

# Erster Teil. Dritt betroffenheit und Beteiligungsrechte – Eine Bestandsaufnahme

## *Erstes Kapitel. Die Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle*

### A. Überblick über das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle

#### I. Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt

Die förmliche Einleitung eröffnet das Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden, § 54 Abs. 1 Satz 1 GWB. Im Fall der Fusionskontrolle geschieht das von Amts wegen<sup>1</sup> und zwar üblicherweise nach Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens durch die fusionswilligen Unternehmen, § 39 GWB.<sup>2</sup> Eine Veröffentlichung der Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens ist nicht vorgesehen.<sup>3</sup> Damit soll dem Interesse der am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen gedient werden, denen häufig an möglichst langer Geheimhaltung ihres Vorhabens gelegen ist.<sup>4</sup> Interessierte Dritte dürfen in den meisten Fällen trotzdem von den Zusammenschlussvorhaben ihrer Konkurrenten oder Handelspartner erfahren. In vielen Fällen erfolgt eine Kenntnisnahme allein schon aufgrund der vom Bundeskartellamt im Zusammenhang mit der Prüfung durchgeführten Marktbefragung.<sup>5</sup> Teilweise informiert das Bundeskartellamt auch gezielt bestimmte Drittunternehmen und bittet sie um Abgabe einer

1 Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 5.

2 Ebenda, Rz. 13. Die Anmeldepflicht (§ 39 Abs. 1 GWB) macht das Verfahren noch nicht zu einem Antragsverfahren. Angesichts der Legalisierungswirkung der Anmeldung nach Fristablauf besteht kein zwingendes Bedürfnis für ein Einschreiten des Bundeskartellamts (Becker, C., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 6). Vielmehr handelt es sich um ein Amtsverfahren. Es unterliegt damit nicht der Disposition der Beteiligten, sondern dem Offizialprinzip. So kann die Kartellbehörde das Verfahren auch dann fortsetzen, wenn die Beteiligten ihren „Antrag“ zurücknehmen (vgl. Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 2ff.).

3 Kritisch dazu insbesondere Dormann, U., Dritt klagt, 2000, 79f. und Steinberger, H., WuW 2000, 345, 673. Vgl. auch Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 60. Siehe auch noch unten Kap. 4 CV 4.

4 Vgl. KG, 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219: „Auch hat der Gesetzgeber bei Zusammenschlussvorhaben [...] den Schutz der an dem Vorhaben beteiligten Unternehmen ausdrücklich über das Interesse der Allgemeinheit und damit über das Interesse der Wettbewerber sowie anderer interessierter Dritter an einer umfassenden Publizität gestellt.“

5 Schulte, J. L., AG 1998, 297, 303.

Stellungnahme.<sup>6</sup> Zusätzlich veröffentlicht das Bundeskartellamt die weit überwiegende Zahl der eingegangenen Anmeldungen auf freiwilliger Basis auf seiner Homepage.<sup>7</sup> Einen Anspruch Dritter, über die Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens oder die Einleitung eines Verfahrens informiert zu werden, lehnt die Rechtsprechung jedoch ab.<sup>8</sup>

Gesetzlich vorgeschrieben ist seit Inkrafttreten von § 43 Abs. 1 1. Alt. GWB 2005 die Bekanntmachung, dass in das Hauptprüfverfahren eingetreten wird.<sup>9</sup>

In Fällen, in denen ein Zusammenschluss entgegen der in § 39 Abs. 1 GWB angeordneten Pflicht zur vorherigen Anmeldung beim Bundeskartellamt vollzogen wird, kann es zur Eröffnung eines nachträglichen Fusionskontrollverfahrens kommen.<sup>10</sup> Anlass für eine solche nachträgliche Prüfung kann die entsprechende Anregung („Anzeige“) eines dritten Unternehmens sein, das durch den ungenehmigten Zusammenschluss Nachteile befürchtet. Zwar ist Dritten in diesen Fällen kein förmliches Antragsrecht eingeräumt.<sup>11</sup> Dennoch steht die Entscheidung, ein (nachträgliches) Kontrollverfahren zu eröffnen, nicht im Ermessen der Behörde. Liegen die Untersuchungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB vor, so ist die Behörde zur Untersuchung verpflichtet.<sup>12</sup>

6 Kevekordes, J., WuW 1987, 365, 370f.

7 Die Bundesregierung, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 60 billigt diese Praxis. Kritisch: Karl, M./Reichelt, D., DB 2005, 1436, 1443 („fehlt [...] jede rechtliche Grundlage“).

8 KG, 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), WuW/E OLG 3217, 3219. Etwas anderes soll nur in den Fällen gelten, in denen der Ausgang des Verfahrens für den Dritten rechtsgestaltende Wirkung hat (im konkreten Fall bejaht von KG, 15.3.1991 (*VW-Leasing*), WuW/E OLG 4753, 4759, vom BGH, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), WuW/E BGH 2875, 2876 verneint). Beispiele aus der Fusionskontrolle liegen - soweit ersichtlich – nicht vor. Siehe noch unten Kap. 2 E 11.

