

III. Viertes Zwischenergebnis

Auch außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB findet sich kein Bezugspunkt für die Herleitung subjektiv-öffentlicher Drittrechte im Zusammenhang mit einer fusionskontrollrechtlichen Freigabe. Das ist das Ergebnis einer Überprüfung von „Sonderkonstellationen“, in denen es betroffenen Dritten angeblich doch gelingen soll, die Hürde der Verletzung in subjektiven Rechten zu überspringen. Es lassen sich keine Beispiele ausmachen, in denen es zu einer gleichzeitigen Anwendung des Missbrauchsverbots und der Fusionskontrolle kam. Zwar mögen bestimmte behördlich angeordnete Veräußerungsauflagen wirtschaftliche Interessen auch von Drittunternehmen berühren. Zusagen und Auflagen müssen sich aber im Rahmen des zivilrechtlich Möglichen bewegen. Gehen die Fusionsparteien darüber hinaus, können sich die betroffenen Dritten mit den Mitteln des Zivilrechts zur Wehr setzen. Für parallelen Rechtsschutz im fusionskontrollrechtlichen Beschwerdeverfahren ist kein Raum.

D. Zum Vergleich: Drittklagen in der US-amerikanischen Fusionskontrolle unter der Antitrustschadensdoktrin

Weder in der deutschen noch in der europäischen Fusionskontrollpraxis ließen sich Beispiele für existenzvernichtende oder zumindest -bedrohende Zusammenschlüsse finden. Daher bietet sich ein Blick in Richtung USA an, dem Land, das häufig als Eldorado der privaten Drittkläger angesehen wird. Bezeichnenderweise scheint auch *Schmidt-Preuß* hier ein Beispiel für den „krassen Ausnahmefall einer Vernichtungsfusion“ gefunden zu haben.¹⁶³ Es handelt sich um das Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado*¹⁶⁴, das vor dem Supreme Court verhandelt wurde.

I. Das Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado*

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Gegenstand des Verfahrens war ein Zusammenschluss auf dem Markt für Büchsenrindfleisch. *Excel*, mit 15,1 % Marktanteil das zweitgrößte Unternehmen und zugleich zu 100 % Tochter der Beklagten *Cargill*, beabsichtigte den Erwerb des drittgrößten Unternehmens, *Spencer Beef*, mit einem Marktanteil von 6,3 %. Nach dem Zusammenschluss wäre *Excel* mit 20,4% zwar immer noch (nur) das zweitgrößte Unternehmen geblieben. Zusammen mit dem größten Unternehmen *IBP* (27,3 %) hätte es sich aber 47,7 Prozent des Gesamtmarkts geteilt. Hiergegen erhob die

¹⁶³ *Schmidt-Preuß, M.*, Privatinteressen, 1992, 355f.

¹⁶⁴ *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484 (1986).

Klägerin Monfort, mit 4,7 Prozent Marktanteil fünftgrößte Rindfleischverpackerin der USA, Unterlassungsklage (injunctive relief) gemäß Section 16 Clayton Act (15 U.S.C. § 26).¹⁶⁵ Die Klägerin argumentierte, der Zusammenschluss verletze Sec. 7 Clayton Act¹⁶⁶, da der Zusammenschluss zu einer wesentlichen Verringerung des Wettbewerbs führe.¹⁶⁷ Der Erwerb von Spencer Beef durch Excel führe zu einer Konzentration wirtschaftlicher Macht, gefährde ihre Versorgung mit Schlachtvieh und bedrohe damit ihre Existenz als Wettbewerber auf dem Markt für Büchsenrindfleisch.¹⁶⁸ Monfort machte geltend, es bestehe die Gefahr, dass Excel nach dem Zusammenschluss seine Preise auf das Niveau oder sogar unter dasjenige seiner Kosten senken und gleichzeitig die Einkaufspreise für Schlachtvieh hochtreiben würde (sog. „Preis-Kosten-Zange“). Auf diese Weise könnte Excel seinen Marktanteil erhöhen und andere, kleiner Wettbewerber wie Monfort vom Markt drängen. Etwaige Verluste werde Excel nach Ausschalten der Konkurrenz durch Anheben der Verkaufspreise wieder ausgleichen.¹⁶⁹ Während sich die Vorinstanzen der Argumentationsweise der Klägerin anschlossen und den Vollzug des Zusammenschlusses untersagten, verneinte der Supreme Court das Standing des dritten Klägers.

165 Section 16 des Clayton Act von 1914 (15 U.S.C. § 26) hat folgenden Wortlaut: “Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief, in any court of the United States having jurisdiction over the parties, against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws, including sections 13, 14, 18, and 19 of this title, when and under the same conditions and principles as injunctive relief against threatened conduct that will cause loss or damage is granted by courts of equity, under the rules governing such proceedings, and upon the execution of proper bond against damages for an injunction improvidently granted and a showing that the danger of irreparable loss or damage is immediate, a preliminary injunction may issue: Provided, that nothing herein contained shall be construed to entitle any person, firm, corporation, or association, except the United States, to bring suit in equity for injunctive relief against any common carrier subject to the provisions of subtitle IV of title 49, in respect of any matter subject to the regulation, supervision, or other jurisdiction of the Interstate Commerce Commission. In any action under this section in which the plaintiff substantially prevails, the court shall award the cost of suit, including a reasonable attorney's fee, to such plaintiff.”

166 Sec. 7 Clayton Act (15 U.S.C. § 18) lautet: „No person [...] shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person [...] the whole or any part of the assets of another person [...] where [...] the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly. [...]”

167 Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 107 S.Ct. 484 (1986), 107.

