

Haftung nach § 1 ProdHaftG eingreift, weil § 14 ProdHaftG zwingendes Recht enthält: Danach sind alle im Voraus vereinbarten Haftungsfreizeichnungs- oder Haftungsbegrenzungsregelungen nichtig. Schließlich berücksichtigt die Regelung in Ziff. 1.23.3 auch den Verbotstatbestand von § 11 Nr. 11 AGB-Gesetz: Soweit sich also die Haftung auf Schadensersatz wegen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft gemäß §§ 463, 480 Abs. 2, 635 BGB auf das Risiko eines Mangelfolgeschadens erstreckt<sup>14</sup>, ist sie nach § 9 Abs. 2 Nr. 1 AGB-Gesetz unwirksam. Das reflektiert in zutreffender Sicht die BGH-Judikatur; mehr kann der Zulieferer im Rahmen von AGB-Klauseln nicht erwarten.

## II. Klauseln für Entwicklungsverträge

Entwicklungsverträge tragen vor allem ein erhebliches Risiko für den Zulieferer, soweit es darum geht sicherzustellen, wem die jeweiligen – im Zusammenhang mit der durchgeführten Entwicklung – erlangten Schutzrechte zustehen. Nicht minder wichtig ist die Antwort auf die Frage, wer Eigentum an den jeweiligen Werkzeugen innehat, die zur serienmäßigen Herstellung des entwickelten Produkts erforderlich sind.

### 1. Entwicklungsergebnisse

Die Regelung von Ziff. 3.6.1 stellt ausdrücklich klar, dass „Erfindungen“, die lediglich von einem Vertragspartner gemacht worden sind, allein diesem zustehen, und zwar einschließlich aller „Rechte an Informationen und Entwicklungsergebnissen“. Notwendigerweise ist daher auch dieser Vertragspartner allein Inhaber der jeweiligen Schutzrechte und über diese „allein verfügbare“, wie in Ziff. 3.6.2 nachzulesen. Anders ist es selbstverständlich bei gemeinschaftlich „gemachten Erfindungen“. Diese gehören „beiden Vertragspartnern“, so dass auch jeder Vertragspartner zur Nutzung „ohne Zahlung einer Abgabe an den anderen Vertragspartner berechtigt“ ist. Aus Ziff. 3.7.3 folgt dann, dass „Schutzrechte“ an solchen „Gemeinschaftserfindungen oder erteilten gemeinschaftlichen Schutzrechten“ von beiden Vertragspartnern „gemeinschaftlich“ zu vergeben sind. Besser kann der partnerschaftliche Grundgedanke dieser Konditionen-Empfehlung nicht wiedergegeben werden.

### 2. Werkzeuge

Tatsache ist stets: Wer die Werkzeuge besitzt und über die entsprechenden Eigentumsrechte verfügt, ist Herr des Geschehens.

Wichtig zu wissen ist daher, dass die Regelung von Ziff. 2.14 darauf abzielt, dass „die Kosten für die vom Zulieferer angeschafften Werkzeuge“ zu „einem Drittel bei Auftragserteilung, einem Drittel bei Vorlage des Musters und zu einem Drittel bei Serienfreigabe“, spätestens jedoch „bei Serienanlauf“ vom Besteller zu bezahlen sind. Das damit angestrebte – freie – Verfügungsrecht des Zulieferers über die Werkzeuge und andere Betriebsmittel wird jedoch in Ziff. 2.15 in der Weise beschränkt, dass diese, sofern sie „für den Besteller gefertigt“ wurden, „für die Eigenfertigung sowie für den Ersatzmarkt“ vom Zulieferer genutzt werden können. Dies schließt ein, dass eine – weitergehende – Nutzung wohl nicht in Betracht kommt, insbesondere auch keine Nutzung zu Wettbewerbszwecken. Dies ist indessen die klare Konsequenz der Tatsache, dass der Zulieferer für den Besteller das entsprechende Werkzeug gefertigt und dass dieser es auch letzten Endes bezahlt hat, so dass die Eigentumsrechte gemäß § 929 BGB auf den Besteller übergegangen sind. Doch ist diese Rechtsfolge davon abhängig, dass eine entsprechende Vereinbarung vorliegt, weil nach dem Regelungsgehalt in Ziff. 2.14 und 2.15 der tatsächliche Eigentumserwerb des Zulieferers/Bestellers offen gelassen wird.

## III. Zusammenfassung

Die hier kurz besprochene Konditionen-Empfehlung regelt auf ganz neue, höchst partnerschaftliche Weise das oft sehr schwierige Vertragsverhältnis, welches Besteller und Zulieferer miteinander verbindet. Es ist ein Korsett, dem weite Verbreitung und Akzeptanz zu wünschen ist; insbesondere sollten sich die Besteller an dieser Konditionen-Empfehlung orientieren, um ausgewogene Regelungen – sowohl im Rahmen vorformulierter Klauseln als auch im Bereich von Individual-Vereinbarungen – zu begründen. Allerdings ist hinzuzufügen, dass auch die Zulieferer ihrerseits – im Verhältnis wiederum zu ihren Zulieferern – in ähnlicher Weise die Vertragsbeziehungen – partnerschaftlich – ausgestalten sollten. Denn sonst droht die Gefahr, dass den kleinsten Zulieferer die „Hunde beißen“, obwohl gerade er Anspruch auf Schutz vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung in Anspruch nehmen können sollte.

**Hinweis der Redaktion:** Vorzüge der Konditionenempfehlung der Arbeitsgemeinschaft Zulieferindustrie stellt *Küpper* – ergänzt um eine Bestandsaufnahme – im *Betriebs-Berater* 2000, 1310 ff. dar.

<sup>14</sup> BGHZ 50, 200, 204 ff. – Kleber = BB 1968, 765 f.

Dr. Torsten Körber, LL.M. (Berkeley), Göttingen\*

## Gerichtlicher Drittschutz im deutschen Fusionskontrollrecht

Nach nahezu einhelliger Auffassung bot das GWB in der bis zum 31. 12. 1998 geltenden Fassung Dritten effektiv die Möglichkeit, gerichtlich gegen einen Zusammenschluss vorzugehen<sup>1</sup>. Die 6. GWB-Novelle gibt Anlass, diese Auffassung zu hinterfragen. Die Regierungsbegründung vom 29. 1. 1998<sup>2</sup> nennt im Hinblick auf die Zusammenschlusskontrolle die Schaffung einer „Drittklagebefugnis bei Freigaben im Hauptprüfungsverfahren“<sup>3</sup> als einen der Eckpunkte der Reform. Auch der Umstand, dass mit der 6. GWB-Novelle eine Annäherung des deutschen an das europäische Wettbewerbsrecht angestrebt wurde<sup>4</sup>, spricht dafür. Denn in der europäischen Fusionskontrolle sind Klagemöglichkeiten, insbesondere der Konkurrenten, in weitem Umfang anerkannt<sup>5</sup>.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

<sup>1</sup> Dazu ausführlich *Körber*, Die Konkurrentenklage im Fusionskontrollrecht der USA, Deutschlands und der Europäischen Union, 1996, S. 223 ff.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 13/9720, 30 ff., auch abgedr. im WuW-Sonderh. zur GWB-Reform, 1998, 62 ff.

<sup>3</sup> Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, 42 und 60, WuW-Sonderh. 1998, 42 und 105.

<sup>4</sup> Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, 30 ff., WuW-Sonderh. 1998, 64 ff.

<sup>5</sup> St. Rspr. seit EuG, Slg. 1994, II-121 ff. – *Air France I*; EuG, Slg. 1994, II-323 ff. – *Air France II*; EuG, EuZW 1995, 677 f. – *CCE Vittel und CE Pierval*; ausführlich *Körber* (Fn. 1), S. 249 ff.; *ders.*, EuZW 1996, 267 ff.; *ders.*, RIW 1998, 910 ff.; *Zilles*, Die Anfechtungslegitimation von Dritten im Europäischen Fusionskontrollrecht, 1997, S. 141 ff.; *Montag/Leibenath*, ZHR 164 (2000), 176 ff.

