

raussetzung des § 42 Abs. 2 VwGO erfüllt, sei eine „in Kartellrechtsfällen überaus schwierige.“⁹³

C. Widersprüche und praktische Probleme im derzeitigen System der Drittbeteiligung

Das vorgestellte System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes erweist sich in verschiedener Hinsicht als unausgereift und in seinen Differenzierungen widersprüchlich. Diese Ungereimtheiten sollen anhand von fünf Fallkonstellationen aufgezeigt werden.

I. Die Fallkonstellationen

1. Das Unternehmen A, beispielsweise ein Abnehmer der Fusionskandidaten, kann geltend machen, im Fall der etwaigen Freigabe des Zusammenschlussvorhabens nachteilig und erheblich in seinen Interessen berührt zu sein. Das Bundeskartellamt lädt das Unternehmen A nach Ausübung seines Ermessens zum Verfahren bei, § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Allein aufgrund seiner Beiladung zum Verwaltungsverfahren ist A berechtigt, Anfechtungsbeschwerde einzulegen („formalisierte Beschwerdeberechtigung“⁹⁴), § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Die zusätzliche Voraussetzung der materiellen Beschwerde stellt keine hohen Anforderungen.⁹⁵ Es genügt eine bloße nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen.⁹⁶ Insbesondere kommt es hier nicht auf das Erfordernis der Erheblichkeit an.⁹⁷ Eine Beschwerde von A wäre also zulässig. Auch am Beschwerdeverfahren ist das Unternehmen A gemäß § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB beteiligt. Hier knüpft die h. M. ohne weitere Einschränkung an die vom Amt ausgesprochene Beiladung zum Verwaltungsverfahren an. Man spricht von der „Kontinuität der Beteiligtenstellung“.⁹⁸ Diese Kon-

93 Schmidt, K., DB 2004, 527, 532.

94 Ders., Gerichtsschutz, 1980, 47: „Wer am Verwaltungsverfahren – als Betroffener oder Beigeladener – beteiligt war, ist aufgrund formalisierter Beschwerdebefugnis ohne weiteres befugt, die Verfügung der Kartellbehörde anzufechten (§ 62 Abs. 2 GWB).“

95 Soweit der Beschwerdeführer Anträge gestellt hat, denen in vollem Umfang entsprochen wurde, fehlt es außerdem an der Voraussetzung der formellen Beschwerde (BGH, 31.10.1978 (Air-Conditioning-Anlagen), WuW/E BGH 1562, 1563; Schmidt, K., Gerichtsschutz, 1980, 47; Hinz, H. W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 24. A. A. Loewenhein, U., in: Belke, R. (Hrsg.), GWB, 1978, § 62 GWB 1973, Rz. 11, der aber wohl formelle und materielle Beschwerde miteinander verwechselt.

96 BGH, 24.6.2003 (HABET/Lekkerland), WuW/E DE-R 1163, 1165; Hinz, H. W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 24.

97 Siehe noch unten Kap. 4 D II zu den von der h. M. unterschiedenen Tatbestandsvoraussetzungen „materielle Beschwerde“ und „erhebliche Interessenberührung“.

98 Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 67, Rz. 5.

tinuität setzt sich darin fort, dass dem Unternehmen A als Beteiligtem am Beschwerdeverfahren auch die Befugnis zusteht, Rechtsbeschwerde zum BGH einzulegen, § 71 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 1 GWB.⁹⁹ In Analogie zu dem von K. Schmidt geprägten Begriff der „formalisierten Beschwerdeberechtigung“ bietet es sich an, von „formalisierter Rechtsbeschwerdebefugnis“ zu sprechen. Einschränkend wird man jedoch auch hier – wie sonst im Rechtsmittelrecht – eine Beschwerde in Form der nachteiligen Interessenberührung verlangen müssen.¹⁰⁰ Einziges Manko stellt der vorläufige Rechtsschutz dar. Eine einstweilige Anordnung kann A nicht erreichen. Es fehlt an einer Betroffenheit in eigenen Rechten, § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Hierfür genügt nach h. M. nicht die bei A vorliegende nachteilige und erhebliche Interessenberührung.

2. Das Unternehmen B wird – anders als A – im Fall einer Fusionsfreigabe lediglich einfach und nicht auch erheblich in seinen Interessen berührt. Durch einen Fehler des Amtes wird es dennoch beigeladen.¹⁰¹ Auch als lediglich einfach in seinen Interessen berührter Dritter kann B – wie A – eine „materielle Beschwerde“ geltend machen. Nach h. M. soll es genügen, dass B durch die Freigabeentscheidung nachteilig in seinen wirtschaftlichen Interessen betroffen wird.¹⁰² Der Fehler der Behörde führt dazu, dass B nicht nur im Verwaltungsverfahren, sondern im gesamten gerichtlichen Verfahren dieselben Rechte wie A zustehen: Eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine Freigabeentscheidung wäre zulässig. B ist am Beschwerdeverfahren beteiligt. Als solchem steht ihm die Möglichkeit offen, Rechtsbeschwerde einzulegen. Ausgeschlossen ist wiederum nur der einstweilige Rechtsschutz.

