

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-

ment, einen Anspruch auf Beiladung zu gewähren.<sup>7</sup> Nur aus dieser verfassungsrechtlichen Herleitung lässt sich auch ein im Vergleich zur notwendigen Hinzuziehung nach § 13 Abs. 2 VwVfG erweiterter Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren begründen. Während jene nach richtiger Auffassung neben der Berührung in einem subjektiv-öffentlichen Recht eine besondere Verflochtenheit der materiellen Rechtspositionen im Sinne einer Rechtsgestaltung verlangt,<sup>8</sup> löst bereits die bloße Existenz eines subjektiv-öffentlichen Drittrechts den Anspruch auf Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde aus. Die herrschende kartellverwaltungsrechtliche Meinung ignoriert diesen Unterschied zwar. Dass sie letztlich doch zum selben Ergebnis kommt, liegt darin begründet, dass sie für die notwendige Beiladung – wie hier – die Existenz subjektiver<sup>9</sup> Rechte ausreichen lässt. Dieses Ergebnis lässt sich aber nicht mit der von ihr in Anspruch genommenen Analogie zu § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG begründen.<sup>10</sup>

genüber der Nichtuntersagung von Zusammenschlussvorhaben im Vorprüfverfahren einerseits und einer förmlichen Freigabeverfügung im Hauptprüfverfahren andererseits. Im ersten Fall räumt der Gesetzgeber dem Bundeskartellamt ausdrücklich die Möglichkeit ein, gerichtlichen Drittschutz ermessensabhängig dadurch auszuschließen, dass es darauf verzichtet, in das Hauptprüfverfahren einzutreten (dazu oben *Kap. 1 C II 6*). Im zweiten Fall steht dem Amt dagegen kein Ermessen zu, selbst solche Dritten, die eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten aus § 36 Abs. 1 GWB geltend machen können, den Weg zur gerichtlichen Anfechtungsbeschwerde durch Verweigerung der Beiladung zu versperren (siehe auch sogleich unten FN 15).

- 7 A. A. *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. 67. Er zeigt sich zwar ebenfalls offen gegenüber der Annahme eines verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf Beiladung, will ihn jedoch auf das Prinzip des Grundrechtsschutzes durch Beteiligung am Verwaltungsverfahren stützen. Dagegen folgert er aus Art. 19 Abs. 4 GG lediglich die (beiladungsunabhängige) Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung.
- 8 Würde man dagegen auch für die notwendige Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG einen bloßen Verwaltungsakt mit Doppelwirkung genügen lassen, so würde der Unterschied zwischen einfacher und notwendiger Hinzuziehung fast vollständig nivelliert. Der einzige Unterschied zur einfachen Hinzuziehung bestünde darin, dass ausschließlich subjektiv-öffentliche, nicht aber auch private Rechte die Pflicht zur Hinzuziehung auslösen würden (siehe schon oben *Kap. 4 D III 1 c (2)*). Es bliebe kaum noch Raum für die ermessensabhängige Hinzuziehung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG (vgl. *Schmidt-Preuß, M.*, *Privatinteressen*, 1992, 512f.).
- 9 Dabei versäumt sie es noch, zwischen privatrechtlich und öffentlich-rechtlich begründeten Positionen zu unterscheiden (siehe vorige FN).
- 10 Missverständlich insofern auch *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46, der zunächst sorgfältig die Voraussetzungen der notwendigen Beiladung gemäß § 13 Abs. 2 VwVfG umschreibt, dann aber mit den Worten schließt: „Gemeint ist in beiden Fällen, dass der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in seinen Rechten verletzen kann.“

## II. Ausweitung der notwendigen Beiladung und Bedürfnis nach Verfahrenskonzentration

Legt man die hier vorgeschlagene Identifikation der beiden Tatbestandsmerkmale (nachteilige) erhebliche Interessenberührung und subjektive Rechtsverletzung zugrunde, ist die Kartellbehörde verpflichtet, alle Dritten, die im soeben<sup>11</sup> ausgeführten Sinne erheblich und nachteilig in ihren wettbewerblichen Interessen betroffenen sind, auf ihren Antrag beizuladen. Ermessen ist ihr insoweit nicht mehr eingeräumt. Angesichts der zu erwartenden Ausdehnung des Kreises der notwendig Beizuladenden stellt sich zunächst die Frage, wie das Bundeskartellamt noch dem Bedürfnis der Fusionskandidaten an einem konzentrierten und zügigen Verfahrensablauf gerecht werden kann. Um eine übermäßige Belastung des Verwaltungsverfahrens vor dem Bundeskartellamt durch eine Vielzahl von Beteiligten zu vermeiden, ist folgendes differenzierte Vorgehen zu erwägen: Das Bundeskartellamt könnte sich wie bislang darauf beschränken, nur eine geringe Zahl von Drittunternehmen durch Beiladung frühzeitig in das Verwaltungsverfahren zu involvieren. Ihre Einbindung in den Verfahrensablauf würde vorrangig dem Zweck dienen, typische Drittinteressen zu repräsentieren. Soweit die Kartellbehörde dabei – wie bisher auch schon – auf eine möglichst vollständige Vertretung der in Frage stehenden Drittinteressen (insbesondere Wettbewerber und Unternehmen der Marktgegenseite) achtet, können die Beigeladenen ihrer Aufgabe als „Hilfsorgane der sachverhaltsermittelnden Kartellbehörde“<sup>12</sup> in ausreichendem Maße nachkommen. Neben dieser eher objektivrechtlichen Funktion der Beiladung im Verwaltungsverfahren kommt ihre Bedeutung für den Individualrechtsschutz erst im beschwerdegerichtlichen Verfahren voll zum Tragen.<sup>13</sup> Die Beiladung ist formelle Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwer-

11 Siehe oben *Kap. 4 D* zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals zum Zwecke der Schutzbereichsbestimmung von § 36 Abs. 1 GWB.

12 *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81.

13 Vgl. zu den verschiedenen Funktionen der Beiladung im Verwaltungsverfahren und im Beschwerdeverfahren die Feststellung des *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de), Rz. 19 zur Bedeutung der Beiladung: „[Ihre] Hauptaufgabe ist nicht die Sicherung von Interessenspositionen, sondern die Verbesserung der Aufklärungsmöglichkeiten des Bundeskartellamts [ist]“ und *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 454, der die „überaus wichtige Aufgabe [der Beiladung] für den Individualschutz“ ebenfalls in erster Linie aus der „besonderen Konstruktion der Anfechtungsbeschwerde, die vom formellen Beteiligtenbegriff (§ 62 Abs. 2 GWB [1973]) ausgeht“ ableitet. Es sei allerdings eingeräumt, dass eine strikte Trennung zwischen objektivrechtlicher und individualrechtlicher Funktion der Beiladung im Verwaltungsverfahren einerseits und im gerichtlichen Verfahren andererseits nicht durchführbar ist. So weist beispielsweise *Zötl, J.*, WuW 2004, 474, 476, zu Recht darauf hin, dass eine Beiladung schon in der ersten Prüfungsphase den betroffenen Dritten die Möglichkeit verschafft, durch kritischen Sachvortrag eine vertiefte Prüfung im Rahmen des Hauptprüfverfahrens anzuregen. Erst seine Einleitung öffnet den Weg zu einer eventuellen Anfechtungsbeschwerde. Insofern dient eine frühzeitige Verfahrensbeteiligung von charakteristisch betroffenen Dritten mittelbar auch dem Individualrechtsschutz. Vgl. auch schon oben *Kap. 1 A I FN 15*.

de. Um diesem weiteren Aspekt gerecht zu werden, genügt es, wenn die Kartellbehörde die übrigen erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten erst später, nämlich nach Erlass der Freigabeverfügung beilädt. Es entspricht herrschender Meinung und ständiger Praxis der Kartellbehörden, dass erheblich in ihren Interessen betroffene Dritte auch noch nach Erlass der noch nicht bestandskräftigen kartellbehördlichen Verfügung.<sup>14</sup>

