

Zweites Kapitel. Einschränkungen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch die Siebte GWB-Novelle

A. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nach bisheriger Auffassung

Dritte, die auch in Zukunft ihre Interessen im Verfahren der Fusionskontrolle umfassend geltend machen wollen, müssen sich auf die Verletzung eigener Rechte berufen (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005). Andernfalls ist einstweiliger Rechtsschutz gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts in Form der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden nicht mehr möglich. Damit stellt sich die Frage nach dem drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle (*I - III*) sowie gegebenenfalls nach ihrem Schutzbereich (*IV*).

I. Die Verneinung eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle im *Weichschaum II*-Beschluss des KG

Prägend für die Diskussion um den drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle war die *Weichschaum*-Rechtsprechung des KG und des BGH in den 70er-Jahren. Gegenstand des Verfahrens war keine Drittbeschwerde im eigentlichen Sinne. Vielmehr handelte es sich um den atypischen Fall, dass sich die veräußernde Gesellschaft von dem selbst geschlossenen Zusammenschlussvertrag lösen wollte. Zu diesem Zweck begehrte sie vom Bundeskartellamt die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens. Die erste Entscheidung des Kammergerichts¹ und die des BGH² setzen sich ausschließlich mit der besonderen Rechtsstellung des Veräußerers auseinander.³ Die Argumentation erfolgt dezidiert einzelfallbezogen.⁴ Lediglich die *Weichschaum II*-Entscheidung des Kammergerichts, die Hauptsacheentscheidung, wirft die Frage auf, inwieweit die in §§ 24, 24a GWB 1976 eröffneten Kontrollmöglichkeiten neben dem Allgemeininteresse auch dem Individualschutz sonstiger Dritter, insbesondere von Wettbewerbern dienen. Das Kammergericht kommt zu dem Schluss, dass die Ergebnisse der Zusammenschlusskontrolle zwar auch für Dritte von großer Bedeutung sind.⁵ Die Vorschriften über die Fusionskontrolle dienten aber allein dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Wettbe-

- 1 *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1637 (Gegenstand war ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung) = AG 1976, 191 mit Anmerkung *Emmerich*, V.
- 2 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557f.
- 3 Der BGH bejahte sogar – im Gegensatz zum KG – die Beschwerdebefugnis des Veräußerers mit Rücksicht auf § 24 Abs. 6 GWB 1976 (*BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557).
- 4 So auch *Körber*, T., Konkurrentenklage, 1996, 227.
- 5 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.

werbs vor einer Vermachtung.⁶ Bei den günstigen Auswirkungen dieser Kontrolle auf Dritte handle es sich lediglich um Reflexe. Die in Frage stehenden Bestimmungen seien weder ausschließlich noch nebenbei auf ihren Schutz ausgerichtet.⁷ Schließlich verweist das Kammergericht auf die so genannte Abwägungsklausel⁸ in § 24 Abs. 1 2. HS GWB 1976. Danach ist es möglich, aufgrund zu erwartender, überwiegender Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen bestimmte nachteilige Auswirkungen eines Zusammenschlusses im Einzelfall hinzunehmen. Hieraus folgert das KG, dass es auf die Interessen einzelner Dritter bei der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens nicht ankomme. Entscheidungserheblich seien lediglich solche gesamtwirtschaftlichen Überlegungen, die für die Allgemeinheit bedeutsam sind. Bemerkenswert ist, dass das KG seine Entscheidung vorsichtshalber mit der Hilfsüberlegung absichert, dass eine geschützte Rechtsposition jedenfalls des Veräußerers zu verneinen wäre.⁹ Bei ihm fehle es schon an der belastenden Wirkung einer Nichtuntersagung.¹⁰ Damit wäre eine Beschwerde selbst dann unzulässig, wenn man im Übrigen davon ausginge, die Vorschriften über die Fusionskontrolle dienten auch dem Schutz dritter Unternehmen wie zum Beispiel von Wettbewerbern.¹¹

