

Kommentar

Rechtsanwalt Dr. Christof Lenz, Stuttgart

Wer ist Minister bei der Ministererlaubnis nach § 42 GWB?*

Die Ministererlaubnis für die Übernahme von ruhrgas durch e.on hat nicht der Bundeswirtschaftsminister Dr. Müller erteilt, sondern sein beamteter Staatssekretär Dr. Tacke. Mittlerweile befassen sich die Gerichte mit der Frage der Rechtmäßigkeit dieser Erlaubnis. Dabei stellt sich auch die Frage, wer eigentlich Minister im Sinne der Regelungen über die Ministererlaubnis nach § 42 GWB ist.

Nach § 42 I 1, IV 1 GWB ist für die Entscheidung über Anträge auf Erlaubnis eines vom Bundeskartellamt untersagten Zusammenschlusses der Bundesminister für Wirtschaft zuständig. Das Gesetz spricht in seiner amtlichen Überschrift von einer „Ministererlaubnis“. Entsprechend verhält es sich bei der Vorschrift über die Ministererlaubnis für Kartelle (§ 8 GWB), die historisch Modell für die Ministererlaubnis im Zusammenschlussbereich war¹. Eine „Vertretung“ des Bundesministers für Wirtschaft ist im Gesetz jedenfalls nicht ausdrücklich vorgesehen. Sie kann sich deshalb nur aus anderen Rechtsnormen oder allgemeinen Rechtsgrundsätzen ergeben. In der Praxis scheint sich die Vertretungsfrage bislang nicht gestellt zu haben; sie wird auch in keinem der Kommentare zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen thematisiert.

Ausdrückliche Regelungen über die Vertretung von Bundesministern enthält die Rechtsordnung nur in der Geschäftsordnung der Bundesregierung (GeschOBRReg). Das Bundesministergesetz, an das man auch denken mag, regelt nur die persönlichen Rechtsverhältnisse der Mitglieder der Bundesregierung (Bezüge etc.), nicht aber die Vertretung.

Die Geschäftsordnung der Bundesregierung ist nach Art. 65 GG von der Bundesregierung beschlossenes und vom Bundespräsidenten zu genehmigendes Binnenrecht der Bundesregierung²; eine mittelbare Geltung ist bislang nur für Beamte anerkannt worden, die an Kabinettsitzungen teilnehmen³. Im Unterschied zu einer parlamentarischen Geschäftsordnung sind auch Abweichungen im Einzelfall nicht zulässig, weil sonst das präsidiale Genehmigungserfordernis der Geschäftsordnung umgangen würde⁴. Weil es sich um Innenrecht der Regierung handelt, machen Verstöße gegen die Geschäftsordnung Beschlüsse der Bundesregierung oder Handlungen einzelner Minister nicht unwirksam. Unwirksamkeit wird nur angenommen, wenn neben der Geschäftsordnung der Bundesregierung zugleich gegen das Grundgesetz verstoßen wird⁵. Der Charakter als bloßes Binnenrecht muss dann aber umgekehrt dazu führen, dass die Geschäftsordnung der Bundesregierung mit ihren Zuständigkeitsregelungen nicht unmittelbar eine außenwirksame Rechtsgrundlage für gesetzlich nicht vorgesehene Zuständigkeitsverschiebungen darstellen kann. Eine Rolle spielen kann sie deshalb nur insoweit, als man in ihr die Verkörperung allgemeiner Vertretungsregelungen im Bereich der Mitglieder der Bundesregierung sieht. Dafür spricht allerdings die über Jahrzehnte fast unveränderte Fassung und Handhabung der Geschäftsordnung der Bundesregierung. Dann müssen die Regelungen der Geschäftsordnung der Bundesregierung aber auch eingehalten werden.