### III. Generalisierung der notwendigen Beiladung?

Weiterhin ist nach der (verbleibenden) Bedeutung des Instituts der „einfachen Beiladung“ zu fragen. Sie stellt im bisherigen System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittrechtsschutzes den Normalfall dar. Eine mögliche Antwort könnte darin bestehen, die Beiladung gänzlich von der Ermessensabhängigkeit zu lösen.<sup>15</sup> Sie würde dann in Anlehnung an *Soell* „zum Regelfall“.<sup>16</sup> Das Institut der *einfachen Beiladung* im Sinne einer ermessensabhängigen Entscheidung entfiel. Übrig bliebe allein die *obligatorische Beiladung*. Anders als bei *Soell* müsste aber auf die zahlreichen Ausnahmen verzichtet werden, die er den Kartellbehörden zugestehen möchte.<sup>17</sup> Insbesondere dürfte der Hinweis auf die Vertretung gleichgerichteter Interessen durch andere Beteiligte kein Grund mehr sein, den Beiladungsantrag eines erheblich in seinen Interessen berührten Drittunternehmens abzulehnen. Das Drittunternehmen ist spätestens nach Erlass der Verfügung beizuladen. Andernfalls wäre gerichtlicher Rechtsschutz wiederum vom Zufall abhängig. Er setzt nämlich weiterhin die vorher-

14 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 50; *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. 73. Jedenfalls sofern der Antrag noch vor Abschluss des Verwaltungsverfahrens gestellt wurde, ist eine nachträgliche Beiladung sogar noch während des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens zulässig (*KG*, 21.2.1989 (*Wieland-Langenberg*), WuW/E OLG 4363, 4364f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 50; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 54, Rz. 7; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, *ZNER* 2003, 76, 87). Siehe auch für das allgemeine Verwaltungsrecht *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 28: Hinzuziehung „ist analog § 65 Abs. 1 *VwGO* bis zum Abschluss des Verfahrens, dh bis ein in der Hauptsache ergangener VA unanfechtbar wird, [möglich].“

15 Die Bundesregierung hatte eine entsprechende Regelung schon einmal angeregt. Danach sollte § 42 Abs. 2 Nr. 3 *GWB* folgenden Wortlaut erhalten: „[...] Jede Person, deren Interessen durch die Entscheidung berührt werden, ist auf ihren Antrag beizuladen.“ Die Bundesregierung begründete diesen Vorschlag mit dem Wunsch, dass jede Person, die in ihren Rechten verletzt ist, als Beteiligte am Verfahren vor der Kartellbehörde anfechtungsberechtigt sein soll. Das sei schon im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG geboten (*Bundesregierung*, Stellungnahme zu Änderungsvorschlägen BR Entw. *GWB* 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 3), 83).

Es sei eingeräumt, dass diese Lösung die – ebenfalls dem Individualschutz dienende Funktion der Gewährung rechtlichen Gehörs vor Erlass der Entscheidung – unberücksichtigt lässt.

16 Siehe oben *Kap. 3 A II 1*.

17 Siehe oben *Kap. 3 A II 2*.

gehende Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren voraus. Einzig die kollektive Interessenvertretung der Mitglieder eines Verbandes durch die jeweilige Verbandsorganisation wäre eine denkbare Ausnahme vom generellen Beiladungsanspruch. Legt der Verband nach Erlass der Freigabe Verfügung Beschwerde ein, kann von einer ausreichenden, wenn auch nur mittelbaren Vertretung der Interessen aller Verbandsmitglieder ausgegangen werden.<sup>18</sup> Entscheidet sich der Verband jedoch gegen den gerichtlichen Rechtsschutz, so müsste die durch den Verband vermittelte Beteiligung am Verfahren vor der Kartellbehörde ausreichen, um eine (formelle) Beschwerdeberechtigung der einzelnen Mitglieder zu begründen.

#### IV. Unterscheidung zwischen „Beteiligung“ und (einfacher) „Beiladung“

Vorzugswürdig erscheint folgende Lösung: Neben der soeben beschriebenen obligatorischen Beiladung „im Regelfall“ bleibt zusätzlich die Möglichkeit der einfachen, das heißt ermessensabhängigen Beiladung auf Antrag erhalten. Sie setzt allerdings nicht mehr wie bislang die nachteilige Berührung erheblicher Interessen voraus. Ist das der Fall, so kommt nach der hier vertretenen Auffassung die notwendige Beiladung in Betracht.<sup>19</sup> Vielmehr ist die einfache Beiladung bereits bei einfacher Interessenberührung zulässig. Damit hätten die Kartellbehörden ein flexibles Instrumentarium an der Hand, das es ihnen erlauben würde, interessierten Dritten, die vom Verfahren in geringerem Maße betroffenen werden, ermessensabhängig eine privilegierte<sup>20</sup> Stellung als (einfache) „Beigeladene“ im Rahmen des Verwaltungsverfahrens einzuräumen. Insgesamt würde das Kartellverfahrensrecht den betroffenen Dritten damit drei verschiedene Formen der Einflussnahme erlauben: Recht auf Stellungnahme gemäß § 56 Abs. 2 GWB, Mitwirkung am Verwaltungsverfahren als einfach beigeladene Dritte und Mitwirkung am Verwaltungs- und gerichtlichen Verfahren als „Beteiligte“ i. e. S.

#### V. Die Unterscheidung zwischen Beteiligung i. e. S. und einfacher Beiladung auf der Ebene der Tatbestandsvoraussetzungen

Es wurde bereits oben darauf hingewiesen, dass die hier vorgeschlagene Lösung die in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB aufgeführten Tatbestandsmerkmale im Gegensatz zur

18 In diesem Sinne hat sich auch das *KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2257 zu dem Beiladungsantrag von Volkswagen-Händlern geäußert. Hier war der nationale VAG-Händlerverband am Verfahren beteiligt worden.

19 Die notwendige Beiladung bedarf – auch insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung – einer erheblichen Interessenberührung *in negativer Weise*.

20 Siehe zu den Rechtsfolgen sogleich unten VI.

herrschenden Meinung kumulativ versteht.<sup>21</sup> Dabei wurde der Umstand betont, dass die Rechtsfolge der „Beteiligung“ nur eintritt, wenn der Dritte sowohl eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen kann als auch dem Beiladungsantrag des betroffenen Dritten durch Entscheidung der Kartellbehörde entsprochen wird. Die Beiladung allein genügt für die Rechtsfolge der *Beteiligung i.e.S.* (das heißt wie sie von § 63 Abs. 2 GWB vorausgesetzt wird) nicht.

Im Zusammenhang mit dem Institut der *Beiladung* ist auf eine weitere Konsequenz hinzuweisen. Das kumulative Verständnis der beiden Tatbestandsmerkmale bedeutet für die Rechtsfolge der Beteiligung i. S. d. § 63 Abs. 2 GWB nicht nur ein Mehr an Voraussetzungen. Zusätzlich erhebt es die beiden Merkmale erhebliche Interessenberührung und Beiladungsentscheidung auf eine Stufe der Gleichordnung. Das von der herrschenden Meinung postulierte Konditionalverhältnis zwischen den beiden Tatbestandsvoraussetzungen besteht – im deutlichen Gegensatz zu vergleichbaren Verfahrensregelungen – im Kartellverwaltungsrecht gerade nicht.<sup>22</sup> Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die beiden Tatbestandselemente durch die Konjunktion „und“ anstelle von „weil“<sup>23</sup> zu verbinden. Damit wird der Blick frei für ein eigenständiges, von der Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung unabhängiges Verständnis des Instituts der Beiladung. Sie verleiht dem betroffenen Dritten, der keine erhebliche Interessenberührung geltend machen kann, zwar nicht automatisch den Status eines Beteiligten. Andererseits setzt die Beiladung diese besonders intensive Form der Interessenberührung aber auch nicht voraus. Es ist somit möglich, neben den beiden von der herrschenden Meinung anerkannten Formen der Beteiligung am Kartellverfahren – Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB und „Beteiligung“ im eigentlichen, d. h. im Sinne von § 63 Abs. 2 GWB – die einfache Beiladung als dritte denkbare Art der Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren einzuordnen. Der Status des „Beigeladenen“ kommt danach denjenigen Dritten zu, die – ohne erheblich in ihren Interessen berührt zu sein – auf Antrag von der Kartellbehörde beigeladen wurden. Die Entscheidung über den Antrag liegt – wie bisher im Fall der so genannten einfachen Beiladung auch – im Ermessen der Kartellbehörde. Entsprechend der oben<sup>24</sup> vorgenommenen Abgrenzung des dritt-schützenden Bereichs von § 36 Abs. 1 GWB schränkt das in § 54 Abs. 2 Nr. 3 enthaltene Attribut „erheblich“ den Kreis der obligatorisch beizuladenden und anfechtungsbefugten sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht ein. In qualitativer Hinsicht scheiden solche Interessen am Kriterium der Erheblichkeit aus, die nicht unmittelbar marktbezogen oder bloß privatrechtlicher Natur sind. Zu denken ist außerdem an solche Dritten, die nur von in den Entscheidungsgründen behandelten Vorfragen berührt werden.<sup>25</sup> Mangels ausreichender quantitativer Interessenberührung kommt die ermessensabhängige Beiladung wegen lediglich einfacher Interes-

