

A. Problemstellung: Von *Tobaccoland* über *NetCologne* zu *E.ON/Ruhrgas* und wieder zurück (*Werhahn*)?

Das Verfahren der Fusionskontrolle dient dem Ausgleich von drei häufig kollidierenden Interessenspositionen: dem öffentlichen Interesse am Erhalt eines funktionsfähigen Wettbewerbs, dem Wunsch der Fusionsparteien nach einer schnellen und verlässlichen Genehmigung ihres Zusammenschlussvorhabens sowie der Sorge dritter Marktbeteiligter vor den Konsequenzen des Entstehens marktbeherrschender Stellungen auf ihre eigene wettbewerbliche Position. Der Schutz des Wettbewerbs als solchem obliegt in erster Linie den Kartellbehörden. Mit gutem Grund hat sich der Gesetzgeber für das System einer präventiven Fusionskontrolle entschieden. Das strenge Fristenregime in § 40 Abs. 1 und 2 GWB kommt dem Interesse der Fusionskandidaten an schneller Rechtsklarheit entgegen. Erlässt das Bundeskartellamt keine ausdrückliche Untersagungsverfügung, gilt das Zusammenschlussvorhaben kraft Gesetzes als freigegeben. Drittbetroffene können auf den Verlauf des Verwaltungsverfahrens in dem Maße Einfluss nehmen, in dem die Kartellbehörde ihnen gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB den Status eines Beigeladenen verleiht. Die Beiladung dient neben dem Individualrechtsschutz nicht zuletzt dem Interesse der Behörde, Marktkennntnisse und Rechtsauffassungen Dritter für die Beurteilung von Zusammenschlussvorhaben nutzbar zu machen.¹ Darüber hinaus vermittelt die Anhörung Dritten das Gefühl, ihr Anliegen werde ernst genommen. Positive Folgen sind eine erhöhte Akzeptanz auch anders lautender Entscheidungen sowie größeres Vertrauen in die Arbeit der Wettbewerbsbehörden.² Zu einer wesentlichen Verbesserung der Rechtsstellung Drittbetroffener kam es im Rahmen der Sechsten GWB-Novelle. Die Ausgestaltung der Freigabeentscheidung im Hauptprüfverfahren als anfechtbare Verfügung mit Begründungs- und Veröffentlichungspflicht entsprach dem europäischen Vorbild.³ Ziel war eine höhere Transparenz im Verfahren sowie die Erweiterung des Rechtsschutzes der von einer Freigabeverfügung betroffenen Dritten.⁴

- 1 Vgl. *OLG Düsseldorf*, 21.12.2005 (*Beiladungsantrag ARD*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.olg-duesseldorf.de, II A. Kritisch *Möschel*, W., WuW 2006, 115, der vor der Gefahr einer Irreführung der Kartellbehörden beispielsweise bei der Abgrenzung des relevanten Marktes warnt.
- 2 Vgl. *Lange*, K. W., in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 900.
- 3 Vgl. Art. 8 FKVO sowie *Mestmäcker*, E.-J./*Veelken*, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 40, Rz. 3.
- 4 *Bundesregierung*, Begr. 6. GWB-Nov., BT-Drucks. 13/9720, 44.

Als wenig durchdacht erwies sich die Erstreckung der unausgereiften Regelung der kartellverwaltungsrechtlichen Drittbeschwerde auf das Verfahren der Fusionskontrolle. Beispielhaft seien die unklaren und in den Details hoch umstrittenen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde genannt. Wissenschaft und Praxis ist es bislang nicht gelungen, die konstatierten Unzulänglichkeiten und Widersprüche des kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutzsystems in einem systematisch stimmigen Gesamtgefüge aufzulösen. Mit völlig neuen Fragen sah sich die Praxis konfrontiert, als Drittunternehmen dazu übergingen, ihre gegen eine Fusionsgenehmigung gerichteten Anfechtungsbeschwerden mit dem Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu verbinden. Erstmalig gab das OLG Düsseldorf im Verfahren *NetCologne*⁵ dem Antrag eines Drittbeschwerdeführers auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung statt. Folge war der vorläufige Stopp des Zusammenschlussvollzugs. Das KG hatte die Möglichkeit einstweiligen Drittrechtsschutzes in der Fusionskontrolle im Fall *Tobaccoland*⁶ noch ausgeschlossen. Den Höhe- und Schlusspunkt einer Serie stattgebender Entscheidungen markieren die einstweiligen Anordnungen des OLG Düsseldorf im Ministererlaubnisverfahren *E.ON/Ruhrgas*.⁷ Die Umstände dieses Verfahrens – die dritten Beschwerdeführer hatten sich durch finanzielle Zugeständnisse zur Rücknahme ihrer Rechtsmittel bewegen lassen – waren der Auslöser für den vor allem vom damaligen Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit geäußerten Wunsch nach einer „Stärkung der Ministererlaubnis“.⁸ Er bildete den Ausgangspunkt für die Diskussion um eine Einschränkung des Drittrechtsschutzes durch die Siebte GWB-Novelle. Sie mündeten schließlich in die in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 normierte Verschärfung der Antragsvoraussetzungen im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes Dritter gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Danach hat der dritte Antragsteller nunmehr eine Verletzung in eigenen Rechten geltend zu machen. Den ersten Stellungnahmen in der Literatur zufolge müssen die praktischen Konsequenzen der Gesetzesänderung als offen beurteilt werden.⁹ Die bislang ganz herrschende Meinung verneint die Existenz subjektiv-öffentlicher Drittrechte in der Fusionskontrolle. OLG Düsseldorf und BGH haben diese Linie erst kürzlich im Zusammenhang mit Anträgen auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Freigabe des Zusammenschlussvorhabens *Werhahn* bekräf-

5 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665ff.