Grundsätzlich kommen nach dem deutschen Kartellrecht drei Beschwerde- bzw. Klagearten in Betracht, mittels deren Dritte mittelbar oder unmittelbar gegen Zusammenschlüsse vorgehen könnten: 1. eine Anfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 1 und 2 GWB<sup>6</sup> gegen kartellbehördliche Freigabeverfügungen; 2. Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 3 GWB, wenn Kläger den Erlass einer behördlichen Untersagungsverfügung begehrt; 3. Erhebung einer Privatklage auf Unterlassung eines Zusammenschlusses nach § 33 GWB. Allerdings – so das Fazit des vorliegenden Beitrags – bleibt der Drittschutz auch nach der 6. GWB-Novelle hinter demjenigen im europäischen Recht zurück, da weiterhin allein am kartellbehördlichen Verfahren beteiligte Dritte anfechtungsbefugt sind und damit der Schutz Dritter gerade in den Fällen versagt, in denen der Dritte besonders schutzbedürftig ist.

## I. Situation vor In-Kraft-Treten der 6. GWB-Novelle

Die beschriebenen Beschwerde- bzw. Klagearten kannte das GWB schon vor der 6. Novelle<sup>7</sup>. Eine Nutzbarmachung für den Drittschutz kam jedoch aus verschiedenen Gründen nicht in Betracht:

Eine Anfechtungsklage konnte nach § 62 Abs. 1 GWB a. F.<sup>8</sup> (nur) gegen kartellbehördliche Verfügungen gerichtet werden. Bereits daran scheiterte nach der alten Rechtslage ein Drittschutz. Eine förmliche Verfügung kannte das GWB nur hinsichtlich der Untersagung eines Zusammenschlusses. Weder war – abgesehen von der in der Praxis seltenen Ministererlaubnis<sup>9</sup> – eine förmliche Freigabe noch eine Verfahrenseinstellung durch Verfügung vorgesehen<sup>10</sup>. Die Zulässigkeit des Zusammenschlusses im Falle der Nichtuntersagung ergab sich unmittelbar aus dem Gesetz<sup>11</sup>.

Auf Untersagung eines Zusammenschlusses durch das BKartA gerichtete Verpflichtungsbeschwerden Dritter nach § 62 Abs. 3 GWB a. F. waren nach Auffassung des KG ebenfalls unzulässig. Sie scheiterten an der fehlenden Beschwerdebefugnis, weil Dritte aus den §§ 24, 24 a GWB a. F. keinen Rechtsanspruch auf Untersagung eines Zusammenschlusses ableiten konnten. Das Fusionskontrollrecht bezwecke, so das KG in den so genannten „Weichschaum“-Beschlüssen, allein die Sicherung des Wettbewerbs vor einer Vermachtung des Marktes durch marktbeherrschende Unternehmen. Sie diene mithin der Wahrung gesamtwirtschaftlicher Belange und nicht den wirtschaftlichen Interessen Einzelner<sup>12</sup>. Zwar liege es auf der Hand, dass die Zusammenschlusskontrolle nicht ohne Auswirkungen auf Dritte bleiben könne. Doch handele es sich dabei um bloße Rechtsreflexe, die von den Fusionskontrollvorschriften nach Sinn, Zweck und Entstehungsgeschichte nicht erfasst würden. Ein Recht auf Untersagung aus §§ 24, 24 a GWB bestehe somit offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise<sup>13</sup>.

Der BGH äußerte sich zwar nicht direkt zur Frage der Beschwerdebefugnis, bereitete aber gleichwohl der Diskussion über Drittklagemöglichkeiten in der deutschen Fusionskontrolle ein Ende, indem er im Jahre 1978 feststellte, dass die Untersagungsmöglichkeit „gleichgültig, ob das BKartA versehentlich oder bewusst, rechtmäßig oder rechtswidrig nicht tätig geworden ist“ mit dem Ablauf der Ausschlussfrist entfallende und der Zusammenschluss endgültig kraft Gesetzes wirksam werde. Der damit verbundene Verlust eines etwaigen Rechts, die Untersagungsverfügung gerichtlich durchzusetzen, sei Folge der gesetzlichen Konstruktion, dass der Zusammenschluss – selbst von Umsatzmilliardären – nicht verboten, sondern grundsätzlich erlaubt sei.<sup>14</sup> Mit dieser Argumentation war zu-

gleich dem Gedanken einer Durchsetzung der Zusammenschlussuntersagung im Wege der Privatklage nach § 35 GWB a. F. nach dem Vorbild des US-Rechts<sup>15</sup> der Boden entzogen. Die erfolgreiche Erhebung einer solchen Privatklage setzte den Verstoß gegen eine kartellrechtliche Norm oder Verfügung voraus, die den Schutz eines anderen bezweckte. Mit Blick auf die Ablehnung der Ableitung subjektiver Rechte Dritter aus §§ 24, 24 a GWB a. F. kam eine Auslegung dieser Norm als Schutzrechte zu deren Gunsten ebenfalls nicht in Betracht.

Die *Weichschaum*-Entscheidungen des KG und des BGH stießen in Praxis<sup>16</sup> wie Literatur<sup>17</sup> auf nahezu einhellige Akzeptanz<sup>18</sup>. Lediglich vereinzelt wurde Kritik in der Literatur geübt und der drittschützende Charakter der §§ 24, 24 a GWB (teils zu Unrecht unter Hinweis auf die Grundrechte der Konkurrenten<sup>19</sup>) bejaht<sup>20</sup>.

## II. Drittschutz in der europäischen Fusionskontrolle

Die für einen Drittschutz nach früherem deutschem Recht bestehenden Hindernisse – Fehlen einer angreifbaren Entscheidung im Fall der Nichtuntersagung bzw. der Beschwerdebefugnis Dritter – stehen einem Drittschutz in der europäischen Fusionskontrolle trotz anfänglicher Zweifel in der Literatur<sup>21</sup> nicht entgegen<sup>22</sup>. Mit Blick auf die durch die 6. GWB-Novelle angestrebte Annäherung des deutschen an das europäische Recht liegt es nahe, kurz auf den möglicherweise vorbildhaften Drittschutz im europäischen Recht einzugehen.

6 Soweit nicht ausdrücklich gekennzeichnet („a. F.“), beziehen sich Paragrafenangaben auf das GWB i. d. F. nach der 6. GWB-Novelle.

7 Vgl. dazu insbesondere K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, 1977; ders., Gerichtsschutz in Kartellverwaltungssachen, 1980; Kremer, Die kartellverwaltungsrechtliche Beschwerde, 1988; Kohlmeier, Beschwer als Beschwerde voraussetzung: Eine Untersuchung zur kartellverwaltungsrechtlichen Beschwerde, 1997; jüngst Dormann, WuW 2000, 245 ff.

8 Ebenso jetzt nach § 63 Abs. 1 GWB.

9 Die Ministererlaubnis ist unstreitig eine Verfügung i. S. des § 63 Abs. 1 GWB und folglich auch mit der Anfechtungsbeschwerde angreifbar; K. Schmidt, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 2. Aufl. 1992 (im Folgenden: I/M, GWB), § 57 Rn. 3; Kleinmann/Bechtold, Kommentar zur Fusionskontrolle, 2. Aufl. 1989, § 24 Rn. 358.

10 Eine anfechtbare Verfügung des BKartA könnte (abgesehen von der Untersagung) allenfalls in der informellen Erklärung gesehen werden, nicht gegen den Zusammenschluss vorgehen zu wollen, vgl. Kleinmann/Bechtold (Fn. 9), § 24 Rn. 279; Körber (Fn. 1), S. 237. Doch konnte durch Anfechtung dieser Freigabeerklärung allenfalls eine Fortführung des Prüfverfahrens bis zum Fristablauf, nicht aber eine endgültige Untersagung des Zusammenschlusses erreicht werden, dazu Körber (Fn. 1), S. 241 f.

11 WuW/E BGH 1556, 1560 „Weichschaum III“; Kleinmann/Bechtold (Fn. 9), § 24 Rn. 246, 280; Hinz, im Gemeinschaftskommentar GWB und Europäisches Kartellrecht, 4. Aufl. 1980 ff. (im Folgenden: GK), § 62 Rn. 13; Müller/Giessler/Scholz-Schreven, GWB, 4. Aufl. 1981, § 24 Rn. 45.

