

## C. Möglichkeit einer Verletzung subjektiver Drittrechte in Sonderkonstellationen?

Legt man die bisherige Auffassung zugrunde, so kommt eine Verletzung subjektiver Drittrechte aus § 36 Abs. 1 GWB nicht in Betracht.<sup>92</sup> Möglicherweise lassen sich Sonderkonstellationen ausmachen, in denen die fusionskontrollrechtliche Genehmigung subjektive Drittrechte verletzt, die ihre Grundlage nicht in §§ 36 Abs. 1 bzw. 42 Abs. 1 GWB haben. Diesen Ansatz verfolgt *Wiedemann* in seiner Stellungnahme zum Entwurf der Siebten GWB-Novelle.<sup>93</sup> Auch er vertritt die These, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine subjektiven Rechte Dritter begründet. Dennoch wendet er sich gegen die Behauptung, einstweiliger Rechtsschutz Dritter sei nach Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 faktisch ausgeschlossen.<sup>94</sup> Aussichtsreich erscheint die Suche nach potentiell drittschützenden Vorschriften außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB im Wesentlichen in zweierlei Richtungen. Zu erwägen ist zum einen die Verletzung subjektiver Drittrechte im Fall einer Überschneidung von Missbrauchstatbeständen und Fusionskontrolle (*I*). Zum anderen ist zu überlegen, inwieweit die im Zusammenhang mit einer Freigabeverfügung verhängten Auflagen Dritte in subjektiven Rechten verletzen können (*II*).

92 Siehe oben *A* und *B*.

93 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 15ff.

94 Ebenda, 21. *Wiedemann* kommt das Verdienst zu, als – soweit ersichtlich – bislang einziger nach Fallgestaltungen gesucht zu haben, die der neuen Vorschrift einen Anwendungsbereich auch dann eröffnen würden, wenn man an der herrschenden Meinung festhielte, wonach § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung entfaltet.

Zu beachten ist auch sein instruktiver rechtsvergleichender Überblick zur Bedeutung der Drittklage und des einstweiligen Drittrechtsschutzes im Fusionskontrollrecht anderer Rechtsordnungen ebenda, 18ff. Mittlerweile überholt sind allerdings seine Feststellungen zur französischen („Einstweiliger Rechtsschutz [...] wurde seit Inkrafttreten der französischen Fusionskontrolle in keinem einzigen Fall beantragt“) und zur italienischen Rechtslage („Dritte [können] Freigabeentscheidungen der italienischen Kartellbehörde weder mit einer Klage im Hauptsacheverfahren angreifen noch einstweiligen Rechtsschutz dagegen beantragen“). In seiner vielbeachteten Entscheidung „*Fiducial*“ vom 19.5.2005 (Ordonnance N° 279697, abrufbar unter [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)) hat der *Conseil d'État*, das oberste französische Verwaltungsgericht, eine Fusionsfreigabe in der ersten Phase (!) im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes einstweilig aufgehoben (*suspension en référé*). Nachdem jedoch auch der *Conseil de la Concurrence* in seinem Gutachten vom 14.12.2005 (Avis N° 05-A-24, abrufbar unter [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr)) keine wettbewerblichen Bedenken gesehen hatte, bestätigte das hohe Verwaltungsgericht mit Entscheidung vom 13.2.2006 (Ordonnance N° 279180) endgültig die Rechtmäßigkeit der ministeriellen Freigabe. Zu den neueren Entwicklungen in der italienischen Fusionskontrolle *MalFerrari, L.*, ECLR 2006, 74ff.

## I. Tatbestandliche Überschneidungen von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle

Es geht um die „eher theoretisch als praktisch interessante Frage“<sup>95</sup>, ob Zusammenschlussmaßnahmen von § 19 GWB erfasst werden können.<sup>96</sup> Seit Einführung einer allgemeinen Zusammenschlusskontrolle sowohl auf nationaler als auch auf europäischer Ebene stellt sich das Problem in der Praxis nicht mehr.<sup>97</sup> Wegen der veränderten Rahmenbedingungen kann das *Continental Can-Urteil*<sup>98</sup> des EuGH aus dem Jahr 1973 nicht mehr als maßgeblich angesehen werden. Die Anwendung von Art. 82 EGV auf einen Zusammenschluss hat sich seit Inkrafttreten der europäischen Fusionskontrollverordnung im Jahr 1990 praktisch erübrigt.<sup>99</sup>

### 1. Aggressive Konzentrationsformen: Zwang zur Fusion durch Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen

Als unergiebig erweist sich zunächst die Fallgruppe der „aggressiven Konzentrationsformen“. Gemeint sind Fälle, in denen ein Unternehmen ein anderes durch Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen wie zum Beispiel konsequenter Preisunterbietung zum Zusammenschluss zwingt.<sup>100</sup> Sie werden zwar überwiegend unter die Vorschrift des § 19 GWB gefasst.<sup>101</sup> Hierzu gibt es jedoch zum einen keinerlei Ent-

95 Möschel, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 233. Vgl. auch schon Möschel, W., Oligopolmissbrauch, 1974, 162, 185.

96 Eingehend zum Verhältnis der beiden Tatbestände Möschel, W., Oligopolmissbrauch, 1974, 162ff., der auf die höheren Eingriffsvoraussetzungen der Missbrauchsvorschriften (Bestehen einer marktbeherrschenden Stellung) hinweist. Wichtige Konsequenz der von ihm befürworteten parallelen Anwendbarkeit der beiden Regelungskomplexe ist eine Einschränkung des Instituts der Ministererlaubnis: „Der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung kann nicht legalisiert werden“ (ebenda, 163).

97 Lediglich der Vollständigkeit halber sei auf den Sonderfall eines vollständigen Erwerbs von nicht substituierbaren Ressourcen (dazu *Monopolkommission*, V. Hauptgutachten 1982/1983, Rz. 727) hingewiesen. Soweit ersichtlich existieren in der deutschen und europäischen Fusionskontrollpraxis keine Beispielfälle.

98 EuGH, 21.2.1973 (*Euroemballage Corp. und Continental Can Comp. Inc. gegen Kommission*), Slg. 1973, 215, 243ff. (= WuW/E EWG/MUV 296ff. „Euroemballage“). Dazu eingehend Möschel, W., Oligopolmissbrauch, 1974, 109ff.

99 Vgl. auch Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 22, Rz. 249.

100 Möschel, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 233 m.w.N. Vgl. zu dieser Konstellation auch die Überlegungen des KG, 12.1.1976 (*Weichschaum D*), WuW/E OLG 1637, 1638.

101 Möschel, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 233 m. w. N.; Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 22, Rz. 253.

scheidungspraxis.<sup>102</sup> Wichtiger noch erscheint jedoch folgende Überlegung: Anlass für ein kartellbehördliches Einschreiten ist nicht der Zusammenschluss als solcher. Missbilligt wird vielmehr der Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen im Vorfeld der Fusion.<sup>103</sup> Die Berücksichtigung des missbräuchlichen Verhaltens erst auf der Ebene der Fusionskontrolle käme, insbesondere auch für die Drittbetroffenen, zu spät.

## 2. Zusammenschluss als missbräuchliches Verhalten?

Die Fälle *Stadtkurier* und *Springer/Elbe Wochenblatt* werfen die Frage der Anwendung des Missbrauchstatbestandes auf den Vollzug eines Zusammenschlusses auf.