9 Ebenfalls bekannt zu geben ist der Antrag auf Erteilung einer Ministererlaubnis (2. Alt. der Vorschrift). Vgl. insoweit schon die bisherige Rechtslage in § 43 Abs. 1 Nr. 3 GWB 1999.

10 Das folgte bis Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle aus § 24 Abs. 2 2 1. HS GWB 1990 (*Mestmäcker, E.-J.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 24 GWB 1990, Rz. 215). Dies muss aber auch nach Generalisierung der präventiven Fusionskontrolle durch Einführung einer allgemeinen Anmeldepflicht für alle in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollvorschriften fallende Zusammenschlussvorhaben gelten. Trotz Wegfalls der Vorschrift und Schweigens des Gesetzgebers zu dieser Frage in der Begründung wird dem Bundeskartellamt die Möglichkeit zugestanden, einen entgegen § 39 Abs. 1 GWB nicht angemeldeten Zusammenschluss aufzugreifen und zu untersagen (*Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 2).

11 Nach Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 61 besteht auch kein Anspruch des Dritten auf Bescheidung seiner Anregung. Anders dagegen EuGH, 25.9.2003 (*Schlüsselverlag J. S. Moser GmbH u. a./Kommission*), WuW EU-R 791, 793. Danach ist die Kommission verpflichtet, zur Beschwerde eines Dritten, der geltend macht, ein nicht angemeldeter Zusammenschluss falle in den Anwendungsbereich der FKVO, förmlich und unter Angabe von Gründen Stellung zu nehmen.

12 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 5. Allgemein zur Bedeutung entsprechender Hinweise Dritter im kartellrechtlichen Amtsverfahren: Junge, W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 9.

Im (Kartell-)Verwaltungsverfahren gilt gemäß § 57 Abs. 1 GWB der Untersuchungsgrundsatz. Die am Verfahren „Beteiligten“ haben u. a. ein Stellungnahmerecht, das Recht auf Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften, auf Akteneinsicht sowie gegebenenfalls die Beschwerdebefugnis.<sup>13</sup> Nach alter Rechtslage hatten sie auch einen Anspruch auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, § 56 Abs. 1 GWB 1990. Die neue Vorschrift § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 2005 stellt die Entscheidung in das Ermessen der Behörde.<sup>14</sup> Beteiligt am Verwaltungsverfahren sind die in § 54 Abs. 2 GWB Genannten: Im Fall der Fusionskontrolle insbesondere die am Zusammenschlussvorhaben beteiligten Unternehmen. Dritte, deren Interessen erheblich berührt werden, können auf ihren Antrag hin ebenfalls zum Verfahren beigeladen werden (Nr. 3).<sup>15</sup> Weiteren Dritten kann die Kartellbehörde als „Vertreter der von dem Verfahren berührten Wirtschaftskreise“ Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen, § 56 Abs. 2 GWB.

Das Verfahren der Zusammenschlusskontrolle ist zweigeteilt: Die erste Prüfphase dient einer schnellen Aussortierung unproblematischer Fälle, § 40 Abs. 1 GWB.<sup>16</sup> Nach der Regierungsbegründung zur Sechsten GWB-Novelle soll dieses Vorprüfverfahren – anders als in der EG-Fusionskontrolle<sup>17</sup> – ohne förmliche Verfügung enden, so dass eine Anfechtungsbeschwerde Dritter schon mangels Statthaftigkeit aus

13 OLG Düsseldorf, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527. Siehe auch sogleich unten sowie Kap. I B 1.3.

14 Nach der Begründung des BReg., Begr. Reg. Entw. 7. GWB-Novelle, 68 ist diese Änderung durch Schwierigkeiten „vor allem bei der Fusionskontrolle wegen der kurzen Fristen“ begründet. Sie soll also dem Interesse an einem raschen Verfahrensablauf entgegen kommen. Siehe noch unten Kap. 4 C V 3.

15 Eine frühzeitige Beteiligung am Verwaltungsverfahren ist für Dritte aber auch unabhängig von der damit verbundenen Beschwerdeberechtigung (dazu sogleich unten) von Interesse. Gerade in den Fällen, in denen sich das Amt für eine Freigabe bereits im Vorprüfverfahren entscheidet, können Dritte auf das Verwaltungsverfahren wirksam überhaupt nur als Beigeladene Einfluss nehmen. Darauf weist auch 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 hin. Er rät Drittunternehmen, die an der Eröffnung des Hauptverfahrens und einer Untersagung des Zusammenschlussvorhabens interessiert sind dazu, zumindest „in sonstiger Weise Stellung zu nehmen, um den Verlauf des Vorprüfverfahrens beeinflussen zu können.“ Instruktiv sind die Verfahren OLG Düsseldorf, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293ff. und OLG Düsseldorf, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.olg-duesseldorf.de](http://www.olg-duesseldorf.de): Das Bundeskartellamt beendete die Fusionskontrollverfahren bereits in der ersten Phase. Der Freigabemitteilung legte es die „tendenziell schwierige“ Abwägung zugrunde, wonach der Nachteil des Entstehens einer marktbeherrschenden Stellung durch eine fusionsbedingte Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse ausgeglichen werde.