12 KG, WuW/E OLG 1637 – Weichschaum I = AG 1976, 191 m. Anm. Emmerich.

13 KG, WuW/E OLG 1758 – Weichschaum II, 1758, 1759.

14 WuW/E BGH 1556, 1559 f. – Weichschaum III; vgl. auch WuW/E BGH 2389, 2392 – Coop Schleswig-Holstein/Deutscher Supermarkt; KG, WuW/E OLG 1712 – Hygiene-Artikel; 4737, 4743 – Pinneberger Tageblatt.

15 Zum US-Recht Körber (Fn. 1), S. 167 ff.

16 Vgl. auch KG, WuW/E OLG 2603; 2686, 2687; WuW/E BKartA 1915 – Morris-Rothmans.

17 Benisch, in: GK (Fn. 11), § 35 Rn. 13; Rieger, im Frankfurter Kommentar zum GWB, 1958 ff. (im Folgenden: FK), § 24 Tz. 97; Langen-Ruppelt, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, 8. Aufl. 1998, § 24 Rn. 85; Müller/Giessler/Scholz-Schreven (Fn. 11), § 24 Rn. 46; Riesen-kampff, GRUR 1979, 331, 332; Werner, Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78, S. 49, 57.

18 Heidenhain, EuZW 1991, 590, 591.

19 Kremer (Fn. 7), S. 129 ff.; jetzt auch Steinberger, WuW 2000, 345, 349; dagegen Körber (Fn. 1), S. 229 ff.

20 Aus rechtspolitischer Sicht für die Bejahung des Schutzgesetzcharakters mit Blick auf die dadurch bewirkte Mobilisierung Privater für die Rechtsdurchsetzung auch Emmerich, AG 1976, 193, 194; ders., AG 1978, 150, 156.

21 Koch, in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, 1994 ff., nach Art. 86 Rn. 54 f.; ders., EWS 1990, 65, 72; Miersch, Kommentar zur EWG-Verordnung Nr. 4064/89, 1991, Art. 16 S. 164 f. und Art. 18 S. 170.

22 S. dazu Nachw. oben Fn. 5.

## 1. Mit Anfechtungsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG angreifbare Verfügung der Kommission

Fusionskontrollverfahren nach der europäischen Fusionskontrollverordnung Nr. 4064/89 (FKVO)<sup>23</sup> werden im Gegensatz zum früheren deutschen Recht nach Art. 6, 8 und 10 FKVO stets durch eine mit der Anfechtungsklage nach Art. 230 Abs. 4 EG<sup>24</sup> angreifbare Verfügung der Kommission abgeschlossen. Dies gilt für das Vorverfahren nach Art. 6 ebenso wie für das Hauptverfahren nach Art. 8 FKVO. Angreifbar sind die Feststellung der Nichtanwendbarkeit der FKVO (Art. 6 Abs. 1 lit. a) ebenso wie die Feststellung der Vereinbarkeit (Art. 6 Abs. 1 lit. b, Art. 8 Abs. 2) bzw. der Nichtvereinbarkeit des Zusammenschlusses mit dem Gemeinsamen Markt (Art. 8 Abs. 3)<sup>25</sup>. Trifft die Kommission binnen der gesetzlichen Prüffristen der Art. 10 Abs. 1 bzw. 3 FKVO keine abschließende Entscheidung, so wird die Feststellung der Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt nach Art. 10 Abs. 6 FKVO gesetzlich fingiert. Eine solche Fiktion ist ebenso mit der Anfechtungsklage angreifbar wie die ausdrückliche Entscheidung der Kommission, an deren Stelle sie tritt<sup>26</sup>. Eine Regelungslücke für den Fall, dass die Kommission – statt dies nach Art. 6 Abs. 1 lit. a bzw. b FKVO ausdrücklich festzustellen – erst gar nicht in die Prüfung des Zusammenschlusses eintritt, weil sie den Zusammenschluss auf Grund informeller Vorgespräche für unbedenklich hält, hat das EuG durch eine weite Auslegung des Entscheidungsbegriffs geschlossen. In seiner ersten Air France-Entscheidung wertete das EuG eine Presseerklärung der Kommission, in der ein Zusammenschluss schon vor Eröffnung des Vorverfahrens für unbedenklich erklärt wurde, als mit der Anfechtungsklage angreifbare Entscheidung, weil sie funktional einer Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a bzw. lit. b FKVO gleichkomme<sup>27</sup>.

Eine gerichtliche Nachprüfung durch das EuG wird im Gegensatz zur früheren deutschen Rechtslage auch nicht durch den Ablauf der gesetzlichen Prüffristen ausgeschlossen. Vielmehr beginnen diese Fristen nach Art. 10 Abs. 5 FKVO mit dem Tage der Verkündung eines Urteils, in dem die angegriffene Entscheidung für nichtig erklärt wird, von neuem zu laufen.

## 2. Klagebefugnis Dritter

Art. 230 Abs. 4 EG ermöglicht keine Popularklage. Zwar steht grundsätzlich jede positive wie negative Entscheidung der Kommission über einen Zusammenschluss unter dem Vorbehalt der gerichtlichen Nachprüfung durch das EuG. Doch kann eine Klage nach Art. 230 Abs. 4 EG befugtermaßen nur erheben, wer entweder Adressat der Entscheidung oder durch die Entscheidung unmittelbar und individuell betroffen ist.

Eine Klagebefugnis kann nach der Rechtsprechung des EuGH daraus abgeleitet werden, dass sich ein Dritter unter Inanspruchnahme ihm garantierter Verfahrensrechte am Kommissionsverfahren beteiligt hat und von der Entscheidung spürbar in seiner Marktstellung beeinträchtigt wird<sup>28</sup>. Dem materiellen Kriterium kommt dabei im Rahmen der Fusionskontrolle nach der FKVO keine eigenständige Bedeutung zu, wenn ein Dritter auf seinen Antrag hin nach Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO angehört worden ist. Die (erneute) Darlegung einer materiellen Betroffenheit verlangt der EuGH nur, wenn sie nicht bereits als Voraussetzung der Beteiligung am behördlichen Verfahren geprüft und bejaht wurde<sup>29</sup>. Dies aber ist bei der Anhörung nach Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO, die ein „hinreichendes Interesse“ voraussetzt, der Fall<sup>30</sup>. Wer von der Kommission antragsgemäß nach dieser Norm angehört worden ist, ist folglich auch als klagebefugt im Sinne des Art. 230 Abs. 4 EG anzusehen<sup>31</sup>.

Eine förmliche Verfahrensbeteiligung ist zwar möglicher Anknüpfungspunkt, nicht aber *conditio sine qua non* der Klagebefugnis Dritter nach europäischem Recht. Das EuG hat mehrfach betont, dass die Zulässigkeit der Nichtigkeitsklage nicht an die Durchführung eines (in Art. 173 EGV nicht vorgesehenen) „Vorverfahrens“ gebunden ist<sup>32</sup>. Eine Klagebefugnis kann auch aus der materiellen Betroffenheit des Klägers durch eine Entscheidung der Kommission abgeleitet werden. Dabei setzt Art. 230 Abs. 4 EG – anders als §§ 63 Abs. 3, 33 GWB – keine Betroffenheit in subjektiven Rechten oder gar einen Individualschutz durch Normen der FKVO voraus<sup>33</sup>. Ausreichend ist eine qualifizierte tatsächliche Betroffenheit<sup>34</sup>. Allerdings ist die ausdrückliche Erwähnung der Interessen bestimmter Dritter ein wichtiges Indiz für die Feststellung einer hinreichenden Intensität und damit einer „Individualisierung“ des Klägers im Sinne von Art. 230 Abs. 4 EG<sup>35</sup>. Das EuG hat die Klagebefugnis von Konkurrenten und betrieblichen Arbeitnehmervertretungen (Betriebsräten) – auch unabhängig von deren Verfahrensbeteiligung – anerkannt<sup>36</sup>, eine Klagebefugnis von Aktionären der beteiligten Unternehmen<sup>37</sup> und Gewerkschaften<sup>38</sup> dagegen grundsätzlich verneint.

## III. Eingeschränkter Drittschutz im deutschen Recht nach der 6. GWB-Novelle

Auch wenn die 6. GWB-Novelle keine umfassende Klagebefugnis Dritter geschaffen hat, ergibt sich doch auf Grund des neuen § 40 GWB die Möglichkeit der Anfechtungsbewerke gegen Entscheidungen im Hauptprüfungsverfahren.

