

# **Der isolierte Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde**

Inauguraldissertation zur Erlangung  
des Grades eines  
**Doktors der Rechte**  
durch die Juristische Fakultät  
der Universität Rostock

Rostock, 2012

**vorgelegt von:**  
Thomas Hänsch  
aus Rostock

**Gutachter:**

1. Gutachter:

Prof. Dr. Klaus Tonner

Juristische Fakultät, Universität Rostock

2. Gutachter:

Prof. Dr. Wolfgang März,

Juristische Fakultät, Universität Rostock

**Datum der Einreichung:** 29.01.2012

**Datum der Verteidigung:** 22.07.2013

***„Meiner Familie“***

# Vorwort

Die Arbeit ist im Wintersemester 2011/2012 von der Juristischen Fakultät der Universität Rostock als Dissertation angenommen worden.

Danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Klaus Tonner für seine Bereitschaft, die Betreuung meiner Dissertation zu übernehmen. Herrn Prof. Dr. Wolfgang März, welcher die Zweitkorrektur der Arbeit übernahm, danke ich für seine gutachterlichen Ratschläge und fachlichen Anmerkungen sowie die offene Diskussion im Rahmen der Disputation.

Ein besonderer Dank gilt meinen Kollegen in der Kanzlei Geiersberger Glas & Partner. Von allen Seiten wurde mir nicht nur Verständnis für dieses Projekt sondern von Beginn an aktive Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit entgegengebracht, insbesondere durch Einräumung zeitlicher und logistischer Ressourcen. Herausheben möchte ich die besondere Unterstützung meiner Kollegen Dr. Philipp Groteloh und Dr. Gerold Kantner. Diese leisteten nicht nur moralischen Beistand, sondern waren – trotz hoher Arbeitsbelastung – bereit, die Arbeit nach Erstellung einer Prüfung zu unterziehen.

Abschließend möchte ich mich bei meiner Familie bedanken. Euer Stolz auf meine Arbeit hat mich besonders angetrieben. Mein größter Dank gilt dabei meiner Frau Anja. Sie hielt mir den Rücken frei und verschaffte mir neben Arbeit und Familie die notwendigen Freiräume, um die Dissertation erfolgreich abzuschließen.

Rostock, August 2013

Thomas Hänsch

# Inhaltsverzeichnis

A.	Einführung.....	1
I.	Untersuchungsgegenstand.....	1
II.	Begrenzung des Untersuchungsgegenstands.....	3
III.	Untersuchungsmethoden.....	5
B.	Konkretisierung.....	7
I.	Beschränkung auf das Kartellverwaltungsrecht.....	8
II.	Unterscheidung Einschreiten und Tätigwerden.....	9
III.	Die Unterscheidung im allgemeinen Verwaltungsrecht.....	11
1.	Vorgaben des § 9 VwVfG.....	11
2.	Gesetzgeberische Entscheidung in § 22 VwVfG.....	12
3.	Regelungsumfang des § 22 VwVfG.....	12
4.	Notwendigkeit der Unterscheidung.....	13
IV.	Die Unterscheidung im GWB.....	14
1.	Trennung materielles und formelles Recht.....	14
2.	Parallele zum VwVfG.....	14
3.	Notwendigkeit der Unterscheidung.....	15
a)	Allgemeine Notwendigkeit.....	15
b)	Subjektive Vorteile des isolierten Verfahrens.....	15
c)	Objektive Vorteile des isolierten Verfahrens.....	16
d)	Abweichende Meinung Junges.....	18
V.	Zwischenergebnis.....	19
C.	Vorbetrachtungen.....	19
I.	Begriffsbestimmungen.....	19
1.	Kartellbehörde.....	19
2.	Dritter.....	19
II.	Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen.....	20
1.	Einflüsse des Unionsrechts.....	21
2.	Subjektiv-öffentliche Rechte aus dem Grundgesetz.....	22
3.	Drittenschutz aus dem GWB.....	22
III.	Geschichtliche Entwicklung.....	24
1.	Gesetzesentwicklung.....	25
2.	Entwicklungen in der Rechtsprechung und Literatur.....	25
3.	Diskussionsgegenstand in Theorie und Praxis.....	26
IV.	Drittbeteiligung im Verwaltungsverfahren.....	27
1.	Verfahrensankündigung.....	27
2.	Anhörung.....	27
3.	Verfahrensbeteiligung.....	28

## II

V. Schutzgut des Kartellrechts .....	29
1. Definition des Wettbewerbs .....	29
2. Vorteile des Wettbewerbs .....	31
3. Voraussetzungen des Wettbewerbs .....	31
4. Rechtliche Verankerung des Wettbewerbs .....	32
5. Prinzipien des Wettbewerbs.....	33
6. Gefahren für den Wettbewerb .....	34
VI. Die siebente GWB-Novelle .....	35
1. Ziele der Novelle .....	35
2. Neuerungen der siebenten GWB-Novelle .....	36
a) Materiell-rechtliche Änderungen .....	36
aa) Prinzip der Legalausnahme .....	36
bb) Probleme des Systems der Legalausnahme .....	37
b) Private Rechtsdurchsetzung.....	40
aa) Einbindung der Marktteilnehmer in die Rechtsdurchsetzung.....	40
bb) Ziele des private-law-enforcement .....	42
cc) Mittel des private-law-enforcement.....	43
c) Änderungen des Kartellverwaltungsverfahrensrechts.....	44
VII. Vor- und Nachteil eines Drittspruchs .....	46
1. Vorteile.....	46
a) Beweiserleichterungen .....	47
b) Erweiterte Sanktionsmöglichkeiten.....	49
c) Verfahrensökonomische Vorteile .....	50
d) Imageschutz des Betroffenen .....	51
e) Vorteile der Allgemeinheit.....	53
2. Nachteile des Drittspruchs .....	54
a) Ross und Reiter Problem .....	54
b) Image- und Vermögensschäden des Beschuldigten .....	55
c) Überlastung der Kartellbehörden .....	56
d) Verfahrensverzögerungen und Investitionshemmnisse .....	57
3. Konsequenzen der Vor- und Nachteile .....	57
D. Meinungsstand.....	58
I. Auffassung des Bundeskartellamtes.....	58
II. Ansicht der Rechtsprechung .....	59
1. Entscheidungsinhalt.....	59
2. Isolierter Anspruch auf Tätigwerden .....	60
3. „Zigaretten-Entscheidung“.....	61
4. „Taxiflug-Entscheidung“ und folgende Rechtsprechung .....	63
a) Prüfungsgegenstand .....	64
b) Wortlautauslegung.....	65

### III

c) Ermessensausübung .....	66
d) Historische Argumentation .....	68
e) Schutzzweck des Kartellverwaltungsrechts .....	69
f) Subsidiarität des öffentlichen Rechts .....	70
g) Verfassungsrechtliche Erwägungen .....	72
aa) Gleichheitsgrundsatz .....	72
bb) Freiheitsrechte .....	73
h) Europarechtliche Argumentation .....	74
aa) Vorrang des nationalen Verfahrensrechts .....	74
bb) Effet utile .....	75
cc) Sekundäres Unionsrecht .....	76
dd) Schutz über Zivilrecht .....	78
5. Übertragbarkeit auf die siebente GWB-Novelle .....	80
6. Rechtsprechungskritik .....	81
a) Fehlende Unterscheidung .....	81
b) Kritik an Prüfungsgrundlage .....	83
c) Kritik am Rechtsverhältnis .....	84
d) Kritik am Ermessensanspruch .....	84
e) Kritik an Ermessensgründe .....	86
aa) Fokussierung auf Großverfahren .....	86
bb) Vorrang des Kartellzivilrechts .....	87
f) Kritik an verfassungsrechtlicher Argumentation .....	88
g) Kritik an europarechtlicher Argumentation .....	89
aa) Fehlerhafte Vergleichsnorm .....	89
bb) Fehlerhafte Gleichsetzung Bundeskartellamt mit Kommission .....	90
cc) Aushebelung des effet utile .....	91
h) Zwischenergebnis .....	93
III. Ansicht der Literatur .....	93
1. Herrschende Lehre .....	93
a) Differenzierungsansatz .....	94
b) Pflicht und Ermessen zur Verfahrenseröffnung .....	94
c) Unterscheidung Antrags- und Amtsverfahren .....	95
d) Antragsbegriff .....	96
e) Inhalt und Reichweite des Opportunitätsgrundsatzes .....	99
aa) Gerichtliche Überprüfbarkeit der Ermessensausübung .....	99
bb) Vorrang des Kartellzivilrechts .....	99
cc) Einschränkung des Vorrangs des Kartellzivilrechts durch Klose .....	101
dd) Vorrang des Kartellverwaltungsrechts nach K. Schmidt ....	102

f) § 54 Abs. 1 S. 2 GWB .....	102
g) Begründungserfordernis .....	103
h) Auswertung der Ansicht der herrschenden Lehre .....	104
aa) Kritik an Anspruchsvermengung .....	105
bb) Kritik an Auslegung des § 54 Abs. 1 GWB.....	105
cc) Kritik zur Definition des Begriffs „Antrag“ .....	106
2. Ansicht von Blanke .....	109
a) Anspruchsgrundlage.....	109
b) Teleologische Erwägungen .....	110
c) Rechtsvergleichende Erwägungen .....	112
d) Verfassungsrechtliche Erwägungen .....	112
aa) Schutzpflicht der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit .....	113
bb) Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips.....	113
cc) Einfluss und Auswirkung des Sozialstaatsprinzips .....	114
e) Ermessensausübung.....	115
f) Kritik .....	117
3. Karsten Schmidt in „Kartellverwaltungsrecht“ .....	119
a) Anspruchsgrundlage.....	120
b) Selektion öffentlich-rechtlicher Drittrechte .....	120
aa) Fallgruppe „echte Konkurrenzfälle“ .....	121
bb) Fallgruppe „echte Dependenzfälle“ .....	121
cc) Fallgruppe „Doppelwirkungsfälle“ .....	122
c) Inhalt des Drittanspruchs .....	123
d) Auswirkungen der siebenten GWB-Novelle.....	123
e) Übertragbare Erwägungen .....	125
aa) Strukturelle und teleologische Argumente .....	125
bb) Unterscheidung Opportunitäts- und Subsidiaritätsgrundsatz ...	126
cc) Antragsbegriff und Verfahrensbeteiligung .....	126
dd) Verfahrensbeteiligung durch Beiladung .....	127
ee) Verfassungsrechtliche Betrachtungen .....	128
f) Auswertung der Argumentation vom K. Schmidt .....	129
IV. Gesamtbewertung Meinungsstand .....	131
E. Anspruchsherleitung .....	131
I. Allgemeine Vorbetrachtungen.....	132
II. Rechtsschutzbedürfnis beim Tätigwerden .....	133
1. Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses .....	134
2. Fallgruppe „Fehlender Antrag bei der Behörde“ .....	134
3. Fallgruppe „Querulanz“ .....	135
4. Fallgruppe „Effektivere Handlungsalternativen“ .....	136

a) Vorgaben des klassischen Verwaltungsverfahrens .....	136
b) Individualinteresse am isolierten Verfahren .....	138
c) Rechtsschutz außerhalb von Finalverfügungen .....	139
aa) Individualschutz aus allgemeinem Verwaltungsrecht.....	141
(1.) Amtsermittlungsgrundsatz.....	141
(2.) Ermessensausübung .....	142
bb) Anerkannte isolierte Verfahren im besonderen	
Verwaltungsrecht .....	145
(1) BImSchG.....	146
(2) UVPG .....	149
(3) Strafprozessrecht .....	152
(4) Vorprüfverfahren im Kartellrecht .....	155
(a) Inhalt und Zwecke des Vorprüfverfahrens .....	155
(b) Rechtsschutz im Vorprüfverfahren.....	157
cc) Zwischenergebnis .....	166
5. Subsidiarität des Zivil- gegenüber dem Verwaltungsrecht .....	170
a) Allgemeine Grundsätze des Polizeirechts .....	171
b) Übertragbarkeit polizeirechtlicher Grundsätze auf das	
Kartellrecht .....	171
c) Historische Einordnung der Subsidiarität.....	172
d) Inkongruenz zwischen Kartellverwaltungs- und - .....	173
e) Überlastung der Kartellbehörden.....	174
f) Mehrbelastung durch angenommene Subsidiarität .....	176
g) Unerheblichkeit der Rechtswegspaltung .....	178
h) Subsidiarität und Wille des Gesetzgebers .....	179
i) Fehlender präventiver Charakter des Kartellzivilrechts.....	179
j) Gesamteffektivität des Kartellverwaltungsrechts .....	182
k) Effektivitätsgrenzen des Zivilrechts.....	183
6. Ergebnis.....	185
III. Allgemeine Subsidiarität .....	185
IV. Beschwerdebefugnis.....	186
1. Allgemeines zur Beschwerdebefugnis im Kartellrecht .....	186
2. Beschwerdebefugnis beim Tätigwerden .....	187
V. Anspruchsgrundlage.....	188
1. Allgemeines Verwaltungsrecht.....	189
a) § 22 VwVfG .....	189
aa) Behördliche Pflichten zum Gesetzesvollzug .....	189
bb) Ermessensspielräume bei der Verfahrenseröffnung .....	190
cc) Sonderfall der Ermessensreduzierung auf Null .....	191
b) Bescheidungsanspruch .....	192

aa) Herleitung des Bescheidungsanspruchs .....	192
bb) Voraussetzungen des Bescheidungsanspruchs .....	194
cc) Anspruchsinhalt.....	195
(1.) Entgegennahmepflicht .....	195
(2.) Pflicht zur Sachprüfung .....	196
(3.) Mitteilungspflicht.....	197
dd) Schlussfolgerungen zum Kartellrecht.....	198
2. Fachrechtliche Ansprüche.....	199
a) Doppelanalogie zu § 40 Abs. 1 GWB .....	199
b) Anspruch aus § 54 Abs. 1 GWB .....	201
aa) Tauglichkeit einer Verfahrensvorschrift als Schutznorm ....	202
bb) Allgemeine Vorbetrachtungen zur Ermessensausübung ...	204
cc) Isolierte Wortlautauslegung .....	205
dd) Auslegung im Zusammenhang mit § 22 VwVfG.....	206
(1.) Systematische und vergleichende Auslegung mit § 22 VwVfG .....	206
(a) Auslegungsalternativen.....	206
(b) Selbständiger Regelungsgehalt des § 54 Abs. 1 GWB	206
(c) Schlussfolgerungen für die systematische Auslegung .	208
(2.) Vergleichende Wortauslegung § 22 VwVfG und § 54 Abs. 1 GWB .....	209
(3.) Historische Auslegung .....	209
ee) Auslegung im Vergleich von § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB.	210
(1.) Wortlautunterscheidung .....	210
(2.) Historische Entwicklung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB.....	212
ff) Auslegung im Zusammenhang mit § 70 Abs. 3 GWB .....	214
(1.) Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen anonymen und nicht anonymen Beschwerdeführer .....	214
(2.) Beiladung als untaugliche Alternative .....	216
(a) Gefahr der Verfahrensverzögerung .....	216
(b) Fehlender Beiladungsanspruch .....	216
gg) Vergleichende Auslegung mit § 32 ff. GWB .....	218
(1.) Unterschiede im Wortlaut.....	218
(2.) Wechselwirkungen zwischen materiellen und formellen Recht.....	219
hh) Teleologische Auslegung.....	221
(1.) Verwirklichung des Wettbewerbsschutzes .....	221
(2.) Sinn und Zweck des besonderen Schutzes vor Marktkonzentration.....	224
(a) Wertungswiderspruch zur Fusionskontrolle .....	224

## VII

(b) Aushöhlung gesetzgeberischer Ziele .....	226
(c) Anerkennung des Opportunitätsprinzips .....	227
(d) Wohlfahrtsrendite durch Individualschutz .....	227
ii) Verfassungsrechtliche Erwägungen .....	228
(1.) Vorbetrachtungen.....	228
(2.) Grundrechtlicher Leistungsanspruch.....	229
(a) Originärer Leistungsanspruch .....	229
(b) Derivative Teilhabe .....	230
(c) Schützendes Tätigwerden.....	230
(3.) Anspruchsherleitung aus Rechtsstaatsprinzip.....	231
(4.) Anspruchsherleitung aus Sozialstaatsprinzip .....	232
(5.) Anspruchsherleitung aus Willkürverbot .....	233
(6.) Mittelbarer Schutz der Wettbewerbsfreiheit .....	234
(7.) Zwischenergebnis .....	237
jj) Anspruchsherleitung aus Europarecht .....	237
(1.) Herleitung des Anspruchs .....	237
(2.) Europarechtlicher Begriff der Beschwerde .....	239
(3.) Art und Umfang des Anspruchs .....	240
(4.) Begründungspflicht .....	242
(5.) Voraussetzungen des Anspruchs.....	243
(a) Beschwerdefähigkeit.....	243
(b) Beschwerdebefugnis.....	244
(c) Substantiierungspflicht .....	245
(6.) Durchsetzbarkeit des Anspruchs.....	246
(7.) Zwischenergebnis .....	251
(8.) Vergleich Bescheidungs- und europarechtlicher Vorprüfanspruch .....	251
(9.) Übertragbarkeit auf das deutsche Kartellrecht .....	253
(a) Verpflichtung nach Art. 41 GRCh.....	253
(b) Verfahrensvorrang des GWB.....	254
(c) Gesetzesziel: level playing field .....	254
3.) Ergebnis.....	257
VI. Lösung.....	257
1. Einheitlicher Antragsbegriff im Kartellverfahrensrecht.....	257
2. Auswirkungen auf § 54 Abs. 2 GWB.....	260
3. Anspruchsvoraussetzungen.....	261
a) Anspruchsinhaber.....	261
b) Beschwerdebefugnis .....	262
c) Substantiierung des Vortrags .....	263
4. Anspruchsinhalt .....	264

## VIII

F. Zusammenfassung.....	266
I. Zielrichtung des Anspruchs auf Tätigwerden .....	267
II. Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten .....	268
III. Meinungsstand .....	269
IV. Anspruchsherleitung .....	270
V. Anspruchsvoraussetzungen.....	272
VI. Anspruchsinhalt.....	273
G. Ausblick.....	273
Literaturverzeichnis.....	275



## **A. Einführung**

### **I. Untersuchungsgegenstand**

Das GWB stellt auf nationaler Ebene das Gesetz zum Schutze des Wettbewerbs als Institution dar. Der Wettbewerbsschutz soll gleich mittels dreier verschiedener Verfahrensarten erreicht werden. Die im materiellen Teil des GWB (Erster Teil) ausgesprochenen Ge- und Verbote sollen über das Verwaltungs-, Zivil- und Ordnungswidrigkeitenrecht durchgesetzt werden können. Eine stetig wachsende Rolle wird dem Kartellzivilrecht bei der Durchsetzung des GWB zugemessen.

In der Praxis zeigen sich jedoch große Probleme bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche. Dies gilt insbesondere bei Verstößen gegen die § 1 GWB. Da derartige Rechtsverletzungen meist im Geheimen stattfinden, mangelte es den Betroffenen regelmäßig an Beweismitteln, um ihre Ansprüche vor Gericht durchzusetzen. In der Vergangenheit waren Klagen auf dem Zivilrechtsweg meist dann erfolgreich, wenn der privaten Rechtsdurchsetzung ein Verwaltungs- oder Ordnungswidrigkeitenverfahren voranging, auf dessen Erkenntnisse sich die Anspruchsteller im anschließenden Zivilverfahren stützen konnten.

Eine auch der Durchsetzung von Individualinteressen dienenden Funktion wird dem Kartellverwaltungs- und dem –ordnungswidrigkeitenrecht überwiegend abgesprochen. Diese dienen vornehmlich der Wahrung von Allgemeininteressen. Allenfalls reflexartig sollen subjektive Interessen durch das öffentliche Kartellrecht geschützt werden. Individualinteressen sollen ausschließlich über das Kartellzivilrecht durchsetzbar sein. Eine Vermengung oder Verquickung von Kartellzivil- und –verwaltungsrecht wird bislang abgelehnt.

Die siebente GWB-Novelle gibt Anlass, dass Verhältnis zwischen Kartellzivil- und –verwaltungsrecht einer neuen Bewertung zu unterziehen. Insbesondere die Änderungen des § 33 GWB zeigen, dass das Verwaltungs-

recht nunmehr erheblichen Einfluss auf die Durchsetzung von zivilrechtlichen Ansprüchen nimmt.

So sieht § 33 Abs. 1 GWB u.a. vor, dass der Verstoß gegen eine Verfügung der Kartellbehörde einen Unterlassungsanspruch begründen kann. Nach § 33 Abs. 5 GWB führt die Eröffnung eines Verfahrens durch die Kartellbehörde zur Verjährungshemmung zivilrechtlicher Ansprüche. Somit haben nicht nur verfahrensabschließende Verfügungen der Kartellbehörden Einfluss auf zivilrechtliche Ansprüche. Bereits die Einleitung eines Kartellverfahrens kann zur Verbesserung individueller Rechtspositionen führen.

Diese mit der siebenten GWB-Novelle vorgenommene Einbindung des Kartellverwaltungsrechts in das Kartellzivilrecht lässt es für möglich erscheinen, dass das Verhältnis des öffentlichen zum privaten Kartellrecht völlig neu austariert und die bisherige starre Trennung zwischen den Verfahrensarten aufgegeben werden muss. Das Kartellverwaltungsrecht könnte nunmehr mehr als nur reflexartig der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche dienen. Hierzu müsste ein Betroffener aber wenigstens die Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens von der Behörde verlangen dürfen.

In dieser Arbeit soll dieser Frage nachgegangen werden. Es soll geklärt werden, ob einem Betroffenen i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ein subjektives Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörden zur Wahrung seiner Individualinteressen zuzubilligen ist.

Das Tätigwerden ist vom Einschreiten abzugrenzen. Während Einschreiten im Sinne dieser Arbeit den Erlass einer einzelne Marktteilnehmer belastenden Finalverfügung bedeutet, ist mit Tätigwerden die Eröffnung und Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens durch die Kartellbehörde gemeint. Eine genauere Differenzierung findet an späterer Stelle statt.

Im Schwerpunkt geht es um die Frage, ob ein Betroffener, sofern ihm eine Verletzung des Kartellrechts bekannt wird, sich an die zuständigen Kartellbehörden wenden kann und ein Recht darauf hat, dass die Kartellbehörden ein Verfahren gegen den vermeintlichen Störer einleiten, um im Ergebnis den Sachverhalt aufzuklären und zu bewerten, im Idealfall für die Abstellung der Wettbewerbsbeeinträchtigung zu sorgen.

Dabei geht es um das im Verwaltungsrecht bekannte Problem, ob sich der Einzelne zur Durchsetzung und Befriedigung seiner individuellen Interessen auf die Exekutive stützen kann. Wie auch im Übrigen öffentlichem Recht ist diese Frage im Kartellrecht anhand der Schutznormtheorie zu klären. Diese spricht vereinfacht dem Einzelnen dann einen Anspruch auf behördliches Handeln zu, wenn die zur Anwendung kommenden Normen des öffentlichen Rechts nicht nur den Interessen der Allgemeinheit, sondern auch dem Schutz von Individualinteressen dienen<sup>1</sup>.

In dieser Arbeit soll deshalb geprüft werden, ob und gegebenenfalls wie weit die Normen des GWB Drittschutz entfalten. Die Prüfung konzentriert sich dabei jedoch ausschließlich auf verfahrensrechtliche Normen. Eine Auseinandersetzung mit dem Vorhandensein subjektiv-öffentlicher Rechte im Bereich des materiellen Kartellrechts ist nicht Gegenstand dieser Arbeit.

## **II. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands**

Der Prüfungsumfang der Arbeit beschränkt sich auf die Beantwortung der Frage, ob einem Betroffenen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einleitung und Durchführung eines Verwaltungsverfahrens durch die Kartellbehörde zusteht. Ob er einen Anspruch auf Einleitung eines Ordnungswidrigkeitenverfahrens hat, bleibt außer Betrachtung.

---

<sup>1</sup> BVerwG NJW 1996, 1297; BVerwGE 94, 151, 158; Kopp/Schenke § 42 Rn 71; Veelen in WRP 2003, 207, 220; Schmidt-Kötters in Posser/Wolff, Beck-OK VwGO, § 42 Rn 151, m.w.N.

Der Grund hierfür ist praktischer Natur. Das Ordnungswidrigkeitenrecht entfaltet für den Betroffenen nicht den gleichen Rechtsschutz wie das Verwaltungsrecht. Opfern von Wettbewerbsbeeinträchtigungen geht es regelmäßig um Zweierlei. Zum einen wollen sie die bei ihnen entstandenen Schäden vom Schädiger ersetzt bekommen. Zum anderen wollen sie sicherstellen, dass die Beeinträchtigung nicht in der Zukunft fortwährt.

Die Reichweite des Ordnungswidrigkeitenrechts ist sehr begrenzt. Es kann primär lediglich eine Geldbuße gegen den Täter verhängt werden. Diese Geldbuße fließt dem Fiskus zu. Als Nebenfolge wäre noch eine Einziehung zu Gunsten des Fiskus (§§ 22 ff. OWiG) möglich.

Diese möglichen Rechtsfolgen helfen einem Betroffenen lediglich mittelbar bei der Durchsetzung von eigenen Sekundäransprüchen<sup>2</sup>. Eine im Ordnungswidrigkeitenverfahren verhängte Geldbuße ahndet nur Verhalten in der Vergangenheit. Dritte wollen aber vornehmlich Rechtsicherheit für die Gegenwart und Zukunft. Soweit in einem Ordnungswidrigkeitenverfahren vergangenes Verhalten gerügt wurde, muss der Betroffene auf die Präventionswirkung der Buße und die Einsichtsfähigkeit des Täters hoffen, dass dieser nicht den gleichen Verstoß wiederholt.

Das Verwaltungsverfahren hingegen eröffnet nicht nur die Möglichkeit, vergangenes Verhalten zu sanktionieren. In einem solchen Verfahren kann auch mit Wirkung für die Zukunft ausgesprochen werden, bestimmte Verhaltensweisen künftig zu unterlassen<sup>3</sup>. Dieses würde dem Begehren eines Dritten auf Primärrechtsebene vollständig entsprechen.

Der bisher dem Zivilrecht vorbehaltenen Vorteil auf Rechtsfolgenseite, nicht nur Verbots- sondern auch Gebotsverfügungen aussprechen zu können<sup>4</sup>, ist mit der siebenten GWB-Novelle entfallen. § 32 Abs. 2 GWB erlaubt es

---

<sup>2</sup> Vgl. hierzu: § 33 GWB; soweit ein rechtskräftiger Bußgeldbescheid vorliegt, werden Dritte infolge der Indizwirkung des Bußgeldbescheides erleichtert Schadensersatzansprüche gerichtlich durchsetzen können.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu: § 32 GWB.

<sup>4</sup> Vgl. BGH WuW/E 1345 „Polyester-Grundstoffe“; Lübbert in Wiedemann, KartellR, § 30 Rn 8.

nunmehr auch den Kartellbehörden, gesetzeswidrig handelnden Unternehmen konkrete Abhilfemaßnahmen aufzugeben. Es besteht somit heute auch im Verwaltungsverfahren die Möglichkeit des Erlasses einer Gebotsverfügung<sup>5</sup>.

### **III. Untersuchungsmethoden**

Nach einer kurzen Einführung in das Thema, bestehend aus notwendigen Begriffsbestimmungen, Ausführungen zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte und einem kurzen geschichtlichen Abriss des hier diskutierten Problemkreises soll zunächst eine Darstellung unstreitig bestehender Drittbeteiligungsrechte im Kartellrecht erfolgen.

Um zu prüfen, ob Betroffenen über die anerkannten Verfahrensrechte hinaus weitere Rechte im Kartellverfahren zustehen, soll weiterhin – ohne Anmaßung des Anspruchs auf Vollständigkeit – der Nutzen eines Individualanspruchs auf Tätigwerden der Kartellbehörden gegen andere Marktteilnehmer dargestellt werden. Hierfür wird vorab der Schutzgegenstand des GWB, der Wettbewerb, kurz dargestellt.

Da die Frage nach dem subjektiv-öffentlichen Recht auf Tätigwerden anhand der Änderungen im Rahmen der siebenten GWB-Novelle untersucht werden soll, werden die für diese Problematik wesentlichen Änderungen im Kartellrecht herausgestellt.

Nach einer Herausarbeitung der Vor- und Nachteile eines Anspruchs auf Tätigwerden wird in einem weiteren Abschnitt das in der Arbeit aufgeworfene Problem eingegrenzt und definiert. Hierfür muss zunächst der Unterschied zwischen Tätigwerden und Einschreiten im Detail herausgearbeitet werden. Ferner ist zu untersuchen, ob das deutsche Recht einen isolierten

---

<sup>5</sup> Vgl. hierzu im Einzelnen: Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 14 ff.

Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung – losgelöst von einem Anspruch auf Einschreiten – anerkennt.

Der vorhandene Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur wird in einem weiteren Abschnitt dargestellt. Die einzelnen Argumentationslinien werden herausgearbeitet und einer kritischen Auswertung unter Berücksichtigung der Änderungen durch die siebente GWB-Novelle unterzogen. Insbesondere ist zu bewerten, inwieweit die verschiedenen Ansichten zwischen Ansprüchen auf Tätigwerden und Einschreiten unterscheiden.

Bei der Prüfung des Bestehens eines Individualanspruchs auf Tätigwerden sind die im Verwaltungsrecht entwickelten Grundsätze zu subjektiv-öffentlichen Rechten anzuwenden. Die in Frage kommenden Normen sind anhand der anerkannten Auslegungsmethoden zu untersuchen<sup>6</sup>.

Zunächst ist das Kartellverwaltungsrecht in einen Kontext zum allgemeinen und sonstigen Verwaltungsrecht zu stellen. Dabei ist zu untersuchen, inwieweit das sonstige Verwaltungsrecht Position zum hier untersuchten Problemkreis bezieht.

Im Rahmen der weiteren Prüfung ist die Gesetzeshistorie zu beleuchten. Insbesondere sind die Gesetzgebungsmaterialien zur sechsten und siebenten GWB-Novelle auszuwerten, um den Willen des Gesetzgebers zur Anerkennung subjektiver Rechte im Kartellverwaltungsverfahren zu ergründen. Dabei sind vorgenommene Änderungen einzelner Normen in Zusammenhang zur hiesigen Fragestellung zu bringen. Insbesondere ist zu prüfen, ob einzelne Gesetzesänderungen zu unbeabsichtigten Gesetzeslücken führen, die über die Erweiterung subjektiver Rechte zu schließen sind.

Auch ist der Frage nachzugehen, ob die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden mit dem Sinn und Zweck des GWB in Einklang zu bringen ist. Hierbei ist insbesondere zu prüfen, ob das Kartell-

---

<sup>6</sup> Vgl. hierzu: Veelken in WRP 2003, 207, 220.

verwaltungsrecht ausschließlich der Wahrung von Allgemein- oder auch von Individualinteressen dient.

Aufgrund der immer weiter voranschreitenden Anpassung des nationalen Wettbewerbsrechts an das europäische Kartellrecht ist ein besonderes Augenmerk auf die in diesem Rechtskreis geltenden Vorschriften und die diesbezüglich ergangene Rechtsprechung zu werfen. Die Übertragbarkeit von im Unionsrecht entwickelten Verfahrensgrundsätzen auf das nationale Recht ist zu berücksichtigen.

Bei Bejahung eines Drittanspruchs auf Tätigwerden müssen die tatbestandlichen Voraussetzungen sowie der Inhalt und die Reichweite eines solchen Anspruchs geklärt werden. Insoweit ist auch herauszuarbeiten, ob und wie ein Anspruch des Dritten auf Tätigwerden der Kartellbehörden judizierbar ist.

Das vorgefundene Ergebnis ist zusammenzufassen und – soweit möglich – etwaige Auswirkungen der kommenden achten GWB-Novelle auf das Prüfergebnis aufzuzeigen.

## **B. Konkretisierung**

In der Literatur<sup>7</sup> und Rechtsprechung<sup>8</sup> zum Kartellrecht wird eine Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten nur begrenzt vorgenommen. Die Begrifflichkeiten werden teilweise als Synonyme verwendet, wobei eine nahezu ausschließliche Fokussierung auf den Themenkreis eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten festzustellen ist. Es ist daher aufzuzeigen, dass eine Unterscheidung zwischen Tätigwerden und

---

<sup>7</sup> Z.B. Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 39, § 51 Rn 9, 12; Emmerich in I/M-GWB, § 32 Rn 14; anders K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3, vermischend Rn 7; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>8</sup> Z.B. BGHZ 51, 69 „Taxiflug“; BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“; KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

Einschreiten bereits aus den Differenzierungen des allgemeinen Verwaltungsrechts möglich und notwendig ist.

## **I. Beschränkung auf das Kartellverwaltungsrecht**

Diese Arbeit beschränkt ihre Betrachtungen auf das Kartellverwaltungsrecht. Das Kartellrecht erstreckt sich auf drei unterschiedliche Rechtswegen. Das GWB unterscheidet in seinem dritten Teil zwischen dem Verwaltungsverfahren (erster Abschnitt), dem Bußgeldverfahren (zweiter Abschnitt) und dem Zivilverfahren (vierter Abschnitt). Der Begriff des Kartellverwaltungsverfahrens ist von dem Kartellzivil- und dem -ordnungswidrigkeitenrecht des GWB abzugrenzen.

Das Kartellzivilrecht dient unmittelbar der Durchsetzung und Wahrung von über das GWB geschützten Individualrechten. Die Kartellbehörde ist in diesen Verfahren nicht unmittelbar Partei bzw. Beteiligte. Soweit nicht die Kartellbehörde handelt oder handeln soll, kann es sich nicht um ein Verfahren innerhalb des Kartellverwaltungs- oder des Ordnungswidrigkeitenrechts handeln.

Die Kartellbehörden sind sowohl für die Durchführung des Verwaltungs- als auch des Bußgeldverfahrens zuständig. Da sämtliche Handlungen der Kartellbehörde als Verwaltungsangelegenheiten eingeordnet werden können, ist der Begriff des Kartellverwaltungsverfahrens nur negativ zu definieren<sup>9</sup>.

Sämtliches Handeln der Kartellbehörden, welches nicht den in den §§ 54 ff. GWB vorgesehenen Formen des Verwaltungshandelns entspricht, kann nicht dem Kartellverwaltungsverfahren zugeordnet werden. Dies betrifft im Schwerpunkt das Bußgeldverfahren. Bußgeldverfahren sind alle Maß-

---

<sup>9</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 3.

nahmen zur Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten im Sinne des § 1 OWiG<sup>10</sup>.

Da für das Verwaltungs- und das Bußgeldverfahren unterschiedliche Verfahrensregeln gelten, welche auch unterschiedliche Rechtscutzmöglichkeiten für den Betroffenen eröffnen, muss die Kartellbehörde bei Ergreifung ihrer Maßnahmen kundtun, nach welchem Verfahrensrecht sie handelt<sup>11</sup>. Die Kartellbehörde kann insgesamt jedoch einen Sachverhalt in beiden Verfahrensarten, sei es parallel oder nacheinander geschaltet, untersuchen<sup>12</sup>. Lediglich die Einzelmaßnahmen innerhalb des gesamten Verfahrens müssen sich konkret einer Verfahrensart zuordnen lassen.

## **II. Unterscheidung Einschreiten und Tätigwerden**

Tätig wird die Kartellbehörde bereits, wenn sie überhaupt irgendwelche Handlungen im Rahmen eines formellen Verwaltungsverfahrens entfaltet. Ein Drittanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde gegen andere Marktteilnehmer wäre hingegen ein Anspruch, der auf den konkreten Erlass einer den anderen Marktteilnehmer belastenden Verfügung gerichtet ist.

Ein Anspruch auf Tätigwerden der Verwaltung wäre mit der Verfahrenseröffnung und dessen Betreiben erledigt, während ein Anspruch auf Einschreiten erfüllt wäre, wenn die belastende Verfügung durch die Behörde erlassen wurde.

Besteht ein Anspruch auf Einschreiten, so muss – naturgemäß – auch ein Anspruch auf Tätigwerden bestehen, da der Erlass einer Finalverfügung stets die Durchführung eines Verwaltungsverfahrens voraussetzt, welches integraler Bestandteil des erstgenannten ist. Dies ergibt sich bereits aus

---

<sup>10</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 2.

<sup>11</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 7.

<sup>12</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 4.

§ 9 VwVfG<sup>13</sup> und aus grundgesetzlichen Erwägungen. Soweit die Umsetzung eines materiellen Rechts ein Verwaltungsverfahren erfordert, muss die Exekutive ein solches eröffnen und durchführen<sup>14</sup>.

Andersherum muss bei Bejahung eines Drittanspruchs auf Tätigwerden nicht zwangsläufig auch ein Anspruch auf Einschreiten – also auf Erlass einer konkreten Finalverfügung – bestehen. Ein Anspruch auf Tätigwerden würde (lediglich) ein subjektives Recht auf gesetzeskonforme Durchführung eines Verwaltungsverfahrens umfassen.

Eine gesetzeskonforme Durchführung des Verwaltungsverfahrens umfasst sowohl eine Aufarbeitung des Tatsachenvortrags als auch eine rechtliche Würdigung der Tatsachen. Im Falle der Verfahrenseröffnung wäre die Behörde nach § 24 Abs. 1 VwVfG zur Aufarbeitung des Sachverhaltes von Amts wegen verpflichtet<sup>15</sup>.

Im Rahmen des formellen Verwaltungsverfahrens hat die Behörde verschiedene Rechte, welche sich aus den §§ 57 ff. GWB ergeben. So ist die Behörde u.a. zur Erhebung von Beweismitteln, zur Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen, zur Beschlagnahme von beweiserheblichen Gegenständen und zur Einholung von Auskünften berechtigt. Auch den Verfahrensbeteiligten erwachsen durch die Eröffnung eines formellen Kartellverwaltungsverfahrens spezielle Rechte. So können sie eine Vorabentscheidung über die Zuständigkeit der Kartellbehörde verlangen und sind anzuhören.

Die Behörde ist jedoch nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts grundsätzlich nicht verpflichtet, den Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht vollständig aufzuklären, soweit kein geson-

---

<sup>13</sup> Gesetzesgrundlage der hiesigen Betrachtungen ist das VwVfG des Bundes, welches für das Bundeskartellamt als Bundesbehörde maßgeblich ist. Für die Landeskartellämter würden die landesrechtlichen Vorschriften gelten, welche meist nicht nur inhalts- sondern auch wortgleich sind.

<sup>14</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6.

<sup>15</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 3.

derer Anspruch besteht<sup>16</sup>. Auch im laufenden Verwaltungsverfahren gilt das Opportunitätsprinzip. Die Verwaltung bleibt Herrin des Verfahrens und kann dieses aus sachgerechten Gründen ohne Finalverfügung einstellen. Ob ein gesonderter Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung besteht, ist Gegenstand der Untersuchung.

### **III. Die Unterscheidung im allgemeinen Verwaltungsrecht**

Im Folgenden ist zu untersuchen, inwieweit eine Unterscheidung im Allgemeinen und Kartellverwaltungsrecht zwischen dem Tätigwerden und dem Einschreiten möglich ist. Ferner ist zu hinterfragen, ob eine Differenzierung zwischen Tätigwerden und Einschreiten im Kartellverwaltungsrecht sinnvoll oder gekünstelt ist.

#### **1. Vorgaben des § 9 VwVfG**

Bereits die Vorschriften der §§ 9 und 22 VwVfG zeigen, dass der Gesetzgeber zwischen der Verfahrensdurchführung und dem Erlass eines Verwaltungsaktes genau unterscheidet.

§ 9 VwVfG definiert das Verwaltungsverfahren als die Summe aller nach außen wirkenden behördlichen Tätigkeiten, die auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet sind. Zu diesen Tätigkeiten gehören sowohl die Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass eines Verwaltungsaktes als auch der Erlass selbst. Mathematisch ausgedrückt ist das Verwaltungsverfahren die Summe aus Verfahrenseröffnung (§ 22 VwVfG), Verfahrensbetreibung (§§ 24 VwVfG) und Verfahrensabschluss (§§ 35, 54 VwVfG). Der Erlass des Verwaltungsaktes ist mithin nur Bestandteil der behördlichen Tätigkeit im Verwaltungsverfahren, nicht jedoch dessen alleiniger Kern.

---

<sup>16</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfisch, Beck-OK VwVfG, § 24 Rn 11.

## 2. Gesetzgeberische Entscheidung in § 22 VwVfG

Der Gesetzgeber hat es für notwendig erachtet, mit § 22 VwVfG eine Norm zu schaffen, welche Regelungen zur Verfahrenseröffnung trifft. Bei der Vorschrift handelt es sich um eine rein verfahrensrechtliche Regelung, welche ausschließlich auf die Befugnis der Exekutive zur Verfahrenseröffnung zugeschnitten ist. Die Ermächtigung zum Erlass von Verwaltungsakten ist demgegenüber im jeweiligen Fachrecht kodifiziert<sup>17</sup>.

Der Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung und -durchführung von den Voraussetzungen zum Erlass eines Verwaltungsaktes abweichend zu regeln. Es genügte ihm nicht, lediglich materiell-rechtliche Ermächtigungsgrundlagen für den Erlass von Verwaltungsakten zu schaffen und hieraus – als bloßen Annex – auf ein Recht zur Verfahrensdurchführung schließen zu lassen. Sofern ein Verfahren immer nur dann zu eröffnen und durchzuführen wäre, wenn die Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes vorliegen würden, wäre § 22 VwVfG eine überflüssige Vorschrift. Damit verdeutlicht die Legislative, dass für die Verfahrenseröffnung andere Kriterien als für den Erlass des Verwaltungsaktes maßgeblich sein können.

## 3. Regelungsumfang des § 22 VwVfG

Das in § 22 VwVfG der Verwaltung eingeräumte Ermessen ist nur auf die Verfahrenseröffnung begrenzt. Hat sich die Behörde zur Verfahrenseröffnung entschieden, ist sie nach § 24 VwVfG zur amtswegigen Untersuchung des Sachverhalts verpflichtet. Erst durch weitere Entscheidung kann sie das Verfahren durch Erlass eines Verwaltungsakts, Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags oder durch Verfahrenseinstellung beenden<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 9.

<sup>18</sup> Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 30.

Die Entscheidungsbefugnis zur Verfahrenseinstellung ist jedoch nicht mehr durch § 22 S. 1 VwVfG gedeckt. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut der Norm. Diese stellt es in das Ermessen der Behörde, „ob und wann sie ein Verfahren durchführt.“ Ausdrücklich wird in § 22 S. 1 VwVfG nicht das „Wie“ des Verfahrens in das Ermessen der Behörde gestellt. Hierzu trifft § 10 VwVfG Regelungen.

#### **4. Notwendigkeit der Unterscheidung**

Das Setzen unterschiedlicher Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung und den Erlass von Verwaltungsakten ist nicht nur sinnvoll sondern zwingend. Das Verwaltungsverfahren soll, wie § 9 VwVfG ausdrücklich festlegt, die Prüfung der Entscheidungsvoraussetzungen ermöglichen<sup>19</sup>. Nach der Verfahrenseröffnung hat die Behörde gemäß § 24 Abs. 1 VwVfG den Sachverhalt von Amts wegen vollständig zu erforschen. Dabei muss sie auch für den Betroffenen begünstigende Umstände miterforschen und berücksichtigen (§ 24 Abs. 2 VwVfG). Dies ist insbesondere im Bereich der Eingriffsverwaltung wichtiger Bestandteil des Untersuchungsgrundsatzes<sup>20</sup>.

Dieser Grundsatz und das Ziel eines unvoreingenommenen Verwaltungsverfahrens wären gefährdet, wenn die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsverfahrens beginnend mit seiner Einleitung ausschließlich davon abhinge, ob die Behörde abschließend den Verwaltungsakt erlassen darf. Dies würde entweder zur Lähmung der Exekutive oder aber zu einseitiger, im Widerspruch zu § 24 Abs. 1 VwVfG stehender Sachverhaltsaufarbeitung führen.

Es ist festzuhalten, dass bereits das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht zwischen dem Tätigwerden und dem Erlass eines Verwaltungsakts

---

<sup>19</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 13.

<sup>20</sup> Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 2 f.

unterscheidet. Für die Verfahrenseröffnung gelten andere Voraussetzungen als für den Erlass des Verwaltungsakts. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut des § 22 S. 1 VwVfG, der Gesetzessystematik als auch dem Sinn und Zweck des Verwaltungsverfahrens, welches der Vorbereitung des Erlasses eines Verwaltungsaktes dient.

## **IV. Die Unterscheidung im GWB**

### **1. Trennung materielles und formelles Recht**

Auch das GWB unterscheidet sehr genau zwischen der Ermächtigung der Kartellbehörde zur Eröffnung eines formellen Verwaltungsverfahrens und dem Erlass einer Verfügung. Während § 54 Abs. 1 GWB regelt, unter welchen Voraussetzungen die Behörde ein Verfahren einleiten darf, stellen die §§ 32 ff. GWB die Ermächtigungsgrundlage für Eingriffsverfügungen dar.

### **2. Parallele zum VwVfG**

§ 54 Abs. 1 GWB ist in seinem Aufbau an § 22 VwVfG angelehnt<sup>21</sup>. Beide Normen weisen dahingehend Deckungsgleichheit auf, dass sie nicht bloß feststellen, dass die Behörde entweder von Amts wegen oder auf Antrag ein Verwaltungsverfahren einleiten. Vielmehr zeigen sie auch auf, dass es sich bei der Entscheidung zur Verfahrenseröffnung um eine eigenständige, von dem Erlass einer Finalverfügung unabhängige Entscheidung der Behörde handelt.

Auch strukturell gibt es Parallelen zwischen dem VwVfG und den §§ 54 ff. GWB. Ähnlich wie § 24 Abs. 1 VwVfG verpflichtet § 57 Abs. 1 GWB die Behörde zur Ermittlung des Sachverhalts von Amts wegen. Diese Untersuchungspflicht besteht jedoch erst nach der Verfahrenseröffnung, wie

---

<sup>21</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 1.

bereits die systematische Stellung der Normen nach § 22 VwVfG bzw. § 54 Abs. 1 GWB zeigt.

### **3. Notwendigkeit der Unterscheidung**

#### **a) Allgemeine Notwendigkeit**

Insbesondere im GWB erscheint es sinnvoll, die Verfahrenseinleitung streng von den Voraussetzungen zum Erlass eines Verwaltungsaktes zu trennen. Wie auch im allgemeinen Verwaltungsrecht ist es im Kartellrecht notwendig, an die Verfahrenseinleitung geringere Anforderungen<sup>22</sup> als an die Voraussetzungen zum Erlass einer Finalverfügung zu stellen. Nur so kann ein effektives und unvoreingenommenes Verfahren sichergestellt werden.

#### **b) Subjektive Vorteile des isolierten Verfahrens**

Neben der Möglichkeit des Erlasses von Finalverfügungen gemäß §§ 32 ff. GWB nutzt das Bundeskartellamt in der Praxis auch andere, nicht förmliche Mittel zur Vorbeugung und Bekämpfung von Wettbewerbsbeeinträchtigungen. Beispielhaft seien hier die Abmahnung<sup>23</sup>, der formlose Hinweis<sup>24</sup> und die Äußerung einer vorläufigen Rechtsauffassung im Rahmen einer präventiven Marktaufsicht<sup>25</sup> genannt. Diese nicht förmlichen Mittel können im Rahmen eines formellen Verwaltungsverfahrens eingesetzt werden.

Trotz Kritik an einzelnen Vorgehensweisen<sup>26</sup> wird die Möglichkeit des informellen Verwaltungshandelns im Kartellrecht als notwendig erachtet, um auf die vielschichtigen Entwicklungen des Marktes reagieren zu können

---

<sup>22</sup> Vgl. zur Möglichkeit der Vorfeldermittlungen: Becker in L/M/R, § 54 Rn 1; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 5.

<sup>23</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 142; K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 18 f.

<sup>24</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 292.

<sup>25</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 19.

<sup>26</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 19, m.w.N.

und dabei nicht nur auf die teils unflexiblen Möglichkeiten der §§ 32 ff. GWB beschränkt zu sein<sup>27</sup>. Kartellverwaltungsrechtliche Verfahren können somit auch ohne Erlass einer Finalverfügung enden und dennoch eine Abstellung wettbewerbswidrigen Verhaltens bewirken.

Wäre das Betreiben des Kartellverfahrens ein unselbständiger Annex zum Erlass einer Finalverfügung, bliebe stets die Frage offen, ob die Verfahrenseröffnung in Ermangelung einer Finalverfügung rechtmäßig war. Diese Frage ist nicht nur akademischer Natur. Sie kann praktische Folgen haben. So sind Ermittlungsmaßnahmen nach §§ 57 ff. GWB (z.B. Beschlagnahmen) nur innerhalb eines formellen Verwaltungsverfahrens zulässig<sup>28</sup>. Die Zulässigkeit von Ermittlungsmaßnahmen darf nicht vom Verfahrensergebnis abhängen. Die Exekutive könnte sich anderenfalls erheblichen Staatshaftungsansprüchen aussetzen. Dies wiederum könnte zu einer Voreingenommenheit der Behörde führen und § 24 Abs. 2 VwVfG zuwider laufen.

### **c) Objektive Vorteile des isolierten Verfahrens**

Im Kartellverwaltungsrecht ist es auch aus Gründen der Gesetzesstruktur opportun, dass Verwaltungsverfahren nicht stets mit Erlass einer belastenden Verfügung – soweit es sich nicht um eine Fusionsfreigabe handelt – enden. Das materielle Kartellrecht ist von ausfüllungs- und interpretationsbedürftigen Generalklauseln geprägt. Der Kartellbehörde kommt deshalb bei der Anwendung der Normen auf den Einzelfall die Aufgabe der Normkonkretisierung zu<sup>29</sup>. Die Normkonkretisierung im Rahmen einer umfassenden Begründung der Verwaltungsentscheidung strahlt über den Einzelfall hinaus auf künftige Sachverhalte aus, in dem sie generelle Ge- und Verbote näher eingrenzt<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 37.

<sup>28</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 57 Rn 1.

<sup>29</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 319.

<sup>30</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 570; Junge in GK, § 51 Rn 1.

Das formalisierte Kartellverwaltungsverfahren dient somit nicht nur der Durchsetzung des GWB sondern auch dessen Interpretation. Der Kartellbehörde kommt neben der Pflicht zur Gesetzesumsetzung auch die Aufgabe der „*Kartellrechtspflege*“<sup>31</sup> zu. Nach K. Schmidt mutiere im Kartellrecht der „*Gesetzesvorbehalt [...] zum Verfahrensvorbehalt*“<sup>32</sup>.

Folglich kommt der Entscheidung der Kartellbehörde, es liege aus ihrer Beurteilung heraus kein Grund zum Einschreiten vor, sowohl für den Einzelfall als auch für künftige Fälle Bedeutung zu. Auch die bloße Verfahrensdurchführung ohne Erlass einer einschränkenden Verfügung setzt ein Zeichen für den Markt und ist Teil der objektiven Kartellrechtsaufsicht und -pflege.

Auch nach der siebenten GWB-Novelle kommt dem Kartellverfahren weiterhin die Aufgabe der Kartellrechtspflege zu<sup>33</sup>. Nunmehr ist ein marktrelevantes Verhalten ipso jure verboten oder erlaubt. Dennoch kommt den Kartellbehörden weiterhin eine erhebliche Konkretisierungsfunktion zu<sup>34</sup>. Sie müssen die teilweise sehr weiten Verbote der §§ 1 und 19 ff. GWB sowie die gleichwohl in großen Teilen sehr weit gehaltenen Ausnahmetatbestände (vgl. § 2 Abs. 1 GWB) auf das tägliche Leben anwenden und deren Grenzen bestimmen. Insbesondere die Abkehr vom Notifizierungsverfahren hat die Notwendigkeit einer genauen Norminterpretation – auch zur Steigerung des private law enforcement – weiter erhöht. Von daher sieht § 90 GWB weiterhin vor, dass das Bundeskartellamt über sämtliche Kartellzivilverfahren informiert wird. Von der in § 90 Abs. 2 GWB vorgesehenen Möglichkeit zur Beteiligung an Verfahren macht die Behörde regelmäßig Gebrauch<sup>35</sup>.

Der Gesetzgeber misst nunmehr den behördlichen Entscheidungen normative Kraft zu. Nach § 33 GWB können zivilrechtliche Ansprüche aus

---

<sup>31</sup> So K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 446.

<sup>32</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 446.

<sup>33</sup> So auch: BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung, S. 3.

<sup>34</sup> Ähnlich zur Gesetzeslage vor der siebenten GWB-Novelle: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 367 ff.

<sup>35</sup> BKartA, Private Kartellrechtsdurchsetzung, S. 3.

dem Verstoß gegen Verfügungen der Kartellbehörde hergeleitet werden. In einem Zivilrechtsverfahren muss folglich nicht mehr geklärt werden, ob eine rechtskräftige Verfügung rechtmäßig oder rechtswidrig ist<sup>36</sup>. Spätestens mit der Bestandskraft der Verfügung der Kartellbehörde soll rechtsverbindlich feststehen, ob und inwieweit ein Verhalten eines Marktteilnehmers rechtskonform ist. Die Kartellbehörde schafft somit kraft Verfahrens verbindliches Recht, wobei es auf dem Wege dorthin normausfüllend tätig ist.

#### **d) Abweichende Meinung Junges**

Zu einer abweichenden Ansicht, eine Abgrenzung der Verfahrenseinleitung und -durchführung vom Erlass der Finalverfügung sei nicht notwendig, kommt man nur, wenn man der Rechtsansicht von Junge<sup>37</sup> folgt.

Dieser ist der Auffassung, dass das formelle Verwaltungsverfahren erst nach formloser Aufforderung der Kartellbehörde gegenüber dem störenden Unternehmen, das kartellrechtswidrige Verhalten abzustellen, beginnt. Die Ermittlungsmaßnahmen zur Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass einer Finalverfügung sollen nicht Bestandteil des formellen Kartellverwaltungsverfahrens sein, auf welches die Regeln der §§ 54 ff. GWB Anwendung finden. Vielmehr würden hier die allgemeinen Regeln des Verwaltungsrechts gelten<sup>38</sup>.

Die Auffassung Junges ist abzulehnen. Die Aufteilung des Verwaltungsverfahrens in allgemeines und spezielles Kartellverwaltungshandeln ist gekünstelt und findet keinerlei Anhaltspunkte im Gesetz. Gleichfalls kann nicht der Auffassung gefolgt werden, dass Ermittlungsverfahren zur Erlangung der notwendigen Tatsachenbasis müsse vom Verfügungserlass getrennt werden. Dies widerspricht § 9 VwVfG, welcher ausdrücklich festlegt,

---

<sup>36</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 33 Rn 7.

<sup>37</sup> Junge in GK § 51 Rn 5.

<sup>38</sup> Junge in GK § 51 Rn 4.

dass zum Verwaltungsverfahren sowohl die Prüfung der Voraussetzungen als auch der Erlass der Verfügung selbst gehört.

## **V. Zwischenergebnis**

Sowohl das allgemeine als auch das Kartellverwaltungsrecht unterscheiden zwischen den Voraussetzungen zum Tätigwerden und Einschreiten. Hierfür gibt es unterschiedliche vom Gesetzgeber geschaffene Normen. Insbesondere im Kartellrecht, welches komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge beurteilt, ist eine Unterscheidung sinnvoll und notwendig.

## **C. Vorbetrachtungen**

### **I. Begriffsbestimmungen**

#### **1. Kartellbehörde**

Kartellbehörde im Sinne dieser Arbeit sind die Europäische Kommission sowie gemäß § 48 Abs. 1 GWB das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden.

#### **2. Dritter**

Dritter im Sinne dieser Arbeit ist jeder Marktbeteiligte, der nicht aktiv an der Wettbewerbsbeschränkung teilnimmt, aber Betroffener einer solchen i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB ist. Soweit nicht ausdrücklich auf eine andere Bedeutung hingewiesen wird, wird auch der Begriff Beschwerdeführer als Synonym für den Dritten bzw. Betroffenen genutzt. Betroffene können sowohl Abnehmer, Nachfrager, Zulieferer und Konkurrenten sein<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> So KG WuW/E OLG 677, 682 „Linoleum II“.

Nicht unter den Begriff des Dritten fallen nur mittelbar Betroffene, insbesondere Arbeitnehmer und Gewerkschaften als deren Interessenverbände. Grund hierfür ist, dass diese bereits nicht in den Schutzbereich des GWB fallen, da das Kartellrecht nicht der außerbetrieblichen Mitbestimmung dient<sup>40</sup>.

Auch Verbraucher gelten nicht als Betroffene im Sinne dieser Arbeit, soweit sie nicht selbst unmittelbar in einer direkten Leistungsbeziehung zu einem Wettbewerbsstörer stehen, sondern lediglich mittelbar als Gruppe von Endkonsumenten im Wirtschaftskreislauf betroffen sind. Deren Interessenwahrnehmung obliegt ausschließlich der Kartellbehörde im Rahmen der allgemeinen Marktaufsicht<sup>41</sup>.

## **II. Allgemeine Anspruchsvoraussetzungen**

Ein Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde kann einem Betroffenen nur zustehen, sofern ihm diesbezüglich ein subjektiv-öffentliches Recht erwächst<sup>42</sup>. Subjektiv-öffentliche Rechte können durch individuelle Verwaltungsentscheidungen (Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtliche Verträge), einfaches Recht oder Grundrechte begründet werden.

Verwaltungsakte oder öffentlich-rechtliche Verträge mit der Zusage, die Kartellbehörde werde ein Verfahren gegen einen Dritten einleiten, existieren in der Praxis nicht und sollen deshalb hier nicht in die Untersuchung miteinbezogen werden<sup>43</sup>. Für diese Arbeit stellt sich somit die Frage, ob dem Dritten ein Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde aus einfachem Recht, Grundrechten und/ oder europarechtlichen Grundsätzen erwächst.

---

<sup>40</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 490.

<sup>41</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 416, m.w.N.

<sup>42</sup> Vgl. ständige Rspr.: u.a. BVerwG NVwZ 1995, 1200; Kopp/Schenke VwGO § 42 Rn 83.

<sup>43</sup> Anderenfalls wäre zu untersuchen, ob eine solche Verpflichtung der Behörde überhaupt möglich ist und ob dem Betroffenen hiergegen ein Abwehrrecht zusteht.

## 1. Einflüsse des Unionsrechts

In der Literatur und Rechtsprechung zeigt sich auch zunehmend der Trend, den Vorschriften des Unionsrechts subjektiv-öffentliche Rechte zuzuordnen. Der EuGH hat mehrfach entschieden, dass es ein subjektiv-öffentliches Recht des Bürgers auf richtige Umsetzung des Unionsrechts gibt<sup>44</sup>. Folglich könnte sich ein Drittanpruch auf Einschreiten der Kartellbehörde auch aus den europäischen Verträgen bzw. den auf diese Vorschriften fußenden Verordnungen herleiten lassen, soweit diese eine Pflicht der Mitgliedsstaaten zum Individualschutz enthalten. Dabei wäre vornehmlich an die Art. 101 und 102 AEUV sowie die VO (EG) 1/2003 zu denken.

In Bezug auf die Art. 101 und 102 AEUV ist im nationalen Recht anerkannt, dass diese Schutznorm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB sind und zu Gunsten desjenigen wirken, der sich gegen die Wettbewerbsbeschränkung wendet<sup>45</sup>. Voraussetzung für die Anerkennung einer Schutznorm im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB ist, dass die Norm zumindest auch dazu bestimmt sein muss, die Rechtsgüter Einzelner über einen bloßen Rechtsreflex hinaus zu schützen<sup>46</sup>.

Damit ist zumindest anerkannt, dass aus den Wettbewerbsvorschriften des Unionsrechts ein subjektives Recht erwächst. Fraglich ist damit nur noch, ob dieses subjektive Recht auch öffentlich-rechtlicher Natur ist; ob also der Einzelne einen Anspruch gegen die öffentliche Gewalt hat, dass diese für ihn die Wahrung der Art. 101 und 102 AEUV sicherstellt. Hierbei ist das noch nicht völlig gefestigte Meinungsbild bezüglich der Anforde-

---

<sup>44</sup> Vgl. nur EuGH EuZW 1991, 761; NVwZ 1994, 885; NJW 1997, 3365.

<sup>45</sup> BGH WM 1998, 2481; LG Mainz, NJW 2001, 1265; Sprau in Palandt, 72. Auflage, § 823 Rn 63; K. Schmidt in I/M-EG, Art. 85 Abs. 2 Rn 76 m.w.N.

<sup>46</sup> BGH NJW 1992, 211; Sprau in Palandt, 66. Auflage, § 823 Rn 57.

rungen an die Klagebefugnis bei Durchsetzung von subjektiv-öffentlichen Unionsrechten mit zu berücksichtigen<sup>47</sup>.

## 2. Subjektiv-öffentliche Rechte aus dem Grundgesetz

Es entspricht der gefestigten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass das Grundgesetz die Wettbewerbsfreiheit schützt<sup>48</sup>. Teile der Literatur messen der Wettbewerbsfreiheit als Garant für „den Chancereichtum einer Gesellschaft“<sup>49</sup> derartiges Gewicht bei, dass sie eine staatliche Pflicht zum Schutze des Wettbewerbs inklusive einzelner Rechtspositionen sehen.

## 3. Drittschutz aus dem GWB

Im einfachen Recht könnte einem Betroffenen ein subjektiv-öffentliches Recht aus den Normen des GWB erwachsen. Das GWB als Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen ist von seiner Zielsetzung ein Gesetz gegen Drittbeeinträchtigungen<sup>50</sup>. Jede Wettbewerbsbeeinträchtigung wirkt sich auf Dritte aus. Diese Drittauswirkung ist sogar beabsichtigtes Zwischenziel des Störers.

Das GWB richtet sich gegen die Einflüsse wettbewerbswidrigen Verhaltens von Seiten Einzelner. Aus dieser sehr allgemeinen Überlegung könnten sich Ansatzpunkte für die Bejahung eines Drittanspruchs auf Einschreiten der Kartellbehörden gegen störende Mitwettbewerber ergeben.

Unstreitig ist, dass der Markt und der Wettbewerb als Institutionen durch das GWB vor Beeinträchtigungen geschützt werden sollen<sup>51</sup>. Da es jedoch keinen Institutionsschutz ausschließlich um seiner selbst Willen geben

---

<sup>47</sup> Vgl. Stüber Jura 2001, 798, 802 m.w.N.

<sup>48</sup> BVerfGE 17, 306, 309; 32, 31; 46, 120, 137; 79, 326, 329.

<sup>49</sup> Di Fabio in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 12 Rn 125.

<sup>50</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 50.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 2/1158, S. 3; Wiedemann in Wiedemann, KartellR, § 1 Rn 1.

kann, werden durch den Institutionsschutz unmittelbar auch die Nutzer der Institution mitgeschützt<sup>52</sup>. Soweit das GWB also den Wettbewerb und den Markt als Institutionen schützt, bezweckt es auch gleichzeitig den Schutz der Marktteilnehmer und Mitwettbewerber<sup>53</sup>.

Den Regelungen des GWB ist damit wenigstens ein objektivrechtlicher Drittschutz zuzusprechen<sup>54</sup>. Zumindest reflexartig schützt es auch Individualinteressen. Nach der gängigen und auch hier vertretenen Schutznormtheorie des öffentlichen Rechts genügt ein reflexartiger Schutz jedoch nicht, um ein subjektiv-öffentliches Recht – wie hier auf Einschreiten der Kartellbehörde – herzuleiten. Die Norm muss vielmehr erkennen lassen, dass subjektive Rechte in qualifizierter und individualisierbarer Weise geschützt werden sollen<sup>55</sup>.

Fraglich ist zum einen, ob einzelne materiell-rechtliche Normen des GWB subjektiven Drittschutz vermitteln. Hier wäre im Detail zu prüfen, ob und mit welcher Reichweite einzelne Rechtsvorschriften Einzelinteressen berücksichtigen und inwieweit diese Einzelinteressen dabei nicht bloß eine reine Randerscheinung im Schutzbereich der Norm sind, sondern abgrenzbare Rechtspositionen für den Einzelnen darstellen<sup>56</sup>. Dies betrifft jedoch nicht den Kern dieser Arbeit. Hier soll geprüft werden, inwieweit das Kartellverwaltungsverfahren aus sich heraus Drittschutz gewährt. Es soll der Frage nachgegangen werden, ob das Verfahrensrecht isoliert bzw. lediglich ergänzt durch das materielle Recht dem Schutze von qualifizier- und abgrenzbaren Rechtspositionen Einzelner dient.

Auch eine positive Beantwortung der vorgenannten Frage führt nicht automatisch dazu, dass Dritten ein Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde zugesprochen werden kann. Soweit im Kartellrecht ein subjektiver Drittschutz zu bejahen wäre, klärt dies nur die Frage nach dem „Ob“.

---

<sup>52</sup> Ähnlich: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 64 f.

<sup>53</sup> Veelken in WRP 2003, 207, 221; Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 65 f., 68.

<sup>54</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 50.

<sup>55</sup> BVerwGE 81, 329, 334.

<sup>56</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 26.

Die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung unter etwaiger Zuhilfenahme der Kartellbehörde ist eine Frage des „Wie“. Es muss also geklärt werden, ob die Kartellbehörden lediglich für den Schutz der Institutionen des Marktes und des Wettbewerbs zuständig sind oder ob sie auch Verantwortung für die Durchsetzung von Individualinteressen tragen. Ein Drittanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden könnte Teil der Rechtsverwirklichungskompetenz eines Dritten auf Durchsetzung seiner subjektiven Rechte aus dem GWB sein.

Ferner könnte die Durchsetzung von Individualrechten gleichzeitig Bestandteil der objektiven Wettbewerbsaufsicht, einer Kernaufgabe der Kartellbehörden, sein<sup>57</sup>. Schließlich sollen die Institutionen des Marktes und des Wettbewerbs, wie ausgeführt, nicht um ihrer selbst Willen, sondern zum Wohle der Allgemeinheit und damit aller Beteiligten geschützt werden.

### **III. Geschichtliche Entwicklung**

Das Problem des Drittschutzes im GWB wurde im Gegensatz zum übrigen öffentlichen Recht, insbesondere dem Polizei- und Baurecht, erst sehr spät in den Fokus der Rechtswissenschaft gerückt. Dennoch sind seit knapp vierzig Jahren subjektive Rechte im GWB fortlaufend Gegenstand wissenschaftlicher und gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen, wobei dieser Themenkomplex zu keinem Zeitpunkt im absoluten Brennpunkt der Diskussion um das GWB stand. Vielmehr ist eine Wanderung von einem Schatten-, über ein Randdasein hin zu einem wahrgenommenen Thema und zurück zu einem Randdasein zu verzeichnen.

Wahre Lebendigkeit ist in der Diskussion um subjektiv-öffentliche Rechte im GWB nicht zu verzeichnen, was insbesondere an einer übersichtlichen Zahl von Gerichtsentscheidungen liegt, die in ihrer Tendenz sehr stringent sind. Die nahezu gesamte Literatur, insbesondere die praxisrelevanten

---

<sup>57</sup> Eine ähnliche Fragestellung aufwerfend: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 63.

Kommentare, übernehmen die Ansicht der Rechtsprechung mit nur geringer eigener Reflexion.

## 1. Gesetzesentwicklung

Im Gesetzgebungsverfahren zur Einführung des GWB wurde der Drittschutz zwar zunächst im Regierungsentwurf<sup>58</sup> angedacht, verschwand jedoch im weiteren Gesetzgebungsverfahren<sup>59</sup> aus dem Blickfeld und wurde in der Folge auch nicht im Gesetz positiv verankert. Dies ist bis heute nicht geschehen.

Als Begründung hierfür wird angeführt, dass der Gesetzgeber bei Schaffung des GWB primär den Rechtsschutz der unmittelbar Betroffenen im Auge hatte. Auf diesen richtete sich zunächst auch die Aufmerksamkeit der Literatur. Dass auch Opfer von Wettbewerbsbeschränkungen und Marktmachtmissbrauch unmittelbar betroffen sein könnten, blieb weitestgehend unberücksichtigt.

## 2. Entwicklungen in der Rechtsprechung und Literatur

Erst die „Taxiflug-Entscheidung“ des BGH<sup>60</sup> aus dem Jahr 1968 ließ die wissenschaftliche Diskussion über subjektiv-öffentliche Rechte im GWB in Gang kommen. Die erste beachtenswerte Entscheidung des BGH zum Thema öffentlich-rechtlicher Drittschutz im GWB datiert jedoch bereits aus dem Jahr 1963<sup>61</sup>.

Ihren vorläufigen Höhepunkt fand die Aufarbeitung des Problems Drittschutz im Kartellrecht in der Habilitationsschrift von Karsten Schmidt<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> BT-Drucks. 2/1158, S. 51.

<sup>59</sup> Letzte Erwähnung in den Beratungen des Rechtsausschusses als bloßer Erinnerungsposten, BT-Drucks. 2/211, S. 25.

<sup>60</sup> BGHZ 51, 61 „Taxiflug“.

<sup>61</sup> BGHZ, 41, 61-71 „Zigaretten“.

<sup>62</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht.

Dieser sah die Ursache für die Vernachlässigung des subjektiv-öffentlichen Drittschutzes im Kartellrecht darin, dass das öffentliche Wettbewerbsrecht auch ohne subjektive Rechte denkbar und als solches auch erfolgreich anwendbar ist. Auch habe sich erst eine tatsächliche Nachfrage nach subjektiv-öffentlichem Drittschutz entwickeln müssen<sup>63</sup>.

### **3. Diskussionsgegenstand in Theorie und Praxis**

Die wissenschaftliche Diskussion über subjektive Rechte im Kartellrecht konzentrierte sich zunächst auf den Bereich des Kartelldeliktsrechts, insbesondere ob einzelnen materiell-rechtlichen Normen des GWB Schutzgesetzcharakter im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB bzw. § 35 GWB a.F. zukam. Diese Diskussion hat sich mit der siebenten GWB-Novelle insoweit erledigt, dass es für zivilrechtliche Sanktionen nicht mehr auf die Verletzung eines Schutzgesetzes ankommt, sondern jegliche Verletzung materiellen Kartellrechts genügt.

Mit der „Taxiflug-Entscheidung“ rückte die Frage in das Blickfeld der kartellrechtlichen Praxis, inwieweit die Kartellbehörden zur Durchsetzung des Kartellrechts zu Gunsten einzelner Mitbewerber verpflichtet sind. Die gesamte – im Detail noch darzustellende – Literatur und Rechtsprechung konzentriert sich dabei vorrangig auf die Frage nach dem Vorhandensein subjektiv-öffentlicher Rechte im Bereich des materiellen Kartellrechts.

Bislang völlig unbeachtet ist die Frage, ob denn neben einem etwaigen subjektiv-öffentlichem Recht auf Erlass einer Kartellverfügung ein eigenständiger Anspruch eines Betroffenen auf Durchführung eines Kartellverfahrens bestehen kann. Bislang wird ohne besondere Auseinandersetzung davon ausgegangen, dass ein subjektiv-öffentliches Recht auf Verfahrensdurchführung nur mit einem Anspruch auf Erlass einer Verfügung einhergehen kann.

---

<sup>63</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 417.

## IV. Drittbeteiligung im Verwaltungsverfahren

Unabhängig von der in dieser Arbeit untersuchten Problematik bezüglich des Vorhandenseins subjektiv-öffentlicher Rechte im Kartellverwaltungsrecht weist das GWB dem Dritten im Verfahren unumstritten verschiedene Rollen und Beteiligungsmöglichkeiten zu.

### 1. Verfahrensanregung

Zum einen kann er durch Herantragen von Informationen über wettbewerbswidriges Verhalten ein Verfahren anregen, ohne selbst hierdurch zum Beteiligten nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 oder 3 GWB zu werden. Unzweifelhaft ist dies gegeben, wenn der Betroffene sich mit der Bitte um Anonymität an die Behörde wendet<sup>64</sup>. Dies sollte mit dem im Rahmen der sechsten GWB-Novelle neu eingeführten § 54 Abs. 1 S. 2 GWB klargestellt werden<sup>65</sup>.

### 2. Anhörung

Ferner kann ein Betroffener im Verfahren gemäß § 56 Abs. 2 GWB angehört werden. Mit der Anhörung wird er nicht Beteiligter im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB. Vielmehr ist die Anhörung die bloße Informationsentgegennahme durch die Behörde von einem nicht am Verfahren beteiligten Dritten<sup>66</sup>. Ein Anspruch auf Anhörung besteht nicht. Sie steht im Ermessen der Behörde<sup>67</sup> und dient ausschließlich dem Allgemeininteresse, nämlich der vollständigen Sachverhaltsermittlung durch die Behörde<sup>68</sup>.

---

<sup>64</sup> Zum Problem des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB vergleiche: Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 494 f.

<sup>65</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2.

<sup>66</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 482.

<sup>67</sup> K. Schmidt/ Bach in I/M-GWB, § 56 Rn 20 f.

<sup>68</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 459.

### 3. Verfahrensbeteiligung

Lehnt man das generelle Vorhandensein von subjektiv-öffentlichen Rechten im Kartellrechtverwaltungsrecht ab, besteht die intensivste Form der Einbeziehung eines Betroffenen in ein Kartellverwaltungsverfahren in der Beteiligung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB.

Die Beteiligung erfolgt auf Antrag durch die Kartellbehörde. Sie steht im Ermessen der Behörde<sup>69</sup>. Voraussetzung für eine Beiladung ist die Berührung erheblicher Interessen beim Betroffenen. Hierdurch soll eine Populärbeteiligung zur Vermeidung einer Verfahrensbehinderung ausgeschlossen werden<sup>70</sup>. Die Anforderungen an das erhebliche Interesse für eine Beiladung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB sind umstritten. Während die herrschende Meinung<sup>71</sup> die Berührung erheblicher wirtschaftlicher Interessen genügen lässt, verlangt eine Mindermeinung<sup>72</sup> darüber hinaus zusätzlich die Berührung rechtlicher Interessen<sup>73</sup>.

Über die Beiladung hat der Dritte die Möglichkeit, seine eigenen Interessen in das Verfahren einzubringen. Sie dient damit auch der Berücksichtigung von Individualinteressen. Hierdurch soll die Beiladung auch die Berücksichtigung gleichgelagerter Interessen weiterer Betroffener sicherstellen<sup>74</sup>. Dies ist notwendig, da kartellverwaltungsrechtliche Verfügungen nicht unbeschadet von Rechten Dritter ergehen<sup>75</sup>.

Der Beigeladene hat umfangreiche Verfahrensrechte, wie das Recht zur Akteneinsicht, Teilnahme an der mündlichen Verhandlung und Anspruch auf rechtliches Gehör<sup>76</sup>. Behördliche Entscheidungen müssen gegenüber

---

<sup>69</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 470.

<sup>70</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 457.

<sup>71</sup> Vgl. statt vieler: Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 9, m.w.N.

<sup>72</sup> Wohl mit Einschränkungen: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 485 f.

<sup>73</sup> Zur Beiladungsproblematik im verwandten TKG: Ladeur in CR 2000, 433, 440.

<sup>74</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 451; Bechtold in BB 2003, 1021, 1022.

<sup>75</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 449.

<sup>76</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 450; Bechtold in BB 2003, 1021, 1022.

dem Beigeladenen begründet werden. Mit der Beiladung einher geht die Befugnis zur Erhebung der Anfechtungsbeschwerde (§ 63 Abs. 1 und 2 GWB) gegen die im Ergebnis des Verfahrens erlassene Verfügung, soweit der Beigeladene formell und materiell<sup>77</sup> beschwert ist.

Die Beiladung ist damit ein wichtiges Instrument zur Durchsetzung von Drittrechten im Kartellverwaltungsverfahren<sup>78</sup>. Mehr als ein Instrument ist sie jedoch nicht. Durch sie werden keine subjektiv-öffentlichen Rechte geschaffen<sup>79</sup>. Die Verfahrensteilnahme durch Beteiligung stellt ein Recht am Verfahren, nicht aber auf Verfahren dar. Erst im Rahmen eines bereits eingeleiteten Verfahrens kann ein Dritter seine Beteiligung verlangen.

## **V. Schutzgut des Kartellrechts**

Um die Auswirkungen eines Drittanspruchs auf Tätigwerden der Kartellbehörden auf die Praxis zu verstehen, sowie zur Vorbereitung einer späteren Argumentation durch teleologische Auslegung einzelner gesetzlicher Regelungen soll zunächst das Schutzgut des GWB – der Wettbewerb – vorgestellt werden.

### **1. Definition des Wettbewerbs**

Grundlage des deutschen Wirtschaftslebens ist der Wettbewerb. In der Volkswirtschaftslehre wird um die korrekte Definition des Begriffs Wettbewerb gestritten. Teilweise wird sogar behauptet, eine korrekte Definition des Wettbewerbsbegriffs sei infolge der Vielschichtigkeit auf makro- und mikroökonomischer Ebene nicht möglich<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Zur Entwicklung der Notwendigkeit einer materiellen Beschwer vgl. statt vieler: Bechtold § 63 Rn 7, m.w.N.

<sup>78</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 501.

<sup>79</sup> BGHZ 41, 61, 63 – Zigaretten; K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 379.

<sup>80</sup> Herdzina, Wettbewerbspolitik, S.9.

Unumstritten und ohne den Anspruch einer allumfassenden Definition lässt sich der Begriff Wettbewerb aus wirtschaftswissenschaftlicher Sicht jedoch als das Streben von mindestens zwei Wirtschaftssubjekten nach einem Ziel, wobei der höhere Zielerreichungsgrad eines Akteurs einen niedrigen Zielerreichungsgrad des anderen bedingt, beschreiben<sup>81</sup>.

