

IV. Fünftes Zwischenergebnis

Die oben aufgestellte These ist damit bestätigt: Privater Rechtsschutz gegen Zusammenschlussvorhaben ist ausgeschlossen, wenn man ihn vom Nachweis einer in Folge der Fusion eintretenden wirtschaftlichen Existenzvernichtung abhängig macht. Folge wäre nicht nur eine substantielle Einbuße hinsichtlich der Rechtsschutzmöglichkeiten von Drittbetroffenen selbst im Fall offensichtlich rechtswidriger Fusionen. Mindestens ebenso schwer wiegt der systematische Einwand, wonach ein solches Rechtsschutzsystem die Bedeutung der Fusionskontrolle als präventiver Strukturkontrolle verkennt. Ziel muss es sein, solche Machtkonzentrationen von vornherein zu verhindern, die die Möglichkeit zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens eröffnen.

E. Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die Drittbeteiligung in der Fusionskontrolle

Das Tatbestandsmerkmal der Verletzung in eigenen Rechten begegnet in der Fusionskontrolle an vier Stellen:²⁴⁵ (1) als Voraussetzung für die notwendige Beiladung, (2) als Voraussetzung für die Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde, (3) als Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde, wenn der betreffende Dritte nicht beigeladen wurde und (4) – seit dem 1. Juli 2005 – als Voraussetzung für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Beschwerde gegen eine Fusionsfreigabe i. S. d. § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB.²⁴⁶ Die Aufzählung lässt vermuten, dass das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung von zentraler Bedeutung für den fusionskontrollrechtlichen Drittschutz ist.²⁴⁷ Umso mehr erstauen daher die soeben getroffenen Feststellungen: Soweit subjektive Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nicht ohnehin geleugnet werden (zweites Zwischenergebnis), scheidet eine Verletzung Dritter in eigenen Rechten jedenfalls mangels Schutzbereichsverletzung aus (drittes und fünftes Zwischenergebnis). Es stellt sich daher die Frage, wie es zu dieser stiefmütterlichen Behandlung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung in der Vergangenheit kommen konnte.

245 Siehe oben *Kap. 1 B IV*.

246 Bis Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle im Jahr 1973, also noch vor Einführung der Fusionskontrolle, war die subjektive Rechtsverletzung gemäß § 75 Abs. 1 GWB 1958 auch Zulässigkeitsvoraussetzung für die Rechtsbeschwerde.

247 So *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 211 („Zentralproblem“).

I. Bisherige Bedeutung des Merkmals

Eine Untersuchung der fusionskontrollrechtlichen Praxis ergibt, dass es bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle möglich war, Drittbetroffenen umfassende Beteiligungs- und Beschwerderechte einzuräumen, ohne auf eine nähere Auseinandersetzung mit der Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung angewiesen zu sein. Situationen, in denen die Verfahrensbeteiligung Dritter ausschließlich an der fehlenden Verletzung in eigenen Rechten gescheitert wäre, sind nicht zu verzeichnen.

1. Notwendige Beiladung

Die geringe Bedeutung, die der Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung für die Rechtsstellung Dritter in der Fusionskontrolle bislang zukam, zeigt sich schon am Institut der notwendigen Beiladung. Es ist kein einziger Fall ersichtlich, in dem ein Dritter vor Gericht erfolgreich einen Anspruch auf Beiladung zu einem Verfahren der Zusammenschlusskontrolle erstritten hätte. Sucht man in Rechtsprechung oder Literatur nach einschlägigen Beispielen, wird man allenfalls im Bereich des allgemeinen Kartellrechts,²⁴⁸ nicht jedoch in der Fusionskontrolle fündig.²⁴⁹ Man