### 1. Keine Schaffung einer umfassenden „Drittklagebefugnis“

Die möglichen Anknüpfungsnormen für Drittklagen in der deutschen Fusionskontrolle haben durch die 6. GWB-Novelle

23 ABl. Nr. L 395/I vom 30. 12. 1989, mit Wirkung vom 1. 3. 1998 geändert durch Verordnung (EG) Nr. 1310/97 vom 30. 6. 1997, ABl. Nr. L 180/I vom 9. 7. 1997, sowie WuW 1997, 714 ff.

24 Vor In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrages = Art. 173 Abs. 4 EGV.

25 Zur Angreifbarkeit dieser Entscheidung vgl. Nachw. oben Fn. 5. Die am 1. 3. 1998 in Kraft getretenen Änderungen von Art. 6 Abs. 1 lit. b und Art. 8 Abs. 2 und 3 FKVO sind insoweit ohne Bedeutung. Die Anfechtbarkeit des Widerrufs der Vereinbarkeitserklärung nach Art. 8 Abs. 5 FKVO und der Entscheidungen nach dem 1998 neu eingeführten Art. 6 Abs. 1a und 1b FKVO steht bei der gebotenen funktionalen Betrachtung ebenfalls außer Frage. Nicht angreifbar ist lediglich die Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO, durch die das Verfahren vom Vor- in das Hauptverfahren übergeleitet wird; dazu Immenga, in: Immenga/Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, 1997 ff. (im Folgenden: I/M, EG-WbR), FKVO, S. 1092 Rn. 14.

26 Dazu Körber, EuZW 1996, 267, 268.

27 EuG, Slg. 1994, II-131, 135 f. Rn. 55 ff. – Air France I.

28 St. Rspr. seit EuGH, Slg. 1977, 1875, 1902, Rn. 11 f. – Metro I; besonders deutlich in EuGH, Slg. 1986, 391, 415 Rn. 24 f. – Cofaz.

29 EuGH, Slg. 1986, 391 (Leitsatz 2) – Cofaz; gänzlich darauf verzichtet sogar EuGH, Slg. 1988, 219, 268 f. Rn. 21 ff. – Van der Kooy.

30 Dazu ausführlich Körber (Fn. 1), S. 306 ff.

31 So auch Heidenhain, EuZW 1991, 590, 594; Immenga, in: I/M, EG-WbR (Fn. 25), S. 1096 Rn. 32; ders., WuW 1990, 371, 380; ders., Die Europäische Fusionskontrolle im wettbewerbspolitischen Kräftefeld, 1993, S. 39; Sedemund/Heinemann, DB 1995, 713, 715; a. A. Zilles (Fn. 5), S. 99 ff., 147.

32 EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 46 f. – CCE Vittel und CE Pierval; EuG, EuZW 1996, 660, 664 Tz. 62 – Métropole Télévision. In diese Richtung geht schon die Entscheidung Extramet Industrie des EuGH, nach der unter Umständen auch allein eine besonders intensive wirtschaftliche Betroffenheit die Individualisierung herbeiführen kann, EuGH, Slg. 1991 I, 2501, 2532 Rn. 17 f.

33 So aber Koch, in: Grabitz/Hilf (Fn. 21) nach Art. 86 Rn. 54 f.; ders., EWS 1990, 65, 72; Miersch (Fn. 21), Art. 16 S. 164 f., und Art. 18 S. 170. Dagegen Heidenhain, EuZW 1991, 590, 595 Fn. 33, der diese Sichtweise zu Recht als „allzu deutsch“ bezeichnet.

34 Immenga, in: I/M, EG-WbR (Fn. 25), S. 1094 Rn. 22 m. w. N.

35 Dazu ausführlich Zilles (Fn. 5), S. 126 ff.

36 Vgl. Nachw. oben Fn. 5 sowie EuG, EuZW 1996, 660, 664 Tz. 62 – Métropole Télévision.

37 EuG, WuW 1994, 43 f. – Zunis Holding; zur Klagebefugnis dieser und weiterer Gruppen von Dritten s. auch Immenga, in: I/M, EG-WbR (Fn. 25), S. 1095 ff. Rn. 24 ff.; Körber, RIW 1998, 910, 912 ff.; Zilles (Fn. 5), S. 126 ff.

38 Vgl. EuG, WuW 1995, 825, 826 f. – Société Générale des Grandes Sources.

keine inhaltlichen Änderungen erfahren. § 63 GWB n. F. entspricht wörtlich dem § 62 GWB a. F. In § 33 GWB wurde zwar gegenüber dem Wortlaut des früheren § 35 GWB ausdrücklich klargestellt, dass diese Norm auch einen Unterlassungsanspruch umfasst. Das für die Frage des Drittschutzes entscheidende Erfordernis eines Verstoßes gegen eine Norm oder Verfügung, die den Schutz eines anderen bezweckt, wurde aber unverändert beibehalten. Insoweit ist es irreführend, wenn die Begründung zum Regierungsentwurf von der Schaffung einer „Drittklagebefugnis“ bei Freigaben im Hauptprüfungsverfahren spricht<sup>39</sup>. Hinsichtlich der an die Beschwerde- bzw. Klagebefugnis Dritter gestellten Anforderungen hat sich durch die 6. GWB-Novelle nichts geändert.

## 2. Keine relevanten Änderungen des materiellen Fusionskontrollrechts

Ebenfalls keine Änderungen hat der neue § 36 Abs. 1 GWB (früher § 24 Abs. 1 GWB) erfahren. Eine drittschützende Wirkung der Normen des deutschen Fusionskontrollrechts bzw. die Möglichkeit zur Ableitung eines Drittanspruchs auf Untersagung eines Zusammenschlusses ist nach wie vor abzulehnen<sup>40</sup>. Dem Umstand, dass Dritte nunmehr unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit haben, gegen Zusammenschlussfreigaben vorzugehen, kann nicht entnommen werden, dass nunmehr auch das materielle Fusionskontrollrecht drittschützend sei. Die Drittbeschwerdebefugnis ist, wie noch gezeigt werden wird, nach wie vor eine „formalisierte Klagebefugnis“<sup>41</sup>.

Eine gegen einen Zusammenschluss gerichtete Privatklage nach § 33 GWB kommt daher auch in Zukunft ebensowenig in Betracht wie eine Ableitung der Beschwerdebefugnis aus § 63 Abs. 3 GWB.

## 3. Anfechtungsbeschwerde gegen Entscheidungen im Hauptprüfungsverfahren

Für den Drittschutz überaus bedeutsame Änderungen enthält der neue § 40 GWB.

### a) Statthaftigkeit der Anfechtungsbeschwerde

Ähnlich wie das Hauptverfahren der Kommission nach Art. 8 FKVO ist das Hauptprüfungsverfahren nach § 40 Abs. 2 S. 1 GWB jetzt stets durch eine förmliche Entscheidung abzuschließen. Nicht nur die Untersagung, sondern auch die Freigabe eines Zusammenschlusses erfolgt durch eine förmliche Verfügung des Bundeskartellamtes, die nach § 40 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 61 Abs. 1 S. 1, 43 S. 1 Nr. 2 GWB zu begründen, mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen und im Bundesanzeiger zu veröffentlichen ist<sup>42</sup>. Gegen eine solche Verfügung ist die Anfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 1 GWB statthaft. Durch die Pflicht zu Begründung und Veröffentlichung schon vor Eintritt der Bestandskraft der Verfügung erhalten Dritte nicht nur wichtige Informationen, die ihnen die Einschätzung der eigenen Betroffenheit durch den Zusammenschluss und der Erfolgsaussichten einer eventuellen Klage gegen die Freigabe erleichtern. Sie erhalten dadurch auch Gelegenheit zu versuchen, noch nachträglich eine Beiladung durch das Bundeskartellamt gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB zu erreichen, denn eine solche Beiladung ist noch bis zum Eintritt der Bestandskraft der Verfügung möglich<sup>43</sup>.

