

sigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde. (2) Materielle Voraussetzung ist die Geltendmachung einer (einfachen) nachteiligen Interessenberührung. (3) Wer eine Verpflichtungsbeschwerde einlegen oder einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 65 Abs. 3 GWB 2005 stellen möchte, muss sich auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können. Die hier vorgeschlagene Lösung macht sämtliche der genannten Beteiligungsrechte von einer einzigen Intensitätsstufe der Drittbetroffenheit abhängig. Einheitliche Voraussetzung ist die Geltendmachung einer (möglichen) Verletzung in eigenen Rechten i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung.

C. Vereinbarkeit der Neukonzeption mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes

Eine Untersuchung der einschlägigen Vorschriften zeigt, dass die beiden Grundannahmen der hier vorgeschlagenen Neukonzeption einer grammatisch-systematischen Auslegung standhalten. Zunächst gilt es zu zeigen, dass neben dem formellen Erfordernis der Beiladung zusätzlich die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten Voraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde ist. Das von der herrschenden Meinung postulierte Erfordernis einer bloßen „nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“ entbehrt dagegen einer überzeugenden Herleitung (*I*). In einem zweiten Schritt ist die Gleichsetzung der materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung mit der aus dem Beiladungsrecht bekannten Voraussetzung der „erheblichen Interessenberührung“ zu begründen. Es wird sich zeigen, dass das zuletzt genannte Kriterium durch den Klammerhinweis in § 63 Abs. 2 GWB ausdrücklich als materielle Anfechtungsvoraussetzung normiert wurde (*II*). Eine historisch-systematische Betrachtung legt den Schluss nahe, dass dieses Merkmal mit dem Tatbestand der subjektiven Rechtsverletzung gleichgesetzt werden kann (*III*).

I. Das Erfordernis einer materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde

Einigkeit besteht mit der herrschenden Meinung insofern, dass zusätzlich zur formellen Voraussetzung der vorherigen Beiladung ein materielles Kriterium den Kreis der Anfechtungsbefugten beschränken muss. Schon rechtspolitische Erwägungen sprechen für diese Forderung. Andernfalls bestünde nämlich die Gefahr einer Perpetuierung von Fehlentscheidungen der Kartellbehörden auf das gerichtliche Verfahren. Das Beschwerdegericht muss die Möglichkeit haben, bestimmte Drittbeschwerden als unzulässig abzuweisen. Dabei ist an die Rechtsmittel solcher Drittunternehmen zu denken, die beigeladen wurden, obwohl ihr Interesse am Verfahren als unerheblich zu qualifizieren ist. Fehlt es an einer relevanten Interessenbeeinträchtigung,

darf keine Beschwerdebefugnis bestehen.⁸⁶ *Bettermann* hat darüber hinaus überzeugend nachgewiesen, dass es sich bei der Beschwer im Sinne einer materiell belastenden Wirkung der Entscheidung nicht nur um ein Charakteristikum der Rechtsmittel, sondern eine allgemeine Voraussetzung jedes Anfechtungsrechtsbehelfs handelt.⁸⁷ Unterschiedliche Standpunkte bestehen hinsichtlich der Frage, unter welchen Voraussetzungen die (materielle) Anfechtungsbefugnis zu bejahen ist.

1. Das Kriterium der herrschenden Meinung: nachteilige Interessenberührung

Nach ganz herrschender Meinung genügt als materielles Kriterium eine nachteilige Interessenberührung. Auf die hieraus resultierende Gefahr von Unstimmigkeiten im Gesamtsystem des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes wurde bereits hingewiesen.⁸⁸ Dazu kommen systematische Bedenken. Die herrschende Meinung findet das von ihr postulierte einschränkende Kriterium in der aus dem Rechtsmittelrecht stammenden Voraussetzung der „materiellen Beschwer“. ⁸⁹ Ohne nähere Begründung wird dieses Merkmal den „allgemeinen Verfahrens- oder Prozessgrundsätzen“ entnommen.⁹⁰ Diese Argumentationsweise ist schon deshalb fragwürdig, weil es sich bei der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde nach mittlerweile allgemeiner Auffassung nicht um ein Rechtsmittel, sondern um eine besondere Art der verwaltungsrechtlichen Klage handelt.⁹¹ *Kremer* verzichtet gar vollständig auf eine gesetzliche Anknüpfung. Er begründet seine Forderung nach einer materiellen Beschwerde – ebenfalls in Form der Interessenbeeinträchtigung⁹² – als Zulässigkeits-

86 Ausführlich zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals „erhebliche Interessenberührung“ unten Kap. 4 D.

