schadens ab. Eine Untersuchung der strengen Entscheidungspraxis US-amerikanischer Gerichte bestätigt die oben aufgestellte These: Privater Rechtsschutz gegen Zusammenschlussvorhaben ist faktisch ausgeschlossen, wenn man ihn vom Nachweis einer in Folge der Fusion eintretenden wirtschaftlichen Existenzvernichtung abhängig macht.

5. Die stiefmütterliche Behandlung des Problems der Abgrenzung zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ und „Verletzung in eigenen Rechten“ in der kartellrechtlichen Praxis und Wissenschaft erklärt sich aus der geringen praktischen Bedeutung, die dem Merkmal der subjektiven Rechtsverletzung im bisherigen Verfahrensrecht zukam. Umfassender gerichtlicher Drittrechtsschutz gegen Fusionsfreigaben stand auch solchen Dritten offen, die sich (nur) auf eine nachteilige erhebliche Interessenberührung berufen konnten. Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften eine drittschützende Wirkung zu entnehmen ist, kam es regelmäßig nicht an. Das hat sich mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 entscheidend geändert. Im Zusammenhang mit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe durch das Bundeskartellamt kommt man nicht umhin, sich näher mit der Voraussetzung einer Verletzung in eigenen Rechten auseinanderzusetzen.

6. Die bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde genügt nicht immer, um die negativen wettbewerblichen Auswirkungen eines freigegebenen Zusammenschlusses vorläufig zu verhindern. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Zusammenschlussbeteiligten beispielsweise die Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Stimmrechten aufschiebend bedingt bereits vereinbart haben. Dem Erfordernis wirksamen Rechtsschutzes können hier nur weitergehende Anordnungen genügen. Zu denken ist an das einstweilige Verbot, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben. Die im Zusammenhang mit der Siebten GWB-Novelle eingefügte Bestimmung § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 entzieht dem Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die Möglichkeit, solche Anordnungen auf die in der Vergangenheit in Anspruch genommene Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i V. m. 60 GWB 1999 zu stützen. Auch insofern ist eine Schwächung der Effektivität des einstweiligen Drittrechtsschutzes (auch im Ministererlaubnisverfahren) zu befürchten.

### *Drittes Kapitel. Grundlagen einer Neukonzeption des Drittschutzes in der Fusionskontrolle*

1. Die meisten der im ersten Kapitel herausgearbeiteten Schwächen und Ungereimtheiten des überkommenen Drittschutzsystems wurden von verschiedenen Autoren als solche erkannt. Bislang ist es jedoch nicht gelungen, eine Lösung zu präsentieren, die allen kritisierten Punkten gerecht wird. Einzelne Elemente der vorgestellten Lösungen konnten für die hier entwickelte Neukonzeption jedoch fruchtbar gemacht werden. Dem Einsatz *K. Schmidts* verdankt das Institut der notwendigen Beiladung wegen Verletzung in subjektiven Rechten seine allgemeine Anerkennung. Darüber hinausgehend hat *Soell* als erster den Gedanken eines grundsätzlichen Beiladungsanspruchs aller erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten formuliert. *Dormann* hat den Boden für die Erkenntnis bereitet, dass das allgemeine Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung aus § 42 Abs. 2 VwGO materielle Zulässigkeitsvoraussetzung auch der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde ist. Darüber hinaus hat sie sich erstmalig um eine gründliche Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf eine drittschützende Wirkung bemüht. *Veelken* kommt das Verdienst zu, auf die Konsequenzen einer zu engen Abgrenzung des sachlichen Schutzbereichs des als drittschützend erkannten § 36 Abs. 1 GWB hingewiesen zu haben.

2. Die hier vorgeschlagene Neukonzeption beruht auf zwei Säulen: *Erstens*: Als in subjektiven Rechten verletzt gilt, wer von der Zusammenschlussgenehmigung erheblich und nachteilig in seinen Interessen berührt wird. *Zweitens*: Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung ist materielle Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde. Damit wird zum einen die bislang erforderliche Differenzierung zwischen



den beiden Tatbestandsmerkmalen obsolet. Auf sie sind auch die meisten der kritisierten Ungereimtheiten im Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes zurückzuführen. Ungleichbehandlungen aufgrund der Ermessensabhängigkeit der Beiladung entfallen ebenfalls, da alle Dritten, die eine erhebliche und nachteilige Interessenberührung geltend machen können, als möglicherweise in subjektiven Rechten Verletzte einen Anspruch auf Beiladung haben. Schließlich dient das (sogleich noch näher zu präzisierende) Merkmal der nachteiligen und erheblichen Interessenberührung der Bestimmung derjenigen Dritten, die das Erfordernis der subjektiven Rechtsverletzung i. S. des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 erfüllen.

3. Die erforderlichen Korrekturen an der Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts lassen sich aus einer am Wortlaut der einschlägigen Vorschriften orientierten Auslegung herleiten. Der Klammerhinweis in § 63 Abs. 2 GWB auf § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB führt zur Entdeckung einer gesetzlich normierten materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittanfechtungsbeschwerde. Es handelt sich um das bislang nur im Zusammenhang mit der Entscheidung über einen Beiladungsantrag geprüfte Merkmal der (nachteiligen) erheblichen Interessenberührung. Die Tatsache, dass der historische Gesetzgeber Beiladung und Anfechtungsbeschwerde nicht ausdrücklich von dem Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung abhängig gemacht hat, lässt sich damit erklären, dass im Zeitpunkt der Verabschiedung des GWB noch Unsicherheit über die Auslegung der kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften als drittschützend oder nicht herrschte.

#### *Viertes Kapitel. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle*

1. Die vor dem Hintergrund der damaligen Rechtsentwicklung noch begründeten Zweifel an einer drittschützenden Wirkung der verschiedenen kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften haben mittlerweile an Berechtigung verloren. Die Analyse der neueren Rechtsprechung zu multipolaren Konfliktsituationen im Wirtschaftsverwaltungs- und Steuerrecht zeigt, dass wirtschaftliche Interessen von Konkurrenten zunehmend in den Rang subjektiv-rechtlich geschützter Positionen erhoben werden. Die Untersuchung des materiellen Untersagungskriteriums in der Fusionskontrolle unter grammatischen, historischen und teleologischen Gesichtspunkten erlaubt zwar noch keine eindeutige Entscheidung für eine drittschützende Ausgestaltung von § 36 Abs. 1 GWB. Sie liefert aber Hinweise in diese Richtung bzw. widerlegt sie zumindest nicht. Als ausschlaggebend erweist sich eine Interpretation der Norm im Lichte des veränderten verfahrensrechtlichen Kontexts der Siebten GWB-Novelle. Versucht man, dem gesetzgeberischen Willen einer Einschränkung (und nicht einer Abschaffung) des einstweiligen Drittrechtsschutzes nachzukommen, so drängt sich die Erkenntnis auf, dass § 36 Abs. 1 GWB auch den Schutz der privaten Handlungsfreiheit von Drittbetroffenen bezweckt.

2. Der legislative Wunsch nach einer Begrenzung des einstweiligen Drittrechtsschutzes erfordert eine sorgfältige Eingrenzung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB. Die Neukonzeption kann sich dabei an der bisherigen Entscheidungspraxis zum Merkmal der erheblichen Interessenberührung in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB orientieren. Subjektiv-rechtlicher Schutz kommt nur solchen Drittinteressen zu, die sich sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht als erheblich erweisen. Folgende Gesichtspunkte sind zu prüfen: Der Beschwerdeführer muss zu mindestens einem der Zusammenschlussparteien in einem marktrelevanten Verhältnis stehen. Dieses Verhältnis muss durch die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens in marktrelevanter Weise betroffen sein. Dabei muss es sich um eine Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen und nicht bloß privaten Rechtspositionen handeln. Besonderheiten gelten, wenn sich das Bundeskartellamt zur Begründung der Freigabeentscheidung auf die Abwägungsklausel beruft. Unter quantitativen Gesichtspunkten fehlt es an der erforderlichen Erheblichkeit der Interessenberührung bei solchen Dritten, die auch nach dem Zusammenschluss insbesondere von Wettbewerbern eine im Vergleich immer noch stärkere Marktstellung auf dem relevanten Markt innehaben. Eine konsequente Anwendung der genannten Kriterien führt zu einer wirksamen Begrenzung des Kreises der subjektiv-öffentlich-rechtlich geschützten Drittbetroffenen. Das zeigt eine Untersuchung von in der Vergangenheit durchgeführten Fusionskontrollverfahren.

#### *Fünftes Kapitel. Das Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes*

1. Neben der notwendigen Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung in negativer Weise („Beteiligung i. e. S.“) hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, Dritten, deren Interessen durch das Verfahren nur einfach berührt werden, ermessensabhängig den Status eines einfachen Beigeladenen zu verleihen. Während dem Drittbetroffenen im ersten Fall sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten offen stehen, korreliert mit der einfachen Beiladung keine Beschwerdebefugnis vor Gericht. Unterschiede hinsichtlich der Rechtsstellung der beiden Beteiligungsformen bestehen auch im Verwaltungsverfahren. Insbesondere ist das Akteneinsichtsrecht des einfach Beigeladenen im Vergleich zu demjenigen des notwendig „Beteiligten“ durch Geheimhaltungsinteressen der Fusionsparteien beschränkt. Der Status des einfach Beigeladenen (ohne Beschwerdebefugnis) kommt beispielsweise für Arbeitnehmervertreter sowie für solche Dritten in Betracht, deren wirtschaftliche Interessen lediglich durch Vorfragen der Entscheidung berührt sind.

2. Die vorgestellte Neukonzeption führt zu einer Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache und des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Um das gesetzgeberische Ziel einer Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auch im Verhältnis zur Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache umzusetzen, wird vorgeschlagen, die gericht-

liche Kontrolle auf der Ebene der Begründetheit zu beschneiden. Danach reichen ernsthafte Zweifel an der objektiven Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht mehr aus, um die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde anzuordnen. Die Zweifel müssen sich auf die Verletzung subjektiver Rechte des Beschwerdeführers beziehen. Im Hauptsacheverfahren bleibt es dagegen bei dem in § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB normierten Prüfungsmaßstab. Entgegen der insbesondere von KG und BGH im Verfahren *HABET/Lekkerland* vertretenen Auffassung obliegt dem Beschwerdegericht dort eine umfassende Untersuchung der Freigabeverfügung auf ihre Übereinstimmung mit dem materiellen Recht.

#### *Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes*

1. Kommt es zur gerichtlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde, so tritt automatisch das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB wieder in Kraft. Einer besonderen Anordnung bedarf es nicht. Das entspricht der Rechtslage im allgemeinen Verwaltungsrecht. Dort gilt das Gebrauchmachen beispielsweise von einer behördlichen Baugenehmigung ebenfalls als unzulässig, wenn das Verwaltungsgericht auf Grundlage des parallelen § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs anordnet.

2. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes darf dem Antragsteller grundsätzlich nicht mehr gewährt werden, als er in der Hauptsache erlangen kann. Insbesondere darf das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner (hier: der Kartellbehörde), nicht aber gegenüber Dritten, auch nicht notwendig Beteiligten wie den Zusammenschlussparteien treffen. Anders als in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* geschehen muss sich das OLG Düsseldorf also darauf beschränken, die Kartellbehörde zu verpflichten, gegen eine Vollziehung des Zusammenschlusses durch die anmeldenden Unternehmen einzuschreiten.

