

Drittschutzes in der Fusionskontrolle darf nicht aus den Augen verloren werden. Ziel muss ein in sich stimmiges Gesamtsystem sein.

## B. Eigener Lösungsvorschlag im Überblick

Die hier vorgeschlagene Lösung setzt sich aus zwei Elementen zusammen. *Erstes Element*: Man setze das Tatbestandsmerkmal der „Berührung in eigenen Rechten“ mit dem Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ gleich. Mit anderen Worten: Als in seinen subjektiven Rechten verletzt gilt, wer von dem Zusammenschluss (genauer: seiner fusionskontrollrechtlichen Genehmigung) nachteilig und erheblich in seinen Interessen betroffen wird. *Zweites Element*: Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung ist materielle Zulässigkeitsvoraussetzung auch der Anfechtungsbeschwerde. Das erste Element dient vorrangig dem Anliegen, den Kreis derjenigen Dritten zu bestimmen, die auch nach Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle die Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen Fusionsfreigaben des Bundeskartellamts beantragen können. Das zweite Element verwirklicht die Forderung nach einem stimmigen Gesamtgefüge des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Zusammenschlusskontrolle.

Die Gleichsetzung des in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB normierten Tatbestandsmerkmals der „erheblichen Interessenberührung“ mit der Voraussetzung der „subjektiven Rechtsverletzung“ (*erstes Element*) verlangt nach folgender Klarstellung. Es wäre wenig überzeugend, wenn man auch solche Dritte für anfechtungsbefugt hielte, deren Wettbewerbslage durch den Ausgang des Verfahrens zwar erheblich, aber nicht negativ beeinflusst wird.<sup>71</sup> Es bedarf daher einer zusätzlichen Einschränkung des anfechtungsbefugten Personenkreises anhand des Merkmals der Nachteilhaftigkeit. Die herrschende Meinung behilft sich dabei mit dem eigentlich aus dem Rechtsmittelrecht stammenden<sup>72</sup> Erfordernis der „materiellen Beschwer“ und versteht darunter eine „nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen“.<sup>73</sup> Die hier vorgeschlagene Lösung fordert als befugnisbegründendes Merkmal die Geltendmachung einer „Verletzung in eigenen Rechten“ (*zweites Element*). Sie kann daher auf einen zusätzlichen Prüfungspunkt verzichten. Das Kriterium der Rechtsverletzung

71 Nach herrschender Meinung kommt eine (einfache!) Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung sowohl in den Fällen einer negativen als auch einer positiven Beeinflussung der Wettbewerbslage durch das Verfahrensergebnis in Betracht (KG, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357; *Bracher, C.-D.*, in: Glassen, H./Hahn, H. v./Kersten, H.-C./Rieger, H. (Hrsg.), *FrankfKom*, Stand d. Bearb.: März 2006, § 54 GWB 2005, Rz. 55; *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 54, Rz. 8; *Becker, C.*, in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 54, Rz. 18).

72 Siehe unten C I I.

73 BGH, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (m.w.N.). Siehe auch schon oben Kap. 1 B I 3 sowie unten Kap. 4 D II.

schließt nämlich sowohl das Element der Nachteilhaftigkeit als auch der Betroffenheit mit ein.<sup>74</sup> Die Gleichstellung von erheblicher Interessenberührung und *Rechtsverletzung* bedeutet damit zugleich, dass nur solche Dritten die materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen der kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde erfüllen, auf deren Wettbewerbslage sich der Ausgang des Verfahrens *nachteilig* auswirken kann. Nur sie können eine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen. Daher sei noch einmal betont, dass die hier zugrunde gelegte Identifikation der Tatbestandsmerkmale subjektive Rechtsverletzung und erhebliche Interessenberührung folgende Präzisierung erfährt: Ein Drittunternehmen gilt nur dann als in eigenen Rechten betroffen wenn es nicht nur erheblich, sondern außerdem *nachteilig* in seinen Interessen berührt ist.<sup>75</sup>

## I. Erstes Anliegen: Beseitigung der analysierten Unstimmigkeiten im System des Drittrechtsschutzes

Die hier vorgeschlagene Lösung führt zur Beseitigung der im ersten Kapitel analysierten Unstimmigkeiten im Gesamtgefüge des Drittrechtsschutzes.