Bei der Schaffung des GWB versuchte der Gesetzgeber den Begriff Wettbewerb als das Bestreben eines Unternehmers zu definieren, durch eigene Leistung, die nach Qualität oder Preis besser ist als die Leistung anderer Unternehmen, den Verbraucher zum Abschluss eines Vertrages zu veranlassen<sup>82</sup>. Diese Definition greift zu kurz, betrachtet sie doch nur den Anbieterwettbewerb, nicht aber den Wettbewerb auf Seiten der Nachfrager<sup>83</sup>. Gleichfalls wird im Zuge der Begriff des Verbrauchers heute anders definiert als noch in den fünfziger Jahren. Während man heute unter Beachtung des § 13 BGB den Begriff des Verbrauchers als den privaten Endverbraucher versteht, war damit in den fünfziger Jahren (auch) noch jeder Endabnehmer von Waren oder Dienstleistungen gemeint.

Zumindest unter Juristen hat sich heute eine andere Definition des Wettbewerbsbegriffs durchgesetzt. Wettbewerb ist das selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitwettbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden oder Lieferanten) durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsbedingungen<sup>84</sup>.

Trotz der angesprochenen vielschichtigen Definitionsprobleme<sup>85</sup> des Begriffs Wettbewerb ist heute im Wesentlichen anerkannt, dass ein funktionierender Wettbewerb grundsätzlich positive Auswirkungen auf den Einzelnen, die Allgemeinheit und das gesamte Wirtschaftsleben hat. Diese

---

<sup>81</sup> [www.wikipedia.de](http://www.wikipedia.de); ähnlich: Blanchard/ Illing, Makroökonomie, S. 198.; Mankiw/ Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 96 f.

<sup>82</sup> So Regierungsentwurf zu § 1, 3d abgedruckt in: GK, 1. Auflage, S. 1076.

<sup>83</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, Einführung Rn 41.

<sup>84</sup> BGH WuW/E 907, 912 „Fensterglas VI“; Fikentscher, WuW/E 1961, 788, 791; Di Fabio in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 12 Rn 124, m.w.N.

<sup>85</sup> Willeke, Wettbewerbspolitik, S. 26 ff; Lukes, Zum Verständnis des Wettbewerbs, 199.

Ansicht wird gleichwohl von einigen Volkswirten als auch Politikern dahingehend eingeschränkt, dass es keinen Wettbewerb um jeden Preis („Turbokapitalismus“) geben darf. Der Kreis der Befürworter der vorgenannten Aussage dürfte sich seit der Finanzkrise 2008 und der sich hieran anschließenden Eurokrise erheblich vergrößert haben.

## **2. Vorteile des Wettbewerbs**

Dem freien Wettbewerb wird eine Vielzahl positiver Wirkungen zugesprochen<sup>86</sup>. Durch ihn werden die gesamten Ressourcen der Volkswirtschaft am effektivsten verteilt (sog. Allokationsfunktion)<sup>87</sup>. Er fördert und belohnt privates wirtschaftliches Engagement („Vom Tellerwäscher zum Millionär“; sog. Verteilungsfunktion). Wettbewerb schafft bei den Unternehmen Anreize, technologische Entwicklungen voranzutreiben (sog. Innovationsfunktion). Auf der Marktgegenseite steht den Abnehmern eine Vielzahl an vergleichbaren Produkten oder Dienstleistungen zur Verfügung (sog. Steuerungsfunktion und Freiheitssicherungsfunktion). Letztlich soll ein funktionierender Wettbewerb eine wirtschaftliche Machtkonzentration verhindern, aus der regelmäßig auch eine politische Machtkonzentration erwächst (sog. Kontrollfunktion)<sup>88</sup>.

## **3. Voraussetzungen des Wettbewerbs**

In den Wirtschaftswissenschaften werden verschiedene Ansichten vertreten, was die unbedingten Voraussetzungen für einen funktionierenden Wettbewerb sind. Nach der wohl herrschenden Ansicht gehören zu den notwendigen Voraussetzungen die Freiheit des Eigentums, Gewerbefreiheit, Vertragsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, eine funktionsfähige Justiz, ein funktionierendes Preis- und Währungssystem sowie Markttransparenz

---

<sup>86</sup> Zu den verschiedenen Vorteilen des Wettbewerbs: Olten, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, S. 18 ff.

<sup>87</sup> Mankiw/Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, S. 172 f.

<sup>88</sup> Vgl. zu den Vorzügen des Wettbewerbs auch: Bechtold, Kommentar zum GWB, Einführung Rn 42 f.; Breitreutz, Das Kartellverbot als Schutzgesetz, S. 1.

und -offenheit. Die Volkswirtschaftslehre geht folglich davon aus, dass insbesondere ein rechtlicher Rahmen für einen funktionierenden Wettbewerb unabdingbar ist.

#### **4. Rechtliche Verankerung des Wettbewerbs**

Infolge der dargelegten Vorteile haben sich die meisten Volkswirtschaften der Welt dem Wettbewerb als Grundlage ihres Wirtschaftssystems verschrieben<sup>89</sup>. Die Bundesrepublik Deutschland hat sich für die Marktwirtschaft in der Form der sozialen Marktwirtschaft „entschieden“ oder genauer, diese Wirtschaftsform hat sich durch eine Vielzahl politischer Weichenstellungen in der Bundesrepublik etabliert. Ob die (soziale) Marktwirtschaft im Grundgesetz positiv verankert ist, darf – trotz der Garantie der Privatnützigkeit des Eigentums und der Freiheit der Berufswahl – bezweifelt werden. Unstreitig ist jedoch, dass sich unser Wirtschaftssystem am Leitbild der Marktwirtschaft orientiert.

Auch die Europäische Union<sup>90</sup> betrachtet den Wettbewerb als eine ihrer Grundfesten. Um einen freien Wettbewerb zu garantieren, enthält das primäre Unionsrecht gleich eine Vielzahl von Regelungen. Genannt seien hier die Dienstleistungs-, Niederlassungs- und Kapitalfreiheit, die Arbeitnehmerfreizügigkeit sowie die Art. 101 und 102 AEUV, welche den Wettbewerb als Institution schützen.

Anders als im Grundgesetz findet sich damit im Europarecht ein klares Bekenntnis zum Wettbewerb und damit zur Marktwirtschaft. Ob sich durch die europarechtlichen Regelungen über Art. 23 Grundgesetz (GG) nunmehr auch ein verfassungsrechtliches Bekenntnis zur Marktwirtschaft auf

---

<sup>89</sup> Hierbei sei insbesondere auf den Wandel der osteuropäischen Volkswirtschaften Anfang der 1990'er von der Planwirtschaft zur Marktwirtschaft verwiesen. In der Volksrepublik China wird dieser Schritt in Etappen und unter besonderen Bedingungen seit den 1980'ern vollzogen.

<sup>90</sup> In der hiesigen Arbeit werden die Begriffe „Europäische Union“ und „Europäische Gemeinschaften“ wie im allgemeinen Sprachgebrauch üblich als Synonym verwendet, ohne die zeitlich unterschiedlichen Begriffsverwendungen zu beachten.

nationaler Ebene entnehmen lässt, kann in der hiesigen Arbeit dahin gestellt bleiben, da die Marktwirtschaft als die in Deutschland etablierte Wirtschaftsform anerkannt ist.

## 5. Prinzipien des Wettbewerbs

Stark vereinfacht funktioniert Wettbewerb nach dem Prinzip des Strebens einzelner Marktteilnehmer nach maximalen Gewinnen. Verschiedene Marktteilnehmer stehen mit anderen Marktteilnehmern in Konkurrenz um Kunden oder Ressourcen. Der Marktteilnehmer soll und will sich gegenüber seinen Konkurrenten durchsetzen<sup>91</sup>.

In der Wettbewerbstheorie führt dies zunächst zu einem optimalen Verhältnis von Angebot und Nachfrage (sog. Prinzip der unsichtbaren Hand<sup>92</sup>). Gerade für den Kunden bedeutet es, dass er günstig Waren oder Dienstleistungen erwerben kann. Dies wird in der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre als Wohlfahrtsrendite bezeichnet.

Folge des Konkurrenzkampfes wäre in der Theorie ein Verdrängungswettbewerb unter den Konkurrenten. Da sich stets der Beste auf dem Markt durchsetzen soll, würde er allen anderen Mitkonkurrenten die notwendigen Ressourcen oder Kunden und damit die Existenzgrundlage entziehen. In dessen Folge würden sich die unterlegenen Konkurrenten vom Markt zurückziehen und der überlegene Marktteilnehmer würde eine Monopolstellung einnehmen.

Die Einnahme einer Monopolstellung muss grundsätzlich das Ziel eines jeden wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmens sein. In der Theorie würde nunmehr der Monopolist versuchen seine marktbeherrschende Stellung auszunutzen. Er vernachlässigt die Optimierung seines Angebots. Dies würde wiederum neue Marktteilnehmer auf den Markt rufen,

---

<sup>91</sup> So Bericht des Wirtschaftsausschusses, BT-Drucks. 2/3644, abgedruckt in GK 1. Auflage, S. 1175.

<sup>92</sup> Entwickelt von Adam Smith.

welche in Konkurrenz zu dem Marktführer treten und dessen Schwächen ausnutzen würden. Das Spiel der Kräfte am Markt würde in der Theorie von neuem beginnen. Zwingende Voraussetzung hierfür ist jedoch das Vorhandensein niedriger Markteintrittshürden.

## **6. Gefahren für den Wettbewerb**

In der Praxis versuchen einige Unternehmen nicht selten, sich diesem Wettbewerbsdruck zu entziehen. Sie sprechen sich mit Konkurrenten ab, binden Zulieferer oder Abnehmer mit unzulässigen Verträgen an sich oder verhindern mittels ihrer vorhandenen Marktmacht und unlauteren Mitteln den Markteintritt neuer Konkurrenten.

Dies ist schädlich für einen funktionierenden Wettbewerb, setzt er doch einerseits ein Konkurrenzverhältnis zwischen den Marktteilnehmern einer Ebene und andererseits eine gewisse Chancengleichheit der Vertragspartner unterschiedlicher Marktebenen voraus.

Fehlt es an einem gesunden Wettbewerb, besteht nicht nur die Gefahr, dass überhöhte Preise für Produkte oder Dienstleistungen zu zahlen sind. Ein fehlender Wettbewerb kann auch zu mangelnder Innovations- und Investitionsbereitschaft führen. Ohne bestehenden Wettbewerb fehlt es an dem Druck der ständigen Angebotsoptimierung. Dies ist sowohl für die Abnehmer schädlich, müssen sie doch unter Umständen mit veralteten und überteuerten Produkten vorlieb nehmen, als auch für die Allgemeinheit. Wettbewerbsbeschränkungen hemmen auf Dauer das gesamtwirtschaftliche Wachstum, da lediglich ein kleiner Kreis von den Vorteilen der Wettbewerbsbeschränkung profitiert. Neue Unternehmen, die Arbeitsplätze und Steuern generieren, können nicht Fuß fassen. Allgemein nützliche Innovationen, etwa umweltschonende Verfahren werden ohne Wettbewerbsdruck regelmäßig nicht oder nur sehr schleppend zur Marktreife gebracht.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Gefahren erkannt. Zum Schutze des Wettbewerbs hat er verschiedene Gesetze erlassen. Das zentrale Gesetz zum Schutze des Wettbewerbs als Institution ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), auch vereinfachend „Kartellgesetz“ genannt<sup>93</sup>. Gesetzgeberisches Ziel bei Schaffung des GWB war es, die dem Wettbewerb innewohnende Leistungssteigerung zu fördern, zum Wohle des Verbrauchers eine bestmögliche Versorgung zu sichern sowie die wirtschaftlichen Grundfreiheiten allgemein zu sichern<sup>94</sup>.

## **VI. Die siebente GWB-Novelle**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen trat am 01.01.1958 in Kraft<sup>95</sup>. Seit seiner Verkündung erlebte das GWB bislang sieben große Überarbeitungen. Die letzte Novellierung ist Gegenstand dieser Arbeit.

### **1. Ziele der Novelle**

Mit der siebenten Novelle des GWB erfuhr das deutsche Kartellrecht die wohl umfassendste Änderung seiner Geschichte<sup>96</sup>. Ziel der Novellierung war die Anpassung des deutschen Rechts an das europäische Kartellrecht, welches mit der Ersetzung der VO (EWG) 17/62 durch die VO (EG) 1/2003 ebenfalls einer Umgestaltung unterlag<sup>97</sup>.

Mit der Harmonisierung des deutschen und europäischen Wettbewerbsrechts soll eine Ungleichbehandlung kleiner und mittlerer Unternehmen

---

<sup>93</sup> Der Gesetzgeber selbst hat sich bewusst für die Bezeichnung „Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen“ entschieden, da er in diesem Gesetz ein Nebeneinander von Regelungen über Kartelle, Verträge anderer Art und tatsächliches Verhalten schaffen wollte (vgl. Anlage 1 zur BT-Drucks. 2/1158, S. 24).

<sup>94</sup> RegE 2/ 1158 A I und A IV, wiedergegeben in: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 26.

<sup>95</sup> Ein kurzer geschichtlicher Abriss zum GWB findet sich in: Bechtold, Kommentar zum GWB, Einführung Rn 6 ff.

<sup>96</sup> Kahlenberg/ Haellmigk in Betriebs-Berater 2004, 389

<sup>97</sup> So Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 21.

gegenüber großen Unternehmen verhindert werden<sup>98</sup>. Da letztere in Zeiten der Globalisierung regelmäßig grenzüberschreitend tätig sind, unterliegen solche Unternehmen nur noch in seltenen Ausnahmefällen dem rein nationalen Wettbewerbsrecht.

Gerade bei kleineren, aber auch bei mittleren Unternehmen sieht dies oftmals anders aus. Sie entfalten ihre unternehmerische Tätigkeit vornehmlich nur auf dem deutschen Markt. Damit unterliegen sie ausschließlich der deutschen Wettbewerbsaufsicht.

Infolge der Änderungen auf europäischer Ebene hatte nunmehr das deutsche Recht bis zu seiner Anpassung mit der siebenten GWB-Novelle strengere Marktaufsichtsregularien, insbesondere im Bereich der Fusionskontrolle. Um zu vermeiden, dass größere Unternehmen geringeren Kontrollen im Wettbewerbsrecht unterliegen als kleinere und mittlere Unternehmen, passte der deutsche Gesetzgeber das nationale Kartellrecht weitgehend den europäischen Regelungen an<sup>99</sup>.

## 2. Neuerungen der siebenten GWB-Novelle

### a) Materiell-rechtliche Änderungen

#### aa) Prinzip der Legalausnahme

Im deutschen Recht ist neben einer Vielzahl weiterer Änderungen<sup>100</sup> nicht nur die bisherige – von weiten Teilen der Literatur und Praxis als vorzugs- würdig empfundene<sup>101</sup> – Unterscheidung zwischen horizontalen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen und den damit verbundenen unter-

<sup>98</sup> Reg-E BR-Drucks. 441-04, S. 38.

<sup>99</sup> So Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 21; Nordemann in L/M/R, vor §§ 1-3 Rn 2.

<sup>100</sup> Ein guter Überblick zu den einzelnen Neuerungen bietet: Nordemann in L/M/R, vor §§ 1-3 Rn 1 ff.; Bechtold in NJW 2007, 3761, 3761 ff.

<sup>101</sup> Vgl. zur Kritik: Sachverständigenanhörungen des Bundestagsausschusses für Wirtschaft und Arbeit (BT-Drucks. 15/5059, S. 42 ff.); Monopolkommission, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle, Rn 12; Mattes, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, S. 184.

schiedlichen Freistellungsmöglichkeiten entfallen, sondern es wurde auch ein völlig neues System der Kartellfreistellung geschaffen<sup>102</sup>.

Erklärtes Ziel dieser Systemumstellung ist nach dem Willen des Gesetzgebers nicht nur die Angleichung an das europäische Recht, sondern auch die Stärkung des Standorts Deutschland durch weitere Entbürokratisierung<sup>103</sup>.

Bis zur sechsten GWB-Novelle unterlagen Kartelle einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Mit der siebenten Novelle kam es zur Einführung des Systems der Legalausnahme<sup>104</sup>. Hiernach gilt jegliches wettbewerbskonforme Zusammenwirken von Unternehmen im Sinne des § 1 GWB von Beginn an ohne vorherige Notifizierung durch die Kartellbehörde als legal, sofern es den Freistellungsvoraussetzungen der nunmehrigen §§ 2, 3 GWB entspricht<sup>105</sup>. § 2 GWB stellt die Entsprechungsnorm zu Art. 101 Abs. 3 AEUV (ex- Art. 81 Abs. 3 EG) dar.

Verfügungen der Behörde haben im Bereich der Frage, ob ein Verhalten verboten oder erlaubt ist, keine konstitutive sondern nur noch eine rein feststellende Wirkung. Kartellrechtsverbote oder -freistellungen kraft Verfahrens wie z.B. nach § 22 GWB gibt es nicht mehr. Ausnahmen bilden die hier nicht beleuchteten Randbereiche der §§ 30 Abs. 3 und 42 GWB<sup>106</sup>.

#### *bb) Probleme des Systems der Legalausnahme*

Die Einführung des Systems der Legalausnahme, in welchem die unmittelbar beteiligten Unternehmen zunächst selbst prüfen sollen, ob ein Zusammenwirken rechtlich zulässig ist, während die übrigen Marktbeteiligten im Anschluss prüfen, ob das Zusammenwirken in der Praxis den Vor-

---

<sup>102</sup> Fuchs in WRP 2005, 1384, 1384.

<sup>103</sup> So Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 21.

<sup>104</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1397.

<sup>105</sup> Nordemann in L/M/R, vor §§ 1-3 Rn 8; Fuchs in WRP 2005, 1384, 1385.

<sup>106</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32c Rn 1.

schriften des GWB entspricht, verursacht eine Vielzahl neuer Probleme für die Rechts- und Unternehmenspraxis.

Der Vorteil, dass Unternehmen nun nicht mehr jede marktrelevante Vereinbarung im Vorfeld von der Kartellbehörde genehmigen lassen müssen<sup>107</sup>, wird mit einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit auf Seiten der beteiligten Kreise erkaufte.

Die vormalige präventive Kontrolle durch die Kartellbehörde gab den unmittelbar Beteiligten hinreichende Sicherheit, ob das geplante kartellrechtsrelevante Handeln rechtmäßig ist oder nicht. So waren nach einer positiven Freigabeentscheidung verwaltungsrechtliche Bußgeldverfahren wegen des genehmigten Zusammenwirkens ausgeschlossen<sup>108</sup>. Betrachtet man die Höhe, der in den letzten Jahren verhängten Geldbußen zur Ahndung von Verstößen gegen das GWB, so ergeben sich hieraus nicht nur juristische Unwägbarkeiten sondern auch erhebliche betriebswirtschaftliche Risiken.

Nunmehr obliegt es zunächst den betroffenen Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen, selbst eine Rechtmäßigkeitskontrolle ihres Zusammenwirkens durchzuführen. Scherzhaft wird vom System der „*Selbstveranlagung*“ gesprochen<sup>109</sup>. Die Kartellbehörden werden – bedingt durch die Systemänderung – künftig mit Ausnahme der Fusionskontrolle weitestgehend repressiv tätig.

Als Ausgleichsinstrument zur Abfederung der Rechtsunsicherheit soll der neu eingeführte § 32c GWB dienen<sup>110</sup>. Nach dieser Norm kann die Kartellbehörde erklären, dass sie unter Würdigung der derzeitigen Erkenntnisse keinen Anlass für ein Tätigwerden erkennt.

---

<sup>107</sup> Vgl. zu den Vorteilen des Systems der Legalausnahme: Regierungsentwurf zur siebenten GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640, S. 28).

<sup>108</sup> Die Vorteile des Systems der Administrativfreistellung wurden auch im Regierungsentwurf zur siebenten GWB-Novelle erkannt (BT-Drucks. 15/3640, S. 28).

<sup>109</sup> So u.a.: Kahlenberg/ Haellmigk in Betriebs-Berater 2004, 389, 392; Hartog in WRP 2005, 1397, 1399.

<sup>110</sup> § 32c GWB entspricht inhaltlich Art. 5 Satz 3 VO 1/ 2003 EG.

Die beteiligten Unternehmen haben gegenüber der Kartellbehörde keinen Anspruch auf eine Entscheidung nach § 32c GWB. Der Ausspruch einer Entscheidung nach § 32c GWB obliegt dem pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde<sup>111</sup>.

Problematisch ist jedoch, dass die Erklärung der Kartellbehörde keine rechtliche Außenwirkung enthält, sondern lediglich zu einer Selbstbindung der Verwaltung führt. Aufgrund der Regelung des § 32c S. 3 GWB ist eine Entscheidung der Kartellbehörde nach § 32c GWB weder gegenüber Dritten noch den Zivilgerichten bindend<sup>112</sup>. Das Maß an Rechtsicherheit, welche eine Entscheidung nach § 32c GWB enthält, ist folglich beschränkt. Damit fällt den unmittelbar beteiligten Unternehmen ein hohes Maß an Selbstkontrolle und Eigenverantwortung zu<sup>113</sup>.

Hierdurch besteht nunmehr die erhöhte Gefahr, dass die zusammenwirkenden Unternehmen durch Dritte im Wege kartellprivatrechtlicher Prozesse auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Diese Gefahr existierte in dem bis zur sechsten GWB-Novelle existierendem Notifizierungssystem nicht. Bestand doch nach h.M. Einigkeit darüber, dass die Gerichte in kartellprivatrechtlichen Auseinandersetzungen an die rechtskräftige Freigabeentscheidung im kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren gebunden sind<sup>114</sup>. Da nunmehr eine präventive Kontrolle durch die Kar-

---

<sup>111</sup> So Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 34; Bechtold, Kommentar zum GWB § 32c Rn 2f.; Kahlenberg/ Haellmigk in Betriebs-Berater 2004, 389, 393.

<sup>112</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32c Rn 5.

<sup>113</sup> Über die Möglichkeiten des § 32c BWB hinaus wünscht sich der Gesetzgeber, einen weiteren Ausbau der informellen Absprachen zwischen Unternehmen und Kartellbehörden über die Zulässigkeit von wettbewerbserheblichen Zusammenwirken (vgl. Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 29). Solch informelle Absprachen sollen den Unternehmen ausreichend Rechtsicherheit vermitteln. M.E. steht dies im krassen Widerspruch zu § 33 c GWB. In diesem wird den Unternehmen ein Anspruch auf eine konkrete Legalisierung verwehrt. Nach den Vorstellungen der Bundesregierung sollen informelle Absprachen ein Mehr an Rechtssicherheit vermitteln, als der Gesetzgeber bereit ist, selbst zu gewähren. Kritisch hierzu auch die CDU/ CSU- Bundestagsfraktion in BT- Drucks. 15/5053, S. 2; K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 14.

<sup>114</sup> Ladeur in CR 2000, 433, 439; Fuchs in WRP 2005, 1384, 1389.

tellbehörde nicht mehr der Regelfall sein soll, entfällt der Schutz des Legalitätsausspruches durch eine Behördenentscheidung.

Aber nicht nur aus Sicht der unmittelbar zusammenwirkenden Unternehmen bzw. Unternehmensvereinigungen ist die GWB-Novellierung mit möglichen Unwägbarkeiten verbunden. Selbiges gilt auch für deren Mitbewerber, Abnehmer, Zulieferer und sonstige Marktbetroffene. Das bisherige System des präventiven Verbots mit Erlaubnisvorbehalt stellte in Form des Notifizierungsverfahrens einen Schutzfilter dar, durch welchen – wenigstens reflexartig – auch andere Marktbeteiligte mitgeschützt wurden. Dieser Schutzmechanismus entfällt durch die Einführung des Systems der Legalausnahme<sup>115</sup>. Sicherlich war dieser Schutzfilter nicht perfekt. Gerade so genannte „Hardcore-Kartelle“ agierten und agieren von vornherein im Dunkeln und umgehen eine kartellbehördliche Untersuchung tunlichst. In den übrigen Bereichen stellte das Notifizierungsverfahren aber eine gute Präventionsmöglichkeit zum Schutz des Wettbewerbs und seiner Teilnehmer dar.

## **b) Private Rechtsdurchsetzung**

### *aa) Einbindung der Marktteilnehmer in die Rechtsdurchsetzung*

Nicht nur den unmittelbar beteiligten Unternehmen wächst infolge der Systemumstellung ein höheres Maß an Selbstverantwortung zu<sup>116</sup>. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen auch alle anderen Marktteilnehmer mehr Verantwortung bei der Sicherung des Wettbewerbs übernehmen. „Private law enforcement“ heißt hier das neue Zauberwort oder um § 184 S. 1 GVG zu beachten: private Rechtsdurchsetzung. Nicht nur die aktiv agierenden Unternehmen sollen prüfen, ob ihr Handeln den Regeln des Wettbewerbsrechts entspricht, auch die übrigen Marktteilnehmer sollen einen prüfenden Blick auf das Zusammenwirken ihrer Konkurrenz werfen<sup>117</sup>. Es soll in Deutschland eine „Kartellrechtskultur“<sup>118</sup> geschaffen werden.

---

<sup>115</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1399.

<sup>116</sup> Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 29.

<sup>117</sup> Reg-E BT-Drucks. 15/3649, S. 35.

Die Unternehmen, welche zusammenarbeiten wollen, sollen nicht vor dem Zusammenwirken ihre Konkurrenten, Abnehmer, Zulieferer u.a. mögliche Betroffene eines Zusammenschlusses vorab um Erlaubnis fragen. Vielmehr sollen alle Marktteilnehmer stets prüfen, ob die Marktkonditionen, denen sie unterworfen sind, infolge eines rechtmäßigen Wettbewerbs entstanden sind, oder ob Manipulationen infolge von Kartellrechtsverstößen vorliegen. Sollten sie zu dem Ergebnis gelangen, dass Manipulationen vorliegen, welche ihre Ursache im kartellrechtswidrigen Zusammenwirken von Unternehmen oder durch Missbrauch von Marktmacht haben, so sollen sie selbst über das Zivilrecht gegen die Wettbewerbsbeeinträchtigung vorgehen. Der Markt soll sich selbst überwachen<sup>119</sup>.

Dieses Ziel der teilweisen Selbstkontrolle kann aus politischer Sicht zwiespältig betrachtet werden. Die Verbände der deutschen Wirtschaft forderten – wenigstens bis zu Beginn der Finanzkrise –, dass der Staat sich mehr aus den wirtschaftlichen Entscheidungen der Unternehmen heraushalten solle<sup>120</sup>. Der Markt würde sich schon selbst regulieren. Die Unternehmen wüssten schon selbst, was gut für sie sei. Die Finanzkrise brachte hier auch auf Ebene der Industrie ein teilweises Umschwenken.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die aktuellen Regelungen des GWB für eine solche private Rechtsdurchsetzung geeignet sind und ob der Private ganz ohne staatliche Hilfe für die Einhaltung des freien Wettbewerbs sorgen kann<sup>121</sup>. Ferner bleibt die Frage offen, ob insbesondere im Bereich von Verstößen gegen § 1 GWB eine hinreichende Zahl an Wettbewerbern vorhanden ist, welche eine Kontrollfunktion wahrnehmen kann.

---

<sup>118</sup> BKartA, Private Rechtsdurchsetzung, S. 3.

<sup>119</sup> So eines der deklarierten Ziele des Regierungsentwurfes zur siebenten GWB-Novelle (BT-Drucks. 15/3640, S. 35)

<sup>120</sup> Diese Forderung war nur niemals auf dem Bereich des Kartellrechts bezogen, sondern mehr auf den Bereich des Subventionsrechts.

<sup>121</sup> Zur Entwicklung des „private law enforcement“: Bechtold/ Bosch, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, NJW 2011, 3484, 3490.

*bb) Ziele des private-law-enforcement*

Der Gesetzgeber wird nicht in Abrede stellen können, dass mit der Einführung des Systems der Legalausnahme auch eine Entlastung der Kartellbehörden, insbesondere des Bundeskartellamtes, beabsichtigt war. Gerade in Zeiten begrenzter Haushaltsmittel ist es ein durchaus legitimes Ziel, Planstellen in Behörden einzusparen oder wenigstens eine künftige Überlastung der Kartellbehörden zu verhindern. Durch die Wahrnehmung eigener Interessen nehmen die einzelnen Marktteilnehmer auch die Interessen der Allgemeinheit an einem funktionsfähigen Markt wahr und erledigen damit mittelbar Aufgaben der Kartellbehörden.

Die Implementierung des Systems der Legalausnahme könnte einen Weg eröffnet haben, bei dem der Staat sich immer mehr aus Gebieten zurückzieht, in denen er zuvor ein engmaschiges Netz hoheitlicher Überwachung gesponnen hat, oder – um es überspitzt negativ zu formulieren – der Staat ist auf dem Weg, sich seiner Verantwortung zum Schutze der Allgemeinheit zu entziehen

Auch einige Jahre nach Einführung der siebenten GWB-Novelle ist jedoch festzustellen, dass die Märkte, soweit sie denn vor dem Inkrafttreten der Reform funktionierten, weiter funktionieren. Ein kartellrechtliches Chaos ist – erwartungsgemäß – ausgeblieben. Die Zukunft wird jedoch zeigen, ob das reformierte System geeignet ist, den Wettbewerb ausreichend zu schützen und ob die getroffenen Regelungen, welche eine privatrechtliche Selbstkontrolle vorantreiben sollen, die gewünschten Ergebnisse hervorbringen.

Derzeit ist jedoch feststellbar, dass es zu einer Arbeitsentlastung des Bundeskartellamtes nicht gekommen ist. Aus dessen Tätigkeitsbericht über das Jahr 2007 ergibt sich, dass es allein im Bereich der kartellrechtlichen Anmeldeverfahren zu einem Anstieg über das Niveau der Zeiten, in dem die sechste GWB-Novelle griff, gekommen ist.

*cc) Mittel des private-law-enforcement*

Um den Wettbewerbern ein rechtliches Mittel gegen kartellrechtliche Verstöße ihrer Mitwettbewerber in die Hand zu geben, wurde § 33 GWB im Zuge der siebenten GWB-Novelle neu gefasst. Im Rahmen der Gesetzesänderung wurde der Haftungsgrund zu Gunsten der Mitbewerber ausgeweitet<sup>122</sup>.

Bis zur Änderung des GWB im Jahr 2005 konnte ein Unterlassen oder Schadensersatz wegen Verstößen Dritter gegen das GWB oder Verfügungen der Kartellbehörden nur dann erfolgreich geltend gemacht werden, wenn die verletzte Norm oder behördliche Verfügung den Schutz eines anderen bezweckte. Dies engte den Geltungsbereich des § 33 GWB a.F. stark ein<sup>123</sup>.

Der Geltungsbereich des alten § 33 GWB war sogar noch enger als der des ähnlich aufgebauten § 823 Abs. 2 BGB, welcher gleichfalls die Verletzung einer Schutznorm verlangt, in dessen Schutzbereich der Anspruchsteller fallen muss. Anders als § 33 GWB a.F. ermöglicht § 823 Abs. 2 BGB – wenigstens dem Wortlaut nach – die zivilrechtliche Verfolgung von Verstößen gegen die Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV)<sup>124</sup>.

Sowohl die Begrenzung des § 33 GWB a.F. als auch des § 823 Abs. 2 BGB auf Verstöße gegen Vorschriften, die dem Schutz eines Dritten dienen, führten innerhalb der kartellrechtlichen Literatur zu einem unübersichtlichen Streitstand bezüglich der Frage, welche Normen des GWB denn nun drittschützenden Charakter besitzen<sup>125</sup>. Insbesondere war fraglich, ob die §§ 1 ff. GWB a.F. auch dem Schutz von Individualinteressen dienten. Die wohl h.M. lehnte dies ab und betrachtete die §§ 1 ff. GWB

<sup>122</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1403.

<sup>123</sup> BKartA, Private Rechtsdurchsetzung, S. I.

<sup>124</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 33 Rn 1.

<sup>125</sup> Ausführliche Darstellung des Problems in: Breitzkreutz, Das Kartellverbot als Schutzgesetz.

a.F. lediglich als Normen, die ausschließlich dem Wohl der Allgemeinheit dienen, indem sie deren Interesse an einem funktionierenden Wettbewerb schützen<sup>126</sup>.

Die §§ 19 und 20 GWB (Missbrauch marktbeherrschender Stellungen) sollten jedoch drittschützenden Charakter haben. Bei Verstößen gegen die §§ 19 oder 20 GWB sollten die unmittelbar Betroffenen bereits vor der siebenten GWB-Novelle einen Unterlassens- oder Schadensersatzanspruch gegen den Verletzter haben.

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wegen kartellrechtlicher Verstöße vor der siebenten GWB-Novelle beinhaltete ein weiteres Problem, nämlich die Ermittlung der Schadenshöhe sowie die Beweisbarkeit der Kausalität des Schadens. Auch hier wurden die Anforderungen für die Darlegungs- und Beweislast zu Gunsten der Geschädigten herabgesetzt<sup>127</sup>.

Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung diese Probleme entschärfen und die Marktbeteiligten animieren, selbst gegen kartellrechtliche Verstöße vorzugehen<sup>128</sup>. Insoweit spiegelt sich insbesondere hier der Wille des Gesetzgebers wider, das private law enforcement weiter voranzutreiben<sup>129</sup>.

### **c) Änderungen des Kartellverwaltungsverfahrensrechts**

Betrachtet man, dass der vorgeschaltete Schutzfilter eines Notifizierungsverfahrens entfallen ist und dass nunmehr insbesondere auch die Marktbeteiligten bei der Überwachung des Wettbewerbs eine wesentliche Rolle einnehmen sollen, so würde sich für den Laien der Schluss aufdrängen, dass Mitbewerbern zusätzliche Rechte eingeräumt werden, um ihrer

---

<sup>126</sup> Vgl. hierzu: Bechtold, Kommentar zum GWB, § 33 Rn 4.

<sup>127</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1403; zur Beweislastverteilung nach der siebenten GWB-Novelle: KG WuW/E DE-R 2773 „Berliner Transportbeton“.

<sup>128</sup> Vgl. Bericht des Bundestagsausschusses für Wirtschaft, BT-Drucks. 15/5059, S. 49.

<sup>129</sup> Emmerich in I/M-GWB, § 33 Rn 11.

Überwachungsfunktion gerecht zu werden. Unumstritten ist, dass der Gesetzgeber nicht die Effektivität des Kartellrechts reduzieren wollte. Unter dieser Prämisse könnte man annehmen, dass es nur sinnvoll sei, die Verfahrensrechte Privater zu erweitern, wenn man die verwaltungsrechtliche Kontrolldichte reduziert.

Die Verfahrensrechte Dritter wurden durch die siebente GWB-Novelle jedoch nicht gestärkt. Die pauschale Behauptung, durch die Gesetzesänderung würde der Drittschutz beschnitten, ist jedoch ebenso unzutreffend. Vielmehr erfährt der Drittschutz durch die Novelle eine völlige Umgestaltung. Besonders der privatrechtliche Rechtschutz wird durch Beweiserleichterungen, vereinfachte Schadensberechnungen und erweiterte Klagemöglichkeiten ausgeweitet.

Dies betrifft jedoch vordringlich den Bereich des sekundären Rechtsschutzes, der auf den Ausgleich entstandener Schäden bzw. das Unterlassen eingetretener Störungen des Wettbewerbs gerichtet ist. Im Bereich der präventiven Abwehr von Wettbewerbsbeeinträchtigungen erfolgte keine Erweiterung des Rechtsschutzes Dritter durch zusätzliche Verfahrensrechte. Das Gegenteil ist vielmehr der Fall.

Nahezu spiegelbildlich wurden in bestimmten Bereichen des Kartellverwaltungsrechts die individuellen Rechte Dritter begrenzt. So wurden die Anforderungen bezüglich der Beschwerdebefugnis heraufgesetzt. Ebenso entfalten Beschwerden jetzt grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung mehr<sup>130</sup>.

Betrachtet man diese Entwicklung rechtshistorisch, so stellt dies eine Rückkehr zur alten Rechtslage vor der sechsten GWB-Novelle dar. Die erweiterten Rechtsschutzmöglichkeiten Dritter wurden in der Phase des Vor- und Hauptverfahrens erst im Jahr 1998 in das Gesetz aufgenommen. Motivation hierfür war Ende des letzten Jahrhunderts die Erkenntnis, dass besonders Freigabeentscheidungen der Kartellbehörden Anlass zur Dis-

---

<sup>130</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1407.

kussion und rechtlichen Überprüfung geben können. Sieben Jahre später war der Gesetzgeber jedoch der Ansicht, dieses System hätte sich in seiner bestehenden Form nicht bewährt, da es zum Rechtsmissbrauch einlade und ein Investitionshemmnis für den Standort Deutschland darstelle<sup>131</sup>.

Fraglich ist, was Betroffenen nach der Kartellrechtsreform noch an kartellverwaltungsrechtlichem Drittschutz verblieben ist, um sich vor kartellrechtswidrigen Praktiken zu schützen. Diese Arbeit will sich insbesondere damit befassen, ob im Zuge der siebenten GWB-Novelle an anderer Stelle eine Steigerung des Drittschutzes zu verzeichnen ist.

Außerhalb des Drittrechtsschutzes wurden die Befugnisse der Kartellbehörden erweitert. Zunächst einmal erweiterte sich der Zuständigkeitsbereich der nationalen Kartellbehörden auf das europäische Kartellrecht, welches nach der VO (EG) 1/2003 in Teilen dezentral durch die Mitgliedstaaten überwacht werden soll<sup>132</sup>.

Die Kartellbehörden haben nunmehr über die §§ 32 ff. GWB eine größere Bandbreite an Entscheidungsmöglichkeiten, um gegen Kartellrechtsverstöße vorzugehen. Ferner wurde die Möglichkeit einer Enqueteuntersuchung geschaffen, mit welcher der Gesetzgeber die infolge der Umstellung auf das System der Legalausnahme erwarteten Informationsdefizite seitens der Behörde eingrenzen möchte<sup>133</sup>.

## **VII. Vor- und Nachteil eines Drittanspruchs**

### **1. Vorteile**

Die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Kartellbehörde hätte aus rechtspolitischen Erwägungen durchaus seine Vorteile, sowohl für den Betroffenen als auch für die Allgemeinheit. Im Fal-

---

<sup>131</sup> So Reg-E BT-Drucks. 15/3640, S. 22.

<sup>132</sup> Hartog in WRP 2005, 1397, 1397.

<sup>133</sup> Fuchs in WRP 2005, 1384, 1389; Hartog in WRP 2005, 1397, 1402 f.

le eines umfangreichen verwaltungsrechtlichen Drittschutzes müssten Dritte lediglich Kenntnis von einem möglichen Verstoß gegen das Kartellrecht erhalten und diesen an die Kartellbehörde weiterleiten.

Sollte ein solches Recht auf Tätigwerden bestehen, so wäre anschließend die Kartellbehörde verpflichtet, eine Untersuchung einzuleiten. Man könnte dann von einem Legalitätsprinzip im Kartellrecht sprechen, welches dem strafprozessualen Legalitätsprinzip der §§ 152 Abs. 2, 160 Abs. 1 StPO angenähert wäre.

### **a) Beweiserleichterungen**

Für den Betroffenen stellt eine solche Form des Rechtsschutzes einen erheblichen Vorteil dar. Er könnte sich nach Meldung des Anfangsverdachts überwiegend aus dem Verfahren zurückziehen und das Ergebnis der behördlichen Untersuchung abwarten.

Die Durchsetzung kartellrechtlicher Ansprüche gestaltet sich für den Betroffenen über den Privatklageweg oftmals schwierig. Es gelten bei privatrechtlichen Auseinandersetzungen die allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätze des allgemeinen Zivilrechts. In der Praxis bestehen regelmäßig die größten Probleme in der Rechtsdurchsetzung bei der Beweisführung. Die schwierige Sachverhaltsaufklärung könnte über den Anspruch auf Tätigwerden in weiten Teilen der Kartellbehörde überlassen werden. Der Betroffene könnte zur Durchsetzung seiner Schadensersatzansprüche an die gewonnenen Erkenntnisse des Verwaltungsverfahrens über sein Akteneinsichtsrecht nach § 406e StPO gelangen<sup>134</sup>.

Die neu eingeführten Beweiserleichterungen helfen bei der privaten Rechtsdurchsetzung nur eingeschränkt weiter. Beweiserleichterungen wirken vornehmlich im Bereich der schadensausfüllenden Kausalität und der Schadensberechnung. Unverändert muss der Kläger aber zunächst darle-

---

<sup>134</sup> Vgl. hierzu: AG Bonn, BeckRS 2010, 24143; EuGH NJW, 2011, 2946; Bechtold/Bosch, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, NJW 2011, 3484, 3490.

gen und im Bestreitensfall beweisen, dass ein Verstoß gegen ein Kartellrechtsverbot vorliegt<sup>135</sup>.

Insbesondere bei kartellrechtlich beanstandungswürdigen Absprachen zwischen Unternehmen stellt dies oftmals eine nahezu unüberwindliche Hürde dar. Taugliche und aussagebereite Zeugen werden dem Betroffenen bei realistischer Betrachtung kaum zur Verfügung stehen<sup>136</sup>. Bestenfalls können Zeugen, welche in Beschäftigungsverhältnissen zu bezichtigten Unternehmen stehen, nur über ein Beweisangebot „ins Blaue hinein“ als Zeugen vor Gericht angeboten werden. Derartige Beweisangebote stellen nicht nur einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar. Sie sind auch in der Praxis kaum zu empfehlen, da eine ergiebige Aussage zu Gunsten des Dritten kaum zu erwarten ist.

Auch mögliche Urkunden, wie vertrauliche Protokolle und Abkommen, dürften – so weit überhaupt vorhanden – nur dem engsten Führungskreis der sich wettbewerbswidrig verhaltenden Unternehmen zugänglich sein. Dritte dürften von solchen Urkunden so gut wie nie Kenntnis erlangen. Diese spüren Wettbewerbsbeeinträchtigungen vornehmlich auf wirtschaftlicher Ebene, u.a. durch veränderte Preise auf dem Absatz- oder Zuliefermarkt, Ausbleiben von Kunden, veränderte Lieferkonditionen von Zulieferern, etc.. Auch an andere unmittelbare Beweismittel dürften die sich beeinträchtigt fühlenden Unternehmen kaum gelangen.

Die Kartellbehörden haben andere Möglichkeiten, um Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht auf die Spur zu kommen. Sie können Durchsuchungen und Beschlagnahmen veranlassen<sup>137</sup>, Zeugen vorladen und durch kriminalistisch geschulte Beamte vernehmen lassen<sup>138</sup>. Auch steht den Kartellbehörden ein Behördenapparat, gegebenenfalls unter Nutzung der Polizei, Staatsanwaltschaften und Finanzämter im Wege der Amtshil-

---

<sup>135</sup> Zur Beweislastverteilung: KG WuW/E DE-R 2773 „Berliner Transportbeton“.

<sup>136</sup> So auch: Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 116 ff.; a.A. Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 58 f.

<sup>137</sup> Darauf hinweisend: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 84.

<sup>138</sup> Dieckmann in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn 1.

fe, zur Verfügung, der es zu leisten vermag, umfangreiche Untersuchungen, wie die Auswertung von Computerfestplatten, von Kontobewegungen, von Protokollen und Marktanalysen durchzuführen.

Privaten fehlt nicht nur die effektive Möglichkeit, an diese Unterlagen zu gelangen. Würden sie an die Informationsquellen gelangen, wären sie oftmals überfordert, die erhaltenen Unterlagen hinreichend auszuwerten. Unter Umständen würden sie sich sogar durch den Empfang solch sensibler Daten in den Bereich der Strafbarkeit begeben.

### **b) Erweiterte Sanktionsmöglichkeiten**

Der Kartellbehörde stehen auch umfangreichere Sanktionsmöglichkeiten zur Verfügung. Die Kartellbehörde kann Verbote und empfindliche Bußgelder aussprechen. Sie allein kann ein Entflechtungsverfahren bei Kartellen anordnen. Ferner kann sie Ermittlungsverfahren nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht einleiten.

Der Betroffene, welcher das Verfahren eingeleitet hat, kann nach positivem Abschluss des behördlichen Verfahrens selbst noch entscheiden, ob er zusätzlich noch auf dem Zivilrechtsweg gegen den Störer vorgeht. Bei einem privatrechtlichen Verfahren im Anschluss an ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren kann der Betroffene auf das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens verweisen und sich die dortigen Ermittlungsergebnisse zu Nutze machen. Das Abwarten des Verwaltungsverfahrens hat für den Anspruchsinhaber keine Nachteile im Hinblick auf die Verjährung. Gemäß § 33 Abs. 5 GWB wird die Verjährung durch die Einleitung eines Verfahrens durch die Kartellbehörde gehemmt.

Die durch die letzte Gesetzesreform eingeführten Beweiserleichterungen in privatrechtlichen Verfahren würden letzte Schwierigkeiten im Bereich der Kausalität und der Schadensberechnung aus dem Weg räumen. Die private Rechtsdurchsetzung würde insoweit optimal über das Verwaltungsrecht unterstützt werden.

Der Betroffene könnte auch vollständig auf ein privatrechtliches Verfahren gegen die Beteiligten verzichten. Mit dem Abschluss des verwaltungsrechtlichen Verfahrens dürfte der Dritte regelmäßig sein Primärziel – die Beseitigung der Wettbewerbsbeeinträchtigung – erreicht haben. In diesem Fall würde das Verwaltungsverfahren zur Entlastung des Staats an anderer Stelle, nämlich auf Seiten der Gerichtsbarkeit, beitragen.

### **c) Verfahrensökonomische Vorteile**

Auch rein wirtschaftliche Gesichtspunkte sprächen aus Sicht eines Betroffenen für die Bejahung eines Anspruchs auf Tätigwerden der Kartellbehörden. Ihm blieben die finanziellen Aufwendungen einer eigenen Rechtsdurchsetzung erspart<sup>139</sup>. Da in kartellrechtlichen Verfahren regelmäßig spezialisierte Großkanzleien beteiligt sind, bei denen Stundensätze von mehr als 400,- € die Regel sind, stellt die Überbürdung der Hauptarbeit auf die Kartellbehörde eine erhebliche finanzielle Entlastung für die Unternehmen dar.

Gleichfalls würden sich Betroffene vor Schadensersatzklagen der angegriffenen Unternehmen schützen. Mit Ausnahme verleumderischer oder grob unwahrer Aussagen kann wohl kein Schadensersatzanspruch hergeleitet werden, wenn ein Dritter die Kartellbehörde um Einleitung eines förmlichen Verfahrens ersucht. Schließlich liegt die Wahl der Mittel der behördlichen Untersuchung im alleinigen Ermessen der Behörde. Diese entscheidet auch selbständig über das Ergebnis der Untersuchung.

---

<sup>139</sup> So auch: Dieckmann in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn 1; ähnlich auch der Kläger im EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 75, Koelman/Kommission; diesen Aspekt bedenkend: RegE zur 1. GWB-Novelle BT-Drucks. 4/2564, S. 15.

#### **d) Imageschutz des Betroffenen**

Der Betroffene müsste sich im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens nicht selbst in die Gefahr eines Imageverlustes bringen. All zu schnell könnte er anderenfalls als Denunziant gebrandmarkt werden, welcher der Konkurrenz den Erfolg nicht gönnt. Gerade in Zeiten, in denen Unternehmen viel Wert auf ein sauberes Image legen, ist allein die Gefahr, durch die Rechtsverfolgung in Misskredit zu geraten, Grund genug, von einer Rechtsverfolgung abzusehen<sup>140</sup>.

Nicht zu unterschätzen ist weiterhin die Angst vieler Unternehmer, in einem Gerichtsprozess gegen einen unmittelbaren Konkurrenten zu unterliegen und fortan den Ruf des Verlierers zu tragen. Ferner besteht die Gefahr, dass sich ein unterliegender Dritter einem Rachezug des obsiegenden Konkurrenten oder obsiegender Konkurrenten aussetzt<sup>141</sup>.

Das Problem verschärft sich noch umso mehr, wenn der Betroffene gegen vertikale Wettbewerbsbeschränkungen eines Geschäftspartners vorgehen möchte. Hier ist der Betroffene gleichfalls an der Abstellung der Wettbewerbsbeschränkung interessiert. Er möchte aber regelmäßig nicht seine bestehenden Geschäftsbeziehungen zum Störer gefährden, sondern diese in objektiver Hinsicht eher verbessern. Deshalb möchte der Dritte oftmals in einem Verwaltungsverfahren unerkannt bleiben oder wenigstens nicht als treibende Kraft gelten.

Bei einer Untersuchung durch die Kartellbehörden wären diese Gefahren vermindert. Die unmittelbar Beteiligten haben zwar ein Akteneinsichtsrecht und können so erfahren, wer die Untersuchung eingeleitet hat. Auch andere Dritte, insbesondere die Presse, können unter bestimmten Voraussetzungen nach dem Informationsfreiheitsgesetz Einsicht in die Verfahrens-

---

<sup>140</sup> Vgl. hierzu: Urteil des EuGH vom 06.04.1995, Slg. 1995 I 865, 908 Rn. 26 f. – BPB Industries and British Gypsum/Kommission.

<sup>141</sup> Ähnlich: Werner in Wiedemann, KartellR, 1. Aufl., § 51 Rn 8; Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 84.

akten nehmen<sup>142</sup>. Akteneinsicht wird regelmäßig jedoch erst am Ende eines oft langwierigen Verwaltungsverfahrens gewährt; keinesfalls zu einem Zeitpunkt, in dem das Verfahrensergebnis durch Einsichtnahme gefährdet wird.

Kommt die Kartellbehörde am Ende ihrer Ermittlungen zu dem Ergebnis, dass ein Wettbewerbsverstoß nicht nachweisbar ist, stellt sie das Verfahren ein. Der anzeigende Dritte hat keinen Ansehensverlust erlitten, noch gegebenenfalls bestehende Geschäftsbeziehungen gefährdet. Sollten die behördlichen Ermittlungen jedoch zu dem Ergebnis gelangen, dass das beschuldigte Unternehmen einen Wettbewerbsverstoß begangen hat und die Kartellbehörde infolge dessen eine belastende Verfügung erlassen, hat der betroffene Unternehmer aus seinem Grundrecht auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG einen Anspruch zu erfahren, wer welche Anschuldigungen gegen ihn vorgebracht hat, soweit die Kartellbehörde nicht von den Regelungen des § 70 Abs. 4 S. 1 GWB Gebrauch macht. Nur so kann er sich effektiv verteidigen<sup>143</sup>.

Es kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass spätestens ab diesem Zeitpunkt das Verhältnis zwischen dem Betroffenen und dem beschuldigten Unternehmen eine Krise erfährt. Trotzdem wird den meisten Unternehmen diese Situation angenehmer sein, als die Situation, einen anderen Unternehmer zu Beginn eines ungewissen Zivilprozesses unter Umständen eines unredlichen Verhaltens zu beschuldigen. Dort ist der Betroffene zunächst selbst in einer Rechtfertigungsposition und beweisbelastet.

Im Verwaltungsverfahren braucht sein Name erst offenbart zu werden, wenn die Kartellbehörde positiv feststellt, dass ein wettbewerbswidriges Verhalten des beschuldigten Unternehmens vorliegt oder für ein solches zumindest hinreichende Anhaltspunkte gegeben sind. In diesem Moment muss sich der Beschuldigte rechtfertigen. Von da an wird sich das Interes-

---

<sup>142</sup> Becker in L/M/R, § 54 Rn 4; Werner in Wiedemann, KartellIR, 1. Aufl., § 51 Rn 8.

<sup>143</sup> Becker in L/M/R, § 54 Rn 4.

se der Öffentlichkeit regelmäßig mehr auf den Beschuldigten richten, als auf den Grund für die Einleitung der Untersuchung.

Auch das Interesse des Beschuldigten an Racheaktionen gegenüber dem Dritten wird während des Verwaltungsverfahrens um einiges geringer sein, ist er doch vollends mit der Abwehr der behördlichen Maßnahmen beschäftigt. Im Verwaltungsverfahren erfahren die Beschuldigten sämtliche einschneidenden Maßnahmen von der Kartellbehörde. Dem Dritten sind diese Maßnahmen nur indirekt zurechenbar.

### **e) Vorteile der Allgemeinheit**

Auch der Allgemeinheit brächte die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden Vorteile. Das materielle Kartellrecht besteht vordergründig aus objektiv-schützenden Normen, die allenfalls sekundär<sup>144</sup> subjektiven Rechtsschutz vermitteln sollen. Die Durchsetzung von subjektiven Rechten im Kartellverwaltungsverfahren stellt folglich immer auch die Durchsetzung objektiven Rechts dar. D. Lorenz formulierte es wie folgt treffend: *„Denn da ein subjektives Recht nur durch das objektive Recht begründet werden kann, gewährleistet ein Verfahren, das dem Schutz subjektiver Rechte dient, immer zugleich auch das diesen zugrunde liegende objektive Recht.“*<sup>145</sup> Im Kartellverwaltungsrecht bedeutet also die Wahrnehmung von Individualinteressen gleichzeitig die Durchsetzung der Interessen der Allgemeinheit an einem funktionierenden Markt.

Ferner könnte ein Verwaltungsverfahren koordinierende Wirkung haben. Die Behörde könnte im Rahmen ihrer Untersuchung zunächst allgemein die Tatsachen aufklären, welche zur Bejahung eines Verstoßes gegen die Vorschriften der §§ 1 bzw. 19 ff. GWB notwendig sind. Sofern eine Vielzahl von Wettbewerbsteilnehmern zivilrechtliche Ansprüche gegen einen

---

<sup>144</sup> Teilweise nicht vollständig, anknüpfend an die Terminologie von: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 342.

<sup>145</sup> Zitat übernommen aus: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 321, mit Quellennachweis.

Störer durchsetzen wollen, können sie sich insgesamt auf das Ermittlungsergebnis der Behörde stützen. Dieses Ermittlungsergebnis würde auch die anschließenden Gerichtsverfahren von umfangreichen Beweishebungen entlasten, da der Anspruch dem Grund nach von der Behörde bewiesen wurde.

Ferner könnte die Behörde durch eine Rechtseinschätzung im Verfahren, welche nicht zwingend in einer Finalverfügung enthalten sein muss, die Gerichte entlasten. Auch wenn die angerufenen Zivilgerichte in ihrer Entscheidung unabhängig sind, werden sie ein rechtliches Votum des Kartellamts zur Kenntnis nehmen und mitberücksichtigen<sup>146</sup>. Schließlich handelt es sich bei den Mitarbeitern des Bundeskartellamts um ausgewiesene Experten des Kartellrechts, deren Meinung Gewicht hat. Durch ein prägendes Votum der Kartellbehörde könnte eine divergierende Zivilrechtsprechung zum gleichen Sachverhalt vermindert werden.

## **2. Nachteile des Drittanspruchs**

Aus den skizzierten Vorteilen lassen sich ebenso gewichtige Gegenargumente gegen die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Kartellbehörde ableiten.

### **a) Ross und Reiter Problem**

Zunächst ist die berühmte „Ross und Reiter“ Problematik zu nennen<sup>147</sup>. Die in das Blickfeld behördlicher Ermittlungen geratenen Beteiligten haben ein berechtigtes Interesse daran, zu erfahren, was bzw. wer Auslöser einer gegen sie gerichteten Untersuchung ist. Erst wenn sie wissen, auf wessen Veranlassung ein kartellverwaltungsrechtliches Verfahren eingeleitet wurde, sind sie in der Lage, sich effektiv gegen die im Raum stehen-

---

<sup>146</sup> Ähnlich zu Feststellungsverfügungen der Kommission: Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 10 Rn 4.

<sup>147</sup> Vgl. hierzu: Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes 1997/ 1998 S. 31; Bechtold, Kommentar zum GWB § 70 Rn 9; Küpper in BB 1997, 1105, 1109.

den Vorwürfe zu verteidigen. Es darf auch hier nicht vergessen werden, dass auch im Kartellverwaltungsverfahren zunächst die Unschuldsvermutung gilt.

Es besteht die nicht unwesentliche Gefahr, dass sich der Staat als Hüter der Interessen der Allgemeinheit vor den Karren privater Individualinteressen spannen lassen könnte. Die Versuchung, Konkurrenten durch kartellrechtliche Untersuchungen zu schaden, könnte bei einigen Wettbewerbern groß sein. Selbst marktstarke Unternehmen setzen die Einschaltung der Wettbewerbsbehörden mit dem Ziel der Störung der Wettbewerber als Teil ihrer Marktstrategie ein<sup>148</sup>.

### **b) Image- und Vermögensschäden des Beschuldigten**

Allein eine mehrstündige Durchsuchung der Unternehmensräume würde bereits durch den zeitlichen Aufwand zu immensen Schäden führen. Weitere Schäden entstehen, wenn Unterlagen und Festplatten beschlagnahmt werden und für die unternehmerische Tätigkeit nicht mehr zur Verfügung stehen. Sollte eine Durchsuchung auch noch in den Medien propagiert werden, so könnte man von einem Super-GAU für die betroffenen Unternehmen sprechen.

Der entstehende Imageschaden für ein Unternehmen ist meist in Zahlen nicht auszudrücken. Man denke nur an die Auswirkungen auf die Geschäftsbeziehungen eines Unternehmens zu seinen Abnehmern, wenn lediglich der Vorwurf erhöhter Preisabsprachen an die Öffentlichkeit dringt. Sei dieser Vorwurf nun berechtigt oder nicht, das Vertrauensverhältnis zwischen den Geschäftspartnern – auch im 21. Jahrhundert noch eine wesentliche Basis der geschäftlichen Zusammenarbeit – wäre wenigstens belastet, wenn nicht sogar gestört oder schlimmstenfalls zerstört.

---

<sup>148</sup> Vgl. hierzu: Dieckmann in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn 1, m.w.N.

Darüber hinaus kann das Bild eines Unternehmens in der Öffentlichkeit allein durch die Einleitung kartellbehördlicher Maßnahmen leiden. In Zeiten von „corporate governance“, also sauberer Geschäftspolitik, kann dies auch zu finanziellen Auswirkungen führen. Insbesondere bei börsennotierten Aktiengesellschaften kann sich deren Kurs schnell abwärts entwickeln, sobald nur Gerüchte über laufende Untersuchungen der Kartellbehörden aufkommen. Dies könnte noch intensiviert werden, wenn allein die Möglichkeit von Bußgeldern im Raum steht. Die Höhe der durch die Kartellbehörden ausgesprochenen Bußgelder hat mittlerweile Dimensionen erreicht, durch welche die Bilanzen auch DAX- oder M-DAX-notierter Unternehmen nicht nur einen kleinen Dämpfer erhalten. Ferner würde das Rating, welches für die Fremdgeldbeschaffung von erheblicher Bedeutung ist, erheblich leiden.

Die größeren Hürden in privatkartellrechtlichen Verfahren stellen damit auch einen Schutzfilter für die potentiellen Beklagten dar. Sowohl die abschreckenden Kosten als auch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast stellen sicher, dass kaum jemand ein privatkartellrechtliches Verfahren anstrebt, das keine Aussicht auf Erfolg hat.

### **c) Überlastung der Kartellbehörden**

Sollten die nationalen Kartellbehörden verpflichtet sein, auf Antrag eines Dritten Ermittlungen aufzunehmen, würde dies die weitere Gefahr in sich bergen, dass die Kartellbehörden durch Arbeitsüberlastung lahm gelegt würden<sup>149</sup>. Es bestünde das Risiko, dass auf die Kartellbehörden eine Flut von Anträgen auf Tätigwerden einbrechen würde. Da eine finanzielle und personelle Aufstockung der Kartellbehörden nicht geplant ist, würden die Kartellämter schnell in Arbeit versinken<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> Ähnlich: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 429.

<sup>150</sup> So auch die Argumentation der Europäischen Kommission im Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 45, Automec/Kommission.

#### **d) Verfahrensverzögerungen und Investitionshemmnisse**

Auch volkswirtschaftlich könnte die Bejahung eines Drittanspruchs auf Verfahrensdurchführung kritisch zu betrachten sein. Es besteht die Gefahr, dass Wettbewerber Verwaltungsverfahren initiieren, um gegenüber der Konkurrenz ein „*Drohpotential*“<sup>151</sup> aufzubauen und diese zu Verhandlungen zu nötigen. Der Standort Deutschland könnte an Attraktivität verlieren, wobei festzustellen ist, dass multinationale Konzerne der europäischen Kartellaufsicht unterliegen. Kleinere Unternehmungen machen ihre Standortwahl kaum von der Frage der Intensität des Drittschutzes im Kartellrecht abhängig.

### **3. Konsequenzen der Vor- und Nachteile**

Die hier diskutierten Nachteile eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Kartellbehörde müssen jedoch nicht automatisch dazu führen, dass ein solcher Anspruch nicht besteht. Zumal ein solcher Anspruch – wie gleichfalls aufgezeigt – auch eine Vielzahl von Vorteilen in sich birgt. Die aufgezeigten Vor- und Nachteile eines solchen Anspruchs sind Argumente einer politischen Diskussion um die Frage, ob ein solcher Anspruch begrüßenswert ist.

Gleich wie diese Frage zu beantworten ist, die Antwort gibt keinen Aufschluss darüber, ob das jetzige Rechtssystem einen Anspruch eines Dritten auf Tätigwerden der Kartellbehörde regelt oder nicht. Dies ist allein eine rechtliche Frage, welche anhand der geltenden Rechtslage und der entwickelten und anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten ist. Die vorgenannten Vor- und Nachteile der Bejahung eines solchen Anspruchs dienen jedoch der Untermauerung der rechtlichen Argumente.

---

<sup>151</sup> Bechtold in BB 2003, 1021, 1025.

## D. Meinungsstand

Im Folgenden soll der vorhandene Meinungsstand in Theorie und Praxis dargestellt und analysiert werden, um ihn auf dessen Tauglichkeit zur Beantwortung der Frage des Bestehens eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Tätigwerden zu untersuchen.

### I. Auffassung des Bundeskartellamtes

Das Bundeskartellamt geht davon aus, dass grundsätzlich kein subjektiv-öffentliches Recht eines Betroffenen auf Erlass bestimmter drittbelastender Verfügungen bestehe. Anzeigen Dritter, die Behörde möge zu ihren Gunsten einschreiten, wertet sie als bloße Anregung ein Amtsverfahren aufzunehmen<sup>152</sup>.

In den frühen Jahren der Bundesrepublik argumentierte das Bundeskartellamt vornehmlich mit dem Willen des Gesetzgebers bei Schaffung des GWB. Dieser habe nach Ansicht der Behörde dem Individualinteresse eines Marktteilnehmers auf Erlass einer kartellbehördlichen Verfügung kein ausschlaggebendes Gewicht beigemessen<sup>153</sup>.

Nachdem die Rechtsprechung dem Bundeskartellamt ausdrücklich ein weites Aufgreifermessen, welches ausschließlich von objektiven Kriterien geleitet werden soll, zubilligt, begründet das Bundeskartellamt seine Entscheidungen zur Nichtaufnahme von Verwaltungsverfahren mit dem Hinweis auf das Opportunitätsprinzip. Es verweist regelmäßig auf seine begrenzten Ressourcen im Rahmen der Überwachung des Marktes. Auch seien Privatpersonen infolge der Möglichkeit der Zivilklage nicht auf das Tätigwerden der Behörde angewiesen<sup>154</sup>.

---

<sup>152</sup> BKartA, DB 1960, 667.

<sup>153</sup> Vgl. nur: BKartA, DB 1960, 667; WuW/E BKartA 320, 321 „Mykawerbung“; WuW/E BKartA 196, 197 „Städtereklame“.

<sup>154</sup> So Einlassung des BKartA in: OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 545, 547.

## II. Ansicht der Rechtsprechung

Die nachfolgende Aufarbeitung der wesentlichen nationalen Rechtsprechung wird zeigen, dass die Rechtsprechung nur unzureichend zwischen einem Anspruch auf Tätigwerden und Einschreiten unterscheidet<sup>155</sup>. Die Rechtsprechung nimmt die Verfahrenseröffnung und -durchführung lediglich als unselbständigen Annex eines nicht anerkannten subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten wahr<sup>156</sup>.

### 1. Entscheidungsinhalt

Die einschlägige Rechtsprechung zur Frage eines subjektiv-öffentlichen Drittanspruchs im Kartellrecht besteht aus knapp einem dutzend Entscheidungen. Bereits seit der Entscheidung des BGH vom 14.11.1968<sup>157</sup> („Taxiflug“) vertritt der BGH und mit ihm die übrige Rechtsprechung die Ansicht, ein Dritter habe im Allgemeinen keinen Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörden, wobei eine vollständige Ablehnung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten bis heute nicht konsequent ausgesprochen wurde.

Die Rechtsprechung billigte den Anspruchstellern weder einen gebundenen Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde noch einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Aufgreifermessens zu. Derartige subjektiv-öffentliche Rechte hätten zumindest in den zu beurteilenden Fällen nicht vorgelegen.

Die Rechtsprechung prüfte im Laufe der historischen Entwicklung, ob Dritten ein Anspruch auf Einschreiten aus dem einfachen Recht, den Grundrechten oder dem Europarecht erwachsen könne. Interessant ist neben

---

<sup>155</sup> Z.B. BGH, NVwZ 1984, 265 „Internord“; BGH WuW/E BGH 3113, 3114 „Rechtsschutz gegen Berufsordnung“.

<sup>156</sup> Z.B. BGH DB 1978, 741 „Rhenania-Pilsner“

<sup>157</sup> BGHZ 51, 61-69 „Taxiflug“.

der konkreten Argumentation auch die angewandte Dogmatik und der Prüfungspunkt, an dem die Rechtsprechung einen Anspruch auf Einschreiten und damit stets einen Anspruch auf Verfahrenseröffnung scheitern lässt.

## 2. Isolierter Anspruch auf Tätigwerden

In der Rechtsprechung fehlt es an der eigenständigen Untersuchung eines isolierten Anspruchs auf Tätigwerden. Ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf Tätigwerden wird – wenn überhaupt – nur am Rande geprüft<sup>158</sup>.

Nach der Rechtsprechung könne es einen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Aufgreifermessens nur dann geben, wenn zunächst ein Anspruch auf Erlass der begehrten Finalverfügung bestehe<sup>159</sup>. Sofern kein Anspruch auf Erlass der begehrten Finalverfügung anzuerkennen sei, bestehe für die Gerichte auch kein Anlass für eine richterliche Überprüfung der pflichtgemäßen Ausübung des behördlichen Ermessens bezüglich der Verfahrenseröffnung<sup>160</sup>.

Die Rechtsprechung begründet diese Auffassung nicht näher. Anscheinend geht die Rechtsprechung davon aus, dass Verfahrenseröffnung, -durchführung und -abschluss durch Erlass einer Finalverfügung nur unselbständige Teilabschnitte eines einheitlichen Anspruchs seien. Zu beachten ist jedoch auch, dass die beklagten Kartellbehörden sich spätestens im Verfahren umfassend einließen, so dass spätestens zu diesem Zeitpunkt die Verfahrensdurchführung vorlag.

Da es in der Rechtsprechung bislang völlig an einer Auseinandersetzung mit dem Bestehen eines isolierten Anspruchs auf Tätigwerden fehlt, soll die Rechtsprechung zum Problemkreis eines Anspruchs auf Einschreiten

---

<sup>158</sup> BGH DB 1978, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>159</sup> BGH DB 1978, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>160</sup> BGHZ 51, 69 „Taxiflug“; BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“; KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

kritisch geprüft werden. Die auf einen Anspruch auf Tätigwerden übertragbaren oder bezogenen Argumente sind herauszufiltern.

### **3. „Zigaretten-Entscheidung“**

In der „Zigaretten-Entscheidung“<sup>161</sup> ging es erstmalig im Kern um die Frage eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs auf Einschreiten der Kartellbehörde zu Gunsten eines Dritten. Die Entscheidung ist besonders beachtenswert, da sie im Gegensatz zur späteren Rechtsprechung das Bestehen subjektiv-öffentlicher Ansprüche im Kartellrecht nicht konsequent ablehnt.

Der BGH machte in der Entscheidung beachtenswerte Ausführungen zu den Voraussetzungen der Beschwerdebefugnis, insbesondere zum Antragsbegriff. Die Rechtsprechung ging auch im Jahr 1963 davon aus, dass eine Beschwerdebefugnis im Sinne des heutigen § 63 Abs. 2 GWB nur vorliege, wenn der Marktbeteiligte entweder offiziell zum Verwaltungsverfahren beigeladen worden oder Antragsteller sei.

Der Dritte soll nach Auffassung des BGH nicht Antragsteller im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB sein, wenn ihm kein konkret formelles Antragsrecht im GWB zugewiesen sei. Der Begriff des Antragstellers sei auf die im GWB ausdrücklich bezeichneten Antragsverfahren begrenzt. Sonstige Verlangen Dritter auf Durchführung eines Verwaltungsverfahrens seien keine Anträge im Sinne des GWB sondern lediglich Anregungen bzw. Hinweise an die Behörde<sup>162</sup>.

Nach der Ansicht des erstinstanzlich befassten Kammergerichts sowie des BGH enthielt jedoch § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. eine Verpflichtung der Kartellbehörde zur Erhebung des Widerspruchs gegen die Anmeldung durch die Behörde und somit zum Tätigwerden, wenn ein Marktbeteiligter die im Gesetz geforderten Nachweise fristgerecht eingereicht hat. Die in der da-

---

<sup>161</sup> BGHZ, 41, 61-71 „Zigaretten“.

<sup>162</sup> BGHZ 41, 61, 64 „Zigaretten“.

maligen Gesetzesfassung verankerten Voraussetzungen für die Eingabe des Dritten im Hinblick auf das Frist-, Begründungs- und Nachweiserfordernis würden nach der Ansicht des BGH eine andere Beurteilung des Begehrens des Dritten in Abgrenzung zu bloßen Eingaben, Anregungen und Hinweisen rechtfertigen<sup>163</sup>.

Der BGH vermied eine Festlegung, ob § 3 Abs. 3 GWB a.F. ein echtes Antragsrecht enthält oder nicht<sup>164</sup>. Dies ist zumindest unter Berücksichtigung der in der h.M. genutzten Definition des Begriffs Antrag fraglich, da ein solcher nach Auffassung der Rechtsprechung nur vorliegen soll, wenn der Antrag zwingende Voraussetzung für die Verfahrenseröffnung ist<sup>165</sup>.

Das Kammergericht als Vorinstanz hatte ein Antragsrecht des Dritten nach § 3 Abs. 3 GWB a.F. jedoch bejaht<sup>166</sup>. Die besseren Argumente sprechen dagegen. Es bestehen bereits erhebliche Bedenken, ob denn die Erhebung des Widerspruchs gemäß § 3 Abs. 3 GWB a.F. ein eigenständiges Verfahren war. Die Erhebung des Widerspruchs gegen das Rabattpartell war lediglich Bestandteil des Anmeldeverfahrens für ein Rabattpartell. Als Antragsteller im Rahmen dieses Verfahrens galten lediglich die Mitglieder des anzumeldenden Rabattpartells. Die nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. betroffenen Marktbeteiligten hatten vielmehr eine Sonderstellung. Unter Aufrechterhaltung des engen Antragsbegriffs hätte der BGH das Vorbringen des Dritten als Antrag sui generis bezeichnen können.

Nach Ansicht des BGH wäre die Behörde bei fristgerechter Einreichung von Nachweisen zum Tätigwerden auf Initiative eines Dritten verpflichtet gewesen. Der BGH ließ jedoch ausdrücklich offen, ob dieser Drittanspruch auch gerichtlich durchsetzbar ist. Zwischen dem Bestehen eines solchen

---

<sup>163</sup> BGHZ, 41, 61, 67 „Zigaretten“.

<sup>164</sup> BGHZ, 41, 61, 68 „Zigaretten“.

<sup>165</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3 m.w.N.

<sup>166</sup> KG WuW/E OLG 540, 543 f. „Interessengemeinschaft“.

Anspruchs und der Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzbarkeit sei nach den Ausführungen des Gerichts zu unterscheiden<sup>167</sup>.

Gleichfalls wies der BGH in der „Zigaretten-Entscheidung“ darauf hin, dass unbewiesener Tatsachenvortrag Dritter über vermeintliche Wettbewerbsstörungen nur als bloße Anregung zum Handeln von Amtswegen aufzufassen seien<sup>168</sup>. Der sich nach § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. am Verfahren beteiligende Dritte solle jedoch mehr als nur eine Anregung geben. Mithin könnte man zu der Ansicht gelangen, ein Tätigwerden der Kartellbehörden über den einstigen § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. wäre ein Handeln auch zu Gunsten eines Dritten gewesen. Andernfalls hätte es in Abgrenzung zu den anderen Fallgruppen des § 3 Abs. 3 GWB a.F. der Sonderregelung der Nr. 3 nicht bedurft. Die Nachweise des Dritten hätten dann auch als bloße Anregungen für ein Verfahren nach § 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB a.F. gelten können. Dies würde wiederum ein gutes Argument für die Bejahung eines aus § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. erwachsenden subjektiv-öffentlichen Rechts bedeuten.

#### **4. „Taxiflug-Entscheidung“ und folgende Rechtsprechung**

So offen und differenzierend noch die Abwägungen in der „Zigaretten-Entscheidung“ des BGH aus dem Jahr 1963 waren, so stringent und konsequent entwickelte sich die darauf folgende Rechtsprechung. Beginnend mit der „Taxiflug-Entscheidung“<sup>169</sup> lehnen der BGH und die ihm einhellig folgenden Untergerichte einen subjektiv-öffentlichen Anspruch im Kartellrecht ab.

---

<sup>167</sup> BGHZ, 41, 61, 67 „Zigaretten“.

<sup>168</sup> BGHZ, 41, 61, 68 „Zigaretten“.

<sup>169</sup> BGHZ 51, 61-69 „Taxiflug“.

### a) Prüfungsgegenstand

In sämtlichen Entscheidungen prüft die Rechtsprechung, ob die einzelne einschlägige materiell-rechtliche Norm subjektiv-öffentlichen Drittschutz vermittelt. Ein solcher würde vorliegen, wenn sich aus dem substantiierten Vortrag des Beschwerdeführers ein Anspruch auf die begehrte Verfügung, hier auf Einschreiten der Kartellbehörde oder genauer auf Erlass einer belastenden Verfügung gegen einen Dritten, zu Gunsten des Beschwerdeführers herleiten lässt<sup>170</sup>.

Um die Begründetheitsprüfung nicht in die Zulässigkeit zu verlagern, werden im Bereich der Beschwerdebefugnis die Anforderungen an den Nachweis des subjektiv-öffentlichen Rechts dahingehend eingeschränkt, dass dem Beschwerdeführer eine Beschwerdebefugnis nur dann nicht zugesprochen werden könne, „*wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können.*“<sup>171</sup> Abzulehnen wäre eine Beschwerdebefugnis, wenn die streitentscheidende Norm ausschließlich den Interessen der Allgemeinheit dienen würde.

Dieser Prüfung wurde grundsätzlich die Norm unterzogen, welche der Behörde als materielle Eingriffsvoraussetzung gegen den Störer gedient hätte<sup>172</sup>. Folglich wurde ein möglicher Drittanspruch immer im Rahmen eines Dreiecksverhältnisses zwischen Drittem, Störer und Behörde geprüft.

Eine Ausnahme hierzu bildet die Entscheidung des Kammergerichts im Fall "Medizinischer Badebetrieb" aus dem Jahr 1976<sup>173</sup>. Für das KG kam es zunächst darauf an, dass eine Verletzung einer materiell-rechtlichen Norm vorliegt, die auch dem Schutze des Dritten dient. Hierunter würden auch materielle Normen fallen, die nicht der staatlichen Kontrolle unterlie-

<sup>170</sup> BGHZ 51, 61, 66 „Taxiflug“; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1801, 1803.

<sup>171</sup> BGHZ 51, 61, 64 „Taxiflug“.

<sup>172</sup> BGHZ 51, 61, 64 „Taxiflug“; BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“; BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“; BGH NJWE-WettbR 1996, 119.

<sup>173</sup> KG WuW/E OLG 1813-1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

gen. Im Ergebnis führe dies aber nicht zu einer Begünstigung des Dritten. Im Bereich der Rechtsfolgen engt das KG den Anspruch im Sinne der Rechtsprechung des BGH wieder ein. Der Behörde stehe auch nach der damaligen Auffassung des KG bei der Frage zur Aufnahme eines Verwaltungsverfahrens ein weites Aufgreifermessen zu<sup>174</sup>.

In späteren Entscheidungen – so im Beschluss vom 12.01.1976<sup>175</sup> und vom 11.04.1997<sup>176</sup> – passt sich das KG in seiner Dogmatik den Ausführungen des BGH an. Einen Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde könne ein Dritter nach den späteren Entscheidungen des KG nur haben, wenn er ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erlass des finalen Verwaltungsaktes gegen einen anderen Marktteilnehmer herleiten könne.

## **b) Wortlautauslegung**

Mit Ausnahme des in der „Zigaretten-Entscheidung“ geprüften § 3 Abs. 3 Nr. 3 GWB a.F. sollen keine der von der Rechtsprechung untersuchten Normen des materiellen Kartellrechts einen subjektiv-öffentlichen Anspruch enthalten. Die materiellen Normen des Kartellrechts würden nach Ansicht der Rechtsprechung nur dann Individualschutz vermitteln, wenn sie ein formelles Antragsrecht enthalten<sup>177</sup>.

Mit Ausnahme der Antragsdelikte räumten die Normen des materiellen Rechts der Behörde ein Aufgreifermessen ein<sup>178</sup>. Es liege dann ausschließlich im Ermessen der Behörde, ob sie bei Vorliegen hinreichender Verdachtsmomente auf einen Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften ein Verwaltungsverfahren einleite<sup>179</sup>. Die Kartellbehörde sei zur Überwa-

---

<sup>174</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1816 „Medizinischer Badebetrieb“.

<sup>175</sup> KG NJW 1976, 808-810.

<sup>176</sup> KG AG 1997, 573-575.

<sup>177</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>178</sup> OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1801, 1803.