16 Bedenklich insofern die Vorgehensweise des Amtes im Fall OLG Düsseldorf, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293 (siehe vorige FN).

17 Dazu Kap. I C II 6.

geschlossen wäre.<sup>18</sup> Über 95 Prozent<sup>19</sup> aller Verfahren werden in diesem Verfahrensstadium mit einer ausdrücklichen „Freigabemitteilung“<sup>20</sup> bzw. dem Verstreichenlassen der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB abgeschlossen. Die Mitteilung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB leitet das Hauptprüfverfahren ein. Es dient einer vertieften Prüfung schwierigerer Fälle. Gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB 1998 hat nicht nur die etwaige Untersagung, sondern auch die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts durch Verfügung zu ergehen. Dadurch eröffnet der Gesetzgeber Dritten den Weg zur Anfechtungsbeschwerde.

Die Freigabe im Hauptprüfverfahren kann mit Bedingungen und Auflagen verbunden werden, § 40 Abs. 3 Satz 1 GWB. Sie erlauben es dem Bundeskartellamt, auf die Struktur der zusammengeschlossenen Unternehmen Einfluss zu nehmen. Die Nebenbestimmungen können ausdrücklich drittbegünstigenden Charakter haben. In Form so genannter Öffnungszusagen kann den Zusammenschlussbeteiligten beispielsweise die Weitergabe von Know-how an Wettbewerber oder die Eröffnung des Zugangs zu Bezugs- oder Absatzmärkten auferlegt werden.<sup>21</sup> In Ausnahmefällen können sich Auflagen aber auch nachteilig auf Dritte auswirken (siehe noch ausführlich unten *Kap. 2 C II*). Zu denken ist an den Fall, dass den Hauptbeteiligten aufgegeben wird, Tochtergesellschaften oder Beteiligungen an Gesellschaften zu veräußern, an denen weitere Unternehmen als Anteilseigner beteiligt sind.<sup>22</sup> Mit der

- 18 Siehe noch die literarische Kritik unten *Kap. 1 C II 6*. Zur Verfügungsqualität der Freigabemitteilung innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 Satz 1 GWB aber: KG, 17.5.2000 (*tobacco-land III*), WuW DE-R 644, 645. Zur Rechtslage vor Inkrafttreten der 6. GWB-Novelle: KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5850. Ausführlich zu dieser Frage unten *Kap. 4 C IV 3*.
- 19 *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2001/2002, BT-Drucks. 15/1226, 260; *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 2003/2004, BT-Drucks. 15/5790, 17.
- 20 Eine „Freigabe“ im Vorprüfverfahren ist gesetzlich nicht vorgesehen. In der Praxis ergeht häufig eine „Freigabemitteilung“ innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB. Sie kann – anders als die förmliche Entscheidung in der ersten Phase des EG-Fusionskontrollverfahrens – nach allgemeiner Meinung nicht mit Bedingungen oder Auflagen versehen werden (*Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 45 m.w.N.).
- 21 Vgl. den Fall *OLG Düsseldorf*, 9.12.2002 (*Lufthansa/Eurowings*), WuW/E DE-R 953 sowie allgemein *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 62.
- 22 Vgl. aus der deutschen Fusionskontrolle die Veräußerungsauflagen in den Ministererlaubnisverfahren *BMW*, (*Veba/BP*), WuW/E BMW 165, 166ff. und *BMW*, 6.9.1989 (*Daimler-MBB*), WuW/E BMW 191, 192 (Ministererlaubnis) sowie die weiteren Beispiele bei *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 60. Siehe zur EG-Fusionskontrolle *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265ff.

Auflage kann auch das Verbot verbunden sein, die zu veräußernden Anteile an bestimmte Drittunternehmen zu übertragen.<sup>23</sup>

Mit der Untersagungs- oder Freigabeverfügung findet das Verfahren der Fusionskontrolle vor dem Bundeskartellamt seinen förmlichen Abschluss. Verfügungen bedürfen einer Begründung und sind den Beteiligten zuzustellen, § 61 Abs. 1 GWB. Sie sind im Bundesanzeiger bekannt zugeben, § 43 Abs. 2 Nr. 1 GWB 2005. Für den Fall, dass das Verfahren nicht mit einer Verfügung abgeschlossen wird, ist die Kartellbehörde aufgefordert, seine Beendigung den Beteiligten, das heißt auch den beteiligten Dritten, schriftlich mitzuteilen, § 61 Abs. 2 GWB. Denkbar ist dies insbesondere bei Verstreichenlassen der fusionskontrollrechtlichen Untersagungsfristen von einem bzw. vier Monaten gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GWB.<sup>24</sup>