3. Den Wegfall der Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB für weitergehende einstweilige Anordnungen wie das vorläufige Verbot der Stimmrechtsausübung kompensiert die Vorschrift § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB. Sie erlaubt dem Gericht, die „Aufhebung der Vollziehung“ anzuordnen. Unter den Begriff der Vollziehung sind – wie im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht auch – nicht nur behördliche Maßnahmen, sondern auch das private Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis zu subsumieren. Nicht nur der Wortlaut des neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 spricht für die vorrangige Anwendbarkeit des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB gegenüber der bislang vom OLG Düsseldorf in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage. Auch ein Vergleich mit dem Referenzsystem der VwGO legt diese Ansicht nahe. Die herrschende Meinung geht dort ebenfalls von einem Spezialitätsverhältnis zwischen den

parallel ausgestalteten Bestimmungen §§ 80 Abs. 5 Satz 3 und 123 VwGO aus. Diese Lösung hat den Vorzug der Einstufigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes und zeichnet sich durch eine angemessenere, für den dritten Antragssteller günstigere Schadensersatzregelung aus.

## Ausblick

Auslöser für den Wunsch des Gesetzgebers, den einstweiligen Drittrechtsschutz in der Fusionskontrolle einzuschränken, waren praktische Erfahrungen insbesondere im Zusammenhang mit dem Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrgas*. Die Beschwerdeführer hatten ihre Beschwerden buchstäblich in letzter Minute zurückgenommen, nachdem ihnen von den Fusionsparteien „kompensierende“ Leistungen zugesagt worden waren.<sup>1</sup> Presse und Öffentlichkeit kommentierten diesen Vorgang mit Schlagworten wie „Abkauf von Drittbeschwerden“ oder „Wegelagerei im Kartellrecht“.<sup>2</sup> Das darin zum Ausdruck gebrachte Unbehagen lässt sich auf drei Punkte zurückführen: Bestehen nach einer summarischen Prüfung durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Fusionsgenehmigung, so darf die umfassende Überprüfung der kartellbehördlichen Entscheidung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens nicht von einer freien Entscheidung der Parteien des Beschwerdeverfahren abhängen. Der Wettbewerbsschutz darf nicht zur Disposition der Parteien des Beschwerdeverfahrens stehen.<sup>3</sup> Weiterhin besteht das Risiko, dass es im Rahmen der (regelmäßig geheim gehaltenen) außergerichtlichen Einigung zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und den beschwerdeführenden Dritten zu weiteren Wettbewerbsbeschränkungen kommt.<sup>4</sup> Es besteht somit die Gefahr, dass die vom Gesetzgeber der Sechsten GWB-Novelle mit der Einführung der Drittklagemöglichkeit gegen Fusionsfreigaben angestrebte Transparenz in ihr Gegenteil verkehrt wird. Schließlich ist die Verschwendung von Ressourcen der Justiz zu beklagen, wenn das aufwändige Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes später zur bloßen Drohhäufung bzw. Verhandlungsmasse der Beschwerdeführer degradiert wird.

Insbesondere bei Fusionen, die per Ministererlaubnis genehmigt werden, dürfte auch in Zukunft das Phänomen des „Freikaufens“ zu beklagen sein. Die Einschränkung des neuen § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB 2005 bezieht sich ausdrücklich nur auf den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Der hier vorgestellte Lösungsvorschlag kann das Problem auch im Hinblick auf

1 Vgl. Böge, U., BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite; Staebe, E., WuW 2003, 714, 715.

2 Siehe Böge, U., aaO sowie den Nachweis bei Bunte, H.-J., in: Bunte, H.-J. (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 642 in FN 97.

3 Nach Antragsstellung in der mündlichen Verhandlung bedarf die Rücknahme der Beschwerde zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Beschwerdegegners, das heißt der Kartellbehörde, die die Fusionsgenehmigung verfügt hat (so geschehen im Fall *E.ON/Ruhrgas*). Vgl. § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO sowie Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 43.

4 Nach Angaben von Böge, U., BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite, sah sich das Bundeskartellamt in der Vergangenheit schon veranlasst, im Anschluss an solche Vereinbarungen kartellrechtliche Untersuchungen einzuleiten.

Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt nicht vollständig beseitigen. Zumindest dürfte er das Risiko eines Missbrauchs aber verkleinern. Wenden die Kartellbehörden und das Beschwerdegericht die oben im Zusammenhang mit der Schutzbereichsbestimmung herausgestellten Kriterien streng an, so scheiden bereits all diejenigen Dritten als potentielle Beschwerdeführer aus, die nicht die erforderliche erhebliche Interessenberührung geltend machen können. Darüber hinaus dürfte die hier vorgeschlagene Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsumfanges im Verfahren des einstweiligen Drittrechtsschutzes anhand des Kriteriums der materiellen Beschwer die Zahl der potentiell erfolgreichen Anträge auf Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes zusätzlich verringern. Letzterer Punkt mindert darüber hinaus den Anreiz, sich seine Drittbeschwerde „abkaufen“ zu lassen. Basiert die Anordnung der aufschiebenden Wirkung dagegen auf einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse auf Märkten, die den dritten Beschwerdeführer selbst gar nicht betreffen, wird dieser wesentlich eher bereit sein, sein Rechtsmittel im Austausch gegen Zusagen finanzieller oder sonstiger Art zurückzunehmen.

Um dem Risiko des erpresserischen Einsatzes von Drittbeschwerden wirksam zu begegnen, bedarf es weiterer Vorkehrungen. Zu erwägen ist ein partieller Übergang von der Dispositionsmaxime zum Offizialprinzip im beschwerdegerichtlichen Verfahren. Anders als bisher müsste das OLG Düsseldorf für sich die Kompetenz beanspruchen, über Drittbeschwerden in bestimmten Fällen trotz Rücknahme des Antrags zu entscheiden. Das Gericht könnte seine Entscheidung, das Verfahren fortzuführen, zum einen auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs stützen, zum anderen mit der Überlegung rechtfertigen, dass Drittbeschwerdeführern in Kartellsachen eine auch dem Allgemeinwohl verpflichtete Stellung eines Sachwalters des Wettbewerbsschutzes einnehmen. Gegenstand des beschwerdegerichtlichen Verfahrens bildet immerhin die Vereinbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen mit dem „Grundgesetz der Wirtschaft“. Vorbildcharakter käme wiederum den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sowie dem Verfahrensrecht vor dem Bundeskartellamt selbst zu. Auch das Amt kann ein Fusionskontrollverfahren durchführen, nachdem die Fusionsparteien ihre Anmeldung zurückgezogen haben. Diese „Rücknahme“ bindet die Kartellbehörde nicht.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals in seinem Urteil vom 14. Juli 1998 über die Rechtschreibreform die Rücknahme einer Verfassungsbeschwerde für unwirksam erklärt.<sup>6</sup> Nach Ansicht der Karlsruher Richter liegt die Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens dann nicht mehr in der alleinigen Dispositionsbefugnis der Beschwerdeführer, wenn das öffentliche Interesse an einer Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen den Individualrechtsschutz weit überwiegt. Unter diesen Umständen komme der Verfassungsbeschwerde vorrangig die Funktion zu, das objektive Verfassungsrecht zu wahren. Diese Überlegungen lassen sich auf das Beschwerdeverfahren in Kartellsachen jedenfalls dann

5 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54 Rz. 2 (oben Kap. 1 A I).

6 *BVerfG*, 14.7.1998 (*Rechtschreibreform*), E 98, 218, 242f.

übertragen, wenn es sich um Verfahren mit großer wirtschaftlicher Breitenwirkung und einer Vielzahl beigeladener Drittunternehmen handelt. Kommt es zur Beantragung und Erteilung einer Ministererlaubnis, dürfte diese Bedingung regelmäßig erfüllt sein. Müssen die Parteien damit rechnen, dass das Gericht die mit Zugeständnissen erkaufte Beschwerderücknahme letztlich doch ignoriert, dürfte sich das Unwesen des Freikaufens von Fusionen schnell erledigen.





## Literaturverzeichnis

- Areeda, Philipp/Turner, Donald F.*, Williamson on Predatory Pricing, in: 87 Yale L.J. (1978), 1337
- Bachof, Otto*, Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht (2. Mitbericht), in: VVDStRL 1954, 37
- ders.*, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Bachof, O. (Hrsg.), Forschungen und Berichte aus dem Öffentlichen Recht: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek (12. Juli 1885 - 9. Juni 1955), München: Isar Verlag 1955, 287
- Baron, Michael*, Meinungen zur 6. GWB-Novelle, in: WuW 1998, 651
- Bartlspenger, Richard*, Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, in: VerwArch 1969, S. 35
- ders.*, Subjektives öffentliches Recht und störungspräventive Baunachbarklage, in: DVBl. 1971, 723
- Baur, Fritz*, Einige Bemerkungen zum gerichtlichen Verfahren in Kartellsachen, in: ZZP 1959, 3
- Bechtold, Rainer*, Die Stellung des Beigeladenen im Kartellverfahren, in: BB 2003, 1021
- ders.*, Kartellgesetz - Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München: C.H.Beck 2002, 3. Auflage
- Becker, Carsten*, "Greenpeace" und andere Beiladungsentscheidungen des OLG Düsseldorf, in: ZWeR 2003, 199
- ders.*, Kommentierung § 54 und § 56, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), Kommentar zum Kartellrecht, Band 2: GWB, München: C.H.Beck 2006
- Benisch, Werner*, Einkaufsmacht und Kartellbegriff - Zum Streit um die Subsumtion der Einkaufsverbände unter § 1 EGGWb, in: WuW 1956, 480
- ders.*, Kommentierung § 35 GWB 1980, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, §§ 34 - 39 GWB, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1982, 4. Auflage, 6. Lieferung
- ders.*, Private Verfolgung von Wettbewerbsbeschränkungen und Allgemeininteresse, in: FIW (Hrsg.), Wettbewerbsordnung im Spannungsfeld von Wirtschafts- und Rechtswissenschaft : Rechtswissenschaft : Festschrift für Gunther Hartmann, Köln: Heymann 1976, 37
- Bernhardt, Rudolf*, Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, in: JZ 1963, 302
- Bettermann, Karl August*, Die Beschwer als Klagevoraussetzung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart (Heft 386/387), Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1970
- Biedenkopf, Kurt H.*, Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot - Vom Sinn eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, in: Biedenkopf, K. H./Callmann, R./Deringer, A. (Hrsg.), Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechtes, Heidelberg: Verlagsgesellschaft Recht und Wirtschaft 1957, 11
- ders.*, Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung: Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965, Karlsruhe: C. F. Müller 1965, 113
- Bier, Wolfgang*, Kommentierung § 65, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur VwGO, Band I, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung und des Gesamtwerks: April 2006, 13. Ergänzungslieferung

