

Der Treuhänder in der Entflechtung als Beliehener

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Fabian Bürk
aus Böblingen

2005

Dekan:

Prof. Dr. Martin Nettesheim

1. Berichterstatter:

Prof. Dr. Wernhard Möschel

2. Berichterstatter:

Prof. Dr. Wolfgang Marotzke

Tag der mündlichen Prüfung:

18. Juli 2005

Meinen Eltern

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	VII
Gegenstand der Untersuchung	1
1. Teil. Bestellung des Entflechtungstreuhänders	3
A. Rechtsmacht	3
I. Qualifizierung	3
1. Bisherige Ansicht.....	3
a. Gesetzlicher Verwalter	3
b. Vergleichbarkeit mit Insolvenzverwalter	4
c. Privatrechtlich wegen Ersatzvornahme	4
2. Eigene Ansicht.....	5
a. Abgrenzungstheorien.....	5
b. Beliehener.....	6
aa. Erforderlichkeit der Grundrechtsbindung	8
bb. Handeln setzt hoheitliche Rechtsmacht voraus.....	9
cc. Hoher Grad von Selbständigkeit.....	12
dd. Grundrechtsrelevanz.....	12
c. Öffentlich-rechtliche Ersatzvornahme.....	15
aa. Ersatzvornahme	15
bb. Öffentlich-rechtlich	18
3. Vergleich	23
II. Umfang	24
III. Keine Mitwirkung von Gesellschaftsorganen	25
IV. Einräumung	27
1. Bisherige Ansicht.....	27
a. Nicht durch Verwaltungsakt	27
b. Nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	27
c. Durch privatrechtlichen Vertrag	29
2. Eigene Ansicht.....	30
a. Nicht durch privatrechtlichen Vertrag.....	30
b. Nicht durch einseitigen Verwaltungsakt	30
c. Durch Verwaltungsakt auf Zustimmung	32
d. Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	33
3. Vergleich	34
V. Aufsicht	35
1. Bisherige Ansicht.....	35
2. Eigene Ansicht.....	35
3. Vergleich	36
VI. Kontrollbefugnisse im Vertrag.....	37
1. Bisherige Ansicht.....	37
2. Eigene Ansicht.....	37
3. Vergleich	37
VII. Keine Weiterübertragung.....	38
1. Bisherige Ansicht.....	38
2. Eigene Ansicht.....	39
3. Vergleich	39
VIII. Juristische Person.....	40
IX. Interessenkollision als möglicher Hinderungsgrund	40
1. Bisherige Ansicht.....	41

II

a. §§ 20f. BVwVfG nicht erfüllt	41
b. § 181 BGB	41
c. § 41ff. ZPO analog	42
2. Eigene Ansicht.....	44
a. § 181 BGB / §§ 41ff. ZPO analog nicht anwendbar	44
b. §§ 20f. BVwVfG analog.....	44
3. Vergleich	46
X. Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder	46
1. Bisherige Ansicht.....	46
a. Wortlaut und Historie	47
b. Kein Ausschluss.....	48
c. § 181 BGB	48
d. § 41 Nr. 4 ZPO doppelt analog	49
2. Eigene Ansicht.....	50
a. Wortlaut und Historie	50
b. Kein Ausschluss.....	50
c. Mehrfachzuständigkeit nicht verfassungswidrig.....	51
d. § 181 BGB / § 41 Nr. 4 ZPO nicht anwendbar.....	52
e. § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG doppelt analog	52
3. Vergleich	53
B. Verhältnis zu den Entflechtungspflichtigen	55
I. Rechtmäßigkeitsanordnung.....	55
1. Bisherige Ansicht.....	55
a. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich	55
b. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt	56
aa. Verwaltungsakt trotz Ersatzvornahme	56
bb. Nicht Vollstreckungsrechtliche Grundverfügung	57
cc. Nicht Androhung	59
dd. Nicht Festsetzung	59
ee. Privatrechtsgestaltung	59
c. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt.....	60
2. Eigene Ansicht.....	61
a. Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt.....	61
aa. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich.....	61
bb. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt mit Drittwirkung	62
b. Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	63
aa. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich.....	63
bb. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt	64
cc. Zustimmung nicht erforderlich.....	64
3. Vergleich	65
II. Zivilrechtliche Wirksamkeit von Verfügungen	66
1. Bisherige Ansicht.....	66
2. Eigene Ansicht.....	66
a. Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt	66
b. Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag	68
3. Vergleich	68
III. Beschränkung der Verfügungsbefugnis	69
1. Gesonderte Anordnung	69
2. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt	71
3. Grundrechtsrelevanz	71

