

westfälischer Gemeindeordnung kommt danach drittschützende Wirkung zu.<sup>132</sup> Unzulässige wirtschaftliche Betätigung einer Kommune stellt damit einen Eingriff in subjektive Rechte des Antragsstellers dar.<sup>133</sup> Soweit die zitierte Entscheidung kritisiert wird, bezieht sich die Kritik nicht auf das gefundene Ergebnis als solches. Vorgeschlagen wird lediglich, den Drittschutz – bundesweit einheitlich – unmittelbar aus Art. 12 Abs. 1 GG abzuleiten, und sich nicht auf die einfachgesetzliche landesrechtliche Norm des § 107 GemO Nordrhein-Westfalen zu stützen.<sup>134</sup>

#### IV. Achtes Zwischenergebnis

Der querschnittsartige Überblick über die rechtliche Bewertung wirtschaftlicher Interessen in Konkurrenzsituationen vermittelt einen Eindruck von der Anwendung der Schutznormtheorie durch Bundesverwaltungs- und Bundesverfassungsgericht sowie den Bundesfinanzhof. Er erlaubt noch keine eindeutige Antwort auf die hier interessierende Frage nach der drittschützenden Wirkung der Vorschriften über die Fusionskontrolle. Man mag eine gewisse Tendenz dahingehend feststellen, dass nicht nur die Wissenschaft, sondern auch die Rechtsprechung wirtschaftliche Interessen von Konkurrenten zunehmend in den Rang subjektiver Rechte erhebt. Zumindest wird man aber mit *Soell* resümieren können: „Die Grenzen zwischen rechtlich geschützten und wirtschaftlichen Interessen [sind] fließend.“<sup>135</sup>

### B. Zur Bedeutung der Schutzgegenstand- und Schutzgesetzdiskussion für die Auslegung der Vorschriften der Fusionskontrolle

#### I. Die Diskussion um den Schutzgegenstand des GWB

Den Ausgangspunkt der Frage nach der Existenz subjektiver Rechte Dritter im GWB und in der Fusionskontrolle im Besonderen bildete häufig die Diskussion um

132 Vgl. *Hauck, R.*, WRP 2006, 323, 325ff. zum neugefassten § 121 Abs. 1 hessGemO.

133 *OVG Münster*, 13.8.2003, NVwZ 2003, 1520, 1521 (im entschiedenen Fall wurde der Eingriff allerdings als rechtmäßig beurteilt).

134 *Fäßbender, K.-J.*, DÖV 2005, 89, 97ff. Vgl. auch die Ausführungen des BVerwG zu den Unterschieden zwischen den einschlägigen Bestimmungen in den Gemeindeordnungen Baden-Württembergs, Bayerns und Nordrhein-Westfalens (*BVerwG*, 22.2.1972, E 39, 329, 336).

135 *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 458. Siehe auch *Junge, W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 15. Vgl. auch *Lang, J.*, in: Tipke, K./ders. (Hrsg.), Steuerrecht (§ 19), 2002, Rz. 79: „Zu beklagen ist die von den Gerichten gern gemachte Unterscheidung zwischen «bloß» wirtschaftlicher Benachteiligung und subjektivem Recht oder rechtlich geschützter Position.“ (Anführungszeichen im Original).

