

Auslöser für den Wunsch des Gesetzgebers, den einstweiligen Drittrechtsschutz in der Fusionskontrolle einzuschränken, waren praktische Erfahrungen insbesondere im Zusammenhang mit dem Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrgas*. Die Beschwerdeführer hatten ihre Beschwerden buchstäblich in letzter Minute zurückgenommen, nachdem ihnen von den Fusionsparteien „kompensierende“ Leistungen zugesagt worden waren.<sup>1</sup> Presse und Öffentlichkeit kommentierten diesen Vorgang mit Schlagworten wie „Abkauf von Drittbeschwerden“ oder „Wegelagerei im Kartellrecht“.<sup>2</sup> Das darin zum Ausdruck gebrachte Unbehagen lässt sich auf drei Punkte zurückführen: Bestehen nach einer summarischen Prüfung durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Fusionsgenehmigung, so darf die umfassende Überprüfung der kartellbehördlichen Entscheidung im Rahmen eines Hauptsacheverfahrens nicht von einer freien Entscheidung der Parteien des Beschwerdeverfahrens abhängen. Der Wettbewerbsschutz darf nicht zur Disposition der Parteien des Beschwerdeverfahrens stehen.<sup>3</sup> Weiterhin besteht das Risiko, dass es im Rahmen der (regelmäßig geheim gehaltenen) außergerichtlichen Einigung zwischen den Zusammenschlussbeteiligten und den beschwerdeführenden Dritten zu weiteren Wettbewerbsbeschränkungen kommt.<sup>4</sup> Es besteht somit die Gefahr, dass die vom Gesetzgeber der Sechsten GWB-Novelle mit der Einführung der Drittakademöglichkeit gegen Fusionsfreigaben angestrebte Transparenz in ihr Gegenteil verkehrt wird. Schließlich ist die Verschwendug von Ressourcen der Justiz zu beklagen, wenn das aufwändige Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes später zur bloßen Drohgebärde bzw. Verhandlungsmasse der Beschwerdeführer degradiert wird.

Insbesondere bei Fusionen, die per Ministererlaubnis genehmigt werden, dürfte auch in Zukunft das Phänomen des „Freikaufens“ zu beklagen sein. Die Einschränkung des neuen § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB 2005 bezieht sich ausdrücklich nur auf den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Der hier vorgestellte Lösungsvorschlag kann das Problem auch im Hinblick auf

1 Vgl. *Böge, U.*, BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite; *Staebe, E.*, WuW 2003, 714, 715.

2 Siehe *Böge, U.*, aaO sowie den Nachweis bei *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J.* (Hrsg.), in: *FS Tilmann*, 2003, 621, 642 in FN 97.

3 Nach Antragsstellung in der mündlichen Verhandlung bedarf die Rücknahme der Beschwerde zu ihrer Wirksamkeit der Zustimmung des Beschwerdegegners, das heißt der Kartellbehörde, die die Fusionsgenehmigung verfügt hat (so geschehen im Fall *E.ON/Ruhrgas*). Vgl. § 92 Abs. 1 Satz 2 VwGO sowie *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 43.

4 Nach Angaben von *Böge, U.*, BB 2003, Heft 46, Die Erste Seite, sah sich das Bundeskartellamt in der Vergangenheit schon veranlasst, im Anschluss an solche Vereinbarungen kartellrechtliche Untersuchungen einzuleiten.

Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt nicht vollständig beseitigen. Zumindest dürfte er das Risiko eines Missbrauchs aber verkleinern. Wenden die Kartellbehörden und das Beschwerdegericht die oben im Zusammenhang mit der Schutzbereichsbestimmung herausgestellten Kriterien streng an, so scheiden bereits all diejenigen Dritten als potentielle Beschwerdeführer aus, die nicht die erforderliche erhebliche Interessenberührung geltend machen können. Darüber hinaus dürfte die hier vorgeschlagene Beschränkung des gerichtlichen Prüfungsumfangs im Verfahren des einstweiligen Drittrechtschutzes anhand des Kriteriums der materiellen Beschwer die Zahl der potentiell erfolgreichen Anträge auf Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes zusätzlich verringern. Letzterer Punkt mindert darüber hinaus den Anreiz, sich seine Drittbeschwerde „abkaufen“ zu lassen. Basiert die Anordnung der aufschiebenden Wirkung dagegen auf einer Verschlechterung der Wettbewerbsverhältnisse auf Märkten, die den dritten Beschwerdeführer selbst gar nicht betreffen, wird dieser wesentlich eher bereit sein, sein Rechtsmittel im Austausch gegen Zusagen finanzieller oder sonstiger Art zurückzunehmen.

Um dem Risiko des erpresserischen Einsatzes von Drittbeschwerden wirksam zu begegnen, bedarf es weiterer Vorkehrungen. Zu erwägen ist ein partieller Übergang von der Dispositionsmaxime zum Offizialprinzip im beschwerdegerichtlichen Verfahren. Anders als bisher müsste das OLG Düsseldorf für sich die Kompetenz beanspruchen, über Drittbeschwerden in bestimmten Fällen trotz Rücknahme des Antrags zu entscheiden. Das Gericht könnte seine Entscheidung, das Verfahren fortzuführen, zum einen auf den Gedanken des Rechtsmissbrauchs stützen, zum anderen mit der Überlegung rechtfertigen, dass Drittbeschwerdeführern in Kartellsachen eine auch dem Allgemeinwohl verpflichtete Stellung eines Sachwalters des Wettbewerbsschutzes einnehmen. Gegenstand des beschwerdegerichtlichen Verfahrens bildet immerhin die Vereinbarkeit kartellbehördlicher Entscheidungen mit dem „Grundgesetz der Wirtschaft“. Vorbildcharakter käme wiederum den Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht sowie dem Verfahrensrecht vor dem Bundeskartellamt selbst zu. Auch das Amt kann ein Fusionskontrollverfahren durchführen, nachdem die Fusionsparteien ihre Anmeldung zurückgezogen haben. Diese „Rücknahme“ bindet die Kartellbehörde nicht.<sup>5</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat erstmals in seinem Urteil vom 14. Juli 1998 über die Rechtschreibreform die Rücknahme einer Verfassungsbeschwerde für unwirksam erklärt.<sup>6</sup> Nach Ansicht der Karlsruher Richter liegt die Entscheidung über die Fortführung des Verfahrens dann nicht mehr in der alleinigen Dispositionsbefugnis der Beschwerdeführer, wenn dass öffentliche Interesse an einer Klärung der verfassungsrechtlichen Fragen den Individualrechtschutz weit überwiegt. Unter diesen Umständen komme der Verfassungsbeschwerde vorrangig die Funktion zu, das objektive Verfassungsrecht zu wahren. Diese Überlegungen lassen sich auf das Beschwerdeverfahren in Kartellsachen jedenfalls dann

5 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54 Rz. 2 (oben Kap. I A I).

6 BVerfG, 14.7.1998 (*Rechtschreibreform*), E 98, 218, 242f.

übertragen, wenn es sich um Verfahren mit großer wirtschaftlicher Breitenwirkung und einer Vielzahl beigeladener Drittunternehmen handelt. Kommt es zur Beantragung und Erteilung einer Ministererlaubnis, dürfte diese Bedingung regelmäßig erfüllt sein. Müssen die Parteien damit rechnen, dass das Gericht die mit Zugeständnissen erkaufte Beschwerderücknahme letztlich doch ignoriert, dürfte sich das Unwesen des Freikaufens von Fusionen schnell erledigen.