III

4. Begrenzung.....	72
5. Eigene Ansicht vorzugswürdig.....	73
C. Tätigkeitsverpflichtung	75
I. Bisherige Ansicht.....	75
1. Kein einseitiger Verwaltungsakt.....	75
a. Grundrechtsrelevanz.....	75
b. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung	78
2. Kein Verwaltungsakt auf Zustimmung / öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	80
3. Privatrechtlicher Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag	81
II. Eigene Ansicht.....	84
1. Kein einseitiger Verwaltungsakt.....	84
2. Kein Verwaltungsakt auf Zustimmung	84
3. Öffentlich-rechtlicher Vertrag	84
4. Privatrechtlicher Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag	85
III. Vergleich	86
D. Erlöschen der Rechtsmacht	87
I. Tod / Vollbeendigung.....	87
II. Verurteilung.....	87
III. Kein einseitiger Verzicht.....	88
IV. Keine einseitige Aufhebung.....	89
V. Aufhebungsvertrag.....	89
VI. Wegfallen des Vertrags.....	90
VII. Herbeiführung der Entflechtung	90
VIII. Rücktritts-, Kündigungs- und Widerrufsrechte	91
IX. Widerspruch und Anfechtungsklage.....	92
X. Rücknahme und Widerruf (§§ 48f. BVwVfG).....	92
XI. Beantragung der Aufhebung	94
2. Teil. Das Handeln des Entflechtungstreuhänders	97
A. Bisherige Ansicht.....	97
I. Kein originärer Eigentumserwerb	97
II. Kein öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	97
III. Kein Handeln im eigenen Namen.....	97
IV. Kein Vertreter / Organ der Masse	100
V. Kein neutrales Handeln	100
VI. Kein Vertreter des BKartA.....	100
VII. Kein Vertreter der Entflechtungspflichtigen.....	100
VIII. Partei kraft Amtes (Amtstheorie).....	101
B. Eigene Ansicht.....	103
I. Kein originärer Eigentumserwerb	103
1. Argumente für originären Eigentumserwerb.....	103
a. Parallele zum Zwangsvollstreckungsrecht.....	103
b. Einheitliche Betrachtungsweise	104
c. Verhältnis zu Vollstreckungsschuldner und Dritten	104
d. Verhältnis zum Erwerber.....	106
aa. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Rechtsgrund	106
bb. Originärer Eigentumserwerb.....	107
2. Argumente gegen originären Eigentumserwerb	110
a. Differenzierende Betrachtungsweise.....	110
b. Keine Parallele zum Zwangsvollstreckungsrecht	112
aa. Historische Auslegung	112

IV

bb. Dritten gegenüber keine Rechtfertigung.....	115
cc. Verstrickung nicht in jedem Fall gegeben	117
dd. Kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss	119
c. Handeln anstelle der Entflechtungspflichtigen	121
3. Ergebnis.....	122
II. Kein Handeln im eigenen Namen	123
III. Kein Kontrahierungszwang	123
IV. Kein diktiertter Vertrag.....	123
V. Kein Organ, neutrales Handeln oder Vertreter.....	125
VI. Partei kraft Amtes (Amtstheorie)	125
1. Funktionelle Trennung Eigentum – Verfügungsbefugnis.....	126
2. Prozessuale Stellung des Entflechtungstreuhänders	126
3. Privatrechtliche Ausübung	127
C. Vergleich	131
3. Teil. Ansprüche und Haftungsfragen.....	133
A. Anspruch auf Vertragsschluss	133
I. Vergaberecht	133
1. Bisherige Ansicht.....	133
2. Eigene Ansicht.....	136
3. Vergleich	137
II. Ohne Vergaberecht.....	137
1. Kein direkter Anspruch	138
2. Parallele zum Insolvenzrecht.....	138
3. Ermessensfehlerfreie Auswahl	139
B. Primäransprüche	145
I. Herbeiführung der Entflechtung.....	145
II. Vergütungsanspruch.....	145
C. Regress wegen gezahlter Vergütung	147
I. § 10 BVwVG	147
II. Anwendbarkeit.....	147
III. Fälligkeit.....	147
IV. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme	148
V. Geltendmachung	149
VI. Zweckfortfall.....	149
VII. Keine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag.....	150
D. Schadensersatzansprüche	153
I. Staatshaftungsanspruch.....	153
1. Entflechtungstreuhänder.....	153
a. Bisherige Ansicht	153
b. Eigene Ansicht	154
aa. Öffentliches Amt	154
bb. Keine Parallele zum Insolvenzrecht.....	155
cc. Angemessener Erlös	155
dd. Passivlegitimation	158
c. Vergleich.....	159
2. Beamter des BKartA	160
a. Öffentliches Amt	160
b. Sorgfaltsgemäße Auswahl	160
c. Aufsichtsführung.....	161
II. Gegen Entflechtungstreuhänder.....	164

