

suchen“ sein.⁵² Möglicherweise ist es sogar nicht übertrieben, die Existenz solcher Zusammenschlüsse von vornherein auszuschließen.

B. Existenzvernichtende Zusammenschlüsse? Zum Verhältnis von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle

I. Ablauf einer Marktverdrängungsstrategie nach Fusion

Ein Zusammenschluss, der als solcher marktverdrängende Wirkung hat, ist schwer vorstellbar.⁵³ Im Zusammenhang mit einer Unternehmensfusion ist allenfalls folgender Ablauf einer auf Marktverdrängung ausgerichteten Strategie denkbar: In einem ersten Schritt kommt es durch einen Zusammenschluss zu einem erheblichen Zuwachs an Marktmacht und/oder Zugewinn an (zumeist finanziellen) Ressourcen. Erst in einem zweiten Schritt kann der vergrößerte Verhaltensspielraum in einer auf Verdrängung abzielenden Weise eingesetzt werden. Zu denken ist etwa an die Möglichkeit, einen Zugewinn an finanziellen Ressourcen zu gezielten Unter-Preis-Verkäufen einzusetzen.⁵⁴ Es ist bezeichnend, dass sich Beispiele im deutschen und europäischen Kartellrecht nicht finden lassen. Auch unabhängig von dem Sonderfall einer auf eine Fusion folgenden Verdrängungsstrategie kommt es nur sehr selten zum gezielten Einsatz einer Kampfpreisunterbietung.⁵⁵ Auch dient sie dann eher Disziplinierungs- als Vernichtungszwecken.⁵⁶ In manchen Fällen mag der fusionsbedingte

52 Veelken, W., WRP 2003, 207, 230 (Anführungszeichen im Original).

53 Vgl. auch ebenda, 218: „Die für eine Grundrechtsverletzung erforderliche erhöhte Intensitätsstufe der Drittbeeinträchtigung wird unmittelbar mit dem Zusammenschluss noch nicht, sondern erst im weiteren Wettbewerbsverlauf, insbesondere als Folge zukünftiger Wettbewerbs-handlungen des zusammengeschlossenen Unternehmens eintreten.“ Ähnlich Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 199 zur Praxis des *predatory pricing* oder ähnlich missbräuchlichem Verhalten nach Vollzug eines rechtswidrigen Zusammenschlusses in der US-amerikanischen Fusionskontrolle: „All diesen Praktiken ist gemeinsam, dass eine auf sie gestützte Schadenersatzklage allenfalls mittelbar mit dem Zusammenschluss zusammenhängt, unmittelbar jedoch nach den die konkrete Verhaltensweise betreffenden Antitrustgesetzen zu beurteilen ist.“ sowie ders., 192: „Der Antitrustrechtsverstoß [...] ist [...] genau genommen nur noch mittelbar der nach Sec. 7 Clayton Act rechtswidrige Zusammenschluss, unmittelbar aber das regelmäßig nach Sec. 2 Sherman Act zu beurteilende Missbrauchsverhalten.“ Siehe sogleich unten IV zum Zusammenschlussverfahren *Tetra Laval/Sidel*.

54 Siehe unten Kap. 2 D I die Ausführungen zu *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484 (1986).

55 Vgl. Möschel, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 122 mit Nachweisen aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts und der Rechtsprechung (FN 742) sowie Markert, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 20, Rz. 195 zum Tatbestand der Gefährdung des Wettbewerbsbestandes), der einzig den „Kölner Schallplattenkrieg“ (BGH, 27.10.1988 (*Preiskampf*), WuW/E BGH 2547, 2550) nennt.

56 Möschel, W., aaO, der darauf hinweist, dass solche Strategien nur unter den Voraussetzungen überlegener Finanzkraft und hoher Marktzutrittschranken sinnvoll sind.