### a) Das Verfahren *Stadtkurier*

Bei der Klägerin handelt es sich um die Herausgeberin der Badischen Anzeigen Zeitung. Sie wendete sich mit ihrer Klage vor dem LG Mannheim und ihrer Berufung zum OLG Karlsruhe gegen die Integration des Heidelberger Amtsanzeigers in das konkurrierende Anzeigenblatt *Stadtkurier* der Beklagten, die gleichzeitig Herausgeberin der einzigen Heidelberger Tageszeitung ist. Die Richter lehnten es im Ergebnis ab, die Übernahme des Amtsanzeigers durch den *Stadtkurier* als unbillige Behinderung des konkurrierenden Anzeigenblatts zu qualifizieren.<sup>104</sup> Zwar liege bei der Erwerberin des Amtsanzeigers mit einem Marktanteil von mehr als 90 Prozent eine marktbeherrschende Stellung auf dem relevanten Markt für Anzeigengeschäfte im Heidelberger Raum vor.<sup>105</sup> Auch komme es durch die zusätzliche Einbeziehung des Amtsanzeigers in das Anzeigenblatt zu einer objektiven Behinderung des einzig verbliebenen Wettbewerbers.<sup>106</sup> Das Gericht stellte sogar fest, dass die in der Integration des Amtsanzeigers liegende finanzielle Investition der Erwerberin nahe legt, dass ihre „Strategie auch (und letztlich zwangsläufig) darauf gerichtet ist, das [konkurrierende Anzeigenblatt] aus dem Heidelberger Anzeigengeschäft zu verdrängen.“<sup>107</sup> Dieses Vorgehen sei jedoch solange als wettbewerbskonform hinzunehmen,

102 Offen gelassen von KG, 12.1.1976 (*Weichschaum I*), WuW/E OLG 1637, 1638 und BGH, 31.10.1978 (*Weichschaum III*), WuW/E BGH 1556, 1560. Vgl. auch Möschel, W., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 234, der aus den Tätigkeitsberichten des Bundeskartellamts für die Jahre 1967 (BT-Drucks. 5/2841, 46) und 1969 (BT-Drucks. 6/950, 51) einen Fall zitiert, in dem auf die Beschwerde eines Konkurrenten das Verhalten eines Kreideherstellers unter diesem Gesichtspunkt geprüft wurde.

103 Kleinmann, W./Bechtold, R., Fusionskontrolle, 1989, § 22, Rz. 253.

104 OLG Karlsruhe, 13.6.1990 (*Stadtkurier*), WuW/E OLG 4611, 4614ff.

105 Ebenda, 4614.

106 Ebenda, 4614.

107 Ebenda, 4616.

wie die Erwerberin in ihrer Kalkulation nicht vorgesehen hat, die Mehrkosten für die Herstellung und den Vertrieb des Amtsanzeigers auf längere Sicht durch erhebliche Heranziehung der Gewinne aus der Tageszeitung zu finanzieren. Nur in diesem Fall einer kartellrechtlich relevanten Kostenunterdeckung wäre die Marktstrategie mit den Prinzipien des Leistungswettbewerbs nicht mehr zu vereinbaren und der Missbrauchstatbestand des § 22 Abs. 1 GWB 1990 (= 19 Abs. 1 GWB 2005) zu bejahen.<sup>108</sup> Dieser Nachweis gelang der Drittklägerin jedoch nicht.<sup>109</sup>

Unabhängig von der Frage, ob die in Frage stehende Integration des Amtsanzeigers überhaupt in den Anwendungsbereich der Fusionskontrollvorschriften fällt oder nicht, lässt sich auch hier wieder feststellen: Zwischen der gegebenenfalls anhand von § 36 GWB zu beurteilenden Frage der Zulässigkeit eines Zusammenschlusses als solchem und einer in der Folge praktizierten, möglicherweise missbräuchlichen Strategie der Finanzierung der neu gebildeten Einheit kann und muss unterschieden werden. Das gilt nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht wie sich aus der getrennten und zeitlich aufeinander folgenden Anwendung der Vorschriften über die Fusionskontrolle einerseits und der §§ 19, 20 GWB andererseits ergibt. Das Verfahren *Stadtkurier* unterstreicht diese Unterscheidung auch durch die prozessuale Konstellation. So handelt es sich vorliegend nicht um eine vor dem OLG Düsseldorf zu verhandelnde kartellverwaltungsrechtliche Beschwerde, in der das Bundeskartellamt als Autor einer etwaigen Freigabeverfügung die Position des Beschwerdegegners einnimmt. Vielmehr machte die Klägerin (vor dem Landgericht!) allein zivilrechtliche Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche unmittelbar gegenüber ihrer Wettbewerberin geltend. Rechtsgrundlage ihres Klagebegehrens waren demzufolge auch lediglich § 1 Abs. 1 GWB und insbesondere der Missbrauchstatbestand i. V. m. § 35 GWB 1990 (= § 33 GWB 2005).

Auf der Ebene des Tatsächlichen handelt es sich um eine Steigerung im Vergleich zum Zusammenschlussfall *Tetra Laval/Sidel*. Während sich die Kommission dort noch um den – fusionskontrollrechtlich allein maßgeblichen – Nachweis einer erst noch zu begründenden marktbeherrschenden Stellung bemühen musste, stand die Marktbeherrschung des *Stadtkuriers* mit einem Marktanteil von über 90 Prozent fest. Dennoch verweigerte das Gericht die Gewährung von subjektivem Drittrechtsschutz gegen die Möglichkeit eines zukünftigen missbräuchlichen Verhaltens.

## b) Das Verfahren *Springer/Elbe Wochenblatt*

Eine weitere interessante Fallkonstellation aus dem Bereich der Pressefusionskontrolle diskutiert das Bundeskartellamt in seiner Entscheidung zum Zusammen-

<sup>108</sup> Ebenda, 4616.

<sup>109</sup> Die beklagte Erwerberin des Amtsanzeigers hatte ihre Kalkulationen weder der Klägerin noch dem Gericht, dafür aber einem vereidigten Wirtschaftsprüfer als Sachverständigen zur Verfügung gestellt (zu diesem prozessualen Vorgehen ebenda, 4616ff.).

schlussvorhaben *Springer/Elbe Wochenblatt*.<sup>110</sup> Zwar handelt es sich hierbei lediglich um hypothetische Überlegungen. Dennoch lohnt ihre Analyse für die hier interessierende Fragestellung. Wiederum geht es um die Frage der gleichzeitigen Anwendbarkeit von Missbrauchsaufsicht und Fusionskontrolle sowie den Tatbestand der „Existenzgefährdung“ von Wettbewerbern. In seiner Entscheidung äußerte das Amt die Ansicht, die Verbreitung eines Anzeigenblattes durch eine marktbeherrschende Tageszeitung könne im Verhältnis zu den Konkurrenten der Zeitung ein missbräuchliches Verhalten i. S. d. 22 GWB 1976 (= § 19 GWB 2005) sein.<sup>111</sup> Ein fusionskontrollrechtlicher Zusammenhang könne entstehen, wenn die marktbeherrschende Tageszeitung das Abwehranzeigenblatt nicht erst gründet, sondern ein bereits bestehendes Anzeigenblatt erwirbt. Das marktbeherrschende Zeitungsunternehmen habe hier nämlich die Möglichkeit, seine organisatorischen Erfahrungen, redaktionelles Know-how und das bei Inserentenkunden bestehende Vertrauenskapital in das neu erworbene Blatt einzubringen. Das Bundeskartellamt sprach in diesem Zusammenhang sogar ausdrücklich von einer möglichen „Existenzgefährdung“ der Zweit- und Drittzeitungen auf dem relevanten Markt. Auch sie seien auf den hohen Finanzierungsanteil der Anzeigeneinnahmen angewiesen.<sup>112</sup>

