

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 [...]“

genen Rechten“ ab. Nach der hier vertretenen Auffassung findet sich dasselbe materielle Kriterium in Form der (nachteiligen) „erheblichen Interessenberührung“ auch in § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB als Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache wieder.

## II. Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auf der Ebene der Begründetheit

Dem Anliegen des Gesetzgebers, den einstweiligen Rechtsschutz Dritter im Vergleich zum gerichtlichen Rechtsschutz in der Hauptsache zu beschränken, muss daher auf andere Weise entsprochen werden. Ein möglicher Weg ist, der neu eingefügten Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung nicht ausschließlich im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung Bedeutung zuzumessen. Denkbar ist vielmehr, zusätzlich den Prüfungsumfang des Gerichts auf der Ebene der Begründetheit zu begrenzen. Wiederum bietet sich das Merkmal der subjektiven Rechtsverletzung als einschränkendes Kriterium an. Einen Anhaltspunkt für eine Einschränkung auf der Ebene der Begründetheit liefert die Formulierung des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB in der Fassung des Referentenentwurfs vom 17.12.2003. Sie lautet: „Wird eine [Freigabe-Verfügung oder Ministererlaubnis] von einem Dritten angefochten, kann das Beschwerdegericht eine [einstweilige] Anordnung nur treffen, wenn der Dritte durch die Verfügung oder Erlaubnis in seinen Rechten verletzt ist.“ Hinweise in diese Richtung finden sich auch in den Materialien zum aktuellen Wortlaut der Vorschrift. So wendet sich die Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung auf die Stellungnahme des Bundesrates zu § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB-Entwurf gegen die „Praxis des OLG Düsseldorf, [...] vorläufige[n] Rechtsschutz sogar dann zu gewähren, wenn der behauptete Rechtsverstoß eine Norm betrifft, die nicht die Belange der Dritten schützt.“<sup>80</sup> Auch aus dieser Äußerung geht hervor, dass Stein des Anstoßes weniger die als zu großzügig empfundenen Zulässigkeitsvoraussetzungen als vielmehr der zu weit erscheinende materielle Prüfungsumfang des Gerichts des einstweiligen Rechtsschutzes ist.

## III. Zum Vergleich: Das Prüfungsprogramm nach allgemeinem Verwaltungsprozessrecht

Tatsächlich spielte die Frage, ob subjektive Rechte oder gar nur Interessen gerade des Antragstellers betroffen waren, bislang keine Rolle für die Entscheidung, ob dem Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz stattgegeben wird oder nicht. Gemäß §§ 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB kann das Gericht die aufschiebende

80 *Bundesregierung*, Gegenäußerung Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640 (Anlage 3), 90.

Wirkung einer Drittbeschwerde anordnen, wenn „ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen“.<sup>81</sup> Nicht gefragt wird danach, ob die möglichen Rechtsverletzungen die wettbewerbliche Position gerade des Antragstellers beeinträchtigt. Im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht ist das anders. Zwar enthält § 80 Abs. 5 VwGO keine materiellen Kriterien für die Sachentscheidung über den Eilantrag.<sup>82</sup> In der Praxis ordnen die Gerichte die aufschiebende Wirkung nach Abwägung der Interessen des Antragstellers und des Antragsgegners an. Einen zentralen Abwägungsgesichtspunkt bilden dabei die Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache.<sup>83</sup> Dort gilt der Maßstab des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Danach genügt die Rechtswidrigkeit der Verfügung alleine nicht. Es bedarf zusätzlich einer Verletzung in eigenen Rechten des Klägers.<sup>84</sup> Die dem § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO entsprechende Vorschrift für das Hauptsacheverfahren vor dem Beschwerdegericht in Kartellsachen kennt diese Einschränkung nicht. Vielmehr ordnet die Regelung des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB eine objektive und damit umfassende Richtigkeitskontrolle an.<sup>85</sup> Nicht das als verletzt gerügte Individualrecht des Beschwerdeführers,

- 81 Der in § 65 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB enthaltene weitere Aussetzungsgrund „unbillige Härte der Vollziehung“ spielte in der deutschen fusionskontrollrechtlichen Praxis bislang keine Rolle (*Birmanns, S.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 65 GWB 2005, Rz. 45). Ausführlich zur Auslegung der beiden gleichlautenden Kriterien in § 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO (öffentliche Abgaben und Kosten) *Schoch, F.*, *Vorl. Rechtsschutz*, 1988, S. 1293ff.
- 82 Das ist anders z. B. in §§ 916 ff., 935, 940 ZPO, § 123 Abs. 1 oder 80 Abs. 4 Satz 3 VwGO.
- 83 Sog. materiell-akzessorische Prüfung. Die herrschende Judikatur berücksichtigt die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs jedenfalls soweit sie „offensichtlich“ sind (umfassende Nachweise bei *Schoch, F.*, in: *Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand: September 2004, § 80, Rz. 252, FN 936). Die Einzelheiten sind sehr streitig. Ausführlich zu den verschiedenen Modellen der Entscheidungsfindung ebenda, Rz. 250ff. *Schoch* selbst plädiert sogar für eine ausschließlich materiell-akzessorische Prüfung (ebenda, 257).
- 84 *Gerhardt, M.*, in: *Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.), *VwGO*, Stand d. Bearb.: Februar 1996, Vorbemerkung § 113 Rz. 3; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 113, Rz. 26. A. A. *Zuleeg, M.*, *DVBl.* 1976, 509, 516, der auf der Ebene der Begründetheitsprüfung für eine reine Gesetzmäßigkeitskontrolle plädiert.
- 85 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 33; *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 34 (zur Verpflichtungsbeschwerde). So auch schon *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 473: „Im Gegensatz zu § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO erklärt § 70 Abs. 2 Satz 1 GWB [1976] den Erfolg einer Anfechtungsbeschwerde für abhängig nicht von der Verletzung des Beschwerdeführers in seinen Rechten, sondern lediglich von der objektiven Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung.“; *Scholz, R.*, *Wirtschaftsaufsicht*, 1971, 82; *Kremer, M.-G.*, *Beschwerde*, 1988, 86. In dieselbe Richtung auch schon *Möschel, W.*, *Wirtschaftsrecht*, 1972, 476. Vgl. auch *Monopolkommission*, *Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR)*, 2004, Rz. 104. A. A. *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 63ff. (dazu sogleich unten FN 95).