248 Soweit ersichtlich existiert überhaupt nur ein einziger Fall aus der Rechtsprechung, in dem eine notwendige Beiladung angenommen wurde, nämlich das Verfahren des *KG*, 19.12.1979 (*Basalt-Union*), WuW/E OLG 2193. Das Verfahren hatte den Sonderfall zum Gegenstand, dass in einer an die Kartellbeteiligten gerichteten Verfügung die Ausführung einer bestimmten Vertriebsvereinbarung untersagt wurde, welche sich zu Lasten der Kartellaußenseiter auswirken würde (Verwaltungsakt mit Doppelwirkung). Anders als man bei flüchtiger Lektüre des entsprechenden Nachweises bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46 vermuten könnte, lässt sich die Entscheidung keineswegs auf alle Arten von Kartellaußenseitern verallgemeinern. Vielmehr betrifft die Entscheidung nur den speziellen Fall, dass eine Vertriebsvereinbarung mit Auswirkungen auf Drittunternehmen untersagt wird. In dem zweiten von *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46 angeführten Beispielsfall (*KG*, 28.11.1979 (*Parallellieferteile*), WuW/E OLG 2247, 2257) fällt auf, dass das *KG* zwar die Einhaltung der Rechtsfolgen (Benachrichtigungs- und Beiladungspflicht) – vorsichtshalber? – feststellt, das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen für eine notwendige Beiladung jedoch nicht ausdrücklich bejaht. Zwar sprach das *OLG Düsseldorf*, 16.6.2004 (*VDZ-Wettbewerbsregeln*), WuW/E DE-R 1545 die Verpflichtung des Bundeskartellamts aus, den Antragsteller zum Verfahren beizuladen. Der Grund für die Entscheidung lag aber nicht in der Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte des Antragsstellers. Vielmehr handelte es sich um eine „Abwägung der i. R. der Ermessensausübung wesentlichen und vorstehend dargestellten Gesichtspunkte, die eine Beiladung des Ast. zum Anerkennungsverfahren geboten“ erscheinen ließen (ebenda, 1550). Ähnlich schon *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), WuW/E OLG 1033, 1036, das ebenfalls von einer Pflicht zur Beiladung ausging, diese jedoch mit Zweckmäßigkeitserwägungen begründete.

249 Zu Recht schränkt *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476 daher ein: „Außerhalb der Fusionskontrolle kann die Figur der notwendigen Beiladung Abhilfe schaffen“ (zum Problem der Ermessensabhängigkeit des Beschwerderechts Dritter, Hervorhebung vom Verf.).

kann nur vermuten, dass sich die Frage aufgrund der großzügigen Beiladungspraxis des Amtes nur in den wenigsten Fällen gestellt hat.²⁵⁰ Soweit ersichtlich haben Dritte bislang nur in drei Fällen einen Anspruch auf Beiladung zu einem Verfahren der Zusammenschlusskontrolle gerichtlich geltend gemacht. Das Beschwerdegericht konnte den Antrag in allen Verfahren zurückweisen, ohne sich auf das Fehlen einer Rechtsverletzung stützen zu müssen. Grund für die Zurückweisung der Beschwerden war jeweils, dass das Verwaltungsverfahren bereits beendet war und eine Beiladung schon deshalb nicht mehr in Betracht kam.²⁵¹ Im Fall *Zeiss/Leica* hatte das Drittunternehmen einen förmlichen Beiladungsantrag überhaupt erst gestellt, als die Freigabeentscheidung bereits bestandskräftig geworden war.²⁵² Im Verfahren *tobaccoland II* spricht die Begründung die Frage einer Verletzung in subjektiven Rechten nicht einmal an. Im Fall *Großverbraucher* setzte sich das KG mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie habe aufgrund subjektiver Rechtsverletzung einen Anspruch auf Beiladung, zwar auseinander.²⁵³ Da das Gericht aber schon das Merkmal der erheblichen Interessenberührung verneinte, kam nicht einmal eine einfache, geschweige denn eine notwendige Beiladung in Betracht.

2. Verpflichtungsbeschwerde

Wenig ergiebig erweist sich auch die Suche nach Verfahren, in denen Dritte sich mit einer Verpflichtungsbeschwerde gegen ein Zusammenschlussvorhaben gewandt hätten. Zwar hat das KG seine ablehnende Haltung hinsichtlich eines subjektiven Drittschutzes in der Fusionskontrolle anlässlich einer Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens entwickelt.²⁵⁴ Das *Weichschaum*-Verfahren bildet aber schon insofern eine Ausnahmekonstellation, als hier kein Drittunternehmen im eigentlichen Sinne, sondern der Veräußerer selbst die Untersagung begehrte. Unabhängig von der Frage der subjektiven Rechtsverletzung beim dritten Beschwerdeführer ist eine Verpflichtungsbeschwerde aber schon aus anderen Gründen unzulässig. *Gegen* eine ausdrückliche Freigabeverfügung ist nur

250 Nach *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 45 wurden wegen Rechtsverletzung notwendig beizuladende Dritte „in der Praxis in aller Regel schon beigelegt, als diese die notwendige Beiladung noch nicht anerkannte. Regelmäßig stellte sich die KartB in Fällen notwendiger Beiladung dem Beiladungsgesuch nicht in den Weg.“

251 *KG*, 5.4.2000 (*tobaccoland II*), WuW DE-R 641, insbes. 643f.; *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850; *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544. Vgl. aus dem allgemeinen Kartellverwaltungsrecht die gleichlautende Entscheidung des *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347.

