

JUS PUBLICUM

9

Gerrit Manssen

Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt



J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK) TÜBINGEN

JUS PUBLICUM
Beiträge zum öffentlichen Recht
Band 9

Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt

Verfassungsrechtliche und
verwaltungsrechtliche Grundfragen

von

Gerrit Manssen



J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Manssen, Gerrit:

Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen / von Gerrit Manssen. – Tübingen: Mohr, 1994

(Jus publicum; Bd. 9)

ISBN 3-16-146219-X

NE: Ius publicum

978-3-16-158058-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1994 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Typographic in Tübingen aus der Garamond Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Gebr. Buhl in Ettlingen gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung wurde von der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg im Sommersemester 1993 als Habilitationsschrift angenommen. Sehr herzlich danken möchte ich Herrn *Prof. Dr. Udo Steiner* für stetige und vielfältige Förderung, sowie den übrigen Professoren der Juristischen Fakultät, stellvertretend ihrem Dekan, Herrn *Prof. Dr. Hans-Jürgen Becker*, für die entgegenkommende Durchführung des Habilitationsverfahrens. Dankend erinnert sei an den Zweitberichterstatter, Herrn *Prof. Dr. Hermann Soell*, der am 15. November 1993 unerwartet verstorben ist. Ich widme diese Arbeit meiner Frau *Heike*.

Regensburg, 15. Dezember 1993

Gerrit Manssen

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Abkürzungsverzeichnis	XIX
A. Einleitung	1
I. Ziel der Untersuchung	1
1. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Verfassungsproblem	1
2. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Thema des allgemeinen Verwaltungsrechts	2
II. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung im Spannungsverhältnis von Rechts- und Sozialstaat	4
III. Themenabgrenzung	6
1. Privatrechtsgestaltung und Privatrechtsausgestaltung	6
2. Vorbehalt zugunsten der Privatrechtswissenschaft	10
3. Weitere Beschränkungen	11
IV. Klassifizierung privatrechtsgestaltender Staatsakte als Strukturvorgabe für die Untersuchung	12
1. Öffentliche und private Interessen	12
2. Unterscheidung nach Zwecken	14
3. Aufgliederung nach Handlungsformen	15
4. Grundrechtlich orientierte Unterscheidung	15
a) Die grundsätzliche Eignung einer Aufteilung anhand grundrechtlicher Garantien	15
b) Die privatrechtsgestaltende Tätigkeit der öffentlichen Hand gegenüber sich selbst	16
c) Weitere Relativierung des grundrechtlichen Orientierungsrahmens	18
V. Begriffe und begriffliche Grenzen privatrechtsgestaltenden Staatshandelns	19
1. Der Begriff „Hoheitsakt“	19

2. „Zustimmung“, „Erlaubnis“, „Genehmigung“	20
3. Der Begriff „Privatrechtsgestaltung“	20
a) Grundsätze für die Begriffsbildung	20
b) Allgemeine Privatrechtsrelevanz als nicht genügendes Kriterium	22
c) Das Erfordernis einer unbedingten Wirkung	24
d) Das Erfordernis einer unmittelbaren Einwirkung auf die Privatrechtsslage	26
aa) Die Notwendigkeit einer Begrenzung auf unmittelbare Einwirkungen	26
bb) Der Ausschluß „mehrstufiger“ Vorgänge	27
cc) Der Ausschluß von Hoheitsakten zu Teil- und Vorfragen	29
dd) Konkretisierung des Merkmals der Unmittelbarkeit	30
e) Vorläufige Definition des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes .	32
4. Übersicht zu weiteren wichtigen Fallgruppen privatrechtsrelevanter, aber nicht privatrechtsgestaltender Hoheitsakte	32
a) Verfügungen mit Innenbereichsbeschränkung	32
b) Bescheinigungen für Registereinträge	33
c) Untersagung privatrechtlichen Verhaltens	33
d) Verpflichtung zur Vornahme privatrechtlicher Rechtsgeschäfte .	36
5. „Positive“ Grenzfälle privatrechtsgestaltenden Handelns	36
a) Einführung	36
b) Hoheitliche Mitwirkungsakte	37
c) Materielle Präklusionsvorschriften	38
d) Privatrechtsrelevante Geschäftsplan- und Tarifgenehmigungen .	42
6. „Eventualfälle“ privatrechtsgestaltenden Handelns	43
a) Das Negativattest	43
b) Die Baugenehmigung	44
c) Der Bebauungsplan	48
7. Fazit zur Begriffsdiskussion und Ausblick für die weitere Untersuchung	51
 B. Öffentliches und Privates Recht in der deutschen Rechtsordnung	 52
I. Die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht	52

1. Bestandsaufnahme zu den entwickelten Abgrenzungstheorien ...	52
a) Die Anknüpfung an die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht in der deutschen Rechtsordnung	52
b) Die drei herrschenden Theorien	53
aa) Der richtige Anknüpfungspunkt für die Unterscheidung	53
(1) Die Anknüpfung an Rechtsnormen	53
(2) Anknüpfung an Rechtsverhältnisse	57
(3) Die Qualifikation von Verwaltungshandeln	58
bb) Symptome für die Krise der Abgrenzungsdiskussion	60
(1) Das Zirkelschlußproblem	60
(2) Das Problem der Unüberschaubarkeit	61
(3) Der Beitrag der Gesetzgebung	62
(4) Die Ungeeignetheit modifizierender oder kombinierender Ansätze	64
c) Ausgewählte einzelne Entwicklungen	66
aa) Ontologisch orientierte Betrachtungsweisen	66
bb) Öffentliches Recht als notwendiges Recht staatlicher Aufgabenerfüllung	68
(1) Die Privatrechtsfähigkeit des Staates	68
(2) Verfassungsrechtliche Begründungsansätze	71
(3) Fazit und weitere Folgerungen	74
d) Die Abgrenzungstheorien in der Rechtsprechung	75
aa) Allgemeine Tendenzen zu einer Relativierung der Bedeutung der Abgrenzungstheorien in der Rechtsprechung	75
bb) Analyse ausgesuchter Entscheidungen zur Bedeutung der Theorien für die Rechtsprechung	78
(1) Grundsätze für die Auswahl	78
(2) Entscheidungen des BVerwG zur normativen Begünstigung	79
(3) Rechtsprechung des BVerwG zum ErstG	82
(4) Wettbewerbsverstöße der öffentlichen Hand	84
(5) Weitere sozialrechtliche Entscheidungen zum Grenzbereich von öffentlichem und privatem Recht	88
(6) Zusammenfassung der Rechtsprechungsanalyse	91
2. Die Infragestellung der Theoriesuche	92

a) Theoriebildung und Abgrenzungsdiskussion	92
b) Abgrenzungsdiskussion und Verfassung	95
3. Öffentliches und privates Recht als rechtssystematische und rechtstechnische Unterscheidung	98
II. Privatrechtsgestaltung und Publizierung	100
1. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Erscheinungsform der Publizierung des Privatrechts	100
2. Publizierung und Privatisierung	102
3. Unmittelbare Publizierung	104
4. Gründe für die Publizierung	106
a) Das gewandelte Staatsaufgabenverständnis	106
b) Der „Aufstieg“ des öffentlichen Rechts als notwendiger Bereinigungsprozeß	107
c) Fazit	111
5. Die Unterscheidung von „Staat“ und „Gesellschaft“ als mögliche Garantie gegen die Publizierung des Privatrechts	112
a) Privatrecht und Gesellschaft	112
b) Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	113
c) „Staat und Gesellschaft“ und andere verfassungsrechtliche Grundfragen	117
 C. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung im verfassungsrechtlichen Garantiebereich der Vertragsfreiheit	 119
I. Einfachgesetzliche Ausgangspunkte	119
1. Die Vertragsfreiheit als privatrechtliches Institut	119
2. Typologie vertragsgestaltender Hoheitsakte	120
a) Gestaltung durch materielles Gesetz	120
b) Gestaltung aufgrund von Gesetzen	121
aa) Präventive und repressive Verbote	121
bb) Genehmigungserfordernisse	123
cc) Beeinträchtigung der Abschlußfreiheit	124
dd) Der „korrigierte“ Vertrag	125
ee) Vertragsvernichtung	126
II. Verfassungsrechtliches Problemspektrum	126

1. Der allgemeine verfassungsrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit	126
2. Verfassung und Privatrecht	127
3. Prozessuale Folgewirkungen	128
III. Der verfassungsrechtliche Schutz der Vertragsfreiheit	130
1. Grundzüge der Rechtsprechung des BVerfG zum verfassungsrechtlichen Schutz der Vertragsfreiheit	130
a) Art. 2 Abs. 1 GG als Sitz der Garantie der Vertragsfreiheit	130
b) Terminologisches	132
2. Schutz der Vertragsfreiheit und Subsidiarität des Art. 2 Abs. 1 GG	133
a) Art. 2 Abs. 1 GG im Verhältnis zu den Spezialgrundrechten ...	133
b) Vertragsfreiheit als Bestandteil des Art. 14 GG	135
aa) Problemstellung	135
bb) Die Einbeziehung obligatorischer Rechtspositionen in den Schutzbereich des Art. 14 GG	136
cc) Entstehens- und Erwerbsschutz durch Art. 14 GG	137
3. Die Vertragsfreiheit im Dilemma der „Grundrechtstheorien“	140
a) Die Vertragsfreiheit als staatliche Leistung	140
aa) Staatlicher oder vorstaatlicher Charakter der Vertragsfreiheit	140
bb) Vertragsfreiheit als Grundrechtseingriff?	142
b) Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik	147
c) Das Problem der „richtigen“ Grundrechtstheorie	149
4. Freiheit und Bindung des Gesetzgebers bei der Regelung der Vertragsfreiheit	152
a) Problemstellung	152
b) Die Theorie der weitgehenden Bindungsfreiheit des Gesetzgebers	153
c) Die Idee einer Garantie der Vertragsfreiheit als allgemeine Grundentscheidung der Verfassung	157
5. Die Einordnung der Vertragsfreiheit als Institutsgarantie	159
a) Der Begriff „Institutsgarantie“	159
b) Institutsgarantien und Grundgesetz	164
c) Folgerungen für die Einordnung der Vertragsfreiheit als Institutsgarantie	169

6. Verfassungsrechtlicher Schutz der Vertragsfreiheit als Normbestandsschutz	170
a) Allgemeines	170
b) Normbestandsschutz und institutionelles Grundrechtsverständnis	173
c) Normbestandsschutz und Vertrauensschutz	174
aa) Normbestand und Veranlassung von Vertrauensinvestitionen	174
bb) Normbestandsschutz- und Vertrauensschutzprinzip als formelle Garantien	176
cc) Die Vertrauensschutzrechtsprechung des BVerfG	177
dd) Weitere Argumente für und gegen den Zusammenhang von Vertrauensschutz und Normbestandsschutz	181
7. Die Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht	183
a) Verbleibende Schutzdefizite	183
b) Vertragsfreiheit und Prinzipientheorie der Grundrechte	185
c) Verfassungsdogmatische Fortentwicklung der Vertragsfreiheit zum unbenannten Freiheitsrecht	187
aa) Die Funktion unbenannter Freiheitsrechte	187
bb) Voraussetzungen für die Annahme eines unbenannten Freiheitsrechts	189
cc) Die Einordnung der Vertragsfreiheit als unbenanntes Freiheitsrecht	192
d) Die Bedeutung der objektiven Dimension der Grundrechte für die Vertragsfreiheit	195
IV. Zwischenfazit: Verfassungsrechtliche Kriterien für die Beurteilung privatrechtsgestaltenden Staatshandelns im Bereich der Vertragsfreiheit	196
 D. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung im verfassungsrechtlichen Garantiebereich der Vereinigungs- und Stiftungsfreiheit	198
I. Einfachgesetzliche Ausgangspunkte	198
1. Die Vereinigungsfreiheit als privatrechtliches Institut	198
2. Stiftungsfreiheit als privatrechtliches Institut	199
3. Typologie verbandsgestaltender Hoheitsakte	200
a) Privatrechtsgestaltende Beschränkungen der Gründungsfreiheit	200

b) Auflösung von Vereinigungen oder Stiftungen	201
c) Einwirkungen auf die Organisationsform	202
4. Verfassungsrechtliches Problemspektrum	202
a) Vereinigungsfreiheit zwischen staatlicher Leistung und natürlicher Freiheitsgewährleistung	202
b) Nicht vereinigungsspezifische Eingriffsmöglichkeiten	203
c) Stiftungsrechtliche Fragen	204
II. Der verfassungsrechtliche Schutz der Vereinigungsfreiheit	206
1. Die Vereinigungsfreiheit als Institutsgarantie	206
2. Grundrechtsausgestaltung und Grundrechtseinschränkung	208
a) Die Position des BVerfG	208
aa) Der Kreis der Grundrechtsträger	208
bb) Vorgaben für die gesetzliche Umsetzung der Vereinigungsfreiheit	209
b) natürliche und rechtlich konstituierte Freiheit	211
aa) Rechtsgeprägte und sachgeprägte Grundrechte	211
bb) Eingreifende und ausgestaltende Gesetzgebungsakte in der Sicht der Normbestandsschutzlehre	213
cc) Die notwendige Erweiterung des Normbestandsschutzgedankens	215
3. Folgen für die verfassungsrechtliche Beurteilung einfachrechtlicher privatrechtsgestaltender Normen	217
III. Der verfassungsrechtliche Schutz der Stiftungsgründungsfreiheit	217
1. Stiftungsfreiheit als Institutsgarantie	217
2. Grundrecht auf Stiftungsgründung	218
3. Stiftungsgründungsrecht und Normbestandsschutz	220
4. Stiftungsbetätigungsrechte	221
E. Privatrechtsgestaltung im verfassungsrechtlichen Garantiebereich der Eigentumsfreiheit	223
I. Einfachgesetzliche Ausgangspunkte	223
1. Eigentum als privatrechtliches Institut	223
2. Typologie privatrechtsgestaltender Hoheitsakte im Bereich der Eigentumsfreiheit	224