sondern das objektive Recht bestimmt das gerichtliche Prüf- und Entscheidungsprogramm.<sup>86</sup>

#### IV. § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 als *lex specialis* zu § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB

Legt man diese Überlegungen zugrunde, so ist folgende Lesart des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 möglich: Die Vorschrift ist *lex specialis* zur Regel des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB. Während diese eine bloße Verletzung objektiven Rechts für die Begründetheit einer Beschwerde genügen lässt, gilt für den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts dasselbe wie für die Begründetheitsprüfung im allgemeinen Verwaltungsrecht (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO): Rechtsschutz wird nur gewährt, wenn subjektive Rechte des Klägers bzw. Beschwerdeführers verletzt sind.

*Beispiel:* Es möge ein Konkurrent Drittbeschwerde einlegen, der mit den Zusammenschlussbeteiligten auf dem Produktmarkt X in einem Wettbewerbsverhältnis steht. Ergibt eine summarische Prüfung, dass es durch die Fusion zu einer marktbeherrschenden Stellung lediglich auf dem Produktmarkt Y kommt, so ist dem Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugunsten des beschwerdeführenden Konkurrenten verwehrt. Der Beurteilungsfehler hinsichtlich des Produktmarkts Y kann allenfalls im Rahmen des Hauptsacheverfahrens zur Aufhebung der kartellbehördlichen Verfügung führen.

#### V. Der *HABET/Lekkerland*-Beschluss des BGH

Das hier vorausgesetzte Verständnis der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde als Verfahren der objektiven Richtigkeitskontrolle entspricht der bislang fast einhellig vertretenen Meinung in der Literatur.<sup>87</sup> Eine Beschränkung der gerichtlichen Prüfungskompetenz auf subjektive Rechtsverletzungen der Beschwerdeführer lehnte sie ausdrücklich ab. Im Gegensatz dazu stehen die Beschlüsse von KG und BGH im Fall *HABET/Lekkerland*.<sup>88</sup> Darin äußern sich die beiden Gerichte unter anderem zur Frage der Prüfungskompetenz des Beschwerdegerichts. Der BGH bestätigte das KG darin, dass „das Beschwerdegericht, das über die von einem Dritten gegen eine Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB eingelegte Beschwerde

86 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 71, Rz. 12; *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 117 f; wohl auch *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 70 *GWB* 1980, Rz. 7. A. A. *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 101ff. Vgl. außerdem *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (dazu sogleich).

87 Siehe die Nachweise in den beiden vorhergehenden Fußnoten.

88 *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163.

zu entscheiden hat, [...] die angefochtene Verfügung nur insoweit überprüfen [kann], als eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen des Beschwerdeführers in Betracht kommt.“<sup>89</sup> Im konkreten Fall hatte das zur Folge, dass die Überprüfung der Freigabeentscheidung im Hauptsacheverfahren nur in Bezug auf das räumliche Gebiet erfolgen durfte, in dem die Beschwerdeführerin unternehmerisch tätig war (hier: Raum Köln). Marktbeherrschung in anderen Teilen des Bundesgebiets soll danach unbeachtlich sein. Diese Einschränkung wäre nach der hier vertretenen Auffassung nur berechtigt gewesen, wenn es sich um ein Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gehandelt hätte.

Es ist fraglich, welche Bedeutung dieser Feststellung des BGH beizumessen ist. Eine Auseinandersetzung mit dem von § 113 Abs. 1 VwGO abweichenden Wortlaut des § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB fehlt. Auch verzichtet der BGH darauf, sich mit der anders lautenden Literaturmeinung auseinander zu setzen.<sup>90</sup> Schließlich stellt sich der BGH mit seinem Beschluss auch in Widerspruch zu der vorher ergangenen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas*.<sup>91</sup> In allen drei Verfahren hatten sich die Düsseldorfer Richter mit dem schlichten Hinweis auf ernsthafte Zweifel i. S. d. § 65 Abs. 3 Nr. 2 GWB an der (objektiven) Rechtmäßigkeit der angefochtenen Freigabeverfügungen bzw. Ministererlaubnis begnügt.<sup>92</sup> Die Frage nach einer möglichen Verletzung „in geschützten Rechten“ blieb dabei außen vor. Wäre § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB aber tatsächlich so zu verstehen, dass die Aufhebung einer kartellbehördlichen Verfügung eine Verletzung in subjektiven Rechten des Beschwerdeführers zur Voraussetzung hätte, so müsste das bei Anordnungen gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB erst recht gelten.<sup>93</sup> Der Prüfungsumfang kann hier nicht weiter sein als im Hauptsacheverfahren. Das folgt

89 *BGH*, aaO, 1165. Zuvor schon *KG*, aaO, 690.

90 Auch eine Bezugnahme auf die Mindermeinung von *Kohlmeier* (siehe sogleich unten FN 95) fehlt.

91 Dasselbe gilt für das *KG* im Hinblick auf die zwei Wochen zuvor ergangene Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665.

92 *Dass.*, aaO, 666; *dass.*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 683; *dass.*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 887.

