

Zweiter Teil. Subjektiver Drittschutz in der Fusionskontrolle – Versuch einer Neukonzeption

Drittes Kapitel. Grundlagen

A. Bisherige Lösungsansätze

Die meisten der in Teil 1 aufgezeigten Brüche und Ungereimtheiten des überkommenen Drittschutzsystems wurden von verschiedenen Autoren als solche erkannt. Einige haben Lösungsvorschläge entwickelt, mit denen einzelne dieser Probleme behoben werden können. Im Folgenden sollen vier der interessantesten Ansätze vorgestellt werden. Es ist bemerkenswert, dass die beiden jüngsten Arbeiten (*Dormann* und *Veelken*) sich bereits ausführlich dem erst in der Siebten GWB-Novelle praktisch besonders relevant gewordenen Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung Dritter zuwenden. Eine kritische Analyse der vier Lösungsansätze zeigt, dass es bislang nicht gelungen ist, sämtliche der in Teil 1 aufgezeigten Probleme zu beseitigen.

I. Der Vorschlag von *K. Schmidt*

1. Vorstellung

In seiner für das Kartellverfahrensrecht wegweisenden Habilitationsschrift¹ hat *K. Schmidt* für drei der aufgezeigten verfahrensrechtlichen Ungereimtheiten Lösungsvorschläge entwickelt. Die Unterschiede zwischen den Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde – hier Verfahrensbeteiligung (§ 63 Abs. 2 GWB), dort Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten (§ 63 Abs. 3 GWB) – versucht er durch „Rechtsfortbildung“ in Richtung einer „Angleichung der Beschwerdearten“² zu nivellieren. Nach seinem Vorschlag soll jedem Verfahrensbeteiligten die formalisierte Beschwerdeberechtigung nicht nur für die Anfechtungs-, sondern auch für die Verpflichtungsbeschwerde zustehen.³ Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten wäre damit in den Fällen nicht mehr erforderlich, in denen der klagende Dritte am Verwaltungsverfahren vor der

1 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977.

2 *Ders.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 5 und 34.

3 *Ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 525.

Kartellbehörde beteiligt war.⁴ *K. Schmidts* Vorschlag beseitigt eine weitere Ungeheimtheit: Die unterschiedlichen Voraussetzungen für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache und im Fall der Rechtsbeschwerde werden weitestgehend aufgehoben.⁵ Letztere steht seit Änderung des ursprünglich anders lautenden § 75 Abs. 1 GWB 1973 durch die 2. GWB-Novelle allen am Beschwerdeverfahren Beteiligten offen (§ 76 Abs. 1 GWB 2005).⁶ Hierzu gehören selbst im Fall der Verpflichtungsbeschwerde alle am Verwaltungsverfahren Beteiligten (vgl. § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Einer Verletzung in eigenen Rechten bedarf es also nicht, obwohl sie nach allgemeiner Meinung Voraussetzung für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache ist.⁷ Lässt man nun mit *K. Schmidt* die Beteiligung am Verfahren vor der Kartellbehörde für die Beschwerdeberechtigung ausreichen, so stünde nicht nur die „engere“ Rechtsbeschwerde⁸, sondern auch die Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache allen am Verwaltungsverfahren Beteiligten gleichermaßen zu. Schließlich gilt *K. Schmidts* Aufmerksamkeit dem Problem der ermessensabhängigen Beiladung. *K. Schmidt* führt hierfür, anknüpfend an die Arbeit von *P.-W. Hertin*,⁹ das „Institut der notwendigen Beiladung“ in das Kartellverwaltungsrecht ein.¹⁰ Anders als im Normalfall der „einfachen Beiladung“ soll in bestimmten Konstellationen ein Beiladungsanspruch bestehen. Er ist begründet, wenn der Antragsteller die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten geltend macht.¹¹

2. Kritik

Dass *K. Schmidt* sich nicht stärker um eine von ihm selbst als „außerordentlich schwierig“¹² bezeichnete Abgrenzung subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle bemüht hat, kann ihm kaum zum Vorwurf reichen. Wie gezeigt, handelte es sich bei der Frage nach subjektiven öffentlichen Rechten Dritter gegenüber fusionskontrollrechtlichen Freigaben oder unterlassenen Untersagungsverfügungen bislang um ein eher akademisches Problem ohne besondere Relevanz für die Praxis.¹³ Es ver-

- 4 Ebenda, 524ff.; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 32: „Verfahrensbeteiligung ist entgegen der h. M ausreichend für die Beschwerdebefugnis“.
- 5 *Ders.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 526. Siehe sogleich unten zu verbleibenden Unterschieden.
- 6 Oben Kap. 1 B I 3.
- 7 Siehe Kap. 1 B I 3 und C II 4.
- 8 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34.
- 9 *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 151ff., der unter Verweis auf Art. 19 Abs. 4 GG in bestimmten Fällen für eine Einschränkung des Ermessens der Kartellbehörde eintritt.
- 10 *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 493ff., 501ff., insbes. 503.
- 11 Ebenda, 501.
- 12 *Ders.*, Gerichtsschutz, 1980, 49. Vgl. auch *ders.*, DB 2004, 527, 532.
- 13 Oben Kap. 2 I. Vgl. auch *ders.*, DB 2004, 527, 532: „seltener Fall“

wundert daher nicht, dass die von *K. Schmidt* genannten Beispiele für die Existenz subjektiver Drittrechte im Kartellverwaltungsrecht den Bereich der Fusionskontrolle aussparen.¹⁴ Das entspricht ganz der herrschenden Meinung, die die Existenz solcher Rechte gänzlich leugnet. Eine Antwort auf das erst mit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle praktisch relevant gewordene Problem der subjektiv-öffentlichen Rechte Dritter in der Fusionskontrolle findet sich bei *K. Schmidt* naturgemäß nicht.

