

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 Freigabebefugnisse 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 Freigabebefugnisse 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*.

Bundeskartellamts entsprechen.<sup>405</sup> Diese Untergrenze ist relativ, nämlich in Beziehung zu den materiellen Anforderungen an die Beschwerdebefugnis zu bestimmen. Das gesetzgeberische Anliegen einer Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes würde konterkariert, würde man subjektiv-rechtlichen Drittschutz unter Voraussetzungen gewähren, die unter den (niedrigen) Anforderungen liegen, die die herrschende Meinung bislang an das Erfordernis der materiellen Beschwer stellt.

Weitere Anforderungen an die Schutzbereichsbestimmung resultieren aus der Sorge um ein in systematischer Hinsicht stimmiges Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes.<sup>406</sup> Es gilt, weitere Friktionen im drittschutzrelevanten Verfahrensrecht zu verhindern. Erfolgt die Abgrenzung des subjektiv-rechtlichen Schutzbereichs zu großzügig, so kann das zur Folge haben, dass sich Dritte auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können (und damit einen Anspruch auf Beiladung hätten!), die nach bisheriger Auffassung mangels erheblicher Interessenberührung nicht einmal für eine einfache Beiladung in Betracht kämen.<sup>407</sup> Die hier zugrunde gelegte Auffassung entspricht diesen Anforderungen dadurch, dass sie die Voraussetzung der *nachteiligen erheblichen Interessenberührung* mit dem Tatbestandsmerkmal der *subjektiven Rechtsverletzung* gleichsetzt. Zu dem Vorzug der systematischen Stimmigkeit<sup>408</sup> gesellt sich ein weiterer Vorteil: Zum Merkmal der „erheblichen Interessenberührung“ existiert eine umfangreiche Entscheidungspraxis. Sie umfasst zahlreiche Fusionskontrollverfahren.<sup>409</sup>

405 Hierauf weist das *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645 hin.

406 Das meint wohl auch *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 483f.

407 Diese Gefahr hat sich in dem Lösungsvorschlag *Veelkens* realisiert (oben *Kap. 3 A IV 2*). Siehe dagegen die oben *Kap. 1 B I* aufgestellte Skala verschiedener Stufen der Drittbetroffenheit und den dazugehörigen Verfahrensrechten auf der Rechtsfolgenreihe.

408 Siehe oben *Kap. 3 B I*.

409 *Z. B. Bundesminister für Wirtschaft*, 30.3.1979 (*Veba/BP: Beiladung*), WuW/E BMW 173; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356; *Bundeskartellamt*, 7.9.1981 (*Morris-Rothmans*), WuW/E BKartA 1915; *KG*, 2.10.1981 WuW/E OLG 2603; *KG*, 13.11.1981 WuW/E OLG 2686; *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211; *KG*, 26.6.1991 (*Radio NRW*), WuW/E OLG 4811; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523; *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926; *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029; *OLG Düsseldorf*, 5.12.2002 (*Zweckverband Gasversorgung Oberschwaben*), unveröffentlicht, zitiert bei *Becker, C. ZWeR* 2003, 199, 201, *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545; *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de).

## II. Die Kriterien der materiellen Beschwer und der erheblichen Interessenberührung nach herrschender Meinung

Legt man die Systematik der herrschenden Meinung zugrunde, so erfüllt ein Dritter eher die Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis als der Beiladung.<sup>410</sup> Während diese eine „erhebliche Interessenberührung“ als Folge der in Betracht kommenden Freigabe erfordert, gilt als anfechtungsbefugt derjenige, der eine *materielle Beschwer* geltend machen kann.<sup>411</sup> Grundlegend hat sich der BGH im *HABET/Lekkerland*-Beschluss zu diesem Erfordernis geäußert.<sup>412</sup> Er erteilte darin der Ansicht, wonach eine Beschwerdebefugnis nur im Fall einer subjektiven Rechtsverletzung anzunehmen sei, eine Absage.<sup>413</sup> Vielmehr genüge es, wenn „der Beschwerdeführer durch die angefochtene Verfügung der Kartellbehörde in seinen wirtschaftlichen

410 Das hat in einigen Fällen die oben *Kap. I C* bemängelten Unstimmigkeiten zur Folge. A. A. nur *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 478f.: „Kriterium der materiellen Beschwer [...] ist enger auszulegen als die erhebliche Interessenberührung des Beiladungsrechts.“ Ihm ist vor dem Hintergrund der h. M. allenfalls insofern Recht zu geben, als eine Beiladung auch in den Fällen in Betracht kommt, in denen sich die kartellbehördliche Entscheidung für den Dritten günstig auswirkt, während das Merkmal der „Beschwerde“ notwendigerweise nachteilige Auswirkungen verlangt. Unrichtig auch *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2081, der von den über die Beiladungsvoraussetzungen „hinausgehenden“ Voraussetzungen der „materiellen Beschwer“ spricht. Gemeint ist die Voraussetzung der *formellen* Beschwerde. Sie (und nicht die materielle Beschwerde) ist zu bejahen, wenn dem „materiellen Anliegen durch den rechtskräftigen Inhalt der angefochtenen Entscheidung nicht entsprochen worden“ ist (ebenda, 2081).

411 Siehe schon oben *Kap. I B I 3* insbesondere auch zum Erfordernis der Beiladung als Voraussetzung für die (formelle) Anfechtungsberechtigung.

412 Zur Einordnung der Entscheidung: *Schmidt, K.*, DB 2004, 527ff, insbes. 529.

413 Diese Ansicht geht insbesondere auf *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff., 102ff.; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 253 zurück. Auch *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 674 setzt materielle Beschwerde und subjektive Rechtsverletzung gleich. Kritik an der Entscheidung des BGH äußert auch *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 634. Er möchte nach wie vor das Erfordernis der materiellen Beschwerde und der subjektiven Rechtsverletzung gleichsetzen. Auch die hier entwickelte Neukonzeption macht die Anfechtungsbefugnis von der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten abhängig. Dagegen fordern *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 681 gerade keine Verletzung des dritten Beschwerdeführers in subjektiven Rechten. Insofern missverstehen *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 443 (FN 54) die von *Boeckhoff* und *Franßen – Steffens* und *Boos* zitieren den Zweitautor des in Bezug genommenen Beitrags versehentlich mit *Krefeld* – geforderte Beeinträchtigung des Beschwerdeführers durch eine „negative Veränderung seiner Wettbewerbsbedingungen auf dem relevanten Markt.“ Dabei handelt es sich lediglich um eine Modifikation des von *Boeckhoff* und *Franßen* im Einklang mit der herrschenden Meinung geforderten Kriteriums der „materiellen Beschwerde“.

Interessen nachteilig berührt“ ist.<sup>414</sup> Weitergehende Einschränkungen, beispielsweise im Hinblick auf die Art der maßgeblichen Interessen oder das quantitative Ausmaß der Beeinträchtigung, werden nicht gemacht.<sup>415</sup>

Die Anforderungen der herrschenden Meinung an das Kriterium der *erheblichen Interessenberührung* als Voraussetzung für die Beiladung (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) erweisen sich in dreierlei Hinsicht als anspruchsvoller. Unterschiede bestehen zunächst im Hinblick auf die Frage, welcher Art die geltend gemachten Interessen sein müssen. Bei den geltend gemachten Interessen muss es sich um erhebliche im Sinne von maßgeblichen Interessen handeln (qualitatives Kriterium).<sup>416</sup> Es besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass – im Gegensatz zu den im allgemeinen Verwaltungsrecht für das verwandte Institut der „Hinzuziehung“ geltenden Voraussetzungen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG<sup>417</sup>) – eine Beeinträchtigung in „rechtlichen Interessen“ nicht erforderlich ist.<sup>418</sup> Danach kommen rechtliche Interessen zwar ebenfalls in Betracht.<sup>419</sup> Ausreichend sind aber auch bloße wirtschaftliche Interes-

414 BGH, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165. Ähnlich schon: KG, 8.11.1995 (*Fernsehübertragungsrechte*), WuW/E OLG 5565, 5571. Zustimmend Steffens, O./Boos, A., ZWeR 2004, 431, 446; Schmidt, K., DB 2004, 527, 531. Noch weiter: KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2972 und BGH, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079, die eine bloße Interessenbeeinträchtigung bzw. lediglich eine „nachteilige Wirkung“ des rechtskräftigen Entscheidungsinhalts fordern. Kollmorgen, J., in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 63, Rz. 21 macht ebenfalls keine Einschränkungen hinsichtlich der Art der berührten Interessen.

415 Eine Mindermeinung in der Literatur möchte dagegen auch das Kriterium der materiellen Beschwer anhand zusätzlicher Kriterien weiter einschränken. Verlangt wird eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition des Beschwerdeführers auf dem relevanten Markt (*Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 676f. mit umfangreichen Nachweisen auf die Gegenauffassung (ebenda, 671 FN 23). In diese Richtung auch *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65: Betroffenheit in „wettbewerblichen Interessen“ als Voraussetzung für die Beschwerdebefugnis.

416 Die Terminologie ist uneinheitlich. Wie hier *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 475. Anders *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 36, 40: „verfahrensrelevante“ bzw. „rechts-erhebliche“ Interessen. Zustimmend *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 60. *Kiecker, J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 29 stellt ebenfalls qualitative Anforderungen an die Art der Interessenberührung (Interessen müssen „wettbewerbsbezogen [sein] und sich nicht in der Aufrechterhaltung zivilrechtlicher Rechtspositionen erschöpfen“), prüft diesen Punkt aber unter dem – außerdem quantitativ verstandenen – Begriff der „erheblichen“ Interessenberührung.

417 Vgl. auch § 65 Abs. 1 VwGO.

418 KG, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; BGH, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561; KG, 21.11.1983 (WZ-WAZ), WuW/E OLG 3211; KG, 19.8.1986 (*Air Liquide*), WuW/E OLG 3908, 3910; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 59, 62; *Becker, C.*, ZWeR 2003, 199, 203. Kritisch zur Gegenüberstellung von rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen durch die h. M. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54 Rz. 38.

419 KG, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340.

sen, wenn sie Bezug zum Wettbewerb haben.<sup>420</sup> Hat das Verfahrensergebnis dagegen keine Auswirkungen auf die Wettbewerbslage des die Beiladung beantragenden Unternehmens, so fehlt es an der erforderlichen Drittbetroffenheit.<sup>421</sup> Mit Rücksicht auf diese Einschränkung lehnt die herrschende Meinung auch die Möglichkeit der Beiladung von Arbeitnehmervertretern ab.<sup>422</sup> Zum zweiten leitet die herrschende Meinung aus dem Erfordernis der Erheblichkeit der Interessenberührung eine zusätzliche Begrenzung in quantitativer Hinsicht ab.<sup>423</sup> Einigkeit besteht darüber, dass jedenfalls eine ganz geringfügige Betroffenheit der Wettbewerbslage nicht ausreicht.<sup>424</sup> Danach scheiden zumindest solche angeblichen Beeinträchtigungen aus,

420 Das *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 stellt bei potentiellen Beiladungskandidaten auf die Auswirkungen auf das „nach dem GWB zu berücksichtigende Marktgeschehen“ ab; *KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357: „Erhebliche Interessen in diesem Sinne sind alle auf die Wettbewerbslage bezogenen Interessen“; *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5882: Das Verfahrensergebnis muss geeignet sein, die „Wettbewerbslage zu beeinflussen“; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525: „kartellrechtlich relevante wirtschaftliche Interessen“; *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545 "nicht jedes wirtschaftliche Interesse“, nur bei „kartellrechtlicher Relevanz“. *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 54: „Die wirtschaftlichen Interessen müssen sich auf die Wettbewerbslage beziehen“ und 60: „Marktinteressen“; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 38 fordert zwar eine Berührung in „rechtserheblichen“ Interessen, versteht darunter aber ebenfalls „in erster Linie alle auf die Wettbewerbslage bezogene Interessen“; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456: „Alle wirtschaftlichen Interessen, die mit den Marktverhältnissen in Zusammenhang stehen, vor deren Beeinflussung das GWB schützen will“; *Becker, C.*, *ZWeR* 2003, 199, 203: Interessen, „soweit sie kartellrechtlich von Belang sind“.