Die Geschäftsordnung der Bundesregierung enthält in ihrem mit „Die Bundesminister“ überschriebenen dritten Abschnitt mit § 14 eine Vertretungsregelung. Absatz 1 lautet: „Ist ein Bundesminister verhindert, so wird er in der Regierung durch den dazu bestimmten Bundesminister vertreten“. Diese Formulierung dürfte der Grund dafür sein, dass anfangs für den Vertretungsfall im Verfahren e.on/ruhrgas in der veröffentlichten Meinung von einer Zuständigkeit des Bundesfinanzministers Eichel ausgegangen wurde. Während Absatz 2 nur Erklärungen vor dem Bundestag betrifft, ordnet Absatz 3 Folgendes an: „Als Leiter einer obersten Bundesbehörde wird ein Bundesminister im Falle seiner Verhinderung durch den Staatssekretär und in dem Aufgabenbereich, der dem parlamentarischen Staatssekretär nach § 14 a

übertragen worden ist, sowie in den von ihm bestimmten Einzelfällen von diesem vertreten“.

Unmittelbar dürfte sich diese Vorschrift nicht anwenden lassen, weil sie nur den Fall der Vertretungsnotwendigkeit „in der Regierung“ betrifft. Nun ist die Entscheidung im Rahmen von § 42 GWB zwar eine außerwettbewerbliche Bewertung⁶ und damit im Grunde eine politische Entscheidung⁷. Um eine Entscheidung „in der Regierung“ handelt es sich aber wohl deshalb nicht, weil die Entscheidung im Fall der Erlaubniserteilung ein begünstigender Verwaltungsakt ist, auf dessen Erlass nach allgemeiner Auffassung die beteiligten Unternehmen bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch haben⁸. Der Bundesminister der Wirtschaft wird insoweit als Behörde i. S. des § 1 IV VwVfG tätig, weil er Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt⁹.

Das legt es scheinbar nahe, die Ministererlaubnis als von § 14 III GeschOBRReg erfassten Fall anzusehen¹⁰. Dafür müsste der Bundesminister für Wirtschaft im Bereich von § 42 GWB als Leiter einer obersten Bundesbehörde tätig werden. Der Begriff der obersten Bundesbehörde wird im Grundgesetz in Art. 36 GG verwandt. Er erfasst nach allgemeinem Begriffsverständnis insbesondere die Bundesministerien¹¹. Das Bundesministerium für Wirtschaft ist also eine oberste Bundesbehörde.

Die Entscheidung nach § 42 GWB ist aber nach dem klaren Gesetzeswortlaut und der amtlichen Überschrift nicht dem Bundesministerium für Wirtschaft, sondern dem Bundesminister für Wirtschaft anvertraut. Irritierend wirkt jedoch, dass nach § 42 III GWB der Antrag auf Ministererlaubnis „beim Bundesministerium für Wirtschaft“ zu stellen ist und die Ermächtigungsgrundlage für Auskunftsverlangen in § 59 GWB, wie sie auch in einem Verfahren der Ministererlaubnis notwendig werden können, auf das Bundesministerium für Wirtschaft abstellt¹².

Noch verworrener wird die Lage, wenn man § 48 GWB in den Blick nimmt. Dort ist bestimmt, wer Kartellbehörde ist. Kartellbehörden sind danach das Bundeskartellamt, das Bundesministerium für Wirtschaft und die nach Landesrecht zuständigen obersten Landesbehörden. Die Gesetzesbegründung zu § 48 I GWB führt nicht weiter, weil sie wie so oft nur den Gesetzeswortlaut wiederholt¹³. In der Literatur wird der Nennung des Bundesministeriums für Wirtschaft (an Stelle des Bundesministers für Wirtschaft) bei der Aufzählung der Kartellbehörden keine große Bedeutung beigemessen. Klaue bemerkt unter Hinweis auf die fest umrissene Zuständigkeit für die Fälle der §§ 8, 42 GWB trocken: „Kartellbehörde ist der Bundesminister für Wirtschaft und nicht das Ministerium“¹⁴. Dass man den Gesetzgeber bei der Erwähnung des Bundesministeriums für Wirtschaft bei den Kartellbehörden in § 48 I GWB nicht beim Wort nehmen darf, deutet auch die Gesetzesbegründung des § 48 II GWB an. Hier wird

* Der Autor ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Sozius der Kanzlei Oppenländer Rechtsanwälte in Stuttgart.