- Birmanns, Stephanie*, Kommentierung § 64 und § 65 GWB 2005, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmid, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: März 2006, 59. Ergänzungslieferung (Gesamtwerk: Juni 2006, 60. Ergänzungslieferung)
- Boeckhoff, Ralf/Franßen, Gregor*, Zur Beschwerdebefugnis eines Dritten, insb. eines Verbandes, bei Beschwerden gegen Fusionsfreigaben, in: WuW 2002, 668
- Böge, Ulf*, "Abkauf von Drittbeschwerden" - ein notwendiges Übel?, in: BB 2003, S. Heft 46, Die Erste Seite
- Böhm, Franz*, Das Janusgesicht der Konzentration, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1980, 213
- Bork, Robert H.*, The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, New York: Maxwell Macmillan International 1978
- Bornkamm, Joachim*, Kommentierung § 33, in: Langen, E./Bunte, H.-J. (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, München: Luchterhand (Wolters Kluwer Deutschland) 2006, 10. Auflage
- Bosch, Wolfgang*, Kommentierung § 40, in: Hootz, C. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, Zusammenschlusskontrolle, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 2000, 5. Auflage, 2. Lieferung
- Bracher, Christian-Dietrich*, Vorbemerkungen §§ 54 bis 62 GWB 2005 und Kommentierung § 54 GWB 2005, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: März 2006, 59. Ergänzungslieferung (Gesamtwerk: Juni 2006, 60. Ergänzungslieferung)
- Brodley, Joseph F.*, Antitrust Standing in Private Merger Cases: Reconciling Private Incentives and Public Enforcement Goals, in: 94 Mich. L. Rev. (1995), 1
- Brohm, Winfried*, Verwaltungsgerichtsbarkeit im modernen Sozialstaat, in: DÖV 1982, 1
- Bühler, Otmär*, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, Berlin, Stuttgart, Leipzig: W. Kohlhammer 1914
- Bunte, Hermann Josef*, Einführung zum GWB, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, München: Luchterhand (Wolters Kluwer Deutschland) 2006, 10. Auflage
- ders.*, Drittschutz und Fusionskontrolle, in: ders. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 2003, 621
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Nachträgliche Gesetzeswidrigkeit von Verträgen, geltungserhaltende Reduktion und salvatorische Klauseln im deutschen und europäischen Kartellrecht: Eine Untersuchung anlässlich der Aufhebung von § 103 a. F. GWB, in: DB 2002, 930
- Chapus, René*, Droit du contentieux administratif, Droit public, Paris: Montchrestien 2004, 11. Auflage
- Charalambos, Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, Schriften zum Öffentlichen Recht (Band 815), Berlin: Duncker und Humblot 1998
- Davis, Ronald W./Carr, Ronald G.*, Private Litigation under Section 7 of the Clayton Act: Law and Policy, American Bar Association, Section of Antitrust Law, Monograph, Chicago: American Bar Association 1989

- Denzel, Ulrich*, Die Zeichen stehen auf Sturm: Fällt nach dem Urteil des EuGH in Tetra Laval vom 15.2.2005 nun auch GE/Honeywell?, in: BB 2005, 1062
- Dietlein, Johannes*, Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft (Band 58), Berlin: Duncker und Humblot 1992
- Disenhaus, Jonathan L.*, Competitor Standing to Challenge a Merger of Rivals: The Applicability of Strategic Behavior Analysis, in: 75 Cal. L. Rev. (1987), 2057
- Dittert, Daniel*, Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung, in: WuW 2004, 148
- Dormann, Ulrike*, Die Bedeutung subjektiver Rechte für das Kartellbeschwerdeverfahren, in: WuW 2000, 245
- dies.*, Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle, FIW-Schriftenreihe (Heft 180), Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 2000
- Dreher, Meinrad*, Kommentierung Vor §§ 97ff. und § 97, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München: C. H. Beck 2001, 3. Auflage
- Dürr, Hansjochen*, Baurecht: Baden-Württemberg, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004, 11. Auflage
- Easternbrock, Frank H.*, The Limits of Antitrust, in: 63 Tex. L. Rev. (1984), 1
- Elzinga, Kenneth G./Breit, William*, The antitrust penalties: a study in law and economics, New Haven/London: Yale University Press 1976
- Emmerich, Volker*, Anmerkung zu KG, AG 1976, 191 (Weichschaum I), in: AG 1976, 193
- ders.*, Die bisherige Praxis zur Fusionskontrolle (III), in: AG 1978, 150
- ders.*, Fusionskontrolle 2004/2005, in: AG 2005, 857
- ders.*, Kartellrecht, München: C.H.Beck 2001, 9. Auflage
- ders.*, Kommentierung § 33 GWB 1999, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- ders.*, Kommentierung § 35 GWB 1990, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 1992, 2. Auflage
- Enneccerus, Ludwig/Nipperdey, Hans Carl*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Recht (Erster Halbband: Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte), Tübingen: J.C.P. Mohr (Paul Siebeck) 1959, 15. Auflage
- Faßbender, Karl-Josef*, Rechtsschutz privater Konkurrenten gegen kommunale Wirtschaftsbetätigung, in: DÖV 2005, 89
- Fikentscher, Wolfgang*, Horizontale Wettbewerbsbeschränkungen und Verträge mit Dritten, in: BB 1956, 793
- Flume, Werner*, Verbotene Preisabsprache und Einzelvertrag, in: WuW 1956, 457
- Frenz, Walter*, Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Konkurrenzsituationen, Schriften zum öffentlichen Recht (Band 781), Berlin: Duncker und Humblot 1999
- Fuchs, Andreas*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen in der europäischen Fusionskontrolle, in: WuW 1996, 269
- Gamm, Otto-Friedrich von*, Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zu Art. 85, 86 EWGV, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1990, 2. Auflage
- Gerhardt, Michael*, Kommentierung § 47, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Juli 2005 (Gesamtwerk: April 2006, 13. Ergänzungslieferung)

- ders.*, Vorbemerkung § 113, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1996, Grundwerk (Gesamtwerk: April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- Goerlich, Helmut*, Die Gesetzmäßigkeit der Planung, in: NVwZ 1982, 607
- Harms, Wolfgang*, Kommentierung § 24a GWB 1990, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G./Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, §§ 24 - 24c GWB, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1990, 4. Auflage, 13. Lieferung
- Hartmann, John F.*, Horizontal Mergers, Competitors, and Antitrust Standing Under Section 16 of Clayton Act: Fruitless Searches For Antitrust Injury, in: 70 Minn. L. Rev. (1986), 931
- Hauck, Ronny*, Dabeisein ist alles... - Der Rechtsschutz privater Unternehmen gegen die Teilnahme der öffentlichen Hand am Wettbewerb, in: WRP 2006, S. 323
- Heinrichs, Helmut*, Kommentierung § 134, in: Palandt (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, München: C.H.Beck 2006, 65. Auflage
- Hempel, Rolf*, Privater Rechtsschutz im deutschen Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle, in: WuW 2004, 362
- ders.*, Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: Eine rechtsvergleichende Analyse, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik (Band 179), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002
- Henke, Wilhelm*, Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1968
- Hertin, Paul-Wolfgang*, Die Beteiligten an Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, Diss. Münster: 1969
- Hinz, Hans Werner*, Kommentierung §§ 62, 63, 66, 70, 73, 75, 76 GWB 1981, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, §§ 44 - 75 GWB, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1981, 4. Auflage, 4. Lieferung
- Hoppmann, Erich*, Zum Schutzobjekt des GWB - Die sogenannten volkswirtschaftlichen Erkenntnisse und ihre Bedeutung für die Schutzobjektdiskussion, in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe - Nach zehn Jahren Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bad Homburg v. d. H./Berlin/Zürich: Gehlen 1968, 61
- Hösch, Ulrich*, Probleme der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Konkurrentenklage, in: DV 1997, 211
- Huber, Peter M.*, Kommentierung Art. 19 Abs. 4 GG, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, München: Verlag Franz Vahlen 2005, 5. Auflage
- ders.*, Konkurrentenklagen, in: Stober, R. (Hrsg.), Rechtsschutz im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht, Stuttgart, Berlin, Köln: Kohlhammer 1993, 52
- ders.*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, Ius publicum (Band 1), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1991
- Hufen, Friedhelm*, Fehler im Verwaltungsverfahren: Ein Handbuch für Ausbildung und Praxis, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2002, 4. Auflage
- Ihering, Rudolph*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, (Dritter Theil. Erste Abteilung), Leipzig: Breitkopf und Härtel 1865
- Immenga, Ulrich*, Besprechung der Festschrift für Eduard Wahl, in: ZHR 1975, 180
- ders.*, Drittklagen im Recht der Zusammenschlusskontrolle - Besprechung des Buches von Ulrike Dormann, in: ZWeR 2003, 100

- Immenga, Ulrich*, Kommentierung FKVO (Abschnitte C u. D), in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Kommentar zum EG-Wettbewerbsrecht, Band I, München: C.H.Beck 1997, 1. Auflage
- Jaeger, Wolfgang*, Einstweiliger Rechtsschutz bei Beschwerden beigeladener Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Winfried Tilmann zum 65. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 2003, 657
- Jarass, Hans D.*, Der Rechtsschutz Dritter bei der Genehmigung von Anlagen - Am Beispiel des Immissionsschutzrechts, in: NJW 1983, 2844
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) 1919
- Jickeli, Joachim*, Marktzutrittschranken im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik (Band 111), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1990
- Junge, Werner*, Kommentierung §§ 51, 53, 57, 75 GWB 1980, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, §§ 44 - 75 GWB, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1981, 4. Auflage, 4. Lieferung
- Kahlenberg, Harald*, Novelliertes deutsches Kartellrecht, in: BB 1998, 1593
- Kapp, Thomas/Meißner, Stefan E.*, Keine Drittanfechtung von Freigabeentscheidungen ohne vorherige Beiladung, in: WuW 2004, 917
- Karl, Matthias*, Die Rechtsstellung privater Dritter in der europäischen Fusionskontrolle, in: Veelen, W. (Hrsg.), Die Europäische Fusionskontrolle, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1992, 37
- ders./Reichelt, Daniel*, Die Änderungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen durch die 7. GWB-Novelle, in: DB 2005, 1436
- Kellermann, Alfred*, Kommentierung § 25, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- Kevekordes, Johannes*, Zur Rechtsstellung des Beigeladenen im Kartellrecht, in: WuW 1987, 365
- Kiecker, Jürgen*, Kommentierung § 54, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, München: Luchterhand (Wolters Kluwer Deutschland) 2006, 10. Auflage
- Klaue, Siegfried*, Kommentierung § 59, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- Kleinmann, Werner/Bechtold, Rainer*, Kommentar zur Fusionskontrolle, Bücher des Betriebs-Beraters, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 1989, 2. Auflage
- Knobbe-Keuk, Brigitte*, Die Konkurrentenklage im Steuerrecht, in: BB 1982, 385
- Koch, Jens*, Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n. F., in: WuW 2005, 1210
- Koenigs, Folkmar*, Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und das Recht des unlauteren Wettbewerbs und besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsregeln, in: GRUR 1958, 589
- Koenigs, Folkmar*, Wechselwirkungen zwischen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Recht des unlauteren Wettbewerbs, in: NJW 1961, 1041
- Kohlmeier, Antje*, Beschwer als Beschwerdevoraussetzung: Eine Untersuchung zur kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik (Band 149), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1997
- Kollmorgen, Jürgen*, Kommentierung §§ 62, 63, 64, 65, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, München: Luchterhand (Wolters Kluwer Deutschland) 2006, 10. Auflage

