

## Anm. Redaktion zu OLG Düsseldorf Edeka/Tengelmann, wie oben

Es handelt sich nur um eine vorläufige Prüfung im Eilverfahren, gegen die das BMWi. am 8.8.2016 auch noch Rechtsmittel eingelegt hat (Nichtzulassungsbeschwerde/zulassungsfreie Rechtsbeschwerde).<sup>1</sup> Zudem folgt natürlich auch noch das Hauptsacheverfahren, das weitergehende Beweismittel zulässt. Aber die Beanstandungen durch des OLG sind dennoch, wie es scheint, von grundlegender Bedeutung für die Ministererlaubnis. Denn noch nie ist in diesem Genehmigungsverfahren eine Verfügung „bloß“ deshalb aufgehoben worden, weil der Minister es an der nötigen Transparenz und Gleichbehandlung der Parteien hat fehlen lassen. Dazu muss man vor Augen haben, dass es insoweit um einen unter demokratiethoretischem Aspekt hervorragend wichtigen Umstand geht; denn mit der Ministererlaubnis wird eine hochpolitische Korrektur des ansonsten rechtsförmig ausgetragenen Antragsverfahrens vorgenommen. Wenn hierauf die Parteien Einfluss haben, so liegt darin eine Art politischer Öffentlichkeitsfunktion, die als Interessenvertretung oder auch als Lobbyismus auf höchster Ebene einzustufen ist.<sup>2</sup> Deshalb besteht aller Anlass, gewisse Regeln des Demokratie- und Rechtsstaatsgebots einzuhalten, die nicht nur nach dem GWB vorgeschrieben sind, sondern auch mit höchstem Verfassungsrang aus Art. 20 Abs. 1 GG folgen.

Wie es scheint, ist sich das BMWi. dieser demokratiethoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen nicht wirklich bewusst. Denn anders ist es kaum zu erklären, wenn sich das Ministerium gegen den Vorwurf des OLG damit zur Wehr setzt, es sei schließlich gewohnte Übung, dass man separate Besprechungen mit Beteiligten und deren Interessenvertretern hinter verschlossenen Türen durchführe. Lobbyismus mit privilegiertem Zugang mächtiger Interessenvertreter und noch dazu hinter verschlossenen Türen sind nicht nur politisch ein Unding ersten Grades, sondern es handelt sich um einen eklatanten Verfassungsverstoß. Wenn dies mit gewohnten Manieren des Ministeriums gerechtfertigt wird, so enthüllt das nur einmal mehr, wie wenig ernst das demokratische und rechtsstaatliche Anliegen des OLG genommen wird.<sup>3</sup> Man kann nur hoffen, dass dieser Aspekt im Rechtsmittelverfahren gehörige Berücksichtigung findet.

Damit soll nicht gesagt sein, dass das Anliegen der Arbeitsplatzzerhaltung, um das es der Sache nach geht, und das dem Ministerium und seinem sozialdemokratischen Amtsinhaber so sehr am Herzen liegen mag, entkräftet wird. Nur hat dieses Argument natürlich auch dem BKartA und der Monopolkommission vor Augen gestanden, als sie die Fusion gleichwohl aus überwiegenden Wettbewerbsgründen abgelehnt haben. Wenn diese Einschätzung nunmehr mit ministerieller Kungelei auf dem Niveau gewohnter schlechter Sitten über den Haufen geworfen wird, kann man nur schlechten Sozialismus oder gar, wie schon im Fall E.ON und Ruhrgas von 2002 geschehen, „korruptionsverdächtige Umstände“ rügen,<sup>4</sup> auch wenn man damit hart an die Grenze der Schmähkritik gehen sollte.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Bericht Nürnberg. Nachr. v. 9.8.2016, S. 13.

<sup>2</sup> H. Leßmann, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976, S. 330 ff.; rechtsvergleichend H. Herrmann, Interessenverbände und Wettbewerbsrecht, 1984, S. 221 ff.

<sup>3</sup> Zur dahin gehenden Kritik an zahlreichen früheren Ministergenehmigungen vgl. nur den Lobbyismus-Skandal im Fall E.ON und Ruhrgas von 2002 bei V. Emmerich, Kartellrecht, 11. Aufl. 2008, § 35 Rdn. 3 m.w.Nachw.

<sup>4</sup> So Emmerich, a.a.O., vorige Fn.

<sup>5</sup> Doch sei vorsorglich angemerkt, dass auf einen groben Klotz auch ein grober Keil gehört, ein Grundsatz, der auch im Recht der Meinungsfreiheit sehr wohl anerkannt ist; vgl. nur BVerfGE 54, 129, 138 f. –Böll-Urteil zu einer Kritik mit den Worten „Rudimente der Fäulnis“; BVerfG NJW 1980, 2069; zustimmend W. Schmidt, NJW 1980, 2066 m.w.Nachw.