Erght bis zum Ablauf der Viermonatsfrist keine abschließende Entscheidung des BKartA, so wird der Zusammenschluss – anders als nach bisherigem Recht – nicht etwa kraft Gesetzes endgültig wirksam<sup>44</sup>. Vielmehr wird nach § 40 Abs. 2 S. 2 GWB in Anlehnung an Art. 10 Abs. 6 FKVO lediglich eine Freigabe durch das BKartA fingiert. Diese Fiktion ist ebenso mit der An-

fechtungsbeschwerde angreifbar wie eine ausdrückliche Freigabeverfügung<sup>45</sup>. Allerdings ergibt sich für klagewillige Dritte insoweit die Schwierigkeit, dass es an einer kartellbehördlichen Begründung fehlt.

Die teilweise Abkehr von der „Weichschaum“-Rechtsprechung<sup>46</sup> wird auch in § 40 Abs. 6 GWB deutlich, der ähnlich Art. 10 Abs. 5 FKVO für den Fall der Aufhebung einer Verfügung des Bundeskartellamtes anordnet, dass die Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 S. 2 GWB mit Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung von neuem zu laufen beginnt. Der Fristablauf im Hauptprüfungsverfahren steht einer Anfechtung der Zusammenschlussfreigabe nicht mehr im Wege<sup>47</sup>.

### b) Beschwerdebefugnis und Beschwer

Die Anforderungen, die an die Begründung der Beschwerdebefugnis Dritter nach § 63 GWB gestellt werden, haben sich durch die 6. GWB-Novelle nicht verändert.

#### aa) Beschwerdebefugnis nach § 63 Abs. 2 GWB

Nach dem Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB ist die Anfechtungsbeschwerdebefugnis nach wie vor in der Weise „formalisiert“, dass sie nicht an die Verletzung subjektiver Rechte, sondern an die Beteiligung des Beschwerdeführers am kartellbehördlichen Verfahren geknüpft ist. Eine Beteiligung Dritter im Rahmen des Fusionskontrollverfahrens kommt nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB in Betracht, wenn deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden und wenn das BKartA sie auf ihren Antrag hin beigeladen hat. Diese Ableitung einer Beschwerdebefugnis aus der Verfahrensstellung entspricht der oben beschriebenen Ableitung der Klagebefugnis aus der Inanspruchnahme garantierter Verfahrensrechte im europäischen Recht<sup>48</sup>. Doch ist das deutsche Recht insoweit enger, als die Beiladung selbst förmliche Beschwerdebefugnisvoraussetzung ist. Das deutsche Recht verlangt also anders als das europäische (untechnisch gesprochen) grundsätzlich ein „Vorverfahren“.

Immerhin ist auch nach deutschem Recht über den Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB hinaus die Zubilligung einer „formalisierten Beschwerdebefugnis“ möglich, wenn das BKartA einen Dritten, ohne ihn förmlich beizuladen, in qualifizierter Weise „faktisch hinzugezogen“, d. h. erkennbar als Verfahrensbeteiligten behandelt hat<sup>49</sup>. Hinsichtlich der Erkennbarkeit eines diesbezüglichen Willens des BKartA werden aber strenge Anforderungen gestellt. Nicht ausreichend ist nach der Rechtsprechung die bloße Anhörung eines Konkurrenten<sup>50</sup> oder sei-

39 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, 42, WuW-Sonderh. 1998, 79.

40 Bechtold, BB 1997, 1853, 1857; relativierend Laufkötter, WuW 1999, 671, 675; a. A. Steinberger, WuW 2000, 345, 351.

41 Zum Begriff vgl. K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 51 Rn. 57. Es ist daher unzutreffend, aus dieser Beschwerdebefugnis auf einen teilweise drittschützenden Charakter des materiellen Fusionskontrollrechts zu schließen. Könnte eine solche materiell drittschützende Wirkung aus Normen des GWB oder aus den Grundrechten abgeleitet werden (so wohl Laufkötter, WuW 1999, 671, 675), so müsste mit Blick auf Art. 19 Abs. 4 GG konsequenterweise auch eine Beschwerdebefugnis analog § 63 Abs. 3 GWB – ggf. sogar eine Klagebefugnis nach § 33 GWB – bejaht werden (was auch Laufkötter, a. a. O., nicht tut).

42 Vgl. Laufkötter, WuW 1999, 671, 672.

43 WuW/E BGH 2077, 2078 – Coop-Supermagazin.

44 Vgl. oben bei Fn. 14.

45 Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, 60, WuW-Sonderh. 1998, 104.

46 S. oben bei Fn. 14.

47 Vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 13/9720, 60, WuW-Sonderh. 1998, 105.

48 S. oben bei Fn. 28.

49 Vgl. im Einzelnen K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 51 Rn. 57; KG, WuW/E OLG 3137, 3138 – Rheinmetall-WMF.

50 Vgl. KG, WuW/E OLG 933, 934; WuW/E BGH 767, 777 – Bauindustrie; K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 51 Rn. 57.

ne Erwähnung in einer Bekanntmachung der Kartellbehörde im Bundesanzeiger<sup>51</sup>.

Die Zulässigkeit einer Anfechtungsbeschwerde setzt neben der Beschwerdebefugnis grundsätzlich auch ein Rechtsschutzbedürfnis des Beschwerdeführers voraus<sup>52</sup>. Allerdings stellt dies praktisch keine wesentliche Hürde dar. Eine zusätzliche formelle Beschwer im Sinn der Ablehnung eines bestimmten Antrags des Beschwerdeführers im Verwaltungsverfahren<sup>53</sup> erscheint mit Blick auf den Wortlaut des § 63 Abs. 2 GWB, der anders als § 63 Abs. 3 GWB nicht auf eine erfolglose Antragstellung verweist, entbehrlich<sup>54</sup>. Für die Bejahung einer materiellen Beschwer reicht aus, dass der Beschwerdeführer durch die Verfügung der Kartellbehörde in irgendeiner Weise nachteilig in seinen rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen betroffen ist<sup>55</sup>. Eine solche Interessenbeeinträchtigung ist bereits Voraussetzung für die Beiladung und dürfte daher bei beigeladenen Dritten praktisch immer gegeben sein<sup>56</sup>. Wie die antragsgemäße Anhörung im europäischen Recht, begründet die antragsgemäße Beiladung eine Vermutung für das Vorliegen einer materiellen Beschwer.

#### bb) Beschwerdebefugnis analog § 63 Abs. 3 GWB auch ohne Verfahrensbeteiligung?

Fraglich bleibt, wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, in denen eine Beiladung unterblieben ist, weil entweder der Beschwerdeführer in Unkenntnis des kartellrechtlichen Verfahrens keinen entsprechenden Antrag gestellt hat oder aber sein Antrag abgelehnt wurde<sup>57</sup>.

Während es nach der Rechtsprechung des EuG für die Bejahung einer individuellen Betroffenheit nicht darauf ankommt, ob ein Dritter tatsächlich am Verfahren beteiligt war, sondern schon ausreicht, dass er nach Art. 18 Abs. 4 FKVO ein Recht darauf hatte, angehört zu werden<sup>58</sup>, ist die Position Dritter im deutschen Recht deutlich schwächer. § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB gewährt – anders als Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO – keinen Rechtsanspruch auf Verfahrensbeteiligung, sondern grundsätzlich nur einen solchen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung des BKartA<sup>59</sup>.

Von einer Ermessensreduzierung und damit einem Anspruch auf Beiladung kann generell nur dann ausgegangen werden, wenn Dritte durch eine kartellbehördliche Verfügung in ihren subjektiven Rechten betroffen sind. In einem solchen Fall „notwendiger Beiladung“<sup>60</sup> bedarf es allerdings nicht zwingend einer Ableitung der Beschwerdebefugnis aus einer Verfahrensbeteiligung im Sinne von §§ 63 Abs. 2, 54 Abs. 2 GWB. Mit Blick auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG ist eine Beschwerdebefugnis in diesem Fall analog § 63 Abs. 3 GWB auch ohne Verfahrensbeteiligung zu bejahen<sup>61</sup>. Die Beschwerdebefugnis analog § 63 Abs. 3 GWB tritt allerdings nach ganz herrschender und richtiger Ansicht alternativ neben die formalisierte Beschwerdebefugnis im Sinne des § 63 Abs. 2 GWB. Sie ersetzt sie nicht<sup>62</sup>. In ihren subjektiven Rechten betroffene, nicht beigeladene Dritte müssen daher nicht zunächst gerichtlich ihre Beiladung erstreiten, sondern können auch unmittelbar gegen die möglicherweise ihre Rechte verletzende Verfügung vorgehen.