3. Unternehmen C ist – wie A – in Abnehmer der Zusammenschlussbeteiligten. Bei ihm ist ebenfalls die Möglichkeit einer erheblichen Interessenberührung gegeben. Mit Hinweis darauf, dass Abnehmerinteressen im Verfahren bereits von A repräsentiert werden, gibt das Amt dem Beiladungsantrag des C nicht statt.¹⁰³ Damit

99 Ders., aaO, § 76, Rz. 10.

100 So auch *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 75 GWB 1980, Rz. 2.

101 Es sei eingeräumt, dass dieser Fall angesichts der geringen Anforderungen, die an das Erfordernis der „Erheblichkeit“ gestellt werden, praktisch nur selten vorkommt. Das mag auch den Sinn der Äußerung von *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1025 erklären, wonach die Voraussetzung der erheblichen Interessenberührung und der materiellen Beschwer „auf dasselbe hinauslaufen“.

102 Anders offenbar *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 478f., der das Kriterium der materiellen Beschwer für enger hält als die erhebliche Interessenberührung im Beiladungsrecht. Dem ist nur insoweit zuzustimmen, als einem Beiladungsantrag auch dann entsprechen werden kann, wenn sich das Verfahrensergebnis in positiver Weise erheblich auf die wirtschaftliche Lage des Dritten auswirken kann. Mangels Nachteilhaftigkeit der Interessenberührung wäre in diesem Fall die Voraussetzung der materiellen Beschwer nicht erfüllt. Im Übrigen erweist sich jedoch das Erfordernis der materiellen Beschwer als weniger anspruchsvoll als das materielle Erfordernis in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Während dieses nur im Fall der erheblichen Interessenberührung erfüllt ist, genügt für die materielle Beschwer eine einfache, wenngleich nachteilige Interessenberührung.

103 Z. B. *KG*, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968f.

enden für C auch schon alle Aussichten auf weiteren Rechtsschutz. Mangels Beteiligung am Verwaltungsverfahren scheidet insbesondere die Möglichkeit aus, Anfechtungsbeschwerde einzulegen oder gar einstweiligen Rechtsschutzes zu erlangen. Das Gleiche gilt für die Beteiligung an einem etwaigen Beschwerdeverfahren, die ihrerseits wieder Voraussetzung für das Einlegen einer Rechtsbeschwerde ist.

4. Unternehmen D kann sich ebenfalls auf die Möglichkeit einer erheblichen Interessenberührung berufen. Es wird zum Verwaltungsverfahren beigelegt. Wegen der besonderen verfahrensrechtlichen Situation ist in seinem Fall jedoch keine Anfechtungs-, sondern eine Verpflichtungsbeschwerde der statthafte Rechtsbehelf.¹⁰⁴ Trotz erfolgter Beiladung ermangelt es D jedoch an der erforderlichen Beschwerdebefugnis. Die Verpflichtungsbeschwerde setzt gemäß § 63 Abs. 3 GWB die Geltendmachung einer Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten voraus.¹⁰⁵ Die erhebliche Berührung in wirtschaftlichen Interessen, auf die sich D berufen kann, genügt nach herrschender Meinung nicht. Mangels Zulässigkeit der Verpflichtungsbeschwerde findet kein Hauptsacheverfahren statt. Somit erübrigt sich auch eine Beteiligung daran, die ihrerseits wieder Voraussetzung für eine Rechtsbeschwerde ist (§§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

5. Die Situation des Unternehmens D bessert sich, sobald ein weiteres Drittunternehmen, z. B. das Unternehmen X, zulässigerweise Verpflichtungsbeschwerde einlegt. An dem nunmehr durchzuführenden Beschwerdeverfahren ist D wegen seiner Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren ohne weitere Voraussetzung beteiligt. Als Beteiligter am erstinstanzlichen Verfahren steht ihm sogar die Rechtsbeschwerde offen, §§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB.

II. Bewertung

Eine genauere Betrachtung der vorgestellten Fallkonstellationen zeigt, welche Ungeheimheiten und praktischen Probleme das derzeitige System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes in sich birgt.

1. Ermessensabhängigkeit der Beschwerdeberechtigung

Die Möglichkeit, gerichtlichen Rechtsschutz im Wege der Anfechtungsbeschwerde zu erlangen, sich an einem etwaigen gerichtlichen Verfahren zu beteiligen, gegeben

104 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462: Antrag auf Erlass drittschützender Auflagen. Dazu ausführlich sogleich unten II 3.

105 H. M., z. B. *OLG Düsseldorf*, aaO, 1463. Dagegen hält *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 32 im Interesse einer Harmonisierung der Beschwerdearten (ebenda, Rz. 34) auch in der Situation der Verpflichtungsbeschwerde die Stellung als Verfahrensbeteiligter für ausreichend, um – analog § 63 Abs. 2 GWB – eine Beschwerdeberechtigung zu begründen. Dazu ausführlich unten *Kap. 3 A I*.