<sup>179</sup> BGHZ 51, 61, 67 „Taxiflug“; BGH ZIP 2001, 807 „Herzlinik“.

chung der untersuchten Normen ausschließlich aus Gründen des Allgemeinwohls verpflichtet<sup>180</sup>.

Die von der Rechtsprechung beginnend ab der „Taxiflug-Entscheidung“ geprüften materiell-rechtlichen Eingriffsnormen, z.B. §§ 18<sup>181</sup>, 22<sup>182</sup>, 26 Abs. 2<sup>183</sup>, 37a<sup>184</sup> GWB a.F., enthielten kein Antragsrecht und somit auch kein subjektiv-öffentliches Recht. Das Prädikat sämtlicher für einschlägig befundener materieller Eingriffsermächtigungen war „kann“. Dies würde verdeutlichen, dass der Erlass einer Verfügung ausschließlich im pflichtgemäßen Ermessen der Kartellbehörde stehen würde<sup>185</sup>.

Rechtshistorisch ist anzumerken, dass die materiellen Normen des Kartellrechts bis zur siebenten GWB-Novelle unmittelbar Ermächtigungsgrundlagen für ein Einschreiten der Kartellbehörden enthielten. Nunmehr sind die §§ 1, 19 ff. GWB als reine Verbotsnormen ausgestaltet und die Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten der Behörde bei Verstoß gegen die normierten Verbote finden sich nunmehr isoliert in §§ 32 ff. GWB. Diese sind jedoch gleichwohl als Ermessensnormen ausgestaltet.

### c) Ermessensausübung

Das eingeräumte Ermessen sei pflichtgemäß durch die Behörde auszuüben. Dabei sei die Kartellbehörde an die geltenden Rechtssätze gebunden<sup>186</sup>. Die pflichtgemäße Ausübung des Ermessens diene ausschließlich öffentlichen Interessen<sup>187</sup>. Individualinteressen müsse die Behörde bei der

<sup>180</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1801, 1803; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545-550 „Herzlinik“.

<sup>181</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“; OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1801, 1803.

<sup>182</sup> BGHZ 51, 61, 67 „Taxiflug“.

<sup>183</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“.

<sup>184</sup> I.d.F. nach der 5. GWB-Novelle: BGH NJWE-WettbR 1996, 119; entspricht § 32 i.d.F. der 6. GWB Novelle, hier: BGH ZIP 2001, 807-808 „Herzlinik“.

<sup>185</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>186</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“.

<sup>187</sup> BGHZ 51, 61, 67 „Taxiflug“; BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

Ermessensausübung nicht berücksichtigen<sup>188</sup>. Vielmehr sei die Kartellbehörde in gewissen Grenzen sogar berechtigt, marktpolitische Erwägungen in die Ermessensentscheidung einfließen zu lassen und könne daher sogar aktiv Wettbewerbsverstöße dulden<sup>189</sup>.

Ausnahmsweise könne ein Anspruch auf eine bestimmte Entscheidung bestehen, wenn sich das Ermessen der Behörde auf Null verdichte und aufgrund der Schwere der individuellen Beeinträchtigung ausschließlich exekutives Handeln dem Schutz des Dritten genügen und der Abwehr irreparabler, schwerer Schäden dienen kann<sup>190</sup>.

Im Rahmen des Aufgreifermessens habe das Kartellamt einen weiten Ermessensspielraum. Dieser sei nur bedingt durch die Judikative überprüfbar. Es gelte hier das Opportunitätsprinzip<sup>191</sup>. Die Kartellbehörde sei berechtigt, Schwerpunkte zu setzen und sich auf wesentliche Sachverhalte zu konzentrieren<sup>192</sup>. Dies müsse der Kartellbehörde zugestanden werden, damit diese im Lichte ihrer gesamtwirtschaftlichen Verantwortung über den sinnvollen Einsatz ihrer begrenzten Ressourcen entscheiden könne<sup>193</sup>.

Eine konkrete Definition der Wesentlichkeit unterlässt die Rechtsprechung. Jedoch könne von einer wesentlichen Beeinträchtigung erst ausgegangen werden, wenn durch das Verhalten des Störers der gesamte Markt und nicht bloß vereinzelte Marktteilnehmer betroffen seien<sup>194</sup>.

Ein Fehlgebrauch des Aufgreifermessens durch die Kartellbehörde liege solange nicht vor, als die Behörde die nach ihrer Überzeugung „*gravierenden und volkswirtschaftlich bedeutsamen Fälle aufgreift*“. Dies ergebe sich

---

<sup>188</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545-550 „Herzklinik“.

<sup>189</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1757, 1758.

<sup>190</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“; KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 547 f. „Herzklinik“.

<sup>191</sup> BGHZ 51, 61, 67 „Taxiflug“.

<sup>192</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“.

<sup>193</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

<sup>194</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

aus der Aufgabe des Bundeskartellamtes, die Allgemeinheit und vor allem die Verbraucher vor einer Vermachtung der Märkte und missbräuchliche Ausübung marktbeherrschender Stellungen zu schützen<sup>195</sup>.

Sofern der BGH sich an diesen Aussagen festhalten lassen möchte, muss auch für ihn eine Unterscheidung von Tätigwerden und Einschreiten bedeutsam sein. Die Ausübung des Ermessens, ob denn ein Ausnahmefall vorliegt, welcher zwingend ein Einschreiten der Kartellbehörde zum Schutze des Dritten erfordert, kann nur im Rahmen eines formellen Verwaltungsverfahrens erfolgen.

Es wäre dann fraglich, ob der Kartellbehörde nur ein Ermessen bezüglich der Wahl ihrer Mittel im Verfahren, nicht aber ein objektives Aufgreifermessen hätte. Wie im Strafrecht müsste die Kartellbehörde dann zunächst das Verfahren eröffnen (Legalitätsprinzip), könnte aber später das Verfahren im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens weiterführen und unter Umständen es auch wieder einstellen.

#### **d) Historische Argumentation**

Die Rechtsprechung ging auf die historische Entwicklung der einzelnen, für streitentscheidend befundenen Normen ein und versuchte den vermeintlichen Willen des Gesetzgebers bezüglich des Vorhandenseins subjektiv-öffentlicher Rechte zu ergründen. Aus den Gesetzgebungsmaterialien würde sich nach dem Prüfungsergebnis der Rechtsprechung kein subjektiv-öffentlicher Anspruch aus den untersuchten materiellen Normen ergeben.

So verweist das OLG Düsseldorf<sup>196</sup> und der im Revisionsverfahren angerufene BGH<sup>197</sup> in der „Rhenania-Pilsner-Entscheidung“ darauf, dass ein zunächst noch im Regierungsentwurf zur Einführung des GWB vorgese-

<sup>195</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

<sup>196</sup> OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1801, 1803

<sup>197</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

henes Antragsrecht zu § 18 GWB a.F. auf Initiative des wirtschaftspolitischen Ausschusses wieder gestrichen wurde. Auch im Zusammenhang späterer Änderungen des GWB wurde ein Antragsrecht in § 18 GWB a.F. nicht verankert. Dies lasse nach dem BGH nur den Schluss zu, dass es nicht dem Willen des Gesetzgebers entsprechen würde, Dritten bezogen auf § 18 GWB a.F. ein subjektiv-öffentliches Recht zuzubilligen<sup>198</sup>.

In seiner „Rhenania-Pilsner-Entscheidung“ räumt der BGH zwar auch ein, dass es gesetzgeberisches Motiv bei der Verabschiedung der zweiten GWB-Novelle im Jahr 1972 war, durch eine Änderung des § 18 GWB den Individualschutz des Betroffenen zu verbessern. Dies sollte – so der BGH – jedoch ausschließlich reflexartig geschehen, in dem die Eingriffsbefugnisse der Kartellbehörden ausschließlich zum Wohle der Allgemeinheit ausgedehnt wurden.

Dies gehe auch aus der Begründung des Regierungsentwurfes zur zweiten GWB-Novelle hervor, in der es heißt, der Individualschutz der gebundenen Vertragsbeteiligten solle weiterhin ausschließlich dem bürgerlichen Recht vorbehalten bleiben. Von daher stehe dem Dritten kein Antragsrecht bezüglich der begehrten Verfügung und damit verbunden auch kein Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde zu<sup>199</sup>.

Auch bei anderen Normen des materiellen Kartellrechts kann die Rechtsprechung keinen Willen des Gesetzgebers zur Einräumung subjektiv-öffentlicher Rechte erkennen.

### **e) Schutzzweck des Kartellverwaltungsrechts**

Bereits in der „Sanifa-Entscheidung“<sup>200</sup> aus dem Jahr 1959 führte der BGH aus, dass das Kartellverwaltungsverfahren ausschließlich der Wahrung

---

<sup>198</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>199</sup> BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

<sup>200</sup> BGHZ 29, 344-352 „Sanifa“.

öffentlicher Interessen vorbehalten sei. Zur Sicherstellung der Funktionsfähigkeit der Kartellbehörden solle diese sich ausschließlich auf die Wahrung volkswirtschaftlicher Interessen konzentrieren<sup>201</sup>.

Die Durchsetzung und Wahrung privater Interessen sei dem Kartellzivilrecht vorbehalten. Da beide Verfahrensarten unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen, seien sie strikt voneinander zu trennen. Während das Kartellverwaltungsrecht dem Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Markt als Institution diene, gehe es im Kartellzivilrecht um die Wiedergutmachung subjektiven Unrechts<sup>202</sup>.

#### **f) Subsidiarität des öffentlichen Rechts**

Ein wesentliches Argument der Rechtsprechung, subjektiv-öffentliche Drittansprüche im Kartellrecht zu verneinen, ist die von ihr angenommene Subsidiarität des öffentlichen Rechts gegenüber dem Zivilrecht.

Bereits in der „Sanifa-Entscheidung“ wurde dieses Argument aufgegriffen. Es wäre nach der Auffassung des BGH *„ungewöhnlich, für die Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche eine Verwaltungsbehörde einzuschalten, und überdies ausgesprochen unpraktisch; denn das würde zu einer Aufspaltung des in Betracht kommenden Verfahrens führen, weil für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen in Geld [...] von vornherein der Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten beschritten werden müsste.“*<sup>203</sup>

Auch in späteren Entscheidungen geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden zu Gunsten eines Dritten da nicht bestehen könne, wo der Einzelne seine berechtigten Interessen durch das Zivilrecht wahren könne. Decke sich ein privatrechtlicher Anspruch in seinen Voraussetzungen und

<sup>201</sup> BGHZ 29, 344-349 „Sanifa“.

<sup>202</sup> BGHZ 29, 344, 348, „Sanifa“.

<sup>203</sup> BGHZ 29, 344-348 f. „Sanifa“.

Rechtsfolgen mit denen eines verwaltungsrechtlichen Anspruchs, so sei in der Regel ein Anspruch auf Durchführung öffentlich-rechtlicher Maßnahmen ausgeschlossen<sup>204</sup>.

Ausführungen dazu, welche Ausnahmen es zur Regel gebe, sind in der Rechtsprechung nur sehr oberflächlich zu finden. Allgemein wird angedeutet, dass dies ausnahmsweise vorliegen solle, wenn dem Dritten infolge der Verweisung auf den Zivilrechtsweg schwere, irreversible Nachteile entstehen würden. Grundsätzlich sei jedoch von einer Zumutbarkeit des Beschreitens des Zivilrechtswegs auszugehen. Die Zumutbarkeit würde noch nicht einmal entfallen, wenn sich der Kläger infolge divergierender Entscheidungen oberster Bundesgerichte eines erhöhten Prozessrisikos aussetzen würde. Dies wäre Bestandteil des allgemeinen Klagerisikos eines jeden Rechtsuchenden<sup>205</sup>.

Prozessökonomisch spreche nach der Rechtsprechung nichts dafür, die Rechte des Dritten über das Verwaltungsrecht durchzusetzen. Eine im Zivilrechtsweg erwirkte einstweilige Verfügung würde nach Ansicht der Rechtsprechung die Rechte des Dritten vorläufig genauso schnell wahren, wie eine vergleichbare Entscheidung der Kartellbehörde (Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit einer Verbotsverfügung). Wie im Zivilgerichtsverfahren sei auch im Verwaltungsverfahren mit einer das Verfahren verlängernden Verteidigung des Störers zu rechnen. Andere Vorteile des Verwaltungsverfahrens, wie etwa der Amtsermittlungsgrundsatz und die erweiterten Informationsverschaffungsmöglichkeiten der Kartellbehörde, lässt die Rechtsprechung außer Acht<sup>206</sup>.

Die Möglichkeit der Durchsetzung der Rechte des Betroffenen auf dem Zivilrechtsweg sei jedoch von der Behörde bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens hinreichend zu berücksichtigen. Eine fehlerhafte Ausübung des Aufgreiferermessens würde nach der Ansicht der Rechtspre-

---

<sup>204</sup> BGHZ 51, 67 „Taxiflug“.

<sup>205</sup> BGH WuW/E BGH 3113, 3114 „Rechtsschutz gegen Berufsordnung“; BGH NJWE-WettbR 1996, 119.

<sup>206</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“.

chung immer dann nicht bestehen, wenn keine evidente Unzumutbarkeit des Beschreitens des Zivilrechtswegs ersichtlich sei<sup>207</sup>.

Nach der Ansicht des OLG Düsseldorf müsse die Kartellbehörde bei der Ausübung ihres Ermessens nicht berücksichtigen, ob die dem Dritten eingeräumten Rechtsschutzmöglichkeiten effektiv seien. Das OLG lehnte eine Pflicht der Behörde zur Aufnahme eines formellen Verwaltungsverfahrens ab, selbst wenn der betroffene Dritte mit einer Entscheidung in einem von ihm initiierten Klageverfahren frühestens in 24 Monaten seit Klageerhebung rechnen könne. Es sei nicht Aufgabe der Kartellbehörden, organisatorische Defizite der angerufenen Gerichte aufzufangen. Dies würde zu einer Arbeitsüberlastung der Kartellbehörden führen<sup>208</sup>.

## **g) Verfassungsrechtliche Erwägungen**

### *aa) Gleichheitsgrundsatz*

Die Rechtsprechung bezog in ihre Argumentation auch verfassungsrechtliche Argumente mit ein. Auch aus dem Grundgesetz würde sich kein subjektiv-öffentliches Recht im Kartellrecht außerhalb der Antragsdelikte ergeben.

So stellte das OLG Düsseldorf fest, dass sich aus dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG keine behördliche Pflicht zum Einschreiten gegen sämtliche Verletzungen des GWB ergebe<sup>209</sup>. Der Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung gebiete, dass die Behörden ein Ermessen in parallel gelagerten Fällen gleich auszuüben hat. Aus ihm gehe jedoch nicht die behördliche Pflicht hervor, gegen sämtliche gleich gelagerten Verstöße gegen das GWB parallel und flächendeckend vorzugehen. Die Verwaltung müsse aber, soweit sie bereits in einem ähnlich gelagerten

---

<sup>207</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1817 "Medizinischer Badebetrieb", OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 547 f. „Herzklinik“.

<sup>208</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 548 „Herzklinik“.

<sup>209</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1757-1774.

Fall gegen einen Marktteilnehmer eingeschritten sei, auch gegen die anderen kartellrechtswidrig handelnden Mitwettbewerber einschreiten<sup>210</sup>.

Aus dieser Argumentation des OLG Düsseldorf ließe sich für die hier untersuchte Problematik die These ableiten, dass ein Dritter (wenigstens) dann einen Anspruch auf Tätigwerden und gegebenenfalls sogar Einschreiten der Kartellbehörde hat, wenn die Kartellbehörde bereits in einem ähnlich gelagerten Fall mittelbar oder unmittelbar zu Gunsten eines anderen Dritten gegen einen Störer eingeschritten ist. Jedoch bezieht sich die Aussage des OLG konkret auf die Problematik, ob ein Marktteilnehmer, welcher selbst in den Fokus kartellrechtlicher Untersuchungen geraten ist, die Einleitung von Verfahren gegen andere Mitstörer verlangen darf. Eine Übernahme des Arguments des OLG Düsseldorf auf die hier untersuchte Problematik ist daher nicht möglich.

#### *bb) Freiheitsrechte*

Auch aus den Freiheitsrechten des Grundgesetzes – insbesondere aus Art. 12 Abs. 1 GG (Freiheit der Berufsausübung), Art. 14 Abs. 1 GG (Schutz des Eigentums) oder Art. 2 Abs. 1 GG (Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit) – ergeben sich nach Auffassung der Rechtsprechung keine subjektiv-öffentlichen Rechte im Kartellrecht<sup>211</sup>.

Es fehle an einem gezielten staatlichen Eingriff in grundrechtlich geschützte Positionen des Dritten durch Handlungen der Kartellbehörde bzw. deren Unterlassen. Für die Annahme eines Grundrechtseingriffs sei eine Beeinträchtigung rein wirtschaftlicher Interessen, wie etwa der Verschlechterung der Wettbewerbssituation, nicht ausreichend. Die Abwehr möglicher Konkurrenz berühre lediglich wirtschaftliche Interessen des Dritten und werde somit nicht vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG erfasst<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1757, 1770.

<sup>211</sup> OLG Düsseldorf AG 2006, 247-248.

<sup>212</sup> OLG Düsseldorf, AG 2006, 247-248.

## **h) Europarechtliche Argumentation**

Mit europarechtlichen Argumenten setzte sich die Rechtsprechung erstmalig tiefgründig in der „Herzklinik-Entscheidung“ auseinander. Sowohl das OLG Düsseldorf<sup>213</sup> als auch der BGH<sup>214</sup> lehnen im Ergebnis eine Herleitung eines subjektiv-öffentlichen Drittanspruchs auf Einschreiten der Kartellbehörden aus Erwägungen des Unionsrechts ab.

### *aa) Vorrang des nationalen Verfahrensrechts*

Das OLG Düsseldorf weist daraufhin, dass die Kartellbehörde gemäß § 50 Abs. 2 S. 2 GWB a.F. (nunmehr § 50 Abs. 3 S. 2 GWB) bei Verstößen gegen Art. 81 und 82 EG Verfügungen erlassen „kann“. § 50 Abs. 2 S. 1 GWB bzw. die entsprechenden Vorgängervorschriften<sup>215</sup> stellen nach den Worten des Gerichts ausdrücklich klar, dass der Kartellbehörde bei der Anwendung der europäischen Wettbewerbsvorschriften, die gleichen Befugnisse wie bei der Anwendung des materiellen Rechts des GWB zustehen. Dies könne nur bedeuten, dass das Opportunitätsprinzip auch bei der Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV (ex- Art. 81 und 82 EG) gilt<sup>216</sup>.

Wenn bei der Umsetzung des Europarechts durch die nationalen Kartellbehörden gemäß Art. 104 AEUV (ex- Art. 84 EG) dieselben Verfahrens- und Formvorschriften nebst deren Auslegungs- und Anwendungsregeln wie bei Umsetzung des materiellen deutschen Kartellrechts anzuwenden seien, könne sich auch aus der Kompetenzzuweisung des Art. 104 AEUV kein erweiterter Pflichtenkreis zum Schutze privater Unternehmen ergeben.

---

<sup>213</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545-550 „Herzklinik“.

<sup>214</sup> BGH ZIP 2001, 807, 808 „Herzklinik“.

<sup>215</sup> Vgl. BGH WuW/E BGH 3113-3114 „Rechtsschutz gegen Berufsordnung“; BGH WuW/E BGH 3035-3036.

<sup>216</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 548 „Herzklinik“.

*bb) Effet utile*

Auch aus dem Effektivitätsgebot (effet utile) des vormaligen Art. 10 EG soll sich nach Ansicht des BGH kein Individualanspruch auf Einschreiten oder wenigstens Tätigwerden der Kartellbehörden ergeben<sup>217</sup>.

Art. 10 EG verpflichtete die Mitgliedsstaaten zur Ergreifung sämtlicher Maßnahmen zur Umsetzung der Ziele und Verpflichtungen, welche sich aus dem EG-Vertrag ergaben. Sie hatten (und haben) zu gewährleisten, dass das Unionsrecht auf ihrem Hoheitsgebiet wirksam durchgesetzt wird<sup>218</sup>.

Gemäß den Artikeln 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) sind sämtliche wettbewerbsbehindernde Maßnahmen von Unternehmen mit dem Ziel des gemeinsamen Marktes unvereinbar und gelten bei Auswirkungen auf den gemeinsamen Markt als verboten. Diese Vorschriften enthielten unmittelbare Verbote und würden keine weitere exekutive Umsetzung benötigen, um Geltung zu erlangen. Infolge dieser Direktwirkung seien die nationalen Gerichte und nicht die Behörden zur Wahrung der Rechte der Marktteilnehmer berufen<sup>219</sup>.

Dem Effektivitätsgebot des Unionsrecht sei genüge getan, sofern den unter den Schutzbereich des europäischen Kartellrechts fallenden Personen ausreichend Möglichkeiten zur Verfügung stehen würden, ihre Rechte mit Hilfe der nationalen Gerichtsbarkeit durchzusetzen. In diesem Fall würde keine Verpflichtung der Mitgliedsstaaten bestehen, das nationale Kartellrecht so auszugestalten, dass die nationalen Kartellbehörden ohne jedes Ermessen verpflichtet wären, stets tätig zu werden. Vielmehr stehe es den Mitgliedsstaaten frei, die Durchsetzung von Individualinteressen über die Justiz sicherzustellen<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> So der BGH unter Hinweis auf: EuGH, Rs. 283/81, Slg. 1982, 3415, Tz. 16 - C.I.L.F.I.T.

<sup>218</sup> EuGHE 1979, 1629, 1642.

<sup>219</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

<sup>220</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

Zwar sei es nach der Rechtsprechung des EuGH<sup>221</sup> Aufgabe der Mitgliedsstaaten, alle geeigneten Maßnahmen zu ergreifen, um die volle, wirksame und korrekte Anwendung des Unionsrechts im Interesse aller Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen. Dies betreffe jedoch ausschließlich den Bereich, „*der mit der Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zusammenhängt und für den der betreffende Mitgliedstaat mit seinen Ordnungsbehörden die alleinige Verantwortung trägt.*“<sup>222</sup> Vorliegend seien jedoch die Europäische Kommission und die nationalen Gerichte zur Durchsetzung der Art. 81 und 82 EG berufen.<sup>223</sup>

Diese These stütze die Rechtsprechung auf den vormaligen Art. 84 EG, dessen Regelungen sich nunmehr in Art. 104 AEUV wieder finden. Art. 84 EG stelle lediglich eine Ermächtigungs- und keine Verpflichtungsnorm dar. Er habe den nationalen Kartellbehörden lediglich die Befugnis zur Umsetzung der Art. 81 und 82 EG eingeräumt und zwar „im Einklang mit [den] eigenen Vorschriften“ bis die in Art. 83 EG (entspricht Art. 103 AEUV) vorgesehenen Rechtsvorschriften erlassen werden.

Nach Verabschiedung der verschiedenen Verordnungen auf Gemeinschaftsebene (u.a. VO (EWG) 17/62) ging die Zuständigkeit auf europäischer Ebene von den nationalen Kartellbehörden auf die Europäische Kommission über. Nachdem die Kompetenz zur Umsetzung der Art. 101 und 102 AEUV auf die Europäische Kommission übergegangen ist, könne dies nach dem OLG Düsseldorf erst recht nicht zu einer Erweiterung des Pflichtenkreises der nationalen Kartellbehörde gegenüber privaten Unternehmen führen<sup>224</sup>.

### *cc) Sekundäres Unionsrecht*

Auch die Regelung des Art. 9 Abs. 3 VO (EWG) 17/62, welcher die nationalen Kartellbehörden zur Wahrung der europäischen Wettbewerbsregeln

---

<sup>221</sup> EuGH NJW 1998, 1931.

<sup>222</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 550 „Herzklinik“.

<sup>223</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 550 „Herzklinik“.

<sup>224</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

für zuständig erklärten, so lange die Kommission kein Verfahren einleite, führe zu keiner Pflicht der deutschen Kartellbehörden, zu Gunsten privater Interessen bei Verdacht von Verstößen gegen Art. 101 und 102 AEUV einzuschreiten. Art. 9 Abs. 3 VO (EWG) 17/62 eröffne der Behörde lediglich die Möglichkeit des Einschreitens, da sie eine bloße Kompetenzzuweisung darstelle. Das der Behörde eingeräumte Ermessen soll hierdurch nicht beschränkt werden. Insbesondere gelte weiterhin das Opportunitätsprinzip<sup>225</sup>.

Unbeachtlich sei insoweit auch, dass in Art. 9 Abs. 3 VO (EWG) 17/62 nicht davon gesprochen werde, dass die nationale Behörde einschreiten „kann“, soweit die Kommission selbst kein Verfahren einleitet. Die Vorschrift diene lediglich der Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den nationalen und europäischen Wettbewerbsbehörden. Die Verordnung lege den nationalen Kartellbehörden jedoch keine größeren Pflichten zur Umsetzung der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) als der Kommission auf<sup>226</sup>.

Dem könne auch nicht entgegengesetzt werden, dass den nationalen Behörden im Gegensatz zur Kommission kein Recht zur Freistellung vom Kartellverbot gemäß Art. 81 Abs. 3 EG (nunmehr Art. 101 Abs. 3 AEUV) zustehe. Die Freistellungsentscheidung der Kommission vom Kartellverbot nach Art. 81 Abs. 3 EG wirke rechtsgestaltend und mache aus einem zunächst rechtswidrigen ein rechtmäßiges Verhalten. Durch die Untätigkeit der nationalen Kartellbehörde bleibe das rechtswidrige Verhalten rechtswidrig und könne von Dritten weiterhin auf dem Zivilrechtsweg angegriffen werden<sup>227</sup>.

Auch aus den materiellen Regelungen der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art 101 und 102 AEUV) könne ein Dritter keinen Rechtsanspruch gegenüber den nationalen Kartellbehörden auf Einschreiten herleiten. Das Vorhandensein eines lediglich im öffentlichen Interesse liegenden Aufgreif-

---

<sup>225</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

<sup>226</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

<sup>227</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 550 „Herzklinik“.

und Entschließungsermessens stehe keinesfalls im Widerspruch zum Unionsrecht. Das Unionsrecht verlange keinen obligatorischen Schutz von Individualrechten<sup>228</sup>.

Unabhängig von der Frage, ob eine Verletzung des primären Europarechts vorliege, seien die nationalen Behörden nicht zum Aktivwerden bei Verletzungen des Unionsrechts verpflichtet. Die nationalen Behörden seien lediglich beim Erlass von Verwaltungsakten zur Beachtung des Unionsrechts verpflichtet. Aus dem Unionsrecht erwachse aber kein Anspruch eines Dritten zum Erlass eines Verwaltungsaktes zur Regelung einer Drittbeziehung<sup>229</sup>.

#### *dd) Schutz über Zivilrecht*

Nach den Ausführungen des BGH stehe jeder unter den Schutzbereich des GWB fallenden Person die Möglichkeit zur Verfügung, bei Verletzungen der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) seine Rechte unter Zuhilfenahme der deutschen Gerichtsbarkeit geltend zu machen<sup>230</sup>. Die Regelungen der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) entfalten gegenüber allen Marktteilnehmern Direktwirkung und seien daher unmittelbar durch die nationalen Gerichte zu beachten<sup>231</sup>.

Ohne seine Ausführungen näher zu konkretisieren, wird der BGH an den heutigen § 33 Abs. 1 GWB gedacht haben. Dieser räumt einem jeden Betroffenen eines Verstoßes gegen das GWB und den Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art 101 und 102 AEUV) die Möglichkeit ein, gegen den Störer auf dem Zivilrechtsweg Beseitigung und Unterlassung weiterer Störungen zu verlangen. Ein Monopol der Kartellbehörden, gegen Wettbewerbsverstöße vorzugehen, besteht daher unstreitig nicht.

---

<sup>228</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzlinik“.

<sup>229</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzlinik“.

<sup>230</sup> BGH ZIP 2001, 807 „Herzlinik“.

<sup>231</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzlinik“.

Zur weiteren Begründung seiner ablehnenden Ansicht, nach welcher der Dritte auch aus dem Unionsrecht keinen Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde herleiten könne, zog der BGH eine Parallele zur Pflicht der Europäischen Kommission auf Antrag eines Dritten gegen Wettbewerbsverstöße einzuschreiten. Wie bereits der EuGH in gefestigter Rechtsprechung<sup>232</sup> festgestellt habe, stehe demjenigen, der bei der Europäischen Kommission einen Antrag auf Einschreiten gegen wettbewerbsrechtliche Zuwiderhandlungen nach Art. 3 Abs. 2 lit. b der VO (EWG) 17/62 gestellt habe, kein Anspruch auf Einschreiten der Kommission bzw. auf Feststellung der Zuwiderhandlung zu, wenn keine ausschließliche Zuständigkeit der Kommission bestehe.

Der Kommission stehe ein Aufgreifermessen zu, bei dessen Ausübung die Kommission neben ihren personellen und materiellen Kapazitäten auch ihre allgemeine Wettbewerbspolitik mitberücksichtigen dürfe. Gleichfalls dürfe die Kommission bei Ausübung ihres Ermessens mitberücksichtigen, ob dem Betroffenen andere Rechtsmittel, insbesondere über den Zivilrechtsweg, offen stehen. Die rechtmäßige Ausübung des Ermessens – und hierauf weist auch der BGH in seinem Urteil hin – unterliege aber der gerichtlichen Kontrolle<sup>233</sup>.

Nach der Auffassung des BGH würde die Entscheidungsfreiheit der Europäischen Kommission ad absurdum geführt werden, sofern die nationalen Behörden über Art. 10 EG zum Einschreiten verpflichtet werden, nach dem die Kommission von ihrem Ermessen, u.a. unter Berücksichtigung der von ihr verfolgten Wettbewerbspolitik, Gebrauch gemacht und ein Einschreiten positiv abgelehnt hat. Die Maßnahmen der nationalen Kartellbehörden könnten der von der Kommission verfolgten Wettbewerbspolitik entgegenlaufen. Dieses Handeln könnte wiederum der wirksamen Umsetzung des Unionsrechts (Art. 10 EG) entgegenstehen<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> EuGH, Rs. 125/78, Slg. 1979, 3173, Tz. 18 - GEMA; C-234/89, Slg. 1991 I, 935, Tz. 44 – Delimitis.

<sup>233</sup> BGH ZIP 2001, 807, 808 „Herzklinik“, m.w.N.

<sup>234</sup> BGH ZIP 2001, 807, 808 „Herzklinik“.

## 5. Übertragbarkeit auf die siebente GWB-Novelle

Der Dritte soll nach gefestigter Rechtsprechung weder einen gebundenen Anspruch auf Einschreiten noch einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Ausübung des Aufgreifermessens haben, soweit es sich bei den streitentscheidenden Normen des materiellen Rechts nicht um Antragsverfahren handele. Subjektiv-öffentliche Ansprüche außerhalb der materiellen Antragsverfahren würden dem Dritten weder aus dem einfachen, dem Verfassungs- noch dem Europarecht erwachsen. Sowohl Wortlaut, Historie als auch Sinn und Zweck sprächen nach der Rechtsprechung gegen die Zubilligung von subjektiv-öffentlichen Rechten. Die Normen des materiellen Rechts bis zur sechsten GWB-Novelle würden ausschließlich dem öffentlichen Interesse dienen.

Sämtliche von der Rechtsprechung begutachtete Ermächtigungsgrundlagen waren Kann-Bestimmungen. Dies verdeutliche, dass ein Tätigwerden im Ermessen der Behörden stünde. Das Ermessen sei ausschließlich im öffentlichen Interesse auszuüben. Es gelte das Opportunitätsprinzip.

Bei der Ermessensausübung dürfe die Behörde Schwerpunkte zur Verhinderung einer Ressourcenüberdehnung setzen. Sofern dem Dritten die Geltendmachung seiner Rechte auf dem Zivilrechtsweg möglich sei, könne die Behörde von einem eigenen Einschreiten absehen. Lediglich im Falle schwerer, nicht reparabler Schäden beim Dritten sei die Behörde zum Einschreiten verpflichtet.

Sofern die Rechtsprechung bei ihrer Betrachtungsweise des einheitlichen Anspruchs auf Verfahrenseröffnung, Tätigwerden und Einschreiten bleibt und ihrem bisherigen Argumentationsstrang weiter folgt, ist eine Abänderung der Rechtsprechung nicht in Sicht. Zwar enthalten die §§ 1, 19 ff. GWB nunmehr keine Ermächtigungsgrundlagen mehr. Diese finden sich in den §§ 32 ff. GWB und sind in Kombination mit den §§ 1, 19 ff. GWB, Art. 101 und 102 AEUV anwendbar. Die Ermächtigungsgrundlagen sind

jedoch wie ihre Vorgängervorschriften Kann-Bestimmungen und räumen der Behörde Ermessen ein.

Mit der siebenten GWB-Novelle wurde die Möglichkeit der privaten Rechtsdurchsetzung nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers massiv gestärkt. § 33 GWB eröffnet dem Einzelnen die Möglichkeit selbst auf dem Zivilrechtsweg gegen Kartellrechtsverstöße – gleich ob nach nationalem oder europäischen Recht – vorzugehen. Das zuvor existierende Schutzrechtsproblem wurde abgeschafft. Auch auf Beweisführungsebene ist über die Regelungen des § 33 Abs. 3 S. 2 GWB eine deutliche Verbesserung des Schutzes zu verzeichnen.

All diese Argumente werden mit hoher Wahrscheinlichkeit die Rechtsprechung veranlassen, ihre bestehende Rechtsmeinung aufrechtzuerhalten. Der Rechtsprechung ist durch die Novelle kein Argument verlustig gegangen. Vielmehr kann die Rechtsprechung darauf verweisen, dass es Wunsch des Gesetzgebers war, das private law enforcement zu stärken. Die Ausweitung subjektiv-öffentlicher Rechte könnte hierzu einen Widerspruch bilden.

## **6. Rechtsprechungskritik**

### **a) Fehlende Unterscheidung**

Die Rechtsprechung selbst setzt sich nicht mit den Unterschieden zwischen einem Anspruch auf Einschreiten und einem Anspruch auf Tätigwerden auseinander. Für eine Auseinandersetzung finden sich keinerlei Anhaltspunkte in den einschlägigen Entscheidungen der Gerichte. Die Argumentation der Rechtsprechung fokussiert sich im Wesentlichen auf die Problematik des Drittanspruchs auf Einschreiten. Lediglich am Rande einiger Entscheidungen gelangt die Rechtsprechung zu dem Ergebnis, dass dort, wo kein Anspruch auf Einschreiten existiere, kein Bedürfnis zur

Klärung der Frage nach einem Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung bestehe<sup>235</sup>.

Dass ein erheblicher Unterschied zwischen dem Anspruch auf Tätigwerden und dem Anspruch auf Einschreiten besteht, wurde bereits aufgezeigt. Dieser wesentliche Unterschied gebietet es, sich intensiv mit der Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Drittanspruchs auf Verfahrenseröffnung auseinanderzusetzen.

Es hätte sich daher von Seiten der Rechtsprechung geboten, sich nach der Ablehnung eines Anspruchs auf Einschreiten mit dem Anspruch auf Tätigwerden auseinanderzusetzen. Soweit ein derartiger Anspruch anzuerkennen wäre, würde dieser zum Begehren des Beschwerdeführers auf Einschreiten ein maiore minus darstellen. Zu prüfen wäre im Falle der Anerkennung weiter, ob ein derartiger Anspruch im konkreten Fall durch Erfüllung bereits untergegangen wäre. Lediglich einige jüngere Urteile der Rechtsprechung<sup>236</sup> lassen erkennen, dass zumindest über die Möglichkeit der Existenz eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf fehlerfreie Ausübung des in den materiellen Eingriffsnormen enthaltenen Ermessens nachgedacht wird. Eine Stellungnahme zur Anerkennung oder Verneinung eines derartigen Rechts findet jedoch nicht statt.

Die Argumentation des BGH selbst verlangt eine Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten. Die Rechtsprechung kommt schließlich zur Aussage, dass in Ausnahmefällen ein Anspruch auf Einschreiten gegeben sein könne. Würde ohne hoheitliches Handeln beim Dritten ein schwerer, irreparabler Schaden eintreten, solle sich das behördliche Ermessen auf Null verdichten<sup>237</sup>. Die Ermessensausübung kann jedoch nur in einem eröffneten Verwaltungsverfahren, in denen die Vorschriften der §§ 54 ff. GWB gelten, erfolgen. Nur in einem solchen Verfahren kann die

---

<sup>235</sup> Z.B.: BGHZ 51, 61, 69 „Taxiflug“; BGH DB 1978, 741 „Rhenania-Pilsner“; BGH ZIP 2001, 807, 808 „Herzklinik“.

<sup>236</sup> BGH WuW/E BGH 3113-3114 „Rechtsschutz gegen Berufsordnung“; BGH WuW/E BGH 3035-3036.

<sup>237</sup> Z.B.: BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“.

Behörde die für ihre Entscheidung notwendigen Tatsachen entgegennehmen und rechtlich würdigen.

## **b) Kritik an Prüfungsgrundlage**

Die fehlende Unterscheidung der Rechtsprechung zwischen dem Anspruch auf Tätigwerden und dem auf Einschreiten führt dazu, dass die Rechtsprechung<sup>238</sup> ihre Prüfung ausschließlich auf das materielle Kartellverwaltungsrecht fokussiert. Anknüpfungspunkt für einen Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung könnten auch die Regelungen des Verfahrensrechts, insbesondere § 54 Abs. 1 GWB sein. Diese setzen sich im Speziellen mit den konkreten Voraussetzungen der Verfahrensdurchführung auseinander.

Der Gesetzgeber hat mit diesen Vorschriften Normen geschaffen, an welchen die Voraussetzungen einer Verfahrenseröffnung zu prüfen sind. Die materiellen Ermächtigungsgrundlagen, welche der BGH als Prüfungsgrundlage verwendet, beinhalten lediglich die Voraussetzungen für den Erlass einer Finalverfügung, welche ein Verwaltungsverfahren abschließen kann, aber nicht muss. Sie regeln nur den Abschluss des Verwaltungsverfahrens, nicht aber, ob überhaupt ein solches betrieben wird. Gegebenenfalls sind diese Verfahrensnormen geeignet, Individualansprüche auf Eröffnung und Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens zu vermitteln.

Neben den Normen des materiellen Kartellrechts sollten auch die Vorschriften des Verfahrensrechts zur Beantwortung der Frage nach dem Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden herangezogen werden.

---

<sup>238</sup> Z.B.: BGH DB 1978, 741 „Rhenania-Pilsner“.

### **c) Kritik am Rechtsverhältnis**

Da die Rechtsprechung ihre Argumentation ausschließlich auf den materiell-rechtlichen Ermächtigungsgrundlagen aufbaut, ist Gegenstand der rechtlichen Betrachtungen stets ein Dreiecksverhältnis, bestehend aus Drittem, Behörde und potentiellm Störer. Aufgrund dieses Verhältnisses stellt die Rechtsprechung fortlaufend die Frage, ob einzelne Normen Drittschutz gegenüber dem Störer vermitteln.

Zu einem anderen maßgeblichen Rechtsverhältnis würde man jedoch gelangen, wenn man § 22 VwVfG oder § 54 Abs. 1 GWB als maßgeblichen Prüfungsmaßstab für den Anspruch auf Tätigwerden ansieht. Hier steht das Rechtsverhältnis zwischen Behörde und Dritten im Vordergrund. Die Möglichkeit des Dritten, eigene Ansprüche auf Unterlassen oder Schadensersatz gegenüber dem Störer durchzusetzen, spielt in diesem Verhältnis allenfalls eine mittelbare Rolle. Dies u.a. auch unter dem Gesichtspunkt, dass ein Anspruch auf Tätigwerden primär nicht auf die Abstellung und Sanktionierung von Wettbewerbsverstößen gerichtet ist, sondern auf die Aufklärung und Bewertung wettbewerbsrelevanten Verhaltens.

### **d) Kritik am Ermessensanspruch**

Da die Rechtsprechung den Anspruch auf Verfahrensdurchführung als unselbständigen Annex zum Anspruch auf Einschreiten betrachtet, zieht sie als Prüfungsgrundlage die als Ermessensvorschriften ausgestalteten Ermächtigungsgrundlagen des materiellen Rechts heran. Hierdurch schneidet sie sich die Diskussion ab, ob denn die Verfahrenseröffnung überhaupt eigenständig im Ermessen der Behörde steht oder stehen kann. Während § 22 S. 1 VwVfG ausdrücklich die amtswegige Verfahrenseröffnung in das Ermessen der Verwaltung stellt, ist der Wortlaut des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB nicht so eindeutig.

Zweifel sind auch bei den von der Rechtsprechung vorgebrachten teleologischen Argumenten angezeigt. Der BGH geht davon aus, dass im Rah-

men der Ermessensausübung Individualinteressen nicht zu berücksichtigen seien, da das Kartellverwaltungsrecht ausschließlich dem Schutze der Allgemeinheit diene.

Es muss hinterfragt werden, ob im Kartellrecht überhaupt eine Unterscheidung zwischen Individual- und Allgemeininteressen möglich und durch das GWB gewollt ist. Schließlich führt die Beeinträchtigung eines einzelnen Wettbewerbers infolge volkswirtschaftlicher Verknüpfungen sämtlicher Marktteilnehmer untereinander – hierbei sei nochmals auf die Darstellung der Wettbewerbsvorteile verwiesen – immer zu einer Beeinträchtigung der Allgemeinheit.

Von daher ist es verwunderlich, dass die Rechtsprechung sehr pauschal unter dem Hinweis auf die Ermessenseinräumung darauf verweist, dass im Kartellverwaltungsrecht das Opportunitätsprinzip gelte und daher die Behörde lediglich anhand rein objektiver Kriterien entscheiden könne, ob sie ein Verfahren einleite und betreibe. Die Kartellgerichte übersehen, dass die bloße Einräumung behördlichen Ermessens in Eingriffs- oder Ermächtigungsnormen nicht dazu führt, dass subjektiv-öffentliche Individualansprüche stets ausgeschlossen sind<sup>239</sup>.

Es kann zu Gunsten Einzelner auch ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung existieren. Die Rechtsprechung hat hierzu bislang nicht ausdrücklich<sup>240</sup> Stellung genommen bzw. die angegriffenen Verwaltungsentscheidungen auf Ermessensfehler geprüft. Die Argumentation des BGH kann auch diesbezüglich nicht als abschließend betrachtet werden.

---

<sup>239</sup> Aschke in Bader/Ronellenfisch, Beck-OK VwVfG, § 40 Rn 76 f..

<sup>240</sup> Erstmals erwähnt, jedoch ohne abschließende Stellungnahme: BGH WuW/E BGH 3113-3114 „Rechtsschutz gegen Berufsordnung“.

## e) Kritik an Ermessensgründe

### aa) Fokussierung auf Großverfahren

Auch die These der Rechtsprechung, die Kartellbehörden müssten lediglich die nach behördlicher Auffassung „*gravierenden und volkswirtschaftlich bedeutsamen Fälle*“<sup>241</sup> aufgreifen, stößt auf Bedenken.

Wettbewerbsverstöße gegen kleinere Marktteilnehmer auf begrenzten Märkten könnten damit der staatlichen Kontrolle und dem staatlichen Schutze entzogen sein. Hierdurch könnten die Verwaltungsvorschriften des GWB lediglich zum Schutzgesetz der „Großkopferten“ werden. Dies entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, welcher im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zur siebenten GWB-Novelle ausdrücklich die Gleichstellung kleinerer und mittlerer Unternehmen mit großen Unternehmen wünschte<sup>242</sup>.

Im Hinblick auf Verstöße gegen § 1 GWB sei darauf verwiesen, dass diese das Vorliegen oder Bezwecken einer spürbaren Wettbewerbsbeeinträchtigung voraussetzen. Eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung liegt regelmäßig erst vor, wenn die handelnden Unternehmen auf dem sachlich und räumlich relevanten Markt einen maßgeblichen Anteil haben<sup>243</sup>.

Unter Beachtung dieser Voraussetzungen ist es bei Verstößen gegen § 1 GWB bereits fraglich, ob diese außerhalb volkswirtschaftlicher Relevanz sein können. Hier ließe sich argumentieren, dass nur volkswirtschaftlich relevante Vereinbarungen zwischen Unternehmen überhaupt zu einer Spürbarkeit führen und somit den Tatbestand des § 1 GWB verwirklichen können.

---

<sup>241</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

<sup>242</sup> Reg-E BR-Drucks. 441-04, S. 38.

<sup>243</sup> BGH WuW/E DE-R 289, 295 „Lottospielgemeinschaft“; Zimmer in I/M-GWB, § 1 Rn 171 ff. unter Hinweis auf die entsprechenden Bagatellbekanntmachungen des BKartA und der Kommission.

*bb) Vorrang des Kartellzivilrechts*

Ebenso einer kritischen Prüfung zu unterziehen ist die Ansicht der Rechtsprechung, dass ein behördliches Einschreiten selbst im Falle der Gefahr irreparabler, erheblicher Schäden für den Dritten ausscheide, wenn der Dritte den Eintritt der Schäden selbst verhindern könne. Dies sei immer gegeben, wenn dem Dritten der Zivilrechtsweg zur Wahrung seiner Rechte offen stehe<sup>244</sup>.

Da mittlerweile jeder Verstoß gegen das GWB und die Art. 101 und 102 AEUV, sofern er den eigenen Rechtskreis berührt, zivilrechtlich verfolgbar ist, bliebe kein Raum für einen Anspruch auf behördlichen Individualschutz. Vor einer derartigen Pauschalaussage muss jedoch ein Vergleich der Reichweite und der Effektivität des Rechtsschutzes im öffentlichen und im Zivilrecht durchgeführt werden.

Im Rahmen der Effektivitätsprüfung ist zu hinterfragen, ob der Verweis auf den Zivilrechtsweg zumutbar ist. Soweit die Rechtsprechung es u.a. für hinnehmbar ansieht, dass Betroffene mit einer Befassung ihrer Interessen durch die Rechtsprechung mehr als zwei Jahre warten müssen<sup>245</sup>, während der Erlass einer zunächst regelnden Verwaltungsverfügung nur wenige Wochen dauern würde, stellt sich die Frage, ob der Staat wirksam sein Gewaltmonopol durchsetzt und damit rechtfertigt.

Auch der Hinweis der Rechtsprechung, dass gegebenenfalls das überlastete Gericht zur Verbesserung seiner Leistungsfähigkeit verpflichtet sei, muss bei der Bewertung der Zumutbarkeit des Verweises auf den Zivilrechtsweg geprüft werden. Schließlich verkürzt sich der Rechtsschutz in der Sache, wenn der Betroffene zunächst auf Schaffung effektiver Strukturen klagen muss<sup>246</sup>.

---

<sup>244</sup> KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“.

<sup>245</sup> So OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 548 „Herzklinik“.

<sup>246</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 548 „Herzklinik“.

Die Rechtsprechung hätte in ihrer Argumentation daher darauf eingehen müssen, ob eine nach Gesetz zuständige Behörde nicht mitberücksichtigen muss, ob sie den Bürger zur Erlangung von Rechtsschutz an eine andere staatliche Stelle verweisen darf, wohl wissend, dass der aufgezeigte Weg dem Bürger nicht den gleichen effektiven Schutz vermitteln kann, wie das eigene Handeln.

Hierbei muss berücksichtigt werden, dass der moderne Staat dem Wohle seiner Bürger verpflichtet ist und Gesetze diesem Wohl dienen sollen. Keinesfalls dürfen Gesetze nur einem Selbstzweck oder einem dem Bürger bzw. einer Mehrheit von Individuen nicht zuordenbarem Wohl dienen. Zu dieser Erkenntnis kamen schon die Väter und Mütter des Grundgesetzes, welche im Herrenchiemsee-Entwurf zum Grundgesetz zunächst folgende Formulierung zu Art. 1 Abs. 1 unseres Grundgesetzes vorsahen: *„Der Staat ist um des Menschen Willen da, nicht der Mensch um des Staats willen.“*<sup>247</sup>

#### **f) Kritik an verfassungsrechtlicher Argumentation**

Unabhängig von der Frage einer tatsächlichen Grundrechtsbeeinträchtigung im Falle des Untätigbleibens der Kartellbehörde sind die verfassungsrechtlichen Ausführungen der Rechtsprechung dahingehend zu überprüfen, ob sie den Anforderungen der modernen Grundrechtslehre genügen.

Nach Ansicht der Rechtsprechung stelle ein Untätigbleiben keinen gezielten Eingriff in die Rechtsposition eines Grundrechtsträgers dar. Es fehle bereits an einem Eingriff<sup>248</sup>. Das BVerfG hat sich jedoch bereits vor Jahrzehnten von der Lehre vom engen Eingriffsbegriff verabschiedet, welche einen finalen und unmittelbaren Eingriff in Grundrechtspositionen verlangt. Nach herrschender Auffassung genügt zur Bejahung eines Eingriffs jede

---

<sup>247</sup> Hierauf auch hinweisend: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 32.

<sup>248</sup> OLG Düsseldorf, AG 2006, 247, 248.

mittelbare Wirkung staatlichen Handelns, sofern und soweit die Wirkung vorhersehbar und adäquat kausal dem hoheitlichen Handeln zurechenbar ist<sup>249</sup>. Hierunter kann auch ein Untätigbleiben fallen, wenn dieses in hinreichend vorhersehbarer Weise zu einer Grundrechtsbeeinträchtigung führt.

### **g) Kritik an europarechtlicher Argumentation**

Soweit die Rechtsprechung ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden mit Argumenten des Unionsrechts ablehnt, ist auch hier bei näherer Betrachtung festzustellen, dass diese Argumente nicht genügen, um das Vorhandensein eines Individualrechts auf Tätigwerden der Kartellbehörden auszuschließen.

#### *aa) Fehlerhafte Vergleichsnorm*

In seinem Beschluss vom 06.03.2001<sup>250</sup> führte der BGH Art. 3 Abs. 1 und 2 lit. b der VO (EWG) 17/62 ins Feld. Jedoch befasst sich Art 3 Abs. 1 VO (EWG) 17/62 wiederum ausschließlich mit dem Ermessen zum Erlass von Finalmaßnahmen und somit mit dem Entschließungs- und Auswahlermessen. Die Norm beschäftigt sich nicht mit der Verfahrenseröffnung und -durchführung sondern mit dessen Ergebnis. Dies verdeutlicht wiederum die mangelnde Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten durch die Rechtsprechung.

Der Rechtsprechung muss jedoch zugebilligt werden, dass es sowohl in der VO (EWG) 17/62 als auch in der Nachfolgeverordnung (EG) 1/2003 an einer konkreten Regelung zur Verfahrenseröffnung vergleichbar mit § 54 Abs. 1 GWB fehlt. Folglich müssen sich auf europäischer Ebene die Grundsätze für eine Verfahrenseröffnung aus den allgemeinen Grundsätzen ergeben, in welche auch Erwägungen aus den Ermächtigungsnormen für den Erlass von Finalmaßnahmen einfließen. Eine ausschließlich unmit-

---

<sup>249</sup> BVerfGE 105, 279, 303 ff.; Herdegen in Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 Rn 39, m.w.N.

<sup>250</sup> BGH ZIP 2001, 807-808.

telbare Anwendung der Ermächtigungsnormen auf die Problematik des Anspruchs der Verfahrenseröffnung ist jedoch nicht möglich.

*bb) Fehlerhafte Gleichsetzung Bundeskartellamt mit Kommission*

Gleichwohl ist fraglich, ob denn die Befugnisse der nationalen Kartellbehörden mit denen der Europäischen Kommission vollständig vergleichbar sind. Der BGH<sup>251</sup> und die herrschende Literatur<sup>252</sup> möchten dem Kartellamt das Recht zur aktiven Duldung von Wettbewerbsverstößen zusprechen, wie es auch der Kommission gewährt wird.

Positiv ist das Recht zur aktiven Duldung von Wettbewerbsverstößen durch die Kommission nicht festgeschrieben. Dennoch kann man der Kommission ein solches Recht zubilligen. Die Kommission erfüllt nicht nur exekutive Aufgaben. Sie hat auch politische Entscheidungsmacht mit legislativem Charakter. Von daher ist sie berechtigt, dass ihr eingeräumte Ermessen nicht nur anhand enger gesetzlicher Vorgaben auszuüben. Im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens darf sie auch politische Erwägungen, soweit diese den Gemeinschaftszielen dienen, miteinbeziehen.

Anders sieht es bei den nationalen Kartellbehörden aus. Entgegen der h.M.<sup>253</sup> kann diesen kein Recht zur aktiven Duldung von Kartellrechtsverstößen zugebilligt werden. Art. 20 Abs. 3 GG bindet die nationalen Kartellbehörden an Recht und Gesetz. Das GWB räumt den Behörden an keiner Stelle das Recht zur aktiven Duldung ein und stellt somit die Gesetzesanwendung in den Gusto der Exekutive.

Insbesondere das Bundeskartellamt darf in seine Erwägungen keine politischen Erwägungen miteinbeziehen. Dies betrifft insbesondere Erwägungen für das gesamtwirtschaftliche Gemeinwohl. Ausschließlich dem Wirtschaftsminister wird ein derartiges politisches Interventionsrecht über die

<sup>251</sup> BGH ZIP 2001, 807, 808, m.w.N.

<sup>252</sup> Z.B.: Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 c Rn 1.

<sup>253</sup> Z.B.: OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1757, 1770; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 4, § 81 Rn 3.

Ausnahmevorschrift des § 42 GWB zugebilligt<sup>254</sup>. Der Anwendungsbereich von Ausnahmevorschriften ist eng zu ziehen<sup>255</sup>. Das Kartellamt hat sich daher bei seinen Ermessenserwägungen ausschließlich an die vom Gesetzgeber im GWB niedergelegten Vorgaben zu halten. Der Gesetzgeber hat in den Normen des GWB für die Exekutive verbindlich vorgegeben, welches Verhalten im Wettbewerb nicht toleriert werden kann.

Allenfalls kann die Entscheidung des Kartellamtes daher lauten, dass die Verhängung von verwaltungsrechtlichen Sanktionen unverhältnismäßig ist, wobei eine Verfügung mit der Verpflichtung zur Abstellung von Kartellrechtsverstößen gegebenenfalls unter Einräumung einer billigen Frist niemals unverhältnismäßig sein kann. Es ist lediglich die Aufforderung zu rechtskonformen Verhalten.

### *cc) Aushebelung des effet utile*

Unbeachtet bleibt ferner die Frage, ob denn die Kartellbehörden aus Art. 4 Abs. 3 EUV, welcher den Mitgliedstaaten auferlegt, die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen, verpflichtet ist, einen Sachverhalt aufzugreifen, wenn auch die Kommission diesen aufgreifen könnte; es aber aus reinen Kapazitätsengpässen unterlässt. In diesem Fall könnte sich aus der Pflicht des Art. 4 Abs. 3 EUV eine Pflicht zur Verfahrensdurchführung quasi im Rahmen der „Amtshilfe“ ergeben. Art. 5 und 11 VO (EG) 1/2003 räumen den nationalen Kartellbehörden ausdrücklich das Recht zur Umsetzung des Gemeinschaftskartellrechts ein.

Insbesondere die Argumentation des OLG Düsseldorf in der „Herzklinik-Entscheidung“<sup>256</sup> lässt Zweifel aufkommen, ob denn die Rechtsprechung den Effektivitätsgrundsatz zur Umsetzung des Unionsrechts bei der Auslegung des § 50 Abs. 2 S. 2 GWB a.F. (nunmehr Abs. 3 S. 2 GWB) hinreichend berücksichtigt hat. Können die nationalen Kartellbehörden selbst

---

<sup>254</sup> Mestmäcker/ Veelken in I/M-GWB, § 42 Rn 2.

<sup>255</sup> OLG Düsseldorf NZBau 2011, 501, 503; OVG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 13.12.2011, Az.: OVG 12 B 24.11.

<sup>256</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

entscheiden, ob sie gegen einen Verstoß gegen Art. 101 und 102 AEUV vorgehen, würde die praktische Umsetzung des Europarechts und damit dessen Wirksamkeit in das Belieben der Mitgliedstaaten gestellt werden.

Dies widerspricht der gängigen Rechtsprechung des EuGH. Dieser verlangt in Anlehnung an Art. 10 EG (nunmehr Art 4 Abs. 3 EUV), dass die Exekutive der Mitgliedstaaten das Unionsrecht so umsetzen, dass es hierbei nicht zu Beeinträchtigungen der Wirksamkeit und Tragweite des Unionsrechts kommt. Ein vollständiger, einheitlicher und effektiver Vollzug ist durch die nationale Verwaltung bei der Umsetzung des Unionsrechts sicherzustellen<sup>257</sup>. Die nationalen Verfahrensordnungen sind bei der Umsetzung des Unionsrechts zwar maßgeblich, müssen aber im Lichte des Effektivitätsprinzips ausgelegt werden<sup>258</sup>.

Die Argumentation des OLG Düsseldorf in seiner „Herzklinik-Entscheidung“<sup>259</sup> verkehrt die vom EuGH aufgestellten Grundsätze ins Gegenteil. Hier würde das nationale Recht die Tragweite des Europarechts bestimmen und diesem Grenzen setzen können. Im konkreten Fall könnten die nationalen Behörden und Gerichte entscheiden, ob und in welchem Umfang die Verbote der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) auf nationaler Ebene umgesetzt werden.

Der Vorrang des Europarechts gebietet die Prüfung, ob dessen Vorgaben es erfordern, dass nationales Recht im europafreundlichsten Sinne ausgelegt wird bzw. im Falle des Widerspruchs des nationalen Rechts zum Europarecht nicht angewandt wird<sup>260</sup>. Demzufolge kann sich das Bundeskartellamt im Zweifel nicht darauf berufen, dass zwar das Europarecht sein Einschreiten zu Gunsten des Dritten fordere, es dieser Pflicht jedoch aufgrund der Regelung in § 50 Abs. 3 S. 2 GWB nicht nachkomme, da der nationale Gesetzgeber der Behörde eine solche Pflicht nicht aufgegeben

---

<sup>257</sup> Urteil des EuGH vom 21.09.1989, Rs. C-68/88, Slg. 1989, 2965, Rn. 24 f., Kommission/Griechenland.

<sup>258</sup> Kahl in Callies/ Ruffert, EUV/ AEUV, Art 10 Rn 31.

<sup>259</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 549 „Herzklinik“.

<sup>260</sup> EuGHE 1964, 1251; 1970, 1125, 1171

habe. Dies kann jedoch nur gelten, sofern das Unionsrecht einzelnen Wettbewerbern ein Recht auf Tätigwerden der Kommission als Wettbewerbsbehörde zu billigt.

#### **h) Zwischenergebnis**

Die in der Rechtsprechung vorgefundene Argumentation erscheint nicht geeignet, die Frage nach einem subjektiv-öffentlichen Recht auf Tätigwerden der Behörden im Kartellverwaltungsverfahren zu beantworten. Der wesentliche Teil der in den Entscheidungen vorgebrachten Argumente fokussiert sich auf den Anspruch auf Erlass einer Finalverfügung. Ein etwaiges isoliertes Recht auf Tätigwerden wird von der Rechtsprechung nicht hinreichend beleuchtet.

### **III. Ansicht der Literatur**

#### **1. Herrschende Lehre**

Mehrheitlich folgt die herrschende Lehre<sup>261</sup> – insbesondere die überwiegende Kommentarliteratur – der Ansicht der Rechtsprechung. Diese sieht gleichwohl die Kartellbehörde nicht in der Pflicht, ihr bekannt gewordene Kartellrechtsverstöße im Rahmen eines Verwaltungs- oder Bußgeldverfahrens aufzugreifen.

Grundsätzlich stehe nach deutschem Recht zwar jeder Person die Möglichkeit zu, sich über Kartellverstöße zu beschweren. Diese Beschwerde könne formfrei und ohne Nachweis einer eigenen Beschwerde bei der Behörde eingereicht werden. Im Grundsatz sei die Behörde jedoch nicht ver-

---

<sup>261</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 4, § 54 Rn 2; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8; Becker in L/M/R, § 54 Rn 3; Junge in GK § 51 Rn 9; differenzierender aber im Ergebnis gleich: K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 7.

pflichtet, einer Drittbeschwerde nachzugehen<sup>262</sup>. Sie könne Rechtsverstöße sogar aktiv dulden<sup>263</sup>.

### a) Differenzierungsansatz

Im Gegensatz zur Rechtsprechung findet in der herrschenden Lehre eine diffizilere Auseinandersetzung mit der Frage nach einem Anspruch auf Verfahrenseröffnung statt, wobei teilweise eine Verquickung der Argumentationen bezüglich des Problems eines Anspruchs auf Einschreiten mit der hier untersuchten Fragestellung zu verzeichnen ist<sup>264</sup>. Anknüpfungspunkt für die Frage nach einem subjektiven Recht auf Verfahrensdurchführung ist hierbei § 54 Abs. 1 S. 1 GWB. Dieser ist keine materiell-rechtliche Norm sondern eine Verfahrensvorschrift.

### b) Pflicht und Ermessen zur Verfahrenseröffnung

Nach § 54 Abs. 1 S. 1 GWB leitet die Behörde ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag ein. Die Norm stimme laut Kiecker<sup>265</sup> mit § 22 VwVfG überein, welcher gleichfalls festhält, dass Behörden im Falle des Fehlens von spezialgesetzlichen Regelungen ein Verfahren von Amts wegen oder auf Antrag einleiten können.

Bei Antragsverfahren bestehe nach der herrschenden Lehre nicht nur eine Pflicht zur Verfahrenseröffnung, vielmehr sei die Antragstellung des Dritten bereits der Beginn des Verwaltungsverfahrens<sup>266</sup>. Anderes gelte bei Amtsverfahren. Hier entscheide ausschließlich die Behörde nach pflicht-

<sup>262</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 6.

<sup>263</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 4; Rehbinder in L/M/R, § 32 Rn 9.

<sup>264</sup> Z.B.: Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 39, § 51 Rn 9, 12; Emmerich in I/M-GWB, § 32 Rn 14; anders K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3, Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 57; vermischend Rn 7; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>265</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>266</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3, 7; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 14; Becker in L/M/R, § 54 Rn 8.

gemäßem Ermessen, ob sie ein Verfahren durchführen werde. Es gelte das Opportunitätsprinzip<sup>267</sup>. Die Herrschaft über das Amtsverfahren liege ausschließlich bei der Behörde<sup>268</sup>. Anders als im Strafrecht sei die Kartellbehörde nicht dem Legalitätsprinzip unterworfen<sup>269</sup>.

### c) Unterscheidung Antrags- und Amtsverfahren

Antrags- und Amtsverfahren seien streng von einander abzugrenzen<sup>270</sup>. Antragsverfahren unterscheiden sich nach der Auffassung von Bechtold<sup>271</sup> in ihrer Rechtsfolge von den Amtsverfahren. Erstere seien stets auf den Erlass eines begünstigenden Verwaltungsaktes gerichtet, während Amtsverfahren mit dem Ziel des Erlasses einer belastenden Verfügung geführt werden.

Diese Aufteilung ist stark pauschalisierend, da Verfügungen, die den Adressaten begünstigen, regelmäßig spiegelbildlich einen Dritten belasten. Umgekehrtes gilt meist für Verwaltungsakte, die den Empfänger belasten. Somit kann die Unterscheidung Bechtolds nur im unmittelbaren Verhältnis zwischen Behörde und Empfänger Geltung verlangen. Auch in diesem Verhältnis lassen sich Ausnahmen finden. So gilt das Freigabeverfahren nach § 40 GWB nach der herrschenden Meinung<sup>272</sup> als Amtsverfahren. Hier kann die Behörde eine den Adressaten begünstigende Verfügung erlassen. Bechtold ist jedoch der – hier nicht näher zu vertiefenden und von der herrschenden Meinung abweichenden – Auffassung, beim Freigabeverfahren des § 40 GWB handle es sich um ein Antragsverfahren<sup>273</sup>.

<sup>267</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 30 Rn 11, § 51 Rn 9; Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>268</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 7; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; Junge in GK, § 51 Rn 9.

<sup>269</sup> Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>270</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 39.

<sup>271</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2.

<sup>272</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 59; Becker in L/M/R, § 54 Rn 6.

<sup>273</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3.

Für sich betrachtet würden diese Ausführungen auch genügen, um das Begehren des Dritten auf Tätigwerden oder Einschreiten der Kartellbehörde gegen einen Marktbeteiligten als Antrag i.S.d. § 54 Abs. 1 S. 1 GWB einzuordnen. Schließlich begehrt der Dritte final eine für sich positive Verfügung gegen den anderen Marktteilnehmer in Form eines drittbelastenden Verwaltungsaktes. Trotzdem lässt Bechtold das Begehren des Dritten auf Einschreiten nicht als Antrag im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB gelten<sup>274</sup>.

#### **d) Antragsbegriff**

Das Begehren des Dritten, gegen einen anderen Marktteilnehmer ein Verfahren einzuleiten, stellt nach Auffassung der herrschenden Literatur keinen Antrag i.S.d. § 54 Abs. 1 S. 1 GWB dar<sup>275</sup>. Zwar seien an den Begriff des Antrags keine hohen Anforderungen zu stellen. Dies gelte jedoch nur für Anträge in den formellen Antragsverfahren<sup>276</sup>.

Das Begehren eines Dritten, ein Verfahren gegen einen anderen Marktteilnehmer einzuleiten, erfülle die Voraussetzungen an ein formelles Antragsverfahren nicht. Sobald die Kartellbehörde das vom Dritten begehrte Verfahren auch ohne seinen Antrag von Amts wegen einleiten könne, sei das Drittbegehren nicht als Antrag im Sinne des § 54 GWB zu verstehen<sup>277</sup>.

Begehre ein Dritter die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens so stelle sein Verlangen lediglich eine formlose Anregung zur Eröffnung eines Amtsverfahrens dar. Diese Anregung sei für die Behörden jedoch nicht

---

<sup>274</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2.

<sup>275</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 30 Rn 11, § 51 Rn 9; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 12.

<sup>276</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 40; Becker in L/M/R, § 54 Rn 5.

<sup>277</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3.

bindend. Bezüglich der Einleitung eines Amtsverfahrens stehe der Behörde ein Aufgreifermessen zu<sup>278</sup>.

Das GWB enthalte nach der herrschenden Literatur einen formellen Antragsbegriff und einen numerus clausus der Antragsverfahren<sup>279</sup>. Diese Konsequenz ergebe sich aus der Rechtsfolge, welche die Antragstellung in den im GWB ausdrücklich geregelten Antragsverfahren auslöse<sup>280</sup>.

Antragsverfahren würden nicht nur „auf“ sondern vielmehr „durch“ Antrag eingeleitet werden. Der Antrag sei eine wesentliche Verfahrensvoraussetzung. Bereits mit der Antragstellung, nicht erst mit Aufnahme der behördlichen Tätigkeit sei bei Antragsverfahren das Verfahren eingeleitet. Die Rücknahme des Antrags beende das Verfahren, sofern nicht ein Dritter einen korrespondierenden Antrag gestellt habe oder die Behörde das Verfahren als Amtsverfahren weiterführen dürfe<sup>281</sup>.

Antragsteller i.S.d. § 54 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GWB soll daher nur derjenige sein, dessen Antrag zwingende Voraussetzung für das Verfahren sei<sup>282</sup>. Dies seien die Verfahren nach §§ 3 Abs. 2 (Antrag auf Nichteinschreitenserklärung), 24 Abs. 3 (Eintragung von Wettbewerbsregeln), 30 Abs. 3 (Antrag auf Aufhebung einer Verlags-Preisbindung), 41 Abs. 2 (Befreiung vom Vollzugsverbot), 42 (Ministererlaubnis) und 54 Abs. 2 Nr. 3 (Beiladung) GWB<sup>283</sup>.

Das Recht zur Stellung eines Antrags sei nach Kiecker<sup>284</sup> ausdrücklich an das Vorhandensein eines subjektiven Rechts gebunden, wobei er ausdrücklich auf das Beispiel des § 32 i.V.m. § 20 Abs. 1 GWB und damit auf

<sup>278</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 6; Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9; Becker in L/M/R, § 54 Rn 8; Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>279</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 11; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 59; Junge in GK § 51 Rn 12.

<sup>280</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3.

<sup>281</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 4.

<sup>282</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 16; Junge in GK § 51 Rn 12.

<sup>283</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 40.

<sup>284</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 12.

subjektiv-öffentliche Ansprüche aus dem materiellen Recht verweist. Mit- hin schließt Kiecker das Bestehen eines isolierten Anspruchs auf Tätig- werden aus. Ähnlich äußert sich Becker<sup>285</sup>, welcher Antragsrechte nur aus dem materiellen Recht entspringen lassen möchte. Andere Vertreter der herrschenden Literatur sprechen dies nicht so eindeutig aus. Der Tenor ihrer Argumentation lässt jedoch frei von Zweifeln erkennen, dass sie der These folgen.

Eine Ausdehnung des Antragsbegriffes auf das Begehren eines Dritten auf Einschreiten gegen einen Marktbeteiligten sei nicht möglich. Insbe- sondere K. Schmidt hält etwaigen Anhängern einer Ausdehnung des in § 54 Abs. 1 GWB verwendeten Antragsbegriffs über die vorgenannten im Gesetz verankerten Antragsverfahren hinaus eine Diskussion „*de lege ferenda*“<sup>286</sup> vor. Das Gesetz biete mit seinem *numerus clausus* der An- tragsverfahren keinen Raum für eine derartige Erweiterung.

Teilweise würde auch eine Verwechslung eines formellen Antragsrechts mit der Diskussion um subjektiv-öffentliche Rechte stattfinden. Nicht jedes Begehren, mit welchem ein Dritter unter Berufung auf ein vermeintliches subjektives Recht die Vornahme einer behördlichen Maßnahme verlange, sei – auch wenn der Dritte sein Begehren als „Antrag“ betitele – ein An- tragsverfahren im Sinne des GWB<sup>287</sup>. Nach der Auffassung von K. Schmidt könne folglich ein Anspruch auf Erlass eines Verwaltungsaktes bestehen, ohne dass ein Anspruch auf Verfahrenseröffnung gegeben wä- re.

---

<sup>285</sup> Becker in L/M/R, § 54 Rn 5.

<sup>286</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3.

<sup>287</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3.

## e) Inhalt und Reichweite des Opportunitätsgrundsatzes

### aa) Gerichtliche Überprüfbarkeit der Ermessensausübung

Das Amtsverfahren soll auch nach Auffassung der herrschenden Lehre vom Opportunitätsprinzip bestimmt sein<sup>288</sup>. Die Durchführung von Amtsverfahren liege ausschließlich im Ermessen der Behörde. Das Ermessen müsse entsprechend den Vorgaben des § 22 VwVfG pflichtgemäß ausgeübt werden<sup>289</sup>. Die Ermessensausübung sei jedoch nur beschränkt durch die Gerichte überprüfbar<sup>290</sup>.

Die von der Rechtsprechung vorgetragene Argumente zur Ablehnung eines Anspruchs auf Einschreiten verwendet die Literatur gleichfalls, um eine Ermessensentscheidung bezogen auf ein Tätigwerden zu Gunsten des Dritten abzulehnen.

### bb) Vorrang des Kartellzivilrechts

Absolutes Ausschlusskriterium für ein Tätigwerden der Kartellbehörde ist nach der Auffassung der herrschenden Literatur, wenn die Rechtsverfolgung ausschließlich im Individualinteresse des Dritten liege<sup>291</sup>. Die Exekutive diene dem Gemeinwohl. Ihre Aufgabe sei nicht die Durchsetzung rein privatrechtlicher Individualinteressen<sup>292</sup>.

Immer dann, wenn sich ein privatrechtlicher Anspruch in seinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen mit denen eines behördlichen Handelns decke und der Dritte den drohenden Schaden aus eigener Kraft abwenden könne, soll kein Anspruch eines Dritten gegenüber der Behörde auf Tätigwerden bestehen. Verwaltungsbehördliches Eingreifen sei gegenüber zi-

<sup>288</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3; Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 60.

<sup>289</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9; Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>290</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 5.

<sup>291</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 10; Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9.

<sup>292</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9.

vilrechtlichen Ansprüchen stets subsidiär<sup>293</sup>. Soweit dem Dritten zur Wahrung seiner Rechte der Zivilrechtsweg offen stehe und er einen drohenden Schaden aus eigener Kraft abwenden könne, dürfe die Kartellbehörde dies berücksichtigen und von einem Einschreiten absehen<sup>294</sup>.

Das Tätigwerden der Behörde sei zur Wahrung privater Rechte nicht zwingend erforderlich, da diese auch ohne das Eingreifen der Behörde verteidigt werden können. Schließlich seien diese Rechte bereits durch die verletzten Gebotsgesetze geschützt, deren Wahrung der Private über § 33 GWB auf dem Zivilrechtsweg durchsetzen könne. Für ein subjektiv-öffentliches Recht parallel zum Privatrecht bestehe kein Raum. Gleiches gelte für Verfügungen nach § 34 GWB sowie § 50 GWB i.V.m. Art. 35 VO (EG) 1/2003<sup>295</sup>.

Etwas anderes solle generell nur gelten, wenn dem Dritten ein schwerer Schaden drohe, *„der auf andere Weise nicht abgewendet werden kann, weil aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen keine zivilrechtliche Klage möglich ist.“*<sup>296</sup> Nach der siebenten GWB-Novelle sind praktische Fälle, in denen ein Marktteilnehmer aus rechtlichen Gründen nicht über das Zivilrecht gegen Kartellrechtsverstöße vorgehen kann, nicht denkbar. Da nach Auffassung der Literatur die Anspruchsdurchsetzung auf dem Zivilrechtsweg nicht mühsamer sei als im Verwaltungsverfahren<sup>297</sup>, sei somit nach gegenwärtiger Rechtslage ein Tätigwerden der Kartellbehörden zu Gunsten eines Dritten vollständig ausgeschlossen<sup>298</sup>.

Auch nach der siebenten GWB-Novelle würde § 32 GWB selbst dann kein subjektives Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörde vermitteln, wenn aufgrund der Umstände des Einzelfalls nur ein Tätigwerden im Sinne des

---

<sup>293</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 10.

<sup>294</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9; Becker in L/M/R, § 54 Rn 3; Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 60.

<sup>295</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 8.

<sup>296</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 11; ähnlich Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 61.

<sup>297</sup> Werner, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen, S. 60.

<sup>298</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 10.

Dritten pflichtgemäß wäre<sup>299</sup>. Der Dritte könne die Kartellbehörde selbst dann nicht zum Einschreiten verpflichten, wenn sich das Ermessen der Behörde auf Null reduziere<sup>300</sup>.

Auch wenn ein Verwaltungsverfahren über die Regelungen des § 33 GWB die Durchsetzung deliktischer Ansprüche als Ergebnis der siebenten GWB-Novelle deutlich vereinfache, bestehe kein Anspruch auf Verfahrensdurchführung. Verfügungen auf Grundlage von § 32 GWB dienen nur zur Konkretisierung und Sanktionierung bereits vorhandener Verbotstatbestände, nicht aber der Vorbereitung privater Rechtsdurchsetzung<sup>301</sup>.

### *cc) Einschränkung des Vorrangs des Kartellzivilrechts durch Klose*

Klose<sup>302</sup> erweitert den Umfang der im Rahmen des Ermessens zu prüfenden Umstände. Zunächst solle die Behörde bei der Ausübung des Entschließungsermessens nicht nur zivilrechtliche Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung berücksichtigen. Sie solle bei Ausübung des Ermessens auch prüfen, ob denn der Dritte überhaupt etwaig vorhandene Ansprüche zur Abwehr drohender Schäden aus eigener Kraft durchsetzen könne. Dies würde voraussetzen, dass die Kartellbehörden sowohl eine Effektivitätsprüfung des alternativen Zivilverfahrens als auch eine Prüfung der subjektiven Leistungsfähigkeit des Dritten zur eigenen Rechtswahrung durchführen müsste. Die Effektivitätsprüfung nach Klose würde also ein objektives und subjektives Element umfassen.

Unter Berücksichtigung der allgemeinen Aussage von Klose darf aber wohl davon ausgegangen werden, dass nach seiner Ansicht der objektive Rechtsschein stets dafür spricht, dass der Zivilrechtsweg gleich effektiv ist und Individuen stets subjektiv in der Lage sein dürften, ihre Rechte alleine durchzusetzen. Schließlich seien spätestens mit der siebenten GWB-Novelle erhebliche Probleme bei der privaten Rechtsdurchsetzung durch

---

<sup>299</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 11.

<sup>300</sup> Reh binder in L/M/R, § 32 Rn 8.

<sup>301</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 8.

<sup>302</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9.

Anpassung des § 33 GWB weggefallen. Die Rechtsfolgen des verwaltungsrechtlichen Verfahrens seien mit denen des Zivilverfahrens identisch<sup>303</sup>.

*dd) Vorrang des Kartellverwaltungsrechts nach K. Schmidt*

Nach der Ansicht von K. Schmidt sollen Marktbeteiligte außerdem einen Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde und damit verbunden auf Tätigwerden haben, wenn die Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen zwingend vom Eingreifen der Kartellbehörde abhängt. Dies gelte für den Bereich der Missbrauchsaufsicht. Hier solle das Opportunitätsprinzip keine Geltung haben<sup>304</sup>.

K. Schmidt relativiert diese Einschränkung jedoch. Sie solle sich im Zuge der siebenten GWB-Novelle nur noch auf die praktisch seltenen Fälle des §§ 26 Abs. 3, 30 Abs. 3, 41, 60 GWB beziehen<sup>305</sup>. Von daher besteht im Wesentlichen Deckungsgleichheit zwischen der modernen Ansicht von K. Schmidt und der herrschenden Lehre. Lediglich in Randbereichen gibt es Divergenzen.