168 Ebenda, 107.

169 Ebenda, 113.

2. Antitrustschadensdoktrin im Sinne der *Brunswick*-Entscheidung

Unterlassungsklagen¹⁷⁰ gerichtet gegen Beeinträchtigungen, die von wettbewerbswidrigen Verhaltensweisen ausgehen, können unter den in Sec. 16 Clayton Act (15 U.S.C. § 26) geregelten Voraussetzungen erhoben werden:

“Any person, firm, corporation, or association shall be entitled to sue for and have injunctive relief [...] against threatened loss or damage by a violation of the antitrust laws [...]”.¹⁷¹

Es bedarf also der Geltendmachung eines drohenden Schadens beziehungsweise Verlusts (threatened loss or damage) durch Verletzung der Antitrustgesetze (by violation of the antitrust laws).¹⁷²

Schon im Jahr 1977 hatte sich der Supreme Court in seiner *Brunswick*-Entscheidung zum Verhältnis zwischen dem Verstoß gegen die Antitrustgesetze und dem geltend gemachtem Schaden geäußert. Anders als im Fall *Monfort* handelte es sich dabei nicht um eine Verfügungs-, sondern eine Schadensersatzklage auf der Grundlage von Sec. 4 Clayton Act (15 U.S.C. § 15).¹⁷³ Das Gericht stellte in seinem Grundsatzurteil fest, dass der Kausalzusammenhang zwischen einem rechtswidrigen Zusammenschluss und den dadurch verursachten Gewinneinbußen beim Kläger nicht ausreiche, um die Voraussetzungen von Sec. 4 Clayton Act zu erfüllen.¹⁷⁴ Erforderlich sei vielmehr, dass die verletzte Norm des Antitrustrechts auch den Zweck verfolge, gerade die geltend gemachten Schäden zu verhindern.¹⁷⁵ Im Fall *Cargill v.*

170 Sec. 16 Clayton Act (15 U. S. C. § 26) eröffnet die Möglichkeit, Klagen auf Erlass von Verfügungen zu erheben. Inhalt der gerichtlichen Verfügung kann neben Unterlassungsverfügungen auch jede andere Art der (positiven) Beseitigung einer wettbewerbswidrigen Beeinträchtigung sein. Unter zusätzlichen Voraussetzungen, nämlich Leistung einer angemessenen Sicherheit (proper bond) und Gefahr eines unmittelbar drohenden und irreparablen Schadens (danger of irreparable loss or damage is immediate) kann auch eine einstweilige Verfügung (preliminary injunction) erlassen werden. Vgl. auch *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 202ff.

171 Siehe den vollständigen Wortlaut der Vorschrift oben in FN 165.

172 Zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 201f.

173 Sec. 4 Clayton Act (15 U.S.C. § 15) lautet: “[...] any person who shall be injured in his business or property by reason of anything forbidden in the antitrust laws may sue therefore [...] and shall recover threefold the damages by him sustained [...].”

174 Gegenstand des Verfahrens *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 97 S.Ct. 690 (1977) war eine Klage auf Schadensersatz für entgangene Gewinne. Das beklagte Unternehmen hatte mehrere Wettbewerber der klagenden Unternehmen übernommen, die andernfalls in Konkurs gegangen wären.

175 Ebenda, 697: “[...] plaintiffs [...] must prove more than injury causally linked to an illegal presence in the market. Plaintiffs must prove antitrust injury, which is to say injury of the type the antitrust laws were indented to prevent and that flows from that which makes defendants’ acts unlawful. The injury should reflect the anticompetitive effect either of the violation or of anticompetitive acts made possible by the violation.”

Monfort übertrug der Supreme Court diese so genannte Antitrustschadensdoktrin erstmals auf Verfügungsklagen nach Sec. 16 Clayton Act.¹⁷⁶

Der Supreme Court hatte daher über die Frage zu entscheiden, ob der geplante Zusammenschluss zwischen Excel und Spencer Beef bei der Klägerin Monfort einen Antitrustschaden verursachen würde. Zwei Möglichkeiten untersuchte das Gericht: Zum einen seien mögliche Gewinneinbußen bei Monfort in Erwägung zu ziehen. So verfolge Excel möglicherweise die Strategie, seine Verkaufspreise auf oder nur leicht über dem Niveau seiner Kosten festzusetzen. Zum zweiten drohe möglicherweise eine Verdrängung Monforts aus dem Markt. Sie könnte ihre Ursache darin haben, dass Excel nach dem Zusammenschluss seine Preise unter das Niveau seiner Kosten senkt.

3. Drohen einer Strategie des predatory pricing?

Das Bestehen eines Antitrustschadens bei Eintreten der ersten Variante schloss der Supreme Court sogleich mit Verweis auf die *Brunswick*-Entscheidung aus: Preiswettbewerb mit dem Ziel, höhere Marktanteile zu erlangen, sei nach den Antitrustgesetzen nicht verboten. Vielmehr sei ein lebhafter Wettbewerb einschließlich Preiswettbewerbs auch durch marktbeherrschende Unternehmen im Interesse des Wettbewerbs.¹⁷⁷ Im Zusammenhang mit dem zweiten möglichen Szenario äußerte sich der Supreme Court zur Möglichkeit einer Strategie des predatory pricing. Ein solches missbräuchliches Verhalten habe die Verdrängung von Wettbewerbern und die Verringerung des Wettbewerbs zum Ziel. Es stehe daher – anders als eine lediglich auf Erhöhung des Marktanteils abzielende Preissenkung – im Widerspruch zu den Antitrustgesetzen.¹⁷⁸ Der Court of Appeals hatte mit Hinweis auf die „Unmöglichkeit, eine Strategie des predatory pricing vorherzusagen“, sowie angesichts der Tatsache, dass „ein solches Verhalten nicht auszuschließen sei“, einen Antitrustschaden bejaht.¹⁷⁹ Dieser Einschätzung widersprach der Supreme Court. Die Klägerin habe, wie der District Court wiederholt hervorgehoben habe, den Vorwurf eines etwaigen predatory pricing durch Excel nicht erhoben, geschweige denn bewiesen.¹⁸⁰ Mangels

176 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 491 (1986), unter Bezugnahme auf *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 97 S.Ct. 690, 697 (1977): “Accordingly, we conclude that in order to seek injunctive relief under § 16 [Clayton Act, Verf.], a private plaintiff must allege threatened loss or damage «of the type the antitrust laws were designed to prevent and that flows from that which makes defendants’ acts unlawful.»” (Anführungszeichen im Original).