421 Z. B. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211, 3212 (Drittmarktbezug); *KG*, 17.12.1985 WuW/E OLG 3730, 3731 (Auskunftsverfahren gegen Dritte).

422 *Bundeskartellamt*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71f.; *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339. Zustimmend *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 60; *Schöne, O.*, *WRP* 1960, 261, 263f.; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456. A. A. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 36. Siehe auch noch unten *Kap. 5 A VIII 2*.

423 H. M.: *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62 m.w.N. und kritischer Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Auffassung von *K. Schmidt* (dazu sogleich); *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 457; *Kevekordes, J.*, *WuW* 1987, 365, 366f.. A. A. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40, der sich gegen eine quantitative Prüfung auf Tatbestandsebene ausspricht. Er möchte diesen Gesichtspunkt erst bei der Ermessensausübung berücksichtigen. Die Auffassungen dürften in den meisten Fällen zu identischen Ergebnissen führen.

424 *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 527; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 59, 62.

deren Existenz bzw. Höhe überhaupt nicht dargelegt werden.<sup>425</sup> Im Übrigen besteht Streit über die Bedeutung des Merkmals.<sup>426</sup> Früher standen sich insbesondere die so genannte „relative“ und die „absolute“ Betrachtungsweise gegenüber.<sup>427</sup> Das Bundeskartellamt hatte die Ansicht vertreten, es fehle am Erfordernis der erheblichen Interessenberührung, wenn die Auswirkungen im Hinblick auf die Gesamtgröße des Unternehmens nur geringfügig sind.<sup>428</sup> Dem ist das KG nicht gefolgt.<sup>429</sup> Überwiegend wird heute die Ansicht vertreten, dass spürbare Auswirkungen auf den Geschäftsbereich des Unternehmens ausreichen, auf den sich der Verfahrensgegenstand bezieht. Andernfalls wären diversifizierende Großunternehmen im Vergleich zu kleinen Spezialunternehmen mit identischem Marktanteil benachteiligt.<sup>430</sup> Das OLG Düsseldorf hat jüngst ein drittes Abwägungskriterium eingeführt.<sup>431</sup> Es verlangt vom Bundeskartellamt, dass es die vom Antragsteller repräsentierten wettbewerbsrelevanten Belange und die gegenläufigen Verfahrensziele der Hauptbeteiligten in ein Verhältnis setzt und gewichtet.<sup>432</sup> Im Ergebnis läuft das auf eine vorgezogene Prüfung derjenigen Gesichtspunkte hinaus, die von der Kartellbehörde im Rahmen der ihr eingeräumten Ermessensentscheidung, also auf Rechtsfolgenseite ohnehin zu berücksichtigen sind.<sup>433</sup>

425 Siehe das Beispiel in *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

426 *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527.

427 Dazu *Schöne, O.*, WRP 1960, 334, 335, der selbst eine vermittelnde Position einnimmt.

428 *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92; *Bundeskartellamt (Einspruchsabteilung)*, 16.3.1960 WuW/E BKartA 176, 177 (ausdrücklich gegen absolute Wertung); *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 18; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 457.

429 *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393f.; *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 967 f.; *KG*, 21.11.1983 (WZ-WAZ), WuW/E OLG 3211,3211f.; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 492.

430 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 63; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 491f.; *Kevekordes, J.*, WuW 1987, 365, 366f.

431 *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62 sieht darin eine Weiterentwicklung des „Spürbarkeitserfordernisses“.

432 *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545, 1541. Ähnlich schon *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527, wonach es einer Abwägung bedürfe, ob eine "solche Nähebeziehung der Interessen zum Verfahrensgegenstand besteht und außerdem ein solches Gewicht der Auswirkungen einer der möglichen kartellbehördlichen Verfahrensentscheidungen auf diese Interessen [gegeben ist], dass es bei wertender Betrachtungsweise angemessen erscheint, dem Beizuladenden Rechte auf Beteiligung am Verfahren [...] einzuräumen."

433 Ähnlich *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62.

### III. Eigener Auslegungsvorschlag

Ein eigener Versuch, den drittschützenden Bereich von § 36 Abs. 1 GWB der Schutzbereichsbestimmung setzt ebenfalls bei der Auslegung des Merkmals der (nachteiligen) erheblichen Interessenberührung an. Dabei kann weitgehend auf in der Praxis erarbeitete Eingrenzungen zurückgegriffen werden. Für die Begrenzung des Schutzbereichs erweist sich das Merkmal der Erheblichkeit als bedeutsam. Es hat eine qualitative und eine quantitative Komponente.<sup>434</sup>

#### 1. Qualitative Kriterien

Das Telos der Fusionskontrolle besteht darin, negative Veränderungen der Wettbewerbsstruktur zu verhindern.<sup>435</sup> Von diesem Zweck her müssen auch die Anforderungen an die materielle Beschwer bestimmt werden.<sup>436</sup> Die von den Drittunternehmen sowohl im Kartellverwaltungs- als auch im gerichtlichen Verfahren geltend gemachten Interessen müssen von solcher Art sein, dass sie in eine fusionskontrollrechtliche Würdigung eingehen können.<sup>437</sup> Es genügt daher nicht, dass die antragstellenden bzw. beschwerdeführenden Dritten irgendeine Beeinträchtigung in wirtschaftlichen Interessen geltend machen.<sup>438</sup> Insofern ist in weitgehender Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung<sup>439</sup> eine *erhebliche Beeinträchtigung in öffentlich-rechtlich geschützten Interessen mit Bezug zur Wettbewerbslage* zu verlangen. Dabei sind die folgenden Elemente zu unterscheiden: Der Beschwerdeführer und die Zusammenschlussbeteiligten müssen in einem *marktrelevanten Verhältnis* zueinander stehen (a). Der Beschwerdeführer muss eine *marktrelevante Betroffenheit dieses Verhältnisses* geltend machen (b). Dabei muss es sich um eine Beeinträchtigung in *subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen* handeln (c). Besonderheiten gelten, wenn das Bundeskartellamt eine Freigabe mit der Anwendung der *Abwägungsklausel* rechtfertigen möchte (d).

434 Vgl. ebenda, Rz. 59.

435 *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 763. Vgl. auch schon *BGH*, 21.2.1978 (*Kfz-Kupplungen*), NJW 1978, 1320, 1322. *Wagner-von Papp, F.*, in: Langenbacher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 452 (= § 9 Rz. 100).

436 *OLG Düsseldorf*, aaO. Zustimmung *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 676.

437 Insoweit besteht Übereinstimmung mit den Kriterien, anhand derer die herrschende Meinung den Kreis der potentiellen Beiladungskandidaten abgrenzt. Siehe nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54 Rz. 38 sowie oben II.

438 *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

439 Siehe die Nachweise oben FN 420.

a) Marktrelevantes Verhältnis zwischen Beschwerdeführer und Zusammenschlussbeteiligten

Mindestvoraussetzung für die geforderte Betroffenheit in marktbezogenen Interessen ist das Bestehen eines *marktrelevanten Verhältnisses* zwischen dem beschwerdeführenden Dritten und wenigstens einer der Fusionsparteien. Diese Voraussetzung erfüllen nicht nur solche Dritten, die zu den Zusammenschlussbeteiligten (auf dem relevanten Markt) in einem Wettbewerbsverhältnis stehen.<sup>440</sup> Vielmehr kommen neben Wettbewerbern insbesondere auch Unternehmen der Marktgegenseite als Beschwerdeführer in Betracht.<sup>441</sup> In Sonderkonstellationen mag der Zusammenschluss auch Auswirkungen auf Drittmärkte haben. Dann kommt eine Verletzung in subjektiven Rechten auch von solchen Dritten in Betracht, die weder (unmittelbare) Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten sind, noch auf der (unmittelbaren) Marktgegenseite anzusiedeln sind.<sup>442</sup> Zu denken ist insbesondere an Unternehmen auf entfernteren Wirtschaftsstufen sowie an Unternehmen auf Parallelmärkten.<sup>443</sup>

440 So aber *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 681. Missverständlich auch das *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666: „unmittelbares oder mittelbares Wettbewerbsverhältnis.“ Es beruft sich auf die entsprechende Einschränkung etwa bei *Rittner, F.*, Wettb.-u. KartR, 1999, § 13, Rz. 172 (= S. 381) und *Schulte, J. L.*, AG 1998, 297, 303, der Konkurrenten jedoch lediglich beispielhaft als potentielle Drittkläger nennt: „Beschwerdebefugnis [...] Dritter, etwa von Konkurrenten“.

441 Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525f. und 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545, 1546, das zwar „Auswirkungen auf die Wettbewerbslage des beizuladenden Antragstellers“, nicht aber zwingend ein „Wettbewerbsverhältnis“ – etwa i. S. d. § 1 UWG a.F. – zwischen den Hauptbeteiligten des Kartellverfahrens und dem beizuladenden Antragsteller verlangt. Vgl. auch die Regelung in § 25 Satz 1 GWB, wonach ebenfalls nicht nur „Unternehmen der gleichen Wirtschaftsstufe“, sondern auch den Interessenvertretern der „betroffenen Lieferanten und Abnehmer“ ein Stellungnahmerecht einzuräumen ist.

442 Vgl. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211, 3212 (in casu allerdings verneint). Grundsätzlich zustimmend *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 39; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 63. Vgl. auch schon *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81 („gleichgültig [...] welche Wettbewerbsstufe die Grundlage des Interesses abgibt“) und *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 456 (Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung auch von Abnehmern auf der nächsten Handelsstufe). Zurückhaltender *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 673, die eine erhebliche Interessenberührung bei bloß „mögliche[r] Beeinträchtigung auf einem Drittmarkt“ verneint. Wettbewerbsrelevante Sachverhalte mit Drittmarktbezug lagen auch den folgenden Verfahren zugrunde: *BGH*, 4.11.2003 (*Strom und Telefon I*), WuW/E DE-R 1206; *BGH*, 4.11.2003 (*Strom und Telefon II*), WuW/E DE-R 1210: grundsätzliche Zulässigkeit einer auf §§ 33 i. V. m. 19 Abs. 1 GWB gestützten Unterlassungsklage gerichtet gegen die Beeinträchtigung der Wettbewerbsmöglichkeiten von Unternehmen auf einem von marktbeherrschenden Unternehmen nicht beherrschten Drittmarkt; in casu allerdings verneint.