**f) § 54 Abs. 1 S. 2 GWB**

Auch aus § 54 Abs. 1 S. 2 GWB könne insbesondere nach Bechtold kein subjektiv-öffentliches Recht eines Dritten auf Einschreiten der Kartellbehörden hergeleitet werden. Auch wenn Satz 2 davon spreche, dass auf „entsprechendes Ersuchen“ eines Dritten die Behörde zum Schutze eines Beschwerdeführers ein Verfahren von Amts wegen einleiten könne, sei aus dieser Regelung kein judizierbarer Anspruch des Dritten wenigstens auf fehlerfreie Ermessensausübung herleitbar<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 10 f.

<sup>304</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 9.

<sup>305</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 10.

<sup>306</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2.

Diese mit der sechsten GWB-Novelle eingeführte Regelung diene nur der Klarstellung. Auch hier gelte bezüglich des Aufgreifermessens ausschließlich das Opportunitätsprinzip. Der Gesetzgeber habe mit dem § 54 Abs. 1 S. 2 GWB der Kartellbehörde lediglich die Möglichkeit einräumen wollen, ein Verfahren gegen ein Unternehmen einzuleiten, ohne den Namen des Beschwerdeführers zu Beginn des Verfahrens zu offenbaren<sup>307</sup>. Hierdurch sollte die schon zuvor angeschnittene Ross- und Reiter-Problematik entschärft werden. Das Begehren des Dritten auf Verfahrenseröffnung, der die Veröffentlichung seines Namens im Verfahren nicht wünsche, habe der Gesetzgeber nicht „Antrag“, sondern abweichend „Ersuchen“ genannt<sup>308</sup>.

#### **g) Begründungserfordernis**

Sowohl Bechtold<sup>309</sup> als auch Klose<sup>310</sup> sprechen davon, dass die Behörde ihre Ermessenserwägungen, ob und in welchem Umfang sie tätig werde, begründen solle. Hieraus könnte geschlussfolgert werden, dass Bechtold und Klose der Ansicht sind, die Behörde müsse auch dem Dritten gegenüber ihre Ermessensentscheidung begründen.

Da ein solches Verfahrensrecht nur dort bestehen kann, wo überhaupt ein Anspruch existiert, könnte man der Ansicht sein, Bechtold und Klose billigen dem Dritten wenigstens einen Anspruch auf Verfahrensteilnahme zu. Dem ist aber nicht so. Nach Bechtold<sup>311</sup> soll die Behörde nur dann zur Begründung ihrer Aufgreifermessensentscheidung verpflichtet sein, wenn sie von Amts wegen tätig werde. Folglich müsse sie ihre Entscheidung nur begründen, wenn sie sich zum Tätigwerden entscheide. Bleibe sie untätig, soll keine Begründungspflicht bestehen. Schlussfolgernd geht Bechtold lediglich von einer Begründungspflicht bezüglich der Ermessensgründe

---

<sup>307</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>308</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; Becker in L/M/R, § 54 Rn 4.

<sup>309</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 5.

<sup>310</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 11.

<sup>311</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32 Rn 5.

der Behörde gegenüber dem in das Visier der Untersuchung geratenen Unternehmen aus.

Klose geht bezüglich der Begründungspflicht der Behörde etwas weiter als Bechtold. Nach seiner Auffassung sollen die Behörden ihre Entscheidung gegenüber dem Dritten mitsamt den durchgeführten Ermessensabwägungen begründen. Er verweist auf den Beschluss des BGH vom 22.07.1999<sup>312</sup> („Flugpreisspaltung“)<sup>313</sup>.

Einen Anspruch auf Begründung hätte nach Kloses Ansicht damit auch der Dritte, der ein Tätigwerden begehrt. Unter Berücksichtigung der von Klose zitierten Rechtsprechung soll die Behörde durch die Begründung zum Ausdruck bringen und dies hinreichend dokumentieren, dass sie sich ihres im Rahmen der §§ 32 ff. GWB eingeräumten Ermessens bewusst sei und es pflichtgemäß ausgeübt habe<sup>314</sup>. Schlussfolgerungen und Verallgemeinerungen lassen sich aus dem Flugpreisspaltungs-Beschluss des BGH nicht in dem von Klose angenommenen Umfang herleiten.

#### **h) Auswertung der Ansicht der herrschenden Lehre**

Auch die Argumentation der herrschenden Lehre orientiert sich bezogen auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand sehr stark am Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten. Soweit die herrschende Literatur die Argumente der Rechtsprechung übernimmt, wird auf die bereits vorgenommene Rechtsprechungskritik verwiesen. Konzentriert wird sich bei der folgenden Auswertung auf die Argumentation zu § 54 Abs. 1 GWB. Hier finden sich wesentliche Unterschiede zur Rechtsprechung.

---

<sup>312</sup> BGHZ 142, 239-253 „Flugpreisspaltung“.

<sup>313</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 11.

<sup>314</sup> BGHZ 142, 239, 253 „Flugpreisspaltung“.

*aa) Kritik an Anspruchsvermengung*

Gemein ist der Rechtsauffassung von Literatur und Rechtsprechung, dass beide ein Recht auf Tätigwerden nur für denkbar erachten, wenn zugleich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten anzuerkennen ist. Auch wenn die Literatur die Argumentation zum Anspruch auf Verfahrenseröffnung bei der Verfahrensnorm des § 54 Abs. 1 GWB führt, lehnt sie ihre Begründungen immer wieder an die materiell-rechtlichen Anspruchsnormen an. Diese sollen für die Literatur nicht nur für ein subjektiv-öffentliches Recht auf Erlass einer Verfügung, sondern auch schon für die Verfahrenseröffnung maßgeblich sein<sup>315</sup>.

Eine Übernahme der Argumente zum subjektiv-öffentlichen Recht auf Einschreiten ist bezüglich des Bestehens des Anspruchs auf Tätigwerden nicht zwingend. Wie bereits aufgezeigt, unterscheidet das GWB sehr genau zwischen den Voraussetzungen auf Tätigwerden (§ 54 Abs. 1 GWB) und dem Anspruch auf Einschreiten (§§ 32 ff. GWB i.V.m. §§ 1 oder 19 ff. GWB).

*bb) Kritik an Auslegung des § 54 Abs. 1 GWB*

Nach der Auffassung von Kiecker<sup>316</sup> stimmen § 54 Abs. 1 S. 1 GWB und § 22 VwVfG überein und die spezialgesetzliche Norm diene nur der Klarstellung und Wiederholung des § 22 S. 1 VwVfG. Dies ist nicht zweifelbar.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Regelung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB, welche sich zunächst in § 51 Abs. 1 GWB a.F. fand, die ältere Vorschrift ist. Sie existiert seit der Einführung des GWB im Jahre 1957<sup>317</sup>. Das VwVfG trat erst zum 01.01.1977 in Kraft. Eine bloße Anlehnung kann die Vorschrift im GWB somit nicht sein.

---

<sup>315</sup> Vgl. z.B.: Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8; Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>316</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>317</sup> Vgl. BGBl. I Jg. 1957, S. 1092.

Trotz wiederholter Gesetzesänderungen, insbesondere im Zuge der sechsten GWB-Novelle, mit welcher die kartellverwaltungsrechtlichen Normen neu nummeriert wurden, hielt es der Gesetzgeber für notwendig, die Spezialvorschrift aufrecht zu erhalten und verzichtete trotz Vorhandenseins einer allgemeinen Regelung in § 22 VwVfG auf eine Streichung. Mit diesem Umstand setzt sich die Literatur nicht auseinander. Zwar sieht § 1 Abs. 1 VwVfG vor, dass neben den allgemeinen Regelungen des VwVfG inhaltsgleiche Regelungen des Fachrechts bestehen, dennoch bilden deckungsgleiche Vorschriften in allgemeinen und im Fachrecht eher die Ausnahme.

Ferner stimmt § 22 VwVfG nicht mit § 54 Abs. 1 S. 1 GWB überein. Die Normen unterscheiden sich erheblich. § 22 S. 1 VwVfG stellt eine allgemeine Regel auf, nach welcher die Behörde „nach pflichtgemäßem Ermessen“ entscheidet, „ob und wann sie ein Verwaltungsverfahren durchführt“. § 22 S. 2 VwVfG regelt Ausnahmen zu Satz 1. Nach § 22 S. 2 VwVfG kann die Behörde aufgrund „von Rechtsvorschriften“ von Amts wegen oder auf Antrag zum Tätigwerden verpflichtet sein.

Die herrschende Literatur prüft nicht, ob denn die Regelung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB eine besondere Rechtsvorschrift darstellt, welche die Behörde im Sinne des § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG zum Tätigwerden verpflichtet. Da sie jedoch selbst davon ausgeht, dass in den §§ 54 ff. GWB nur abweichende Verfahrensvorschriften zum VwVfG dargestellt werden und keine bestätigenden, gebietet sich eine solche Untersuchung zwingend, denn nach unumstrittener Auffassung im allgemeinen Verwaltungsverfahrenrecht gilt der Grundsatz der Amtswegigkeit nur, „soweit fachrechtlich nichts anderes vorgesehen ist“<sup>318</sup>.

### *cc) Kritik zur Definition des Begriffs „Antrag“*

Nach Ansicht der herrschenden Lehre könne aus der Formulierung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB „die Kartellbehörde leitet ein Verfahren ... auf An-

---

<sup>318</sup> Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 7.

trag ein“, nicht geschlossen werden, dass hieraus ein jeder berechtigt sei, durch sein Begehren die Verfahrenseinleitung zu verlangen<sup>319</sup>. Der Begriff des Antrags soll auf die Verfahren im GWB beschränkt sein, welche nicht amtswegig eingeleitet werden können sondern als Tatbestandsvoraussetzung einen Antrag eines Dritten voraussetzen.

Konsequenz dieser Rechtsansicht ist, dass ein Dritter keinen rechtsverbindlichen Antrag auf Verfahrenseröffnung stellen kann, insbesondere wenn er Opfer von Marktmissbräuchen im Sinne der §§ 19 ff. GWB wird. In diesem Fall soll er lediglich eine Anregung zur Verfahrenseröffnung gegeben haben. Einem Dritten wird als Folge dieser Ansicht in einem wesentlichen Schutzbereiche des GWB die Hilfe exekutiver Gewalt gegen Rechtsverletzungen entzogen.

Der Dritte soll auch keinen Anspruch auf Begründung einer Entscheidung darüber haben, weshalb die Kartellbehörde seiner Anregung nicht nachkommt. Begründet wird dies im Wesentlichen mit einem Verweis auf die Gesetzesentwicklung.

Der Literatur ist insoweit beizupflichten, dass der Wortlaut der Norm diese Argumentation stützt. § 54 Abs. 1 S. 2 GWB spricht eindeutig von einem Ersuchen und nicht von einem Antrag.

Die Literatur geht jedoch ohne hinreichende Prüfung davon aus, dass mit dem Begriff des Ersuchens jedwedem Verlangen eines Dritten auf Tätigwerden zu seinem Schutze zu verstehen sei. Die Möglichkeit einer anderweitigen, einschränkenden Definition des Begriffs Ersuchen wird nicht in Betracht gezogen.

Die von der herrschenden Lehre vorgenommene Definition des Begriffs Ersuchen ergibt sich nicht zwangsläufig aus dem Gesetzgebungsverfahren zur Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB, wie dies von Bechtold<sup>320</sup>

---

<sup>319</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 39.

<sup>320</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2.

und Kiecker<sup>321</sup> behauptet wird. Die Begründung zur Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB im Regierungsentwurf zur sechsten GWB-Novelle ist äußerst knapp gehalten. Sie besteht aus einem Satz. Erwägungen sind nicht enthalten. Vielmehr wird ausschließlich der Wortlaut der Norm wiederholt<sup>322</sup>.

Möglich wäre, dass ein Ersuchen im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB nur das Verlangen eines auf Anonymität bedachten Dritten sein soll. Es besteht zumindest die zu untersuchende Möglichkeit, dass ein nicht anonymes Drittbegehren anders zu qualifizieren ist.

Letztlich stellt die von der herrschenden Literatur vorgenommene Definition des Antragsbegriffs im Kartellrecht eine Abweichung zum allgemeinen Verwaltungsrecht dar. Unter Antrag wird hier jede einseitige empfangsbefähigte Willenserklärung eines Individuums in eigener Sache gegenüber einer Behörde auf Verfahrensdurchführung mit dem Ziel des Erlasses eines Verwaltungsaktes oder eines anderen hoheitlichen Handelns verstanden<sup>323</sup>. Natürlich ist es nicht zwingend, dass in Bereichen des Kartellrechts der Begriff identisch verwendet wird. Er ist im allgemeinen Verwaltungsrecht nicht legaldefiniert.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten, dass auch die Argumentation der herrschenden Lehre gewichtige Gesichtspunkte insbesondere im Hinblick auf § 54 Abs. 1 GWB außer Acht lässt. Ohne tief greifende Auseinandersetzung geht die Literatur davon aus, dass die Verfahrenseröffnung nach § 54 Abs. 1 GWB im behördlichen Ermessen steht, obwohl sehr gute systematische Argumente als auch der Wortlaut dagegen sprechen.

---

<sup>321</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>322</sup> BT-Drucks. 13/9720; S. 64.

<sup>323</sup> Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 23; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 18.

## 2. Ansicht von Blanke

Gerold Blanke hat sich in seiner Dissertationsschrift<sup>324</sup> aus dem Jahr 1973 sehr ausführlich mit der Frage nach dem Bestehen eines Anspruchs auf Tätigwerden und Einschreiten auseinandergesetzt.

Obwohl seine Schrift vor nunmehr fast vierzig Jahren verfasst wurde, lassen sich seine Überlegungen und Gedankengänge zur Fragestellung des Bestehens eines Anspruchs auf Einschreiten der Kartellbehörde auch auf diese Arbeit zur Problematik des Anspruchs auf ein Tätigwerden übertragen. Dies liegt insbesondere daran, dass die Argumentation von Rechtsprechung und Literatur in den letzten vierzig Jahren von Konstanz geprägt ist. Seit der „Taxiflug-Entscheidung“ wurden vorhandene Argumente lediglich durch weitere ergänzt, ohne dass ältere Argumente nochmals geprüft bzw. verworfen wurden. Es wurde bereits aufgezeigt, dass die Änderungen der siebenten GWB-Novelle insbesondere die Rechtsprechung kaum zu einem Abrücken von ihrer Rechtsauffassung bewegen wird.

Blanke lehnt die Ansicht der Rechtsprechung ab und gesteht dem Dritten nicht nur einen Anspruch auf Tätigwerden sondern auf Einschreiten zu<sup>325</sup>. Die Kartellbehörde sei grundsätzlich auch zum Schutz von Individuen bei Kartellrechtsverstößen verpflichtet, soweit der einzelne Marktteilnehmer *„durch das Untätigbleiben in seinen Individualinteressen verletzt wird und die Marktsituation die Kartellbehörde zu einem Eingreifen verpflichtet.“*<sup>326</sup>

### a) Anspruchsgrundlage

Individualansprüche auf Einschreiten und damit auf Tätigwerden der Kartellbehörden könnten nach Blanke ausschließlich aus materiell-rechtlichen Normen erwachsen. Rein verfahrensrechtliche Normen seien nicht tauglich, einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf einen Rechtsschutz durch

---

<sup>324</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde.

<sup>325</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 35.

<sup>326</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 58.

Verwaltungshandeln zu begründen. Insbesondere § 51 GWB a.F. (nunmehr § 54 Abs. 1 GWB) sei hierfür nicht geeignet<sup>327</sup>.

Dritte könnten, sofern das materielle Recht kein eigenes Recht positiv verankere, keinen Antrag auf Verfahrenseröffnung stellen, sondern lediglich ein solches Verfahren anregen<sup>328</sup>. Bezüglich letzterer Aussage steht Blanke im Einklang mit der herrschenden Ansicht.

Materiell-rechtliche Normen würden nach Blanke unter Anwendung der Schutznorm subjektiv-öffentliche Rechte enthalten, wenn sie nicht nur reflexartig den Schutz von Individualinteressen gewährleisten, sondern diesen bezwecken<sup>329</sup>.

## **b) Teleologische Erwägungen**

Den Schutzzweck einzelner materiell-rechtlicher Normen und des gesamten GWB zieht Blanke deutlich weiter als die herrschende Meinung. Er lehnt die reine Institutionsschutztheorie ab, welche als Gesetzesziel des GWB ausschließlich die Aufrechterhaltung und Sicherung des Marktes zum Wohle der Allgemeinheit ansieht und nach welcher ein Individualschutz ausschließlich eine Reflexwirkung sei<sup>330</sup>. Im Ergebnis sei der Schutz der Interessen einzelner Marktteilnehmer für die Wahrung der Institution Wettbewerb zwingend, da nur hierdurch ein effektiver Schutz des Wettbewerbs erfolgen könne<sup>331</sup>.

Nach der Auffassung von Blanke ergebe sich aus der Gesetzgebungshistorie, dass das GWB sowohl dem objektiven Institutsschutz als auch dem Individualschutz diene<sup>332</sup>. Neben der Gesetzgebungsgeschichte spräche für die Anerkennung eines mehr als nur reflexartig beabsichtigten Indivi-

---

<sup>327</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 55.

<sup>328</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 56.

<sup>329</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 11.

<sup>330</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 62, 65 f.

<sup>331</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 69.

<sup>332</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 66 f.

dualschutzes auch die Verankerung verschiedener Verfahrensrechte im GWB, insbesondere der Anhörungs- und Beiladungsvorschriften. Hierdurch würde verdeutlicht, dass die Kartellbehörden Individualinteressen beachten müssen<sup>333</sup>.

Selbst wenn das GWB primär nur auf den objektiven Schutz des Wettbewerbs als Ganzes ausgerichtet sein sollte, führe dies nicht zu einer Aberkennung eines Individualschutzes. Der Schutz einer Institution dürfe nur zum Nutzen der Allgemeinheit erfolgen<sup>334</sup>. Schaffe die Legislative eine spezielle Behörde zur Schutze einer Institution, könne der Bürger von dieser verlangen, auch zur Wahrung seiner Rechte im Rahmen der behördlichen Zuständigkeit tätig zu werden, da der Schutz der Institution dem Schutz eines besonderen Teils der Allgemeinheit „*und somit einer mehr oder minder großen Zahl von Individuen*“<sup>335</sup> diene. Den Kartellbehörden obliege durch Schaffung des GWB eine besondere hoheitliche Überwachungspflicht<sup>336</sup>.

Es würde ein nicht erklärbarer Widerspruch entstehen, wenn man den Schutz des Wettbewerbs für die Gesamtheit aller Marktteilnehmer anerkennen, jedoch die Verwirklichung des Schutzziels durch ein Individuum unter Zuhilfenahme der hierfür geschaffenen staatlichen Organe ablehnen würde<sup>337</sup>. Dies gelte besonders dann, wenn die Interessen der Allgemeinheit mit den Individualinteressen zusammenfallen. Schließlich würde die Exekutive mit der Wahrnehmung der Privatinteressen gleichzeitig ihrer Pflicht zur Gesetzesausführung gegenüber der Allgemeinheit nachkommen. Bereits das Rechtsstaatsprinzip gebiete somit die Umsetzung der gesetzgeberischen Vorgaben im GWB zum Schutze der Allgemeinheit und damit auch Einzelner<sup>338</sup>.

---

<sup>333</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 68.

<sup>334</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 32.

<sup>335</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 35.

<sup>336</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 47.

<sup>337</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 74 f.

<sup>338</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde S. 25.

### c) Rechtsvergleichende Erwägungen

Blanke weist darauf hin, dass es sich beim Kartellrecht um spezielles Ordnungsrecht handele. Im allgemeinen Ordnungsrecht, dem Polizeirecht, sei die Polizei zum Eingreifen nicht nur bei Gefahren für die Allgemeinheit verpflichtet. Sie müsse auch zum Schutze Privater tätig werden, sofern kein Grund für ein Untätigbleiben bestehe. Der Bürger solle selbst dann einen Anspruch auf Einschreiten der Polizei haben, wenn ein objektives öffentliches Interesse an einem Eingriff fehle. Dieser Rechtssatz aus dem allgemeinen Ordnungsrecht sei auch auf das Kartellrecht zu übertragen<sup>339</sup>.

Das BVerwG habe auch in anderen Rechtsgebieten – etwa dem Gaststätten-<sup>340</sup> oder Subventionsrecht<sup>341</sup> – solchen Normen subjektiv-öffentliche Inhalte zugesprochen, welche zwar unmittelbar nur dem Wohle der Allgemeinheit dienen, jedoch im Zusammenhang mit Grundrechten des Betroffenen die Annahme von Individualrechten rechtfertigen. Selbst wenn es vollständig an materiell-rechtlichen Normen fehle, könne insbesondere im Bereich der Leistungsverwaltung unmittelbar aus dem Grundgesetz ein Anspruch auf staatliches Handeln entstehen<sup>342</sup>.

### d) Verfassungsrechtliche Erwägungen

In Zweifelsfällen bestünde laut Blanke aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten<sup>343</sup> eine Vermutung zu Gunsten des Vorhandenseins eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs, sobald die Verwaltung bei Erfüllung gesetzlicher Aufgaben zugleich individuelle Begünstigungen schaffe<sup>344</sup>.

---

<sup>339</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 7.

<sup>340</sup> BVerwG NJW 1960, 1361, 1362.

<sup>341</sup> BVerwGE, 30, 191, 197.

<sup>342</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 17 mit Hinweis auf BVerwGE 1, 159, 161.

<sup>343</sup> Unter Hinweis auf: BVerfG DVBl. 1963, 362.

<sup>344</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 13 f.

*aa) Schutzpflicht der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit*

Der subjektiv-öffentliche Anspruch auf Einschreiten ergebe sich insbesondere aus der über Art. 2 Abs. 1 GG geschützten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit<sup>345</sup>. Es sei Pflicht der Kartellbehörde, diesem Grundrecht durch effektive Überwachung des Marktes, gegebenenfalls durch Einschreiten zu Gunsten eines einzelnen Marktteilnehmers, Geltung zu verschaffen<sup>346</sup>.

Die Pflicht zum Eingreifen bestehe, soweit die Verwaltung objektiv zum Eingreifen verpflichtet und der Dritte in seinen Interessen berührt sei<sup>347</sup>. Bezüglich der Interessenberührung müsse nicht zwischen wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen unterschieden werden, da der Gesetzgeber durch Schaffung des GWB diese im Bereich des Kartellrechts miteinander gleichgesetzt habe<sup>348</sup>. Eine Pflicht zum Einschreiten bestehe sowohl im Bereich verbotener Wettbewerbsabsprachen<sup>349</sup> als auch der Missbrauchsaufsicht<sup>350</sup>.

*bb) Vorgaben des Rechtsstaatsprinzips*

Die Behörde müsse sich bei der Ausübung ihres Ermessens an rechtsstaatliche Vorgaben halten. Sie sei aus der vom Bundesverfassungsgericht<sup>351</sup> vertretenen Lehre vom Übermaßverbot verpflichtet, ihre Vorgehensweise auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu prüfen. Dabei habe sie die Vorgaben des Rechts- und Sozialstaatsprinzips zu genügen sowie den Gleichheitsgrundsatz zu wahren. Bei der vorzunehmenden Abwägung dürfe es zu keinem deutlichen Missverhältnis zwischen Allgemeinutzen und Individualopfer kommen<sup>352</sup>.

---

<sup>345</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 27.

<sup>346</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 74.

<sup>347</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 77.

<sup>348</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 76.

<sup>349</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 104.

<sup>350</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 92, S. 144 ff.

<sup>351</sup> BVerfGE 23, 127, 133.

<sup>352</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 42.

Im Kartellrecht sei es nicht möglich, die einen Marktteilnehmer treffenden Nachteile einer Wettbewerbsverzerrung mit allgemeinen Vorteilen für die Allgemeinheit zu rechtfertigen. Dies hieße auch, dass ein Nichteinschreiten nicht durch Ressourcenknappheit der Kartellbehörden bei der Marktüberwachung zu rechtfertigen sei, selbst wenn die vorhandenen Ressourcen zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen an anderer Stelle eingesetzt werden würden.

Aus dem Rechtsstaatsprinzip erwachse auch die Pflicht der Behörde, ihre getroffenen Entscheidungen gegenüber dem Bürger zu begründen, damit dieser die Möglichkeit der Nachprüfung habe<sup>353</sup>. Die Einhaltung der Ermessensgrenzen unterliege der richterlichen Kontrolle<sup>354</sup>.

### *cc) Einfluss und Auswirkung des Sozialstaatsprinzips*

Auch das Sozialstaatsprinzip gebiete nach Blanke die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Einschreiten und Tätigwerden im Kartellrecht. Dabei weist er darauf hin, dass gerade kleinere Unternehmen in wirtschaftlichen Auseinandersetzungen mit Konzernen, Verbänden und Interessengruppen schon strukturell unterlegen seien. Waffengleichheit würde bei derartigen Konflikten im Zivilprozess nicht bestehen.

Zum Schutz der Rechte wirtschaftlich unterlegener Marktteilnehmer auf freie Persönlichkeitsentfaltung müssten die Behörden immer dann eingreifen, wenn das einfache Recht der Verwaltung Eingriffsmöglichkeiten zuweise und die Beschwerdeführer in ihren Individualinteressen betroffen seien. Dabei dürfe sich die Verwaltung nicht auf eine formale Rechtsposition zurückziehen, indem sie darauf verweise, dass sie mangels Individualanspruchs nur von Amts wegen tätig zu werden brauche<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 42.

<sup>354</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 43 f.

<sup>355</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 34.

### e) Ermessensausübung

Blanke schränkt im Bereich des Kartellrechts die Anerkennung eines Aufgreifermessens der Behörde stark ein. Soweit die Verwaltung auch zum Schutze von Individualinteressen tätig werde, solle ihr kein Aufgreifermessen zustehen. Im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts sei das Opportunitätsprinzip eingeschränkt. Ergebe sich eine allgemeine Pflicht der Behörde zum Tätigwerden, so würde dies nach Blanke gleichzeitig zu einem subjektiv-öffentlichen Anspruch eines Dritten auf Verfahrensaufnahme führen<sup>356</sup>.

Die Exekutive müsse im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts bei der Gefährdung von Individualrechten zum Schutze der Allgemeinheit tätig werden. Dies gelte nicht nur, wenn einzelne Normen subjektiv-öffentliche Rechte enthielten<sup>357</sup>. Ein Tätigwerden im Bereich des besonderen Verwaltungsrechts stehe auch stets im Interesse der Allgemeinheit. Der Gesetzgeber habe durch die Schaffung von Sonderrecht zum Ausdruck gebracht, dass die im speziellen Verwaltungsrecht geschützten Rechtsgüter von besonderem öffentlichem Interesse seien und deshalb einen erhöhten Schutz durch den Staat genießen würden. Von daher könne die Behörde nicht anders, als sich für die Verfahrensaufnahme zu entscheiden<sup>358</sup>. Dies gelte insbesondere im Kartellrecht, da Einschränkungen der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit eines Unternehmers gleichzeitig Auswirkungen auf dessen Geschäftspartner hätten<sup>359</sup>.

Vollständig würde das Opportunitätsprinzip jedoch nicht eingeschränkt werden. Sofern sich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht auf eine gewisse Zahl auf Personen auswirke, könne der Betroffene insbesondere in Bagatellfällen auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden. Die Verweisung müsse jedoch zumutbar sei. Den Begriff des Bagatellfalls möchte Blanke jedoch nicht rein quantitativ bezogen auf etwaige Umsatz- oder Gewinneinbußen

---

<sup>356</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 52.

<sup>357</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 49.

<sup>358</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 51 f.

<sup>359</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 85.

beim Betroffenen verstanden wissen. Vielmehr komme es auf eine Bewertung anhand der Maßstäbe des GWB an. So biete z.B. die Auslegung des Tatbestandes des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung (nunmehr § 19 GWB) einen Anhaltspunkt auch für andere Eingriffsnormen, wann ein unter Umständen wettbewerbswidriges Verhalten noch unterhalb der Schwelle der objektiven Erheblichkeit liege<sup>360</sup>.

Ferner solle es der Behörde möglich sein, von einem sofortigen Aufgreifen abzusehen, wenn sie wegen eingeschränkter Ressourcen zunächst vorranglichere Fälle bearbeiten müsse<sup>361</sup>. Grundvoraussetzung für ein zeitlich begrenztes Absehen von einem Eingreifen sei jedoch stets, dass das Unterlassen des Tätigwerdens mit dem öffentlichen Interesse zu vereinen sei<sup>362</sup>.

Interessanter Weise stellt Blanke in diesem Zusammenhang fest, dass *„der Maßstab für ein subjektives öffentliches Recht [...] nicht die Schwere eigener wirtschaftlicher Handlungsfreiheit sein [könne, ...]. Der Grad der Betroffenheit kann nur für die Rechtsfolgen und nicht schon für die Bejahung eines Rechtsinteresses überhaupt von Bedeutung sein.“*<sup>363</sup> Blanke unterscheidet damit sehr scharfsinnig zwischen dem Bestehen eines Anspruchs und dessen Tiefe. Dies ist Grundvoraussetzung für die in dieser Arbeit angenommene notwendige Unterscheidung zwischen einem Anspruch auf Einschreiten und Tätigwerden. Die Kartellbehörde muss zunächst prüfen, ob denn ein kartellrechtswidriges Verhalten eines Marktteilnehmers vorliegt. Auf Rechtsfolgenseite steht es ihr im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens durchaus frei, von einer Verbotsverfügung abzusehen.

---

<sup>360</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 79.

<sup>361</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 52.

<sup>362</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 83.

<sup>363</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 80.

## f) Kritik

Auch die Argumentation von Blanke ist nicht tauglich, um das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden abschließend beurteilen zu können. Auch er beschäftigt im Schwerpunkt mit dem Vorhandensein eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten. Ein etwaiger Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung wird nur am Rande beleuchtet.

Interessant ist jedoch, dass Blanke zumindest im Ansatz zwischen einem Aufgreif- und einem Auswahlermessen unterscheidet, auch wenn er keine weiteren Überlegungen zu den Konsequenzen dieser Unterscheidung anstellt<sup>364</sup>. Gleichfalls stützt sich Blanke auf die These der Rechtsprechung, subjektiv-öffentliche Ansprüche könnten nur aus materiellen Normen erwachsen. Rein verfahrensrechtliche Normen wie § 51 Abs. 1 GWB a.F. (nunmehr § 54 Abs. 1 GWB) könnten keine subjektiv-öffentlichen Rechte enthalten<sup>365</sup>.

Diese These ist anzuzweifeln. Das Verwaltungsrecht kennt eine Vielzahl von Individualansprüchen aus reinen Verfahrensnormen. Genannt sei hier beispielsweise das allgemeine Anhörungsrecht des Beteiligten im Verwaltungsverfahren (§ 28 Abs. 1 VwVfG) und das Recht auf Akteneinsicht in § 29 Abs. 1 VwVfG. Ferner wird wohl auch die herrschende Meinung dem Individuum einen Anspruch auf Verfahrenseröffnung nach § 54 Abs. 1 GWB zusprechen müssen, wenn er wenigstens Antragsteller im engeren Sinne ist. Es könnte lediglich fraglich sein, ob ein derartiger Anspruch auf Verfahrenseröffnung wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses gerichtlich durchsetzbar ist.

Blankes Dialektik ist allgemein sehr losgelöst von Normen und bewegt sich teilweise im rechtspolitischen Raum. Er übersieht, dass subjektiv-öffentliche Rechte grundsätzlich aus einfachem Recht und nur in Ausnahmefällen aus Grundrechten erwachsen können. Aus allgemeinen oder

---

<sup>364</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 52.

<sup>365</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 55.

übergeordneten Erwägungen möchte Blanke einen subjektiv-öffentlichen Schutz des Wettbewerbs konstruieren. Dabei kommt er sehr nah an die Anerkennung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs, der für das Individuum gegenüber der Exekutive durchsetzbar wäre, wenn wirtschaftliche oder ideelle Interessen beim Individuum berührt wären<sup>366</sup>.

Blanke möchte einen judizierbaren Drittanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden bereits beim Vorliegen einer Interessenberührung durch die Wettbewerbsverletzung bejahen, wenn die Marktsituation ein behördliches Tätigwerden erfordert<sup>367</sup>. Bedenkt man jedoch, wie komplex Marktteilnehmer miteinander verwoben sind, würde die Anerkennung jeglicher Interessenberührung als wesentliche Anspruchsvoraussetzung dazu führen, dass nahezu jeder als Anspruchsinhaber in Frage kommt. Mittelbare, aber dennoch spürbare Interessenberührungen lassen sich immer konstruieren. So könnte ein Dritter vortragen, dass ein nicht mit ihm im sachlichen Wettbewerb stehender Marktteilnehmer seine beherrschende Marktsituation ausnutzt, um überhöhte Preise zu verlangen. Dies führe dazu, dass die Kunden des Marktteilnehmers, welche auch potentielle Kunden des Dritten wären, nicht genug Geld hätten, um die Produkte des Dritten zu erwerben. Wenigstens über die Argumentation der Verknappung der „Ressource“ Geld käme man nahezu immer zu einer Interessenberührung. Ein derartig weiter Kreis an Anspruchsinhabern ist bereits aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen Gefahren für den Rechtsfrieden nicht zuzulassen.

Blankes Ansatz bezüglich der Ausstrahlungen des Rechtsstaats- und des Sozialstaatsprinzips sind sehr interessant und im weiteren Rahmen dieser Arbeit beachtenswert. Jedoch möchte Blanke – trotz anders lautenden Bekenntnisses - nahezu unmittelbar aus den Fundamentalprinzipien subjektiv-öffentliche Ansprüche herleiten. Diese können jedoch allenfalls als Hilfe zur Auslegung von einfachen Normen herangezogen werden. Grundsätzlich steht es im Ermessen des Gesetzgebers, die ihn verpflichtenden Staatsprinzipien bestmöglich zur Geltung zu bringen. Dabei

---

<sup>366</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 76.

<sup>367</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 58.

steht dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Auch durch die Schaffung eines effektiven Zivilrechtsschutzes kann er seine Vorgaben erfüllen.

Auch wenn Blanke in durchaus nachvollziehbarer Weise darlegt, dass sich der Gesetzgeber mit Schaffung des GWB dahingehend festgelegt habe, dass der Wettbewerb und mit ihm das Recht des Einzelnen an einem fairen Wettbewerb durch öffentlichen Rechtsschutz gewahrt werden solle, ist diese Beurteilung sehr einseitig. Es fehlt eine hinreichende Auseinandersetzung damit, inwieweit das Kartellzivilrecht einen abgrenzbaren und gegebenenfalls abschließenden Schutz der Individualrechte entfaltet.

### **3. Karsten Schmidt in „Kartellverwaltungsrecht“**

Sehr intensiv befasste sich Karsten Schmidt mit dem Thema Drittschutz im Kartellrecht in seiner Habilitationsschrift<sup>368</sup> aus dem Jahr 1977. In dieser arbeitete er äußerst feinsinnig – wenn auch nicht immer unbestreitbar – Art und Umfang des drittschützenden Kartellzivilrechts in Abgrenzung zum Drittschutz im Kartellverwaltungsrecht heraus.

Im Bereich des Kartellverwaltungsrechts kommt K. Schmidt zur Feststellung, dass das Verwaltungsverfahren im GWB ausreichend Instrumentarien zur Verfügung stelle, um Interessen und Rechte eines Dritten im Kartellverwaltungsverfahren hinreichend zu wahren und diese gegebenenfalls auch zu judizieren<sup>369</sup>.

Anders als Blanke erkennt K. Schmidt keinen generellen Drittanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden zu Gunsten eines Dritten an. Blankes Ansicht lehnt er mit einer zu starken Subjektivierung objektiver Interessen ab<sup>370</sup>. Er negiert jedoch einen (nahezu) vollständigen Ausschluss solcher Drittansprüche gleichwohl. Vielmehr möchte K. Schmidt differenzieren.

---

<sup>368</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht.

<sup>369</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 292 ff., 443 ff., 550.

<sup>370</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 580.

Dabei erkennt er an, dass im Kartellrecht die Durchsetzung subjektiver Rechte stets die Wahrung des objektiven Kartellrechts mit umfasst<sup>371</sup>. Folglich könne das Bestehen subjektiv-öffentlicher Rechte im Kartellrecht nicht mit dem Verweis auf eine rein objektive Wettbewerbsaufsicht durch die Kartellbehörden abgelehnt werden<sup>372</sup>.

### **a) Anspruchsgrundlage**

Bei der Frage nach dem Vorhandensein durchsetzbarer Drittansprüche im Kartellverwaltungsrecht beschränkt K. Schmidt seine Suche ausschließlich auf das materielle Kartellrecht. Er unternimmt keine Unterscheidung zwischen dem Anspruch auf Tätigwerden und Einschreiten. Zumindest findet sich in den Ausführungen K. Schmidts kein Hinweis auf ein Erfordernis der Abgrenzung derartiger Ansprüche.

K. Schmidt verwendet die Begriffspaare „Anspruch auf Tätigwerden“ und „Anspruch auf Einschreiten“ als Synonyme<sup>373</sup>. Als Folge der Vermengung sind jedoch seine Argumente bezüglich eines etwaig bestehenden subjektiv-öffentlichen Drittanspruchs auf Einschreiten stets auf ihre Relevanz für einen etwaigen Anspruch auf Tätigwerden zu prüfen. Dies ist schon deshalb der Fall, da unzweifelhaft immer dann ein Anspruch auf Tätigwerden besteht, wenn ein Anspruch auf Einschreiten gegeben ist, wobei sich mit der letzteren Problematik in dieser Arbeit nur möglichst generalisierend beschäftigt wird.

### **b) Selektion öffentlich-rechtlicher Drittrechte**

Im Lichte der Rechtslage im Jahre 1977 bildete K. Schmidt drei verschiedene Gruppen von Anwendungsfällen, in denen ein Dritter mit einer kar-

---

<sup>371</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 571.

<sup>372</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 581.

<sup>373</sup> Beispielhaft: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 608.

tellverwaltungsrechtlichen Beschwer belastet sein könnte. Ziel von K. Schmidt war dabei eine Koordination subjektiv-öffentlicher und subjektiv-privater Rechte miteinander, die sich nach seiner Ansicht teilweise streng voneinander abgrenzen, in anderen Bereichen jedoch ergänzen und gar bedingen würden<sup>374</sup>.

#### *aa) Fallgruppe „echte Konkurrenzfälle“*

Die erste Gruppe bilden für ihn die so genannten „*echten Konkurrenzfälle*“<sup>375</sup>. In diesen können – zumindest nach den rechtlichen Vorgaben – Wettbewerbsverstöße ohne Zwischenschritte sowohl verwaltungsrechtlich als auch zivilrechtlich geahndet werden. Dieser Gleichauf bestehe bei „ipso iure“- Verboten des GWB. Immer dort, wo das materielle Kartellrecht ein gesetzliches Verbot ausspricht, kann dies sowohl die Behörde als auch ein hinreichend betroffener Dritter über das Kartellzivilrecht durchsetzen.

In den Fällen der echten Konkurrenz solle kein Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden bestehen. Bei diesen Ansprüchen bestehe lediglich seitens der Kartellbehörden eine Pflicht zur objektiven Kartellaufsicht. In diesem Rahmen greife das Opportunitätsprinzip, nach welchem die Kartellbehörde berechtigt sei, von einem Eingreifen abzusehen, um ihre Ressourcen auf wesentliche Kartellrechtsverstöße zu konzentrieren. Etwaig bestehende subjektive Rechte würden allenfalls in das objektive Verfahren einstrahlen<sup>376</sup>.

#### *bb) Fallgruppe „echte Dependenzfälle“*

Die zweite Fallgruppe sollen die so genannten „*echten Dependenzfälle*“ bilden<sup>377</sup>. Bei diesen hänge der Schutz des Einzelnen auch im Bereich des Kartelldeliktsrechts von einer zuvor ergangenen Verfügung der Kartellbe-

<sup>374</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 317.

<sup>375</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 603 ff.

<sup>376</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 604.

<sup>377</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 616 ff.

hörde ab. Hier handelt es sich um Fälle der „*Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens*“, in denen die Kartellbehörde mit ihren Verfügungen rechtsgestaltend wirkt, in dem sie ein verbietbares Verhalten untersagt oder ein erlaubbares Verhalten freistellt<sup>378</sup>.

Im Bereich dieser echten Dependenzfälle solle dem Dritten nach K. Schmidt ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegenüber der Behörde auf Erlass einer Schutzverfügung zustehen. Der Kartelldeliktsschutz setze in diesen Fällen nun mal zwingend den Erlass einer gestaltenden Verfügung voraus<sup>379</sup>. Das Opportunitätsprinzip greife in dieser Fallgruppe nicht<sup>380</sup>.

K. Schmidt lehnt die zu diesem Zeitpunkt in der Rechtsprechung vertretene Auffassung über die Zulässigkeit einer Durchgriffsentscheidung ab, nach welcher im Kartellzivilverfahren inzident geprüft werden soll, ob die Kartellbehörde eine Schutzverfügung hätte erlassen können oder gar müssen.

#### *cc) Fallgruppe „Doppelwirkungsfälle“*

Gleichwohl möchte K. Schmidt einen öffentlich-rechtlichen Drittanspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden in den so genannten „*Doppelwirkungsfällen*“ anerkennen. Diese Gruppe solle die Fälle umfassen, in denen neben einem Verbot kraft Gesetzes (z.B. § 26 Abs. 2 GWB) ein Verbot kraft Verfahrens (z.B. § 22 GWB a.F.) tritt, oder von K. Schmidt etwas prägnanter formuliert, Fälle, in denen „*Verbot und Verbiethbarkeit objektiv-rechtlich nebeneinander stehen*.“<sup>381</sup>

Die Anerkennung des subjektiv-öffentlichen Rechts im Bereich der Doppelwirkungsfälle begründete K. Schmidt vor allem mit dem Argument der

<sup>378</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 565; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 9.

<sup>379</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 566 f.; S. 621; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 9.

<sup>380</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 594 f.

<sup>381</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 624.

Effektivität des Rechtsschutzes<sup>382</sup>. Im Einzelfall diene die Verfügung der Behörde der Konkretisierung des Kreises der durch das GWB qualifiziert geschützten Dritten<sup>383</sup>.

### **c) Inhalt des Drittspruchs**

Die Reichweite des Drittschutzes soll in den anerkannten Fällen nicht nur auf eine Vertretbarkeitskontrolle im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens beschränkt sein. Vielmehr soll ein Drittspruch schon vorher im Kartellverfahren greifen, da die Prüfkompetenz der Gerichte über kartellbehördliche Entscheidungen begrenzt ist<sup>384</sup>. Folglich erkennt K. Schmidt einen subjektiven Drittspruch auf Verfahren an, soweit ein subjektiv-öffentlicher Anspruch aus dem materiellen Recht erwächst. Dies wäre in den echten Dependenz- und den Doppelwirkungsfällen gegeben.

### **d) Auswirkungen der siebenten GWB-Novelle**

Infolge der siebenten GWB-Novelle sind die Ausführungen von K. Schmidt in weiten Teilen obsolet geworden. Mit Umstellung vom Notifizierungsverfahren auf das System der Legalausnahme wurde der Kartellbehörde die Möglichkeit der formellen Rechtsgestaltung durch Verfügung genommen. So genannte Dependenzfälle existieren nicht mehr<sup>385</sup>.

Für eine Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens durch konstitutive Entscheidungen der Kartellbehörde ist im System der Legalausnahme kein Platz mehr<sup>386</sup>. Bezüglich des Bestehens oder des Nichtbestehens von Kartellrechtsverstößen haben die Entscheidungen der Kartellämter nur

---

<sup>382</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 632.

<sup>383</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 630.

<sup>384</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 578.

<sup>385</sup> § 30 Abs. 3 GWB bildet hier einen Sonderfall, der wegen seiner sachlichen Spezialität nicht näher betrachtet werden soll.

<sup>386</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32c Rn 1.

noch deklaratorischen Charakter. Das GWB kennt nur noch Rechtsfolgeaussprüche ipso iure.

Da die Gruppe der Doppelwirkungsfälle ebenso die Möglichkeit konstitutiver Verfügungen – also eine Rechtsfolgenanordnung kraft Verfahrens - voraussetzt, ist der Anwendungsbereich mit der Streichung konstitutiver Verfügungen entfallen. Von den durch K. Schmidt ausgearbeiteten Fallgruppen verbleibt somit nur noch die Gruppe der Konkurrenzfälle. Schlussfolgernd dürfte nunmehr kein Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden zu Gunsten eines Dritten mehr bestehen.

Im Wesentlichen erkennt dies auch K. Schmidt an. Er hält zwar weiterhin daran fest, dass im Rahmen der Missbrauchsaufsicht ein Anspruch auf Verfahrenseinleitung bestehe, soweit die Verfügung konstitutiven Charakter habe. Die fehlende praktische Bedeutung seiner Ansicht räumt er selbst ein<sup>387</sup>.

Ausnahmen könnten die §§ 26 Abs. 3, 30 Abs. 3, 41, 42, 60 GWB bilden<sup>388</sup>. Die praktische Relevanz der §§ 26 Abs. 3 und 30 Abs. 3 GWB ist sehr begrenzt. Aufgrund dessen sollen sie hier unbeachtet bleiben. Die Ministererlaubnis nach § 42 GWB stellt aus verwaltungsrechtlicher Sicht einen Ausnahmetatbestand dar, da er dem Bundeswirtschaftsminister aus politisch motivierten Gründen ein Interventionsrecht gegen Entscheidungen der Kartellbehörden einräumt<sup>389</sup>. Da der Erlass einer Ministererlaubnis zugunsten eines konkurrierenden Mitbewerbers in der Praxis nicht das Rechtsschutzziel des Dritten sein wird, kann die Norm im Rahmen dieser Arbeit gleichfalls außer Acht gelassen werden. Einstweilige Anordnungen nach § 60 GWB haben nur sichernden und befristeten Charakter für die kaum praxisrelevanten Verfügungen nach §§ 26, 30, 41 und 42 GWB. Sie dienen nur der Sicherstellung der Effektivität des Verfahrens. Daher kommt diesen Verfügungen kein deklaratorischer Charakter im materiell-

---

<sup>387</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 10.

<sup>388</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 10.

<sup>389</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 42 Rn 2.

rechtlichem Sinne zu. Ähnliches gilt für das Vollzugsverbot nach § 41 GWB.

### **e) Übertragbare Erwägungen**

Auch wenn das Ergebnis von K. Schmidts Schlussfolgerungen infolge der Gesetzesänderungen an Relevanz verloren hat, sind eine Vielzahl seiner Erwägungen auch im Rahmen der Beantwortung der Frage nach dem Bestehen eines Drittanspruchs auf Tätigwerden weiterhin beachtenswert.

K. Schmidts Argumentation ist eine Verknüpfung materieller und verfahrensrechtlicher Argumente. Er möchte subjektiv-öffentliche Ansprüche anerkennen, wo zur Durchsetzung materieller Ansprüche ein Verwaltungsverfahren notwendig ist<sup>390</sup>. Mit dieser Einbindung verfahrensrechtlicher Überlegungen geht er über die nur im materiellen Recht verorteten Überlegungen der h.M. zum Schutzzweck eines Ge- oder Verbots hinaus.

#### *aa) Strukturelle und teleologische Argumente*

K. Schmidt geht in seiner Arbeit davon aus, dass das materielle GWB zunächst von objektiven Ge- und Verbotsnormen geprägt ist. Unter der Prämisse, dass im Jahr 1977 zur Durchsetzung von privatrechtlichen Ansprüchen über § 35 GWB a.F. die Verletzung einer individuell schützenden Norm des GWB notwendig war, fasste er zusammen, dass zivilrechtliche Ansprüche aus der Verletzung solch objektiv schützender Normen wenigstens abgeleitet werden könne, wenn die Norm das Verbot über die Verletzung des Rechtskreises eines Rechtssubjekts definiert<sup>391</sup>. Dies würde im heutigen GWB unzweifelhaft die Regelungen zur unmittelbaren Missbrauchsaufsicht umfassen.

---

<sup>390</sup> Vgl. zusammenfassend: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 586.

<sup>391</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 374.

Spiegelbildlich solle ein Drittschutz dort versagt bleiben, wo das Verbot an gesamtwirtschaftliche Maßstäbe anknüpft. In diesen Fällen solle der subjektive Drittschutz ausschließlich mittelbar über die Breitenwirkung der objektiven Wirtschaftsaufsicht erfolgen<sup>392</sup>.

Auch für die Frage des Bestehens eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Tätigwerden ist diese Argumentation ein interessanter Ansatz. Soweit die Verwirklichung eines Verbots- oder die Verletzung eines Gebotstatbestandes durch eine gesetzlich definierte Individualbeschränkung erfolgt, könnte der Dritte gegenüber der Kartellbehörde einen individuellen Anspruch auf Wahrung seiner subjektiven Rechte im Rahmen einer objektiven Kartellaufsicht haben.

#### *bb) Unterscheidung Opportunitäts- und Subsidiaritätsgrundsatz*

Trotz fehlender Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Eingreifen setzt sich K. Schmidt mit den Unterschieden der von der h.M. anerkannten Verfahrensprinzipien Opportunität und Subsidiarität auseinander. Er führt aus, dass das Subsidiaritätsprinzip die Frage berührt, ob denn die Behörde überhaupt tätig werden darf, während der Opportunitätsgrundsatz die Frage berührt, ob denn die Behörde einschreiten muss<sup>393</sup>.

#### *cc) Antragsbegriff und Verfahrensbeteiligung*

Beachtenswert im Rahmen dieser Arbeit sind ferner die Ausführungen von K. Schmidt zur Wirkung von Verfügungen der Kartellbehörden. Diese wirken nicht (nur) inter partes sondern inter omnes. K. Schmidt stellt daher fest, dass es zur Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG in Ermangelung eines unbeschränkten Drittrechts zur nachträglichen Geltendmachung seiner Rechte notwendig ist, dem subjektiv betroffenen Dritten am Verfahren zu beteiligen<sup>394</sup>.

---

<sup>392</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 377.

<sup>393</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 601.

<sup>394</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 449.

K. Schmidt hatte hier die Anfechtungssituation im laufenden Verfahren vor Augen. Es fehlen jedoch Schlussfolgerungen zu dem Problem der fehlenden Aufnahme eines Verwaltungsverfahrens, zu welchem der Dritte beige-laden werden kann, da K. Schmidt gleichfalls der h.M. dahingehend folgt, dass der ein Verfahren anstrebende Dritte dieses lediglich anregt, nicht aber einen Antrag im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB stellt.

In dessen Folge stellt die Anregung noch nicht die Verfahrenseröffnung dar. Der Dritte ist auch nicht geborener Beteiligter. Selbst im Falle des Be-stehens eines Drittanspruchs auf Einschreiten soll der Anspruchsinhaber nicht als Antragsteller im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB gelten. Die Norm i.V.m. § 63 Abs. 2 GWB enthalte nach Auffassung K. Schmidts le-diglich keinen Ausschlussstatbestand für das Vorhandensein und die Durchsetzung von Drittrechten<sup>395</sup>.

Ablehnend steht K. Schmidt einer Angleichung des Antragsbegriffes in § 63 Abs. 3 GWB an den Antragsbegriff in § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB gegen-über. Während § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB mit dem Begriff Antrag nur die for-mellen Antragsverfahren des materiellen Kartellrechts umfasst, sei mit dem Begriff Antrag in § 63 Abs. 3 GWB jegliches Begehren eines Dritten gegenüber der Behörde auf Erlass einer Verfügung gemeint<sup>396</sup>.

#### *dd) Verfahrensbeteiligung durch Beiladung*

Insbesondere im laufenden Verfahren weist K. Schmidt auf die herausge-hobene Bedeutung der Beiladung eines Dritten nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB für die Wahrnehmung von Rechten hin<sup>397</sup>. Da die Beiladung grund-sätzlich im Ermessen der Kartellbehörde stehe und somit die Gefahr be-stehe, dass die Behörde über die Reichweite subjektiver Rechte bestimmt, regt K. Schmidt neben der normalen einfachen Beiladung die Anerken-

---

<sup>395</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 494 f.

<sup>396</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 527.

<sup>397</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 501.

nung einer notwendigen Beiladung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB an. Bei letzterer sei die Behörde zur Beiladung verpflichtet<sup>398</sup>.

Unterlässt die Behörde die Beiladung soll dies nicht zur Verkürzung materieller Drittansprüche auf der Verfahrensebene führen. Vielmehr sei § 63 Abs. 2 GWB dahingehend zu erweitern, dass die Beschwerdebefugnis nicht nur dem Beigeladenen sondern auch dem notwendig Beizuladenden zustehen soll<sup>399</sup>.

Notwendig beizuladende Dritte sollen die Verfahrensbeteiligten sein, welche im Verfahren „*sekundär öffentliche Rechte*“ geltend machen können<sup>400</sup>. Mit sekundär öffentlichen Rechten beschreibt K. Schmidt den Individualanspruch auf Durchsetzung objektivrechtlicher Ge- und Verbote<sup>401</sup>. Mithin soll nach K. Schmidts ein jeder einen Anspruch auf ordentliche Durchführung eines laufenden Verfahrens haben, dessen Individualinteressen durch das materielle Kartellrecht geschützt sind. Dies waren nach seiner Auffassung die so genannten echten Dependenz- und die Doppelwirkungsfälle. Beide Fallgruppen sind nach der siebenten GWB-Novelle nicht mehr existent. Folglich bliebe nach der Logik von K. Schmidt auch kein Raum mehr für die notwendige Beiladung.

### *ee) Verfassungsrechtliche Betrachtungen*

K. Schmidt schlussfolgert, dass sich infolge der Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG ein Drittschutz nicht nur auf einen Gerichtsschutz gegen Verfahrensergebnisse erschöpfen kann, sondern auch ein Drittschutz im Verwaltungsverfahren zu gewähren ist<sup>402</sup>. Er erkennt folglich nach Verfahrenseröffnung einen Anspruch auf judizierbare Verfahrensrechte an. Dies ist ein erster Schritt in Richtung Drittanspruch auf Verfahren, denn ein An-

---

<sup>398</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 471 ff.

<sup>399</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 502 f.

<sup>400</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 472.

<sup>401</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 342.

<sup>402</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 502.

spruch auf Drittschutz im Verfahren setzt nahezu zwangsläufig einen Anspruch auf Verfahren voraus.

Jedoch lehnt K. Schmidt die Anerkennung eines grundrechtlichen Schutzes der allgemeinen Wettbewerbsfreiheit über Art. 2 Abs. 1 GG ab, so dass im Wettbewerbsrecht die Gewährung subjektiv-öffentlicher Rechte doch wieder dem einfachen Gesetzgeber innerhalb der Grenzen des Willkürverbots obliegt<sup>403</sup>. Innerhalb des einfachen Wettbewerbsrechts sei aber bei der Suche nach subjektiv-öffentlichen Rechten nicht der Wille des Gesetzgebers Maßstab, sondern der objektive Gesetzesinhalt<sup>404</sup>.

#### **f) Auswertung der Argumentation vom K. Schmidt**

Auch die Argumente K. Schmidts sind nur in Teilen geeignet, um die Frage des Bestehens eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Kartellbehörden zu beantworten. Dies liegt nicht nur daran, dass die wesentlichen Schlussfolgerungen überwiegend obsolet geworden sind. Die Argumentation von K. Schmidt fokussiert sich im Kern auf den Anspruch auf Einschreiten.

Mit einem isolierten Anspruch auf Tätigwerden setzt K. Schmidt sich nicht auseinander. Dennoch unterscheidet er zwischen dem Opportunitäts- und dem Subsidiaritätsgrundsatz. Es fehlt bei ihm jedoch an der Zuordnung des ersteren zum Anspruch auf Verfahrenseröffnung und des letzteren zum Anspruch auf Verfügungserlass.

Selbiges trifft auf K. Schmidts verfassungsrechtlicher Argumentation zu. In diesem Zusammenhang geht er der Frage nach dem aus Art. 19 Abs. 4 GG entspringenden Anspruch auf Rechtsschutz im Verfahren nach, ohne sich dem vorgelagerten Problem des Rechtsschutzes auf Verfahren zuzuwenden.

---

<sup>403</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 437.

<sup>404</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 440.

Den Begriff des Antrags in § 54 GWB definiert K. Schmidt im Einklang mit der herrschenden Lehre und seiner eigenen Kommentierung in Immenga/Mestmäcker. Zur Meidung von Wiederholungen wird auf die diesbezügliche Kritik im Rahmen der Bewertung der herrschenden Literatur verwiesen.

Infolge der gewählten Definition und der Ablehnung der Gleichsetzung des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 GWB mit dem Begriff des Antrags in § 63 Abs. 3 GWB ist K. Schmidt in einem Dilemma. Er vermag es nicht, die von ihm als richtig empfundene Ausweitung des Drittschutzes im Kartellverwaltungsverfahren ohne eine Hilfskonstruktion zu begründen. Er möchte die Stärkung der Verfahrensrechte erreichen, indem er gewisse Verfahrensbeteiligte als notwendig beizuladende Beteiligte mit einem Anspruch auf Beiladung zum Verfahren deklarieren möchte. Dies ist eine Argumentation *de lege ferenda*. Das GWB unterscheidet an keiner Stelle zwischen einfachen und notwendig beizuladenden Beteiligten. Nirgends finden sich Kriterien für eine solche Unterscheidung<sup>405</sup>. Nach herrschender Meinung soll die Beiladung im Ermessen der Behörde stehen<sup>406</sup>.

Auch wenn K. Schmidt den zwingenden Zusammenhang im Kartellrecht zwischen dem Schutze der Allgemeinheit durch den Schutz des Individuums anerkennt, möchte er die Reichweite des über das öffentliche Recht durchsetzbaren Individualrechtsschutzes nicht auf die Bereiche ausweiten, in denen ein Drittschutz lediglich mittelbar über die allgemeine Breitenwirkung eines Ge- oder Verbots erfolgt.

Nach der siebenten GWB-Novelle ist fraglich, ob eine derartige Beschränkung noch haltbar ist. § 33 Abs. 1 GWB fordert für die Durchsetzung privater Rechte keine Verletzung eines Schutzgesetzes mehr. Jegliche Verletzung eines materiell-rechtlichen Ge- oder Verbots genügt für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche. Der Gesetzgeber hat folglich eine

---

<sup>405</sup> A.A.: Bechtold in BB 2003, 1021, 1022 unter Hinweis auf § 71 Abs. 1 S. 4 GWB.

<sup>406</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1705 ff., „Springer/ ProSiebenSat 1“; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 11.

Differenzierung zwischen Ge- und Verboten, die mittelbar oder unmittelbar den Einzelnen schützen, aufgegeben.

#### **IV. Gesamtbewertung Meinungsstand**

Weder die Rechtsprechung noch die verschiedenen Ansichten in der Literatur haben sich bislang ausreichend mit der Problematik des Bestehens eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden beschäftigt. Es wird bereits nicht der Frage nachgegangen, ob es ein vom Anspruch auf Einschreiten isoliertes Individualrecht auf Tätigwerden geben kann. Vielmehr werden Argumente zum Problemkreis des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand ohne Differenzierung übertragen.

Bereits im Rahmen der Darstellung der Vor- und Nachteile eines Anspruchs auf Verfahren sowie der Konkretisierung wurde hinreichend deutlich gemacht, dass eine Unterscheidung zwischen Verfahrensdurchführung und -abschluss notwendig ist. In Ermangelung einer bislang ausreichenden Auseinandersetzung mit der hier untersuchten Problematik erfolgt im Folgenden eine eigenständige Auseinandersetzung mit dem subjektiv-öffentlichen Recht auf Tätigwerden.

#### **E. Anspruchsherleitung**

Dem Bestehen eines judizierbaren subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der Kartellbehörden muss sich nahezu vollständig neu genähert werden. Da dem bisherigen Meinungsstand zum Anspruch auf Einschreiten nicht die Sachlichkeit abgesprochen werden kann, sondern "lediglich" die Übertragbarkeit einzelner Argumente ohne weitere Überleitungserläuterungen auf den vorliegenden Untersuchungsgegenstand fraglich ist, müssen die benannten Argumente – soweit einschlägig – mitberücksichtigt werden.

## I. Allgemeine Vorbetrachtungen

Das Kartellverwaltungsrecht orientiert sich an den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts. Es kennt jedoch eine Vielzahl von abweichenden Regelungen im Bereich des Verfahrensrechts und der gerichtlichen Kontrolle behördlicher Entscheidungen<sup>407</sup>. Die Regelungen des GWB sind in diesem Bereich von den Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetz und der Verwaltungsgerichtsordnung losgelöst<sup>408</sup>.

Die Prinzipien des allgemeinen Verwaltungsrechts finden sich jedoch im Kartellrecht wieder. Dies ist eine Selbstverständlichkeit, da die allgemeinen Prinzipien Ausdruck des Rechtsstaats sind. Gleiches gilt für den subjektiv-rechtlichen Drittschutz im Verwaltungsverfahren. Auch hier lassen sich im Wesentlichen die Aussagen aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht auf das Kartellrecht übertragen<sup>409</sup>.

Einigkeit besteht zwischen Literatur und Rechtsprechung, dass das in § 63 GWB verankerte Beschwerderecht nicht grenzenlos gewährt wird<sup>410</sup>. Dem ist zuzustimmen. Es ist in allen Rechtsgebieten allgemein anerkannt, dass kein genereller Gesetzesvollziehungsanspruch besteht. Popularklagen

---

<sup>407</sup> Anders als nach den Regelungen des § 42 Abs. 1 VwGO ergehen die gerichtlichen Entscheidungen nach § 63 GWB nicht als Urteil, sondern als Beschluss. Auch ist in kartellrechtlichen Angelegenheiten nicht der Verwaltungsgerichtsweg nach § 40 VwGO eröffnet. Für Streitigkeiten über kartellverwaltungsrechtliche Verfügungen sind die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO i.V.m. § 63 Abs. 4 GWB). Eingangsinstanz sind die Oberlandesgerichte (§ 63 Abs. 4 GWB). Für Beschwerden über Entscheidungen des Bundeskartellamtes ist nach der rechtlichen Verlegung des Sitzes des Bundeskartellamtes von Berlin nach Bonn im Jahr 1994 ausschließlich das OLG Düsseldorf zuständig. Zuvor war das KG ausschließlich für Beschwerden über Entscheidungen des Bundeskartellamtes zuständig.

<sup>408</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 2.

<sup>409</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 447; K. Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 9; Junge in GK, § 51 Rn 2.

<sup>410</sup> Vgl. nur: Mazanowski in WRP 1990, 588, 588 m.w.N.

sind grundsätzlich ausgeschlossen, soweit das Gesetz sie nicht ausnahmsweise positiv zulässt<sup>411</sup>.

Im Zivilrecht und in den mit ihm verwandten Rechtsgebieten findet eine Einschränkung der Befugnis zur Klärung streitiger Rechtsfragen über das Merkmal der Prozessführungsbefugnis statt<sup>412</sup>. Das verwaltungsrechtliche Pendant ist die Klag- bzw. Antragsbefugnis<sup>413</sup>. Hierbei wird im Wesentlichen auf § 42 Abs. 2 VwGO direkt oder analog abgestellt<sup>414</sup>.

Kartellrechtliche Beschwerden können nur erfolgreich sein, wenn diese zunächst zulässig sind. Hierfür muss der Beschwerdeführer u.a. nachweisen, dass er ein eigenes Recht geltend macht. Über das Gericht kann eine Verfahrenseröffnung und -durchführung verlangt werden, soweit ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf Tätigwerden anzuerkennen ist. Neben der Beschwerdebefugnis muss eine Beschwerde zur Durchsetzung eines Anspruchs auf Tätigwerden auch noch andere Zulässigkeitskriterien erfüllen. Soweit einzelne Prozessvoraussetzungen generell problematisch erscheinen, sollen diese nunmehr untersucht werden.

## II. Rechtenschutzbedürfnis beim Tätigwerden

Bei der Erhebung einer Beschwerde muss der Betroffene ein Rechtenschutzbedürfnis vorweisen können. Sowohl im Verwaltungs-<sup>415</sup> als auch im Zivilprozessrecht<sup>416</sup> ist allgemein anerkannt, dass der Anspruchsteller stets ein solches Bedürfnis nachweisen muss. Anderenfalls ist der Rechtsbehelf bereits unzulässig.

---

<sup>411</sup> Gersdorf, Verwaltungsprozessrecht, Rn 32.

<sup>412</sup> Vgl. zur Definition: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, § 51 Rn 20 f.

<sup>413</sup> Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, § 42 Rn 1.

<sup>414</sup> Zum Umfang der Klag- oder Antragsbefugnis vgl. u.a.: BVerwG DVBl. 2003, 403, 404; BVerwG NVwZ 2001, 1396, 1397; Kopp/Schenke, Kommentar zur VwGO, § 42 Rn 65.

<sup>415</sup> Vgl. nur: Hüttenbrink in Kuhla/ Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage, D 19.

<sup>416</sup> Vgl. nur: Thomas/Putzo § 323 Rn 14, § 771 Rn 10 f., § 772 Rn 18.

## 1. Voraussetzungen des Rechtsschutzbedürfnisses

Ein Rechtsschutzbedürfnis liegt vor, wenn der Rechtsbehelfsführer ein schutzwürdiges Interesse an der Sachentscheidung des Gerichts hat<sup>417</sup>. Das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses wird regelmäßig vermutet. Es erfolgt eine Negativabgrenzung. Das Rechtsschutzbedürfnis soll fehlen, wenn der Rechtsmittelführer sein Begehren auf einem anderen – einfacheren, billigeren, schnelleren oder umfassenderen – Weg sachgerechter durchsetzen kann<sup>418</sup>. Hierzu zählt u.a. der Fall, dass der Kläger bzw. Beschwerdeführer zunächst einen Antrag bei einer Behörde stellen kann<sup>419</sup>.

Weiter wird das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses verneint, wenn der Rechtsbehelf offensichtlich rechtsmissbräuchlich eingelegt wurde, ausschließlich um dem Gegner zu schaden oder Gerichte zu belästigen<sup>420</sup>. Ferner soll ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sein, wenn durch die Klage bzw. Beschwerde beim Rechtsuchenden keine Verbesserung seiner Rechtstellung eintreten kann oder dem Kläger bzw. Beschwerdeführer selbst durch eine positive Gerichtsentscheidung keine rechtlichen und tatsächlichen Vorteile erwachsen<sup>421</sup>.

Gleich mehrere der vorgenannten Fallgruppen könnten bei einem etwaigen isolierten Anspruch auf Tätigwerden einschlägig sein.

## 2. Fallgruppe „Fehlender Antrag bei der Behörde“

Die Unterfallgruppe des Fehlens eines vorherigen Antrags bei der Behörde ist hier jedoch nicht einschlägig, da in der hier untersuchten Konstellation

---

<sup>417</sup> Hufen § 23 Rn 10.

<sup>418</sup> BVerwG NVwZ 1999, 641; Hüttenbrink in Kuhla/ Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage, D 20.

<sup>419</sup> Hufen, § 23 Rn 12.

<sup>420</sup> VG Meiningen NVwZ-RR 1996, 720; VG Minden NVwZ-RR 1998, 407; Hüttenbrink in Kuhla/ Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage, D 21.

<sup>421</sup> BVerwG NVwZ 1995, 75; Hüttenbrink in Kuhla/ Hüttenbrink, Verwaltungsprozess, 3. Auflage, D 21; Redeker/ von Oertzen § 42 Rn 29.

tion die Behörde zuvor nach Anrufung durch den Antragsteller ihr Tätigwerden verweigert hat.

### **3. Fallgruppe „Querulanz“**

Generell kann einem Betroffenen nicht das Rechtsschutzbedürfnis bei der Verfolgung eines Anspruchs auf Tätigwerden der Kartellbehörde wegen Querulanz abgesprochen werden. Es ist eine Frage des Einzelfalls, ob der Anspruch eines Betroffenen als bloßes Störmanöver gegen einen Mitbewerber oder die Kartellbehörde oder als legitime Durchsetzung von Ansprüchen anzusehen ist.

Grundsätzlich ist bei jedem schlüssigen Vortrag eines Marktteilnehmers bezogen auf eine Verletzung von wettbewerbsrechtlichen Vorschriften zu vermuten, dass sein Begehren auf behördliches Tätigwerden nicht von rein querulatorischen Motiven getragen wird. Schließlich wünscht der Antragsteller zunächst nichts weiter als die Durchsetzung geltenden Rechts, was grundsätzlich dem Interesse der Allgemeinheit entspricht.

Auf die bereits dargestellten Vorteile der Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden sei an dieser Stelle verwiesen. Die Vorteile gehen über bloße Belästigung von staatlichen Stellen und der Konkurrenz hinaus. Schließlich dient das begehrte Handeln nicht nur der Durchsetzung von Individualansprüchen sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit an einem funktionierenden Markt.

In der Praxis ist eine Vielzahl von Fällen denkbar, in denen ein Betroffener mit aner kennenswerten Motiven einen Anspruch auf Tätigwerden geltend macht. Dies ist insbesondere dann gegeben, wenn sich die Marktsituation schlagartig ohne Auftreten neuer, wesentlicher externer Faktoren ändert, dem Dritten hinreichende Anhaltspunkte für ein wettbewerbsfeindliches Verhalten seiner Konkurrenten vorliegen, er dieses aber nicht beweisen kann. Solche Situationen können in der Praxis entstehen, wenn Mitarbeiter oder Geschäftspartner des Konkurrenten dem Betroffenen wesentliche

Informationen mündlich unter dem Deckmantel der Vertraulichkeit zustecken.

#### **4. Fallgruppe „Effektivere Handlungsalternativen“**

Bei einem etwaigen isolierten Anspruch auf bloße Eröffnung und Durchführung eines Verfahrens ist fraglich, ob der Anspruchsteller nicht auf alternative Art sein Rechtsschutzziel besser erreichen kann. Eine Besserstellung des Antragstellers könnte dann vorliegen, wenn er unmittelbar das Ziel verfolgt, gegen den Mitbewerber eine diesen belastende Verfügung zu erwirken, welche die Störung durch den Antragsteller untersagt.

##### **a) Vorgaben des klassischen Verwaltungsverfahrens**

Der Erlass einer Verfügung setzt unter Berücksichtigung von § 9 VwVfG zwangsläufig das Tätigwerden voraus. Der Verwaltungsakt fällt – platt ausgedrückt – nicht vom Himmel. Da der Erlass einer drittbelastenden Verfügung ein Mehr an Rechtsschutz ist als die bloße Verfahrensdurchführung, könnte einem isolierten Verlangen auf Tätigwerden das Rechtsschutzbedürfnis immer dann fehlen, wenn ein Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörde besteht.

Es muss im klassischen Verwaltungsverfahren davon ausgegangen werden, dass die Aufnahme und Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens keinen bloßen Selbstzweck verfolgt. Vielmehr ist entsprechend den Vorgaben des § 9 VwVfG Ziel eines klassischen Verwaltungsverfahrens der Erlass eines Verwaltungsaktes<sup>422</sup> oder der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages<sup>423</sup>, wobei der Abschluss des Letzteren hier außer Betracht bleiben kann. Zweck des Kartellverwaltungsverfahrens ist somit primär die Prüfung der Voraussetzungen für den Erlass eines finalen Verwaltungsaktes.

---

<sup>422</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 6.

<sup>423</sup> Näher hierzu: Gerstner-Heck in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 9 Rn 10.

Etwaige Abgrenzungs- und Definitionsprobleme zum Begriff des Verwaltungsverfahrens sollen hier außer Betracht bleiben<sup>424</sup>. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die bloße Fokussierung des § 9 VwVfG bei der Definition des Verwaltungsverfahrens auf die Vorbereitung und den möglichen Erlass eines Verwaltungsaktes bzw. den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in Teilen der Literatur auf Kritik stößt. Nach dieser müsse das durch das Verwaltungsverfahren geschaffene Rechtsverhältnis mehr in den Mittelpunkt gerückt werden. Dies entspräche mehr dem Bild des modernen Rechtsstaats bei dem der Bürger als gleichwertiger Partner und nicht als Untertan gegenüber dem Staat auftritt<sup>425</sup>. Jedoch enthält § 9 VwVfG auch keine Einschränkung für die Einbeziehung des Rechtsverhältnisses in die Definition des Verwaltungsaktes<sup>426</sup>.

Grundsätzlich kann der Anspruchsteller durch unmittelbare Verfolgung eines Anspruchs auf Erlass einer Finalverfügung sein rechtliches Ziel der Beseitigung der Wettbewerbsstörung durch den Mitbewerber effektiver erreichen. Die bloße Einleitung des Verfahrens könnte den Anspruchsteller seinem Rechtsschutzziel nicht hinreichend näher bringen.

Aus dieser Überlegung heraus könnte man zu der Schlussfolgerung gelangen, einen Drittanspruch auf bloße Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens ohne ein darüber hinausgehendes Interesse an der Finalverfügung könne es nicht geben. Einem solchen Anspruch müsste es an einem Rechtsschutzinteresse fehlen. Dies wiederum würde in der Endkonsequenz zu der Schlussfolgerung führen, immer dann, wenn der Dritte keinen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Erlass einer Finalverfügung hat, dürfte er auch keinen Anspruch auf Eröffnung eines formellen Verwaltungsverfahrens haben.

---

<sup>424</sup> Vgl. hierzu u.a.: Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 83 ff.

<sup>425</sup> Bauer, Die Verwaltung 1992, 301, 306 ff.; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 6.

<sup>426</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 7.

## b) Individualinteresse am isolierten Verfahren

Man muss jedoch zu einer anderen Ansicht gelangen, wenn man dem Betroffenen bereits an der bloßen Durchführung eines formellen Kartellverwaltungsverfahrens ein eigenes Interesse zubilligen kann, welches sich – in zumindest einigen Punkten – von dem Interesse am Erlass einer Finalverfügung unterscheidet. So liegt es im Kartellverwaltungsverfahren. Der Betroffene kann hier auch ein isoliertes Interesse an der Durchführung eines Verwaltungsverfahrens haben, welchem ein eigenständiger Charakter zu schreibbar ist.

Dieses scheinbare Paradoxon ergibt sich u.a. aus den Änderungen, welche die siebente GWB-Novelle mit sich brachte. Durch die Einführung des Systems der Legalausnahme unter Abschaffung des Notifizierungsverfahrens kann dem Dritten ein schützenswertes Interesse an der bloßen Klärung eines Sachverhalts zugebilligt werden.

Im Konkreten kann er ein Interesse daran haben, dass die Kartellbehörde prüft, ob andere Marktteilnehmer mit ihrem Verhalten gegen das Verbot des § 1 GWB oder der §§ 19 ff. GWB verstoßen. Der Dritte erhält Rechtsicherheit, dass der Wettbewerb, dem er sich ausgesetzt sieht, den gesetzlichen Vorgaben entspricht oder eben nicht. Diese Rechtsicherheit kann er nicht anderweitig erreichen, da es im System der Legalausnahme keine konstitutiven Entscheidungen gibt und eine Entscheidung nach § 32c GWB nur zu Gunsten der unmittelbar Handelnden, nicht aber zu Gunsten des Dritten ergehen kann<sup>427</sup>.

Beim Betroffenen, der regelmäßig nicht alle Umstände des Falles kennt, können Zweifel vorhanden sein, ob die ihm bekannten Tatsachen ausreichen, um insbesondere einen Verstoß gegen § 1 oder gegen die §§ 19 ff. GWB zu bejahen. Aus dieser Rechtsunsicherheit, welche der Wegfall des Notifizierungsverfahrens mit sich brachte, erwächst dem Betroffenen ein

---

<sup>427</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 32c Rn 1.

eigenes, isoliertes Interesse an der bloßen Durchführung eines Prüfverfahrens durch die Kartellbehörde, dessen Ziel nicht unbedingt der Erlass einer Finalverfügung sein muss. Die Durchführung des Verwaltungsverfahrens dient auch der Schaffung von Rechtsicherheit bei den weiteren Verfahrensbeteiligten.

Sofern er diese Rechtsicherheit hat, kann der Betroffene selbst entscheiden, wie er weiter vorgehen möchte. Stellt die Kartellbehörde einen Verstoß gegen das Kartellrecht fest, kann der Betroffene entscheiden, ob er gegen den Wettbewerbsstörer selbst mit den Mitteln des Zivilrechts vorgeht. Dies kann entweder parallel mit kartellverwaltungs- oder ordnungsrechtlichen Maßnahmen oder aber isoliert von hoheitlichen Maßnahmen erfolgen.

Kommt die Kartellbehörde in dem Verwaltungsverfahren zu dem Ergebnis, dass kein Verstoß gegen das Kartellrecht vorliegt, so muss dies bei dem Betroffenen zu der Erkenntnis führen, dass das Verhalten seines oder seiner Konkurrenten gesetzeskonform ist. Dann ist es seine Aufgabe, die notwendigen wirtschaftlichen Konsequenzen aus dieser Situation zu ziehen. Sei es, dass sich der Betroffene dem Wettbewerb durch Anpassungsmaßnahmen stellt oder aber sich der Wettbewerbssituation entzieht. So lange der Betroffene aber nicht Sicherheit darüber hat und diese auch nicht mit zumutbaren Mitteln erlangen kann, ob er gesetzeskonformen Marktbedingungen ausgesetzt ist, kann er nicht entscheiden, ob er auf die Wettbewerbssituation mit rechtlichen oder mit wirtschaftlichen Mitteln reagieren soll.

### **c) Rechtsschutz außerhalb von Finalverfügungen**

Ein Anspruch auf bloßes Tätigwerden muss allerdings dahingehend geprüft werden, ob er ein subjektiv-öffentliches Recht auf allgemeine Gesetzesvollziehung schafft, denn unzweifelhaft kann es keinen subjektiven, umfassenden Anspruch gegen die Exekutive auf Durchsetzung der gel-

tenden Gesetze geben<sup>428</sup>. Ein Vollzugsanspruch gegen die Exekutive setzt zumindest ein Betroffensein in eigenen Rechten durch den angegriffenen Sachverhalt voraus<sup>429</sup>. Konkreter müsste bei der hier untersuchten Fragestellung von einem fehlenden allgemeinen Verfahrensdurchführungs- bzw. Gesetzesanwendungsanspruch gesprochen werden, da die Vollziehung von Gesetzen im juristischen Sprachgebrauch regelmäßig die Durchsetzung materiell-rechtlicher Normen und nicht die Anwendung von Verfahrensvorschriften meint.