177 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 492 (1986): “[...] Competition for increased market share is not activity forbidden by the antitrust laws. It is simply, as petitioners claim, vigorous competition.”

178 Ebenda, 493.

179 *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 761 F.2d 570, 575 (1985).

180 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 494 (1986).

Antitrustschadens bedurfte die Frage, ob der angegriffenen Zusammenschluss gegen Sec. 7 Clayton Act verstößt oder nicht, keiner Entscheidung mehr.¹⁸¹

Bemerkenswerterweise enthält die Entscheidung darüber hinaus auch Überlegungen zur Frage, ob Monfort mit seiner Klage Erfolg gehabt hätte, wenn es tatsächlich das Drohen einer predatory-pricing-Strategie gerügt hätte. Nach Ansicht des Gerichtshofs wäre dies auf Grundlage des vom District Court eruierten Sachverhalts zumindest zweifelhaft.¹⁸² Zu berücksichtigen seien neben den bei Excel vorhandenen finanziellen Mittel, mit denen es Verluste über einen längeren Zeitraum ausgleichen könne, weitere Faktoren. So sei zu bedenken, inwiefern es Excel möglich sein würde, die Marktanteile seiner Wettbewerber insbesondere durch erhöhte Produktion zu absorbieren (share of market capacity). Gelänge es Excel nämlich nicht, die frei gewordenen Marktanteile durch eigenes Angebot zu besetzen, so verbliebe für die Wettbewerber eine ausreichend hohe Nachfrage nach ihren eigenen Waren, auch wenn diese zu einem höheren Preis angeboten würden. Die Preissmissbrauchsstrategie wäre damit zum Scheitern verurteilt.¹⁸³ Speziell im Fall von Excel, das nach dem Zusammenschluss über einen Marktanteil von nur 20,4 Prozent verfügen würde, fehle es an der erforderlichen Marktmacht für eine erfolgreiche Strategie des predatory pricing. Hierfür seien nach Literaturansicht mindestens 60 Prozent Marktanteil erforderlich.¹⁸⁴ Darüber hinaus erschien es dem Gerichtshof unter Zugrundelegung einer in der Branche durchschnittlichen Auslastung von 85 % der Produktionskapazität ausgeschlossen, dass Excel in der Lage sein werde, den gesamten oder auch nur einen großen Teil der Nachfrage nach Büchsenrindfleisch zu befriedigen.¹⁸⁵ Weiterhin zu berücksichtigen sind nach Ansicht des Gerichtshofs die Markteintrittsschwellen, die sich neuen Wettbewerbern in den Weg stellen, nachdem die derzeitigen Wettbewerber aus dem Markt gedrängt wurden (barriers to entry after competitors have been driven from the market).¹⁸⁶ Zu bedenken sei, dass nach dem Ausscheiden derzeitiger Wettbewerber aus dem Markt die dann erhöhten Preise von Excel für potentielle Wettbewerber einen Anreiz bildeten, in den Markt einzutreten. Gleichzeitig seien zu diesem Zeitpunkt Produktionsstätten, Ausrüstung und Arbeitskräfte der in Konkurs gegangenen ehemaligen Wettbewerber zu günstigen Bedingungen erhältlich.¹⁸⁷ Eine Absage erteilt der Supreme Court jedoch der noch wieder gehenden Anregung der US-amerikanischen Regierung. Sie hatte von der

181 Ebenda, 495: "Because respondent has therefore failed to make the showing § 16 requires, we need not reach the question whether the proposed merger violates § 7."

182 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 494, FN 15 (1986): "Even had Monfort actually advanced a claim of predatory pricing, we doubt whether the facts as found by the District Court would have supported it."

183 Ebenda.

184 Ebenda unter Bezugnahme auf *Williamson, O. E.*, 87 Yale L.J. 1977, 284, 292, der mindestens 60 % Marktanteil für erforderlich hält und *Areeda, P./Turner, D. F.*, 87 Yale L.J. 1978, 1337, 1348, wonach noch nicht einmal ein Marktanteil von 60 % ausreichen soll.

185 Ebenda.

186 Ebenda.

187 Ebenda.

Möglichkeit Gebrauch gemacht, eine Stellungnahme als *amicus curiae* abzugeben. Darin hatte sie vor den Gefahren „notwendig spekulativer“ Klagen gegen Zusammenschlüsse gewarnt, die angeblich predatory pricing-Strategien zur Folge haben könnten. Sie forderte den Gerichtshof auf, solche Konkurrentenklage grundsätzlich auszuschließen.¹⁸⁸

Der Supreme Court machte jedoch auch in diesem Zusammenhang noch einmal deutlich, dass die Gerichte bei der Annahme einer drohenden Preismissbrauchsstrategie in Form des predatory pricing vorsichtig sein werden.¹⁸⁹ Der Gerichtshof gab zu bedenken, dass solche Preismissbrauchsstrategien angesichts mannigfaltiger Schwierigkeiten überhaupt nur selten versucht und noch seltener von Erfolg gekrönt würden.¹⁹⁰ Schließlich sei zu berücksichtigen, dass der Mechanismus, mit dem Unternehmen in Preismissbrauchsstrategien einsteigen, nämlich Preissenkungen, derselbe sei, mit dem sie den Preiswettbewerb mit dem Ziel ihren Marktanteil zu erhöhen, stimulieren. Gerade hierin liege aber ein Wesensmerkmal des Wettbewerbs. Es bestehe daher die Gefahr, dass aufgrund falscher Bewertung solcher Preissenkungen gerade vor dem Verhalten abgeschreckt werde, das die Antitrustgesetze zu schützen bestimmt sind.¹⁹¹

4. Dissens der Richter *Stevens* und *White*

In einer Dissenting Opinion widersprach *Justice Stevens* dem Mehrheitsvotum.¹⁹² *Justice White* schloss sich dem an. *Justice Stevens* betonte in seiner Stellungnahme die Bedeutung von Section 7 Clayton Act als präventiv wirkende Strukturkontrolle. Ihre Aufgabe sei es, Monopolisierungstendenzen schon in ihrem Anfangsstadium zu bekämpfen. Das Auftreten von missbräuchlichen Verhaltensweisen, auf die dann mit Verfahren auf der Grundlage des Sherman Act geantwortet werden müsse, soll vorbeugend verhindert werden.¹⁹³ Entsprechend habe Section 16 Clayton Act das

188 Ebenda, 495: “On this basis the United States invites the Court to adopt in effect a *per se* rule «denying competitors standing to challenge acquisitions on the basis of predatory pricing theories»” (Anführungszeichen im Original).

