

# Inhaltsverzeichnis

Einführung	21
A. Problemstellung: Der (tödliche?) Sinneswandel des Gesetzgebers von der Siebenten zur Neunten GWB-Novelle	21
B. Gang der Darstellung	28
Erster Teil. Sollte die Ministererlaubnis justizial sein? – Eine rechtspolitische Analyse	31
A. Das Kontrollinteresse Dritter und der Allgemeinheit	31
I. Der politische Charakter der Ministererlaubnis	31
II. Folge für die Schutzwürdigkeit des Kontrollinteresses	34
III. Zwischenergebnis	34
B. Das politische Freiheitsinteresse des Bundesministers	35
I. Streitstand	35
II. Keine generelle Justizfreiheit von Regierungsakten	36
III. Wahrung des politischen Beurteilungsspielraums durch die political question-Klausel gemäß § 71 Abs. 5 S. 2 GWB aF 2017 (= § 76 Abs. 5 S. 2 GWB)	39
IV. Zwischenergebnis	41
C. Das Vollzugsinteresse der Fusionsparteien	42
I. Beschleunigungsinteresse	42
II. Rechtfertigung einer Justizfreiheit durch das Beschleunigungsinteresse	44
III. Zwischenergebnis	45
D. Das Problem des „Abkaufens der Drittbeschwerde“	46
I. Streitstand	47
II. Die Gefahr der herrschenden Ansicht	48
III. Keine Lösung auf der zweiten Ebene der zweiten Fusionskontrolle	50
IV. Lösung auf der ersten Ebene des Beschwerdeverfahrens	51
V. Zwischenergebnis	53
E. Zusammenfassung	53

Zweiter Teil. Das System der Drittanfechtungsbeschwerde gegen eine Ministererlaubnis	55
A. Grundlagen	55
B. Das System vor der Neunten GWB-Novelle	57
I. Zulässigkeit	57
1. Die Beschwerdeberechtigung gemäß § 63 Abs. 2 GWB aF 2013 (= § 73 Abs. 2 S. 1 GWB)	58
a) Der Grundsatz der Beteiligung	58
b) Die Ausnahme der Pepcom-Rechtsprechung des BGH	59
c) Die Ausnahme der subjektiven Rechtsverletzung	59
2. Rechtsschutzbedürfnis	60
a) Formelle Beschwer	62
b) Materielle Beschwer	63
II. Begründetheit	64
III. Zwischenergebnis	65
C. Das System nach der Neunten GWB-Novelle	65
I. Zulässigkeit	65
1. Die Geltendmachung einer subjektiven Rechtsverletzung gemäß § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB)	65
a) Interpretation des § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB) als objektives Beanstandungsverfahren?	66
b) Der „Dritte“	67
(1) Die Akteure im Zusammenhang mit einer Ministererlaubnis	68
(a) Zusammenschlussbeteiligte	68
(aa) Im weiteren Sinn	68
(ab) Im engeren Sinn	70
(ac) Zwischenergebnis	72
(b) Zusammenschlussexterne	72
(2) Der Dritte als Nicht-Adressat der Ministererlaubnis	73
(a) Der maßgebliche Adressatenbegriff	73
(b) Die Inhaltsadressaten der Ministererlaubnis	74
c) „Geltendmachung“ einer subjektiven Rechtsverletzung	77
d) Zwischenergebnis	78