93 Auch der Düsseldorfer Kartellsenat muss sich den Vorwurf gefallen lassen, die erstmals vom *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 690 gemachte Einschränkung des Prüfungsmaßstabs jedenfalls in dem später entschiedenen Verfahren *Trienekens* (vorige FN) nicht diskutiert zu haben. Zwar referiert das *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 886 die Rechtsprechung des *KG* im Fall *HABET/Lekkerland* (materielle Beschwer als „[Betroffenheit] auf dem relevanten Markt durch die negative Veränderung der Wettbewerbsbedingungen, die durch die Freigabe eines Zusammenschlusses droht“). Auch überträgt es sie konsequent auf die Anfechtung einer Ministererlaubnis (ebenda, 887). Allerdings beschränken sich die Düsseldorfer Richter darauf, dieses Kriterium im Rahmen der Zulässigkeit zu prüfen. Eine darüber hinausgehende Einschränkung der Begründetheitsprüfung wird nicht diskutiert. Auch in den Anmerkungen von *Schmidt, K.*, DB 2004, 527 und *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431 findet sich kein Kommentar zu der vom BGH postulierten eingeschränkten Prüfungsbefugnis. Die entsprechende Passage fehlt in dem in beiden Anmerkungen wörtlich wiedergegebenem Abschnitt aus der Urteilsbegründung.

schon aus dem Grundsatz, wonach das Gericht dem Antragsteller im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht mehr gewähren darf als er im Hauptsacheverfahren erlangen kann.<sup>94</sup>

## VI. Stellungnahme

Der BGH begründet die Einschränkung des gerichtlichen Prüfungsumfangs im Hauptsacheverfahren (!) mit dem lapidaren Hinweis auf das entsprechende Zulässigkeitskriterium. Danach begrenze das Erfordernis der materiellen Beschwerde nicht nur den Kreis der anfechtungsberechtigten Dritten im Rahmen der Zulässigkeit, sondern wirke sich auch auf den Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts aus.<sup>95</sup>

Der Schluss von einem einschränkenden Zulässigkeitskriterium auf einen ebenso begrenzten Prüfungsumfang auf der Ebene der Begründetheit ist jedoch nicht zwingend. Die hier vertretene Differenzierung zwischen strengem Zulässigkeitsmaßstab und weitem gerichtlichem Prüfungsumfang im Hauptsacheverfahren kann sich auf prominente Vorbilder in anderen Prozessordnungen berufen. Zunächst ist an die dif-

94 Vgl. *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 64 Rz. 19; *Mees, H. K.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 64 Rz. 6; *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, *VwGO*, 2005, § 123, Rz. 9 und – weniger deutlich – § 80, Rz. 146.

95 *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165: „Gleichzeitig beschränkt die Beschwer den Gegenstand der Überprüfung durch das Beschwerdegericht.“ Das *KG*, 9.5.2001 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 688, 690 verzichtet gänzlich auf eine Begründung. Auch die Argumentation von *Kohlmeier, A.*, *Beschwer*, 1997, 104, die ebenfalls von einem auf subjektive Rechtsverletzungen des Beschwerdeführers eingeschränkten Prüfungsumfang des Beschwerdegerichts ausgeht, kann nicht überzeugen. *Kohlmeier* begründet ihre Ansicht mit der individualschützenden Funktion der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde. Dabei unterschlägt sie aber eine wichtige weitere Funktion der gerichtlichen Überprüfung kartellbehördlicher Verfügungen: Die Anfechtungsbeschwerde in Kartellverwaltungsachen trägt mindestens auch Züge einer objektiven Verwaltungskontrolle mit dem Ziel der Sicherung des Wettbewerbs als Institution (*Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Oktober 2002, § 63 *GWB* 1999, Rz. 33; *Scholz, R.*, *Wirtschaftsaufsicht*, 1971, 82, 84: Beschwerdeführer als „Funktionär der Gesamtrechtsordnung“ (unter Bezugnahme auf *Biedenkopf, K. H.*, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *FS Böh*, 1965, 113, 116, der sich mit diesem Begriff allerdings gerade gegen ein etwaiges Rechtfertigungsbedürfnis menschlichen Handelns durch Funktionen wendet, die außerhalb ihrer selbst, nämlich der Gesamtordnung liegen); *Möschel, W.*, *Wirtschaftsrecht*, 1972, 458, 476; *Kremer, M.-G.*, *Beschwerde*, 1988, 86; *Böge, U.*, *BB* 2003, Heft 46, Die Erste Seite: „Sachwalter der Wettbewerbsinteressen“). Anders als die Auffassung *Kohlmeiers* suggeriert, stehen sich die Anliegen Individualschutz und objektive Richtigkeitskontrolle aber auch nicht als Gegensatzpaar gegenüber (siehe schon *Mestmäcker, E.-J.*, *DB* 1968, 787, 790). Die erschöpfende Überprüfung von kartellbehördlichen Verfügungen auf ihre Übereinstimmung mit dem objektiven Recht bedeutet keine Verminderung des Individualrechtsschutzes, sondern schließt diesen mit ein. Die von *Kohlmeier* (aaO, 78) gestellte Frage, „ob der Interessenschutz als Individualschutz oder lediglich im Rahmen der objektiven Richtigkeitskontrolle gewährt wird“ (Hervorhebung vom Verf.) führt daher in die Irre.