189 Ebenda, 495, FN 17.

190 Ebenda unter Bezugnahme auf *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S.Ct. 1348, 1356ff. (1986): „predatory pricing schemes are rarely tried, and even more rarely successful” und “it is plain that the obstacles to the successful execution of a strategy of predation are manifold, and the disincentives to engage in such a strategy are accordingly numerous.”

191 *Matsushita Electric Industrial Co., Ltd. v. Zenith Radio Corp.*, 106 S.Ct. 1348, 1360 (1986), ebenfalls zitiert in *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 495, FN 17 (1986): “cutting prices in order to increase business often is the very essence of competition. Thus, mistaken inferences [...] are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.”

192 *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 495ff. (1986).

193 Ebenda, 496 mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte.

Ziel, private Unterlassungsklagen zu ermöglichen, die sich ebenfalls eher gegen eine wahrscheinlich erscheinende als eine aktuelle Verletzungshandlung richten.¹⁹⁴ Darin liege auch der Unterschied zu Klagen nach Section 4 Clayton Act, wie sie auch dem Verfahren *Brunswick* zugrunde gelegen habe. Nur dort sei dem Wortlaut nach und wegen der Besonderheit, dass ein dreifacher Schadensersatz verlangt werden kann, der Nachweis eines tatsächlich und aktuell vorliegenden Antitrustschadens erforderlich. Für die Zulässigkeit einer Klage nach Section 16 Clayton Act genüge dagegen die durch den Verstoß gegen ein Antitrustgesetz (hier: Section 7 Clayton Act) indizierte Wahrscheinlichkeit eines drohenden Antitrustschadens.¹⁹⁵ Schließlich verweist Richter *Stevens* auf die rechtspolitische Bedeutung privater Kartellrechtsdurchsetzung. Sie sei vom Kongress u. a. durch Einführung besonderer Regelungen zur Kostenerstattung erst 1976 betont worden. Es bestehe die Gefahr, dass die von der Mehrheit getragene Entscheidung im Fall *Cargill* zukünftig zum vollständigen Ausschluss des privaten Rechtsschutzes gegen rechtswidrige Zusammenschlussvorhaben führe.¹⁹⁶

II. Weitere Entwicklung nach *Cargill*

Angesichts der strengen Anforderungen, die die *Cargill*-Entscheidung an die Klagebefugnis stellte, wurde die Befürchtung geäußert, private Konkurrentenklagen gegen Zusammenschlüsse seien *de facto* ausgeschlossen.¹⁹⁷ Eine Gesetzesinitiative zur Änderung von Sec. 16 Clayton Act aus dem Jahre 1987 blieb dennoch ohne Erfolg.¹⁹⁸ Senator *Metzenbaum* hatte vorgeschlagen, die Vorschrift um eine Passage zu ergänzen, die es Wettbewerbern erleichtert hätte, gegen rechtswidrige Zusammenschlüsse ihrer Konkurrenten vorzugehen.¹⁹⁹ Danach wäre die Klagebefugnis (*standing to sue*) der Wettbewerber auch ohne Geltendmachung eines Antitrustschadens zu bejahen gewesen.

Die folgende Entwicklung zeigte vielmehr in die entgegengesetzte Richtung: Im Fall *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*²⁰⁰ aus dem Jahr 1988 hob der Court of Appeals (5th Circuit) eine einstweilige Verfügung gegen den Zusammenschluss der beiden größten nationalen Fotoentwickler auf. Die Begründung lehnte sich eng an

194 Ebenda, 497f. (1986) mit Bezugnahme auf *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc.*, 89 S.Ct. 1562, 1580 (1969).

195 Ebenda, 498.

196 Ebenda, 499.

197 Vgl. nur die Analyse von *Disenhaus, J. L.*, 75 Cal. L. Rev. 1987, 2057, 2070ff. (1987).

198 Vgl. zum Folgenden *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 209.

199 Die vorgeschlagene Einfügung lautet: „and any person, firm, corporation, or association engaged in any line of commerce or in any activity affecting commerce shall have standing to sue any other person, firm, corporation, or association engaged in the same line of commerce or in the same activity affecting commerce to enjoin any acquisition prohibited by section 7 of this Act.” (zitiert nach *Davis, R. W./Carr, R. G.*, Private Litigation, 1989, 74, FN 407).

200 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95 (1988).

die Supreme Court-Entscheidung im Fall *Cargill* an: Selbst der zusammengerechnete Marktanteil von 66 Prozent reiche nicht aus, um eine Klagebefugnis des Wettbewerbers Phototron zu bejahen. Vielmehr sei der Nachweis eines drohenden Antitrustschadens erforderlich, der wiederum den Nachweis einer konkreten Wahrscheinlichkeit für missbräuchliche Verhaltensweisen voraussetze. Der Court of Appeals räumte selbst die Schwierigkeiten ein, die mit der entsprechenden Beweisführung verbunden sind. Er verwies daher auf die Möglichkeit, solche nach Vollzug des Zusammenschlusses möglicherweise auftretenden Verhaltensweisen in einer gesonderten Klage zu rügen.²⁰¹