443 Instrukтив *EuG*, 30.9.2003 (*ARD/Kommission*), WuW/E EU-R 716, 720f. (= Rz. 78ff.).



Letzteres kann gerade in Fällen konglomerater Zusammenschlüsse eine Rolle spielen<sup>444</sup> sowie allgemein in Fällen eng benachbarter Märkte.<sup>445</sup>

Ausreichend ist auch das hinreichend wahrscheinliche Entstehen eines marktrelevanten Verhältnisses in der Zukunft (potentielles Marktverhältnis).<sup>446</sup> Es existiert keine allgemeine Formel, anhand derer sich die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Marktzutritts einigermaßen objektivierbar vorhersagen lässt.<sup>447</sup> Erforderlich ist eine Bestimmung der (objektiven) Marktzutrittsschranken<sup>448</sup> sowie der (subjektiven) Bereitschaft zum Markteintritt in jedem Einzelfall.<sup>449</sup> Die Praxis muss sich dabei mit einer typisierenden Betrachtung behelfen. Folgende Indikatoren mögen Anhaltspunkte geben: Ein Marktzutritt erscheint dann eher wahrscheinlich, wenn das betreffende Drittunternehmen bereits auf demselben Produktmarkt tätig ist, es aber noch nicht zu geographischen Überschneidungen kommt. Im Fall der Zugehörigkeit zum selben geographisch relevanten Markt spricht der Umstand, dass das Unternehmen auf einem verwandten Produktmarkt agiert, für die Annahme eines potentiellen Wettbewerbsverhältnisses. Verwandtschaft der sachlich relevanten Märkte lässt sich insbesondere in drei Fällen bejahen. Die Produkte dienen der Befriedigung miteinander zusammenhängender Bedürfnisse (Bsp.: Computerkauf und Kauf von Zubehör). Weiterhin können technische Gründe den Übergang zwischen zwei Produktmärkten erleichtern (Bsp.: Verleger wissenschaftlicher Bücher kann auch wissenschaftliche Zeitungen verlegen; Fernsehkabelnetz kann aufgrund zunehmender Konvergenz der Netze auch für Telefon- und Internetverbindungen genutzt werden). Schließlich gibt es Fälle, in denen die Marktentwicklung vermuten lässt, dass zwei Produkte aus Sicht der Nachfrager zukünftig austauschbar werden (Bsp.: Kabel- und Satellitenfernsehen).

## b) Marktrelevante Betroffenheit

Das bloße Vorliegen eines Marktverhältnisses im soeben erläuterten Sinne vermag den drittschützenden Bereich von § 36 Abs. 1 GWB noch nicht zu eröffnen. Die Tatsache, dass Beschwerdeführer und Zusammenschlussbeteiligte (potentielle) Wettbewerber sind bzw. im Verhältnis von Lieferant und Abnehmer bzw. umgekehrt zu-

444 Siehe oben *Kap. 2 B IV* das Verfahren *Tetra Laval/Sidel*.

445 Insbesondere bei substitutiven Gütern, die ähnlichen Verwendungen dienen.

446 Vgl. *KG*, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357 (Das die Beiladung beantragende Drittunternehmen machte seinen Zutritt zum Markt für Fernsehübertragungsrechte vom Ausgang des Untersagungsverfahrens abhängig).

447 Vgl. auch *Zimmer, D.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 1 Rz. 142.

448 Dazu ausführlich *Jickeli, J.*, *Marktzutrittsschranken*, 1990, passim, insbes. 108ff. (zur Fusionskontrolle).

449 Der *BGH*, 7.7.1992 (*Freistellungsende bei Wegenutzungsrecht*), WuW/E BGH 2777, 2779 weist zutreffend auch auf die Bedeutung einer etwa bestehenden Rechtspflicht zur Teilnahme an einem bestimmten Markt, etwa im Rahmen der Daseinsvorsorge, hin.

einander stehen, genügt nicht. Besteht lediglich ein mittelbares Marktverhältnis oder beruft sich der Beschwerdeführer gar auf einen Drittmarktbezug des Zusammenschlussvorhabens, sind umso strengere Maßstäbe anzulegen. Das entscheidende Kriterium bildet daher eine für das marktrelevante Verhältnis charakteristische, mit anderen Worten eine *marktrelevante Betroffenheit* des Drittunternehmens.<sup>450</sup> Handelt es sich beispielsweise um die Anfechtungsbeschwerde eines Konkurrenten, so muss dieser geltend machen, dass sich die Feigabe gerade auf seine Stellung als Wettbewerber der Zusammenschlussbeteiligten nachteilig auswirkt. Wendet sich ein Drittunternehmen der Marktgegenseite gegen ein Zusammenschlussvorhaben, so muss es darlegen, inwiefern es Nachteile in seiner Eigenschaft als Lieferant bzw. Abnehmer zu befürchten hat. Beides wird man als Normalfall bezeichnen können. So geht es dem Drittkläger, der gegen das Zusammenschlussvorhaben seiner Konkurrenten vorgeht, häufig darum, seiner eigenen Marginalisierung vorzubeugen, die angesichts der geballten Marktmacht der Fusionsparteien droht. Zu unterscheiden ist einerseits nach der Art des Zusammenschlusses (horizontal, vertikal, konglomerat),<sup>451</sup> andererseits nach dem Marktverhältnis, in dem der beschwerdeführende Dritte zu einem oder mehreren Zusammenschlussbeteiligten steht.

### (1) Horizontaler Zusammenschluss

Beispielhaft sei auf das bereits erwähnte Verfahren *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*<sup>452</sup> hingewiesen, in dem sich das klagende Unternehmen Phototron gegen die Fusion der beiden größten nationalen Fotoentwickler gewandt hatte. Sie kamen zusammen auf einen Marktanteil von 66 Prozent. Auch im Fall *HABET/Lekkerland* konnte die Beschwerdeführerin zur Überzeugung des Gerichts ihre Befürchtung darlegen, dass die aus ihrer Sicht schon vorhandene marktbeherrschende Stellung ihres Wettbewerbers Tobaccoland durch den Zusammenschluss noch verstärkt würde und sich negativ auf ihre eigene Wettbewerbsposition auswirken würde.<sup>453</sup> Ein Gegenbeispiel bildet das Verfahren *Tobaccoland III*.<sup>454</sup> Die Beschwerdeführerin war zwar als Betreiberin von Zigarettenautomaten im Gebiet Köln sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht auf demselben Markt tätig wie einer der Fu-

450 Vgl. dagegen *Zuleeg, M.*, DVBl. 1976, 509, 515f., der die Klagebefugnis gemäß § 42 Abs. 2 VwGO anhand des Kriteriums der konkreten Betroffenheit abgrenzen will und sich mit der Feststellung eines effektiven Wettbewerbsverhältnisses begnügen will.

451 In der Praxis weist ein Zusammenschluss häufig eine Kombination von horizontalen, vertikalen und konglomeraten Wirkungen auf (*Riesenkampff, A./Lehr, S.*, in: Loewenheim, U./Meesen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), EG-KartR, 2005, Art. 2 FKVO Rz. 110).

452 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95. Siehe oben Kap. 2 D II.

453 *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689.

454 *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, insoweit abgedruckt nur in AG 2001, 527.

sionskandidaten. Sie erfüllte damit das oben genannte Erfordernis eines marktrelevanten Verhältnisses zu den Fusionsparteien. Mangels fusionsbedingten Marktanteilszuwachses im Gebiet von Nordrhein-Westfalen – zu den bereits bestehenden Zigarettensautomaten der Tobaccoland kamen in diesem Gebiet von den übrigen Zusammenschlussbeteiligten keine weiteren Automaten hinzu – verneinte das KG zu Recht das Vorliegen negativer wettbewerblicher Auswirkungen der Fusion auf die Beschwerdeführerin.<sup>455</sup> Ebenso fehlt es an einer marktrelevanten Betroffenheit, wenn sich der dritte Beschwerdeführer gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens seines Konkurrenten ausschließlich mit dem Argument wendet, die Kartellbehörde habe sein kurze Zeit zuvor angemeldetes und als nicht genehmigungsfähig beurteiltes Zusammenschlussvorhaben, das denselben Übernahmekandidaten betraf, unterschiedlich beurteilt und damit das Neutralitätsgebot verletzt.<sup>456</sup>

Das ebenfalls bereits zitierte Verfahren *Konditionenanpassung*<sup>457</sup> illustriert eine der wettbewerblichen Gefahren, die für Dritte von einem horizontalen Zusammenschluss auf der Marktgegenseite ausgehen können. In Folge des fusionsbedingten Zuwachses an Marktmacht und Informationen gelang es der neu entstandenen Unternehmenseinheit, ihre Lieferanten zu veranlassen, sich mit einer rückwirkenden, für sie nachteiligen Revision der Vertragsbedingungen einverstanden zu erklären und entsprechende Ausgleichszahlungen zu leisten. Ungünstig für die wettbewerbliche Stellung eines Unternehmens der Marktgegenseite mag sich auch der fusionsbedingte Wegfall des einzigen potentiellen Wettbewerbers der Zusammenschlussbeteiligten auswirken.

## (2) Vertikaler Zusammenschluss

Für Unternehmen, die mit einer der Parteien eines vertikalen Zusammenschlusses in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, kann die erforderliche marktrelevante Betroffenheit in der Gefahr der Marktabschottung (market foreclosure) bestehen.<sup>458</sup> Die Absatz- oder Bezugsmöglichkeiten des fusionierenden Konkurrenten werden erweitert, die eigenen entsprechend reduziert.<sup>459</sup> Der typische (marktrelevante) Nachteil, der von einem vertikalen Zusammenschluss für die Abnehmerseite ausgehen kann,

455 Ebenda, 645f. Vgl. auch *KG*, 21.11.1983 (WZ-WAZ), WuW/E OLG 3211, 3212: „Beeinträchtigung der Antragsstellerin nicht auf den vom Zusammenschluss betroffenen Märkten, sondern auf einem Drittmarkt.“

456 Vgl. die Argumentation der Beschwerdeführerin im Verfahren *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159ff.

457 *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984. Oben *Kap. 2 B I*.

458 *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 725ff. Als Beispiel aus der US-amerikanischen Fusionskontrolle sei auf die in Rz. 726 erwähnte Entscheidung *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294 (1962) verwiesen.

459 *Monopolkommission*, aaO, Rz. 726. Außerdem kann es zu einer Erhöhung der Marktzutrittschranken kommen (ebenda, Rz. 727, vgl. auch Rz. 737ff.).

liegt in einer Verringerung der Auswahlmöglichkeiten.<sup>460</sup> Zu dieser Wirkung kommt es insbesondere dann, wenn eine große Zahl von Händlern seine Waren nur noch von einer kleinen Zahl von Lieferanten bezieht.

### (3) Konglomerater Zusammenschluss

Bei konglomeraten Zusammenschlüssen ist die Wahrscheinlichkeit einer Wettbewerbsbeschränkung vergleichsweise gering.<sup>461</sup> In einigen Fällen kommt es allerdings zur Verhinderung von potentiell Wettbewerben.<sup>462</sup> Eine marktrelevante Betroffenheit von Dritten ist nur selten zu bejahen.<sup>463</sup> Prominente Beispiele aus jüngerer Zeit sind die Verfahren *Springer/ProSiebenSat.1*<sup>464</sup> aus der deutschen und *Tetra Laval/Sidel*<sup>465</sup> aus der europäischen Fusionskontrollpraxis.

### c) Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen

Zu warnen ist vor einem naheliegenden Missverständnis. Man könnte geneigt sein, das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten bereits dann als erfüllt anzusehen, wenn die Freigabeentscheidung den dritten Beschwerdeführer lediglich in *privaten* subjektiven Rechten berührt.<sup>466</sup> Darin läge eine Überdehnung des Tatbestandsmerkmals „subjektive Rechtsverletzung“. Für das Kartellverwaltungsrecht

460 Vgl. *Wagner-von Papp, F.*, in: Langenbucher, K. (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 2005, 400, 431 (zu vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen).