Vielfersprechender erweist sich dagegen seine Auseinandersetzung mit der Problematik der unterschiedlichen Beschwerdevoraussetzungen. Während die h. M. mit der Beiladung zum Verwaltungsverfahren lediglich die Anfechtungsberechtigung verbindet, möchte *K. Schmidt* den Beigeladenen zusätzlich den Weg zur Verpflichtungsbeschwerde eröffnen. Auf das Erfordernis der Rechtsverletzung käme es nicht mehr an. Zwei Einschränkungen sind jedoch auch hier zu machen: Wer zum Verfahren vor der Kartellbehörde nicht beigeladen wurde bleibt auch nach *K. Schmidts* Lösung von weiteren Rechtsbehelfen ausgeschlossen – es sei denn, es gelänge ihm, eine Rechtsverletzung glaubhaft zu machen (die im Übrigen zugleich einen Anspruch auf Beiladung begründet¹⁵). Die Hürde der ermessensabhängigen Beiladung bleibt für den Großteil der Dritten also bestehen. Legt man außerdem *K. Schmidts* Ansicht zugrunde, wonach die Kartellbehörde weitere Dritte auch noch zum Beschwerdeverfahren beiladen kann¹⁶, kann es doch wieder zu den von ihm selbst beklagten Unstimmigkeiten kommen. Je nach Verhalten der Kartellbehörde kann der Kreis der Rechtsbeschwerdebefugten am Ende doch größer sein als der Kreis der bereits in der Hauptsache beschwerdebefugten Dritten.¹⁷

Die Figur der notwendigen Beiladung kann diese „Zufallsergebnisse im Drittschutz“¹⁸ nur eingeschränkt beseitigen. Es wurde bereits erwähnt, dass man bei *K. Schmidt* vergeblich nach Fallgestaltungen sucht, in denen ein Anspruch auf Beiladung zu einem Fusionskontrollverfahren bestünde. Zumindest aber verbleibt dieses Institut nach der Konzeption *K. Schmidts* der großen Zahl jener Dritten verschlossen, die keine Verletzung in eigenen Rechten, sondern lediglich eine nachteilige erhebliche Interessenberührung geltend machen können.¹⁹

14 Vgl. zum Beispiel die Aufzählung bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 46.

15 „Notwendige Beiladung“ (ebenda, Rz. 45).

16 *Ders.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 67, Rz. 4 m.w.N. A. A. *KG*, 31.5.1968 (*Beiladung*), WuW/E OLG 933, 934. Siehe noch unten *Kap. 5 A II*.

17 Siehe oben *Kap. 1 C I* zur Bedeutung von § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB in der Lesart der herrschenden Meinung („formalisierte Rechtsbeschwerdebefugnis“).

18 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34.

19 Denselben Vorwurf muss sich auch der von *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 197f., präsentierte Entwurf gefallen lassen. *Scholz* propagiert eine Erweiterung des Beteiligtenbegriffs aus § 62 Abs. 2 GWB 1966 (= § 63 Abs. 2 GWB 2005) im Wege der verfassungskonformen Auslegung in Richtung auf einen „materiellen Beteiligtenbegriff“. Danach steht die Anfechtungsbeschwerde auch denjenigen Dritten offen, die durch die kartellbehördliche Maßnahme in ihren Rechten betroffen werden, gleichzeitig aber nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt waren.

K. Schmidt kommt das Verdienst zu, dem Institut der notwendigen Beiladung sowohl in der Literatur als auch in der Rechtsprechung zu beinahe einhelliger Anerkennung verholfen zu haben. Der Anspruch auf Beiladung im Fall der subjektiven Rechtsverletzung sowie die vorgeschlagene Harmonisierung der Beschwerdearten führen zu einer Milderung der von ihm aufgezeigten Ungereimtheiten des Kartellverfahrensrechts. Als problematisch erweist sich weiterhin die bestehende Ermessensabhängigkeit der einfachen Beiladung und der auf seltene Ausnahmefälle beschränkte Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung. Die erreichten Verbesserungen decken letztlich nur einen Teil der angesprochenen Problemfälle ab.