Erfüllt ein vollzogener Zusammenschluss die Untersagungsvoraussetzungen des § 36 Abs. 1 GWB und ergeht auch keine ministerielle Erlaubnis, kommt möglicherweise eine Entflechtung in Betracht.<sup>25</sup> Eine entsprechende Verpflichtung folgt schon aus § 41 Abs. 3 Satz 1 GWB.<sup>26</sup> Gegebenenfalls erlässt das Bundeskartellamt eine Auflösungsanordnung, die die Pflicht zur Entflechtung als solche sowie die Art und Weise der Auflösung konkretisiert (§ 41 Abs. 3 Satz 2 und 3 sowie Abs. 4 GWB).

## II. Informelles Vorverfahren

Die kurzen Prüf- und Untersagungsfristen zwingen das Bundeskartellamt gerade bei komplexeren Sachverhalten zu einer schnellen und effizienten Arbeitsweise.<sup>27</sup> Für die am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen hängen von der kartellrechtlichen Beurteilung des Vorhabens durch die Behörde häufig wichtige strategische Entscheidungen bzw. große Investitionsprojekte ab. In manchen Fällen besteht auf Seiten eines Unternehmens auch der Wunsch, beispielsweise vor Abgabe eines An-

23 BMWi, 30.3.1979 (*Veba/BP*), WuW/E BMW 173, 174: Verbot an BP, die zu veräußernden Ruhrgas-Anteile an Unternehmen mit Primärenergie-Interessen zu übertragen. Hiergegen richtete sich der vom BMWi negativ beschiedene Antrag der RAG auf Abänderung der Auflage.

24 Vgl. Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 61, Rz. 6, der sich allerdings nur zum Verstreichenlassen der Frist im Vorprüfverfahren äußert, sowie Junge, W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 57 GWB 1980, Rz. 5 (noch zur alten Rechtslage). Entsprechendes muss jedoch auch für die Viermonatsfrist gelten. Auch wenn man diesen Fall mit der h. M. wegen der in § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB angeordneten Fiktionswirkung im Hinblick auf den Rechtsschutz einer förmlichen Freigabeverfügung gleichstellt, so besteht dennoch auf Seiten der Beteiligten das Bedürfnis nach einer ausdrücklichen Mitteilung gemäß § 61 Abs. 2 GWB.

25 Zu den Voraussetzungen im Einzelnen unten *Kap. 4 C V 5*.

26 So z. B. Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 37. Nach anderer Ansicht bedarf es zunächst einer besonderen Verfügung, die die Auflösung des Zusammenschlusses anordnet. So z. B. Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 387 m.w.N.

27 Das gilt besonders in den Fällen, in denen das Verfahren bereits in der ersten Phase abgeschlossen werden soll.

gebots zum Kauf eines anderen Unternehmens, eine vorläufige Einschätzung des geplanten Zusammenschlussprojekts durch die zuständigen Beamten im Bundeskartellamt zu erhalten. Um diesen Interessen gerecht zu werden, hat es sich eingebürgert, gerade in Fusionsfällen bestimmte Vorfragen in informellen Gesprächen mit der Behörde zu klären. Es ist üblich, vor dem eigentlichen Beginn des Verwaltungsverfahrens, die Anmeldung des Zusammenschlussvorhabens in einer Entwurfsfassung an das Kartellamt zu schicken.<sup>28</sup> Diese Verfahrensweise erlaubt es, Missverständnisse im Vorfeld auszuräumen und frühzeitig auf die Vollständigkeit der Anmeldung hinzuwirken. Das informelle Vorverfahren ist gesetzlich nicht geregelt.<sup>29</sup> Die Beteiligung Dritter ist in diesem Verfahrensstadium nicht vorgesehen. Ihr stehen häufig gewichtige Geheimhaltungsinteressen der Hauptbeteiligten entgegen.<sup>30</sup> In vielen Fällen fehlt es auf Seiten der Dritten auch an der Möglichkeit zur Kenntnisnahme.

### III. Verfahren der Ministererlaubnis

Nach Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens durch das Bundeskartellamt kann ein Erlaubnisantrag beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit gestellt werden, § 42 Abs. 1 GWB.<sup>31</sup> Anders als im Verfahren vor dem Bundeskartellamt werden im Ministererlaubnisverfahren gesamtwirtschaftliche Vorteile oder überraschende Allgemeininteressen bewertet. Sie können im Einzelfall die festgestellten