461 Vgl. *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 733, 735ff; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (=Rz. 155). Ausführlich zu möglichen wettbewerbsschädlichen Wirkungen (mit zahlreichen Beispielen aus der US-amerikanischen Praxis) *Möschel, W.*, *RabelsZ* 1980, 203, 217ff.

462 Sog. potential-competition Doctrine (vgl. *Möschel, W.*, *RabelsZ* 1980, 203, 217ff.). Siehe auch *Emmerich, V.*, *Kartellrecht*, 2001, § 25 6 (= S. 295).

463 Wettbewerbliche Gefahren für Konkurrenten mögen manchmal von größeren finanziellen Ressourcen sowie der damit verbundenen Möglichkeit des Verlustausgleichs zwischen verschiedenen Märkten ausgehen. Sie können den Einsatz von Kampfpreisstrategien erleichtern. Dabei handelt es sich aber weniger um ein speziell fusionskontrollrechtliches, als vielmehr um ein Problem, das allgemein von Großunternehmen ausgeht. Dazu *Emmerich, V.*, *Kartellrecht*, 2001, § 22 4 (= S. 253).

464 Bundeskartellamt, 19.1.2006 (*Springer/ProSiebenSat.1*), WuW/E DE-V 1163.

465 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), *Abl.EU* Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), *WuW/E EU-R* 875. Siehe schon oben *Kap. 2 B IV*.

466 In diese Richtung möglicherweise *Mees, H. K.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 65 Rz. 8: „Vorstellbar wäre, dass Inhaber von Marken oder geschäftlichen Bezeichnungen in ihren Rechten betroffen werden.“ In der Literatur zur alten Rechtslage spielt die Frage der Betroffenheit in privaten Rechten insbesondere im Zusammenhang mit dem Institut der notwendigen Beiladung eine Rolle (dazu sogleich).

gelten hier dieselben Grundsätze wie bei der Anwendung von § 42 Abs. 2 VwGO. Die Beeinträchtigung bloß privatrechtlicher Positionen kann einen Verwaltungsakt bzw. sein Ausbleiben noch nicht rechtswidrig machen.<sup>467</sup> Entsprechend scheidet im Bereich des Kartellverwaltungsrechts die Berücksichtigung bloß individueller vertraglicher Einzelinteressen auch dann aus, wenn sie durch das mögliche Verfahrensergebnis betroffen werden können.<sup>468</sup>

### (1) Beispiele

Hat beispielsweise einer der Zusammenschlussbeteiligten mit seinem Lieferanten einen Großauftrag unter der aufschiebenden Bedingung vereinbart, dass das Zusammenschlussvorhaben ohne Auflagen freigegeben wird und tritt diese Bedingung nicht ein, da das Bundeskartellamt eine Freigabeverfügung gemäß § 40 Abs. 3 GWB erlässt, so wird der privatrechtliche Vertrag nicht wirksam (§ 158 Abs. 1 BGB).<sup>469</sup> Zwar steht der Lieferant als Unternehmen der Marktgegenseite in dem erforderlichen marktrelevanten Verhältnis zu mindestens einem der Zusammenschlussbeteiligten. Möglicherweise mag man sogar eine marktrelevante Betroffenheit des Lieferanten bejahen. Immerhin hängt von der Entscheidung des Bundeskartellamtes mittelbar die Wirksamkeit eines für das gegebene Vertikalverhältnis typischen Vertrages ab. Die Anfechtungsbefugnis ist dem enttäuschten Lieferanten jedoch mangels Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen zu versagen. Sein Interesse an der kartellbehördlichen Verfügung bezieht sich alleine auf die zivilrechtliche Wirksamkeit des Vertrages. Der Umstand, dass die Parteien die Nichtigkeitsfolge vertraglich mit einem bestimmten Ausgang des Fusionskontrollverfahrens verknüpft haben, kann keine über das Privatrecht hinausgehenden Rechtswirkungen haben. Die Entscheidung darüber, welche Dritten in den Genuss der Anfechtungsbefugnis in Kartellverwaltungssachen kommen, steht nicht zur Disposition privater Unternehmen, sondern bestimmt sich alleine nach den Vorschriften des öffentlichen Kartellrechts.

Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die Entscheidung *Fernsehübertragungsrechte* des KG<sup>470</sup> abzulehnen. Das KG bejahte die Beschwerdebefugnis des Drittklägers mit dem Argument, ihm drohten im Fall einer kartellrechtlichen Unter sagungsverfügung zivilrechtliche Schadensersatzansprüche. Das kartellbehördliche

467 Für das allgemeine Verwaltungsrecht *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 81; *Jarass, H. D.*, NJW 1983, 2844, 2845. Dagegen lässt das KG, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340 die Berührung in privatrechtlichen Interessen ausreichen.

468 Vgl. KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5952; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523, 525. In beiden Fällen verneinten die Gerichte eine erhebliche Interessenberührung i. S. d. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1990 bzw. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 1999).

469 Vgl. auch die beiden Beispiele bei *Schöne, O.*, WRP 1960, 261, 263 (keine Berührung von Interessen i. S. d. Beiladungsrechts).

470 KG, 8.11.1995 (*Fernsehübertragungsrechte*), WuW/E OLG 5565.

Verfahren richtete sich gegen die zentrale Vermarktung von Fernsehübertragungsrechten an UEFA-Pokal-Spielen durch den DFB. Die beigeladenen Sportrechteagenturen befürchteten, der DFB werde in Folge einer etwaigen Verbotsverfügung die eingegangenen Verpflichtungen nicht erfüllen. Es drohten daher Ersatzansprüche seitens der Fernsehanstalten, an die die Übertragungsrechte weiterveräußert worden waren. Bei den geltend gemachten Interessen handelte es sich nicht um solche, die vom Bundeskartellamt in einer ausschließlich wettbewerbsrechtlich orientierten Betrachtung berücksichtigt werden dürfen.<sup>471</sup>

## (2) Betroffenheit in rechtlichen Interessen versus Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Rechten

Die Frage des Verhältnisses von subjektiven Rechtspositionen des privaten und des öffentlichen Rechts hat sich auch schon vor Verabschiedung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 gestellt.<sup>472</sup> Erinnerung sei nur an das Institut der notwendigen Beiladung sowie an die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungsbeschwerde.<sup>473</sup> Glaubt man den Beteuerungen der herrschenden Meinung, so sollen im Kartellverwaltungsrecht dieselben Maßstäbe gelten wie im allgemeinen Verwaltungsrecht.<sup>474</sup> Tatsächlich bedient sich die kartellverwaltungsrechtliche Lehre jedoch eines verkürzten Verständnisses der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts. Sie bezeichnet die Beiladung schon in all den Fällen als notwendig, in denen „der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in seinen Rechten verletzen kann“.<sup>475</sup> Eine weitergehende Differenzierung nach der Zugehörigkeit der in Frage stehenden subjektiven Rechtsposition zum Privat- oder öffentlichen Recht findet nicht statt. In der praktischen Anwendung bedeutet das, dass lediglich nach der Existenz irgendeines subjektiven Rechts des Dritten gefragt wird. Als aufschlussreich erweist sich ein Blick in die Literatur zu § 54 GWB. Es ist bemerkenswert, in welchen Sachverhaltsgestaltungen dort die Beiladung wegen möglicher Rechtsverletzung eines Dritten als notwendig bezeichnet wird. Es handelt sich ausschließlich um solche Fälle, in denen die Verfügung entweder Auswirkungen auf bestehende (privatrechtliche) Vertragsverhältnisse hat oder sonstige privatrechtliche Ansprüche von der Verfügung abhängen. Genannt werden die nach §§ 16, 17 GWB 1999 Gebundenen sowie die von einer Behinderung betroffenen Unternehmen, auf deren Vertragsbeziehungen sich eine Untersagung nach § 20 Abs. 1 GWB auswirkt. Schließlich nennen viele Autoren solche Dritten, denen aufgrund der kartellverwaltungsrechtlichen Verfü-

471 So zutreffend schon *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 676f.

472 Siehe schon oben *Kap. 2 C II* zur Frage, ob die Verfügung von Auflagen zu einer Verletzung von subjektiv-öffentlichen Drittrechten führen kann.

473 *Kap. 1 B I 4*.

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

475 Ebenda.

gung ein Anspruch aus § 33 GWB erwachsen würde.<sup>476</sup> Tatsächlich können die betroffenen Dritten sich in diesen Fällen lediglich auf eine (mittelbare) Betroffenheit in privatrechtlichen Interessen berufen. Eine unmittelbare Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten liegt dagegen nicht vor.

Damit bleibt eine wichtige Differenzierung unbeachtet. Das parallele Institut der Beiladung zum verwaltungsgerichtlichen Verfahren bzw. die Hinzuziehung zum allgemeinen Verwaltungsverfahren sind in den §§ 65 VwGO und 13 VwVfG geregelt. Dort wird als Voraussetzung für die einfache Beiladung bzw. Hinzuziehung – anders als in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB – die Berührung in „rechtlichen“ Interessen verlangt. Daraus folgert man, dass nicht jedes lediglich faktische Interesse am Verfahrensausgang den Tatbestand der §§ 65 Abs. 1 VwGO und 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG erfüllt.<sup>477</sup> Vielmehr wird die Existenz eines subjektiven Rechts vorausgesetzt.<sup>478</sup> Allerdings besteht insoweit ein in der kartellverwaltungsrechtlichen Literatur häufig übersehener Unterschied zum Tatbestand der notwendigen Beiladung (Hinzuziehung). Sie ist in den §§ 65 Abs. 2 VwGO und 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG geregelt. Für die einfache Beiladung genügt als subjektives Recht eines, das im anstehenden Prozess bzw. Verfahren nicht selbst Verfahrens- und Entscheidungsgegenstand ist. Ausreichend ist es, dass der Dritte in einer mittelbaren Beziehung zum Rechtsverhältnis zwischen Kläger und Beklagten bzw. Hauptbeteiligtem und Behörde steht.<sup>479</sup> Dagegen ist in dem in den §§ 65 Abs. 2 VwGO und 13 Abs. 2 VwVfG geregelten Fall der notwendigen Beiladung bzw. Hinzuziehung eine einheitliche Entscheidung auch gegenüber dem am streitigen Rechtsverhältnis zu beteiligenden Dritten erforderlich.<sup>480</sup> Dieser Unterschied hat folgende Konsequenz: Da das Verhältnis des einfach beizuladenden Dritten zum Hauptrechtsverhältnis lediglich ein mittelbares ist, können neben öffentlich-rechtlichen auch lediglich privatrechtlich begründete subjektive Rechte Anlass für eine einfache Beiladung geben. Entsprechend werden „rechtliche Interessen“ als „materielle nach öffentlichem oder privatem Recht ge-

476 Die zitierten Beispiele finden sich z. B. bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46; *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 62 *GWB* 1981, Rz. 29; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 *GWB* 2005, Rz. 68 (vgl. auch noch *ders.*, aaO, § 54 *GWB* 1999, Stand d. Bearb. März 2001, Rz. 67); *Junge, W.*, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1973, § 75 *GWB* 1966, Rz. 3; *Schmidt, K.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 508f.; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, *ZNER* 2003, 76, 84f. Ein Beispiel aus der Rechtsprechung liefert der Fall des *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), *WuW/E OLG* 5849, 5851 (Eingriff in vertragliche Strombezugsrechte).