Zuwachs an Marktmacht (und Information!) es der neuen Unternehmenseinheit ermöglichen, beispielsweise von ihren Zulieferern nachträglich günstigere Konditionen zu verlangen.⁵⁷ Exemplarisch sei der Fall *Konditionenanpassung*⁵⁸ genannt: Der Metro-Konzern hatte die allkauf-Gruppe übernommen. Nach Vollzug des vom BKartA freigegebenen Zusammenschlusses forderte die für den Einkauf des Metro-Konzerns zuständige Gesellschaft ihre Zulieferer auf, auch ihr rückwirkend die günstigeren Konditionen einzuräumen, die der übernommenen allkauf-Gruppe gewährt wurden und entsprechende Ausgleichszahlungen zu leisten. Ein großer Teil der Unternehmen ging auf diese Forderung ein. Das Bundeskartellamt sah hierin den Fall des § 20 Abs. 3 GWB verwirklicht. Bei den nachträglich ausgehandelten Konditionenvereinbarungen handle es sich um Vorzugsbedingungen. Da ein zivilrechtlicher Anspruch nicht bestanden habe, bestehe die – allerdings widerlegliche⁵⁹ – Vermutung, dass die Forderung der Vorzugsbedingungen sachlich nicht gerechtfertigt sei.⁶⁰

II. Verhaltenskontrolle versus Marktstrukturkontrolle

Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle erfüllen unterschiedliche Funktionen.⁶¹ Gegenstand der Fusionskontrolle sind die Wirkungen, die von veränderten Unternehmens- und Marktstrukturen auf den Wettbewerb ausgehen. Es geht um die Kontrolle der zukünftigen Marktstruktur.⁶² Vorgebeugt werden soll den mit der Marktherrschaft verbundenen Gefahren. Es gilt zu verhindern, dass Unternehmen Verhaltensspielräume eröffnet werden, die durch den Wettbewerb nicht mehr kontrolliert werden können.⁶³ Die Prüfung, in welcher Weise die Unternehmen diese Verhaltensspielräume tatsächlich nutzen, kann schon aus praktischen Gründen⁶⁴ kaum auf der Ebene der vorgelagerten Fusionskontrolle, sondern lediglich im Rahmen einer späteren Missbrauchsaufsicht erfolgen.⁶⁵ Soweit im Rahmen der Beurtei-

57 Weitere Beispiele (aus der amerikanischen Fusionskontrollpraxis) für mögliche Missbrauchspraktiken in Anschluss an einen Zusammenschluss bei *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 198f.

58 Bundeskartellamt, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94, 98f.; *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984ff.

59 *BGH*, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984, 990f.

60 Bundeskartellamt, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94, 98f.

61 Übereinstimmend *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 145 f. Vgl. auch *Ruppelt, H.-J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 36, Rz. 17. Vgl. auch *BGH*, 18.12.1979 (*Springer-Elbe Wochenblatt*), WuW 1685, 1691 (zum spezifischen Zweck der Vorschriften über die Fusionskontrolle). Dazu unten *C I 2 b* ausführlich.

62 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, Vor § 35, Rz. 26f.; *Ruppelt, H.-J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 36, Rz. 17. Vgl. auch *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 145.

63 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO.

64 Siehe sogleich unten *III*.

65 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO, Rz. 26.

lung von Zusammenschlussvorhaben eine Prognoseentscheidung zu treffen ist, stehen daher strukturelle Erwägungen ganz im Zentrum der Überlegungen.⁶⁶

Demgegenüber richten sich die Vorschriften über die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 GWB gegen wettbewerbsbeschränkende Einzelverhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen.⁶⁷ Dieses Verhalten liegt grundsätzlich in der Vergangenheit.⁶⁸ Zwar können die §§ 19, 20 i. V. m. § 33 GWB, der eine vorbeugende Unterlassungsklage ermöglicht, ausnahmsweise auch einmal präventiv, nämlich zur Abwehr zukünftiger Beeinträchtigungen eingesetzt werden.⁶⁹ Im Zusammenhang mit der fusionskontrollrechtlichen Beurteilung eines Zusammenschlusses spielen missbräuchliche Verhaltensweisen jedoch nur eine geringe Rolle. Als historische Gegebenheiten können sie allenfalls Indizien sein für das Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung.⁷⁰ Eine solche Bedeutung kommt zukünftigem Marktverhalten dagegen nur ganz ausnahmsweise zu.⁷¹ So mögen Drittbetroffene und Kartellbe-