den Schutzgegenstand des GWB.<sup>136</sup> Sie begleitet das deutsche Kartellrecht seit seinen Anfängen.<sup>137</sup> In der ersten Zeit war die Auseinandersetzung geprägt von einer scheinbaren Dichotomie zwischen Institutionenschutz einerseits und Individualschutz andererseits.<sup>138</sup> Nach einer Ansicht bildet der Wettbewerb als Institution den Schutzgegenstand des Kartellrechts.<sup>139</sup> Danach ist der Ausgangspunkt des GWB eine wirtschaftspolitische Zweckmäßigkeitsentscheidung. Ihr liegt die Überzeugung zugrunde, dass die Marktwirtschaft die leistungsfähigste Wirtschaftsform ist. Ihr Charakteristikum besteht darin, dass Angebot und Nachfrage über den Preis gesteuert werden. Das setzt einen funktionsfähigen Wettbewerb voraus. Wettbewerb garantiert eine ausreichende Anzahl an Marktteilnehmern mit voller wirtschaftlicher Handlungsfreiheit, die nicht durch marktbeherrschende Unternehmen oder Kartellvereinbarungen behindert wird. Der Schutz der Handlungsfreiheit des Einzelnen gilt den Vertretern dieser Ansicht lediglich als Reflex des Wettbewerbsschutzes. Sie ist Mittel zur Aufrechterhaltung des Gesamtsystems. Nach der entgegengesetzten Position dient das GWB dem Individualschutz.<sup>140</sup> Geschützt wird die Handlungs- und Entscheidungsfreiheit der Marktteilnehmer. Wettbewerbsbeschränkende Absprachen und Verhaltensweisen gilt es zu verhindern, um dem einzelnen Marktteilnehmer die Möglichkeit zu erhalten bzw. zu geben, zwischen den verschiedenen Angeboten von einander im Wettbewerb stehenden Anbietern bzw. Nachfragern auszuwählen. Durchgesetzt hat sich heute eine vermittelnde Lösung.<sup>141</sup> Nach einem berühmt gewordenen Zitat *Mestmäckers* unterstellt der Streit als „Gegensatz, was nur als verschiedene Erscheinungsformen desselben Problems recht verstanden werden kann.“<sup>142</sup> Individualschutz und Institutionenschutz bilden zwei Aspekte des gleichen

136 Synonym werden in der Diskussion die Begriffe „Schutzgut“ (*Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 17) und „objektive Schutzrichtung“ des GWB (*Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 63) verwendet.

137 Zur Frage, ob den Dekartellierungsgesetzen Schutzgesetzcharakter zukommt *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, 726; *Flume, W.*, WuW 1956, 457, 465ff.; *Mueller, R.*, JZ 1954, 720, 725 m. w. N. Zum GWB *Koenigs, F.*, GRUR 1958, 589, 589f.; *Koenigs, F.*, NJW 1961, 1041, 1041. Vgl. auch schon *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, insbes. 723ff. (ratio des Kartellverbots als „Zentralproblem des Kartellrechts [...], das der Gesetzgeber zu entscheiden hat“) sowie die *Bundesregierung*, Begründung Entwurf GWB 1955, BT-Drucks. 2/1158 (Anlage 2), 22.

138 Zurückgehend auf einen Vortrag *Würdingers* aus dem Jahr 1953 (Literaturverzeichnis).

139 *Würdinger, H.*, WuW 1953, 721, 726; *Benisch, W.*, WuW 1956, 480, 483; *Leo, H.-C.*, WuW 1959, 485, 487f.

140 *Fikentscher, W.*, BB 1956, 793, 793, 795; *Biedenkopf, K. H.*, in: ders./Callmann, R./Deringer, A. (Hrsg.), Grundsatzfragen, 1957, 11ff. (passim). Die Prädominanz gesellschaftspolitischer Zielsetzungen im GWB betont auch *Möschel, W.*, Wirtschaftsrecht, 1972, 346ff., 351ff.

141 Grundlegend *Merz, H.*, in: Coing, H./Kronstein, H./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, 1965, 227, 256. Vgl. auch schon *Mestmäcker, E.-J.*, JZ 1965, 441, 442 („unfruchtbarer und irreführender Gegensatz“); außerdem *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 245; *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111; *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 25

142 *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 245. Zustimmend *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

Schutzzwecks.<sup>143</sup> Der Wettbewerb wird nicht um seiner selbst willen geschützt. Einmal geht es darum, ihn wegen seiner gesellschaftspolitischen Funktion, nämlich der Gewährung individueller Freiheit zu sichern. Zum zweiten kommt ihm eine ökonomische Funktion zu: er ist Garant optimaler wirtschaftlicher Leistungen.<sup>144</sup> Umgekehrt gilt: Auch die Institution Wettbewerb kann nur über den Schutz der wirtschaftlichen Bestätigungsfreiheit der einzelnen Marktteilnehmer gesichert werden.<sup>145</sup>