1. Bisherige Ansicht.....	164
a. Analog §§ 664, 666-670 BGB	164
b. § 823 I BGB.....	165
2. Eigene Ansicht.....	165
a. Nicht analog §§ 664, 666-670 BGB.....	165
b. § 823 I BGB.....	166
3. Vergleich	166
E. Regress wegen erstatteter Schäden	169
I. Bisherige Ansicht	169
II. Eigene Ansicht.....	169
1. § 280 I 1 BGB.....	169
2. Verschuldensmaßstab.....	169
3. Darlegungs- und Beweislast.....	171
4. Ordentlicher Rechtsweg	172
F. Verhältnis zum Erwerber	173
Thesen.....	175
Literaturverzeichnis.....	177
Materialienverzeichnis.....	221
Lebenslauf.....	233

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
a.E.	am Ende
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
am Anf.	am Anfang
AnwBl	Anwaltsblatt (Zeitschrift)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Ausn.	Ausnahme
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BauGB	Baugesetzbuch
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs
BayVwBl	Bayerische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
BayVwVG	Bayerisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz
BB	Der Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd.	Band
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des BGH in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BGS	Bundsgrenzschutz
BGSg	Bundsgrenzschutzgesetz
BHO	Bundshaushaltsordnung
BIZwBesG	Berliner Zweckentfremdungsbeseitigungsgesetz
BNotO	Bundesnotarordnung
BKartA	Bundeskartellamt
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung

VIII

BTDrucks	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des BVerfG
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des BVerwG
BVwVfG	Bundesverwaltungsverfahrensgesetz
BVwVG	Bundesverwaltungsvollstreckungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
D	Digesten
DAR	Deutsches Autorecht (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
De-V	Deutschland - Verwaltung
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGL	Ermächtigungsgrundlage
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf	Einführung
Einl.	Einleitung
Entflechtungstreuhänder	Treuhänder im Sinne des § 41 IV Nr. 3 GWB
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende Seite; folgender Paragraph
ff.	folgende Seiten; folgender Paragraph
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
Finanzdienstleistungsaufsichtsg	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FKVO	Fusionskontrollverordnung
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
gem.	gemäß
GemSenOGB	Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
Ggs.	Gegensatz

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
Grds.	Grundsatz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Habil.	Habilitationsschrift
HausratsVO	Hausratsverordnung
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
HmbgWoErhG	Hamburgisches Gesetz zur Erhaltung und Pflege von Wohnraum
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HypBG	Hypothekendarlehenbankgesetz
i.Erg.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
Inst	Institutionen
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
Jura	Juristische Ausbildung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kfz	Kraftfahrzeug
KG	Kartellgericht; Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
KTS	Zeitschrift für Insolvenzrecht
KWG	Kreditwesengesetz
LBO	Landesbauordnung
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LK	Leipziger Kommentar
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MilReg	Militärregierung

m.M.	Mindermeinung
MüKo	Münchener Kommentar
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
öffentl.	öffentlich
öffentl.-rechtl.	öffentlich-rechtlich
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der OVG Münster und Lüneburg
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PatG	Patentgesetz
PreußOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
PreußOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
rechtl.	rechtlich
RG	Reichsgericht
RGRK	Reichsgerichtsrätekommentar
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG VStS	Vereinigte Strafsenate des Reichsgerichts
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Satz; Seite
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes
sog.	sogenannt(e-r)
SS	Spiegelstrich
Std.	Stand
StGB	Strafgesetzbuch
StHG	Staatshaftungsgesetz
StPO	Strafprozessordnung
St. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung
u.a.	und andere; unter anderem
Übers.	Übersicht