Mithin ist zu klären, ob und in welchen Grenzen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden bestehen kann. Dabei ist die Frage zu beantworten, ob ein individueller Rechtsschutz aus der isolierten Verfahrensdurchführung erwachsen kann, durch welche der Betroffene auch dann eine Verbesserung seiner Rechtsposition erfährt, wenn das Verfahren nicht mit einer Verfügung endet, welche die Rechte des Konkurrenten des Betroffenen einschränkt. Die zunächst zu klärende Zwischenfrage lautet also knapp zusammengefasst: Kann das Verwaltungsverfahren als solches Individualschutz vermitteln?

Hierzu soll zunächst herausgearbeitet werden, ob das Verwaltungsrecht einen Individualschutz anerkennt, der nicht unmittelbar auf den Erlass einer Finalverfügung gerichtet ist, sondern die Wahrung subjektiver Rechte ausschließlich und isoliert aus einem Anspruch auf ein bestimmtes Verfahren herleitet und nicht unmittelbar auf einen materiell-rechtlichen Anspruch zurückführt.

---

<sup>428</sup> So auch: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 428, m.w.N.

<sup>429</sup> Vgl. hierzu: Schmidt-Aßmann in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 19 Abs. 4 Rn 121 ff.

*aa) Individualschutz aus allgemeinem Verwaltungsrecht**(1.) Amtsermittlungsgrundsatz*

Zunächst ist festzustellen, dass jedes Verwaltungsverfahren einen Entscheidungs- und Erkenntnisprozess der Verwaltung beinhaltet<sup>430</sup>. Die gewonnenen Erkenntnisse können auch den weiteren Verfahrensbeteiligten insbesondere über das Akteneinsichtsrecht des § 29 Abs. 1 VwVfG zu Gute kommen.

Das bei Verfahrensbeginn angestrebte Ziel kann infolge Rechts- und insbesondere Tatsachenänderungen im laufenden Verfahren abzuändern sein. Stellt sich etwa ein bei Beginn der Verfahrens angenommener Sachverhalt im Laufe des Verfahrens anders heraus, so kann die Behörde das Verfahren einstellen oder eine andere als die geplante Verfügung erlassen<sup>431</sup>.

Die Verwaltung ist über den Amtsermittlungsgrundsatz des § 24 Abs. 1 S. 1 VwVfG gesetzlich verpflichtet, den Sachverhalt zunächst aufzuklären und damit eine – unter Beachtung der Dringlichkeit der behördlichen Entscheidung – hinreichend gesicherte Tatsachenbasis zu schaffen. § 28 Abs. 1 VwVfG sichert den Beteiligten dabei das Recht zu, die eigene Sicht der Dinge darzustellen.

Die Behörde muss im Rahmen der Amtsermittlung auch Hinweisen zu Gunsten desjenigen nachgehen, dessen Rechte sie im Ergebnis des Verfahrens einschränken möchte<sup>432</sup>. Damit vermittelt der Verfahrensgrundsatz der Amtsermittlungspflicht mit dem Gebot der vollumfänglichen Sachverhaltsaufklärung einen eigenen Verfahrensrechtsschutz für den Betroffenen.

Dieser Verfahrensrechtsschutz ist jedoch bei genauerer Betrachtung kein Rechtsschutz durch Verfahren sondern nur ein Rechtsschutz im Verfahren. Es ist deshalb nur konsequent, dass die herrschende Meinung einen iso-

---

<sup>430</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 100.

<sup>431</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 9 Rn 103.

<sup>432</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 25 ff.

lierten Anspruch auf Durchführung der Amtsermittlung ablehnt und Verletzungen der Amtsermittlungspflicht erst Relevanz zukommen lässt, soweit sich diese im Rahmen der Subsumtion unter Tatbestandsmerkmale oder bei der Ermessensausübung niederschlagen<sup>433</sup>.

### *(2.) Ermessensausübung*

Das allgemeine Verwaltungsrecht lässt jedoch an anderer Stelle erkennen, dass dem Individuum in Einzelfällen tatsächlich ein unmittelbarer Anspruch auf ein geordnetes Verfahren ohne Vorliegen eines unmittelbar materiell-rechtlichen Anspruchs auf Erlass einer konkreten Finalverfügung zustehen kann und dem Einzelnen damit unter bestimmten Voraussetzungen jedenfalls auch ein isolierter Anspruch auf (lediglich) gesetzeskonforme Verfahrensdurchführung zur Seite steht.

Dies ist im Kern bei jeder Ermessensentscheidung der Verwaltungsbehörde gegeben. In diesen Fällen basiert der Individualrechtsschutz unmittelbar nur auf einem Anspruch auf Durchführung eines geordneten Verfahrens, auch wenn dessen Ausgang in nahezu allen denkbaren Fällen auf Erlass einer Finalverfügung gerichtet ist. Die Finalverfügung ist bei Ermessensentscheidungen nur unselbständiger Annex zum etwaig bestehenden subjektiv-öffentlichen Anspruch auf fehlerfreie Ausübung des Ermessens gegenüber der Verwaltung.

Im Bereich der Ermessensentscheidungen steht dem Bürger mit Ausnahme der seltenen Fälle der Ermessensreduzierung auf Null kein Anspruch auf eine konkrete behördliche Entscheidung zu. Der Bürger hat lediglich einen Anspruch auf rechtsfehlerfreie Ausübung des Ermessens entsprechend den Vorgaben des § 40 VwVfG<sup>434</sup>. Dies bedeutet nichts anderes, dass sich die Auswirkung des Individualschutzes im Bereich der Ermessensentscheidung bei genauer Betrachtung auf einen besonderen Teil des

---

<sup>433</sup> BVerwG NVwZ 1999, 535; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 58.

<sup>434</sup> BVerfGE 27, 297, 307 f; 69, 161, 169; BVerwGE NVwZ-RR 1991, 97; Aschke in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 40 Rn 76.

Verwaltungsverfahren und nicht unmittelbar auf den mit dem Rechtsfolgenausspruch verknüpften Schutzbereich der materiellen Ermessensnorm erstreckt<sup>435</sup>.

Wird der Behörde ein Ermessen eingeräumt, darf sie dieses nicht nach eigenem Gutdünken gebrauchen. Der ihr im Rahmen des Ermessens eingeräumte Handlungsspielraum ist kein rechtsfreier Raum, welcher der gerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Vielmehr muss die Behörde das ihr eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausüben<sup>436</sup>.

Bei Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts, der auf eine Ermessensnorm fußt, hat der Rechtsträger einen Anspruch gegenüber der Behörde auf Ausübung des Ermessens entsprechend den Vorgaben des § 40 VwVfG. Die Norm regelt die Pflichten und Grenzen bei der Ausübung des Ermessens<sup>437</sup>. Sie ist eine bloße Verfahrensvorschrift. Dies ergibt sich bereits aus der systematischen Stellung des § 40 VwVfG im ersten Abschnitt des III. Teils des VwVfG, welcher unter der Überschrift „Zustandekommen des Verwaltungsaktes“ steht.

Auch inhaltlich kann § 40 VwVfG nur als Verfahrensnorm betrachtet werden. Die Vorschrift enthält keine ermessensbegründenden Regelungen. Sie setzt solche vielmehr voraus<sup>438</sup>. Das „Ob“ einer Ermessenseinräumung regeln die Vorschriften des besonderen Verwaltungsrechts. § 40 VwVfG regelt das „Wie“ der Ausübung und setzt dem materiellen Recht damit<sup>439</sup> Grenzen.

Das materielle Recht beeinflusst selbstverständlich das Bestehen eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf fehlerfreie Ermessensausübung. Die Reichweite der Ermessensgrenzen wird vom materiellen Recht bestimmt. Nach der absolut herrschenden Meinung besteht kein grundsätzliches

---

<sup>435</sup> Ähnlich: Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 11.

<sup>436</sup> BVerwGE 18, 353, 363; 69, 161, 169; Aschke in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 40 Rn 11.

<sup>437</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 1.

<sup>438</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 16.

<sup>439</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 3.

subjektiv-öffentliches Recht auf ordentliche Verwaltung. Aus § 40 VwVfG erwächst isoliert kein Individualanspruch auf ordnungsgemäße Ausübung des Ermessens<sup>440</sup>. Dies ist auch Wille des Gesetzgebers<sup>441</sup>.

Vielmehr kann nach der herrschenden Meinung lediglich ein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung aus einer materiell-rechtlichen Ermächtigungs- oder Eingriffsnorm erwachsen. Lediglich dann wenn eine derartige materiell-rechtliche Ermächtigungs- oder Eingriffsnorm bezogen auf das begehrende Individuum nach dem gesetzlichen Zweck und nicht als bloßer Rechtsreflex Individualschutz vermittelt, soll der Einzelne bei Ermessensentscheidungen ein subjektiv-öffentliches Recht auf rechtsfehlerfreie Ermessensausübung haben<sup>442</sup>.

Bei der Frage nach dem drittschützenden Charakter von Ermessensnormen prüft die herrschende Meinung die Eingriffs- oder Ermächtigungsnorm des besonderen Verwaltungsrechts zunächst dahingehend, ob die in der Vorschrift enthaltenen Tatbestandsvoraussetzungen den Schutz von Individualinteressen vermitteln. Sekundär wird zur Prüfung das in Art. 3 Abs. 1 GG verankerte Willkürverbot herangezogen<sup>443</sup>.

Das Ergebnis der Prüfung ist auch nach der herrschenden Meinung jedoch nie, dass der Einzelne einen Individualanspruch auf Erlass einer bestimmten Verfügung auf Grundlage der Ermessensnorm hat. Vielmehr hat der Rechtsträger auch bei Bejahung des drittschützenden Charakters einer Ermessensvorschrift ausschließlich einen Anspruch gegenüber der Behörde, dass diese das ihr eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausübt. Mithin wird der unmittelbare Rechtsschutz auf und aus Verfahren direkt vom Schutzbereich der materiellen Norm beeinflusst.

---

<sup>440</sup> Aschke in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 40 Rn 75.

<sup>441</sup> BT-Drucks. 7/910, S. 61.

<sup>442</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 131, Wahl in Schoch u.a., Kommentar zur VwGO, 20. EL 2010, § 42 Rn 70 m.w.N.

<sup>443</sup> Aschke in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 40 Rn 77.

Die Pflicht zur rechtsfehlerfreien Ausübung eingeräumten Ermessens als Verfahrensvorschrift wirkt jedoch anschließend unmittelbar auf das materielle Verwaltungsrecht, indem es durch die Vorgabe von Ermessensgrenzen ein Handlungsgebot aufstellt, welche sich auf materiell-rechtlicher Ebene als tatsächliche Begrenzung der Eingriffsbefugnis auswirkt<sup>444</sup>. § 40 VwVfG ist Ausdruck der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz, insbesondere des Gesetzesvorbehaltes<sup>445</sup>. Es besteht somit eine Wechselwirkung zwischen dem allgemeinen Verfahrens- und dem speziellen materiellen Verwaltungsrecht<sup>446</sup>.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich bei Bestehen eines aus einer Ermessensnorm erwachsenden subjektiv-öffentlichen Anspruchs die Reichweite dieses Anspruchs gegenüber der Behörde auf eine ordentliche Verfahrensdurchführung beschränkt. Das materielle Recht des besonderen Verwaltungsrechts wird von der herrschenden Meinung zur Klärung der Vorfrage herangezogen, ob denn das auszuübende Ermessen unter Berücksichtigung der Individualinteressen einzelner Betroffener zu erfolgen hat. Bei Bejahung dieser Frage erwächst als Rechtsfolge ein Anspruch des Betroffenen darauf, dass er sich in justizabler Weise auf die Einhaltung der Verfahrensvorschriften des § 40 VwVfG berufen kann. Der Schutz der Individualinteressen erfolgt hier somit unmittelbar durch das geordnete Verfahren.

#### *bb) Anerkannte isolierte Verfahren im besonderen Verwaltungsrecht*

Das besondere Verwaltungsrecht kennt Verfahren, bei denen im Kontrast zu § 9 VwVfG nicht der Erlass einer Finalverfügung unbedingtes Verfahrensziel sein muss. Diese Verfahren enden selbst meist ohne Verwaltungsakt, so dass keinem Beteiligten auch nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung bei dem Erlass eines abschließenden Verwaltungsaktes erwachsen kann.

---

<sup>444</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 3.

<sup>445</sup> Sachs in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 12.

<sup>446</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 10.

Insbesondere das moderne Verwaltungsrecht enthält an verschiedenen Stellen derartige Verfahren. Dies müssen nicht unbedingt eigenständige Verwaltungsverfahren im Sinne des § 9 VwVfG sein, sondern können auch abgrenzbare Teile eines komplexen Verwaltungsverfahrens mit jedoch eigenem Verfahrensrecht sein. Diese Verfahren könnten – anders als der Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung – losgelöst vom materiellen Recht Individualansprüche auf isolierte Verfahrensausübung enthalten.

### *(1) BImSchG*

Als Beispiel für ein nicht auf Erlass eines Verwaltungsakts gerichtetes Verfahren sei zunächst das Anzeigeverfahren nach § 15 Abs. 1 BImSchG genannt. In diesem Verfahren geht es nicht um die Erteilung der Genehmigungsverfügung selbst. Vielmehr soll in dem Anzeigeverfahren nach § 15 BImSchG geklärt werden, ob überhaupt eine Genehmigungsbedürftigkeit besteht<sup>447</sup>. Nur wenn die Behörde in dem Vorprüfverfahren nach § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG zu dem Ergebnis kommt, dass Genehmigungsbedürftigkeit besteht, leitet sie das eigentliche Genehmigungsverfahren ein.

Das Vorverfahren nach § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG dient lediglich der Prüfung, ob Tatsachen vorliegen, welche ein umfassendes Prüfverfahren erfordern. Sinn des Verfahrens nach § 15 Abs. 2 S. 1 BImSchG ist es u.a., dem Betreiber einer Anlage als Antragsteller Rechtsicherheit darüber zu geben, ob sein Handeln – hier die Änderung einer Anlage – eine behördliche Genehmigung erfordert oder nicht<sup>448</sup>.

Der Frage, ob einem Nachbarn aus § 15 BImSchG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden in Form der Überwachung von Anlagen zusteht, steht die Literatur zum BImSchG differenziert gegenüber. Weite Teile der Literatur bejahen einen unmittelbaren Drittschutz aus § 15

---

<sup>447</sup> Schmitz in Stelken/ Bonk/ Sachs, VwVfG, 7. Auflage 2008, § 9 Rn 8; Fluck, VerwArch 1997, 265, 285.

<sup>448</sup> Jarass, Kommentar zum BImSchG, § 15 Rn 1.

BImSchG<sup>449</sup>. Dem hat sich auch die Rechtsprechung angeschlossen. Sie geht gleichfalls davon aus, dass betroffene Dritte einen Anspruch auf gesetzeskonforme Durchführung des Vorverfahrens haben und gegen die Entscheidung der Behörde auf Freigabe der angezeigten Änderungen einer Anlage ohne Genehmigungsverfahren klagebefugt sind<sup>450</sup>.

Auch die kritischen Stimmen in der Literatur stellen sich nicht per se gegen die Annahme eines Anspruchs auf Drittschutz im Vorprüfverfahren. Sie verlagern die Anspruchsherleitung von § 15 BImSchG lediglich auf § 52 BImSchG<sup>451</sup>.

Zu den benannten kritischen Stimmen gehört insbesondere Jarass. Dieser führt, was auch für die Problematik eines Anspruchs auf Tätigwerden im Kartellrecht interessant erscheint, aus: *„Es lässt sich schwerlich erklären, dass Nachbarn wegen schädlicher Umwelteinwirkungen die Behörde zwar zum Eingreifen (mindestens zu einem fehlerfreien Ermessensgebrauch) zwingen können [...], die Vorstufe, von der Behörde Ermittlungen zu verlangen, ihnen jedoch verwehrt sein soll [...]. In der Praxis dürfte der effektive Schutz der Nachbarn häufig von solchen Ermittlungen abhängen, die sie selbst kaum durchführen können. Daraus wird man entnehmen müssen, dass Dritte einen Anspruch auf Überwachungsmaßnahmen im Einzelfall haben, sofern ein begründeter Verdacht [...] besteht, dass die Voraussetzungen einer auch ihrem Schutz dienenden Anordnung oder sonstigen Maßnahme erfüllt sind [...]. Grundlage des Anspruchs auf Überwachung ist dementsprechend die Generalklausel der Überwachung in § 52 Abs. 1 BImSchG zusammen mit den Befugnisnormen der Überwachung und den drittschützenden Normen, um deren Einhaltung es geht [...].“*<sup>452</sup>

---

<sup>449</sup> Den Drittschutz bejahend: u.a. Hansmann in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band I, § 15 Rn 68; verneinend: Jarass, Kommentar zum BImSchG, § 15 Rn 22.

<sup>450</sup> OVG Magdeburg, Beschluss vom 23.03.2010, Az.: 2 M 243/09; VG Kassel, Urteil vom 16.02.2010, Az.: 7 K 135/08.KS; VG Stuttgart, Beschluss vom 29.01.2007, Az.: 16 K 3980/06.

<sup>451</sup> So Jarass, Kommentar zum BImSchG, § 52 Rn 16 ff.

<sup>452</sup> Jarass, Kommentar zum BImSchG, § 52 Rn 17.

Jarass erkennt in den zitierten Ausführungen das Bestehen eines isoliert durchsetzbaren Anspruchs auf Tätigwerden an. Er begründet seine Ansicht damit, dass nur so ein effektiver Rechtsschutz möglich sei. Fußen soll der Anspruch auf Tätigwerden auf der rein formellen Norm des § 52 Abs. 1 BImSchG, welche die Behörden zur Durchsetzung der gesetzlichen Vorgaben des BImSchG, insbesondere der fortlaufenden Überprüfung von Immissionen, verpflichtet.

§ 52 BImSchG soll dabei aber nur gemeinschaftlich mit einer weiteren drittschützenden materiellen Norm als Anspruchsgrundlage des Dritten gegenüber der Behörde tauglich sein. Ähnlich wie im Bereich des Ermessens würde auch hier eine Wechselwirkung zwischen dem materiellen und dem formellen Recht bestehen, wobei sich der eigentliche Rechtsschutz durch und auf aber nicht bloß aus Verfahren beziehen würde.

Eine Übertragung von Jarass Denkansätzen auf das Kartellrecht erscheint interessant. Für eine solche Übertragbarkeit spricht zunächst die vergleichbare Interessenlage des gestörten Marktteilnehmers mit den Interessen eines von Umwelteinwirkungen betroffenen Nachbarn. Auch der Marktteilnehmer ist Opfer von negativen Drittauswirkungen, die sein Marktmilieu negativ beeinflussen. Das GWB kann quasi teilweise als Immissionsschutzrecht des Marktes bezeichnet werden; der funktionierende Markt wäre die in § 1 Abs. 1 BImSchG beschriebene Umwelt, wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen entsprechen schädlichen Umwelteinwirkungen. Die Norm des § 52 Abs. 1 BImSchG hat Ähnlichkeit mit §§ 54 Abs. 1, 32 Abs. 1 GWB, welche den Kartellbehörden die Aufgabe der Durchsetzung der Gebote und Verbote des GWB und damit die Überwachung des Marktes zuweist.

Bei vollständiger Übernahme wäre ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden wenigstens dann anzunehmen, wenn der Marktteilnehmer einen Anspruch auf Erlass einer drittbelastenden Verfügung gegenüber der Behörde hätte. Um diesen nachzuweisen, müsste er einen begründeten Verdacht vorbringen, der bei Unterstellung der Richtigkeit des Verdachts die

Kartellbehörde zum Erlass einer Finalverfügung zum Schutze des Dritten verpflichten würde.

Da zwischen dem BImSchG und dem GWB auch wesentliche Unterschiede bestehen, ist im Laufe der weiteren Bearbeitung jedoch zu prüfen, ob eine vollständige Übertragung möglich ist. Anders als § 52 BImSchG räumen die §§ 32 ff. GWB den Kartellbehörden vom Wortlaut her Ermessen ein. Auch dient das BImSchG dem Schutze des Lebens und der Gesundheit<sup>453</sup>, beide über Art. 2 Abs. 2 GG besonders geschützt. Auch die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen – Staatsschutzziel gemäß Art. 20 a GG – gehört zum Gesetzeszweck. Ganz so gewichtigen Zwecken dient das GWB nicht, soll es doch „nur“ einen funktionsfähigen Wettbewerb sicherstellen und damit monetären Interessen gerecht werden. Der Wettbewerb selbst wird auch „nur“ über den generalklauselartigen Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.

## *(2) UVPG*

Auch in einem anderen Bereich des Umweltrechts gibt es ein gesondertes Vorprüfverfahren. In § 3a S. 1 UVPG hat der Gesetzgeber ein Verfahren verankert, welches zunächst der Feststellung dient, ob für die zuständige Behörde überhaupt Anlass zum Tätigwerden besteht. Die zuständige Behörde soll das konkrete Vorhaben, dessen Zulassung beantragt oder für das eine Zulassung erwogen wird, daraufhin überprüfen, ob es für die Genehmigung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf<sup>454</sup>.

Auch dieses Verfahren soll u.a. dem Vorhabenträger als Antragsteller im Wege eines beschleunigten Verfahrens Rechtsicherheit bezüglich der Frage vermitteln, ob sein Vorhaben zunächst einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf oder ob auf ein solch aufwendiges Verfahren verzich-

---

<sup>453</sup> Jarass, Kommentar zum BImSchG, § 1 Rn 3

<sup>454</sup> Sangenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 1.

tet werden kann<sup>455</sup>. Darüber hinaus soll es dem Vorhabenträger auch die Möglichkeit eröffnen, bereits bei Durchführung des Vorprüfverfahrens zu entscheiden, ob er – sofern die Behörde zu dem Ergebnis der Notwendigkeit einer langwierigen und aufwendigen Umweltverträglichkeitsprüfung gelangt – von seinem Vorhaben Abstand nimmt oder das Vorhaben umplant<sup>456</sup>.

Damit dient das Vorverfahren u.a. dem wirtschaftlichen Schutz des Vorhabenträgers. Letztlich soll das Vorverfahren aber auch dem Interesse der Öffentlichkeit an einem transparenten Verwaltungsverfahren dienen<sup>457</sup>. Von daher sieht § 3a S. 2 UVPG vor, dass die Behörde das Ergebnis des Vorprüfverfahrens zu veröffentlichen hat.

Im Verfahren nach § 3a S. 2 UVPG geht es zunächst lediglich um die Frage, ob ein weiteres Verfahren durchgeführt wird. Es findet zunächst lediglich eine summarische Prüfung statt, ob die der Behörde bekannt gewordenen Tatsachen der Durchführung einer formellen Umweltverträglichkeitsprüfung bedürfen oder nicht<sup>458</sup>.

Sofern die Behörde nach überschlägiger Prüfung zu der Auffassung gelangt, dass das angezeigte Vorhaben erhebliche nachteilige Umweltauswirkungen haben kann, ist sie gemäß § 3c UVPG verpflichtet, eine Umweltverträglichkeitsprüfung durchzuführen. Es genügt für die Überführung vom Vorprüfverfahren zur formellen Umweltverträglichkeitsprüfung bereits die Möglichkeit einer erheblichen nachteiligen Umweltauswirkung. Bereits bei Zweifeln der Behörde, dass das zu prüfende Vorhaben sicher nicht zu

---

<sup>455</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 2.

<sup>456</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 2.

<sup>457</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 2.

<sup>458</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 10 f.

erheblichen nachteiligen Umweltauswirkungen führt, hat die Behörde das Vorprüfverfahren in das Hauptprüfverfahren überzuleiten<sup>459</sup>.

Erst ab diesem Zeitpunkt ist die Behörde an die Verfahrensvorschriften des Hauptverfahrens gebunden. Hier hat sie u.a. nach §§ 7 f. UVPG weitere Behörden zum Verfahren hinzuzuziehen und die Öffentlichkeit (§ 9 UVPG) zu beteiligen. Im Vorprüfverfahren stützt sie ihre Erkenntnisgrundlage zunächst nur auf den Vortrag des Vorhabenträgers und die eigenen Informationen<sup>460</sup>. Eine Pflicht zur Einholung von Informationen von externen Quellen besteht im Vorprüfverfahren nicht.

Der Vorhabenträger hat gegen die Behörde einen Anspruch auf Feststellung, ob sein Vorhaben der Durchführung einer Umweltverträglichkeitsprüfung bedarf<sup>461</sup>. Diese Feststellung muss unverzüglich erfolgen. Die Entscheidung der Behörde im Vorprüfverfahren stellt jedoch aufgrund der eindeutigen Regelung in § 3a S. 3 UVPG keinen eigenständigen Verwaltungsakt dar. In Satz 3 hat der Gesetzgeber die isolierte Anfechtung der Feststellung der Behörde im Vorprüfverfahren ausgeschlossen. Dies ist nur konsequent, da die Umweltverträglichkeitsprüfung nur unselbständiger Bestandteil eines Genehmigungsverfahrens ist<sup>462</sup>.

Die Umweltverträglichkeitsprüfung endet niemals mit dem Erlass einer Gebots- oder Verbotsverfügung. Sie ist stets nur Bestandteil eines übergeordneten Verwaltungsverfahrens. Durch die besonderen Verfahrensvorschriften, insbesondere die Vorschriften zur Beteiligung von weiteren Behörden und der Öffentlichkeit, dient das Verfahren bereits durch seine bloße Durchführung dem Rechtsschutz der Betroffenen. Verhindert es doch eine Übergehung ihrer Belange.

---

<sup>459</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 12.

<sup>460</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 11.

<sup>461</sup> Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 7.

<sup>462</sup> Feldmann, DVBl. 2001, 589, 594; Sagenstedt in Landmann/ Rohmer, Umweltrecht, 55. EL. 2009, Band III, UVPG § 3a Rn 20.

### (3) Strafprozessrecht

Im Strafprozessrecht findet sich gleichfalls eine Unterscheidung zwischen einem Anspruch auf Aufnahme von Ermittlungen und der Pflicht zum Erlass einer Finalverfügung in der Form der Anklageerhebung.

Obwohl das Strafrecht mit der Strafprozessordnung ein eigenes Verfahrens- und Prozessrecht besitzt, ist ein Vergleich des Strafprozessrechts mit dem Kartellverfahrensrecht nicht abwegig. Beide verbinden zwei nicht unwesentliche Gemeinsamkeiten. Zum einen sind sowohl das Strafprozessrecht<sup>463</sup> als auch das Kartellverwaltungsrecht<sup>464</sup> lediglich besondere Teile des öffentlichen Rechts, wobei unstreitig das Strafrecht ein vom allgemeinen öffentlichen Recht stark abgegrenzter Teil ist.

Darüber hinaus eint das Strafprozess- und das Kartellverwaltungsrecht, dass sowohl das strafrechtliche Ermittlungsverfahren als auch das Kartellverwaltungsverfahren<sup>465</sup> justizähnlich ausgestaltet sind. Beide außergerichtlichen Verfahren unterliegen positiv formalisierten, an Verfahrensordnungen angelehnten Verfahrensvorschriften<sup>466</sup>.

Auch eine weitere Parallele verbindet das Strafprozess- und das Kartellverwaltungsrecht. Beide verfügen über Instrumente, um dem Individuum die Durchsetzung von Interessen zu ermöglichen, die teilweise auch dem Allgemeinwohl dienen. Im Kartellrecht kann und soll das Allgemeininteresse an der Wahrung marktkonformen Verhaltens gemeinschaftlich mit Eigeninteressen über § 33 GWB nach dem Modell des private law enforcement durchgesetzt werden. Im Strafprozessrecht ermöglicht es die Privatklage nach §§ 374 ff. StPO partiell, das Allgemeininteresse an der Strafrechtspflege durch Private wahren zu lassen.

<sup>463</sup> Meyer-Goßner, Kommentar zur StPO, Einl Rn 5.

<sup>464</sup> KG WuW/E OLG 3685, 3690; Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 92.

<sup>465</sup> KG WuW/E 2140, 2141, Einbauküchen; Bechtold, Kommentar zum GWB, vor § 54 Rn 1, m.w.N.; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 2.; während der Schaffung des GWB als „justizförmig“ bezeichnet, BT-Drucks. 2/3644, S. 34.

<sup>466</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 455.

Zunächst verpflichtet § 160 Abs. 1 StPO die Staatsanwaltschaft zur Durchführung eines Ermittlungsverfahrens bei Vorliegen eines Anfangsverdachts. Bezüglich der Aufnahme eines Ermittlungsverfahrens hat die Staatsanwaltschaft als zuständige Behörde keine Wahl. Es besteht für sie eine Ermittlungspflicht<sup>467</sup> und ein Verfolgungszwang<sup>468</sup>. Die Staatsanwaltschaft muss tätig werden<sup>469</sup>. Dies stellt das so genannte Legalitätsprinzip dar. Das Legalitätsprinzip im Strafrecht ergibt sich aus § 160 Abs. 1 StPO und verwirklicht das im Grundgesetz verankerte Rechtsstaatsprinzip sowie den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG<sup>470</sup>.

Nicht einmal für das Opfer einer Straftat besteht jedoch im Strafrecht ein Anspruch auf ein bestimmtes Verfahrensergebnis. Die Staatsanwaltschaft kann ein Verfahren nach den Normen der §§ 153 ff. StPO einstellen, ohne dass Dritte hiergegen Rechtsmittel einlegen können<sup>471</sup>. Dies ist Ausdruck des so genannten Opportunitätsprinzips, welches das Legalitätsprinzip ergänzt.

Das Opportunitätsprinzip hat aufgrund der verfassungsmäßigen Vorgaben jedoch enge Grenzen. Die Staatsanwaltschaft ist bei Bestehen eines Anfangsverdachts zunächst zu einer Sachprüfung und damit zur Aufnahme eines ordentlichen Ermittlungsverfahrens verpflichtet, was in der Praxis zum Anlegen einer Akte<sup>472</sup> und der Vergabe eines Aktenzeichens führt. Erst im nächsten Schritt, also bereits im laufenden Ermittlungsverfahren, ist es der Staatsanwaltschaft gestattet, vom Opportunitätsprinzip Gebrauch zu machen. Die Staatsanwaltschaft darf nach Aufnahme des Ermittlungsverfahrens über das Opportunitätsprinzip von weiteren Ermittlungen Abstand nehmen<sup>473</sup>.

---

<sup>467</sup> Pfeiffer, Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 160 Rn 3.

<sup>468</sup> Pfeiffer, Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 160 Rn 1.

<sup>469</sup> Pfeiffer, Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 160 Rn 1a.

<sup>470</sup> Schoreit in Karlsruher Kommentar zur StPO, 6. Auflage, § 152 Rn 13, 18a m.w.N.

<sup>471</sup> Pfeiffer, Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 153 Rn 4.

<sup>472</sup> Korrekterweise heißt die schriftliche Zusammenfassung eines Ermittlungsverfahrens Akten, so Soyka, Die Referendarstation bei der Staatsanwaltschaft, Rn 26.

<sup>473</sup> Pfeiffer, Kommentar zur StPO, 5. Auflage, § 160 Rn 4.

Stellt die Staatsanwaltschaft ein Ermittlungsverfahren nicht nach §§ 153 ff. StPO sondern nach § 170 Abs. 2 StPO ein, so steht dem Verletzten hier zwar ein Rechtsmittel über das Klagerzwangsverfahren nach § 172 StPO zu. Aber auch durch dieses Rechtsmittel kann die Staatsanwaltschaft nur zur Fortführung eines Verfahrens gezwungen werden. In der Hauptverhandlung kann die Staatsanwaltschaft unabhängig von dem Ausgang des Klagerzwangsverfahrens den Freispruch des Angeklagten beantragen. Ein Klagerzwangsverfahren kann die Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung nicht binden.

Das Opfer der Straftat hat meist ein vielschichtiges Interesse an der Durchführung des Ermittlungsverfahrens. Sicherlich ist dies primär in der Mehrzahl der Fälle die Bestrafung des Täters in einem abschließenden Gerichtsverfahren durch Urteil oder Strafbefehl, welche mit einer Finalverfügung auf verwaltungsrechtlicher Ebene vergleichbar sind. Jedoch haben die Opfer regelmäßig ein weiteres Interesse an der Durchführung von strafrechtlichen Ermittlungsverfahren.

In einer nicht unwesentlichen Zahl von Fällen sollen über die im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse spätere zivilrechtliche Ansprüche untermauert werden. Auch entspricht es legitimer anwaltlicher Taktik bei der Vertretung von Opfern, ein laufendes Strafverfahren als Anreiz beim Täter für eine schnelle zivilrechtliche Einigung zu nutzen, denn ein einsichtiges, reuiges Nachtatverhalten, welches durch einen Schadensausgleich beim Opfer manifestiert wird, ist für den Strafverteidiger ein gutes Argument, um auf eine Einstellung nach § 153a StPO zu drängen.

Auch im Kartellrecht könnte es einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde geben. Dieser könnte ähnlichen Zielen dienen, wie das im Strafprozessrecht verankerte Legalitätsprinzip. Die Kartellbehörde wäre dann verpflichtet, sich zunächst mit dem bekannt gewordenen Sachverhalt zu beschäftigen und ihn einer rechtlichen Prüfung zu unterziehen.

Sofern weitere Ermittlungen notwendig sind, müsste sie diese durchführen. Käme die Behörde zu dem Ergebnis, dass der Sachverhalt keinen kartellrechtsrelevanten Verstoß enthält, könnte sie das Verfahren einstellen. Bei Kartellrechtsverstößen hätte sie grundsätzlich die Pflicht, im Rahmen ihrer Befugnisse gegen die Verstöße vorzugehen. Soweit im Kartellverwaltungsverfahren das Opportunitätsprinzip zu bejahen ist, könnte sie das Verfahren bei kleineren Verstößen einstellen.

#### *(4) Vorprüfverfahren im Kartellrecht*

##### *(a) Inhalt und Zwecke des Vorprüfverfahrens*

Das deutsche Kartellrecht kennt gleichfalls ein Vorverfahren, dessen Ziel nicht auf den Erlass einer Ver- oder Gebotsverfügung gerichtet ist. Nach § 39 GWB sind Zusammenschlüsse von Unternehmen stets anzuzeigen. Im so genannten Vorprüfverfahren nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB prüft die Kartellbehörde zunächst nur, ob Anhaltspunkte vorliegen, welche den Zusammenschluss von Unternehmen als marktgefährdend erscheinen lassen. In dem Vorprüfverfahren erlässt die Behörde keine Untersagungsverfügung. Dies ist ausschließlich dem Hauptprüfverfahren vorbehalten<sup>474</sup>. Das Vorprüfverfahren dient lediglich der Klärung, ob überhaupt ein Hauptverfahren eingeleitet wird.

Mit der Untergliederung in Vor- und Hauptprüfverfahren wollte der Gesetzgeber einen Kompromiss schaffen, *„der einerseits den Forderungen nach Transparenz des Verfahrens, Rechtssicherheit und Rechtsschutz in den problematischen Fällen, andererseits aber auch dem Bedürfnis nach einem raschen und unbürokratischen Verfahren in der Masse der Fälle gleichermaßen Rechnung trägt.“*<sup>475</sup>

Sofern der Zusammenschluss als Ergebnis des Vorprüfverfahrens offensichtlich für die Marktstrukturen unbedenklich ist, soll kein Hauptverfahren

<sup>474</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 8.

<sup>475</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 44.

eingeleitet werden<sup>476</sup>. Der Kartellbehörde kommt somit im Rahmen des Vorprüfverfahrens die Aufgabe zu, den geplanten Zusammenschluss zur Kenntnis zu nehmen, die aktuelle Marktsituation – zumindest summarisch – aufzuarbeiten sowie prognostisch die Auswirkungen des geplanten Zusammenschlusses auf den Markt zu analysieren.

Erhebliche Schwierigkeiten können dabei schon bei der Feststellung des vom Zusammenschluss betroffenen Marktes entstehen. Bereits bei Zweifeln über die Unbedenklichkeit des Zusammenschlusses hat die Kartellbehörde ein Hauptprüfverfahren einzuleiten<sup>477</sup>. Mit anderen Worten ist die Kartellbehörde zur Einleitung eines umfassenden Hauptverfahrens dann verpflichtet, wenn sie im Rahmen des Vorprüfverfahrens Kenntnis von Tatsachen erlangt hat, welche einen hinreichenden Verdacht auf eine wettbewerbswidrige Handlung begründen, wobei im Rahmen des Vorprüfverfahrens der Fusionskontrolle eine gewisse tendenzielle Vermutung im Zweifel zur Wettbewerbswidrigkeit besteht.

Weder die kundgetane Entscheidung der Kartellbehörde, den Zusammenschluss als unbedenklich zu erachten bzw. die Mitteilung der Behörde, in das Hauptprüfverfahren einzusteigen, stellen nach herrschender Ansicht Verfügungen der Behörde im Sinne des § 35 VwVfG dar<sup>478</sup>. Der herrschenden Meinung kann hier nur beigepflichtet werden, da der Gesetzgeber ausdrücklich nicht wie in der FKVO vorgesehen, einen Abschluss des Vorprüfverfahrens mittels Verfügung wünschte<sup>479</sup>.

Dies dient der gewünschten Verfahrensbeschleunigung. Auch der Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 GWB bestätigt dies. Dieser legt ausdrücklich fest, dass die Behörde im Hauptprüfverfahren durch Verfügung entscheidet. Letztlich hat die Behörde die Möglichkeit der Freigabe einer Fusion im Vorprüfverfahren durch Verstreichenlassen der Monatsfrist des § 40

---

<sup>476</sup> Mestmäcker/ Veelken in I/M-GWB, § 40 Rn 14.

<sup>477</sup> Mestmäcker/ Veelken in I/M-GWB, § 40 Rn 14.

<sup>478</sup> Richter in Wiedemann, KartellR, § 21 Rn 122; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 2.

<sup>479</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 44.

Abs. 1 S. 1 GWB, also durch bloße Untätigkeit. Diese Freigabemöglichkeit stellt per se keine der Anfechtung unterliegende Verfügung dar, da es ihr – anders als der Viermonatsfrist des § 40 Abs. 2 S. 2 GWB – an einer gesetzlichen Freigabefiktion fehlt<sup>480</sup>.

Trotz des fehlenden Verfahrensabschlusses durch eine Finalverfügung ist das Vorprüfverfahren nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB kein Verfahren sui generis sondern ein förmliches Verwaltungsverfahren im Sinne der §§ 55 ff. GWB<sup>481</sup>.

*(b) Rechtsschutz im Vorprüfverfahren*

Fraglich ist jedoch, welchen Rechtsschutz das Vorprüfverfahren nach § 40 Abs. 1 GWB vermittelt, insbesondere ob betroffene Dritte einen Anspruch auf Durchführung des Hauptprüfverfahrens haben. Unstreitig ist, dass die an der Fusion beteiligten Unternehmen keinen Anspruch auf Einleitung des Hauptprüfverfahrens haben. Diesen fehlt es an der notwendigen Beschwerde. Wird ein Hauptprüfverfahren nicht eröffnet, so gilt der angezeigte Zusammenschluss als genehmigt<sup>482</sup>.

Andere Marktteilnehmer können jedoch durch den Verzicht auf den Einstieg in das Hauptprüfverfahren in ihren rechtlichen Interessen im gleichen Umfang berührt sein, wie Marktteilnehmer bei einer dem Drittschutz zugänglichen Freigabe im Hauptprüfverfahren. Nach der herrschenden Meinung soll Dritten dennoch keine Anfechtungsmöglichkeit gegen Freigabeentscheidungen im Vorprüfverfahren zustehen<sup>483</sup>. § 40 Abs. 6 GWB i.V.m. § 63 Abs. 1 GWB solle lediglich die Anfechtungsmöglichkeit gegen Entscheidungen im Hauptprüfverfahren ermöglichen.

<sup>480</sup> BGH WuW/E DE-R 1571, 1572 „Ampere“; Richter in Wiedemann, KartellR, § 21 Rn 124.

<sup>481</sup> K. Schmidt im I/M-GWB, § 54 Rn 3.

<sup>482</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 7, 26.

<sup>483</sup> Mestmäcker/ Veelken in I/M-GWB, § 40 Rn 22; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 4; Riesenkampff/Lehr in L/M/R, § 40 RdNr. 4; Veelken in WRP 2003, 207, 223 f; Richter in Wiedemann, KartellR, § 21 Rn 121 f.

Bedeutende Teile der Literatur<sup>484</sup> halten dieses Ergebnis für rechtspolitisch verfehlt, da „*das Amt selbst Herr darüber ist, ob sein Verfahrensabschluss angefochten werden könne oder nicht.*“<sup>485</sup>

Nach hier vertretener Ansicht kann der von Selbstzweifeln getragenen herrschenden Meinung nicht vollumfänglich gefolgt werden. Die herrschende Ansicht beschränkt ihre Denkansätze zum Drittschutz im Vorprüfverfahren auf etwaige Parallelen zum Hauptprüfverfahren mit der dort statuierten Anfechtungsbeschwerde. Eine bloße Reduzierung des Rechtsschutzes ausschließlich gegen Verfügungen ist veraltet<sup>486</sup>.

Es besteht nach hier vertretener Auffassung die Möglichkeit des Rechtsschutzes über die allgemeine Leistungsbeschwerde. Auch wenn die allgemeine Leistungsbeschwerde nicht in § 63 GWB genannt wird, ist sie allgemein anerkannt<sup>487</sup>. Diese Leistungsbeschwerde muss zumindest dem Dritten offen stehen, welcher im Falle der Freigabe eines Zusammenschlusses im Hauptprüfverfahren zur Erhebung der Anfechtungsbeschwerde befugt wäre, wobei auf die Voraussetzung der Verfahrensbeteiligung nach § 63 Abs. 2 GWB wie auch bei der Verpflichtungsbeschwerde<sup>488</sup> zu verzichten wäre.

Aus dem Gesetz kann keine Beschränkung der Unangreifbarkeit von Freigaben im Vorprüfverfahren entnommen werden. Die Anfechtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 1 GWB ist unumstritten kein statthafter Rechtsbehelf gegen Freigaben im Vorprüfverfahren. Sie ist nur gegen „Verfügungen der Kartellbehörde“ zulässig. Wie bereits ausgeführt, endet das Vorprüfverfahren nicht mit einer Verfügung.

Somit können allenfalls die Verpflichtungsbeschwerde nach § 63 Abs. 3 GWB oder die allgemeine Leistungsbeschwerde einschlägig sein. Die

---

<sup>484</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 4; Riesenkampff/Lehr in L/M/R, § 40 Rn 4, m.w.N.

<sup>485</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 4.

<sup>486</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 9.

<sup>487</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 11.

<sup>488</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 32.

Verpflichtungsbeschwerde ist statthafter Rechtsbehelf bei Unterlassen einer gebotenen Verfügung durch die Kartellbehörde<sup>489</sup>. Soweit ein sonstiges Verwaltungshandeln unterlassen wurde, ist die allgemeine Leistungsbeschwerde einschlägig<sup>490</sup>.

Das Unterlassen würde bei der Freigabe im Vorprüfverfahren in der Nichtdurchführung des Hauptprüfverfahrens oder in dem fehlenden Erlass einer Untersagungsverfügung liegen. Nach bloßer Freigabe im Vorprüfverfahren steht dem Dritten kein Anspruch auf Erlass einer im Rahmen der Verpflichtungsbeschwerde durchzusetzenden Untersagungsverfügung zu. Jedoch kann der Dritte einen Anspruch auf Durchführung des Hauptprüfverfahrens haben. Dieser Anspruch ist über die allgemeine Leistungsbeschwerde durchzusetzen.

Der Anspruch des Dritten kann im Rahmen der Verpflichtungsbeschwerde nicht auf den Erlass einer Untersagungsverfügung gegen den Zusammenschluss gerichtet sein. Eine Untersagungsverfügung darf nur im Hauptprüfverfahren ergehen. Ein solches fand jedoch bei der Freigabe im Vorprüfverfahren noch nicht statt. Das Vorprüfverfahren enthält lediglich eine summarische Prüfung mit der Frage, ob durch die angemeldete Fusion derartige Auswirkungen auf den Markt zu erwarten sind, dass die Durchführung eines Hauptprüfverfahrens angezeigt ist. Das Vorprüfverfahren stellt lediglich ein Grobraster dar, bei dem lediglich bei dem von Beginn an absolut unproblematischen Fällen auf die Durchführung eines Hauptprüfverfahrens verzichtet werden kann<sup>491</sup>. Im Vorprüfverfahren wird keine abschließende Feststellung zu den tatsächlichen Auswirkungen vorgenommen.

Auch wenn der Erlass einer Untersagungsverfügung eine gebundene Entscheidung ist<sup>492</sup>, kann sie nicht durch eine Gerichtsentscheidung ohne

---

<sup>489</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 9.

<sup>490</sup> BGHZ 117, 209- Unterlassungsbeschwerde; BGH WuW/E 1967, 1968, Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 11; K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 5, 9.

<sup>491</sup> Mestmäcker/ Veelken in I/M-GWB, § 40 Rn 14.

<sup>492</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 34.

Einleitung und Durchführung eines Hauptprüfverfahrens ersetzt werden. Dem stehen bereits verfassungsrechtliche Bedenken entgegen. Den Behörden stehen im justizähnlich ausgestaltetem<sup>493</sup> Kartellverfahren weitreichende Entscheidungsräume zu, die nicht durch die Gerichte ausgefüllt werden dürfen. Insbesondere hat die Behörde neben den Interessen einzelner Marktteilnehmer auch die Interessen des Gesamtmarktes zu berücksichtigen.

Gemäß § 71 Abs. 5 S. 2 GWB ist es den Gerichten bei der Überprüfung der Kartellverfügungen verboten, die Auswirkungen von Maßnahmen auf die gesamtwirtschaftliche Lage und Entwicklung zu würdigen. Auch wenn Reichweite und Grenzen des in § 71 Abs. 5 S. 2 GWB verankerten richterlichen Prüfrahmens umstritten sind<sup>494</sup>, ist eine Ersetzung der behördlichen Beurteilung der gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen durch die Gerichte nicht möglich.

Die Kompetenzzuweisung des § 71 Abs. 5 S. 2 GWB muss auch für die gebundene Entscheidung nach § 40 Abs. 1 GWB bezüglich der Einleitung des Hauptprüfverfahrens gelten, denn § 71 Abs. 5 S. 2 GWB soll nicht bloß isoliert die Prüfkompetenz der Gerichte bei Ermessensentscheidungen beschränken. Die Norm sorgt vielmehr dafür, dass die Kompetenz über die „Richtlinien der Wirtschaftspolitik“ nicht der politikfreien Justiz sondern dem politisch über das Wirtschaftsministerium kontrollierten Kartellamt zugewiesen wird. Dies muss erst recht für das Fusionsverfahren gelten<sup>495</sup>. Da gesamtwirtschaftliche Auswirkungen auch in zunächst unproblematisch erscheinenden Fällen nie auszuschließen sind – und sei es nur über die Vorbildfunktion des Einzelfalls – muss vor Erlass einer Untersagungsverfügung im Zusammenschlussverfahren stets ein Hauptverfahren durch die Kartellbehörde durchgeführt werden.

---

<sup>493</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 2; Bechtold, Kommentar zum GWB, vor § 54 Rn 1 m.w.N.

<sup>494</sup> Vgl. K. Schmidt in I/M-GWB, § 71 Rn 44, m.w.N.

<sup>495</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 71 Rn 44.

Auch pragmatische Gründe sprechen für eine solche Kompetenzzuweisung weg von den Gerichten. Die Kartellbehörden besitzen die besseren Ressourcen um die notwendigen Daten zu erfassen und aufzuarbeiten.

Gleichfalls ist den unmittelbar am Zusammenschluss beteiligten Unternehmen ein besonderes Interesse an einer Durchführung des Hauptprüfverfahrens zuzubilligen. Sie müssen die Möglichkeit haben, ihre Unterlagen nachzubessern. Zwar kann dies – wie § 63 Abs. 1 S. 2 GWB zeigt – noch im Gerichtsverfahren geschehen, doch sind hier die Grenzen des Ausschlusses von Vortrag weiter als im Verwaltungsverfahren. Auch wenn im Verwaltungsprozess der Amtsermittlungsgrundsatz gilt und damit die objektive Wahrheitsfindung Vorrang genießt, kann der Vortrag eines Beteiligten wegen Verspätung unberücksichtigt bleiben. Schließlich obliegt auch im Verwaltungsprozess allen Parteien die Pflicht zur Verfahrensförderung durch rechtzeitiges Vorbringen des Streitstoffes.

Bei Überspringen eines Hauptprüfverfahrens würde insbesondere den am Zusammenschluss unmittelbar beteiligten Unternehmen Zeit für den vollständigen Sachvortrag gekürzt werden. Faktisch betrachtet, kann das justizähnliche Kartellverwaltungsverfahren auch als erste (außergerichtliche) Tatsacheninstanz betrachtet werden, welche durch Zulassung einer Verpflichtungsbeschwerde für sämtliche Verfahrensbeteiligten verlustig gehen würde.

Auch kann ein Gerichtsverfahren über den Antrag auf Erlass einer Versagungsverfügung regelmäßig nur mit der vollständigen Stattgabe oder Abweisung des Antrags enden. Zwischenlösungen sind kaum denkbar. Die Freigabe- bzw. Versagungsverfügung ist zwar eine gebundene Entscheidung, jedoch ist die Behörde aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtet, die Fusion freizugeben, wenn die Untersagung unverhältnismäßig wäre. Um dies zu verhindern kann sie die Freigabe unter Auflage gestatten<sup>496</sup>. Einen eigenen Spielraum zur Aufgabe von Auflagen kann man der Judikative nicht einräumen.

---

<sup>496</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 34.

Bei Anerkennung der Zulässigkeit der allgemeinen Leistungsklage zu Gunsten eines Dritten gegen Freigabeentscheidungen im Vorprüfverfahren, soweit der Dritte zur Erhebung der Anfechtungsbeschwerde in Falle des Erlassens einer Freigabeverfügung nach § 40 Abs. 2 GWB berechtigt wäre<sup>497</sup>, schließt man die von Teilen der Literatur bemängelte Rechtsschutzlücke zwischen dem Vor- und dem Hauptprüfverfahren, ohne gleichzeitig eine vollständige Verfahrensangleichung zu erreichen.

Dieser Lückenschluss ist auch vom Gesetz gedeckt. § 40 Abs. 6 GWB begrenzt seinen Rechtsfolgenausspruch gerade nicht auf Freigabeverfügungen nach § 40 Abs. 2 GWB, sondern spricht allgemein von Freigaben. Diese Begrifflichkeit umfasst sowohl formelle Freigaben durch Verfügungen nach § 40 Abs. 2 GWB als auch Freigaben durch Realakt nach § 40 Abs. 2 GWB.

Auch die Gesetzgebungsgeschichte schließt eine Zulassung der Leistungsbeschwerde nicht aus. Die Gesetzgebungsmaterialien zur sechsten GWB-Novelle, mit welcher der Rechtsschutz im Fusionskontrollverfahren neu geregelt wurde, enthalten keine derartigen Beschränkungen. Insbesondere die Begründung des Regierungsentwurfs enthält keinerlei Stellungnahmen zur Versagung eines Rechtsschutzes im Vorprüfverfahren. Der Gesetzgeber wollte lediglich den Rechtsschutz der betroffenen Marktteilnehmer bei Entscheidungen im Hauptprüfverfahren erweitern, ohne den Rechtsschutz im Übrigen einzuschränken. Mithin sollte es im Bereich des Vorprüfverfahrens bei den allgemeinen Grundsätzen bleiben. Ein Negativausschluss liegt nicht vor.

Der Normgeber war der Ansicht, dass in der Praxis selbst die Anfechtung von Hauptsacheentscheidungen durch Dritte infolge von Erfahrungen im Bereich des europäischen Kartellrechts die Ausnahme sein würde und wollte deshalb keine gesetzliche Einschränkung. Vielmehr würde die Pra-

---

<sup>497</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen: BGH WuW/E DE-R 3284 „Presse-Grossisten“; Bechtold/ Bosch, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, NJW 2011, 3484, 3489 f.

xis eine geringe Nachfrage nach dem Rechtsschutz zeigen. Die zu erwartenden Nachteile in Einzelfällen würden durch das Mehr an Rechtsschutz ausgeglichen<sup>498</sup>.

Diese Hoffnungen sollen sich nach Ansicht des Gesetzgebers nicht ganz erfüllt haben, so dass im Rahmen der siebenten GWB-Novelle der Rechtsschutz Dritter im Fusionskontrollverfahren wieder eingeschränkt wurde. Dies betraf jedoch nur die Aufhebung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Freigabeentscheidungen. Zu möglichen Rechtsbehelfen Dritter gegen Freigabeentscheidungen im Vorprüfverfahren wie auch zum Rechtsschutz im Hauptsacheverfahren nimmt auch die Gesetzesbegründung zur siebenten Novelle keine Stellung. Es wird lediglich insoweit auf die Klagbefugnis eingegangen, dass festgestellt wird, dass mit der sechsten GWB-Novelle die Möglichkeit der Drittklage gegen förmliche Entscheidungen eingeführt wurde<sup>499</sup>. Etwaig bestehende Rechtsbehelfe gegen nicht förmliches Verwaltungshandeln hatte der Gesetzgeber nicht im Blick.

Die Zulassung einer Leistungsbeschwerde konterkariert auch nicht den gesetzgeberischen Zweck bei der Schaffung des gestuften Prüfverfahrens nach § 40 GWB. Ziel des Gesetzgebers war die Schaffung eines ausgeglichenen Systems zwischen dem Schutz der Märkte und damit verbunden einem funktionierenden Rechtsschutz und der Notwendigkeit einer schnellen und planbaren Freigabe von Fusionen<sup>500</sup>. Trotz der Einschränkung des einstweiligen Rechtsschutzes im Zuge der siebenten GWB-Novelle wollte der Gesetzgeber den Drittschutz insbesondere im Hauptsacheverfahren nicht beschränken.

Auch entstehen keine beachtenswerten Nachteile für die an der Fusion beteiligten Unternehmen. Sofern die Kartellbehörde von der Richtigkeit ihrer Entscheidung überzeugt ist, kann sie unmittelbar nach Eingang einer zulässigen Drittbeschwerde gegen die Nichteröffnung des Hauptprüfver-

---

<sup>498</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 44.

<sup>499</sup> BR-Drucks. 441-04, S. 69.

<sup>500</sup> BT-Drucks. 13/9720, S. 44; BR-Drucks. 441-04, S. 69.

fahrens die Freigabe formell erklären. Spätestens mit Ablauf von vier Monaten ab Anmeldung der Fusion würde eine von der Behörde als unproblematisch erachtete Fusion als durch Verfügung freigegeben gelten. Dem Dritten bliebe dann der Rechtsweg gemäß § 40 Abs. 6 GWB i.V.m. § 63 Abs. 1 GWB.

Übermäßige Arbeitsbelastungen der Kartellbehörden, welche eine Beschränkung des effektiven Rechtsschutzes rechtfertigen würden, dürften nicht entstehen. Schließlich ist die Kartellbehörde bereits im Vorprüfverfahren zur summarischen Prüfung der Fusion auf deren Marktauswirkungen verpflichtet. Bestätigt sich das Ergebnis der summarischen Vorprüfung unter Einbeziehung des Vortrags des Dritten, muss die Behörde ihr Ergebnis nur noch schriftlich unter Einbeziehung des Drittvortrags zusammenfassen.

Sollte die Kartellbehörde jedoch infolge des Vorbringens des Dritten den geplanten Zusammenschluss als bedenklich betrachten, so hat die Behörde ihre Ressourcen genau dafür einzusetzen, wofür sie gedacht sind, dem Schutze eines funktionierenden Marktes. Die fusionierenden Unternehmen erleiden, wie aus § 41 GWB hervorgeht, hinnehmbare Nachteile. Schließlich besteht die Gefahr einer Verletzung des Kartellrechts.

Letztlich muss dem Dritten schon aus dem Rechtsstaatsprinzip die Möglichkeit der Erhebung der Leistungsbeschwerde zustehen, wenn er bei Erlass einer Freigabeverordnung in einem durchgeführten Hauptsacheverfahren die Befugnis zur Erhebung der Anfechtungsbeschwerde gehabt hätte. Das Rechtsstaatsprinzip garantiert, dass die Verwaltung Recht und Gesetz unterworfen ist. Um dies umzusetzen, unterliegt das Verwaltungshandeln wenigstens immer dann, wenn subjektiv-öffentliche Rechte betroffen sind, der richterlichen Kontrolle (Art. 19 Abs. 4 GG).

Keinesfalls ist es im modernen Rechtsstaat, der sich von der Vorstellung des Bürgers als Untertan des Staats getrennt hat, denkbar, dass die Verwaltung nach eigenem Ermessen entscheidet, ob sie ihr Handeln der rich-

terlichen Kontrolle unterstellt. Dies gilt schon deshalb, weil § 40 Abs. 1 GWB keine konkreten gesetzgeberischen Vorgaben enthält, wann die Einleitung eines Hauptprüfverfahrens erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat Dritten ausdrücklich ein Recht auf richterliche Überprüfung von Freigabeentscheidungen zugebilligt.

Es darf daher nicht im freien Ermessen der Exekutive liegen, die Reichweite dieses Anspruchs zu bestimmen. Dies würde einen Verstoß gegen das Gewaltenteilungsprinzip darstellen. Schafft der Gesetzgeber die prinzipielle Möglichkeit der Durchsetzung von Individualrechten im Verwaltungsrecht, so widerspricht es dem Grundgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG, dass es im freien Ermessen der Exekutive steht, den Weg zum Rechtsschutz zu eröffnen oder nicht<sup>501</sup>. Es darf auch im Kartellverwaltungsrecht keine Flucht der Verwaltung in das formlose Verfahren geben.

Es ist somit an dieser Stelle festzuhalten, dass auch das Kartellrecht ein Verfahren kennt, welches nicht primär auf den Erlass einer Verfügung gerichtet ist. Das Vorprüfverfahren dient der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit und von Individualinteressen. Zur Wahrung der Rechte aller Beteiligten muss dieses Verfahren, damit es seinen Zweck zur effektiven Wahrung des Kartellrechts einerseits und einer Verfahrensbeschleunigung andererseits, selbst ordentlich und transparent unter Wahrung der Rechte aller Beteiligten ausgestaltet sein. Nur so kann es dem Zweck der Verfahrensvereinfachung hinreichend dienen. Bei Verletzung von Individualrechten muss dem Dritten, welchem im Falle des Erlasses einer Freigabeverfügung im Hauptsacheverfahren ein Recht zur Erhebung der Anfechtungsbeschwerde zugestanden hätte, die Leistungsbeschwerde zur Verfügung stehen.

---

<sup>501</sup> Ähnlich, aber im anderen Zusammenhang: K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 5; einschränkend: Veelken in WRP 2003, 207, 225.

*cc) Zwischenergebnis*

Es ist festzuhalten, dass sowohl das allgemeine als auch das besondere Verwaltungsrecht Rechtsschutz durch und nicht nur aus Verfahren anerkennt. Auf die Problematik des Drittanspruchs auf Tätigwerden der Behörde bezogen, ist deshalb festzuhalten, dass eine Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten notwendig und geboten ist. Ein Rechtsschutzinteresse an einer Verfahrensdurchführung auch isoliert von einem Interesse an einer Finalverfügung ist anzuerkennen.

Individueller Rechtsschutz kann – wie der Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des Ermessens zeigt – auch durch Verfahren erwachsen. Die Wahrung geschützter Individualrechte geschieht bei Ermessensentscheidungen unmittelbar und ausschließlich durch die Einhaltung des Verfahrensrechts, hier der Vorgaben des § 40 VwVfG. Das materielle Recht gibt hier nur die Grenzen vor.

Voraussetzung für diese Gewährung von Rechtsschutz durch Verfahren ist nach herrschender Meinung das Vorhandensein von ermessensbegründenden Normen des besonderen (materiellen) Verwaltungsrechts. Erst wenn eine solche Vorschrift aus ihrem Anwendungsinhalt subjektiv-öffentliche Rechte vermittelt, erwächst dem Dritten nach herrschender Auffassung ein justiziabler Anspruch auf pflichtgemäße Ermessensausübung und damit im konkreten Fall auf fehlerfreies Verwaltungshandeln.

Auch im besonderen Verwaltungsrecht hat der nationale Gesetzgeber Verwaltungsverfahren geschaffen, welche allein durch die Verfahrensdurchführung Individualschutz vermitteln. Diese Verfahren sind nicht primär auf den Erlass eines Verwaltungsaktes fokussiert oder räumen dem Einzelnen unmittelbar einen materiell-rechtlichen Anspruch ein. Sie können als Vorschalt- bzw. Vorprüfverfahren charakterisiert werden.

Das Vorhandensein derartiger Verfahren stellt ein Anerkenntnis dar, dass nicht jegliches Verwaltungshandeln auf den Erlass eines Verwaltungsaktes oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet

sein muss. In den spezialgesetzlichen Vorprüfverfahren wird jeweils geprüft, ob durch die angezeigten Maßnahmen die Interessen der Allgemeinheit und/ oder einzelner Dritter dermaßen beeinträchtigt werden, dass die Durchführung eines Hauptverfahrens mit all seinen Beteiligungsrechten notwendig und im Interesse der Allgemeinheit und/ oder Einzelner ist.

Aus Beschleunigungs- und Vereinfachungsgründen sind die Beteiligungsrechte Dritter in den Vorverfahren stark eingeschränkt, so dass der Behörde ein besonderer Schutzauftrag zur Wahrung der eingeschränkten Rechte zukommt. Bei der Beurteilung der Notwendigkeit des Einstiegs in ein Hauptprüfverfahren mit dann erweiterten Individualrechten muss die involvierte Behörde von sich aus beachten, inwieweit durch das geplante Vorhaben Rechte Dritter betroffen sind und ob es verhältnismäßig erscheint, die potentielle Einschränkung von Drittrechten ohne ein Hauptprüfverfahren mit all seinen Beteiligungsrechten und der unter Umständen gegebenen Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle zu gestatten. De-facto obliegt der Behörde in den Fällen eines Vorprüfverfahren – zumindest wenn man einen Drittschutz im Vorprüfverfahren ablehnt – auch die Pflicht zur Berücksichtigung von Individualinteressen über deren Aufgehen in den Allgemeininteressen hinaus.

Sichergestellt werden kann hinreichende Wahrung von Individualinteressen nur durch eine weitreichende Formalisierung des Verwaltungsverfahrens<sup>502</sup>. Geschieht dies nicht, muss der Schutz von rechtserheblichen Individualinteressen über die Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes bestehen. Dies verlangt schon Art. 19 Abs. 4 GG.

Diese nicht auf den Erlass von Verwaltungsakten gerichteten Vorprüfverfahren dienen zweierlei Zwecken. Zum einen fördern sie ein effektives Verwaltungshandeln durch Verfahrensbeschleunigung, was wiederum zu einer Arbeitsentlastung der Behörden und zu einer Entbürokratisierung beim Bürger führt. Der Gesetzgeber hat erkannt, dass es nicht immer notwendig ist, sofort in ein aufwendiges und langwieriges Verwaltungsverfah-

---

<sup>502</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 453.

ren einzusteigen, wenn im Vorfeld noch nicht einmal feststeht, ob für ein solches Verfahren überhaupt die Notwendigkeit besteht. Eine Notwendigkeit für ein formelles Verwaltungsverfahren kann nur bestehen, wenn zu erwarten ist, dass mit dem Verfahren der Schutzzweck bzw. anderweitig angedachte Zweck des Verfahrens überhaupt erreicht werden kann.

Die soeben beschriebene Verfahrensvereinfachung hat zur Folge, dass die Rechte beteiligter Dritter am Verfahren stark beschnitten werden. Ohne Eintritt in das Hauptprüfverfahren beispielsweise nach § 40 Abs. 1 S. 1 GWB kann die Behörde die Freigabe formlos ohne Verfügung genehmigen oder dies durch Untätigkeit erreichen. Gegen eine solch formlose Genehmigung stehen dem Dritten keinerlei unmittelbar auf die Freigabe selbst bezogenen Anfechtungsmöglichkeiten zur Verfügung<sup>503</sup>. Diese Rechtsschutzverkürzung ist vom Gesetzgeber zur Verfahrensbeschleunigung bewusst in Kauf genommen.

Um jedoch trotzdem eine effektive Rechtsdurchsetzung auch zum Wohle der Drittbetroffenen zu erreichen, muss der Rechtsschutz durch das Verfahren selbst erwachsen, was das zweite Ziel solcher Vorprüfverfahren ist. Der Gesetzgeber hat für die Vorprüfverfahren bewusst ein gesetzliches Korsett entworfen. Die Behörde als Gesetzesvollzugsorgan muss gewissenhaft prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Einstieg in ein Hauptprüfverfahren vorliegen oder ob eine weitere Untersuchung nicht notwendig ist.

Hierfür hat die Behörde sämtliche ihr zur Verfügung stehenden Informationen auszuwerten und eine Entscheidung darüber zu treffen, ob hinreichende Anhaltspunkte vorliegen, die eine tiefer greifende Prüfung notwendig erscheinen lassen. Kommt die Behörde zu dem Ergebnis, dass die vorliegenden Informationen Anhaltspunkte für eine Untersagungsverfügung ergeben, ist die Behörde angehalten, in das Hauptprüfverfahren einzusteigen<sup>504</sup>.

---

<sup>503</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 4.

<sup>504</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 4.

Wie auch in den Verfahren nach § 15 BImSchG, § 40 Abs. 1 GWB, §§ 3c UVPG und dem Strafverfahrensrecht kann der Dritte unabhängig vom späteren Ausgang des Verfahrens allein ein eigenes Interesse an der ordentlichen Verfahrensdurchführung haben. Die Durchführung eines formellen Kartellverwaltungsverfahrens gibt dem Dritten die Möglichkeit, bei ihm etwa vorhandene Rechtsunsicherheiten über das Bestehen von kartellrechtsrelevanten Verstößen zu beseitigen.

Im Rahmen der aufgezeigten Verfahren steht dem in seinen Rechten betroffenen Dritten – abhängig von weiteren Verfahrensvoraussetzungen – ein eigenes Rechtsmittel im Falle der Nichtwahrung seiner Interessen bei der Verfahrensdurchführung zu. Im Verfahren nach § 15 BImSchG steht einem betroffenen Dritten ein Klagerecht zu. Das Strafprozessrecht hat das Klagerzwingungsverfahren geschaffen. Im Bereich der Fusionskontrolle stehen einem Dritten bei fehlerhafter Durchführung des Vorprüfverfahrens eigene einklagbare Rechte zu, um die Eröffnung des Hauptprüfverfahrens zu erzwingen.

Auch wenn nicht unmittelbar aus dem UVP-Gesetz ein Anspruch auf pflichtgemäße Verfahrensdurchführung hergeleitet werden kann, kann sich ein materiell-beschwerdebefugter Dritter auf eine nicht ordnungsgemäße Verfahrensdurchführung berufen. Hierbei handelt es sich dann aber lediglich um Rechtsschutz aus und nicht durch Verfahren. Diese Diskrepanz ist jedoch mit der Sonderstellung des UVPG als Gesetz gänzlich ohne Normen zum Erlass von Finalverfügungen zu erklären.

Für eine scharfe Trennung zwischen einem Anspruch auf Tätigwerden und einen Anspruch auf Erlass einer Verfügung im Kartellrecht spricht letztlich die Aufgabenteilung zwischen Kartellbehörden und –gerichten.

Die Kartellbehörden haben einen weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum, welcher auch in dieser Arbeit zumindest außerhalb des Aufgrei-

fermessens nicht bestritten werden soll<sup>505</sup>. Zur Absicherung eines rechtsstaatlichen Verfahrens wurde ein sehr formalisiertes Verfahrensrecht geschaffen.

Zwischen den Kartellgerichten und den –behörden besteht kein Instanzenzug. Die Gerichte überprüfen lediglich im Rahmen der Vorgaben des Art. 19 Abs. 4 GG die Entscheidungen der Exekutive<sup>506</sup>. Dennoch sind die Gerichte – wie § 71 Abs. 4 GWB zeigt – berechtigt, die Verwaltungsbehörden zum Erlass eines Hoheitsaktes zu verurteilen. Dieses Recht stellt jedoch die *„äußerste Grenze des verfassungsrechtlich haltbaren Eingriffs der Justiz in die Verwaltungstätigkeit“*<sup>507</sup> dar. Eingriffe in das Prinzip der Gewaltenteilung dürfen nur ausnahmsweise erfolgen und müssen daher auf das Notwendige beschränkt werden.

Bejaht man einen judizierbaren Anspruch auf Tätigwerden, reduziert man zumindest in Teilbereichen des Kartellrechts die Reichweite der Eingriffe der Justiz in den Aufgabenbereich der Verwaltung. Statt der Verpflichtung zum Erlass einer Verfügung, was bereits den Kernbereich der Exekutive berührt, wäre es möglich, der Verwaltung lediglich die Verfahrensdurchführung aufzugeben und ihr im Rahmen der Finalentscheidung einen weiten Entscheidungsspielraum zu belassen. Insbesondere im Bereich des Kartellrechts, welches im Rahmen eines justizähnlichen Verfahrens den Kartellbehörden weite Ermessens- und Beurteilungsspielräume einräumt, erscheint dies als milderer Eingriff.

## **5. Subsidiarität des Zivil- gegenüber dem Verwaltungsrecht**

Die bereits im Detail dargestellte Rechtsprechung des BGH<sup>508</sup> und mit ihm die herrschende Literatur<sup>509</sup> betonen fortlaufend, dass eine Inanspruch-

---

<sup>505</sup> Zur Differenzierung der Ermessens- und Beurteilungsebenen vgl.: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 551.

<sup>506</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 534.

<sup>507</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 534.

<sup>508</sup> beispielhaft BGHZ 51, 61, 67 „Taxiflug“.

<sup>509</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9, m.w.N.

nahme einer Behörde immer dann ausscheide, wenn der Betroffene in zumutbarer Weise seine Rechte selbst verteidigen könne. Dies sei insbesondere bei Deckungsgleichheit von zivil- und verwaltungsrechtlichen Ansprüchen gegeben. In diesem Falle sei der Dritte auf den Zivilrechtsweg zu verweisen. Damit würde eine „fakultative Pflicht“ zum private law enforcement bestehen, welches unter dem Motto stehen würde, „Dulde oder Beseitige selbst“.

### **a) Allgemeine Grundsätze des Polizeirechts**

Bekannt ist der Grundsatz der Subsidiarität des öffentlich-rechtlichen Drittschutzes aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht. Die Polizeigesetze der Länder, beispielhaft sei hier auf § 1 Abs. 3 SOG MV verwiesen, enthalten Bestimmungen, nach denen der Schutz privater Rechte nicht Aufgabe der hoheitlichen Gefahrenabwehr ist, soweit deren effektiver Schutz durch die Einschaltung von Gerichten sichergestellt werden kann. Hieraus wird allgemein abgeleitet, dass die Polizei dort nicht einschreiten müsse, wo der Private selbst oder unter Einschaltung der Gerichte seine Rechte wahren kann<sup>510</sup>. Insoweit ist auch Blankes<sup>511</sup> Aussage zur polizeilichen Pflicht zum Einschreiten bei Rechtsverletzungen zu relativieren.

### **b) Übertragbarkeit polizeirechtlicher Grundsätze auf das Kartellrecht**

Der Übertragung des im allgemeinen Polizeirecht positiv verankerten Grundsatzes der Subsidiarität auf das besondere Kartellverwaltungsrecht ist mit Bedenken zu begegnen. Es fehlt hier bereits an einer positiven Regelung eines Subsidiaritätsgrundsatzes.

Auch die Argumentation, wo es im besonderen Verwaltungsrecht keine Regelungen gibt, greift das allgemeine Recht, ist nicht stichhaltig. Es darf bereits daran gezweifelt werden, dass das allgemeine Polizeirecht die

---

<sup>510</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 600, m.w.N.

<sup>511</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 7.

Grundlage jeglichen besonderen (Eingriffs-) Verwaltungsrechts ist. Ferner hat das allgemeine Polizeirecht eine Auffangfunktion.

Das Kartellverwaltungsrecht ist besonderes Verwaltungsrecht, welches der Abwehr von Gefahren für den Wettbewerb dient. Der Gesetzgeber hat mit dem GWB eine spezielle Behörde geschaffen und diese ausdrücklich mit der Überwachung des Wettbewerbs beauftragt. Hier findet eine Ressourcenkonzentration in einem klar abgegrenzten Aufgabengebiet statt.

Anders ist es im allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht, dessen Aufgabe die Aufrechterhaltung der Gesamtheit der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist. In Anbetracht des Umfangs dieser Aufgabe und in Kenntnis dessen, dass für eine Vielzahl von Gefahren für die öffentliche Sicherheit bei Erreichbarkeit spezielle Behörden zuständig sind, ist es nur sachgerecht, die allgemeinen Ordnungsbehörden über den positiv normierten Subsidiaritätsgrundsatz zu entlasten und so eine effektive breite Gefahrenabwehr sicherzustellen. Die Kartellbehörden müssen jedoch nicht für eine breite Gefahrenabwehr sorgen, sondern haben einzig den Wettbewerb zu überwachen.

### **c) Historische Einordnung der Subsidiarität**

Die Rechtsauffassung des BGH ist historisch betrachtet die Vollendung der noch zu Zeiten des Reichsgerichts eingeleiteten Abkehr<sup>512</sup> von der Subsidiarität des privaten Rechtsschutzes gegenüber dem des öffentlichen Rechts<sup>513</sup>. Dieses war der Auffassung, dass weder für einen zivilrechtlichen Unterlassungsanspruch noch derartige Sanktionen Platz wäre, wo ein gesetzliches Verbot einer staatlichen Strafandrohung unterliege<sup>514</sup>.

---

<sup>512</sup> Beginnend mit RGZ 116, 151.

<sup>513</sup> Z.B. RGZ 77, 217, 222.

<sup>514</sup> Ausführlich dargestellt mit Gegenargumenten in: K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 338.

#### **d) Inkongruenz zwischen Kartellverwaltungs- und -zivilrecht**

Ein Verweis des Betroffenen auf den Zivilrechtsweg (private law enforcement) ist kein adäquater Ersatz, um ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen. Zivil- und öffentlich-rechtlicher Drittschutz beruhen nicht auf den gleichen Anspruchsgrundlagen, unabhängig von der Frage, ob mit verschiedenen Normen des öffentlichen oder Zivilrechts im Ergebnis das gleiche Ziel erreicht werden kann<sup>515</sup>.

Während nach der h.M. ein Anspruch auf behördliches Einschreiten nur aus § 32 GWB i.V.m. einer drittschützenden materiell-rechtlichen Norm hergeleitet werden kann, ist Ausgangspunkt für einen privatrechtlichen Anspruch aus dem Kartellrecht § 33 GWB (eventuell noch § 823 Abs. 2 BGB). Zwischen dem öffentlich-rechtlichen und dem privat-rechtlichen Drittanspruch besteht eine Divergenz bei den Anspruchsgegnern. Der öffentliche Anspruch richtet sich gegen die Behörde, der zivilrechtliche gegenüber einem Wettbewerber.

Auch die Anspruchsinhalte öffentlich- und privat-rechtlicher Normen weisen erhebliche Unterschiede auf. Nur gegenüber dem störenden Wettbewerber selbst kann die Abstellung der Wettbewerbsbeeinträchtigung verlangt werden. Gegenüber der unmittelbar nicht störenden Behörde kann allenfalls nur ein Anspruch auf Durchsetzung des Kartell- und Missbrauchsverbots eingefordert werden<sup>516</sup>.

Die Rechtsfolgen der im GWB verankerten zivilrechtlichen Ansprüche sind nicht kongruent mit dem Interesse eines Dritten auf Tätigwerden der Kartellbehörden. Wie bereits herausgearbeitet, kann ein Betroffener ein isoliertes Interesse daran haben, dass die Kartellbehörde den ihn betreffenden Wettbewerb nicht nur allgemein, sondern im Hinblick auf bestimmte Anhaltspunkte für kartellrechtliche Verstöße seiner Mitbewerber überwacht. Dies muss sich nicht zwangsläufig mit einem Drittinteresse auf Erlass einer belastenden Verfügung gegen einen Mitbewerber decken, wel-

<sup>515</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 318.

<sup>516</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 319.

che diesen einschränkt. Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden wäre primär auf Sachverhaltsaufklärung und objektive Beurteilung der Marktverhältnisse gerichtet. Die zivilrechtlichen Ansprüche des GWB in § 33 GWB sind jedoch auf Unterlassung und Schadensersatz feststehender Kartellrechtsverstöße gerichtet.

Bestenfalls könnten beide Verfahren nahtlos ineinander übergehen. Während die Behörde die Tatsachen erforscht, läge es an dem Betroffenen, die notwendigen Rechtsfolgen aus den erhobenen Tatsachen durchzusetzen. Es ist zuzugeben, dass sich die Verwaltung dabei zum „Handlanger“ privater Interessen macht. Bedenkt man jedoch zunächst, dass jede Verletzung materiellen Kartellrechts auch eine Verletzung der Allgemeinheit schützender Normen ist, nimmt die Kartellbehörde bei der Sachverhaltserforschung stets auch öffentliche Interessen wahr. Soweit ein öffentliches Interesse an nicht vorhandener Erheblichkeit der vermeintlichen angezeigten Rechtsverletzung, etwa bei Bagatelldelikten, scheitern sollte, wäre ein Anspruch auf Tätigwerden abzuweisen.

### **e) Überlastung der Kartellbehörden**

Ferner hat der Gesetzgeber mit der siebenten GWB-Novelle die private Rechtsdurchsetzung fördern wollen. Eine Unterstützung durch öffentliche Ressourcen würde das Rechtsinstrument weiter beflügeln. Das Argument der drohenden Arbeitsüberlastung des Bundeskartellamtes muss mit der nötigen Objektivität betrachtet werden.