1. Die Verfahren *R.C. Bigelow* und *Tasty Baking Co.*

In einer folgenden kurzen Übergangszeit kam es zu zwei vereinzelt gebliebenen instanzgerichtlichen Entscheidungen, in denen ein Antitrustschaden der Privatklässen angenommen wurde: *R.C. Bigelow v. Unilever N.V.*²⁰² und *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*²⁰³ Eine allgemeine Aufweichung der Brunswick-Kriterien ist damit aber nicht verbunden.²⁰⁴ Der prominenterer der beiden Fälle ist *R.C. Bigelow v. Unilever N.V.*²⁰⁵ Die Klägerin hatte sich gegen den Zusammenschluss ihrer Wettbewerber auf dem Markt für Kräutertees gewandt. Der Court of Appeals des Second Circuit bejahte einen Antitrustschaden der Klägerin R.C. Bigelow. Ausgangspunkt der Überlegungen des Gerichts war der extrem hohe Marktanteil der beiden Zusammenschlussbeteiligten Clestial Seasonings und Lipton, die zusammen 84 Prozent der Teeproduktion auf sich vereinten.²⁰⁶ Angesichts dieser Marktverhältnisse bestehe eine von den Zusammenschlussbeteiligten zu widerlegende Vermutung, dass ein Verstoß gegen Sec. 7 Clayton Act vorliege. Es sei außerdem anzunehmen, dass Lipton nach Vollzug des Zusammenschlusses den Wettbewerb im Teemarkt aus-

201 Ebenda, 102: "This is not to say, however, that once those bad acts [predatory behavior, Verf.] occur, relief cannot be had."

202 *R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*, 867 F.2d 102 (1989).

203 *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*, 653 F.Supp. 1250 (1987).

204 Ähnlich *Smith, T. W./Sterling, H. M.*, 65 Antitrust L. J. 1996, 57, 66: "While cases like *Bigelow* and *Tasty Baking* appeared to relax the standing requirement and presume injury from market share, the trend was short lived. Subsequent cases rejected the presumption of antitrust injury."

205 Die Argumentation im Fall *Tasty Baking Co. v. Ralston Purina, Inc.*, der einen erfolgreichen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen horizontalen Zusammenschluss von Wettbewerbern in der Backindustrie zum Gegenstand hatte, ähnelt derjenigen von *R.C. Bigelow*. Gemeinsamkeiten bestehen auch auf der Ebene des Sachverhalts. Beide Verfahren betrafen den Markt für Lebensmittel, die vorwiegend über den Einzelhandel vertreiben werden.

206 *R.C. Bigelow, Inc. v. Unilever N.V.*, 867 F.2d 102 (1989).

schalten würde, indem es u. a. Bigelows Zugang zu Verkaufsflächen in Supermärkten reduzieren werde.²⁰⁷

Die Entscheidung muss als abweichende Einzelfallentscheidung eingeordnet werden. Sie stimmt nicht mit der Supreme Court-Rechtsprechung in den Fällen *Brunswick*, *Cargill* und insbesondere *Phototron* überein, in dem ausdrücklich ein positiver Nachweis für den Antitrustschaden verlangt wurde.²⁰⁸ Die Bedeutung der vom Court of Appeals aufgestellten Vermutungstatbestände wurde kurze Zeit später in der Entscheidung *Remington Products v. North American Philips Corp.*²⁰⁹ eingeschränkt. Der zur Entscheidung berufene District Court bezeichnete die in *R.C. Bigelow* aufgestellte prima facie-Regel ausdrücklich als nicht verallgemeinerungsfähig.²¹⁰ Die *Atlantic Richfield*-Entscheidung des Supreme Courts²¹¹ habe gezeigt, dass sogar zwischen per se rechtswidrigen Verhaltensweisen und der Annahme eines Antitrustschadens unterschieden werden müsse.²¹²

2. Das Verfahren *California versus American Stores Co.*

Einen Sonderfall stellt auch die erfolgreiche Klage *California versus American Stores Co.* dar.²¹³ Zum einen handelte es sich um eine so genannte *Parens patriae*-Klage. Kläger war also nicht ein drittes Unternehmen, das sich vor eine Marktverdrängung durch seine fusionierenden Konkurrenten, Abnehmer oder Zulieferer verteidigen wollte. Vielmehr hatte der Staat Kalifornien den Rechtsweg beschritten, um im Namen seiner Einwohner gegen die Fusion zweier großer Supermarktketten vorzugehen. Schon insofern handelte es sich nicht um eine klassische Privatklage. Eine weitere Besonderheit liegt darin, dass das Urteil des Supreme Court aus der Feder von *Justice Stevens* stammte. Er hatte sich schon im Fall *Cargill* mit seiner Dissenting Opinion von der Mehrheitsmeinung abgesetzt und von dem Erfordernis

207 Ebenda, 111 (1989). Die Zusammenfassung des Gerichts lautet: „Market share data – assuming that it is accurate and indicative of substantial market power to eliminate competition – constitutes sufficient evidence, in and of itself, of antitrust injury to a competitor to create a genuine issue for trial.”

208 Erstaunlicherweise wurde die Entscheidung vom Supreme Court dennoch nicht zur Revision angenommen.

209 *Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.*, 755 F.Supp. 52 (1991), in dem die Zusammenschlussbeteiligten Unternehmen zusammen über immerhin 55 Prozent Marktanteil verfügten.

210 Es handelt sich um Überlegungen im Rahmen einer nachfolgenden „reconsideration“.

211 *Atlantic Richfield Co. v. USA Petroleum Co.*, 110 S.Ct. 1884 (1990). Das Verfahren hatte keinen Zusammenschluss, sondern eine Schadensersatzklage von Wettbewerbern aufgrund von Sec. 4 Clayton Act zum Gegenstand, mit der sie sich gegen eine per se rechtswidrige vertikale Höchstpreisbindung wandten. Dazu *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 212.

212 *Remington Products, Inc. v. North American Philips Corp.*, 755 F.Supp. 52, 57 (1991).

213 *California v. American Stores Co.*, 110 S.Ct. 1853 (1990).

der Antitrust-Schaden-Doktrin distanziert.²¹⁴ Schließlich ging das Klageziel nicht auf Unterlassung des Zusammenschlusses, sondern auf eine Entflechtungsanordnung (divestiture).²¹⁵ Aufgrund der genannten Besonderheiten des Falles fällt es schwer, das Verfahren *California versus American Stores Co.* zum Beleg dafür anzuführen, dass private Drittklagen auch nach *Brunswick* und *Cargill* erfolgreich sein können.