- König, Sigurd*, Drittschutz: der Rechtsschutz Drittbetroffener gegen Bau- und Anlagenehmigungen im öffentlichen Baurecht, Immissionsschutzrecht und Atomrecht, Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht (Band 19), Berlin: Duncker und Humblot 1993
- Kopp, Ferdinand O.*, Die Anordnung des Vorgehens gegen Dritte im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes nach § 80 V VwGO, in: JuS 1983, 673
- ders.*, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, München: C.H.Beck 1994, 10. Auflage
- ders.*, Verwaltungsverfahrensgesetz: Kommentar, München: C.H.Beck 2005, 9. Auflage
- ders./Schenke, Wolf-Rüdiger*, Verwaltungsgerichtsordnung: Kommentar, München: C.H.Beck 2005, 14. Auflage
- Körber, Torsten*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der EU, Baden-Baden: 1996
- Kremer, Matthias-Gabriel*, Die kartellverwaltungsrechtliche Beschwerde: zugleich ein Beitrag zur Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht im GWB, Schriften zum Wirtschaftsrecht (Band 61), Berlin: Duncker und Humblot 1988
- Krüger, Hartmut/Sachs, Michael*, Kommentierung § 19, in: Sachs, M. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: C. H. Beck 2003, 3. Auflage
- Lang, Joachim*, Steuervergünstigungen (§ 19), in: Tipke, K./Lang, J. (Hrsg.), Steuerrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2002
- Lange, Knut Werner*, Beteiligungsrechte Dritter im europäischen Fusionskontrollverfahren, in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), Verantwortung und Gestaltung: Festschrift für Karlheinz Boujong zum 65. Geburtstag, München: C.H.Beck 1996, 885
- Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin, Heidelberg, New York u. a.: Springer 1995, 3. Auflage
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München: C.H.Beck 2004, 9. Auflage
- Laufkötter, Regina*, Die Rolle des Dritten im neuen Recht der Zusammenschlusskontrolle, in: WuW 1999, 671
- Lechner, Hans/Zuck, Rüdiger*, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, München: C.H.Beck 2006, 5. Auflage
- Leibenath, Christoph*, Die Rechtsprobleme der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1999
- Leo, Hans-Christoph*, Zum Begriff der Schutzvorschrift in § 35 GWB, in: WuW 1959, 485
- Linder, Ludwig*, Privatklage und Schadensersatz im Kartellrecht: eine vergleichende Untersuchung zum deutschen und amerikanischen Recht, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik (Band 63), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1980
- Loewenheim, Ulrich*, Kommentierung § 62 GWB 1973, in: Belke, R. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar, Band 2, Herne/Berlin: Verlag Neue Wirtschafts-Briefe 1978, 4. Auflage, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: 1.1.1978
- Lopatka, John E./Page, William H.*, Brunswick at 25: Antitrust Injury and the Evolution of Antitrust Law, in: 17 Antitrust (Fall 2002), 20
- Mailänder, K. Peter*, Die Befugnis der Marktbeteiligten zur Rechtsbeschwerde im Kartellverfahren, in: WuW 1965, 657
- ders.*, Privatrechtliche Folgen unerlaubter Kartellpraxis, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht (Heft 1), Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft e.V. 1965

- Malferrari, Luigi*, Annulment actions by third parties against decisions of the Italian competition Authority held admissible: change in the Italian case law: only a positive development or the opening of a Pandora's box?, in: ECLR 2006, 74
- Markert, Kurt*, Anmerkung zu KG, Beschlüsse vom 26.11.1980 (Bayer-Firestone bzw. Synthetischer Kautschuk), in: RIW 1981, 407
- ders.*, Kommentierung § 20, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- Masing, Johannes*, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, Schriften zum Öffentlichen Recht (Band 716), Berlin: Duncker und Humblot 1997
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, Grundrisse des Rechts, München: C.H.Beck 2004, 15. Auflage
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, (Erster Band), Leipzig: Duncker & Humblot 1895
- Medicus, Dieter*, Über die Rückwirkung von Rechtsprechung, in: NJW 1995, 2577
- Mees, Hans Kurt*, Kommentierung §§ 63, 64, 65, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampf, A. (Hrsg.), Kommentar zum Kartellrecht, Band 2: GWB, München: C.H.Beck 2006
- Merz, Hans*, Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung – Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm, Karlsruhe: C. F. Müller 1965, 227
- Mestmäcker, Ernst-Joachim*, Die Prävention in der Fusionskontrolle, in: Horn, N. (Hrsg.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart – Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, München: C.H.Beck 1982, 373
- ders.*, Kommentierung §§ 24, 24a GWB 1990, in: Immenga, U./ders. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 1992, 2. Auflage
- ders.*, Über das Verhältnis des Rechts der Wettbewerbsbeschränkungen zum Privatrecht, in: AcP 1968, 235
- ders.*, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, in: JZ 1965, S. 441
- ders./Veelken, Winfried*, Kommentierung Vor § 35 sowie §§ 35, 36, 39, 40, 41, 42 und 43 in: Immenga, U./ders. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- Meyer-Lindemann, Hans Jürgen*, Kommentierung § 63 GWB 1999, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Frankfurt: Verlag Dr. Otto Schmidt, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Oktober 2002, 51. Ergänzungslieferung (Gesamtwerk: Juni 2006, 60. Ergänzungslieferung)
- Montag, Frank/Leibenath, Christoph*, Die Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter in der europäischen Fusionskontrolle, in: ZHR 2000, 176
- Möschel, Wernhard*, Das Wirtschaftsrecht der Banken: Die währungs-, bankaufsicht-, kartell- und EWG-rechtliche Sonderstellung der Kreditinstitute, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik (Band 29), Frankfurt am Main: Athenäum Verlag 1972
- ders.*, Der Oligopolmissbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Eine vergleichende Untersuchung zum Recht der USA, Großbritanniens, der EWG und der Bundesrepublik Deutschland, Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen - Walter Eucken Institut (Band 10), Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck) 1974
- ders.*, Kommentar: Erweiterter Privatrechtsschutz im Kartellrecht?, in: WuW 2006, 115
- ders.*, Kommentierung § 19, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage

- ders.*, Konglomerate Zusammenschlüsse im Antitrustrecht der Vereinigten Staaten von Amerika, in: *RabelsZ* 1980, 203
- ders.*, Neue Rechtsfragen bei der Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, in: *BB* 2002, 2077
- ders.*, Pressekonzentration und Wettbewerbsgesetz, Tübinger rechtswissenschaftliche Abhandlungen (Band 50), Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1978
- ders.*, Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln u. a.: Carl Heymann Verlag 1983
- Mueller, Rudolf*, Anwendbarkeit von § 134 BGB im Kartellrecht, in: *JZ* 1954, 720
- Mülbart, Peter O.*, Zusagen im deutschen und europäischen Fusionskontrollrecht, in: *ZIP* 1995, 699
- Nicolai, Helmut von*, Kommentierung § 42, in: Redeker, K./von Oertzen, H.-J. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Stuttgart: Verlag W. Kohlhammer 2004, 14. Auflage
- Notbusch, Claudia*, Die Beiladung im Verwaltungsprozess, Schriften zum Prozessrecht (Band 124), Berlin: Duncker und Humblot 1995
- Ossenbühl, Fritz*, Eigentumsgarantie und Klagebefugnis, in: *ders.* (Hrsg.), Eigentumsgarantie und Umweltschutz, Heidelberg: Decker und Müller 1990, 35
- Paetow, Stefan*, Die Teilbarkeit von Planungsentscheidungen, in: *DVBl.* 1985, 369
- Papier, Hans-Jürgen*, Ungelöste Fragen beim vorläufigen Rechtsschutz im öffentlich-rechtlichen Nachbarrecht, in: *VerwArch* 1973, 399
- Pietzcker, Jost*, Defizite beim Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte?, in: *NJW* 2005, 2881
- ders.*, Vorbemerkung und Kommentierung § 42 Abs. 1, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, Band I, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1996, Grundwerk (Gesamtwerk: April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- Posner, Richard A.*, The Chicago School of Antitrust Analysis, in: 127 *Univ. of Pennsylvania L. Rev.* (1979), 925
- Preu, Peter*, Die historische Genese der öffentlichrechtlichen Bau- und Gewerbenachbarklagen, Schriften zum öffentlichen Recht (Band 581), Berlin: Duncker & Humblot 1990
- ders.*, Subjektivrechtliche Grundlagen des öffentlichrechtlichen Drittschutzes, Schriften zum öffentlichen Recht (Band 619), Berlin: Duncker und Humblot 1992
- Putzo, Hans*, Kommentierung § 68, in: Thomas, H./Putzo, H. (Hrsg.), Zivilprozessordnung: Kommentar, München: C.H.Beck 2005, 27. Auflage
- Ramsauer, Ulrich*, Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, in: *AöR* 1986, 501
- Reichold, Klaus*, Kommentierung § 543, in: Thomas, H./Putzo, H. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, München: C.H.Beck 2005, 27. Auflage
- Renck, Ludwig*, Zum Schadensersatz bei Vollstreckung eines zu Unrecht sofort vollziehbaren Verwaltungsakts, in: *NVwZ* 1994, 1178
- Richter, Burkhard*, Fusionskontrollverfahren (§ 21), in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Handbuch Kartellrecht, München: C.H.Beck 1999
- Rieger, Harald*, Kommentierung § 24 GWB aF, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Juli 1993, 31. Ergänzungslieferung (nicht mehr enthalten im Gesamtwerk, Stand: Juni 2006, 60. Ergänzungslieferung)
- Riesenkampff, Alexander*, Anmerkung zu BGH, GRUR 1979, 328 "Weichschaum III", in: *GRUR* 1979, 331



- ders./Lehr, Stefan*, Kommentierung Art. 2 FKVO, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *Kommentar zum Kartellrecht - Band 1: Europäisches Recht*, München: C.H.Beck 2005
- Rittner, Fritz*, *Wettbewerbs- und Kartellrecht*, Jurathek: Praxis, Heidelberg: C. F. Müller 1999, 6. Auflage
- Rohardt, Klaus Peter*, Die europäische Fusionskontrolle beginnt Gestalt anzunehmen, in: *WuW* 1991, 365
- Roth, Wulf-Henning*, Kommentierung § 33 GWB 1999, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht*, Köln: Dr. Otto Schmidt, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: November 2001, Ergänzungslieferung (Gesamtwerk: Juni 2006, 60. Ergänzungslieferung)
- Rupp, Hans Heinrich*, Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft (§ 28), in: Isensee, J./Kirchhof, P. (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller 1987
- ders.*, Kommentare zur Verwaltungsgerichtsordnung, in: *VerwArch* 1963, 479
- Ruppelt, Hans-Jürgen*, Kommentierung § 36 und 42, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht*, Band 1, München: Luchterhand (Wolters Kluwer Deutschland) 2006, 10. Auflage
- Sachs, Michael*, Kommentierung Einführung, in: Sachs, M. (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, München: C.H.Beck 2003, 3. Auflage
- Sack, Rolf*, Kommentierung § 134, in: Habermann, N. (Hrsg.), *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 1: Allgemeiner Teil 4 (§§ 134 - 163), Berlin: Sellier - de Gruyter, Neubearbeitung 2003
- Säcker, Franz Jürgen/Boesche, Katharina Vera*, Drittschutz im Kartellverwaltungsprozess. Erkenntnisse aus dem Verfahren "E.ON/Ruhrgas" für die Novellierung des GWB, in: *ZNER* 2003, 76
- Savigny, Friedrich Carl von*, *System des heutigen Römischen Rechts*, (Erster Band), Berlin: Veit und Comp 1840
- Scheffler, Arndt*, Zur Rechtsprechung: Das Tetra-Laval-Urteil des EuGH, in: *EuZW* 2005, 751
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Kommentierung Art. 19 Abs. 4 GG, in: Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg: C. F. Müller, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Dezember 1982, 46. Lieferung (Gesamtwerk: Dezember 2005, 120. Ergänzungslieferung)
- Schenke, Wolf-Rüdiger*, Probleme des vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, in: *DVB1*. 1986, 9
- ders.*, Rechtsprobleme des Konkurrentenrechtsschutzes im Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: *NVwZ* 1993, 718
- ders.*, *Verwaltungsprozessrecht*, Reihe Schwerpunkte (Band 18), Heidelberg: C. F. Müller 2005, 10. Auflage
- Scherzberg, Arno*, Grundlagen und Typologie des subjektiv-öffentlichen Rechts, in: *DVB1*. 1988, 129
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, *Das Bundesverfassungsgericht: Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, Juristische Kurz-Lehrbücher, München: C.H.Beck 2004, 6. Auflage
- Schmidt, Ingo*, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht: Eine Einführung*, Stuttgart: Lucius & Lucius 2005, 8. Auflage
- Schmidt, Karsten*, Beiladung und Gerichtsschutz Dritter im Verfahren der Zusammenschlusskontrolle nach dem GWB, in: *DB* 2004, 527