Am kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren Beteiligte müssen andererseits auch weiterhin keine Verletzung in ihren subjektiven Rechten darlegen. Dies ist gerade für die Beschwerde gegen Fusionskontrollentscheidungen wichtig. Denn eine Verletzung subjektiver Rechte Dritter scheidet hier aus, weil nach wie vor weder eine drittschützende Wirkung des § 36 GWB angenommen werden kann<sup>63</sup>, noch Dritten ein Antragsrecht im Sinn des engen Antragsbegriffs des

§ 54 Abs. 1, 2. Alt., Abs. 2 Nr. 1 GWB zusteht<sup>64</sup>. Auch der Umstand, dass verfahrensbeteiligte Dritte nunmehr gegen eine Freigabe im Hauptverfahren klagen können, lässt mit Blick auf die nach wie vor bestehende Formalisierung der Klagebefugnis<sup>65</sup> nicht den Schluss zu, dass diesen auch subjektive Rechte auf eine Zusammenschlussuntersagung zustünden<sup>66</sup>.

Etwas anderes folgt schließlich auch nicht aus den Grundrechten. Zwar schützt das Grundgesetz auch die Wettbewerbsfreiheit<sup>67</sup>, aber eben nur gegenüber staatlichen Eingriffen. Eine staatliche Schutzpflicht gegenüber wettbewerbswidrigem Verhalten anderer Wirtschaftsteilnehmer oder gar ein subjektives Recht auf Einschreiten des Staates lässt sich daraus mangels unmittelbarer Drittwirkung der Grundrechte nicht ableiten<sup>68</sup>. Wenn aber durch eine Zusammenschlussfreigabe keine subjektiven Rechte Dritter verletzt sind, lässt sich ein Klagerecht auch nicht unter Berufung auf Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG begründen. Eine Erweiterung der Beschwerdebefugnisse Dritter analog § 63 Abs. 3 GWB kommt also nicht in Betracht. Eine Beschwerdebefugnis Dritter gegen Zusammenschlussfreigaben setzt weiterhin zwingend eine Beiladung des Beschwerdeführers zum kartellbehördlichen Verfahren (bzw. ausnahmsweise eine der Beiladung nahe kommende qualifizierte faktische Beteiligung) voraus<sup>69</sup>. Nicht zum kartellbehördlichen Verfahren beigeladene Wettbewerber und

51 KG, WuW/E OLG 3137, 3138 – Rheinmetall-WMF; WuW/E BGH 2150, 2152 – Edelstahlbestecke.

52 Wu/E 2077, 2079 BGH – Coop-Supermagazin; Langen/Kollmorgen (Fn. 17), § 62 Rn. 19; a. A. Bechtold, BB 1997, 1853, 1857.

53 K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 62 Rn. 26.

54 Kremer (Fn. 7), S. 102; K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 62 Rn. 26; a. A. KG, WuW/E OLG 2970, 2971 – Coop-Supermagazin; offen lassend WuW/E BGH 2077, 2079 – Coop-Supermagazin.

55 WuW/E BGH 2077, 2079 – Coop-Supermagazin; KG, WuW/E OLG 2970, 2971 – Coop-Supermagazin; ausführlich Kremer (Fn. 7), S. 103 f.; jetzt auch K. Schmidt, FS-Steindorff, 1990, S. 1085, 1104; ders., in: I/M, GWB (Fn. 9), § 62 Rn. 27; a. A. (Erfordernis einer Rechtsbetroffenheit) Kahlenberg, BB 1998, 1593, 1599; ähnlich Laufkötter, WuW 1999, 671, 767 f., die allerdings im Falle einer spürbaren Beeinträchtigung des Klägers in seinen wettbewerbliehen Möglichkeiten eine Grundrechtsbetroffenheit (Art. 12 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 1 GG) annimmt und auf diesem Umweg in der Regel zu demselben Ergebnis kommen dürfte wie die Autoren, die eine wirtschaftliche Betroffenheit ausreichen lassen. Gegen ein Abstellen auf eine Grundrechtsbeeinträchtigung Körber (Fn. 1), S. 229 ff.

56 Vgl. Kevekordes, WuW 1987, 365, 376. Wo sie ausnahmsweise fehlt und der Beschwerdeführer mithin unzulässigerweise beigeladen wurde, führt das Fehlen einer materiellen Beschwer nach Ansicht des KG zur Unzulässigkeit der Beschwerde; KG, WuW/E OLG 2970, 2972 – Coop-Supermagazin.

57 Kahlenberg, BB 1998, 1593, 1599, zweifelt – wohl zu Unrecht – daran, dass eine Freigabe im Vorprüfungsverfahren überhaupt zulässig ist, wenn ein Dritter einen Beiladungsantrag gestellt hat.

58 Körber, EuZW 1996, 267, 272; vgl. EuG, EuZW 1995, 677, 680 Tz. 46 f. – CCE Vittel und CE Pierval; EuG, EuZW 1996, 660, 664 Tz. 62 – Métropole Télévision.

59 KG, WuW/E OLG 392, 394 – Exportförderung; OLG München, WuW/E 1033, 1034 – Örtliche Stromversorgung. Nach KG, WuW/E OLG 964, 969 – Autoschmiermittel, kann das BKartA sogar bei Bejahung einer erheblichen Interessenberührung von der Beiladung eines Dritten absehen, dessen Interessen bereits durch einen anderen Beigeladenen wirksam vertreten werden.

60 Vgl. etwa KG, WuW/E OLG 3217, 3219; 4753, 4759 – VW-Leasing.

61 KG, WuW/E OLG 2720, 2722 – Gepäckstreifenanhänger; K. Schmidt, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 62 Rn. 22; ders., FS-Steindorff (Fn. 55), S. 1085, 1086; Dormann, WuW 2000, 245, 254.

62 Anders jetzt Dormann, WuW 2000, 245, 254 ff.

63 S. oben bei Fn. 12 ff.; zur Rechtslage nach der 6. GWB-Novelle ebenso Bechtold, BB 1997, 1853, 1857; daraus, dass andere Normen des GWB, namentlich Art. 20 GWB (n. F.), anerkanntermaßen drittschützend sind, kann kein Schluss auf eine generell drittschützende Tendenz des GWB gezogen werden, so aber Steinberger, WuW 2000, 345, 350 f.

64 Allg. Ansicht, vgl. Kremer (Fn. 7), S. 48, 122; K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht (Fn. 7), S. 584; Hinz, im GK (Fn. 11), § 62 Rn. 29.

65 § 63 Abs. 2 GWB; dazu oben b) aa).

66 So aber Steinberger, WuW 2000, 345, 349.

67 Insoweit richtig Steinberger, WuW 2000, 345, 348, der den Grundrechten allerdings ohne weiteres (insbes. ohne die Drittwirkungsfrage anzusprechen) eine solche Schutzpflicht entnimmt (a. a. O., 350).

68 Zur Drittwirkungsdebatte vgl. etwa Diederichsen, AcP 198 (1998), 171 ff.; speziell zum Kartellrecht s. Nachw. in Fn. 19.

69 So im Ergebnis auch Laufkötter, WuW 1999, 671, 675.

andere Dritte können eine Zusammenschlussfreigabe nach wie vor nicht anfechten<sup>70</sup>.

#### 4. Kein gerichtlicher Drittschutz bei Verfahrensbeendigung im Vorprüfungsstadium

Weiterhin lückenhaft bleibt der Schutz der Interessen Dritter auch mit Blick auf die Fälle, in denen die kartellbehördliche Prüfung bereits mit dem Vorprüfungsverfahren endet. Anders als Art. 6 FKVO sieht § 40 Abs. 1 GWB für das deutsche Vorprüfungsverfahren weiterhin keinen förmlichen Abschluss vor. Eine förmliche Mitteilung kennt § 40 Abs. 1 GWB nur hinsichtlich der Einleitung des Hauptverfahrens (sog. Monatsbrief)<sup>71</sup>. Das Vorverfahren endet ansonsten – wie auch nach der alten Rechtslage – durch Ablauf der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB oder durch eine informelle Freigabeerklärung des BKartA.