a) Privatrechtsgestaltung im Bereich des Sacheigentums	224
b) Privatrechtsgestaltung im Bereich von Forderungsrechten	225
c) Privatrechtsgestaltung im Bereich der Anteilsrechte	226
3. Verfassungsrechtliches Problemspektrum	227
a) Die Theorie der „gesetzlich bedingten, ursprünglichen Bestandsschwäche des Eigentums“	227
b) Vorkaufsrechte zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung	228
c) Embargomaßnahmen nach dem AWG zwischen Inhalts- und Schrankenbestimmung und Enteignung	232
d) Die Einordnung von Präklusionsvorschriften in die Tatbestände des Art. 14 GG	235
II. Verfassungsrechtliche Grundfragen der Eigentumsgarantie	236
1. Art. 14 GG als Institutsgarantie	236
a) Institutsgarantie und Privatrechtsgestaltung	236
b) Die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Rechtspositionen in den Schutzbereich des Art. 14 GG als Infragestellung der These von der Institutsgarantie	238
c) Die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Vermögenspositionen in den Schutzbereich des Art. 14 GG	242
aa) Allgemeines	242
bb) Die Idee einer analogen Anwendung des Art. 14 GG	243
cc) Bedenken aus Art. 14 Abs. 3 GG	244
dd) Bedenken aus Art. 14 Abs. 2 GG	245
ee) Fehlende staatliche „Neutralität“ als Gegenargument	246
ff) Besonderes staatliches Ausgestaltungsermessen als Gegenargument	248
gg) Bedenken aus der Funktion von Art. 14 GG als Abwehrrecht	250
d) Von der Garantie des Privateigentums zur Garantie des Eigentums Privater	252
2. Die Unterscheidung von Inhalts- und Schrankenbestimmung und die Bindung des Gesetzgebers an die Eigentumsgarantie	253
a) Problemstellung	253
b) Die Rechtsprechung des BVerfG	255
c) Die Konzeption von Wendt	256

d) Eigentumsgarantie und einfacher Gesetzgeber	259
aa) Keine Bindung aus Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG	259
bb) Bindung des Gesetzgebers aus dem Gedanken des Normbestandsschutzes	260
cc) Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG als Qualifikationstatbestand	260
e) Abgrenzungsfragen bei der Qualifikationslehre	263
f) Anwendung der Qualifikationslehre auf staatliche Vorkaufsrechte	265
3. Die Abgrenzung der Inhalts- und Schrankenbestimmung von der Enteignung	267
 F. Allgemeine Dogmatik des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes	274
I. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Gefüge öffentlich-rechtlicher Handlungs- und Denkformen	274
1. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als „Grenzgänger“	274
2. Einfachrechtlich vorhandene Rücksichtnahmen des öffentlichen Rechts zugunsten des Privatrechts	276
3. „Rechtsfolgenanordnung durch Verfahren“ als Alternative zur Rechtsfigur des „privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes“	278
a) Die Konzeption von Karsten Schmidt	278
b) Regelungsgrenzen des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes	280
c) Die besondere rechtsstaatliche Funktion des Verwaltungsaktes ..	282
d) Fazit	284
II. Das Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht bei hoheitlicher Privatrechtsgestaltung durch Verwaltungsakt	284
1. Grundtypen privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte	284
2. Elemente der verfassungsrechtlich gebotenen Rücksichtnahmen zugunsten des Privatrechts	287
a) Die Figur der „schwebenden Unwirksamkeit“	287
b) Die beschränkte Regelungswirkung privatrechtsmitgestaltender Verwaltungsakte	289
c) Die Beschränkung der ex-nunc-Wirkung privatrechts- mitgestaltender Verwaltungsakte	291
3. Umfang und Grenzen der öffentlich-rechtlich gesteuerten Nichtigkeitssanktion	291

III. Dogmatische Grundregeln für die verwaltungsverfahrenrechtliche Behandlung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte	294
1. Die Aufhebbarkeit privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte	294
a) Die Kategorie des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes im Spiegel der bisherigen Überlegungen	294
b) Das Problem der Aufhebbarkeit	295
2. Nebenbestimmungen zu privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten	298
IV. Die Anfechtung von Bescheiden über die Genehmigung privater Rechtsgeschäfte	301
1. Anfechtungsrechte bei zweiseitigen Rechtsgeschäften	301
2. Anfechtungsrechte bei Gestaltungsrechten	302
3. Die Anfechtung von Tarifgenehmigungen	304
 G. Dogmatische Schwerpunktprobleme des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes am Beispiel der kartellrechtlichen Genehmigung	307
I. Methodischer Ansatz	307
II. Die „Breitenwirkung“ privatrechtsgestaltender Verfügungen als Schwerpunktproblem	308
1. Problemstellung für den kartellrechtlichen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt	308
2. Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Grundlage der Erörterung	311
III. Ausgangspunkte für die Bestimmung der subjektiven Grenzen privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte im GWB	312
1. Privatrechtsgestaltende Verfügungen nach dem GWB und dem europäischen Kartellrecht	312
2. „Verfahrendurchgriff“ und öffentlich-rechtlich vermittelter Drittschutz	315
3. Ausgangspunkte in Rechtsprechung und wissenschaftlicher Diskussion	317
4. Nichtrelevante Vorfragen und Argumente	319
IV. Notwendigkeit und Entbehrlichkeit kartellrechtlicher Verfügungen zur Gewährung von effektivem Drittschutz	322
1. Das Erfordernis effektiver zivilprozessualer Rechtsdurchsetzung ...	322
2. Das Indeterminationsrisiko	323

3. „Tatbestandswirkung“ kartellbehördlicher Verfügungen und zivilrechtliches Verschulden	326
V. Verfahrensbeteiligung bei privatrechtlicher Breitenwirkung	329
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Beteiligung am Kartellverfahren	329
2. Beteiligungsvorschriften und Breitenwirkung	331
3. Vergleich mit dem europäischen Kartellrecht	334
VI. Öffentlich-rechtlich vermittelter Deliktsrechtsschutz und Ermessen ..	335
1. Der Zusammenhang zwischen der Theorie des öffentlich-rechtlich vermittelten Drittschutzes und der Ermessensfrage	335
a) Der „privatrechtliche“ Gesetzesvorbehalt	335
aa) Ermessen und Gesetzgebung im GWB	335
bb) Ermessen und Gesetzgebung im europäischen Kartellrecht	338
b) Das Ermessensbetätigungsrisiko	339
2. Ermessen und Ermessenskontrolle nach dem GWB	342
a) Problemstellung	342
b) Die Ermessenslehre des Allgemeinen Verwaltungsrechts als Ausgangspunkt	344
aa) Die Unterscheidung von Recht- und Zweckmäßigkeit	344
bb) Ermessensausübung und Freiheit der Zielwahl	348
c) § 70 Abs. 5 GWB als möglicher kartellrechtlicher Sonderweg	351
d) § 114 VwGO und § 70 Abs. 5 GWB im Vergleich	354
3. Fazit und Ausblick	357
H. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse der Arbeit	358
Literatur	362
Stichwortverzeichnis	401

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht	BauR	Baurecht
ABl.	Amtsblatt	BayAGBGB	Bayerisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
AcP	Archiv für civilistische Praxis		
a. F.	alter Fassung	BayBauO	Bayerische Bauordnung
AG	Die Aktiengesellschaft	BayDSchG	Bayerisches Denkmalschutzgesetz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen	BayGO	Bayerische Gemeindeordnung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz	BayKompKonflH	Bayerischer Gerichtshof für Kompetenzkonflikte
AgrarR	Agrarrecht		
AK-BGB	Alternativkommentar zum BGB	BayNatSchG	Bayerisches Naturschutzgesetz
AktG	Aktiengesetz	BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
Anm.	Anmerkung	BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse		
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts	BaySammlG	Bayerisches Sammlungsgesetz
AP	Arbeitsrechtliche Praxis	BayStiftG	Bayerisches Stiftungsgesetz
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz	BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
ArchivPF	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen	BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
AT	Allgemeiner Teil	BB	Der Betriebs-Berater
AtAnlV	Atomanlagenverordnung	BBahnG	Bundesbahngesetz
AtomG	Atomgesetz	BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank
AtomVfV	Atomrechtliche Verfahrensverordnung	BBauG	Bundesbaugesetz
AuR	Arbeit und Recht	BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen	BGBI.	Bundesgesetzblatt
AWG	Außenwirtschaftsgesetz	BGH	Bundesgerichtshof
AWVO	Außenwirtschaftsverordnung	BGHZ	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bad-Württem.	Baden-Württembergisches ..		
BAG	Bundesarbeitsgericht		
BAGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundesarbeitsgerichts		
BAnz.	Bundesanzeiger		
BauGB	Baugesetzbuch		

BHO	Bundeshaushalts- ordnung	DDR	Deutsche Demo- kratische Republik
BImSchG	Bundesimmissions- schutzgesetz	DJT DÖV	Deutscher Juristentag Die Öffentliche Verwal- tung
BImSchVO	Verordnung zum Bundesimmissions- schutzgesetz	DuR DVBl.	Demokratie und Recht Deutsches Verwaltungs- blatt
BK	Kommentar zum Bonner Grundgesetz		
BKartA	Bundeskartellamt	EG	Europäische Gemein- schaft
BLG	Bundesleistungsgesetz		
BlnStiftG	Berliner Stiftungsgesetz	EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetz- buch
BpflV	Bundespflegesatzver- ordnung		
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache	EnWG	Energiewirtschafts- gesetz
BSG	Bundessozialgericht		
BSGE	Amtliche Entschei- dungssammlung des Bundessozialgerichts	EuGH	Gerichtshof der Euro- päischen Gemeinschaf- ten
BRS	Baurechtssammlung	EuGRZ	Europäische Grund- rechte-Zeitschrift
BSHG	Bundessozialhilfegesetz		
BTO-Elt	Bundestarifordnung Elektrizität	EuMRK	Konvention zum Schutze der Menschen- rechte und Grundfrei- heiten
BV	Bayerische Verfassung		
B.v.	Beschluß vom		
BVerfG	Bundesverfassungs- gericht	EuR EWGV	Europarecht Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirt- schaftsgemeinschaft
BVerfGE	amtliche Entschei- dungssammlung des Bundesverfassungs- gerichts	EvStL	Evangelisches Staats- lexikon
BVerwG	Bundesverwaltungs- gericht		
BVerwGE	amtliche Entschei- dungssammlung des Bundesverwaltungs- gerichts	FGG FIW	Gesetz über die Ange- legenheiten der freiwilli- gen Gerichtsbarkeit Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb
BVwVfG	Bundesverwaltungsver- fahrensgesetz	FluglärmG	Gesetz zum Schutz gegen Fluglärm
BWNatSchG	Baden-Württem- bergisches Naturschutz- gesetz	FlurbG FStrG	Flurbereinigungsgesetz Bundesfernstraßen- gesetz
BWStiftG	Baden-Württember- gisches Stiftungsgesetz		
BWVGH	Baden-Württem- bergischer Verwaltungs- gerichtshof	GBO GenG	Grundbuchordnung Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirt- schaftsgenossenschaften
BW WassG	Baden-Württem- bergisches Wassergesetz	GetreideG GewArch GewO GG GK	Getreidegesetz Gewerbearchiv Gewerbeordnung Grundgesetz Gemeinschaftskom- mentar
CMLR	Common Market Law Review		
DB	Der Betrieb		