252 *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544 (siehe sogleich unten). Auch eine notwendige Beiladung konnte der *BGH* mangels Verletzung in subjektiven Rechten verneinen (ebenda, 1545).

253 *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5851 (es handelt sich lediglich um hilfsweise angestellte Erwägungen).

254 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758 (dazu ausführlich oben *Kap. 2 A I*).

die Anfechtungsbeschwerde statthaft. Für eine zusätzlich erhobene Verpflichtungsbeschwerde fehlt es am Rechtsschutzinteresse. Das folgt aus § 40 Abs. 6 GWB.²⁵⁵ Eine Bindung der Behörde an die in der Aufhebungsentscheidung ausgedrückte Rechtsauffassung des Gerichts wird vorausgesetzt.²⁵⁶ Theoretisch denkbar ist zwar, dass sich ein Dritter an das Beschwerdegericht wendet, um ein behördliches „Freilassen“ einer Fusion innerhalb der gesetzlichen Fristen zu verhindern.²⁵⁷ Ein solcher Versuch dürfte in der Praxis schon aus folgenden beiden Gründen scheitern: Zum einen wird man vor Ende der Fristen von einem bzw. vier Monaten²⁵⁸ nur schwerlich die dem Bundeskartellamt in § 63 Abs. 3 Satz 2 GWB eingeräumte „angemessene“ Entscheidungsfrist als abgelaufen bezeichnen können. Damit fehlt es vorher schon am Rechtsschutzbedürfnis.²⁵⁹ Ein weiteres Problem bilden die kurzen Untersagungsfristen in § 40 Abs. 1 und 2 GWB. Sie verbieten es der Behörde endgültig, nach Ablauf von einem bzw. vier Monaten ein Zusammenschlussvorhaben zu untersagen.²⁶⁰ Ein Neubeginn der Fristen ist nur für den Fall einer erfolgreichen *Anfechtungsbeschwerde* vorgesehen, § 40 Abs. 6 GWB. Auch eine einstweilige Anordnung des Beschwerdegerichts gemäß § 64 Abs. 3 i. V. m. § 60 GWB mit dem Inhalt, die Behörde zu verpflichten, die Fusion zunächst einmal zu untersagen um Zeit zu gewinnen, scheidet aus. Sie muss als Umgehung des Gesetzes zurückgewiesen werden.²⁶¹ Festzuhalten bleibt damit, dass die Verpflichtungsbeschwerde Dritter in der Fusionskontrolle – zumindest bislang²⁶² – keinen praktischen Anwendungsbereich hatte.²⁶³

255 Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 91 (siehe sogleich unten).

256 Ebenda.

257 So die Situation im Fall *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638.

258 Im Fall *Weichschaum* galt noch die Jahresfrist des damaligen § 24 Abs. 2 Satz 2 GWB 1973.

259 Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 88.

260 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1559.

261 Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 283; vgl. auch das obiter dictum des *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637ff., das eine vorsorgliche Untersagung zur Wahrung der Frist des § 24 Abs. 2 Satz 2 GWB 1973 „als ohnehin bedenklich“ bezeichnet.

262 Dabei kommt dem Instrument der Verpflichtungsbeschwerde in bestimmten Situationen durchaus Bedeutung zukommen, nämlich dann, wenn ein Drittunternehmen den Erlass zusätzlicher drittschützender Auflagen beantragt. Gut beratene Dritte werden auf dieses insbesondere auch für die Hauptbeteiligten verhältnismäßigere prozessuale Vorgehen aber verzichten. Sie werden sofort die gesamte Freigabeentscheidung anfechten. Sie mögen mit diesem Antrag zwar (zulasten der Fusionskandidaten) über ihr Ziel hinausschießen. Dafür laufen sie aber nicht Gefahr, am Erfordernis der materiellen Beschwer zu scheitern (so geschehen im Fall *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1463, siehe schon oben *Kap. 1 C I 4* und *II 3*).

263 Vgl. Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 86ff., 93, 94: „Im Ergebnis ist festzustellen, dass für die Verpflichtungsbeschwerde im Rahmen des § 40 GWB kein Raum ist“.