##### a) Fristablauf

Im Falle des Fristablaufs wird nicht etwa eine Freigabeerklärung des BKartA fingiert und auf diese Weise eine Anfechtungsbeschwerde ermöglicht wie im Hauptprüfungsverfahren. Vielmehr darf das BKartA einen Zusammenschluss nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB nur im Hauptprüfungsverfahren untersagen, wenn es den beteiligten Unternehmen fristgerecht den Monatsbrief zukommen lässt. Bleibt das BKartA untätig und läuft die Monatsfrist des § 40 Abs. 1 S. 1 GWB ab, so entfällt nach dem Wortlaut der Norm wie nach der früheren Rechtslage<sup>72</sup> die Untersagungsmöglichkeit.

Man könnte nun argumentieren, es sei gleichwohl nicht von einer endgültigen Wirksamkeit des Zusammenschlusses auszugehen. In der Tat erscheint es widersprüchlich und ist rechtspolitisch unbefriedigend, im Falle eines bloßen Fristablaufs im Vorprüfungsverfahren weiterhin mit der „Weichschaum“-Rechtsprechung von einer endgültigen Bestandskraft des Zusammenschlusses auszugehen, dagegen sogar eine förmliche Freigabe des Zusammenschlusses durch das BKartA nach Durchführung des Hauptprüfungsverfahrens nach § 40 Abs. 6 GWB unter den Vorbehalt einer gerichtlichen Anfechtung zu stellen. Im Gegenteil besteht gerade im Fall einer formlosen – ohne Begründung erfolgenden und daher weitgehend intransparenten – Verfahrensbeendigung durch Fristablauf ein Bedürfnis nach gerichtlicher Kontrolle<sup>73</sup>. Doch hat sich der Gesetzgeber – in Kenntnis der insoweit abweichenden europäischen Rechtslage – bewusst für diese Differenzierung entschieden<sup>74</sup>. Sein Entschluss erfolgte nicht willkürlich, sondern trägt den Interessen der Zusammenschlussbeteiligten an einem schnellen Vollzug und an Rechtssicherheit über den Bestand des Zusammenschlusses Rechnung. Diesen Interessen wird jedenfalls dann Vorrang vor denjenigen des Drittschutzes eingeräumt, wenn die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses aus der Sicht des BKartA so deutlich ist, dass es bereits von der Eröffnung des Hauptprüfungsverfahrens absieht. Man kann dies bedauern, wird es aber akzeptieren müssen und – mit Blick auf die bisherige Entscheidungspraxis des BKartA – auch akzeptieren können.

Eine andere Wertung ist auch nicht durch § 40 Abs. 6 GWB geboten. Dieser sieht ein Wiederaufleben der Untersagungsmöglichkeit nur für den Fall der gerichtlichen Aufhebung einer Freigabe im Hauptprüfungsverfahren vor. Mit Ablauf der Monatsfrist im Vorprüfungsverfahren wird ein Zusammenschluss mithin auch in Zukunft endgültig wirksam und kann nicht mehr gerichtlich angegriffen werden<sup>75</sup>. Mangels angreifbarer Verfügung des BKartA im Falle der bloßen Nichtuntersagung im Vorprüfungsverfahren ist eine Anfechtungsbeschwerde auch weiterhin nicht statthaft<sup>76</sup>.

Für die Erhebung einer auf Untersagung des Zusammenschlusses bzw. erst einmal auf Eröffnung des Hauptverfahrens gerichteten Verpflichtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 3 GWB fehlt es andererseits auch weiterhin an der Beschwerdebefugnis, weil Dritte keinen Rechtsanspruch auf Untersagung eines Zusammenschlusses oder auch nur auf Eröffnung des Hauptprüfungsverfahrens geltend machen können. Zwar wäre es denkbar, jedenfalls im Fall der Beiladung eines Dritten zum Vorprüfungsverfahren eine Befugnis zur Erhebung der Verpflichtungsbeschwerde analog § 63 Abs. 2 GWB aus der Verfahrensbeteiligung abzuleiten<sup>77</sup>. Doch führt der Ablauf der Monatsfrist, wie ausgeführt wurde, nach wie vor kraft Gesetzes zur Unangreifbarkeit des Zusammenschlusses. Eine Verpflichtungsbeschwerde hätte weder aufschiebende Wirkung noch würde sie zu einer Hemmung oder Unterbrechung der Monatsfrist führen. § 40 Abs. 6 GWB greift nicht ein. Zudem ist dem BKartA nach § 63 Abs. 3 S. 2 GWB vor Erhebung einer Verpflichtungsbeschwerde eine „angemessene Frist“ zur Entscheidung über den Erlass der begehrten Verfügung einzuräumen. Anhaltspunkte dafür, was der Gesetzgeber als angemessene Bedenkfrist für die Überprüfung eines Zusammenschlusses angesehen hat, ergeben sich nach der Regierungsbegründung zur 2. GWB-Novelle aus den Fristbestimmungen der §§ 24 Abs. 2, 24 a Abs. 2 GWB a. F.<sup>78</sup>. Danach wäre die Erhebung einer Untätigkeitsbeschwerde auf Untersagung eines Zusammenschlusses einerseits frühestens mit Ablauf der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB statthaft. Andererseits würde sich eine Beschwerde in ebendiesem Zeitpunkt mangels fortbestehender Untersagungsmöglichkeit des BKartA erledigen. Die Einräumung einer Beschwerdebefugnis analog § 63 Abs. 2 GWB würde Dritten im Vorprüfungsverfahren folglich auch nicht weiterhelfen<sup>79</sup>.

##### b) Informelle Freigabe

Aus dem Vorgesagten folgt, dass auch die Anfechtung einer informellen Freigabe<sup>80</sup>, selbst wenn man darin eine Verfügung sieht<sup>81</sup>, nicht weiterführt. Zwar wären zum kartellbehördli-

<sup>70</sup> Die Gefahr, dass Dritte sich bewusst nicht am kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren beteiligen und dann ein Beschwerderecht aus § 63 Abs. 3 GWB ableiten, um das Verfahren zu verschleppen, besteht mithin auf dem Gebiet der Fusionskontrolle nicht. Dies verkennt *Dormann*, WuW 2000, 245, 255. Zwar kann aus bewusster Nichtbeteiligung am Verfahren eine Präklusion verspäteten Sachvortrags (dazu *Körber* [Fn. 1] S. 317 ff.) und ggf. sogar eine Verwirkung des Beschwerde- oder Klagerechts abgeleitet werden. In Bezug auf Drittschutzes gegen Fusionskontrollentscheidungen kann dieser Fall aber in der Praxis gar nicht auftreten. Auch sonst besteht kein Bedarf dafür, § 62 Abs. 3 GWB entgegen dessen Wortlaut von einer Beschwerdebefugnisnorm in eine Beschwerdeausschlussnorm umzu-deuten (so aber *Dormann*, a. a. O.), denn diese Rechtsfolgen ergeben sich bereits aus dem allgemeinen Grundsatz des Verbots des *venire contra factum proprium*.

<sup>71</sup> Diese Mitteilung ist wie die Entscheidung nach Art. 6 Abs. 1 lit. c FKVO (s.o. Fn. 25 a. E.) nicht anfechtbar, Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/9720, 59, WuW-Sonderh. 1998, 103.

<sup>72</sup> S. oben bei Fn. 14.

<sup>73</sup> Vgl. auch die Kritik bei *Kahlenberg*, BB 1998, 1593, 1599; *Steinberger*, WuW 2000, 345, 347 f.

<sup>74</sup> Auch die Begründung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 13/9720, 42, WuW-Sonderh. 1998, 79, spricht nur von einer Drittklagebefugnis bei Freigaben im Hauptprüfungsverfahren.

<sup>75</sup> Insoweit kann die „Weichschaum“-Rechtsprechung des BGH (s.o. bei Fn. 14) also weiterhin Gültigkeit beanspruchen.

<sup>76</sup> A. A. jetzt *Steinberger*, WuW 2000, 345, 352, der (m. E. zu Unrecht) entgegen der ganz h. M. eine drittschützende Wirkung der §§ 35 ff. GWB annimmt.

<sup>77</sup> Dafür namentlich *K. Schmidt*, in: I/M, GWB (Fn. 9), § 24 Rn. 218; § 62 Rn. 32 ff.; *ders.*, Kartellverfahrensrecht (Fn. 7), S. 524 ff.; *ders.*, WuW 1976, 631, 632; *ders.*, BB 1977, 774 ff.; *ders.*, FS-Steindorff (Fn. 55), S. 1085, 1094, 1104; dagegen *Kremer* (Fn. 7), S. 132 ff.