Die Ergebnisse der Diskussion um den Schutzgegenstand des GWB tragen jedoch für sich genommen noch nicht viel bei, wenn es darum geht, einzelne subjektive Rechte im GWB auszumachen.<sup>146</sup> Auch eine auf Institutionenschutz ausgerichtete Rechtsordnung kann sich rechtstechnisch zu ihrer Durchsetzung auf die Mitwirkung Einzelner stützen.<sup>147</sup> Die Zuordnung subjektiver Rechtspositionen besagt noch nichts darüber, ob den einzelnen Rechtsmacht um ihrer selbst willen oder vorrangig im öffentlichen Interesse an der effektiven Rechtsdurchsetzung eingeräumt wurde.<sup>148</sup> Aber auch umgekehrt gilt: Individualschutz kann auch durch rein objektiv-rechtliche Verwaltungsverfahren (mit-)erreicht werden.<sup>149</sup> Beispielsweise haben viele objektiv-rechtliche Bestimmungen des öffentlichen Baurechts faktisch nachbarschützenden Charakter, obwohl es rechtstechnisch an einer subjektiv-rechtlichen Durchsetzbarkeit fehlt. Im Kartellrecht gilt das Gleiche: Nicht nur die Privaten selbst, sondern auch die behördliche Kartellaufsicht kann Normen durchsetzen, die sich im Ergebnis drittbegünstigend auswirken.<sup>150</sup> Es bedarf hierzu nicht zwingend der Einräumung subjektiver Rechte im technischen Sinne.

143 Hoppmann, E., in: Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), Wettbewerb als Aufgabe, 1968, 61, 103.

144 Bunte, H. J., in: Langen, E./Bunte, H. J. (Hrsg.), GWB, 2006, Einführung zum GWB, Rz. 45ff., 48; Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 25; Dormann, U., Drittklagen, 2000, 129.

145 Emmerich, V., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 16f. (dieser Abschnitt fehlt in der 3. Auflage); Möschel, W., Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

146 Flume, W., WuW 1956, 457, 467; Mailänder, K. P., Privatrechtliche Folgen, 1965, 130f. Zustimmend Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 62ff., 323; Möschel, W., Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 111.

147 Flume, W., aaO. Vgl. auch BGH, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299: „Der Umstand, dass das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen primär im Allgemeininteresse den Schutz der Wettbewerbsfreiheit als Institution bezweckt (vgl. BGHZ 38, 90, 102 – Grote Revers), steht daher nicht entgegen, eine Vorschrift des GWB als Schutzgesetz im Sinn von dessen § 35 anzusehen [...]“ sowie Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 320.

148 Ebenda. Umfassend zu diesem Aspekt der Rechtsschutzkonzeption des EG-Rechts Masing, J., Mobilisierung d. Bürgers, 1997, passim, insbesondere 19ff. Hinweise zur französischen Konzeption ebenda, 196ff.

149 Vgl. auch Schmidt, K., Kartellverfahrensrecht, 1977, 291: „Das subjektive Recht, als Mittel eines Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen begriffen, ist nicht unentbehrliche Voraussetzung der Durchsetzung drittschützender kartellrechtlicher Ge- und Verbotsnormen.“ (Hervorhebung im Original).

150 Ebenda, 292. Prominentestes Beispiel ist die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht.

## II. Die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz

Ähnlich alt wie die Kontroverse um den Schutzgegenstand ist die Diskussion um den *privatrechtlichen* Drittschutz im Kartellrecht. Im Zentrum stand und steht dabei die Frage, welche GWB-Normen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 GWB bzw. § 33 GWB 1999<sup>151</sup> sind.<sup>152</sup> Auf den ersten Blick verspricht diese Diskussion Erkenntnisgewinn auch für die hier interessierende Fragestellung nach der Existenz subjektiv-öffentlicher Rechte in der Fusionskontrolle.<sup>153</sup> So ist zunächst festzuhalten, dass die Kriterien für den privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Drittschutz jedenfalls im Ausgangspunkt übereinstimmen.<sup>154</sup> In beiden Fällen gilt es, nach dem Schutzzweck der betreffenden Norm zu fragen.<sup>155</sup> Unabhängig von der Frage des öffentlichen oder privatrechtlichen Drittschutzes muss die Norm den individuellen Schutz des Einzelnen zumindest mitbezwecken.<sup>156</sup> Ausgeschlossen sind daher solche Begünstigungen, die sich lediglich reflexhaft einstellen.<sup>157</sup> Auch hier ist davor zu

151 Zur Neufassung des § 33 GWB-Entwurf unten *Kap. 4 C V I*.

152 Einen Überblick gibt *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 1992, § 35 GWB 1990, Rz. 12ff.

153 Eingehend zum Verhältnis zwischen kartellverwaltungsrechtlichem und privatrechtlichen Drittschutz *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 264ff. und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238, jeweils m.w.N.