### 1. Zulässigkeit der Anfechtungsbeschwerde ist unabhängig vom Ermessen der Kartellbehörde

Kombiniert man die Gleichsetzung der Tatbestandsmerkmale *nachteilige erhebliche Interessenberührung* und *Verletzung in eigenen Rechten* mit dem Institut der notwendigen Beiladung<sup>76</sup>, so entfallen diejenigen Ungerechtigkeiten, die bislang aus der Ermessensabhängigkeit der (einfachen) Beiladung resultieren. Auf den Status des (notwendig) Beigeladenen haben all diejenigen Dritten einen Anspruch, bei denen eine erhebliche Interessenberührung in negativer Weise als Folge der Entscheidung möglich erscheint.<sup>77</sup> Die Beteiligung am Verwaltungsverfahren als formelle

74 So schon *Bettermann*, K. A., *Beschwer*, 1970, 22 (unter Aufgabe seiner früher vertretenen Auffassung). Ihm folgend *Kohlmeier*, A., *Beschwer*, 1997, 50ff., 100 und *Dormann*, U., *Drittklagen*, 2000, 109 (die beide ebenfalls die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten als Voraussetzung für die kartellverwaltungsrechtliche Anfechtungsbeschwerde fordern).

75 Die praktische Bedeutung dieser Einschränkung dürfte gering sein. Beispiele aus der Entscheidungspraxis des Bundeskartellamts, in denen der Zusammenschluss zweier Unternehmen sowohl erhebliche als auch günstige Auswirkungen auf ein Drittunternehmen hat, sind nicht ersichtlich. Die Entscheidung des KG, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357 betraf die Beiladung (wegen möglicher Begünstigungen durch ein etwaiges Verbot) zu einem Untersagungsverfahren nach § 1 GWB 1990.

76 Zu seiner Herleitung unten *Kap. 5 A I*.

77 Zu den praktischen Konsequenzen einer größeren Anzahl notwendig beizuladender Dritter unten *Kap. 5 A II*.

Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde („Beschwerdeberechtigung“) stellt für sie keine Hürde mehr dar, die vom Ermessen des Amtes abhängt.

Die praktischen Konsequenzen lassen sich an den oben<sup>78</sup> eingeführten Fallbeispielen erläutern: Die **Unternehmen A und C**, Abnehmer der Zusammenschlussbeteiligten, können geltend machen, durch die in Betracht kommende Freigabeentscheidung nachteilig und erheblich in ihren Interessen berührt zu sein. Nach der hier vertretenen Lösung ist dieser Intensitätsgrad von Drittbetroffenheit gleichzusetzen mit der Geltendmachung einer (möglichen) Verletzung in eigenen Rechten. Damit sind beide Unternehmen obligatorisch zum Fusionskontrollverfahren vor dem Bundeskartellamt bzw. dem Ministererlaubnisverfahren beizuladen. Ermessen steht der Kartellbehörde insoweit nicht zu. Das hat auch für etwaigen gerichtlichen Rechtsschutz Bedeutung. Durch die ausgesprochene Beiladung erfüllt nicht nur A, sondern auch C die formelle Voraussetzung, um eine Anfechtungsbeschwerde einlegen zu können. Beide Unternehmen sind anfechtungsberechtigt. Da sie auch die materielle Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten in Form der nachteiligen erheblichen Interessenberührung durch den in Betracht kommenden Ausgang des Verfahrens erfüllen, sind sie gleichzeitig anfechtungsbefugt. Darüber hinaus genügen A und C aber auch den gleichlautenden materiellen Anforderungen an die Verpflichtungsbeschwerde sowie den einstweiligen Rechtsschutz gemäß § 63 Abs. 2 Satz 1 und § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Schließlich erfüllen sie die Voraussetzung des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Das garantiert ihnen den Status von Beteiligten am Verfahren vor dem Beschwerdegericht und damit gemäß § 76 Abs. 1 GWB auch die Berechtigung, die Rechtsbeschwerde zu erheben.

## 2. Keine formalisierte Anfechtungsbefugnis

Anders als nach herrschender Meinung genügt nach der hier vertretenen Lösung eine bloße nachteilige Interessenberührung für die Anfechtungsbefugnis nicht. Erforderlich ist vielmehr, dass der Dritte geltend machen kann, durch das mögliche Verfahrensergebnis sowohl nachteilig als auch erheblich in seinen Interessen berührt zu sein (Geltendmachung einer möglichen Verletzung in eigenen Rechten). Damit haben die Gerichte im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung die Möglichkeit, die Anfechtungsbeschwerden derjenigen Dritten auszusondern, die zwar zum Verwaltungsverfahren beigelegt wurden, deren Betroffenheit aber nicht dem Erfordernis der Erheblichkeit entspricht. Aus demselben Grund entbehren sie auch den Status eines am Beschwerdeverfahren Beteiligten, der seinerseits Voraussetzung für die Möglichkeit ist, Rechtsbeschwerde einzulegen (§§ 76 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB).