3. Jüngere Entscheidungen, in denen ein Antitrustschaden des Privatklägers bejaht wurde

Ein Antitrustschaden der privaten Klägerin bejaht wurde im Verfahren *Community Publishers, Inc. v. Donrey Corp.*²¹⁶ Der zuständige District Court betonte aber selbst den Ausnahmecharakter seiner Entscheidung, indem er feststellte, dass es sich dabei um „einen der seltenen Fälle handle, in denen das Gericht davon ausgeht, dass ein klägerischer Wettbewerber erfolgreich einen Antitrustschaden darlegen konnte.“²¹⁷ Die Besonderheit des Falles lag im Tatsächlichen begründet. Relevanter Markt war der Zeitungsmarkt im Gebiet Northwest Arkansas. In diesem Gebiet herrscht nach Ansicht des Gerichts ein spezielles Must-buy-Phänomen.²¹⁸ So sei jeder regionale Gewerbetreibende, der Kunden im gesamten Gebiet von North Arkansas erreichen wolle, auf ein Inserat in den beiden fusionierenden Zeitungen The Northwest Arkansas Times und Morning News of Northwest Arkansas angewiesen.²¹⁹ Angesichts der marktbeherrschenden Stellung dieser beiden Zeitungen bestehe die Gefahr, dass sie im Fall einer konzertierten Erhöhung ihrer Anzeigenpreise die vorhandenen Werbemittel der betroffenen Gewerbetreibenden vollständig absorbieren könnten. Der Antitrustschaden der Klägerin liege damit in den „monopolistischen Verhaltensweisen, die durch den Zusammenschluss ermöglicht werden“ und nicht in gestiegener Effizienz der neuen Unternehmenseinheit.²²⁰

Es erscheint fraglich, ob die Argumentation des District Courts, die wesentlich auf dem in anderen Wirtschaftszweigen „zugegebenermaßen seltenen“²²¹ Must-Buy-

214 Siehe oben I 4.

215 Die eigentliche Bedeutung der Entscheidung liegt in der Klarstellung, dass private Klagen nach Section 16 Clayton Act grundsätzlich auch zu einer Entflechtung der fusionierten Unternehmen führen können. Dazu *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 108 (FN 400) und 214.

216 *Community Publishers, Inc. v. Donrey Corp.*, 892 F. Supp. 1146 (1995).

217 Ebenda, 1166.

218 Ebenda.

219 Ebenda, 1159.

220 Ebenda, 1166. Der District Court nennt außerdem das Szenario einer kurzfristigen Kündigung der Vereinbarung über eine gegen The Morning News of Northwest Arkansas geschlossene Kooperation im Anzeigengeschäft zwischen The Northwest Arkansas Times und dem zur Klägerin gehörenden Benton County Daily Record. Eine hieraus resultierende Verschlechterung der Wettbewerbsposition auch der Times (!) habe negative Auswirkungen auch auf die Leser in ganz Northwest Arkansas.

221 Ebenda.

Phänomen gründet, verallgemeinerungsfähig ist. Auch darf man davon ausgehen, dass der Supreme Court getreu seiner Ausführungen in *Cargill* die fehlende Auseinandersetzung mit der Möglichkeit eines Markteintritts von Wettbewerbern bemängelt hätte. Gerade im Anzeigengeschäft erscheint die Gründung eines Anzeigenblattes eine verhältnismäßig einfache und Erfolg versprechende Alternative zu sein, mit der bedrängte Wettbewerber die marktbeherrschende Stellung der beiden zusammengeschlossenen Zeitungen wesentlich untergraben können. Ein solches Vorgehen erschiene insbesondere dann gewinnbringend, wenn die fusionierten Zeitungen ihre Anzeigenpreise monopolistisch anhöben. Letzteres Szenario legte das Gericht seiner Entscheidung auch zugrunde. Darüber hinaus bietet sich auch in diesem Fall der vom Appellationshof im Fall *Phototron* ausgesprochene Hinweis an, zunächst den Eintritt der auf den Zusammenschluss folgenden Missbrauchshandlungen, nämlich das monopolartige Anheben der Preise durch die marktbeherrschenden Zeitungen abzuwarten und diese dann in einer gesonderten Klage zu rügen.²²²

Im Fall *Bon-Ton v. May Department Stores Co.*²²³ wurde ebenfalls ein Antitrustschaden der privaten Klägerin bejaht. Hintergrund des Falles war der Erwerb der letzten verfügbaren Einkaufszentren in der Region um Rochester durch die Kaufhausbetreiberin May. Damit hätte May über gut 50 Prozent des Marktanteils bezogen auf traditionelle Kaufhäuser in dieser Region verfügt. Die klägerische Wettbewerberin Bon-Ton hatte ihre geschäftlichen Aktivitäten bislang auf das Gebiet im nördlichen Teil des Bundesstaates New York beschränkt. Das Gericht stellte fest, dass durch die Übernahme der Einkaufszentren so hohe Markteintrittsschranken für Bon-Ton in dem betreffenden räumlichen Markt errichtet würden, dass von einem Antitrustschaden ausgegangen werden könne.²²⁴ Entsprechend ordnete das Gericht im Rahmen einer einstweiligen Verfügung an, May habe die übernommenen Unternehmenswerte wieder abzustößen.²²⁵ Im Unterschied zu den Fällen *Brunswick* und *Cargill* argumentierte das Gericht also nicht etwa mit dem Drohen einer Strategie des predatory pricing durch May. Vielmehr sah es den Antitrustschaden bereits in den hohen Markteintrittsschranken verwirklicht.²²⁶ Eine wesentliche Besonderheit dieses Falles liegt somit darin, dass ein Antitrustschaden eines lediglich potentiellen Wettbewerbers angenommen wurde. Eine Existenzvernichtung oder auch nur -bedrohung wie sie zum Teil von deutschen Autoren vorausgesetzt wird, kann darin naturgemäß nicht liegen.

222 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 102 (1988). Siehe schon oben.

223 *Bon-Ton v. May Department Stores Co.*, 881 F. Supp. 860 (1994).