nenfalls Rechtsbeschwerde einzulegen oder einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, hängt im Wesentlichen von der Ermessensentscheidung des Bundeskartellamtes ab.¹⁰⁶ Lädt die Behörde bei (Fall des Unternehmens A), steht der Weg zu Gericht offen. Tut sie es nicht (Unternehmen C), so ist dieser Weg endgültig versperrt.¹⁰⁷ Damit entscheidet die Kartellbehörde im Wesentlichen selbst darüber, welche Dritten ihre Entscheidungen gerichtlich anfechten können.¹⁰⁸ Das Regulativ der gerichtlichen Beschwerde gegen die Ablehnung eines Beiladungsantrags vermag an diesem Zustand nicht viel zu ändern. Zwar mag man dem Dritten einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über seinen Antrag zubilligen.¹⁰⁹ Auch gehen die Kompetenzen des Beschwerdegerichts in Kartellsachen hinsichtlich der gerichtlichen Überprüfung von Ermessensentscheidungen über diejenigen der Verwaltungsgerichte hinaus. Nach richtiger Ansicht dürfen letztere Ermessensentscheidungen nur auf Rechtsfehler hin kontrollieren (§ 114 VwGO). Die Kartellgerichte sind nach § 71 Abs. 5 Satz 1 GWB dagegen ermächtigt, auch einen eventuellen Ermessensfehlgebrauch zu kontrollieren.¹¹⁰ Einschränkung ist aber zu bedenken, dass die

106 Vgl. schon den kritischen Kommentar bei *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81f.: „eklatanter“ Widerspruch zur Rechtslage im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsrecht. Zustimmend *Soell, H.*, in: Müller, K./Soell, H. (Hrsg.), FS Wahl, 1973, 339, 41, FN 16; *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 470ff. Vorsichtige Kritik äußert auch schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 70. Kritische Stimmen in der jüngeren Literatur: *Traugott, R.*, WRP 1999, 621, 626; *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 673, FN 12; *Dormann, U.*, WuW 2000, 245, 250; *Boeckhoff, R./Franßen, G.*, WuW 2002, 668, 675; *Zöttl, J.*, WuW 2004, 474, 476.

107 Unterschiede in der Rechtsstellung ergeben sich auch im Verwaltungsverfahren, insbesondere hinsichtlich des Rechts auf Akteneinsicht. Dazu ausführlich unten Kap. 5 A VI.

108 So schon *Weidinger, W.*, Rechtsschutz, 1968, 70.

109 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527; 16.6.2004 (VDZ-Wettbewerbsregeln), WuW/E DE-R 1545, 1547.

110 Die wohl h. M. versteht die – im Einzelnen sehr umstrittene – Vorschrift so, dass nicht nur eine Rechtmäßigkeits-, sondern auch eine Zweckmäßigkeitskontrolle auszuüben ist (umfangreiche Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 71, Rz. 37). Für die hier als herrschend bezeichnete Ansicht spricht die von § 114 VwGO abweichende Formulierung „fehlbarer“ Ermessensgebrauch und der Zusatz „insbesondere“ vor der Aufzählung der herkömmlichen Ermessensfehler (dazu *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 62ff.). Insofern besteht Ähnlichkeit mit der Beschwerde nach § 19 FGG, die es dem Beschwerdeführer ebenfalls erlaubt, auch die Unzweckmäßigkeit, Unangemessenheit oder Unbilligkeit der erstinstanzlichen Entscheidung zu rügen (dazu *Skouris, W.*, Verletztenklagen, 1979, 40ff.). Auch die Entstehungsgeschichte der Norm spricht für die Kompetenz zur Überprüfung unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten. Der Regierungsentwurf zum GWB sah in § 57 Abs. 1 Satz 3 noch vor, dass die Behörde bestimmte Maßnahmen bei Gericht beantragen muss. Der schriftliche Bericht spricht schließlich von einem „Kompromiss“ in der Form einer erweiterten Überprüfungskompetenz (ausführlich *Kremer, M.-G.*, Beschwerde, 1988, 64). Keine deutliche Stellungnahme enthalten die Entscheidungen des *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527; 16.6.2004 (VDZ-Wettbewerbsregeln), WuW/E DE-R 1545, 1547. Es spricht einerseits von einer „Beschränkung“ der Überprüfung nach den „allgemeinen Regeln“, gibt aber andererseits auch keine abschließende Aufzählung der Gesichtspunkte, unter denen die Kontrolle stattzufinden hat („insbesondere“).

Gerichte den Kartellbehörden einen sehr weiten Ermessensspielraum einräumen.¹¹¹ Dazu kommt, dass das Einlegen einer Verpflichtungsbeschwerde auf Beiladung keinen Aufschub des Kartellverwaltungsverfahrens zur Folge hat.¹¹² Damit besteht die Gefahr, dass die gerichtliche Entscheidung über den Beiladungsantrag zu einem Zeitpunkt ergeht, in dem die Fusionskontrollgenehmigung bereits Bestandskraft erlangt hat.¹¹³

2. Gefahr der Perpetuierung von Fehlentscheidungen der Kartellbehörde

Das Institut der „formalisierten Anfechtungsberechtigung“ führt dazu, dass sich – wie im Fall des Unternehmens B – Fehler, die bei der Beiladung zum Kartellverwaltungsverfahren begangen wurden, im gerichtlichen Verfahren fortsetzen. Anfechtungsbeschwerde können dann auch solche Unternehmen einlegen, die lediglich einfach in ihren Interessen berührt sind. Damit steht Unternehmen B besser als Unternehmen C, obwohl bei diesem eine intensivere Betroffenheit vorliegt.¹¹⁴ Die große Bedeutung, die der (fehleranfälligen) Beiladungsentscheidung für ein späteres gerichtliches Verfahren zukommt, birgt einen zusätzlichen Nachteil in sich. Die Zusammenschlussbeteiligten könnten sich veranlasst fühlen, die positive Entscheidung des Bundeskartellamts über einen Beiladungsantrag Dritter nur deshalb anzufechten, um einer späteren Anfechtungsbeschwerde den Boden zu entziehen.¹¹⁵

111 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 5.7.1977 (*Anzeigenpreise*), WuW OLG 1881, 1886. Instruktiv ist die Entscheidung des *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de. Zu den Kriterien im Einzelnen *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 44. Vgl. auch *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 343f. und *KG*, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 394: „Ermessen hinsichtlich der Beiladung nach § 51 Abs. 2 Ziff. 4 *GWB* [a. F. ist] in der Regel streng auszuüben, damit eine übermäßige Belastung und Ausdehnung des Kartellverfahrens vermieden wird.“

112 *Schmidt*, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 51 m.w.N. Etwas anderes soll nur im Ausnahmefall der notwendigen Beiladung gelten.