Zur Veranschaulichung sei an die Situation des **Unternehmens B** erinnert. Erst nach der Neukonzeption erweist sich seine Rechtstellung im Vergleich zu derjenigen von A und C als weniger günstig. Die Tatsache, dass es als lediglich einfach in

78 Kap. 1 C I.

seinen Interessen berührtes Drittunternehmen zum Verwaltungsverfahren beigelegt wurde, nützt ihm für ein etwaiges Gerichtsverfahren nicht viel. Zwar steht ihm aufgrund seiner Stellung als Beigeladener zum Verwaltungsverfahren die formelle Beschwerdeberechtigung zu. Aus ihr wird aber nicht – wie bislang – quasi automatisch die Anfechtungsbefugnis gefolgt („formalisierte Beschwerdebefugnis“).<sup>79</sup> Vielmehr prüft das Gericht unter dem Prüfungspunkt „Beschwerdebefugnis“ mit dem aus dem Verwaltungsprozess bekannten materiellen Kriterium der Verletzung in eigenen Rechten (§ 42 Abs. 2 VwGO). Der Beschwerdeführer hat darzulegen, dass seine nachteilige Betroffenheit in wirtschaftlichen Belangen durch den möglichen Verfahrensausgang den – im Vergleich zur bisherigen Rechtslage – strengeren Anforderungen der nachteiligen und erheblichen Interessenberührung genügt. Das Unternehmen B dürfte also trotz seiner Beiladung an den Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde scheitern. Es erfüllt nicht die vom Gericht zu prüfenden materiellen Voraussetzungen des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB, auf den § 63 Abs. 2 GWB verweist.<sup>80</sup> Ohne erhebliche Interessenberührung scheitert das Unternehmen B auch an der materiellen Voraussetzung, von der die Beteiligtenstellung im gerichtlichen Verfahren abhängt (§ 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB). Ohne sie ist B die Möglichkeit verwehrt, Rechtsbeschwerde einzulegen (§§ 71 Abs. 1 i. V. m. 67 Abs. 1 GWB).

### 3. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde

Die Neukonzeption beseitigt den beklagten Unterschied zwischen den materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen von Anfechtungs- und Verpflichtungsbeschwerde („Beschwerdebefugnis“). Nach der hier vertretenen Auffassung stehen beide unter der Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in subjektiven Rechten. Sie ist gegeben, wenn der betroffene Dritte sich auf die Möglichkeit einer nachteiligen und erheblichen Berührung seiner Interessen berufen kann.

Die oben dargestellte unterschiedliche Behandlung der **Unternehmen A und D** durch die herrschende Meinung entfällt. Die Beschwerde des D ist auch dann zulässig, wenn es sich darauf beschränkt, lediglich auf Erlass weiterer drittschützender Auflagen zu klagen. Es bedarf nicht zwingend der Anfechtung der gesamten Freigabeverfügung bzw. Ministererlaubnis.

79 Die herrschende Meinung lässt hier Einschränkungen lediglich anhand des wenig anspruchsvollen Kriteriums der (einfachen) nachteiligen Betroffenheit in wirtschaftlichen Interessen zu (sog. „materielle Beschwer“). Siehe oben *Kap. 1 B I 3* und unten *Kap. 4 D II*.

80 Ausführlich sogleich unten *C II*.

#### 4. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen von Verpflichtungs- und Rechtsbeschwerde

Auch die widersprüchliche Unterscheidung zwischen den an die Zulässigkeit der Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache und der Rechtsbeschwerde zu stellenden materiellen Anforderungen entfällt. Der in § 76 Abs. 1 GWB verwandte Begriff des „Beteiligten“ als Voraussetzung für die Rechtsbeschwerde ist in der Vorschrift § 67 Abs. 1 GWB gesetzlich definiert. Wiederum gilt, dass der formale Akt der Beiladung bei Drittbetroffenen nicht ausreicht. Hinzutreten muss das in der Vorschrift des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB ausdrücklich wiederholte materielle Kriterium der erheblichen Interessenberührung.<sup>81</sup> Da dieses Merkmal nach der hier vorgeschlagenen Lösung mit der Voraussetzung einer Verletzung in subjektiven Rechten gleichzusetzen ist, handelt es sich um dieselbe materielle Voraussetzung, die der Dritte gemäß § 63 Abs. 3 GWB auch bei Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde in der Hauptsache erfüllen muss.

Legt man dieses Verständnis zugrunde, so erfüllt das **Unternehmen D** nicht nur die formellen und materiellen Zulässigkeitsvoraussetzungen einer etwaigen Rechtsbeschwerde, sondern auch der erstinstanzlichen Verpflichtungsbeschwerde selbst.