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

7 OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885ff.; aufrechterhalten durch OLG Düsseldorf, 18.9.2002 (*E.ON/Ruhrgas III*), WuW/E DE-R 943ff.

8 Vgl. FDP-Fraktion, Kl. Anfrage Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/381 sowie Bundesregierung, Antw. Ministererlaubnis, BT-Drucks. 15/448..

9 So zeigt sich Zöttl, J., WuW 2004, 474, 482 „überrascht“ über die Bezugnahme auf Rechte Dritter in der Fusionskontrolle; Steffens, O./Boos, A., ZWer 2004, 431, 450: "widersprüchliche Regel in § 65 Abs. 3 GWB nF."; Kapp, T./Meßmer, S. E., WuW 2004, 917, 920: „Üngereimtheit“.

tigt.¹⁰ Neben weiteren drittschutzrelevanten Änderungen im Rahmen der Siebten GWB-Novelle sei hier auf den neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 hingewiesen. Er droht, das OLG Düsseldorf des hoch wirksamen Rechtsschutzinstruments weitergehender einstweiliger Anordnungen zu berauben.

Das Anliegen der vorliegenden Arbeit besteht zunächst darin, Unzulänglichkeiten des bestehenden drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle zu analysieren und Vorschläge für eine Neuausrichtung *de lege lata* zu unterbreiten. Eingehender Untersuchung bedürfen weiterhin die im Rahmen der Siebten GWB-Novelle erfolgten Modifikationen mit Bezug zum einstweiligen Drittrechtsschutz. Es gilt, die beteiligten Interessen auf der Grundlage des novellierten Gesetzes in einen angemessenen Ausgleich zu bringen. Bei aller berechtigter Sorge vor den Konsequenzen ausufernden Drittrechtsschutzes darf nicht übersehen werden, dass sich die erwünschte kritische Auseinandersetzung in der Öffentlichkeit einschließlich wirksamer gerichtlicher Kontrolle von Fusionsgenehmigungen in erster Linie der Initiative von Drittbetroffenen verdankt.¹¹ Im Idealfall kommt es dadurch zu einer Stärkung des Wettbewerbsschutzes. Der zu entwickelnde Lösungsvorschlag muss daher einen Mittelweg zwischen Hypertrophie des Drittrechtsschutzes einerseits und einer einseitigen Privilegierung der Interessen der Zusammenschlussbeteiligten andererseits finden. Als entscheidend erweist sich dabei die sorgfältige Eingrenzung desjenigen Personenkreises, der unter genau zu definierenden tatbestandlichen Voraussetzungen über das schneidige Instrument des einstweiligen Rechtsschutzes verfügen soll.

B. Gang der Untersuchung

Der erste Teil der Arbeit gilt einer Bestandsaufnahme zu drittschutzrelevanten Fragen in der Fusionskontrolle. Sie wird eröffnet durch eine kritische Betrachtung der Systematik des fusionskontrollrechtlichen Verfahrensrechts im Ganzen (erstes Kapitel). Das zweite Kapitel geht auf diejenigen Änderungen ein, mit denen der Gesetzgeber der Siebten GWB-Novelle Auswüchse des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes zu begrenzen sucht. Im Mittelpunkt der Überlegungen stehen das Tatbestandsmerkmal der subjektiven Rechtsverletzung und seine Behandlung durch Wissenschaft und Praxis. Außerdem ist die Frage aufzuwerfen, welche Konsequenzen der Wegfall der bisher vom OLG Düsseldorf in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage für den Erlass sonstiger einstweiliger Anordnungen hat. Der zweite Teil

10 *Bundeskartellamt*, 22.8.2005 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de; *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1645; *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter www.bundesgerichtshof.de.

11 Vgl. *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 32: „Es besteht nach wie vor ein hohes öffentliches Interesse an der öffentlichen Diskussion und gerichtlicher Überprüfbarkeit von Freigabeentscheidungen des Bundeskartellamts und Ministererlaubnissen nach § 42.“

der Arbeit ist dem Versuch einer Neukonzeption des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts gewidmet. Unter dem Titel „Grundlagen“ erfolgt im einleitenden dritten Kapitel zunächst eine Auseinandersetzung mit literarischen Vorschlägen, die die im ersten Teil konstatierten Missstände abmildern oder gar beseitigen sollen. Es schließt sich eine Vorstellung der beiden Axiome des eigenen Lösungsvorschlags an. Das neue Merkmal der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten durch eine Freigabeverfügung ist Thema des vierten Kapitels. Im Zentrum steht dabei der Versuch, eine drittschützende Wirkung des materiellen Untersagungskriteriums in der Fusionskontrolle zu begründen. Darüber hinaus ist der Schutzbereich der potentiell drittschützenden Vorschrift § 36 Abs. 1 GWB näher zu bestimmen. Das fünfte Kapitel geht auf Konsequenzen und Detailprobleme ein, die sich aufgrund der Neukonzeption für das Beiladungsrecht und das Recht der Anfechtungsbeschwerde ergeben. Das sechste Kapitel behandelt schließlich die Frage, auf welcher Rechtsgrundlage und unter welchen Voraussetzungen das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes nach Einfügung von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 in Zukunft noch weitergehende Anordnungen zur Verhinderung eines De-facto-Vollzugs von vorläufig gestoppten Zusammenschlussvorhaben erlassen kann.