1) Vgl. Mestmäcker/Veelken, in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 3. Aufl. (2001), § 42 Rdnr. 1.

2) Vgl. Schröder, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 4. Aufl. (2000), Art. 65 Rdnr. 41.

3) Vgl. BVerwGE 93, 202 (206 f.) = NJW 1992, 1713 - Geheimhaltungspflicht.

4) Vgl. Schröder (o. Fußn. 2), Art. 65 Rdnr. 41.

5) Vgl. Schröder (o. Fußn. 2), Art. 65 Rdnr. 41.

6) Vgl. Begründung zum Gesetzesentwurf der 6. GWB-Novelle, BT-Dr 13/9720, S. 44.

7) So ausdrücklich zur Parallelvorschrift des § 8 GWB Immenga, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 1), § 8 Rdnr. 23.

8) Vgl. Mestmäcker/Veelken (o. Fußn. 1), § 42 Rdnr. 41.

9) Vgl. zur Unterscheidung zwischen Regierungsaufgaben und Verwaltungsaufgaben innerhalb der Bundesregierung Schröder (o. Fußn. 2), Art. 62 Rdnr. 18 ff.

10) So auch die Verfügung von Dr. Tacke („Ministererlaubnis“) im Verfahren e.on/ruhrgas v. 5. 7. 2002 - I B 1-220 840/129, Tz. 89.

11) Vgl. Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. (2002), Art. 36 Rdnr. 1, Art. 87 Rdnr. 1.

12) § 59 VI GWB; Klaue, in: Immenga/Mestmäcker (o. Fußn. 1), § 48 Rdnr. 3, neigt dazu, die Erwähnung des Ministeriums insoweit als Redaktionsversehen anzusehen.

13) Vgl. BT-Dr 13/9720, S. 62.

14) Vgl. o. Fußn. 12, A. A. die Verfügung von Dr. Tacke („Ministererlaubnis“) im Verfahren e.on/ruhrgas vom 5. 7. 2002 - I B 1-220840/129, Tz. 89.

unter dem Gesichtspunkt der ausdrücklichen Zuständigkeit des Bundesministeriums für Wirtschaft nur dessen Zuständigkeit für Ministererlaubnisse nach den §§ 8, 42 GWB genannt¹⁵. Andere Zuständigkeiten des Bundesministeriums für Wirtschaft, die operativer Art sind, gibt es auch nicht.

Viel klarer wird das Bild damit nicht: Die Entscheidung über Anträge auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB kann man dann als Fall des § 14 III GeschOReg (mit der Folge der Vertretung durch den beamteten oder parlamentarischen Staatssekretär) ansehen, wenn man aus den Unklarheiten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen den Schluss zieht, der Minister sei nicht als Person, sondern als Vertreter und Leiter einer obersten Bundesbehörde zur Entscheidung berufen. Betont man dagegen die persönliche Verantwortung des Ministers, fällt die nach § 42 GWB zu treffende Entscheidung über einen Antrag auf Ministererlaubnis nicht unter § 14 III GeschOReg.

Für die persönliche Verantwortung des Ministers sprechen ausschlaggebend zwei gewichtige Argumente:

Der Bundesgesetzgeber hat den personenbezogenen Charakter der Entscheidung betont. So heißt es etwa in der Gesetzesbegründung von § 42 I GWB in der heutigen, durch die 6. Novelle geschaffenen Fassung: „Abs. 1 übernimmt die bisherigen Regelungen in § 24 III 1 und 2. Die personenbezogene Formulierung („der Bundesminister“) unterstreicht die persönliche politische Verantwortung des Ministers. Im Sprachgebrauch wird deshalb zutreffend der Ausdruck „Ministererlaubnis“, nicht aber der Begriff „Ministeriumserlaubnis“ verwendet.“¹⁶