66 Dazu ausführlich *Bundesregierung*, Begr. 2. GWB-Nov., BT-Drucks. 6/2520, 29f. Danach ist eine Voraussage darüber zu treffen, ob sich die „Wettbewerbsvoraussetzungen alsbald [...] verschlechtern oder [...] verbessern werden. [...] Ausgangspunkt der Betrachtung dürften hierbei in der Regel die in § 22 Abs. 1 Satz 2 GWB [1971] genannten strukturellen Merkmale wie Marktanteil, Finanzkraft, Zugang zu den Beschaffungs- und Absatzmärkten, Verflechtungen, Marktzutrittschranken sein.“

67 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 120. Zu den Schutzrichtungen der §§ 19, 20 GWB *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 11 und *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 20, Rz. 17ff. Dagegen möchte *Möschel, W.*, Oligopolmissbrauch, 1974, 185 die Missbrauchsaufsicht zumindest theoretisch auch auf „marktstrukturverändernde Maßnahmen“ erstrecken und unter diesem Gesichtspunkt die Möglichkeit einer Legalisierung durch Ministererlaubnis ausschließen.

68 Vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, aaO.: „in der Vergangenheit liegende Verhaltensweisen“ und *Ruppelt, H.-J.*, in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, § 36, Rz. 12: „auf zurückliegendes Verhalten gerichtete Missbrauchsaufsicht“ und Rz. 17: „Während sich die Missbrauchsaufsicht nach §§ 19, 20 Beanstandungen gegen ein ganz bestimmtes Marktverhalten eines Unternehmens erhebt, befasst sich die Fusionskontrolle in einer Zukunftsbetrachtung mit der Beurteilung einer bestimmten konkreten Strukturverschlechterung [...]“.

69 *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 53f. m. Nachweisen auf die Rechtsprechung; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 219. Anders offenbar *Dorrmann, U.*, Drittklagen, 2000, 146 (dazu die Kritik von *Veelken, W.*, aaO, FN 146).

70 *BGH*, 2.12.1980 (*Klöckner/Becorit*), WuW/E BGH 1749, 1754f.; 24.6.1980 (*Mannesmann/Brüninghaus*), WuW/E BGH 1711, 1716; 22.6.1981 (*Tonolli/Blei- und Silberhütte*), WuW/E BGH, 1824, 1827 (Verhaltensweisen als Indizien für Marktbeherrschung); *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 120; *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 838: Aktuelles Wettbewerbsverhalten „wird nur insoweit berücksichtigt, als es seinerseits Aufschluss über die ihm zugrunde liegenden Wettbewerbsbedingung und die von dem Zusammenschluss zu erwartenden Veränderungen zu ergeben vermag“.

71 Vgl. auch *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 22, Rz. 145: „Solchen Wettbewerbsformen, die die Wettbewerbsstruktur beeinflussen oder von ihr beeinflusst sind, kommt in der Fusionskontrolle von vornherein größere Bedeutung zu als augenblicklichem Wettbewerbsverhalten, dessen Fortdauer in keiner Weise abgesichert ist.“ (Hervorhebung im Original).

hörde versucht sein, das Entstehen einer nicht aus dem Zusammenschluss selbst resultierenden marktbeherrschenden Stellung⁷² mit dem zukünftigen Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen zu begründen.⁷³ In diesem Fall stellen sich aber praktisch kaum überwindbare Beweisprobleme.

III. Beweisprobleme

Die Vertreter der These vom existenzgefährdenden Zusammenschlussbürden den betroffenen Dritten den Nachweis auf, der Zusammenschluss werde, wenn er schon nicht als solcher existenzgefährdend sein kann, die Grundlage für marktverdrängendes Verhalten der neuen Einheit bilden. Um diesen Nachweis zu erbringen, sind die Dritten letztlich auf interne Informationen der Zusammenschlussbeteiligten angewiesen, aus denen deren zukünftige Wettbewerbsstrategie hervorgeht.⁷⁴ Praktisch erscheint es jedoch ausgesprochen unwahrscheinlich, dass diese durch entsprechende Verlautbarungen im Vorfeld ihres Zusammenschlusses die Absicht – öffentlich! – bekannt geben, ihre durch die Fusion begründete oder verstärkte marktbeherrschende Stellung zu missbräuchlichem Verhalten auszunutzen.⁷⁵ Anders dürfte es jedoch kaum möglich sein, die geforderte „hinreichend sichere Prognose“⁷⁶ abzugeben, dass die neu entstandene Unternehmenseinheit zum Beispiel „gezielt Unter-Preis-Verkäufe einsetzen und damit die Existenz eines Konkurrenten auf dem Markt kausal gefährden“ wird.⁷⁷ Speziell im soeben zitierten Fall *Konditionenanpassung* erhielt die betroffene Metro MGE Einkaufsgesellschaft nähere Informationen über die Vereinbarungen zwischen allkauf und ihren Lieferanten erst nach Vollzug des Zusammenschlusses.⁷⁸ Überlegungen, die künftige Marktmacht dazu einzusetzen, bereits vereinbarte Konditionen an die günstigeren Vereinbarungen des zu erwerbenden Wettbewerbers anzupassen, waren daher zum Zeitpunkt der Anmeldung des Zusammenschlusses aller Wahrscheinlichkeit nach noch nicht vorhanden.