21 Siehe *oben Kap. 3 C II 2.*

22 Ausführlich *oben Kap. 2 C II 2.*

23 Wie z. B. in § 42 Abs. 2 Nr. 2 GWB-Entwurf 1952. Vgl. den Wortlaut oben in FN 15.

24 Kap. 4 D III.

25 Siehe sogleich unten VIII die Beispiele.

senberührung weiterhin für solche Dritten in Betracht, deren wettbewerblicher Verhaltensspielraum beispielsweise als Marktführer auch nach dem Zusammenschluss ihrer Konkurrenten keiner substantiellen Gefahr ausgesetzt ist.<sup>26</sup> Dritte, die überhaupt keine, also nicht einmal eine einfache Interessenberührung geltend machen können, dürfen nicht beigeladen werden. Der *quivis ex populo* ist, selbst wenn er einen entsprechenden Antrag stellen würde, vom Kartellverwaltungsverfahren fernzuhalten.

In vielen Fällen wird sich die Behörde zunächst einmal darauf beschränken können, überhaupt eine „Beiladung“ auszusprechen. Die Frage, ob es sich um eine lediglich einfache oder aber eine notwendige Beiladung handelt, spielt insbesondere auf der Ebene eines etwaigen Beschwerdeverfahrens eine Rolle.<sup>27</sup> In vielen Fällen dürfte es daher ausreichen, diese Frage erst im Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung einer endgültigen Klärung zuzuführen. Das mag dazu beitragen, die Anzahl der in der Vergangenheit häufig zu beobachtenden Prozesse zu vermeiden, mit denen die Fusionsparteien sich gegen eine als zu großzügig empfundene Beiladungspraxis der Kartellbehörden wenden.<sup>28</sup> In der Sache geht es den Zusammenschlussbeteiligten häufig nur darum, die an die Beiladung geknüpfte Möglichkeit der Drittbeschwerde von vornherein auszuschließen.

Hingewiesen sei noch einmal auf diejenigen Dritten, die zwar erheblich, aber nicht nachteilig vom Verfahrensergebnis berührt werden. Zu denken ist etwa an den Fall des Abnehmers, der sich Vorteile vom Zusammenschluss seines Lieferanten mit einem Wettbewerber verspricht. Ist der Abnehmer dem Lieferanten durch eine Ausschließlichkeitsbindung verpflichtet, so mag der Zusammenschluss auf der vorgelagerten Handelsstufe eine Erweiterung seiner Angebotspalette mit sich bringen. Es besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Beiladung. Die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG ist mangels Rechtsverletzung nicht betroffen. Spricht die Kartellbehörde dennoch eine Beiladung aus, so liegen nominell zwar die Voraussetzungen der §§ 63 Abs. 2 i. V. m. 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB (erhebliche Interessenberührung und Beiladung) vor. Dennoch scheidet die Anfechtungsbefugnis am Fehlen der materiellen Beschwer, der Verletzung in subjektiven Rechten.<sup>29</sup> Praktisch dürfte diese Unterscheidung aber kaum eine Rolle spielen. Ergibt eine Freigabeentscheidung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB, so wird der genannte Abnehmer an einem gerichtlichen Vorgehen genauso wenig Interesse haben wie die Zusammenschlussbeteiligten selbst.<sup>30</sup>

26 Erinnert sei an die oben in *Kap. 4 D III 2* erwähnten Verfahren *Linde-Agefko II*, *Anzeigenkooperation SZ/FR/Die Welt* sowie *tv kofler*.

27 Zu sonstigen Unterschieden auf Rechtsfolgenseite sogleich unten *VI*.

28 Z. B. *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211; *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523.

29 Insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung (siehe schon oben *Kap. 3 B*).

30 Die Interessenlage mag sich anders darstellen, wenn die Freigabeverfügung unter Auflagen ergeht, die gerade auch den Dritten nachteilig betreffen. Sie sind aber schon aus anderen Gründen einer kartellverwaltungsrechtlichen Drittanfechtung entzogen (dazu oben *Kap. 2 C II*).

Abschließend sei noch einmal daran erinnert, dass die Beiladung nicht die einzige Möglichkeit ist, lediglich einfach betroffene Dritte am Verfahrensablauf teilhaben zu lassen. Ist der Tatbestand der einfachen Interessenberührung erfüllt, so kommt nicht nur der Status des einfach Beigeladenen gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Betracht. Möglich ist auch die bloße formlose Anhörung gemäß § 56 Abs. 2 GWB.<sup>31</sup>

## VI. Rechtsfolgen der Unterscheidung zwischen Beiladung und Beteiligung

Es konnte gezeigt werden, dass sich auf der Seite der Tatbestandsvoraussetzungen durchaus Unterschiede zwischen den Erfordernissen der Beiladung und der Beteiligung finden lassen: nachteilige erhebliche Interessenberührung hier, einfache Interessenberührung dort.<sup>32</sup> Zu klären bleibt die Frage, welche Unterschiede auf der Rechtsfolgenseite bestehen.

### 1. Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde

Die bedeutendste Differenz zwischen den beiden Beteiligungsformen besteht auf der Ebene des gerichtlichen Rechtsschutzes: Nur Beteiligte i.e.S. genügen sowohl dem formellen als auch dem materiellen Kriterium, das an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde geknüpft wird (§§ 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Dagegen entspricht die Interessenberührung der so genannten einfachen Beigeladenen nicht dem Erfordernis der Erheblichkeit. Sie scheitern damit an den materiellen Voraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde.

### 2. Akteneinsicht

Eine bemerkenswerte Unterscheidung zwischen dem rechtlichen Status der Beteiligten einerseits und demjenigen der Beigeladenen andererseits findet sich im Wortlaut des § 71 Abs. 1 GWB. Die differenzierte Wortwahl des Gesetzgebers ist ein weiterer

31 Zwar möchte auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 37 zumindest im konzeptionellen Ansatz zwischen dem – von ihm wesentlich weiter als hier interpretierten – Tatbestandsmerkmal der erheblichen Interessenberührung und der einfachen Interessenberührung unterscheiden. Dennoch räumt auch er ein, dass die Tatbestandsvoraussetzungen von Beiladung und bloßer Anhörung in der Praxis kaum auseinander zu halten sind (ebenda, Rz. 35). Daher unterscheidet sich der hier vertretene Standpunkt in der praktischen Handhabung nicht wesentlich von demjenigen *K. Schmidts*. Auch nach seiner Ansicht sind die Rechtsfolgen einfache Beiladung und Anhörung, wenn auch nicht theoretisch, so doch im praktischen Ergebnis austauschbar.

32 Ausführlich zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „nachteilige erhebliche Interessenberührung“ oben *Kap. 4 D*.