Zunächst kann festgehalten werden, dass es sich beim Bundeskartellamt um eine auch in der Wirtschaft für ihre Effektivität und weitgehende Praxisbezogenheit anerkannte Behörde handelt. Schon heute überwacht das Bundeskartellamt mit begrenzten Ressourcen im Rahmen der objektiven Wirtschaftsaufsicht die Einhaltung des Kartellrechts. Auch im Rahmen der objektiven Kartellaufsicht bemisst die Behörde unterschiedlichen von ihr betriebenen Verfahren verschiedene Prioritäten bei. Zusammenschlusskontrollverfahren werden regelmäßig bevorzugter und zügiger abgearbei-

tet, als Sektoruntersuchungen. Im Rahmen der Missbrauchsaufsicht werden Verfahren mit Auswirkungen auf die gesamte Volkswirtschaft – insbesondere wenn auch noch weitere Verdunkelungsgefahr besteht – intensiver betreut als kleine Verfahren mit geringerem Gefahrenpotential für den Wettbewerb. Dieses behördeninterne Ressourcenmanagement kann auch bei Bejahung eines Drittanspruchs angewandt werden.

Unzweifelhaft wird man einen wahrnehmbaren Anstieg der Arbeitsbelastung der Kartellbehörden im Falle der Anerkennung eines Drittanspruchs auf Tätigwerden nicht negieren können. Geben die gesetzlichen Regelungen jedoch einen solchen Anspruch her, können rein organisatorische Erwägungen den Anspruch nicht entfallen lassen.

Die personelle und materielle Ausstattung einer Behörde ist eine rein haushaltspolitische Entscheidung. Diese kann nicht über die Reichweite von subjektiven Rechten bestimmen. Vielmehr ist es Aufgabe der Exekutive die notwendigen organisatorischen Voraussetzungen zu schaffen, um die effektive Verwirklichung subjektiv-öffentlicher Rechte zu ermöglichen.

Insoweit ist es äußerst erstaunlich, dass selbst K. Schmidt das Argument der Gefahr der Arbeitsüberlastung ins Feld führt, gleichzeitig aber darauf hinweist, dass der einfache Gesetzgeber aufgrund des Art. 19 Abs. 4 GG nicht in „*unbeschränkter Willkür*“ Drittrechte einführen oder abschaffen könne<sup>517</sup>. Nach seiner Argumentation solle sogar der noch pauschaler und fernab der Spezialmaterie agierende Haushaltsgesetzgeber über die Reichweite von Drittrechten entscheiden können.

Ein Vergleich mit anderen Rechtsgebieten führt zu einer Relativierung der immer wieder vorgebrachten Besorgnis einer Lähmung der Kartellbehörden bei Ausweitung des öffentlichen Drittschutzes im GWB. Seit den 1960-er Jahren wurde gerade im Baurecht der Drittschutz immer mehr erweitert<sup>518</sup>. Trotz mancher Kritik über die Bearbeitungsdauer von Bauan-

---

<sup>517</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 435.

<sup>518</sup> Dargestellt in: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 15 f.

trägen ist festzustellen, dass die Bauaufsichtsbehörden nicht unter der Last von Drittschutzbegehren zusammengebrochen sind, sondern mit ihren Aufgaben gewachsen sind. Eine derartige Anpassung ist dem Bundeskartellamt mehr als zuzutrauen.

#### **f) Mehrbelastung durch angenommene Subsidiarität**

Die immer wieder behauptete Subsidiarität des Kartellverwaltungsrechts gegenüber dem Kartellzivilrecht kann sogar zu einer Mehrbelastung staatlicher Organe führen. Kartellzivilrechtliche Urteile wirken mit all ihren Feststellungen ausschließlich inter partes zwischen dem klagenden Betroffenen und dem beklagten Störer. Ein weiterer Dritter kann die in einem Parallelverfahren durch das Gericht festgestellten Tatsachen außerhalb des Regelungsbereichs der §§ 59 ff. ZPO nicht als gesichert in seinem eigenen Verfahren verwenden. Unabhängig von der praktischen Relevanz der Nebenintervention in derartigen Fällen liegen die Voraussetzungen des §§ 66, 68 ZPO nicht vor.

Die Ausführungen des Gerichts im Parallellfall können allenfalls als qualifizierte Meinungsäußerungen bzw. als Parteirechtsgutachten bezogen auf den Grund eines möglichen kartellzivilrechtlichen Anspruchs verwandt werden. Das vom weiteren Dritten angerufene Gericht ist jedoch zur eigenen Prüfung der Sach- und Rechtslage verpflichtet. Der Störer ist berechtigt, neue Verteidigungsmittel vorzubringen.

In der Praxis warten jedoch häufig Parteien den Ausgang eines Parallelverfahrens ab, um dieses als „Musterverfahren“ zu nutzen. Hintergrund solcher Erwägungen ist nicht, dass man im eigenen Verfahren eine automatische Übernahme der Ergebnisse des Musterverfahrens erhofft, sondern man möchte das Ausgangsverfahren abwarten, um das eigene Klagrisiko und damit verbundene Kostenrisiko abschätzen zu können. Sicherlich hofft man im Falle des Unterliegens des Störers auch auf ein freiwilliges Einlenken von diesem bzw. auf ein vollständiges Anschließen des angerufenen Gerichts an das Musterurteil.

Derartige Hoffnungen und Erwägungen sind jedoch rein wirtschaftlicher und psychologischer Natur. Sie haben keine gesicherte Rechtsgrundlage und können daher nach dem Obsiegen eines geschädigten Marktteilnehmers im Anschluss zu einer Flut von Klagen anderer Marktteilnehmer führen, bei welchen jedes Mal auch das Bestehen eines Kartellrechtsverstosses dem Grunde nach vollständig neu festgestellt werden muss. Dies hätte eine erhebliche Arbeitsbelastung der Gerichte zur Folge.

Ein Kartellverwaltungsverfahren, welches sich mit dem materiellen Kartellrechtsverstoß beschäftigt, könnte anders wirken. Die Feststellung eines Kartellrechtsverstosses durch die Kartellbehörde in einer Verfügung wirkt *inter omnes*<sup>519</sup>. Durch die Regelung des § 33 Abs. 1 GWB kann sich der Dritte nach Rechtskraft der Verfügung auf diese berufen, ohne dass er selbst die Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften im Konkreten darlegen und beweisen muss. Die angerufenen Zivilgerichte können sich in den späteren Schadensersatzprozessen auf die Auswirkungen der Rechtsverletzung auf den Dritten und die Schadensberechnung konzentrieren.

Ein Kartellverwaltungsverfahren ist folglich dann gegenüber dem Kartellzivilrecht effektiver, wenn eine Mehrzahl von potentiell klagbereiten gestörten Marktteilnehmern vorhanden ist. Dieser Effizienzgedanke wird auch von den Überlegungen K. Schmidts getragen, welcher der Kartellbehörde auch die Aufgabe der Kartellrechtspflege über die im Rahmen ihrer Tätigkeit vorgenommene Konkretisierung abstrakter Rechtsnormen anhand konkreter Fälle zuschreibt<sup>520</sup>. Die Kartellbehörde würde sich bei einem Verweis auf den Zivilrechtsweg dieser Verantwortung entziehen und die Gefahr einer uneinheitlichen Auslegung des Kartellrechts herbeiführen.

---

<sup>519</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 507, 613; eine *inter-omnes*-Wirkung verneinend: Soell, Festschrift für Wahl, S. 447 ff.

<sup>520</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 564 f.

### g) Unerheblichkeit der Rechtswegspaltung

Auch das vom BGH<sup>521</sup> vorgetragene Argument, es sei ungewöhnlich und nicht praktisch, der Exekutive die Durchsetzung privater Interessen aufzubürden, da es so zu einer Zweiteilung der Rechtswege – neben dem Verwaltungsrechtsweg bliebe der Zivilrechtsweg für die Schadensersatzforderungen –, ist nicht überzeugend. Es besteht bereits ein wesentlicher Unterschied im Streitgegenstand. Im Verwaltungsrecht geht es um die Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte im Verhältnis Staat-Bürger, während im Kartellzivilrecht private Ansprüche aus unerlaubter Handlung Gegenstand des Verfahrens sind<sup>522</sup>.

Der Gesetzgeber hat selbst mit der Neufassung des § 33 GWB im Rahmen der siebenten GWB-Novelle zum Ausdruck gebracht, dass er einen zweiteiligen Rechtsweg im Kartellverwaltungsverfahren nicht als nachteilig betrachtet. Zivilrechtliche Ansprüche können nunmehr auch aus einem Verstoß gegen Verfügungen der Kartellbehörde begründet werden. Die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verfügung, welche regelmäßig vom Verfügungsadressaten angestrebt wird, erfolgt auf dem Kartellverwaltungsgerichtsweg (regelmäßig erstinstanzlich vor dem OLG Düsseldorf), während der Schadensersatzanspruch auf dem Zivilrechtsweg vor den gemäß § 87 Abs. 1 GWB zuständigen Landgerichten rechtshängig gemacht werden muss und spätestens im Berufungsverfahren von dem Kartellsenat des Oberlandesgerichts verhandelt wird<sup>523</sup>.

In § 148 ZPO befindet sich ein sehr effektives Instrument zur Meidung von Divergenzen. Die Norm bietet die Möglichkeit der Aussetzung eines Verfahrens für den Fall, dass die Entscheidung im anhängigen Rechtsstreit abhängt von der Beurteilung eines Rechtsverhältnisses, welches durch ein anderes Gericht oder eine Behörde parallel geprüft wird.

<sup>521</sup> BGH WuW/E 288, 290 „Großhändlerverband II“

<sup>522</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 82.

<sup>523</sup> KG WuW/E DE-R 2817 „Entgelt für Nutzung von Bahnhöfen“; OLG München NJOZ 2011, 1800 „Taxi-Vermittlungszentrale“.

## **h) Subsidiarität und Wille des Gesetzgebers**

Fraglich ist im vorbenannten Zusammenhang ferner, ob die von der herrschenden Meinung angenommene Subsidiarität des Kartellverwaltungsverfahrens nicht dem in § 63 Abs. 4 GWB und § 89 GWB verankerten gesetzgeberischen Willen zur Verfahrenskonzentration widerspricht<sup>524</sup>. Der Gesetzgeber wollte bereits bei Schaffung des GWB eine sachliche Konzentration sämtlicher Kartellangelegenheiten bei den Zivilgerichten<sup>525</sup>.

Auch wenn unmittelbar aus § 63 Abs. 4 GWB keine örtliche oder instanzielle Konzentration folgt, verpufft ein wesentlicher Teil der gewünschten Verdichtung, wenn sich eine Vielzahl von über die Bundesrepublik verteilte Zivilgerichte mit inhaltsgleichen Streitigkeiten zu beschäftigen hat. Es besteht so die Gefahr divergierender Rechtsprechung. An die Problematik des § 522 Abs. 2 ZPO sei hier nur am Rande erinnert.

## **i) Fehlender präventiver Charakter des Kartellzivilrechts**

Unabhängig von den bereits andiskutierten Hindernissen, kartellrechtliche Ansprüche in der Praxis zivilrechtlich durchzusetzen, können zivilrechtliche Ansprüche darüber hinaus nur repressiv, nicht aber effektiv präventiv wirken. Zwar sieht § 33 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB einen vorbeugenden und sogar verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch vor<sup>526</sup>. Nach § 33 Abs. 1 S. 2 GWB soll der Unterlassungsanspruch auch bereits bestehen, wenn „eine Zuwiderhandlung droht“. Hierfür muss der Anspruchsteller aber die reelle Gefahr eines ihn betreffenden Kartellrechtsverstoßes darlegen und – bei realistischer Betrachtung – auch stets beweisen<sup>527</sup>.

Nach der gesetzlichen Intention besteht der vorbeugende Unterlassungsanspruch entweder nur, wenn ein Wettbewerber bereits einen Kartell-

<sup>524</sup> Vgl. z.B.: Ladeur in CR 2000, 433, 439.

<sup>525</sup> RegE, Anlage 1 zu BT-Drucks. 2/1158, S. 29.

<sup>526</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 33 Rn 13.

<sup>527</sup> Vgl. zur Darlegungs- und Beweislast: Reh binder in L/M/R, § 33 Rn 52 f.

rechtsverstoß begangen hat und die tatsächliche Vermutung besteht, dass er ihn nochmals begeht<sup>528</sup> oder wenn der Anspruchsteller eine ernste und greifbare, nicht bloß konstruierte Erstbegehungsfahr eines Kartellrechtsverstoßes nachweisen kann<sup>529</sup>. Letztere soll sich dann herleiten lassen, wenn der Störer bereits mit Vorbereitungshandlungen begonnen hat, etwa durch Aufnahme von Vertragsverhandlungen mit dem Ziel des Abschluss eines kartellrechtswidrigen Vertrages oder wenn sich der Störer mit Kartellrechtsverletzungen rühmt<sup>530</sup>.

Es ist zwar nicht ausgeschlossen, dass es in der Realität in Einzelfällen<sup>531</sup> gelingt, auch eine Erstbegehungsfahr gerichtsfest nachzuweisen. Dies dürfte jedoch eher die Ausnahme bleiben<sup>532</sup>. In der überwiegenden Zahl der Fälle kann der Betroffene einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch nur wirksam durchsetzen, wenn er bereits gegen ihn wirkende spürbare Wettbewerbseinschränkungen nach einem Kartellrechtsverstoß seines Mitbewerbers nachweisen kann. Bezüglich dieser spürbaren Beeinträchtigungen kann ein zivilrechtlicher Unterlassungsanspruch dann allerdings nur noch repressiv wirken.

Gegenteiliger Auffassung ist K. Schmidt<sup>533</sup>. Er bemisst dem Kartelldeliktsrecht eine erhebliche Steuerungsfunktion bei. Dabei übersieht er jedoch die Rechtspraxis. Mag es in der Rechtstheorie kaum Umsetzungsprobleme vorhandener – auch wohl strukturierter – Rechnormen geben, zeigt die gelebte Rechtsanwendung doch, dass Recht haben und Recht durchsetzen zwei unterschiedliche Dinge sind. Rechtsverfahren scheitern in der Praxis regelmäßig nicht an der fehlerhaften Rechtsinterpretation des Prozessbevollmächtigten sondern meist an der abweichenden Tatsachenfeststellung durch das berufene Gericht.

---

<sup>528</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 33 Rn 13; Emmerich in I/M-GWB, § 33 Rn 94.

<sup>529</sup> Emmerich in I/M-GWB, § 33 Rn 98.

<sup>530</sup> Emmerich in I/M-GWB, § 33 Rn 99.

<sup>531</sup> Beispielhaft sei hier BGHZ 28, 208 – 4711 genannt, wobei in diesem Fall zur Anspruchs begründung auch Normen des UWG herangezogen wurden.

<sup>532</sup> Gleichfalls: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 84.

<sup>533</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsverfahren, S. 325 f.

Entgegen K. Schmidt kann dem Kartellzivilrecht durch die Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz kein wirklicher präventiver Charakter zugebilligt werden<sup>534</sup>. Anders als K. Schmidt meint, enthält weder das allgemeine Zivilrecht noch das besondere Kartellzivilrecht eine Straffunktion. Über die Leistung von Schadensersatz wird gemäß § 249 Abs. 1 BGB beim Betroffenen nur der Zustand hergestellt, der ohne die Rechtsverletzung bei ihm vorhanden wäre. Spiegelbildlich muss der Schädiger im Kartellrecht nur das Leisten, was ihm zu Unrecht zugeflossen ist. Einen – dem US-Recht bekannten – weitergehenden Schadensersatz muss er gerade nicht leisten<sup>535</sup>.

Auch wenn Individuen ungern selbst unredlich erworbenes Vermögen abgeben, stellt es für ein betriebswirtschaftlich handelndes Unternehmen eine andere Entscheidungsbasis dar, ob es die Chance auf Profit durch Kartellrechtsbruch mit dem Risiko der späteren Herausgabe des lediglich zu Unrecht erlangten Vermögensvorteils oder aber zusätzlich mit der Gefahr des Verlustes von rechtmäßig erlangtem Vermögen erkauf<sup>536</sup>.

Das Risiko einer Schadensersatzverbindlichkeit wirkt entgegen K. Schmidt in der Realität selten abschreckend, wenn gleichzeitig ein wenigstens gleichwertiger Zufluss an Aktiva zu verzeichnen ist. Eine solch bloße Bilanzverlängerung stellt keine in die Zukunft wirkende Abschreckung dar, insbesondere dann nicht, wenn sich der Schaden auf eine Vielzahl von Individuen verteilt und daher die Gefahr einer Inanspruchnahme durch einen Jeden begrenzt ist.

Bereits der Liquiditätsgewinn durch die Kartellrechtsverletzung stellt eine Verlockung dar. Bei ausschließlicher Würdigung des Sanktionskatalogs des Kartellzivilrechts müsste ein jeder Rechtsberater<sup>537</sup> im Rahmen einer rechtlich-ökonomischen Gesamtrechnung zur Kartellrechtsverletzung ra-

---

<sup>534</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsverfahren, S. 326 f.

<sup>535</sup> Zum Vergleich der Rechtssysteme: BKartA, Private Rechtsdurchsetzung, S. 15 ff.

<sup>536</sup> Ähnlich: Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 100.

<sup>537</sup> Die Diskussion über die Charakterisierung des Rechtsanwalts als „Organ der Rechtspflege“ soll hier – auch wegen ihrer geringen praktischen Relevanz – außer Betracht bleiben.

ten<sup>538</sup>. Bei realistischer Betrachtung dürfte die Summe aller gegen den Rechtsverletzer geltend gemachten Schäden infolge einer wohl nie vollständigen Inanspruchnahme durch sämtliche Geschädigten und der wohl fehlenden Beweisbarkeit der Ursächlichkeit von Folgeschäden stets unter dem Verletzungsgewinn liegen. Unter Berücksichtigung eines Teilverzichts der Geltendmachung von Forderungen Geschädigter dürften letztlich etwaige anfallende Verzugszinsen in einer Gesamtrechnung effektiv unter den mittelfristigen Fremdfinanzierungskosten liegen. Dem Sanktionsrecht des Kartellzivilrechts eine „*effektiv präventive Kraft*“<sup>539</sup> zuzusprechen und gar als ein „*Recht der Sanktionsdrohung zu begreifen*“<sup>540</sup>, erscheint somit als nicht von der Realität gedeckt.

Auch die Vereinfachung der Schadensberechnung und die Einführung des § 34a GWB hat es nach hiesiger Auffassung nicht vermocht, dem Kartellzivilrecht einen präventiven Charakter zu verleihen<sup>541</sup>. Erst mit dem Zusammenwirken mit weiteren Sanktionen kann dem Kartellzivilrecht ein präventiver Schutzgedanke in der Form eines bloßen und entfernten Reflexes beigemessen werden.

## **j) Gesamteffektivität des Kartellverwaltungsrechts**

Anders als das Kartellzivilrecht kann das Kartellverwaltungsrecht wirken. Dem Verletzten kommen hier sowohl die Darlegungsvoraussetzungen als auch die Rechtsfolgen entgegen. Das Kartellverwaltungsrecht kann über eine Verpflichtungsverfügung nach § 32 Abs. 1 GWB präventiv Wettbewerbsbeeinträchtigungen verhindern und gleichzeitig auch repressiv, u.a. über die Feststellung nach § 32 Abs. 3 GWB, wirken. Sogar gestalterisch kann die Kartellbehörde über § 32 Abs. 2 GWB auf Wettbewerber Einfluss nehmen. Im Verfahren besteht ferner die Möglichkeit, dass die Behörde

---

<sup>538</sup> Steuerlich würde die Angelegenheit noch interessanter, wenn wegen ungewisser Schadensersatzverbindlichkeiten adäquate Rückstellungen gebildet werden.

<sup>539</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsverfahren, S. 329.

<sup>540</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsverfahren, S. 330.

<sup>541</sup> So auch: Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 100.

über informelle – besser nicht formale – Mittel Einfluss auf den Wettbewerbsstörer nimmt, etwa durch einen formlosen Rat oder Hinweis<sup>542</sup>.

Im Kartellverwaltungsrecht muss der Verletzte – wie im Folgenden noch ausgeführt wird – lediglich die nicht von vornherein und nach allen Betrachtungsweisen auszuschließende Möglichkeit einer Rechtsverletzung nachweisen<sup>543</sup>. Einen vollständigen Nachweis des Umfang und der Schwere seiner Betroffenheit muss der Dritte im Verwaltungsverfahren nicht erbringen.

### **k) Effektivitätsgrenzen des Zivilrechts**

Die Ansicht des BGH, der Zivilrechtsweg sei zur Durchsetzung privater Ansprüche gegen Kartellrechtsverstöße gegenüber dem Verwaltungsrechtsweg der effektivere, ist gleichfalls zurückzuweisen<sup>544</sup>.

Soweit sich die Rechtsschutzziele beider Verfahren decken, muss unter Beachtung der bereits aufgezeigten Vorteile eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Tätigwerden gegenteilig festgehalten werden, dass für den Rechtssuchenden regelmäßig der Verwaltungsrechtsweg der einfachere und effektivere ist. Im Hinblick auf die Notwendigkeit der Beweisbeschaffung dürfte die Einschaltung der Kartellbehörden in einer Vielzahl von Fällen auch die einzig erfolversprechende Vorgehensweise sein<sup>545</sup>.

Bezogen auf die Praxis besteht gegenwärtig keine vollständige Parallelität zwischen dem Kartellverwaltungs- und –zivilrecht<sup>546</sup>. Zieht man in die Gesamtauswertung des GWB auch noch das Kartellordnungswidrigkeitenrecht mit ein, so verfestigt sich der Eindruck fehlender Überschneidung

<sup>542</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 292 f.

<sup>543</sup> Wahl/ Schütz in Schoch u.a., Kommentar zur VwGO, 17. EL 2008, § 42 Rn 70 m.w.N.

<sup>544</sup> A.A.: LG Hamburg, Urteil vom 26.09.2008, Az.: 408 O 131/08.

<sup>545</sup> So auch: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 85; K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 318.

<sup>546</sup> Vertiefend: Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 100 f.; a.M. K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 100.

der Rechtswirkungen zwischen öffentlichem und privatem Kartellrecht noch weiter. Man gelangt bei der Beobachtung der Rechtspraxis zum Ergebnis, dass das Kartellzivilrecht in der Domäne des Kartellverwaltungsrechts der im Schwerpunkt präventiv wirkenden Kartellrechtspflege ein Exot ist, während im Bereich des repressiv wirkenden Kartellrechts eher eine Konkurrenz zwischen dem Kartelldeliktsrecht und dem Ordnungswidrigkeitenrecht besteht.

Wenn K. Schmidt meint, dass eine Beschränkung des Kartellverwaltungsrechts auf die Vermeidung von Wettbewerbsbehinderungen und das Kartellzivilrecht auf die rückwärts gerichtete Wiedergutmachung gegen die gesetzliche Wertung verstößt<sup>547</sup>, übersieht er, dass diese Beschränkung nicht aus einer vermeintlichen Gesetzesnot entstanden ist. Es ist schon aufgrund der eindeutigen Gesetzeslage unstrittig, dass Private zivilrechtlich die Möglichkeit haben, vorbeugend gegen drohende Wettbewerbsbeschränkungen vorzugehen und auch über das Kartellverwaltungsrecht eine vergangenheitsbezogene Bereinigung von Unrecht, etwa über § 34 GWB erfolgen kann. In der Praxis haben sich die von K. Schmidt beanstandeten Vorgehensweisen gegenüber den theoretisch möglichen weiteren Rechtsbehelfen jedoch als vorzugswürdiger erwiesen.

§ 32 Abs. 3 GWB verdeutlicht, dass im Kartellverwaltungsrecht der Vergangenheitsbewältigung keine übergeordnete Bedeutung beigemessen wird. Die Norm legt fest, dass Fortsetzungsfeststellungsverfügungen nur in Ausnahmefällen ihre Berechtigung haben sollen. Das Ordnungswidrigkeitenrecht übernimmt dahingegen einen wesentlichen Schwerpunkt der Ahndung von begangenen Kartellrechtsverstößen durch Verhängung von nicht unerheblichen Geldbußen. Auch wenn die Bestrafung in diesem Bereich sowohl general- als auch individualpräventiven Charakter haben soll, zeigt § 34 Abs. 2 GWB, dass auch über das Bußgeld eine Vorteilsabschöpfung oder besser Vorteilsentwertung erfolgen soll. Berücksichtigt man die hohen rechtlichen und prozessualen Voraussetzungen einer Vor-

---

<sup>547</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 339.

teilsabschöpfung nach § 34 Abs. 1 GWB erklärt sich, wieso für die Kartellbehörden eine de-facto-Vorteilsabschöpfung über das Bußgeld attraktiver ist.

## **6. Ergebnis**

Als Ergebnis ist also zunächst festzuhalten, dass einem Betroffenen bezüglich eines etwaigen Anspruchs auf Tätigwerden der Kartellbehörde ein Rechtsschutzbedürfnis nicht mit dem Argument abgesprochen werden kann, er könne auf andere Art und Weise sein rechtliches Interesse besser oder effektiver durchsetzen.

Das rechtliche Interesse des Betroffenen auf Aufnahme eines Verwaltungsverfahrens muss sich nicht zwangsläufig mit dem rechtlichen Interesse auf Erlass einer Gebots- oder Verbotsverfügung gegen einen anderen Wettbewerber decken. Über den Zivilrechtsweg kann der Betroffene sein rechtliches Interesse auf Aufklärung der Wettbewerbsstrukturen nicht adäquat oder effektiver durchsetzen.

Der Betroffene erhalte durch einen isolierten Anspruch auf Eröffnung eines Kartellverwaltungsverfahrens auch eine Verbesserung seiner Rechtsposition. Er erlangt durch das Verwaltungsverfahren Rechtsicherheit, wie die Verwaltung das Wettbewerbsverhalten seiner Konkurrenten einschätzt. Hierdurch kann er entscheiden, ob er mit rechtlichen oder mit wirtschaftlichen Mitteln gegen den störenden Konkurrenten vorgehen möchte.

## **III. Allgemeine Subsidiarität**

Einen isolierten Anspruch auf Tätigwerden kann es jedoch dann nicht geben, wenn der Betroffene einen Anspruch auf Erlass einer Finalverfügung hat und das Rechtsschutzziel des Betroffenen optimal mit dem Erlass der

Verfügung erreicht werden. Dies gebietet die Pflicht zur Wahrnehmung des effektiven Rechtsschutzes. Im Falle des Vorhandenseins eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Erlass einer Finalverfügung ist ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden integraler Bestandteil des verfolgten Anspruchs. Im Umkehrschluss bedeutet dies jedoch auch, dass ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden a maiore ad minus zum Anspruch auf Einschreiten ist und von daher stets bei Ablehnung eines Verfügungsanspruchs zu prüfen ist.

## **IV. Beschwerdebefugnis**

### **1. Allgemeines zur Beschwerdebefugnis im Kartellrecht**

Als besondere Verfahrensvoraussetzung zur Durchsetzung eines etwaigen Anspruchs auf Tätigwerden muss der Dritte beschwerdebefugt sein. Anders als bei der Anfechtungsbeschwerde existiert kein Erfordernis der persönlichen Beschwerdeberechtigung nach § 63 Abs. 2 GWB, welches gleichzeitig die Notwendigkeit des Vorhandenseins einer weiteren materiellen Beschwer ausschließen würde. § 63 Abs. 2 GWB gilt ausschließlich für die Anfechtungsbeschwerde<sup>548</sup>.

Es besteht kein allgemeiner Gesetzesvollziehungsanspruch<sup>549</sup>. Nach der herrschenden Meinung ist eine Partei beschwerdebefugt, wenn nach dem substantiierten Vortrag ein Anspruch des Beschwerdeführers auf die begehrte Handlung als möglich erscheint. Auf Ebene der Zulässigkeitsprüfung darf keine vorweggenommene Begründetheitsprüfung stattfinden<sup>550</sup>.

Von daher wird auch im Kartellrecht die Negativformulierung angewandt, nach welcher die Beschwerdebefugnis nur zu verneinen ist, wenn der behauptete Anspruch auf die begehrte hoheitliche Leistung nach keiner er-

---

<sup>548</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 10.

<sup>549</sup> Darauf auch hinweisend: Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 46.

<sup>550</sup> BGHZ 117, 209, 210 „Unterlassungsbeschwerde“.

denklichen Betrachtungsweise dem Betroffenen zustehen kann. Dabei muss er durch die Unterlassung der gebotenen behördlichen Handlung nicht nur in seinen wirtschaftlichen, sondern auch in seinen rechtlichen Interessen beeinträchtigt sein<sup>551</sup>.

Auch die bereits beleuchtete Rechtsprechung zum subjektiv-öffentlichen Recht auf Einschreiten stellt für diesen weiter reichenden Anspruch keine zu großen Hürden im Bereich der Beschwerdebefugnis auf<sup>552</sup>. Das Vorliegen einer Beschwerdebefugnis ist anzunehmen, wenn der Betroffene nach dem Inhalt seines über bloße Mutmaßungen<sup>553</sup> hinausgehenden Vortrags selbst von kartellrechtswidrigen Maßnahmen eines Wettbewerbers in spürbarer Art und Weise beeinträchtigt wird und eine Überwachungspflicht des Marktes auch zu Gunsten von einzelnen Marktteilnehmern anzunehmen ist.

## 2. Beschwerdebefugnis beim Tätigwerden

Bejaht man einen allgemeinen Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörden wie im Falle des § 40 GWB, müsste der Betroffene im Rahmen der Beschwerdebefugnis lediglich hinreichende Anhaltspunkte für eine Verletzung materiellen Kartellrechts durch einen Dritten vortragen. Diese müssten jedoch einen Wettbewerbsverstoß hinreichend konkretisieren und eine ausreichende Manifestation in der Realität gefunden haben, damit der Vortrag des Betroffenen über bloße Mutmaßungen hinausgeht. Hierbei müssten Indizien, die auf eine Marktmanipulation mit hinreichender Sicherheit schließen lassen, genügen.

Ferner muss der Betroffene substantiiert behaupten, dass der vorgetragene Wettbewerbsverstoß Auswirkungen auf den sachlichen und räumlichen Markt hat, auf dem er sich bewegt. Er muss durch das wettbewerbswidrige Verhalten in seiner freien Marktentfaltung gestört sein, wobei mehr

---

<sup>551</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 31.

<sup>552</sup> Beispielhaft: OLG Schleswig / E OLG 2927 „Internord“.

<sup>553</sup> BGHZ 117, 209, 210 „Unterlassungsbeschwerde“.

als unerhebliche Umsatzeinbußen zum Nachweis genügen dürften, soweit diese nicht offensichtlich auf andere Marktfaktoren zurückführbar sind.

Letztlich müsste sich aus dem Vortrag auch ein konkretes Interesse an der Verfahrensdurchführung durch die Kartellbehörde ergeben, wobei eine Vermutung für eine solche sprechen und lediglich in Ausnahmefällen diese zu widerlegen wäre. Die Vorteile eines isolierten Verfahrens, welche die Vermutung stützen, wurden bereits dargestellt.

## V. Anspruchsgrundlage

Ein Anspruch auf Erlass einer konkreten hoheitlichen Maßnahme – in dieser Arbeit als Anspruch auf Einschreiten bezeichnet – kann sich grundsätzlich nur aus den materiellen Normen des jeweiligen Fachrechts ergeben<sup>554</sup>. Das Bestehen eines solchen subjektiv-öffentlichen Rechts setzt voraus, dass sich der Betroffene auf eine öffentlich-rechtliche Norm berufen kann, welche in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise wenigstens auch die Rechte des Betroffenen schützen soll<sup>555</sup>. Der Kreis solcher Normen, die ein subjektiv-öffentliches Recht vermitteln, ist im Verhältnis zur Gesamtheit der öffentlichen Normen begrenzt.

Soweit es einen gesonderten Individualanspruch auf Tätigwerden der Behörde geben soll, muss das jeweilige Fachrecht gleichfalls ein subjektiv-öffentliches Recht zu Gunsten des Betroffenen enthalten. Bereits herausgearbeitet wurde, dass ein Anspruch auf Tätigwerden stets gegeben ist, soweit ein Anspruch auf Einschreiten besteht. Vermittelt das materielle Fachrecht ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten, so enthält es gleichwohl einen verfahrensrechtlichen Anspruch auf Tätigwerden.

---

<sup>554</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6; Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 11.

<sup>555</sup> BVerwG NJW 1996, 1297; BVerwGE 94, 151, 158; BVerwGE 92, 313, 317; Kopp/Schenke § 42 Rn 71, m.w.N.

Ob außerhalb dieser Verknüpfung ein isolierter Anspruch auf Tätigwerden besteht, wird nunmehr untersucht. Hierbei sind die in Frage kommenden Anspruchsgrundlagen herauszuarbeiten und auf ihre Tauglichkeit zu untersuchen.

## 1. Allgemeines Verwaltungsrecht

### a) § 22 VwVfG

Als mögliche Anspruchsgrundlage für einen isolierten Anspruch auf Tätigwerden käme § 22 VwVfG in Betracht. Zwar lautet die vom Gesetzgeber verwendete Legalüberschrift „Beginn des Verfahrens“. Dennoch besteht Einigkeit darüber, dass die Norm nicht den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung, sondern die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens regelt<sup>556</sup>.

#### aa) *Behördliche Pflichten zum Gesetzesvollzug*

Nach § 22 S. 1 VwVfG entscheidet die Behörde nach pflichtgemäßem Ermessen, ob und wann sie ein Verfahren durchführt, sofern das Verfahren nicht auf Antrag zu eröffnen ist. Diese Vorschrift beinhaltet für das Verwaltungsverfahren die *Offizialmaxime*<sup>557</sup>. Diese entspringt der in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Pflicht der Exekutive zum Gesetzesvollzug<sup>558</sup>.

Die zweite Gewalt ist im öffentlichen Recht zunächst gehalten und verpflichtet, die öffentlichen Normen zur Geltung zu bringen<sup>559</sup>. Anders als im Zivilrecht gilt im Verwaltungsrecht nicht die *Dispositionsmaxime*, welche es den Betroffenen ermöglicht, auf vorhandene Rechte zu verzichten. Als Dienerin des Allgemeinwohls darf die Verwaltung grundsätzlich nicht zu Gunsten einzelner auf die Durchsetzung geltenden Rechts verzichten.

<sup>556</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 4; Heßhaus in Bader/Ronellenfisch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 1.

<sup>557</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6.

<sup>558</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 22 Rn 4.

<sup>559</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfisch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 5.

Eine unbegrenzte Pflicht zum Gesetzesvollzug besteht jedoch grundsätzlich nicht. Im Gegensatz zum Strafprozessrecht gilt für das allgemeine Verwaltungsrecht das Legalitätsprinzip nur dort, wo ein Antrag unbedingte Voraussetzung für die Verfahrenseinleitung ist<sup>560</sup>. Soweit die Behörde von Amts wegen nach § 22 S. 1 VwVfG tätig wird, wird die Officialmaxime durch das Opportunitätsprinzip ergänzt<sup>561</sup>.

#### *bb) Ermessensspielräume bei der Verfahrenseröffnung*

Aufgrund der Unvorhersehbarkeit und Vielfalt der Gesetzesvollziehungsanlässe soll es der Exekutive – soweit keine speziellen Regelungen anderes regeln – möglich sein, im Rahmen ihres pflichtgemäßen Ermessens zu entscheiden, ob und wann sie ein Verfahren einleitet<sup>562</sup>.

Die Verwaltung ist verpflichtet, dass ihr in § 22 S. 1 VwVfG eingeräumte Ermessen rechtskonform auszuüben. Das Ermessen ist innerhalb der gesetzlichen Grenzen unter Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit und der betroffenen Individuen auszuüben<sup>563</sup>.

Ein subjektiv-öffentliches Recht auf rechtsfehlerfreie Ermessensausübung kann dem Dritten nur zugesprochen werden, soweit sein individuelles Interesse durch die Verfahrenseröffnung geschützt ist<sup>564</sup>. Dies folgt aus der allgemein anerkannten Schutznormtheorie. Folglich besteht dann ein subjektiver Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung, wenn ein von Amts wegen einzuleitendes Verfahren nicht ausschließlich dem Allgemeinwohl sondern wenigstens auch dem Schutz von Individualinteressen dienen soll.

---

<sup>560</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 3.

<sup>561</sup> Kopp/Ramsauer VwVfG § 22 Rn 7.

<sup>562</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 2.

<sup>563</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6.

<sup>564</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6.

Aufgrund seiner allgemeinen Ausgestaltung für sämtliche Verwaltungsverfahren kann § 22 S. 1 VwVfG keinen isolierten Anspruch auf Verfahrenseröffnung bzw. auf fehlerfreie Ermessensausübung vermitteln. Die Vorschrift ist eine reine Verfahrensnorm und enthält keine materiellrechtliche Verpflichtung zur Verfahrenseinleitung<sup>565</sup>.

Soweit ein Verwaltungsverfahren notwendig ist, damit der Betroffene ein ihm gebührendes subjektiv-öffentliches Recht verwirklichen kann – also ein Anspruch auf Einschreiten besteht –, verdichtet sich das Ermessen der Behörde zur Verfahrenseröffnung stets auf Null. Die Behörde ist immer zur Verfahrenseröffnung verpflichtet, sofern dem Betroffenen ein Anspruch auf Einschreiten – sprich auf Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsaktes – zusteht<sup>566</sup>.

Ob auch dann ein Anspruch auf Verfahrenseröffnung besteht, wenn kein subjektiver Anspruch auf eine materiell-rechtliche Finalentscheidung besteht, kann nur anhand des Fachrechts geprüft werden, da § 22 S. 1 VwVfG eindeutig davon spricht, dass die Durchführung des Verfahrens im Ermessen der Behörde steht. Erst Satz 2 beschränkt das Ermessen unter der Prämisse fachspezifischer Sonderregelungen.

### *cc) Sonderfall der Ermessensreduzierung auf Null*

Soweit kein subjektiv-öffentliches Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung nach § 22 S. 1 VwVfG bezüglich der Verfahrenseinleitung besteht, soll die Verwaltung dennoch in bestimmten Fällen verpflichtet sein, ein Verfahren einzuleiten. Eine Ermessensreduzierung auf Null soll dann vorliegen, wenn die Verwaltung nur durch einen Verwaltungsakt mit seiner Klarstellungs-, Konkretisierungs- und Titelwirkung ihrer verfassungsmäßigen Pflicht zum Gesetzesvollzug bzw. ihren materiellen Pflichten nachkommen kann. Diese Pflicht besteht nach der im allgemeinen Verwal-

---

<sup>565</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfisch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 4; Kopp/Ramsauer VwVfG § 22 Rn 1.

<sup>566</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 6; Kopp/Ramsauer § 22 Rn 9.

tungsrecht herrschenden Meinung jedoch nur gegenüber der Allgemeinheit<sup>567</sup>.

Ein derartiger, auf § 22 S. 1 VwVfG fußender Individualanspruch wird zu Recht abgelehnt. Das Rechtsstaatsprinzip bindet die öffentliche Gewalt an Recht und Gesetz. Der Staat als Inhaber des Gewaltmonopols ist verpflichtet, den vorhandenen Gesetzen durch Kontrolle und Umsetzung Geltung zu verschaffen. Das Individuum hat gegenüber der öffentlichen Gewalt keinen Anspruch auf Verwirklichung des Rechtsstaatsideals<sup>568</sup>.

## **b) Bescheidungsanspruch**

Unabhängig von der Frage, ob ein Betroffener in Ansehung des jeweiligen Fachrechts einen Anspruch auf Verfahrenseröffnung hat, billigt das allgemeine Verwaltungsrecht einem Betroffenen einen Bescheidungsanspruch zu<sup>569</sup>. Danach hat ein jeder, der gegenüber einer Behörde zum Ausdruck bringt, diese möchte wenigstens auch zum Wohle seiner Interessen tätig werden, einen Anspruch darauf, dass die Behörde ihm die Art der angeordneten Erledigung in angemessener Frist mitteilt<sup>570</sup>.

### *aa) Herleitung des Bescheidungsanspruchs*

Die dogmatische Herleitung des Bescheidungsanspruchs ist umstritten. Denkbar wäre zunächst, den Bescheidungsanspruch aus §§ 22 Abs. 1 i.V.m. 24 Abs. 3 VwVfG herzuleiten. Ein solcher Denkansatz ist jedoch abzulehnen.

Schon der Wortlaut der Normen deckt eine solche Interpretation nicht. Entscheidend ist aber, dass die Normen nach einhelliger Auffassung in

<sup>567</sup> Kallerhof in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 74.

<sup>568</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 26.

<sup>569</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 7.

<sup>570</sup> Kallerhof in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 76; Jellinek in ZRP 1981, 68, 69 f.

Literatur und Rechtsprechung selbst kein subjektiv-öffentliches Recht enthalten sondern rein verfahrensrechtlichen Charakter haben. Sie bestimmen lediglich die Ausgestaltung der Wahrnehmung und Durchsetzung von Rechten<sup>571</sup>.

Insbesondere in der älteren Literatur<sup>572</sup> wurde der Bescheidungsanspruch nicht unmittelbar aus kodifiziertem Recht, sondern aus den ungeschriebenen Regeln eines geordneten Verfahrens hergeleitet. In der moderneren Literatur wurde diese Rechtsmeinung weiterentwickelt und der Bescheidungsanspruch als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips angesehen<sup>573</sup>. Die Rechtsprechung leitet den Bescheidungsanspruch aus dem Willkürverbot und dem materiellen Rechtsverhältnis ab<sup>574</sup>.

Vorzugswürdig ist die Auffassung, der Bescheidungsanspruch erwachse unmittelbar aus Art. 17 GG<sup>575</sup>, welcher das Petitionsrecht enthält. Art. 17 GG garantiert das Recht eines jeden, sich mit Bitten und Beschwerden an die zuständigen Stellen zu wenden. Aus Art. 17 GG erwächst die Pflicht der angegangenen Stelle, dass diese *„die Eingabe nicht nur entgegennimmt, sondern auch sachlich prüft und dem Petenten zum mindesten die Art der Erledigung schriftlich mitteilt.“*<sup>576</sup>

Insbesondere ein beachtlicher Teil der staatsrechtlichen Literatur lehnt im Verwaltungsverfahren und dort hauptsächlich fokussiert auf das Widerspruchsverfahren eine Herleitung des Bescheidungsanspruchs aus dem Petitionsrecht mit der Begründung ab, dass Art. 17 GG ein Notrecht außerhalb des verfahrensrechtlich festgeschriebenen Rechtsschutzes darstelle. In den Schutzbereich von Art. 17 GG sollen lediglich die Begehren fallen, die außerhalb der gerichtlichen Kontrolle stehen. Soweit ein Petent

---

<sup>571</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 24 Rn 10; Kopp/Ramsauer § 22 Rn 9.

<sup>572</sup> So Forsthoff, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., S. 188.

<sup>573</sup> Kallerhof in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 79.

<sup>574</sup> Vgl. OVG Münster, ZKF 2002, 206.

<sup>575</sup> So Gierth in DÖV 1977, 761, 762 m.w.N.

<sup>576</sup> BVerfGE 2, 225.

vorhandene Rechtsmittel nutze, solle Art. 19 Abs. 4 GG als spezielleres Grundrecht einschlägig sein<sup>577</sup>.

Art. 17 GG und Art. 19 Abs. 4 GG schließen sich jedoch nicht aus. Es besteht vielmehr Anspruchskonkurrenz. Art. 19 Abs. 4 GG greift als speziellere Norm erst ein und lässt Art. 17 GG zurücktreten, wenn sich der Grundrechtsinhaber an die Gerichte wendet. Solange er jedoch ausschließlich seine Begehren an die Legislative oder Exekutive richtet, ist Art. 17 GG einschlägig<sup>578</sup>.

Im Ergebnis kann in dieser Arbeit jedoch die dogmatische Herleitung des im allgemeinen Verwaltungsrecht anerkannten Bescheidungsanspruchs dahinstehen. Sämtliche Herleitungsversuche führen zu dem Ergebnis, dass ein solcher Anspruch anzuerkennen ist.

#### *bb) Voraussetzungen des Bescheidungsanspruchs*

Der Betroffene muss in seiner Erklärung gegenüber der Behörde nicht ausdrücklich die Verfahrensdurchführung verlangen. Die bloße Mitteilung eines störenden Verhaltens ist ausreichend. Aus dem Vortrag muss sich lediglich schlüssig ergeben, dass der Betroffene ein Tätigwerden der Behörde wünscht und sein Begehren über eine bloße Information der Behörde hinausgeht, ohne dass der Dritte ein Eigeninteresse am weiteren Verfahrensablauf zu erkennen gibt<sup>579</sup>.

Ein Begehren auf Verfahrensdurchführung liegt dann nicht vor, wenn die Erklärungen des Betroffenen ausschließlich beleidigenden oder schmähenden Charakter enthalten<sup>580</sup>. In der Praxis sind derartige Bekundungen gegenüber der Exekutive die Ausnahme, da auch beleidigende Ausführungen gegenüber Behörden regelmäßig kumulativ ein Begehren auf Vor-

---

<sup>577</sup> Klein in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 17 Rn 46 ff., m.w.N.

<sup>578</sup> Gierth in DÖV 1977, 761, 763.

<sup>579</sup> Gierth in DÖV 1977, 761, 762 m.w.N.

<sup>580</sup> Kallerhof in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 80.

nahme bzw. Unterlassen von bestimmten Verwaltungshandlungen beinhalten<sup>581</sup>.

Sowohl für das Bundeskartellamt als auch für die Europäische Kommission stellen Mitteilungen von Marktteilnehmern eine wichtige Informationsquelle für die Marktbeobachtung dar. Diese sind häufig Auslöser für förmliche Verfahren<sup>582</sup>. Bereits durch bloße Mitteilung von Marktverhältnissen kann ein Dritter im günstigsten Fall sein Begehren befriedigen, die Kartellbehörde möge gegen ein störendes Verhalten eines Dritten einschreiten, sofern die Behörde infolge der Kenntnisnahme ein Verfahren von Amts wegen einleitet.

### *cc) Anspruchsinhalt*

Der Bescheidungsanspruch ist dreigliedrig. Er enthält die Rechte auf Entgegennahme, Sachprüfung und Bescheidung<sup>583</sup>.

#### *(1.) Entgegennahmepflicht*

Die Pflicht zur Entgegennahme von Beschwerden ist nicht nur in Art. 17 GG geregelt. Auch § 24 Abs. 3 VwVfG verankert für Behörden diese Pflicht auf einfachgesetzlicher Ebene. Die Norm bestimmt, dass eine Behörde Erklärungen und Anträge in ihrem Zuständigkeitsbereich nicht deshalb zurückweisen darf, weil sie diese für unzulässig oder unbegründet hält.

Erst nach der Entgegennahme eines Antrags darf die Behörde über die Zulässigkeit und ggf. Begründetheit des Antrags entscheiden. Dies gilt für die Behörde auch dann, wenn dem Antragsteller kein Entscheidungsinteresse in der Sache zuzubilligen ist<sup>584</sup>.

---

<sup>581</sup> Gierth in DÖV 1977, 761, 763.

<sup>582</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7 Rn 8.

<sup>583</sup> Gierth in DÖV 1977, 761, 763.

<sup>584</sup> Kallerhoff in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 24 Rn 71.

*(2.) Pflicht zur Sachprüfung*

Die Pflicht zur Sachprüfung beinhaltet, dass die Behörde den Inhalt des Antrags zur Kenntnis nimmt und eine Entscheidung trifft, welche Folgerungen sie aus den erhaltenen Erklärungen zieht.

§ 24 Abs. 3 VwVfG – fußend auf Art. 17 GG – enthält einen Individualanspruch auf „*irgendein Tätigwerden*“<sup>585</sup> der Behörde. Es besteht kein Anspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden. Weder ist die Behörde zu Ermittlungsmaßnahmen noch zur Einleitung eines formellen Verwaltungsverfahrens verpflichtet.

Nochmals sei darauf hingewiesen, dass weder § 22 VwVfG noch § 24 Abs. 3 VwVfG ein subjektiv-öffentliches Recht auf Verfahrenseinleitung enthalten. Solche Rechte können sich nach allgemein herrschender Ansicht nur aus dem Fachrecht ergeben<sup>586</sup>. Von daher ist der Bescheidungsanspruch einem etwaigen Anspruch auf Verfahrenseröffnung vorgelagert.

Die sachliche Auseinandersetzung mit dem Vorbringen beinhaltet also allenfalls die Pflicht, die vorgebrachten Tatsachen wahrzunehmen und sich mit diesen auseinanderzusetzen. Die Pflicht zur sachlichen Auseinandersetzung mit dem Vorbringen enthält jedoch keinen Anspruch des Betroffenen, dass die Behörde eine materiell-rechtlich richtige Entscheidung trifft. Anderenfalls würde über den Bescheidungsanspruch ein subjektiv-öffentliches Recht auf allgemeinen Gesetzesvollzug frei von der Notwendigkeit einer Klag- bzw. Antragsbefugnis im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO geschaffen. Von daher besteht nur ein Anspruch auf sachgerechte Prüfung des Begehrens<sup>587</sup>.

Der Anspruch auf sachgerechte Prüfung ist somit erfüllt, wenn die Behörde den Sachverhalt inhaltlich zur Kenntnis nimmt, ihre Zuständigkeit prüft

---

<sup>585</sup> BVerfGE 2, 225-232.

<sup>586</sup> Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 24 Rn 10; Kopp/Ramsauer § 22 Rn 9.

<sup>587</sup> Gierth in DÖV 1977, 761, 764.

und im Falle gegebener Zuständigkeit eine Entscheidung trifft, ob sie sich der Angelegenheit annimmt.

Diese Entscheidung muss nicht anhand der Vorgaben des materiellen Rechts ergehen. Die Entscheidung muss lediglich anhand allgemeiner Gerechtigkeitskriterien getroffen werden. Es gilt das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG. Die Entscheidung der Behörde muss von objektiven und sachlichen Gründen getragen werden.

Der Bescheidungsanspruch liegt in der Prüfungstiefe damit oberhalb eines Anspruchs auf bloße Inempfang- und Kenntnisnahme von Erklärungen<sup>588</sup>, aber weit unterhalb einer sorgfältigen tatsächlichen und rechtlichen Prüfung.

### *(3.) Mitteilungspflicht*

Letztlich ist die Behörde verpflichtet, dem Antragsteller den Inhalt der Entscheidung mitzuteilen. In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, welche Eigenschaft die Mitteilung der Behörde hat. Während ein Teil der Literatur<sup>589</sup> davon ausgeht, es handle sich um einen Verwaltungsakt, lehnt die Rechtsprechung<sup>590</sup> dies ab.

Die Frage der Einordnung hat entscheidenden Charakter. So unterliegen ablehnende Verwaltungsakte der Begründungspflicht nach § 39 VwVfG. Eine Auseinandersetzung mit dem Streit soll jedoch nicht hier bei den allgemeinen Betrachtungen der Ausgangslage im allgemeinen Verwaltungsrecht erfolgen.

Der Bescheidungsanspruch ist in zeitlicher Hinsicht dem formellen Hauptsacheverfahren vorgelagert. Lehnt die Behörde die Durchführung eines

---

<sup>588</sup> § 2 Abs. 6 KDVG enthält einen solchen Anspruch, verbunden mit der Pflicht der Behörde, den Eingang von Erklärungen zu bestätigen.

<sup>589</sup> Dürig in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 17 Rn 80; Gierth in DÖV 1977, 761, 765 m.w.N.

<sup>590</sup> Z.B. BVerwG NJW 1977, 118, m.w.N.

Verwaltungsverfahren ab, so kommt es erst gar nicht zu einem solchen Hauptsacheverwaltungsverfahren. Nimmt die Behörde das Begehren des Betroffenen jedoch für ein weiteres Tätigwerden zum Anlass, so beginnt das Verwaltungsverfahren, sofern es sich nicht um ein echtes Antragsverfahren handelt, mit der Entschließung der Behörde, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten. Dies kann denklogisch erst nach Prüfung des Drittvorbringens geschehen.

#### *dd) Schlussfolgerungen zum Kartellrecht*

Als Zwischenergebnis ist zunächst festzuhalten, dass es im allgemeinen Verwaltungsrecht einen Bescheidungsanspruch gibt. Jedermann hat gegenüber der Behörde einen Anspruch auf Wahrnehmung seiner Begehren, verbunden mit einer diesbezüglichen Bescheidung.

Ein solcher Bescheidungsanspruch ist auch im Kartellverwaltungsrecht gegeben. Dieses ist Bestandteil des besonderen Verwaltungsrechts. Das VwVfG gilt ergänzend dort, wo das Kartellverwaltungsverfahren keine speziellen Regelungen aufweist. Letztlich unterliegen die Handlungen der deutschen Kartellbehörden den grundgesetzlichen Vorgaben. Gleich, ob sich der Bescheidungsanspruch aus dem Rechtsstaatsprinzip oder aus Art 17 GG ergibt, über die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz sind die Kartellbehörden zur Beachtung des Bescheidungsanspruchs verpflichtet.

Der Bescheidungsanspruch muss jedoch unter Beachtung der Intentionalage eines Betroffenen im Kartellrecht in einer Vielzahl von Fällen als zahnlöser Tiger angesehen werden. Enthält der Bescheidungsanspruch doch weder ein Recht auf Sachverhaltsaufklärung von Amts wegen noch auf materiell-rechtliche Prüfung des Vortrags. Schließlich ist der Bescheidungsanspruch nur Teil der Entscheidung auf Verfahrenseinleitung.

Das Begehren des Betroffenen ist jedoch nicht lediglich darauf gerichtet, dass die Behörde ihm einen kurzen, wenn auch konzentrierten Moment

ihrer Aufmerksamkeit widmet. Inhalt des Begehrens ist in der Regel der Erlass eines ihn begünstigenden Verwaltungsaktes oder wenigstens die Einleitung und Durchführung hoheitlicher Maßnahmen, welche entweder zu einer abschließenden Klärung etwaig unsicherer Rechtsfragen oder gar infolge des Ermittlungsdrucks zu einem Einschwenken zu wettbewerbskonformen Verhalten beim Störer führen.

Diese Ziele kann der Bescheidungsanspruch nicht erreichen. Im Rahmen der Erfüllung des Bescheidungsanspruchs muss die Behörde keine nach außen wirkenden Tätigkeiten entfalten. Der Bescheidungsanspruch ist bereits ohne die Durchführung eigener Ermittlungsarbeiten oder rechtlichen Wertungen durch die Kartellbehörde erfüllt. Ermittlungsdruck auf einen etwaigen Störer wird nicht erzeugt.

Es ist von daher nun folgend zu prüfen, ob ein Betroffener einen im Fachrecht des Kartellrechts verankerten Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörde hat, welcher über den allgemeinen Bescheidungsanspruch hinausgeht. Ein solcher Anspruch könnte die weitergehende Pflicht der Kartellbehörde enthalten, ein formelles Verwaltungsverfahren einzuleiten. In diesem könnte die Behörde über den Bescheidungsanspruch hinaus gehalten sein, die vorgetragene(n) Tatsachen auch materiell-rechtlich zu werten und – soweit erforderlich – eigene Ermittlungen anzustellen.

## **2. Fachrechtliche Ansprüche**

### *a) Doppelanalogie zu § 40 Abs. 1 GWB*

Als Beispiele für das Bestehen von verwaltungsrechtlichen Vorprüfverfahren wurden bereits § 15 Abs. 1 BImSchG, § 3a UVPG und § 40 Abs. 1 GWB angeführt. Insbesondere aus dem in § 40 Abs. 1 GWB verankerten Vorprüfverfahren ließe sich unter Umständen über eine Analogie bzw. Doppelanalogie ein für sämtliche Verfahren geltender isolierter Anspruch auf Tätigwerden herleiten. Aus der Schaffung der aufgezählten Verfahren, die nicht ausschließlich auf den Erlass von Finalverfügungen gerichtet

sind, könnten sich Schlussfolgerungen ableiten lassen, wie der Gesetzgeber im Allgemeinen zu isolierten Ansprüchen auf Tätigwerden der Behörden steht.

Ein in sämtlichen Verfahren des Kartellverwaltungsrechts geltender Drittanspruch auf isoliertes Tätigwerden ließe sich nur über eine Doppelanalogie zu § 40 Abs. 1 GWB herleiten. Eine erste Analogie muss bereits für die Verallgemeinerung des isolierten Anspruchs auf Verfahrenseröffnung für sämtliche Kartellverwaltungsverfahren gezogen werden. Eine zweite Analogie ist notwendig, damit der Anspruch nicht nur – wie in § 40 Abs. 1 GWB – zu Gunsten des unmittelbar betroffenen Marktteilnehmers, sondern auch zu Gunsten des von den Ausflüssen der potentiellen Marktbeeinträchtigung betroffenen Dritten wirkt.

Neben weiteren Voraussetzungen bedarf es zur Anerkennung einer Analogie einer planwidrigen Regelungslücke im Normgefüge. Eine solche ist im Ergebnis abzulehnen, so dass eine Verallgemeinerung eines Anspruchs auf isoliertes Tätigwerden analog zu § 40 Abs. 1 GWB nicht möglich ist.

Unstreitig hat der deutsche Gesetzgeber kein allgemeines Vorprüfverfahren im Bereich der kartellrechtlichen Aufsicht geschaffen. § 40 Abs. 1 GWB regelt einen sehr speziellen Bereich, nämlich das Vorverfahren im Zusammenschlusskontrollverfahren. Eine Ausdehnung des Geltungsbereiches des § 40 Abs. 1 GWB auf sämtliche kartellverwaltungsrechtlichen Verfahren in der Form, dass für sämtliche Verwaltungsverfahren ein geordnetes Vorprüfverfahren durchzuführen ist, kann nicht angenommen werden.

Aufgrund des sehr genauen Zuschnitts des § 40 Abs. 1 GWB auf die Fusionskontrolle, der nur das Rechtsverhältnis zwischen Behörde und unmittelbar Betroffenen abdeckt, kann aus der Norm kein allgemeines Bestehen eines Anspruchs auf ein formalisiertes Vorverfahren in dem hier untersuchten Kontext eines Drittanspruchs auf Tätigwerden hergeleitet werden.

Sämtliche der genannten Vorprüfverfahren (§ 15 Abs. 1 BImSchG, § 3a UVPG, § 40 Abs. 1 GWB) sind positiv gesetzlich geregelt. Hieraus lässt sich schlussfolgern, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von gesonderten Vorprüfverfahren begrenzt halten möchte. Man kann von einem typischen Regel-Ausnahme-Prinzip sprechen. Gewollte Ausnahmen regelt der Gesetzgeber ausdrücklich.

Gegen die Ableitung eines allgemeinen Anspruchs auf Verfahrensdurchführung aus den §§ 15 Abs. 1 BImSchG und 3a UVPG spricht auch die Schutzrichtung dieser Verfahrensvorschriften. Zwar ist einem Dritten – wie weiter oben dargelegt – durchaus ein Anspruch auf ordentliche Verfahrensdurchführung zuzubilligen. Dieser Anspruch dürfte jedoch nicht unmittelbar aus den Verfahrensrechten selbst, sondern aus den dahinter stehenden materiell-rechtlichen Vorschriften erwachsen, welche im Immissions- und Umweltrecht teilweise sehr weitgehend verankert sind. Diese materiell-rechtlichen drittschützenden Vorschriften strahlen in das Vorprüfverfahren hinein. Dieses ist isoliert betrachtet jedoch eine rein verfahrensrechtliche Ausgestaltung ohne Gewährung eigener Rechte.

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Vorprüfverfahren den potentiellen Störern dienen und ihnen zügig Rechtsicherheit vermitteln. Darüber hinaus sollen sie eine Entlastung der Verwaltung bewirken. Zusätzliche subjektiv-öffentliche Rechte für Dritte sollen diese Vorprüfverfahren nach dem Willen des Gesetzgebers nicht begründen. Dieser wollte eine Verfahrensvereinfachung und nicht -erschwerung aus Sicht des potentiellen Störers.

#### **b) Anspruch aus § 54 Abs. 1 GWB**

Ein fachrechtlich verankerter subjektiv-öffentlicher Drittanspruch auf Tätigwerden könnte jedoch aus § 54 Abs. 1 GWB erwachsen. Nach Satz 1 der Vorschrift wird ein Kartellverwaltungsverfahren auf Antrag oder von Amts wegen eingeleitet. Nach Satz 2 kann die Behörde auf Ersuchen ei-

nes Beschwerdeführers zu dessen Schutz von Amts wegen ein Verfahren einleiten.

Auch die bereits ausführlich dargestellte Literatur diskutiert ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden im Rahmen des § 54 Abs. 1 GWB. Sie lehnt außerhalb der im materiellen Recht positiv geregelten Antragsverfahren einen subjektiv-öffentlichen Drittanspruch auf Tätigwerden ab. § 54 Abs. 1 GWB diene nach Ansicht der Literatur nur der Klarstellung des § 22 S. 1 VwVfG<sup>591</sup>. Das Begehren eines Dritten, die Behörde möge gegen einen Wettbewerber ein Verfahren einleiten, sei kein Antrag im Sinne der Vorschrift, sondern lediglich eine Anregung<sup>592</sup>. Dies sei durch die Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB im Rahmen der sechsten GWB-Novelle ausdrücklich klargestellt worden. Es stehe im nicht vom Dritten überprüfbaren Ermessen der Behörde, ob sie aufgrund des Ersuchens ein Verfahren einleite. Es gelte insoweit der Opportunitätsgrundsatz<sup>593</sup>.

Es wurde bereits herausgearbeitet, dass die Argumente der Literatur nicht überzeugen. Die Vorschrift des § 54 Abs. 1 GWB ist daher unter Anwendung der anerkannten Auslegungsregeln dahingehend zu untersuchen, ob sie einen subjektiv-öffentlichen Drittanspruch auf isoliertes Tätigwerden enthält. Hierbei ist insbesondere das Verhältnis zu § 22 VwVfG stets im Auge zu behalten.

#### *aa) Tauglichkeit einer Verfahrensvorschrift als Schutznorm*

Die bisherige absolut herrschende Meinung geht davon aus, dass ein subjektiv-öffentliches Recht ausschließlich aus einer materiellen Norm erwachsen kann. Nach der klassischen Verwaltungsrechtslehre könne das Verfahrensrecht keine subjektiv-öffentlichen rechte vermitteln, da es lediglich eine dienende Funktion gegenüber dem materiellen Recht habe. Es

---

<sup>591</sup> Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 8.

<sup>592</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 6; Klose in Wiedemann, KartellR, § 51 Rn 9; Becker in L/M/R, § 54 Rn 8; Junge in GK § 51 Rn 9.

<sup>593</sup> Klose in Wiedemann, KartellR, § 53 Rn 39.

diene ausschließlich der Umsetzung des materiellen Rechts. Es solle darüber hinaus keine eigenen Rechtspositionen vermitteln<sup>594</sup>.

Jedoch betont auch die herrschende Meinung, dass Verfahrensvorschriften keinen bloßen Selbstzweck erfüllen. Vielmehr komme ihnen eine instrumentale Bedeutung bei der Umsetzung des materiellen Rechts zu<sup>595</sup>.

Erkennt man eine Wechselwirkung zwischen dem Verfahrens- und dem materiellen Recht, ist eine Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts aus einer Verfahrensnorm nicht ausgeschlossen. Insbesondere Verfahrensnormen des Fachrechts sind so ausgestaltet, dass sie der effektiven Umsetzung des Gesetzeszwecks dienen, in Teilen diese erst ermöglichen. Auf die getätigten Ausführungen auf subjektiven Rechtsschutz durch Verfahren sei verwiesen.

Auch die Schutznormtheorie schließt von ihrem Wortlaut her die Anerkennung subjektiv-öffentlicher Rechte aus Verfahrensrechten nicht aus. In der allgemein anerkannten Definition<sup>596</sup> wird nicht ausschließlich darauf abgestellt, dass die Schutznorm dem materiellen Verwaltungsrecht entspringen muss. Jegliche Norm des öffentlichen Rechts kann nach der Definition als Schutznorm in Betracht kommen. Einzuschränken ist die Aussage dahingehend, dass die bisherige Definition unter der Maßgabe erfolgte, dass aus dem Kreis potentieller Normen des Verwaltungsrechts die reinen Verfahrensnormen per se ausscheiden.

Jedoch zeigt die Rechtsentwicklung eine Materialisierung von ursprünglichen Verfahrensrechten. Beispielhaft sei hier auf verschiedene Informationsrechte verwiesen, z.B. aus den Informationsfreiheitsgesetzen des Bundes und der Länder, dem Umweltinformationsgesetz oder dem Auskunftsanspruch aus § 19 Abs. 1 BDSG. Während letzterer noch aus dem materiellen Grundrecht auf informelle Selbstbestimmung ableitbar ist, be-

---

<sup>594</sup> BR-Drucks. 422/94, S. 11; BVerfGE 105, 48, 60; Sachs in in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 45 Rn 10, m.w.N..

<sup>595</sup> Sachs in in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 45 Rn 11.

<sup>596</sup> Vgl. Sachs in in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 40 Rn 133.

durfte es für die Informationsrechte aus den anderen genannten Beispielen der Schaffung eines positiv normierten Anspruchs.

Ursprünge haben diese Informationsrechte in dem Auskunftsanspruch des allgemeinen Verwaltungsrechts, insbesondere § 29 VwVfG. Hier werden jedoch Informationsrechte nur den unmittelbar Betroffenen zugesprochen. Die Informationsfreiheitsgesetze erweitern den Kreis der Anspruchsinhaber. Diese müssen nicht mehr Beteiligte des Verfahrens sein. Mithin erfolgte die Loslösung einzelner Verfahrensrechte vom Verfahren und somit eine Materialisierung einer Verfahrensnorm. Die bloße Fokussierung auf das materielle Recht im Rahmen der Schutznormtheorie erscheint daher nicht mehr zwingend.

Unter Beachtung dessen ist es möglich, auch weitere Verfahrensrechte zu Materialisieren, sofern Individuen aus derartigen Rechten einzelne schützenswerte Interessen herleiten können. Dass dies bezüglich der Verfahrenseröffnung und -durchführung im Kartellverwaltungsrecht denkbar ist, wurde im Rahmen der Aufarbeitung des Rechtsschutzbedürfnisses aufgezeigt.

#### *bb) Allgemeine Vorbetrachtungen zur Ermessensausübung*

Zu untersuchen ist ferner, ob § 54 Abs. 1 S. 1 GWB der Kartellbehörde in Bezug auf die Verfahrenseröffnung überhaupt ein Ermessen einräumt. Gemäß § 40 VwVfG darf die Exekutive nur dort Ermessen ausüben, wo ihr ein Ermessensspielraum eingeräumt wird<sup>597</sup>. Auch wenn § 40 VwVfG unmittelbar nur auf die Ermessensausübung beim Erlass von Verwaltungsakten zugeschnitten ist<sup>598</sup>, greift die Vorschrift auch bei der Ausübung eines unter Umständen eingeräumten Verfahrensermessens<sup>599</sup>, wie hier.

---

<sup>597</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 41.

<sup>598</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 2, m.w.N.

<sup>599</sup> Rothkegel in DÖV 1982, S. 512; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 2.

Die Frage, ob eine Norm der Behörde Ermessen einräumt, ist im Wege der Auslegung der Vorschrift zu ermitteln<sup>600</sup>. Werden in der Norm die Worte „Ermessen“, „kann“, „soll“, „darf“ oder „ist befugt“ verwandt, so spricht dies grundsätzlich für die Einräumung von Ermessen<sup>601</sup>. Fehlt es an derartigen Formulierungen in einer Norm, kann sich auch aus anderen Umständen, insbesondere dem Zusammenspiel mit weiteren Vorschriften, ergeben, dass der Behörde bei der Normanwendung Ermessen eingeräumt wird<sup>602</sup>. Andersherum kann sich auch der Ausschluss von Ermessen aus dem Zweck der Norm oder dem Zusammenhang mit anderen Normen ergeben<sup>603</sup>.

### *cc) Isolierte Wortlautauslegung*

Der Wortlaut des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB selbst spricht nicht für die von der herrschenden Meinung vertretene Ansicht, die Einleitung und Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens stehe im Ermessen der Kartellbehörde. Die Norm enthält nicht die typischen Formulierungen des Gesetzgebers für die Ermessensgewährung. Es wird weder ausdrücklich von „Ermessen“ gesprochen, noch werden die typischen Prädikate – insbesondere das Verb „kann“ – in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB verwandt.

Das Fehlen einer typischen Formulierung in § 54 Abs. 1 GWB, welche auf eine Ermessenseinräumung schließen ließe, genügt jedoch noch nicht, um sogleich das Gegenteil – eine behördliche Pflicht zur Verfahrenseröffnung und -durchführung – zu schlussfolgern. Eine isolierte Wortlautauslegung gelangt lediglich zu dem Ergebnis, dass die Norm sich nicht positiv zu Gunsten einer Ermessensregelung positioniert. Von daher müssen weitere Auslegungsmethoden herangezogen werden.

---

<sup>600</sup> BVerwG DVBl. 1981, 977; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 41, m.w.N.

<sup>601</sup> OVG Münster NVwZ 1989, 1177; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 41, m.w.N.

<sup>602</sup> BVerwGE 16, 226; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 40 Rn 42.

<sup>603</sup> BVerwGE 18, 250.

*dd) Auslegung im Zusammenhang mit § 22 VwVfG*

*(1.) Systematische und vergleichende Auslegung mit § 22 VwVfG*

*(a) Auslegungsalternativen*

§ 22 S. 1 VwVfG stellt die *lex generalis* für die Eröffnung eines Verwaltungsverfahrens dar. Satz 2 der Norm regelt Ausnahmen, in welchen die Behörde zur Verfahrenseröffnung verpflichtet (Nr. 1) bzw. ihr ein Tätigwerden (Nr. 2) untersagt ist. Diese Ausnahmen müssen sich aus Rechtsvorschriften ergeben. Bei § 54 Abs. 1 GWB könnte es sich um eine solch fachspezifische Sonderregelung nach § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG handeln, bei welcher es sich nicht um eine inhaltsgleiche Regelung handelt, die § 1 Abs. 1 VwVfG für zulässig erachtet.

Alternativ muss jedoch in Betracht gezogen werden, dass § 22 S. 1 VwVfG und § 54 Abs. 1 S. 1 GWB nicht den gleichen Regelungsbereich abdecken könnten. Möglich wäre, dass § 54 Abs. 1 S. 1 GWB lediglich deklaratorisch festhalten soll, dass Verfahren sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden können. Die Vorschrift würde bei einer bloß deklaratorischen Lesart keine eigenständigen Regelungen zu den Voraussetzungen der Einleitung kartellverwaltungsrechtlicher Verfahren enthalten. Diese würden sich dann – bezogen auf die amtswegigen Verfahren – aus § 22 S. 1 VwVfG ergeben. Diese Auslegungsvariante dürfte der Ansicht der herrschenden Literatur entsprechen.

*(b) Selbständiger Regelungsgehalt des § 54 Abs. 1 GWB*

Im Ergebnis ist eine derartige Reduzierung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB abzulehnen. Hiergegen spricht bereits die offizielle Überschrift der Norm, welche von „Einleitung des Verfahrens“ spricht. Die Überschrift deutet zumindest an, dass die Norm nicht bloß allgemeine Feststellungen zur Verfahrenseröffnung trifft, sondern auch deren Voraussetzungen regelt.

Die Kommentierung<sup>604</sup> zu § 22 VwVfG kritisiert die vom Gesetzgeber für die allgemeine Verwaltungsvorschrift verwendete Legalüberschrift und findet „Einleitung des Verfahrens“ als passendere Überschrift. § 22 VwVfG regelt die „*Grundsätze für die Einleitung des Verfahrens*“<sup>605</sup>. § 54 GWB steht unter der Legalüberschrift „Einleitung des Verfahrens, Beteiligte“, wobei sich der zweite Teil der Überschrift auf Absatz 2 bezieht. Mithin stützt die Wahl der Überschrift die These, dass § 54 Abs. 1 GWB fachspezifische Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung regelt.

Auch gesetzessystematische Erwägungen sprechen dagegen, § 54 Abs. 1 GWB einen rein deklaratorischen Charakter zuzusprechen. Es besteht in Ansehung des § 22 VwVfG kein Bedarf für eine ausschließlich deklaratorische Regelung. § 22 S. 1 VwVfG regelt zunächst den allgemeinen Grundsatz der pflichtgemäßen Ermessensausübung und Satz 2 die Ausnahmen, insbesondere die Verfahrenseröffnung auf Antrag.

Einen darüber hinausgehenden Feststellungsgehalt hätte § 54 Abs. 1 S. 1 GWB bei Annahme vollständiger Parallelität mit der allgemeinen Verfahrensvorschrift des § 22 VwVfG nicht. Das Schaffen einer zur *lex generalis* inhaltsidentischen Fachvorschrift widerspricht der allgemeinen Gesetzgebungstechnik. Fachspezifische Sonderregelungen werden nur dort erlassen, wo es entweder an notwendigen Regelungen fehlt oder aber die allgemein vorhandenen Regelungen dem übergeordneten speziellen Gesetzeszweck nicht hinreichend Geltung verschaffen.

Letztlich zeigt § 54 Abs. 1 S. 2 GWB, dass der gesamte Abs. 1 einen eigenständigen Regelungsgehalt zu den Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung haben soll und nicht bloß der Feststellung dient, ein Kartellverwaltungsverfahren könne sowohl von Amts wegen als auch auf Antrag eingeleitet werden. Satz 2 steht – wie bereits seine systematische Zuordnung im gleichen Absatz zeigt – in einem Zusammenhang mit Satz 1.

---

<sup>604</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 4; Heßhaus in Bader/Ronellenfitsch, Beck-OK VwVfG, § 22 Rn 1.

<sup>605</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 4.

In Satz 2 stellt der Gesetzgeber durch Verwendung des Prädikats „kann“ ausdrücklich klar, dass es (insoweit) im Ermessen der Behörde steht, ein amtswegiges Verfahren zum Schutz eines Beschwerdeführers einzuleiten, soweit ein entsprechendes Ersuchen vorliegt. Hier geht der Gesetzgeber definitiv über eine bloße Feststellung hinaus und regelt eigene Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung (Vorliegen eines entsprechenden Ersuchens, Schutz eines Beschwerdeführers, Rechtsfolge Ermessen).

Hieraus ist zu schlussfolgern, dass der Gesetzgeber auch in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB eigenständige Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung regeln wollte. Anderenfalls wäre die Regelung des Satzes 2 überflüssig. Satz 1 hätte, sofern der Norm nur ein deklaratorischer Charakter zu schreibbar wäre, bereits hinreichend klargestellt, dass im Kartellrecht Verwaltungsverfahren entweder von Amts wegen oder aber auf Antrag eingeleitet werden können.

*(c) Schlussfolgerungen für die systematische Auslegung*

Geht man von einem umsichtigen Gesetzgeber aus, der Sonderregelungen nur dort schafft, wo er von allgemeinen Regelungen abweichen möchte, so muss dies bei der Argumentation berücksichtigt werden. Auch Becker<sup>606</sup> weist in seiner Kommentierung darauf hin, dass in den §§ 54 ff. GWB „*nur solche vom VwVfG abweichende Verfahrensbestimmungen zusammengefasst*“ sind.

Folglich kann schon aus systematischen Gesichtspunkten entgegen der herrschenden Literatur die Auslegung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB nicht dieselbe wie die zu § 22 S. 1 VwVfG sein. Aus systematischen Gesichtspunkten sprechen daher gute Argumente dafür, dass der Normgeber mit § 54 Abs. 1 S. 1 GWB eine Regelung schaffen wollte, welche von der Grundsatzregelung des § 22 S. 1 VwVfG abweicht. Dies würde bedeuten, dass die Verfahrenseröffnung nicht – wie es § 22 S. 1 VwVfG vorsieht – im Ermessen der Behörde steht.

---

<sup>606</sup> Becker in L/M/R, vor §§ 54-62 Rn 4.

Bei § 54 Abs. 1 S. 1 GWB scheint es sich vielmehr um eine fachspezifische Norm zur Verfahrenseröffnung zu handeln, von deren Existenz § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG ausgeht. Danach soll die Verfahrenseröffnung dann nicht im Ermessen der Behörde stehen, wenn die Behörde aufgrund von Rechtsvorschriften von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden muss.

### *(2.) Vergleichende Wortauslegung § 22 VwVfG und § 54 Abs. 1 GWB*

Gestützt wird diese These auch durch einen Vergleich der Wortlaute des § 22 S. 1 VwVfG und § 54 Abs. 1 S. 1 GWB. Während § 22 S. 1 VwVfG eindeutig davon spricht, dass die Behörde nach „pflichtgemäßen Ermessen“ entscheidet, ob und wann sie ein Verfahren durchführt, fehlt es in § 54 Abs. 1 S. 1 VwVfG an einer derartigen Sprachregelung.

### *(3.) Historische Auslegung*

Auch die Gesetzgebungsgeschichte spricht dafür, dass § 54 Abs. 1 S. 1 GWB die im allgemeinen Verwaltungsrecht verankerten Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung aufhebt. Zwar handelt es sich bei der kartellrechtlichen Regelung um die gegenüber § 22 VwVfG ältere Vorschrift. Beide Normen existieren jedoch seit 1977 parallel. Seit dieser Zeit gab es mehrere große GWB-Novellen, welche dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet hätten, die Vorschrift zu streichen und so der Generalklausel des § 22 S. 1 VwVfG zu unbegrenzter Geltung zu verhelfen, wenn dies seinem Willen entsprochen hätte.

Der Gesetzgeber hielt jedoch an der fachrechtlichen Sonderregelung fest. Dies tat er in Kenntnis des Bestehens einer allgemeinen Vorschrift zur Verfahrenseröffnung in § 22 S. 1 VwVfG und vor allem im Bewusstsein des Bestehens einer Öffnungsklausel für fachrechtliche Sonderregeln in § 22 S. 2 VwVfG.