- ders.*, Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren, FIW-Schriftenreihe (Heft 145), Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1992
- ders.*, Gerichtsschutz in Kartellverwaltungssachen: zur Fortbildung des Verwaltungsschutzes in der Wettbewerbsaufsicht, Heidelberger Forum (Band 10), Heidelberg: R. v. Decker und C. F. Müller 1980
- ders.*, Kartellverfahrensrecht - Kartellverwaltungsrecht - Bürgerliches Recht, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1977
- ders.*, Kommentierung Vor § 54 und §§ 54, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 71, 72, 76, 77 in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: Kommentar zum GWB, München: C.H.Beck 2001, 3. Auflage
- Schmidt, Peter*, Kommentierung § 132, in: Eyermann, E./Fröhler, L. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck 2000, 11. Auflage
- Schmidt, Reiner*, Der Rechtsschutz des Konkurrenten im Verwaltungsprozeß, in: NJW 1967, 1635
- Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Kommentierung Art. 19 Abs. 4, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 2003, 42. Ergänzungslieferung (Gesamtwerk: März 2006, 46. Ergänzungslieferung)
- Schmidt-Preuß, Matthias*, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht: das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis, Schriften zum Öffentlichen Recht (Band 627), Berlin: Duncker und Humblot 1992
- Schmiedel, Burkhard*, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht. Erster Teil: Zivilrechtsdogmatische Grundlegung: Untersuchungen zu § 823 Abs. 2 BGB, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1974
- Schmitt Glaeser, Walter/Horn, Hans-Detlef*, Verwaltungsprozessrecht: Kurzlehrbuch mit Systematik zur Fallbearbeitung, Rechtswissenschaft heute, Stuttgart, München, Hannover u. a.: Richard Boorberg 2000, 15. Auflage
- Schnorbus, York*, Drittklagen im Übernahmerecht, in: ZHR 2002, 72
- Schoch, Friedrich*, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, Schriftenreihe des Lorenz-von-Stein-Instituts für Verwaltungswissenschaften Kiel (Band 10), Heidelberg: v. Decker 1988
- ders.*, Kommentierung § 80, in: *ders./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1998, 2. Ergänzungslieferung (Gesamtwerk April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- ders.*, Kommentierung § 123, in: *Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1996, Grundwerk (Gesamtwerk April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- Scholz, Rupert*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit (I. Bericht), in: VVDStRL 1976, 145
- ders.*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrenzschutz: insbesondere dargestellt am Beispiel der Kartellaufsicht, Schriften zum Öffentlichen Recht (Band 141), Berlin: Duncker und Humblot 1971
- Schöne, Otto*, Die Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde nach § 51 Absatz 2 Nr. 4 GWB - Teile 1 und 2, in: WRP 1960, 261ff. und 334ff.
- Schulte, Josef L.*, Änderungen der Fusionskontrolle durch die 6. GWB-Novelle, in: AG 1998, 297

- Skouris, Wassilios*, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozess: Eine rechtsvergleichende Studie zur Anfechtungslegitimation des Bürgers, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1979
- Smith, Tefft W./Sterling, Hillard M.*, Challenging Competitors' Mergers: A Real Strategic Option, in: 65 Antitrust L. J. (1996), 57
- Soell, Hermann*, Beiladung und Konkurrentenschutz im Verwaltungsverfahren des Kartellgesetzes, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Gesetzgebung: Festschrift für Eduard Wahl zum siebzigsten Geburtstag am 29. März 1973, Heidelberg: Carl Winter 1973, 339
- Steffens, Oliver/Boos, Andreas*, Die Entscheidung "HABET/Lekkerland" des Bundesgerichtshofs - Die Beschwerdebefugnis Dritter im deutschen Fusionskontrollverfahren unter Berücksichtigung der angekündigten Änderungen durch die 7. GWB-Novelle, in: ZWeR 2004, 431
- Steinberger, Helmut*, Klage-(Beschwerde-)befugnis Dritter gegen Freigaben von Zusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt, in: WuW 2000, 345
- Sturm, Gerd*, Kommentierung Art. 93, in: Sachs, M. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: C.H.Beck 2003, 3. Auflage
- Teutinger, Peter J.*, Kommentierung § 12, in: Sachs, M. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: C.H.Beck 2003, 3. Auflage
- Topel, Julia*, Zivilrechtliche Sanktionen (§ 50), in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Handbuch des Kartellrechts, München: C.H.Beck 1999,
- Traugott, Rainer*, Die neue deutsche Fusionskontrolle, in: WRP 1999, 621
- Traumann, Clemens*, Die Bedeutung des Negativtests in § 24a Abs. 4 GWB, in: BB 1983, 342
- Uhlig, Thorsten*, Zusagen, Auflagen und Bedingungen im Fusionskontrollverfahren: Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Recht, Sinzheim: Pro Universitate Verlag 1996
- Veelken, Winfried*, Drittschutz in der Fusionskontrolle, in: WRP 2003, 207
- Vollkommer, Max*, Kommentierung § 68, in: Zöller, R. (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2005, 25. Auflage
- Wagner-von Papp, Florian*, Wettbewerbsrecht, in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2005, 400
- Wahl, Rainer* Vorbemerkung § 42 Abs. 2, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1996, Grundwerk (Gesamtwerk: April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- ders./Schütz, Peter*, Kommentierung § 42 Abs. 2, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München: C.H.Beck, Loseblattsammlung, Stand der Bearbeitung: Februar 1996, Grundwerk (Gesamtwerk: April 2006, 13. Ergänzungslieferung)
- Wallerath, Maximilian*, Ladenschluss und Konkurrentenschutz: Die ungleiche Kontingentierung von Zeit im Lichte des subjektiven öffentlichen Rechts, in: NJW 2001, 781
- Weidinger, Wilhelm*, Der Rechtsschutz betroffener Dritter im Kartellverwaltungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Münchener Universitätsschriften: Abhandlungen des Instituts für europäisches und internationales Wirtschaftsrecht (Band 2), Stuttgart: Ferdinand Enke Verlag 1968
- Wendt, Rudolf*, Kommentierung § 20, in: Sachs, M. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, München: C.H.Beck 2003, 3. Auflage
- Werner, Rosemarie*, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen im GWB (Untersagung – Unterlassung - Schadensersatz - Einziehung des Mehrerlöses), in: FIW (Hrsg.), Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/1978, Köln, Berlin, Bonn, München: Carl Heymanns Verlag 1979, 49

- dies.*, Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Kartellbehörden (§ 54), in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Handbuch zum Kartellrecht, München: C.H.Beck 1999,
- Wiegand, Bodo*, Drittschutz im Spannungsverhältnis zwischen Verfassung, Gesetz und Verwaltungshandeln - Teil 1, in: BayVBl. 1994, 609
- dies.*, Drittschutz im Spannungsverhältnis zwischen Verfassung, Gesetz und Verwaltungshandeln - Teil 2, in: BayVBl. 1994, 647
- Williamson, Oliver E.*, Predatory Pricing: A Strategic and Welfare Analysis, in: 87 Yale L.J. (1977), 284
- Windscheid, Bernhard*, Lehrbuch des Pandektenrechts, (Erster Band), Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loening 1906, 9. Auflage
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf*, Verwaltungsrecht: Ein Studienbuch, Juristische Kurzlehrbücher (Band 1), München: C.H.Beck 1999, 11. Auflage
- Würdinger, Hans*, Freiheit der persönlichen Entfaltung, Kartell- und Wettbewerbsrecht: Vortrag gehalten vor der Juristischen Studiengesellschaft in Karlsruhe am 27. November 1953, Freiheit, Karlsruhe: C.F. Müller 1953 (auch abgedruckt in WuW 1953, 721)
- Zimmer, Daniel*, Kommentierung § 1, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, München: C. H. Beck 2001, 3. Auflage
- Zippelius, Reinhold/Würtenberger, Thomas*, Deutsches Staatsrecht, Juristische Kurzlehrbücher, München: C.H.Beck 2005, 31. Auflage
- Zöttl, Johannes*, Drittschutz ohne Rechte? Stand und Perspektiven des Rechtsschutzes Dritter in der deutschen Fusionskontrolle vor der 7. GWB-Novelle, in: WuW 2004, 474
- Zuleeg, Manfred*, Hat das subjektive öffentliche Recht noch eine Daseinsberechtigung?, in: DVBl. 1976, 509
- Zweigert, Kurt*, Kommentierung § 75 GWB 1958, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und zum Europäischen Kartellrecht, Köln/Berlin/Bonn/München: Carl Heymanns Verlag 1963, 2. Auflage

## Materialienverzeichnis

### *I. Siebte GWB-Novelle*

- Böge, Ulf*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucks. 15/3640 -), 15.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333
- Bundesrat*, Empfehlungen des Wirtschafts-, Rechts- und Kulturausschusses des Bundesrates zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 28.6.2004, BR-Drucks. 441/1/04
- ders.*, Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 9.7.2004, BR-Drucks. 441/04 [=BT-Drucks. 15/3640 (Anlage 2)]
- dies.*, Antwort auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion - Drucks. 15/381 - zur Diskussion über eine Stärkung der Ministererlaubnis, 14.2.2003, BT-Drucks. 15/448,
- dies.*, Entwurfsfassung und Begründung zum Referentenentwurf für eine Siebte GWB-Novelle, Stand 17.12.2003, unveröffentlicht
- dies.*, Entwurf und Begründung eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640 (Anlage 1)
- dies.*, Gegenäußerung zur Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf für eine Siebte GWB-Novelle, 7.6.2004, BT-Drucks. 15/3640 (Anlage 3)
- Bundestagsausschuss für Wirtschaft und Arbeit*, Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucks. 15/3640 -), 9.3.2005, BT-Drucks. 15/5049
- Dreher, Meinrad*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), 16.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1346
- FDP-Fraktion*, Entschließungsantrag, BT-Drucks. 15(9)1788
- dies.*, Kleine Anfrage zur Diskussion über eine Stärkung der Ministererlaubnis, 29.1.2003, BT-Drucks. 15/381
- Fuchs, Andreas*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), 16.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333
- Hammerstein, Christian von*, Schriftliche Stellungnahme zum Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 16.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1341
- Hellwig, Martin*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) - 2. Teil: Pressespezifische Regelungen in der Siebten GWB-Novelle, 16.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1351
- Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der Siebten GWB-Novelle - Die Pressespezifische Kontrolle in der Siebten GWB-Novelle (Sondergutachten 41 und 42 der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 2004

- Möschel, Wernhard*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen), 13.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 5(9)1332
- Scheel/Behnke (BDI)*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucks. 15/3640 -), 17.9.2004, BT-Drucks. 15(9)1333
- Wiedemann, Gerhard*, Schriftliche Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregierung (Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen - Drucks. 15/3640 -), 17.9.2004, BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333

## *II. Sonstige Materialien*

- Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 1967, BT-Drucks. 5/2841
- dass.*, Tätigkeitsbericht 1969, BT-Drucks. 6/950
- dass.*, Tätigkeitsbericht 1976, BT-Drucks. 8/704
- dass.*, Tätigkeitsbericht 1981/1982, BT-Drucks. 10/243
- dass.*, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226
- dass.*, Tätigkeitsbericht 2003/2004, BT-Drucks. 15/5790
- Bundesregierung*, Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 22.1.1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 1)
- dies.*, Begründung zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 22.1.1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 2)
- dies.*, Stellungnahme der Bundesregierung zu den Änderungsvorschlägen des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 22.1.1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 3)
- dies.*, Begründung zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (2. GWB-Novelle), 18.8.1971, BT-Drucks. 6/2520
- dies.*, Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung der Verwaltungsgerichtsordnung und anderer Gesetze (6. VwGOÄndG), 6.3.1996, BT-Drucks. 13/3993
- dies.*, Begründung zum Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (6. GWB-Novelle), 29.1.1998, BT-Drucks. 13/9720
- Bundestagsausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht*, 24.5.1957, Wortprotokoll Nr. II/215. Sitzung.
- Europäische Kommission*, Bericht über die Wettbewerbspolitik 2004 (Teil 1), Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2005
- Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN*, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 16.1.2006, BT-Drucks. 16/365
- Monopolkommission*, Fusionskontrolle bleibt vorrangig (III. Hauptgutachten 1978/1979), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1980
- dies.*, Ökonomische Kriterien für die Rechtsanwendung (V. Hauptgutachten 1982/1983), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1984
- dies.*, Mehr Wettbewerb auf allen Märkten (X. Hauptgutachten 1992/1993), Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1994