113 *Weidinger*, W., *Rechtsschutz*, 1968, 70; *Dormann*, U., *Drittklagen*, 2000, 124. Vgl. auch *KG*, 24.6.1960 (*Steinzeug*), WuW/E OLG 346, 347: Nach Eintritt der formellen Rechtskraft der kartellbehördlichen Entscheidung ist eine Beiladung nicht mehr zulässig. Ein Beispiel bildet die Entscheidung *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de.

114 Diese unerwünschte Folge wäre selbstverständlich in erster Linie dem Fehler des Amtes und nicht dem Gesetzgeber bzw. der Auslegung durch die h. M. anzulasten. Man kann insofern auch nicht von Widersprüchlichkeit sprechen. Dennoch erweist sich die Regelung wegen ihrer fehlerpotenzierenden Wirkung in rechtstechnischer Hinsicht als zumindest wenig geglückt.

115 Isolierte Anfechtungsbeschwerden von Zusammenschlussbeteiligten gegen die Beiladung von Drittunternehmen lagen z. B. den Entscheidungen des *KG*, 21.11.1983 (*WZ-WAZ*), WuW/E OLG 3211 und des *OLG Düsseldorf*, 5.7.2000 (*SPNV*), WuW/E DE-R 523 zugrunde.

3. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde

Die materiellen Anforderungen¹¹⁶ an die Intensität der Drittbetroffenheit sind bei der Verpflichtungsbeschwerde höher als bei der Anfechtungsbeschwerde. Während diese lediglich eine Beschwer in Form der „nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“ verlangt¹¹⁷, setzt die Verpflichtungsbeschwerde voraus, dass der Dritte eine Rechtsverletzung geltend macht. Die Auswirkungen zeigen sich am Vergleich zwischen A und D. In der ersten Konstellation (Anfechtung einer kartellverwaltungsrechtlichen Verfügung) ist eine Beschwerde zulässig. Dagegen scheitert die Beschwerde im zweiten Fall (Vorgehen gegen die Kartellbehörde mit einer Verpflichtungsbeschwerde) bereits an der Zulässigkeit.¹¹⁸

a) Mangelnde Sachgerechtigkeit der Differenzierung

Diese Differenzierung auf Tatbestandsebene wäre gerechtfertigt, wenn mit einer Verpflichtungsbeschwerde auch ein Mehr an Rechtsmacht des Dritten und eine damit einhergehende stärkere Beeinträchtigung der Rechtsposition der Zusammenschlussbeteiligten verbunden wäre. Das ist aber nicht unbedingt der Fall. Das Verfahren *Argenthaler Steinbruch*¹¹⁹ macht vielmehr die mangelnde Sachgerechtigkeit der überkommenen Differenzierung augenfällig: Das (wegen nachteiliger erheb-

116 In formeller Hinsicht bedarf es für die Erhebung der Anfechtungsklage selbstverständlich noch der Beteiligung am vorausgehenden Verwaltungsverfahren, § 63 Abs. 2 GWB.

117 Näher unten *Kap. 4 D II*.

118 Kritisch auch *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34, der ebenfalls vor „Zufallsergebnissen“ im kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutz warnt (zustimmend *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 93f.). *K. Schmidts* Befürchtung bezieht sich jedoch auf die – mittlerweile überholten – unterschiedlichen Voraussetzungen einer Anfechtung von Erlaubnis- und Widerspruchskartellen. Während im ersten Fall die Anfechtung dem Beigeladenen zustehe, fehle sie im Fall des Widerspruchskartells. Zweifel bestehen aber, ob das von *K. Schmidt* angeführte Beispiel die Kritik an den zu Recht monierten „Zufallsergebnissen“ stützen kann. Die Wahl unterschiedlicher Regelungstechniken mit der Folge der unterschiedlichen Behandlung von Erlaubnis- und Widerspruchskartellen durch den Gesetzgeber wird man kaum als Zufallsprodukt abtun können. Vielmehr hatte sich der Gesetzgeber bewusst dafür entschieden, bestimmte Kooperationsarten, die bei generalisierter Betrachtung als besonders schädlich für den Wettbewerb einzustufen sind, einer ausdrücklichen Genehmigung durch die Kartellbehörde zu unterstellen (Erlaubniskartelle, §§ 5 bis 8 GWB 1999). Dagegen wurde der Kartellbehörde bei anderen, weniger gefährlichen Vereinbarungen bewusst lediglich ein Widerspruchsrecht eingeräumt (§§ 2 bis 4 Abs. 1 GWB 1999). Es erscheint vor diesem Hintergrund nur folgerichtig, dass Dritte im ersten Fall unter erleichterten Voraussetzungen gerichtlichen Rechtsschutz erlangen konnten („formalisierte Anfechtungsbefugnis“ gegen die Erlaubnisverfügung), während im zweiten Fall höhere Voraussetzungen, nämlich die Geltendmachung einer Rechtsverletzung zu erfüllen waren.