Beleg für die eigenständige Bedeutung des Rechtsinstituts der Beiladung neben demjenigen der Beteiligung. Die Vorschrift regelt die Frage, auf welche Tatsachen das Beschwerdegericht seine Entscheidung stützen darf. Satz 2 wendet sich zunächst an die „Beteiligten“. Das Gericht muss ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben haben. In Satz 3 findet sich eine Einschränkung, die sich jedoch nur auf „Beigeladene“ bezieht. Satz 4 wiederum bezieht sich nur auf eine besondere Art der Beigeladenen, nämlich diejenigen, die notwendigerweise zum Verwaltungsverfahren beizuladen waren. Diese Regelung bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf das Beschwerdeverfahren vor Gericht, nicht aber auf das Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden. Neben den §§ 29, 30 VwVfG ist die in der Vorschrift des § 71 Abs. 1 GWB zum Ausdruck gebrachte Wertung jedoch zumindest als Abwägungshilfe auch für das Kartellverwaltungsverfahren heranzuziehen.<sup>33</sup>

Vor dem Hintergrund der überkommenen Auffassung, die nicht zwischen Beteiligten i.e.S. und bloßen Beigeladenen unterscheidet, lässt sich die differenzierte Wortwahl in § 71 Abs. 1 GWB folgendermaßen erklären: Satz 2 regelt neben der Rechtsstellung der beigeladenen Drittunternehmen („gekorene Beteiligte“) vor allem auch die Rechtsstellung der Hauptbeteiligten („geborene Beteiligte“) gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GWB, auf die auch § 72 Abs. 1 GWB verweist.<sup>34</sup> Die Einschränkung in Satz 3 dagegen ist lediglich auf die Gruppe der „hinzugezogenen“ Dritten („gekorene Beteiligte“) bezogen. Sie werden mit dem Begriff „Beigeladene“ bezeichnet. In Satz 4 der Vorschrift wird diese Einschränkung in Bezug auf so genannte notwendig beigeladene Dritte wieder zurückgenommen. Sie sind genauso zu behandeln wie die in Satz 2 genannten geborenen Beteiligten.<sup>35</sup> Damit erschließt sich der Wortlaut von § 71 Abs. 1 GWB nach dem Verständnis der herrschenden Meinung als Folge von Regel (Satz 2), Ausnahme (Satz 3) und Ausnahme von der Ausnahme (Satz 4).

Geht man dagegen wie hier von einer bewussten gesetzgeberischen Unterscheidung in beteiligte und bloß beigeladene Dritte aus, so gelangt man zwar letztlich zum selben Ergebnis. Die Gedankenführung verläuft jedoch weniger kompliziert. An die Stelle der verhältnismäßig umständlichen Interpretation der herrschenden Meinung tritt ein schlichtes Regel-Ausnahme-Verhältnis: Danach normiert Satz 2 die Rechtsstellung der „Beteiligten“ i. S. d. § 63 Abs. 2 GWB. Unter sie fallen daher neben den sog. „geborenen“ Beteiligten (hier: den Fusionsparteien) solche Dritte, die nachteilig und erheblich in ihren Interessen berührt sind und auf ihren Antrag zum Verfahren beigeladen wurden (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB). Diese Beteiligten i. e. S. haben einen Anspruch auf vollständige Aktenkenntnis.<sup>36</sup> Andernfalls sind die unter Verschluss gehaltenen Tatsachen und Beweismittel nicht verwertbar. Die Aus-

33 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GW*B, 2001, § 56, Rz. 13.

34 Vgl. die Terminologie bei *Schmidt, K.*, aaO, § 54, Rz. 21.

35 Zum Ganzen *Schmidt, K.*, aaO, § 71, Rz. 4.

36 Zu den praktischen Modalitäten der Akteneinsicht im Kartellverwaltungsverfahren *Becker, C.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GW*B, 2006, § 56, Rz. 6 (siehe auch schon oben *Kap. 1 B I 3*).

nahme von diesem Grundsatz enthält der folgende Satz. Danach haben sonstige Dritte, nämlich die in § 71 Abs. 1 Satz 3 GWB genannten (einfachen) Beigeladen nur ein eingeschränktes Recht auf Akteneinsicht. Einer Rückausnahme bedarf es an sich nicht mehr. Die aufgrund erheblicher Interessenberührung notwendigerweise beizuladenden Dritten lassen sich schon unter den Begriff der Beteiligten in Satz 2 subsumieren. Die Ausnahmevorschrift in Satz 3 gilt für sie nicht. Der Vorschrift des § 71 Abs. 1 Satz 4 GWB kommt damit lediglich klarstellende Funktion zu. Sie betont noch einmal, dass notwendig beizuladende Dritte dieselben Rechte genießen wie diejenigen Personen, die auch ohne Beiladungsentscheidung am Verfahren beteiligt sind, d. h. die in § 54 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GWB genannten „Hauptbeteiligten“.<sup>37</sup>

Die Vorschrift des § 71 Abs. 1 GWB gibt damit über einen weiteren wesentlichen Unterschied Auskunft, der auf der Ebene der Rechtsfolgen an die beiden Tatbestandsmerkmale „Beiladung“ und „Beteiligung (i.e.S.)“ geknüpft ist: Notwendig beizuladende, d. h. „beteiligte“ Dritte haben einen Anspruch auf Einsichtnahme in alle Verfahrensakten, die die Kartellbehörde ihrer Entscheidung zugrunde legen möchte. Die ermessensabhängig „beigeladenen“ Dritten verfügen dagegen lediglich über ein durch das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten beschränktes Recht auf Akteneinsicht.

### 3. Recht auf Stellungnahme

Gesetzlich geregelt ist lediglich das Recht zur Stellungnahme der „Beteiligten“ in § 56 Abs. 1 GWB sowie die Gelegenheit zur Stellungnahme, welche die Kartellbehörde ermessensabhängig sonstigen Dritten gewähren kann, § 56 Abs. 2 GWB (formlose Anhörung). Zwischen diesen beiden Extremen ist die Rechtsstellung der einfach Beigeladenen anzusiedeln. Ihnen ist – *argumentum a minori ad maius* - wie den sonstigen Dritten zumindest ein ermessensabhängiges Stellungnahmerecht zuzugestehen. Ein Rechtsanspruch dürfte dagegen – im Unterschied zur privilegierten Stellung der Beteiligten – nicht gegeben sein. Angemessen erscheint die Umschreibung ihrer rechtlichen Situation am ehesten mit dem Hinweis auf ein gebundenes Ermessen der Verwaltung. Anders als bei § 56 Abs. 2 GWB ist der Kartellverwaltung damit kein freies Ermessen hinsichtlich der Gewährung einer Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt („kann“). Vielmehr „soll“ sie auch den beigeladenen Dritten Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Hiervon kann sie nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen absehen.

37 Für eine Gleichstellung der notwendig Beigeladenen und der Hauptbeteiligten ausdrücklich auch Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 71, Rz. 4. Vgl. auch ders., aaO, § 72, Rz. 11.

## 4. Mündliche Verhandlung

Durch die Neufassung von § 56 GWB 2005 reduziert sich die Zahl der Unterschiede zwischen einfach und notwendig beigeladenen Dritten (Beteiligten): Die Kartellbehörde ist seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle nicht mehr verpflichtet, dem Antrag eines Beteiligten auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung Folge zu leisten.<sup>38</sup> Gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 steht die Entscheidung, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, im Ermessen der Kartellbehörde. Künftig wird das Bundeskartellamt entsprechende „Anträge“ sowohl von Beigeladenen als auch von Beteiligten gleichermaßen als bloße Anregung behandeln, der keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt. Nur im Fall des Ministererlaubnisverfahrens muss das Bundeswirtschaftsministerium eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen, § 56 Abs. 3 Satz 3 1. HS GWB 2005. Eines entsprechenden Antrags bedarf es nicht. Mit dem Einverständnis der Beteiligten (nicht der bloß Beigeladenen!) kann von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden (2. HS der Vorschrift). Damit gilt für das Ministererlaubnisverfahren im Ergebnis dasselbe wie schon bislang: Besteht ein einziger Beteiligter auf der mündlichen Verhandlung, so ist der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit verpflichtet, sie durchzuführen. Möchte der Bundesminister, dass eine mündliche Verhandlung stattfindet, so steht es ihm wie bisher frei, dazu zu laden. Die kollektive Verzichtserklärung der Beteiligten kann ihn daran nicht hindern.

Findet eine förmliche Verhandlung vor dem Bundeskartellamt oder dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit statt, so sind zwingend die Beteiligten i.e.S. zu laden.<sup>39</sup> Sonstige Dritte, die die Kartellbehörde nach § 56 Abs. 2 GWB formlos anhört, haben grundsätzlich keinen Zutritt zur mündlichen Verhandlung. Hinsichtlich der einfachen Beigeladenen erscheint es sinnvoll, wiederum nach dem oben genannten Grundsatz vorzugehen: Die Behörde „soll“ sie laden, kann aber in besonderen Ausnahmefällen von der Ladung absehen. Ein solcher Grund kann insbesondere ein gesteigertes Bedürfnis nach Geheimnisschutz<sup>40</sup> oder Verfahrensbeschleunigung sein.

