

## *Erstes Kapitel. Die Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts in der Fusionskontrolle*

1. Das bisherige System des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes basiert auf der Unterscheidung von vier Intensitätsstufen der Drittbetroffenheit durch die in Betracht kommende Fusionsgenehmigung: (1) einfache Interessenberührung als Voraussetzung für die Möglichkeit zur Stellungnahme (§ 56 Abs. 2 GWB); (2) erhebliche Interessenberührung als Voraussetzung für die einfache Beiladung zum Verfahren vor der Kartellbehörde (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB); (3) materielle Beschwerde im Sinne einer nachteiligen Interessenberührung als (ungeschriebene) materielle Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde; (4) subjektive Rechtsverletzung als Voraussetzung der notwendigen Beiladung (vgl. §§ 71 Abs. 1 Satz 4 GWB und 13 Abs. 2 Satz 2 VwVfG) sowie als Zulässigkeitsvoraussetzung der Verpflichtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 3 GWB) und – seit Inkrafttreten der Siebten GWB-Novelle – des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Drittbeschwerde gegen Freigabe Verfügungen des Bundeskartellamts (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005).

2. Abgesehen von ihrer mangelnden Praktikabilität können die Differenzierungen der herrschenden Meinung auch theoretisch nicht überzeugen. Das überkommene Drittschutzsystem ist durch regelungstechnische Schwächen und innere Widersprüchlichkeit gekennzeichnet.

a. Zu nennen ist in erster Linie die große Bedeutung, die der Beiladungsentscheidung zukommt. Von ihr hängen weitreichende Rechtsschutzmöglichkeiten im Beschwerdeverfahren ab. Da die Entscheidung im Ermessen der Kartellbehörde steht, ist häufige Folge die Ungleichbehandlung von in ihren Interessen gleichermaßen intensiv betroffenen Dritten. Das Prinzip der „formalisierten Beschwerdebefugnis“ hat – auch in der von der herrschenden Meinung vertretenen abgemilderten Variante – zur Folge, dass das Beschwerdegericht Anfechtungsbeschwerden von zu Unrecht beigeladenen Dritten allenfalls an dem wenig anspruchsvollen Kriterium der materiellen Beschwerde scheitern lassen kann. Das setzt aber voraus, dass der Beschwerdeführer nicht einmal eine einfache nachteilige Interessenberührung geltend machen kann.

b. Darüber hinaus kommt es in vielen Fällen zu zufälligen, wenn nicht gar widersprüchlichen Ergebnissen. Grund hierfür sind die sachlich nicht gerechtfertigten unterschiedlichen materiellen Anforderungen, die an die Zulässigkeit der verschiedenen Rechtsschutzinstrumente gestellt werden. Beispielsweise gelten niedrigere

materielle Anforderungen an die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde, obwohl die Verpflichtungsbeschwerde in vielen Fällen das verhältnismäßigere, da weniger einschneidende Rechtsmittel ist. Zu denken ist insbesondere an den Fall, dass sich das Klagebegehren des Drittbeschwerdeführers auf den Erlass zusätzlicher drittschützender Nebenbestimmungen beschränkt. Er wird im bestehenden Drittschutzsystem dazu genötigt, die Fusionsfreigabe insgesamt anzufechten. Genannt seien weiterhin die divergierenden Zulässigkeitsvoraussetzungen, von denen die Einlegung der erstinstanzlichen Verpflichtungsbeschwerde und der Rechtsbeschwerde abhängen. Legt man die herrschende Meinung zugrunde, so steht diese einem wesentlich weiteren Kreis von Drittbetroffenen offen als die Verpflichtungsbeschwerde selbst.

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

1. Obwohl es ganz herrschender Meinung in Rechtsprechung und Literatur entspricht, dass § 36 Abs. 1 GWB keine drittschützende Wirkung entfaltet, hat der Gesetzgeber den einstweiligen Drittrechtsschutz gegen Fusionsfreigaben unter die Voraussetzung der Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten gestellt (§ 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005). Damit droht das gleichermaßen effektive wie einschneidende Rechtsschutzinstrument der Anordnung der aufschiebenden Wirkung Dritten zukünftig nicht mehr zu Gebote zu stehen.