119 *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462.

licher Interessenberührung) zum Verwaltungsverfahren beigeladene Drittunternehmen hatte – ursprünglich – darauf verzichtet, die gesamte Freigabeverfügung mit der Anfechtungsbeschwerde anzugreifen. Das Erfordernis der materiellen Beschwer in Form der nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen hatte es problemlos erfüllt.¹²⁰ Die Beschwerdeführerin beschränkte sich jedoch auf das „Minus“¹²¹ eines Antrags auf Erlass zusätzlicher drittschützender Auflagen.¹²² Dieser, die Rechtsstellung der Fusionskandidaten weniger belastende Antrag scheiterte jedoch an der fehlenden materiellen Beschwer in Form der Verletzung in eigenen Rechten.¹²³ Gutberatene Drittunternehmen werden daher in ähnlich gelagerten Fällen so- gleich Anfechtungsbeschwerde gerichtet auf Aufhebung der gesamten Freigabeverfügung einlegen. Den Fusionskandidaten tun sie damit keinen Gefallen. Im Vergleich zu einer vollständigen Aufhebung der Freigabe ist die nachträgliche Anordnung von Nebenbestimmungen in der Regel der weniger belastende Eingriff.¹²⁴

120 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 30.8.2004 (*Argenthaler Steinbruch*), WuW/E DE-R 1462, 1464. Den später gestellten Hilfsantrag auf Aufhebung der Freigabe erklärte das Gericht lediglich wegen Ablaufs der Beschwerdefrist für unzulässig (ebenda, 1464).

121 So wörtlich das *OLG Düsseldorf*, ebenda, 1463.

122 Das *OLG Düsseldorf* stellt in seinem Beschluss die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verpflichtungsklage auf Erlass weiterer Nebenbestimmungen neben einer Anfechtungsklage auf Aufhebung der gesamten Verfügung nicht in Frage. Vielmehr gesteht es dem betroffenen Dritten ein „Wahlrecht“ zu (aaO, 1462). Auch nach der Rechtsprechung des BVerwG ist – wenn auch dogmatisch nicht unumstritten – eine Verpflichtungsklage auf Erlass drittschützender Auflagen möglich, in manchen Fällen sogar die einzig statthafte Klageart (siehe übernächste FN). Ein Beispiel sind Schutzwälle im Zusammenhang mit einer straßenbaurechtlichen Genehmigung (weitere Beispiele bei *Pietzcker, J.*, in: Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R. (Hrsg.), VwGO, Stand d. Bearb.: Februar 1996, § 42, Rz. 139f.). Zu beachten ist, dass das Beschwerdegericht allenfalls einen Bescheidungsbeschluss analog § 113 Abs. 5 Satz 2 VwGO erlassen kann, mit dem es die Verpflichtung des Bundeskartellamts ausspricht, den Beschwerdeführer unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden (vgl. *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 72 sowie *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 71, Rz. 19).

123 *OLG Düsseldorf*, aaO, 1464.

124 Vgl. *Kopp, F. O./Ramsauer, U.*, VwVfG, 2005, § 36, Rz. 53. Während das BVerwG früher offenbar noch von einem Wahlrecht des Dritten zwischen Gesamtanfechtungs- und bloßer Verpflichtungsklage auf Erlass einer Schutzaufgabe ausging (*BVerwG*, 17.11.1972, NJW 1973, 915, 916; vgl. auch *OLG Düsseldorf*, aaO, 1463: „grundsätzlich [...] Wahlrecht“), hält es jedenfalls im Bereich des Planfeststellungsrechts eine Anfechtungsklage mittlerweile sogar für unbegründet, wenn das Fehlen der Schutzaufgabe die Gesamtabwägung nicht in Frage stellt. Der Drittkläger hat dann nur einen Anspruch auf Anordnung der Nebenbestimmung im Wege der Planergänzung (grundlegend *BVerwG*, 7.7.1978, E 56, 110, 133); vgl. zum Ganzen auch *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, aaO, § 42, Rz. 25, 32; *Paetow, S.*, DVBl. 1985, 369, 371ff.).