ferenzierende Regelung in § 47 VwGO zu erinnern. Dort sind Antragsbefugnis und gerichtlicher Prüfungsumfang ebenfalls unabhängig voneinander ausgestaltet. Einen Antrag auf Normenkontrollprüfung können nur solche Personen stellen, die geltend machen, in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO. Trotz dieser Betonung des individualrechtsschützenden Charakters des Verfahrens<sup>96</sup> hat die Rechtmäßigkeitsprüfung durch das OVG umfassend und ohne Begrenzung auf Rechtsschutzaspekte zu erfolgen.<sup>97</sup> Ganz ähnlich stellt sich auch die Situation im Fall der Verfassungsbeschwerde dar. Auch hier ist Zulässigkeitserfordernis die „Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder [...] [grundrechtsgleichen] Rechte verletzt zu sein.“<sup>98</sup> Hat der Beschwerdeführer diese Hürde genommen, nimmt das Bundesverfassungsgericht eine umfassende Prüfungskompetenz für sich in Anspruch. Sie erstreckt sich unabhängig von dem als verletzt gerügten Recht auf die Übereinstimmung des zur Überprüfung gestellten Aktes mit dem sonstigen Verfassungsrecht.<sup>99</sup>

Normenkontrollverfahren und Verfassungsbeschwerde dienen nicht nur als Beleg dafür, dass im Rahmen der Zulässigkeits- und der Begründetheitsprüfung desselben Verfahrens durchaus unterschiedliche Maßstäbe angewandt werden können. Der Vorbildcharakter erstreckt sich in eingeschränkter Form sogar auf die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und dem Hauptsacheverfahren. Auch im Rahmen des Normenkontrollverfahrens hat der Ge-

96 *Bundesregierung*, Entw. 6. VwGOÄndG, BT-Drucks. 13/3993, 10.

97 *Gerhardt, M.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Juli 2005, § 47, Rz. 88. *Gerhardt, M.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, Vorbemerkung § 113, Rz. 3. Die dargestellte Ausgestaltung des Normenkontrollantrags widerlegt nicht nur die Ansicht, wonach einschränkende Zulässigkeitsvoraussetzungen zwangsläufig eine entsprechend eingeschränkte Begründetheitsprüfung nach sich ziehen müssen. Vielmehr erweist sich auch der umgekehrte Schluss von einer objektivierten Rechtmäßigkeitsprüfung auf entsprechend großzügige Zulässigkeitsvoraussetzungen als nicht zwingend. Vgl. *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 473, FN 315. Anders offenbar *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 33, der jedoch zusätzlich auf die Funktion der Anfechtungsbeschwerde als Instrument einer objektiven Verwaltungskontrolle verweist.

98 Im Fall der Verfassungsbeschwerde gesellt sich zu den üblichen Zulässigkeitsvoraussetzungen als zusätzliches Hindernis das in den §§ 93a - d BVerfGG geregelte Annahmeverfahren. Es führt in der Praxis dazu, dass nur ein kleiner Bruchteil der Individualbeschwerden überhaupt von einem Senat des Bundesverfassungsgerichts entschieden wird. Dieser Umstand führt zu einer zusätzlichen Akzentuierung des Gegensatzes zwischen weitem, da objektivem Prüfungsmaßstab auf der Begründetheitsebene und engen, insbesondere subjektiven Zugangsvoraussetzungen.

99 Z. B. *BVerfG*, 7.6.1977, E 45, 63, 74: „Die Verfassungsbeschwerde ist nicht nur ein Rechtsbehelf zur Sicherung und Durchsetzung grundgesetzlich garantierter Rechtspositionen, sondern in gleicher Weise ein «spezifisches Rechtsschutzmittel des objektiven Verfassungsrechts»“ (Anführungszeichen im Original). Zustimmung zu dieser Doppelfunktion der Verfassungsbeschwerde *Schlaich, K./Korioth, S.*, BVerfG, 2004, Rz. 272ff. m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

setzgeber den Erlass einstweiliger Anordnungen vorgesehen, § 47 Abs. 6 VwGO. Auch wenn sich im Wortlaut kein ausdrücklicher Hinweis in diese Richtung findet, so deutet sich in der praktischen Handhabung der Vorschrift doch eine Tendenz dahin gehend an, im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes den individualschützenden Aspekt wesentlich stärker als im Hauptsacheverfahren zu betonen.<sup>100</sup> Im Rahmen einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags in der Hauptsache untersuchen die erkennenden Senate insbesondere die „sachgerechte Abwägung der beachtlichen öffentlichen und privaten Belange“ und stellen sich die Frage, ob es durch die angegriffenen Normen zu einer erheblichen Beeinträchtigung gerade des Antragstellers kommt.<sup>101</sup> Dem entspricht es auch, dass die Gerichte den Antragsteller auf die als vorrangig bezeichneten Möglichkeiten des vorläufigen Individualrechtsschutzes gemäß §§ 80, 80a VwGO verweisen.<sup>102</sup> Dessen Rechtsschutzmöglichkeiten bieten auch regelmäßig weitergehende Abwehrmöglichkeiten als der einstweilige Rechtsschutz im Normenkontrollantrag.<sup>103</sup> Zu nennen ist schließlich die von der herrschenden Literatur geforderte Möglichkeit, die Aussetzung des Normvollzugs lediglich auf den Antragsteller zu beschränken.<sup>104</sup> Eine Nichtigerklärung mit Wirkung *erga omnes* wäre in diesen Fällen der Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten. Die Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen folgt aus § 32 BVerfGG. Sie erstreckt sich – trotz des dort verwendeten Begriffs „Streitfall“ – auch auf nicht kontradiktorische Verfahrensarten wie die Verfassungsbeschwerde.<sup>105</sup> Regelmäßig nimmt das Gericht dabei keine summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Hauptsache vor.<sup>106</sup> Angesichts der vom Bundesverfassungsgericht beanspruchten weiten Prüfungskompetenz würde das eine umfassende Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des angefochtenen Aktes bedeuten. Vielmehr tendieren die Karlsruher Richter zu einer Folgenabwägung. Verglichen werden die Folgen, die für den Antragsteller (bzw. für Dritte oder die Allgemeinheit) eintreten würden, wenn die einstweilige Anordnung nicht erginge, sich der Hauptsacheantrag aber als erfolgreich erweise, mit den Konsequenzen des umgekehrten Falles (Gewährung einstweiligen Rechts-

100 *Gerhardt, M.*, in: Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand: Oktober 2005, § 47, Rz. 129. Vgl. auch *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 47, Rz. 152.