87 *Bettermann*, K. A., *Beschwer*, 1970, 23ff. Als Beleg führt *Bettermann* u. a. die Wiederaufnahmeklage an, für die ebenfalls eine Beschwer gefordert wird, obwohl sie nicht als Rechtsmittel eingeordnet wird (ebenda, 5f., 25). Zum Ganzen *Kohlmeier*, A., *Beschwer*, 1997, 18 und passim.

88 Oben Kap. 1 C.

89 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165. Jetzt zustimmend *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 27 (anders noch *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 1981, § 62 *GWB* (1981), Rz. 27).

90 Z. B. *BGH*, 5.12.1963 (*Zigaretten*), WuW/E BGH 559, 561; *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2079; *Hertin*, P.-W., *Beteiligte*, 1969, 115. Vgl. auch *Mees*, H. K., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), *GWB*, 2006, § 63, Rz. 13: „Beschwerden nach §§ 63ff. sind – wie Beschwerden im allgemeinen – nur bei Vorliegen einer [...] Beschwer [...] zulässig“.

91 *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347 („Verwaltungsstreitverfahren besonderer Art, nämlich ein Kartell-Verwaltungsstreitverfahren“); *Weidinger*, W., *Rechtsschutz*, 1968, 66; *Kohlmeier*, A., *Beschwer*, 1997, 40. Zur Einordnung der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 2f. und *Kremer*, M.-G., *Beschwerde*, 1988, 28 sowie oben Kap. 1 A IV 1.

92 *Kremer*, M.-G., aaO., 103.

voraussetzung der Anfechtungsbeschwerde mit dem schlichten Hinweis auf das Drohen einer Popularbeschwerde im Kartellrecht.⁹³ Angesichts der formellen Voraussetzung einer vorhergehenden Beiladung durch die Kartellbehörde erscheint diese Sorge jedoch unbegründet. Zu befürchten wäre allenfalls die Möglichkeit einer so genannten Interessentenklage.⁹⁴ Es erscheint nämlich schon praktisch kaum vorstellbar, dass ein echter *quivis ex populo* sich überhaupt die Mühe macht, einen Beiladungsantrag zu stellen. Noch unwahrscheinlicher erscheint es aber, dass die Kartellbehörde einen solchen Dritten, der in keiner Beziehung zum Verfahrensausgang steht, überhaupt beilädt. Nur in diesem Fall bestünde aber die – theoretische – Gefahr einer Popularanfechtung.⁹⁵

2. Alternativvorschlag: Die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten

Demgegenüber wird hier – in Übereinstimmung mit *Dormann*⁹⁶ – die Ansicht vertreten, dass nicht nur im Fall der kartellverwaltungsrechtlichen Verpflichtungs-, sondern auch im Fall der Anfechtungsbeschwerde die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Auszugehen ist dabei von der Feststellung, dass die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten allgemeine Zulässigkeitsvoraussetzung für Klagen gegen Verwaltungshandeln ist, § 42 Abs. 2 VwGO. *Dormann* hat in ihrer Dissertation auf die universale Bedeutung des Merkmals der subjektiven Rechtsverletzung für beinahe sämtliche Klagen gegen Maßnahmen der vollziehenden Gewalt hingewiesen.⁹⁷ Eine umfassende Aufzählung der öffentlich-rechtlichen Rechtsbehelfe, die entsprechend der – im Zeitpunkt des GWB-Erlasses noch nicht verabschiedeten – Vorschrift des § 42 Abs. 2 VwGO aufgebaut sind, findet sich in der Habilitationsschrift von *Skouris*.⁹⁸ Es soll hier genügen, beispielhaft auf die Regelungen in § 40 Abs. 2 FGO, § 24 Abs. 1 und § 28 Abs. 1 Satz 1 EGGVG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG und die Neufassung von § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO zu verweisen. Die Ausgestaltung der Anfechtungsbe-

93 Ebenda.

94 Zum Begriff der Popularklage im Gegensatz zur Interessentenklage *Skouris*, W., Verletztenklagen, 1979, 7ff.

95 Auch der Ansatz von *Kohlmeier* kann nicht überzeugen. Sie begründet das Erfordernis einer materiellen Beschwer mit dem angeblichen Individualschutzcharakter der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde (*Kohlmeier*, A., Beschwer, 1997, 62 und 80). Nach der hier vertretenen Auffassung – das sei hier vorweggenommen – lässt sich aber aus der Vorschrift des § 71 Abs. 2 GWB vornehmlich auf ein objektives, und nur in zweiter Linie ein auf Individualschutz ausgerichtetes Beanstandungsverfahren schließen. Ausführlich dazu unten Kap. 5 B.

96 Dazu ausführlich oben Kap. 3 A III 1.

97 *Dormann*, U., WuW 2000, 245, 253.