Das KG bekräftigte diese restriktive Linie noch kurz vor Inkrafttreten der Sechste GWB-Novelle im Fall *Großverbraucher* aus dem Jahr 1997.¹² Darin wird der Vorschrift des § 24 GWB 1990 unter Verweis auf den *Weichschaum III*-Beschluss des BGH ein subjektivrechtlicher Charakter abgesprochen. Unternehmen, die am Zusammenschluss nicht beteiligt sind, haben danach keinen Anspruch auf Untersagung.¹³ Eine entsprechende Untersagungsbefugnis stehe dem Bundeskartellamt lediglich im öffentlichen Interesse zu. Es gelte, den Wettbewerb als Institution zu schützen.¹⁴ Überlegungen im Zusammenhang mit dem Gesetzgebungsverfahren zur Sechsten GWB-Novelle, wonach dem Drittschutz verstärkt Rechnung getragen werden soll, mochte das KG keine Auswirkungen auf diese Einschätzung beimessen. Insbesondere verbiete sich ein „rechtschöpferischer Vorgriff“ in Richtung der Novellierungsvorschläge.¹⁵

6 Ebenda.

7 Ebenda.

8 Dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 282ff.

9 KG, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.

10 Ebenda, 1760.

11 Ebenda, 1759f.

12 KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850f.

13 Ebenda, 5850.

14 Ebenda, 5851.

15 Ebenda, 5851.

II. Festhalten an der *Weichschaum*-Rechtsprechung auch nach Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle

Das Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle bedeutete zwar eine neue Ära für den Drittrechtsschutz gegen Zusammenschlussfreigaben.¹⁶ Auch sprach der Gesetzgeber in der Begründung selbst von der Verletzung Dritter „in eigenen Rechten“ durch eine Fusionsfreigabe.¹⁷ Vereinzelt nahm die Literatur diesen Halbsatz in der Gesetzesbegründung zum Anlass, die Existenz subjektiver öffentlicher Dritter in der Fusionskontrolle zu bejahen.¹⁸ Zu einer Änderung der restriktiven Rechtsprechung des KG kam es in der Folge aber nicht. Und selbst der dem Drittrechtsschutz ansonsten großzügig gegenüberstehende Kartellsenat am OLG Düsseldorf judizierte im Fall *tv kofler*: „Drittunternehmen, die sich gegen einen Unternehmenszusammenschluss wenden, [...] sind nicht in subjektiven Rechten i. S. von Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Weder aus einfachem Gesetz noch aus den Grundrechten folgt ein subjektives Recht dritter Unternehmen auf Untersagung von Zusammenschlüssen. [...] § 36 GWB begründet keine subjektiven Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite, weil sie [= die Fusionskontrolle, Verf.] überwiegend im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution eingeführt wurde.“¹⁹ Wenn sich die Düsseldorfer Richter in diesem Zusammenhang sogar auf den *HABET/Lekkerland*-Beschluss des BGH berufen, bleibt unklar, auf welche Formulierung der Bundesrichter sich dabei beziehen. Tatsächlich findet sich in der genannten BGH-Entscheidung genauso wenig wie in dem zuvor oft in Anspruch genommenen *Weichschaum III*-Beschluss eine Aussage zu der grundsätzlichen Frage, ob die Vorschriften über die Fusionskontrolle drittschützende Wirkung haben. Die weit überwiegende Literatur lenkte auf die vom KG und später OLG Düsseldorf ausgegebene Devise ein. Sie verneint ebenfalls eine drittschützende Wirkung der Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB.²⁰ Eine vertiefte Diskussion des Problems erfolgte ent-

16 Im Einzelnen unten *Kap. 4 C IV 2*.

17 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44: „Außerdem wird klargestellt, dass Dritte künftig gegen Freigabeentscheidungen Beschwerde einlegen können, wenn sie in eigenen Rechten betroffen sind.“

18 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 134; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 246.

19 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1296. Noch einmal bekräftigt in *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1464.