101 So stellt z. B. der *VGH München*, 28.7.1999, BRS 62, Nr. 58, 296, 300 in seiner Entscheidung über einen Antrag gemäß § 47 Abs. 6 VwGO (gerichtet gegen einen Änderungsbebauungsplan) nicht zuletzt wesentlich auf die Frage ab, ob „[schützenswerte] Belange der Antragsteller, die den bisherigen Zustand auf dem Nachbargrundstück im eigenen Interesse aufrecht erhalten wollen [...] unzumutbar beeinträchtigt werden“ (in casu verneint).

102 *OVG Berlin*, 19.3.1999, BRS 62, Nr. 59, 301, 302.

103 Ebenda, 302f. m. w. N: Anders als im Fall der §§ 80, 80a VwGO erlaubt § 47 Abs. 6 VwGO nicht die Anordnung eines vorläufigen Baustopps.

104 *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 47, Rz. 150 m. w. N. auch auf die gegenteilige Ansicht.

105 Nachweise bei *Lechner, H./Zuck, R.*, BVerfGG, 2006, § 32, Rz. 17.

106 Die Erfolgsaussichten des Hauptsacheantrags spielen nur dann eine Rolle, wenn er sich als offensichtlich unzulässig oder unbegründet erweist (*BVerfG*, 5.7.1995, E 93, 181, 186f.; *Sturm, G.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, Art. 93).

schutzes und anschließendes Scheitern des Hauptsacheantrags).<sup>107</sup> Dieses Vorgehen lässt – wie bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auch – im Regelfall die spezifische Situation des Antragsstellers in den Vordergrund der Abwägungsentscheidung treten.

Damit lässt sich festhalten, dass die hier für die Anfechtungsbeschwerde gegen Fusionsfreigaben propagierte Lösung stark der Struktur des Normenkontrollverfahrens und der Verfassungsbeschwerde ähnelt: Zulässig sind die kartellverwaltungsrechtliche Anfechtungsbeschwerde sowie der Normenkontrollantrag und die Verfassungsbeschwerde nur unter der Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten, § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB sowie § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO und Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Das Hauptsacheverfahren dient dagegen der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle. Das bedeutet, dass jede Verletzung objektiven (Verfassungs-)Rechts die Aufhebung bzw. Nichtigklärung des angegriffenen Aktes, das heißt der (kartell-)behördlichen Verfügung, der gerichtlichen Entscheidung beziehungsweise der zur Überprüfung gestellten Rechtsnorm rechtfertigt, § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB sowie § 47 Abs. 5 Satz 2 1. HS VwGO und § 95 Abs. 2 und 3 BVerfGG. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes dominiert dagegen der individualschützende Charakter. Das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes darf die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden gegen die Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt nur anordnen, wenn sich seine ernsthaften Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Verfügung auf subjektiv-rechtlich geschützte Interessen des Beschwerdeführers beziehen.<sup>108</sup> In diesem Sinne ist der neue § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 zu verstehen. Auch im Bereich des Normenkontrollverfahrens erlassen die Gerichte eine einstweilige Anordnung in erster Linie zur „Abwehr schwerer Nachteile“ bzw. Rechtsverletzungen gerade beim Antragsteller. Entsprechend stellt sich die Lage im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 32 Abs. 1 BVerfGG dar.

## VII. Subjektive Rechtsverletzung bei Verfahrensfehlern? Das Verfahren

### *E.ON/Ruhrgas*

Die Entscheidungen des OLG Düsseldorf im Verfahren *E.ON/Ruhrgas* haben nicht zuletzt deshalb für Aufsehen gesorgt, weil der Kartellsenat die Anordnung der aufschiebenden Wirkung ausschließlich mit der Verletzung von Verfahrensvorschriften

107 Z. B. *BVerfG*, 5.7.1995, E 93, 181, 187ff. Den individualschützenden Charakter der einstweiligen Anordnung im Rahmen der Verfassungsbeschwerde betonen auch *Lechner, H./Zuck, R.*, BVerfGG, 2006, § 32, Rz. 11 und 23 mit weiteren Beispielen aus der Rechtsprechung.

108 Eine entsprechende Einschränkung des Prüfungsumfangs auf Begründetheitsebene auch im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine Ministererlaubnis dürfte sich schon aus Gründen der inneren Kohärenz empfehlen. Siehe auch noch unten *Ausblick*.

begründete.<sup>109</sup> Es stellt sich die Frage, ob die Entscheidungen der Düsseldorfer Richter vor dem Hintergrund der hier postulierten eingeschränkten Prüfungskompetenz des Gerichts des einstweiligen Rechtsschutzes Bestand haben können.<sup>110</sup> Das würde voraussetzen, dass Dritten aus der Verletzung formellen Rechts<sup>111</sup> subjektiv-öffentliche Rechte erwachsen können. Die Frage, welche Rechte Drittbetroffene aus einem Verstoß gegen Verwaltungsverfahrenrecht ableiten können, wird in der verwaltungsrechtlichen Lehre kontrovers diskutiert.<sup>112</sup> Die radikalste Lösung besteht darin, dem Dritten für jeden Fall der Verletzung formellen Rechts einen gerichtlich durchsetzbaren (materiellen) Genehmigungsabwehranspruch einzuräumen.<sup>113</sup> Übertragen auf die hier in Frage stehenden Konstellationen würde das bedeuten, dass der Dritte allein aufgrund der Missachtung einer Verfahrensvorschrift die gerichtliche Anordnung einer förmlichen Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis verlangen könnte. Nicht erforderlich wäre, dass er als Folge des Verstoßes gegen formelles Recht Beeinträchtigungen materiell-rechtlicher Positionen geltend macht. Die entgegengesetzte Position würde darin bestehen, Ansprüche Drittbetroffener auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften selbst zu beschränken. Weitere Rechtsfolgen in Bezug auf die Wirksamkeit der materiellen Entscheidung wären zu verneinen. Beide Extremösungen sind abzulehnen. Die erste kann zumindest in den (gerade für das Kartellverwaltungsrecht charakteristischen) multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis-