Handelt es sich bei dieser – wenngleich bislang theoretisch gebliebenen – Fallkonstellation um den von der Literatur geforderten Fall der „Existenzgefährdung“ Dritter oder gar um eine „Vernichtungsfusion“? Zunächst ist der Kontext zu berücksichtigen, innerhalb dessen das Bundeskartellamt diese hypothetischen Erwägungen anstellt: Dem Amt ging es darum, die Untersagung des Zusammenschlusses von Springer-Verlag und Elbe Wochenblatt, dem umsatzstärksten Hamburger Anzeigenblatt, zu begründen. Im Fusionskontrollverfahren hatte der Springer-Verlag argumentiert, der Erwerb des Anzeigenblattes sei erforderlich, um eine Gefährdung der in Hamburg erscheinenden Tageszeitungen zu verhindern.<sup>113</sup> Darunter zählen unter anderem die zum Springer-Verlag gehörenden auflagenstarken Tageszeitungen „Hamburger Abendblatt“ und die „Bild“-Zeitung (Ausgabe Hamburg).<sup>114</sup> Das Bundeskartellamt hatte sich mit der Frage auseinander zu setzen, ob der Zusammenschluss eine Verbesserung der Wettbewerbsbedingungen auf dem Lesermarkt zur Folge haben würde (§ 24 Abs. 1 2. HS GWB 1976 = § 36 Abs. 1 2. HS GWB 2005, sog. Abwägungsklausel<sup>115</sup>). In dieser Situation ging es der Kartellbehörde also weniger darum, eine konkrete Gefährdung dritter Tageszeitungen durch den angemeldeten Zusammenschluss nachzuweisen. Die Überlegungen des Amtes zur möglicher-

110 BKartA, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700ff.

111 Ebenda, 1705.

112 Ebenda, 1705. Zur finanziellen Bedeutung der Anzeigeneinnahmen auch für Tageszeitungen ebenda, 1701.

113 Ebenda, 1703.

114 Ebenda, 1702.

115 Zur Abwägungsklausel ausführlich *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 282ff. Siehe auch noch unten *Kap. 4 C IV 5 und D III 1 d.*

weise existenzgefährdenden Wirkung eines Zusammenschlusses zwischen einer „mit Abstand marktbeherrschenden Tageszeitung“ und einem Abwehranzeigenblatt müssen vielmehr als Versuch gedeutet werden, die Argumentation des Springer-Verlags zu entkräften, indem sie in ihr Gegenteil verkehrt wird. Das Bundeskartellamt setzte an die Stelle der behaupteten „Verbesserungen der Wettbewerbsbedingungen“ die, wenngleich hypothetisch bleibende, Gefährdung von Wettbewerbern. Einer Anwendung der vom Springer-Verlag in Anspruch genommenen Abwägungsklausel erteilte das Amt damit endgültig eine Absage.

Darüber hinaus fehlt es den hypothetischen Überlegungen des Bundeskartellamts aber auch an detaillierten Ausführungen zur Frage, inwiefern sich die Marktverhältnisse durch den Erwerb des Anzeigenblattes zum Nachteil der konkurrierenden Tageszeitungen verändern sollten. Jedenfalls ist nicht zu erkennen, weshalb es alleine durch die Übertragung von bei der Tageszeitung vorhandenem Know-how und Vertriebsbeziehungen auf das erworbene Anzeigenblatt zu einer mit hinreichender Sicherheit prognostizierbaren Verdrängung der Zweit- und Drittzeitungen kommen sollte. Ein Rückgang bei den Leserzahlen, der seinerseits Auswirkungen auf das Anzeigenaufkommen und damit auf einen gewichtigen Finanzierungsposten der konkurrierenden Tageszeitungen hätte,<sup>116</sup> ist unwahrscheinlich. Anzeigenblatt und Tageszeitung stehen auf dem Lesermarkt nämlich nicht in einem Wettbewerbsverhältnis.<sup>117</sup> Genauso wenig zwangsläufig kommt es aufgrund des Zusammenschlusses zu einer Veränderung der Marktanteile auf dem Inserentenmarkt. In seiner Entscheidung *Springer/Elbe Wochenblatt* nennt das Bundeskartellamt selbst einige wichtige Unterschiede zwischen Tageszeitungen und Anzeigenblättern. Diese Unterschiede stellen eine funktionelle Austauschbarkeit der beiden Medien aus Sicht der Inseratskunden in Frage. Exemplarisch sei auf Abweichungen hinsichtlich der Größe der Belegungseinheiten hingewiesen.<sup>118</sup> Die lediglich stadtteilbezogenen Belegungseinheiten der meisten Anzeigenblätter stellen für viele Anzeigenkunden keine Alternative zur Platzierung einer Annonce in den weiter verbreiteten Tageszeitungen dar. Umgekehrt fehlt diesen häufig die Zielgenauigkeit eines auf einen bestimmten Lokalbereich spezialisierten Anzeigenblattes. Es kann damit zu hohen Streuverlusten kommen.<sup>119</sup>

Schließlich sei noch einmal auf die Möglichkeit hingewiesen, selbst im Fall einer tatsächlich eintretenden Marktverdrängung zwischen den Zusammenschlusswirkungen einerseits und anschließendem Missbrauchsverhalten andererseits zu unterschei-

116 Zur Bedeutung des Anzeigenaufkommens für die Erträge der Verlage *dies.*, aaO, Vor § 35, Rz. 48.

117 Vgl. *BKartA*, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700, 1701 zu den erheblichen Unterschieden hinsichtlich Umfang und Qualität des jeweiligen redaktionellen Teils.

118 Ebenda, 1702.

119 *BKartA*, 18.1.1978 (*Springer - Elbe Wochenblatt*), WuW/E BKartA 1700, 1702: „Mit dem in diesem Bereich getätigten Anzeigengeschäft [gemeint sind Anzeigen, die für einen bestimmten lokalen Bereich zugeschnitten sind, Verf.] berühren die Anzeigenblätter daher kaum das Anzeigengeschäft der Tageszeitungen“.

den.<sup>120</sup> Wiederum gilt: Der Erwerb des Anzeigenblattes als solcher dürfte allenfalls psychische Auswirkungen auf Drittunternehmen haben.<sup>121</sup> Erst die anschließende Übertragung von Ressourcen und Know-how, und vor allem das exklusive Zusammenfassen des Vertriebs der beiden Zeitungen in Kombination mit etwaigen Kopplungsangeboten an Inserenten könnten möglicherweise in den Anwendungsbereich des § 19 GWB fallen.