Die für den Gesetzgeber augenscheinlich bestehende Notwendigkeit für eine fachrechtliche Sonderregelung zur Verfahrenseröffnung bekräftigte die Legislative ausdrücklich im Jahr 1998. Hier wies der Gesetzgeber der Norm im Zuge der sechsten GWB-Novelle eine neue Nummerierung (aus § 51 GWB a.F. wurde § 54 GWB n.F.) zu und ergänzte § 54 Abs. 1 GWB um den heutigen S. 2. Das Beibehalten einer speziellen Vorschrift im GWB zur Verfahrenseröffnung kann folglich nicht als bloßes redaktionelles Versehen des Gesetzgebers angesehen werden. Dies streitet auch dafür, dass der Gesetzgeber 21 Jahre nach Einführung des VwVfG nicht nur eine inhaltsgleiche Regelung i.S.d. § 1 Abs. 1 VwVfG aufrechterhalten wollte.

*ee) Auslegung im Vergleich von § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB*

Auch ein Vergleich zwischen § 54 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB zeigt, dass Satz 1 einen eigenständigen Regelungsgehalt gegenüber § 22 S. 1 VwVfG besitzt und somit alles dafür spricht, dass die kartellrechtliche Regelung einen Fall des § 22 S. 2 Nr. 1 VwVfG darstellt. Dies sind die Verfahren, in denen die Behörde aufgrund von Rechtsvorschriften auf Antrag oder von Amts wegen tätig werden muss.

*(1.) Wortlautunterscheidung*

Lediglich § 54 Abs. 1 S. 2 GWB besagt, dass die Behörde von Amts wegen ein Verfahren auf Ersuchen einleiten „kann“. Nur an dieser Stelle wird eindeutig Ermessen eingeräumt. Im Rahmen des Satz 1 hat der Gesetzgeber eine derartige Formulierung unterlassen.

Der Gesetzgeber hielt es für notwendig, den Fall des Ersuchens gesondert zu regeln und hier der Behörde ausdrücklich ein Ermessen für die Verfahrenseröffnung einzuräumen. Verfahren, welche infolge eines Ersuchens eingeleitet werden, sollen nach der eindeutigen Sprachregelung des Gesetzgebers amtswegige Verfahren sein.

Wiederum ausgehend von einem umsichtigen Gesetzgeber, welcher Normen nur dort schafft, wo Regelungsbedarf besteht, muss zunächst festgestellt werden, dass anscheinend nach dem Willen des objektiven Gesetzgebers die in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB vorhandenen Regelungen nicht genügen, um die Verfahrensaufnahme durch ein Ersuchen zu erfassen.

Nach der Ansicht der herrschenden Literatur soll jegliches Verlangen eines Dritten auf Tätigwerden der Kartellbehörden zu seinem Schutze außerhalb der materiellen Antragsverfahren lediglich ein Ersuchen darstellen. In diesem Falle würde es des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB jedoch nicht bedürfen, wenn man mit der herrschenden Meinung übereinstimmt, dass die Verfahrenseröffnung bis auf wenige Ausnahmen stets im Ermessen der Behörde stehe. Die Norm würde dann nur Selbstverständliches<sup>607</sup> regeln und unnötig sein.

Der Legislative ohne Not die Fähigkeit abzusprechen, systematisch strukturierte Gesetze zu erlassen, erscheint voreingenommen. Seit jeher sind Informationen Dritter über das Marktverhalten von Wettbewerbern eine wesentliche Erkenntnisquelle der Kartellbehörden. Es war bereits vor der sechsten GWB-Novelle völlig unstrittig, dass die Kartellbehörde derartige Informationen verwerten und diese zum Anlass für die Eröffnung eines Verfahrens nehmen darf. Es besteht somit die Vermutung, dass der Gesetzgeber mit § 54 Abs. 1 S. 2 GWB einen im Vergleich zu Satz 1 besonderen Fall regeln wollte.

Die Kartellbehörden können gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 GWB nicht bei jeglichem Ersuchen eines Beschwerdeführers von Amts wegen einschreiten, sondern sollen ein Ermessen auf Einschreiten nur bei einem „entsprechenden“ Ersuchen haben. Der Gesetzgeber hat also anscheinend terminologisch nicht jegliche Beschwerde eines schutzbedürftigen Beschwerdeführers dem amtswegigen Aufgreiferermessen der Kartellbehörden unterworfen. In Verbindung mit der Einführung des § 70 Abs. 3 GWB ließe sich das „entsprechende Ersuchen“, welches nicht als Antrag gemäß § 54

---

<sup>607</sup> So K. Schmidt, L/M/R, § 54 Rn 11.

Abs. 1 S. 1 GWB zu werten wäre, auf Verfahren mit anonymen Beschwerdeführern reduzieren.

*(2.) Historische Entwicklung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB*

Die Gesetzgebungsgeschichte des Satz 2 bestärkt diese Vermutung. Nicht sämtliche Eingaben Dritter, mit denen ein Tätigwerden der Kartellbehörden begehrt wird, sollen ein Ersuchen im Sinne der Norm darstellen. Unter Satz 2 fallen nur solche Eingaben, in denen der Eingebende um Anonymität im Verfahren bittet.

Gemeinsam mit § 54 Abs. 1 S. 2 GWB wurde im Zuge der sechsten GWB-Novelle § 70 Abs. 4 GWB eingeführt. Diese Norm sollte die bis dato bestehende „Ross-und-Reiter-Problematik“ entschärfen<sup>608</sup>. Sie erleichtert der Kartellbehörde die Beweisführung im Anfechtungsverfahren<sup>609</sup>. Neben den Strengbeweismitteln darf sie sich auch dem Beweismittel der Glaubhaftmachung gemäß § 294 Abs. 1 ZPO bedienen. Hierdurch soll – soweit dies ein Beschwerdeführer wünscht – seine Anonymität im Verfahren geschützt werden<sup>610</sup>.

Die Einführung von § 54 Abs. 1 S. 2 GWB und des § 70 Abs. 4 GWB kann nicht isoliert von einander betrachtet werden. Beide Normen sind systematisch aufeinander abgestimmt. § 70 Abs. 4 GWB ist die notwendige beweisrechtliche Umsetzungsnorm zu § 54 Abs. 1 S. 2 GWB. Nur durch die Beweiserleichterung des § 70 Abs. 4 GWB ist die vorgesehene Anonymisierung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB überhaupt praktisch umsetzbar<sup>611</sup>. Ferner ist im Rahmen der Einführung der beiden Normen zu beachten, dass die sechste GWB-Novelle auch unter dem Ziel der Ausdehnung des Drittrechtsschutzes stand<sup>612</sup>.

---

<sup>608</sup> BT-Drucks. 13/9720; S. 45; erläuternd: Becker in L/M/R, § 54 Rn 4.

<sup>609</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 70 Rn 9.

<sup>610</sup> Begründung des RegE. Zur sechsten GWB-Novelle, BR-Drucks. 852/97, S. 67.

<sup>611</sup> So auch Tätigkeitsbericht BKartA 1997-98, S. 31; Becker in L/M/R, § 54 Rn 4.

<sup>612</sup> So auch Tätigkeitsbericht BKartA 1996-97, S. 62.

Unter Berücksichtigung des Vorgesagten, kann in der Implementierung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB keinesfalls eine Negativerklärung des Gesetzgebers gesehen werden, dass es ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörde zu Gunsten eines von Wettbewerbsbeeinträchtigungen betroffenen Dritten nicht gibt. Satz 2 soll lediglich den Sonderfall des im Verfahren anonym gehaltenen Beschwerdeführers regeln. Den Gesetzgebungsunterlagen<sup>613</sup> ist ein legislativer Wille hin zu einer allgemeinen Aussage bezogen auf sämtliche Drittbeschwerden nicht zu entnehmen.

Vielmehr lässt sich unter Berücksichtigung der objektiven Umstände im Rahmen einer historisch-systematischen Auslegung schlussfolgern, dass der Gesetzgeber im Zuge der sechsten GWB-Novelle klarstellen wollte, dass der Begriff des Ersuchens lediglich auf die Begehren eines anonymen Dritten auf Verfahrenseröffnung beschränkt sein soll. Da insbesondere die Literatur<sup>614</sup> seit Jahrzehnten jegliches Drittbegehren auf Verfahrenseinleitung unter dem Begriff des Ersuchens zusammenfasst, könnte die Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB als klare Absage an den weiten Ersuchensbegriff und engen Antragsbegriff verstanden werden. In diesem Fall wäre jedes Begehren eines Dritten, der nicht anonym bleiben möchte, auf Verfahrenseröffnung als Antrag im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB zu verstehen.

Vorgenannte systematisch-historische Argumente dürfen jedoch nicht überbewertet werden. Bei gründlicher Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien zur sechsten GWB-Novelle lassen sich keine endgültigen Aussagen in die eine oder andere Argumentationsrichtung tätigen. Ziel der sechsten GWB-Novelle war zwar die Erweiterung des Drittschutzes. Diese sollte aber im gerichtlichen Verfahren erfolgen. Auf der Ebene des Kartellverwaltungsverfahrens wurden keine aktiven bzw. nachweislichen Anstrengungen zur Ausweitung des Drittschutzes erhoben. Auch zum Zeitpunkt des Gesetzgebungsverfahrens zur sechsten GWB-Novelle war der

---

<sup>613</sup> BT-Drucks. 13/9720; S. 45; RegE. BR-Drucks. 852/97, S. 67.

<sup>614</sup> Z.B. K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 527.

Legislative bekannt, dass ein subjektiv-öffentlicher Anspruch auf Einschreiten der Kartellbehörden zu Gunsten eines Dritten von der herrschenden Meinung abgelehnt wurde. Andiskutiert wurde der Problembereich im Gesetzgebungsverfahren nicht.

Mithin kann lediglich spekuliert werden, ob es der subjektive Wille des Gesetzgebers war, die vorgefundene Rechtslage aufrechtzuerhalten, die weitere Klärung der Materie der Rechtsprechung und Wissenschaft zu überlassen oder mit der Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 70 Abs. 3 GWB den kartellverwaltungsrechtlichen Drittschutz zu erweitern. Die Ergebnisse der historischen Auslegung können deshalb lediglich als unergiebig angesehen werden.

*ff) Auslegung im Zusammenhang mit § 70 Abs. 3 GWB*

Im Bereich der Gesetzssystematik ist der Zusammenhang zwischen § 54 Abs. 1 und § 70 Abs. 3 GWB jedoch beachtlich. Dabei muss im Hinblick auf den Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit gefragt werden, ob eine Unterscheidung zwischen einer Beschwerde eines im Verfahren nicht anonymisierten Dritten und einer solchen eines anonymisierten Dritten sinnvoll ist. Außer Acht gelassen werden hierbei die Vorteile des Dritten, in einem Verfahren nicht genannt zu werden.

*(1.) Unterscheidungsnotwendigkeit zwischen anonymen und nicht anonymen Beschwerdeführer*

Es gibt nachvollziehbare Gründe, warum das Begehren des Nichtanonymen als Antrag und das des anonymen Dritten lediglich als Ersuchen einzuordnen wäre. Die Stellung eines Antragstellers verleiht dem Dritten bestimmte Verfahrensrechte, welche dem Ersuchenden nach § 54 Abs. 1 S. 2 GWB nicht zugebilligt werden.

Der Antragsteller ist gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB Verfahrensbeteiligter. Neben Anhörungs- und Informationsrechten billigt ihm § 63 Abs. 2 GWB

die Befugnis zur Einlegung der Beschwerde zu. Der anonymisierte Dritte wird nicht als Beschwerdeführer angesehen und ist damit nicht gemäß § 63 Abs. 2 GWB beschwerdebefugt.

Eine solche Regelung ist aus rechtspolitischen Erwägungen richtig. Der anonymisierte Dritte „versteckt sich“ hinter der Behörde. Diese soll für ihn das Verfahren, verbunden mit allen Risiken, insbesondere dem Kostenrisiko führen. Der Dritte spielt hierbei lediglich die Rolle des Informanten und Impulsgebers. Nach der Eingabe seiner Beschwerde im Verfahren nimmt er eine passive Rolle ein. Weitergehende Beteiligungsrechte sind ihm nicht zu gewähren. Schließlich tritt er nicht als offener Antragsteller und damit aktiver Verteidiger der Rechtsordnung<sup>615</sup> und des freien Marktes auf. Die Hingabe seiner Beteiligungsrechte ist der Preis für seine Anonymität.

Anders muss es bei dem Betroffenen aussehen, der im Beschwerdeverfahren offen unter Preisgabe seiner Identität auftritt. Der nicht anonymisierte Dritte nimmt im Verfahren regelmäßig eine aktive Rolle ein und setzt sich eigenen, wirtschaftlichen Gefahren aus. Die Zubilligung einer verbesserten Verfahrensbeteiligung wäre nicht nur gerecht sondern auch im Rahmen einer ausgewogenen Rechtsfindung sinnvoll. Schließlich trägt der Betroffene durch sein Streben, dem vermeintlichen Störer Einhalt zu gebieten, dazu bei, etwaige kartellrechtswidrige Marktstrukturen aufzudecken. Dies ist sehr oft mit der Gefahr erheblicher wirtschaftlicher Konsequenzen verbunden<sup>616</sup>.

Soweit die Kartellbehörde die Sache nach Anhörung des Betroffenen oder Auswertung weiterer Beweismittel nicht für entscheidungsreif erachtet, wird sie den Dritten nochmals unter Mitteilung der wesentlichen Einlassungen des Betroffenen hören. Unter Umständen kommt es, z.B. im Rah-

---

<sup>615</sup> A.A. BKartA, Private Rechtsdurchsetzung, S. 26, welches die Möglichkeit sieht, dass die Durchsetzung privater Ansprüche im Kartellrecht Allgemeininteressen zuwiderläuft, insbesondere infolge von durch Schadensersatzansprüche hervorgerufenen Insolvenzen. Dass BKartA übersieht, dass Rechtsgrund für Schadensersatzansprüche die Verletzung objektiven Rechts ist.

<sup>616</sup> Beispielhaft Tätigkeitsbericht BKartA 1997-98 S. 31.

men einer Sektoruntersuchung zu einer öffentlichen Anhörung mit einer direkten Konfrontation zwischen dem Dritten und dem Beschuldigten.

### *(2.) Beiladung als untaugliche Alternative*

Dem Betroffenen Beteiligungsrechte über § 54 Abs. 2 Nr. 2 GWB zuzubilligen, ist kein adäquater Ersatz für ein Beteiligungsrecht nach § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB. Nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB steht es im Ermessen der Behörde, Personen und Personenvereinigungen, deren Interessen durch die Entscheidung erheblich berührt werden, auf Antrag zum Verfahren beizuladen<sup>617</sup>.

#### *(a) Gefahr der Verfahrensverzögerung*

Die Beteiligung über die Beiladung hat gegenüber der Beteiligung als Antragsteller zwei wesentliche Nachteile. Zum einen führt die Beiladung zu einer zeitlichen Verzögerung. Die Beteiligtenrechte stehen dem Beigeladenen erst mit Bekanntgabe der Beiladung zu. Dies kann deutlich nach dem Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung liegen.

Bedenkt man, dass oftmals die wichtigsten Erkenntnisse des Verfahrens zu Beginn gewonnen und hieraus durch die Behörde wichtige Schlüsse gezogen und entsprechende Maßnahmen eingeleitet werden, kann eine solche Verspätung für das Verfahren nachteilig sein. Diese Nachteile würden nicht nur gegenüber dem Dritten sondern auch der Allgemeinheit wirken, welche ebenso an einer objektiven, beschleunigten Aufarbeitung des Sachverhalts interessiert ist.

#### *(b) Fehlender Beiladungsanspruch*

Ferner steht die Beiladung lediglich im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde. Die Behörde ist zwar regelmäßig beim Vorliegen einer erheblichen

---

<sup>617</sup> BGHZ 169, 370, 373 – pepcom; Becker in L/M/R, § 54 Rn 17, m.w.N.

Interessenberührung zur Beiladung gehalten<sup>618</sup>. Sie kann eine solche jedoch aus verfahrensökonomischen Gründen ablehnen, selbst wenn der Betroffene sämtliche Beiladungsvoraussetzungen erfüllt<sup>619</sup>.

Zu welchen Schwierigkeiten dies führen kann, zeigt die „pepcom-Entscheidung“ des BGH<sup>620</sup>. Ein gestellter, bewilligungsfähiger Beiladungsantrag wurde in dem Verfahren, welches Gegenstand der Entscheidung war, in nicht zu beanstandender Weise durch das Kartellamt aus verfahrensökonomischen Gründen abgelehnt. Damit hätte die Behörde dem Betroffenen bei wortgetreuer Auslegung des § 63 Abs. 2 GWB die Möglichkeit der Erhebung der Anfechtungsbeschwerde gegen die Hauptsacheentscheidung genommen, denn beschwerdebefugt sind nach der Vorschrift nur „die am Verfahren vor der Kartellbehörde Beteiligten (§ 54 Abs. 2 und 3)“.

Der BGH erkannte das Dilemma. Er versuchte das Problem durch eine ergänzende Auslegung der Norm unter gleichzeitiger Heranziehung des Europarechts zu lösen. Im Ergebnis soll der Betroffene weiterhin keinen Anspruch auf Beiladung haben. Sofern er jedoch einen Antrag auf Beiladung zum Verfahren gestellt hat und die materiellen Voraussetzungen der Beiladung erfüllt sind, soll er auch ohne Beiladung klagebefugt sein<sup>621</sup>.

So begrüßenswert das Ergebnis des BGH auch ist, bestehen ernsthafte Zweifel daran, ob die Normauslegung des § 63 Abs. 2 GWB noch vom Wortlaut gedeckt ist. Das BVerfG<sup>622</sup> hat der Rechtsprechung bereits wiederholt sehr deutlich die Grenzen der Norminterpretation über den Wortlaut hinaus aufgezeigt. Der Gesetzgeber weist in § 63 Abs. 2 GWB ausdrücklich daraufhin, dass sich eine Verfahrensbeteiligung aus § 54 Abs. 2 oder 3 GWB ergeben muss. Ohne positive Beiladungsverfügung der Kar-

---

<sup>618</sup> BGH WUW/E 2150, 2152, Edelstahlbestecke; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 5.

<sup>619</sup> BGHZ 169, 370-374 f. – pepcom; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 11 f.

<sup>620</sup> BGHZ 169, 370-377 – pepcom.

<sup>621</sup> BGHZ 169, 370, 374 f. – pepcom

<sup>622</sup> Z.B.: BVerfG NJW 2011, 836-841.

tellbehörde liegt aber keine Verfahrensbeteiligung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB vor.

Mit Anerkennung des beschwerdeführenden Betroffenen als Antragsteller wäre das Problem zumindest in dem Bereich der Missbrauchsaufsicht gelöst. Der Dritte wäre gemäß § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB Verfahrensbeteiligter. Eine darüber hinausgehende Lösung kann in befriedigender Art und Weise nur eine Gesetzesänderung leisten<sup>623</sup>.

### *gg) Vergleichende Auslegung mit § 32 ff. GWB*

Das Verhältnis zwischen § 54 Abs. 1 und den §§ 32 ff. GWB wurde bereits herausgearbeitet. Während sich § 54 Abs. 1 GWB als Verfahrensnorm mit den Voraussetzungen der Verfahrenseröffnung beschäftigt, regeln die § 32 ff. GWB die Voraussetzungen für den Erlass von Finalverfügungen. Wie unter Hinweis auf § 61 Abs. 2 GWB dargestellt, muss nicht jedes Kartellverwaltungsverfahren zwangsläufig mit einer Verfügung enden.

Insbesondere die Rechtsprechung<sup>624</sup> verknüpft jedoch den Anspruch auf Verfahrenseröffnung und -durchführung (Tätigwerden) mit dem Anspruch auf Verfügungserlass (Einschreiten) und sieht ersteren als unselbständigen Annex zum Anspruch auf Einschreiten. Die Fehlerhaftigkeit dieser Annahme wurde dargelegt.

### *(1.) Unterschiede im Wortlaut*

Die §§ 32 ff. GWB und § 54 Abs. 1 GWB zeigen einen bedeutenden strukturellen Unterschied auf. Während in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB nicht von Ermessen – sei es durch unmittelbare Verwendung des Begriffs oder Verwendung der typischen Verben „kann“ oder „soll“ – gesprochen wird, ist in den Ermächtigungsnormen zum Erlass von Finalverfügungen positiv die Einräumung von Ermessen geregelt. Es wird dort (z.B. §§ 32 Abs. 1, 2, 3;

<sup>623</sup> Hierzu: Neef in GRUR 2008, 30-34.

<sup>624</sup> Z.B.: BGH DB 1978, 741, 741 „Rhenania-Pilsner“.

32a Abs. 1 GWB) ausdrücklich davon gesprochen, dass die Behörde Maßnahmen ergreifen „kann“.

Dem Gesetzgeber wäre es ein Leichtes gewesen, auch in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB positiv zu regeln, dass bereits die Verfahrenseinleitung im Ermessen der Behörde steht, wie dies die herrschende Literatur vertritt. Er hat jedoch auf eine derartige Regelung verzichtet.

### *(2.) Wechselwirkungen zwischen materiellen und formellen Recht*

Auch im Rahmen einer über den Wortlaut hinausgehenden Norminterpretation lässt sich durch eine Verknüpfung des § 54 Abs. 1 GWB mit den §§ 32 ff. GWB keine Ermessenseinräumung in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB hineininterpretieren. Die Einräumung von Ermessen für den Erlass eines verfahrensabschließenden Verwaltungsakts bedeutet nicht zwangsläufig, dass in derartigen Fällen bereits die Verfahrensdurchführung in das Ermessen der Behörde gestellt ist<sup>625</sup>.

Im allgemeinen Verwaltungsrecht ist lediglich eine Verknüpfung zwischen der Verfahrenseröffnung und den materiellen Ermächtigungsgrundlagen dahingehend anerkannt, dass eine Verfahrenseröffnung bzw. -durchführung nur dort unzulässig ist, wo der Behörde offensichtlich keine Befugnis für einen Eingriff zusteht<sup>626</sup>. Dieses Problem stellt sich im Kartellrecht nicht. Sofern im Verwaltungsverfahren durch die Behörde ein kartellrechtswidriges Verhalten festgestellt wird, ist sie gegenüber dem Störer zum Erlass entsprechender Maßnahmen nach §§ 32 ff. GWB berechtigt.

Das materielle Recht beeinflusst die behördliche Entscheidung zur Verfahrenseröffnung vielmehr dahingehend, dass die Exekutive selbst im Falle des Fehlens einer verankerten Pflicht zur Verfahrenseröffnung zu einer

---

<sup>625</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 10.

<sup>626</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 13.

solchen verpflichtet ist, wenn der Betroffene einen Anspruch auf den Erlass einer Verfügung hat<sup>627</sup>.

Selbst im Falle des Fehlens einer fachrechtlichen Regelung zur Verfahrenseröffnung besteht zu Gunsten eines Dritten eine hoheitliche Pflicht zur Verfahrensdurchführung, wenn der Erlass eines Verwaltungsaktes ausschließlich im objektiven Ermessen der Behörde steht, jedoch beim Betroffenen erhebliche – auch materielle – Schäden drohen. In diesen Fällen muss die Exekutive tätig werden und prüfen, ob die Voraussetzungen für ein hoheitliches Handeln vorliegen<sup>628</sup>.

Bereits die Rechtsprechung geht davon aus, dass Dritten durch kartellrechtswidriges Verhalten eines Wettbewerbers ein erheblicher Schaden entstehen könne. Wiederholt prüften die Gerichte an, ob sich das objektive Entschließungsermessen der Behörde auf Null infolge drohender unabwendbarer schwerer Schäden verdichtet habe. Dies wurde in sämtlichen Fällen nach Bewertung des Tatsachenvortrags verneint<sup>629</sup>.

Würde es also im Kartellrecht an einer speziellen Norm zur Verfahrenseröffnung fehlen oder diese – wie wohl von der herrschenden Literatur vertreten – keinen über § 22 S. 1 VwVfG hinausgehenden Regelungscharakter haben, so wäre die Kartellbehörde immer dann zur Verfahrenseröffnung verpflichtet, wenn ein Betroffener vorträgt, durch kartellrechtswidriges Verhalten eines Konkurrenten könnten erhebliche finanzielle Einbußen drohen, durch welche die Gefahr einer Insolvenz bestehe. In diesem speziellen Fall erkennt selbst die herrschende Meinung einen subjektiv-öffentlichen Anspruch auf Erlass einer Verfügung an. Im Rahmen eines Kartellverwaltungsverfahrens wären diese Voraussetzungen zu prüfen.

---

<sup>627</sup> Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 10.

<sup>628</sup> Pitschas, Verwaltungsverantwortung, S. 695; Schmitz in Stelkens/Bonk/Sachs, Kommentar zum VwVfG, § 22 Rn 10.

<sup>629</sup> BGH NVwZ 1984, 266 „Internord“; KG WuW/E OLG 1813, 1817 „Medizinischer Badebetrieb“, OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 547 f. „Herzklinik“.

Soweit kleinere oder mittlere Unternehmen durch Wettbewerbsbeeinträchtigungen nicht unwesentlich auf ihrem räumlich und sachlich relevanten Hauptmarkt betroffen sind, dürfte eine derartige, auf einer Prognose beruhende Behauptung nicht unwahr sein. Die Behörde müsste dann den Sachverhalt prüfen, wobei sie sich sicherlich auch auf die Prüfung der Konsequenzen der behaupteten Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Betroffenen konzentrieren könnte. Dies kann nur im eröffneten Verfahren geschehen.

#### *hh) Teleologische Auslegung*

##### *(1.) Verwirklichung des Wettbewerbsschutzes*

Die von der herrschenden Meinung vorgenommene Teilung kartellrechtlicher Ansprüche zwischen allgemein- und individualschützend sowie die damit verbundene Verfahrens- und Rechtswegzuweisung widerspricht dem Schutzziel des GWB. Schutzgut des Kartellrechts ist der Wettbewerb. Dieser kann objektiv nur geschützt werden, wenn sich das Individuum frei auf einem funktionierenden, nicht von Beschränkungen betroffenen Markt entfalten kann.

Im Kartellrecht stellt die Wahrnehmung von Allgemeininteressen immer zugleich auch der Schutz von Individuen dar. Andersherum werden über die Durchsetzung subjektiver Ansprüche auch objektive Interessen gewahrt. Ein Tätigwerden der Kartellbehörde zum Wohle eines Einzelnen ist somit immer auch ein Wirken im Sinne der Allgemeinheit.

Die differenzierende herrschende Meinung ist ausschließlich ergebnisorientiert. Sie zielt auf den Schutz der Funktionsfähigkeit der Kartellbehörden vor Arbeitsüberlastung<sup>630</sup>. Trotz des anzuerkennenden Ziels ist diese Argumentation contra legem. Räumt das Gesetz dem Individuum subjektiv-öffentliche Rechte ein, so ist es die Pflicht der Exekutive diese umzusetzen. Fehlt es an notwendigen Strukturen, führt dies nicht zur Beschneidung der Individualrechte, sondern zu einer Pflicht des Staats, die not-

---

<sup>630</sup> Z.B.: OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 545, 548 „Herzlinik“.

wendigen Ressourcen zu schaffen. Die Reichweite von Rechten im Rechtsstaat ist unabhängig von haushaltspolitischen Erwägungen.

Der Schutz der Institution Wettbewerb setzt nicht nur den Schutz einzelner Marktteilnehmer voraus. Die Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Wettbewerbs kann in der Praxis nur durch Schutz der einzelnen Wettbewerber erreicht werden. Aufgrund der Besonderheiten des Wettbewerbs ergibt sich eine besondere Verknüpfung zwischen Individualinteressen und allgemeiner Wohlfahrt, wodurch die Wahrung objektiver Interessen mehr als nur reflexartig zum Schutze subjektiver Rechte führen<sup>631</sup>. Erinert sei an die einführenden Ausführungen zu den Prinzipien des Wettbewerbs und seiner Früchte.

Ein optimal funktionierender Markt führt zu einer maximalen Wohlfahrtsrendite für die Allgemeinheit und jeden Einzelnen. Auf einem funktionierenden Markt findet sich ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Angebot und Leistung, eine hohe Angebotsvielfalt und Innovationen. Voraussetzung hierfür ist ein ständiger Wettbewerb auf sämtlichen Produktions- und Vertriebsstufen. Die notwendigen Angebote müssen durch Individuen geschaffen werden. Wettbewerb setzt stets das Vorhandensein mehrerer konkurrierender Individuen voraus.

Störungen des Wettbewerbs führen kurzfristig zunächst zu individuellen Schäden und langfristig immer zu Beeinträchtigungen des Gemeinwohls. Selbst der dauerhafte Verkauf von hochwertigen Lebensmitteln durch einen marktstarken Wettbewerber an den Endkunden unter Verkehrswert, welcher in weiten Teilen der Bevölkerung zunächst als gemeinwohlfördernd betrachtet werden würde, führt zu derartigen Schäden. Ein Produkt muss auf einem funktionierendem Markt dauerhaft soviel kosten, wie es wert ist; das sind wenigstens die Herstellungskosten.

---

<sup>631</sup> Ähnlich: Veelken in WRP 2003, 207, 221; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 24 f.; Ladeur in CR 2000, 433, 436.

Im Beispiel kauft der Lebensmittelhändler entweder die Produkte durch Ausnutzung eigener Marktmacht günstig bei vorgeschalteten Marktstufen ein, was bei diesen zu Einbußen führt. Durch diese Einbußen können diese Marktstufen entweder ihre Selbstkosten nicht decken oder aber andere Investitionen (Personal, Forschung und Entwicklung, Anlagevermögen) nicht tätigen. Dies führt auf anderen Märkten (Arbeitsmarkt, Anlagengüterproduzenten) zu Umsatzeinbußen, gegebenenfalls sogar zum Wegfall einzelner Wettbewerber der Marktstufe.

Alternativ verkauft der Lebensmittelhändler die zuvor zu Marktpreisen aufgekauften Lebensmittel (verbotswidrig) unter Einstandspreis. Auch hier würde ein Verdrängungswettbewerb einsetzen, der zunächst auf der gleichen Marktstufe wirkt. Insbesondere kleinere, kapitalschwache Lebensmittelhändler würden vom Markt gedrängt werden. Es käme zu einer Marktkonzentration, durch welche der Wettbewerb verkleinert wird. Zunächst würden die Lebensmittelproduzenten und/ oder andere Lebensmittelhändler Wettbewerbsnachteile verspüren. Langfristig würde der Markt von wenigen Wettbewerbern beherrscht werden, welche die Preise – gleich ob auf dem vor- oder nachgelagerten Markt – diktieren würden. In der Praxis findet gerade auf dem Lebensmittelmarkt bei vielen Produkten eine Mischung der dargestellten Alternativen statt. Verwiesen sei auf den Milchmarkt und die hierzu geführte Sektoruntersuchung des Bundeskartellamts<sup>632</sup>.

Mit der Einschränkung oder gar dem Wegfall der Leistungsfähigkeit von Wettbewerbern kommt es zunächst meist zu einer Reduktion von Innovationen. Darauf folgend kommt es zu einer Angebotsverknappung und letztlich zu einer von Marktmechanismen abgekoppelten Preisentwicklung. Ein in Ermangelung von Wettbewerbern bestehender Markt hat keine Steuerungsfunktion mehr.

Die Erhaltung der Marktfunktionen und der damit verbundenen Vorteile setzt folglich immer das Vorhandensein eines Wettbewerbs unter mehre-

---

<sup>632</sup> BKartA Az.: B2-18/08.

ren Marktteilnehmern voraus. Wobei es zur Aufrechterhaltung einer Wettbewerbssituation genügt, dass ausreichende Marktzutrittschancen für potentielle Marktteilnehmer gegeben sind. Der Staat kann also den Wettbewerb als Ganzes nur schützen, wenn er die individuellen Marktteilnehmer schützt. Ein vom Individuum abgekoppelter Wettbewerbsschutz ist bereits denklogisch unmöglich.

*(2.) Sinn und Zweck des besonderen Schutzes vor Marktkonzentration*

Unter Berücksichtigung der weiteren allgemein herrschenden Ansicht zur Gewährung von Beteiligtenrechten im Kartellverwaltungsrecht erscheint die ablehnende Ansicht von Literatur und Rechtsprechung bezüglich eines subjektiven Drittanspruchs auf Tätigwerden als nicht vollkommen konsequent. Sie gewährt in bestimmten Fällen – insbesondere im Fusionskontrollverfahren – mittelbar Betroffenen einen höheren Schutz als unmittelbar Betroffenen von Wettbewerbsbeschränkungen i.S.d. § 1 GWB bzw. in Missbrauchsverfahren nach §§ 19 ff. GWB.

*(a) Wertungswiderspruch zur Fusionskontrolle*

Gegen die Entscheidung der Behörde zur Freigabe eines Zusammenschlusses kann der Betroffene, soweit er durch den Beschluss materiell beschwert ist, eine Anfechtungsbeschwerde erheben<sup>633</sup>. Hierzu muss der Dritte entweder zum Verfahren beigeladen (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB)<sup>634</sup> oder aber sein begründeter Antrag auf Beiladung aus verfahrensökonomischen Gründen oder rechtswidrig abgelehnt worden sein<sup>635</sup>. Die Anfechtungsbeschwerde gegen die Freigabeverfügung ist bereits begründet, wenn die die Freigabeentscheidung tragenden Gründe nicht haltbar sind

---

<sup>633</sup> BGH WuW/E DE-R 1571 f. – Ampère ; OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1462, 1464 f. Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 26.

<sup>634</sup> KG WuW/E DE-R 641, 644 – tobaccoland.

<sup>635</sup> BVerfG NJW 2011, 836, 839 f.

und eine Untersagung des Zusammenschluss zumindest ernsthaft in Betracht kommt<sup>636</sup>.

Im Rahmen der materiellen Prüfung der Freigabeentscheidung erfolgt nur noch eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle der Verfügung<sup>637</sup>. Eine Prüfung, ob denn der konkrete Rechtsverstoß den Beschwerdeführer in seinen Rechten verletzt, erfolgt nicht. Der Dritte muss lediglich auf Zulässigkeitsstufe nachweisen, dass er durch die Freigabeentscheidung in eigenen Interessen oder einer rechtlich geschützten Position berührt wird. Hierzu muss der freigegebene Zusammenschluss nur den räumlich und sachlich relevanten Markt des Dritten betreffen und die Gefahr einer Wettbewerbsverschlechterung bestehen<sup>638</sup>.

Unter Beachtung der von der herrschenden Meinung vertretenen Ablehnung eines Anspruchs auf Tätigwerden führt dies zur Konsequenz, dass Marktteilnehmern zwar gegen potentielle Marktverschlechterungen durch legal angemeldete Unternehmenszusammenschlüsse verwaltungsrechtlicher Rechtsschutz zugebilligt wird. Gegen Verstöße gegen § 1 GWB, durch welche sich ein latentes Risiko bereits verwirklicht hat, soll dem Einzelnen kein behördlicher Rechtsschutz zu stehen. Er soll lediglich auf den Zivilrechtsweg verwiesen werden.

Dieser Wertungswiderspruch ist durch die siebente GWB-Novelle entstanden, welche das Notifizierungsverfahren durch das System der Legal Ausnahme ersetzte. Er ist im Rahmen der Frage nach einem subjektiv-öffentlichen Recht auf Verfahrenseröffnung nicht zu rechtfertigen. Wettbewerbsbeschränkende Kartelle im Sinne des § 1 GWB sind faktisch nicht angezeigte Unternehmenszusammenschlüsse, welche nicht der Freigabe nach §§ 40 Abs. 2 GWB zugänglich sind. Auch „bloße“ Unternehmensabsprachen dürften bei genauer Betrachtung regelmäßig die Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 GWB erfüllen, da derartige Absprachen formalrecht-

---

<sup>636</sup> KG WuW/E DE-R, 688, 690 – Habet/ Lekkerland; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 28.

<sup>637</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 40 Rn 28.

<sup>638</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 759, 763 – NetCologne.

lich die Voraussetzungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts – ähnlich einer ARGE in Form einer Innengesellschaft – erfüllen dürften.

*(b) Aushöhlung gesetzgeberischer Ziele*

Nach der herrschenden Meinung soll das Individuum hier lediglich Rechtsschutz auf dem Zivilrechtsweg finden können. Ein subjektiv-öffentliches Recht auf parallele Befassung mit dem Sachverhalt durch die Exekutive wird verweigert. Dies steht im Widerspruch zu dem Anspruch an das GWB. Wie bereits Blanke<sup>639</sup> herausarbeitete, schuf der Gesetzgeber mit dem GWB ein besonderes Ordnungsrecht zum Schutze des Wettbewerbs.

Dem Wettbewerb ordnete der Gesetzgeber für die Erreichung und Sicherung des Allgemeinwohls eine derartige Bedeutung zu, dass er eine eigene Bundesbehörde zur Umsetzung des GWB schuf<sup>640</sup>. Damit wich er gegen den in Art. 83 GG verankerten Grundsatz der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder ab. Ferner verfasste der Gesetzgeber ein eigenständiges Verwaltungs- und dazugehöriges Rechtsschutzverfahren. Dies alles nur, um eine optimale Umsetzung des GWB und damit Schutz des Wettbewerbs sicherzustellen.

Das gesetzgeberische Ziel würde unterlaufen werden, wenn es im nicht überprüfbareren Ermessen der Behörde stehen würde, ob sie ein Verfahren wegen Verstößen gegen § 1 GWB einleitet oder nicht. Wie auch im Fusionskontrollverfahren muss es dem von den Auswirkungen der Wettbewerbsbeeinträchtigung betroffenen Dritten möglich sein, das Zusammenwirken von Marktteilnehmern unter kartellrechtlichen Maßstäben behördlich überprüfen zu lassen, ohne dass es – wie auch im Fusionskontrollverfahren – auf eine individuelle Verletzung materiellen Rechts ankommt.

---

<sup>639</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 58 ff.

<sup>640</sup> In Einzelfällen kann statt des Bundeskartellamts oder der Europäischen Kommission die Landesbehörde zuständig sein.

*(c) Anerkennung des Opportunitätsprinzips*

Ein derartiger Anspruch auf Tätigwerden steht auch nicht im Widerspruch zum Opportunitätsprinzip, welches in den §§ 32 ff. GWB verankert ist. Diese Eingriffsermächtigungen sind zweifelsfrei als Ermessensnormen ausgestaltet. Zur Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens gemäß § 40 VwVfG muss sie zunächst hinreichend den Sachverhalt erforschen und dies sowohl im Sinne des unmittelbar Betroffenen als auch der zu schützenden Allgemeinheit.

Bevor die Behörde von ihrem Ermessen Gebrauch macht, muss sie ein Verfahren eröffnen und dabei den Sachverhalt erforschen. Erst nach hinreichender Sachverhaltsaufklärung kann die Behörde beurteilen, ob ein Verstoß gegen das GWB vorliegt und ob und wie sie diesen ahndet. Auch bei Feststellung eines Kartellrechtsverstößes kann – wenn auch nach hiesiger Auffassung nur in Ausnahmefällen – die Behörde zu dem Ergebnis gelangen, dass der Erlass einer sanktionsbewährten Finalverfügung unverhältnismäßig wäre.

*(d) Wohlfahrtsrendite durch Individualschutz*

Gemäß § 63 Abs. 2 GWB muss die Behörde auch Entscheidung über das Absehen von eingreifenden Verfügungen dem Betroffenen mitteilen. Dieser könnte die Feststellung der Kartellbehörde dann in ein Zivilrechtsverfahren einbringen. Die behördliche Stellungnahme hätte hier Indizwirkung und würde somit das private-law-enforcement weiter beflügeln. Schließlich wird die Kartellbehörde vom Erlass einer Finalverfügung bei Verstößen gegen § 1 GWB nur bei Auswirkungen auf sachlich oder örtlich begrenzten Märkten absehen, die auf übergeordneten Märkten keine negativen oder unter Umständen sogar positive Auswirkungen haben.

Mit den Feststellungen der Behörde nach einem Kartellverfahren, welches aus besonderen Gründen nicht mit einer Verfügung endete, könnte auf dem Zivilrechtsweg eine individuelle Lösung zwischen den Beteiligten gefunden werden, welche auf dem betroffenen Markt einen rechtskonformen

Zustand herbeiführt, ohne etwaige Auswirkungen auf übergeordnete Märkte zu haben. Dies wäre wiederum im Sinne der Allgemeinheit.

Die vorstehenden Erwägungen gelten nicht nur für Beschwerden Betroffener wegen Verstößen gegen § 1 GWB sondern auch für den Bereich der Missbrauchsaufsicht (§§ 19 ff. GWB). Schließlich kann es im Rahmen der Marktkontrolle nicht darauf ankommen, ob eine gesetzeswidrige Marktbeeinträchtigung durch mehrere oder nur durch ein einzelnes Unternehmen stattfindet.

### *ii) Verfassungsrechtliche Erwägungen*

Die bisherige Diskussion hat gezeigt, dass die besseren Argumente für die Anerkennung eines Anspruchs auf Tätigwerden erwachsend aus § 54 Abs. 1 S. 1 GWB sprechen. Weitere Anhaltspunkte für die Bejahung eines solchen Anspruchs könnten aus dem Grundgesetz erwachsen.

#### *(1.) Vorbetrachtungen*

Bei der Einbeziehung verfassungsrechtlicher Erwägungen ist dogmatisch zwischen Ansprüchen unmittelbar aus Grundrechten und der Heranziehung von Grundrechten bei der Auslegung von Normen zu unterscheiden. Gesetze sind stets so auszulegen, dass sie die weitest mögliche Gewähr der Grundrechtsverwirklichung sicherstellen.

Soweit unmittelbar Ansprüche aus Grundrechten und grundrechtsgleichen Rechten abgeleitet werden, gilt es zu beachten, dass die Grundrechte in ihrer Struktur zunächst als Abwehr- nicht aber primär als Leistungsrechte ausgelegt sind<sup>641</sup>. Die Gewährung von Leistungsansprüchen ist vordergründig Aufgabe des einfachen Gesetzgebers. Nur in Ausnahmefällen lassen sich Leistungsrechte unmittelbar aus Grundrechten ableiten<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> BVerfGE 7, 189, 204.

<sup>642</sup> Jarass in Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, vor Art. 1, Rn 1; Veelken in WRP 2003, 207, 214.

## *(2.) Grundrechtlicher Leistungsanspruch*

Die unmittelbare Herleitung eines Anspruchs auf Tätigwerden aufgrund eines Leistungsanspruchs aus Grundrechten ist abzulehnen. Neben der Funktion als Abwehr- und Mitwirkungsrechte können Grundrechte ein originäres Leistungsrecht, ein derivatives Teilhaberecht oder einen Anspruch auf schützendes Tätigwerden vermitteln<sup>643</sup>. Keiner dieser Fallgruppen ist für den allgemeinen Anspruch auf Tätigwerden unmittelbar einschlägig.

### *(a) Originärer Leistungsanspruch*

Ein originäres, in der Verfassung verankertes Leistungsrecht auf Tätigwerden gegenüber der Exekutive ist abzulehnen, da es bereits zweifelhaft ist, ob denn die Exekutive die für den Leistungsanspruch zwingend notwendige Monopolstellung für die Grundrechtsbetätigung hat<sup>644</sup>. Zu schützende Grundrechtsbetätigung ist hier die Wettbewerbsfreiheit. Der Schutz der individuellen Wettbewerbsfreiheit kann jedoch auch auf dem Privatklageweg erreicht werden.

Letztlich scheidet ein originärer Leistungsanspruch daran, dass dieser, soweit nicht zwingend durch die Verfassung vorgeschrieben, nur im Rahmen des Möglichen gewährt werden muss. Öffentliche Interessen, wie die Finanzausstattung von Behörden, begrenzen den Anspruch<sup>645</sup>. Solange die Kartellbehörden weiterhin an ihrer Belastungsgrenze arbeiten, besteht für sie keine aus Grundrechten erwachsende originäre Leistungspflicht zum Tätigwerden.

---

<sup>643</sup> Vgl. Pieroth/Schlink Rn 60 f.; Di Fabio in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 12 Rn 125.

<sup>644</sup> OVG Münster NVwZ 1993, 202.

<sup>645</sup> BVerfGE 33, 303, 333; Pieroth/Schlink Rn 96 ff. mit kritischen Anmerkungen, Rn 100 f.

*(b) Derivative Teilhabe*

Auch ein Leistungsanspruch auf derivative Teilhabe scheitert daran, dass der Staat Teilhaberechte nur unter dem „*Vorbehalt des Möglichen*“<sup>646</sup> gewähren muss. Von daher kann auch die Frage dahinstehen, ob ein Anspruch auf Tätigwerden der Verwaltung in diese Fallgruppe überhaupt hineinfällt. Die hierzu ergangenen Entscheidungen ergingen stets zum Zugang zu staatlich kontrollierten Ressourcen (z.B. Nutzung von Stadthallen, Zugang zu Studienplätzen, Zulassung zu Volksfesten). Ungeklärt ist, ob das Tätigwerden der Behörde eine ähnliche Ressource ist.

*(c) Schützendes Tätigwerden*

Ein unmittelbarer Grundrechtsanspruch auf schützendes Tätigwerden ist abzulehnen, da dieser nur subsidiär wirkt. Damit er greift, muss der Grundrechtsträger die für das Grundrecht drohende Gefahr nicht mit anderen Mitteln legal abwenden können<sup>647</sup>. Besonders an dieser Stelle zeigt sich, dass Leistungsrechte gegenüber dem Staat vorrangig durch das einfache Recht gewährt werden. Die Grundrechte haben hier nur Auffangfunktion.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen seines legislativen Ermessens dem Individuum Mittel zur Wahrung seiner Wettbewerbsfreiheit beiseite gestellt. Der Einzelne kann Beeinträchtigungen seiner Wettbewerbsfreiheit durch einen anderen Wettbewerber über das UWG<sup>648</sup> oder das Kartellzivilrecht abwehren. Soweit § 54 Abs. 1 S. 1 GWB keinen einfach gesetzlichen Anspruch eröffnet, hat ein Individuum nur noch einen grundrechtlichen Tätigkeitsanspruch, wenn anderenfalls dem Individuum die Grundrechtsverwirklichung vollständig versagt bleibt und die Interessen der Allgemeinheit und schützenswerter Dritter an einem Untätigbleiben nicht überwiegen<sup>649</sup>. Lediglich in Extremfällen dürfte sich so eine Leistungspflicht der Behörde ergeben.

---

<sup>646</sup> BVerfGE 33, 303, 333.

<sup>647</sup> Brüning JuS 2000, 955 f.

<sup>648</sup> Hierauf verweisend: Di Fabio in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 12 Rn 125.

<sup>649</sup> Pieper, Grundrechte, S. 30.

*(3.) Anspruchsherleitung aus Rechtsstaatsprinzip*

Auch eine unmittelbare Herleitung eines Anspruchs auf Tätigwerden aus dem Rechtsstaatsprinzip ist nicht möglich. Anders als im – noch zu beleuchtenden – Unionsrecht<sup>650</sup> kennt unser Verfassungsrecht keinen unmittelbaren subjektiv-öffentlichen Anspruch auf eine geordnete Verwaltung, welcher über Rechte im Verfahren hinausgeht. Die Verankerung eines solchen Grundrechts hat es in Deutschland aufgrund der sehr dichten gerichtlichen Überwachung, diese abgesichert durch Art. 19 Abs. 4 GG in Verbindung mit der Vielzahl von Verfahrensvorschriften, nicht bedurft<sup>651</sup>.

Das Rechtsstaatsprinzip als Ganzes ist im Grundgesetz nicht positiv verankert<sup>652</sup>. Es finden sich lediglich verschiedene Teilelemente des Rechtsstaatsprinzips im Grundgesetz – insbesondere in Art. 20 Abs. 2 und 3 und Art. 23 Abs. 1 GG – niedergeschrieben. Trotz dieser fehlenden positiven Normierung des Rechtsstaats im Grundgesetz ist es allgemein anerkannt, dass das Rechtsstaatsprinzip zu den verfassungsmäßig verankerten Fundamentalprinzipien der Bundesrepublik Deutschland zählt<sup>653</sup>.

Fundamentalstaatsprinzipien sind jedoch keine Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte im Sinne des § 93 Abs. 1 Nr. 4a GG. Aus ihnen lassen sich unmittelbar keine subjektiven Rechte herleiten. Von daher enthält Art. 20 Abs. 3 GG kein subjektiv-öffentliches Recht bezogen auf die Verpflichtung, sämtlichen Begehren des Bürgers nachzugehen. Einen allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruch kennt das deutsche Recht nicht.

---

<sup>650</sup> Urteil des EuGH vom 25.10.1977; Rs. 26/76, Slg. 1977 1875, METRO/Kommission; Urteil des EuGH vom 11.10.1983, Rs. 210/83, Slg. 1983 3045 Tz. 14, Demo-Studio Schmidt/Kommission; Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission, Slg. 2002 II-313.

<sup>651</sup> Ruffert in Callies/ Ruffert, EUV/ AEUV, GRCh Art. 41 Rn 3.

<sup>652</sup> Grzeszick in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, VII Rn 1.

<sup>653</sup> Grzeszick in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, VII Rn 21; Huster/ Rux in Beck-OK GG, Art. 20 Rn 125.

Auch aus Art. 19 Abs. 4 GG, welches ein weiteres Kernelement des Rechtsstaatsprinzips enthält – die Garantie eines effektiven Rechtsschutzes<sup>654</sup> –, kann kein subjektiver Anspruch gegenüber dem Staat hergeleitet werden. Art 19 Abs. 4 GG gewährt den Zugang zur richterlichen Kontrolle über hoheitliches Handeln<sup>655</sup>. Als sog. „*Schlussstein im Gewölbe des Rechtsstaats*“<sup>656</sup> befasst er sich jedoch im Kern nicht mit subjektiven Rechten gegenüber der Exekutive. Ein Anspruch auf geordnete Verwaltung ist einem Anspruch auf Durchsetzung eines solchen im Rechtswege vorgelagert und von daher nicht in § 19 Abs. 4 GG verankert.

Art. 19 Abs. 4 GG hat jedoch mittelbar Auswirkungen auf das Handeln der Verwaltung. Da ein effektiver Rechtsschutz gegen hoheitliches Handeln nur gewährleistet werden kann, wenn den angerufenen Gerichten der gesamte für die Überprüfung der Angelegenheit notwendige Sachverhalt vollständig bekannt ist, obliegt der Exekutive für ihr Handeln gegenüber Grundrechtsträgern grundsätzlich eine Begründungspflicht<sup>657</sup>. Diese Begründungspflicht beginnt jedoch erst mit Verfahrenseröffnung. Ohne Pflicht zur Verfahrenseröffnung besteht jedoch keine Begründungspflicht.

#### *(4.) Anspruchsherleitung aus Sozialstaatsprinzip*

Auch aus dem Sozialstaatsprinzip lässt sich unmittelbar kein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden herleiten. Nach Blanke gebiete das Sozialstaatsprinzip durch Verpflichtung der Behörde zum Einschreiten, Waffengleichheit zu schaffen<sup>658</sup>. Dem kann nicht gefolgt werden.

Zwar hat das Sozialstaatsprinzip teilweise unmittelbaren Einfluss auf die Grundrechte (insbesondere Art. 1 Abs. 1 i.V.m. 2 Abs. 1 GG) und kann damit Leistungsrechte schaffen<sup>659</sup>, jedoch steht dem Gesetzgeber bei der

<sup>654</sup> Enders in Beck-OK GG, Art. 19 Rn 51; Dürig in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, VII Rn 27.

<sup>655</sup> Enders in Beck-OK GG, Art. 19 Rn 74.

<sup>656</sup> Traumann/Wandersleb, Recht – Staat – Wirtschaft III 1951, 9.

<sup>657</sup> BVerfGE 101, 106, 122; Enders in Beck-OK GG, Art. 19 Rn 76.

<sup>658</sup> Blanke, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, S. 34.

<sup>659</sup> BVerfGE NJW 2010, 505, 509.

Umsetzung der staatlichen Pflichten ein weiter Beurteilungsspielraum zu. Bei der Schaffung von Waffengleichheit bei der Rechtsverfolgung hat er sich für ein anderes Instrument entschieden. In den §§ 91 ff. ZPO schuf er die Voraussetzungen zur Gewährung von Prozesskostenhilfe.

Ob er damit den ihm obliegenden Pflichten hinreichend nachgekommen ist, mag fraglich sein. Die Bearbeitung eines umfangreichen Kartellrechtsmandats kann durch einen Anwalt nicht mit der hinreichenden Qualität über Prozesskostenhilfe kostendeckend erfolgen. Die Beurteilung der Effizienz des Prozesskostenhilferechts ist jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit. In deren Rahmen bleibt nur festzustellen, dass der Gesetzgeber von dem ihm eingeräumten Beurteilungsspielraum hinreichend Gebrauch gemacht hat.

#### *(5.) Anspruchsherleitung aus Willkürverbot*

Auch aus dem Willkürverbot des Grundgesetzes lässt sich kein allgemeiner unmittelbarer subjektiver Anspruch auf Verfahrenseröffnung begründen. Das Willkürverbot ist in Art. 3 Abs. 1 GG verankert.

Ob das Willkürverbot ein individualrechtlich abgesicherter Teil des Rechtsstaatsprinzips, also dessen subjektiver Ausdruck ist, oder ob Art. 20 Abs. 3 GG lediglich der Umsetzung des Willkürverbotes dient und damit dessen Appendix ist, soll hier nicht erörtert werden<sup>660</sup>. Es handelt sich dabei lediglich um einen dogmatischen Streit, dessen Lösung hier nicht zielführend ist.

Das Willkürverbot gebietet es, Gleiches rechtlich gleich und Ungleiches seiner Eigenart rechtlich ungleich zu behandeln<sup>661</sup>. Im Rahmen der Selbstbindung der Verwaltung ist diese verpflichtet, eine einmal einge-

---

<sup>660</sup> Vgl. Schmid-Aßmann in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 103 Abs. 1 Rn 11.

<sup>661</sup> BVerfGE 55, 72, 88; Kischel in Beck-OK GG, Art. 3 Rn 15.

schlagene Verwaltungspraxis aufrecht zu halten. Ein Abweichen von einer etablierten Verwaltungspraxis ist nur aus sachlichen Gründen möglich<sup>662</sup>.

Da insbesondere das Bundeskartellamt bislang in einer kaum noch überschaubaren Vielzahl von Fällen in eine sorgfältige Prüfung der ihr vorgelegten Tatsachen eingestiegen und sich sowohl in diesen Fällen mit den tatsächlichen als auch den rechtlichen Fragen der Angelegenheit auseinandergesetzt hat<sup>663</sup>, könnte hierin eine geübte Verwaltungspraxis gesehen werden. Jedoch kann man nicht sämtliche, in den Zuständigkeitsbereich fallende Beschwerden in einer Vergleichsgruppe zusammenfassen. Das Bilden von Vergleichsgruppen ist in der Praxis äußerst schwierig. Schon die Wahl der Parameter (Quantität/ Qualität der Gesetzesverstöße, Höhe der Schäden, Anzahl der Handelnden/ Betroffenen, Marktauswirkungen) erscheint schwierig.

In Anbetracht dessen wird man der Verwaltung zumindest im Bereich des Willkürverbots einen weiten Beurteilungsspielraum zubilligen müssen. Soweit die Behörde aus sachlich nachvollziehbaren Gründen von einer Verfahrensdurchführung absieht, handelt sie nicht willkürlich. Die Grenze zur Willkür wird erst überschritten sein, wenn sie einen bei gleichem Sachverhalt in sich überschneidenden Zeiträumen gegen bestimmte Marktteilnehmer Verfahren einleitet, andere quantitativ und qualitativ vergleichbare Störer ausklammert. Dies dürfte ein Extremfall sein, welcher sich in bestimmten Fällen wohl auch mit der behördlichen Begründung des Führens von Musterverfahren rechtfertigen ließe<sup>664</sup>.

#### *(6.) Mittelbarer Schutz der Wettbewerbsfreiheit*

Auch wenn aus dem Grundgesetz kein unmittelbarer subjektiver Anspruch auf Tätigwerden der Kartellbehörden ableitbar ist, so lassen sich jedoch über die grundrechtskonforme Auslegung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB zu-

---

<sup>662</sup> Kischel in Beck-OK GG, Art. 3 Rn 82; Dürig/ Scholz in Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 3 Abs. 1 Rn 446 ff.

<sup>663</sup> Z.B.: BGH DB 1978, 741; OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 545, 546 f.

<sup>664</sup> OLG Düsseldorf, WuW/E DE-R 1757-1774 behandelt einen solchen Fall.

mindest Indizien finden, welche für einen subjektiv-öffentlichen Anspruch sprechen.

Nach der herrschenden Meinung schützt Art. 12 Abs. 1 GG die Wettbewerbsfreiheit<sup>665</sup>. Als Abwehrrecht vor staatlichen Eingriffen in den Wettbewerb soll Art. 12 Abs. 1 GG dort greifen, wo staatliche Eingriffe zu einer Wettbewerbsverzerrung bzw. Verdrängung einzelner Marktteilnehmer führen. Dies gilt insbesondere bei staatlicher Marktregulierung<sup>666</sup> und Subventionen<sup>667</sup>.

Ein unmittelbarer Anspruch auf Einschreiten aus Art. 12 Abs. 1 GG kann in Anlehnung an die Subventionsrechtsprechung<sup>668</sup> jedoch erst angenommen werden, wenn durch das Unterlassen des Einschreitens die Marktposition eines Wettbewerbers in unerträglicher Weise beeinträchtigt und der Wettbewerb dermaßen verzerrt wird, dass es faktisch zum Wettbewerbsausschluss kommt<sup>669</sup>. Hiervon kann jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen ausgegangen werden. In solch schwerwiegenden Ausnahmefällen erkennt auch die herrschende Meinung einen Anspruch auf Einschreiten an.

Lediglich mittelbar kann der über Art. 12 Abs. 1 GG gewährte Schutz der Wettbewerbsfreiheit für die Argumentation zur Bejahung eines isolierten Anspruchs auf Tätigwerden herangezogen werden. Schreiten die Kartellbehörden trotz Kenntnis von Wettbewerbsverletzungen nicht gegen den Störer ein, so könnte dies als verkappte Subvention gewertet werden.

Das Unterlassen des Einschreitens könnte eine sonstige Leistung der Behörde gegenüber dem Störer darstellen, durch welche dem Störer ein Vorteil erwächst. Er kann mit seiner rechtswidrigen Handlung fortfahren und sich einen Wettbewerbsvorteil durch behördlich nicht unterbundenen

---

<sup>665</sup> BVerfGE 32, 311, 316 f., ausführlich: Veelken in WRP 2003, 207, 215 f.

<sup>666</sup> BVerfG NJW 2005, 273, 273; NVwZ-RR 2011, 385, 386.

<sup>667</sup> BVerfG NJW 1990, 2306, 2307.

<sup>668</sup> Zusammenfassend aus wettbewerbsrechtlicher Sicht: Kruse in NVwZ 1999, 1049, 1055.

<sup>669</sup> BVerfG NJW 1990, 2306, 2309.

Rechtsbruch verschaffen. Das Verhalten der Behörde ließe sich mit einer ungleichmäßigen Besteuerung von Marktteilnehmern vergleichen. Diese ist nur aufgrund eines formellen Gesetzes zur Erreichung wichtiger sozial- oder wirtschaftspolitischer Ziele zulässig<sup>670</sup>.

Bei Wettbewerbsverstößen hat der Gesetzgeber im GWB ausdrücklich normiert, dass diese stets verboten sind. Für eine Subventionierung durch Duldung von Wettbewerbsverstößen fehlt es an einem formellen Gesetz. Auch wenn die §§ 32 ff. GWB der Behörde Ermessen bei der Anwendung der Sanktionsvorschriften einräumen, müssen die Behörden, um dem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG weitest möglich zur Geltung zu verhelfen, den Sachverhalt im Rahmen eines formellen Verfahrens hinreichend erforschen, um das pflichtgemäße Ermessen auch unter Berücksichtigung der Allgemeinheit und der übrigen Marktbeteiligten ausüben zu können.

Die vorstehende Argumentation muss kritisch betrachtet werden. Sie kann mit guten Argumenten abgelehnt werden. Insbesondere beinhaltet das Unterlassen keine Duldungsverfügung gegenüber Dritten<sup>671</sup>. Sofern die Argumentation verallgemeinert werden würde, bestünde die Gefahr der Anerkennung eines allgemeinen Gesetzesvollziehungsanspruchs. Ferner darf nicht übersehen werden, dass es dem Beschwerden anders als im Bereich der Subventionen möglich ist, auf dem Zivilrechtsweg gegen Wettbewerbsbeeinträchtigungen vorzugehen. Im Bereich der Subventionierung ist der Staat Aktivstörer. Bei Wettbewerbsbeeinträchtigungen ist dies ein anderer Marktteilnehmer. Das bloße Dulden einer Wettbewerbsverletzung stellt weder eine Freistellung dar, noch hat sie – wenigstens eine vorsatzbeschränkende – Indizwirkung wie eine Erklärung nach § 32c GWB.

---

<sup>670</sup> BVerfG NVwZ 2007, 1168, 1170.

<sup>671</sup> Veelken in WRP 2003, 207, 217.

*(7.) Zwischenergebnis*

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden aus rein verfassungsrechtlichen Argumenten nicht herleitbar ist. Lediglich über Art. 12 Abs. 1 GG wird im Rahmen einer grundrechtskonformen Auslegung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB eine gewisse Indizwirkung zu Gunsten eines isolierten Anspruchs auf Einschreiten ausgestrahlt.

*jj) Anspruchsherleitung aus Europarecht*

Abschließend soll geprüft werden, inwieweit das Unionsrecht Aussagen zum isolierten Individualanspruch auf Tätigwerden trifft. Das europäische Recht erkennt einen Anspruch eines Betroffenen auf Tätigwerden der Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde im Ergebnis an.

Ein Dritter hat nach gefestigter Rechtsprechung des EuG<sup>672</sup> und EuGH<sup>673</sup> einen Anspruch auf sorgfältige Behandlung seines Vorbringens, wenn er bei der Kommission als Betroffener einer möglichen Wettbewerbsverletzung eine Beschwerde einreicht. Die Beschwerde müsse von den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.

*(1.) Herleitung des Anspruchs*

Das Recht auf sorgfältige und unparteiische Behandlung einer Beschwerde durch die Kommission entfalte sich aus dem Anspruch des Einzelnen auf eine geordnete Verwaltung, welche Bestandteil des Rechtsstaatsprin-

---

<sup>672</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Automec/Kommission, Slg. 1992, II-2223; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Koelman/Kommission; Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission, Slg. 2002 II-313, m.w.N.

<sup>673</sup> Urteil des EuGH vom 17.11.1987, Rs. 142/84 und 156/84, BAT und Reynolds/Kommission, Slg. 1987, 4487; Urteil des EuGH vom 17.05.2001, Rs. C-449/98 P, IECC/Kommission, Slg. 2001, I-3875.

zipt sei<sup>674</sup>. Das Rechtsstaatsprinzip wiederum sei Teil der Verfassungstradition sämtlicher Mitgliedsstaaten<sup>675</sup>.

Eine Herleitung eines Anspruchs auf eine geordnete Verwaltung muss heute nicht mehr aus der Verfassungstradition der Mitgliedsstaaten erfolgen. Das Recht auf eine geordnete Verwaltung ist seit dem Jahr 2000 in Art. 41 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>676</sup> positiv normiert. Dort heißt es: „Jede Person hat ein Recht darauf, dass ihre Angelegenheiten von den Organen und Einrichtungen der Union unparteiisch, gerecht und innerhalb einer angemessenen Frist behandelt werden.“

Insbesondere im Bereich der Überwachung der Art. 101, 102, 107 und 108 AEUV (ex- Art. 81, 82, 87 und 88 EG) komme der Kommission als europäische Wettbewerbsbehörde eine besondere Pflicht zur Einhaltung der Grundsätze der ordentlichen Verwaltung zu<sup>677</sup>. Nach der Rechtsansicht der Gemeinschaftsrichter erwuchs der Kommission eine solche Überwachungspflicht aus dem ehemaligen Art. 211 EG, welcher der Kommission einen allgemeinen Überwachungsauftrag im Bereich des Wettbewerbs zuwies. Diese Überwachungspflicht konnte die Kommission nach ständiger Rechtsprechung des EuG nur erfüllen, wenn sie Beschwerden Dritter im Bereich des Wettbewerbsrechts sorgfältig und unparteiisch prüft<sup>678</sup>.

Die von der europäischen Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze behalten auch nach Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages weiterhin Gültigkeit. Auch wenn der Art. 211 EG nicht wortidentisch in den Vertrag über die Europäische Union (EUV) übernommen wurde, finden sich auch in

---

<sup>674</sup> Urteil des EuGH vom 25.10.1977; Rs. 26/76, Slg. 1977 1875, METRO/Kommission; Urteil des EuGH vom 11.10.1983, Rs. 210/83, Slg. 1983 3045 Tz. 14, Demo-Studio Schmidt/Kommission.

<sup>675</sup> Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission, Slg. 2002 II-313.

<sup>676</sup> Abl. 2000, C 364, S. 1.

<sup>677</sup> Urteil des EuG vom 30.01.2002, TS T-54/99, max.mobil/ Kommission, Tz. 49.

<sup>678</sup> Urteil des EuGH vom 11.10.1983, Rs. 210/83, Slg. 1983 3045 Tz. 14, Demo-Studio Schmidt/Kommission; Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission, Tz. 49, 52 m.w.N.

diesem die wesentlichen Aufgabenzuweisungen im Bereich der Wettbewerbsüberwachung an die Kommission wieder. Art. 17 Abs. 1 S. 2 EUV verpflichtet die Kommission zur Umsetzung des Unionsrechts und damit auch der Art. 101 und 102 AEUV. Art. 104 Abs. 1 S. 1 AEUV trifft nochmals die explizite Aussage, dass die Kommission für die Verwirklichung der in Art. 101 und 102 AEUV niedergelegten Grundsätze verantwortlich und damit die europäische Wettbewerbschüterin ist.

### *(2.) Europarechtlicher Begriff der Beschwerde*

Der EuGH und insbesondere das EuG haben den Umfang der Prüfungspflicht der Kommission bei kartellrechtlichen Beschwerden festgesetzt. Zunächst ist festzustellen, dass der Begriff „Beschwerde“ im europarechtlichen Sprachgebrauch nicht völlig identisch mit dem deutschen Begriff der Beschwerde ist, wie er in § 63 GWB gebraucht wird. Dort stellt die Beschwerde das Rechtsmittel gegen Verfügungen der Kartellbehörde dar.

Der europarechtliche Begriff der Beschwerde geht weiter und ist mehr am allgemeinen Sprachgebrauch angelehnt. Nach Art. 5 und 7 VO (EG) 1/2003 wird die Europäische Kommission entweder vom Amts wegen oder aufgrund einer Beschwerde hin tätig. Eine Beschwerde im europarechtlichen Sinne ist das Verlangen eines Dritten, diese möge ein Verfahren gegen Unternehmen oder Unternehmensverbände einleiten und prüfen, ob deren Marktverhalten gegen Art. 81 oder 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) verstößt<sup>679</sup>.

Das Verständnis des Begriffs Beschwerde im Unionsrecht geht somit auch deutlich über die von der herrschenden Meinung vertretene Auffassung zur Definition des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB hinaus. Hierunter sollen nur Anträge im Sinne der §§ 3 Abs. 2 (Antrag auf Nichteinschreiterklärung), 24 Abs. 3 (Eintragung von Wettbewerbsregeln), 30 Abs. 3 (Antrag auf Aufhebung einer Verlags-Preisbindung), 41 Abs. 2 (Befreiung vom Vollzugsverbot), 42 (Ministererlaubnis) und 54 Abs. 2 Nr. 3 (Beila-

<sup>679</sup> Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission.

derung) GWB fallen. Ein Drittbegehren auf Einschreiten der Kartellbehörde gegen einen Mitbewerber soll nicht unter den Begriff des Antrags im Sinne des § 54 Abs. 1 GWB fallen<sup>680</sup>. Dies wären die materiellen Antragsrechte. Die herrschende Meinung verfolgt somit einen materiellen Antragsbegriff.

Als Pendant im deutschen Kartellrecht kann der Terminus der Antragstellung im Sinne des § 63 Abs. 3 GWB herangezogen werden. Auch der Begriff der Antragstellung nach der zitierten Norm wird sehr weit ausgelegt und erfasst jeglichen Anruf eines Dritten an die Kartellbehörde mit dem erkennbaren Ziel, diese solle im Sinne des Antragstellers tätig werden<sup>681</sup>. Hier kommt es auf rein formelle Erfordernisse an.

### (3.) Art und Umfang des Anspruchs

Die Kommission muss den Sachverhalt, welchen der Beschwerdeführer vorträgt, in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht aufmerksam untersuchen<sup>682</sup>. Sie hat zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer vorgebrachten Tatsachen geeignet sind, den Wettbewerb innerhalb des gemeinsamen Marktes zu verfälschen und den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen<sup>683</sup>.

Die Prüfung darf nicht nur oberflächlich erfolgen. Vielmehr ist die Kommission zu einer Prüfung mit „*gebührender Sorgfalt*“ verpflichtet<sup>684</sup>. Die Entscheidung der Kommission, den mit der Beschwerde vorgetragenen

<sup>680</sup> Schmidt in I/M-GWB, vor § 54 Rn 3; Junge in GK § 57 Rn 5.

<sup>681</sup> Kühnen in L/M/R, § 63 Rn 17.

<sup>682</sup> Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Koelman/Kommission; Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 15.

<sup>683</sup> Urteil des EuGH vom 25.10.1977 Rs. 26/76 Slg. 1977, 1875 RdNr. 13, „Metro I“; Urteil des EuGH vom 11. 10. 1983, Slg. 1983, 3045, 3065, „Demo-Studio Schmidt/Kommission“; Urteil des EuGH vom 28.03. 1985, Slg. 1985, 1105, 1122, „CICE/Kommission“; Urteil des EuGH vom 17.05. 2001, Slg. 2001 I 3875, 3934 Tz. 45 – „IECC/Kommission („IECC III“)“; Urteil des EuG vom 18.09.1992, Slg. 1992 II-2223, Tz. 79, Automec II; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001 Tz. 39, Koelman/Kommission.

<sup>684</sup> Urteil des EuG vom 30.01.2002, Slg. 2002 II-313, Tz. 55; Urteil des EuG vom 07.06.2006, verb. Rs. T-213/01 und T-214/01, Slg. 2006 , II-1601, RdNr. 91 – „Österreichische Postsparkasse“.

Sachverhalt nicht weiter zu verfolgen, darf nicht vor vollständiger Kenntnisnahme und Würdigung des Vortrags des Beschwerdeführers erfolgen<sup>685</sup>. Die Kommission ist sowohl zur Prüfung des Sachverhalts als auch zur Vornahme einer rechtlichen Wertung im Rahmen einer Schlüssigkeitsprüfung verpflichtet<sup>686</sup>.

Sofern die Kommission die Beschwerde als schlüssig betrachtet und ein Gemeinschaftsinteresse der Angelegenheit beimisst, leitet sie ein förmliches Verfahren ein. Beschwerden sind für die Kommission wichtige Quellen für die Aufnahme von Ermittlungen<sup>687</sup>.

Ein gebundener Anspruch auf Tätigwerden der Kommission im Falle von Wettbewerbsbeschwerden soll jedoch mit der gründlichen Prüfung der Beschwerde enden. Die Kommission soll nach ständiger Rechtsprechung des EuG<sup>688</sup> und des EuGH<sup>689</sup> nicht zu einer Entscheidung im Sinne des Art. 288 AEUV (ex- Art. 249 EG, davor Art. 189 EWG) verpflichtet sein, ob denn tatsächlich eine Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 und 102 AEUV vorliegt. Insoweit soll der Kommission ein Verfolgungsermessen zustehen<sup>690</sup>.

Die Kommission kann eine Weiterverfolgung der Beschwerde aus verschiedenen Gründen versagen. Möglich ist, dass sie das berechtigte Interesse an der Beschwerde verneint; den Vortrag des Beschwerdeführers für nicht schlüssig ansieht; die Behauptungen des Beschwerdeführers als nicht hinreichend substantiiert betrachtet oder ein Gemeinschaftsinteresse<sup>691</sup> verneint. Die Verneinung des Gemeinschaftsinteresses kann sie so-

---

<sup>685</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 82, Automec/Kommission.

<sup>686</sup> Ritter in I/M-EG, VO 17 Art. 7 Rn. 11.

<sup>687</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 8.

<sup>688</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Slg. 1992 II-2223, Tz . 75, Automec/Kommission ; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Koelman/Kommission.

<sup>689</sup> Urteil des EuGH vom 18. Oktober 1979, Slg. 1979 II 3173, „GEMA“.

<sup>690</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 16; Anweiler in L/M/R, Art. 7 RdNr. 23.

<sup>691</sup> Urteil des EuG vom 24.01.1995, Slg. 1995 II-147, 178 Tz. 81 – BEMIM/Kommission; Urteil des EuG vom 16.09.1998, Slg. 1998 II-3605, Tz. 48 f. – IECC/Kommission

gar damit begründen, dass sie den Wettbewerbsverstoß aktiv dulden möchte.

Die Prüfung über das Vorliegen eines Gemeinschaftsinteresses darf jedoch erst nach einer gründlichen Befassung mit der Beschwerde erfolgen. Eine Ablehnung der Beschwerde ohne eine inhaltliche Auseinandersetzung mit deren Vortrag durch bloßen allgemeinen Verweis auf ein fehlendes Gemeinschaftsinteresse ist nicht möglich<sup>692</sup>.

#### *(4.) Begründungspflicht*

Die Kommission muss ihre Entscheidung zur Nichtverfolgung der Beschwerde gegenüber dem Beschwerdeführer gemäß Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 773/2004 begründen. Anderenfalls ist die Entscheidung rechtsfehlerhaft. Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 773/2004 ist insoweit *lex specialis* zu Art. 253 EG.

Die Begründung der Kommission muss erkennen lassen, dass sie die Beschwerde aufmerksam geprüft hat<sup>693</sup>. Inhaltlich muss die Begründung der Kommission deren Überlegungen, welche zur Entscheidung der nicht Weiterverfolgung der Beschwerde geführt haben, *„so klar und unzweideutig wiedergeben“*, dass der Beschwerdeführer *„zur Wahrnehmung seiner Rechte die tragenden Gründe für die Maßnahme erkennen und der Gemeinschaftsrichter seine Kontrolle ausüben kann“*<sup>694</sup>.

Mithin ist es der Kommission verwehrt, ihre Entscheidung auf allgemeine Verweise, auf Rechtsnormen und Rechtsprechung sowie nichts sagende Floskeln zu beschränken. Die Begründung muss vielmehr eine intensive

---

(„IECC I“); Urteil des EuGH vom 17.05. 2001, Slg. I-2001 3875 – IECC/Kommission („IECC III“); Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 14.

<sup>692</sup> Urteil des EuGH vom 17.05.2001, Slg. 2001 I-3247, Tz. 42 „IECC“; Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 16.

<sup>693</sup> Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 40, Koelman/Kommission.

<sup>694</sup> Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 83, Koelman/Kommission.

Auseinandersetzung mit den Tatsachen des vom Beschwerdeführer vorgetragenen Sachverhalts und seiner individuellen rechtlichen Bewertung erkennen lassen, wobei bei letzterer selbstverständlich neben der geltenden Gesetzgebung auch die hierzu ergangene Rechtsprechung zu berücksichtigen ist.

Die Kommission kommt ihrer Begründungspflicht nicht ausreichend nach, wenn sie ihre Entscheidung lediglich mit dem abstrakten Hinweis auf ein fehlendes Gemeinschaftsinteresse begründet<sup>695</sup>. Vielmehr *„muss die Kommission die Entscheidung, mit der sie eine Beschwerde wegen unzureichenden oder mangelnden Gemeinschaftsinteresses zurückweist, kraft Artikel 190 EWG-Vertrag [nunmehr Art. 296 AEUV] mit denjenigen Rechts- und Sacherwägungen begründen, aufgrund deren sie zu dem Ergebnis gelangte, es fehle an einem Gemeinschaftsinteresse, das eine Untersuchung rechtfertige.“*<sup>696</sup>

#### *(5.) Voraussetzungen des Anspruchs*

##### *(a) Beschwerdefähigkeit*

Beschwerden können gemäß Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 neben den Mitgliedsstaaten sowohl von natürlichen als auch von juristischen Personen erhoben werden<sup>697</sup>. Auch wenn Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 nicht ausdrücklich Personenvereinigungen als beschwerdebefugt erwähnt, die keine eigene juristische Rechtspersönlichkeit haben, wird auch solchen Personenvereinigungen das Recht eingeräumt, sich mit Beschwerden an die Kommission zu wenden<sup>698</sup>.

Bereits die Vorgängervorschrift des Art. 3 VO (EWG) 17/62 erwähnte ein Beschwerderecht von Personenvereinigungen nicht ausdrücklich. Ein sol-

<sup>695</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Tz. 85, Automec/Kommission, Slg. 1992, II-2223.

<sup>696</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Tz. 47, Automec/Kommission, Slg. 1992, II-2223.

<sup>697</sup> Urteil des EuG vom 16. 12. 2003, T-5/00 „Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel of elektrotechnisch gebied“.