2. Rechtsschutzbedürfnis	79
a) Formelle Beschwer	79
b) Materielle Beschwer	79
3. Die Beschwerdeberechtigung gemäß § 63 Abs. 2 S. 1 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 1 GWB)	80
a) Beteiligung als Zulässigkeitsvoraussetzung?	80
(1) Grammatisch-systematische Auslegung	81
(2) Teleologische Auslegung	82
(3) Verfassungskonforme Auslegung	83
(a) Hürden der Beiladung	83
(b) Zumutbarkeit der Hürden	85
(4) Zwischenergebnis	86
b) Irrelevanz der Pepcom-Rechtsprechung des BGH	87
4. Verwirkungstatbestand	87
a) Interessenlage nach Wegfall der befugnisbegründenden Wirkung des § 63 Abs. 2 S. 1 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 1 GWB)	88
(1) Fusionsparteien	88
(2) Dritte	89
(3) Interessenabwägung	89
b) Lösung durch Verwirkung	90
(1) Allgemein	90
(2) Einzelne Voraussetzungen	91
(a) Zeitmoment	91
(b) Treuwidrige Untätigkeit	92
(c) Vertrauenstatbestand	93
c) Zwischenergebnis	94
II. Begründetheit	94
1. Grammatische Auslegung	95
2. Historisch-genetische Auslegung	96
3. Systematisch-teleologische Auslegung	98
a) Beschwerdebefugnis und Kontrollumfang als Ausdruck einer Systementscheidung	98
b) Grundsatz der Assimilation	99
c) Gemischte Rechtsbehelfe	100
(1) Auswirkung des Zwecks der Befugnis auf den Kontrollumfang	100
(2) Die Ausnahme der abstrakten Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO	102
(a) Hintergründe der Mischform des § 47 VwGO	103

(b) Anwendung auf die Drittanfechtung der Ministererlaubnis	106
(aa) Vergleich der Entstehungsgeschichten	106
(ab) Schutzwürdiger öffentlicher Zweck	107
4. Zwischenergebnis	107
D. Auswirkung des § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB) auf andere Rechtsbehelfe Dritter gegen eine Ministererlaubnis	108
I. Der Eilrechtsschutz	108
1. Das System vor der Neunten GWB-Novelle	109
2. Das System nach der Neunten GWB-Novelle	110
a) Anwendung des § 65 Abs. 3 S. 4 GWB aF 2017 (= § 67 Abs. 3 S. 4 GWB) auf die Ministererlaubnis?	110
b) Auswirkung des § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB) auf den einstweiligen Rechtsschutz	111
(1) Harmonisierung zur Verhinderung einer Übersicherung	111
(2) Sonstige Harmonisierungsgründe	114
3. Zwischenergebnis	115
II. Die Rechtsbeschwerde	116
1. Das System vor der Neunten GWB-Novelle	117
a) Die Rechtsbeschwerdeberechtigung gemäß § 76 Abs. 1 GWB aF 2013 (= § 79 Abs. 1 GWB)	117
(1) Der Grundsatz der Beteiligung	118
(2) Die Einschränkung des „Beschwerdeführers“	118
(3) Die Ausnahme der Pepcom-Rechtsprechung des BGH	119
(4) Die Ausnahme der subjektiven Rechtsverletzung	119
b) Rechtsschutzbedürfnis	120
(1) Formelle Beschwerde	121
(2) Materielle Beschwerde	121
2. Das System nach der Neunten GWB-Novelle	121
a) Rechtsschutzbedürfnis	122
(1) Notwendigkeit des Rechtsschutzbedürfnisses	122
(2) Bestimmung des Rechtsschutzbedürfnisses	125
(a) Vertretene Ansichten	125
(b) Streitentscheid	127
(3) Formelle Beschwerde	129
(4) Materielle Beschwerde	129
(5) Zwischenergebnis	131