98 *Skouris*, W., Verletztenklagen, 1979, 39ff.

schwerde in Kartellsachen als „Interessentenklage des Beteiligten“⁹⁹ würde demgegenüber einen singulären Sonderfall darstellen.¹⁰⁰

Dazu kommt, dass das Erfordernis der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten dem Kartellverfahrensrecht keinesfalls fremd ist. Explizit findet es sich in dem – im Wortlaut geringfügig von § 42 Abs. 2 VwGO abweichenden – § 63 Abs. 3 GWB.¹⁰¹ Schon aus systematischen Gründen erscheint es daher wenig wahrscheinlich, dass sich allein die kartellverwaltungsrechtliche *Anfechtungs*beschwerde nicht in dieses Schema soll einordnen lassen. Bereits erwähnt wurde das Problem möglicher Wertungswidersprüche. Sie resultieren aus dem Umstand, dass von der herrschenden Meinung an die Erhebung der Anfechtungsbeschwerde niedrigere Voraussetzungen gestellt werden als an die Verpflichtungsbeschwerde.¹⁰² Schon von daher liegt es nahe, das in § 63 Abs. 3 GWB statuierte Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung auf die in § 62 Abs. 2 GWB geregelte Anfechtungsbeschwerde zu übertragen.¹⁰³ Schließlich sei noch einmal auf die bereits zitierte Äußerung in der Begründung der Sechsten GWB-Novelle hingewiesen. Danach können Dritte nur bei Betroffenheit „in eigenen Rechten“ gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidungen mit der Beschwerde vorgehen.¹⁰⁴ Ob dem Gesetzgeber die Reichweite seiner Aussage allerdings in allen Konsequenzen bewusst war, mag man bezweifeln.¹⁰⁵ Immerhin stellte er sich mit seiner als „Klarstellung“ gekennzeichneten Erläuterung des Gesetzesentwurfs in klaren Widerspruch zur damals beinahe einhelligen Meinung in Rechtsprechung und Literatur.¹⁰⁶

99 Ebenda, 46, der jedoch zu weit geht, wenn er meint, die vom Schema des § 42 Abs. 2 VwGO abweichende Ausgestaltung der kartellprozessualen Anfechtungsbefugnis in § 63 Abs. 2 GWB verletze Art. 19 Abs. 4 GG. Hintergrund dieser Ansicht dürfte die Sorge gewesen sein, ein in subjektiven Rechten betroffener Dritter könne gegebenenfalls an der Hürde der ermessensabhängigen Beiladung scheitern. Mittlerweile ist für solche Fälle ein Anspruch des Betroffenen auf Beiladung anerkannt („notwendige Beiladung“, siehe oben *Kap. 1 B I 4*).

100 Bedauerlicherweise wurde die streitanfällige Norm aus dem Kartellverwaltungsprozessrecht mittlerweile zum Vorbild für weitere Sachgebiete erhoben. So steht gemäß § 49 Abs. 2 WpÜG die Anfechtungsbeschwerde den am Verwaltungsverfahren Beteiligten zu. Kritisch dazu *Schnorbus, Y.*, ZHR 2002, 72, passim, insbes. 96ff.

101 Vgl. nur *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 31 m. w. N.: „Gemeint ist dasselbe wie bei § 42 Abs. 2 VwGO.“

102 Ausführlich oben *Kap. 1 C I* und unten *Kap. 4 D II*.

103 Zu dem Vorschlag von *K. Schmidt*, der das Problem mit gleicher Zielrichtung in genau entgegengesetzter Richtung angeht oben *Kap. 3 A I*.

104 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

105 Siehe auch noch unten *Kap. 4 C IV 2*.

106 Siehe die Nachweise oben *Kap. 2 A*.

II. Das Erfordernis der erheblichen Interessenberührung aus § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB als materielle Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde

Es stellt sich die Frage, ob außer dem Vergleich mit anderen Verfahrensordnungen sowie den genannten rechtspolitischen und systematischen Argumenten weitere Anhaltspunkte für die Annahme sprechen, dass das GWB materielle Anforderungen an die Erhebung der Anfechtungsbeschwerde stellt, die über die bloße materielle Beschwer im Sinne einer einfachen Nachteilhaftigkeit der Entscheidung hinausgehen. Eine genauere Untersuchung ergibt, dass § 63 Abs. 2 GWB mit der Voraussetzung der Beteiligung selbst eine tatbestandliche Anknüpfung für das gesuchte materielle Kriterium enthält. Es handelt sich um das durch den Klammerhinweis auf § 54 Abs. 2 GWB in Bezug genommene Erfordernis der erheblichen Interessenberührung.