20 *Benisch, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1982, § 35 GWB 1980, 13; *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. 24 und – weniger eindeutig – Rz. 58. *Rieger, H.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Juli 1993, § 24 GWB aF, Rz. 126; *Werner, R.*, in: *FIW* (Hrsg.), *Schwerpunkte* 1977/78, 1979, 49, 57; *Riesenkampff, A.*, *GRUR* 1979, 331, 332; *Steffens, O./Boos, A.*, *ZWeR* 2004, 431, 439 und 450. Vgl. auch *Bundesrat*, Stellungnahme Entw. 7. GWB-Nov., BR-Drucks. 441/04, S. 18 zum Erfordernis einer Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten: „Das wird ihm [dem Dritten, Verf.] in den seltensten Fällen gelingen, da die Fusionskontrolle gerade nicht dem individuellen Schutz der Wettbewerber, sondern dem Wettbewerb als solchem dient.“ Die h. M. referierend: *Emmerich, V.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.*

weder gar nicht oder beschränkte sich auf die Wiedergabe der Argumente des Kammergerichts in seiner *Weichschaum II*-Entscheidung aus dem Jahr 1976.²¹ Wenige Tage vor Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle sprach der BGH in seinem Beschluss über die Nichtzulassungsbeschwerde im Verfahren *Ampere Freigabe* immerhin noch von „eher seltenen Fällen“, in denen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe subjektiv-öffentliche Rechte Dritter verletze.²² Im konkreten Fall nahm er eine solche aber nicht an.

III. Siebte GWB-Novelle

Für die Rechtsprechung ergab sich im Zusammenhang mit dem Zusammenschlussverfahren *Werhahn* eine erste Gelegenheit, sich zu dem im Rahmen der Siebten GWB-Novelle neu eingefügten Erfordernis einer Verletzung in subjektiven Drittrechten zu äußern. Über den Antrag einer Wettbewerberin auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsbeschwerde gegen die Fusionsfreigabe urteilte das OLG Düsseldorf: „Nach herrschender Meinung, der sich der Senat weiterhin anschließt, begründet die Fusionskontrolle keine subjektiven Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite, weil sie im öffentlichen Interesse an der Aufrechterhaltung des Wettbewerbs als Institution eingeführt worden ist.“²³ In seiner Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde der unterlegenen Wettbewerberin bekräftigte auch der BGH, es ergebe sich „zweifelsfrei aus der Senatsrechtsprechung, dass aus § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte i.S. des § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB hergeleitet werden können.“²⁴ Offen ließ der BGH einzig

(Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 55, allerdings noch mit Hinweis auf die eigene kritische Stellungnahme in AG 1978, 150, 156. Diese Meinung scheint er in der Kommentierung der Sechsten GWB-Novelle allerdings aufgegeben zu haben: *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 31. *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 31 beschränkt sich in seiner Kommentierung auf die Frage, ob § 24 Abs. 6 GWB 1980 Dritten subjektive Rechte auf bestimmte Auflösungsmaßnahmen einräumt.

- 21 Eine positive Ausnahme bildet insofern die – im Ergebnis zustimmende – Auseinandersetzung von *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 225ff., der auch zu den kritischen Stellungnahmen von *Emmerich, V.*, AG 1976, 193, 194 und *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 59, 130 Stellung nimmt.
- 22 *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.
- 23 *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645.
- 24 *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 2/3 des Umbruchs. Unklar bleibt, inwieweit die vom BGH angeführten Beschlüsse *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544 sowie *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571 zum Beleg für eine gesicherte Senatsrechtsprechung zu dieser Frage dienen können. Die Frage der subjektiven Rechtsverletzung spielt im *HABET/Lekkerland*-Beschluss gar keine Rolle (Abgrenzung zum Erfordernis der materiellen Beschwerde). Im *Zeiss/Leica*-Beschluss beschränkt sich der BGH darauf, im konkreten Fall keine Verletzung der Beschwerdeführerin in subjektiven Rechten fest-

die Frage, ob aufgrund einer Berührung in Grundrechten subjektive Drittrechte in der Fusionskontrolle bestehen können.²⁵

IV. Die enge Bestimmung des Schutzbereichs der potentiell drittschützenden Vorschriften über die Fusionskontrolle

Die Position der herrschenden Meinung blieb nicht gänzlich unwidersprochen. Vereinzelte Stimmen in der Literatur treten für einen drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle ein.²⁶ Der einstweilige Drittrechtsschutz ist damit aber noch nicht in trockenen Tüchern. Neue Hürden tun sich auf. Es stellt sich die Frage, *welche* Dritten in *welcher* Situation eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte geltend machen können. Die Antwort hängt von der Bestimmung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs des § 36 Abs. 1 GWB ab.