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung	JuS JZ	Juristische Schulung Juristenzeitung
GmS	Gemeinsamer Senat	KartellVO	EWG-Verordnung Nr. 17, Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des Vertrages
GmS-OGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes		
GRG	Gesundheits-Reformgesetz	K.B.	Kammerbeschluß
GrstVG	Grundstücksverkehrsgesetz	KG	Kammergericht
GrstVVO	Grundstücksverkehrsverordnung	KO	Konkursordnung
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht	KSchG	Kündigungsschutzgesetz
GSZ	Großer Senat für Zivilsachen	KSchVO	Kündigungsschutzverordnung
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz	KWG	Gesetz über das Kreditwesen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz	LAG	Lastenausgleichsgesetz
GVO	Gruppenfreistellungsverordnung	LAI-Hinweise	Hinweise der nordrhein-westfälischen Landesanstalt für Immissionsschutz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	LBG	Landbeschaffungsgesetz
		LdRW	Lexikon des Rechts der Wirtschaft
		LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
HAG	Heimarbeitsgesetz	LPK-BSHG	Lehr- und Praxis-kommentar zum Bundessozialhilfegesetz
HambWassG	Hamburgisches Wassergesetz	LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
HambWegeG	Hamburgisches Wegesgesetz		
HausratVO	Hausratverordnung	MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
HbStR	Handbuch des Staatsrechts	m.Fn.	mit Fußnote (bei Verweis auf das vorliegende Werk)
HeimG	Heimgesetz	m.Fußn.	mit Fußnote (bei Verweis auf andere Werke)
HemmbesG	Hemmnisbeseitigungsgesetz	MHRG	Gesetz zur Regelung der Miethöhe
HessNachbarRG	Hessisches Nachbarrechtsgesetz	MüKo	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
HessStiftG	Hessisches Stiftungsgesetz	MünchArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
HGB	Handelsgesetzbuch	MuSchG	Mutterschutzgesetz
h.M.	herrschende Meinung	MUV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
HRG	Handwörterbuch der Deutschen Rechtsgeschichte		
Hrsg.	Herausgeber		
hrsg.	herausgegeben		
HS	Halbsatz		
HwO	Handwerksordnung		
JA	Juristische Arbeitsblätter		

m.w.N.	mit weiteren Nachweisen	RdA Rdnr. Rdz.	Recht der Arbeit Randnummer Randziffer
Nds.AGBGB	Niedersächsisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch	RG RGBl. RGRK	Reichsgericht Reichsgesetzblatt Reichsgerichtsratskommentar
NdsStiftG	Niedersächsisches Stiftungsgesetz	RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
NJW	Neue Juristische Wochenschrift	ROW RVO	Recht in Ost und West Reichsversicherungsordnung
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport		
NuR	Natur und Recht	Schl.-H.LVwG	Schleswig-holsteinisches Landesverwaltungsgesetz
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht		
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungsreport	SchwbeschG SchwbG	Schwerbeschädigten-gesetz Schwerbehinderten-gesetz
NWLWG	Nordrhein-westfälisches Landeswassergesetz	SGB	Die Sozialgerichtsbarkeit
NWStiftG	Nordrhein-westfälisches Stiftungsgesetz	SGB	Sozialgesetzbuch
NWVBl.	Nordrhein-westfälische Verwaltungsblätter	SGB V	Sozialgesetzbuch, Buch V, Gesetzliche Krankenversicherung
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht	SGB X	Sozialgesetzbuch, Buch X, Verwaltungsverfahren (u.a.)
ÖJK	Österreichische Juristen-Kommission	SGG	Sozialgerichtsgesetz
OLG	Oberlandesgericht	Slg.	Sammlung
OVG	Oberverwaltungsgericht	Sp.	Spalte
OVGE	Amtliche Entscheidungssammlung eines Oberverwaltungsgerichts	StVG StVO	Straßenverkehrsgesetz Straßenverkehrsordnung
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten	SZ	Süddeutsche Zeitung
PBefG	Personenbeförderungsgesetz	TA-Lärm	Technische Anleitung Lärm
PflVersG	Pflichtversicherungsgesetz	TA-Luft	Technische Anleitung zur Reinhaltung der Luft
PostG	Gesetz über das Postwesen	TVG	Tarifvertragsgesetz
PostVerfG	Postverfassungsgesetz		
PrALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten	UmweltHG UmwG UnBefG	Umwelthaftungsgesetz Umwandlungsgesetz Gesetz über die unentgeltliche Beförderung
PreisG	Preisgesetz		Schwerbehinderter im öffentlichen Personen-nahverkehr
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz		
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht		

UPR	Umwelt- und Planungsrecht	WissR	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung
Urt. v. usf.	Urteil vom und so fort		
UTR	Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts	WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb	WM	Wertpapier-Mitteilungen
		WoBauG	(Zweites) Wohnungsbaugesetz
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz	WoBindG	Wohnungsbindungsgesetz
VBlBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg	WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Verf.Rh.Pf.	Verfassung für Rheinland-Pfalz	WRV	Weimarer Reichsverfassung
Verf. Saarl.	Verfassung des Saarlandes	WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
VermG	Vermögensgesetz	WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
VermRÄndG	Zweites Vermögensrechtsänderungsgesetz	WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
VersR	Versicherungsrecht		
VerwArch	Verwaltungsarchiv		
VG	Verwaltungsgericht		
VGH	Verwaltungsgerichtshof		
vgl.	vergleiche		
VIZ	Zeitschrift für Vermögens- und Investitionsrecht	Z	Amtliche Entscheidungssammlung in Zivilsachen
VO	Verordnung	ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
VO-EWG	Verordnung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft	ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung und Versorgung
VSSR	Vierteljahreszeitschrift für Sozialrecht	ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer	ZgesGenW	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung	ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz	ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
WaStrG	Bundeswasserstraßengesetz	ZPO	Zivilprozeßordnung
WEG	Wohnungseigentumsgesetz	ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
WHG	Wasserhaushaltsgesetz	ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

A. Einleitung

I. Ziel der Untersuchung

1. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Verfassungsproblem

Privatrecht ist staatliches Recht. Privatautonome Prozesse führen zu Rechtsbindungen aufgrund staatlicher Anerkennung.¹ Sie unterliegen staatlicher Mitwirkung, Mitverantwortung und Kontrolle.² Instrumente hierfür sind – neben anderen – die Ausgestaltung der Privatrechtsordnung durch formelles bzw. materielles Gesetz und die hoheitliche Gestaltung von Privatrechtsverhältnissen durch Gesetz oder durch Einzelakt. Sämtliche Vorgänge vollziehen sich vor dem Hintergrund privatrechtsrelevanter verfassungsrechtlicher Aussagen, die explizite oder implizite Garantien zugunsten privatautonomer Prozesse enthalten. Es kann sich um Abwehrrechte handeln, die sich zugunsten der Privatautonomie fruchtbar machen lassen, oder um die grundrechtliche Inpflichtnahme des Gesetzgebers zur Konstituierung privatrechtlicher Rechte und Pflichten.

Das Thema „Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt“ hat somit zum einen eine verfassungsrechtliche Dimension. Dogmatischer Klärungsbedarf ergibt sich daraus, daß der Schwerpunkt bisheriger Untersuchungen zum Verhältnis Verfassung – Privatrecht auf dem durch den Ausdruck „Drittwirkung“ umschriebenen Problemkreis der privatrechtsbeeinflussenden Funktion der Grundrechte liegt.³ Weitgehend nur in Einzelfragen erforscht ist die allgemeine Schutzfunktion der Grundrechte zugunsten des Privatrechts gegenüber Beeinflussungsprozessen durch Hoheitsakte.⁴ Die Problematik des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Privatrecht wird aber verzerrt, sieht man die Bedeutung der Grundrechte vor allem in der Parteinahme von aus ihnen abgeleiteten „Werten“, „Prinzipien“ oder Schutzfunktionen zugunsten einer oder

¹ Flume, AT II, S. 6 f.; MünchArbR-Richardi, § 10 Rdnr. 21; Richardi, Festschrift für Schwarz, S. 786 ff.; Taupitz, Standesordnungen, S. 599 f. m. w. N.

² Siehe Bethge, Grundrechtskollisionen, S. 19; Burmeister, Grundrechtsverständnis, S. 4; Rittner, AcP 188 (1988), 124.

³ Siehe als Beispiel die Ausführungen von Bethge, Grundrechtskollisionen, S. 386 ff.

⁴ Vgl. etwa Bettermann, Grundfragen des Preisrechts für Mieten und Pachten (1952), sowie die weiteren Nachweise im Text.

mehrerer Parteien eines Zivilrechtsverhältnisses. Eigentlich vorrangig und mindestens ebenso wichtig ist die Frage nach der Bedeutung der Grundrechte für die Autonomie im Bürger-Bürger-Bereich gegenüber staatlicher Ingerenz.

2. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Thema des allgemeinen Verwaltungsrechts

Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt ist trotz intensiver verfassungsrechtlicher Bezüge im wesentlichen eine verwaltungsrechtliche Erscheinung. Der verwaltungsrechtliche Aspekt des Themas wird dominiert von der Figur des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes. Sie hat bisher in der verwaltungsrechtlichen Wissenschaft keine wirklich umfassende und gründliche Untersuchung erfahren. An dem von Steiner im Jahr 1981 anlässlich einer bauplanungsrechtlichen Untersuchung festgestellten dogmatischen Desinteresse⁵ hat sich augenscheinlich wenig geändert. Bisherige Untersuchungen zu diesem Thema sind entweder schon älteren Datums,⁶ oder sie erheben nur beschränkte wissenschaftliche Ansprüche.⁷ Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt ist aber nicht nur eine wissenschaftlich reizvolle Erscheinung, sondern auch eine praktisch bedeutsame.⁸ Letzteres erweist sein Vorkommen in eigentlich allen wichtigen Gebieten des besonderen Verwaltungsrechts, sei es im Kommunal-, Gefahrenabwehr-, Bau-, Umwelt-, Sozial-, Stiftungs- oder Wirtschaftsrecht.⁹

Aus der weiten Verbreitung privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte folgt die Notwendigkeit einer Untersuchung seiner allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundlagen. Für dieses Institut besteht die konkrete Gefahr dogmatischer Desintegration. Deutlich wird dies vor allem im Kartellrecht und dem dort unternommenen Versuch, den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt durch

⁵ Steiner, DVBl. 1981, 349 m. Fn. 5. Siehe auch Greiffenhagen, S. 15, der eine entsprechende Feststellung für den Bereich des Kartellverwaltungsrechts trifft.

⁶ So die Arbeiten von Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt (1930), Kroeber, Das Problem des privatrechtsgestaltenden Staatsaktes (1931) und Meyer zum Wischen, Rechtsgeschäft und behördliche Genehmigung (1956).

⁷ Etwa die Dissertationen von Bengel, Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt (1968) und Lutz Schmidt, Unmittelbare Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt (1975). Die Habilitationsschrift von Schapp, Das Verhältnis von öffentlichem und privatem Nachbarrecht (1978), beschränkt sich auf den Aspekt der privatrechtsgestaltenden Kraft von Anlageneinigungen. Die Untersuchung von Gerlach, Privatrecht und Umweltschutz im System des Umweltrechts (1989), betrifft ausschließlich das Zusammenspiel von öffentlichem und privatem Recht im Umweltbereich. Mit den Wechselwirkungen von öffentlich-rechtlicher Genehmigung und zivilrechtlicher Rechtswidrigkeit beschäftigt sich die (gleichnamige) neuere Dissertation von G. Wagner (1989), jedoch primär aus zivilrechtlicher Sicht. Die Habilitationsschrift von Loeber, Der hoheitlich gestaltete Vertrag (1968), hat einen primär rechtsvergleichenden Ansatz und beschränkt sich auf das Vertragsrecht.

⁸ Siehe P. Neumann, S. 35, und die weiteren Nachweise im Text.

⁹ Nachweise im einzelnen im weiteren Text.

die Denkfigur der „Rechtsfolgenanordnung durch Verfahren“ zu ersetzen.¹⁰ Tendenzen zur Entwicklung einer Sonderdogmatik mögen aus fachspezifischer Sicht verständlich sein. Gleichwohl ist ihnen entgegenzutreten, aus Gründen der Verständlichkeit, Überschaubarkeit und Berechenbarkeit des geltenden Rechts.¹¹ Geschehen soll dies vorliegend mittels einer Querschnittsuntersuchung. Die wichtigsten Erscheinungsformen des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes sind unter Einbeziehung auch kartellverwaltungsrechtlicher Befugnisnormen zu erfassen, selbst wenn eine Diskussion ihrer materiellrechtlichen Grundlagen (wie im übrigen bei den anderen Befugnissen für privatrechtsgestaltendes Handeln) unterbleiben muß. Das ist deshalb unschädlich, weil es vor allem darum geht, gemeinsame Strukturen in den unterschiedlichen Rechtsgebieten herauszuarbeiten, die es verbieten, in einzelnen Bereichen des Besonderen Verwaltungsrechts (und hierzu zählt auch das Kartellverwaltungsrecht) unabgestimmte Sonderantworten auf Fragen zu geben, die in anderen Bereichen in gleicher oder vergleichbarer Weise gestellt werden. Deshalb ist die vorliegende Untersuchung gerade auch eine solche zum Allgemeinen Verwaltungsrecht.

Ein weiteres Anliegen der Untersuchung ist es, der Frage nachzugehen, inwieweit privatrechtsgestaltende Tätigkeit vor allem durch privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte eine Erscheinung ist, die mit dem die deutsche Rechtsordnung beherrschenden Dualismus von öffentlichem und privatem Recht vereinbar ist. Es stellt sich das Problem, ob es sich jedenfalls um etwas fachspezifisches, atypisches, regel- oder systemwidriges handelt. Eine solche Auffassung wird immer wieder zum Ausdruck gebracht, etwa in der Feststellung, der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt sei ein typisches Instrument von Not- und Krisenzeiten.¹² Hiergegen könnte vor allem sprechen, daß die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht heute keine „wesensmäßigen“ Gründe mehr hat, sondern vor allem rechtstechnische Bedeutung. Dann ist der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt gerade wegen der Verflochtenheit von öffentlichem und privatem Recht notwendiges Standardhandlungsinstrument der öffentlichen Verwaltung, gegen dessen weitere Ausbreitung auch de lege ferenda keine Bedenken zu erheben wären.