1. Das Verhältnis zwischen Beiladung und Beteiligung nach bisheriger Auffassung

Die Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB regelt die tatbestandlichen Voraussetzungen der Beteiligung. Insoweit besteht Übereinstimmung mit der herrschenden Meinung. Dem Wortlaut lassen sich unschwer zwei Voraussetzungen entnehmen, die erfüllt sein müssen, um die Rechtsfolge der „Beteiligung“ auszulösen: „erhebliche Interessenberührung“ und „Beiladung auf Antrag“. Traditionell wird jedoch das erste Tatbestandsmerkmal als Bedingung für das zweite angesehen.¹⁰⁷ Danach gilt:

Beteiligt ist, wer auf Antrag beigeladen wurde.

Die Beiladung ist zulässig, wenn eine erhebliche Interessenberührung gegeben ist.

Das etwaige Fehlen der erheblichen Interessenberührung soll jedoch nur in den Fällen eine Rolle spielen, in denen die Beiladungsverfügung selbständig angefochten wird.¹⁰⁸ Dagegen soll dieser der Beiladungsentscheidung anhaftende Grundmangel keine Konsequenzen für die Frage nach der Anfechtungsberechtigung haben.¹⁰⁹ Wer beigeladen wurde, gilt der herrschenden Meinung als Beteiligter im Sinne des § 63 Abs. 2 GWB. Auf die Intensität der Interessenberührung kommt es nicht mehr

¹⁰⁷ Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 37; 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. 52ff.; Weidinger, W., Rechtsschutz, 1968, 67.

¹⁰⁸ KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971.

¹⁰⁹ Ebenda; Meyer-Lindemann, H. J., in: Rieger, H. (Hrsg.), FrankfKom, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 32; Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 21: „Insbesondere wird, wenn ein Dritter als Beigeladener Beschwerde einlegt, nur noch geprüft, ob er wirksam beigeladen worden ist, nicht auch, ob er mit Recht beigeladen worden ist.“

an. Literatur und Praxis meinen, das Problem eines möglichen Auseinanderfallens von Beiladung und erheblicher Interessenberührung an anderer Stelle lösen zu können. So wird vorgeschlagen, das Problem auf den Prüfungspunkt „Interessenbeeinträchtigung“ im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung zu verlagern.¹¹⁰ Ein Beispiel für diese Vorgehensweise bildet das Verfahren *Coop-Supermagazin*.¹¹¹ Dort wurde trotz der ausdrücklich als fehlerhaft bezeichneten Beiladung die Beschwerdeberechtigung als solche nicht verneint.¹¹² Das Beschwerdegericht verneinte die Zulässigkeit der Beschwerde jedoch mit dem Hinweis auf eine fehlende materielle Beschwer.¹¹³ Mangels unmittelbarer Betroffenheit durch das Verfahrensergebnis liege überhaupt keine Interessenbeeinträchtigung vor. Die dritten Beschwerdeführer seien damit nicht beschwerdebefugt.¹¹⁴ Es fehlt eine ausdrückliche Stellungnahme zu dem Fall, dass beim beigeladenen Dritten zwar eine Interessenbeeinträchtigung vorliegt, diese jedoch nicht die Erheblichkeitsschwelle in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB überschreitet. Wendet man die Grundsätze der herrschenden Meinung auf diesen Fall an, so muss man konsequenterweise die Zulässigkeit der Drittbeschwerde bejahen. Danach hindert die Fehlerhaftigkeit der Beiladung – genauso wie im Fall *Coop-Supermagazin* – die Beschwerdeberechtigung nicht. Darüber hinaus müsste die herrschende Meinung konsequenterweise aber auch die Beschwerdebefugnis bejahen. Dem Erfordernis der materiellen Beschwer genügt nämlich jede Art der nachteiligen Interessenberührung, also auch die einfache.¹¹⁵

2. Alternativvorschlag: Kumulatives Verständnis der Voraussetzungen Interessenberührung und Beiladung

Eine unvoreingenommene Lektüre des Wortlauts von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB legt dagegen ein kumulatives Verständnis der beiden Tatbestandsmerkmale nahe. In dieser Lesart gilt:

110 Schmidt, K., ebenda (Fortsetzung des Zitats in der vorhergehenden FN): „Eine andere Frage ist dann allerdings, ob es an der von der h. M. geforderten materiellen Beschwer fehlt.“

111 BGH, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2080.

112 KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971: „das Bundeskartellamt hätte die Anträge der Beschwerdeführer zurückweisen müssen.“ Dieser Ansicht schloss sich das Amt kurze Zeit später an. Es stellte im Verfahren *BKartA*, 17.12.1985 (*Linde-Agefko II*), WuW/E BKartA 2221, 2221f. fest, dass die Antragstellerin die Beiladung zu dem ihre Konkurrenten betreffenden Fusionskontrollverfahren nur deshalb beantragt hatte, weil sie in der Begründung der vorgesehenen Untersagungsverfügung als Mitglied eines marktbeherrschenden Oligopols bezeichnet worden war. Mangels (erheblicher) Interessenberührung i. S. d. § 51 Abs. 2 Nr. 4 GWB 1980 wies das Amt den Beiladungsantrag zurück.