#### 5. Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren und des Antrags auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes

Schließlich mildert die hier vorgeschlagene Lösung auch das vom Gesetzgeber selbst bedauerte Auseinanderfallen der Voraussetzungen von Anfechtungsbeschwerde im Hauptsacheverfahren und der Gewährung einstweiligen Drittrechtsschutzes durch Anordnung der aufschiebenden Wirkung ab.<sup>82</sup> Schon für die Anfechtungsbefugnis nach § 63 Abs. 2 GWB bedarf es der Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung in Form der nachteiligen erheblichen Interessenberührung. Dieselbe Voraussetzung findet sich in dem neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 wieder,

81 Insofern hat der Gesetzgeber das Verhältnis zwischen den das Verwaltungsverfahren betreffenden Vorschriften §§ 63 Abs. 2 und 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB sowie den das Beschwerdeverfahren regelnden Vorschriften §§ 76 Abs. 1 und 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB parallel ausgestaltet. Die in der jeweils zuerst genannten Vorschrift verwendete Tatbestandsvoraussetzung der „Beteiligung“ wird in der zweiten Vorschrift durch zwei Elemente näher konkretisiert: Beiladung und erhebliche Interessenberührung. Ausführlich zum Ganzen sogleich unten *Kap. 3 C II*.

82 Die endgültig verabschiedete Fassung des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 differenziert zusätzlich zwischen Anträgen auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden gegen Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts und Fusionserlaubnissen durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Die Neukonzeption gebietet auch insofern einem weiteren Auseinanderfallen der Zulässigkeitsvoraussetzungen Einhalt.

wo der Gesetzgeber eine Verletzung in eigenen Rechten ausdrücklich zur Voraussetzung macht.

## II. Zweites Anliegen: Die gerichtliche Anordnung der aufschiebenden Wirkung von Drittbeschwerden bleibt möglich

Auch dem zweiten Anliegen wird entsprochen: Drittunternehmen, die geltend machen können, dass die möglicherweise rechtswidrige Fusionsfreigabe sie erheblich und nachteilig in ihren Interessen berührt, erfüllen die neue Voraussetzung in § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005. Sie können daher auch weiterhin individuellen Rechtsschutz mit dem hochwirksamen Mittel der einstweiligen Anordnung der aufschiebenden Wirkung gegenüber Freigabeverfügungen des Bundeskartellamtes erlangen. Anders als zur Voraussetzung der subjektiven Rechtsverletzung existiert zur Auslegung des Tatbestandsmerkmals der erheblichen Interessenberührung Dritter in Verfahren der Fusionskontrolle eine umfangreiche Praxis und Rechtsprechung.<sup>83</sup> Es wird noch zu untersuchen sein, ob der großzügige Umgang der Praxis mit diesem Kriterium Bestand haben kann. Möglicherweise bedarf es in manchen Fällen einer strengeren Selektion derjenigen Dritten, die sich auf eine Verletzung in eigenen Rechten berufen können. Dabei handelt es sich um die Frage der Schutzbereichsbestimmung.<sup>84</sup> Selbst wenn man den Kreis der Dritten, die in den Genuss der gesamten Palette an Rechtsschutzinstrumenten kommen sollen, am Merkmal der *erheblichen* Interessenberührung enger zöge als das bislang im Hinblick auf die Rechtsfolge der Beiladung geschieht, stellt sich dennoch die Rechtslage gerade für die besonders intensiv betroffenen Dritten günstiger dar als das bei Beibehaltung der derzeit herrschenden strengen Anforderungen an das Tatbestandsmerkmal der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten der Fall ist. Zu klären bleibt allerdings noch, ob das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes auch nach Einführung von § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 auf das Instrument der weitergehenden einstweiligen Anordnungen zurückgreifen kann.<sup>85</sup>

## III. Zusammenfassung

Das bisherige System des fusionskontrollrechtlichen Drittrechtsschutzes unterscheidet u. a. drei Intensitätsstufen der Drittbetroffenheit: (1) Die Geltendmachung einer erheblichen Interessenberührung durch den in Betracht kommenden Verfahrensausgang ist Voraussetzung für die Beiladung. Diese ist ihrerseits formelle Zuläs-

83 Vgl. die zahlreichen Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 37ff. sowie unten *Kap. 4 D II*.

84 Siehe unten *Kap. 4 D III*.

85 Siehe oben *Kap. 2 F* und unten *Kap. 6 B*.

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

### C. Vereinbarkeit der Neukonzeption mit Wortlaut und Systematik des Gesetzes

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

#### I. Das Erfordernis einer materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anfechtungsbeschwerde

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