II. Der Vorschlag von Soell

1. Vorstellung

In seinem Beitrag zur Festschrift für Wahl unterstreicht Soell die Bedeutung der Beiladung für den Individualrechtsschutz betroffener Dritter.²⁰ Diesen individualrechtsschützenden Aspekt der Beiladung stellt er der von Scholz propagierten Funktion des beigeladenen Dritten als „Hilfsorgan der sachverhaltsermittelnden Kartellaufsicht“²¹ als mindestens gleichwertig gegenüber.²² Damit begründet Soell die von ihm vorgeschlagene Auslegung des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.²³ Weitergehend als später K. Schmidt will er nicht nur dem subjektiv in seinen Rechten verletzten Dritten einen Beiladungsanspruch geben („notwendige Beiladung“). Vielmehr soll die Kartellbehörde „im Regelfall“ verpflichtet sein, dem Beiladungsantrag stattzugeben.²⁴ Lediglich das Vorliegen des Tatbestandes von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB Voraussetzung.²⁵ Der Antragsteller muss also eine erhebliche Berührung seiner Interessen geltend machen. Soell legt dieses Tatbestandsmerkmal in Anlehnung an die Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts sehr weit aus.²⁶ Danach kommen für die Beiladung grundsätzlich sämtliche Marktteilnehmer (Wettbewerber, Lieferanten, Abnehmer) in Betracht. Selbst lediglich mittelbar betroffene Abnehmer auf der nächsten Handels-

20 Soell, H., in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 454: Die Beiladung besitzt „eine überaus wichtige Aufgabe für den Individualschutz der Konkurrenten im Kartellverfahren.“

21 Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81. Den objektiv-rechtlichen Aspekt betont auch Möschel, W., Wirtschaftsrecht, 1972, 458.

22 Soell, H., in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 455. Vgl. auch die ähnlichen Überlegungen bei Kohlmeier, A., Beschwer, 1997, 66, 76ff.

23 Entspricht dem damaligen § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1973.

24 Soell, H., in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 461. Sympathie bekundet Immenga, U., ZHR 1975, 180, 181.

25 Soell, H., aaO.

26 Ebenda, 457f.: individualisierte Betrachtung der Situation des Antragstellers.

stufe und private Verbraucher möchte *Soell* nicht ausschließen. Eine Ausnahme macht er dagegen bei Arbeitnehmern und deren Organisationen.²⁷

Allerdings kennt *Soells* weit gefasster Beiladungsanspruch auch Einschränkungen. Er will der Kartellbehörde die Befugnis einräumen, einen Beiladungsantrag „im Einzelfall“ doch negativ zu bescheiden. Als Rechtfertigung dieser Ausnahmen nennt *Soell* das Erfordernis der Konzentration und Beschleunigung des Verfahrens im Interesse der Hauptbeteiligten.²⁸ Im Fall der Fusionskontrolle sind das die Fusionskandidaten. So hält *Soell* es beispielsweise für zulässig, wenn die Kartellbehörde Beiladungsanträge von Dritten mit dem Argument negativ zu bescheidet, ihre Belange würden bereits von anderen Beigeladenen mit ähnlicher Interessenlage oder dem übergeordneten Verband repräsentiert.²⁹ Als weiteres Beiladungshindernis nennt *Soell* besonders starke Interessen der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.³⁰

2. Kritik

Auch *Soells* Lösung versucht, die bereits mehrfach kritisierten Zufallsergebnisse beim Rechtsschutz zu beseitigen, die bei einer dem „freien Ermessen überantworteten verfahrensrechtlichen Zweckmäßigkeitsentscheidung“³¹ auftreten können. Im theoretischen Ansatz radikaler als *K. Schmidt* postuliert *Soell* nicht nur im Einzel-, sondern sogar im Regelfall das Bestehen eines Anspruchs auf Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren. *Soells* Beschränkung auf das Problem der Beiladung hat zur Folge, dass sein Lösungsvorschlag lediglich *einem* der oben genannten Anliegen gerecht wird.

Von diesem Manko abgesehen, drängen sich aber folgende Bedenken auf: Sie betreffen zunächst den von *Soell* sehr weit gefassten Begriff der erheblichen Interessenberührung. Kombiniert man ihn mit dem von *Soell* postulierten generellen Anspruch auf Beiladung droht eine übermäßige Aufblähung des Verwaltungsverfahrens. Das Interesse an einer zügigen und konzentrierten Durchführung des Verwaltungsverfahrens dürfte gerade im Bereich der Fusionskontrolle³² mit ihrem engen Fristenregime der Beteiligung einer kaum überschaubaren Anzahl Dritter entgegenstehen.

Soell begegnet dieser Gefahr, indem er der Kartellbehörde das Recht zugesteht, unter bestimmten Voraussetzungen von der im Grundsatz obligatorischen Beiladung abzusehen. Die genannten Einschränkungen des allgemeinen Beiladungsanspruchs führen dazu, dass sich *Soells* Vorschlag letztlich doch wieder dieselben Grundsätze