b) Die Rechtsbeschwerdeberechtigung gemäß § 76	136
Abs. 1 GWB aF 2017 (= § 79 Abs. 1 GWB)	131
(1) Beteiligung als Zulässigkeitsvoraussetzung?	131
(2) Irrelevanz der Pepcom-Rechtsprechung des BGH	133
(3) Irrelevanz der Einschränkung des „Beschwerdeführers“	134
c) Fortwirkung der Verwirkung der Anfechtungsbeschwerde	134
III. Rechtsbehelfe gegen die Beiladungsentscheidung	135
 Dritter Teil. Vorüberlegungen für den Drittschutz gegen eine Ministererlaubnis	136
A. Die entscheidenden Kriterien des neuen Drittschutzes	136
B. Das subjektiv-öffentliche Recht	136
I. Folge eines subjektiven Rechts	137
II. Materielle subjektive Rechte	139
1. Bühler'sche „alte“ Schutznormtheorie	139
2. Die „neuere“ Schutznormtheorie	140
a) Eingliedrige Formel	141
(1) Wegfall des ersten Glieds einer zwingenden Norm	141
(2) Wegfall des dritten Glieds einer verliehenen Rechtsmacht	141
(3) Beständigkeit des zweiten Glieds des Schutznormcharakters	142
b) Multipolare Verwaltungsrechtsverhältnisse	145
c) Einfluss der Grundrechte	148
3. Kritik an der Schutznormtheorie	150
4. Zwischenergebnis	154
III. Formelle subjektive Rechte	154
1. Absolute Verfahrensrechte	155
a) Die Rechtsprechung des Vierten Senats des BVerwG	156
(1) Allgemeine Kriterien und Fallgruppen	156
(2) Kritik	157
b) Neuorientierung	159
(1) Bisherige Ansätze in der Literatur	159
(2) Eigener Ansatz	160
(a) Nicht-instrumentelle Funktion der Verfahrensnorm	160

(b) Individualisierung der nicht-instrumentellen Funktion	162
2. Relative Verfahrensrechte	163
a) Abstrakt-funktionale Relation	164
(1) Streitstand	164
(2) Eigener Ansatz	165
(a) Instrumentelle Funktion der Verfahrensnorm	166
(b) Individualisierung der instrumentellen Funktion	169
b) Konkret-spezifische Relation	170
3. Zwischenergebnis	173
C. System der potentiellen Normen des Drittschutzes gegen eine Ministererlaubnis	174
I. Grundrechte versus Einfaches Recht	174
II. Originär einfach-rechtlicher Drittschutz	174
III. Derivativ einfach-rechtlicher Drittschutz	175
IV. Drittschutz über benachteiligende Auflagen?	176
V. Zusammenfassung	177
 Vierter Teil. Die historisch-genetische Auslegung der Subjektivierungsfrage	178
A. Das GWB in der ursprünglichen Fassung	178
B. Die Zweite GWB-Novelle	179
C. Die Sechste GWB-Novelle	180
I. Intention der Sechsten GWB-Novelle	181
II. Auswirkungen auf den derivativen Drittschutz	182
III. Auswirkungen auf den originären Drittschutz	184
D. Die Siebente GWB-Novelle	185
E. Die Achte GWB-Novelle	186
F. Die Neunte GWB-Novelle	188
I. Fristenregime	189
II. Stärkung der Monopolkommission	190
III. Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich	191
IV. Leitlinien	192
V. Das VwVfG als Verfahrensleitbild	193