2. Eine literarische Mindermeinung tritt zwar für die Annahme subjektiver Drittrechte in der Fusionskontrolle an. Allerdings grenzt sie den sachlichen Schutzbereich der potentiell drittschützenden Normen denkbar eng ab, indem sie den Nachweis der drohenden „Existenzvernichtung“ fordert. Der Zusammenschluss selbst kann eine Marktverdrängung bzw. Existenzvernichtung von Dritten aber grundsätzlich nicht herbeiführen. Er hat unmittelbar nur eine Veränderung der Marktstruktur zur Folge. Denkbar ist allenfalls, dass die Fusionsparteien im Anschluss an die Fusion zum Einsatz missbräuchlicher Verhaltensweisen wie z. B. Kampfpreisstrategien übergehen, mit dem Ziel einer Verdrängung dritter Marktteilnehmer. Eine hinreichend sichere Prognose erscheint im Zeitpunkt der Zusammenschlussgenehmigung aber schon praktisch ausgeschlossen (vgl. nur das Beispiel *Tetra Laval/Sidel*). Drittunternehmen, die das effektive Mittel des einstweiligen Rechtsschutzes in Anspruch nehmen wollen, drohen damit spätestens an der Voraussetzung der drohenden Existenzvernichtung zu scheitern. Darüber hinaus verkennt die These von der existenzbedrohenden Wirkung einer Zusammenschlussgenehmigung den Charakter der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften als Gefährdungstatbestand. Sie vermengt Elemente der Strukturkontrolle einerseits mit solchen der Verhaltenskontrolle andererseits.

3. Auch außerhalb von § 36 Abs. 1 GWB findet sich kein Bezugspunkt für die Herleitung subjektiv-öffentlicher Drittrechte im Zusammenhang mit einer Fusionsgenehmigung. Das Argument, in Sonderkonstellation könne es durch die Zusammenschlussgenehmigung zu einer Verletzung subjektiver Drittrechte kommen, die ihre Grundlage in drittschützenden Missbrauchsvorschriften haben, erweist sich bei näherer Untersuchung als nicht stichhaltig. Beispiele, in denen ein Zusammenschluss gleichzeitig sowohl unter fusionskontrollrechtlichen als auch unter dem Gesichtspunkt missbräuchlichen Verhaltens untersagt worden wäre, lassen sich nicht finden. Genauso wenig kann es in Folge einer (genehmigten) Fusion zu einer Neubewertung von schon vorher praktizierten Verhaltensweisen unter dem Aspekt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung kommen. Zurückzuweisen ist schließlich auch die Ansicht, Drittunternehmen könnten sich vor dem Beschwerdegericht auf die Verletzung in subjektiv-öffentlichen Rechten berufen, wenn ihre wirtschaftlichen Interessen durch bestimmte Nebenbestimmungen zur Fusionsfreigabe (insbesondere Veräußerungsaufgaben) berührt werden. Die betroffenen Dritten sind in diesen Fällen auf zivilrechtlichen Schutz auf der Grundlage bestehender privatrechtlicher Verträge zu verweisen. Für darüber hinausgehenden Rechtsschutz im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens ist kein Raum.

4. Als lehrreich erweist sich im vorliegenden Zusammenhang der Blick in Richtung Vereinigte Staaten. Jenseits des Atlantiks hängt die Zulässigkeit privater Drittklagen gegen Zusammenschlussvorhaben seit der Supreme Court-Entscheidung im Verfahren *Cargill versus Monfort of Colorado* von der Geltendmachung eines drohenden Antitrust-Schadens ab. Eine Untersuchung der strengen Entscheidungspraxis US-amerikanischer Gerichte bestätigt die oben aufgestellte These: Privater Rechtsschutz gegen Zusammenschlussvorhaben ist faktisch ausgeschlossen, wenn man ihn vom Nachweis einer in Folge der Fusion eintretenden wirtschaftlichen Existenzvernichtung abhängig macht.

5. Die stiefmütterliche Behandlung des Problems der Abgrenzung zwischen den Tatbestandsmerkmalen „erhebliche Interessenberührung“ und „Verletzung in eigenen Rechten“ in der kartellrechtlichen Praxis und Wissenschaft erklärt sich aus der geringen praktischen Bedeutung, die dem Merkmal der subjektiven Rechtsverletzung im bisherigen Verfahrensrecht zukam. Umfassender gerichtlicher Drittrechtsschutz gegen Fusionsfreigaben stand auch solchen Dritten offen, die sich (nur) auf eine nachteilige erhebliche Interessenberührung berufen konnten. Auf die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen den fusionskontrollrechtlichen Vorschriften eine drittschützende Wirkung zu entnehmen ist, kam es regelmäßig nicht an. Das hat sich mit Inkrafttreten von § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 entscheidend geändert. Im Zusammenhang mit der Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine fusionskontrollrechtliche Freigabe durch das Bundeskartellamt kommt man nicht umhin, sich näher mit der Voraussetzung einer Verletzung in eigenen Rechten auseinanderzusetzen.