27 Ebenda, 456.

28 Ebenda, 461.

29 Ebenda.

30 Ebenda.

31 So die Charakterisierung der herrschenden Auffassung ebenda.

32 Sie trat erst im Jahr der Veröffentlichung von *Soells* Überlegungen in Kraft.

zueigen macht, die die Ermessensausübung der Kartellbehörden ohnehin bestimmen.³³ Die von *Soell* gewählte Terminologie, wonach der Anspruch auf Beiladung im „Regelfall“ besteht, beschreibt weniger eine neuartige Konzeption als vielmehr einen Wechsel in der Perspektive. Die vom Bundeskartellamt bei der Ermessensentscheidung schon immer berücksichtigten Gesichtspunkte entsprechen genau denjenigen, die nach *Soell* eine „Ausnahme von der Regel“ rechtfertigen: Verfahrenskonzentration durch Berücksichtigung des Umstandes, dass bestimmte Interessen bereits durch andere Beigeladene³⁴ oder durch einen Verband³⁵ vertreten werden. *Soell* geht zu Lasten der Drittbetroffenen sogar noch einen Schritt weiter als die Praxis. Seiner Ansicht nach mag schon ein besonders starkes Interesse der Hauptbeteiligten an der Wahrung ihrer Betriebsgeheimnisse als Grund ausreichen, einen Beiladungsantrag abzulehnen. Die bisherige Rechtsprechung steht dagegen auf dem Standpunkt, dass die Gefahr einer Kenntnisnahme geschäftlicher Geheimnisse anderer Beteiligter aufgrund Beteiligung am Verwaltungsverfahren vom Gesetzgeber durchaus in Kauf genommen wurde.³⁶ Den Geheimhaltungsinteressen insbesondere der Hauptbeteiligten hat das Bundeskartellamt danach durch besondere Maßnahmen Rechnung zu tragen, insbesondere durch eine entsprechende Anwendung von § 72 Abs. 2 und 3 GWB sowie § 30 VwVfG.³⁷

III. Der Vorschlag von *Dormann*

1. Vorstellung

In ihrer viel beachteten Dissertation aus dem Jahr 2000 setzt sich *Dormann* kritisch mit dem Konzept der „formalisierten Beschwerdebefugnis“ auseinander. Ausgangs-

33 Siehe die Nachweise in den folgenden beiden Fußnoten sowie oben *Kap. I C I* und *II I*.

34 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968: „bei zahlreichen Beiladungsanträgen [ist] im Rahmen der gebotenen Ermessensentscheidung eine Auswahl erlaubt, [so] dass weitere Beiladungen zweckmäßigerweise abgelehnt werden [können], wenn nur Interessen berührt werden, die schon bereits Beteiligte wirksam vertreten.“ Bestätigt von *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2359.

35 *KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2577: „Durch die Beiladung des Verbandes hat es [das BKartA, Verf.] die VAG-Betriebe mittelbar an dem Verfahren beteiligt.“ Siehe auch *BGH*, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875, 2786: Beiladung der einzelnen VW-Händler entbehrlich, da bereits VW-Händlerbeirat beteiligt.

36 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 969; *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2359; *Bundeskartellamt*, 7.9.1981 (*Morris-Rothmans*), WuW/E BKartA 1915, 1916.

37 *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 969; *KG*, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2357 jeweils zum alten § 71 Abs. 2 und Abs. 3 GWB sowie mit weiteren Hinweisen zur Praxis des BKartA im Umgang mit vertraulichen Informationen. Ausführlich zum Umgang mit Betriebsgeheimnissen auch *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886ff.

punkt ihrer Neukonzeption ist eine Formulierung des Gesetzgebers in der Begründung der Sechsten GWB-Novelle. Dort ist zu lesen, es werde „klargestellt, dass Dritte gegen Freigabeverfügungen künftig Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“³⁸ Der herrschenden Auffassung, wonach anfechtungsberechtigt ist, wer am Kartellverwaltungsverfahren beteiligt ist, stellt *Dormann* das Erfordernis einer Verletzung in subjektiven öffentlichen Rechten entgegen.³⁹ Dem Erfordernis der Rechtsverletzung kommt damit nicht mehr nur Bedeutung als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungs-, sondern auch der Anfechtungsbeschwerde zu.⁴⁰ Gleichzeitig erfährt das in § 63 Abs. 2 GWB angesprochene Merkmal der Verfahrensbeteiligung bei ihr eine neue Deutung. Während das Merkmal nach bisheriger Auffassung befugnisbegründende Bedeutung hatte, plädiert *Dormann* für eine neue Interpretation als potentiell befugnisausschließendes Merkmal.⁴¹ Das Recht auf Erhebung einer Anfechtungsbeschwerde werde verwirkt, wenn der betroffene Dritte seiner „Pflicht zur Beteiligung am Verwaltungsverfahren“ nicht nachkommt.⁴² Allerdings lässt sie es genügen, wenn der Dritte „alles ihm mögliche getan hat, um zu dem Verfahren beigegeben zu werden“.⁴³ In diesem Fall soll die fehlende Beteiligung keine befugnisausschließende Wirkung entfalten.⁴⁴

Die von *Dormann* geforderte Neubewertung des Merkmals „Verletzung in eigenen Rechten“ als Zulässigkeitsvoraussetzung für jede Form des gerichtlichen Rechtsschutzes führt zu einer weiteren Frage: Können sich Dritte gegenüber einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe bzw. einer Ministererlaubnis überhaupt auf subjektive öffentliche Rechte stützen? Folgerichtig bejaht *Dormann* diese Frage. Nach ausführlicher Auslegung der Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle kommt sie – im Gegensatz zur h. M. – zu dem Ergebnis, dass § 36 Abs. 1 GWB grundsätzlich drittschützende Funktion zukommt.⁴⁵ In der folgenden Bestimmung des Schutzbereichs nimmt sie zwar eine relativ großzügige Abgrenzung des potentiell geschützten Personenkreises vor. Er umfasst Konkurrenten, Abnehmer und Lieferanten.⁴⁶ Der drittschützende Gehalt der Normen über die Zusammenschlusskontrolle erfährt aber eine erhebliche Einschränkung über die Bestimmung des sachli-

38 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44. Weitere Argumente für ihre Neukonzeption findet *Dormann* u. a. in der Gesetzesgeschichte (fragmentarische Regelung des kartellverfahrensrechtlichen Rechtsschutzsystems) und im Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen, insbesondere der Regelung der Rechtsmittelberechtigung von Beigeladenen in der VwGO (*Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff.; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 251ff.).

