

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

177 *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.

178 *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).“

179 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 *B I* 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 Wirtschaftsobjekt 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* konzipierten 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 Wirtschaftsverfassung 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 drittsschützende 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 zwingender Grundrechtspostulate [...] die Berührung eines grundrechtlichen Schutzbereichs subjektive öffentliche Rechte begründen kann.“

225 Oben Kap. 4 A 1 I.

226 *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 225. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass die Vermutungsregel uneingeschränkt nur im (zweiseitigen) Vertikalverhältnis Staat – Bürger greifen kann.



227 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 Gesetzmaterien bieten aber zumindest einen weiteren Anhaltspunkt für den Willen des Gesetzgebers, den materiellen fusionskontrollrechtlichen Beurteilungskriterien eine drittschützende 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 Freigabeverfügung in der zweiten Phase) und Abs. 6 GWB 1999 (Neubeginn der Untersagungsfrist) unmissverständlich den Willen zur Erweiterung des Drittrechtsschutzes zum Ausdruck gebracht, andererseits aber mangels Gewährung subjektiver Rechte den Drittrechtsschutz in der Praxis an der neu eingeführten Hürde der Beschwerdebefugnis i. S. der Geltendmachung einer subjektiver Rechtsverletzung scheitern ließe.

Folgenden 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 fristwahrenenden 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.), Gemeinschaftskommentar, 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 (*Argentahaler 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 Drittrechtsschutz 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 durchaus 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 Beschwerdevoraussetzungen, die in der Person des anfechtenden Dritten vorliegen müssen (Beiladung?, formelle und materielle Beschwer?, 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 entfiel 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./Stoiber, 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 ausginge, 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 Zusammenschlussverhältnisse 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. Zustimmend *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 dritt-schützende 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 dritt-schützenden 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 -verwaltungsrechtliches 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 dritt-schützenden Wirkung geschlossen

299 Dazu oben *Kap. 4 B II*.

300 Auch hierzu die Hinweise oben *Kap. 4 B II*.

301 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.“

302 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640 35.

303 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 Düsseldorfer Kartellenat im Verfahren *E.ON/Ruhrigas* 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/Ruhrigas - Ministererlaubnis I*), WuW/E DE-V 573.

311 *Ders.*, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrigas - Modifizierte Ministererlaubnis*), WuW/E DE-V 643.

312 *OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrigas 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/Ruhrigas 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

Drittenschutzrelevanz 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 Widerrufsründe 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 Drittrechtsschutzes 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/Ruhrigas* 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 Wettbewerber 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> Erinnert 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 „Angstklausele“; *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 Drittschutzes 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 Drittschutzes 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 Drittschutzes 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 Drittschutzes. 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 genomene 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/Ruhrigas: 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/Ruhrgas* 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/Ruhrgas: Greenpeace*), unveröffentlicht, zitiert bei Becker, C., *ZWeR* 2003, 200.

378 *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029, 1030 mit Hinweis auf den Beschluss in dem parallelen Verfahren *OLG Düsseldorf*, 2.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas: 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 Beschwerde 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 Beschwerde 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 Alternativkonzepten 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

403 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).

404 Diesem Erfordernis wird u. a. der Vorschlag von *Dormann* nicht gerecht. Dazu oben *Kap. 2 A IV* und *B*.