477 *Nottbusch, C.*, *Beiladung*, 1995, 65 m. w. N.

478 *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 35.

479 *Nottbusch, C.*, *Beiladung*, 1995, 65ff.

480 Ausführlich *Bier, W.*, in: Schoch, F./Schmidt-Abmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: April 2006, § 65, Rz. 11ff. und 14ff. Zum Unterschied zwischen einfacher und notwendiger Hinzuziehung auch *Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 512f.

geschützte Positionen“ definiert.<sup>481</sup> Das eine notwendige Beiladung begründende subjektive Recht beschränkt sich dagegen auf solche Individualinteressen, die von Normen des öffentlichen Rechts geschützt werden.<sup>482</sup> Danach ist festzuhalten, dass der Begriff des rechtlichen Interesses über den des subjektiven öffentlichen Rechts hinausgeht. Er umfasst zusätzlich auch diejenigen Rechtspositionen, die in der Privatrechtsordnung fußen. Vor dem Hintergrund dieses Unterschieds zwischen den Begriffen rechtliches Interesse und subjektives öffentliches Recht wird das Missverständnis der herrschenden kartellverwaltungsrechtlichen Meinung verständlich.

### (3) Zusammenfassung

Um den Kreis der notwendig zum Kartellverwaltungsverfahren beizuladenden Dritten und damit auch der gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 antragsbefugten Dritten zu bestimmen, bedient sich die herrschende Meinung der Kriterien, die im allgemeinen Verwaltungsrecht Voraussetzung für den Status eines einfachen Beiladungskandidaten sind. Es handelt sich um das Tatbestandsmerkmal der Betroffenheit in rechtlichen Interessen. Nach richtiger Auffassung begründet die Betroffenheit in privaten subjektiven Rechten aber keinen Anspruch auf Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde. Nur wenn sich die Entscheidung über den Streitgegenstand auch ihm gegenüber unmittelbar rechtlich auswirkt, ist Rechtsfolge die obligatorische Beiladung (vgl. auch den Wortlaut von § 71 Abs. 1 Satz 4 GWB). Hierfür kommen ausschließlich solche subjektiven Rechte in Betracht, die im öffentlichen, nicht aber im privaten Recht gründen.<sup>483</sup>

481 Z. B. *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2003, § 13, Rz. 35. Ähnlich *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2003, § 65, Rz. 9: „von der Rechtsordnung anerkannte und geschützte Rechts- und Interessensphäre.“ Sie halten es allerdings für nicht erforderlich, dass der Beizuladende tatsächlich oder möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist.

482 Ausdrücklich gegen die Erstreckung des Begriffs der Verletzung in einem subjektiv-öffentlichen Recht auf die Beeinträchtigung lediglich privater Rechte und Rechtsstellungen *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, Rz. 77; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 81. Anders offenbar *Nottbusch, C.*, Beiladung, 1995, 70 ff., die ihre Ausführungen zu den privatrechtlichen Interessen als rechtliche Interessen i. S. von § 65 Abs. 1 VwGO ausdrücklich auch auf die notwendige Beiladung bezogen wissen möchte.

483 Praktisch hat diese Erweiterung des Kreises der in der Fusionskontrolle mit einer besonderen Rechtsstellung versehenen Dritten bislang keine Rolle gespielt. Eine notwendige Beiladung zu einem Fusionskontrollverfahren wurde noch nie angenommen. Die wenigen von der Literatur genannten Beispiele einer Betroffenheit in privatrechtlichen Rechtsverhältnissen, die Auslöser für eine notwendige Beiladung seien, beziehen sich sämtlich auf das allgemeine Kartellrecht.



#### d) Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung bei Anwendung der Abwägungsklausel

Als problematisch erweist sich die Frage, ob der Schutzbereich des § 36 Abs. 1 GWB auch in den Fällen eröffnet ist, in denen der Dritte die fehlerhafte Anwendung der im 2. Halbsatz der Vorschrift normierten Abwägungsklausel geltend macht. Hier ist zu differenzieren:

Zunächst ist von folgendem Grundfall auszugehen: Das Zusammenschlussvorhaben führt zwar zur Begründung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung auf dem Markt X. Gleichzeitig stellt das Bundeskartellamt aber überwiegende Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen auf dem Markt Y fest.

(1) Ist ein Drittunternehmen sowohl auf dem einen als auch auf dem anderen Markt unternehmerisch tätig, so erscheint es wenig problematisch, ihm subjektiv-öffentliche Rechte zuzuerkennen. In diesem Fall lassen sich an der Wettbewerbssituation des in doppelter Hinsicht betroffenen Drittunternehmens exemplarisch die Vor- und Nachteile des Zusammenschlussvorhabens sowie ihre Gewichtung studieren.<sup>484</sup> Es erscheint daher angemessen, dem Drittunternehmen einen subjektiven Anspruch auf die Einhaltung der Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB zuzugestehen.<sup>485</sup> Dieser Anspruch kann notfalls auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durchgesetzt werden. Die Tatsache, dass sich das – im Hinblick auf den Markt Y begünstigte – Drittunternehmen gegen den Zusammenschluss wendet, mag man unter Umständen sogar als Indiz gegen die Annahme überwiegender Verbesserungen der Wettbewerbssituation deuten.<sup>486</sup> Mit anderen Worten: Ergibt eine gerichtliche Überprüfung, dass die vom Bundeskartellamt angenommenen Verbesserungen der Marktverhältnisse auf dem Markt Y die Verschlechterungen hinsichtlich der Wettbewerbssituation auf dem Markt X nicht aufwiegen, liegt darin nicht nur ein Verstoß gegen objektives Recht, sondern außerdem eine Verletzung in subjektiven Rechten des betroffenen Drittunternehmens.

(2) Ist das beschwerdeführende Unternehmen lediglich auf dem Markt tätig, auf dem es nach Ansicht des Bundeskartellamts zu einer Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen kommt (Markt Y), so besteht kein subjektiv-öffentliches Recht darauf, dass die Voraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB eingehalten werden. Es fehlt schon am Vorliegen einer „Beschwer“ i. S. einer nachteiligen Betroffenheit. Insbesondere hat das Drittunternehmen keinen Anspruch darauf, dass das Amt zusätzliche Auflagen zur weiteren Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen verfügt.

484 Vgl. R. Scholz' Theorie von der „repräsentativen Begünstigung“ (siehe oben Kap. 4 C III).

485 Er schließt selbstverständlich den Anspruch auf Beiladung mit ein.

486 Man wird sich hier vor Verallgemeinerungen hüten müssen. Die vom Bundeskartellamt gemäß § 36 Abs. 1 2. HS GWB berücksichtigten Verbesserungen können in gesamtwirtschaftlicher Hinsicht zwar beträchtlich sein. Dennoch mögen sie für bestimmte Drittunternehmen im Verhältnis zu den eintretenden Verschlechterungen auf dem anderen Markt nur geringfügig ins Gewicht fallen, da sie bei ihm nur einen unbedeutenden Geschäftsbereich betreffen.

(3) Größere Schwierigkeiten bereitet die Beurteilung der praktisch wohl bedeutungsvollsten Fallgruppe: Das Drittunternehmen ist ausschließlich von den negativen Auswirkungen des Zusammenschlusses auf dem Markt X betroffenen. Es profitiert nicht von den Verbesserungen der Wettbewerbssituation auf dem Markt Y. Hier stellt sich die Frage, ob das betroffene Drittunternehmen die Möglichkeit haben soll, notfalls im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes geltend zu machen, die vom Bundeskartellamt festgestellten positiven Effekte seien nicht geeignet, die nachteiligen Wirkungen auf dem ihn betreffenden Markt zu kompensieren. Gegen eine dritt-schützende Wirkung könnte man einwenden, dass das Gesetz etwaige Drittbelange im Fall des § 36 Abs. 1 2. HS GWB grundsätzlich hintan stellt.<sup>487</sup> Im Ergebnis wird man einen subjektiv-rechtlichen Genehmigungsabwehranspruch des erheblich in seinen Interessen berührten Dritten dennoch bejahen können. Ausschlaggebend ist folgende rechtspolitische Erwägung: Grundsätzlich möchte das Gesetz – auch im Interesse dritter Marktbeteiligter – die Entstehung oder Verstärkung einer marktbeherrschenden Stellung verhindern. Soweit von diesem Grundsatz im Einzelfall Ausnahmen möglich sind, besteht ein besonders großes Bedürfnis nach Transparenz und wirksamer (gerichtlicher) Kontrolle. Sieht man einmal von der seltenen Situation ab, dass dasselbe Drittunternehmen von den Zusammenschlusswirkungen sowohl negativ als auch positiv betroffen ist (erster Fall), kommen praktisch nur Unternehmen der dritten Kategorie als potentielle Beschwerdeführer in Betracht. Verwehrt man ihnen das Beschwerderecht, schließt man damit eine gerichtliche Überprüfung gerade der problematischen Freigabeentscheidungen aus.

Nur in ganz seltenen Fällen kommt es durch einen Zusammenschluss auf demjenigen Markt zu einer Verbesserung von Wettbewerbsbedingungen, auf dem auch die beherrschende Stellung entsteht oder verstärkt wird.<sup>488</sup> Beispiele finden sich am Ehesten im Zusammenhang mit Sanierungsfusionen.<sup>489</sup> Ergibt hier eine gerichtliche Überprüfung, dass die zu erwartenden Verbesserungen die gleichzeitig eintretenden wettbewerblichen Nachteile nicht kompensieren können, ist die Genehmigung des Vorhabens nicht nur objektiv rechtswidrig. Sie verletzt außerdem subjektive Rechte des in marktrelevanter Weise erheblich und nachteilig betroffenen Dritten.<sup>490</sup>

487 Siehe schon oben *Kap. 4 C IV 5*.

488 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 296.

489 Z. B. *Bundeskartellamt, Tätigkeitsbericht 1976*, BT-Drucks. 8/704, 44: Nichtuntersagung des Erwerbs der vom Konkurs bedrohten NRS-Niederrheinstahl GmbH durch die Bentler-Gruppe (zusammen zweithöchster Marktanteil), um eine weitere Verstärkung des Marktführers Mannesmann zu verhindern. Das überwiegt den Nachteil der Verengung des bestehenden Oligopols. Siehe auch *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 36, Rz. 296ff.

490 Die Konstellation entspricht insofern der zuerst behandelten Fallgruppe der doppelten Betroffenheit.

## 2. Quantitative Kriterien

Größere Schwierigkeiten bereitet eine darüber hinausgehende Eingrenzung der subjektiv-rechtlich zu schützenden Dritten anhand quantitativer Kriterien.<sup>491</sup> Zu Recht haben Rechtsprechung und Literatur die früher vom Bundeskartellamt praktizierte sog. relative Betrachtungsweise kritisiert, da sie zu einer nur schwer zu rechtfertigenden Schlechterstellung von Großunternehmen führt.<sup>492</sup> Als Mindestvoraussetzung ist der substantiierte Vortrag drohender Verschlechterungen der Wettbewerbsposition zu verlangen.<sup>493</sup> Auch mag es möglich sein, bestimmte minimale Beeinträchtigungen mittels einer absoluten Untergrenze auszuschließen (sog. Spürbarkeitserfordernis). Bislang hat sich die Praxis hier aber noch nicht festgelegt.<sup>494</sup> Sie beschränkt sich auf die Aussage, das Spürbarkeitserfordernis solle „nur entfernt und absolut geringfügig Betroffene“ von einer Verfahrenseteiligung fernhalten. Auch der Literatur ist es bislang nicht gelungen, überzeugende Abgrenzungskriterien zu entwickeln. Sie begnügt sich entweder damit, das Spürbarkeitserfordernis der Rechtsprechung zu referieren<sup>495</sup> oder es zu kritisieren.<sup>496</sup> Soweit sie sich darum bemüht, „genaue Abgrenzungskriterien auf der Grundlage einer «wertenden Betrachtung»“ zu erarbeiten, beschränkt sie sich auf die Aufzählung von Konstellationen, in denen diese Voraussetzung nicht gegeben ist.<sup>497</sup> Ebenso wenig weiterführend erscheint der Vorschlag, den Kreis der erheblich in ihren Interessen Berührten in quantitativer Hinsicht danach abzugrenzen, ob „die Marktchancen negativ von den früheren Möglichkeiten auf dem relevanten Markt [abweichen].“<sup>498</sup> Es handelt sich um eine Wiederholung der beiden von der herrschenden Meinung seit langem und zu Recht geprüften (qualitativen) Kriterien der nachteilhaften und marktrelevanten Betroffenheit.