72 Das ist typischerweise der Fall bei Zusammenschlüssen des Konglomerattyps.

73 Siehe sogleich unten IV zu dem in dieser Hinsicht gescheiterten Versuch der Kommission im Verfahren *Tetra Laval/Sidel*.

74 Siehe auch hierzu sogleich unten IV.

75 Offenlegungspflichten im Sinne einer „pre-trial discovery procedure“ kennt das deutsche Prozessrecht nicht. Vgl. nur Möschel, W., WuW 2006, 115 (zu entsprechenden Überlegungen *de lege ferenda*): „Diese Form des Ausforschungsbeweises [...] dürfte in Deutschland gegen die Verfassung verstoßen.“

76 Das EuG, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446 (= Rz. 155), bestätigt von EuGH, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 876 (= Rz. 41) verlangt „convincing evidence“.

77 So z. B. Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 356.

78 Vgl. die entsprechende Sachverhaltswiedergabe in BGH, 24.9.2002 (*Konditionenanpassung*), WuW/E DE-R 984, 985.

IV. Zukünftiges missbräuchliches Verhalten als Untersagungsgrund? Das Beispiel *Tetra Laval/Sidel*

Die mit der Prognose zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens verbundenen Schwierigkeiten stehen im Zentrum der Entscheidungen *Tetra Laval/Sidel*.⁷⁹ Die Kommission hatte die Übernahme fast sämtlicher Aktien und Stimmrechte des Unternehmens Sidel durch die Tetra Laval SA für unvereinbar mit dem Gemeinsamen Markt erklärt. Beide Unternehmen waren auf den Märkten für empfindliche Produktverpackungen tätig. Nach übereinstimmender Ansicht der Fusionsparteien und der Kommission handelte es sich um einen Zusammenschluss des Konglomerat-typs.⁸⁰ Der Kommission wurde zugestanden, einen solchen Zusammenschluss auch dann zu untersagen, wenn seine Prüfung ergibt, dass „aller Wahrscheinlichkeit nach in naher Zukunft“ eine beherrschende Stellung auf einem zweiten, noch nicht beherrschten Markt, begründet oder verstärkt wird.⁸¹ Dabei ging das EuG davon aus, dass im Fall *Tetra Laval/Sidel* die „beherrschende Stellung auf dem zweiten Markt nicht sofort aus dem Zusammenschluss resultiert, sondern erst nach gewisser Zeit in-folge des Verhaltens der durch den Zusammenschluss entstandenen Einheit auf dem ersten Markt eintritt, auf dem sie bereits eine beherrschende Stellung einnimmt.“⁸² Für die Kommission stellte sich damit die Aufgabe, die zukünftige Begründung einer marktbeherrschenden Stellung i. S. von Art. 2 Abs. 3 FKVO mit den zu erwar-tenden Verhaltensweisen der Zusammenschlussparteien zu begründen.⁸³ Die Kom-mission befürchtete in Folge des Zusammenschlusses eine Übertragung der beherr-schenden Stellung von Tetra auf dem Markt für aseptische Kartonverpackungen auf den Markt für PET-Getränkeverpackungen, auf dem Sidel bereits eine führende Stellung einnimmt (Hebelwirkung). Ihrer Ansicht nach müsse mit dem künftigen Einsatz verschiedener missbräuchlicher Verhaltensweisen wie Kopplungsangeboten, Zwangsverkäufen, Kampfpreisen (predatory pricing) und der Gewährung von Treue-rabatten gerechnet werden. Sie würden es den Zusammenschlussbeteiligten erlau-ben, Wettbewerber zu verdrängen und die Marktstellung von Sidel auszubauen.⁸⁴ Der EuG wies das von der Kommission angenommene Zukunftsszenario mangels ausreichender Beweise (convincing evidence) zurück.⁸⁵ Der Gerichtshof hat dieses

79 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13 = WuW/E EU-V 711; *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381ff.; *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875ff.

