

gemeldeten Zusammenschluss zu vollziehen.⁵⁶ Zusätzlich erließ das Gericht weitergehende einstweilige Anordnungen auf der Grundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 Nr. 3 GWB 1999.⁵⁷ Keinen einstweiligen Rechtsschutz gewährte das OLG Düsseldorf dagegen im Fall *Rethmann*⁵⁸ sowie jüngst – allerdings auf Grundlage des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 – im Verfahren *Werhahn*.⁵⁹

B. Drittetroffenheit und Beteiligungsrechte

I. Das Verhältnis von Drittetroffenheit und Verfahrensrechten

Das GWB unterscheidet auf Tatbestandsebene verschiedene Intensitätsstufen der Drittetroffenheit. Auf der Rechtsfolgenseite sind ihnen bestimmte Beteiligungsrechte zugeordnet, die eine mehr oder weniger starke Einflussnahme auf das Verfahrensergebnis ermöglichen. In Anlehnung an *K. Schmidt*⁶⁰ und unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung lässt sich eine Steigerungsskala entwerfen, welche die Korrelation zwischen der Betroffenheit durch ein Zusammenschlussvorhaben und den jeweiligen Verfahrensrechten Dritter veranschaulicht:

1. Dritte ohne irgendeine rechtlich relevante Betroffenheit

Quivis ex populo („jedermann“) hat keine Möglichkeit, sich aktiv am Fusionskontrollverfahren zu beteiligen.⁶¹ Möglich ist aber eine passive Form der Beteiligung.

56 OLG Düsseldorf, 11.4.2001 (*NetCologne I*), WuW/E DE-R 665; OLG Düsseldorf, 25.6.2001 (*Trienekens*), WuW/E DE-R 681, 682; OLG Düsseldorf, 11.7.2002 (*E.ON/Ruhrgas I*), WuW/E DE-R 885.

57 Ausführlich zu deren Bedeutung sowie zu den Auswirkungen des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 auf die Kompetenz des Beschwerdegerichts zum Erlass einstweiliger Anordnungen, die über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung hinausgehen: unten *Kap. 2 F* und *Kap. 6 B*.

58 OLG Düsseldorf, 4.9.2002 (*Rethmann*), WuW/E DE-R 945.

59 Dass., 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644ff. Auch in diesem Verfahren hatte die Antragstellerin zusätzlich den Erlass weitergehender einstweiliger Anordnungen beantragt.

60 Vgl. *Schmidt, K.*, Drittschutz, 1992, 31.

61 Das ist anders zum Beispiel im Verfahren zur Anerkennung von Wettbewerbsregeln gemäß §§ 24ff. GWB. Soweit die Kartellbehörde eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführt, haben nicht nur die am Verfahren Beteiligten ein Rederecht. Vielmehr steht es jedermann frei, Einwendungen gegen deren Anerkennung zu erheben, § 25 Satz 3 GWB. Selbstverständlich ist es jedoch auch im Hinblick auf die Fusionskontrolle nicht ausgeschlossen, dass sich sonstige Dritte mit einer formlosen Anzeige an eine Kartellbehörde wenden, um beispielsweise auf den Vollzug eines nicht angemeldeten Zusammenschlussvorhabens hinzuweisen. Missverständlich ist insofern die Formulierung bei *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 529: „Quivis ex populo soll eben nicht beigeladen, sondern bestenfalls angehört werden“. Auch die Anhörung ist gemäß

Im Kartellverwaltungsverfahren ist das Bundeskartellamt grundsätzlich frei, sich geeignet erscheinender Informations- und Beweismittel zu bedienen. Lediglich das Merkmal der „Erforderlichkeit“ markiert eine gewisse Grenze, §§ 57, 59 GWB. So können Vertreter dritter Unternehmen als Zeugen gehört werden und Auskunftsverlangen an dritte Unternehmen gerichtet werden.⁶²

2. Dritte, die „von dem Verfahren berührt“ werden

Ihnen kann die Kartellbehörde gemäß § 56 Abs. 2 GWB Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Anders als im Fall des § 25 GWB handelt es sich nicht um eine obligatorische, sondern lediglich um eine fakultative Anhörung. Nach allgemeiner Ansicht wird der Kreis der in Betracht kommenden berührten Dritten weit gezogen. Hierunter fallen beispielsweise auch Arbeitnehmer⁶³ oder Verbraucher⁶⁴.