491 Ausführlich dazu *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82ff.

492 Oben II.

493 Vgl. *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82: „Schlüssigkeitsprüfung“ sowie „konkreter Sachvortrag“ (ebenda, 83). Daran fehlte es in dem zitierten Fall *Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92.

494 Das Bundeskartellamt bezeichnete im Jahr 1960 Fördermittel in Höhe von 12.000 DM als „absolut gemessen, nicht als geringfügig“ (*Bundeskartellamt*, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92, 93). Das *OLG Düsseldorf*, 2.10.2002 (*E.ON/Ruhrgas: Greenpeace*), WuW/E DE-V 1029, 1030 wollte einen prognostizierten Anstieg der Heizkostenpreise in Höhe von monatlich max. 5 EUR je Verbraucher nicht als erheblich bezeichnen. Siehe schon oben *C V 4* und *8 d* zum erweiterten § 54 Abs.2 Nr. 3 GWB 2005.

495 Z. B. *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 62; *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A.* (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 54, Rz. 18.

496 Z. B. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 40, der quantitative Kriterien nur auf Rechtsfolgenrechte berücksichtigen möchte, diese aber ebenfalls nicht näher präzisiert.

497 *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 82ff.

498 Ebenda, 82.

Gangbar erscheint allenfalls der Weg, gewisse Einschränkungen aus einem konkreten Vergleich der Marktposition des Drittbetroffenen mit denjenigen der Fusionsparteien abzuleiten. Die Erheblichkeit der Interessenberührung ist um so eher zu bejahen, je schwächer die Marktstellung des Dritten im Vergleich mit dem wettbewerblichen Verhaltensspielraum der fusionierten Einheit ist. Wiederum ist sowohl nach der Art des Zusammenschlussvorhabens als auch nach der Marktbeziehung des Dritten zu den Fusionsparteien zu differenzieren.<sup>499</sup> Am Ehesten dürften sich verallgemeinerungsfähige Kriterien im Fall von horizontalen Zusammenschlüssen formulieren lassen. Danach sind in erster Linie die jeweiligen Marktanteile<sup>500</sup>, außerdem die Finanzkraft<sup>501</sup>, technologische Unterschiede und die Größe der Produktionsanlagen<sup>502</sup> sowie weitere Parameter wie etwa ein vorhandenes Vertriebsnetz in die Betrachtung einzustellen. Hinsichtlich der Finanzkraft mag sich noch eine Unterscheidung zwischen Umsatz und Gewinn anbieten.<sup>503</sup> Letzterer ist für die Bestimmung von Verhaltensspielräumen noch bedeutender.<sup>504</sup> An einer erheblichen Interessenberührung fehlt es beispielsweise, wenn sich das marktstärkste Unternehmen gegen den Zusammenschluss zweier kleinerer Konkurrenten wendet, die auch zusammen nicht an die Marktposition des Marktführers herankommen. Beispielhaft genannt sei zunächst das Zusammenschlussverfahren *Linde-Agefko II*.<sup>505</sup> Zutreffend verneinte das Bundeskartellamt die Erheblichkeit der Interessenberührung i. S. v. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB – wenn auch lediglich hilfsweise. Bei der Beiladung beherrschenden Antragsstellerin handelte es sich um das marktstärkste Unternehmen der Branche mit den höchsten finanziellen Ressourcen.<sup>506</sup> Zu nennen ist weiterhin das Verfahren über die kartellrechtliche Beurteilung der *Anzeigenkooperation SZ/FR/Die Welt*.<sup>507</sup> Sie kam zusammen auf lediglich 18 Prozent gegenüber 34

499 Siehe zu den unterschiedlichen Wirkungen *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 852ff. sowie schon oben *I b*.

500 So *Bundeskartellamt*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222. Kritisch dazu *Kevekordes, J.*, WuW 1987, 365, 367: „Auch der jeweilige Marktführer kann durch eine Aufholfusion in seiner Marktposition nachteilig betroffen sein.“ Vgl. auch *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 22 zur begrenzten Aussagekraft eines alleinigen Vergleichs der Marktanteile. Bei vertikalen und konglomeraten Zusammenschlüssen scheidet die Addition von Marktanteilen definitionsgemäß aus (*Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 779).

501 So das *Bundeskartellamt*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222. Ausführlich zur Bedeutung der Finanzkraft im Hinblick auf die Wirkungen von Zusammenschlüssen *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 786ff.; *Mestmäcker, E.-J./Neelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36 Rz. 247ff.

502 Zu den zuletzt genannten Elementen *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159, 1162.

503 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 30.7.2003 (*BASF/NEPG*), WuW/E DE-R 1159, 1162.

504 Vgl. ebenda.

505 *BKartA*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222.

506 Das *Bundeskartellamt* (aaO) argumentierte, die Geschäftstätigkeit der Antragstellerin werde durch die in Frage stehende Untersagungsverfügung nicht in erheblichem Umfang beeinflusst.

507 *Bundeskartellamt*, 26.1.1999 (*Stellenmarkt für Deutschland GmbH*), WuW/E DE-V 100.

Prozent der (beigeladenen!) FAZ, die zudem seit Jahren über einen stabilen Marktanteil verfügt.<sup>508</sup> Schließlich sei die Beschwerde der Bauer-Verlagsgruppe gegen die Ablehnung eines Beiladungsantrags zu dem Fusionskontrollverfahren erwähnt, das die Übernahme des Abonnentenstammes der Premiere-Programmzeitung „tv kofler“ durch den Axel-Springer-Verlag betraf.<sup>509</sup> Die Ablehnung des Beiladungsantrags durch das Bundeskartellamt überzeugt zwar im Ergebnis. Nach der hier vertretenen Auffassung hätte das Amt aber schon die (tatbestandliche) Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung verneinen müssen, anstelle sich auf das ihr eingeräumte Ermessen zu berufen.<sup>510</sup> Die Bauer-Verlagsgruppe besetzt mit einem Marktanteil von 50 Prozent die Position des Marktführers im Segment der Programmzeitschriften.<sup>511</sup>

Steht der Dritte im Verhältnis zu den Parteien eines horizontalen Zusammenschlusses auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe, so scheidet eine erhebliche Interessenberührung jedenfalls dann aus, wenn letztere zu ihm in einem Abhängigkeitsverhältnis i. S. d. § 20 Abs. 2 GWB stehen.<sup>512</sup> Umgekehrt ist ein Abhängigkeitsverhältnis des Drittbetroffenen ein klares Indiz für das Vorliegen einer erheblichen Interessenberührung.<sup>513</sup>

#### IV. Anwendung der Kriterien auf die Fälle *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas*

Die praktische Bedeutung insbesondere der qualitativen Kriterien soll an den drei Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* erprobt werden. Sie waren Anlass für die Verschärfung der Voraussetzungen des einstweiligen Drittschutzes. Kommt man hier zu dem Ergebnis, dass es mangels erheblicher Interessenberührung durch eine in Betracht kommende Fusionsfreigabe schon an den materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Drittbeschwerden fehlt, so stellt sich die Frage der Anordnung einer aufschiebenden Wirkung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes auch unabhängig von den veränderten Antragsvoraussetzungen gar nicht mehr. Zwar ließ das OLG Düsseldorf die Frage, ob es über das formelle Erfordernis der Beiladung hinaus noch einer materiellen Beschwer bedarf, in den beiden ersten

508 Siehe vorige FN sowie die Sachverhaltsangabe bei *Traugott, R.*, WRP 1999, 621 627f.

509 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293ff.

510 Vgl. die Wiedergabe des Bundeskartellamtsbeschlusses vom 26.3.2004 ebenda, 1294. Danach hatte das Bundeskartellamt bereits einen Tag zuvor mit der TV Spielfilm GmbH einen anderen Wettbewerber beigeladen.

511 So die Angaben unter [http://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich\\_Bauer\\_Verlag](http://de.wikipedia.org/wiki/Heinrich_Bauer_Verlag).

512 Ausführlich zur Auslegung *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 20, Rz. 49ff.

513 Vgl. in diesem Sinne den Beschluss des BGH, 24.9.2002 (*Konditionen Anpassung*), WuW/E DE-R 984, 987.

Verfahren noch offen.<sup>514</sup> Dennoch sicherte es seine Entscheidungen dadurch ab, dass es das Vorliegen dieser Voraussetzung in beiden Fällen bejahte.<sup>515</sup> In dem im darauffolgenden Jahr entschiedenen Fall *E.ON/Ruhrigas* schloss es sich der Rechtsprechung des BGH und des KG ausdrücklich an.<sup>516</sup> Die beiden Gerichte hatten u. a. schon in den Fällen *Coop-Supermagazin*<sup>517</sup> und *HABET/Lekkerland*<sup>518</sup> eine materielle Beschwer zur Zulässigkeitsvoraussetzung erklärt.

### 1. *NetCologne*

Im Verfahren *NetCologne*<sup>519</sup> hatte sich die Beigeladene PrimaCom, eine Kabelnetzbetreiberin der so genannten Netzebene 4, gegen die Freigabe<sup>520</sup> des Zusammenschlussvorhabens zwischen den Kabelnetzbetreibern Callahan Nordhein-Westfalen GmbH (CNRW) und NetCologne gewandt. Wie schon erwähnt widmete sich das OLG der Frage einer Interessenberührung von PrimaCom nur am Rande. Nach Ansicht des Gerichts müssten für die Voraussetzung der materiellen Beschwer jedenfalls ein unmittelbares oder mittelbares Wettbewerbsverhältnis zu einem der Fusionspartner und die Tatsache, dass dieses Wettbewerbsverhältnis durch den Zusammenschluss (mit-)betroffen wird, ausreichen.<sup>521</sup> Die beiden genannten Kriterien (Wettbewerbsverhältnis und Betroffenheit dieses Wettbewerbsverhältnisses durch den Zusammenschluss) entsprechen den oben herausgestellten Erfordernissen eines marktrelevanten Verhältnisses sowie einer marktrelevanten Betroffenheit des beschwerdeführenden Drittunternehmens weitgehend. Zu engherzig erscheint allein die Beschränkung auf solche Dritte, die in einem „Wettbewerbsverhältnis“ zu einem der Fusionsbeteiligten stehen.<sup>522</sup> Gerade das Verfahren *NetCologne* zeigt, dass auch Unternehmen der Marktgegenseite Interesse an einer Drittbeschwerde haben können. Ohne sich um eine Subsumtion unter die genannten Kriterien zu bemühen, bejahte das Gericht das Vorliegen dieser Voraussetzungen jedenfalls im Hinblick auf die Tochtergesellschaft von PrimaCom, die Kabelcom Aachen.<sup>523</sup>

514 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683.