### 3. „Verletzung der drittschützenden Missbrauchsvorschriften in Folge eines Zusammenschlusses“?

*Wiedemann* verweist zum Beleg seiner Ansicht, wonach es in Sonderkonstellationen doch zu einer Verletzung von Drittrechten kommen kann, auf eine weitere interessante Fallgestaltung aus dem Problembereich etwaiger Überschneidungen von Fusionskontrolle und Missbrauchsvorschriften.<sup>122</sup> Er nennt den Fall, dass eine bestimmte Verhaltensweise wie z. B. ein bestimmtes (bereits vereinbartes) Rabattsystem nach fusionsbedingtem Entstehen einer marktbeherrschenden Stellung bei einem Vertragspartner unter den Missbrauchstatbestand der §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV fällt.<sup>123</sup> Seiner Meinung nach kann der Zusammenschluss in dieser Situation die „Verletzung drittschützender Missbrauchsvorschriften“ nach sich ziehen.<sup>124</sup> Offenbar geht es *Wiedemann* darum, Drittunternehmen vor den (zivilrechtlichen) Konsequenzen des Missbrauchs- und Diskriminierungsverbots für bestehende Vertragsverhältnisse zu schützen.

120 Siehe schon oben *B. Auch Möschel, W.*, Pressekonzentration, 1978, 125 geht von der Möglichkeit eines Markteintritts mit Verdrängungsabsicht (beispielsweise einer überregionalen Zeitung in einen lokalen Markt mit speziellen Bezirksausgaben) aus. Auch er unterscheidet aber zwischen den missbräuchlichen Einzelverhaltensweisen (u. a. Maßnahmen der Preispolitik, Kopplungsangebote) und dem Markteintritt als solchem, der selbstverständlich auch im Wege einer (fusionskontrollrechtlich relevanten) Übernahme erfolgen kann.

121 Zur Abschreckungswirkung von Marktmacht *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 36, Rz. 194 und 268.

122 *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 22.

123 Ebenda.

124 Ebenda. Unklar bleibt dabei die Verwendung des Begriffs „drittschützende Missbrauchsvorschriften“. Nach allgemeiner Meinung entfalten die §§ 19, 20 GWB nämlich keine drittschützende Wirkung in dem Sinne, dass der betroffene Dritte einen Anspruch auf ein kartellbehördliches Einschreiten hat (*BGH*, 14.11.1968 (*Taxiflug*), WuW/E BGH 995, 998; *OLG Celle*, 21.2.1973 (*Bauleitplan*), WuW/E OLG 1387, 1390f.; *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 19, Rz. 240f. Siehe auch die Nachweise bei *Schmidt, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 63, Rz. 33, der sich zum Opportunitätsprinzip im Missbrauchsverfahren allerdings kritisch äußert. *Ders.* auch ebenda, § 54, Rz. 7ff.). Möglicherweise meint *Wiedemann* die Schutzgesetzeigenschaft im Hinblick auf einen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch. Sie ist allgemein anerkannt (*Emmerich, V.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 33, Rz. 24f.).

## a) Interessenlage

Es stellt sich zunächst die Frage, zugunsten welcher Dritten die §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV in der von ihm geschilderten Konstellation überhaupt drittschützende Wirkung entfalten sollen. Zu denken ist einmal an die von der missbräuchlichen Verhaltensweise betroffenen Geschäftspartner der Fusionsparteien. Allerdings erscheint es unwahrscheinlich, dass sich ausgerechnet diejenigen Dritten, zu deren Gunsten das Missbrauchs- und Diskriminierungsverbot konzipiert ist, mit Hilfe der Gerichte gegen ein Eingreifen der §§ 19, 20 GWB bzw. von Art. 82 EGV und damit gegen eine Korrektur der missbräuchlichen Vertragsbedingungen wenden werden. Nur in diesem Sinne könnte die von *Wiedemann* verteidigte Vorschrift des § 65 Abs. 3 Sätze 3 und 4 GWB 2005 in diesem Fall aber eingreifen. Sie bestimmt die Voraussetzungen, unter denen ein Dritter einstweiligen Rechtsschutz „gegen eine Verfügung nach § 40 Abs. 2“ erlangen kann. Naheliegender dürfte es sein, dass sie das erst aufgrund des gestiegenen Marktanteils ihrer Geschäftspartner eingreifende Verbot der sie benachteiligenden Verhaltensweise als positive Folge der Fusion begrüßen werden. Es gibt allerdings auch Situationen, in denen die dritten Geschäftspartner der Fusionsparteien ein Interesse daran haben, dass ein aufgrund der Fusion möglicherweise unter §§ 19, 20 GWB bzw. Art. 82 EGV fallender Vertrag aufrechterhalten wird. Zumindest theoretisch käme hier eine gegen die Zusammenschlussgenehmigung gerichtete Drittanfechtungsbeschwerde in Betracht.<sup>125</sup> Sie hätte das Ziel, ein Eingreifen der Missbrauchsaufsicht auf bestehende Vertragsbeziehungen zu verhindern. Zu denken ist beispielsweise an bestimmte Formen der Rabattgewährung. Hier gehören die Vertragspartner nicht selbst zu den benachteiligten Dritten. Das aus ihrer Sicht unerwünschte Eingreifen des Missbrauchsverbots würde nicht ihrem, sondern dem Schutz sonstiger Dritter, insbesondere von Konkurrenten der Fusionsparteien, vor Behinderungen im Wettbewerb dienen.

## b) Ausnutzen von Marktmacht?

Zweifelhaft ist schon die Anwendbarkeit der von *Wiedemann* genannten kartellrechtlichen Normen.<sup>126</sup> Normzweck der Missbrauchsvorschriften ist es, ein Ausnutzen der vom Wettbewerb nicht mehr kontrollierten Handlungsspielräume markt-

125 Dass ein solches Vorgehen den Geschäftsbeziehungen zwischen den Fusionsparteien und dem dritten Vertragspartner nicht unbedingt zuträglich sein dürfte, bedarf keiner weiteren Ausführungen.

126 Die nachfolgenden Überlegungen lassen sich auch auf die dritte von *Wiedemann, G.*, Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21f. beschriebene Situation übertragen, nämlich dass bestimmte mit Dritten geschlossene Liefervereinbarungen oder Lizenzverträge infolge des Marktanteilszuwachses aus dem Anwendungsbereich einer Gruppenfreistellungsverordnung fallen.

mächtiger Unternehmen zu Lasten Dritter zu verhindern.<sup>127</sup> Kennzeichnend an der von *Wiedemann* geschilderten Sachverhaltsgestaltung ist aber gerade, dass im Zeitpunkt der Vereinbarung des Rabattsystems (o. ä.) keine unter den kartellrechtlichen Missbrauchstatbestand fallende Marktmacht bestand. Die inkriminierte Vereinbarung erweist sich also gerade nicht als macht- sondern vielmehr als marktbedingt.<sup>128</sup> Es erscheint damit schon vom Ansatz her sehr fraglich, inwiefern der Abschluss einer solchen, funktionierendem Wettbewerb entsprungenen Vereinbarung aufgrund einer später erfolgten Fusion nachträglich als missbräuchlich qualifiziert werden soll.