b) Zulässigkeit des Auflagenerlasses nach Ablauf der Untersagungsfristen

Eine andere Frage ist die, ob das Gericht die Kartellbehörde überhaupt wirksam dazu verpflichten kann, nach Ablauf der viermonatigen Untersagungsfrist noch Nebenbestimmungen zu verfügen. Fällt die Antwort negativ aus, muss man konsequenterweise auch das Rechtsschutzbedürfnis des dritten Beschwerdeführers verneinen. In dem zitierten Beschluss des *OLG Düsseldorf* finden sich zu dieser Problematik keine Ausführungen. Der Wortlaut des § 40 Abs. 3 bzw. des § 42 Abs. 2 GWB scheint zunächst gegen die Zulassung von „Nachfristauflagen“ zu sprechen. Danach kann die Freigabe oder Erlaubnis mit Nebenbestimmungen „verbunden“ werden. Da die Freigabeentscheidung zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung regelmäßig bereits ergangen ist,¹²⁵ mag man fragen, in welcher Form überhaupt noch eine „Verbindung“ erfolgen soll. Diese Frage stellt sich besonders in den Fällen, in denen nach Ablauf der Viermonatsfrist die Freigabe gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GWB lediglich fingiert wird. Demgegenüber ist jedoch zweierlei einzuwenden: Im allgemeinen Verwaltungsrecht gilt – trotz des ähnlichen Wortlauts¹²⁶ – ein entsprechendes Vorgehen der Behörde jedenfalls in den Fällen als zulässig, in denen die Voraussetzungen für Rücknahme, Widerruf oder Abänderung (§§ 48, 49, 51 VwVfG) gegeben sind.¹²⁷ Zum zweiten bezieht sich die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 Satz 1 GWB nur auf Untersagungsentscheidungen. Explizit ausgeschlossen ist eine später ergehende, möglicherweise mit Nebenbestimmungen versehene Freigabeentscheidung damit noch nicht. Die Nachfristauflagen können dem Interesse an der materiellrechtlichen Vereinbarkeit des Zusammenschlussvorhabens mit dem Gebot des Wettbewerbsschutzes dienen. Dieses Interesse besteht auch nach Fristablauf fort. Diesem Interesse widerspricht allerdings der Zweck des strengen Fristenregimes in der Fusionskontrolle. Es zeigt, dass der Gesetzgeber dem Wunsch der Zusammenschlussbeteiligten nach schneller Klarheit über die Zulässigkeit ihres Vorhabens Priorität einräumt. Die Gerichte müssen sich daher der Konsequenzen des Hinzudiktierens von Auflagen und Bedingungen nach Ablauf der gesetzlichen Untersagungsfristen und Vollzug des Zusammenschlussvorhabens für die betroffenen Unternehmen bewusst sein. Sie berauben sie der Möglichkeit, vor Durchführung des Zusammenschlusses abzuwägen, ob ihr Vorhaben angesichts der auferlegten Bedingungen und Zusagen überhaupt noch ökonomisch sinnvoll ist. Die zunächst erreichte Rechtssicherheit wird nachträglich entwertet. Dabei handelt es sich aber nicht um einen spezifischen Nachteil der Nachfristauflagen. Diese Überlegung gilt in umso größerem Maße im Fall der nachträglichen Aufhebung einer Freigabeentscheidung. Im Interesse des Wettbewerbsschutzes kann der Fristablauf keine absolute Rechtssicherheit zur Folge haben. Die Realisierung des Zusammenschlussvorhabens steht

125 Andernfalls würde es schon am Rechtsschutzinteresse fehlen.

126 Die Vorschrift § 36 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erlaubt der Behörde, einen Verwaltungsakt „mit einer Nebenbestimmung [zu] versehen“.

127 Kopp, F. O./Ramsauer, U., VwVfG, 2005, § 36, Rz. 52 m.w.N.

grundsätzlich unter dem Damoklesschwert der Drittanfechtung. Im Fall der gerichtlichen Aufhebung einer Freigabeentscheidung kommt es gemäß § 40 Abs. 6 GWB zu einem Neubeginn der Untersagungsfristen.

c) Ergebnis

„Nachfristauflagen“ sind aus Sicht der Fusionsbeteiligten das mildere Mittel im Vergleich zur Gesamtaufhebung. Das gilt insbesondere, wenn das Beschwerdegericht folgende Einschränkungen beachtet: Das Hinzufügen einer Nebenbestimmung nach Fristablauf ist nur zulässig, wenn die Fusionsparteien die Möglichkeit hatten, ihre Interessen im gerichtlichen Verfahren geltend zu machen. Das Gleiche gilt im Fall des sich regelmäßig anschließenden Verwaltungsverfahrens.¹²⁸ Zweitens dürfen die Nachfristauflagen nicht zu einer Umgehung des Instituts der Aufhebung einer Freigabeentscheidung mutieren. Daher scheiden solche Auflagen oder Zusagen aus, die so einschneidend sind, dass der ökonomische Zweck des Vorhabens grundsätzlich in Frage gestellt wird. Möglicherweise wird man ergänzend verlangen können, dass die dritten Beschwerdeführer den Erlass der im Wege der Verpflichtungsklage beantragten Auflagen schon im Verwaltungsverfahren vor der Kartellbehörde angeregt haben. Andernfalls könnte eine noch näher zu begründende Präklusionswirkung zu Lasten der Dritten eingreifen.

4. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde

Die Berechtigung des (erheblich in seinen Interessen berührten) Unternehmens D, Rechtsbeschwerde einzulegen, hängt davon ab, ob X wirksam Beschwerde einlegt.¹²⁹ Es handelt sich um eine Konsequenz der „formalisierten Rechtsbeschwerdebefugnis“. Die intensivere Form des gerichtlichen Rechtsschutzes, nämlich die Überprüfung einer Entscheidung in der zweiten Instanz, ist an geringere Voraussetzungen geknüpft als das bloße Einlegen der Beschwerde in erster Instanz.¹³⁰

128 Das Gericht erlässt ein Bescheidungsurteil.

129 Darauf haben schon *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 526 und - im Anschluss daran - *Hinz, H. W.*, in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, Rz. 27 hingewiesen.