39 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 87ff.

40 Ebenda, 110. Die mögliche Verletzung eigener Rechte ordnet *Dormann* als befugnisbegründendes Merkmal ein.

41 Ebenda, 110ff.

42 Ebenda, 118.

43 Ebenda, 119.

44 Ebenda.

45 Ebenda, 127ff., 142.

46 Ebenda, 149ff., 159.

chen Schutzbereichs.⁴⁷ Wie schon ausgeführt⁴⁸ will *Dormann* gerichtlichen Rechtsschutz nur denjenigen Dritten gewähren, denen eine „partielle Existenzvernichtung durch Verdrängung vom relevanten Markt droht.“⁴⁹ Dritte müssten demnach ausreichend Tatsachen vortragen, die eine derart intensive Beeinträchtigung ihrer wirtschaftlichen Existenz wahrscheinlich machen. Andernfalls droht ihre Beschwerde bereits auf der Ebene der Zulässigkeit am Kriterium der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten zu scheitern.⁵⁰

2. Kritik

In ihrer Zielrichtung ähneln sich die Vorschläge von *Dormann* und *K. Schmidt* weitgehend. Beide vermeiden Zufallsergebnisse als Folge der unterschiedlich geregelten Zulässigkeitsvoraussetzungen für die verschiedenen Arten des gerichtlichen Rechtsschutzes. Auch nach *Dormanns* Konzeption werden wesentliche Unterschiede zwischen Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde sowie zwischen Rechtsbeschwerde- und Hauptsacheverfahren ausgeglichen. Selbst die verschärfte Zulässigkeitsvoraussetzung im neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 für das Verfahren des einstweiligen Drittrechtsschutzes würde sich in *Dormanns* Konzeption nicht mehr als verfahrensrechtlicher Sonderfall darstellen. Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten ist nach *Dormann* ohnehin Voraussetzung für jede Art des gerichtlichen Rechtsschutzes. Differenzierungen aufgrund dieses Merkmals wären damit von vornherein ausgeschlossen. Zusätzlich führt der Vorschlag von *Dormann* sogar in noch weiterem Maße als dies bei *K. Schmidts* Ansatz der Fall ist, zu einer Verbesserung des bisherigen Beiladungsdilemmas. Ungerechtigkeiten, die auf das Institut der ermessensabhängigen Beiladung zurückzuführen sind, wirken sich nach *Dormanns* Konzeption zumindest auf den gerichtlichen Rechtsschutz der betroffenen Dritten nicht mehr aus. Die von ihr propagierte „befugnisausschließende Wirkung“ der unterlassenen Beteiligung entfällt nämlich, wenn sich der Dritte nur genügend um seine Beiladung bemüht hat.⁵¹ Das hat für den interessierten Dritten den Vorteil, dass er auf eine wohlwollende Entscheidung der Kartellbehörde jedenfalls

47 Ebenda, 142ff.

48 Kap. 2 A IV 3.

49 Ebenda, 159.

50 Siehe außerdem oben Kap. 1 C II 6 zu *Dormanns* Meistbegünstigungsansatz, mit dem sie in bestimmten Fällen eine Anfechtbarkeit von Freigaben in der Vorprüfphase begründen möchte.

51 Ungeklärt ist die Frage, in welcher Form sich der Dritte um seine Beiladung bemühen muss. Die Formulierung „alles für ihn mögliche getan“ lässt vermuten, dass er für seine Beiladung notfalls vor Gericht ziehen muss. Das bloße Stellen eines (begründeten) Beiladungsantrags dürfte nicht ausreichen. Angesichts der auch von *Dormann* nicht in Frage gestellten Rechtspraxis, wonach Beiladungsanträge von der Kartellbehörde unter Zweckmäßigkeitserwägungen (siehe dazu oben) zurückgewiesen werden können, dürfte der Dritte damit in vielen Fällen vergeblichen Aufwand treiben.

für den gerichtlichen Rechtsschutz nicht mehr angewiesen ist.⁵² Umgekehrt nützt sie für die Beschwerdeberechtigung aber auch nicht viel, wenn er sich nicht auf eine subjektive Rechtsverletzung berufen kann.