## 5. Zustellung der kartellbehördlichen Verfügungen

Die Pflicht zur Zustellung gemäß § 61 Abs. 1 Satz 1 GWB bezieht sich allein auf die Beteiligten, nicht auf sonstige Beigeladene oder bloß zur Stellungnahme berechnete

38 So aber noch § 56 Abs. 1 GWB 1999. Dazu noch *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), WuW/E OLG 1033, 1036f.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 17. Siehe auch schon *Kap. 4 C V 3*.

39 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 15. zur bisherigen Regelung in § 56 Abs. 2 GWB 1999.

40 Vgl. auch die Regelung in § 56 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 über den Ausschluss der Öffentlichkeit im Ministererlaubnisverfahren.

Dritte.<sup>41</sup> Die Beschwerdefrist des § 66 Abs. 1 GWB beginnt erst zu laufen, wenn die Zustellung erfolgt ist. Dabei ist für jeden einzelnen Beteiligten zu unterscheiden.<sup>42</sup> Der neue § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB 2005 verhindert den Eintritt der Freigabefiktion in allen Fällen, in denen die Verfügung den anmeldenden Unternehmen innerhalb der Viermonatsfrist zugestellt wurde. Auf eine Zustellung an sämtliche Beteiligte kommt es nicht mehr an.<sup>43</sup> Für die übrigen Verfahrensbeteiligten hat der Zustellungszeitpunkt Bedeutung für die Frage, ob die Freigabefiktion nach Satz 2 eingetreten ist und wann die Rechtsmittelfrist gegen Abschlussverfügungen des Bundeskartellamts zu laufen beginnt.<sup>44</sup> Für sonstige Dritte wie z. B. einfach Beigeladene, denen der Weg zu Gericht als Beschwerdeführer (§ 63 GWB) oder auch nur als Beteiligter am Beschwerdeverfahren (§ 67 GWB) ohnehin verschlossen ist, spielt die Frage des genauen Zustellungszeitpunkts eine geringere Rolle.<sup>45</sup> Das mag der gesetzgeberische Grund dafür gewesen sein, in § 40 Abs. 2 Satz 3 GWB 2005 lediglich im Hinblick auf die am Verfahren Beteiligten die unverzügliche Information über den Zeitpunkt der Zustellung anzuordnen. Die schnelle Unterrichtung sonstiger Dritter erscheint demgegenüber weniger dringlich. Sie ist dennoch wünschenswert und mit Mitteln moderner Kommunikation auch leicht zu bewerkstelligen.

## VII. Informations- und Beiladungspflicht gegenüber erheblich betroffenen Dritten?

In Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung<sup>46</sup> ist auch für das Kartellverwaltungsverfahren eine Pflicht zur Benachrichtigung bestimmter Dritter zu fordern. Das ist Konsequenz des Gebots der Gewährung effektiven Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>47</sup> Eine zusätzliche Rechtfertigung findet sich auch in der vergleichbaren Regelung der obligatorischen Hinzuziehung nach dem Verwaltungsver-

41 Undeutlich *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, S. 58f. Sie spricht einerseits von „Verfahren mit sehr vielen *Beteiligten*“, andererseits von der drohenden Aufhebung der Verfügung, „weil sie z. B. einem *Beigeladenen* nicht innerhalb der Frist zugestellt wurde“ (Hervorhebungen vom Verf.).

42 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 61, Rz. 18. Zur Berechnung *ders.*, aaO, § 66, Rz. 8.

43 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 59. Dazu oben *Kap. 4 C V 5*.

44 Ebenda.

45 Siehe schon oben *Kap. 4 C V 4* zur Frage, in welchem Verhältnis die Neuregelung in § 40 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB zur allgemeinen Regel des § 66 Abs. 1 Satz 2 GWB steht.

46 *KG*, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753, 4759; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 46; *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. 72; *Säcker, F. J./Boesche, K. V.*, ZNER 2003, 76, 85.

47 Allgemein zu den Vorwirkungen der Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG auf das Verwaltungsverfahren *Krüger, H./Sachs, M.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 19, Rz. 140 und 143.

fahrgesetz. Soweit der Behörde bekannt, hat sie diejenigen Dritten über das Verfahren zu informieren, die aufgrund ihrer unmittelbaren Betroffenheit in subjektiven Rechten zum Kreis der notwendig am Verfahren zu Beteiligten gehören, § 13 Abs. 2 Satz 2 2. HS VwVfG. Eine bestimmte Form ist nicht vorgeschrieben.<sup>48</sup> Die Kartellbehörden werden sich von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten leiten lassen. Im Fall der Anmeldung von Fusionsvorhaben erfolgt die Information häufig bereits dadurch, dass sich das Bundeskartellamt mit Fragen zu den Marktverhältnissen an Wettbewerber und Unternehmen auf der Marktgegenseite wendet. Eine weitere Möglichkeit besteht darin, den Verband zu informieren, dem der Beizuladende angehört.<sup>49</sup> Darüber hinaus dürfte aber auch die vom Bundeskartellamt freiwillig praktizierte Veröffentlichung von Fusionsanmeldungen auf seiner Homepage genügen, um der Informationspflicht nachzukommen.<sup>50</sup> Diese Praxis setzt jedoch zweierlei voraus: Zum einen sind die Unternehmen aufgerufen, sich selbst regelmäßig über den Stand von Fusionsanmeldungen zu informieren. Denkbar wäre es hier, dass das Bundeskartellamt einen *Newsletter-Service* anbietet. Der *Newsletter* könnte per Email an registrierte Interessenten versandt werden. Darüber hinaus müsste die im Internet veröffentlichte Liste nicht nur stets vollständig, sondern auch so aktuell gehalten sein, dass Dritte die Möglichkeit haben, rechtzeitig einen Beiladungsantrag zu stellen.

Es stellt sich noch die Frage, welche Konsequenzen das Unterbleiben der Benachrichtigung von in eigenen Rechten verletzten Dritten hat. Analog zum allgemeinen Verwaltungsprozessrecht gilt: das Verfahren selbst büßt nichts von seiner Wirksamkeit ein.<sup>51</sup> Eine Anfechtung durch den betroffenen Dritten ist auch noch über den Zeitpunkt hinaus möglich, in dem die Freigabeverfügung gegenüber den Hauptbe-

48 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46; 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. 72; Säcker, F. J./Boesche, K. V., *ZNER* 2003, 76, 85. Das *KG*, 19.12.1979 (*Basalt-Union*), *WuW/E OLG* 2193, 2194 wird in diesem Zusammenhang häufig zu Unrecht mit einer angeblich abweichenden Ansicht zitiert (z. B. Schmidt, K., aaO und Säcker, F. J./Boesche, K. V., aaO). Tatsächlich verlangt es eine förmliche Benachrichtigung betroffener Dritter gemäß § 41 Abs. 1 VwVfG aber nur für den Fall, dass die Kartellbehörde eine drittbelastende Verfügung erlässt. Dagegen schweigt das *KG* zu den Formalitäten der ebenfalls geforderten Benachrichtigung gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 2. HS VwVfG im Hinblick auf eine Verfahrensbeteiligung von Dritten, die durch den Verfahrensausgang möglicherweise in subjektiven Rechten verletzt werden („notwendig Beizuladende“). Die Frage, ob eine formlose Benachrichtigung den Anforderungen genügt hätte, wird auch in *KG*, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), *WuW/E OLG* 4753, 4759 offen gelassen.

49 Bracher, C.-D., aaO, Rz. 72. Die Benachrichtigung des Verbandes alleine genügt jedoch nur in Fällen, in denen ihm alle, und nicht nur ein großer Teil der erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten angehören. Darauf weist zu Recht das *KG*, aaO hin.