6. Die bloße Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde genügt nicht immer, um die negativen wettbewerblichen Auswirkungen eines freigegebenen Zusammenschlusses vorläufig zu verhindern. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen die Zusammenschlussbeteiligten beispielsweise die Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Stimmrechten aufschiebend bedingt bereits vereinbart haben. Dem Erfordernis wirksamen Rechtsschutzes können hier nur weitergehende Anordnungen genügen. Zu denken ist an das einstweilige Verbot, Stimmrechte aus bereits übertragenen Anteilen auszuüben. Die im Zusammenhang mit der Siebten GWB-Novelle eingefügte Bestimmung § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 entzieht dem Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes die Möglichkeit, solche Anordnungen auf die in der Vergangenheit in Anspruch genommene Rechtsgrundlage der §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB 1999 zu stützen. Auch insofern ist eine Schwächung der Effektivität des einstweiligen Drittrechtsschutzes (auch im Ministererlaubnisverfahren) zu befürchten.

### *Drittes Kapitel. Grundlagen einer Neukonzeption des Drittschutzes in der Fusionskontrolle*

1. Die meisten der im ersten Kapitel herausgearbeiteten Schwächen und Ungereimtheiten des überkommenen Drittschutzsystems wurden von verschiedenen Autoren als solche erkannt. Bislang ist es jedoch nicht gelungen, eine Lösung zu präsentieren, die allen kritisierten Punkten gerecht wird. Einzelne Elemente der vorgestellten Lösungen konnten für die hier entwickelte Neukonzeption jedoch fruchtbar gemacht werden. Dem Einsatz *K. Schmidts* verdankt das Institut der notwendigen Beiladung wegen Verletzung in subjektiven Rechten seine allgemeine Anerkennung. Darüber hinausgehend hat *Soell* als erster den Gedanken eines grundsätzlichen Beiladungsanspruchs aller erheblich in ihren Interessen betroffenen Dritten formuliert. *Dorrmann* hat den Boden für die Erkenntnis bereitet, dass das allgemeine Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung aus § 42 Abs. 2 VwGO materielle Zulässigkeitsvoraussetzung auch der kartellverwaltungsrechtlichen Anfechtungsbeschwerde ist. Darüber hinaus hat sie sich erstmalig um eine gründliche Auslegung der fusionskontrollrechtlichen Vorschriften im Hinblick auf eine drittschützende Wirkung bemüht. *Veelken* kommt das Verdienst zu, auf die Konsequenzen einer zu engen Abgrenzung des sachlichen Schutzbereichs des als drittschützend erkannten § 36 Abs. 1 GWB hingewiesen zu haben.

2. Die hier vorgeschlagene Neukonzeption beruht auf zwei Säulen: *Erstens*: Als in subjektiven Rechten verletzt gilt, wer von der Zusammenschlussgenehmigung erheblich und nachteilig in seinen Interessen berührt wird. *Zweitens*: Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung i. S. einer nachteiligen und erheblichen Interessenberührung ist materielle Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde. Damit wird zum einen die bislang erforderliche Differenzierung zwischen

den beiden Tatbestandsmerkmalen obsolet. Auf sie sind auch die meisten der kritisierten Ungereimtheiten im Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes zurückzuführen. Ungleichbehandlungen aufgrund der Ermessensabhängigkeit der Beiladung entfallen ebenfalls, da alle Dritten, die eine erhebliche und nachteilige Interessenberührung geltend machen können, als möglicherweise in subjektiven Rechten Verletzte einen Anspruch auf Beiladung haben. Schließlich dient das (sogleich noch näher zu präzisierende) Merkmal der nachteiligen und erheblichen Interessenberührung der Bestimmung derjenigen Dritten, die das Erfordernis der subjektiven Rechtsverletzung i. S. des neuen § 65 Abs. 3 Satz 4 GWB 2005 erfüllen.

3. Die erforderlichen Korrekturen an der Systematik des drittschutzrelevanten Verfahrensrechts lassen sich aus einer am Wortlaut der einschlägigen Vorschriften orientierten Auslegung herleiten. Der Klammerhinweis in § 63 Abs. 2 GWB auf § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB führt zur Entdeckung einer gesetzlich normierten materiellen Zulässigkeitsvoraussetzung der Drittanfechtungsbeschwerde. Es handelt sich um das bislang nur im Zusammenhang mit der Entscheidung über einen Beiladungsantrag geprüfte Merkmal der (nachteiligen) erheblichen Interessenberührung. Die Tatsache, dass der historische Gesetzgeber Beiladung und Anfechtungsbeschwerde nicht ausdrücklich von dem Erfordernis der Geltendmachung einer Rechtsverletzung abhängig gemacht hat, lässt sich damit erklären, dass im Zeitpunkt der Verabschiedung des GWB noch Unsicherheit über die Auslegung der kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften als drittschützend oder nicht herrschte.