3. Dritte, „deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden“

Sie können auf Antrag zum Kartellverwaltungsverfahren beigeladen werden, § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. In den meisten Fällen erfolgt die Beiladung vor Abschluss des Verfahrens.⁶⁵ In diesen Fällen genügt es, dass die Interessenberührungen als Folge

§ 56 Abs. 2 GWB an bestimmte tatbestandsmäßige Voraussetzungen gebunden (siehe sogleich unten 2).

- 62 Dass diese Form der Verfahrensbeteiligung nicht immer nur auf Gegenliebe bei den in Anspruch genommenen Unternehmen stößt, zeigen entsprechende Beschwerden (dritter) Unternehmen gegen an sie gerichtete Auskunftsverfügungen: Z. B. Auskunftsverlangen gegenüber dritten Unternehmen zur Erlangung von Informationen über verdachtsbetroffene Unternehmen: *KG*, 12.5.1981 (*Olga Tschechowa*), WuW/E OLG 2613; Auskunftsverlangen über beherrschendes Unternehmen: *OLG Düsseldorf*, 27.4.2001 (*Müllverbrennungsanlage*), WuW/E OLG 677; Auskunftsverlangen nach Abschluss des Verwaltungsverfahrens: *OLG Düsseldorf*, 30.4.2002 (*Blitz-Tip*), WuW/E DE-R 900 (unzulässig) einerseits, *KG*, 10.2.1982 WuW/E OLG 2767, 2769f. *KG*, 5.3.1986 WuW/E OLG 3821, 3824f.; *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1167 (zulässig) andererseits. Möglich ist die Anfechtung eines Beweisbeschlusses oder eines Auskunftsverlangens mit der Beschwerde gemäß § 63 Abs. 1 GWB nur durch die Adressaten der Verfügung. So können sich insbesondere die Hauptbeteiligten im Verfahren der Fusionskontrolle nicht gegen eine entsprechende Inanspruchnahme Dritter wehren (*Schmidt*, K., in: *Mestmäcker*, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 57, Rz. 30; *Klaue*, S., in: *Immenga*, U./*Mestmäcker*, E.-J. (Hrsg.), 2001, § 59, Rz. 66).
- 63 *KG*, 16.2.1960 (*IG Bergbau*), WuW/E OLG 339, 342; vgl. auch schon Beschluss der Einspruchsabteilung des *BKartA*, 3.7.1959 (*Gewerkschaft*), WuW/E *BKartA* 70ff.; *Schmidt*, K., in: *Immenga*, U./*Mestmäcker*, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 56, Rz. 22; *Junge*, W., in: *Benisch*, W. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 53 GWB 1980, Rz. 3.
- 64 *Schmidt*, K., aaO; *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 491.
- 65 Siehe sogleich unten sowie *Kap. 5 A II* zur Möglichkeit einer Beiladung bis zur Bestandskraft der Entscheidung.

der mindestens denkbaren Entscheidung möglich ist.⁶⁶ Im Fall der Fusionskontrolle gilt daher: Der die Beiladung beantragende Dritte muss geltend machen, im Fall einer Fusionsgenehmigung durch den Vollzug des Zusammenschlussvorhabens erheblich in seinen Interessen berührt zu sein.⁶⁷ Die Entscheidung liegt im Ermessen der Kartellbehörde.⁶⁸ Man spricht von der sog. „einfachen Beiladung“. Rechtsfolge der Beiladung ist ihre Stellung als Beteiligte am Verwaltungsverfahren.⁶⁹ Sie beinhaltet das Recht, die Verfahrensakte einzusehen,⁷⁰ Stellungnahmen abzugeben,⁷¹ Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften zu erhalten⁷² und an Anhörungen teilzunehmen.⁷³ Im Fall des Ministererlaubnisverfahrens kann gegen seinen Willen nicht von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden.⁷⁴ Die Stellung als Beteiligter im Verwaltungsverfahren hat weiterhin wesentliche Bedeutung für die Möglichkeit, Anfechtungsbeschwerde einzulegen und sich am gerichtlichen Verfahren zu beteiligen. Nach herrschender Meinung ist zu unterscheiden zwischen der Beschwerdeberechtigung einerseits und der Beschwerdebefugnis andererseits. Erste-