113 KG, 19.1.1983 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E OLG 2970, 2971f.

114 Näher zu dem Verfahren unten Kap. 5 A VIII 1.

115 Dazu schon oben Kap. 1 B I 3 und C I. Siehe auch noch unten Kap. 4 D II.

Beteiligt ist nur derjenige Dritte, der

1. erheblich in seinen Interessen berührt ist *und*
2. auf seinen Antrag hin zum Verfahren beigelegt wurde.

Genauso wenig wie die erhebliche Interessenberührung als solche ohne Antrag und ohne Beiladung die Stellung eines Beteiligten (i. e. S.) begründen kann, genügt die bloße Beiladung eines Dritten, der nicht genügend intensiv durch das Verfahrensergebnis berührt wird. Überzeugender ist damit eine Interpretation, nach der die beiden Tatbestandsmerkmale in einem Verhältnis der Gleichordnung stehen. Nur wenn zur Beiladung auch eine erhebliche Interessenberührung hinzukommt, tritt die Rechtsfolge Beteiligung ein.

Diese Auslegung von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB wird bestätigt durch einen Vergleich mit Entwurfsfassungen derselben Vorschrift, mit dem Wortlaut vergleichbarer Bestimmungen des GWB an anderer Stelle sowie mit Vorschriften aus anderen Verfahrensordnungen. In auffällender Abweichung vom Wortlaut des hier im Mittelpunkt stehenden § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist in allen anderen Fällen die besondere Intensität der Drittbetroffenheit jeweils ausdrücklich als Voraussetzung der Beiladung formuliert.

Zunächst einmal fällt auf, dass die aktuelle Regelung von der entsprechenden Bestimmung in § 42 Abs. 2 Nr. 2 GWB-Entwurf von 1952 abweicht:

„An dem Verfahren vor der Kartellbehörde sind beteiligt: [...]

3. Personen, die die Kartellbehörde zu dem Verfahren beigelegt hat, **weil** ihre rechtlichen Interessen durch die Entscheidung berührt werden.“¹¹⁶

Im Vergleich zur verabschiedeten Fassung ist auf zwei wesentliche Unterschiede hinzuweisen:¹¹⁷ Zum einen stand damals anstelle des Tatbestandsmerkmals der erheblichen Interessenberührung noch dasjenige der Berührung in rechtlichen Interessen. Im vorliegenden Zusammenhang besonders bemerkenswert ist aber der Umstand, dass außerdem die ursprünglich vorgesehene Regelungstechnik verändert wurde: In der Entwurfsfassung sind die beiden Tatbestandsvoraussetzungen „Beiladung“ und „Interessenberührung“ durch die Konjunktion „weil“ verbunden. Letztere sollte damit unzweifelhaft zur Voraussetzung für die Beiladung zum Verwaltungs-

¹¹⁶ *Bundesregierung*, Entw. GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 1), Anlage 1, S. 13 (Hervorhebung vom Verf.).

¹¹⁷ Ein wichtiger dritter Unterschied besteht in dem neu hinzugekommenen Erfordernis der Antragstellung. Gemäß § 63 Abs. 2 GWB setzt die Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren voraus, dass der interessierte Dritte dies bei der Kartellbehörde beantragt hat (vgl. zu den formalen Voraussetzungen der Antragstellung: *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1291, 1292). Bemerkenswerterweise ist es dem Gesetzgeber gelungen, dieses Tatbestandselement sprachlich eindeutig als Voraussetzung der Beiladung auszugestalten (sog. mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt). Viertens wurde in der verabschiedeten Fassung auch (nichtrechtsfähigen) Personenvereinigungen (z. B. der nichtrechtsfähige Verein oder die GbR) die Beteiligteigenschaft zuerkannt, siehe auch § 77 GWB.

verfahren gemacht werden. Es wäre leicht gewesen, an diesem Schema festzuhalten. So hätte es genügt, das Attribut „rechtliche“ durch „erhebliche“ auszutauschen. Tatsächlich fehlt in der später verabschiedeten Version dagegen diese Verbindung durch die Konjunktion „weil“. Stattdessen entschied sich der Gesetzgeber für ein schlichtes „und“. Damit stellte er in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB Interessenberührung und Beiladung sprachlich in ein Verhältnis der Gleichordnung.