¹⁰ Siehe dazu *K. Schmidt*, Kartellverfahrensrecht – Kartellverwaltungsrecht – Bürgerliches Recht (1977), durchgehend. Ausführlich hierzu unten FI 3, S. 278 ff.

¹¹ So auch allgemein *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee, S. 67.

¹² So *L. Schmidt*, S. 1 m. Nachweisen. Vgl. auch *W. Kilian*, AcP 180 (1980), 49 und 51, der den Kontrahierungszwang als zwar „legal“, aber „modellwidrig“ bezeichnet. Siehe weiterhin *H. Schulte*, Eigentum und öffentliches Interesse, S. 155, wonach die Präklusionswirkung nach § 26 GewO a. F. eine für einen Verwaltungsakt „ungewöhnliche Funktion“ sei. Weiterhin *Jarass*, DVBl. 1976, 738: Der Verwaltungsakt sei „allein am öffentlichen Recht orientiert“. *Meyer zum Wischen*, S. 22: An sich überschreite die Verwaltung die ihr von Hause aus gestellten Aufgaben, wenn sie durch einen Verwaltungsakt rechtsgestaltend (gemeint ist: privatrechtsgestaltend) wirke. Vgl. auch *Hedemann*, Festschrift für Nipperdey, S. 252. Gegen die Auffassung, wonach die hoheitliche Einwirkung auf zivilrechtliche Verträge eine bloße Krisen- und Übergangserscheinung sei, ausdrücklich *Loeber*, S. 2.

In dem Problem, inwieweit es gelingen kann, die Figur des privatrechtsgestaltenden als Institut des allgemeinen Verwaltungsrechts zu erhalten, erschöpft sich die integrative Fragestellung der Arbeit nicht. Zu untersuchen ist auch, ob der privatrechtsgestaltende innerhalb der „allgemeinen“ Verwaltungsakte eine dogmatische Sonderkategorie darstellt, oder ob es sich um eine Erscheinungsform mit gewissen sachlichen Spezifika des damit erfaßten Problembereichs, aber ohne wirkliche Eigenständigkeit im „Regelhaushalt“ handelt.

II. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung im Spannungsverhältnis von Rechts- und Sozialstaat

Privatrechtsgestaltende Tätigkeit durch Hoheitsakt findet statt vor dem allgemeinen verfassungsrechtlichen Hintergrund der Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG. Danach ist die Bundesrepublik ein sozialer und demokratischer Rechtsstaat.¹³ Das Grundgesetz enthält damit gegenläufige Verfassungsprinzipien, die gesetzgeberische Präferenzentscheidungen nötig machen, aber auch Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen.¹⁴ Wesentliches Merkmal des Rechtsstaats sowohl in seiner historischen Entwicklung als auch seiner aktuellen Bedeutung sind – neben dem Gewaltenteilungsprinzip –¹⁵ die in den Grundrechten garantierten Freiheitsbereiche im weitesten Sinne, also der Schutz von Freiheit, Gleichheit und Eigentum gegen den Staatseingriff.¹⁶ Zu den im Grundsatz gegen den Staat zu schützenden Freiheitsbereichen gehört auch das „Privatrecht“, untechnisch und allgemein gesprochen der Komplex von geschriebenem und ungeschriebenem Recht, in dessen Rahmen Private untereinander frei von staatlicher Mitwirkung und Mitgestaltung ihre gegenseitigen Rechtsbeziehungen regeln.

Der Begriff des „Sozialstaats“ wird hingegen dem des Rechtsstaates und damit auch den grundrechtlichen Freiheiten gegenübergestellt und vor allem als Auftrag und Verpflichtung zur Schaffung von sozialer Gerechtigkeit und

¹³ Das der vorliegenden Untersuchung zugrundeliegende Vorverständnis soll an dieser Stelle kurz dargestellt, nicht diskutiert werden.

¹⁴ Dies ist trotz gelegentlicher Einheitlichkeitstendenzen ganz überwiegend anerkannt. Siehe *Badura / Rittner / Rüthers*, S. 262; *Friauf*, DVBl. 1971, 678; *E. R. Huber*, Wirtschaftliche Mitbestimmung, S. 34 f.; *H. H. Klein*, Grundrechte, S. 63; *Lerche*, DÖV 1965, 214; *Pernthaler*, Qualifizierte Mitbestimmung, S. 55 ff.; *Scholz*, Paritätische Mitbestimmung, S. 26.

¹⁵ Siehe *R. Dreier*, JZ 1985, 353.

¹⁶ Siehe *von Arnim*, Leistungsstaat contra Rechtsstaat, S. 117; *Böckenförde*, Rechtsstaatsbegriff, S. 146; *Dreier*, JZ 1985, 353; *E. R. Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 263 und S. 267; *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats, S. 471 ff., 490 f.; *Zacher*, Sozialpolitik und Verfassung, S. 389 ff., 404. Ausführliche Auseinandersetzung und Nachweise bei *Kunig*, Rechtsstaatsprinzip, S. 316 ff.

sozialem Ausgleich im Rahmen der Verfassung, also zur „Daseinsvorsorge“¹⁷, zur „sozialen Intervention“¹⁸ und zur „sozialen Korrektur der Gesellschaft“ verstanden.¹⁹ Eines seiner Aspekte²⁰ ist damit auch der Schutz des zwar rechtlich Gleichgestellten, jedoch sozial und damit faktisch Unterlegenen, etwa auch im Bereich des vom bürgerlichen Recht beherrschten allgemeinen Vertragsrechts,²¹ eines seiner Mittel der privatrechtsgestaltende Hoheitsakt, die Überwachung und Korrektur eigentlich als autonom ablaufend gedachter Prozesse durch Staatsakt, sei es im öffentlichen oder privaten Interesse.²² Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt ist also – soweit sich entsprechende verfassungsrechtliche Garantien bestimmen lassen – ein vor den Grundrechten zu rechtfertigender, kein unmittelbar von den Grundrechten geforderter Vorgang, auch wenn es um den Schutz von Privatinteressen geht.²³ Zwar gibt es Grundrechte, die die Sozialstaatsforderung des Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 GG unterstützen und ergänzen.²⁴ Das gilt jedoch nicht insgesamt und umfassend für alle Grundrechte, trotz der unbestreitbaren Erscheinung der Grundrechtseffektuierung durch Organisation, Verfahren, Teilhaberechte, allgemein gesprochen durch konstituierte Rechtspositionen.²⁵ Deren freiheitsermöglichender Charakter und damit ihre Teilhabe am Grundrechtsschutz ist im Einzelfall zu begründen und nicht als Regelfall zugrunde zu legen. Im Grundsatz ist daran festzuhalten, daß der Sozialstaatsgedanke in weiten Bereichen den Staatseingriff in Grundrechte verlangt und rechtfertigt.²⁶ Die Sozialstaatsforderung tritt in ein Kon-

¹⁷ So Benda, in: Benda / Maihofer / Vogel, S. 512 ff.; Böckenförde, Rechtsstaatsbegriff, S. 162; ForsthoFF, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 149; Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats, S. 71.

¹⁸ Zum Begriff der „sozialen Intervention“ siehe vor allem Zacher, Sozialpolitik und Verfassung, S. 37 ff. Daseinsvorsorge und soziale Intervention sollen sich dadurch unterscheiden, daß Daseinsvorsorge von der ökonomischen Position der Bedürftigen grundsätzlich unabhängig sei (Beispiel: öffentliche Strom- und Wasserversorgung), während soziale Intervention in erster Linie die Antwort der staatlichen Gemeinschaft auf vorhandene Wohlfahrtsdifferenzen sei (so zumindest Zacher, aaO, S. 39). Durchgesetzt hat sich diese Unterscheidung allerdings nicht.

¹⁹ Berg, GewArchiv 1990, 230.

²⁰ Der Sozialstaatsauftrag ist umfassend zu verstehen, also als Mandat zur Wirtschafts-, Gesellschafts- und Kulturpolitik (so zu Recht Ossenbühl, DÖV 1972, 26).

²¹ Nipperdey, AT, S. 84.

²² Siehe Thiele, Zustimmungen, S. 54, mit dem zutreffenden Hinweis, daß es sich bei (öffentlich-rechtlichen) Genehmigungserfordernissen um einen Eingriff in das Prinzip der Privatautonomie handelt.

²³ So allgemein hinsichtlich des Schutzes Privater vor „sozialer Macht“ auch Isensee, HbStR V, S. 613 Rdnr. 80.

²⁴ Badura, DÖV 1989, 495; Zacher, HbStRI, S. 1104 f. Rdnr. 99. Zu allgemein hingegen Häberle, Wesensgehaltsgarantie, S. 16 und S. 121: Die Sozialstaatsgarantie effektuiert die Freiheitsrechte. Differenzierter hingegen ders., ebenda, S. 40: Lösung von Konflikten im Einzelfall zwischen Grundrechten und Sozialstaatsgarantie durch Güterabwägung.

²⁵ Vgl. Scholz / Langer, S. 34.

²⁶ E. R. Huber, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 263 und S. 267. Siehe auch Fechner, Freiheit und Zwang, S. 80: Freiheit und Zwang als Ausdruck des sozialen Gedankens; Köttgen, Der soziale Bundesstaat, S. 442; Bogs, Das Problem der Freiheit, S. 317.

kurrenzverhältnis zu den Grundrechten. „Sozialer Rechtsstaat“ ist zwar keine Antinomie,²⁷ jedoch in sich partiell dialektisch,²⁸ wenn nicht gar antagonistisch.²⁹

III. Themenabgrenzung

1. Privatrechtsgestaltung und Privatrechtsausgestaltung

Mit den dargelegten Anliegen der Untersuchung sowie dem ihr zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Vorverständnis zum Verhältnis von Rechts- und Sozialstaat sind die Hauptproblemfelder für die vorliegende Untersuchung vorgezeichnet. Ausgangspunkt der Arbeit ist der Dualismus von öffentlichem und privatem Recht, Grundthema der Schutz des letzteren vor Publizierung. Im Hinblick auf die Handlungsformen schwerpunktbestimmend ist der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt. Notwendig ist daher eine Begriffsklärung sowie eine Typisierung der wichtigsten Erscheinungsformen privatrechtsgestaltender Hoheitsakte. Ohne eine Stellungnahme zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht kommt eine Untersuchung zu Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt ebenfalls nicht aus. Wenigstens in Ansätzen muß auch auf das richtige „Mischungsverhältnis“ zwischen beiden Bereichen eingegangen werden. Dies erleichtert die Bewertung privatrechtsgestaltender Hoheitstätigkeit im Rahmen verfassungsrechtlicher Garantien, die vor allem mittels des Übermaßverbotes zugunsten des Privatrechts fruchtbar gemacht werden können.

Das Thema „Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt“ hat aber auch bei großzügiger Ausmessung des Grundrisses der Arbeit eine Weite, die thematische Beschränkungen nötig macht. Die erste versteht sich eigentlich von

²⁷ So auch *Bogs*, 43. DJT, Band II, G 13; *Krebs*, Vorbehalt des Gesetzes, S. 121. Vgl. allerdings auch *Scholz*, Der Staat 13 (1974), 92: ordnungspolitische Antinomien von Sozialstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit.

²⁸ So *H. Huber*, Vertragsfreiheit, S. 20; *Friesenbahn*, 50. DJT, G 11; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 26; *Zacher*, HbStR I, S. 1061 Rdnr. 26; *Abendroth*, Zum Begriff des Rechtsstaates, S. 121 f.: Der Sozialstaatsgedanke als Gegengewicht zu einem liberalistischen Grundrechtsverständnis. Siehe auch *E. R. Huber*, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 250 und S. 269, der zwar davon ausgeht, das Sozialstaatliche und das Rechtsstaatliche bildeten ein zusammengehörendes Ganzes, der die Einheit von Sozialstaat und Rechtsstaat aber als Ziel versteht, wonach Spannungen, Gegensätze und Kollisionen auszugleichen sind. Weiterhin *Bogs*, 43. DJT, Band II, G 13: Spannungsverhältnis, aber kein unüberbrückbarer Gegensatz.