154 *BVerwG*, 28.4.1967, E 27, 29, 33 („vergleichbare Frage“); *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 66. Zustimmend: *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 597 mit zahlreichen weiteren Nachweisen auf die öffentlich-rechtliche Literatur. Vgl. auch *OLG Celle*, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1391 und *Mailänder, K. P.*, WuW 1965, 657, 673, der feststellt, dass eine „Reihe von [öffentlich-rechtlichen] Normen mit Schutzwirkung für Dritte [existieren], die sowohl von den Genehmigungsbehörden zu beachten als auch Grundlage zivilrechtlicher Ansprüche sind.“ Nur so erklärt sich auch, dass das *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645, zum Beleg für die herrschende Meinung, wonach „die Fusionskontrolle keine subjektiven [erg.: öffentlichen, Verf.] Rechte zugunsten von Konkurrenten oder der Marktgegenseite“ begründet, in erster Linie aus Kommentaren zu § 33 GWB zitiert.

155 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971 66f.

156 Zu eng dagegen *Leo, H.-C.*, WuW 1959, 485, 488, der einen Schutzgesetzcharakter wegen des von ihm angenommenen Zwecks des GWB als Institutionenschutz nur annehmen will, wenn die Vorschrift „in erster Linie dem individuellen Interesse“ dient.

157 *BGH*, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299, 1300. Zusätzlich ist einschränkend zu bedenken, dass es sich bei der betreffenden Norm nur dann um ein privatrechtliches Schutzgesetz handelt, wenn sie ein konkretes Ge- oder Verbot ausspricht. Davon zu unterscheiden sind Vorschriften, die lediglich kartellbehördliche, das heißt öffentlichrechtliche Eingriffsermächtigungen beinhalten (*BGH*, 22.10.1973 (*Strombezugspreis*), WuW/E BGH 1299, 1300; *BGH*, 4.4.1975 (*Krankenhaus-Zusatzversicherung*), WuW/E BGH 1361, 1164; *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 28. Kritisch deshalb zur Gleichsetzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Schutzgesetzen *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 160ff. m.w.N.). Die Frage, ob aus dem Zusammenspiel der materiellen und formellen Bestimmungen über die Behandlung von Zusammenschlussvorhaben ein Verbot von Zusammenschlüssen zu entnehmen ist, kann hier letztlich offen bleiben. Dafür *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB,

warnen, eine abstrakte Auslegung „der kartellrechtlichen Vorschriften“ als dritt-schützend oder nicht vorzunehmen.<sup>158</sup> Vielmehr muss eine Untersuchung für jede einzelne Vorschrift gesondert erfolgen.<sup>159</sup> Insofern wäre es nicht nur falsch, von der (privatrechtlichen) Schutzgesetzeigenschaft bestimmter Normen aus dem Bereich des allgemeinen Kartellrechts auf die – später eingeführten – fusionskontrollrechtlichen Vorschriften zu schließen. Vielmehr bedarf es sogar innerhalb der Zusammenschlusskontrolle einer differenzierten Betrachtung. So mag beispielsweise der (zivilrechtliche) Schutzgesetzcharakter der Bestimmungen über die Entflechtung anders zu beurteilen sein als das in § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB angeordnete Vollzugsverbot. Zum zweiten ist der Hinweis des Reichsgerichts in Erinnerung zu rufen, wonach die abstrakte Suche nach „Schutzgesetzen“ von vornherein wenig Erkenntnisgewinn verspricht.<sup>160</sup> Richtig gestellt lautet die Frage: *Welche Rechtsgüter welcher Personen schützt die betreffende Norm vor welchen Gefahren?*<sup>161</sup> Die allgemeine Feststellung, eine Norm sei Schutzgesetz i. S. d. § 823 Abs. 2 bzw. § 33 GWB 1998 besagt für sich genommen nur, dass die betreffende Vorschrift wenigstens *ein* Rechtsgut *einer* Person vor *einer* bestimmten Art von Rechtsverletzung schützt.<sup>162</sup> Die eigentlich interessante Frage, ob die Norm dem Geschädigten im konkreten Fall einen subjektivrechtlichen Anspruch gewährt, ist damit noch nicht beantwortet. Diese Überlegungen sind für die noch zu erfolgende Bestimmung des Schutzbereichs eventuell auszumachender drittschützender Normen im Auge zu behalten.<sup>163</sup> Schließlich ist eine dritte Einschränkung zu beachten. Selbst für den Fall, dass sich Argumente für die Beurteilung bestimmter fusionskontrollrechtlicher Vorschriften als „Schutzgesetze“ i. S. d. § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 33 GWB finden lassen, mag dies zwar die Existenz entsprechender öffentlich-rechtlicher Drittrechte indizieren. Im Anschluss stellt sich aber die Frage nach dem Verhältnis von privatem und öffentlich-rechtlichem Dritt-

