

Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik

herausgegeben von  
Ernst-Joachim Mestmäcker,  
Wernhard Möschel und  
Martin Hellwig

Band 207

Florian Bien

# Fusionskontrolle und subjektiver Drittschutz



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Zugl.: Tübingen, Univ., Diss., 2006

ISBN 978-3-8329-2521-5

**D 21**

1. Auflage 2007

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2007. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## 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) hat die Veröffentlichung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert. Dafür danke ich stellvertretend Herrn Rechtsanwalt Professor Dr. Thomas Sambuc.

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 Auflagenerlasses 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 Schutzgesetzdiskussion 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 Drittschutzes	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