Auch bei der Redaktion von später verabschiedeten Gesetzen hat sich der Gesetzgeber für eine von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB abweichende Regelungstechnik entschieden. Die Interessenberührung ist ausdrücklich als Voraussetzung für eine eventuelle Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren formuliert. Entsprechend lautet die Vorschrift § 13 Abs. 2 VwVfG:

„Die Behörde kann [...] diejenigen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können, als Beteiligte zuziehen.“¹¹⁸

Würde es sich bei der Fassung von § 54 Abs. 2 GWB um ein schlichtes Redaktionsversehen handeln, so wäre eine Korrektur im Rahmen einer der zahlreichen GWB-Novellierungen leicht möglich gewesen. Das gilt insbesondere für die große Sechste GWB-Novelle aus dem Jahr 1998. In ihrem Gefolge wurde das Kartellgesetz um die vergaberechtlichen Vorschriften der §§ 106 - 138 GWB ergänzt. Auch sie enthalten mit § 109 Satz 1 GWB eine Bestimmung über die Beteiligung am Vergabeverfahren. Anstatt sich bei der Redaktion dieser Norm jedoch an die Formulierung des älteren § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB anzulehnen, entschied sich der Gesetzgeber wiederum für einen abweichenden Wortlaut:

„Verfahrensbeteiligte sind [...] die Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die **deswegen** von der Vergabekammer beigeladen worden sind.“¹¹⁹

Spätestens bei dieser Gelegenheit hätte es zu einer entsprechenden Neufassung auch von § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB kommen müssen. Dies umso mehr, als sich die Novelle die Neugestaltung des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes zu einem ihrer Hauptanliegen gemacht hatte.¹²⁰ Man mag das als Versehen oder Nachlässigkeit der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten abtun. Die Untätigkeit des Reformgesetzgebers spricht jedoch eher für die Annahme, dass am Wortlaut der Vorschrift, der

118 Entsprechendes gilt für § 65 Abs. 1 VwGO: „Das Gericht kann [...] andere, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beiladen.“

119 Hervorhebung vom Verf.

120 Vgl. insbesondere die Einführung einer Drittklagemöglichkeit gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeentscheidungen im Hauptprüfverfahren, § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB. Dazu *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 2, 44 sowie unten *Kap. 4 C IV 4*.

seinerseits eine Abweichung vom Schema der Entwurfsfassung darstellt, bewusst festgehalten werden sollte.

Noch deutlicher wird die Berechtigung dieser Auslegung, wenn man die Vorschrift des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB in die Betrachtung mit einbezieht. Hier hat sich der Gesetzgeber nicht nur – wie in § 63 Abs. 2 GWB – mit einer schlichten Nennung der Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Form eines Klammerhinweises begnügt. Vielmehr wiederholt er den vollständigen Wortlaut der genannten Beiladungsvorschrift:

„An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht sind beteiligt [...]

3. Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden **und** die die Kartellbehörde auf ihren Antrag zu dem Verfahren beigelesen hat.“¹²¹

Damit stellt er die Beteiligung am Beschwerdeverfahren genauso wie diejenige am Verwaltungsverfahren unter dieselben beiden, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen: Beiladung *und* erhebliche Interessenberührung. Die bislang herrschende Meinung ignoriert hingegen den eindeutigen Gesetzeswortlaut auch an dieser Stelle. Sie setzt sich bewusst in Widerspruch zum Normtext des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB, wenn sie dem Beschwerdegericht die Befugnis abspricht, im Beschwerdeverfahren zu überprüfen, ob sich die beigelesenen Dritten auf eine erhebliche Interessenberührung berufen können.¹²²

Damit ist festzuhalten: Die Anfechtungsbeschwerde eines Dritten ist nur zulässig, wenn der Beschwerdeführer Beteiligter i. S. d. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist. Nach dieser Vorschrift müssen zwei Voraussetzungen *kumulativ* vorliegen: die erhebliche Interessenberührung als materielles und die Beiladung als formelles Kriterium. Die bloße Beiladung genügt nicht.

III. Vereinbarkeit mit der Systematik

Der vorgeschlagenen Gleichsetzung der beiden Tatbestandsmerkmale (nachteilige) „erhebliche Interessenberührung“ und „subjektive Rechtsverletzung“ steht ein gewichtiger Einwand entgegen: Hätte der Gesetzgeber die Beteiligung am Verwaltungsverfahren und die Befugnis zur Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde (und seit dem 1. Juli 2005 auch den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Freigabe Verfügungen des Bundeskartellamtes) tatsächlich unter dieselbe materielle Voraussetzung stellen wollen, so hätte er das entsprechende Tatbestandsmerkmal einheitlich formulieren können. Die Verwendung von zwei verschiedenen Formulierungen

¹²¹ Hervorhebung vom Verf.