Wenn der Gesetzgeber aber selbst – ohne jede Not – die „persönliche politische Verantwortung des Ministers“ unterstreicht und das Gegensatzpaar zwischen einer „Ministererlaubnis“ und einer „Ministeriumserlaubnis“ bildet, dann will er damit verdeutlichen, dass nach seiner Gesetz gewordenen Konzeption eine Entscheidungsdelegation „nach unten“ ausgeschlossen und gesetzeswidrig ist. Dafür spricht auch, dass der Minister gegenüber seinem gesamten Ministerium unter Einschluss des beamteten und des parlamentarischen Staatssekretärs weisungsbefugt ist¹⁷.

Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für eine personenbezogene Entscheidungsverantwortlichkeit des Ministers selbst dürfte aber auch verfassungsrechtlich vorgeformt sein. Im Rahmen des Verfahrens nach § 42 GWB muss entschieden werden, ob in Zusammenhang mit dem Zusammenschluss tatsächlich überragende Gemeinwohlinteressen bestehen und wie diese zu gewichten sind. Die Definition der Interessen der Allgemeinheit (oder, als deren Unterfall, gesamtwirtschaftlicher Vorteile) ist die Wahrnehmung einer politischen Aufgabe. Die Entscheidung über Anträge auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB steht im Zusammenhang mit der so genannten Ministerverantwortlichkeit, also der Realisierung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Regierung gegenüber dem Parlament¹⁸. Die Ministerverantwortlichkeit ist dabei vor allem im politischen Sinne zu verstehen und primär mit einer politischen Sanktion bewehrt: Dem Entzug des Vertrauens. Vermitteln können diese parlamentarische Verantwortung nur die Mitglieder der Bundesregierung, also der Bundeskanzler und die Bundesminister, wie sich aus Art. 43 GG ergibt¹⁹.

Fazit: Die von Bundeswirtschaftsminister Dr. Müller vollzogene „Übertragung“ der Entscheidungszuständigkeit für den Antrag von e.on auf Ministererlaubnis nach § 42 GWB war rechtswidrig. Der beamtete Staatssekretär im Wirtschaftsministerium Dr. Tacke ist nicht Minister i. S. von § 42 GWB. Die von ihm erteilte „Ministererlaubnis“ für den Zusammenschluss e.on/ruhrgas ist schon deshalb rechtswidrig. § 14 III GeschOReg scheidet als Ermächtigungsgrundlage für eine Entscheidung durch die beamteten Staatssekretäre aus, weil die Vorschrift nur Innenrecht der Bundesregierung darstellt und keine Außenwirkung gegenüber den am Verfahren der Ministererlaubnis Beteiligten entfaltet. Im Übrigen ist auch zweifelhaft, ob der Bundesminister für Wirtschaft im Rahmen von § 42 GWB überhaupt als „Leiter einer obersten Bundesbehörde“ tätig wird. Richtigerweise ist eine Zuständigkeitsdelegation im Ministerium, also „nach unten“, deshalb ausgeschlossen, weil sie dem Zweck des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen widerspricht. Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen hat die Ministererlaubnis nicht nur amtlich so genannt, sondern – ausweislich der Entstehungsgeschichte – bewusst die persönliche Verantwortung des Ministers unterstrichen. Damit hat der Gesetzgeber die

Entscheidung unter dem Gesichtspunkt der parlamentarischen Verantwortung auf der Ministerebene gehalten. Das ist angesichts der bewusst politisch ausgestalteten Entscheidung über die Erteilung einer Ministererlaubnis im System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auch nur konsequent.

15) Vgl. BT-Dr 13/9720, S. 63.

16) Vgl. BT-Dr 13/9720, S. 61.

17) Vgl. Schröder (o. Fußn. 2), Art. 65 Rdnr. 30.