<sup>78</sup> Regierungsbegründung, BT-Drucks. 6/2520, 32.

<sup>79</sup> Eine Analogie zu § 63 Abs. 2 GWB ist auch nicht von Verfassungen wegen geboten, da § 63 Abs. 3 GWB bereits den Erfordernissen der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG genügt, so auch *K. Schmidt*, FS-Steindorff (Fn. 55), S. 1085, 1101.

<sup>80</sup> Vgl. dazu oben Fn. 10.

<sup>81</sup> So etwa *Kleinmann/Bechtold* (Fn. 9), § 24 Rn. 279; *Körber* (Fn. 1), S. 237; a. A. wohl *Schulte*, AG 1998, 297, 301.

chen Verfahren beigeladene Dritte nach § 63 Abs. 2 GWB anfechtungsbefugt. Doch würde bei Erfolg einer solchen Anfechtung lediglich die Untersagungskompetenz des BKartA bis zum endgültigen Ablauf der Monatsfrist wieder aufleben. Da § 40 Abs. 6 GWB nur die Fälle förmlicher Freigabe nach § 40 Abs. 2 GWB betrifft, müsste das Beschwerdeverfahren zudem noch innerhalb der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB betrieben und erfolgreich abgeschlossen werden. Dies erscheint nicht praktikabel. Ein noch innerhalb dieser Frist eingeleitetes Beschwerdeverfahren würde sich, wie bereits festgestellt, spätestens mit Ablauf der Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB erledigen<sup>82</sup>.

### 5. Bewertung

Die 6. Novelle ist ein Schritt in die richtige Richtung. Doch bleibt der Drittschutz im deutschen Recht auch in Zukunft weit hinter demjenigen im europäischen Recht zurück. Unbefriedigend ist insbesondere, dass der Schlüssel für die Eröffnung des Drittschutzes in zweifacher Hinsicht in die Hände des BKartA gelegt ist, dessen Kontrolle eine Beschwerde eigentlich dienen sollte: Zum einen greift der Drittschutz nur, wenn das Bundeskartellamt das Hauptprüfungsverfahren eröffnet, zum anderen ist ein Dritter selbst in diesem Fall nur dann anfechtungsbefugt, wenn er vom BKartA zum Behördenverfahren beigeladen wurde. Damit sind gerade die Fälle vom Drittschutz ausgeschlossen, in denen Dritte besonders schutzbedürftig sind, weil es an einer vertieften behördlichen Überprüfung fehlt bzw. der Dritte nicht oder nur eingeschränkt Gelegenheit hatte, seinen Standpunkt in das kartellbehördliche Verfahren einzubringen. Gleichwohl erscheint das Erreichte mit Blick darauf akzeptabel, dass die Gefahr einer industriepolitisch motivierten Beeinflussung des Bundeskartellamtes infolge der zweistufigen Ausgestaltung des deutschen Fusionskontrollverfahrens<sup>83</sup> erheblich geringer ist als im einstufigen europäischen Verfahren nach der FKVO.

### IV. Zusammenfassung

1. In der bis zum 31. 12. 1998 geltenden Fassung bot das GWB Dritten effektiv keine Möglichkeit, gerichtlich gegen einen Zusammenschluss vorzugehen. Die Möglichkeit zur Erhebung von Anfechtungsbeschwerden scheiterte bereits daran, dass das GWB keine förmliche Zusammenschlussfreigabe kannte. Dritte konnten weder aus den Normen des materiellen Fusionskontrollrechts noch aus den Grundrechten ein subjektives Recht auf Untersagung eines Zusammenschlusses ableiten, so dass auch die Erhebung von Verpflichtungsbeschwerden oder Privatklagen nicht in Betracht kam.

2. Demgegenüber können unmittelbar und individuell in ihren rechtlichen oder wirtschaftlichen Interessen betroffene Dritte nach europäischem Recht im Wege der Anfechtungsklage nach Art. 173 Abs. 4 EGV gegen Entscheidungen der Kommission im Vor- oder Hauptverfahren vorgehen. Eine Klagebefugnis kann dabei aus der Anhörung des Klägers im Behördenverfahren und sogar schon daraus abgeleitet werden, dass dem Kläger nach Art. 18 Abs. 4 S. 2 FKVO ein Rechtsanspruch auf Anhörung zustand. Anerkannt sind bisher Klagemöglichkeiten von Konkurrenten und Betriebsräten.

3. Ein Ziel der 6. GWB-Novelle war es, das deutsche Fusionskontrollrecht dem europäischen Recht anzunähern und auch die Drittklagemöglichkeiten zu erweitern. Dieses Ziel wurde nur teilweise erreicht. Zwar wird das Hauptprüfungsverfahren nach § 40 Abs. 2 GWB jetzt – ebenso wie dasjenige nach Art. 8 FKVO – stets durch eine mit der Anfechtungsbeschwerde angreifbare Verfügung bzw. deren Fiktion abgeschlossen. Doch

haben sich die hinsichtlich der Beschwerdebefugnisanforderungen an Dritte gestellten Anforderungen im Vergleich zur früheren Rechtslage nicht geändert. Sie sind weiterhin deutlich enger als diejenigen des europäischen Rechts. Eine Anfechtungsklage können nur diejenigen Dritten erheben, die zuvor antragsgemäß zum kartellbehördlichen Verfahren beigeladen bzw. in vergleichbarer Weise qualifiziert daran beteiligt waren.

4. Im Gegensatz zu Art. 6 FKVO kennt der neue § 40 Abs. 1 GWB für das Vorprüfungsverfahren keinen förmlichen Abschluss. Läuft die Monatsfrist des § 40 Abs. 1 GWB ab, so tritt die endgültige Wirksamkeit des Zusammenschlusses wie nach der früheren Rechtslage unmittelbar kraft Gesetzes ein. Der Zusammenschluss darf nicht mehr untersagt werden. Auf Untersagung des Zusammenschlusses oder auch nur auf Eröffnung des Hauptprüfungsverfahrens gerichtete Drittschwerden sind in diesem Fall nach wie vor unzulässig. Auch im Wege der Privatklage nach § 33 GWB lässt sich eine Untersagung des Zusammenschlusses nicht erreichen.

<sup>82</sup> Vgl. ausführlich Körber (Fn. 1), S. 241 f.

<sup>83</sup> Vgl. § 42 GWB. Raum für politische Erwägungen bietet das Ministererlaubnis-Verfahren als zweite Stufe.

## Gesellschaftsrecht

### Fehlerhafte Einberufung der Gesellschafterversammlung einer GmbH mit nichtssagendem Tagesordnungspunkt

BGH, Urteil vom 29. 5. 2000 – II ZR 47/99

#### Leitsatz:

Die Verwaltungsratssitzung einer Thüringischen Sparkasse [allgemein: die Gesellschafterversammlung einer GmbH], in der über die fristlose Kündigung eines Mitglieds des Vorstands [allgemein: Geschäftsführers] Beschluss gefasst werden soll, kann nicht wirksam mit der Mitteilung des Tagesordnungspunktes „Vorstandsangelegenheiten“ [allgemein: Geschäftsführerangelegenheiten] einberufen werden (im Anschluss an Ur. v. 30. 11. 1961 – II ZR 136/60, BB 1962, 110 = NJW 1962, 393); ein in einer derart fehlerhaft einberufenen Sitzung gefasster Beschluss ist nichtig.

§ 5 Abs. 1 S. 2 ThürSpkVO; § 51 Abs. 2 und 4 GmbHG

### Gerichtliche Bestellung von Aufsichtsratsmitgliedern für nach dem UmwG entstandene Vorgesellschaft?

BayOblG, Beschluss vom 9. 6. 2000 – 3Z BR 92/00

#### Leitsatz:

Auch wenn bei der Sachgründung einer GmbH ein Unternehmen mit mehr als 500 Arbeitnehmern eingebracht wird, kommt eine gerichtliche Bestimmung von Aufsichtsratsmitgliedern in entsprechender Anwendung von § 104 AktG vor der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister nicht in Betracht.

§ 104 AktG; § 77 BetrVG; § 52 GmbHG; § 168 UmwG