¹²² Vgl. nur Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 67, Rz. 4: „notwendige Korrektur des § 67“ sowie schon oben Kap. 1 B I 3.

– erhebliche Interessenberührung hier, Verletzung in eigenen Rechten dort – spricht, so könnte man meinen, eher für die Annahme, der Gesetzgeber habe unterschiedliche Voraussetzungen aufstellen wollen.

Tatsächlich muss man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sich bei der Verabschiedung des GWB bewusst für die Formulierung „erhebliche Interessenberührung“ anstelle von „Betroffenheit in rechtlichen Interessen“ bzw. „Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten“ entschieden hat.¹²³ Historisch ist das damit zu erklären, dass er den Kreis der am Verwaltungsverfahren Beteiligten erweitern wollte. Zumindest im Hinblick auf das Institut der Verfahrensbeteiligung wollte sich der Gesetzgeber nicht an die zu eng empfundenen Voraussetzungen der subjektiven Rechtsverletzung binden. Hintergrund war die – wie sich im Rückblick zeigt – berechtigte Sorge, die Praxis werde sich zu engherzig bei der Zuerkennung eines Schutzgesetzcharakters der Kartellvorschriften zeigen.¹²⁴ Eine Beteiligung Dritter am Verwaltungsverfahren vor den Kartellbehörden wäre dann lange Zeit ausgeschlossen gewesen. Der Verzicht auf das Tatbestandsmerkmal der Berührung rechtlicher bzw. rechtlich geschützter Interessen in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB ist daher so zu erklären, dass der Gesetzgeber das Beiladungsrecht „von dem noch unentschiedenen Streit um den Schutznormcharakter der einzelnen kartellrechtlichen Vorschriften unabhängig machen [wollte].“¹²⁵ Hinsichtlich der Beschwerdevoraussetzungen liegt der Fall ähnlich. Auch hier wagte es der Gesetzgeber nicht, sämtliche kartellverwaltungsrechtliche Klagearten von der strengen allgemeinen Voraussetzung einer subjektiven Rechtsverletzung abhängig zu machen. Ausdrücklich statuierte er dieses Erfordernis nur für die Verpflichtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 3 Satz 1 GWB). Dagegen beschränkte er sich im Fall der Anfechtungsbeschwerde auf eine indirekte, auf den ersten Blick fragmentarisch wirkende Regelung.¹²⁶ Wissenschaft und Praxis sind daher aufgefordert, sich mit der in § 63 Abs. 2 GWB angeordneten Bezugnahme auf die Vorschriften über die Beteiligung am Verwaltungsverfahren zu behelfen.

123 Zum Verhältnis der Tatbestandsmerkmale „subjektive Rechtsverletzung“ und „Berührung rechtlicher Interessen“ *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 13, Rz. 35 sowie unten Kap. 4 A I: zu letzteren zählen nicht nur materielle nach öffentlichem, sondern auch nach privatem Recht geschützte Positionen.

124 Dabei ist zusätzlich zu bedenken, dass die speziellen fusionskontrollrechtlichen Vorschriften zu diesem Zeitpunkt ohnehin noch nicht verabschiedet waren.

125 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 456. Vgl. auch schon *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E BKartA 70, 71: „Vermieden wurde so der Streit darüber, wann eine wirtschaftliche Betroffenheit zu einer rechtlichen wird.“ *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 67; *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 132; *Kohlmeier, A.*, Beschwer, 1997, 77 (die beiden zuletzt Genannten beziehen sich jeweils auf die Ausführungen von *Böhm* im *Bundestagsausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht*, Wortprotokoll Nr. II/215. Sitzung, S. 22ff.).

126 Der Eindruck der Unvollständigkeit dürfte auch der Grund dafür sein, dass sich die herrschende Meinung genötigt sieht, weitere einschränkende Kriterien in „allgemeinen Prozessgrundsätzen“ in Form der „materiellen Beschwer“ zu suchen. Dabei liegt es – wie oben gezeigt – wesentlich näher, der in Bezug genommenen Vorschrift des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB auch ein materielles Zulässigkeitskriterium zu entnehmen.