#### *Viertes Kapitel. Subjektiv-öffentliche Rechte Dritter in der Fusionskontrolle*

1. Die vor dem Hintergrund der damaligen Rechtsentwicklung noch begründeten Zweifel an einer drittschützenden Wirkung der verschiedenen kartellverwaltungsrechtlichen Vorschriften haben mittlerweile an Berechtigung verloren. Die Analyse der neueren Rechtsprechung zu multipolaren Konfliktsituationen im Wirtschaftsverwaltungs- und Steuerrecht zeigt, dass wirtschaftliche Interessen von Konkurrenten zunehmend in den Rang subjektiv-rechtlich geschützter Positionen erhoben werden. Die Untersuchung des materiellen Untersagungskriteriums in der Fusionskontrolle unter grammatischen, historischen und teleologischen Gesichtspunkten erlaubt zwar noch keine eindeutige Entscheidung für eine drittschützende Ausgestaltung von § 36 Abs. 1 GWB. Sie liefert aber Hinweise in diese Richtung bzw. widerlegt sie zumindest nicht. Als ausschlaggebend erweist sich eine Interpretation der Norm im Lichte des veränderten verfahrensrechtlichen Kontexts der Siebten GWB-Novelle. Versucht man, dem gesetzgeberischen Willen einer Einschränkung (und nicht einer Abschaffung) des einstweiligen Drittrechtsschutzes nachzukommen, so drängt sich die Erkenntnis auf, dass § 36 Abs. 1 GWB auch den Schutz der privaten Handlungsfreiheit von Drittbetroffenen bezweckt.

2. Der legislative Wunsch nach einer Begrenzung des einstweiligen Drittrechtsschutzes erfordert eine sorgfältige Eingrenzung des persönlichen und sachlichen Schutzbereichs von § 36 Abs. 1 GWB. Die Neukonzeption kann sich dabei an der bisherigen Entscheidungspraxis zum Merkmal der erheblichen Interessenberührung in § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB orientieren. Subjektiv-rechtlicher Schutz kommt nur solchen Drittinteressen zu, die sich sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Hinsicht als erheblich erweisen. Folgende Gesichtspunkte sind zu prüfen: Der Beschwerdeführer muss zu mindestens einem der Zusammenschlussparteien in einem marktrelevanten Verhältnis stehen. Dieses Verhältnis muss durch die Genehmigung des Zusammenschlussvorhabens in marktrelevanter Weise betroffen sein. Dabei muss es sich um eine Beeinträchtigung in subjektiv-öffentlichen und nicht bloß privaten Rechtspositionen handeln. Besonderheiten gelten, wenn sich das Bundeskartellamt zur Begründung der Freigabeentscheidung auf die Abwägungsklausel beruft. Unter quantitativen Gesichtspunkten fehlt es an der erforderlichen Erheblichkeit der Interessenberührung bei solchen Dritten, die auch nach dem Zusammenschluss insbesondere von Wettbewerbern eine im Vergleich immer noch stärkere Marktstellung auf dem relevanten Markt innehaben. Eine konsequente Anwendung der genannten Kriterien führt zu einer wirksamen Begrenzung des Kreises der subjektiv-öffentlich geschützten Drittbetroffenen. Das zeigt eine Untersuchung von in der Vergangenheit durchgeführten Fusionskontrollverfahren.

### *Fünftes Kapitel. Das Gesamtgefüge des fusionskontrollrechtlichen Drittschutzes*

1. Neben der notwendigen Beiladung wegen erheblicher Interessenberührung in negativer Weise („Beteiligung i. e. S.“) hat die Kartellbehörde die Möglichkeit, Dritten, deren Interessen durch das Verfahren nur einfach berührt werden, ermessensabhängig den Status eines einfachen Beigeladenen zu verleihen. Während dem Drittbetroffenen im ersten Fall sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten offen stehen, korreliert mit der einfachen Beiladung keine Beschwerdebefugnis vor Gericht. Unterschiede hinsichtlich der Rechtsstellung der beiden Beteiligungsförmen bestehen auch im Verwaltungsverfahren. Insbesondere ist das Akteneinsichtsrecht des einfach Beigeladenen im Vergleich zu demjenigen des notwendig „Beteiligten“ durch Geheimhaltungsinteressen der Fusionsparteien beschränkt. Der Status des einfach Beigeladenen (ohne Beschwerdebefugnis) kommt beispielsweise für Arbeitnehmervertreter sowie für solche Dritten in Betracht, deren wirtschaftliche Interessen lediglich durch Vorfragen der Entscheidung berührt sind.