66 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. 56. Vgl. KG, 22.8.1980 (*Sonntag Aktuell*), WuW/E OLG 2356, 2357 (Beiladung zu einem Missbrauchsverfahren): Hinsichtlich der Interessenberührung „muss auf Beeinträchtigungen abgestellt werden, die im konkreten Fall unter sachgerechter Berücksichtigung aller Umstände möglich erscheinen.“

67 Die herrschende Meinung verlangt keine negative Interessenberührung (KG, 21.9.1994 (*Beiladung RTL II*), WuW/E OLG 5355, 5357; Bracher, C.-D., aaO, Rz. 55). Legt man diese Auffassung zugrunde, so kann das Bundeskartellamt einen Dritten, der sich erhebliche Begünstigungen seiner Wettbewerbsposition durch die Freigabe eines angemeldeten Zusammenschlussvorhabens verspricht, ebenfalls zum Verfahren beiladen.

68 KG, 24.6.1960 (*Exportförderung*), WuW/E OLG 392, 394; KG, 6.12.1968 (*Autoschmiermittel*), WuW/E OLG 964, 968f.; Schmidt, K., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 54, Rz. 44 m.w.N; Bracher, C.-D., aaO, Rz. 68ff.; Junge, W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 20; Scholz, R., Wirtschaftsaufsicht, 1971, 81.

69 Schmidt, K., aaO, Rz. 35; Junge, W., in: Benisch, W. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 51 GWB 1980, Rz. 23. Vgl. auch den Spezialfall KG, 3.12.1974 (*Saba*), WuW/E OLG 1548, 1548f.: Beteiligung des Dritten auch am Beschwerdeverfahren gegen einstweilige Anordnung der Kartellbehörde – Zwischenmaßnahme –, obwohl Beiladung zum Hauptverfahren erst nach Einlegung der Beschwerde erfolgt war.

70 Vgl. § 29 VwVfG. Dieses Recht ist weit auszulegen und umfasst nicht nur die eigentliche Verfahrensakte, sondern alle mit dem Verfahrensgegenstand in Zusammenhang stehenden Akten, die für die Entscheidung von Bedeutung sein können, also auch beigezogene und Vorakten (KG, 19.8.1986 (*Air Liquide*), WuW/E OLG 3908, 3910).

71 § 56 Abs. 1 GWB.

72 Becker, C., in: Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.), GWB, 2006, § 56, Rz. 6.

73 Deutlich insofern § 56 Abs. 3 Satz 1 GWB 1999. Das OLG Düsseldorf, 5.7.2000 (SPNV), WuW/E DE-R 523, 527 nennt als mit der Stellung als Beteiligter am Verwaltungsverfahren verbundenen Rechten das „Vortragsrecht, Recht auf Schriftsatz- und Entscheidungsabschriften, auf Akteneinsicht und evtl. die Beschwerdebefugnis.“ Vgl. auch *dass.*, 16.6.2004 (VDZ-Wettbewerbsregeln), WuW/E DE-R 1545, 1549; Zöttl, J., WuW 2004, 474, 475 (jeweils noch auf Grundlage der Sechsten GWB-Novelle).

74 § 56 Abs. 3 Satz 3 2. HS GWB 2005.

re ist grundsätzlich Voraussetzung für Letztere.⁷⁵ So können regelmäßig nur solche Dritten eine Anfechtungsbeschwerde gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügung einlegen, die zum Verwaltungsverfahren beigeladen wurden.⁷⁶ Sie sind dann „beschwerdeberechtigt“. Überwiegend wird als weiteres eingrenzendes Merkmal eine formelle und materielle Beschwer verlangt.⁷⁷ Dabei handelt es sich um eine besondere Form des Rechtsschutzinteresses.⁷⁸ Erst wenn beides vorliegt, soll die Beschwerdebefugnis gegeben sein. Die Beiladung bleibt jedenfalls bis zur Bestands-