- 28 Teilweise wenden sich EG-Kommission und Bundeskartellamt im Vorfeld eines ihnen bekannt gewordenen Zusammenschlussvorhabens auch von sich aus an die Unternehmen mit der Bitte um Informationen. Kritisch zu dieser Praxis *Rohardt, K. P.*, WuW 1991, 365, 374f.
- 29 Erwähnt sind die informellen Vorgespräche schon im 8. Erwägungsgrund zur VerFVO zur FKVO von 1994 (AbI.EG 1994 Nr. L 377, S. 1 ff). Dazu *Immenga, U.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), EG-WettbR, 1997, FKVO, VerfR - Überbl. (Abschn. C), Rz. 4f. In Artikel 4 Abs. 4 der neuen EG-Fusionskontrollverordnung (Verordnung (EG) Nr. 139/2004 des Rates vom 20.1.2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen, AbI.EG 2004 Nr. L. 24, S. 1ff.) wird den Parteien am Zusammenschluss die Möglichkeit eingeräumt, einen Verweisungsantrag noch vor Anmeldung zustellen.
- 30 *Lange, K. W.*, in: *Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E.* (Hrsg.), in: *FS Boujong*, 1996, 885, 900. Ausführlich zur parallelen Fragestellung im EG-Fusionskontrollverfahren *Karl, M.*, in: *Veelken, W./Karl, M./Richter, S.* (Hrsg.), *Europäische Fusionskontrolle*, 1992, 37, 67f. und *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 89.
- 31 In der Praxis wird der Antrag häufig parallel mit der Beschwerdeeinlegung gestellt (vgl. die Schilderung des Verfahrens im Zusammenschlussfall Burda/Verlag bei *Bundeskartellamt*, Tätigkeitsbericht 1981/1982, BT-Drucks. 10/24375 sowie *Ruppelt, H.-J.*, in: *Langen, E./Bunte, H. J.* (Hrsg.), GWB, 2006, § 42, Rz. 16). Kritisch: *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, *Fusionskontrolle*, 1989, § 24, Rz. 347; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 13. Vgl. auch *Gamm, O.-F. v.*, *Kartellrecht*, 1990, § 24 GWB 1990, Rz. 29, der einen gleichzeitigen Antrag zwar für zulässig hält, in diesem Falle jedoch wegen der Präjudizwirkung der auch im Beschwerdeverfahren getroffenen Feststellungen für eine Aussetzung des Erlaubnisverfahrens plädiert.

Wettbewerbsbeschränkungen aufwiegen oder rechtfertigen.<sup>32</sup> Für das Verfahren gelten im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für das Verfahren vor dem Bundeskartellamt.<sup>33</sup> Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit ist insoweit Kartellbehörde, § 48 Abs. 1 GWB. Unabhängig von der Entscheidung des Bundeskartellamts ist eine Beiladung von Dritten gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB möglich. Der Entscheidung des Ministers geht eine Stellungnahme der Monopolkommission voraus, § 42 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die Monopolkommission gibt ihrerseits den beteiligten Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme. Der Minister kann auch weitere Dritte wie Arbeitnehmervertreter und Unternehmensverbände und sonstige am Verfahren nicht förmlich beteiligte Drittunternehmen anhören.<sup>34</sup> Vorgeschriven ist eine öffentliche mündliche Verhandlung, § 56 Abs. 3 Satz 3 GWB 2005.<sup>35</sup> Ähnlich der Entscheidungsbefugnis des Bundeskartellamts kommen sowohl Erteilung als auch Ablehnung der beantragten Erlaubnis in Betracht. Erstere kann wiederum mit Bedingungen und Auflagen verbunden sein, § 42 Abs. 2 GWB.

## IV. Gerichtliches Verfahren

### 1. Beschwerdeverfahren

Der Erlass bzw. das Ausbleiben einer abschließenden Verfügung können Anlass für eine „Beschwerde“ vor Gericht sein. Trotz ihrer gesetzlichen Bezeichnung handelt es sich um eine besondere Form der erstinstanzlichen verwaltungsgerichtlichen Klage.<sup>36</sup> Aufgrund abdrängender Sonderzuweisung wird sie nicht vor einem Verwaltungsgericht, sondern vor einem Zivilgericht verhandelt.<sup>37</sup> Im Fall der Fusionskontrolle einschließlich des Ministererlaubnisverfahrens ist der Kartellsenat des OLG

32 Kritisch jüngst *Faktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN*, Entw. 2006 (Streichung § 42 GWB), BT-Drucks. 16/365.

33 Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 352.

34 Mestmäcker, E.-J./Veelken, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 20.

35 Auf sie kann gemäß § 56 Abs. 3 Satz 3 2. HS GWB nur mit Einverständnis der Beteiligten verzichtet werden.

36 Diese Ansicht hat sich inzwischen durchgesetzt: *BVerfG*, 3.12.1986, BB 1986, 990, 991: „Die kartellrechtliche Beschwerde entspricht insoweit ihrer Funktion nach im wesentlichen einer verwaltungsrechtlichen (Anfechtung- oder Verpflichtungs-)Klage.“; Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 63, Rz. 3; Bechtold, R., GWB, 2002, § 63, Rz. 1; Kremer, M.-G., Beschwerde, 1988, 28. *Ders.* eingehend zum früheren Streit über die Rechtsnatur der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde (ebenda, 24ff.).