50 Dazu schon oben *Kap. 1 A I*.

51 Kopp, F. O./Ramsauer, U., *VwVfG*, 2005, § 13, Rz. 46. Offen gelassen von *KG*, aaO.

teiligten unanfechtbar wird.<sup>52</sup> Auch kommen Amthaftungsansprüche der um ihre Beteiligung gebrachten Dritten in Betracht.<sup>53</sup>

Nicht auf das Kartellverwaltungsverfahren zu übertragen ist dagegen die gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 1. Alt. VwVfG mögliche Hinzuziehung von Amts wegen.<sup>54</sup> Nach dem eindeutigen Wortlaut von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist Voraussetzung für die Beiladung Drittbetroffener die Antragstellung.<sup>55</sup>

## VIII. Anwendungsbeispiele für das Institut der einfachen Beiladung ohne Beschwerdebefugnis

Für die hier in die Diskussion eingeführte Teilnehmungsform der einfachen Beiladung ohne Beschwerdebefugnis kommen in erster Linie diejenigen Unternehmen in Betracht, die wie die dritten Beschwerdeführer in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* oder *Linde-Agefko* an einem der oben<sup>56</sup> dargestellten qualitativen oder quantitativen Kriterien scheitern und für die daher der subjektiv-öffentlichrechtliche Schutzbereich von § 36 Abs. 1 GWB nicht eröffnet ist. Darüber hinaus bietet sich eine differenzierte Behandlung der Frage der Drittbeteiligung auch in den folgenden Fallgruppen an.

### 1. Oligopolunternehmen: Interessenberührung durch Vorfragen

Im Fall *Coop-Supermagazin*<sup>57</sup> endete das Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt mit einer Untersagungsentscheidung gerichtet an die Coop AG. Sie hatte beabsichtigt, mehrere Einkaufszentren der Firma Supermagazin zu übernehmen. Die Besonderheit des Falles lag darin, dass sich nicht nur die Firma Coop, sondern zusätzlich zwei vom Bundeskartellamt beigeladene Dritte gegen die Untersagungsentscheidung wandten. Es handelte sich um die Unternehmen Allkauf und Tengelmann. Ihr Interesse an dem Verfahren beschränkte sich allerdings darauf, die Begründung der Untersagungsentscheidung anzugreifen. Die Entscheidung beruhte nämlich auf der Einschätzung des Bundeskartellamts, Coop bilde zusammen mit den beiden bei-

52 *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545; *Schmidt*, K., DB 2004, 527, 529 m. w. N.

53 Vgl. *Kopp*, F. O./*Ramsauer*, U., VwVfG, 2005, § 13, Rz. 46.

54 Für das Verwaltungsverfahren wird in bestimmten Fällen sogar von einer Pflicht zur Hinzuziehung ausgegangen (dazu *Kopp*, F. O./*Ramsauer*, U., aaO, Rz. 47ff.).

55 So auch *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. 72.

56 *Kap. 4 D III*.

57 *KG*, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970; *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077. Vgl. auch *BKarta*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKarta 2221.

geladenen Dritten ein marktbeherrschendes Oligopol.<sup>58</sup> Das Bundeskartellamt hatte die Beiladung der beiden Supermarktketten folgendermaßen begründet: Die erstmalige Feststellung der Zugehörigkeit zu einem Nachfrageoligopol, von dem auch nicht erwartet werden könne, dass es sich in absehbarer Zeit auflöse, wirke sich mittelbar nachteilig auf die beiden Oligopolmitglieder aus. Ihre Möglichkeiten im Hinblick auf den Erwerb von Unternehmen seien für die Zukunft beeinträchtigt. Darin liege eine erhebliche Interessenberührung. Kammergericht und BGH erklärten die – nach Erledigung in der Hauptsache mit Feststellungsanträgen weiter verfolgten – Beschwerden der beiden Beigeladenen für unzulässig.

Im Ergebnis mag man mit den beschwerdegerichtlichen Beschlüssen übereinstimmen. Nicht zu überzeugen vermögen jedoch die Begründungen von KG und BGH. Obwohl das Kammergericht bereits die Beiladungsentscheidung des Bundeskartellamts als fehlerhaft bezeichnete – der BGH schwieg zu dieser Frage – ließen beide Gerichte die Zulässigkeit am Fehlen der materiellen Beschwer, also der Beschwerdebefugnis scheitern. Geht man von dem hier vertretenen kumulativen Verständnis des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB aus, so hätte man den Status eines Beteiligten (i. e. S.) mit dem schlichten Hinweis auf die mangelnde Erheblichkeit der Interessenberührung verneinen können. Die Beiladungsentscheidung als solche ist dagegen nicht zu kritisieren. Das gilt auch, wenn man dem KG insoweit entgegenkommt, dass die mittelbare Betroffenheit der als Oligopolisten bezeichneten Beschwerdeführer Allkauf und Tengelmann nicht das Attribut „erheblich“ verdient. Nach der soeben erläuterten Auffassung kommt in solchen Fällen durchaus eine ermessensabhängige „einfache“ Beiladung in Betracht. Das Bundeskartellamt hatte sich zur Frage der Intensität der Interessenberührung differenziert geäußert.<sup>59</sup> Jedenfalls erscheint es kaum möglich, den beiden Drittunternehmen jegliche Interessenberührung abzusprechen.<sup>60</sup> Das KG verweist zwar durchaus zutreffend auf eine entsprechende Praxis vor den Verwaltungsgerichten.<sup>61</sup> Hinsichtlich der zivilprozessualen Nebenintervention gilt dagegen etwas anderes. Danach werden die das Urteil tragenden tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen des Vorprozesses in die Bindungswirkung ge-

58 BGH, aaO.

59 Die Begründung des Bundeskartellamts ist in KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970 wiedergegeben. Danach hält das Bundeskartellamt zwar nicht generell jedes Oligopolmitglied im Fall der Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens eines einzelnen Oligopolmitglieds für erheblich in seinen Interessen berührt. Vorliegend handelte es sich aber um die erstmalige Feststellung der Mitgliedschaft der Beschwerdeführerinnen zu einem Oligopol. Außerdem könne nicht erwartet werden, dass sich das festgestellte Nachfrageoligopol in absehbarer Zeit auflöse.

60 Sie ist Voraussetzung für das Kriterium der materiellen Beschwer, an der die Gerichte die Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde scheitern ließen.

61 Dort werden Inzidentfragen, die lediglich in den Entscheidungsgründen abgehandelt werden, überwiegend nicht als „rechtliche Interessen“ i. S. d. der § 13 Abs. 2 Satz 1 VwVfG bzw. § 65 Abs. 1 VwGO angesehen (*Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 13, Rz. 35; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 65, Rz. 8 jeweils m.w.N. auch auf die Gegenansicht).

mäß § 68 ZPO miteinbezogen.<sup>62</sup> Doch selbst wenn man sich der vom KG zitierten Ansicht für das Verfahren vor den Verwaltungsgerichten anschließt, scheitert eine Übertragbarkeit auf das Kartellverwaltungsverfahren. Legt man nämlich die hier für das Kartellverwaltungsrecht vertretene Unterscheidung zwischen den Tatbestandsvoraussetzungen von Beteiligung einerseits und Beiladung andererseits zugrunde, so gilt Folgendes: Die engen Voraussetzungen, unter denen Dritte zum allgemeinen Verwaltungsverfahren hinzugezogen werden können (Berührung in rechtlichen Interessen), finden in den Voraussetzungen der (einfachen) Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren kein Äquivalent. Sie kommt schon bei einfacher Interessenberührung in Betracht. Insofern mag es also durchaus richtig sein, dass *rechtliche* Interessen nur bei *unmittelbarer* Betroffenheit beeinträchtigt werden. Unter den weiten Begriff der einfachen Interessenberührung, wie er vom GWB-Gesetzgeber verwendet wird, fallen dagegen insbesondere auch „bloß“ wettbewerbliche Interessen. Daher erscheint die Einschätzung des Bundeskartellamts durchaus richtig: Der Umstand, in einer fusionskontrollrechtlichen Untersagungsentscheidung als Oligopolist bezeichnet zu werden, wirkt sich auf zukünftige wirtschaftliche Dispositionen der Betroffenen aus. Es handelt sich bei den beigeladenen Unternehmen, deren Marktstellung in dem Verfahren nicht nur thematisiert, sondern zu einem tragenden Entscheidungsgrund gemacht wurde, eben nicht um beliebige Dritte, die in keinerlei Beziehung zum Verfahren stehen. Es erscheint daher durchaus angemessen, die beiden Supermarktbetreiber zumindest als „einfach in ihren Interessen berührt“ zu qualifizieren. Damit erfüllen die beiden Beigeladenen zwar ebenfalls noch nicht die Voraussetzungen, die an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde geknüpft werden. Hierfür bedürfte es einer erheblichen, und nicht bloß einer einfachen Interessenberührung. Für eine einfache, d. h. ermessensabhängige Beiladung erscheinen sie jedoch durchaus qualifiziert.