### c) Rechtsfolge der nachträglichen Gesetzeswidrigkeit

Weitere Zweifel betreffen die zivilrechtlichen Folgen eines – hier einmal unterstellten – nachträglichen Eingreifens des Missbrauchstatbestands auf den Vertrag. Zu erwägen ist der Eintritt der Nichtigkeitsfolge gemäß § 134 BGB wegen Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz. Doch auch hier ist der Grundsatz zu beachten, dass ein Rechtsgeschäft nur dann nach § 134 BGB nichtig ist, wenn es bereits zum Zeitpunkt seiner Vornahme gegen das Verbotsgesetz verstieß und nicht erst nachträglich in Widerspruch zu einem gesetzlichen Verbot gerät.<sup>129</sup> Dieses Verständnis der Vorschrift legt schon ihr Wortlaut nahe. Dort ist nur die Alternative: „Ein Rechtsgeschäft [...] ist nichtig“ genannt, nicht aber „[...] ist oder wird nichtig.“<sup>130</sup> Darüber hinaus ist zu bedenken, dass die Parteien nur die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorliegenden Umstände und gültigen Rechtsregeln beachten können. Schon deshalb können spätere Wirksamkeitshindernisse grundsätzlich nicht maßgeblich sein. Eine zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbare Veränderung des Sachverhalts, nämlich der Zugewinn von Marktmacht bei einer Partei, kann daher nicht zur Nichtigkeit der Vereinbarung führen.

Zweifel an der Richtigkeit dieses Ergebnisses mögen einige neuere kartellrechtliche Gerichtsurteile wecken.<sup>131</sup> Darin scheinen OLG Düsseldorf und BGH eine Ausnahme von diesem Grundsatz machen zu wollen. Die Verfahren hatten die Frage zum Gegenstand, welche Konsequenzen die Aufhebung von § 103 GWB 1990 durch

127 *Möschel, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 19, Rz. 9; *Markert, K.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 20, Rz. 17 (jeweils m.w.N.).

128 Vgl. zu dieser Unterscheidung *Markert, K.*, aaO, Rz. 8 sowie schon *Möschel, W.*, *Oligopolmissbrauch*, 1974, 162.

129 *BGH*, 4.4.1966, E 45, 322, 236; *OLG Düsseldorf*, 30.4.1992, NJW-RR 1993, 249, 250; *Sack, R.*, in: Habermann, N. (Hrsg.), *Staudinger, Neubearbeitung 2003*, § 134, Rz. 54; *Canaris, C.-W.*, DB 2002, 930. Ähnlich *Heinrichs, H.*, in: Palandt (Hrsg.), Palandt, 2006, § 134, Rz. 12b; *Larenz, K./Wolf, M.*, *BürglR AT*, 2004, § 40, Rz. 25 (= S. 729); *Medicus, D.*, NJW 1995, 2577, 2578. A. A. *RG*, 27.5.1921 (*Nordische Salpeter Gesellschaft*), E 102, 203, 205.

130 *Canaris, C.-W.*, DB 2002, 930.

131 Z. B. *OLG Düsseldorf*, 7.11.2001 (*Stadtwerke Aachen*), WuW/E DE-R 854ff.; *BGH*, 18.2.2003 (*Verbundnetz II*), DE-R 1119ff.

die Sechste GWB-Novelle hat. Die Vorschrift § 103 Abs. 1 Nr. 1 GWB 1990 stellte so genannte Demarkationsverträge in der Versorgungswirtschaft vom Kartellverbot und damit von der Nichtigkeitsfolge des § 1 GWB 1990 frei.<sup>132</sup> Das OLG Düsseldorf und der BGH erklärten die zu beurteilenden langfristigen Verträge, die noch vor Inkrafttreten der Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts am 29. April 1998 geschlossen worden waren, für ex nunc nichtig gemäß § 1 GWB.<sup>133</sup> Eine Übertragbarkeit auf den von *Wiedemann* geschilderten Fall scheitert jedoch an der mangelnden Vergleichbarkeit der zugrunde liegenden Konstellationen. In den von OLG Düsseldorf und BGH entschiedenen Fällen handelte es sich um einen unveränderten Sachverhalt, der aufgrund einer späteren Änderung der Rechtslage um das Privileg der Freistellung von dem schon immer gültigen Kartellverbot gebracht wurde. Die besondere Behandlung dieser Konstellation folgt aus dem entsprechenden Anwendungsbefehl des Änderungsgesetzes.<sup>134</sup> In dem von *Wiedemann* geschilderten Fall des späteren Zuwachses von Marktmacht kommt es dagegen genau umgekehrt zu einer Änderung des Sachverhalts bei unveränderter Rechtslage.

Als Zwischenergebnis lässt sich festhalten: Die neuere Rechtsprechung zur ex-nunc-Nichtigkeit von Verträgen wegen später eintretender Gesetzesänderungen im Bereich des Kartellrechts lässt sich auf den hier interessierenden Sachverhalt nicht übertragen. Damit bleibt es bei dem Grundsatz, wonach nichtig aufgrund von § 134 BGB nur dasjenige Rechtsgeschäft ist, das schon bei seiner Vornahme gegen ein Verbotsgesetz verstößt.<sup>135</sup>

#### d) Erfordernis einer Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechtspositionen

Doch selbst wenn man von einer (ex-nunc-)Nichtigkeit der Vereinbarung entsprechend der zitierten neueren Rechtsprechung ausginge, ist zu bedenken, dass die Klagebefugnis im Verwaltungsprozessrecht eine Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten erfordert. Eine Beeinträchtigung in privatrechtlich begründeten Rechtspositionen genügt für das in § 42 Abs. 2 VwGO niedergelegte Erfordernis nicht.<sup>136</sup> Für die neue Voraussetzung der Verletzung in eigenen Rechten nach

132 Vor Inkrafttreten der Sechsten GWB-Novelle ordnete § 1 GWB 1990 die Nichtigkeitsfolge („unwirksam“) bei Kartellvereinbarungen noch selbst an.

133 OLG Düsseldorf, 7.11.2001 (*Stadtwerke Aachen*), WuW/E DE-R 854, 858; BGH, 18.2.2003 (*Verbundnetz II*), DE-R 1119, 1122.

134 Vgl. Sack, R., in: Habermann, N. (Hrsg.), Staudinger, Neubearbeitung 2003, § 134, Rz. 55; Larenz, K./Wolf, M., BürglR AT, 2004, § 40, Rz. 25 (= S. 729); Canaris, C.-W., DB 2002, 930, 931 sowie schon Emmerich, V., Kartellrecht, 2001, § 32 Anm. 3 a (= S. 370).

135 Vgl. auch Bechtold, R., GWB, 2002, § 20, Rz. 56, der ebenfalls eine eingeschränkte Anwendung des § 134 BGB annimmt. Andernfalls könne es zu einem Eingriff in Rechtspositionen von an dem Gesetzesverstoß nicht beteiligten Dritten kommen.

136 Kopp, F. O./Schenke, W.-R., VwGO, 2005, § 42, Rz. 81 m.w.N. Die Klagebefugnis in der Hauptsache ist Voraussetzung auch für die Statthaftigkeit des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz. Das ist die Konsequenz seiner Akzessorietät (ebenda, § 80, Rz. 133).