75 Die Terminologie ist uneinheitlich. Ähnlich wie hier: *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078f.: „Das Kammergericht hat weiter mit Recht zwischen der durch § 62 Abs. 2 GWB (hier in Verbindung mit § 51 Abs. 2 Nr. 4) [= § 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB 2005, Verf.] geregelten Beschwerdeberechtigung und den hiervon unabhängigen Zulässigkeitserfordernissen jeder Beschwerde – hier der notwendigen Beschwer als einer besonderen Form des Rechtsschutzinteressen (BGHZ 41, 61, 65 – *Zigaretten*) – unterschieden. Die Bestimmung des § 62 Abs. 2 GWB [= § 63 Abs. 2 GWB 2005, Verf.] regelt lediglich die Beschwerdeberechtigung, besagt aber – entgegen der Meinung der Rechtsbeschwerden – nichts über die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen der Beschwerde.“ und *Bechtold, R.*, BB 2003, 1021, 1022. Anders dagegen der *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (siehe Zitat in der übernächsten FN) und *Bunte, H.-J.*, in: *Bunte, H.-J. (Hrsg.)*, in: FS Tilmann, 2003, 621, 639, obwohl er sich auf die Entscheidung „*Coop-Supermagazin*“ beruft. *Becker, C.*, in: *Loewenheim, U./Meessen, K. M./Riesenkampff, A. (Hrsg.)*, GWB, 2006, § 54 Rz. 19 spricht von der „an die Beiladung geknüpften“ „formellen Beschwerdebefugnis“.

76 *KG*, 17.5.2000 (*tobaccoland III*), WuW DE-R 644, 645. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, GWB, 2001, § 63, Rz. 21. *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W. (Hrsg.)*, Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 GWB 1981, 22. Im Ergebnis ähnlich weist *Dormann, U.*, Dritt-klagen, 2000, 110 dem Merkmal der Verfahrensbeteiligung (§ 63 Abs. Satz 2 GWB) „befug-nisausschließende“ Wirkung zu.

77 *BGH*, 24.6.2003 (*HABET/Lekkerland*), WuW/E DE-R 1163, 1165 (m.w.N.): „Der als Beigeladener grundsätzlich beschwerdebefugte Dritte (§ 63 Abs. 2 i. V. m. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) muss durch die Freigabeverfügung formell und materiell beschwert sein.“ Zustimmend: *Schmidt, K.*, DB 2004, 527, 531. Vgl. auch schon *OLG Düsseldorf*, 19.9.2001 (*NetCologne II*), WuW/E DE-R 759, 762ff. Eine formelle Beschwer fordernd schon: *Baur, F.*, ZZP 1959, 3, 14, FN 39, der allerdings missverständlich vom Fehlen einer „materiellen“ Beschwer ausgeht, wenn „der Antragsteller alles bewilligt erhalten [hat], was er beantragt hatte“. A. A.: *Bechtold, R.*, GWB, 2002, § 63 Rz. 6 und § 40 Rz. 21, der auf die materielle Beschwer verzichten möchte. Einem Missverständnis unterliegen auch *Kapp, T./Meßmer, S. E.*, WuW 2004, 917, 918 sowie *Steffens, O./Boos, A.*, ZWeR 2004, 431, 446 und – diesen folgend – *Fuchs, A.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 8. Sie folgern die formelle Beschwer schon aus der Beiladung. Zutreffend dagegen die Definition der formellen Beschwer bei *Jaeger, W.*, in: *Keller, E. u. a. (Hrsg.)*, FS Tilmann, 2003, 657, 662: „Abweichung der angefochtenen Verfügung von demjenigen Ziel, das der Beigeladene im Verwaltungsverfahren durch den gestellten Antrag oder mangels einer Antragstellung durch seinen Vortrag erkennbar erstrebt hat.“ Ausführlich zur Voraussetzung der materiellen Beschwer unten *Kap. 4 D II*.