109 So ausdrücklich das *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 887: „Um die jetzt getroffenen einstweiligen Anordnungen gemäß § 65 Abs. 3 Satz 3 und Satz 1 Nr. 2 GWB [1999] zu rechtfertigen, bedarf es im derzeitigen Verfahrensstadium keiner Stellungnahme des Senats zur materiellrechtlichen Seite der Erlaubnisentscheidung (Feststellung der gesamtwirtschaftlichen Vorteile des Zusammenschlusses, die die fusionsbedingten Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen, oder Rechtfertigung des Zusammenschlusses durch ein überragendes Interesse der Allgemeinheit). Die ernstlichen Zweifel des Senats an der Rechtmäßigkeit der Verfügung resultieren aus der vorläufigen Beurteilung, dass die Verfügung [...] unter gravierenden Verfahrensfehlern zustande gekommen ist [...].“ Noch einmal bekräftigt vom *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926, 932 („bedarf es nach wie vor keiner Stellungnahme zur materiellrechtlichen Seite der Erlaubnisentscheidung“). Vgl. zu materiellrechtlichen Bedenken die *Monopolkommission*, 5.9.2002 (*Ergänzendes Sondergutachten zum Ministererlaubnisverfahren E.ON/Ruhrgas*), WuW/E DE-V 631ff. sowie *Möschel*, W., BB 2002, 2077, 2082 (u. a. zu der von ihm verneinten Frage, ob der Minister die von der Kartellbehörde festgestellten Wettbewerbsbeschränkungen selbstständig gewichten darf).

110 Diese Fragestellung setzt voraus, dass die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten des Antragstellers Begründetheitsvoraussetzung nicht nur im Fall der Anfechtung von Fusionsgenehmigungen des Bundeskartellamts, sondern auch des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit ist (siehe oben FN 108).

111 Beispielhaft genannt seien das Stellungnahmerecht, das Recht auf Akteneinsicht, die notwendige Beiladung zum Verwaltungsverfahren, die Benachrichtigungspflicht, die Pflicht zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung im Fall der Ministererlaubnis sowie die Anhörung der Landeskartellbehörden sowie gegebenenfalls der Monopolkommission gemäß § 40 Abs. 4 und § 42 Abs. 4 GWB.

112 Ausführliche Darstellung bei *Hufen*, F., Fehler im VerwVerf, 2002, Rz. 545ff. (= S. 330ff.).

113 In diese Richtung *ders.*, aaO, Rz. 566 (mit weiteren Differenzierungen) und *Goerlich*, H., NVwZ 1982, 607.

sen nicht überzeugen. Sie ist mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren, da sie das Risiko eines behördlichen Fehlers einseitig den privaten Genehmigungsempfängern (hier: den Zusammenschlussbeteiligten) aufbürdet. Deren Interesse an der Aufrechterhaltung der Sachentscheidung ist ebenfalls schützenswert.<sup>114</sup> Der zweiten Lösung ermangelt es dagegen an einschneidenden Sanktionen. Sie dürfte nicht ausreichen, um die Beachtung drittschützenden Verfahrensrechts zu garantieren. Überzeugend erscheint die von der herrschenden verwaltungsrechtlichen Meinung vertretene vermittelnde Lösung.<sup>115</sup> Danach können sich Drittkläger auf die Verletzung drittschützender Verfahrensvorschriften berufen (das heißt hier: die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Beschwerden gegen die Freigabebefreiung bzw. Ministererlaubnis verlangen), wenn zwei Voraussetzungen erfüllt sind:<sup>116</sup> Der von dem Verfahrensfehler betroffene Verwaltungsakt muss erstens eine materiell-rechtlich geschützte Position des klagenden Dritten berühren.<sup>117</sup> Der Dritte muss sich also im Fall einer Fusionsgenehmigung auf eine erhebliche Berührung seiner wettbewerblichen Interessen in negativer Weise berufen können.<sup>118</sup> Damit scheidet die Verletzung von Verwaltungsverfahrensvorschriften aus, denen keine entsprechenden materiellen Rechte zugrunde liegen.<sup>119</sup> Der Verfahrensfehler muss sich zweitens auf die Rechtsstellung des Dritten ausgewirkt haben.<sup>120</sup> Hier bedarf es einer typisierenden Prognose, dass in der konkreten Situation die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einer Ver-

114 *Schmidt-Aßmann, E.*, in: Maunz, T./Dürig, G./Herzog, R./Scholz, R. (Hrsg.), GG, Stand: August 2005, Art. 19 Abs. 4, Rz. 158; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 525.