1. Persönlicher Schutzbereich

Als wenig problematisch erweist sich die Hürde des persönlichen Schutzbereichs. Auch wenn hier noch einige Detailfragen zu klären sind, dürfte der allgemeine Konsens dahin gehen, dass in erster Linie Wettbewerber, also Unternehmen derselben Wirtschaftsstufe zu den geschützten Personen zählen.²⁷ Daneben werden vereinzelt – und soweit ersichtlich – unwidersprochen auch Lieferanten und Abnehmer als möglicherweise geschützte Dritte genannt.²⁸ Die Einbeziehung weiterer Dritter wie

zustellen. Im Verfahren *Ampere Freigabe* bezeichnet der BGH den Fall der Verletzung in subjektiven Drittrechten zwar als „eher selten“, schließt ihn aber gerade nicht grundsätzlich aus.

- 25 BGH, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 3 des Umbruchs. Anders dagegen das OLG Düsseldorf, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1296, das ausdrücklich auch die Möglichkeit der verfassungsrechtlichen Herleitung eines subjektiven Drittrechts auf Untersagung eines Zusammenschlusses verneint.

Siehe noch unten Kap. 2 C II zu der – von OLG und BGH jedenfalls in casu verneinten – Frage ob möglicherweise durch Veräußerungsauflagen, die Minderheitsbeteiligungen Dritter betreffen, subjektive Rechte erwachsen können (OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647; BGH, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de, S. 3 des Umbruchs).

- 26 Siehe die Nachweise in den folgenden Fußnoten. Zu den Argumenten unten Kap. 4 C.
- 27 Emmerich, V., AG 1978, 150, 156; Laufkötter, R., WuW 1999, 671, 675; Steinberger, H., WuW 2000, 345, 350f. Vgl. auch Schulte, J. L., AG 1998, 297, 303, der die Möglichkeit einer Verletzung in subjektiven Rechten jedoch nur andeutet, indem er eine Verletzung von Art. 19 Abs. 4 GG in Erwägung zieht. Siehe auch die Nachweise in der folgenden FN.
- 28 Dormann, U., Drittklagen, 2000, 149f.; Veelken, W., WRP 2003, 207, 228. Das OLG Düsseldorf, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644ff. spricht an drei Stellen lediglich von „Wettbewerbern und Abnehmern“ als möglichen Nutznießern der Fusionskontrolle. Lieferanten als potentielle Drittbeschwerdeführer werden dagegen nur einmal mit dem Begriff der „Marktgegenseite“ (ebenda, 1645) erwähnt.

z. B. Arbeitnehmervertreter, Verbraucherschutzverbände oder Unternehmen auf Parallelmärkten wird dagegen überwiegend kritisch beurteilt.²⁹ Sie bedarf weiterer Diskussion.³⁰

2. Sachlicher Schutzbereich

Wesentlich größere Schwierigkeiten bereitet die zweite Hürde, die Bestimmung des sachlichen Schutzbereichs. Traditionell haben Dritte hier mit einem aus dem Verwaltungsprozessrecht stammenden Dogma zu kämpfen. Danach wird die Berührung *bloßer wirtschaftlicher Interessen* der Verletzung von *Rechtspositionen* gegenüber gestellt.³¹ So heißt es beispielsweise im Kommentar von *Redeker/von Oertzen* zur Bedeutung von § 42 Abs. 2 VwGO: „Durch diese Regelung wird einmal eine Popularklage, zum anderen aber auch das alleinige Geltendmachen von wirtschaftlichen, kulturellen oder ideellen Interessen durch den Kläger ausgeschlossen.“³² Ganz ähnlich formuliert *Steinberger* für den Bereich der Drittklagen in der Fusionskontrolle: „Art. 19 IV GG [...] eröffnet den Rechtsweg freilich nur demjenigen, der *in seinen Rechten* möglicherweise verletzt zu sein behauptet.“³³ Hierfür sei nicht ausreichend „die Verletzung allein wirtschaftlicher Interessen, etwa die bloße Verschlechterung seiner Wettbewerbssituation durch das Hinzutreten weiterer Wettbewerber auf dem relevanten Markt“.³⁴