## 2. Beiladung von Arbeitnehmervertretern

Streit besteht über die Frage, ob und in welcher Form Arbeitnehmervertreter am Kartellverwaltungsverfahren beteiligt sein können. Problematisch erscheint weniger die Beteiligtenfähigkeit i. S. d. § 77 GWB. Die Vorschrift bezeichnet sowohl natürliche als auch juristische Personen und sogar nichtrechtsfähige Personenvereinigungen ausdrücklich als beteiligungsfähig. Damit steht der persönliche Anwendungsbe-

62 Putzo, H., in: Thomas, H./Putzo, H. (Hrsg.), ZPO, 2005, § 68, Rz. 5; Vollkommer, M., in: Zöller, R. (Hrsg.), ZPO, 2005, § 68, Rz. 6. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass diese Bindungswirkung nur im Verhältnis zwischen Nebenintervenienten und unterstützter Hauptpartei eintritt. Übertragen auf die Struktur des Kartellverwaltungsverfahrens würde das bedeuten, dass die beigeladenen Dritten („Nebenintervenienten“) Nachteile allenfalls im Verhältnis zu den Fusionskandidaten als „unterstützte Hauptparteien“ (hier Coop), nicht aber im Verhältnis zum Bundeskartellamt („Gegenpartei“) zu erwarten hätten.

reich außer Frage.<sup>63</sup> Nach herrschender Meinung kommen Gewerkschaften deshalb nicht für eine Beiladung in Betracht, weil die von ihnen vertretenen Beschäftigungsinteressen keine i. S. des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB marktrelevanten sind.<sup>64</sup> Darüber hinaus argumentiert die herrschende Meinung mit einem Vorrangverhältnis der einschlägigen Regelungen in Tarifverträgen und dem Betriebsverfassungsgesetz.<sup>65</sup> Danach habe der Gesetzgeber in keiner Weise zum Ausdruck gebracht, die Möglichkeiten der Mitbestimmung der Arbeitnehmer über die in den genannten vertraglichen oder gesetzlichen Regelungen erweitern zu wollen.<sup>66</sup> Bemerkenswerterweise möchte die herrschende Meinung den Arbeitnehmervertretern jedoch ohne Zögern ein Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB zugestehen.<sup>67</sup> Hier könnte man mit denselben Argumenten auf die vermeintlich vorrangigen Möglichkeiten der Mitbestimmung bzw. auf die fehlende Wettbewerbsrelevanz verweisen. Dass die Möglichkeit zur Stellungnahme ebenfalls eine Form der Einflussnahme außerhalb des Rahmens der Mitbestimmung darstellt, ist kaum zu bezweifeln. Es drängt sich daher der Verdacht auf, dass es der herrschenden Meinung in Wirklichkeit gar nicht darum geht, die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern am Kartellverwaltungsverfahren als solchem zu verhindern. Stein des Anstoßes ist vielmehr die Sorge, dass die einmal bestandskräftig gewordene Beiladung die Türen zum gerichtlichen Rechtsschutz öffnet. Das Korrektiv der materiellen Beschwer erweist sich wie oben gezeigt<sup>68</sup> als zu schwach, um den Gang zum Beschwerdegericht auf dieser Stufe noch aufzuhalten. Die hier vorgeschlagene Differenzierung zwischen Beiladung und Beteiligung vermag der Frage möglicherweise ihre Brisanz zu nehmen. So ist zu erwägen, den Vertretern der betroffenen Arbeitnehmer lediglich den Status von (einfachen) Beigeladenen zu gewähren. Im Vergleich zu den nach § 56 Abs. 2 GWB lediglich anzuhörenden Dritten nähmen sie damit eine privilegierte Stellung im Verwaltungsverfahren ein.<sup>69</sup> Gleichzeitig bliebe ihnen jedoch gerichtlicher Rechts-

63 Vgl. allerdings die vom *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71, vertretene Ansicht, wonach Gruppen, die zu den die Einleitung des Verfahrens beantragenden Unternehmen gehören, nicht beigeladen werden können (dazu kritisch, im Ergebnis aber offen lassend *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 340).

64 *BKartA*, aaO, 72; *KG*, aaO, 340ff.; *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; *Wiedinger*, W., *Rechtsschutz*, 1968, 99; *Kohlmeier*, A., *Beschwer*, 1997, 76. A. A. *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 38. Ausführlich *ders.*, K., *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 489 ff. m. w. N.

65 *BKartA*, aaO, 71f.; *KG*, aaO, 342.

66 *BKartA*, aaO, 72; *Junge*, W., in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 17; *Becker*, C., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 54, Rz. 14. *Schmidt*, K., *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 490 fasst dieses Argument der h. M. pointiert mit der Sorge vor einer „außerbetrieblichen Mitbestimmung“ zusammen.

67 *KG*, aaO, 342; *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 56, Rz. 22.

68 *Kap. 3 C II 1.*

69 Zu den Unterschieden auf der Rechtsfolgenseite oben VI.

schutz mangels subjektiver Rechtsverletzung bzw. erheblicher Interessenberührung verschlossen. Unter diesen Vorzeichen kann auch der Argumentation des Bundeskartellamts in dem unter dem Namen „Gewerkschaft“ bekannten Fall gefolgt werden: Das Ergebnis eines Kartellverwaltungsverfahrens wirkt sich auf die Interessen der Arbeitnehmer nur mittelbar, nämlich als Folge einer verschlechterten Marktlage ihres Unternehmens, aus.<sup>70</sup> In diesen Fällen liegt keine erhebliche, sondern lediglich eine einfache Interessenberührung vor.

### 3. Beiladung von Verbraucherverbänden

Die von Arbeitnehmern vertretenen Interessen kann man mit guten Gründen als nicht relevant i. S. d. Kartellrechts bezeichnen. Das ist bei Verbraucherinteressen anders. Die bestmögliche Versorgung der Verbraucher zu sichern gehört zu den vorrangigen Zielen des GWB.<sup>71</sup> Greifbar ist eine marktrelevante Betroffenheit der Verbraucher insbesondere in den Fällen, in denen ein Zusammenschluss auf der Ebene des Einzelhandels erfolgt. Strukturell besteht kein Unterschied zu der Situation, in der sich beispielsweise ein Großhändler nach der Fusion zweier Produzenten befindet. In der Literatur finden sich daher auch Stimmen, die der Möglichkeit einer Beiladung von Verbrauchern oder Verbraucherverbänden grundsätzlich positiv gegenüber stehen.<sup>72</sup> Schon aus technischen Gründen ist die Beiladung eines Verbraucherschutzverbandes der Hinzuziehung einer Vielzahl einzelner Betroffener sicherlich vorzuziehen.<sup>73</sup> Prinzipielle Einwände gegen die Beiladung von dem Verbraucherschutz dienenden Organisationen bestehen nicht. Der Gesetzgeber hat sich dieser Erkenntnis sowie rechtspolitischen Forderungen gegenüber offen gezeigt und die Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 2005 durch einen neuen zweiten Satz in diesem Sinne geöffnet. Danach kann die geforderte Erheblichkeit auch daraus resultieren, dass sich die Entscheidung auf eine besonders große Zahl von Verbrauchern auswirkt. Umgekehrt mag man aus der neuen Vorschrift den Schluss ziehen, dass der Gesetzgeber selbst das Erfordernis der Erheblichkeit der Interessenberührung bei einzelnen Verbrauchern jedenfalls im Regelfall für nicht gegeben hält. Für sie

70 *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 72. Kritisch dazu *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 490.

71 Vgl. die Nachweise in *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 und bei *Zimmer, D.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 1, Rz. 26, FN 55 sowie den Wortlaut von Art. 81 Abs. 3 EGV.

72 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 36 m.w.N.; *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), *FS Wahl*, 1973, 339, 456. Bejahend wohl auch *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. Vgl. auch *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 341 sowie jüngst *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. *GWB*-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105. Verneinend *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 *GWB* 1980, Rz. 17.