VI. Die neue Aufgreifschwelle	194
G. Zehnte GWB-Novelle	195
H. Zwischenergebnis	198
I. Die Einführung der subjektiven Rechtsverletzung in die Fusionskontrolle durch § 65 Abs. 3 S. 4 GWB aF 2005 (= § 67 Abs. 3 S. 4 GWB) in der Siebten GWB-Novelle und § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB) in der Neunten GWB-Novelle	199
I. Argumentationsstruktur	199
1. Erste Möglichkeit: Beibehaltung des Drittschutzes	200
2. Zweite Möglichkeit: (Faktischer) Ausschluss des Drittschutzes	200
3. Dritte Möglichkeit: Einschränkung des Drittschutzes	201
4. Zwischenergebnis	203
II. Intention des Gesetzgebers bei der Nichteinführung des § 65 Abs. 3 S. 4 GWB aF 2005 (= § 67 Abs. 3 S. 4 GWB) für den Eilrechtsschutz gegen eine Ministererlaubnis	203
III. Intention des Gesetzgebers bei der Einführung des § 63 Abs. 2 S. 2 GWB aF 2017 (= § 73 Abs. 2 S. 2 GWB) im Vergleich zur Einführung des § 65 Abs. 3 S. 4 GWB aF 2005 (= § 67 Abs. 3 S. 4 GWB)	205
1. Die Wortwahl in den Gesetzesentwürfen	205
2. Die Erwartungen an die Novelle im Vorfeld	206
3. Vergleich mit der vorherigen Rechtslage	209
IV. Zwischenergebnis	210
Fünfter Teil. Der originär einfach-rechtliche Drittschutz	212
A. Konzept	212
B. Subjektivierung	213
I. § 42 Abs. 1 S. 1 GWB	213
1. Grammatische Auslegung	213
2. Teleologische Auslegung	216
3. Schmidt-Preuß'sche Konfliktlichtungsformel	218
a) Anwendbarkeit der Konfliktlichtungsformel	219
b) Möglicher Ansatzpunkt für die Ausfüllung der Konfliktlichtungsformel	219
c) Gewichtung bundeskartellamtlich festgestellter wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen	222

d) Gewichtung ministeriell festgestellter wettbewerbsbeschränkender Auswirkungen	224
4. Zwischenergebnis	225
II. Absolute Verfahrensrechte	225
C. Zusammenfassung	229
Sechster Teil. Der derivativ einfache rechtliche Drittschutz	231
A. Konzept	231
I. Die Bedingung der objektiven Rechtswidrigkeit	232
1. Diskussion	233
2. Anwendung	237
II. Der Rechtswidrigkeitszusammenhang	238
1. Vorüberlegungen	239
a) Der Rechtswidrigkeitszusammenhang als Element der Beschwerdebefugnis	239
b) Zwei Problemkreise	240
c) Bestandsaufnahme	241
(1) Allgemeines Verwaltungsprozessrecht	241
(2) Das fachplanungsrechtliche Abwägungsgebot	243
(3) Folgerungen für die zwei Problemkreise	245
2. Beschränkung der Subjektivierung auf Rechtmäßigkeitsanforderungen?	246
a) Diskussion	247
b) Zwischenergebnis	250
3. Analyse der verschiedenen Definitionsmöglichkeiten	250
a) Fehlerkausalität	251
(1) Anwendung	251
(2) Diskussion	252
(a) Selektion durch den Rechtswidrigkeitszusammenhang	252
(b) Selektion durch einen Ausschluss des Aufhebungsanspruchs	253
(3) Zwischenergebnis	255
b) Entscheidungskausalität versus „spezifischer Bezug“	256
(1) Anwendung	256
(2) Diskussion	257
(a) Rechtfertigung durch die objektive Begründetheit nach § 71 Abs. 2 S. 1 GWB aF 2017 (= § 76 Abs. 2 S. 1 GWB)	257

(b) Rechtfertigung durch eine enge Verbindung zwischen objektiver Rechtswidrigkeit und subjektivem Recht	258
(3) Zwischenergebnis	260
c) Die Bestimmung des „spezifischen Bezugs“ einzelner Rechtmäßigkeitsanforderungen	261
(1) Das Kriterium der „abstrakt-funktionalen Relation“	261
(2) Materielle Rechtmäßigkeit	262
(a) Die Abwägungsentscheidung gemäß § 42 Abs. 1 S. 1, 2 GWB	263
(b) Die Teilelemente der Abwägung der Erforderlichkeit und der Nebenbestimmungen gemäß § 42 Abs. 2 GWB	266
(c) Der Ausschlussgrund der Gefahr für die marktwirtschaftliche Ordnung gemäß § 42 Abs. 1 S. 3 GWB	267
(3) Formelle Rechtmäßigkeit	268
(a) Instrumentelle Funktion des Ministererlaubnisverfahrens	269
(b) Individualisierung der instrumentellen Funktion	269
(aa) Bloße Ordnungsvorschriften	270
(ab) Objektive Verfahrensnormen	272
(ac) Relative Verfahrensrechte	274
(4) Zwischenergebnis	277
III. Zusammenfassung	278
B. Subjektivierung des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	278
I. Grammatische Auslegung	278
II. Systematisch-teleologische Auslegung	279
1. Die ökonomischen Grundlagen des § 36 Abs. 1 S. 1 GWB	280
2. Das Schutzgut des GWB	282
3. Gesamtwirtschaftliche Aspekte der Fusionskontrolle	283
4. Funktion der Beiladung gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 3 HS. 1 GWB	285
5. Die Wettbewerbstheorie der Freiburger Schule	287
6. Zwischenergebnis	287