Bei aller Ähnlichkeit der Ansätze von *K. Schmidt* und *Dormann* hinsichtlich des verfolgten Ziels einer Angleichung der Beschwerdearten bestehen doch große Unterschiede im Hinblick auf den eingeschlagenen Weg. *K. Schmidt* überträgt die großzügige Regelung in § 63 Abs. 2 GWB auf die Verpflichtungsbeschwerde (formalisierte Beschwerdeberechtigung). Damit erweitert er den Kreis derjenigen Dritten, die zur Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde berechtigt sind. Sein Vorschlag hat eine Verbesserung der Rechtstellung potentieller Drittbetroffener zur Folge. *Dormann* hingegen schlägt die entgegengesetzte Richtung ein. Ihr Vorbild ist nicht die großzügige Regelung der Anfechtungsbeschwerde in § 63 Abs. 2 GWB. Sie orientiert sich an den strengen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber an die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde gestellt hat. Die dort verlangte Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten soll Voraussetzung auch für die Anfechtungsbeschwerde sein. Ihre Konzeption führt damit nicht zu einer Erweiterung, sondern zu einer Verkleinerung des Kreises der Beschwerdeberechtigten. Über diese, den Drittschutz beschränkende Tendenz von *Dormanns* Vorschlag kann auch ihr Einsatz für die Anerkennung subjektiver öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle nicht hinwegtäuschen. Zwar bejaht sie im Gegensatz zur herrschenden Meinung einen drittschützenden Charakter des § 36 Abs. 1 GWB. Gleichzeitig schränkt sie seinen sachlichen Schutzbereich aber in einer Weise ein, die Drittbetroffenen den Weg zu Gericht im Ergebnis ganz verschließt.⁵³

Zusammenfassend bleibt die systematische Stimmigkeit von *Dormanns* Vorschlag zu würdigen. Wie keinem anderen Ansatz gelingt es *Dormann*, die im ersten Teil monierten Ungerechtigkeiten bei der Behandlung verschiedener Drittbetroffener durch eine rechtstechnisch überzeugende Lösung zu beseitigen. Dennoch: Aus Sicht der Drittbetroffenen wäre eine Übernahme der von *Dormann* vorgeschlagenen strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen in Kombination mit dem extrem eng abgegrenzten Schutzbereich der von ihr als drittschützend erkannten Fusionskontrolle fatal: Der vom Gesetzgeber mit der Sechsten GWB-Novelle bewusst eingeführte gerichtliche Rechtsschutz Dritter gegen fusionskontrollrechtliche Freigaben erwiese sich als Totgeburt.

- 52 Damit bleibt es für den Dritten jedoch bei dem Problem, dass er auf das – häufig mindestens so wichtige Verwaltungsverfahren – keinen oder nur geringen Einfluss nehmen kann, wenn die Kartellbehörde von ihrem Ermessen Gebrauch macht und seinen Beiladungsantrag negativ bescheidet. *Dormanns* Vorschlag, der die Beiladungsproblematik letztlich bewusst ausklammert, liefert hierfür keine Lösung.
- 53 Siehe oben Kap. 2 A IV 3 und B die Auseinandersetzung mit der auch von *Dormann* geforderten Voraussetzung der „drohenden Existenzvernichtung“.

IV. Der Vorschlag von *Veelken*

1. Vorstellung

Veelken schließt sich *Dormanns* Auslegung der Vorschriften über die Fusionskontrolle als drittschützend an und untermauert sie mit weiteren Argumenten.⁵⁴ Hingegen wendet er sich ausdrücklich gegen die von *Dormann* vorgeschlagenen Einschränkungen des gerichtlichen Drittschutzes. So übernimmt *Veelken* weder das Erfordernis der möglichen Verletzung in eigenen Rechten als Zulässigkeitsvoraussetzung auch der Anfechtungsbeschwerde,⁵⁵ noch stimmt er mit *Dormann* hinsichtlich der Bestimmung des Schutzbereichs der subjektiven Rechte Dritter überein. Er kritisiert vielmehr die Konsequenzen, die sich ergäben, würde man die von *Dormann* vertretene These zugrunde legen, wonach Dritte sich nur bei drohender Existenzvernichtung auf eine mögliche Verletzung ihrer subjektiven Rechte berufen können.⁵⁶ *Veelken* plädiert demgegenüber für eine großzügigere Abgrenzung des sachlichen Schutzbereichs. Danach soll generell „jeder Wettbewerber der sich zusammenschließenden Unternehmen auf dem beherrschten Markt in den persönlichen und sachlichen Schutzbereich der Fusionskontrolle eingeschlossen“ sein.⁵⁷ Eine Beschränkung des Kreises der Dritten, denen subjektive Rechte zugute kommen sollen, lehnt *Veelken* ab. Weder auf die absolute Größe der betroffenen Unternehmen noch auf die relativen Größenverhältnisse oder auf einen etwaigen Mindestmarktanteil dürfe es ankommen.⁵⁸ Allenfalls das Kriterium der „Spürbarkeit“ hält er für geeignet, um „seltene Ausnahmekonstellationen“ auszuschließen.⁵⁹

2. Kritik

Veelkens gründlicher Analyse des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes kommt mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 besondere Aktualität zu.⁶⁰ Grundsätzlich zuzustimmen ist seiner Kritik an der zu engherzigen Abgrenzung des für Drittunternehmen relevanten Schutzbereichs.⁶¹ Nach seinem Ansatz bleibt

54 *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 220ff. Siehe noch unten *Kap. 4 C*.

55 Ebenda, 210, FN 28.

56 Ebenda, 228ff. Siehe auch das oben *Kap. 2 A V* am Ende wiedergegebene Zitat.

57 Ebenda, 231.

58 Ebenda.

59 Ebenda.,

60 Die Frage nach subjektiven Rechten Dritter wird – wie oben *Kap. 2 E II* gezeigt – mit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle erstmals auch praktisch relevant. Die von *Veelken*, W. (aaO, 211) angeführte notwendige Beiladung sowie die Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung haben sich in der Vergangenheit als Fragestellungen von eher theoretischem Interesse erwiesen.