224 Ebenda, 876.

225 Ebenda, 878. In einem anschließend von den Parteien geschlossenen Vergleich verpflichtete sich May, vier Kaufhäuser an May zu übertragen, die in Einkaufszentren des Einzugsgebiets Rochester gelegen sind (settlement agreement vom 6.3.1995, 1995 WL 215307 [W.D.N.Y.]).

226 *Smith, T. W./Sterling, H. M.*, 65 Antitrust L. J. 1996, 57, 74.

III. Zusammenfassende Würdigung der US-amerikanischen Rechtslage

Der Supreme Court hat erstmals im Verfahren *Monfort* die kurz zuvor im Fall *Brunswick* entwickelte Antitrustschadensdoktrin auf Privatklagen nach Sec. 16 Clayton Act übertragen. Drittklagen gegen Zusammenschlussvorhaben scheitern damit bereits auf der Ebene der Zulässigkeit. Dieser gegenüber Konkurrentenklagen strenge, gegenüber fusionswilligen Unternehmen dagegen sehr großzügige Ansatz spiegelt eine wettbewerbspolitische Grundhaltung des Gerichts wider, in der sich unschwer der Einfluss der Chicago School erkennen lässt.²²⁷ Darüber hinaus zeugt er von dem Bemühen des Gerichts, etwaige Zielkonflikte zwischen den Interessen der klagenden Dritten und denjenigen der Allgemeinheit von vornherein auszuschließen.²²⁸

Nach dem sog. new learning-Ansatz der Chicago School ist der Markt grundsätzlich selbst in der Lage, sich durch laufende Selbstanpassung zu regulieren und durch Zutritt von Wettbewerbern offen zu halten. Wettbewerbspolitische Eingriffe in die Marktstruktur sind deshalb so gering wie möglich zu halten. Entsprechend werden auch Fusionen im Allgemeinen nicht als Gefahr für die Wettbewerbsstruktur angesehen. Die Vertreter der Chicago School betonen vielmehr die effizienzsteigernde Wirkung von Unternehmenszusammenschlüssen (economies of scale, Vermögenskonzentration in den Händen überlegener Unternehmen und Bestrafung ineffizienten Managements).²²⁹ Insbesondere Drittklagen sind daher dem Verdacht ausgesetzt, lediglich der Abwehr von Effizienzsteigerungen zu dienen, denen sich das klagende Unternehmen im Wettbewerb nicht stellen möchte.²³⁰

Die Frage, ob zwischen Individual- und Institutionenschutz Zielkonflikte auftreten können, wird in der Literatur kontrovers diskutiert.²³¹ Entsprechend unterschiedlich beurteilt wird auch das Verhältnis von Individual- und Allgemeininteresse an der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts.²³² Einige Autoren stufen Drittklagen in wettbewerbspolitischer Hinsicht grundsätzlich als unbedenklich ein. Danach kommen sie dem generellen Interesse der Rechtsgemeinschaft an der Durchsetzung des objektiven Rechts entgegen.²³³ Andere Autoren sehen dagegen einen grundsätzlichen Konflikt zwischen öffentlichem Interesse und Einzelinteressen privater Dritt-

227 Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 197ff., 142. Allgemein zur Chicago School: Posner, R. A., 127 Univ. of Pennsylvania L. Rev. 1979, 925ff. und Bork, R. H., The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself, 1978. Zusammenfassend Schmidt, I., Wettbewerbspolitik, 2005, 19ff.

228 Ausführlich Brodley, J. F., 94 Mich. L. Rev. 1995, 1, passim, insbes. 15ff., 28ff., 48ff. Allgemein Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 29f., 141ff.

229 Schmidt, I., Wettbewerbspolitik, 2005, 22.

230 Easternbrock, F. H., 63 Tex. L. Rev. 1984, 1, 36 und Hartmann, J. F., 70 Minn. L. Rev. 1986, 931, 953f., jeweils illustriert am Verfahren *Chrysler Corp. v. General Motors Corp.*, 589 F. Supp. 1182 (1984).

231 Überblicksweise Darstellung des Streitstandes bei Schmidt, I., Wettbewerbspolitik, 2005, 81f.

232 Dazu Körber, T., Konkurrentenklage, 1996, 141ff.

233 Z. B. Linder, L., Privatklage, 1980, 62, nach dessen Auffassung „jede private Schadensersatzklage per se auch dem Allgemeininteresse“ dient.

kläger.²³⁴ Sie verweisen auf die Gefahr, dass Privatklagen Dritter zu einer einseitigen Berücksichtigung von Partikularinteressen führen könnten, in der die Wettbewerbssituation sonstiger Marktbeteiligter zu kurz komme. Die koordinierte Betrachtung der vielfältigen betroffenen Interessen sei nur in einem staatlichen Verfahren gewährleistet.²³⁵ In diesem Zusammenhang weisen sie besonders auch auf die Möglichkeit des missbräuchlichen Einsatzes privater Klagen in der Fusionskontrolle hin. Schon die Aussicht, einen langwierigen und kostspieligen Prozess führen zu müssen, veranlasse viele Zusammenschlussbeteiligte dazu, ihr Fusionsvorhaben aufzugeben.²³⁶ Man mag die Möglichkeit des Auftretens von Zielkonflikten und insbesondere eines missbräuchlichen Einsatzes von Drittklagemöglichkeiten einräumen. Nimmt man die Voraussetzung des Antitrustschadens jedoch ernst, so müssen sogar solche Drittklagen als unzulässig abgewiesen werden, die sich gegen offenkundig rechtswidrige Fusionen richten. Das zeigt schon die Entscheidung im Fall *Monfort*. Der Supreme Court verneinte die Klagebefugnis des Drittklägers, ohne auf die Frage der Rechtswidrigkeit des Zusammenschlussvorhabens überhaupt nur einzugehen.²³⁷ Die Vorinstanzen hatten sie übereinstimmend festgestellt.²³⁸ Noch eindrucksvoller mag das der Fall *Phototron Corp v. Eastman Kodak Co.* verdeutlichen. Die Richter verneinten die Klagebefugnis des Konkurrenten trotz Vorliegens eines Marktanteils der fusionierten Einheit von 66 Prozent.²³⁹ Ein Zielkonflikt zwischen Gemeinwohl und Individualinteresse des Drittklägers ist in diesen Fällen aber von vornherein ausgeschlossen.²⁴⁰

Die formalen Unterschiede zwischen dem deutschen und dem US-amerikanischen System der Fusionskontrolle sind groß. Während jenes eine präventive Kontrolle in einem Verwaltungsverfahren vor dem Bundeskartellamt und gegebenenfalls dem

234 *Benisch, W.*, in: FIW (Hrsg.), FS Hartmann, 1976, 37, 41ff. (am Beispiel des privaten Vorgehens gegen Kartelle und missbräuchliche Preisgestaltungen); *Brodley, J. F.*, 94 Mich. L. Rev. 1995, 1, 45.