1992, § 35 GWB 1990, Rz. 22ff. unter Bezugnahme auf die grundlegende Arbeit von *Mestmäcker, E.-J.*, AcP 1968, 235, 242ff.) sowie Rz. 55: „Aus § 24 Abs. 1 ergibt sich der Sache nach ein Verbot bestimmter besonders schwerwiegender Zusammenschlüsse.“ Dagegen *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 160ff. und *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238f. Zustimmend *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 55.

158 Zu Recht kritisiert daher *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 364, die Frage nach der Schutzgesetznatur „des GWB“ als falsch gestellt.

159 Ebenda, 364 m.w.N.: „*Selektionsaufgabe*“. Zustimmend *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 128, FN 12.

160 *RG*, 5.6.1935, JW 1935, 3301, 3302: „Die Frage «Schutzgesetz oder nicht Schutzgesetz»“ „darf in dieser Allgemeinheit gar nicht gestellt werden“ (Anführungszeichen im Original). Dazu eingehend *Schmiedel, B.*, Deliktobligationen, 1974, 120ff. Zustimmend *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 372.

161 *BGH*, 4.4.1975 (*Krankenhaus-Zusatzversicherung*), WuW/E BGH 1361, 1364 m. w. N. Zustimmend *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, Stand d. Bearb.: November 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 31. Vgl. auch schon *Schmiedel, B.*, aaO., 120.

162 *Schmiedel, B.*, Deliktobligationen, 1974, 120 FN. 52. Vgl. auch *Möschel, W.*, Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rz. 230, 1113.

163 Unten Kap. 4 D.

schutz. So versagt die kartellverwaltungsrechtliche Rechtsprechung beispielsweise im Fall missbräuchlicher Verhaltensweisen einen Anspruch auf kartellbehördliches Einschreiten mit dem Argument, der Beschwerdeführer könne sich vorrangig auf privatrechtlichem Wege zur Wehr setzen.<sup>164</sup>

Auch unter Beachtung der genannten Einschränkungen erweist sich die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz letztlich als unergiebig für die hier interessierende Fragestellung nach subjektiv-öffentlichen Rechten Dritter in der Fusionskontrolle. So scheint in der Anfangsphase der deutschen Fusionskontrollpraxis die Möglichkeit einer auf § 35 GWB 1973 gestützten Unterlassungs- oder Schadensersatzklage überhaupt nicht wahrgenommen worden zu sein. Weder finden sich Beispiele aus der kartellprivatrechtlichen Praxis, noch enthält die Literatur Überlegungen zu dieser Form des Rechtsschutzes. Die zweite Phase ist gekennzeichnet von der Diskussion um die schon erwähnten *Weichschaum*-Beschlüsse des Kammergerichts und des BGH.<sup>165</sup> Zwar handelte es sich bei dem Verfahren um ein kartellverwaltungsrechtliches, nämlich eine Verpflichtungsbeschwerde gerichtet auf Untersagung eines Zusammenschlussvorhabens. Die ablehnende Haltung insbesondere des Kammergerichts hinsichtlich eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle wurde von der Literatur zumeist ohne vertiefte Diskussion auch auf die Frage nach möglichem Privatrechtsschutz übertragen.<sup>166</sup> Zu Recht hat allerdings *Körber* darauf hingewiesen, dass aus der *Weichschaum III*-Entscheidung des BGH<sup>167</sup> auch für den Bereich der privatrechtlichen Klagen geschlossen werden kann, ein vom Bundeskartellamt nicht fristgemäß untersagter Zusammenschluss sei gerichtlich unangreifbar.<sup>168</sup> Zwar behandelt der zitierte BGH-Beschluss vordergründig nur die Frage, ob nach Ablauf der Ausschlussfristen eine Klage auf Verpflichtung des Bundeskartellamtes, einen Zusammenschluss zu untersagen, noch zulässig ist. Auch mag man bezweifeln, dass der BGH zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung bewusst an die Möglichkeit eines privatrechtlichen Vorgehens Dritter gedacht hatte. Die Formulierung: „In gleicher Weise wie bei den Widerspruchskartellen (vgl. BGHZ 43, 307, 310<sup>169</sup>) tritt bei nicht fristgemäßer Untersagung des Zusammenschlusses dessen endgültige Wirksamkeit unmittelbar kraft Gesetzes ein.“<sup>170</sup> deutet aber zumindest darauf hin, dass der BGH von einer umfassenden, das heißt