3. Die These vom existenzvernichtenden Zusammenschluss

Damit scheint festzustehen: eine bloße, wenn auch erhebliche Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation durch nachteilig veränderte Wettbewerbsverhältnisse kann Drittschutz nicht begründen. Drittunternehmen, die sich auf eine Verletzung subjektiver öffentlicher Rechte berufen möchten, müssen mehr als nur Nachteile im Wettbewerb geltend machen. Autoren, die unter diesen Umständen an der drittschützenden Wirkung der fusionskontrollrechtlichen Normen festhalten wollen, sehen sich gezwungen, den sachlichen Schutzbereich enger abzugrenzen bzw. bemü-

29 Nach Ansicht von *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 350 fallen zum Beispiel Endverbraucher, nach Ansicht von *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 150ff. auch Arbeitnehmer, Anteilseigner, Verbraucher und Gläubiger nicht in den persönlichen Schutzbereich der Vorschriften über die Fusionskontrolle. *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 232 fügt dieser Aufzählung noch Unternehmerverbände und solche Dritte hinzu, die auf anschließenden Märkten tätig sind und daher lediglich „mittelbar betroffen“ sind.

30 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 D III 1 a.*

31 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 A I.*

32 *Nicolai, H. v.*, in: *Redeker, K./Oertzen, H.-J. v.* (Hrsg.), VwGO, 2004, § 42, Rz. 14.

33 *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 348 (Hervorhebung im Original).

34 Ebenda. Ähnlich *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.

hen die Verletzung von Grundrechtspositionen. Sie fühlen sich aufgefordert Voraussetzungen zu formulieren, die sich hinreichend vom Tatbestand der bloßen Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse unterscheiden. Als Ausweg scheint sich das Merkmal der (drohenden) Existenzvernichtung anzubieten. Charakteristisch ist insofern die Formulierung bei *Dormann*, wonach eine Verletzung subjektiver Rechte nur bei „(partieller) Existenzgefährdung“³⁵ gegeben sei. Die Beeinträchtigung müsse eine „solche Intensität erreichen, dass ein Ausschluss des Dritten vom Markt zu erwarten ist.“³⁶ *Laufkötter* will eine Verletzung nur bei Freigabe eines Zusammenschlussvorhabens annehmen, „der dem klagenden Wettbewerber die Möglichkeit nimmt, mit Mitteln des Wettbewerbs am Markt bestehen bleiben zu können“.³⁷ *Bunte* fordert eine „schwere und unerträgliche Beeinträchtigung in den wettbewerblichen Möglichkeiten“ bzw. „ruinösen, existenzgefährdenden Wettbewerb, der zur Auszehrung und Verdrängung der Wettbewerber führt.“³⁸ *Schmidt-Preuß* möchte subjektiv-rechtlichen Schutz gar nur im „krassen Ausnahmefall einer Vernichtungsfusion“ gewähren.³⁹ Erforderlich sei die „hinreichend sichere Prognose [...], dass die zusammengeschlossenen Unternehmen unter Einsatz von Marktmacht, Effizienzvorteilen und finanziellen Ressourcen gezielt Unter-Preis-Verkäufe einsetzen und damit die Existenz eines Konkurrenten auf dem Markt kausal gefährden.“⁴⁰

Diese enge Auslegung des sachlichen Schutzbereichs der als drittschützend qualifizierten GWB-Vorschriften erweist sich als zutreffend, wenn man subjektive Drittrechte ausschließlich in Grundrechtspositionen sucht. Im Zusammenhang mit den hier relevanten Sachverhaltsgestaltungen werden als möglicherweise betroffene

35 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 146f.

36 Ebenda, 146. Zustimmung *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 640.

37 *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675.

38 *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: FS Tilmann, 2003, 621, 640. Ähnlich auch *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24, FN 7: „Existenzvernichtung durch vollständige Verdrängung vom Markt“. Neuerdings wohl auch *Bracher, C.-D.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 67, der eine notwendige Verfahrensbeteiligung eines nicht am Zusammenschluss beteiligten Unternehmens aus verfassungsrechtlichen Gründen ausnahmsweise für geboten hält, „wenn der Zusammenschluss die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung dieses Unternehmens bedrohen würde.“ Gleichzeitig aber hält er diesen „Ausnahmefall [...] angesichts der Missbrauchsaufsicht [für] kaum denkbar.“

39 *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 355f.