61 Siehe ausführlich *Kap. 2 A IV 3* und *B*.

der einstweilige Rechtsschutz Dritter selbst nach Einführung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 praktisch möglich. Dennoch bestehen Zweifel sowohl an der Praktikabilität als auch an der systematischen Stimmigkeit seines Vorschlags. Die sehr weitgehende Zulassung von Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz jedes irgendwie betroffenen Marktbeteiligten dürfte dem Anliegen des Gesetzgebers nicht nur der Sechsten, sondern insbesondere der Siebten GWB-Novelle eindeutig widersprechen. Sowohl der Wortlaut („nur“) als auch die Regierungsbegründung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 weisen deutlich auf das Ziel einer Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter jedenfalls im Verhältnis zum Rechtsschutz durch das Hauptsacheverfahren hin.⁶² Diesem gesetzgeberischen Anliegen liefe *Veelkens* Ansatz diametral entgegen. Dass diese später eingetretene legislative Entwicklung *Veelkens* bereits 2003 publizierten Lösungsansatz nicht zum Vorwurf gemacht werden kann, bedarf keiner Erläuterung. Seine Überlegungen beruhen auf dem Gesetzesstand der Sechsten GWB-Novelle. Unstimmigkeiten ergeben sich jedoch auch, wenn man den Gesetzesstand des Jahres 2003 zugrunde legt. Nach der – insoweit unveränderten – Konzeption des Gesetzgebers steht der gerichtliche Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren gegen Fusionsfreigaben zumindest unter der (formellen) Voraussetzung, dass die Beiladung des betroffenen Dritten erfolgte.⁶³ Auch *Veelken* geht davon aus, dass die einfache Beiladung an die Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung gekoppelt ist.⁶⁴ Rechtsprechung und herrschende Literatur stellen an dieses Tatbestandsmerkmal zwar keine besonders hohen Anforderungen.⁶⁵ Dennoch scheitern bestimmte Drittunternehmen in der Praxis bereits an dieser Hürde. So fehlt es nach Ansicht des Bundeskartellamts an einer erheblichen Interessenberührung, wenn ein für das Gesamtunternehmen verhältnismäßig unbedeutender Geschäftsteil betroffen ist.⁶⁶ Solche Einschränkungen des Kreises der Beschwerdeführer kennt *Veelkens* Vorschlag dagegen nicht. Auf eine subjektive Rechtsverletzung soll sich nach seiner Konzeption – von zu vernachlässigenden Ausnahmen abgesehen – jeder Wettbewerber und jedes Unternehmen der Marktgegenseite berufen können. Sie kämen damit in den Genuss des von *Veelken* im Einklang mit der herrschenden Meinung postulierten Instituts der „Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung“⁶⁷. Im Ergebnis hätte *Veelkens* Neudefinition der Voraussetzungen der subjektiven Rechtsverletzung unterhalb der Schwelle der erheblichen

62 Bundesregierung, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 41. Siehe schon oben Kap. 2 G sowie unten Kap. 5 B I und II.

63 Vgl. §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

64 Vgl. *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 210.

65 Siehe schon oben Kap. 1 B I 3 sowie ausführlich unten Kap. 4 D II.

66 Bundeskartellamt, 27.10.1959 WuW/E BKartA 92; Bundeskartellamt (Einspruchsabteilung), 16.3.1960 WuW/E BKartA 176, 177. Dagegen: KG, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 393f. Vgl. aber wieder Bundeskartellamt, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2222: (hilfsweise) Zurückweisung des Beiladungsantrags der Antragstellerin mangels Erheblichkeit der Interessenberührung. Näher unten Kap. 4 D III zur Auslegung des Merkmals der „Erheblichkeit“.

67 Vgl. *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 211. Siehe auch oben Kap. I 4.

Interessenberührung damit zur Folge, dass auch denjenigen Drittunternehmen die Verpflichtungs- und sogar Anfechtungsbeschwerde wegen möglicher Verletzung in eigenen Rechten offen stünde, die zuvor am Erfordernis der erheblichen Interessenberührung gescheitert waren. Die bloße Beteiligung am Verwaltungsverfahren wäre damit an höhere Voraussetzungen geknüpft als das Einlegen eines Rechtsbehelfs vor Gericht. Möglicherweise ist *Veelken* aber auch so zu verstehen, dass zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ (Beiladung) und „spürbare Beeinträchtigung als Marktbeteiligter“ (subjektive Rechtsverletzung) gar nicht zu unterscheiden ist. Nach *Veelken* ist eine erhebliche Interessenberührung „bei Konkurrenten der sich zusammenschließenden Unternehmen nämlich dann anzunehmen, „wenn der konkurrierende Dritte auf einem von dem Zusammenschluss betroffenen Markt tätig ist und nach seiner Behauptung auf diesem Markt eine marktbeherrschende Stellung entsteht.“⁶⁸ Dasselbe soll auch für Unternehmen auf der Marktgegenseite gelten, die er „im Grundsatz“ ebenfalls als „beiladungsfähig“ bezeichnet.⁶⁹ Diese Umschreibungen erinnern stark an seine bereits zitierte sehr weite Bestimmung des subjektiv-rechtlichen Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB. Die einheitliche Auslegung der beiden Tatbestandsmerkmale würde die genannten Wertungsunterschiede abmildern: Wer in subjektiven Rechten verletzt ist, kommt auch für eine Beiladung in Betracht. Dieser Deutung widerspricht aber der Umstand, dass *Veelken* an der Unterscheidung zwischen der ermessensabhängigen „einfachen“ Beiladung und der „notwendigen“ Beiladung wegen subjektiver Rechtsverletzung festhalten will.⁷⁰ Offen bleibt, welcher Anwendungsbereich der notwendigen Beiladung noch zukommen sollte, wenn sich schon der Tatbestand der einfachen Beiladung mit demjenigen der subjektiven Rechtsverletzung deckt oder jedenfalls weitgehend überschneidet.