78 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E BGH 2077, 2078 (Zitat oben FN 75). Anders dagegen die Terminologie bei *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, GWB, 2001, § 63, Rz. 24ff., der zwischen Rechtsschutzinteresse einerseits und Beschwer andererseits unterscheidet.

kraft einer etwaigen Verfügung zulässig.⁷⁹ Dritte können einen Beiladungsantrag also auch noch nach Erlass der Freigabeverfügung stellen und auf diese Weise die Anfechtungsberechtigung erlangen.⁸⁰ Weiterhin wird den zum Verwaltungsverfahren Beigeladenen die Stellung eines Beteiligten am Beschwerdeverfahren zuerkannt. Den Wortlaut des § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB hält die herrschende Meinung für korrekturbedürftig.⁸¹ Das schon in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB enthaltene Tatbestandsmerkmal der „erheblichen Interessenberührung“ sei eine überflüssige Wiederholung. Eine Überprüfung der Zulässigkeit der im Verwaltungsverfahren ausgesprochenen Beiladung im Hinblick auf das Vorliegen einer „erheblichen Interessenberührung“ findet danach nicht mehr statt.⁸² Schließlich steht Dritten, die am Beschwerdeverfahren beteiligt sind, die Rechtsbeschwerde gegen die vom Oberlandesgericht erlassenen Beschlüsse zu. Das folgt aus § 76 Abs. 1 i. V. m. § 67 Abs. 1 Nr. 3 GWB.⁸³ Jedoch bedarf es auch hier wieder einer formellen und materiellen Beschwerde.⁸⁴ Die bereits am Beschwerdeverfahren Beteiligten sind auf jeden Fall am Rechtsbeschwerdeverfahren beteiligt, auch wenn sie die Rechtsbeschwerde nicht selber eingelegt haben.⁸⁵ Gesetzestechisch ist das durch Verweisung in § 76 Abs. 5 Satz 1 GWB auf die Vorschriften über das erstinstanzliche Verfahren, insbesondere § 67 GWB, realisiert.

79 *BGH*, 10.4.1984 (*Coop-Supermagazin*), WuW/E *BGH* 2077, 2078. Ausführlich zum Zeitpunkt des Antrags und der Beiladungsentscheidung: *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, *GWB*, 2001, § 54, Rz. 49f., der darüber hinaus eine Beiladung erst zum Beschwerdeverfahren auch nach Einlegen der Beschwerde für zulässig hält. Siehe auch noch unten *Kap. 5 A II*.

80 *Laufkötter, R.*, WuW 1999, 671, 672, 673.

81 *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, *GWB*, 2001, § 67, Rz. 5; *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 541; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 67, Rz. 1; *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W. (Hrsg.)*, *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 66 *GWB* 1980, Rz. 3. Siehe dazu die Kritik unten *Kap. 1 C II 2* und *Kap. 3 C II 2*.

82 *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W. (Hrsg.)*, *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 66 *GWB* 1980, Rz. 3.

83 Die Rechtsbeschwerde muss zugelassen sein, § 74 GWB. Gegebenenfalls ist die Nichtzulassungsbeschwerde statthaft, § 75 GWB. Umstritten ist, ob die Zulassung der Rechtsbeschwerde auf einen von mehreren Beteiligten beschränkt werden kann. Dafür *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W. (Hrsg.)*, *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 76 *GWB* 1980, Rz. 4 und § 73 *GWB* 1980, Rz. 9, der auf die zu § 543 ZPO n.F. und § 132 VwGO entwickelten Grundsätze verweist. Dagegen *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, *GWB*, 2001, § 75, Rz. 11, § 76, Rz. 1 (mit Hinweis auf § 76 Abs. 1 GWB). Der Streit beruht möglicherweise auf einem Missverständnis. Im Grunde handelt es sich bei den angeführten Beispielen nicht um eine Beschränkung der Revisionszulassung auf bestimmte Beteiligte, sondern auf einen oder mehrere abtrennbare Teile des Streitgegenstandes, welche zu Ungunsten eines bestimmten Beteiligten entschieden wurde (vgl. auch *BGH*, 24.5.1995, E 130, 50, 59; *Schmidt, P.*, in: *Eyermann, E./Fröhler, L. (Hrsg.)*, *VwGO*, 2000, § 132, Rz. 21).

84 *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.)*, *GWB*, 2001, § 76, Rz. 2 m.w.N. A. A. *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 75, Rz. 1.

85 *Schmidt, K.*, aaO, Rz. 10; *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W. (Hrsg.)*, *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 75 *GWB* 1980, Rz. 4.