2. Die vorgestellte Neukonzeption führt zu einer Angleichung der Zulässigkeitsvoraussetzung der Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache und des Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung. Um das gesetzgeberische Ziel einer Einschränkung des einstweiligen Drittrechtsschutzes auch im Verhältnis zur Anfechtungsbeschwerde in der Hauptsache umzusetzen, wird vorgeschlagen, die gericht-

liche Kontrolle auf der Ebene der Begründetheit zu beschneiden. Danach reichen ernsthafte Zweifel an der objektiven Rechtmäßigkeit der Verfügung nicht mehr aus, um die aufschiebende Wirkung einer Drittbeschwerde anzuordnen. Die Zweifel müssen sich auf die Verletzung subjektiver Rechte des Beschwerdeführers beziehen. Im Hauptsacheverfahren bleibt es dagegen bei dem in § 71 Abs. 2 Satz 1 GWB normierten Prüfungsmaßstab. Entgegen der insbesondere von KG und BGH im Verfahren *HABET/Lekkerland* vertretenen Auffassung obliegt dem Beschwerdegericht dort eine umfassende Untersuchung der Freigabeverfügung auf ihre Übereinstimmung mit dem materiellen Recht.

### *Sechstes Kapitel. Weitergehende Anordnungen durch das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes*

1. Kommt es zur gerichtlichen Anordnung der aufschiebenden Wirkung einer Drittbeschwerde, so tritt automatisch das Vollzugsverbot des § 41 Abs. 1 Satz 1 GWB wieder in Kraft. Einer besonderen Anordnung bedarf es nicht. Das entspricht der Rechtslage im allgemeinen Verwaltungsrecht. Dort gilt das Gebrauchmachen beispielsweise von einer behördlichen Baugenehmigung ebenfalls als unzulässig, wenn das Verwaltungsgericht auf Grundlage des parallelen § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs anordnet.

2. Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes darf dem Antragsteller grundsätzlich nicht mehr gewährt werden, als er in der Hauptsache erlangen kann. Insbesondere darf das Gericht des einstweiligen Rechtsschutzes Anordnungen nur gegenüber dem Antragsgegner (hier: der Kartellbehörde), nicht aber gegenüber Dritten, auch nicht notwendig Beteiligten wie den Zusammenschlussparteien treffen. Anders als in den Verfahren *NetCologne*, *Trienekens* und *E.ON/Ruhrgas* geschehen muss sich das OLG Düsseldorf also darauf beschränken, die Kartellbehörde zu verpflichten, gegen eine Vollziehung des Zusammenschlusses durch die anmeldenden Unternehmen einzuschreiten.

3. Den Wegfall der Rechtsgrundlage §§ 64 Abs. 3 i. V. m. 60 GWB für weitergehende einstweilige Anordnungen wie das vorläufige Verbot der Stimmrechtsausübung kompensiert die Vorschrift § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB. Sie erlaubt dem Gericht, die „Aufhebung der Vollziehung“ anzuordnen. Unter den Begriff der Vollziehung sind – wie im allgemeinen Verwaltungsprozessrecht auch – nicht nur behördliche Maßnahmen, sondern auch das private Gebrauchmachen von einer behördlichen Erlaubnis zu subsumieren. Nicht nur der Wortlaut des neuen § 64 Abs. 3 Satz 2 GWB 2005 spricht für die vorrangige Anwendbarkeit des § 65 Abs. 4 Satz 3 GWB gegenüber der bislang vom OLG Düsseldorf in Anspruch genommenen Rechtsgrundlage. Auch ein Vergleich mit dem Referenzsystem der VwGO legt diese Ansicht nahe. Die herrschende Meinung geht dort ebenfalls von einem Spezialitätsverhältnis zwischen den

parallel ausgestalteten Bestimmungen §§ 80 Abs. 5 Satz 3 und 123 VwGO aus. Diese Lösung hat den Vorzug der Einstufigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes und zeichnet sich durch eine angemessenere, für den dritten Antragssteller günstigere Schadensersatzregelung aus.