80 Vgl. *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4442 (= Rz. 142).

81 Ebenda, 4446 (= Rz. 153).

82 Ebenda, 4446 (= Rz. 154).

83 Ebenda, 4446ff. (= Rz. 154ff.) Insofern bestätigt von *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875ff. (= Rz. 37ff.).

84 *Kommission*, 30.10.2001 (*Tetra Laval/Sidel*), Abl.EU Nr. L 43 v. 13.2.2004, 13, 74 (= Rz. 364).

85 *EuG*, 25.10.2002 (*Tetra Laval BV/Kommission*), Slg. 2002 2002, II-4381, 4446ff., 4468, 4482 (= Rz. 154ff., 218, 256).

Ergebnis bestätigt.⁸⁶ Er weist auf die besonderen Schwierigkeiten hin, die mit der Vorhersage zukünftiger Ereignisse verbunden sind und bemerkt, dass die "Ursache-Wirkungs-Ketten schlecht erkennbar, ungewiss und schwer nachweisbar" sind.⁸⁷ Das Bemühen der Kommission, die Prognose missbräuchlicher, in der Zukunft liegender Verhaltensweisen in die Beurteilung eines (konglomeraten) Zusammenschlussvorhabens mit einzubeziehen, ist gescheitert. Angesichts der von der Rechtsprechung gestellten hohen Plausibilitätsanforderungen⁸⁸ dürfte der Nachweis, die Fusionsparteien würden im Anschluss an den zu beurteilenden Zusammenschluss (rechtswidrige) Strategien der Verdrängung von Wettbewerbern einsetzen, auch zukünftig schwer fallen.⁸⁹

V. Drittes Zwischenergebnis

Drittunternehmen, die das effektive Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen wollen, drohen spätestens an der Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung zu scheitern. Der Zusammenschluss selbst kann eine Marktverdrängung bzw. Existenzvernichtung von Dritten grundsätzlich nicht herbeiführen. Er hat unmittelbar nur eine Veränderung der Marktstruktur zur Folge. Denkbar ist allenfalls der Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen im Anschluss an die Fusion. Bei der Unterscheidung zwischen der fusionskontrollrechtlichen Prüfung eines Zusammenschlussvorhabens und der zeitlich nachfolgenden Überwachung des Wettbewerbsverhaltens der neuen Unternehmenseinheit am Maßstab der §§ 19, 20 GWB handelt es sich nicht nur um eine formale, sondern vielmehr um eine am tatsächlichen Geschehen orientierte Differenzierung.⁹⁰ Eine hinreichend sichere Prognose erscheint im Zeitpunkt der Zusammenschlussgenehmigung praktisch ausgeschlossen (vgl. *Tetra Laval/Sidel*). Aber auch grundsätzlich ist vor einer Überfrachtung der Zusammenschlusskontrolle mit Prognosen über etwaiges missbräuchliches Verhalten in der Zukunft zu warnen. Die These von der existenzbedrohenden Wirkung einer Fusion beruht auf einer Vermengung von Elementen der Strukturkontrolle einerseits mit solchen der Verhaltenskontrolle andererseits. Sie verkennt den Charakter der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als Gefährdungstatbestand.⁹¹

86 Der *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 878ff. (= Rz. 71ff.) hat die Argumentation des *EuG* lediglich insoweit zurückgewiesen, als dieser das Fehlen einer eingehenden Analyse der Auswirkungen des EG-rechtlichen Missbrauchsverbots (Art. 82 EG-Vertrag), der Wahrscheinlichkeit ihrer Entdeckung und Verfolgung sowie der deshalb drohenden finanziellen Sanktionen beanstandet hatte. Kritisch *Scheffler*, A., *EuZW* 2005, 751, 752.