37 Vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

Düsseldorf zuständig.<sup>38</sup> Aus Sicht Dritter kommt insbesondere eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine Fusionsgenehmigung in Betracht.<sup>39</sup> Daneben ist an die Möglichkeit einer Verpflichtungsbeschwerde auf Erlass einer Untersagungsverfügung oder – im Fall der Freigabe bzw. Ministererlaubnis – auf Erlass zusätzlicher Nebenbestimmungen zu denken.<sup>40</sup> Genauso können sich aber auch die Hauptbeteiligten gegen eine Untersagung oder die Verbindung der Genehmigung mit Nebenbestimmungen wenden. Die Voraussetzungen für die Erhebung der Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde sind in § 63 Abs. 2 und Abs. 3 GWB niedergelegt. In beiden Fällen ist für Dritte eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren von Interesse. Die Beteiligung ist in Anlehnung an die Vorschriften über die Beiladung zum Verwaltungsverfahren in § 67 GWB geregelt.<sup>41</sup> Weitere Klagearten wie sie aus dem Verwaltungsprozessrecht bekannt sind, sind im GWB nicht ausdrücklich erwähnt. In seltenen Ausnahmefällen kommt insbesondere die allgemeine Leistungsbeschwerde in Betracht.<sup>42</sup> Für den Rechtsschutz Dritter spielen sie eine ganz geringe Rolle.

## 2. Rechtsbeschwerdeverfahren

Gegen die Beschlüsse des Beschwerdegerichts ist die so genannte Rechtsbeschwerde zum BGH<sup>43</sup> gegeben.<sup>44</sup> Sie ist in den §§ 74ff. GWB geregelt. Voraussetzung ist die Zulassung durch das OLG. Dritte, die schon am erstinstanzlichen Verfahren beteiligt waren, sind auch hier beteiligt und beschwerdebefugt, § 76 Abs. 1 und Abs. 5

38 Vgl. § 63 Abs. 4 GWB und die Verordnung vom 22.11.1994 (GVBl. NRW S. 1067) sowie Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, Vor § 54, Rz. 3 und §§ 92, 93 Rz. 2; Bechtold, R., GWB, 2002, § 92 Rz. 1 (jeweils mit Angaben zu den entsprechenden Regelungen in weiteren Bundesländern).

39 Im Fall ihrer vorzeitigen Erledigung kann sie in Form der Fortsetzungsfeststellungsbeschwerde weitergeführt werden, § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog (Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 63, Rz. 10 m.w.N.).

40 Zu den Einzelheiten *Kap. 1 C 3*.

41 Die ganz herrschende Meinung geht vom Grundsatz der Kontinuität der Verfahrensbeteiligung aus (Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 67, Rz. 1, 5 m.w.N.).

42 BGH, 18.02.1992 (*Unterlassungsbeschwerde*), WuW/E BGH 2760, 2761: erfolglose vorbeugende Unterlassungsbeschwerde mit dem Ziel, dem Bundeskartellamt zu untersagen, Zusammenschlüsse der Beschwerdeführerin im Bundsanzeiger mit einem bestimmten Zusatz – hier: Beherrschung der Beschwerdeführerin durch den Freistaat Bayern – bekannt zumachen.

43 Dort ist der Kartellsenat zuständig, § 94 GWB.

44 § 74 Abs. 1 GWB 2005. Die frühere Beschränkung auf Rechtsbeschwerden gegen Beschlüsse, die im Hauptsacheverfahren ergehen, ist im Rahmen der Siebten GWB-Novelle entfallen.

i. V. m. § 67 GWB.<sup>45</sup> Inhaltlich geht es wie bei einer Revision um die Überprüfung auf Rechtsfehler, § 76 Abs. 2 Satz 1 1. HS GWB.

### 3. Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes

Grundsätzlich kommt der Anfechtungsbeschwerde gegen eine fusionskontrollrechtliche Untersagungsverfügung keine aufschiebende Wirkung zu. Dasselbe gilt für die Beschwerde eines Dritten, die sich gegen eine Freigabegenehmigung im Fusionskontrollverfahren richtet. Im Gegensatz zur verwaltungsprozessualen Grundregel des § 80 Abs. 1 VwGO tritt eine aufschiebende Wirkung nur in den in der Vorschrift § 64 Abs. 1 GWB ausdrücklich genannten Fällen ein.<sup>46</sup> Die Rechtsfolge der aufschiebenden Wirkung bedarf daher einer besonderen Anordnung des Beschwerdegerichts. Zugunsten der Fusionsparteien kommt eine einstweilige Anordnung der Beschwerde gegen eine Untersagungsverfügung in Betracht. Dabei ist umstritten ist, ob eine bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung genügt, um auch das in § 41 Abs. 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot zu überwinden.<sup>47</sup> Es bedarf wohl zusätzlich einer darauf gerichteten besonderen einstweiligen Anordnung durch das Beschwerdegericht.<sup>48</sup> Mit ihr gestattet das Beschwerdegericht den betroffenen Un-