130 Vgl. die pointierte Feststellung von *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 34: „Die Beschwerdebefugnis darf kein Nadelöhr sein, das schwerer zu passieren ist als die Rechtsbeschwerdebefugnis.“

5. Unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und in der Hauptsache

Die Siebte GWB-Novelle führt – das räumt der Gesetzgeber in der Begründung selbst ein¹³¹ – zu einer weiteren Verwerfung. Die materiellen Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde gegen die Freigabeentscheidung des Bundeskartellamts sind höher als die Voraussetzungen für die Erhebung einer Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren: Verletzung in eigenen Rechten einerseits, materielle Beschwer andererseits.

6. Die Unanfechtbarkeit von Freigaben im Vorprüfverfahren

Die Literatur übt darüber hinaus Kritik an der dem Bundeskartellamt eingeräumten Möglichkeit, durch schnellen Verfahrensabschluss im Vorprüfverfahren die Anfechtbarkeit einer Freigabeentscheidung zu verhindern.¹³² In der Praxis ist nicht immer gewährleistet, dass das Amt ausschließlich „unproblematische Fälle“¹³³ in der ersten Phase freigibt und somit der gerichtlichen Kontrolle entzieht.¹³⁴ Bedenklich erscheint insbesondere die Anwendung der Abwägungsklausel im Rahmen des Vorprüfverfahrens.¹³⁵ Dem Vorschlag, in Ausnahmefällen die Anfechtbarkeit von Freigaben auch außerhalb von § 40 Abs. 2 GWB mit Rückgriff auf die im Zivilprozess-

131 *BReg.*, Begr. Reg. Entw. 7. GWB-Novelle, S. 31: „unerwünschte Folge, dass für den Rechtsschutz in der Hauptsache und für den vorläufigen Rechtsschutz unterschiedliche Standards gelten.“ Vgl. auch *Bundesrat*, Stellungnahme Entw. 7. GWB-Nov., BR-Drucks. 441/04, S. 18. Dort wird der unterschiedliche Maßstab, der für die Antragsbefugnis im einstweiligen Rechtsschutz und die Beschwerdebefugnis im Hauptverfahren gelten soll, als „systemwidrig“ bezeichnet.

132 *Bechtold*, R., GWB, 2002, § 40, Rz. 3; *Traugott*, R., WRP 1999, 621, 626f.; eingehend *Dormann*, U., Drittklagen, 2000, 37ff m.w.N. Vgl. auch *Meyer-Lindemann*, H. J., in: *Glassen*, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24; *Kahlenberg*, H., BB 1998, 1593, 1599. Hinzu kommt, dass es keine gesetzliche Pflicht zur Bekanntgabe von Zusammenschlussanmeldungen gibt. Erst der Übergang ins Hauptprüfverfahren muss gemäß § 43 Abs. 1 GWB 2005 im Bundesanzeiger veröffentlicht werden.

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

134 *Meyer-Lindemann*, H. J., in: *Glassen*, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24. Auf die Möglichkeit, dass „durch intensive informelle Vorbereitung, insbesondere in Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt, Fälle zur formlosen Freigabe in die erste Verfahrensphase gelangen, die für sich gesehen eigentlich zu den schwierigeren gezählt werden müssten, für die das Hauptprüfverfahren vorgesehen ist“, weist auch das *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644 hin (insoweit nur abgedruckt in AG 2001, 527, 528). Vgl. auch schon *Schulte*, J. L., AG 1998, 297, 301.

135 Die Rechtsprechung hat diese Praxis nicht beanstandet: *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1295; *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572.

recht entwickelte Meistbegünstigungstheorie zu begründen,¹³⁶ ist die Rechtsprechung jedoch nicht gefolgt.¹³⁷ Daran ist richtig, dass die gesetzgeberische Entscheidung jedenfalls einer verfassungsrechtlichen Prüfung standhält.¹³⁸ Die Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG greift nur bei Verletzung subjektiver Rechte ein, setzt deren Existenz also voraus, begründet sie aber nicht.¹³⁹ Selbst wenn man davon ausgeht, dass § 36 Abs. 1 GWB drittbeschützende Wirkung entfaltet,¹⁴⁰ kann dessen Schutz doch nur so weit gehen, wie ihn der Gesetzgeber prozessual ausgestaltet hat.¹⁴¹ Solange ein betroffener Dritter keine Verletzung in Grundrechtspositionen geltend machen kann,¹⁴² ist der Garantiebereich von Art. 19 Abs. 4 GG nicht eröffnet.¹⁴³ Trotz aller rechtspolitischen Bedenken werden Drittbetroffene daher mit der Entscheidung des Gesetzgebers leben müssen. Eine richterliche Korrektur kommt allenfalls in krassen Ausnahmefällen des kollusiven Zusammenwirkens zwischen Amt und Zusammenschlussbeteiligten mit Schädigungsabsicht zu Lasten etwaiger Drittbetroffener in Betracht.¹⁴⁴

136 So der Vorschlag von *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 50ff. mit der Folge der Anwendung von § 40 Abs. 6 GWB, so dass sich das Problem eines Ablaufs der Untersagungsfristen nicht stellt (ebenda, 57). Kritisch zur Übertragung des Meistbegünstigungsansatzes auf die Fusionskontrolle: *Immenga, U.*, ZWeR 2003, 100, 102. Vgl. auch *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 234f.

137 *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de, II C (mit ausdrücklicher Erwähnung des Meistbegünstigungsgrundsatzes). Vgl. auch *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*tv kofler*), WuW DE-R 1293, 1294f. Offen gelassen von *BGH*, 28.6.2005 (*Ampere Freigabe*), WuW/E DE-R 1571, 1572 (FN 3) für den Ausnahmefall einer Verletzung des Dritten in subjektiven Rechten.