Das ursprüngliche Bedürfnis einer Erweiterung des Kreises der Verfahrensbeteiligten und damit mittelbar auch der Anfechtungsberechtigten anhand des Merkmals der erheblichen Interessenberührung besteht jedoch nur solange, wie Unsicherheit im Hinblick auf den drittschützenden Charakter der einzelnen kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften besteht. Geht man dagegen davon aus, dass sich der Gesetzgeber, wenn nicht schon mit Einführung einer prinzipiellen Drittklagemöglichkeit durch die Sechste GWB-Novelle, so doch spätestens mit Einfügung von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ausdrücklich zur Existenz subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle bekannt hat,¹²⁷ so besteht kein Anlass mehr, an der wenig praktikablen und vor allem auch im Ergebnis unbefriedigenden Differenzierung zwischen den verschiedenen Stufen der Drittbetroffenheit in §§ 54 Abs. 2 Nr. 3 und 63 Abs. 2 einerseits sowie Abs. 3 und 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 andererseits festzuhalten.¹²⁸ In diesem Fall läge es aus Gründen der systematischen Stimmigkeit im Hinblick auf das Gesamtgefüge und der Einfachheit der Rechtsanwendung wesentlich näher, die in der Diskussion über die materiellen Anforderungen an die Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung erarbeiteten Wertungen auf die Frage nach der Anfechtungsbefugnis zu übertragen und umgekehrt.¹²⁹ Danach wären dieselben Dritten, die geltend machen können, durch Fusionsgenehmigung erheblich und nachteilig in ihren Interessen berührt werden, auch im Sinne von §§ 63 Abs. 3 Satz 1 und 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 als in subjektiven Rechten betroffen anzusehen.

IV. Zusammenfassung

Eine am Wortlaut orientierte Auslegung der Vorschriften §§ 63 Abs. 2 und 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB führt zur Entdeckung einer gesetzlich normierten materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittanfechtungsbeschwerde. Es handelt sich um das Merkmal der nachteiligen erheblichen Interessenberührung. Systematische Erwägungen sprechen nicht gegen, sondern eher für die Annahme, dass dieses Merkmal der aus dem allgemeinen Verwaltungsprozessrecht bekannten und auch in § 63 Abs. 3 Satz 1 GWB und – zwischenzeitlich – in § 42 Abs. 2 VwGO und vor allem in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ausdrücklich normierten Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten entspricht.

127 Dazu unten *Kap. 4 C V 8*.

128 Die herrschende Meinung fügt mit dem Kriterium der materiellen Beschwer sogar noch eine weitere Stufe der Drittbetroffenheit hinzu.

129 Ausführlich unten *Kap. 4 D*.

A. Vorüberlegungen

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle voraus. Sie steht damit in Widerspruch zur herrschenden Meinung. Die Position der herrschenden Meinung soll im Folgenden einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

I. Einfachgesetzlich begründete subjektive öffentliche Rechte

Wenig Streit herrscht über die Frage, was den Inhalt eines subjektiven Rechts ausmacht.¹ Erste Versuche einer Bestimmung des Begriffs des subjektiven Rechts gehen zurück auf eine – zunächst im Zivilrecht geführte – Diskussion zwischen v. Savigny, Windscheid und v. Ihering.² Dem Verständnis v. Savignys³ des subjektiven Rechts als rechtlich anerkannter individueller Willensmacht und Windscheids⁴ Konzept einer „von der Rechtsordnung verliehenen Willensmacht“ setzte v. Ihering⁵ seine Definition des subjektiven Rechts als „rechtlich geschütztes Interesse“⁶ entgegen. v. Iherings Definition betont den Umstand, dass das subjektive Recht es dem Einzelnen ermöglicht, seine jeweils geschützten Interessen wahrzunehmen.⁷ Herrschend ist heute die so genannte „Kombinationstheorie“⁸, die Windscheids Willens- und v. Iherings Interessentheorie miteinander verbindet.⁹ Dabei bildet das subjektive Recht

1 Vgl. Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 186.

2 Vgl. Huber, P. M., Konkurrenzschutz, 1991, 100.

3 Savigny, F. C. v., System Bd. I, 1840, 331ff.

4 Windscheid, B., Lb. d. Pandektenrechts Bd. I, 1906, 156ff. (insbes. FN 3).

5 Ihering, R. v., Geist d. röm. Rechts III/1, 1865, 327ff. Dazu auch Larenz, K./Wolf, M., BürglR AT, 1997, § 14, Rz. 14 (= S. 243).

6 Unten Kap. 4 D III 1 d zu dem davon scharf zu trennenden Begriff des „rechtlichen Interesses“.

7 Es sei hier noch einmal betont, dass es zu einem Umdenken hinsichtlich der Qualifizierung von „rechtlich geschützten Interessen“ als subjektiven Rechten erst nach 1949 kam.

8 Scherzberg, A., DVBl. 1988, 129, 131 (mit umfangreichen Nachweisen in FN 23). Vgl. auch Schmidt-Preuß, M., Privatinteressen, 1992, 187 m.w.N. in FN 3 und Larenz, K./Wolf, M., BürglR AT, 1997, § 14, Rz. 14, (= S. 243).

9 Siehe sogleich unten.