45 Die in § 75 Abs. 1 GWB 1958 noch enthaltene Beschränkung des Kreises der Rechtsbeschwerdebefugten auf solche Beteiligte, „deren Rechte durch die Entscheidung beeinträchtigt“ waren, ist mit Inkrafttreten der Zweiten GWB-Novelle 1973 entfallen. Ausführlich zur alten Rechtslage *Mailänder, K. P.*, WuW 1965, 657, passim. Vgl. auch *Zweigert, K.*, in: Müller-Hennenberg, H./Schwartz, G. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1963, § 75 GWB 1958, Rz. 1.

46 Schmidt, K., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 64, Rz. 4, der zustimmend (unter Aufgabe seiner in der 1. und 2. Auflage vertretenen restriktiveren Ansicht) Beispiele aus der Rechtsprechung aufzählt, in denen in Ausnahmefällen Erweiterungen im Wege der Analogie zugelassen wurden. Zu diesen Ausnahmen gehört jedoch nicht die Beschwerde gegen Entscheidungen über die Untersagung oder Freigabe eines Unternehmenszusammenschlusses.

47 Noch offen gelassen vom *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk II*), WuW/E OLG 2419, 2420. Verneint in *KG*, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571, 2571f. (jeweils auf Grundlage von § 24 a Abs. 4 Satz 1 GWB 1980). Vereinend auch *Markert, K.*, RIW 1981, 407, 410 und *Mestmäcker, E.-J.*, in: Horn, N. (Hrsg.), FS Coing II, 1982, 373, 386f.

48 *KG*, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571, 2572 (in casu mangels Drohens eines außergewöhnlichen irreparablen Schadens abgelehnt). Vgl. auch das *KG*, 26.11.1980 (*Synthetischer Kautschuk II*), WuW/E OLG 2419, 2420, das eine solche Anordnung auf § 56 Nr. 3 i. V. m. § 63 Abs. 3 GWB 1980 gestützt hatte. Kritisch, wenn auch letztlich zustimmend *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 63 GWB 1980, Rz. 13. Dagegen gehen *Markert, K.*, RIW 1981, 407, 410f. und *Mestmäcker, E.-J.*, in: Horn, N. (Hrsg.), FS Coing II, 1982, 373, 386f. davon aus, dass die Vorschrift des § 56 Nr. 3 GWB 1980, die das KG i. V. m. § 63 Abs. 3 GWB 1980 heranzieht, einstweilige Anordnungen nur vor Erlass einer Untersagungsverfügung nach § 24 Abs. 2 1 GWB 1980 erlaubt. Sie dienen dem Ziel, ihre Wirksamkeit vorsorglich zu sichern.

ternehmen, den angemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>49</sup> Aus Sicht des Drittgeschutzes besonders interessant ist die Frage, ob der Beschwerde von beigeladenen Dritten gegen eine Freigabeentscheidung aufschiebende Wirkung beigelegt werden kann. Das KG hatte die Möglichkeit einer entsprechenden Anordnung verneint.<sup>50</sup> Es berief sich auf die „Entscheidung des Gesetzgebers, der Beschwerde gegen die Freigabe eines Zusammenschlusses keine aufschiebende Wirkung beizulegen, um etwaigen Blockadestrategien von vornherein den Boden zu entziehen.“<sup>51</sup> Dagegen hat das OLG Düsseldorf seit 2001 in drei Fällen die aufschiebende Wirkung von Drittbeschwerden auf entsprechenden Antrag im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes angeordnet. Es handelt sich um die Verfahren *NetCologne*<sup>52</sup>, *Trienekens*<sup>53</sup> und *E.ON/Ruhrgas*.<sup>54</sup> Das Gericht stützte sich dabei auf § 65 Abs. 3 Satz 3 i. V. m. Satz 1 Nr. 2 GWB.<sup>55</sup> Gleichzeitig ergänzte es den Beschlusstenor durch einen als „Klarstellung“ bezeichneten Zusatz. Danach bedeutet die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zugleich, dass es den Hauptbeteiligten verboten sei, den an-

49 Die Übertragbarkeit der zitierten Rechtsprechung ist fraglich. Sie erging noch auf Grundlage des alten Systems, das zwischen (obligatorischer) präventiver Fusionskontrolle und der Überprüfung freiwillig angemeldeter Zusammenschlussvorhaben unterschied. Zudem mag man in dem erst mit der Sechsten GWB-Novelle eingefügten § 41 Abs. 2 GWB eine abschließende Spezialregelung für den Erlass von einstweiligen Befreiungen vom Vollzugsverbot sehen. Da § 64 Abs. 3 GWB auf diese Vorschrift nicht verweist, stellt sich die Frage, ob das Beschwerdegericht zu derartigen einstweiligen Anordnungen noch befugt ist (dazu *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 41, Rz. 24, 31; *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 60, Rz. 19b).