*dies.*, Wettbewerbspolitik in Zeiten des Umbruchs (XI. Hauptgutachten 1994/1995), Baden-Baden:  
Nomos Verlagsgesellschaft 1996

*dies.*, 5.9.2002, Ergänzendes Sondergutachten zum Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas,  
WuW/E DE-V 631

## Verzeichnis der zitierten Entscheidungen

### *I. Deutschland*

#### 1. Bundesverfassungsgericht

7.5.1953, 1 BvL 104/52, Entscheidungssammlung 2. Band, 266  
7.5.1957, 1 BvR 289/56, Entscheidungssammlung 6. Band, 386  
11.6.1958, 1 BvL 149/52, Entscheidungssammlung 8. Band, 28  
17.12.1969, 2 BvR 23/65, Entscheidungssammlung 27. Band, 297  
19.6.1973, 1 BvL 39/69 und 14/72, Entscheidungssammlung 35. Band, 263  
7.6.1977, 1 BvR 108, 424/72 und 226/74, Entscheidungssammlung 45. Band, 63  
9.8.1978, 2 BvR 831/76, Entscheidungssammlung 49. Band, 148  
22.5.1979, 1 BvL 9/75, Entscheidungssammlung 51. Band, 193  
3.12.1986, 1 BvR 872/82, BB 1986, 990  
27.11.1990, 1 BvR 402/87 (*Josefine Mutzenbacher*), Entscheidungssammlung 83. Band, 130  
11.12.1990, 1 BvR 935/90, DVBl. 1991, 309  
16.9.1993, 4 C 28/91, NJW 1994, 1546  
5.7.1995, 1 BvR 2226/94, Entscheidungssammlung 93. Band, 181  
14.7.1998, 1 BvR 1640/97 (*Rechtschreibreform*), Entscheidungssammlung 98. Band, 218  
14.1.2004, 1 BvR 506/03, NVwZ 2004, 718  
9.6.2004, 1 BvR 636/02 (*Ladenschlussgesetz*), NJW 2004, 2363

#### 2. Reichsgericht

27.5.1921, II 525/20 (*Nordische Salpeter Gesellschaft*), Entscheidungssammlung 102. Band, 203  
5.6.1935, II 228/34, JW 1935, 3301

#### 3. Bundesgerichtshof

5.12.1963, KVR 1/63 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559  
8.4.1965, KVR 2/64 (*Linoleum III*), WuW/E BGH 680  
4.4.1966, VIII ZR 20/64, Entscheidungssammlung 45. Band, 322  
15.7.1966, KVR 3/65 (*Bauindustrie*), WuW/E BGH 767  
14.11.1968, KVR 1/68 (*Taxiflug*), WuW/E BGH 995  
22.10.1973, KZR 3/73 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299



4.4.1975, KZR 6/74 (*Krankenhaus-Zusatzversicherung*), WuW/E BGH 1361  
21.2.1978, KVR 4/77 (*Kfz-Kupplungen*), NJW 1978, 1320  
31.10.1978, KVR 3/77 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556  
31.10.1978, KVR 7/77 (*Air-Conditioning-Anlagen*), WuW/E BGH 1562  
18.12.1979, KVR 2/79 (*Springer-Elbe Wochenblatt*), WuW 1685  
24.6.1980, KVR 5/79 (*Mannesmann/Brüninghaus*), WuW/E BGH 1711, 1716  
23.9.1980, VI ZR 165/78, NJW 1981, 349  
2.12.1980, KVR 1/80 (*Klößner/Becorit*), WuW/E BGH 1749, 1754f.  
22.6.1981, KVR 5/80 (*Tonolli/Blei- und Silberhütte*), WuW/E BGH 1824, 1827  
25.10.1983, KVR 8/82 (*Internord*), WuW/E BGH 2058  
10.4.1984, KVR 8/83 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077  
27.10.1988, I ZR 29/87 (*Preiskampf*), WuW/E BGH 2547  
22.2.1990, I ZR 78/88, Entscheidungssammlung 110. Band, 278  
18.02.1992, KVR 4/91 (*Unterlassungsbeschwerde*), WuW/E BGH 2760  
7.7.1992, KZR 2/91 (*Freistellungsende bei Wegenutzungsrecht*), WuW/E BGH 2777  
19.1.1993, KVR 25/91 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875  
24.5.1995, XII ZR 172/94, Entscheidungssammlung 130. Band, 50  
25.4.2002, I ZR 250/00 (*Elektroarbeiten*), NJW 2002, 2645  
24.9.2002, KVR 8/01 (*Konditionen Anpassung*), WuW/E DE-R 984  
18.2.2003, KVR 24/01 (*Verbundnetz II*), DE-R 1119  
24.6.2003, KVR 14/01 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163  
4.11.2003, KZR 16/02 (*Strom und Telefon I*), WuW/E DE-R 1206  
4.11.2003, KZR 38/02 (*Strom und Telefon II*), WuW/E DE-R 1210  
22.2.2005, KVZ 20/04 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544  
28.6.2005, KVZ 34/04 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571  
7.2.2006, KVZ 40/05 (*Werhahn II*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de)

#### 4. Kammergericht

16.2.1960, 5 Kart. V 8/59 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339  
24.6.1960, 5 Kart. V 5/60 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346  
24.6.1960, 5 Kart. V 9/60 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392  
8.2.1963, 5 Kart V 36/61 (*Interessengemeinschaft*), WuW/E OLG 540  
21.10.1966, Kart V 23/66 (*Filtertüten*), WuW/E OLG 803  
31.5.1968, Kart 4/68 (*Beiladung*), WuW/E OLG 933  
22.7.1968, Kart 2/68 (*Sportartikelmesse*), WuW/E OLG 907  
6.12.1968, Kart 16/68 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964  
7.11.1969, Kart 8/69 (*Triest-Klausel*), WuW/E OLG 1071  
3.12.1974, Kart. 37/74 (*Saba*), WuW/E OLG 1548  
12.1.1976, Kart 1/76 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637

6.10.1976, Kart 2/76 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758  
13.6.1979, Kart. 18/79 (*Sonntag Aktuell II*), WuW/E OLG 2145  
28.11.1979, Kart 12/79 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247  
19.12.1979, Kart 33/79 (*Basalt-Union*), WuW/E OLG 2193  
22.8.1980, Kart 7/80 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356  
26.11.1980, Kart 17/80 (*Synthetischer Kautschuk I*), WuW/E OLG 2411  
26.11.1980, Kart 18/80 (*Synthetischer Kautschuk II*), WuW/E OLG 2419  
2.10.1981, Kart. 41/81, WuW/E OLG 2603  
12.5.1981, Kart. 22/81 (*Olga Tschecowa*), WuW/E OLG 2613  
17.7.1981, Kart. 27/81 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571  
13.11.1981, Kart. 41/81, WuW/E OLG 2686  
12.1.1982, Kart 14/81 (*Gepäckstreifenanhänger*), WuW/E OLG 2720  
10.2.1982, Kart. 52/81, WuW/E OLG 2767  
19.1.1983, Kart. 18/82 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970  
21.11.1983, Kart. 19/83 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211  
11.1.1984, Kart. 11/83 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217  
17.12.1985, Kart. 64/85, WuW/E OLG 3730  
5.3.1986, 1 Kart. 21/85, WuW/E OLG 3821  
19.8.1986, 1 Kart. 9/86 (*Air Liquide*), WuW/E OLG 3908  
21.2.1989, Kart. 19/88 (*Wieland-Langenberg*), WuW/E OLG 4363  
15.3.1991, Kart. 15/90 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753  
26.6.1991, Kart. 23/89 (*Radio NRW*), WuW/E OLG 4811  
31.3.1992, Kart. 25/90 (*Verbandsbeschwerde*), WuW/E OLG 4973  
11.1.1993, Kart 25/92 (*Ernstliche Untersagungszweifel*), WuW/E OLG 5151  
21.9.1994, Kart. 9/94 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355  
8.11.1995, Kart 21/94 (*Fernsehübertragungsrechte*), WuW/E OLG 5565  
11.4.1997, Kart 5/97 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849  
24.8.1999, Kart 36/99 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386  
5.4.2000, Kart 38/99 (*tobaccoland II*), WuW DE-R 641  
17.5.2000, Kart 35/99 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644  
9.5.2001, Kart 18/99 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688

## 5. OLG Düsseldorf

5.7.1977, Kart. 2/77 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881  
30.4.1992, 10 U 98/91, NJW-RR 1993, 249  
10.10.1996, 2 U 65/96, NJW-RR 1997, 1470  
5.7.2000, Kart 1/00 (V) (*SPNV*), WuW/E DE-R 523  
11.4.2001, Kart 22/01 (V) (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665

27.4.2001, Kart 19/01 (V) (*Müllverbrennungsanlage*), WuW/E OLG 677  
 25.6.2001, Kart 25/01 (V) (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681  
 19.9.2001, Kart 22/01 (V) (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759  
 21.9.2001, Kart 25/01 (V) (*Trienekens II*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 7.11.2001, U (Kart) 31/00 (*Stadtwerke Aachen*), WuW/E DE-R 854  
 30.4.2002, Kart 32/01 (V) (*Blitz-Tip*), WuW/E DE-R 900  
 11.7.2002, Kart 25/02 (V) (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885  
 25.7.2002, Kart 25/02 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926  
 2.9.2002, Kart 27/02 (*E.ON/Ruhrgas: Verbraucherzentrale*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 4.9.2002, Kart 26/02 (V) (*Rethmann*), WuW/E DE-R 945  
 18.9.2002, Kart 25/02 (V) (*E.ON/Ruhrgas III*), WuW/E DE-R 943  
 2.10.2002, Kart 24/02 (V) (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029  
 5.12.2002, Kart 37/02 (V) (*Zweckverband Gasversorgung Oberschwaben*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 9.12.2002, Kart 32/02 (V) (*Lufthansa/Eurowings*), WuW/E DE-R 953  
 16.12.2002, Kart 25/02 (V) (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013  
 30.7.2003, Kart 35/02 (V) (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159  
 25.3.2004, VI-Kart 37/03 (V) (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291  
 16.6.2004, VI-Kart 2/04 (V) (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545  
 30.6.2004, VI-Kart 4/04 (V) (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 30.6.2004, VI-Kart. 9/04 (V) (*tv kofler*), WuW DE-R 1293  
 30.8.2004, Kart 21/03 (V) (*Argentahler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462  
 7.10.2004, VI-Kart 3/04 (V) (*Ampere Freigabe*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 21.12.2005, VI-Kart 17/05 (V) (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)  
 25.10.2005, VI-Kart 15/05 (V) (*Werhahn II*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de)

## 6. Sonstige Oberlandesgerichte

*OLG Celle*, 21.2.1973, 13 (Kart.) V 1/72 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387  
*OLG Hamm*, 23.9.1997, 4 U 99/97, NJW 1998, 3504  
*OLG Karlsruhe*, 13.6.1990, 6 U 35/86 Kart. (Stadtkurier), WuW/E OLG 4611  
*OLG München*, 22.5.1969, Kart 1/68 (örtliche Stromverteilung), WuW/E OLG 1033