235 *Benisch, W.*, aaO., 48.

236 *Elzinga, K. G./Breit, W.*, The antitrust penalties: a study in law and economics, 1976, 90ff. ("misinformation effect"). Das gilt insbesondere wegen der Besonderheiten des US-amerikanischen Zivilprozessrechts. Der vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren liegende „pre-trial discovery process“ erlaubt es den Parteien, notfalls mit Hilfe gerichtlicher Verfügungen weitgehend Informationen und Beweismittel vom Prozessgegner zu erlangen. Darüber hinaus führt die – durch Section 16 Clayton Act lediglich zugunsten des Klägers modifizierte – „american rule“ dazu, dass die beklagte Partei unabhängig vom Ausgang des Verfahrens ihre Anwaltskosten selbst zu tragen hat (vgl. dazu *Hempel, R.*, Rechtsschutz, 2002, 210ff. und 220ff.).

237 Der Supreme Court verneinte die Notwendigkeit einer Prüfung von Section 7 Clayton Act, nachdem er vorher das von Section 16 Clayton Act angeblich verlangte Vorliegen eines Antitrustschadens verneint hatte (*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 122).

238 *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 591 F.Supp. 683, 710 (1983); *Monfort of Colorado, Inc. v. Cargill, Inc., and Excel Corporation*, 761 F.2d 570, 578ff. (1985). Darauf weist schon Justice Stevens in seiner Dissenting Opinion zu *Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 107 S.Ct. 484, 496 (1986) hin.

239 *Phototron Corp. v. Eastman Kodak Co.*, 842 F.2d 95, 101 (1988).

240 So auch *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 213.

Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit vorsieht, haben Federal Trade Commission und Department of Justice nur die Möglichkeit, ein Zusammenschlussvorhaben durch gerichtliche Klage anzugreifen. Damit kommt es jenseits des Atlantiks nicht zu der für das deutsche (und europäische) Recht charakteristischen Dreiecks-konstellation. Der unter amerikanischem Recht agierende Privatk Kläger wendet sich nicht gegen eine behördliche „Freigabeentscheidung“. Vielmehr muss er unmittelbar gegen den Zusammenschluss als solchen vorgehen. Das als privatrechtliche Schadensersatzklage ausgestaltete Rechtsmittel muss sich dabei in die Dogmatik des all-gemeinen Delikts- und Schadensfolgenrechts einfügen. Insofern ist es nicht verwun-derlich, dass die US-amerikanischen Gerichte die Frage stellen, ob das vom Kläger in Anspruch genommene kartellrechtliche Schutzgesetz den Schutz gerade auch des geltend gemachten Schadens bezweckt.²⁴¹ Trotz aller Divergenzen sind die Paralle-len zur deutschen Diskussion offensichtlich: Es droht eine Übernahme des strengen US-amerikanischen Maßstabs durch das deutsche Recht.²⁴² Wie in den USA ist man auch in Deutschland im Begriff, von den Drittklägern den Nachweis zu verlangen, dass sie in Folge des (rechtswidrigen!) Zusammenschlusses Opfer von missbräuchli-chen Verhaltensweisen (antitrust injury) werden. Nichts anderes bedeutet es, wenn die Verletzung subjektiver Rechte zur Voraussetzung für einstweiligen Rechtsschutz Dritter erhoben wird und eine Rechtsverletzung nur bei (drohender) Existenzvern-ichtung angenommen wird. Dass man auf diese Weise die Möglichkeit einer prä-ventiven Fusionskontrolle durch Private faktisch ausschließt, zeigt die Analyse der US-amerikanischen Entscheidungspraxis seit 1977.²⁴³ Möglicherweise geht die von deutschen Autoren aufgestellte Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung sogar noch über die vor den US-amerikanischen Gerichten geltenden Anforderungen hinaus. Diese verlangen lediglich den Nachweis eines Antitrustschadens. Welches Ausmaß die wirtschaftlichen Nachteile haben müssen, bleibt dabei offen. Dass in letzter Zeit keine Privatklagen aus den USA mehr berichtet werden, mag man einer-seits auf den fehlenden Anreiz angesichts der restriktiven Rechtsprechung, anderer-seits auf eine strengere Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen durch US-amerikanische Behörden und Gerichte zurückführen.²⁴⁴

241 *Lopatka, J. E./Page, W. H.*, 17 Antitrust (Fall 2002), 20, 21: „The idea that a defendant’s statutory violation does not entitle a plaintiff to recover unless the plaintiff suffers the kind of loss the statute was designed to prevent is not surprising.”

242 Das räumt auch *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21 ein: „Die mit der 7. GWB-Novelle vorgesehene Beschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes auf die Fälle, in denen der Antragsteller eine Verletzung subjektiver Rechte geltend machen kann, entspricht damit der Sache nach dem Standard, der seit jeher auch in den USA mit dem Erfordernis des «antitrust injury» gilt.“

243 So im Ergebnis auch *Körber, T.*, Konkurrentenklage, 1996, 210.

244 Letztere Erklärung findet sich auch bei *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21 m. w. N.

IV. Fünftes Zwischenergebnis

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

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

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

²⁴⁵ Siehe oben *Kap. 1 B IV*.

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

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