40 Ebenda, 356. In der Sache nichts anderes fordern auch *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 450f. Sie wollen zwar daran festhalten, dass die Vorschriften über die Fusionskontrolle keine subjektiv-öffentlichen Drittrechte vermitteln. Sie meinen aber, ein Leerlaufen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch eine teleologische Reduktion von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 verhindern zu können. Danach soll die Anwendbarkeit der neuen Vorschrift in den Fällen ausgeschlossen sein, in denen aufgrund der Fusion „irreparable Schäden oder gar die Insolvenz von Wettbewerbern“ droht (unten *Kap. 4 C V 8 e*).

Grundrechtspositionen die Wettbewerbsfreiheit⁴¹, die Berufsfreiheit⁴², die Eigentumsgarantie⁴³ oder Kombinationen der genannten Grundrechte⁴⁴ genannt. Tatsächlich führt eine Analyse der obergerichtlichen Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass von Verfassungen wegen subjektiv-rechtlicher Schutz nur gegen ruinösen und letztlich existenzvernichtenden Wettbewerb zu gewähren ist.⁴⁵ So lassen sich zwar zahlreiche Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Verwaltungsgerichte finden, in denen bei Beeinträchtigung in lediglich wirtschaftlichen Interessen bereits ein Eingriff in einfachgesetzlich begründete Rechte bejaht wurde.⁴⁶ Fehlt es dagegen hieran bzw. gilt die in Frage stehende einfachgesetzliche Norm als nicht drittschützend, so verneinen sowohl das Bundesverwaltungs- als auch das Bundesverfassungsgericht regelmäßig eine Verletzung von Grundrechtspositionen mangels ausreichender Intensität der Beeinträchtigung in wirtschaftlichen Interessen.⁴⁷ Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass es sich bei der behördlichen Genehmigung von privatem Handeln

- 41 *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. 24, FN 7 (der die Wettbewerbsfreiheit in den Art. 12, 14, 3 Abs. 1 GG verortet), *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 172ff. (Art. 12, 14 GG, siehe auch FN 46); *Charalambos, T.*, Wettbewerbsfreiheit, 1998, 184; *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 147; *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 349f.
- 42 *Tettinger, P. J.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 12 Rz. 162; *Hösch, U.*, DV 1997, 211, 226; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 214.
- 43 *Veelken, W.*, aaO 2003, 207, 214: Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.
- 44 *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 172ff.; *Huber, P. M.*, Konkurrenzschutz, 1991, 416; *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 356 (alle: Art. 12 und Art. 14 GG). Differenzierend *Veelken, W.*, aaO: Wettbewerber, Lieferanten und unternehmerische Kunden: Art. 12 GG und – ergänzend – Art. 14 GG; sonstige Abnehmer: Art. 2 Abs. 1 GG; von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmer: Art. 12 GG.
- 45 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24; *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 147f. Vgl. auch *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 675, die zwar lediglich eine „spürbare Beeinträchtigung“ des Wettbewerbers in seinen wettbewerbslichen Möglichkeiten durch die Freigabe des Zusammenschlusses postuliert, dabei an den Spürbarkeitsbegriff „im Sinne einer effektiven Zusammenschlusskontrolle“ jedoch hohe Anforderungen stellt. Ähnlich *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 350f. Noch enger *BVerwG*, 28.1.1960, E 10, 122, 123: selbst eine drohende Existenzgefährdung berührt lediglich „die wirtschaftlichen, nicht aber die im Klageweg allein verfolgbar rechtlichen Interessen der Klägerinnen“, die sich gegen die Erteilung einer Genehmigung zugunsten einer (dann konkurrierenden) Rechtsschutzversicherung gewandt hatten. Kritisch dazu *Schmidt, R.*, NJW 1967, 1635, 1638f.
- 46 Unten Kap. 4 A III.
- 47 Z. B. *BVerfG*, 11.12.1990, DVBl. 1991, 309 (keine Verletzung der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Freiheit im wirtschaftlichen Verkehr durch Zulassung eines konkurrierenden Rundfunkbetreibers); *BVerwG*, 20.7.1992, NVwZ 1993, 63 (kein Eingriff in Art. 14 GG durch Widerruf der staatlichen Anerkennung einer Heilquelle mangels Existenzgefährdung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs).