²⁹ Siehe *Badura*, DÖV 1989, 498; vgl. *Raiser*, GG und Privatrechtsordnung, B 15: Das Sozialstaatsprinzip und die vom Grundgesetz garantierte freie Entwicklung der Einzelpersonlichkeit ständen im Verhältnis einer manchmal latenten, manchmal offenen Spannung; ähnlich auch *ders.*, JZ 1958, 5 f. und 8: Die Privatrechtsordnung werde vom Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und sozialer Gerechtigkeit beherrscht. Weiterhin *Roscher*, Vertragsfreiheit, S. 72; *Ress*, VVDStRL 48 (1989), S. 104; *Böckenförde*, NJW 1974, 1538.

selbst. „Hoheitsakt“ ist im Grunde genommen auch jede staatliche Rechtsnorm.³⁰ Untersuchungsgegenstand soll aber nicht insgesamt die privatrechtsrelevante staatliche Rechtsetzung sein, vor allem nicht die allgemeine Regelung privatrechtlicher Verhältnisse durch privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich qualifizierte Gesetze im formellen oder materiellen Sinne,³¹ weder bezüglich modaler Fragen (z. B. des Kodifikationsproblems), noch hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vorgaben.³² Das ergibt sich letztlich bereits aus dem Titel. Es geht um *Privatrechtsgestaltung*, nicht um *Privatrechtsausgestaltung*. Privatrechtsgestaltung zielt ab auf Begründung, Änderung oder Aufhebung *konkreter* Rechte und Pflichten. Privatrechtsausgestaltung³³ meint hingegen die Schaffung der *generellen* öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen *Rahmenbedingungen* für privatrechtliches Handeln, des allgemeinen Rechte- und Pflichtensystems, vor allem für den Abschluß privatrechtlicher Verträge, gelegentlich aber auch für den Inhalt bereits bestehender Schuldverhältnisse.³⁴ Deshalb gehört der Bereich der Drittwirkung nicht unmittelbar zum Bereich Privatrechtsgestaltung.³⁵ Außer Betracht bleibt auch das Problem der unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien der EG im Privatrecht.³⁶

Die Unterscheidung von Privatrechtsgestaltung und Privatrechtsausgestaltung ist theoretisch einigermaßen klar zu ziehen. Das normative Preislen-

³⁰ Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.5.1961, E 12, 354 (361): Der Erlaß eines formellen Gesetzes ist stets Ausübung öffentlicher Gewalt. Weiterhin *W. Wertenbruch*, Gedächtnisschrift für R. Schmidt, S. 89 f.

³¹ Vgl. auch *Kroeber*, S. 13 und *Bürckner*, S. 4, die die privatrechtsgestaltenden Gesetzgebungsakte aus den Bereichen ihrer Untersuchungen ausklammern.

³² Der Einfluß der Grundrechte auf die Privatrechtsordnung ist deshalb nach der Terminologie der vorliegenden Untersuchung keine Frage der Privatrechtsgestaltung, sondern der Privatrechtsbeeinflussung. Anders etwa die Terminologie bei *Richardi*, Festschrift für Schwarz, S. 787.

³³ Siehe auch BGH, Urt. v. 6.6.1977, WM 1977, 1226 (1228): „Ausformung“ von Rechten und Pflichten.

³⁴ Diese Terminologie ist eine Frage der Zweckmäßigkeit. Man kann auch – soweit sich dies nach dem Anliegen der Untersuchung anbietet – einen sehr viel weiteren Gestaltungsbegriff bevorzugen, der gesetzliche Vorgaben für zu schließende Verträge in den Gestaltungsbegriff einbezieht (siehe etwa *Loeber*, S. 93). Das Gesetz ist dann „abstrakt vertragsgestaltend“ (*Loeber*, aaO). Auch *Loeber* blendet dann aber die „abstrakte Vertragsgestaltung“ wieder aus dem Gestaltungsbegriff aus, indem er sie als „Vertragsregelung“ bezeichnet. „Vertragsregelung“ klingt aber noch „konkreter“ als „Vertragsgestaltung“. Deshalb ist der Begriff „Ausgestaltung“ vorzuzugewürdigt.

³⁵ In Randfragen ist hierauf gleichwohl einzugehen, siehe unten C III 3 a, S. 140 ff. Hält man im übrigen den Begriff der Drittwirkung für unglücklich gewählt, da es um den Einfluß der Grundrechte auf den gesamten Normbestand gehe (so *Raiser*, GG und Privatrechtsordnung, B 10), sollte man – zumindest aufgrund der dieser Arbeit zugrundeliegenden Terminologie – stattdessen nicht von der „privatrechtsgestaltenden Kraft des Grundgesetzes“ sprechen (so aber *Raiser*, aaO), sondern von verfassungsrechtlichen „Ausgestaltungsvorgaben“.

³⁶ Vgl. dazu etwa *Veelken*, JuS 1993, 271 f.

kungsrecht,³⁷ auch die Festsetzung von Tarifen im Verkehrsrecht durch Rechtsverordnung (§§ 20 a Abs. 6, 84 f Abs. 5 GüKG, § 51 PBefG), oder die Erscheinungsform des gesetzlichen Kontrahierungszwanges liegen (zunächst)³⁸ außerhalb des Themas der vorliegenden Untersuchung.³⁹ Gleiches gilt für das Zusammenspiel von privatem und öffentlichem Recht auf rein normativer Ebene (sog. Normverknüpfungen⁴⁰), etwa die Anerkennung von öffentlich-rechtlichen Bestimmungen als Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB oder die Beschränkung der Produkthaftung nach § 1 Abs. 2 Nr. 4 ProdHaftG bei Vorliegen zwingender, gegebenenfalls auch öffentlich-rechtlicher Rechtsvorschriften.⁴¹ Die sog. Verdingungsordnungen gehören ebenfalls zur Privatrechtsausgestaltung. Unabhängig davon, wie die Rechtsnatur im einzelnen zu bestimmen ist,⁴² bereiten sie den Abschluß privatrechtlicher Verträge nur vor, nehmen aber keinen unmittelbaren Einfluß auf den Inhalt privatrechtlicher Rechtsverhältnisse.

Mit dieser Ausgrenzung ist aber auch die Problematik der Unterscheidung von Privatrechtsgestaltung und Privatrechtsausgestaltung aufgezeigt. Es kommt unter Umständen zur Trennung von unter anderen Gesichtspunkten sachlich Zusammengehörigem. Die hoheitliche Auferlegung einer Kontrahierungspflicht durch Verwaltungsakt gehört zur Privatrechtsgestaltung, und zwar nach dem folgend zu entwickelnden Verständnis auch dann, wenn sich der Kontrahierungszwang aufgrund einer Norm ergibt, für die der Erlaß des Verwaltungsaktes Tatbestandsmerkmal ist (Beispiel: Tarifgenehmigungen im Verkehrsrecht durch Verwaltungsakt, siehe etwa § 39 Abs. 1 und Abs. 3 PBefG).⁴³ Die Festsetzung von Beförderungsentgelten mittels Rechtsverordnung (z. B. nach § 51 PBefG) zählt als Normgebungsakt hingegen zur Privatrechtsausgestaltung. Nach der Neufassung des AWG besteht sogar eine beschränkte Wahlfreiheit, Eingriffe in Verträge mittels Rechtsverordnung oder mittels Verwal-

³⁷ Siehe dazu das — heute nur wenig wichtige — Preisgesetz v. 10.4.1948, BGBl. III 720-1. Dazu *Mutzbauer*, S. 3 ff.; v. *Zeitzschwitz*, DB 1973, 1435 ff. Eine Übersicht zu hoheitlichen Vorgaben für die Preisgestaltung gibt *Rittner*, Wirtschaftsrecht, § 23 Rdnr. 10 ff.

³⁸ Als verbindendes Element werden sich die grundrechtlichen Garantien erweisen. Siehe dazu die gleich folgenden Ausführungen.

³⁹ Vgl. auch *P. Neumann*, S. 37.

⁴⁰ Siehe *Ossenbühl*, DVBl. 1990, 964.

⁴¹ Siehe *Ossenbühl*, DVBl. 1990, 964. Etwas anderes gilt für den Erlaß von Verwaltungsakten, der dann mittels der Anwendung privatrechtlicher Normen (etwa § 823 Abs. 2 BGB) zu privatrechtlichen Folgen führt. Hierbei handelt es sich um privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte. Vgl. zum Fall der Baugenehmigung unten A V 6 b, S. 44 ff.

⁴² Dazu *Kunert*, S. 60 ff. Bei den Teilen A handelt es sich richtiger Ansicht nach um Verwaltungsvorschriften, bei den Teilen B um AGB.

⁴³ Zur Einordnung in den Bereich der Privatrechtsgestaltung unten A V 5 c, S. 38 ff.

tungsakt anzuordnen.⁴⁴ Eine vergleichbare Austauschbarkeit von Rechtsverordnung und Verwaltungsakten kennt auch § 2 PreisG.⁴⁵

Die Trennung beider Bereiche durch die primäre Orientierung an der Figur des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes ist für die vorliegende Untersuchung gleichwohl aus verschiedenen Gründen unabdingbar. Beim Erlaß von privatrechtsausgestaltenden formellen oder nichtformellen Gesetzen stellen sich nicht zuletzt auch Fragen der Gesetzgebungslehre und -wissenschaft (Kodifikation, Kompetenz, Übergangsrecht etc.). Sie verdienen keine Unterordnung unter verwaltungsdogmatische und hierauf bezogene verfassungsrechtliche Fragestellungen, die jedoch bei Mitbehandlung im Rahmen einer Untersuchung mit eben jenem Schwerpunkt unausbleiblich wäre, soll nicht jeder vernünftige Rahmen für die Arbeit gesprengt werden. Der Erlass vor allem formeller, privatrechtsbeeinflussender Gesetze ist deshalb nur dann Gegenstand des Themas Privatrechtsgestaltung, wo der Bezug hierzu dies verlangt.⁴⁶ Lediglich die teilweise Austauschbarkeit von Verwaltungsakt und Rechtsverordnung gebietet eine beschränkte Hereinnahme des Erlasses von nichtformellen Normen in den Bereich Privatrechtsgestaltung. Der Regelungsbereich des Verwaltungsaktes ist jedenfalls dann nicht erschöpft, wenn zwar in eine größere Zahl von Privatrechtsverhältnissen eingegriffen wird, jedes einzelne aber im Sinne von § 35 S. 2 1. Var. VwVfG bestimmbar ist, weil es nur um in einem bestimmten Zeitpunkt bestehende Sonderbeziehungen geht. Insoweit es durch den Erlass von Rechtsverordnungen oder Satzungen ebenfalls zu einer vergleichbaren Bestandsbeeinträchtigung kommt, ist diese Erscheinung in den Bereich von „Privatrechtsgestaltung“ mit einzubeziehen.

⁴⁴ Neufassung des § 2 Abs. 2 AWG durch das 7. Gesetz zur Änderung des AWG v. 28.2.1992, BGBl. I 372.

Art. 2 Abs. 1 AWG lautet:

„Soweit in diesem Gesetz Beschränkungen zugelassen sind, kann durch Rechtsverordnung vorgeschrieben werden, daß Rechtsgeschäfte oder Handlungen allgemein oder unter bestimmten Voraussetzungen

1. einer Genehmigung bedürfen oder
2. verboten sind.“

Art. 2 Abs. 2 S. 1 AWG lautet jetzt:

„Der Bundesminister für Wirtschaft kann im Einvernehmen mit dem Auswärtigen Amt und dem Bundesminister für Finanzen die notwendigen Beschränkungen von Rechtsgeschäften und Handlungen im Außenwirtschaftsverkehr anordnen, um eine im einzelnen Falle bestehende Gefahr für die in § 7 Abs. 1 genannten Rechtsgüter abzuwenden.“

Art. 2 Abs. 2 S. 4 AWG lautet jetzt:

„Die Anordnung tritt sechs Monate nach ihrem Erlass außer Kraft, sofern die Beschränkung nicht durch Rechtsverordnung vorgeschrieben wird.“

Bei der Anordnung nach Art. 2 Abs. 1 AWG handelt es sich um einen Verwaltungsakt in Form einer Allgemeinverfügung (§ 35 S. 2 1. Var. VwVfG), denn der Kreis der Adressaten ist bestimmbar (Hantke, NJW 1992, 2124).

⁴⁵ Zur Verfassungsmäßigkeit beider Befugniskomplexe siehe BVerfG, B. v. 12.11.1958, E 8, 274 (305 ff.). Vgl. auch Kimminich, DÖV 1970, 226; Klußmann, S. 21.

⁴⁶ Zur teilweisen Einbeziehung des Erlasses von Rechtsverordnungen und Satzungen siehe die folgenden Ausführungen.

Bereits in diesem frühen Stadium der Untersuchung wird somit bereits deutlich, daß es schwierig werden wird, den Begriff „Privatrechtsgestaltung“ als eine eigene dogmatische Kategorie zu entwickeln. Ein Grundanliegen der Untersuchung ist es allerdings auch, verfassungsrechtliche Vorgaben und Grenzen aufzuzeigen, denen vor allem der formelle Gesetzgeber beim Erlass von Ermächtigungen zu privatrechtsgestaltendem Staatshandeln unterliegt. Solches gesetzgeberisches Handeln ist letztlich auch eine Form von Privatrechtsausgestaltung. Aussagen zu verfassungsrechtlichen Garantien betreffen deshalb als verbindende Klammer gleichzeitig die „normale“ Privatrechtsgesetzgebung wie die „Privatrechtsgestaltungsgesetzgebung“. Dadurch, daß die verfassungsrechtlichen Aussagen nicht zwingend auf die eigentliche Privatrechtsgestaltung beschränkt sind, mag dem Eindruck der Willkürlichkeit etwas entgegengewirkt sein, der mit der Unterscheidung von Privatrechtsgestaltung und Privatrechtsausgestaltung zunächst entstehen mag.