4. Dritte, die eine „Verletzung in eigenen Rechten“ geltend machen können

Sie haben einen Anspruch darauf, auf entsprechenden Antrag zum Verwaltungsverfahren beigeladen zu werden.⁸⁶ Auch hier muss es genügen, dass die Rechtsverletzung als Folge der Entscheidung, insbesondere der Fusionsgenehmigung möglich erscheint.⁸⁷ Man spricht in Anlehnung an § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG von der notwendigen Beiladung.⁸⁸ Als solcher stehen ihm zunächst einmal dieselben Beteiligtenrechte wie den nur einfach beigeladenen Dritten zu. Zu nennen sind insbesondere die Beschwerdeberechtigung für die Anfechtungsbeschwerde, die Berechtigung, Rechtsbeschwerde einzulegen, und die Beteiligung am erst- und letztinstanzlichen gerichtlichen Verfahren. Darüber hinaus ist der in eigenen Rechten betroffene Dritte befugt, Verpflichtungsbeschwerde einzulegen. Sie knüpft an die Behauptung einer Verletzung in eigenen Rechten an, § 63 Abs. 3 GWB. Weiterhin erfüllt er die neue Voraussetzung für den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen fusionskontrollrechtliche Freigabeverfügungen des Bundeskartellamts. Gemäß § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 ist die Zulässigkeit eines entsprechenden Antrags von der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten abhängig. Schließlich können nach herrschender Meinung auch solche Dritten eine Anfechtungsbeschwerde eingelegen, die nicht am Verwaltungsverfahren beteiligt waren. Aus Art. 19 Abs. 4 GG (Rechtsschutzgarantie) ergebe sich, dass derjenige, der geltend machen kann, durch die Verfügung in seinen Rechten verletzt zu sein, Anfechtungsbeschwerde einlegen kann. Auf das Er-

86 Grundlegend *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 151ff., 158.

87 Vgl. *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 46.

88 *KG*, 28.11.1979 (*Parallelieferteile*), *WuW/E OLG* 2247, 2256ff.; 19.12.1979 (*Basalt-Union*), *WuW/E OLG* 2193, 2194 (Benachrichtigungspflicht von Kartellaußenseitern bzw. bei rechtsgestaltender Wirkung des Verfahrensausgangs für Dritte gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG); vgl. auch *KG*, 11.4.1997 (*Großverbraucher*), *WuW/E OLG* 5849, 5851 (Voraussetzungen sowohl der notwendigen wie der einfachen Beiladung *in casu verneint*); 11.1.1984 (*Kreuzlinger Verträge*), *WuW/E OLG* 3217, 3219 (Benachrichtigungspflicht mangels Vorliegen der Voraussetzungen einer notwendigen Beiladung *verneint*); 15.3.1991 (*VW-Leasing*), *WuW/E OLG* 4753 (notwendige Beiladung *bejaht*, vom *BGH*, 19.1.1993 (*Herstellerleasing*), *WuW/E BGH* 2875, 2876 wegen zu Unrecht angenommener Voraussetzungen allerdings wieder aufgehoben). Vgl. auch schon *OLG München*, 22.5.1969 (*örtliche Stromverteilung*), *WuW/E OLG* 1033, 1037f. (Verpflichtung der Kartellbehörde zur Beiladung nach Ergänzung der Ermessens erwägungen durch das Gericht unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit). *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 45ff.; *ders.*, *Kartellverfahrensrecht*, 1977, 503ff., 510ff.; *ders.*, *Gerichtsschutz*, 1980, 50f.; *ders.* *DB* 2004, 527, 528; *Laufkötter, R.*, *WuW* 1999, 671, 673. Ähnlich *Junge, W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar*, 1981, § 51 *GWB* 1980, Rz. 15, 22, der eine „notwendige Beiladung“ zwar verneint, jedoch wie schon *Hertin, P.-W.*, Beteiligte, 1969, 151ff., 158 einen Rechtsanspruch auf Beiladung solcher Dritter postuliert, in deren Rechte die Untersagungsverfügung rechtsgestaltend eingreift.

fordernis der vorausgehenden Beiladung soll es dann nicht ankommen.⁸⁹ Andere wollen etwaige Rechtsschutzlücken im Wege der notwendigen nachträglichen Beiladung füllen.⁹⁰