Veelkens Überlegungen haben den Boden für die Erkenntnis bereitet, dass subjektive Drittrechte in der Fusionskontrolle de facto ausgeschlossen werden, wenn an der Voraussetzung der „drohenden Existenzgefährdung“ festgehalten wird. Sein Alternativvorschlag entbehrt allerdings noch einer genaueren Bestimmung des Verhältnisses der beiden Tatbestandsmerkmale „erhebliche Interessenberührung“ und „subjektive Rechtsverletzung“ zueinander. Die vorliegende Arbeit setzt hier an. Sie ist dem Versuch gewidmet, den von *Veelken* eingeschlagenen Weg in Richtung auf eine Neubestimmung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung fortzusetzen. Dabei gilt es, behutsam vorzugehen. Das übrige Gefüge des verwaltungsrechtlichen

68 Ebenda, 210.

69 Ebenda.

70 Ebenda: „Die Beiladung steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde. Mit Rücksicht auf die nach § 63 Abs. 2 grundsätzlich an die Verfahrensbeteiligung gekoppelte Beschwerdebefugnis sowie die auch die Verwaltungsverfahrensbeteiligung einschließende Gerichtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG wird heute zunehmend eine notwendige Verfahrensbeteiligung anerkannt, und ist die Kartellbehörde zur Beiladung verpflichtet, wenn der Ausgang des Verfahrens den Beizuladenden in einem Fusionskontrollverfahren in seinen Rechten verletzen kann.“

Drittschutzes in der Fusionskontrolle darf nicht aus den Augen verloren werden. Ziel muss ein in sich stimmiges Gesamtsystem sein.

B. Eigener Lösungsvorschlag im Überblick

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt sich aus zwei Elementen zusammen. *Erstes Element*: Man setze das Tatbestandsmerkmal der „Berührung in eigenen Rechten“ mit dem Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ gleich. Mit anderen Worten: Als in seinen subjektiven Rechten verletzt gilt, wer von dem Zusammenschluss (genauer: seiner fusionskontrollrechtlichen Genehmigung) nachteilig und erheblich in seinen Interessen betroffen wird. *Zweites Element*: Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung ist materielle Zulässigkeitsvoraussetzung auch der Anfechtungsbeschwerde. Das erste Element dient vorrangig dem Anliegen, den Kreis derjenigen Dritten zu bestimmen, die auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle die Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsfreigaben des Bundeskartellamts beantragen können. Das zweite Element verwirklicht die Forderung nach einem stimmigen Gesamtgefüge des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Zusammenschlusskontrolle.

Die Gleichsetzung des in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB normierten Tatbestandsmerkmals der „erheblichen Interessenberührung“ mit der Voraussetzung der „subjektiven Rechtsverletzung“ (*erstes Element*) verlangt nach folgender Klarstellung. Es wäre wenig überzeugend, wenn man auch solche Dritte für anfechtungsbefugt hielte, deren Wettbewerbslage durch den Ausgang des Verfahrens zwar erheblich, aber nicht negativ beeinflusst wird.⁷¹ Es bedarf daher einer zusätzlichen Einschränkung des anfechtungsbefugten Personenkreises anhand des Merkmals der Nachteilhaftigkeit. Die herrschende Meinung behilft sich dabei mit dem eigentlich aus dem Rechtsmittelrecht stammenden⁷² Erfordernis der „materiellen Beschwer“ und versteht darunter eine „nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“.⁷³ Die hier vorgeschlagene Lösung fordert als befugnisbegründendes Merkmal die Geltendmachung einer „Verletzung in eigenen Rechten“ (*zweites Element*). Sie kann daher auf einen zusätzlichen Prüfungspunkt verzichten. Das Kriterium der Rechtsverletzung

71 Nach herrschender Meinung kommt eine (einfache!) Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung sowohl in den Fällen einer negativen als auch einer positiven Beeinflussung der Wettbewerbslage durch das Verfahrensergebnis in Betracht (KG, 21.9.1994 (Beiladung RTL II), WuW/E OLG 5355, 5357; 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. 55; Bechtold, R., GWB, 2002, § 54, Rz. 8; Becker, C., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 18).

72 Siehe unten C I 1.

73 BGH, 24.6.2003 (HABET/Lekkerland), WuW/E DE-R 1163, 1165 (m.w.N.). Siehe auch schon oben Kap. 1 B I 3 sowie unten Kap. 4 D II.