2. Vorbehalt zugunsten der Privatrechtswissenschaft

Ein zweiter Bereich von Ausgrenzungen ist disziplinenbedingt. Er folgt aus einer fachlichen Beschränkung der Untersuchung auf das öffentliche Recht. Nicht ihr Thema sind solche Vorgänge, die üblicherweise von der Privatrechtswissenschaft behandelt werden bzw. zu behandeln sind.⁴⁷ Dies betrifft zunächst die vielfältigen justiziellen Genehmigungserfordernisse, etwa im Bereich des Familienrechts, der freiwilligen Gerichtsbarkeit etc. Bei materieller Betrachtung, vor allem dann, wenn man von einem materiellen Verwaltungsaktsbegriff ausgeht, mag eine solche Beschränkung zweifelhaft erscheinen.⁴⁸ So haben etwa vormundschaftliche Genehmigungen (§§ 1793 ff. BGB) zweifellos privatrechtsgestaltenden Charakter.⁴⁹ Die heute für das öffentliche Recht maßgebende Verwaltungsaktsdefinition in § 35 S. 1 i. V. m. § 1 Abs. 4, § 2 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG ist jedoch insoweit eine formelle, als die von Justizbehörden nach privatrechtlichen Gesetzen ausgeübte Tätigkeit ausgegrenzt wird. Damit ist eine entsprechende wissenschaftliche Beschränkung angezeigt und legitim. So enthält etwa § 55 FGG für die Änderung wirksam gewordener Genehmigungen eine Sonderregelung, die für das allgemeine Verwaltungsrecht nicht existiert und gleichzeitig einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des VwVfG ausschließt.⁵⁰ Von Interesse sind für die vorliegende Untersuchung deshalb allein privatrechtsgestaltende Akte der Dritten Gewalt im institutionellen Sinne. Denn die Suche nach einer allgemeinen Dogmatik des privatrechtsge-

⁴⁷ Weitere Ausgrenzungen aufgrund Vorbehalts zugunsten bzw. zulasten der Privatrechtswissenschaft erfolgen im Laufe der Untersuchung bei der Behandlung der jeweiligen Einzelfragen.

⁴⁸ So vor allem W. Wertenbruch, Gedächtnisschrift für R. Schmidt, S. 90 ff.

⁴⁹ Bumiller / Winkler, § 55 Rdnr. 2; Meyer zum Wischen, S. 21; MüKo-Schwab, § 1828 Rdnr. 5; Palm, S. 33.

⁵⁰ MüKo-Schwab, § 1828 Rdnr. 5; Palm, S. 34.

staltenden Staatshandelns trifft von vornherein auf unüberwindliche Schwierigkeiten, nimmt man nach positivrechtlicher Ausgestaltung zu heterogene Erscheinungen mit in die Untersuchung hinein. Ausgeblendet bleiben deshalb auch Fragen des Urheber-, Patent-, Gebrauchsmuster- und Geschmacksmusterrechts.

3. Weitere Beschränkungen

Die folgende Untersuchung ist als monographische Querschnittsuntersuchung konzipiert. In ihr geht es vor allem um Verbindungslinien zwischen öffentlichem und privatem Recht. Entwickelt werden sollen allgemeine verfassungsrechtliche Grenzen, sowie dogmatische Begriffe und Regeln privatrechtsgestaltenden Staatshandelns. Daher stehen solche Hoheitsakte im Vordergrund des Interesses, die für privatrechtsgestaltendes Handeln des Staates typisch sind, deren „Regelhaushalt“ auf andere Erscheinungen, die auf anderen gesetzlichen Grundlagen beruhen, ganz oder zumindest teilweise übertragbar erscheinen. Nicht angestrebt wird hingegen, ein Kompendium privatrechtsgestaltenden Staatshandelns vorzulegen.

Betroffen von der aus diesem Grund notwendigen Beschränkung sind solche Bereiche, die aufgrund spezifischer verfassungsrechtlicher Fundierung dogmatisch weitgehend ein Eigenleben führen, etwa der Bereich „Enteignung“. Der Enteignungsbeschluß ist ein klassischer privatrechtsgestaltender Hoheitsakt. Der relativ ausführliche Verfassungstext des Art. 14 Abs. 3 GG hat insoweit jedoch eine Dogmatik entstehen lassen, deren Erfassung den Umfang der vorliegenden Untersuchung sprengen würde. Gleiches gilt für die Rechtsfragen, die sich aus dem VermG ergeben.⁵¹ Art. 14 Abs. 3 GG kommt deshalb vor allem dann in das Blickfeld dieser Untersuchung, soweit es um die Abgrenzung zu Fragen der Inhalts- und Schrankenbestimmung geht.⁵² Keine auch nur annähernd erschöpfende Behandlung können die privatrechtsgestaltenden Hoheitsakte im Zusammenhang mit arbeitsrechtlichen Kollektivregelungen erfahren, etwa die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen (§ 5 TVG) als privatrechtsgestaltender Hoheitsakt gegenüber nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern und Arbeitgebern,⁵³ oder die Festlegung von Entgelten und

⁵¹ Ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt ist etwa die Entscheidung über die Rückübertragung eines Eigentums- oder sonstigen dinglichen Rechts, siehe § 34 Abs. 1 VermG.

⁵² Unten E II 3, S. 267 ff.

⁵³ Anders allerdings BVerfG, B. v. 24.5.1977, E 44, 322 (340): Die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sei im Verhältnis zu den ohne sie nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Rechtsetzungsakt eigener Art zwischen autonomer Regelung und staatlicher Rechtsetzung. Überzeugend ist diese Auffassung jedoch nicht. Die in § 5 Abs. 1 und Abs. 2 TVG vorgesehenen Mitwirkungsbefugnisse der Arbeitgeber und Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertretungen sind Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Allgemeinverbindlicherklärung. Sie ändern nichts daran, daß es sich bei der Erklärung selbst um einen Hoheitsakt handelt. Dadurch, daß keine Pflicht zum Erlaß der Allgemeinverbindlicherklärung auch bei zustimmender Stellungnahme besteht, verbleibt die Verant-

sonstigen Vertragsbedingungen für Heimarbeitende nach § 19 HAG. Das typische soziale Spannungsfeld, in dem solche Maßnahmen stattfinden, hat in Art. 9 Abs. 3 GG einen speziellen verfassungsrechtlichen Hintergrund. Die Garantie der Koalitionsfreiheit verlangt in besonderer Weise staatliche Zurückhaltung.⁵⁴ Die dadurch aufgeworfenen Fragen lassen sich ebenfalls nicht in eine Untersuchung zu allgemeinen verfassungsrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Fragen integrieren. Inwieweit Art. 9 Abs. 3 GG dogmatische Sonderwege erlaubt bzw. fordert und wie die vom Gesetzgeber gewählten Wege einzuordnen sind, ist nur durch eigenständige monographische Untersuchungen angemessen zu behandeln. Es stellen sich zu viele Spezialfragen, die erst nach langen Vorbehandlungen Ertrag für die allgemeine Dogmatik hoheitlicher Privatrechtsgestaltung abwerfen können.⁵⁵

Nicht Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind schließlich alle Tätigkeiten des Staates in privatrechtlichem Gewande.⁵⁶ Begibt der Staat sich ins Privatrecht, gestaltet er zwar private Rechtsverhältnisse, jedoch nicht durch Hoheitsakt.

IV. Klassifizierung privatrechtsgestaltender Staatsakte als Strukturvorgabe für die Untersuchung

1. Öffentliche und private Interessen

Privatrechtsgestaltende Hoheitsakte kommen in der deutschen Rechtsordnung an unterschiedlichsten Stellen und in verschiedensten Zusammenhän-

wortung für ihren Erlaß und auch ihren Inhalt umfassend beim Staat, trotz des unbestreitbar großen Einflusses der Tarifvertragspartner im Vorfeld (anders BVerfG, aaO, S. 34, das davon ausgeht, daß hinsichtlich der inhaltlichen Gestaltung und „der Gesetzgebungsinitiative“ das „Schwergewicht“ eindeutig bei den Tarifparteien liege.). Vgl. im übrigen auch BVerwG, Urt. v. 3.11.1988, E 80, 355 ff., zur Möglichkeit verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes bei Ablehnung einer Allgemeinverbindlicherklärung durch die zuständigen staatlichen Stellen.

⁵⁴ Siehe nur BVerfG, B. v. 27.2.1973, E 34, 307 (316): Der Gesetzgeber habe kraft der Grundentscheidung des Art. 9 Abs. 3 GG die Bestimmung über alle regelungsbedürftigen Einzelfragen des Arbeitsvertrages den in den Tarifparteien organisierten Arbeitnehmern und Arbeitgebern zu überlassen; B. v. 24.5.1977, E 44, 322 (341): „Normsetzungsprärogative“ der Koalitionen.

⁵⁵ Nicht nur die Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG ist umstritten (siehe BVerfG, B. v. 24.5.1977, E 44, 322 / 338 ff.). Für die Festsetzungen von Heimarbeitsausschüssen bzw. seine Entscheidungen nach § 19 und § 1 Abs. 4 HAG ist schon unklar, ob es sich um einen staatlichen Hoheitsakt handelt. Zu Recht ablehnend BVerfG, B. v. 27.2.1973, E 34, 307 (320): Im Heimarbeitsausschuß ständen sich „unorganisierte Tarifparteien“ gegenüber; die Qualität der Festsetzungen als Rechtsregeln folge aus der staatlichen Anerkennung, die im Art. 9 Abs. 3 GG wurzele.

⁵⁶ So auch *Bürckner*, S. 1, für den Bereich seiner Untersuchung.

gen vor. Es gibt deshalb eine Reihe von Möglichkeiten der Klassifizierung.⁵⁷ Eine ist die der Unterscheidung zwischen der Wahrnehmung öffentlicher oder privater Interessen. Primäres Ziel einer Reihe von privatrechtsgestaltenden Staatsakten ist allein die Geltendmachung öffentlicher Belange. Andere, vor allem die Zustimmungsvorbehalte der Arbeitsverwaltung im besonderen Kündigungsschutzrecht (etwa § 9 Abs. 3 MuSchG, §§ 14 ff. SchwbG), dienen vor allem oder zumindest auch privaten Interessen.⁵⁸ Als Strukturvorgabe für eine weitere Untersuchung eignet sich diese Unterscheidung allerdings nicht.⁵⁹ „Privates“ und „öffentliches Interesse“ geben nur sehr allgemeine Richtungen für eine Unterscheidung an.⁶⁰ Beide Gruppen stehen in keinem notwendigen oder begrifflich absoluten Gegensatz.⁶¹ Vor allem die Diskussion um die Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht⁶² hat deutlich ergeben, daß auf diese Weise keine eindeutigen Zuordnungen möglich sind. Dies hat im wesentlichen zwei Gründe. Die meisten Rechtsnormen, auch solche, die zur Herbeiführung privatrechtsgestaltender Wirkungen ermächtigen, dienen gleichzeitig öffentlichen und privaten Interessen.⁶³ Des weiteren ist in vielen Fällen das, was als „öffentliches Interesse“ bezeichnet wird, nichts anderes als die Verallgemeinerung von privaten Belangen,⁶⁴ die Kumulation einer unbestimmten Zahl von Einzelinteressen. Aus dem Bereich der privatrechtsbeeinflussenden Wirtschaftsaufsicht⁶⁵ paradigmatisch genannt sei das Genehmigungserfordernis für Änderungen des Geschäftsplans einer Versicherung nach §§ 8 Abs. 1 Nr. 2 1. Var., 13 Abs. 1 VAG. Die Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung ist nicht privatrechtsgestaltend, d. h. ohne Einfluß auf die Wirksamkeit abgeschlossener Verträge.⁶⁶ Nach Auffassung des BVerwG ist das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen bei der Entscheidung über die Genehmigungserteilung auch nicht als „Stellvertreter“ für die Versicherten, sondern nur zur Wahrung öffentlicher Interessen tätig.⁶⁷ Unter dem Gesichtspunkt der Interes-

⁵⁷ Siehe sehr detailliert zur Gruppenbildung bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten *L. Schmidt*, S. 71 ff.

⁵⁸ Vgl. auch schon *O. Lange*, AcP 152 (1952/53), 251 f.

⁵⁹ So auch für den Bereich seiner Untersuchung *Meyer zum Wischen*, S. 14.

⁶⁰ Vgl. *Kunert*, S. 73 ff. Instrukтив auch *Hügel*, S. 30, zur Frage, ob private Belange zu den „überwiegenden Gründen des Allgemeinwohls“ im Sinne der straßenrechtlichen Teileinziehungsbestimmungen gehören.

⁶¹ *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht, S. 87.

⁶² Dazu ausführlich unten B I 1, S. 52 ff.

⁶³ Vgl. *D. Schmidt*, S. 88 f. Speziell im Zusammenhang mit privatrechtsgestaltendem Staatshandeln *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1. Auflage, S. 93; *Jacobi*, Grund-lehren, § 24 IV 1, S. 378. Die Interessentheorie wird zur Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht deshalb heute – wenn überhaupt – nur im Zusammenhang mit anderen Kriterien verwendet. Siehe ausführlich unten B I 1, S. 52 ff.

