

## 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.*, Konkurrentenschutz, 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.*, Konkurrentenschutz, 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). Zustimmung *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 werde 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 *Bartlsperger, R.*, *VerwArch* 1969, 35, 49: ein subjektives öffentliches Recht „ist immer dann anzunehmen, wenn ein Gewaltunterworfenener 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 Prärogative 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 *Bartlspenger, 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 Baunachbarsstreits 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 hat, 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.*, Verletzenklagen, 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 entschieden, 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 derauf 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 Prerogative 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./Würtenberger, 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./Würtenberger, T.*, Dt. StaatsR, 2005, § 7 I 4 (S. 62); *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, 81.

90 *Zippelius, R./Würtenberger, 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

94 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).

95 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 dritt-schützende 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 Begünstigungsbesichtigung 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 Marktteiligen 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, 2514ff.

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 nWGemO 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. Achtes Zwischenergebnis

Der querschnittartige 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).