II. Bewertung

Auf die mangelnde Praktikabilität der genannten Differenzierungen auf Tatbestands-ebene hat schon *K. Schmidt* hingewiesen. Seines Erachtens lassen sich „die Beiladungsvoraussetzungen [...] nicht klar von den Voraussetzungen einer Anhörung trennen.“⁹¹ Ähnliches gilt hinsichtlich der von der herrschenden Meinung postulierten Unterscheidung zwischen dem Tatbestand der erheblichen Interessenberührung und der subjektiven Rechtsverletzung. Es sei hier vorweggenommen, dass sich in der bisherigen Entscheidungspraxis keine Beispiele finden lassen, in denen jemals eine Verletzung in subjektiven Drittrechten durch eine Fusionsgenehmigung angenommen wurde.⁹² *K. Schmidt* räumt daher ein, die Prüfung, ob ein Dritter die Vo-

89 *Baur, F.*, ZZP 1959, 3, 15: „Die Beschwerdebefugnis ist ferner solchen Personen usw. einzuräumen, die am Verfahren vor den Kartellbehörden nicht formal beteiligt waren, bei denen sich aber nach Erlass der Entscheidung herausstellt, dass sie hätten beteiligt werden müssen, [...] weil [...] sie durch die Entscheidung unmittelbar «betroffen» wurden. Ferner muss auf den materiellen Beteiligtenbegriff überall dort abgestellt werden, wo jemand durch eine Verfügung der Kartellbehörde in seinen Rechten verletzt wird, ohne dass gegen ihn ein Verfahren eingeleitet worden war.“ (Anführungszeichen und Hervorhebungen im Original.) Ähnlich: *Scholz, R.*, Wirtschaftsaufsicht, 1971, 198; *Schmidt, K.*, Gerichtsschutz, 1980, 49ff.; *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 63, Rz. 22; *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 75, 80, zurückhaltender aber wieder in Rz. 81. Bestätigt von der Rechtsprechung in *KG*, 12.1.1982 (*Gepäckstreifenanhänger*), *WuW/E OLG* 2720, 2721f. (es handelt sich allerdings um einen Diskriminierungsfall gemäß § 26 Abs. 2 Satz 2 *GWB* 1980 und nicht um ein Beispiel aus der Fusionskontrolle). Vgl. auch *KG*, 26.6.1991 (*Radio NRW*), *WuW/E OLG* 4811, 4820 (Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens unter Beteiligung des WDR, subjektive Rechtsverletzung des Landes NRW jedoch verneint); *OLG Düsseldorf*, 25.3.2004 (*Zeiss/Leica*), *WuW/E DE-R* 1291, 1292f. (mangels Rechtsverletzung durch die Freigabe des Unternehmenszusammenschlusses im Fall verneint). A. A. wohl *Baron, M.*, *WuW* 1998, 651, 651: „steht die Beschwerde ausschließlich den am Verfahren Beteiligten zu“. *Zöttl, J.*, *WuW* 2004, 474, 476f. weist zurecht darauf hin, dass die notwendige Beiladung für den „fusionskontrollrechtlichen Drittschutz derzeit keine Rolle spielt“, da die Vorschriften über die Fusionskontrolle „nach vorherrschendem Verständnis nicht drittschützend“ sind (ausführlich dazu unten *Kap. 2 A*).

90 So noch *Schmidt, K.*, Kartellverfahrensrecht, 1977, 501ff.; außerdem *Hinz, H. W.*, in: *Benisch, W.* (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar, 1981, § 62 *GWB* 1981, Rz. 22; *Bechtold, R.*, *GWB*, 2002, § 63, Rz. 4 (der selbst jedoch – entgegen der Rechtsprechung des *KG* – eine nachträgliche Beiladung nach Beschwerdeeinlegung ablehnt (aaO, § 54, Rz. 6)). Offen lassend *Werner, R.*, in: *Wiedemann, G.* (Hrsg.), *Rechtsmittel* (§ 54), 1999, Rz. 54.

91 *Schmidt, K.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 54, Rz. 35.

92 Ausführlich unten *Kap. 2 B* und *C*.

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

C. Widersprüche und praktische Probleme im derzeitigen System der Drittbe teiligung

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 Beteiligenstellung“.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. Loewenheim, 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.