§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB kann nichts anderes gelten. Der Gesetzgeber betont ausdrücklich den erreichten Gleichklang mit dem der VwGO entlehnten Kriterium.<sup>137</sup> Offen bleibt daher, auf welche subjekt-öffentliche Rechtsposition sich die von *Wiedemann* genannten Dritten sollen berufen können. Zwar fallen anerkanntermaßen auch Forderungen aus Verträgen in den Schutzbereich der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG.<sup>138</sup> Es muss sich insoweit jedoch um konkrete, das heißt bereits erworbene Vermögenswerte handeln. Bloße Gewinnerwartungen, die erst auf der weiteren Umsetzung einer Vereinbarung beruhen, sind nicht geschützt.<sup>139</sup> Da für die hier in Frage stehende Vereinbarung beispielsweise über ein bestimmtes Rabattsystem allenfalls eine Nichtigkeit mit Wirkung ex nunc in Betracht käme, scheiden Auswirkungen auf bestehende Rechtspositionen, nämlich Forderungen aus der Zeit vor Entstehen der marktbeherrschenden bzw. -starken Stellung, von vornherein aus. Der Schutzbereich von Art. 14 Abs. 1 GG ist damit schon gar nicht betroffen. Auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG scheidet mangels relevanter Grundrechtsbeeinträchtigung aus. In der fusionskontrollrechtlichen Freigabeverfügung wird man nur schwerlich eine staatliche Maßnahme mit objektiv berufsregelnder Tendenz, geschweige denn eine final auf die berufliche Tätigkeit betroffener Dritter zielende Regelung sehen können.<sup>140</sup>

## II. „Drittbelastende“ Auflagen im Zusammenhang mit einer Fusionsgenehmigung

Nachdem sich der Tatbestand des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung nicht als zielführend bei der Suche nach subjektiven Drittrechten außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB erweisen hat, liegt es nahe, den Komplex der so genannten drittbelastenden<sup>141</sup> Auflagen zu untersuchen. *Wiedemann* nennt als Beispiel das aus dem

137 *Bundesregierung*, Begr. Reg.-Entw. 7. GWB-Nov., BT-Drucks. 15/3640, 65.

138 *Wendt, R.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 20, Rz. 24 m.w.N.; *Canaris, C.-W.*, DB 2002, 930, 932.

139 Ausführlich zur Reichweite des Eigentumsschutzes *Wendt, R.*, aaO, Rz. 44ff.

140 Zu beiden Formen des Eingriffs in die Berufsfreiheit *Tettinger, P. J.*, in: Sachs, M. (Hrsg.), GG, 2003, § 12, Rz. 71ff.

141 Der Begriff ist nur mit Vorsicht zu gebrauchen. Nach der verwaltungsrechtlichen Terminologie ist unter einem drittbelastenden Verwaltungsakt ein Verwaltungshandeln zu verstehen, das subjektive Rechte Dritter berührt (vgl. *Kopp, F. O./Schenke, W.-R.*, VwGO, 2005, § 80, Rz. 15, 43). Ob diese Wirkung den hier interessierenden Auflagen zukommt, ist erst noch zu prüfen.

europäischen Fusionskontrollrecht stammende Verfahren *Kali + Salz*.<sup>142</sup> Darin hatte der Präsident des EuG einstweiligen Rechtsschutz zugunsten von Drittunternehmen gewährt, die sich gegen die gesellschaftsrechtlichen und wirtschaftlichen Konsequenzen einer Veräußerungsaufgabe zur Wehr gesetzt hatten.<sup>143</sup> Hintergrund des Verfahrens war die Genehmigung eines Zusammenschlussvorhabens durch die Europäische Kommission. In ihrer Vereinbarkeitserklärung hatte die Kommission den Zusammenschlussbeteiligten *Kali + Salz* und *MdK* zur Auflage gemacht, aus der *Kali-Export GmbH* auszuschcheiden. Antragstellerin im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes war u. a. die französische Mitgesellschafterin der *Kali-Export GmbH*, die *Société Commerciale des Potasses et de l'Azote (SCPA)*. Sie wendete sich gegen die Kommissionsentscheidung, da sie aufgrund des Ausscheidens der beiden großen deutschen Gesellschafter aus dem Gemeinschaftsunternehmen eine Auflösung der *Kali-Export GmbH* befürchtete. Diese sei für sie mangels eines eigenen internationalen Vertriebsnetzes von großer wirtschaftlicher Bedeutung. Die Auflösung der *Kali-Export GmbH* hätte für sie u. a. die Folge, von den internationalen, insbesondere den afrikanischen und asiatischen Märkten abgeschnitten zu sein.<sup>144</sup> Es stellt sich die Frage, ob der Präsident des EuG zu Recht die Zulässigkeit des Antrags auf einstweiligen Drittrechtsschutz gegen die drittbelastende Zusage gewährt hat. Schon kurz nach Erlass des Beschlusses des Gerichtspräsidenten hat *Mülbert* überzeugend dargelegt, dass für kartellverwaltungsrechtlichen Rechtsschutz gegen drittbelastende Auflagen wie im Verfahren *Kali + Salz* kein Platz ist.<sup>145</sup>

142 Wiedemann, G., Stellungnahme 7. GWB-Nov., BT-Ausschussdrucks. 15(9)1333, 21f. Weitere Beispiele für „drittbelastende“ Zusagen sind die Beendigung finanzieller, personeller oder vertraglicher Verbindungen mit Unternehmen (z. B. *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265, 270: Kündigung eines Vertriebsvertrages; *Kommission*, 31.7.1999 (*Varta/Bosch*), ABl.EG Nr. L 320 v. 22.11.1999, 26, 34: Kündigung eines Lizenzvertrages; *Kommission*, 20.7.1995 (*Swissair/Sabena II*), unveröffentlicht, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/cases/> : Kündigung der Mitgliedschaft in einer strategischen Allianz).

143 *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265; 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401.

144 *Präsident des EuG*, 10.5.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994 1994, II-265, 274f. (Rz. 20).

145 *Mülbert, P. O.*, ZIP 1995, 699, 708.

Die übrige Literatur ist ihm fast einhellig gefolgt.<sup>146</sup> Das entscheidende Argument lautet dabei: Eines verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes gegen drittbelastende Zusagen bedarf es nicht. Die Fusionsparteien dürfen nämlich nur solche Maßnahmen anbieten, die ihnen zivilrechtlich möglich sind. Ihr Handlungsspielraum ist insoweit insbesondere durch die von ihnen abgeschlossenen Lizenz-, Liefer- und Konsortialverträge beschränkt. Sollte die zugesagte Vertragskündigung oder der Rückzug aus einem Gemeinschaftsunternehmen gegen vertragliche oder gesetzliche Bestimmungen aus dem Bereich des Privatrechts verstoßen, so steht den betroffenen Dritten der ordentliche Rechtsweg offen. Es besteht daher schon kein Bedürfnis für einen zusätzlichen Schutz im Rahmen des Fusionskontrollrechts.<sup>147</sup> Soweit sich die Fusionsparteien vertragskonform verhalten, verdienen Dritte, die von den zugesagten Maßnahmen betroffen werden, ohnehin keinen Schutz.<sup>148</sup> Es steht den anmeldenden Unternehmen nämlich frei, sich unabhängig von der Fusionsanmeldung zu entscheiden, bestimmte gesellschaftsrechtliche Verflechtungen oder sonstige wettbewerbsrelevante Vereinbarungen im Rahmen der vertragsrechtlichen Möglichkeiten zu kündigen.<sup>149</sup> Sie werden dies möglicherweise gerade im Hinblick auf die spätere Anmeldung eines Zusammenschlussvorhabens tun. Theoretisch denkbar ist sogar,