18) Vgl. dazu auch Morlok, in: Dreier, GG, 1998, Art. 43 Rdnr. 8.

19) Vgl. Pieroth (o. Fußn. 11), Art. 43 Rdnr. 2.

Zur Rechtsprechung

Dr. Michaela Wittinger, Karlsruhe

Von Vätern, Kindern und Namen – die geänderte Rechtsprechung des BVerwG zur Namensänderung bei so genannten Scheidungshalbwaisen*

I. Die typische Situation der so genannten Scheidungshalbwaisen: der zu Grunde liegende Fall

Der neunjährige S lebt nach der Scheidung seiner Eltern bei seiner allein sorgeberechtigten Mutter, die wieder ihren Geburtsnamen angenommen hat. Diesen möchte sie nach der Geburt eines weiteren Kindes aus einer zwischenzeitlich wieder beendeten Beziehung auch auf S erstrecken. Um eine neue „komplette“ Familieneinheit nach außen zu demonstrieren, soll die Namensverschiedenheit der Halbgeschwister beseitigt und die Herkunft des S aus der früheren Ehe und Familie nicht mehr erkennbar sein – um den Preis, dass das bis dahin noch existierende Namensband des S zu seinem Vater abgeschnitten würde.

Über diese Namensänderung des so genannten Scheidungshalbwaisen hätte das BVerwG zu entscheiden. Es handelte sich um die in diesen Fällen typische Situation, dass die Namensverbindung zwischen Kind und geschiedenem nicht sorgeberechtigtem Vater betroffen ist, da sich der Geburtsname eines Kindes ganz überwiegend nach dem Familiennamen des Vaters richtet¹, und der Vater, falls eine gemeinsame Sorge ausscheidet², in der Praxis noch immer eher selten ein Alleinsorgerecht erhält.

II. Die Änderung der Rechtsprechung des BVerwG zu § 3 NAG: Von der „Förderlichkeit“ zur „Erforderlichkeit“ als Maßstab für das Wohl des Kindes

Nach dem vorliegenden Urteil des BVerwG richtet sich der wichtige Grund für die Namensänderung von so genannten Scheidungshalbwaisen gem. § 3 NAG³ danach, ob die Änderung für das Kindeswohl erforderlich ist und andere zu berücksichtigende Interessen nicht überwiegen. Damit vollzog das BVerwG eine Änderung seiner bisherigen Rechtsprechung⁴. Hiernach

* Zugleich Besprechung von BVerwG, Urte. v. 20. 2. 2002 – 6 C 18/01, NJW 2002, 2406 (in diesem Heft). Vorausgegangen waren VG Karlsruhe, Urte. v. 11. 10. 1998 – 12 K 2028/99, und VGH Mannheim, FamRZ 2001, 1551, die jeweils eine „Erforderlichkeit“ für das Kindeswohl verlangt hatten. – Die Autorin ist Lehrbeauftragte an der Universität des Saarlandes.

1) Die weit überwiegende Zahl verheirateter Eltern führt den Namen des Mannes als Ehenamen und auch die Eltern, die ihre eigenen Namen tragen, entscheiden sich zum größten Teil für den Namen des Mannes als Geburtsnamen des Kindes, hierzu BVerfG, NJW 2002, 1256 (1259), zum Ausschluss von Familiendoppelnamen unter Zitierung einer dpa-Umfrage bei Standesämtern.

2) Zum Ausschluss der regelmäßig gemeinsamen elterlichen Sorge gem. § 1671 BGB bei einem fehlenden Mindestmaß an Verständnissbereitschaft, Kooperations- und Konfliktfähigkeit s. Finger, in: MünchKomm, 4. Aufl. (2002), § 1671 Rdnr. 71.

3) Zu dessen Anwendbarkeit mangels zivilrechtlicher Regelung BVerwG, NJW 2002, 2406 (in diesem Heft).

4) BVerwG, NJW 1997, 207; BVerwGE 95, 21 = NJW 1994, 1425.