115 Siehe auch § 46 VwVfG sowie die Nachweise in den folgenden Fußnoten.

116 Siehe zum Folgenden *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 524ff.

117 *BVerwG*, 13.7.1989, NVwZ 1989, 1168: Auswirkung auf materielle Position; *Schmidt-Preuß*, aaO, 495ff., insbes. 520ff. *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 4 c aa (= S. 655f.); *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 95. Eine Ausnahme bilden die seltenen „absoluten Verfahrensrechte“. Sie räumen Dritten unabhängig von einer materiellen Betroffenheit nicht nur einen Anspruch auf Einhaltung der Verfahrensvorschriften, sondern sogar einen subjektiv-rechtlichen Abwehranspruch gegenüber dem das Verfahren abschließenden Verwaltungsakt ein. Dazu *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 75 m.w.N. Er nennt als Beispiel u. a. den Anspruch der Gemeinde auf Beteiligung am Planfeststellungsverfahren gemäß § 6 LuftVG sowie die Beteiligungsrechte anerkannter Naturschutzverbände. Dazu gehört wohl auch der Anspruch von bestimmten Dritten gemäß § 25 GWB 2005, im Verfahren der Anerkennung von Wettbewerbsregeln eine Stellungnahme abzugeben. In diese Richtung auch der *BGH*, 15.7.1966 (*Bauindustrie*), WuW/E BGH 767, 777, der das Bestehen eines „Rechts auf Anhörung“ bestimmter Dritter in Erwägung zieht, gleichzeitig aber feststellt, dass sich dieses Recht jedenfalls „in der Anhörung als solcher erschöpfen [würde]“, da ihr keine darüber hinausgehenden materiellen Rechte oder „durchsetzbaren Ansprüche“ entsprechen.

118 Hier sind die oben in *Kap. 4 D II* entwickelten Kriterien zu prüfen. Im Fall der Beschwerdeführer im Verfahren *E.ON/Ruhrgas* ist das Vorliegen einer materiellen Beschwerde in diesem Sinne zu unterstellen (siehe oben *Kap. 4 D IV 3*).

119 *BVerwG*, 29.4.1993, NVwZ 1993, 890 (zu § 9 BNatSchG).

120 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 495ff., 520ff.; *Wolff, H. J./Bachof, O./Stober, R.*, VerwR I, 1999, § 43 I 4 c aa (= S. 655f.); *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 42, Rz. 95.

besserung der materiellrechtlichen Position des Dritten geführt hätte.<sup>121</sup> Grundvoraussetzung ist dabei, dass für die Behörde materiellrechtlich überhaupt die Möglichkeit zu einer abweichenden, dem Dritten günstigeren Entscheidung bestand.<sup>122</sup> Im Hinblick auf die Fusionskontrolle ist zu berücksichtigen, dass weder dem Bundeskartellamt noch dem Bundeswirtschaftsminister Ermessen bei der Bewertung von Zusammenschlussvorhaben eingeräumt ist. Die Kartellbehörden verfügen jedoch auf Tatbestandsebene über einen Beurteilungsspielraum beispielsweise bei der Würdigung der im Rahmen von § 42 Abs. 1 GWB zu berücksichtigenden Gemeinwohlvorteile.<sup>123</sup> Dieser Umstand ändert zwar nichts an dem Charakter einer gebundenen Verwaltungsentscheidung.<sup>124</sup> Angesichts des eingeräumten Bewertungsspielraums kann die Verletzung in eigenen Rechten aber auch aus einem bloßen Verfahrensfehler wie zum Beispiel der unterbliebenen Anhörung des beigeladenen Beschwerdeführers zu Fragen der Marktabgrenzung resultieren. Die Möglichkeit, dass die Behörde bei Beachtung des formellen Rechts eine andere Sachentscheidung getroffen hätte, kann nicht ausgeschlossen werden.<sup>125</sup> Ähnliches gilt auch im Zusammenhang mit der Auflagenkompetenz der Kartellbehörden. Zwar haben das Amt und der Bundesminister sich bei der Verfügung von Nebenbestimmungen wiederum an den materiellen Kriterien der §§ 36 Abs. 1 bzw. 42 Abs. 1 GWB zu orientieren. Insofern besteht ebenfalls kein Ermessens-, sondern lediglich ein Beurteilungsspielraum.<sup>126</sup> Die Kartellbehörde entscheidet aber nach Ausübung ihres Ermessens über die Frage, ob sie überhaupt von ihrer Auflagenkompetenz Gebrauch macht (oder den Zusammenschluss untersagt bzw. die Erlaubnis nicht erteilt). Entsprechendes gilt hinsichtlich der Auswahl geeigneter Auflagen und Bedingungen.<sup>127</sup> Angewendet auf das *E.ON/Ruhrgas*-Verfahren bedeutet das, dass die dritten Beschwerdeführer sich wegen der fehlenden Gewährung rechtlichen Gehörs<sup>128</sup> sowohl im Hinblick auf die Mi-

121 *BVerwG*, 30.5.1984, E 69, 256, 270: Es bedarf der Feststellung, dass „nach den Umständen des jeweiligen Falles die konkrete Möglichkeit besteht, dass ohne den angenommenen Verfahrensmangel die Entscheidung anders ausgefallen wäre.“; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 526. Vgl. auch das *OLG Düsseldorf*, 9.12.2002 (*Lufthansa/Eurowings*), WuW/E DE-R 953, 954 (zu § 46 VwVfG).

122 *Schmidt-Preuß, M.*, aaO, 526. Vgl. auch *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 46, Rz. 27.

123 *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885, 928; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 41.

124 *OLG Düsseldorf*, aaO; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO; *Möschel, W.*, BB 2002, 2077, 2083. Davon zu unterscheiden ist die „strikt gebundene Entscheidung“, in der das anwendbare materielle Recht der Verwaltung keinerlei Spielraum eröffnet (*Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 46, Rz. 30).

125 Vgl. ebenda, Rz. 32.

126 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 46.