lediglich um einen mittelbaren Eingriff in Rechtspositionen Dritter handeln kann.⁴⁸ Entsprechend schwerwiegend müssen daher die Beeinträchtigungen sein, um eine Grundrechtsverletzung bejahen zu können.⁴⁹

V. Zweites Zwischenergebnis

Das neue Erfordernis der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 droht, den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Fusionsfreigaben gänzlich zu beseitigen.⁵⁰ Rechtsprechung und Literatur sprechen der Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB fast einhellig einen drittschützenden Charakter ab. Sie schließen die Existenz subjektiver öffentlicher Rechte Dritter in der Fusionskontrolle damit von vornherein aus.⁵¹ Eine literarische Mindermeinung leugnet die Existenz subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle zwar nicht von grundsätzlich. Allerdings grenzt sie den sachlichen Schutzbereich der potentiell drittschützenden Normen denkbar eng ab. Gefordert wird der Nachweis der drohenden „Existenzvernichtung“. Es stellt sich nun die Frage, welche Sachverhaltsgestaltung diesen hohen Anforderungen überhaupt gerecht werden kann. Nach Ansicht von *Veelken* dürften Zusammenschlüsse, die diese Voraussetzungen erfüllen, in der bisherigen Fusionskontrollpraxis von Bundeskartellamt und EG-Kommission „mit der Lupe zu

48 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 147. Eingehend zur Frage der Modalität der Grundrechtsverletzung (mittelbarer Eingriff oder Unterlassen weitergehenden Schutzes): *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 214f. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die „inhaltliche Reichweite des Grundrechtsschutzes des beeinträchtigten Dritten nicht zwangsläufig von der Wahl der Abwehr oder Schutzpflichtenkonstellation abhängen [muss].“

49 *Veelken, W.*, aaO, 215. Ein Beispiel für eine derart schwere Beeinträchtigung findet sich in der Entscheidung des *BVerwG*, 1.12.1982, E 66, 307 zur Dünnsäure-Verklappung in der Nordsee. Einem privaten Unternehmen war die behördliche Erlaubnis erteilt worden, eine große Menge Dünnsäure in ein näher bestimmtes Seegebiet nordwestlich von Helgoland einzuleiten. Gegen diese Erlaubnis hatte ein Kutterschiffer Anfechtungsklage erhoben. Er machte geltend, sein auf Fischfang ausgerichteter Gewerbebetrieb sei durch das Einleiten der Dünnsäure ernsthaft in seiner Existenz gefährdet. Mangels drittschützender Wirkung des Einbringungsgesetzes, auf dem die Verklappungserlaubnis beruhte, blieb dem Bundesverwaltungsgericht nur, die Klagebefugnis des Kutterfischers im Rückgriff auf Grundrechtspositionen zu bejahen. Die Voraussetzungen seien erfüllt, wenn die behördliche Erlaubnis den Gewerbebetrieb des Klägers entweder „schwer und unerträglich“ treffe oder „der Bestand seines eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs ernsthaft in Frage gestellt wird“ (ebenda, 309 mit Hinweis auf *BVerwGE* 36, 248, 251). Dogmatische Kritik an dieser Entscheidung übt *Ossenbühl, F.*, in: ders. (Hrsg.), Eigentumsgarantie und Klagebefugnis, 1990, 3540ff.

50 Siehe nur *Monopolkommission*, Sondergutachten 41 zur 7. GWB-Nov. (Allg. WettbR), 2004, Rz. 104; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474. 483.

51 Bemerkenswert auch schon der Kommentar bei *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 71 zum Merkmal der Rechtsbeeinträchtigung in § 75 Abs. 1 GWB 1966 als Voraussetzung für die Rechtsbeschwerde in Kartellverwaltungssachen, wonach „betroffenen Dritten [...] praktisch nie ein Klagerecht zustünde“.

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.