73 Dazu oben *III*.

kommt nach der hier vorgeschlagenen Unterscheidung daher allenfalls eine ermessensabhängige einfache Beiladung in Betracht. Diese Möglichkeit ist für die Kartellbehörde insbesondere in den Fällen interessant, in denen zwar Privatleute, aber keiner der in Betracht kommenden Verbraucherverbände einen Antrag auf Beiladung stellt.

Zu klären bleibt schließlich die wichtige Frage nach der Beschwerdebefugnis von Verbrauchern bzw. den sie vertretenden Verbänden. Dem einzelnen (beigeladenen) Verbraucher wird man sie in aller Regel wegen der Geringfügigkeit der Auswirkungen auf seine ökonomischen Verhältnisse absprechen müssen.<sup>74</sup> Für Verbraucherschutzorganisationen gilt dagegen etwas anderes. Die hier propagierte Lösung lässt die überkommene Differenzierung zwischen den materiellen Voraussetzungen der Beiladung und denjenigen der Beschwerdebefugnis hinter sich. Die aus der Einfügung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 Satz 2 GWB 2005 resultierende erleichterte Einbindung von Verbraucherverbänden in das Kartellverwaltungsverfahren wirkt sich vielmehr unmittelbar auf die Frage nach den materiellen Voraussetzungen einer gerichtlichen Anfechtungsbeschwerde aus.<sup>75</sup> Die Zulässigkeit entsprechender Verbandsklagen ist damit zu bejahen.<sup>76</sup>

## IX. Zusammenfassender Vergleich mit der Systematik der herrschenden Meinung

### 1. Beteiligungsformen

Sowohl nach der Systematik der herrschenden Meinung als auch nach der hier vorgeschlagenen Alternativkonzeption kommen für interessierte Dritte drei Formen der Beteiligung i. w. S. in Betracht: die formlose Anhörung gemäß § 56 Abs. 2 GWB, die einfache Beiladung und die notwendige Beiladung. Ein Unterschied besteht in der Terminologie: Nach der Alternativkonzeption werden nur die wegen nachteiliger und erheblicher Interessenberührung notwendig beigeladenen Dritten als „Beteiligte“ (i. e. S.) bezeichnet.

74 Vgl. auch schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 99, der vor dem Hintergrund der damaligen Rechtslage eine Klagebefugnis von Verbraucherschutzverbänden mit dem Argument verneint, dass es angesichts der Geringfügigkeit der Betroffenheit der einzelnen Verbraucher regelmäßig an der erforderlichen Beschwerdebefugnis auch der einzelnen Verbandsmitglieder fehle.

75 Das ist Folge der Bezugnahme in § 63 Abs. 2 GWB auf die Voraussetzungen der Beiladung (oben *Kap. 3 C II*).

76 Das entspräche auch dem Anliegen der *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 105, auf das der Gesetzgeber mit der Novellierung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB reagiert zu haben scheint.

## 2. Beteiligungsrechte

Geringe Differenzen bestehen auch hinsichtlich der Frage, welche Beteiligungsrechte mit den unterschiedlichen Beteiligungsformen verbunden sind. Übereinstimmung zwischen beiden Drittschutzkonzeptionen herrscht in Bezug auf die Rechtsstellung solcher Dritter, die von der Kartellbehörde gemäß § 56 Abs. 2 GWB lediglich angehört werden, sowie in Bezug auf den Status der notwendig beigeladenen Dritten vor. Erstere können auf das Verwaltungsverfahren nur geringen Einfluss nehmen. Gerichtlicher Rechtsschutz ist ihnen gänzlich versagt. Letztere können dagegen sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpfen. Ihnen steht neben der unbeschränkten Beteiligung am Verwaltungsverfahren sowohl die Anfechtungs- als auch die Verpflichtungsbeschwerde einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 offen. Eine unterschiedliche Behandlung erfährt allein die Kategorie der einfach Beigeladenen. Während sie nach herrschender Meinung, jedenfalls soweit das wenig anspruchsvolle Merkmal der materiellen Beschwer gegeben ist, auch gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen können („formalisierte Beschwerdeberechtigung“), ist gerichtlicher Rechtsschutz nach der hier vertretenen Auffassung einzig der Kategorie der notwendig beizuladenden Dritten („Beteiligte i. e. S.“) vorbehalten.

## 3. Tatbestandsvoraussetzungen

Wesentlich gewichtigere Unterschiede treten bei einem Vergleich der Tatbestandsvoraussetzungen für die verschiedenen Beteiligungsformen zutage. Nach herrschender Meinung können unter die Kategorie derjenigen Dritten, denen jede Form der Einflussnahme verwehrt ist, ganz unterschiedliche Arten von Drittunternehmen fallen: vom *quivis ex populo* über den einfach in seinen Interessen berührten Dritten bis zum erheblich und nachteilig in seinen Interessen Berührten. Letztere Gruppe von Drittbetroffenen hat dagegen nach der Alternativkonzeption – hier liegt der entscheidende Unterschied – einen Anspruch auf Beiladung. Übereinstimmung besteht wiederum insoweit, dass es für das ermessensabhängige Stellungnahmerecht gemäß § 56 Abs. 2 GWB mindestens einer einfachen Interessenberührung bedarf. Divergierende Ansichten bestehen hinsichtlich der Voraussetzungen der (ebenfalls ermessensabhängigen) einfachen Beiladung. Nach der hier vertretenen Auffassung genügt eine einfache Interessenberührung. Dagegen verlangt die herrschende Meinung eine erhebliche Interessenberührung. Im theoretischen Ansatz geht die herrschende Meinung von der Existenz eines weiteren Tatbestandsmerkmals voraus: der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten. Von ihr hängen u. a. die notwendige Beiladung und die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ab. Die herrschende Meinung bleibt allerdings die Schilderung einer Fallkonstellation schuldig, in der diese ultimative Stufe der Drittbetroffenheit durch eine Fusionsgenehmigung gegeben sein soll. Nach der Alter-

nativkonzeption hat dagegen derjenige Dritte einen Anspruch auf Beiladung, der eine nachteilige und erhebliche Interessenberührung geltend machen kann.<sup>77</sup> Er gilt als in subjektiven Rechten verletzt.

#### 4. Resümee

Legt man die hier vorgestellte alternative Systematik zugrunde, so erweist sich die Rechtsstellung der Drittbetroffenen im Vergleich zu derjenigen der herrschenden Meinung in zwei Punkten als günstiger. Erstens: Wer eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen kann, verfügt über sämtliche Möglichkeiten des gerichtlichen Rechtsschutzes. Dieser hängt nicht mehr vom Ermessen der Kartellbehörde ab. Der Dritte ist auf Antrag obligatorisch zum Verwaltungsverfahren beizuladen. Zweitens: Selbst einfach in ihren Interessen berührte Dritte können – ermessensabhängig – beigeladen werden. Im Vergleich zu den bloß anzuhörenden Dritten genießen sie einen privilegierten Status. Ihnen steht insbesondere ein beschränktes Akteneinsichtsrecht zu.

### B. Das Verhältnis von Hauptsacheverfahren und Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach der Neukonzeption

#### I. Keine Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Zulässigkeit

Mit der Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verfolgte der Gesetzgeber das Ziel, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts nicht nur im Verhältnis zur bisherigen Rechtspraxis, sondern auch im Verhältnis zu den Rechtsschutzvoraussetzungen im Hauptsacheverfahren einzuschränken.<sup>78</sup> Das folgt aus der Entwurfsbegründung<sup>79</sup> und dem Wortlaut der Vorschrift („nur“). Die vorgestellte Neukonzeption führt im Ergebnis jedoch zu einer Angleichung der beiden Verfahrensarten. Das gilt zumindest für die Ebene der Zulässigkeitsvoraussetzungen. Nach dem schließlich Gesetz gewordenen Wortlaut von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 hängt die Zulässigkeit des Antrags auf Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes von der Geltendmachung einer „Verletzung in ei-

77 Ausführlich oben *Kap. 4 D* zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals.

78 Das zuerst genannte Ziel erreicht die hier vorgestellte Neukonzeption durch eine im Vergleich zu den Anforderungen der herrschenden Meinung an das Erfordernis der „materiellen Beschwer“ i. S. einer bloßen nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen strengeren Schutzbereichsabgrenzung (oben *Kap. 4 D*).

79 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65: „Dagegen verbleibt es im Hauptsacheverfahren bei den niedrigeren Anforderungen [...]“