138 Ausführlich *BGH*, 22.2.2005 (*Zeiss/Leica*), WuW/E DE-R 1544, *OLG Düsseldorf*, 30.6.2004 (*Ampere Beiladung*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de, II A 2 sowie schon *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24. *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 234. A. A. *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 38f.; *Steinberger, H.*, WuW 2000, 345, 350.

139 *Schenke, W.-R.*, in: *Dolzer, R./Vogel, K./Graßhof, K.* (Hrsg.), *Bonner Kommentar*, Art. 19 Abs. 4 GG, Rz. 287 m.w.N.; *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 234.

140 Dazu ausführlich unten *Kap. 4 C*.

141 Vgl. *Veelken, W.*, WRP 2003, 207, 234: „Gegen die nicht materiellrechtliche, sondern verfahrensrechtliche Abgrenzung subjektiver Rechte dürften als solche verfassungsrechtliche Bedenken nicht bestehen.“ Das übersieht *Dormann, U.*, *Drittklagen*, 2000, 39, wenn sie meint, „Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG [garantiere Dritten] einen gerichtlichen Rechtsschutz, der nicht in das Ermessen der handelnden Behörde gestellt sein darf“, „wenn aus dem deutschen Fusionskontrollrecht subjektive Rechte für einzelne Dritte resultieren“. Einschränkend dagegen *dies.*, aaO, 39, FN 54.

142 Dazu unten *Kap. 2 A IV 3*.

143 *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24.

144 So auch das *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644 (insoweit nur abgedruckt in AG 2001, 527, 528); *Meyer-Lindemann, H. J.*, in: *Rieger, H.* (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand: Oktober 2002, § 63 GWB 1999, Rz. 24.

III. Erstes Zwischenergebnis

Das bisherige System des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzes birgt in sich zahlreiche Unstimmigkeiten und regelungstechnische Schwächen. Zwei Hauptsachen sind auszumachen: Zum einen wird der Beiladungsentscheidung für das gerichtliche Verfahren zu große Bedeutung beigemessen, und dies, obwohl es sich um eine – fehleranfällige – Ermessensentscheidung handelt. Zum zweiten erweisen sich bestimmte Differenzierungen auf Tatbestandsseite als nicht sachgerecht. Unterschiedliche Anforderungen gelten für Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde, für erstinstanzliche und Rechtsbeschwerdeberechtigung sowie – neuerdings – für das Verfahren in der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz.

Zweites Kapitel. Einschränkungen des einstweiligen Drittrechtsschutzes durch die Siebte GWB-Novelle

A. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle nach bisheriger Auffassung

Dritte, die auch in Zukunft ihre Interessen im Verfahren der Fusionskontrolle umfassend geltend machen wollen, müssen sich auf die Verletzung eigener Rechte berufen (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005). Andernfalls ist einstweiliger Rechtsschutz gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts in Form der Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden nicht mehr möglich. Damit stellt sich die Frage nach dem drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle (*I - III*) sowie gegebenenfalls nach ihrem Schutzbereich (*IV*).

I. Die Verneinung eines drittschützenden Charakters der Vorschriften über die Fusionskontrolle im *Weichschaum II*-Beschluss des KG

Prägend für die Diskussion um den drittschützenden Charakter der Vorschriften über die Fusionskontrolle war die *Weichschaum*-Rechtsprechung des KG und des BGH in den 70er-Jahren. Gegenstand des Verfahrens war keine Drittbeschwerde im eigentlichen Sinne. Vielmehr handelte es sich um den atypischen Fall, dass sich die veräußernde Gesellschaft von dem selbst geschlossenen Zusammenschlussvertrag lösen wollte. Zu diesem Zweck begehrte sie vom Bundeskartellamt die Untersagung des Zusammenschlussvorhabens. Die erste Entscheidung des Kammergerichts¹ und die des BGH² setzen sich ausschließlich mit der besonderen Rechtsstellung des Veräußerers auseinander.³ Die Argumentation erfolgt dezidiert einzelfallbezogen.⁴ Lediglich die *Weichschaum II*-Entscheidung des Kammergerichts, die Hauptsacheentscheidung, wirft die Frage auf, inwieweit die in §§ 24, 24a GWB 1976 eröffneten Kontrollmöglichkeiten neben dem Allgemeininteresse auch dem Individualschutz sonstiger Dritter, insbesondere von Wettbewerbern dienen. Das Kammergericht kommt zu dem Schluss, dass die Ergebnisse der Zusammenschlusskontrolle zwar auch für Dritte von großer Bedeutung sind.⁵ Die Vorschriften über die Fusionskontrolle dienten aber allein dem öffentlichen Interesse an der Sicherung des Wettbe-

- 1 *KG*, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1637 (Gegenstand war ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung) = AG 1976, 191 mit Anmerkung *Emmerich*, V.
- 2 *BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557f.
- 3 Der BGH bejahte sogar – im Gegensatz zum KG – die Beschwerdebefugnis des Veräußerers mit Rücksicht auf § 24 Abs. 6 GWB 1976 (*BGH*, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1557).
- 4 So auch *Körber*, T., Konkurrentenklage, 1996, 227.
- 5 *KG*, 6.10.1976 (*Weichschaum II*), WuW/E OLG 1758, 1759.