## 7. Bundesverwaltungsgericht

20.11.1959, VII C 12.59, Entscheidungssammlung 9. Band, 340  
28.1.1960, I A 17.57, Entscheidungssammlung 10. Band, 122  
28.4.1967, IV C 10.65, Entscheidungssammlung 27. Band, 29  
30.8.1968, VII C 122.66, Entscheidungssammlung 30. Band, 191  
22.2.1972, I C 24.69, Entscheidungssammlung 39. Band, 329  
20.10.1972, IV C 107.67, DVBl. 1973, 217  
17.11.1972, IV C 21/69, NJW 1973, 915  
14.12.1973, IV C 71/71, NJW 1974, 811  
7.7.1978, 4 C 79.76 u. a., Entscheidungssammlung 56. Band, 110  
13.6.1979, 1 BvR 699/77, NJW 1980, 35  
21.5.1980, 4 C 80.79, VBl.BW 1981, 114  
23.3.1982, 1 C 157/79 (*Klett-Passage Stuttgart*), NJW 1982, 2513  
1.12.1982, 2 C 59.81, Entscheidungssammlung 66. Band, 291  
1.12.1982, 7 C 111.81, Entscheidungssammlung 66. Band, 307  
30.5.1984, 4 C 58.81, Entscheidungssammlung 69. Band, 256  
13.7.1989, 7 CB 80/88, NVwZ 1989, 1168  
9.8.1990, I B 94/90, NVwZ 1991, 270  
20.7.1992, 7 B 186/91, NVwZ 1993, 63  
29.4.1993, 7 A 2/92, NVwZ 1993, 890  
21.3.1995, I B 211/94, NJW 1995, 2938  
13.5.2004, 3 C 45/03, NJW 2004, 3134

## 8. VGH Mannheim

25.7.1979, VI 295/79 (*Klett-Passage Stuttgart*), GewArch 1979, 391  
13.2.1984, 5 S 38/84, NVwZ 1984, 451  
15.8.1994, I S 1613/93, DÖV 1995, 120

## 9. VGH München

20.5.1976, 61 I 76, BayVBl. 1977, 566  
23.7.1976, 32 V 75, BayVBl. 1976, 628  
28.7.1982, 20 AS 82 D. 34, DVBl. 1982, 1012  
10.4.1984, 11 CE/CS 84 A.628, NJW 1985, 758  
28.7.1999, 1 NE 99.813, BRS 62, Nr. 58, 296

## 10. OVG Münster

18.11.1983, 7 B 2260/83, NJW 1984, 1577  
2.12.1985, 4 A 2214/84, NVwZ 1986, 1045  
25.2.2003, 10 B 2417/02, BauR 2003, 1011  
13.8.2003, 15 B 1137/03, NVwZ 2003, 1520

## 11. Sonstige Oberverwaltungsgerichte

*OVG Berlin*, 19.3.1999, 2 A 4.99, BRS 62, Nr. 59, 301  
*OVG Koblenz*, 1.9.1992, 7 E 11459/92, NVwZ 1993, 381  
*OVG Lüneburg*, 6.12.2004, 1 ME 256/04, BauR 2005, 975

## 12. Finanzgerichte

*BFH*, 18.9.1984, VII R 50-51/82, Entscheidungssammlung 142. Band, 20  
*BFH*, 15.10.1997, I R 10/92, NVwZ 1999, 107  
*FG Bremen*, 16.10.1990, II 285/89 K, EFG 1991, 263

## 13. Bundesministerium für Wirtschaft (und Arbeit)

5.3.1979, I B6 - 220840/15 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165  
30.3.1979, I B6-220840/15 (*Veba/BP: Beiladung*), WuW/E BMW 173  
6.9.1989, IB6-220840/93 (*Daimler-MBB*), WuW/E BMW 191  
13.6.2002, IB1 - 220840/129 (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), unveröffentlicht, zitiert bei *Becker, C.*, ZWeR 20003, 200  
5.7.2002, IB1 - 220840/129 (*E.ON/Ruhrgas - Ministererlaubnis I*), WuW/E DE-V 573  
18.9.2002, IB1 - 220840/129 (*E.ON/Ruhrgas - Modifizierte Ministererlaubnis*), WuW/E DE-V 643

## 14. Bundeskartellamt

3.7.1959, E 1 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70  
27.10.1959, B 1 - 254200-J-488/58, WuW/E BKartA 92  
16.3.1960, E 1 - 52/59, WuW/E BKartA 176  
18.1.1978, B 6 - 745100-U-62/77 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700  
7.9.1981, B6-691100-U-49/81 (*Morris-Rothmans*), WuW/E BKartA 1915  
17.12.1985, B 3 412950 - U 54/85 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221

26.1.1999, B6-22121-U-74/98 (*Stellenmarkt für Deutschland GmbH*), WuW/E DE-V 100  
26.2.1999, B9-51100-TV-133/98 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94  
4.4.2001, B 7 - 205/00 (*NetCologne*), WuW/E DE-V 413  
11.6.2001, B 10 - 90005 - U - 23/01 (*Trienekens*), WuW/E DE-V 431  
22.8.2005, B1 - 26820 - Fa 2/05 (*Werhahn II*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.BKartA.de](http://www.BKartA.de)  
19.1.2006, B 6 - 92292 - Fa - 103/95 (*Springer/ProSiebenSat.1*), WuW/E DE-V 1163

## II. Europäische Gemeinschaft

### 1. Gerichtshof

21.2.1973, Rs. 6/72, (*Euroemballage Corp. und Continental Can Comp. Inc. gegen Kommission*),  
Slg. 1973, 215  
25.9.2003, C-170/02 P (*Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH u. a./Kommission*), WuW EU-R 791  
15.2.2005, C-12/03 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875

### 2. Gericht erster Instanz

25.10.2002, Rs. T-5/02, (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 II-4381  
30.9.2003, Rs. T-158/00 (*ARD/Kommission*), WuW/E EU-R 716

### 3. Präsident des EuG

15.12.1992, Rs. T-96/92 R (*Comité central d'entreprise de la Société Générale des Grandes Sources u. a. gegen Europäische Kommission*), Slg. 1992, II-2579  
2.4.1993, T-12/93 R (*Comité central d'entreprise de la société anonyme Vittel und Comité d'établissement de Pierval gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993, II-450  
14.12.1993, Rs. C-543/93 R (*Gestevisión Telecinco SA gegen Europäische Kommission*), Slg. 1993, II-1409  
2.12.1994, T-322/94 R (*Union Carbide Corporation gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-1159  
10.5.1994, Rs. T-88/94 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-265  
15.6.1994, Rs. T-88/94 R (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401  
17.1.2001, Rs. T-342/00 R (*Petrolessence und Société de gestion de restauration routière (SG2R)/Kommission*), Slg. 2001, II-69

#### 4. Kommission

- 8.6.1994, IV/M.269 (*Shell/Montecatini*), ABLEG Nr. L 332 v. 22.12.1994, 48  
20.7.1995, IV/M. 616 (*Swissair/Sabena II*), unveröffentlicht, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/>  
31.7.1999, COMP IV/MO12 (*Varta/Bosch*), ABLEG Nr. L 320 v. 22.11.1999, 26  
30.10.2001, COMP/M.2416 (*Tetra Laval/Sidel*), AblEU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13

#### III. Frankreich

- Conseil d'État*, 19.5.2005, Ordonnance N° 279697 (*Fiducial I*), abrufbar unter [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)  
*ders.*, 13.2.2006, Ordonnance N° 279180 (*Fiducial II*), abrufbar unter [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)  
*Conseil de la Concurrence*, 14.12.2005, Avis N° 05-A-24, abrufbar unter [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)

#### IV. Vereinigte Staaten von Amerika

##### 1. Supreme Court

- 25.1.1977 (*Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*), 97 S.Ct. 690 (1977)  
26.3.1986 (*Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*), 106 S.Ct. 1348 (1986)  
9.12.1986 (*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*), 107 S.Ct. 484 (1986)  
30.4.1990 (*California v. American Stores Co.*), 110 S.Ct. 1853 (1990)  
14.5.1990 (*Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*), 110 S.Ct. 1884 (1990)

##### 2. Courts of Appeal

- Second Circuit*, 17.1.1989 (*R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*), 867 F.2d 102 (1989)  
*Fifth Circuit*, 28.3.1988 (*Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*), 842 F.2d 95 (1988)  
*Tenth Circuit*, 23.4.1985 (*Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*), 761 F.2d 570 (1985)

##### 3. District Courts

- D. Colorado*, 1.12.1983 (*Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*), 591 F.Supp. 683 (1983)  
*District of Columbia*, 29.8.1984 (*Chrysler Corp. v. General Motors Corp.*), 589 F. Supp. 1182 (1984)

*D. Connecticut*, 10.7.1989 (*Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.*), 755 F.Supp. 52 (1989)  
*E. D. Pennsylvania*, 21.1.1987 (*Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*), 653 F.Supp. 1250 (1987)  
*W. D. Arkansas*, 30.6.1995 (*Community Publishers, Inc. v. Donrey Corp.*), 892 F.Supp. 1146 (1995)  
*W. D. New York*, 30.11.1994 (*Bon-Ton v. May Department Stores Co.*), 881 F. Supp. 860 (1994)



## Stichwortverzeichnis

- Abwägungsklausel 49, 53, 71, 178, 216ff.  
aggressive Konzentrationsformen 68f.  
Akteneinsicht 25, 235ff.  
Anfechtungsbeschwerde (siehe Beschwerde)  
Anhörung Dritter (siehe auch Stellungnahme)  
19, 34, 176, 183, 235, 237, 246, 259  
Anmeldung 23  
Anordnung der aufschiebenden Wirkung (siehe einstweiliger Rechtsschutz)  
Antitrustschaden 85ff.  
Arbeitnehmer (siehe Drittbetroffene)  
*Argenthaler Steinbruch* 45f., 100, 172  
„Aufhebung der Vollziehung“  
(§ 65 Abs. 4 Satz 3 GWB) 274ff.  
Auflage  
- allgemein 26f., 29, 216, 259  
- drittbelastende (siehe auch Veräußerungsauflage) 77ff.  
- drittschützende 46ff.  
Ausschlussfristen 159, 171f., 174
- Bagatellmärkte (siehe Schwellenwerte)  
Baurecht, öffentliches 144f., 156, 164, 269  
Bedingung 26  
Begünstigungsabwehrklage 149ff.  
Beiladung  
- allgemein 110f.  
- als formelle Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde 25, 36f., 101, 130ff.,  
- Anspruch auf (siehe notwendige)  
- Arbeitnehmervertreter (siehe auch Drittbetroffene) 243ff.  
- einfache Beiladung wegen einfacher Interessenberührung 231f., 241ff.  
- einfache Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung (siehe auch dort) 34ff., 117  
- Ermessensabhängigkeit (siehe Ermessen)  
- Funktion 176, 230f.  
- notwendige 38f., 98f., 108ff., 118, 200, 213ff., **228ff.**  
- Tatbestandsvoraussetzungen 232ff.  
- (Verbraucher-)Verbände 111, 195, 232, 245f.  
- von Amts wegen 239  
Bekanntmachung (siehe Veröffentlichung)  
Beschwer  
- formelle 36f.  
- materielle 36f., 119, 125f., 194, 196, 201, **202f., 220ff.**, 234, 242, 247, 253  
Beschwerde, gerichtliche  
- allgemein 29f.  
- Anfechtungsbeschwerde 30, 35, 113, 121f., 170f., 174  
- Beschwerdebefugnis 35, 101f., 121, 175  
- Beschwerdeberechtigung 35, 121f., 130, 175  
- Beschwerdeverfahren  
- Ermessensabhängigkeit der Beschwerdeberechtigung (siehe Ermessen)  
- formalisierte Beschwerdeberechtigung 41, 107f., 112, 122  
- Rechtsbeschwerde 30f., 48, 108, 123  
- Umfang der Begründetheitsprüfung 251ff.  
- Verbandsbeschwerde 194ff.  
- Verpflichtungsbeschwerde 30, 38, 42, **46ff., 99f.**, 107f., 122f., 172  
- Zulässigkeit 107ff., 120ff., 235  
Beteiligung  
- am gerichtlichen Verfahren 30  
- am Verwaltungsverfahren 25, 35ff., **131ff.**  
- Kontinuität der Beteiligtenstellung 40  
- Unterschied zur Beiladung auf Rechtsfolgenseite 235ff.  
- Unterschied zur Beiladung auf Tatbestandsseite 232ff.  
Betriebsgeheimnis (siehe Geheimnisschutz)

