

### 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

279 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.

280 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 Freigabebefürwortung 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.

285 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“.

286 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.