⁶⁴ Vgl. *Manssen*, Örtliche Bauvorschriften, S. 77 m. w. N.

⁶⁵ Nachweise lassen sich auch anhand anderer Rechtsgebiete führen, siehe zum Bau-recht etwa *Manssen*, Örtliche Bauvorschriften, S. 77.

⁶⁶ *Prölss*, VAG, § 13 Rdnr. 13.

⁶⁷ BVerwG, Urt. v. 14.10.1980, E 61, 59 (65).

sen der Allgemeinheit dürfe die Genehmigung zur Änderung nur dann versagt werden, wenn schutzwürdige Belange der Versicherten in schwerwiegender Weise beeinträchtigt würden.⁶⁸ Konsequenterweise verneint es ein Anfechtungsrecht des einzelnen Versicherten gegen die Erteilung der Genehmigung, auch wenn diese mittelbar Einfluß auf die Versicherungsverträge hat.⁶⁹ Es gehe um die Interessen der Gesamtheit der Versicherten, nicht jedes einzelnen Versicherten.⁷⁰ Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß das öffentliche Interesse, das die Verweigerung der Genehmigung erlaubt, sich gleichwohl aus der nicht hinreichenden Wahrung der Interessen einer Zahl von Einzelnen, also einer Kumulation von Einzelinteressen ergibt. Eine Unterscheidung von „öffentlich“ und „privat“ ist daher im Hinblick auf die Motivation von staatlichen Maßnahmen allenfalls möglich im Sinne von „primär öffentlich“ und „auch privat“. Grundsätzliche Unterschiede läßt diese Unterscheidung aufgrund der letztlich fließenden Übergänge aber höchstens bezüglich von Einzelfällen erwarten.

2. Unterscheidung nach Zwecken

Ein weiteres mögliches Unterscheidungskriterium sind die Zwecke privatrechtsgestaltenden Staatshandelns.⁷¹ Die Zielsetzungen, die mit privatrechtsgestaltendem hoheitlichem Handeln verbunden sind, sind extrem vielfältig. Deutlicher Beleg hierfür ist, daß vor allem Ermächtigungen zum Erlass privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte in fast jedem Gebiet des besonderen Verwaltungsrechts vorkommen, sei es in den unterschiedlichsten Sparten des Wirtschaftsverwaltungsrechts wie im Kartellrecht (§§ 17, 18 GWB) oder Versicherungsaufsichtsrecht (§ 81 a VAG), sei es im Bodenrecht (§ 19 BauGB, § 2 GrstVG), im Sozialrecht (z. B. § 90 BSHG), oder in der Arbeitsverwaltung (§ 9 Abs. 3 MuSchG, §§ 14 ff. SchwbG). Selbst innerhalb einzelner Gesetze ist vielfach ein einheitlicher, für die konkrete Rechtsanwendung fruchtbar zu machender Zweck nicht zu ermitteln.⁷² Eine Unterscheidung nach Zwecken führt deshalb eher zu einer Aufsplitterung als zu einer Auffächerung der Untersuchung des privatrechtsgestaltenden Staatshandelns.

Eine solche Klassifikation wäre zudem nicht nur unpraktisch, sondern auch dogmatisch weitgehend irrelevant. Denn es gibt keinen vorgegebenen Kanon von Staatszwecken.⁷³ Staatszwecke werden vielmehr in weitem Umfang von

⁶⁸ BVerwGE 61, 59 (65).

⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 16.7.1968, VersR 1969, 25 (26).

⁷⁰ BVerwG, VersR 1969, 25 (26).

⁷¹ Siehe ausführlich L. Schmidt, S. 38 ff., S. 74 ff.; auch W. Wertenbruch, Gedächtnisschrift für R. Schmidt, S. 103 ff.

⁷² Vgl. Möschel, Oligopolmißbrauch, S. 148, für die Mißbrauchsaufsicht nach dem GWB.

⁷³ Bull, Staatsaufgaben, S. 369 ff.

den zuständigen Organen im Rahmen der Vorgaben der Verfassung definiert.⁷⁴ Die zu verfolgenden öffentlichen Interessen sind daher offen. Auch sagt die Einordnung eines Zweckes, etwa die Zuordnung zu einer Verfassungsbestimmung, nichts über seine Durchsetzungsfähigkeit. Für viele Zwecke gibt es zwar verfassungsrechtliche Abstützungen, für die denkbaren Gegengründe jedoch auch. Jedenfalls hätte eine Kategorisierung nach Zwecken keine unmittelbaren dogmatischen Folgewirkungen.

3. Aufgliederung nach Handlungsformen

Es gibt im wesentlichen drei Handlungsformen für privatrechtsgestaltendes Staatshandeln: Verwaltungsakt, Rechtsverordnung (etwa nach §§ 5 ff. AWG) und Satzung.⁷⁵ Auch hiernach läßt sich eine Untersuchung zum Thema „Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt“ jedoch ebenfalls nicht strukturieren. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt ist schon aufgrund der Häufigkeit seines Vorkommens so dominierend, daß ihm Rechtsverordnung und Satzung – auch wenn man beides zusammenfassen würde – nicht als gleichgewichtige Handlungsformen entgegengesetzt werden können.

4. Grundrechtlich orientierte Unterscheidung

a) Die grundsätzliche Eignung einer Aufteilung anhand grundrechtlicher Garantien

Als Gliederungsprinzip einer um grundsätzliche Aussagen bemühten Untersuchung bietet sich am ehesten eine Aufteilung mit grundrechtlicher Akzentuierung an. Die hier interessierenden privatrechtsgestaltenden Hoheitsakte betreffen im wesentlichen drei vom Privatrecht verwirklichte Freiheitsbereiche, die grundrechtlich an unterschiedlichen Stellen allgemein abgesichert sind:⁷⁶ Entweder handelt es sich um Eingriffe im Zusammenhang mit der von der Rechtsprechung im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG verorteten Vertragsfreiheit, oder die Staatsakte nehmen Einfluß auf die Verbandsbildung (Art. 9 Abs. 1 GG), oder sie betreffen die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG).⁷⁷ Eine Auf-

⁷⁴ Siehe etwa *Reuß*, DVBl. 1976, 928; vgl. auch *Steiner*, DÖV 1970, 528 f.

⁷⁵ Zur „Ausblendung“ des formellen Gesetzes siehe oben A III 1, S. 6 ff.

⁷⁶ Zur Ausklammerung der besonderen verfassungsrechtlichen Garantien mit Tendenz zur dogmatischen Sonderstellung, also vor allem Art. 14 Abs. 3 und Art. 9 Abs. 3 GG, siehe oben A III 3, S. 11 ff.

⁷⁷ Ähnlich auch schon die Einteilung bei *E. R. Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht* 2. Auflage, S. 78 ff., der für den Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrecht unterscheidet zwischen eigentumsgestaltenden, vertragsgestaltenden und verbandsgestaltenden Wirtschaftsverwaltungsakten. Die Begriffe von *Huber* sind jedoch teilweise zu eng. So sind die Zustimmungserfordernisse zu einseitigen Rechtsgeschäften nicht unmittelbar vertragsgestaltend, gehören aber trotzdem in den thematischen Umkreis des Bereichs Vertragsfreiheit. Zutreffende Kritik gegenüber der Terminologie von *Huber* bei *Bengel*, S. 131.

fächerung entsprechend dieser verfassungsrechtlichen Garantien ist vor allem deshalb weiterführend, weil die genannten Grundrechte unmittelbare und unterschiedliche Anforderungen an privatrechtsgestaltende Legislativ- und Exekutivmaßnahmen stellen. So steht die Vertragsfreiheit – soweit man sie durch Art. 2 Abs. 1 GG garantiert sieht – unter einem weiten Gesetzesvorbehalt,⁷⁸ während Art. 9 Abs. 2 GG nur in besonderen Fällen Eingriffe in die Vereinigungsfreiheit zulässt.⁷⁹ Soweit die Eigentumsgarantie betroffen ist, ist es oft von entscheidender Bedeutung, ob eine Inhalts- und Schrankenbestimmung (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) vorliegt, oder eine „Enteignung“ nach Art. 14 Abs. 3 GG anzunehmen ist.⁸⁰

b) Die privatrechtsgestaltende Tätigkeit der öffentlichen Hand gegenüber sich selbst

Mit der grundrechtlichen Aufteilung soll nicht mehr als ein grober thematischer Orientierungsrahmen gesteckt werden. Sachlich Zusammengehöriges wird – zumindest in diesem Zusammenhang – gebündelt und nicht getrennt werden. Deshalb wirkt das einfache Recht zum Teil themenzusammenfassend, wo ein striktes Abstellen auf das Verfassungsrecht trennen würde. Problematisch an einer strikt grundrechtlich orientierten Betrachtungsweise wäre etwa, daß auch die öffentliche Hand in nicht unerheblichem Umfang Privatrechtsfähigkeit in Anspruch nimmt und teilweise auch gegenüber sich selbst privatrechtsbeeinflussend⁸¹ tätig wird. Solches Verhalten auf bundesrechtlicher Grundlage, vor allem durch Tarifgenehmigungen, gegenüber Rechtsträgern ohne grundrechtliche Absicherung findet statt gegenüber Unternehmen der Daseinsvorsorge, etwa der Bundesbahn (§ 16 Abs. 1 S. 1 BBahnG),⁸² der Bundespost (§ 28 Abs. 1 i. V. m. § 23 Abs. 3 Nr. 6 PostVerfG),⁸³ Flughafenunternehmen (§ 43 LuftVZO)⁸⁴ oder den Energieversorgungsunternehmen (§ 7 EnWG und die hierauf beruhenden Tarifforderungen⁸⁵). Bundesbahn und Bundespost

⁷⁸ Ausführlich unten C III, S. 130 ff.

⁷⁹ Ausführlich unten D II, S. 204 ff.

⁸⁰ Ausführlich unten E II 3, S. 267 ff.

⁸¹ Der Ausdruck „privatrechtsbeeinflussend“ wird im folgenden gewählt, wenn zunächst die Frage offen gelassen werden soll, ob eine Maßnahme nach den noch zu entwickelnden Maßstäben „privatrechtsgestaltend“ ist oder nicht.

⁸² Siehe auch *Dörschuck*, S. 44 und vor allem *N. Mayer*, Rechtsschutz im Rahmen staatlicher Tarifgenehmigungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Verhältnisses zwischen Deutscher Bundesbahn und Bundesverkehrsminister (1992).

⁸³ Vgl. *Badura*, ArchivPF 1991, 393. Die Genehmigung von Beteiligungsprojekten ist allerdings nicht privatrechtsgestaltend, da die Erteilung oder Nichterteilung ohne Einfluß auf die private Rechtslage bleibt, vgl. *Badura*, aaO.

⁸⁴ Vgl. BVerwG, Urt. v. 8.7.1977, DÖV 1978, 619 (620).

⁸⁵ Vgl. etwa § 12 BTO-Elt und dazu *Mutzbauer*, S. 19 ff. Keine Genehmigungspflicht gibt es hingegen im Bereich der BTO-Gas, siehe *Evers*, Recht der Energieversorgung, S. 165 ff.

sind schon aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Rechtsform (§ 1 BBahnG, § 2 Abs. 1 PostVerfG) nicht grundrechtsfähig. Auch den Elektrizitätsunternehmen hat das BVerfG die Grundrechtsfähigkeit in weitem Umfang abgesprochen.⁸⁶ Bei ihnen hat in der Regel die öffentliche Hand aufgrund eigener Kapitalbeteiligung die Möglichkeit, entscheidenden Einfluß auf die Geschäftsführung zu nehmen; sie erfüllen weiterhin auch eine Aufgabe der Daseinsvorsorge.⁸⁷ Gleiches gilt für Flughafenunternehmer.

Privatrechtsgestaltende Tätigkeit des Staates gegenüber der öffentlichen Hand gibt es ebenfalls nach Landesrecht. Die meisten privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakte haben zwar eine bundesrechtliche Grundlage. Das Beruhen auf Bundesrecht ist aber keine typusbestimmende Eigenschaft. Auch das Landesrecht hat durchaus die Kompetenz zur Anordnung privatrechtsgestaltender Wirkungen. Insofern ist die Rechtslage eine andere als bei den ebenfalls im Kommunalrecht vorkommenden Formerfordernissen.⁸⁸ Die Anordnung einer Genehmigungspflicht hat – unter der insoweit maßgeblichen Sichtweise des Art. 55 EGBGB und des Art. 74 Nr. 1 GG –⁸⁹ eindeutig öffentlich-rechtlichen Charakter. Anders als die genannten Formvorschriften braucht man die Genehmigungserfordernisse nicht in den Bereich des Organinnenrechts zu verweisen,⁹⁰ um ihnen das kompetenzrechtliche Überleben zu sichern. So enthalten die in der Bundesrepublik geltenden Kommunalordnungen eine, wenn auch im Abbau begriffene, so doch immer noch beachtliche Zahl von Genehmigungserfordernissen für von den Gemeinden abzuschließende private Rechtsgeschäfte.⁹¹ Auch das Stiftungsrecht sieht Genehmigungserfordernisse⁹² bzw. Anzeigepflichten mit Beanstandungs- und Untersagungsmöglichkeit⁹³ vor, und zwar gleichermaßen für öffentlich-rechtliche wie für privatrechtliche Stiftungen.