3. Beschwerdebefugnis wegen Rechtsverletzung

Unter diesem Stichwort behandelt die Literatur die Frage, ob sich Dritte unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne vorherige Beiladung gegen eine Fusionsfreigabe wenden können. Nach herrschender Meinung können Dritte, die in eigenen Rechten verletzt sind, – entgegen dem Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB – Anfechtungsbeschwerde auch ohne vorherige Beiladung einlegen.²⁶⁴ Für den Bereich der Fusionskontrolle gilt jedoch auch hier: Es ist kein Fall bekannt, in dem ein am Verwaltungsverfahren nicht beteiligter Beschwerdeführer mit Hinweis auf eine angebliche Verletzung in subjektiven Rechten vor Gericht Erfolg gehabt hätte. In den veröffentlichten Entscheidungen konnte die Rechtsprechung die Zulässigkeit einer entsprechenden Anfechtungsbeschwerde verneinen, ohne dass es auf die Frage einer möglichen subjektiven Rechtsverletzung angekommen wäre.²⁶⁵ Im Verfahren *Tobaccoland* scheiterte die Zulässigkeit der eingelegten Rechtsmittel nicht nur an der fehlenden Beteiligung am Verwaltungsverfahren.²⁶⁶ Dazu kam der Umstand, dass das Bundeskartellamt das Zusammenschlussvorhaben bereits in der ersten Prüfungsphase freigegeben hatte. Das Gericht konnte darauf verweisen, dass der Gesetzgeber solche Zusammenschlussvorhaben von einer Anfechtbarkeit ausgenommen hat.²⁶⁷ Eine etwa vorliegende Verletzung in subjektiven Rechten könne im Fall der Freigabe im Vorprüfverfahren zu keiner anderen Einschätzung führen.²⁶⁸ In der Entscheidung über den Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz konnte sich das KG gar noch auf den Hinweis beschränken, die Antragstellerin habe keine besonderen Beeinträchtigungen geltend gemacht, die ausnahmsweise eine Antragsberechtigung wegen Rechtsverletzung rechtfertigen würden.²⁶⁹ Im Fall *Zeiss/Leica* äußerte sich das OLG Düsseldorf zwar grundsätzlich positiv zu der Frage, ob eine Beschwerdebefugnis wegen des in Art. 19 Abs. 4 GG garantierten effektiven Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt allein aus einer Rechtsverletzung hergeleitet werden könne.²⁷⁰ Die Zulässigkeit der Drittbeschwerde scheiterte aber wiederum schon an der fehlenden Beiladung. Die Beschwerdeführerin war im Laufe des Verfahrens mehrfach vom Bundeskartellamt informatorisch angehört worden. Dennoch stellte sie erst acht

264 Siehe oben Kap. 1 B I 4.

265 So auch *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1297: „Mit Eintritt der Freigabefiktion des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB [...] ist eine Untersagung des angemeldeten Zusammenschlusses gesetzlich verboten [...]. Damit ist das kartellbehördliche Fusionskontrollverfahren unumkehrbar beendet und eine gerichtliche Anfechtung des Zusammenschlusses mit dem Ziel seiner Untersagung ausgeschlossen. Damit ist zugleich dem Begehren der Ast., zum beendeten Fusionskontrollverfahren beigeladen zu werden, die Grundlage entzogen.“

266 Auf diesen Umstand stellte das KG, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386 bezüglich des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung noch entscheidend ab.

267 KG, 5.4.2000 (*tobaccoland II*), WuW DE-R 641, 643.

268 Ebenda, 643f.

269 KG, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386.

270 *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1292f. Siehe auch *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, 1545.

Wochen nach Erlass der Freigabeentscheidung einen förmlichen Beiladungsantrag.²⁷¹ Darüber hinaus versäumte sie es, parallel zu ihrer Beschwerde gegen die Freigabeentscheidung ein Rechtsmittel gegen die Ablehnung des Beiladungsantrags einzulegen. In der Folge wurde diese bestandskräftig.²⁷² In Fällen, in denen Dritte es – wie hier geschehen – „schuldhaft“ versäumen, rechtzeitig einen Beiladungsantrag zu stellen, kann die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht greifen.²⁷³ Sie setzt vielmehr voraus, dass der Berechtigte die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erhebung eines Rechtsmittels erfüllt.²⁷⁴ Damit ist auch zur Anfechtungsberechtigung Dritter in Fusionskontrollfällen aufgrund Verletzung in subjektiven Rechten festzustellen: Es handelt sich um eine „mehr für die theoretische Lückenlosigkeit des Rechtsschutzes bedeutsame Frage“.²⁷⁵

