

Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt

Verfassungsrechtliche und
verwaltungsrechtliche Grundfragen

von

Gerrit Manssen



J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen

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 Privatrechtslage	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 Publifizierung	100
1. Hoheitliche Privatrechtsgestaltung als Erscheinungsform der Publifizierung des Privatrechts	100
2. Publifizierung und Privatisierung	102
3. Unmittelbare Publifizierung	104
4. Gründe für die Publifizierung	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 Publifizierung 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

<i>Inhaltsverzeichnis</i>	XV
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 öffentlicht-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 verwaltungsverfahrensrechtliche 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 privatrechts-gestaltenden 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. „Verfahrensdurchgriff“ 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