Theoretisch wäre es allerdings auch denkbar, den Bereich der Privatrechtsgestaltung der öffentlichen Hand gegenüber sich selbst aus dem Thema zu verbannen. Es ist im Grenz- und Überschneidungsbereich von privatem und öffentlichem Recht keineswegs so, daß „privatrechtlich“ durchgehend mit „pri-

⁸⁶ BVerfG, B. v. 16.5.1989, JZ 1990, 335. Ablehnend gegenüber dieser Entscheidung etwa Kühne, JZ 1990, 335 f.; Schmidt-Aßmann, BB 1990, Beilage 34, S. 4 ff.

⁸⁷ Zu diesen Kriterien siehe BVerfG, B. v. 16.5.1989, JZ 1990, 335.

⁸⁸ Etwa Art. 38 Abs. 2 S. 1 BayGO.

⁸⁹ Wie noch zu zeigen sein wird, ist die Aufteilung von Rechtsnormen in die Kategorien „öffentlich-rechtlich“ und „privatrechtlich“ nicht absolut, sondern relativ. Siehe unten B I 3, S. 98 ff.

⁹⁰ Siehe zu den Formvorschriften nach Kommunalrecht BGH, Urt. v. 16.11.1978, NJW 1980, 117 (118). Ähnliches wird auch im Hinblick auf das Recht zur unentgeltlichen Kurzberichterstattung über Sportereignisse diskutiert. Siehe Steiner, Sport und Medien, S. 47.

⁹¹ Aus dem Bereich der BayGO siehe etwa Art. 72 Abs. 1, Art. 72 Abs. 2 S. 2, Art. 91 Abs. 2 S. 1 BayGO sowie die umfassende Anordnung privatrechtsgestaltender Wirkung in Art. 117 Abs. 2 BayGO.

⁹² Siehe etwa Art. 31 BayStiftG.

⁹³ Etwa § 13 Abs. 1 BWStiftG, § 21 Abs. 2 und Abs. 3 NWStiftG.

vat“ gleichgesetzt werden kann. So hat etwa die Diskussion um die Rechtsfigur der „Beleihung“ ergeben, daß die allerdings seltene Erscheinung der Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf publizierte Gesellschaften keine Form von Beleihung ist.⁹⁴ Die weitgehende Publizierung von Unternehmen im Bereich der Elektrizitätswirtschaft und der Flughäfen ist jedoch nicht der vom Gesetz vorgesehene Regelfall. Bei gleicher gesetzlicher Grundlage bietet sich deshalb keine Trennung zwischen publizierten und nicht publizierten Unternehmen an. Es ist zudem durchaus zulässig, eine eventuell auch vom Verfassungsrecht gespeiste einfachrechtliche Dogmatik entsprechender privatrechtsgestaltender Akte zu entwickeln und sie gegebenenfalls kraft einfachen Rechts auch auf Unternehmen ohne entsprechenden Grundrechtsschutz anzuwenden. Das wäre eine zulässige Konsequenz daraus, daß sich die Rechtsprechung weigert, aus der Tatsache, daß bei Genehmigungserteilungen Genehmigungsbehörde und Genehmigungsempfänger der öffentlichen Hand angehören,⁹⁵ rechtliche Folgerungen zu ziehen.⁹⁶ Selbst bei rein staatsbezogenen Aufsichtsakten, etwa im Kommunalrecht, ist keine völlige Sonderbehandlung des privatrechtsgestaltenden Handelns des Staates „gegenüber sich selbst“ angezeigt. So ist der am privaten, genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft mit einer Kommune beteiligte Vertragspartner in der Regel ein normales Privatrechtssubjekt. Damit stellen sich beispielsweise bei der Aufhebung einer erteilten Genehmigung aber ähnliche Fragen etwa hinsichtlich des Bestandsschutzes wie bei anderen privatrechtsgestaltenden Akten auch.

c) Weitere Relativierung des grundrechtlichen Orientierungsrahmens

Die Einteilung nach vertrags-, verbands- und eigentumsgestaltenden Staatsakten ist noch in weiterer Hinsicht nur ein Grobraster für die weitere Gliederung der Arbeit. So wird die staatliche Mitwirkung an der Gründung privatrechtlicher Stiftungen (§ 80 BGB) im Zusammenhang mit der Vereinigungsfreiheit behandelt werden.⁹⁷ Das geschieht aus Gründen des Sachzusammenhangs. Es geht um die konstitutive staatliche Mitwirkung am Entstehen einer neuen Rechtsperson, wie sie sonst auch im Vereinsrecht (§ 22 BGB) stattfindet. Insofern besteht eine enge Verwandtschaft zwischen einfachrechtlicher Vereinigungs- und Stiftungsfreiheit, auch wenn erstere in Art. 9 Abs. 1 GG, letztere

⁹⁴ Ausführlich Steiner, *Öffentliche Verwaltung durch Private*, S. 201 ff., weiterhin ders., DÖV 1970, 531 f.

⁹⁵ Schmidt-Preuß, *Privatinteressen*, S. 28 f., bezeichnet diese Fälle als solcher „unechter Multipolarität“.

⁹⁶ Vgl. etwa BVerwG, Urt. v. 8.7.1977, DÖV 1978, 619 (620) für die Genehmigung nach § 43 LuftVZO: Es sei unerheblich für die Frage der Klagebefugnis eines Luftverkehrsunternehmens gegen eine Genehmigung nach § 43 LuftVZO, daß Genehmigungsempfänger ein Unternehmen der öffentlichen Hand sei.

⁹⁷ Unten D III, S. 217 ff.

höchstens in Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich abgesichert ist.⁹⁸ Um eine darstellungsmäßige Aufsplitterung des Stiftungsaufsichtsrechts zu vermeiden, werden dann auch die Fragen der Genehmigungsbedürftigkeit bestimmter Rechtsgeschäfte von Stiftungen dort und nicht bei der Vertragsfreiheit diskutiert, denn die relevanten Fragen hängen ihrerseits wiederum unmittelbar mit der verfassungsrechtlichen Garantie der Stiftungsfreiheit zusammen.⁹⁹

V. Begriffe und begriffliche Grenzen privatrechtsgestaltenden Staatshandelns

1. Der Begriff „Hoheitsakt“

Nicht jeder Rechtsakt aufgrund öffentlichen Rechts ist „Hoheitsakt“, sondern nur ein solcher, der von einer staatlichen Behörde ausgeht. „Hoheitsakte“ sind staatliche Rechtsakte auf öffentlich-rechtlicher Grundlage. Nicht zum Bereich Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt gehören deshalb öffentlich-rechtliche Willenserklärungen Privater mit privatrechtsgestaltender Wirkung. Sie gibt es vor allem im Kartellrecht bei den Anmelde- und Widerspruchskartellen (§ 9 GWB). Die öffentlich-rechtliche Natur einer Anmeldung folgt aus allgemeinen Grundsätzen.¹⁰⁰ Mit der Anmeldung wird ein Verwaltungsverfahren eingeleitet, an dessen Ende im Fall der §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 a I, 5 b I GWB ein Widerspruch, also ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt stehen kann. Bei den reinen Anmeldekartellen (§§ 5 Abs. 1, 6 Abs. 1 GWB) und in den Fällen, in denen bei einem Widerspruchskartell kein Widerspruch erfolgt, ist im Ergebnis die Anmeldung „privatrechtsgestaltend“.¹⁰¹ Ähnliches gilt für den Bereich der Zusammenschlußkontrolle (§§ 24, 24 a GWB). Die Anmeldung nach § 24 a Abs. 4 1. HS führt zu den dort und im 2. HS genannten privatrechtsgestaltenden Rechtsfolgen, ohne daß ein Hoheitsakt vorliegt.¹⁰²

⁹⁸ Zum Schutz der Stiftungsfreiheit durch Art. 2 Abs. 1 GG siehe BVerwG, Urt. v. 22.9.1972, E 40, 347 (348); Scholz, in: Maunz / Dürig, Art. 9 Abs. 1, Rdnr. 62; ausführlicher unten D III, S. 217 ff.

⁹⁹ Unten D III 4, S. 221 ff.

¹⁰⁰ Das GWB ist je nach Norm als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu qualifizieren. GK-Trautmann, § 9 Rdnr. 2 (Stand: 1984), will der Anmeldung keine verfahrensrechtliche, sondern nur eine verfahrenstatsächliche Bedeutung zumessen. Überzeugend ist die dafür gegebene Begründung, daß es sich nicht um einen Antrag auf Nichtwiderspruch handelt, jedoch nicht. Auch wenn Rechtsbehelf gegen den Widerspruch die Anfechtungsklage ist, ist doch die Anmeldung eine öffentlich-rechtliche Willenserklärung.

¹⁰¹ Daß die Wirksamkeit der Vereinbarung bei den Widerspruchskartellen noch vom Ablauf einer Frist abhängt, ist kein entscheidendes Argument gegen eine privatrechtsgestaltende Wirkung der Anmeldung, denn es handelt sich rechtstechnisch um nichts anderes als eine vom Gesetz angeordnete „Hemmung“.

¹⁰² Privatrechtsgestaltend ist allerdings die Mitteilung des Kartellamtes, daß das Vorhaben die Untersuchungs Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 GWB nicht erfüllt.

2. „Zustimmung“, „Erlaubnis“, „Genehmigung“

Das Zivilrecht unterscheidet in §§ 182 – 184 BGB terminologisch – wenn auch nicht mit letzter Konsequenz –¹⁰³ zwischen vorheriger Zustimmung (Erlaubnis) und nachträglicher Zustimmung (Genehmigung).¹⁰⁴ Diese Unterscheidung hätte auch im öffentlichen Recht eine sachliche Berechtigung. So müssen vor allem Zustimmungen zu einseitigen Rechtsgeschäften kraft öffentlichen Rechts in der Regel vor Ausübung des Gestaltungsrechts vorliegen.¹⁰⁵ Öffentlich-rechtliche Gesetze gehen begriffsmäßig jedoch andere Wege als das Zivilrecht. So wird in § 4 BImSchG eine im Grundsatz vor Inbetriebnahme der Anlage einzuholende Zustimmung als „Genehmigung“ bezeichnet. Umgekehrt spricht das GWB durchgehend von „Erlaubnis“, wo nach zivilrechtlicher Ausdrucksweise „Genehmigung“ gemeint ist (etwa in §§ 4 Abs. 1, 5 Abs. 2 und Abs. 3, 6 Abs. 2, 7 Abs. 1, 8 Abs. 1). Im öffentlich-rechtlichen Sinne kann daher „Genehmigung“ sowohl eine vorherige, als auch eine nachträgliche Genehmigung sein.

Nicht durchgesetzt hat sich auch ein Vorschlag Kormanns, der Zustimmung zu Willenserklärungen als Genehmigungen und Zustimmungen zu tatsächlichen Handlungen als Erlaubnisse bezeichnen will.¹⁰⁶ § 4 BImSchG spricht von „Genehmigung“, obwohl es um tatsächliches Verhalten geht, das GWB hingegen von „Erlaubnis“, obwohl Rechtsgeschäfte Bezugsgegenstand sind. Die terminologiebildende Kraft der Gesetzessprache ist auch für den wissenschaftlichen Bereich von zu großer Bedeutung, um dem Vorschlag Kormanns zu folgen.¹⁰⁷

3. Der Begriff „Privatrechtsgestaltung“

a) Grundsätze für die Begriffsbildung

Durch die Verwobenheit von öffentlichem und privatem Recht ausgesprochen umstritten und schwer faßbar ist der Ausdruck „Gestaltung“. Hierfür werden zum Teil sehr enge, zum Teil sehr weite Definitionen angeboten. Eine Diskussion der vertretenen Standpunkte ist nur dann sinnvoll möglich, wenn klar gestellt ist, welchem Zweck die angestrebte Begriffsbildung dienen soll.¹⁰⁸

¹⁰³ Siehe etwa § 1828 BGB und dazu MüKo-Schwab, § 1828 Rdnr. 4: Der Begriff Genehmigung nach § 1828 BGB umfaßt die vorherige wie auch die nachträgliche Zustimmung des Vormundschaftsgerichts zu einem Rechtsgeschäft.

¹⁰⁴ Vgl. etwa Soergel-Leptien, vor § 182 Rdnr. 1 f.; RGRK-Steffen, § 182 Rdnr. 5.

¹⁰⁵ Vgl. etwa § 9 Abs. 3 MuSchG; ausführlicher unten F I 2, S. 276 ff.

¹⁰⁶ Kormann, S. 88.

¹⁰⁷ Anders hingegen Greiffenhagen, S. 69, der für den Bereich der Literatur meint feststellen zu können, die Unterscheidung von Kormann habe „allgemein Anklang gefunden“.

¹⁰⁸ Zutreffend der Hinweis von K. Schmidt, Kartellverfahrensrecht, S. 151: Der weitgehende Streit um die Begriffsbildung des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsaktes beruhe