164 BGH, 14.11.1968 (*Taxiflug*), WuW/E BGH 995, 998 bzw. BGH, 25.10.1983 (*Internord*), WuW/E BGH 2058, 2060: Kein Rechtsanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde nach § 22 GWB 1966 (*Taxiflug*) bzw. §§ 37a Abs. 2, 26 Abs. 2 GWB 1980 (*Internord*), da jeweils entsprechende privatrechtliche Ansprüche bestehen. Vgl. auch OLG Celle, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1391. Zum Diskussionsstand *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 159, FN 227.

165 Oben Kap. 2 A I.

166 Z. B. *Benisch, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1982, § 35 GWB 1980, Rz. 13.

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

168 *Körber, T.*, *Konkurrentenklage*, 1996, 227.

169 Auch abgedruckt in BGH, 8.4.1965 (*Linoleum III*), WuW/E BGH 680, 681.

170 BGH, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1560.

auch den Bereich des Zivilrechts einschließenden Unangreifbarkeit des Zusammenschlusses ausgeht.<sup>171</sup> Die Sechste GWB-Novelle läutete eine dritte Phase ein.<sup>172</sup> In diesen Zeitraum fällt eine zunehmende Zahl von Stimmen in der Literatur, die sich für eine Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als drittschützend aussprechen.<sup>173</sup> Allerdings beschränken sich diese Stellungnahmen ausnahmslos auf die Frage nach öffentlich-rechtlichem Drittschutz. Privatrechtlicher Drittschutz gegen vollzogene oder geplante Zusammenschlüsse wird – soweit er überhaupt angesprochen wird<sup>174</sup> – durchweg abgelehnt.<sup>175</sup> Den einschlägigen fusionskontrollrechtlichen Bestimmungen §§ 36 Abs. 1 und 42 Abs. 1 GWB<sup>176</sup> wird bereits der Charakter

171 Davon scheint auch *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 237 auszugehen, wenn er meint, dass „ferner grundsätzlich auch die kartellverwaltungsrechtlichen zeitlichen Schranken der Durchsetzung [privater] subjektiver Rechte [bestehen].“

172 Vgl. KG, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), WuW/E OLG 5849, 5851: „Dass im Rahmen der derzeitigen Vorbereitungen einer Novellierung des GWB Überlegungen angestellt werden, verstärkt dem Drittschutz im Zusammenschlussverfahren Rechnung zu tragen, besagt hier nichts.“

173 *Dormann*, U., Drittklagen, 2000, 142; *Laufkötter*, R., WuW 1999, 671, 675; *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 220; *Säcker*, F. J./*Boesche*, K. V., ZNER 2003, 76, 78 und 85 („Möglichkeit einer Verletzung in [...] subjektiven Rechten aus Art. 12 Abs. 1 GG“). Vgl. auch schon *Schulte*, J. L., AG 1998, 297, 303 (Berührung von Art. 19 Abs. 4 GG, wenn Drittklage von vorheriger Beteiligung am Fusionskontrollverfahren abhängt) sowie vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle: *Emmerich*, V., AG 1978, 150, 156; *Kremer*, M.-G., Beschwerde, 1988, S. 47ff.) Unentschieden bzw. vorsichtig für die Annahme subjektiv-öffentlicher Drittrechte *Mestmäcker*, E.-J./*Veelken*, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 81; *Richter*, B., in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Fusionskontrolle (§ 21), 1999, Rz. 106; *Kahlenberg*, H., BB 1998, 1593, 1599. *Traugott*, R., WRP 1999, 621, 626.

174 Auf den öffentlich-rechtlichen Drittschutz beschränken sich zum Beispiel *Laufkötter*, R., WuW 1999, 671ff.; *Steinberger*, H., WuW 2000, 345ff.; *Säcker*, F. J./*Boesche*, K. V., ZNER 2003, 76ff.