127 Vgl. ebenda, Rz. 47. Näher zu den Ermessensbindungen speziell des Bundeskartellamts ebenda, Rz. 55.

128 *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926, 936ff.; *OLG Düsseldorf*, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013, 1016f.

nistererlaubnis selbst als auch hinsichtlich der Anordnung von (auch ihrem Schutz dienenden) Nebenbestimmungen<sup>129</sup> auf die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen berufen können. Eine Unbeachtlichkeit des Verfahrensmangels gemäß § 46 VwVfG scheidet unter diesen Umständen aus. Macht die Kartellbehörde allerdings erfolgreich von der in § 56 Abs. 4 GWB 2005 nunmehr ausdrücklich in Bezug genommenen Heilungsmöglichkeit gemäß § 45 VwVfG Gebrauch, so entfällt die Grundlage für subjektiven Drittschutz.<sup>130</sup>

## VIII. Zusammenfassung

Das gesetzgeberische Ziel einer Beschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle auch im Verhältnis zum Hauptsacheverfahren kann durch einen eingeschränkten Prüfungsumfang auf der Ebene der Begründetheit erreicht werden. Anders als vom OLG Düsseldorf auf Grundlage der bisherigen Rechtslage in den Fällen *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* vorausgesetzt, reichen danach ernsthafte Zweifel an der objektiven Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht mehr aus, um die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde anzuordnen. Die Zweifel müssen sich auf die Verletzung subjektiver Rechte des Beschwerdeführers beziehen. Die bloße Verletzung formellen Rechts genügt hierfür nicht. Darüber hinaus bedarf es der Feststellung, dass die ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens möglicherweise die materielle Position des Dritten verbessert hätte. Das ist typischerweise bei Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen der Fall. Unter die erste Kategorie fällt die Entscheidung über die Anordnung von Nebenbestimmungen zu einer Fusionsgenehmigung. Bei der Subsumtion eines Zusammenschlussvorhabens unter die §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB verfügen die Kartellbehörden über einen Beurteilungsspielraum. In beiden Fällen kommt die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerde wegen möglicher Verletzung in subjektiven Rechten damit jedenfalls solange in Betracht, wie der Fehler nicht gemäß § 45 VwVfG wirksam geheilt wurde. Im Hauptsacheverfahren bleibt es dagegen bei dem in § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB normierten Prüfungsmaßstab. Entgegen der insbesondere von KG und BGH im Verfahren *HABET/Lekkerland* vertretenen Auffas-

129 Diese Voraussetzung trifft allerdings nicht zu auf die vom *OLG Düsseldorf*, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926, 937f. besonders kritisierte Verletzung des Gebots rechtlichen Gehörs hinsichtlich der schriftlichen Erklärung der E.ON AG betreffend Investitionsvorhaben zugunsten der Ruhrgas AG. Danach sei E.ON bereit, im Falle der Erteilung der Ministererlaubnis einen Betrag von sechs bis acht Milliarden Euro für gaswirtschaftliche Investitionen der Ruhrgas zur Verfügung zu stellen. Weder wurde dieses Investitionsversprechen zum Gegenstand einer rechtsverbindlichen Auflage gemacht, noch dient es der Verbesserung der wettbewerblichen Situation von Drittbetroffenen. Hintergrund der Investitionszusage war vielmehr der Wunsch, die erstrebte Ministererlaubnis mit dem Interesse an einer verbesserten internationalen Wettbewerbsfähigkeit der Ruhrgas AG und der gesamtwirtschaftlich bedeutsamen Sicherung der Energieversorgung zu rechtfertigen.

130 Siehe dazu oben *Kap. 4 C V 4*.

sung obliegt dem Beschwerdegericht eine umfassende Untersuchung der Freigabe-  
verfügung auf ihre objektive Rechtmäßigkeit.

## Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes

### A. Wiederaufleben des Vollzugsverbots nach Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden

#### I. Die Ansicht des OLG Düsseldorf und ihre Kritik durch *Bechtold*

Aufgrund der herausgearbeiteten<sup>1</sup> drittschützenden Wirkung von § 36 Abs. 1 GWB steht das Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden auch nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 den besonders intensiv in ihren wettbewerblichen Interessen betroffenen Dritten zur Verfügung. Es stellt sich allerdings die Frage, welche Rechtsfolgen mit dieser Anordnung verbunden sind. Nach Ansicht des OLG Düsseldorf hat sie die Wirkung, das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB wiederaufleben zu lassen.<sup>2</sup> In den bislang erlassenen Entscheidungen, in denen die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsgenehmigungen angeordnet wurde, bediente sich das Gericht im Beschlusstenor insoweit einer schlichten „Klarstellung“. Danach bedeute die Anordnung der aufschiebenden Wirkung „zugleich“, dass es den Hauptbeteiligten untersagt sei, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>3</sup> *Bechtold* kritisiert diese Verknüpfung von aufschiebender Wirkung und Vollzugsverbot. Er wirft dem OLG Düsseldorf vor, in seinen Beschlüssen nicht ausreichend zwischen dem Instrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde und einer einstweiligen Anordnung zu differenzieren.<sup>4</sup> Seines Erachtens erschöpft sich die auf § 65 Abs. 3 Satz 3 GWB gestützte Anordnung in der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde.<sup>5</sup> Ein Mehr, nämlich das Verbot der Vollziehung des Zusammenschlusses, bedürfe einer gesonderten Anordnung. Es sei aber nicht ersichtlich, woraus sich hierfür die Befugnis des Gerichts ergeben solle.<sup>6</sup>

#### II. Stellungnahme

Die Kritik *Bechtolds* kann nicht überzeugen. In Übereinstimmung mit dem OLG Düsseldorf ist davon auszugehen, dass nur eine wirksame Freigabe (bzw. Minister-

1 Oben Kap. 4, insbesondere Abschnitte C und D.

2 Siehe die Nachweise sogleich unten FN 7.

3 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; *OLG Düsseldorf*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; *OLG Düsseldorf*, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885. Die Metapher des Wiederauflebens des Vollzugsverbots findet sich bei *Jaeger, W.*, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 665.

4 *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1024.

5 Ebenda.

6 Ebenda. Dazu sogleich.