146 Immenga, U., in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), EG-WettbR, 1997, FKVO – Kommentierung (Abschn. D), Rz. 25 (= S. 1005f.); Leibenath, C., Zusagepraxis, 1999, 86ff.; Fuchs, A., WuW 1996, 269, 277f.; Montag, F./Leibenath, C., ZHR 2000, 176, 195. A. A. offenbar (allerdings ohne sich mit dem – von ihm an anderer Stelle zitierten – Aufsatz Müllberts auseinander zusetzen) Lange, K. W., in: Ebenroth, C. T./Hesselberger, D./Rinne, M. E. (Hrsg.), in: FS Boujong, 1996, 885, 917. Er fordert die Möglichkeit von Drittrechtsschutz vor dem EuGH mit dem Hinweis auf die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie. Vgl. auch Säcker, F. J./Boesche, K. V., ZNER 2003, 76, 85, die sich – ohne auf das Kali + Salz-Verfahren Bezug zu nehmen – ebenfalls mit den Auswirkungen von Veräußerungsaufträgen auf die Rechtsstellung fusionsunbeteiligter Unternehmen auseinandersetzen. Säcker und Boesche unterscheiden zwar ebenfalls zwischen der Verletzung wettbewerbsrechtlicher und gesellschaftsrechtlich erheblicher Interessen, gehen aber dennoch von der Möglichkeit einer Verletzung rechtlich geschützter Interessen durch Veräußerungsaufträge aus. Bemerkenswerter Weise schließen sie dabei ein Beiladungsrecht der von der Veräußerungsauftrag betroffenen Mitgesellschafter aus. Sie wollen vielmehr der „in Veräußerungs- und Vertragsänderungsaufträgen angesprochenen Gesellschaft“ einen Anspruch auf Beteiligung am Kartellverwaltungsverfahren wegen Verletzung in rechtlich geschützten Interessen gewähren. Zur Frage der gerichtlichen Anfechtungsbefugnis selbst äußern sie sich nicht. Sie müsste konsequenterweise bejaht werden.

147 Müllbert, P. O., ZIP 1995, 699, 708.

148 Ebenda; Leibenath, C., Zusagepraxis, 1999, 86: „[...] was zivilrechtlich möglich und zulässig ist, kann fusionskontrollrechtlich nicht unzulässig sein.“

149 Das räumt letztlich auch der *Präsident des EuG*, 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401, 413 (= Rz. 25) ein: „Es ist sicher richtig, dass der Gesellschaftsvertrag der Kali-Export GmbH selbst zu der die SCPA belastenden Situation führt. Denn die SCPA wäre als Minderheitsgesellschafter mit denselben Folgen konfrontiert, wenn K + S und/oder MdK unabhängig von der streitigen Fusionskontrollentscheidung beschlossen hätten, aus der Kali-Export GmbH auszuscheiden.“

dass die Fusionskandidaten ihre Anmeldung zunächst noch einmal zurücknehmen<sup>150</sup> und erst anschließend, das heißt außerhalb des Fusionskontrollverfahrens Maßnahmen wie die Kündigung von Verträgen mit Dritten ergreifen, welche sich in den Verhandlungen mit der Kommission als erforderlich erwiesen haben, um wettbewerbliche Bedenken zu zerstreuen.<sup>151</sup> Die betroffenen Dritten können sich hiergegen nur insoweit wehren, als Bestimmungen des Zivilrechts verletzt werden. Weitergehender Schutz im Rahmen der Fusionskontrolle ist ihnen nicht zu gewähren.<sup>152</sup>

Auch auf der Ebene der Begründetheit gilt: Erfolgreich könnten die Anträge auf einstweiligen Rechtsschutz nur sein, wenn es der Kartellbehörde untersagt wäre, „drittbelastende“ Auflagen mit der Vereinbarkeitserklärung bzw. der Freigabeverfügung oder Ministererlaubnis zu verbinden. Ein Verbot drittbelastender Auflagen ist aber sowohl der europäischen als auch der deutschen Fusionskontrolle fremd. Eine Einschränkung der kartellbehördlichen Entscheidungsbefugnisse ergibt sich lediglich daraus, dass Kommission und Bundeskartellamt nur solche Zusagen entgegennehmen und zu Auflagen erklären darf, die den Fusionskandidaten (zivilrechtlich) möglich sind.<sup>153</sup>

Hinzuweisen ist schließlich noch auf folgende praktische Überlegung: Die einstweilige Anordnung des Gerichts gemäß Art. 242 Satz 2 EGV entfaltet Bindungswirkung nur gegenüber der Kommission, nicht aber im Verhältnis zu den Zusammenschlussbeteiligten. Nicht sie, sondern die Kommission ist Antragsgegnerin sowohl des Hauptsacheverfahrens als auch des akzessorischen Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes. Die betroffenen Dritten könnten also allenfalls erreichen, dass der Kommission einstweilig untersagt wird, auf dem Vollzug der Auflagen zu

150 Zu Art. 6 Abs. 1 Buchst. c) Satz 2 (Glaubhaftmachen der Aufgabe des Zusammenschlusses) der neuen EG-Fusionskontrollverordnung *Dittert, D.*, WuW 2004, 148, 152.

151 Vgl. *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86.

152 Pointiert die Formulierung bei *Mülbert, P. O.*, ZIP 1995, 699, 708: Das Fusionskontrollverfahren ist „Auslöser der Trennung, nicht aber Ursache der Trennungsmöglichkeit“.

153 Zur EG-Fusionskontrolle: *Immenga, U.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *EG-WettbR*, 1997, FKVO - Kommentierung (Abschn. D), Rz. 25 (= S. 1005f.); *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 86; *Mülbert, P. O.*, ZIP 1995, 699, 707f.; *Fuchs, A.*, WuW 1996, 269, 277. Zur deutschen Fusionskontrolle: *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: *Immenga, U./Mestmäcker, E.-J.* (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 40, Rz. 82. Vgl. auch *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165, 167: „Es ist nicht Sache des BMWi, die notwendigen Verträge mit den Gesellschaftern zustande zu bringen. Solange erwartet werden kann, dass das so modifizierte Vorhaben überhaupt vollzogen wird, kann er es zum Gegenstand der Erlaubnis machen, und zwar unter der Auflage, dass Veba die rechtlichen und tatsächlichen Schritte unternimmt, die das in Aussicht gestellte Vorhaben ermöglichen und fördern.“

bestehen. Die Zusammenschlussbeteiligten wären nicht daran gehindert, die streitigen Zusagen dennoch zu vollziehen.<sup>154</sup>

Im Bereich des deutschen Rechts wurde – soweit ersichtlich – bislang nur einmal versucht, die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten aus der drittbelastenden Wirkung von Auflagen herzuleiten. Es handelt sich um die Zusammenschlussfreigabe *Werhahn*, die das Bundeskartellamt mit umfangreichen Auflagen verbunden hatte.<sup>155</sup> Die Beschwerdeführerin berief sich auf die Konsequenzen des per Auflage verordneten Rückzugs einer der Fusionsparteien aus zwei näher bezeichneten Gesellschaften, an denen sie selbst Minderheitsbeteiligungen hielt. Das OLG Düsseldorf verwarf diese Argumentation mit dem Hinweis darauf, es fehle schon an einer Betroffenheit der Kommanditeinlage oder sonstiger Beteiligungen der Antragstellerin.<sup>156</sup> Auch sonst sah es keine Nachteile für die gesellschaftsrechtliche Stellung der Beschwerdeführerin.<sup>157</sup> Einer vertieften Auseinandersetzung mit dem soeben dargestellten Vorrangverhältnis des privaten vor einem etwaigen verwaltungsrechtlichen Schutzes bedurfte es daher nicht.