515 Ebenda.

516 *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 763; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885, 886.

517 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078f. Vgl. davor schon *BGH*, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561.

518 *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689. In der Folge bestätigt durch *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165.

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

520 *Bundeskartellamt*, 4.4.2001 (*NetCologne*), WuW/E DE-V 413.

521 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666.

522 Siehe schon oben III 1 a.

523 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665, 666.

Zunächst gilt es, das Vorliegen eines marktrelevanten Verhältnisses der KabelCom Aachen zu einem der Fusionsbeteiligten zu prüfen. Das vom OLG Düsseldorf unterstellte Vorliegen eines „Wettbewerbsverhältnisses“ erscheint zumindest zweifelhaft. Während die KabelCom Aachen als Netzbetreiberin lediglich auf der Ebene 4 auftritt, ist CNRW auf der vorgelagerten Netzebene 3 tätig. NetCologne bedient zwar wie die KabelCom auch die Netzebene 4, beschränkt sich dabei aber auf den Raum Köln. Ein Konkurrenzverhältnis scheidet damit an der fehlenden geographischen Überschneidung. Naheliegender ist es, die KabelCom Aachen in einem marktrelevanten Vertikalverhältnis zu CNRW zu sehen. CNRW versorgt die KabelCom Aachen nämlich mit Programmsignalen zur Weiterleitung an die Endkunden. Weiterhin bedarf es einer marktrelevanten Betroffenheit der PrimaCom bzw. ihrer Tochtergesellschaft KabelCom Aachen. Legt man die Verfügung des Bundeskartellamts zugrunde, so beschränkte sich das Interesse der Beigeladenen PrimaCom am Ausgang des Fusionskontrollverfahrens auf folgenden Umstand: Zum Zeitpunkt der kartellbehördlichen Entscheidung bezog die Tochtergesellschaft der Beigeladenen, die Kabelcom Aachen, Programmsignale zur Weiterleitung an die Endkunden von CNRW als der damals einzigen Kabelnetzbetreiberin auf der Netzebene 3 im räumlich relevanten Markt Aachen. PrimaCom machte geltend, der Fusionspartner von CNRW, NetCologne, habe den Ausbau seines Ebene 3-Kabelnetzes auch im Raum Aachen geplant. Das hätte für ihre Tochtergesellschaft den Vorteil einer Alternative zum Monopolisten CNRW bedeutet. Mit Erwerb ihres potentiellen Wettbewerbers NetCologne durch CNRW würden diese Ausbaupläne hinfällig. Würde man diesen Sachverhalt zugrundelegen, müsste man eine marktrelevante Betroffenheit der KabelCom Aachen im Vertikalverhältnis bejahen. Die – im Gerichtsbeschluss unwidersprochen gebliebenen – Ermittlungen des Bundeskartellamts ergaben jedoch, dass NetCologne tatsächlich nicht die Absicht einer Kabelnetzerweiterung in Richtung Aachen hegte. Da die Hoffnung auf Wettbewerb durch NetCologne als konkurrierenden NE 3-Betreiber im Raum Aachen also in Wirklichkeit gar nicht bestand, war mit der Fusion keine Verschlechterung der wettbewerblichen Situation von Kabelcom Aachen verbunden. Wettbewerbliche Nachteile hatten nur diejenigen NE 4-Betreiber zu befürchten, die bislang zwischen den beiden Programmsignallieferanten CNRW und NetCologne auswählen konnten und die in Folge des Zusammenschlusses gezwungenermaßen auf den einzig verbleibenden Betreiber CNRW angewiesen sind. Da NetCologne jedoch ausschließlich im Stadtgebiet Köln sowie in einigen angrenzenden Gebieten ein NE 3-Netzwerk unterhielt, bestand eine Betroffenheit nur bei solchen NE 4-Betreibern, die – anders als PrimaCom mit ihrer Tochtergesellschaft KabelCom Aachen – im Raum Köln unternehmerisch tätig waren. Eine nachteilige marktrelevante Betroffenheit von PrimaCom bzw. ihrer Tochtergesellschaft ist damit richtigerweise zu verneinen.

Einen zweiten möglichen Ansatz zur Feststellung einer materiellen Beschwer erörterte das OLG Düsseldorf konsequenterweise gar nicht mehr. Es handelt sich um die vom Gericht in Zweifel gezogene Einschätzung des Bundeskartellamts, eine

wettbewerbsrelevante Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW sei ausgeschlossen.<sup>524</sup> Doch auch in Bezug auf diesen Punkt ist nicht zu erkennen, inwiefern sich eine mögliche Fehleinschätzung nachteilig auf das von PrimaCom geltend gemachte Interesse an der Fortexistenz des einzigen potentiellen Konkurrenten zu CNRW auf der Netzebene 3 auswirken sollte. Diese Überlegungen lassen sich *a fortiori* auf die von PrimaCom erhobene Rüge einer Verletzung des rechtlichen Gehörs übertragen.<sup>525</sup> Da schon nicht zu erkennen ist, welche Auswirkungen eine mögliche Fehleinschätzung der gesellschaftsrechtlichen Beziehungen von Deutscher Telekom und CNRW für das Interesse von PrimaCom am Fortbestand von NetCologne haben, kann auch in dem behaupteten Vorenthalten der Vereinbarung der Gesellschafter der CNRW (darunter die Deutsche Telekom über ihre 100%-Tochtergesellschaft KDG) keine materielle Beschwer gesehen werden.

Schließlich ist noch folgende Hypothese zu erörtern: Unterstellt man einmal, dass das Bundeskartellamt die Möglichkeit einer wettbewerbsrelevanten Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW unterschätzt hat, so könnte sich das nachteilig auf die Möglichkeit von CNRW auswirken, die von ihm vertretene Breitbandkabeltechnik wirksam als Alternative zum Telefonnetz der Deutschen Telekom zu positionieren. Mittelbar könnten hieraus auch Nachteile für NE 4-Betreiber wie die Kabelcom Aachen erwachsen. Auch die NE 4-Betreiber sind darauf angewiesen, dass die Breitbandkabeltechnik als solche sich erfolgreich neben derjenigen des Telefonleitungsnetzes positioniert. Das Risiko einer wettbewerblichen Einflussnahme der Deutschen Telekom auf CNRW und damit die Breitbandkabeltechnik insgesamt wird durch den Zusammenschluss jedoch nicht größer. Es besteht auch unabhängig von dem Zusammenschluss zwischen CNRW und NetCologne. Eine Änderung der Zusammensetzung des Kreises der CNRW-Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Erwerb sämtlicher Anteile an NetCologne durch CNRW geht weder aus dem Beschluss des Bundeskartellamts noch demjenigen des OLG Düsseldorf hervor.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten: Die Drittbeschwerdeführerin PrimaCom erfüllt unter keinem denkbaren Gesichtspunkt die Voraussetzung einer materiellen Beschwer im Sinne einer Betroffenheit in marktrelevanten Interessen. Richtigerweise hätte das OLG Düsseldorf daher schon die Zulässigkeit des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung verneinen müssen. Das hätte der einstweiligen Anordnung der aufschiebenden Wirkung die Grundlage entzogen.

## 2. *Trienekens*

Die Beschwerdeführerin Rethmann wendete sich gegen die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens zwischen dem Abfallentsorgungsunternehmen Trienekens und

524 Ebenda, 667.

525 Vgl. ebenda, 666.



weiteren Beteiligten, unter anderem der Gemeinschafts-Müll-Verbrennungsanlage Niederrhein GmbH. Eine materielle Beschwer erkannte das OLG Düsseldorf vor allem darin, dass die Beschwerdeführerin, die wie Trienekens in der Abfallentsorgungsbranche tätig ist und die sich ebenfalls an der Ausschreibung um den Erwerb der genannten Müllverbrennungsanlage beworben hatte, im Falle der „kartellrechtlichen Unmöglichkeit“ des Zusammenschlussvorhabens den Zuschlag erhalten hätte. Diese Argumentation erscheint zumindest zweifelhaft.

Fraglich ist, ob die Enttäuschung darüber, in einem Vergabeverfahren nicht berücksichtigt worden zu sein, als Berührung in marktrelevanten Interessen zu qualifizieren ist. Zwar handelt es sich bei der Beschwerdeführerin nach Auskunft des OLG Düsseldorf um eine Wettbewerberin.<sup>526</sup> Schwierigkeiten bereitet aber schon die Subsumtion unter das zweite Element, die marktrelevante Betroffenheit. Die klagende Konkurrentin Rethmann müsste geltend machen können, durch die Freigabeentscheidung gerade in ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin wirtschaftliche Nachteile zu erleiden. Dabei ist zu bedenken, dass sich an dem Vergabeverfahren zumindest theoretisch auch ein Nichtwettbewerber beteiligt haben könnte. Wollte man auch ihm die Anfechtungsbefugnis mit dem schlichten Hinweis darauf zusprechen, dass im Fall des Erfolgs seiner Beschwerde gegen die Freigabe die Chance auf einen Zuschlag im Vergabeverfahren bestünde? Die für das Marktverhältnis zwischen Fusionspartei und Beschwerdeführer charakteristische Betroffenheit könnte man in diesem Fall allenfalls noch mit dem Hinweis auf seine Eigenschaft als potentieller Wettbewerber bejahen.<sup>527</sup> Schließlich bestehen Zweifel im Hinblick auf das dritte Element, die Betroffenheit in subjektiv-öffentlichen Positionen. Zwar ist es richtig, dass die zusammen mit der Einführung des Kartellvergaberichts am 1. Januar 1999 in Kraft getretene Bestimmung des § 97 Abs. 7 GWB Dritten einen (subjektivrechtlichen) Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren einräumt.<sup>528</sup> Fraglich ist jedoch schon, ob sich die genannte subjektivrechtliche Position überhaupt dem Bereich des öffentlichen Rechts zuord-

526 *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683.

527 Der Tatsache, dass sich ein Unternehmen an einem entsprechenden Vergabewettbewerb beteiligt hat, sowie insbesondere dem Umstand, dass ihm jedenfalls unter bestimmten zusätzlichen Bedingungen der Zuschlag erteilt worden wäre, mag eine Indizwirkung dafür zukommen, dass es sich bei dem betreffenden Unternehmen um einen ernsthaften potentiellen Wettbewerber handelt.