- Beurteilungsspielraum 259  
*Brunswick* 85f.
- Cargill versus Monfort* 83ff.  
*Coop-Supermagazin* 130, 221, 241ff.
- Dispositionsmaxime 288
- Drittbetroffene
- allgemein 33ff.
  - Abnehmer 56, 110, 190, 207
  - als Hilfsorgan der sachverhaltsermittelnden Kartellbehörde 110, 176, 230
  - als Sachwalter des Wettbewerbsschutzes 253 (FN 95), 288
  - Arbeitnehmer 29, 34, 67, 204
  - Lieferanten 56, 62, 110, 207
  - potentielle Wettbewerber 208
  - Unternehmen auf Drittmärkten 207
  - Unternehmen auf entfernteren Wirtschaftsstufen 207
  - Unternehmen auf Parallelmärkten 57, 207f.
  - veräußerndes Unternehmen (siehe *Weichschaum*)
  - Verbraucher(verbände) 34, 57, 194ff.
  - Wettbewerber 56, 110, 190, 207
- Drittenschutz (siehe auch Drittbetroffene)
- EG-Recht (siehe auch *Kali + Salz* und *Tetra/Laval Sidel*) 173, 180
  - Fünfte GWB-Novelle 170ff.
  - privatrechtlicher 157ff., 179f.
  - Sechste GWB-Novelle 169ff.
  - Siebte GWB-Novelle 179ff.
  - Verfahren 23ff., 173
- drittschützende Wirkung (siehe subjektiv-öffentliches Recht)
- einstweiliger Rechtsschutz (siehe auch Normenkontrollverfahren und Verfassungsbeschwerde)
- Allgemeines Verwaltungsrecht 249ff., 264, 269, 274ff.
  - Anordnung der aufschiebenden Wirkung 31ff., 102, 123f., 193, **262ff.**
- Antragsgegner 268ff.
  - Begründetheitsprüfung 249
  - EG-Fusionskontrolle (siehe auch *Kali + Salz*) 269f.
  - Einschränkung durch die Siebte GWB-Novelle 102, 103ff., 189ff., 248ff.
  - Rücknahme des Antrags 288
  - vorsorgliche fristwahrende Untersagung 171
  - weitergehende einstweilige Anordnungen (§ 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 GWB 1999) 33, 103ff., 265ff.
  - Zulässigkeit 248f.
- Entflechtung 27, 104f., 158, 163, 185ff., 192f.  
*E.ON/Ruhrigas* 20, 32, 195, 225f., 252, **256ff.**, 265, **287**
- Ermessen der Kartellbehörde (siehe auch Beurteilungsspielraum)
- Auflagen und Bedingungen 259
  - Beiladungsentscheidung 42ff., 108f., 112, 120f., 163f., 205
  - Stellungnahme 237
  - mündliche Verhandlung 238
- erweiterte Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden 188
- Existenzgefährdung (siehe auch *Cargill versus Monfort*) 57ff., 71, 96, 114, 118, 150, 197
- Fiskusabwehrklage 153f.
- Freikaufen von Zusammenschlüssen 287ff.
- Fusionsgenehmigung
- Freigabeentscheidung 96
  - Freigabefiktion 183f., 239
  - Freigabemitteilung 26, 170f., 175
  - Freigabeverfügung 26f., 46, 70, 77, 80, 99, 105, 122, 173, 183, 186f., 191, 197, 228, 231f., 257, 263ff.
  - Ministererlaubnis (siehe dort)
- Fusionskontrollverfahren
- Abschluss 27
  - Änderungen durch die Siebte GWB-Novelle 180ff.
  - Einleitung 23
  - nachträgliches 24

Geheimnisschutz 111f., 237f.  
*Großverbraucher* 53, 99

Grundrechte

- allgemein 142f., 147ff.
- Berufsfreiheit 59, 77, 152, 154, 167
- Eigentumsfreiheit 59, 77, 142, 167
- Gleichheitsgebot 152
- norminterne und -externe Wirkung 148
- Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) 38, 50, 54, 57, 101f., 128, 152, 228, 234, 239
- Verletzung (siehe dort)
- Wettbewerbsfreiheit 59, 150

*HABET/Lekkerland* 54, 202, 209, 221, 251ff.

Hauptprüfverfahren 19, 24, 26, 173ff.

Heilung (siehe Verfahrensfehler)

Hinzuziehung (VwVfG) 132, 203, 214, 228f., 240f.

horizontaler Zusammenschluss 209f., 219f.

Individualrechtsschutz 19, 94, 110, 155, 168, 176, 230, 254

Informationspflicht 239ff.

informelles Vorverfahren 27f., 49

Institutionenschutz 94, 155f.

Interessen

- wirtschaftliche 57, 59, 119, 139, 203
- wettbewerbsbezogene 203ff.

Interessenberührung

- einfache 41, 232ff.
- erhebliche 34ff., 45, 103, 110f., 117f., 124, **126f., 129ff., 196, 200ff.,**

Interessenschutzformel 140

Interessentenklage 127f.

*Kali + Salz* 78ff.

Klagebefugnis (siehe Beschwerde)

Kollusion zwischen Bundeskartellamt und Zusammenschlussbeteiligten 50

kommunale Wirtschaftstätigkeit (siehe Fiskusabwehrklage)

*Konditionenanpassung* 62, 64, 210

konglomerater Zusammenschluss (siehe auch *Tetra/Laval Sidel*) 208f., 211

Konkurrentenabwehrklage 153

Konkurrentenklage (siehe Begünstigungsabwehrklage, Fiskusabwehrklage, Konkurrentenabwehr- und -verdrängungsklage)

Konkurrentenverdrängungsklage 152f.

kommunale Wirtschaftstätigkeit (siehe Fiskusabwehrklage)

Ladenschlussgesetz 150f.

Leistungsbeschwerde 30

Marktabstottung 210f.

Marktbefragung 23

Marktbeherrschung 62ff., 70, 209, 216f., 242, 251f.

Marktgegenseite (siehe Drittbetroffene, Abnehmer und Lieferanten)

Marktstrukturkontrolle 62ff., 66, 206

Marktteilnehmer (siehe Drittbetroffene)

Marktverdrängung (siehe auch *Tetra/Laval Sidel, Monfort* und *Brunswick*) 61f., 72, 84

Meistbegünstigungstheorie 50

Ministererlaubnisverfahren 28f.,

Missbrauchsaufsicht (siehe auch Verhaltenskontrolle) 68ff., 72ff.

multipolare Konfliktlage 142ff., 183, 257f.

mündliche Verhandlung 25, 29, 35, 181, 238

nachträgliche Gesetzeswidrigkeit 75f.

Nebenbestimmung (siehe Auflage)

*NetCologne* 20, 32, 194, 195, 221ff., 252; 265

Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO) 254ff.

Offizialprinzip 288

Popularklage 57, 127

predatory pricing (siehe auch Unter-Preisverkäufe) 65, 86ff., 93

rechtlich geschütztes Interesse 136ff.

rechtliches Gehör 259

Rechtsbeschwerde (siehe Beschwerde)  
 Rechtsmittelfristen 184  
 Rechtsschutzinteresse 36, 100, 106

Sanierungsfusion 217  
 Schutzgesetz  
 - § 36 GWB 161ff., 198  
 - privatrechtliches 157ff.  
 Schutzgut des GWB 154ff.  
 Schutznormtheorie 139ff., 165f.  
 Schwellenwerte 177f.  
*Springer/Elbe Wochenblatt* 70f.  
 Spürbarkeit 116, 118, 206, 218  
*Stadtkurier* 69f.  
 Statthaftigkeit (siehe Beschwerde)  
 Stellungnahme  
 - Dritter (siehe auch Anhörung) 24f., 29, 34f., 232f., 236ff., 244, 247  
 - der Monopolkommission 29  
 subjektives öffentliches Recht (siehe auch Verletzung in eigenen Rechten)  
 - allgemein 38f., 136ff., 229  
 - Fusionskontrolle 52ff., 67, 108f., 113ff., 175f., 198  
 - Schutzbereich 56ff., 113ff., 198f., **200ff.**, **206ff.**,  
 - Steuerrecht 150  
 - Wirtschaftsverwaltungsrecht 149ff.

*Tetra/Laval Sidel* 65ff., 70  
*Tobaccoland* 20, 99, 101, 209f.  
*Trienekens* 32, **223ff.**, 252, 265  
*tv kofler* 54, 220

Unbeachtlichkeit (siehe Verfahrensfehler)  
 Unter-Preis-Verkäufe (siehe auch predatory pricing) 58, 61, 84, 86ff.  
 Untersagungsfristen 26f., 47f., 100, 170f., 173f., 187  
 Untersagungsverfügung 19, 22, 24, 26ff., 30f., 52ff., 71, 82, 99f., 159f., **170ff.**, 183f., 186, 198, 212f., 241, 243, 265, 267

US-amerikanische Fusionskontrolle 83ff.

Veräußerungsaufgabe (siehe auch *Kali + Salz*) 26, 81f.  
 Verbandsbeschwerde (siehe Beschwerde)  
 Verbraucher (siehe Drittbetroffene)  
 Verfahrensfehler  
 - Anordnung der aufschiebenden Wirkung 256ff.  
 - Entflechtung 186f.  
 - Heilung und Unbeachtlichkeit 181ff., 256ff.  
 Verfassungsbeschwerde 254ff., 288  
 Verfügung bzw. Verwaltungsakt 170  
 Vergaberecht 132, 178, 224f., 224f.  
 Verhaltenskontrolle (siehe auch Missbrauchsaufsicht) 62ff.  
 Verletzung (Geltendmachung einer)  
 - in eigenen Rechten (siehe auch subjektiv-öffentliches Recht) 38f., 45, 57, **67ff.**, **97ff.**, 113, 118ff., 122, 127f., 133ff., 169, 175, **189ff.**  
 - in Grundrechten 50, 58ff., 77  
 - in privaten Rechtspositionen 76, 211ff.  
 Veröffentlichung  
 - der Anmeldung 23f., 240  
 - der Freigabeverfügung 19  
 - des Eintritts in das Hauptverfahren 24, 185  
 Verpflichtungsbeschwerde (siehe Beschwerde)  
 vertikaler Zusammenschluss 210  
 Vollzugsverbot 104f., 164, 170, 193  
 - Wiederaufleben 262ff.  
 Vorprüfverfahren (Freigaben im) 25, 49f., 173

*Weichschaum* 52ff., 99f., 159, 172, 178  
*Werhahn* 20, 33, 55, 81  
 Wettbewerber (siehe Drittbetroffene)

*Zeiss/Leica* 99, 101  
 Zulässigkeit (siehe auch Beschwerde) 29ff., 45ff.  
 Zustellung 27, 102, 183f., 219, 238f.