87 *EuGH*, 15.2.2005 (*Kommission/Tetra Laval*), WuW/E EU-R 875, 877 (= Rz. 42ff.).

88 Kritisch *Emmerich*, V., *AG* 2005, 857, 863.

89 Ähnlich *Denzel*, U., *BB* 2005, 1062, 1067: künftig wird die Kommission Untersuchungen "konglomerater Zusammenschlüsse kaum mehr nur mit dem zukünftigen Verhalten der Parteien begründen können".

90 Vgl. nur das *Bundeskartellamt*, 26.2.1999 (*Metro MGE Einkaufs GmbH*), WuW DE-V 94.

91 Ähnlich die Kritik bei *Veelken*, W., *WRP* 2003, 207, 230.

C. Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Drittrechte in Sonderkonstellationen?

Legt man die bisherige Auffassung zugrunde, so kommt eine Verletzung subjektiver Drittrechte aus § 36 Abs. 1 GWB nicht in Betracht.⁹² Möglicherweise lassen sich Sonderkonstellationen ausmachen, in denen die fusionskontrollrechtliche Genehmigung subjektive Drittrechte verletzt, die ihre Grundlage nicht in §§ 36 Abs. 1 bzw. 42 Abs. 1 GWB haben. Diesen Ansatz verfolgt *Wiedemann* in seiner Stellungnahme zum Entwurf der Siebten GWB-Novelle.⁹³ Auch er vertritt die These, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte Dritter begründet. Dennoch wendet er sich gegen die Behauptung, einstweiliger Rechtsschutz Dritter sei nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 faktisch ausgeschlossen.⁹⁴ Aussichtsreich erscheint die Suche nach potentiell drittschützenden Vorschriften außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB im Wesentlichen in zweierlei Richtungen. Zu erwägen ist zum einen die Verletzung subjektiver Drittrechte im Fall einer Überschneidung von Missbrauchstatbeständen und Fusionskontrolle (I). Zum anderen ist zu überlegen, inwieweit die im Zusammenhang mit einer Freigabeverfügung verhängten Auflagen Dritte in subjektiven Rechten verletzen können (II).

92 Siehe oben A und B.

93 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 15ff.

94 Ebenda, 21. *Wiedemann* kommt das Verdienst zu, als – soweit ersichtlich – bislang einziger nach Fallgestaltungen gesucht zu haben, die der neuen Vorschrift einen Anwendungsbereich auch dann eröffnen würden, wenn man an der herrschenden Meinung festhielte, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung entfaltet.

Zu beachten ist auch sein instruktiver rechtsvergleichender Überblick zur Bedeutung der Drittklage und des einstweiligen Drittrechtsschutzes im Fusionskontrollrecht anderer Rechtsordnungen ebenda, 18ff. Mittlerweile überholt sind allerdings seine Feststellungen zur französischen („Einstweiliger Rechtsschutz [...] wurde seit Inkrafttreten der französischen Fusionskontrolle in keinem einzigen Fall beantragt“) und zur italienischen Rechtslage („Dritte [können] Freigabeentscheidungen der italienischen Kartellbehörde weder mit einer Klage im Hauptsacheverfahren angreifen noch einstweiligen Rechtsschutz dagegen beantragen“). In seiner vielbeachteten Entscheidung „*Fiducial*“ vom 19.5.2005 (Ordonnance N° 279697, abrufbar unter www.conseil-etat.fr) hat der *Conseil d'État*, das oberste französische Verwaltungsgericht, eine Fusionsfreigabe in der ersten Phase (!) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes einstweilig aufgehoben (*suspension en référé*). Nachdem jedoch auch der *Conseil de la Concurrence* in seinem Gutachten vom 14.12.2005 (Avis N° 05-A-24, abrufbar unter www.conseil-concurrence.fr) keine wettbewerblichen Bedenken gesehen hatte, bestätigte das hohe Verwaltungsgericht mit Entscheidung vom 13.2.2006 (Ordonnance N° 279180) endgültig die Rechtmäßigkeit der ministeriellen Freigabe. Zu den neueren Entwicklungen in der italienischen Fusionskontrolle *MalFerrari, L.*, ECLR 2006, 74ff.