528 Allgemein dazu *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 97, Rz. 171. Vgl. außerdem *Pietzcker, J.*, NJW 2005, 2881ff., der sich ausführlich mit den Möglichkeiten eines Vergaberechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte auseinandersetzt. Im Beschluss des *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681 finden sich dagegen keine Ausführungen zur Frage der Anwendbarkeit der §§ 97ff. *GWB*. Auch das *Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-V 431 erwähnt nur allgemein die Diskussion „abfallbehördlicher und vergaberechtlicher“ Vorgaben (Rz. 6, in WuW/E DE-V nicht abgedruckt), ohne auf das speziell vergaberechtlich motivierte Interesse der Beigeladenen Rethmann zu eingehen.

nen lässt.<sup>529</sup> Folgt man der ganz herrschenden Meinung und weist man zumindest den im Anschluss an das Vergabeverfahren erfolgten Vertragsschluss dem Privatrecht zu<sup>530</sup> so scheidet schon daran das Vorliegen einer materiellen Beschwer im Sinne einer Betroffenheit in marktrelevanten Interessen. Andernfalls könnte ein rein privatrechtlicher Vertragsschluss (hier der Zuschlag unter der Bedingung der kartellrechtlichen Unmöglichkeit des Anteilserwerbs durch einen vorrangig ausgewählten Bieter) die kartellverwaltungsrechtliche Beschwerdemöglichkeit eröffnen. Schließlich spricht das richtig verstandene Verhältnis zwischen Fusionskontrolle und Vergaberechtsschutz gegen die Zulässigkeit einer kartellverwaltungsrechtlichen Drittbeschwerde gerichtet gegen die Freigabe eines durch Zuschlag ermöglichten Zusammenschlusses. Es ist nicht Aufgabe des fusionskontrollrechtlichen Drittrechtsschutzes, den vom unterlegenen Bieter kritisierten Ausgang des Vergabeverfahrens zu korrigieren. Der enttäuschte Bewerber um den öffentlichen Auftrag ist auf ein vergaberechtliches Vorgehen zu verweisen. Einer Ausweitung der vergaberechtlichen Kampfzone auf die Ebene der gerichtlichen Kontrolle von Fusionsfreigaben ist zu wehren.<sup>531</sup>

### 3. E.ON/Ruhrgas

Als im vorliegenden Zusammenhang weniger lehrreich erweisen sich die Entscheidungen des OLG Düsseldorf im Verfahren über die Anträge auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes u. a. durch einen unabhängigen Energie-Broker und einen

529 Dagegen z. B. *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 97, Rz. 179 m. w. N.; *Pietzcker, J.*, *NJW* 2005, 2881, 2882. Für eine Zweiteilung in öffentlich-rechtliche Vergabeentscheidung und privatrechtlichen Vertragsschluss z. B. das *OVG Koblenz*, 1.9.1992, *NVwZ* 1993, 381, 382. Scharf zu trennen von der Frage, ob subjektiv-öffentliche Rechte betroffen sind, ist die vom *Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-V* 431 ebenfalls aufgeworfene Frage, ob es sich bei den ausgeschriebenen Entsorgungsleistungen um öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 *GWB* handelt (Rz. 91, in *WuW/E* nicht abgedruckt. Der vollständige Wortlaut der Entscheidung ist abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de)).

530 Siehe die umfangreichen Nachweise bei *Dreher, M.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, Vor §§ 97ff., Rz. 57 und § 97, Rz. 179 sowie in der vorigen Fußnote.

531 Offen bleiben muss hier, ob eine Betroffenheit der Beschwerdeführerin Rethmann in marktrelevanten Interessen unter einem anderen Gesichtspunkt zu bejahen gewesen wäre. Unabhängig von ihrer Beteiligung am Verfahren der Auftragvergabe hätte die Beschwerdeführerin möglicherweise erfolgreich in ihrer Eigenschaft als Wettbewerberin von *Trienekens* auf eine drohende Verschlechterung ihrer eigenen Wettbewerbsposition verweisen können. Hält man nämlich mit dem *OLG Düsseldorf* die Möglichkeit einer – angesichts der langen Vertragslaufzeiten im Bereich der Abfallentsorgung allerdings erst sehr viel später eintretenden (*Bundeskartellamt*, 11.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-V* 431, 438) – Marktbeherrschung durch *Trienekens* für wahrscheinlich (*OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), *WuW/E DE-R* 681, 686), so ist möglicherweise eine zusammenschlussbedingte zukünftige Marginalisierung von Rethmann bei gleichzeitigem Gewinn an wettbewerblichem Verhaltensspielraum durch die Fusionsparteien zu befürchten.

Energiehändler<sup>532</sup> gegen die ministerielle Genehmigung der beiden Zusammenschlussvorhaben *E.ON/Gelsenberg* und *E.ON/Bergemann*.<sup>533</sup> Zwar thematisiert das OLG Düsseldorf das Erfordernis einer materiellen Beschwer als Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittbeschwerden in seinem ersten Beschluss vom 11.7.2002. Es definiert sie – ähnlich wie hier – als „[Betroffenheit des Dritten] in seinem unternehmerischen und wettbewerblichen Betätigungsfeld und Gestaltungsspielraum auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht.“<sup>534</sup> Die Entscheidung entbehrt allerdings näherer tatsächlicher Angaben, die eine Subsumtion unter diese Voraussetzungen erlauben würden. Das OLG bejaht die Existenz einer materiellen Beschwer mit dem schlichten Hinweis auf den Tätigkeitsbereich der beiden Antragssteller „auf dem Gasmarkt“ sowie auf die (unveröffentlichten) „Ausführungen des BMWi in seiner Beiladungsverfügung vom 12.3.2002 (S. 6 und 8)“ bzw. die (ebenfalls unveröffentlichte) eidesstattliche Versicherung des Geschäftsführers *Goethe* des zweiten Antragsstellers.<sup>535</sup> Die Richtigkeit der Gedankenführung des Kartellsenats muss insoweit unterstellt werden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht interessant sind die gerichtlichen Beschlüsse in Sachen *E.ON/Ruhrigas* deshalb, weil der Kartellsenat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausschließlich mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften begründete.<sup>536</sup> Auf mögliche Konsequenzen für die Begründetheitsprüfung wird noch einzugehen sein.<sup>537</sup> Jedenfalls schließt dieser Umstand eine nachteilige erhebliche Interessenberührung bei den dritten Antragsstellern solange nicht aus, wie sie sich nicht ausschließlich auf die Verletzung formellen Rechts berufen. Es genügt, dass sie zusätzlich die materielle Rechtswidrigkeit der Verfügung geltend machen, aus der wiederum eine Berührung ihrer eigenen wettbewerblichen Interessen resultieren muss.

## V. Elftes Zwischenergebnis

Der drittschützende Bereich der Vorschrift § 36 Abs. 1 GWB lässt sich in Anlehnung an ergangene Entscheidungen insbesondere zum Merkmal der erheblichen Interessenberührung in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB bestimmen. Die erforderliche Ein-

532 Siehe *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885 887. Später erhöhte sich die Zahl der Antragsteller auf vier (*OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas II*), WuW/E DE-R 926) bzw. sechs Drittbeschwerdeführer (*OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrigas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1015).

533 *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 5.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas - Ministererlaubnis I*), WuW/E DE-V 573ff. und *Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit*, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrigas - Modifizierte Ministererlaubnis*), WuW/E DE-V 643ff.

534 *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrigas I*), WuW/E DE-R 885, 886 (unter Bezugnahme auf *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 689).

535 *OLG Düsseldorf*, aaO, 887.

536 So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf*, aaO.

537 Ausführlich unten *Kap. 5 B VII*.

grenzung erfolgt sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht: (1) Der Beschwerdeführer muss mindestens zu einem der Zusammenschlussparteien in einem *marktrelevanten Verhältnis* stehen. (2) Dieses Verhältnis muss durch die (in Betracht kommende) Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens *in marktrelevanten Weise betroffen* sein. (3) Dabei muss es sich um eine *Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen* und nicht bloß privaten *Rechtspositionen* handeln. Mit Einschränkungen ist der Schutzbereich von § 36 Abs. 1 GWB selbst dann eröffnet, wenn das Bundeskartellamt von der *Abwägungsklausel* Gebrauch macht. Unter quantitativen Gesichtspunkten sind diejenigen Dritten auszuschneiden, die auch nach dem Zusammenschluss insbesondere von Wettbewerbern eine im Vergleich immer noch stärkere Marktstellung auf dem relevanten Markt innehaben. Die praktische Bedeutung der genannten Merkmale wird deutlich, wenn man Fusionskontrollverfahren untersucht, in denen Drittunternehmen in der Vergangenheit oftmals zu großzügig Rechtsschutz gewährt wurde. Eine konsequente Anwendung der genannten Kriterien führt zu einer erheblichen Verkleinerung des Kreises der subjektiv-öffentlichrechtlich geschützten Drittbetroffenen. Unter dieser Prämisse steht auch die Annahme einer grundsätzlich drittschützenden Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB dem legislativen Ziel einer Begrenzung des (einstweiligen) Drittrechtsschutzes nicht im Wege.

A. Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Beiladung nach der Neukonzeption

I. Verfassungsrechtliche Herleitung der notwendigen Beiladung

An der obligatorischen Beiladung auf Antrag ist im Ergebnis festzuhalten. Abzulehnen ist indessen ihre Herleitung ausschließlich im Rückgriff auf die „subsidiären“<sup>1</sup> Vorschriften des allgemeinen Verwaltungsrechts.<sup>2</sup> Die Funktion der (notwendigen) Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG und die Bedeutung der notwendigen Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren unterscheiden sich nicht unerheblich. Während die Beiladung nach dem GWB notwendige Zulässigkeitsvoraussetzung für den gerichtlichen Rechtsschutz ist, beschränkt sich die Funktion der in der VwVfG geregelten Hinzuziehung auf das Verwaltungsverfahren.<sup>3</sup> Das Institut der notwendigen Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde muss daher aus der in Art. 19 Abs. 4 GG verbürgten Rechtsweggarantie abgeleitet werden.<sup>4</sup> Sie erfordert die Eröffnung gerichtlichen Rechtsschutzes gegenüber der Verletzung in subjektiven Rechten durch die öffentliche Gewalt.<sup>5</sup> Es muss gewährleistet sein, dass jeder, der eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten geltend machen kann, auch die vom Gesetzgeber aufgestellten formellen Voraussetzungen für gerichtlichen Rechtsschutz erfüllen kann. Der Rechtsschutz darf jedenfalls im Fall der förmlichen Freigabeverfügung innerhalb des Hauptprüfverfahrens nicht an einer Ermessensentscheidung des Bundeskartellamts scheitern, dessen Verfügung einer gerichtlichen Überprüfung unterstellt werden soll.<sup>6</sup> Darin liegt das entscheidende Argu-

- 1 Bracher, C.-D., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, Vorb. §§ 54-62 GWB 2005, Rz. 2, 15.
- 2 So aber z. B. KG, 15.3.1991 (VW-Leasing), WuW/E OLG 4753, 4759; KG, 11.1.1984 (Kreuzlinger Verträge), WuW/E OLG 3217, 3219; Bracher, C.-D., in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 66.
- 3 Kopp, F. O./Ramsauer, U., VwVfG, 2005, § 13, Rz. 27. Genannt werden die Einbeziehung weiterer Personen in das Verfahren, die eventuelle Erstreckung der Bindungswirkung der Verfügung auf Dritte, das Interesse der Verwaltung an einer erleichterten Sachverhaltsaufklärung, Transparenz und Akzeptanz des Verfahrens. Selbstverständlich spielen diese Aspekte auch im Kartellverwaltungsverfahren eine Rolle.
- 4 So schon die Bundesregierung, Stellungnahme zu Änderungsvorschlägen BR Entw. GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 3), 83. Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 45; Kohlmeier, A., Bescher, 1997, 71ff.
- 5 Ausführlich Krüger, H./Sachs, M., in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 19, Rz. 134ff.
- 6 Dieses Verständnis entspricht offenbar auch dem historischen Willen des Gesetzgebers. Er selbst deutet die Ausgestaltung der Freigabe im Hauptprüfverfahren als formelle Verfügung durch § 40 Abs. 2 GWB 1998 als Klarstellung, „dass Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“ (Bundesregierung, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44). Insofern besteht also ein wesentlicher Unterschied zwischen der Wirksamkeit von „primären“ subjektiv-öffentlichen Drittrechten ge-