Veräußerungsauflagen können Drittinteressen noch unter einem weiteren Aspekt tangieren. In manchen Fällen spricht die Kartellbehörde nicht nur die Verpflichtung aus, Beteiligungen überhaupt zu veräußern. Sie macht darüber hinaus noch mehr oder weniger präzise Angaben zu dem in Frage kommenden Erwerber.<sup>158</sup> Teilweise

154 So ausdrücklich der *Präsident des EuG*, 15.6.1994 (*Société commerciale des potasses et de l'azote und Entreprise minière et chimique gegen Europäische Kommission*), Slg. 1994, II-401, 416f. (= Rz. 34): „Es stünde ihnen frei, aus der Kali-Export GmbH auszuscheiden oder bis zum Erlass des Urteils des Gerichts über die von den Antragstellerinnen erhobene Klage in ihr zu verbleiben. Die Aussetzung des Vollzugs der streitigen Bedingung hätte folglich nur die Auswirkung, dass die Erklärung der Vereinbarkeit des angemeldeten Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt vorübergehend nicht von der Einhaltung der das Ausscheiden des K + S und des Gemeinschaftsunternehmens aus der Kali-Export GmbH betreffenden Bedingung abhängig wäre.“ Vgl. auch *Leibenath, C.*, *Zusagenpraxis*, 1999, 417; *Montag, F./Leibenath, C.*, *ZHR* 2000, 176, 195f.

155 *Bundeskartellamt*, 22.8.2005 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundeskartellamt.de](http://www.bundeskartellamt.de). Es handelt sich im Wesentlichen um Veräußerungsauflagen (insgesamt 32). In einigen Fällen verlangt das Bundeskartellamt aber auch die Bewirkung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages bestimmter Gesellschaften, an denen die Fusionsparteien beteiligt sind (Auflagen Nr. A 24, 26 - 29, 32, 33, 36, 37, 39 sowie Nr. B 3). Dabei wurde den Fusionsparteien jedoch jeweils aufgegeben, ihre *eigenen* gesellschaftsrechtlichen Einflussmöglichkeiten zurückzufahren. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern darin nachteilige Auswirkungen auf die gesellschaftsrechtliche Position Dritter (Gesellschafter oder sonstiger Beteiligter) liegen könnten.

156 *OLG Düsseldorf*, 25.10.2005 (*Werhahn*), WuW/E DE-R 1644, 1647.

157 Ebenda, 1647. Siehe auch die Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde durch den *BGH*, 7.2.2006 (*Werhahn*), unveröffentlicht, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de), S. 3. Die Bundesrichter erklärten die Frage, ob Dritten durch Veräußerungsauflagen subjektive Rechte erwachsen können, für nicht klärungsbedürftig. Die Beantwortung dieser Frage liege „auf der Hand“.

158 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), *GWB*, 2001, § 42, Rz. 45 (mit weiteren Beispielen): „zulässig“. Die im Rahmen der Ministererlaubnis angestellten Überlegungen lassen sich auf die Auflagenkompetenz des Bundeskartellamts übertragen.

schließt sie bestimmte Kaufinteressenten sogar ausdrücklich als Erwerber aus.<sup>159</sup> Doch auch bei dieser Auflagenform handelt es sich nur um eine tatsächliche, nicht aber eine (öffentlich-)rechtliche Belastung für die betroffenen Drittunternehmen. Das Veräußerungsverbot kann Bindungswirkung nur in Bezug auf die Verfügungsadressaten, das heißt die Zusammenschlussbeteiligten entfalten. Nur ihnen drohen im Fall der Nichterfüllung die in § 41 Abs. 3a i. V. m. § 41 Abs. 4 GWB 2005<sup>160</sup> angeordneten Sanktionen, insbesondere der Widerruf der Fusionsgenehmigung mit der Folge einer etwaigen Auflösungspflicht. Dagegen ist der als persona non grata bezeichnete Dritte rechtlich ungebunden. (In der Praxis dürfte sein Erwerbswunsch freilich am mangelnden Veräußerungswillen der mit der Auflage unmittelbar belasteten Fusionsparteien scheitern.) Rechtliche Hindernisse können sich allerdings im Rahmen eines eigenen Fusionskontrollverfahrens auftun. Sind die Tatbestandsvoraussetzungen der §§ 35, 37 GWB erfüllt, muss der Anteilerwerb selbstverständlich angemeldet werden.<sup>161</sup> Die Prüfung hat nach richtiger Auffassung allein anhand der Kriterien des § 36 Abs. 1 GWB bzw. § 42 Abs. 1 GWB zu erfolgen. Die in einem vorangegangenen Fusionskontrollverfahren ergangenen Nebenbestimmungen dürfen allenfalls auf der Tatsachenebene berücksichtigt werden. Ergeht eine Unter-sagungsentscheidung, so kommt lediglich eine Anfechtung dieser Verfügung in Betracht, nicht aber der vorausgehenden Fusionsgenehmigung bzw. der mit ihr verbundenen Auflage.<sup>162</sup>

159 So gab der *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165 der BP auf, ihre zu veräußernden Beteiligungen an der Ruhrgas „nicht an Unternehmen [...], die Primärenergie-Interessen vertreten“ zu veräußern. Unter anderem gegen diese zusätzliche Auflagenbestimmung wendete sich die Ruhrkohle AG mit ihrem im Rahmen des Ministererlaubnisverfahrens gestellten Antrag auf Abänderung der Auflagen (*Bundesminister für Wirtschaft*, 30.3.1979 (*Veba/BP: Beiladung*), WuW/E BMW 173, 174). Die nach der Beiladung eingelegte Beschwerde gegen die Ministererlaubnis hat die Ruhrkohle AG später wieder zurückgenommen (so der Hinweis ebenda, 173, FN 1). Vgl. auch *Präsident des EuG*, 17.1.2001 (*Petrolescence und Société de gestion de restauration routière (SG2R)/Kommission*), Slg. 2001, II-69ff., der im Ergebnis ebenfalls den von Drittunternehmen gestellten Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Entscheidung der Kommission, wonach ein Erwerb der von den Zusammenschlussbeteiligten zu veräußernden Autobahntankstellen durch die Antragsteller nicht geeignet sei, einen wirksamen Wettbewerb aufrechtzuerhalten (ebenda, 72 = Rz. 5), zurückweist.

160 Diese Bestimmungen sind gemäß § 42 Abs. 2 GWB 2005 auch im Fall der Ministererlaubnis anwendbar.

161 *Mestmäcker, E.-J./Veelken, W.*, in: Immenga, U./Mestmäcker, E.-J. (Hrsg.), GWB, 2001, § 42, Rz. 45) halten es unter bestimmten Voraussetzungen sogar für zulässig, die Nichtbeteiligung an Zusammenschlüssen zur Auflage zu machen, die als solche nicht der Fusionskontrolle unterliegen.

162 Vgl. auch den *Bundesminister für Wirtschaft*, 5.3.1979 (*Veba/BP: Erlaubnis*), WuW/E BMW 165, 167, der sich ebenfalls darauf beschränkt, auf mögliche fusionskontrollrechtliche Bedenken hinzuweisen, die vom Bundeskartellamt bei der Beurteilung des (zur Auflage gemachten) Andienungsverfahrens zu beachten sind.

### III. Viertes Zwischenergebnis

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

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

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

#### I. Das Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado*

##### 1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

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

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

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