III. Schmidt-Preuß'sche Konflikt schlichtungsformel	288
1. Streitstand	289
2. Das entscheidende Kriterium der Art der Bestimmung der Marktmacht	290
3. Marktstrukturkontrolle versus wirkungsorientierte Analyse	291
4. Zwischenergebnis	293
IV. Norminterne Wirkung der Grundrechte	294
V. Zwischenergebnis	295
C. Schutzbereich	296
I. Qualitativer Schutzbereich	296
1. Nachteilige Dritt betroffenheit	297
2. Eigene Dritt betroffenheit	297
3. Rechtskraft bedingte Dritt betroffenheit	298
4. Fusions bedingte Dritt betroffenheit der wettbewerblichen Dispositionsfreiheit	298
a) Persönliche Komponente	300
(1) Wettbewerber und Unternehmen der Marktgegenseite	300
(2) Nicht geschützte Personenkreise	303
b) Sachliche Komponente	303
(1) Das Regelbeispiel der Marktbeherrschung	304
(a) Horizontale Zusammenschlüsse	304
(b) Vertikale Zusammenschlüsse	306
(c) Konglomerate Zusammenschlüsse	307
(2) Der Grundtatbestand der erheblichen Wettbewerbs behinderung	307
(a) Der sog. Babynahrungsfall	308
(b) Der sog. maverick	308
(c) Wegfall von Binnenwettbewerb enger Substitute bei differenzierten Gütern	309
c) Zwischenergebnis	310
II. Quantitativer Schutzbereich	311
1. Streitstand: Existenz gefährdung versus Spürbarkeit	311
2. Existenz gefährdungslösung	312
a) Prognose eines existenzvernichtenden Verhaltens	313
(1) Vereinbarkeit mit dem strukturbezogenen Ansatz der Fusionskontrolle?	313
(2) Praktische Umsetzungsprobleme und deren Folgen	314

b) Rechtfertigung einer überschließenden Anforderung	316
(1) Funktionelle Abgrenzung zur Missbrauchskontrolle	316
(2) Grundrechte	317
c) Zwischenergebnis	318
3. Spürbarkeitslösung	318
a) Relative versus absolute Betrachtungsweise	319
b) Maßgebliches Kriterium zur Bestimmung der Spürbarkeit	320
(1) Untaugliche Kriterien	320
(2) Relative Marktstärke des Dritten im Vergleich zur fusionierten Einheit	321
c) Wettbewerber	321
(1) Das Regelbeispiel der Marktbeherrschung	322
(2) Der Grundtatbestand der erheblichen Wettbewerbsbehinderung	323
d) Unternehmen der Marktgegenseite	324
e) Zwischenergebnis	325
III. Norminterne Wirkung der Grundrechte	326
1. Die grundrechtliche Verankerung der Wettbewerbsfreiheit	326
2. Mittelbarer Grundrechtseingriff versus Schutzpflichtverletzung	327
a) Die Bedeutung der Abgrenzung	328
b) Die Abgrenzung	328
3. Der grundrechtliche Schutzmfang in der Fusionskontrolle	330
IV. Zwischenergebnis	333
Siebenter Teil.Zusammenfassung	334
Literaturverzeichnis	349