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

51 Ebenda.

52 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; bestätigt in OLG Düsseldorf, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759.

53 OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681; bestätigt durch OLG Düsseldorf, 21.9.2001 (*Trienekens II*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de und OLG Düsseldorf, (*Trienekens III*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de.

54 OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885; bestätigt in OLG Düsseldorf, 25.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas II*), WuW/E DE-R 926 sowie OLG Düsseldorf, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas III*), WuW/E DE-R 943 und OLG Düsseldorf, 16.12.2002 (*E.ON/Ruhrgas IV*), WuW/E DE-R 1013.

55 Siehe die Nachweise in den vorigen Fußnoten sowie *Jaeger, W.*, in: Keller, E. u. a. (Hrsg.), FS Tilmann, 2003, 657, 661. In einem Fall der präventiven Zusammenschlusskontrolle hatte das KG, 17.7.1981 (*Gaslöschanlagen*), WuW/E OLG 2571 § 63a Abs. 3 3 GWB 1980 (= § 65 Abs. 3 3 GWB 1999) als Rechtsgrundlage für eine einstweilige Anordnung – mit dem Ziel einer Beseitigung des Vollzugsverbots – noch ausdrücklich verneint. Auch die überwiegende Literatur wollte einstweilige Anordnungen auf die §§ 64 Abs. 3, 60 Nr. 3 GWB stützen. Z. B. *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 64, Rz. 5 und *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 674. Genauso, allerdings noch auf Grundlage der alten §§ 63 Abs. 3, 56 Nr. 3 GWB 1980 *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 63 GWB 1980, Rz. 13; *Kleinmann, W./Bechtold, R.*, Fusionskontrolle, 1989, § 24, Rz. 272ff. und *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 784.

gemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.<sup>56</sup> Zusätzlich erließ das Gericht weitergehende einstweilige Anordnungen auf der Grundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999.<sup>57</sup> Keinen einstweiligen Rechtsschutz gewährte das OLG Düsseldorf dagegen im Fall *Rethmann*<sup>58</sup> sowie jüngst – allerdings auf Grundlage des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 – im Verfahren *Werhahn*.<sup>59</sup>

## B. Drittetroffenheit und Beteiligungsrechte

### I. Das Verhältnis von Drittetroffenheit und Verfahrensrechten

Das GWB unterscheidet auf Tatbestandsebene verschiedene Intensitätsstufen der Drittetroffenheit. Auf der Rechtsfolgenseite sind ihnen bestimmte Beteiligungsrechte zugeordnet, die eine mehr oder weniger starke Einflussnahme auf das Verfahrensergebnis ermöglichen. In Anlehnung an *K. Schmidt*<sup>60</sup> und unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung lässt sich eine Steigerungsskala entwerfen, welche die Korrelation zwischen der Betroffenheit durch ein Zusammenschlussvorhaben und den jeweiligen Verfahrensrechten Dritter veranschaulicht:

#### 1. Dritte ohne irgendeine rechtlich relevante Betroffenheit

Quivis ex populo („jedermann“) hat keine Möglichkeit, sich aktiv am Fusionskontrollverfahren zu beteiligen.<sup>61</sup> Möglich ist aber eine passive Form der Beteiligung.

56 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.

57 Ausführlich zu deren Bedeutung sowie zu den Auswirkungen des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 auf die Kompetenz des Beschwerdegerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen, die über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinausgehen: unten *Kap. 2 F* und *Kap. 6 B*.

58 OLG Düsseldorf, 4.9.2002 (*Rethmann*), WuW/E DE-R 945.

59 Dass., 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644ff. Auch in diesem Verfahren hatte die Antragstellerin zusätzlich den Erlass weitergehender einstweiliger Anordnungen beantragt.

60 Vgl. *Schmidt, K.*, Drittschutz, 1992, 31.

61 Das ist anders zum Beispiel im Verfahren zur Anerkennung von Wettbewerbsregeln gemäß §§ 24ff. GWB. Soweit die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführt, haben nicht nur die am Verfahren Beteiligten ein Rederecht. Vielmehr steht es jedermann frei, Einwendungen gegen deren Anerkennung zu erheben, § 25 Satz 3 GWB. Selbstverständlich ist es jedoch auch im Hinblick auf die Fusionskontrolle nicht ausgeschlossen, dass sich sonstige Dritte mit einer formlosen Anzeige an eine Kartellbehörde wenden, um beispielsweise auf den Vollzug eines nicht angemeldeten Zusammenschlussvorhabens hinzuweisen. Missverständlich ist insofern die Formulierung bei *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 529: „Quivis ex populo soll eben nicht beigeladen, sondern bestenfalls angehört werden“. Auch die Anhörung ist gemäß