<sup>698</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 9.

ches war jedoch auch in Zeiten der Geltung der VO (EWG) 17/62 durch die Rechtsprechung<sup>699</sup> anerkannt. Im Zuge der Ablösung der VO (EWG) 17/62 durch die VO (EG) 1/2003 sollte der Kreis der Beschwerdebefugten nicht eingengt werden. Dem trägt auch die Kommission Rechnung, in dem sie in ihren Bekanntmachungen zur Behandlung von Beschwerden<sup>700</sup> in Tz. 36 und 37 auf die entsprechende Rechtsprechung des EuGH zu Art. 3 VO (EWG) 17/62 verweist und u.a. Verbraucher- und Unternehmensverbänden in den Kreis der Beschwerdeberechtigten aufnimmt. Beschwerdeberechtigt sind neben den Vorgenannten Händler<sup>701</sup>, Verbraucher<sup>702</sup> und Verbraucherverbände<sup>703</sup>, Gewerkschaften<sup>704</sup>, Lieferanten<sup>705</sup>, aktuelle<sup>706</sup> oder potenzielle<sup>707</sup> Wettbewerber, die unternehmerisch tätige öffentliche Hand<sup>708</sup>, u.s.w.<sup>709</sup>.

#### *(b) Beschwerdebefugnis*

Die zur Einreichung einer Beschwerde Befugten müssen gemäß Art. 7 VO (EG) 1/2003 ein berechtigtes Interesse an der Beschwerde darlegen. Eine Berufung auf das öffentliche Wohl genügt nicht<sup>710</sup>. Hierdurch sollen Populärbeschwerden ausgeschlossen werden<sup>711</sup>. Der Beschwerdeführer muss ein direktes und praktisches Interesse am Ausgang des Verfahrens ha-

<sup>699</sup> Vgl. z.B.: Urteil des EuG vom 24.01. 1995, Slg. 1995, II-147, Tz. 28 „BENIM“; Urteil des EuG vom 18.05.1994, Slg. 1994 II-285, Tz. 36 „BEUC“; Urteil des EuGH vom 11. 12. 2004, C-322/01 „Deutscher Apothekerverband“.

<sup>700</sup> Abl. 2004, C 101/ 05.

<sup>701</sup> Urteil des EuGH vom 13.01.1994, Slg. I-15 „Metro/ Cartier“; Urteil des EuG vom 18. 11.1992, Slg. 1992 II-2417 „Rendo/ Ijsselcentrale“.

<sup>702</sup> Urteil des EuGH vom 11. 12.1973, Slg. 1973, 1465, 1469 „Zucker“.

<sup>703</sup> Urteil des EuG vom 18.05.1994, Slg. 1994 II-285, Tz. 36 „BEUC“.

<sup>704</sup> Urteil des EuGH vom 27.04.1995, Slg. 1995 II-1247 „Gewerkschaft/ Nestlé-Perrier“.

<sup>705</sup> Urteil des EuG vom 14.05.1997, Slg. 1997 II-693 „Florimex“.

<sup>706</sup> Urteil des EuG vom 20.11.2002, Slg. 2002 II-4825, Tz. 63 „Lagadère/Canal“; Urteil des EuG vom 17.10.2005, T-28/02, „First Data - VISA“.

<sup>707</sup> Urteil des EuGH vom 17. 11. 1987, Slg. 1987, 4487; Urteil des EuG vom 12. 12. 1996, Slg. 1996 II-1851 Tz. 53 „Leclerc/Yves St. Laurent“.

<sup>708</sup> Urteil des EuGH 25. 3. 1996, Slg. 1996 I-1611, „Niederländische Bauwirtschaft“.

<sup>709</sup> Siehe auch: Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 9 mit weiteren Beispielen.

<sup>710</sup> Vgl. Bekanntmachung der Kommission über Behandlung von Beschwerden Tz. 38.

<sup>711</sup> Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 6; Dieckmann, in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn. 3.

ben<sup>712</sup>. Der Begriff des berechtigten Interesses wird von der Kommission sehr weit zu Gunsten der Beschwerdeführer ausgelegt, so dass in der Praxis kaum Beschwerden am fehlenden berechtigten Interesse scheitern<sup>713</sup>.

Ein berechtigtes Interesse im Sinne des Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 liegt vor, wenn sich aus dem Vortrag des Beschwerdeführers eine sachliche Nähe seiner Person zum behaupteten Verstoß ergibt<sup>714</sup>. Aufgrund der weiten Auslegung durch die Kommission soll ein berechtigtes Interesse nur dann nicht vorliegen, wenn der Beschwerdeführer sich über bestimmte Praktiken in einem Geschäftsbereich beschwert, in dem er überhaupt nicht tätig ist<sup>715</sup>.

Ferner muss sich aus dem Vortrag des Beschwerdeführers ergeben, dass er infolge der Wettbewerbsverletzung einen Schaden erleidet oder ein solcher Schaden hinreichend wahrscheinlich ist<sup>716</sup>.

### *(c) Substantiierungspflicht*

Der Vortrag des Beschwerdeführers muss schlüssig und hinreichend substantiiert sein. Hierzu muss der vorgetragene Sachverhalt – unter der Annahme seiner Richtigkeit – eine in die Zuständigkeit der Kommission fallende Zuwiderhandlung gegen die Art. 101 oder 102 AEUV darstellen. Auch wenn vom Beschwerdeführer nicht erwartet wird, dass er Unterlagen und Informationen vorlegt, die außerhalb seiner Reichweite liegen, muss er dennoch darlegen, dass es sich bei seinen Behauptungen um mehr als

---

<sup>712</sup> Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 6.

<sup>713</sup> Dieckmann, in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn. 3; Ritter in I/M-EG, VO 17 Art. 3 Rn. 8; Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 9.

<sup>714</sup> Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 6.

<sup>715</sup> Urteil des EuG vom 16.09.1998 Rs. T-133/95 u. T-204/95, Slg. 1998 II-3645, Tz 80, „IECC II“; Dieckmann, in Wiedemann, KartellR, § 47 Rn. 3.

<sup>716</sup> Mestmäcker/ Schweitzer, EG-Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 6, m.w.N.

nur Vermutungen handelt. Die Pflicht zur Substantiierung ist in der Praxis der häufigste Grund für die Zurückweisung von Beschwerden<sup>717</sup>.

Der Beschwerdeführer soll der Kommission seine Beschwerde durch Verwendung eines eigens hierfür vorgesehenen Formulars („Formblatt C“) übermitteln. Die Verwendung des Formulars sieht Art. 5 Abs. 1 VO (EG) 773/2004 vor. Es handelt sich jedoch lediglich um eine Soll-Vorschrift. Die Verwendung des Formulars ist keine Pflicht. In der Praxis wird das Formular auch selten genutzt<sup>718</sup>. Das Formular enthält jedoch einen Anhalt dafür, was der Vortrag des Beschwerdeführers enthalten muss, damit seine Beschwerde hinreichende Erfolgsaussichten hat<sup>719</sup>.

Im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung kann die Kommission den Beschwerdeführer zu Ergänzungen seines Vortrags auffordern und ihn zur weiteren Stellungnahme anhalten. Äußert sich der Beschwerdeführer nach Aufforderung durch die Kommission nicht, gilt sein Antrag im Sinne des Art. 7 Abs. 3 VO (EG) 773/2004 als zurückgenommen<sup>720</sup>. Zur Einleitung eigener Ermittlungen ist die Kommission nicht verpflichtet, kann solche jedoch freiwillig durchführen<sup>721</sup>.

#### *(6.) Durchsetzbarkeit des Anspruchs*

Die Entscheidung der Kommission, eine Beschwerde nicht weiter zu verfolgen, unterliegt der Rechtmäßigkeitskontrolle durch den Gemeinschaftsrichter<sup>722</sup>. Insoweit besteht ein subjektiv-öffentlicher Anspruch. Selbstverständlich ist eine richterliche Überprüfung nur dort möglich und zulässig, wo eine Beschwerde nicht behandelt wurde. Im Falle der erfolgreichen Beschwerde fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis.

<sup>717</sup> Ritter in I/M-EG, VO 17 Art. 7 Rn. 11.

<sup>718</sup> Mestmäcker/ Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2004, EGWbR § 20 Rn 10.

<sup>719</sup> Ritter in I/M-EG, VO 17 Art. 7 Rn. 10.

<sup>720</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 14.

<sup>721</sup> Urteil des EuG vom 27. 11. 1997, Slg. 1997 II-2215, Tz. 63 „Tremblay“.

<sup>722</sup> Urteil des EuGH vom 25.10.1977 Slg. II-1977, Metro/Kommission, Tz. 13; Urteil des EuG vom 18.09.1992, Slg. 1992 II-2223, Tz. 2.; Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission.

Der Anspruch des Beschwerdeführers auf richterliche Überprüfung der Entscheidung der Kommission, seine Beschwerde nicht weiter zu verfolgen, folgt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH und des EuG aus dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege und einer ordnungsgemäßen Anwendung des Wettbewerbsrechts<sup>723</sup>.

Inhaltlich kann die Kommission von den Gemeinschaftsrichtern jedoch nur zur aufmerksamen Prüfung angehalten werden. Schließlich lehnt auch das Europarecht einen Anspruch auf Entscheidung (Eingreifen) im Sinne des Art. 288 AEUV (ex- Art 249 EG) gegenüber dem angeblichen Wettbewerbsstörer ab. Hier zeigt sich, dass das europäische im Gegensatz zum nationalen Wettbewerbsrecht sehr genau zwischen einem Anspruch auf Tätigwerden und einen Anspruch auf Einschreiten unterscheidet.

Bereits die Verletzung der Begründungspflicht - auch bei nur unvollständiger Begründung – steht dem Beschwerdeführer ein subjektiver Anspruch gegenüber der Kommission auf (neuerliche) Prüfung seiner Beschwerde zu. Das Vorhandensein einer Begründung in der Einstellungsverfügung der Kommission ist nämlich nicht nur eine formale Voraussetzung. Sie ist Grundlage für die weitere gerichtliche Prüfung der Verfügung in materieller Hinsicht.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuG<sup>724</sup> unterliegt auch der Inhalt der Begründung der Rechtmäßigkeitskontrolle. Danach ist durch den Gemeinschaftsrichter zu prüfen, *„ob die streitige Entscheidung nicht auf unzutreffenden Tatsachen beruht oder einen Rechtsfehler, einen offensichtlichen Beurteilungsfehler oder einen Ermessensmissbrauch aufweist.“*<sup>725</sup>

<sup>723</sup> Urteil des EuGH vom 25.10.1977 Slg. II-1977, Metro/Kommission, Tz. 13; Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission.

<sup>724</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 45, Automec/Kommission; Urteil des EuG vom 18.05.1994, Rs. T-37/92, Slg. 1994 II-285, BEUC/Kommission, Tz. 45; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 56, Koelman/Kommission.

<sup>725</sup> Urteil des EuG vom 18.05.1994, Rs. T-37/92, Slg. 1994, II-285 Tz. 45, BEUC und NCC/Kommission; inhaltsgleich: Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg.

Tatsachen- und Rechtsfehler erklären sich nahezu von selbst. Ein Tatsachenfehler ist gegeben, wenn die Kommission eine entscheidungserhebliche Tatsache nicht oder fehlerhaft bewertet hat. Ein Rechtsfehler liegt vor, wenn das materielle Recht fehlerhaft angewandt wurde.

Komplizierter ist die Rechtsfindung bezüglich Beurteilungs- und Ermessensfehlern in der angegriffenen Entscheidung. Beurteilungsfehler beziehen sich auf Prognoseentscheidungen der Kommission in tatsächlicher Hinsicht. In einer Vielzahl von Fällen treten Wettbewerbsteilnehmer an die Kommission mit Vorträgen zu angeblichen Wettbewerbshandlungen von Konkurrenten heran, welche erst unmittelbar bevorstehen oder welche noch keinerlei spürbare Auswirkungen auf den Markt entwickeln konnten.

Materiell-rechtliche Grundlage für das Handeln der Kommission im Bereich des Wettbewerbsrechts sind die Art. 101 ff AEUV. Danach sind Wettbewerbshandlungen verboten, die geeignet sind den gemeinschaftlichen Wettbewerb zu beeinträchtigen. Die Kommission muss daher bei Prüfung des ihr zugetragenen Sachverhaltes, soweit dieser nicht vollständig abgeschlossenes Wettbewerbsverhalten betrifft, eine Prognose abgeben, wie sich das monierte Verhalten eines Wettbewerbsteilnehmers auf den Markt auswirken kann. Von der Kommission wird mithin eine Zukunftsprognose verlangt.

Bei der Beurteilung der Auswirkungen von gewissen Wettbewerbshandlungen darf die Kommission nicht nur die angegriffene Handlung und deren potentielle Auswirkungen auf den Markt selbst im Blick haben. Sie muss auch Alternativprüfungen vornehmen. So muss die Kommission einerseits prüfen, ob eine Marktbeeinträchtigung ohne das angegriffene Verhalten nicht vorliegen würde. Darüber hinaus muss die Kommission auch eine Vorhersage darüber treffen, ob den angegriffenen Wettbewer-

---

1992, II-2223, Tz. 80, Automec/Kommission; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 56, Koelman/Kommission.

bern andere Maßnahmen zumutbar sind, welche den gemeinsamen Markt weniger beeinträchtigen würden<sup>726</sup>.

Aufgrund der Schwierigkeiten solcher Beurteilungen von zukünftigen Ereignissen wird der Kommission diesbezüglich ein sehr weiter Spielraum eingeräumt. Insbesondere bei der Bewertung von weniger einschneidenden Handlungsalternativen obliegt es zunächst dem Beschwerdeführer, solche Maßnahmen vorzutragen und deren gleiche Wirksamkeit auch zu beweisen<sup>727</sup>.

Auch bei der Ausübung des Aufgreif- und Verfolgungsermessens steht der Kommission ein Entscheidungsspielraum zu, welcher jedoch durch die Rechtsprechung begrenzt wird. Wie bereits ausgeführt, besteht selbst bei sicherem Vorliegen eines Verstoßes gegen die Art. 101 und 102 AEUV nach gefestigter Rechtsprechung des EuGH<sup>728</sup> und des EuG<sup>729</sup> kein gebundener Anspruch auf Einschreiten durch die Kommission. Die Kommission ist nur bei Bestehen eines Gemeinschaftsinteresses zum Einschreiten angehalten<sup>730</sup>.

Bei der Bewertung des Gemeinschaftsinteresses soll die Kommission auch ihre eigenen Ressourcenkapazitäten mitberücksichtigen dürfen. Da diese unstrittig begrenzt sind, soll die Kommission selbst entscheiden dürfen, welchen gemeldeten Verstößen sie selbst nachgeht und welche sie den nationalen Kartellbehörden bzw. Gerichten zur weiteren Abklärung überlässt<sup>731</sup>.

---

<sup>726</sup> Vgl. als Beispiel für den Umfang einer solchen Prüfung auf Beurteilungsfehler: Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 44 ff., Koelman/Kommission.

<sup>727</sup> Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 58, Koelman/Kommission.

<sup>728</sup> Vgl. nur: Urteil des EuGH vom 14.02.1989, Rs. 247/87, Slg. 1989, 291, Tz. 10 ff. Star Fruit/Kommission.

<sup>729</sup> Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 71, Koelman/Kommission; Beschluss des EuG vom 23.01.1995, Rs. T-84/94, Sgl. 1995, II-101, Tz. 23, Bilanzbuchhalter/Kommission.

<sup>730</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 3.

<sup>731</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 16.

Der Kontrolle des Gemeinschaftsrichters unterliegt nach der Ansicht von Literatur und Rechtsprechung jedoch die Ausübung des Ermessens. Die europäische Judikative kann prüfen, ob bei der Entscheidung ein Ermessensmissbrauch vorliegt. Dieser kann in einer Ermessensüberschreitung oder einem Ermessens Fehlgebrauch liegen<sup>732</sup>.

Im Bereich der Kontrolle des Aufgreifermessens prüft das Gericht, ob die Kommission bei ihrer Entscheidung die Bedeutung der behaupteten Zuwiderhandlung für das Funktionieren des gemeinsamen Marktes mit der Wahrscheinlichkeit des Nachweises des Vorliegens der Zuwiderhandlung sowie den Umfang der zu erwartenden notwendigen Ermittlungsmaßnahmen ausreichend gegeneinander abgewogen hat. Hierbei hat die Kommission stets zu berücksichtigen, dass ihr eine sehr weite Pflicht zur Überwachung des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs auferlegt wurde. Diese Pflicht hat sie bestmöglich zu erfüllen<sup>733</sup>.

Bezüglich des Verfolgungsermessens kann das Gericht prüfen, ob sich die Kommission bei ihrer Entscheidung auf Nichtverfolgung der Beschwerde von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Die Entscheidung der Kommission darf lediglich vom Leitgedanken eines bestmöglichen Schutzes des gemeinschaftlichen Wettbewerbes getragen sein. Keinesfalls darf sie ihre Entscheidung etwa auf der Protektion einzelner Unternehmen oder Unternehmenszweige stützen<sup>734</sup>. Das Vorliegen solch sachfremder Ermessenserwägungen muss jedoch vom Beschwerdeführer im Bestreitensfall bewiesen werden<sup>735</sup>.

---

<sup>732</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 16.

<sup>733</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 86, Automec/Kommission.

<sup>734</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 106, Automec/Kommission.

<sup>735</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 105, Automec/Kommission

### *(7.) Zwischenergebnis*

Es ist festzustellen, dass auch das europäische Wettbewerbsrecht zwischen einem Anspruch auf Tätigwerden und einem Anspruch auf Einschreiten unterscheidet. Unabhängig von der Frage, ob die Europäische Kommission verpflichtet ist, zu Gunsten privater Interessen einen behaupteten Wettbewerbsverstoß zu verfolgen, ist sie verpflichtet, sich mit dem Vorbringen eines Wettbewerbsteilnehmers sorgfältig auseinanderzusetzen.

Sofern die Kommission eine Weiterverfolgung der Beschwerde ablehnt, muss sie ihre Entscheidung substantiiert begründen. Die Entscheidung der Kommission auf Nichtverfolgung unterliegt der richterlichen Kontrolle. Die Entscheidung ist bezogen auf Tatsachen-, Beurteilungs-, Rechtsanwendungs- und Ermessensfehler überprüfbar.

### *(8.) Vergleich Bescheidungs- und europarechtlicher Vorprüfanspruch*

Der Prüfanspruch gegenüber der Kommission ist deutlich weiter als der Bescheidungsanspruch des allgemeinen deutschen Verwaltungsrechts. Der Bescheidungsanspruch enthält nur ein Recht auf willkürfreie Entscheidung. Die Behörde kann ohne materiell-rechtliche Prüfung aus jeglichen nachvollziehbaren und objektiven Gründen die Einleitung eines Verfahrens ablehnen.

Auch nach europäischem Recht soll die Kommission nicht gezwungen sein, eine Entscheidung in der Sache zu fällen. Wie nationale Behörden soll auch sie dem Opportunitätsprinzip unterliegen. Oberflächlich betrachtet, scheinen von daher der nationale Bescheidungs- und der europarechtliche Prüfanspruch sehr ähnlich zu sein.

Der Unterschied zwischen den Ansprüchen liegt jedoch nicht in den Ergebnissen. Beide Verfahren können entweder zur Ablehnung oder zur Aufnahme eines (weiteren) Verwaltungsverfahrens führen. Der Unterschied zwischen den Verfahren liegt im Weg der Entscheidungsfindung.

Das europäische Verfahren ist zunächst formalisierter. Ferner ist die Kommission zu einer deutlich tieferen Prüfung verpflichtet.

Die Kommission muss bei Bedarf den Sachverhalt durch Nachfragen beim Beschwerdeführer weiter erforschen. Eine solche Pflicht besteht für die nationalen Behörden nicht. Ferner muss eine tiefgreifende Auseinandersetzung in rechtlicher Hinsicht mit dem Vortrag erfolgen. Dieser ist auf Schlüssigkeit zu prüfen. Erst nach dieser rechtlichen Prüfung darf die Kommission Opportunitäts Gesichtspunkte ins Feld führen und von einer Weiterverfolgung aus marktpolitischen oder ressourcenbedingten Gründen absehen.

Die Kommission muss ihre Entscheidung begründen. Die nationale Rechtsprechung geht davon aus, dass es sich bei der Erklärung der Behörde, von einer Einleitung eines Verfahrens abzusehen, nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Damit unterliegt eine ablehnende Entscheidung der Behörde nicht der Begründungspflicht nach § 39 VwVfG.

Dies wiederum hat erhebliche Auswirkungen auf den Rechtsschutz. Während europarechtlich die Entscheidung der Kommission kein Wettbewerbsverfahren einzuleiten im Hinblick auf Tatsachen-, Beurteilungs-, Rechtsanwendungs- und Ermessensfehler der gerichtlichen Kontrolle unterliegt, ist dies bezogen auf den Bescheidungsanspruch nicht möglich. Ohne behördliche Begründungspflicht ist eine effektive gerichtliche Kontrolle der Entscheidungsfindung nahezu ausgeschlossen. Die nationale Behörde muss zur Erfüllung der von der Rechtsprechung aufgestellten Mindestanforderungen an den Bescheidungsanspruch lediglich dem Betroffenen mitteilen, dass sie sein Begehren empfangen und zur Kenntnis genommen hat, jedoch aus sachlichen Gründen von einer Verfahrenseinleitung absieht.

Kurz zusammengefasst entfaltet der europarechtliche Anspruch gegenüber dem Bescheidungsanspruch einen höheren Rechtsschutz. Selbst wenn die Kommission kein Verfahren einleitet, so erhält der Beschwerde-

führer durch die Entscheidung der Kommission zumindest eine summarische Rechtsprüfung und kennt hierdurch die Rechtsauffassung der Behörde. Hierdurch kann er nachvollziehen, ob die Behörde von einem objektiven Verstoß gegen das Kartellrecht ausgeht oder einen solchen nicht sieht.

*(9.) Übertragbarkeit auf das deutsche Kartellrecht*

Im Falle der vollständigen Übertragbarkeit des europarechtlichen Prüfungsanspruchs auf das nationale Recht würde dies nicht nur ein weiteres Argument für die Bejahung eines Anspruchs auf Tätigwerden sein. Es würde sogar feststehen, dass auch im nationalen Kartellrecht ein solcher Anspruch judizierbar ist.

*(a) Verpflichtung nach Art. 41 GRCh*

Ein Anspruch auf sorgfältige Prüfung kann nicht unmittelbar aus Art. 41 Abs. 1 der europäischen Grundrechtecharta hergeleitet werden. Die Norm verankert zwar ausdrücklich das Recht einer jeden Person, dass seine Angelegenheiten unparteiisch, gerecht und in angemessener Frist bearbeitet werden. Die in der Charta niedergeschriebenen Grundrechte binden jedoch unmittelbar nur die Organe der Union<sup>736</sup>.

Ob die Vorschrift auch für Organe der Mitgliedsstaaten gilt, wenn diese europäisches Recht ausüben, muss noch abschließend geklärt werden. Unstreitig ist jedoch, dass Art. 41 Abs. 1 GRCh nicht unmittelbar gilt, wenn nationale Behörden ausschließlich nationales Recht umsetzen<sup>737</sup>. Handeln die nationalen Kartellbehörden also ausschließlich auf Grundlage des GWB entfaltet die Charta der Grundrechte keine unmittelbare Wirkung.

---

<sup>736</sup> Kingreen in Callies/ Ruffert, EUV/ AEUV, GRCh Art. 51 Rn 3.

<sup>737</sup> Ruffert in Callies/ Ruffert, EUV/ AEUV, GRCh Art. 41 Rn 9.

*(b) Verfahrensvorrang des GWB*

Eine unmittelbare Anwendung der Verfahrensvorschriften der VO (EG) 1/2003 auf das deutsche Kartellverwaltungsverfahren scheidet auch aus. Sobald nationale Kartellbehörden tätig werden, sind sie an die Verfahrensvorschriften des GWB gebunden. Dies sieht § 50 Abs. 3 S. 2 GWB ausdrücklich vor. Für das Verwaltungsverfahren sind somit die §§ 54 ff. GWB einschlägig. Im Bußgeldverfahren gelten die Regelungen des OWiG i.V.m. §§ 81 ff. GWB<sup>738</sup>.

Auch wenn die Regelungen des § 54 Abs. 1 GWB sehr stark an Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 angelehnt sind, sind sie nicht vollständig gleich. Während nach nationalem Recht die Behörden von Amts wegen oder auf Antrag tätig werden, ergehen Entscheidungen der Kommission gemäß Art. 7 Abs. 1 S. 1 VO (EG) 1/2003 von Amts wegen oder aufgrund von Beschwerden. Die Unterschiede zwischen dem europäischen Beschwerdebegriff und dem Verständnis des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 GWB nach Ansicht der herrschenden Meinung wurden dargelegt.

Vollständig fehlt es im nationalen Recht an einer mit Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1/2003 vergleichbaren Vorschrift. Anders als im Unionsrecht ist im GWB nicht geregelt, wer zur Einreichung von Anträgen befugt ist. Es fehlt auch eine mit der VO (EG) 773/2004 vergleichbaren Rechtsgrundlage, welche die Verfahrensweise zur Behandlung von Anträgen auf Verfahrenseinleitung regelt.

*(c) Gesetzesziel: level playing field*

Das europäische Kartellrecht enthält jedoch mittelbar verbindliche Vorgaben für das nationale Verfahrensrecht mit der Folge, dass der Antragsbegriff in § 54 Abs. 1 GWB spätestens seit der siebenten GWB-Novelle mit dem Beschwerdebegriff des Art. 7 VO (EG) 1/2003 gleichzusetzen ist.

---

<sup>738</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 50 Rn 9.

Wesentliches Ziel der siebenten GWB-Novelle war die Angleichung des nationalen Wettbewerbsrechts an das Unionsrecht<sup>739</sup>. Zur Vereinheitlichung der Wettbewerbsbedingungen sollte die unterschiedliche Behandlung von Wettbewerbsverstößen auf nationaler Ebene im Vergleich zu Verstößen mit Auswirkungen auf den gemeinsamen Markt aufgehoben werden<sup>740</sup>. Hierdurch sollte eine nicht als sachgerecht empfundene unterschiedliche Behandlung von Großunternehmen im Gegensatz zu kleineren und mittleren Unternehmen, welche lediglich auf lokalen und regionalen Märkten agieren, vermieden werden. Mit der Angleichung des nationalen Kartellrechts an das europäische Wettbewerbsrecht, was auch die weiteren Mitgliedstaaten taten, sollte ein „level playing field“ im Bezug auf die Wettbewerbsbedingungen im gemeinsamen Binnenmarkt geschaffen werden<sup>741</sup>.

Erreicht werden sollte dieses Vorhaben nicht nur durch eine Angleichung des materiellen Kartellrechts an das Unionsrecht verbunden mit der Aufnahme der Art. 81 und 82 EG (nunmehr Art. 101 und 102 AEUV) in den Schutzbereich des § 32 Abs. 1 GWB<sup>742</sup>. Ausdrückliches Ziel war auch die Anpassung des GWB an die VO (EG) 1/2003<sup>743</sup>, insbesondere die Angleichung der nationalen Verfahrensregeln an die Vorgaben der VO (EG) 1/2003<sup>744</sup>.

Die VO (EG) 1/2003 diene dem Gesetzgeber im Rahmen der siebenten GWB-Novelle nicht nur als Orientierungsmaßstab. Sie stellt infolge des gesetzgeberischen Willens zur Schaffung eines level playing fields auch eine maßgebliche Auslegungshilfe für das GWB dar. Regelungen des GWB müssen – soweit keine übergeordneten zwingenden Gründe entgegenstehen – so interpretiert werden, dass eine weitest mögliche Anpassung an das Unionsrecht erfolgt.

---

<sup>739</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 1 f.

<sup>740</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 38.

<sup>741</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 38.

<sup>742</sup> Fuchs in WRP 2005, 1384, 1385.

<sup>743</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 1 f.

<sup>744</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 36.

Um den vom Gesetzgeber besonders erwähnten Schutz rein lokal oder regional agierender Unternehmer an das auf Gemeinschaftsebene gewährte Schutzniveau anzupassen, ist es daher erforderlich, von der durch die herrschenden Meinung vertretenen eingeschränkten Auslegung des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 GWB Abstand zu nehmen. Eine Beschränkung des Individualanspruchs auf Einleitung eines Verfahrens auf die wenigen Antragsverfahren des materiellen Rechts steht im Widerspruch zu den Zielen der siebenten GWB-Novelle.

Um zu verhindern, dass marktstarken Großunternehmen ein qualitativ höherwertiger Schutz über das Europarecht zukommt, muss § 54 Abs. 1 S. 1 GWB im Sinne des Art. 7 Abs. 1 und 2 VO (EG) 1/2003 ausgelegt werden. Der Begriff des Antrags i.S.d. § 54 Abs. 1 S. 1 GWB ist entsprechend des Begriffs der Beschwerde i.S.d. Art. 7 VO (EG) 1/2003 rein formell auszulegen. Hierunter muss jegliches Verlangen eines Dritten fallen, die Kartellbehörde möge ein Verfahren gegen Unternehmen oder Unternehmensverbände einleiten und prüfen, ob deren Marktverhalten gegen materielles Kartellrecht verstößt<sup>745</sup>

Dies führt dazu, dass jedem betroffenen Wettbewerbsteilnehmer das Recht zusteht, die Einleitung eines Verfahrens bei eigener Betroffenheit zu verlangen. Gleichwohl besteht auch auf nationaler Ebene der Anspruch, dass die Behörde ihre abweisende Entscheidung begründen muss und diese Entscheidung wie im Unionsrecht<sup>746</sup> der gerichtlichen Kontrolle unterliegt.

Das deutsche Recht steht der Einräumung eines erweiterten Anspruchs auf Tätigwerden in Angleichung an das Unionsrecht nicht entgegen. § 50 Abs. 3 S. 3 GWB verbietet keine europafreundliche Auslegung der nationalen Verfahrensvorschriften. Selbst wenn aus § 54 Abs. 1 GWB kein Anspruch auf Verfahrenseröffnung ableitbar wäre, so stellt die Einräumung

---

<sup>745</sup> Angelehnt an: Urteil des EuG vom 30.01.2002, Rs. T-54/99, max.mobil/ Kommission.

<sup>746</sup> Ritter in I/M-EG, VO 1/ 2003/ EG Art. 7, Rn 16.

zusätzlicher Rechte keinen Eingriff dar, welcher unter dem Vorbehalt des Gesetzes steht und damit einer positiven Normierung bedarf.

Da es ausdrücklicher Wunsch des Gesetzgebers ist, dass im Rahmen des GWB Wettbewerbsverstöße auf nationalen Märkten gleich wie Wettbewerbsverstöße auf dem Gemeinschaftsmarkt behandelt werden<sup>747</sup>, gelten vorstehende Aussagen auch für das Verfahrensrecht zur Umsetzung der §§ 1 und 19 ff. GWB. Nur so lässt sich das Ziel des level playing field, in dem es keine Unterschiede bei der Umsetzung des Kartellrechts aufgrund der Marktlokalität geben soll, erreicht werden. Dem legislativen Ziel der Angleichung und Vereinfachung würde es letztlich widersprechen, wenn § 54 Abs. 1 S. 1 GWB bei Verstößen gegen Art. 101 bzw. 102 AEUV anders auszulegen wäre, als bei Verstößen gegen § 1 bzw. 19 ff. GWB.

### **3.) Ergebnis**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden dem Grunde nach anzuerkennen ist. Es findet seine Anspruchsgrundlage in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB.

## **VI. Lösung**

### **1. Einheitlicher Antragsbegriff im Kartellverfahrensrecht**

Eine über die Ansicht der Literatur hinausgehende Definition des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB lässt sich über eine Gleichsetzung mit dem Antragsbegriff in § 63 Abs. 3 S. 2 GWB erreichen<sup>748</sup>. Auch an dieser Stelle verwendet das GWB den Begriff „Antrag“.

---

<sup>747</sup> BR-Drucks. 441/04, S. 38.

<sup>748</sup> Anprüfend, aber scharf ablehnend K. Schmidt, Kartellverwaltungsverfahren, S. 495, 523.

Nach der herrschenden Meinung gibt es inhaltliche Unterschiede zwischen den Antragsbegriffen in § 54 Abs. 1 und § 63 Abs. 3 GWB<sup>749</sup>. Während die Auslegung des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 GWB nur auf die materiellen Antragsverfahren beschränkt sein soll, legt die herrschende Meinung den Begriff des Antrags in § 63 Abs. 3 GWB sehr weit aus<sup>750</sup>. Hier wird sich an rein formellen Kriterien orientiert. Antrag im Sinne des § 63 Abs. 3 GWB soll jegliches an die Kartellbehörde herangetragene Begehren eines Individuums mit der Behauptung eines eigenen Rechts sein<sup>751</sup>.

Dehnt man den Antragsbegriff des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB ähnlich wie in § 63 Abs. 3 GWB auf eine rein formelle Auslegung aus, so ist als Antrag im Sinne der Norm jegliches eindeutiges Verlangen eines im Verfahren nicht anonym gehaltenen Dritten gegenüber der Kartellbehörde zu verstehen, welches auf Einleitung eines Kartellverwaltungsverfahrens gegen einen anderen Wettbewerber gerichtet ist. Rechtsfolge dieser Definition ist, dass einem Betroffenen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden, unabhängig vom Bestehen eines materiellen Anspruchs auf Erlass einer Verfügung, zuzubilligen ist.

Neben den bereits dargestellten Gründen, welche eine formelle Auslegung des Antragsbegriffs in § 54 Abs. 1 GWB erfordern, erscheint es opportun, den Antragsbegriff innerhalb des dritten Teils des GWB, zu dem auch § 54 als auch § 63 GWB gehören, einheitlich auszulegen.

Für eine Anlehnung des Antragsbegriffs des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB an den des § 63 Abs. 3 GWB spricht auch § 54 Abs. 1 S. 2 GWB. In diesem verwendet der Gesetzgeber für den Dritten den Begriff „Beschwerdeführer“. Der Begriff des Beschwerdeführers findet sich in § 67 Abs. 1 Nr. 1 GWB wieder. Dort wird positiv bestimmt, dass der Beschwerdeführer Beteiligter des gerichtlichen Verfahrens ist.

---

<sup>749</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 30; Kühnen in L/M/R, § 63 Rn 17.

<sup>750</sup> Kühnen in L/M/R, § 63 Rn 17.

<sup>751</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 63 Rn 30, 36; Klose in Wiedemann, KartellR, § 54 Rn 10; Kühnen in L/M/R, § 63 Rn 17.

Der Begriff des Beschwerdeführers in § 67 Abs. 1 Nr. 1 GWB wird ausschließlich anhand formeller Kriterien definiert. Jede Person, welche vor Gericht außerhalb des Ordnungswidrigkeitenrechts um Hilfe gegen ein hoheitliches Handeln der Kartellbehörden ersucht, wird als Beschwerdeführer bezeichnet<sup>752</sup>. Materielle Voraussetzungen spielen bei der Definition des Begriffs des Beschwerdeführers keine Rolle.

Während sich § 67 GWB mit dem gerichtlichen Verfahren beschäftigt, ist § 54 GWB auf das außergerichtliche Verfahren gerichtet. Trotz dieser unterschiedlichen Verfahrensstufen besteht kein Anlass dafür, die Begrifflichkeiten des Beschwerdeführers in § 54 Abs. 1 S. 2 GWB und § 67 Abs. 1 Nr. 1 GWB unterschiedlich zu definieren.

Diesbezüglich gibt es auch keine gegenteilige Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur. Insbesondere die Literatur geht davon aus, dass Beschwerdeführer im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB jeder Dritte ist, welcher gegenüber der Behörde ein Verfahren anregt<sup>753</sup>. Auch dies sind rein formelle Voraussetzungen.

Genügen rein formelle Voraussetzungen, um als Beschwerdeführer im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB zu gelten, so muss – spätestens seit Einführung des § 54 Abs. 1 S. 2 GWB – auch der Begriff des Antrags in S. 1 lediglich anhand formeller Kriterien definiert werden. Eine Beschränkung auf die formellen Antragsverfahren des materiellen Rechts ist nicht mehr möglich. Anderenfalls würde es zwischen den Verfahrensvorschriften des außer- und gerichtlichen Verfahrens erhebliche Diskrepanzen in der verwendeten Terminologie geben.

Letztlich würde die Gleichsetzung der Antragsbegriffe in § 54 Abs. 1 S. 1 und § 63 Abs. 3 GWB auch die vom Gesetzgeber im Rahmen der siebenten GWB-Novelle gewünschte Angleichung des nationalen Kartellrechts

---

<sup>752</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 67 Rn 2.

<sup>753</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 2; K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 5.

an das Unionsrecht, insbesondere an das in der VO (EG) 1/2003 verankerte Verfahrensrecht bedeuten. Der formelle Antragsbegriff entspricht dem gemeinschaftlichen Beschwerdebegriff des Art. 7 VO (EG) 1/2003.

## 2. Auswirkungen auf § 54 Abs. 2 GWB

Erweitert man den Antragsbegriff in § 54 Abs. 1 S. 1 GWB über die formalen Antragsverfahren des materiellen Kartellrechts hinaus, so ist es nur konsequent, dass der Betroffene als Antragsteller nach Abs. 1 auch als Antragsteller im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB zu betrachten ist. Er würde dann als geborener Beteiligter gelten<sup>754</sup>.

Alternativ wäre es denkbar, dass in § 54 Abs. 2 Nr. 1 GWB ein von Abs. 1 S. 1 abweichender Antragsbegriff verwendet wird. Abs. 2 wurde im Rahmen der sechsten und siebenten GWB-Novelle nicht im Bezug auf Antragsverfahren überarbeitet<sup>755</sup>. Von daher wäre eine Auslegung des Antragsbegriffs im Rahmen des Abs. 2 unter Beschränkung auf die im Gesetz vorgesehenen echten Antragsverfahren möglich.

Eine derartige Differenzierung der Begrifflichkeiten in Abs. 1 und 2 ist abzulehnen und wirkt gekünstelt. Vielmehr muss eine Angleichung auch in Abs. 2 erfolgen. Das Verfahren gilt somit bereits als eingeleitet, wenn der Antrag des Beschwerdeführers bei der Behörde eingeht<sup>756</sup>. Die Behörde ist in dieser Konsequenz „nur noch“ zur Fortbetreibung des Verfahrens verpflichtet.

Jedoch hätte auch eine abweichende Auslegung nur in Randbereichen eine Bedeutung. Anderenfalls müsste dem Betroffenen ein Beiladungsanspruch (§ 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB) zugesprochen werden. Die Behörde hätte insoweit nur ein intendiertes Ermessen. Grundsätzlich müsste die Behörde

---

<sup>754</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3.

<sup>755</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 3.

<sup>756</sup> K. Schmidt in I/M-GWB, § 54 Rn 3, 7; Kiecker in Langen/Bunte § 54 Rn 14; Becker in L/M/R, § 54 Rn 8.

ihr Ermessen pflichtgemäß dahingehend ausüben, jeden Betroffenen, der ein Tätigwerden verlangt, zum Verfahren beizuladen. In jedem Einleitungsverlangen müsste ein Beiladungsantrag hineingelesen werden. Ein derartiger Antrag wäre nur dann abzulehnen, wenn in Einzelfällen bereits andere Dritte die Verfahrenseröffnung verlangt hätten.

### 3. Anspruchsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen des auf § 54 Abs. 1 S. 1 GWB fußenden subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden entsprechen den Anforderungen, welche die Gemeinschaftsrichter an den subjektiv-öffentlichen Anspruch aus Art. 7 Abs. 1 VO (EG) 1/2003 stellen.

#### a) Anspruchsinhaber

Geltend gemacht werden kann der Anspruch sowohl von natürlichen, als auch juristischen Personen und Personenvereinigungen. Hierunter fallen u.a. Händler<sup>757</sup>, Verbraucher<sup>758</sup> und Verbraucherverbände<sup>759</sup>, Lieferanten<sup>760</sup>, aktuelle<sup>761</sup> oder potenzielle<sup>762</sup> Wettbewerber, die unternehmerisch tätige öffentliche Hand<sup>763</sup>. Anders als im Unionsrecht<sup>764</sup> fallen Gewerkschaften in ihrer Funktion als Tarifpartner nicht darunter. Wie zu Beginn dieser Arbeit erwähnt, ist das Kartellrecht kein Arbeitsschutzgesetz<sup>765</sup>.

---

<sup>757</sup> Urteil des EuGH vom 13.01.1994, Slg. I-15 „Metro/ Cartier“; Urteil des EuG vom 18. 11.1992, Slg. 1992 II-2417 „Rendo/ Ijsselcentrale“.

<sup>758</sup> Urteil des EuGH vom 11. 12.1973, Slg. 1973, 1465, 1469 „Zucker“.

<sup>759</sup> Urteil des EuG vom 18.05.1994, Slg. 1994 II-285, Tz. 36 „BEUC“.

<sup>760</sup> Urteil des EuG vom 14.05.1997, Slg. 1997 II-693 „Florimex“.

<sup>761</sup> Urteil des EuG vom 20.11.2002, Slg. 2002 II-4825, Tz. 63 „Lagadère/Canal“; Urteil des EuG vom 17.10.2005, T-28/02, „First Data - VISA“.

<sup>762</sup> Urteil des EuGH vom 17. 11. 1987, Slg. 1987, 4487; Urteil des EuG vom 12. 12. 1996, Slg. 1996 II-1851 Tz. 53 „Leclerc/Yves St. Laurent“.

<sup>763</sup> Urteil des EuGH 25. 3. 1996, Slg. 1996 I-1611, „Niederländische Bauwirtschaft“.

<sup>764</sup> Urteil des EuGH vom 27.04.1995, Slg. 1995 II-1247 „Gewerkschaft/ Nestlé-Perrier“.

<sup>765</sup> K. Schmidt, Kartellverwaltungsrecht, S. 490.

## b) Beschwerdebefugnis

Der Beschwerdeführer muss zur Durchsetzung des Anspruchs auf Tätigwerden eine erhebliche Berührung eigener Interessen nachweisen. Die Wahrnehmung von Popularinteressen genügt nicht. Die von der herrschenden Meinung angenommenen Voraussetzungen zum Nachweis der erheblichen Interessenberührung im Sinne des § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB<sup>766</sup> sowie der materiellen Beschwer nach § 63 Abs. 2 GWB<sup>767</sup>, an welche keine anderen Maßstäbe wie für die Berührung erheblicher Interessen nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB anzusetzen sind<sup>768</sup>, gelten auch hier.

Der Beschwerdeführer muss demnach ein eigenes wirtschaftliches Interesse an der Abstellung der monierten Handlung haben. Hierzu muss er darlegen, dass er als Marktteilnehmer durch die behauptete kartellrechtswidrige Handlung auf einem hinreichend räumlichen und sachlich abgegrenzten Markt in seiner wirtschaftlichen Entfaltung gestört wird. Er muss Betroffener i.S.d. § 33 Abs. 1 S. 3 GWB sein.

Der Beschwerdeführer muss Handlungen eines anderen Marktteilnehmers rügen und hierbei deutlich machen, dass diese Handlungen mehr als nur reflexartige Auswirkungen auf seine wirtschaftliche Entfaltung haben. Fiktiv müsste das Ergebnis des erstrebten Verfahrens in Form einer Finalverfügung die Wettbewerbssituation des Beschwerdeführers spürbar verbessern<sup>769</sup>.

Wichtig ist hierbei, dass der Beschwerdeführer den bzw. die von ihm ausgemachten Störer konkret benennt. Die Einleitung eines Verfahrens gegen Unbekannt unterliegt nicht dem Anspruch auf Tätigwerden. Hier ist die Sektoruntersuchung nach § 32e GWB vorrangig einschlägig.

<sup>766</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 1029, E.ON/ Ruhrgas; BGHZ 41, 61, 64, Zigaretten; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 9 m.w.N.

<sup>767</sup> OLG Düsseldorf WuW/E DE-R 759, 762 f., NetCologne; Werner in Wiedemann, KartellR, § 54 Rn 27.

<sup>768</sup> Bechtold, Kommentar zum GWB, § 63 Rn 7.

<sup>769</sup> Ähnlich zur Beiladung nach § 54 Abs. 2 Nr. 3 GWB: KG WuW/E 3211, WZ-WAZ; Bechtold, Kommentar zum GWB, § 54 Rn 9.

### c) Substantiierung des Vortrags

Letztlich muss der Vortrag des Betroffenen hinreichend substantiiert und schlüssig sein. Aus den behaupteten Tatsachen muss sich eine Verletzung des materiellen Kartellrechts ergeben. Der Verstoß muss in den Zuständigkeitsbereich der Kartellbehörde fallen.

Das Vorbringen des Beschwerdeführers muss über bloße Mutmaßungen hinausgehen. Wie auch im Unionsrecht<sup>770</sup> kann vom Betroffenen nicht verlangt werden, dass er sämtliche Beweismittel für das Verfahren beibringt. Insbesondere muss er keine Unterlagen vorlegen, die außerhalb seiner Zugriffssphäre liegen. Die Durchführung der Ermittlungen obliegt der Behörde. Der Beschwerdeführer muss jedoch sein Vorbringen durch objektive Anhaltspunkte untermauern, durch welche zumindest die hinreichende Wahrscheinlichkeit des Vorliegens eines kartellrechtswidrigen Verhaltens eines Dritten gegeben ist.

In der Praxis muss es – um den Anspruch auf Tätigwerden nicht leer laufen zu lassen – genügen, dass der Beschwerdeführer eine spürbare Marktveränderung nachweist, ohne dass sich wesentliche Wettbewerbsfaktoren verändert haben. Ferner wird er aufzeigen müssen, welcher Wettbewerbsteilnehmer von der Marktveränderung nicht nur reflexartig profitiert. Hierzu muss er hinreichend schlüssig die Möglichkeit der kartellrechtswidrigen Marktbeeinflussung durch den benannten Wettbewerber darlegen. Hohe Anforderungen an diesen Nachweis dürfen nicht gestellt werden. Es muss genügen, dass andere zulässige Faktoren, welche zur Veränderung der Wettbewerbssituation geführt haben, mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen sind.

Ein Formerfordernis für den Antrag besteht im deutschen Recht nicht. Die Einhaltung der Schrift- oder Textform empfiehlt sich.

---

<sup>770</sup> Ritter in I/M-EG, VO 17 Art. 7 Rn. 11.

Kann der Beschwerdeführer nicht sämtliche benannte Anspruchsvoraussetzungen nachweisen, besteht kein Anspruch auf Tätigwerden. In diesem Fall hat der Betroffene lediglich Anspruch auf Bescheidung.

#### 4. Anspruchsinhalt

Der Inhalt des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden der nationalen Kartellbehörden muss dem im Europarecht anerkannten Anspruch gegenüber der Kommission entsprechen. Dementsprechend muss die nationale Wettbewerbsbehörde zunächst sämtliche Beschwerden entgegennehmen. Den geschilderten Sachverhalt hat sie „*mit gebührender Sorgfalt*“<sup>771</sup> aufzuarbeiten und im Hinblick auf kartellrechtliche Relevanz zu bewerten.

Im Rahmen der rechtlichen Bewertung muss die Kartellbehörde prüfen, ob sich aus dem tatsächlichen Vorbringen eine Verletzung des materiellen Rechts ergibt. Soweit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung erforderlich, hat sie den Beschwerdeführer aufzufordern, seinen Vortrag zu ergänzen und etwaige Nachweise beizureichen. Im Rahmen einer geordneten Verwaltung kann die Behörde – insbesondere bei behaupteten schwerwiegenden Verstößen – zu eigenen Nachforschungen verpflichtet sein.

Anschließend hat die Behörde durch Ausübung ihres Ermessens zu entscheiden, ob sie eine Finalverfügung erlässt oder das Verfahren einstellt. Bei der Ausübung ihres Ermessens muss sie sich von objektiven Kriterien leiten lassen. Diese Ermessensausübung ist nicht Bestandteil des Anspruchs auf Tätigwerden, sondern gehört bereits zum Einschreiten. Das hier angesprochene Ermessen findet sich in den §§ 32 ff. GWB, nicht aber in § 54 Abs. 1 GWB. Wie bereits dargestellt, ist das Erkenntnisverfahren Voraussetzung für den Erlass einer Finalverfügung.

---

<sup>771</sup> Urteil des EuG vom 30.01.2002, Slg. 2002 II-313, Tz. 55; Urteil des EuG vom 07.06.2006, verb. Rs. T-213/01 und T-214/01, Slg. 2006, II-1601, RdNr. 91 – „Österreichische Postsparkasse“.

Nach hier vertretener Rechtsauffassung steht es den nationalen Behörden nicht zu, im Rahmen der Ermessensausübung die Verfahrenseinstellung mit dem bloßen Hinweis auf ein fehlendes gesamtwirtschaftliches Interesse zu begründen. Das GWB als spezielles Ordnungsrecht weist den Kartellbehörden den Auftrag des Wettbewerbsschutzes zu. Diesem vom Gesetzgeber erteilten Auftrag kann sich die Kartellbehörde nicht durch eigene ordnungspolitische Entscheidungen entziehen, da das GWB den Landeskartellbehörden und dem Bundeskartellamt an keiner Stelle ein marktpolitisches Mandat erteilt. Lediglich dem Wirtschaftsminister wird dies in § 42 GWB zugebilligt. Soweit die Kartellbehörden trotz Vorliegens von Kartellrechtsverstößen von einem Einschreiten absehen, schaffen sie über die Selbstbindung der Verwaltung neue Ausnahmetatbestände außerhalb des Gesetzes<sup>772</sup>. Die Anerkennung einer derartigen Praxis erscheint vor dem Hintergrund des Gebots der Gewaltenteilung äußerst fragwürdig.

Dennoch sind die nationalen Kartellbehörden weder zum Erlass einer Finalverfügung verpflichtet, noch besteht hierauf ein subjektiv-öffentlicher Anspruch. Die §§ 32 ff. GWB sind schon vom Wortlaut her eindeutig als Ermessensnormen ausgelegt. Im Rahmen der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens kann die Behörde nach Auswertung sämtlicher in einem ordentlichen Verfahren erhaltener Informationen zu dem Ergebnis kommen, dass der Erlass einer belastenden Finalverfügung unverhältnismäßig ist. In diesem Fall würde die Behörde auf Tatbestandsebene einen Verstoß bejahen, auf Rechtsfolgenebene jedoch von einer Ahndung absehen.

Kommt die Behörde bereits nach Kenntnisnahme und Auswertung des Vortrags eines Beschwerdeführers zu dem Schluss, dass selbst bei Unterstellung der vollen Nachweisbarkeit des Vortrags des Beschwerdeführers der Erlass einer Finalverfügung gegen den Störer unverhältnismäßig wäre, kann sie von einem weiteren Tätigwerden absehen. Der Anspruch auf Tätigwerden wäre bereits mit der Prüfung und rechtlichen Bewertung

---

<sup>772</sup> So auch: Emmerich in I/M-GWB, § 32 Rn 16.

des Vortrags des Beschwerdeführers nebst erfolgter Ermessensausübung durch Erfüllung erloschen.

Sieht die Behörde vom Weiterbetreiben des Verwaltungsverfahrens ab, so muss sie diese Entscheidung gegenüber dem Dritten begründen. Die Entscheidung muss erkennen lassen, von welchem Sachverhalt die Behörde ausging, wie sie diesen rechtlich bewertet hat und von welchen konkreten Ermessenserwägungen sie sich hat leiten lassen. Das bloße Verwenden von nicht aussagekräftigen Worthülsen und Allgemeinsätzen genügt nicht zur Erfüllung der Begründungspflicht.

Das subjektiv-öffentliche Recht auf Tätigwerden ist in Anlehnung an den unionsrechtlichen Anspruch judizierbar<sup>773</sup>. Die Zuständigkeit des Gerichts richtet sich nach § 63 Abs. 4 GWB. Das angerufene Gericht prüft, ob die Kartellbehörde ihrer Begründungspflicht ausreichend nachgekommen ist und ob die Entscheidung unter Ermessensfehlern leidet. Hierbei ist im Rahmen der Begründetheit zu untersuchen, ob die Behörde den Sachverhalt richtig und vollständig erfasst hat, die rechtliche Beurteilung richtig ist und die Behörde das Ermessen im Rahmen der gesetzlichen Vorgabe ausgeübt hat.

## F. Zusammenfassung

Als Ergebnis dieser Arbeit ist festzustellen, dass ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden der Kartellbehörden besteht. Es erwächst aus § 54 Abs. 1 S. 1 GWB und ist spätestens seit Inkrafttreten der siebenten GWB-Novelle anzuerkennen. Es beinhaltet den individuellen Anspruch eines Marktteilnehmers auf Eröffnung und Durchführung eines formellen Verwaltungsverfahrens durch die nationalen Kartellbehörden.

---

<sup>773</sup> Urteil des EuG vom 18.09.1992, Rs. T-24/90, Slg. 1992, II-2223, Tz. 45, *Automec/Kommission*; Urteil des EuG vom 18.05.1994, Rs. T-37/92, Slg. 1994 II-285, *BEUC/Kommission*, Tz. 45; Urteil des EuG vom 09.01.1996, Rs. T-575/93, Slg. 1996, II-00001, Tz. 56, *Koelman/Kommission*.

## **I. Zielrichtung des Anspruchs auf Tätigwerden**

Die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden unterstützt das Ziel des Gesetzgebers, die private Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht zu fördern. Mittels des Verwaltungsrechts kann der wesentliche Teil des Sachverhalts aufgeklärt werden, während über das Privatrecht die rechtlichen Schlussfolgerungen zu ziehen sind.

Auch die in der Praxis nicht zu unterschätzende Durchsetzung von Titeln würde dem Privatrecht vorbehalten bleiben. Die Kartellbehörden wären insoweit entlastet. Weiterer Vorteil eines Anspruchs auf Tätigwerden ist, dass es zu einer breiteren Durchsetzung des Kartellrechts kommt. Der Kartellbehörde stehen über die §§ 57 ff. GWB deutlich effektivere Mittel zur Sachverhaltsaufklärung und Beweissicherung zu als Privaten.

Die Aufklärung von Verstößen gegen das GWB im Rahmen von Kartellverwaltungsverfahren dient sowohl den Interessen der Allgemeinheit als auch einzelner Marktbeteiligter. Schon aufgrund der erweiterten Ermittlungsbefugnisse der Kartellbehörden, genannt sei hier der Auskunftsanspruch und die Möglichkeit der Durchsuchung, ist im Kartellverfahren mit einer deutlich besseren Sachverhaltsaufklärung zu rechnen.

In der Regel kann ein Verwaltungsverfahren im Falle der Erforderlichkeit schneller zu einer Verpflichtung des Störers zum Unterlassen eines kartellrechtswidrigen Verhaltens führen. Die Behörden können durch Erlass einer Verfügung selbst einen durchsetzbaren Titel schaffen. Auf dem Zivilrechtsweg ist dies häufig nur nach einem sehr langen Verfahren möglich.

Die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden hat auch verfahrensökonomische Vorteile. Über das Kartellverwaltungsverfahren gewonnene Erkenntnisse lassen sich einheitlich in nachfolgende Zivilverfahren einbauen. Auf Ebene der Tatsachenfeststellung könnte ein wesentlicher Teil des Verfahrensaufwands reduziert werden, wenn über die

Ermittlungen der Kartellbehörde die Tatsachen für die Feststellung des Anspruchsgrunds feststünden. Dies wäre ein wahrer Katalysator für die Steigerung des private law enforcement.

Die erkannten Nachteile eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden müssen aufgrund der Gesetzeslage hingenommen werden. Im Wesentlichen sind zwei Nachteile zu benennen. Auch unschuldig ins Visier von Kartellverfahren geratene Unternehmen müssen sich unter teilweise hohen Kostenaufwand zur Wehr setzen, um ihre Rechte zu wahren. Nur in Ausnahmefällen werden sie diese Kosten ersetzt bekommen. Hier würde das allgemeine Lebensrisiko einer ungerechtfertigten Inanspruchnahme greifen. Durch entsprechende Voraussetzungen für den Anspruch auf Tätigwerden – insbesondere an den geforderten Nachweis für die Schlüssigkeit – lässt sich dieser Nachteil auf ein hinnehmbares Maß reduzieren.

Ein weiterer Nachteil ist die zu erwartende Arbeitsüberlastung der Behörde. Die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Kartellamtes ist von öffentlichem Interesse. Jedoch kann dies nicht durch Beschränkung gesetzlich verankerter Rechte geschehen. Hier müssen entsprechende Ressourcen durch die Exekutive gestellt werden. Alternativ wäre der Gesetzgeber gefragt. Aufgrund der Vorgaben des Europarechts nebst dem parteipolitisch-übergreifenden Willen, die europäische Integration nicht zurückzudrängen, scheidet ein positiver Ausschluss eines Anspruchs auf Tätigwerden aus. Möglich wäre jedoch die Einführung einer Missbrauchsgebühr als Steuerungselement.

## **II. Notwendigkeit der Unterscheidung zwischen Tätigwerden und Einschreiten**

Im Rahmen der Arbeit wurde herausgearbeitet, dass zwischen dem Einschreiten und dem Tätigwerden zu unterscheiden ist. Bereits das Gesetz zeigt diese Unterscheidung auf. Während sich die §§ 32 ff. GWB mit den

Voraussetzungen des Einschreitens beschäftigen, finden sich die Voraussetzungen für die Verfahrenseröffnung in § 54 Abs. 1 GWB.

Eine ähnliche Unterscheidung findet sich auch im allgemeinen Verwaltungsrecht. § 22 VwVfG ist die einschlägige Norm für die Verfahrenseröffnung, während sich die Ermächtigungsgrundlagen zum Erlass von Eingriffsverfügungen in den materiellen Normen des besonderen Verwaltungsrechts wieder finden. Auch das Unionsrecht unterscheidet zwischen den Voraussetzungen der Verfahrensaufnahme und dem Erlass von eingreifenden Maßnahmen.

### **III. Meinungsstand**

Als nicht ergiebig zur Beantwortung der Frage nach der Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden erwies sich der bisherige Meinungsstand. Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung erkennen ein subjektiv-öffentliches Recht auf Tätigwerden nicht an. Es erfolgt bereits keine Unterscheidung zwischen dem Anspruch auf Tätigwerden und Einschreiten. Der Anspruch auf Tätigwerden wird insbesondere in der Rechtsprechung als unselbständiger Annex des Anspruchs auf Einschreiten betrachtet. Auch werden die Auswirkungen der siebenten GWB-Novelle und der verstärkten Annäherung des deutschen Kartellrechts an das Europarecht nicht berücksichtigt.

Mit der Negierung eines subjektiv-öffentlichen Rechts auf Einschreiten lehnt die Rechtsprechung den Anspruch auf Tätigwerden ab. Nach der Rechtsprechung lässt sich ein subjektiv-öffentliches Recht auf Einschreiten weder aus dem GWB, dem Grundgesetz noch aus dem Unionsrecht herleiten. Sowohl im nationalen als auch im europäischen Recht gelte der Opportunitätsgrundsatz. Es stehe daher im rein objektiven Ermessen der Behörde, ob sie gegen einen Kartellrechtsverstoß vorgeht. Lediglich in extremen Ausnahmefällen eines ohne staatliche Hilfe unabwendbaren und

nicht wieder gutmachbaren Schadens könne ein Anspruch auf Einschreiten und damit auf Tätigwerden anerkannt werden.

Die herrschende Lehre folgt im Ergebnis der Rechtsprechung. Es wird hier zwar deutlicher zwischen den Regelungsbereichen der §§ 32 ff. GWB und § 54 Abs. 1 GWB unterschieden. Jedoch geschieht die Abgrenzung auf rein formaler Ebene. Die Literatur übernimmt die auch von der Rechtsprechung angewandte Argumentation zur Ablehnung eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Einschreiten, um den Anspruch auf Tätigwerden zu negieren. Lediglich vereinzelte Stimmen in der Literatur – insbesondere Blanke – sprechen sich für die Anerkennung eines Anspruchs auf Tätigwerden aus. Diesen leitet Blanke aus einem von ihm anerkannten subjektiv-öffentlichen Drittanspruch auf Einschreiten her.

#### **IV. Anspruchsherleitung**

Das subjektiv-öffentliche Recht auf Tätigwerden ergibt sich aus dem Fachrecht. Er ist in § 54 Abs. 1 GWB verankert. Danach leitet die Behörde nicht nur von Amts wegen sondern auch auf Antrag ein Verfahren ein. Dieses Ergebnis ergibt sich aus der Auslegung des Wortlauts, der weiteren Gesetzssystematik und dem Sinn und Zweck. Die Gesetzgebungshistorie bis einschließlich zur sechsten GWB-Novelle steht der Auslegung nicht entgegen. Sie enthält weder Argumente für noch gegen den Anspruch.

Einem Betroffenen ist im Kartellrecht ein eigenständiges Interesse an der isolierten Einleitung und Durchführung eines Kartellverwaltungsverfahrens und ein darauf aufbauendes Rechtsschutzbedürfnis zuzusprechen. Der isolierte Anspruch auf Tätigwerden tritt auch nicht im Wege der Subsidiarität hinter dem Anspruch auf Einschreiten zurück. Dieser mag zwar regelmäßig rechtsschutzintensiver sein. Insbesondere kann der Betroffene an den Ergebnissen der Sachverhaltsaufklärung zur Durchsetzung eigener Ansprüche im Zivilrechtsverfahren (private law enforcement) ein Interesse

haben. Ferner hemmt die Verfahrenseinleitung durch die Behörde die Verjährung zivilrechtlicher Ansprüche (§ 33 Abs. 5 GWB).

Das moderne Verwaltungsrecht erkennt an vielen Stellen isolierte Verwaltungsverfahren an, welche nicht primär auf den Erlass von Verwaltungsakten gerichtet sind. Dies sind insbesondere die Anzeige- sowie Vorprüfverfahren des § 15 BImSchG, § 3a UVPG und § 40 Abs. 1 GWB. Auch wenn es sich hierbei um positiv geregelte Ausnahmeverfahren handelt, zeigt deren Existenz, dass das Gesetz bereits der bloßen Verfahrensdurchführung eine eigenständige Bedeutung für die Rechtsverwirklichung beimisst.

Die Anerkennung des subjektiv-öffentlichen Rechts auf Tätigwerden scheitert auch nicht an einer von der herrschenden Meinung behaupteten Subsidiarität des Verwaltungsrechts gegenüber dem Zivilrecht. Das Kartellverwaltungsrecht ist Teil des besonderen Verwaltungsrechts. Zu dessen Überwachung und Ausführung schuf die Legislative eine eigenständige Behörde und stattete sie mit sehr weitreichenden Kompetenzen aus. Bereits dies zeigt, dass nach dem Willen des Gesetzgebers die Überwachung des Kartellrechts vornehmlich in den Händen staatlicher Stellen liegen soll. Letztlich gibt es weder eine Pflicht, noch einen Vorrang zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht.

Keinesfalls kann das Zivilkartellrecht als adäquater Ersatz zum Verwaltungsrechtsschutz anerkannt werden. Es wirkt nahezu ausschließlich repressiv. Präventive Ausstrahlung hat das Kartellzivilrecht kaum. Der Unterlassungsanspruch ist nur nach einem langwierigen Verfahren durchzusetzen. Die Erlangung von Schadensersatz ist nicht immer primäres Ziel von Wettbewerbern. Ferner trägt der Gestörte die wesentliche Darlegungs- und Beweislast für die Höhe seines Schadens und den Ursachenzusammenhang zwischen Schaden und Rechtsverletzung.

Sowohl der Wortlaut, die systematische, historische und teleologische Auslegung als auch die Bewertung des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB im Kontext mit § 22 VwVfG, § 54 Abs. 1 S. 2 GWB und § 63 Abs. 2 GWB stellen

schlüssige Argumente zur Anerkennung des Anspruchs auf Tätigwerden dar.

Der die siebente GWB-Novelle tragende Wille des Gesetzgebers gebietet die Anerkennung eines subjektiv-öffentlichen Anspruchs auf Tätigwerden. Übergeordnetes Ziel der Gesetzesnovellierung war die Angleichung des nationalen Kartellrechts an die europäischen Bestimmungen. Ferner wollte der Gesetzgeber das private law enforcement stärken.

Im Rahmen der Gesetzesüberarbeitung schuf die Legislative mit dem anonymen Ersuchen eine Abgrenzung zum Antrag. Ferner kann die gewollte Anpassung des nationalen Kartellrechts an das Unionsrecht (level playing field) nur durch Angleichung der Verfahrensrechte (auch) für den Beschwerdeführer erfolgen. Das Europarecht erkennt einen gerichtlich durchsetzbaren Anspruch auf Tätigwerden - nunmehr über den Art. 41 GRCh - an.

## **V. Anspruchsvoraussetzungen**

Jedes hinreichend bestimmte Begehren eines Marktteilnehmers gegenüber der Behörde, diese möge zu seinen Gunsten gegen einen potentiellen Störer ein Verfahren einleiten, stellt einen Antrag im Sinne des § 54 Abs. 1 S. 1 GWB dar. Der von der herrschenden Meinung bislang auf § 54 GWB angewandte enge materielle Antragsbegriff ist abzulehnen. Der Antragsbegriff ist rein formal wie auch in § 63 Abs. 2 GWB auszulegen.

Der Beschwerdeführer muss zur Geltendmachung seines Anspruchs auf Tätigwerden gegenüber der Behörde schlüssig eine Kartellrechtsverletzung durch einen bestimmten Störer vortragen. Sein Vortrag muss über bloße Mutmaßungen hinausgehen. Ferner muss der Beschwerdeführer ein wirtschaftliches Interesse an der Durchführung des Verfahrens nachweisen. Hierzu genügt es, wenn er nachweist, dass er in seiner wirtschaft-

lichen Entfaltung auf dem Markt durch die behauptete Rechtsverletzung mehr als nur reflexartig nachteilig betroffen ist.

## **VI. Anspruchsinhalt**

Der Anspruch auf Tätigwerden geht inhaltlich über den im allgemeinen Verwaltungsrecht anerkannten Bescheidungsanspruch hinaus. Die Behörde ist zur sorgsamten Prüfung verpflichtet. Sie muss den Sachverhalt zur Kenntnis nehmen, ihn gegebenenfalls weiter aufklären und einer rechtlichen Prüfung unterziehen. Erst im Anschluss hieran darf sie ihr Ermessen anhand objektiver Kriterien ausüben und entscheiden wie sie gegen einen Störer vorgeht. Dabei darf sie im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung auch von einem Einschreiten absehen.

Sofern die Behörde von einem Tätigwerden absieht, ist sie verpflichtet, ihre Entscheidung zu begründen. Die Entscheidung ist gegenüber dem Beschwerdeführer bekannt zu geben. Der Beschwerdeführer kann die Entscheidung gerichtlich überprüfen lassen. Das angerufene Gericht untersucht hierbei auch, ob die Behörde ihr Ermessen im Rahmen der rechtlichen Vorgaben ordnungsgemäß ausgeübt hat.

## **G. Ausblick**

Zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit wurde über die achte GWB-Novelle beraten. Das Bundeswirtschaftsministerium veröffentlichte am 04.11.2011 auf seiner Homepage<sup>774</sup> einen ausgearbeiteten Referentenentwurf. Nach den Zielen des Entwurfs soll die achte GWB-Novelle keine konzeptionellen Änderungen enthalten, sondern die bisherigen Regelungen weiter modernisieren.

---

<sup>774</sup> [www.bmwi.de](http://www.bmwi.de)

Der Entwurf enthält u.a. die Anpassungen an die Änderungen des primären Unionsrechts sowie weitere Regelungen im Bereich der Missbrauchskontrolle. Auch die §§ 32 und 33 GWB werden modifiziert, ohne vom Leitbild der siebenten GWB-Novelle abzuweichen. Weitere Änderungen betreffen das Recht der Fusionskontrolle. Auch die Bußgeldvorschriften wurden überarbeitet<sup>775</sup>.

Nach bisherigem Stand soll § 54 GWB wie auch § 63 GWB keiner Änderung unterliegen, so dass die im Rahmen dieser Arbeit herausgearbeitete Ansicht auch nach Verabschiedung der achten GWB-Novelle volle Geltung behält.

---

<sup>775</sup> Zusammenfassend: Bechtold, Der Referentenentwurf der 8.-GWB-Novelle im Überblick, in BB 2011, 3075.

## Literaturverzeichnis

*Bader, Johann / Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, Edition: 13, München 2011

*Bauer, Hartmut*, Verwaltungsrechtslehre im Umbruch?, in *Die Verwaltung* 1992, 301-326

*Bechtold, Rainer / Bosch, Wolfgang*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts, in *NJW* 2011, 3484-3491

*Bechtold, Rainer*, Der Referentenentwurf der 8. GWB-Novelle im Überblick, in *Betriebs-Berater* 2011, 3075-3079

*Bechtold, Rainer*, Die Entwicklung des deutschen Kartellrechts seit der 7. GWB-Novelle (Juli 2005 bis Oktober 2007), in *NJW* 2007, 3761-3769

*Bechtold, Rainer*, Die Stellung der Beigeladenen im Kartellverfahren, in *Betriebs-Berater* 2003, 1021-1025

*Bechtold, Rainer*, Kartellgesetz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 6. Auflage, München 2010

*Beckmann, Martin / Durner, Wolfgang / Mann, Thomas / Röckinghaus, Marc (Hrsg.)* Landmann / Rohmer: Umweltrecht, Loseblatt, München ab 2009

*Blanchard, Olivier / Illing, Gerhard*, Makroökonomie, 5. Auflage, München 2009

*Blanke, Gerold*, Der Anspruch auf Eingreifen der Kartellbehörde, Göttingen 1973

*Breitkreutz, Frank*, Das Kartellverbot als Schutzgesetz, Hamburg 2005

- Brüning, Christoph*, Voraussetzungen und Inhalt eines grundrechtlichen Schutzanspruchs BVerwG, NVwZ 1999, 1234, in JuS 955-959
- Bundeskartellamt*, Private Kartellrechtsdurchsetzung – Stand, Probleme, Perspektiven, Bonn 2005.
- Callies, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, EUV / AEUV Kommentar, 4. Auflage, München 2011
- Epping, Volker/ Hillgruber Christian (Hrsg.)*, Beck'scher Online-Kommentar GG, Edition: 12, München 2011
- Feldmann, Franz-Josef*, Die Umsetzung der UVP-Änderungsrichtlinie in deutsches Recht, in DVBl. 2001, 589-597
- Fikentscher, Wolfgang*, Neuere Entwicklungen der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, in WuW/E 1961, 788-801
- Fluck, Jürgen*, Änderungen genehmigungsbedürftiger Anlagen nach §§ 15, 16 BImSchG i. d. F. der Beschleunigungsnovelle., in VerwArch 1997, 265-294
- Forsthoff, Ernst*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Auflage, München 1973
- Fuchs, Andreas*, Die 7. GWB-Novelle - Grundkonzeption und praktische Konsequenzen, in WRP 2005, 1384-1396
- Gersdorf, Hubertus*, Verwaltungsprozessrecht, 3. Auflage, Heidelberg u.a. 2006
- Gierth, Karl*, Der Bescheidungsanspruch im verwaltungsbehördlichen Verfahren, in DÖV 1977, 761-767
- Hahn, Helmuth von / Jaeger, Wolfgang / Pohlmann, Petra / Rieger, Harald / Schroeder, Dirk (Hrsg.)*, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht; 3. Auflage

(Loseblatt); Köln 1993

*Hannich, Rolf (Hrsg.)*, Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung: StPO, 6. Auflage, München 2008

*Hartog, Johanna*, Die 7. GWB-Novelle, in WRP 2005, 1397-1407

*Herdzina, Klaus*, Wettbewerbspolitik, 5. Auflage, Stuttgart 1999

*Hertin, Paul-Wolfgang*, Die Beteiligten am Kartellverfahren und ihre Rechtsstellung, Münster 1969

*Hufen, Friedhelm*, Verwaltungsprozessrecht, 8. Auflage München 2011

*Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 [zit.: Bearbeiter in I/M-GWB]

*Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.)*, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, 4. Auflage, München 2007 [zit.: Bearbeiter in I/M-EG]

*Jarass, Hans D., Pieroth Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 11. Auflage, Beck 2011

*Jarass, Hans D.*, Bundesimmisionsschutzgesetz Kommentar, 8. Auflage, München 2010

*Jellinek, Hansjörg*, Ermessensausübung durch Verwaltungsbehörden, ZRP 1981, 68-70

*Kahlenberg, Harald / Haellmigk, Christian*, Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle - Tief greifende Änderungen des deutschen Kartellrechts, in Betriebs-Berater 2004, 389-397

*Kopp, Ferdinand O. / Ramsauer, Ulrich*, Verwaltungsverfahrensgesetz: VwVfG-

Kommentar, 12. Auflage, München 2011

*Kopp, Ferdinand O. / Schenke, Wolfgang-Rüdiger*, Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO-Kommentar, 16. Auflage, München 2009

*Kruse, Eberhard*, Verfahrensverordnung für die Beihilfekontrolle - Erwägungen zu einzelnen Verfahrensregelungen und zu Rechtsschutzmöglichkeiten, in NVwZ 1999, 1049-1055.

*Kuhla, Wolfgang / Hüttenbrink, Jost / Endler, Jan*, Der Verwaltungsprozess, 3. Auflage, München 2002

*Küpper, Georg*, Mißbräuchliche Ausübung von Nachfragemacht, insbesondere Lösung des sog Roß und Reiter-Problems, in Betriebs-Berater 1997, 1105-1115

*Ladeur, Karl-Heinz*, Drittschutz des Entgeltregulierungsverfahrens nach §§ 23 ff TKG?, in CR 2000, 433-441

*Langen, Eugen / Bunte, Hermann-Josef*, Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1: Deutsches Kartellrecht, 11. Aufl. München 2010

*Loewenheim, Ulrich / Meessen, Karl M. / Riesenkampff, Alexander (Hrsg.)*, Kartellrecht – Europäisches und Deutsches Recht, 2. Auflage, München 2009 [zit.: Bearbeiter in L/M/R]

*Lukes, Rudolf*, Zum Verständnis des Wettbewerbs in der Denkkategorie des Rechts, in Festschrift für Franz Böhm: Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Karlsruhe 1965

*Mankiw, N. Gregory / Taylor, Mark P.*, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 4. Auflage, Stuttgart 2008

*Mattes, Friederike*, Die Ministererlaubnis in der Fusionskontrolle, München 2004

*Maunz, Theodor / Dürig, Günter*, Grundgesetz Kommentar, Stand: 62. Ergänzungslieferung, München 2011

*Mazanowski, Jörg*, Drittschutz und Beschwerdebefugnis im Rahmen der kartellrechtlichen Verpflichtungsbeschwerde, § 62 Abs 3 S 1 GWB, in WRP 1990, 588-592

*Mestmäcker, Ernst-Joachim / Schweitzer, Heike*, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage, München 2004

*Meyer-Goßner, Lutz / Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung: StPO-Kommentar, 54. Auflage, München 2011

*Monopolkommission*, Das allgemeine Wettbewerbsrecht in der 7. GWB-Novelle, Sondergutachten 2004

*Müller, Heinz / Giessler, Peter / Scholz, Ulrich (Hrsg.)*, Wirtschaftskommentar: Kommentar zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz), 4. Auflage, Frankfurt a.M. 1981

*Müller, Klaus / Soell, Hermann*, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, Festschrift für Eduard Wahl zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1973

*Müller-Henneberg, Hans / Schwartz, Gustav / Hootz, Christian u.a.*, Gemeinschaftskommentar, , Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 3. Aufl. 1978; 4. Aufl. 1981; 5. Aufl. 1999, Köln u.a.

*Neef, Andreas*, Drittbeschwerde nicht beigeladener Unternehmen in der Fusionskontrolle, GRUR 2008, 30-34

*Olten, Rainer*, Wettbewerbstheorie und Wettbewerbspolitik, 2. Auflage, München 1998

*Palandt, Otto (Hrsg.)*, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München 2012

*Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung Kommentar, 5. Auflage, München 2005

*Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung: StPO, 5. Auflage, München 2005

*Pieper, Hans-Gerd*, Grundrechte, 14. Auflage, Münster 2011

*Pieroth, Bodo/ Schlink, Bernhard*, Grundrechte, 26. Auflage, Heidelberg 2010

*Pitschas, Rainer*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren: Strukturprobleme, Funktionsbedingungen und Entwicklungsperspektiven eines konsensualen Verwaltungsrechts, München 1990

*Posser, Herbert / Wolff, Heinrich Amadeus*, Beck'scher Online-Kommentar VwGO, Edition: 9, München 2011

*Redeker, Konrad / von Oertzen, Hans-Joachim / Redeker, Martin / Kothe, Peter / von Nicolai, Helmuth*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 15. Auflage, Stuttgart 2010

*Rothkegel, Ralf*, Begründungspflicht beim Verwaltungsakt, DÖV 1982, 511-513

*Schmidt, Karsten*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht, Köln u.a. 1977

*Schoch, Friedrich / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Pietzner, Rainer (Hrsg.)*, Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 22. Ergänzungslieferung, München 2011

*Scholz, Rupert*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1. Auflage, Berlin 1971

*Soyka, Martin*, Die Referendarstation bei der Staatsanwaltschaft, 2. Auflage, München 2007

*Stelkens, Paul / Bonk, Heinz Joachim / Sachs; Michael (Hrsg.)*, Verwaltungsvorgangsgesetz-Kommentar, 7. Auflage, München 2008

*Stüber, Stephan*, Subjektive Rechte aus Unionsrecht, in *Jura* 2001, 798-803

*Thomas, Heinz / Putzo, Hans / Reichold, Klaus / Hüßtege, Rainer / Seiler Christian*, Zivilprozessordnung: ZPO-Kommentar, 32. Auflage, München 2011

*Traumann, Erich / Wandersleb, Hermann*, Recht – Staat – Wirtschaft Band 3, Stuttgart 1951

*Veelken, Winfried*, Drittschutz in der Fusionskontrolle, in *wrp* 2003, 207-242

*Werner, Rosemarie*, Rechtsfolgen bei Wettbewerbsverstößen im GWB (Unter-sagung - Unterlassung - Schadensersatz - Einziehung des Mehrerlöses), in *Schwerpunkte des Kartellrechts 1977/78* S. 49-63, Köln 1978

*Wiedemann, Gerhard (Hrsg.)*, Handbuch des Kartellrechts, 2. Auflage, München 2008

*Willeke, Franz-Ulrich*, Wettbewerbspolitik, Tübingen 1980