175 *Dormann*, U., Drittklagen, 2000, 165: „Mit der Bejahung einer partiell drittschützenden Funktion des § 36 Abs. 1 GWB zur Verstärkung des öffentlichen Rechtsschutz geht keine Begründung privatrechtlicher Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche einher.“ Im Ergebnis ebenso: *Veelken*, W., WRP 2003, 207, 240; *Hempel*, R., Rechtsschutz, 2002, 55. Vgl. auch *Emmerich*, V., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 31, der den privatrechtlichen Schutzgesetzcharakter des § 36 GWB verneint, dagegen früher aber für die Annahme von subjektiven öffentlichen Drittrechten eintrat (*Emmerich*, V., AG 1978, 150, 156) bzw. ihre Existenz voraussetzt (*ders.*, Kartellrecht, 2001, § 28 4 b [= S. 318]): Klagebefugnis von Konkurrenten auch ohne vorherige Beiladung, wenn „sie durch die Freigabe des Zusammenschlusses in ihren Wettbewerbsmöglichkeiten in einem Ausmaß betroffen sind, das es erlaubt, im Sinne des § 40 II VwGO von einer Rechtsverletzung zu sprechen.“)

176 Die besonderen materiellen Kriterien für die Anwendung der Vorschrift über die Ministererlaubnis bleiben in literarischen Stellungnahmen regelmäßig unbeachtet.



eines deliktsrechtlich relevanten Schutzgesetzes abgesprochen.<sup>177</sup> Abzuwarten bleibt, welche Impulse für die Diskussion um den privatrechtlichen Drittschutz gegen Zusammenschlüsse von der Neufassung des § 33 GWB durch die Siebte GWB-Novelle ausgehen.<sup>178</sup>

### C. Auslegung nach den Auslegungstopoi

Es gilt im Folgenden, die Vorschriften über die Fusionskontrolle auf eine eventuell drittschützende Wirkung zu untersuchen. Auszugehen ist dabei von den klassischen Auslegungstopoi: grammatische, historisch-genetische, teleologische und systematische Interpretation.

#### I. Die Vorschrift des § 36 Abs. 1 GWB als materielle Bezugsnorm

Die Qualifikation der drittschützenden Eigenschaft muss sich auf Normen mit sachlichem Regelungsgehalt beziehen.<sup>179</sup> Nur sie können eine Aussage über eine etwaige drittschützende Zielrichtung einer Vorschrift enthalten. Als solche kommt im Zusammenhang mit dem Schutz gegen die Freigabe oder Nichtuntersagung eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens nur § 36 GWB, genauer Absatz 1 der Vorschrift in Betracht. Soweit es um die Ministererlaubnis geht, ist außerdem

177 *Dormann, U.*, Drittklagen, 2000, 162; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 240; *Topel, J.*, in: Wiedemann, G. (Hrsg.), Handbuch, 1999, Rz. 59; *Bornkamm, J.*, in: Langen, E./Bunte, H.-J. (Hrsg.), Kommentar, 2006, § 33, Rz. 62. *Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 31, verneint die Möglichkeit privater Abwehrklagen mit Hinweis auf die systematische Stellung von § 36 hinter § 33 GWB. Zustimmung *Roth, W.-H.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), FK, Stand d. Bearb.: November 2001, § 33 GWB 1999, Rz. 84; *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 55. Ablehnend diesem Argument gegenüber, wenn auch mit gleichem Ergebnis *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 238.

178 *Hempel, R.*, WuW 2004, 362, 369, weist zurecht darauf hin, dass jedenfalls der Wortlaut von § 33 Abs. 1 GWB 2005 (der Aufsatz beruht noch auf der insoweit unveränderten Fassung des Regierungsentwurfs vom 17.12.2003) die Möglichkeit nicht ausschließt, beispielsweise die Abnehmer von sich horizontal zusammenschließenden Unternehmen als „unmittelbar betroffen“ im Sinne der neuen Vorschrift anzusehen. Anders dagegen die *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 51, die sich offenbar auf die systematische Stellung der Vorschrift im Verhältnis zu den §§ 36ff. GWB beruft: „Für die Fusionskontrolle verbleibt es bei der bestehenden Sonderregelung (§§ 36 und 42).“

179 Vgl. zum Folgenden (mit Beispielen aus dem BImSchG) *Jarass, H. D.*, NJW 1983, 2844, 2845. In der Terminologie von *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, insbes. 213ff. handelt es sich um die „Ordnungsnorm“, welche die Verwaltung bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen hat.