II. Bedeutung des Merkmals unter Geltung der Siebten GWB-Novelle

Wesentlich größere praktische Relevanz kommt der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten erst seit Inkrafttreten des neu eingefügten § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 zu. Die neue Vorschrift erhebt sie zur Voraussetzung für den Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Der einstweilige Rechtsschutz Dritter hat sich zur Achillesverse eines Zusammenschlussvorhabens entwickelt. Erstmals hatte das OLG Düsseldorf im Verfahren *NetCologne* auf Antrag eines dritten Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung der Beschwerde angeordnet.²⁷⁶ Gleichzeitig untersagte es, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen. Bundesweites Aufsehen erregte der einstweilige Stopp im Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrgas*.²⁷⁷ Der einstweilige Drittrechtsschutz ist für interessierte Dritte zu einem hoch bedeutsamen Rechtsschutzinstrument geworden. Damit kommt der „in Kartellrechtsfällen überaus schwierigen Prüfung“²⁷⁸, ob die geforderte Voraussetzung einer Verletzung von Drittrechten gegeben ist, in der Praxis erstmalig eine ganz erhebliche Relevanz zu.

271 Siehe die Sachverhaltsschilderung durch das *OLG Düsseldorf*, aaO., 1292 sowie bei *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917.

272 *OLG Düsseldorf*, aaO.

273 *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 920.

274 So schon das *KG*, 31.5.1968 (*Beiladung*), WuW/E OLG 933, 934f.

275 *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 22.

276 *OLG Düsseldorf*, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665. Weitere Fälle: *dass.*, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885. Keinen einstweiligen Drittrechtsschutz gewährte das *OLG Düsseldorf* dagegen im Fall *Rethmann* (Beschluss vom 4.9.2002, WuW/E DE-R 945). Das *KG*, 24.8.1999 (*tobaccoland I*), WuW/E DE-R 386 hatte die Möglichkeit einstweiligen Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle noch ausgeschlossen.

277 Siehe den Nachweis in der vorigen FN.

278 *Schmidt, K.*, DB 2004, 527.

III. Sechstes Zwischenergebnis

In Fusionskontrollverfahren spielte das Merkmal der Verletzung von subjektiv-öffentlichen Drittrechten bis Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle praktisch keine Rolle. Damit kam auch der Unterscheidung zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ und „Verletzung in eigenen Rechten“ lediglich theoretische Bedeutung zu. Das erklärt die stiefmütterliche Behandlung des Problems in der kartellrechtlichen Praxis und Wissenschaft. Die Inanspruchnahme der verschiedenen Formen der Drittbeteiligung hing regelmäßig nicht davon ab, ob man den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften eine drittschützende Wirkung zuerkannte und wie man gegebenenfalls den Schutzbereich abgrenzte. Das hat sich mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 entscheidend geändert. Im Zusammenhang mit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe durch das Bundeskartellamt kommt man nicht umhin, sich näher mit der Voraussetzung einer Verletzung in eigenen Rechten auseinander zu setzen.

F. Wegfall der Rechtsgrundlage für den Erlass weitergehender Anordnungen im einstweiligen Rechtsschutz?

I. Vorstellung der Neuregelung

Der Gesetzgeber der Siebten GWB-Novelle hat die Vorschrift des § 64 Abs. 3 GWB um einen zweiten Satz ergänzt. Die unscheinbare und möglicherweise nicht vollständig durchdachte Regelung könnte erhebliche Konsequenzen für die Wirksamkeit des einstweiligen Drittrechtsschutzes haben.²⁷⁹ Es wurde bereits erwähnt, dass das OLG Düsseldorf in den drei Fällen, in denen es die aufschiebende Wirkung der zugrundeliegenden Drittbeschwerden anordnete, weitergehende Anordnungen erließ.²⁸⁰ Dabei stützte es sich auf die §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999. Inhalt der zusätzlichen Anordnungen war das an die Hauptbeteiligten gerichtete Verbot, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben oder Einfluss auf die

²⁷⁹ Die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 64f. rechtfertigt diese Änderung mit dem schlichten Hinweis darauf, dass „[in] Anlehnung an § 123 Abs. 5 VwGO [...] künftig die Anwendung der allgemeinen Regelung des § 64 Abs. 3 und § 60 ausgeschlossen [wird], soweit die spezielle Vorschrift zur Anordnung der sofortigen Vollziehung in § 65 anzuwenden ist.“ (dazu ausführlich unten *Kap. 6 B*). Es ist bemerkenswert, dass weder Bundesrat noch Literatur zu dieser Neuregelung Stellung genommen haben.

²⁸⁰ Oben *Kap. 1 A IV 3*.