Univ.	Universität
Urt.	Urteil
u.s.w.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
UZwG	Gesetz über die Anwendung unmittelbaren Zwanges bei der Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
v.	vom
VA	Verwaltungsakt
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VAHRG	Gesetz zur Regelung von Härten im Versorgungsausgleich
Var.	Variante
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
Verw.	Verwaltung
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Zeitschrift)
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VGH Bad.-Württ.	Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg
vgl.	vergleiche
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VgV 2003	Vergabeverordnung, BGBl. I 2003, S. 169ff.
VO	Verordnung
Vorbem	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau (Zeitschrift)
VStS	Vereinigte Strafsenate
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift)
WohnRBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift)
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht (Zeitschrift)
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert als
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

z.T.	zum Teil
zugl.	zugleich
ZVG	Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
z.Zt.	zur Zeit

Gegenstand der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit klärt Rechtsfragen in Bezug auf den Treuhänder i.S.d. § 41 IV Nr. 3 GWB (Entflechtungstreuhänder) und trägt damit dazu bei, befürchtete Schwierigkeiten bei der Entflechtung zu beseitigen.¹ Bislang wird einhellig vertreten, der Entflechtungstreuhänder übe private Rechtsmacht aus. Demgegenüber wird vorliegend vertreten, dass der Entflechtungstreuhänder hoheitliche Rechtsmacht ausübt und somit Beliehener ist. Die rechtlichen Folgen sowohl der bisherigen als auch der vorliegend vertretenen Ansicht werden herausgearbeitet und verglichen.

¹ Schwierigkeiten bei der Entflechtung werden befürchtet von Möschel: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, 1982, S. 62, 65; Möschel: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 908 = S. 584f.; BKartA: Tätigkeitsbericht 1993/94, BTDrucks 13/1660, S. 19; BKartA: Tätigkeitsbericht 1978, BTDrucks 8/2980, S. 22; BKartA: Tätigkeitsbericht 1983/84, BTDrucks 10/3550, S. 16; Monopolkommission: Hauptgutachten 1980/1981, 1982, Rn. 663ff. = S. 188f.; Ball / Wissel: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, WuW 1980, S. 235ff. (236); Junge: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 24 Abs. 6 und 7 GWB, WuW 1985, S. 558ff. (560). Von „zahlreichen ungeklärten Rechtsfragen“ spricht Möschel: Entflechtungen, 1979, S. 155. Von der Entflechtung als einem rechtlich überaus schwierigen Problem spricht Rittner: Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987, § 20 Rn. 114 = S. 444, § 20 Rn. 117 = S. 445. Rechtsvergleichend sei angemerkt, dass sich das Problem des Entflechtungstreuhänders nunmehr auch auf europäischer Ebene stellt. Auf europäischer Ebene steht der Kommission nach § 8 IV SS 2 der neuen europäischen FKVO 139/2004 die Befugnis zu, „Maßnahmen zur Wiederherstellung des früheren Zustands [...] zu ergreifen“. Hierzu gehört, anders als nach bisherigem Recht, auch die Einsetzung eines Entflechtungstreuhänders, so Staebe / Denzel: Die neue FKVO, EuZW 2004, S. 194ff. (198); Dittert: Verfahrensreform der EG-FKVO, WuW 2004, S. 148ff. (157f.). § 41 IV Nr. 3 GWB ist durch die 7. GWB-Novelle nicht betroffen, siehe Bundesregierung: Erster Entwurf 7. GWB-Novelle, BRDrucks 441/04, Nr. 25 = S. 17, Nr. 50 = S. 28; Bundesregierung: Zweiter Entwurf 7. GWB-Novelle, BTDrucks 15/3640, S. 1ff. (Nr. 25 = S. 13), (Nr. 50 = S. 18) Bundesregierung: Begr. GWB 2004, BTDrucks 15/3640, S. 21ff. (zu Nummer 25 = S. 59), (zu Nummer 50 = S. 68), auch nicht durch die nunmehr zusätzliche Möglichkeit des Abstellens von Zuwiderhandlungen, siehe hierzu Bundesregierung: Zweiter Entwurf 7. GWB-Novelle, BTDrucks 15/3640, S. 1ff. (Nr. 19 = S. 10) sowie Bundesregierung: Begr. GWB 2004, BTDrucks 15/3640, S. 21ff. (zu Nummer 19 = S. 51).

1. Teil. Bestellung des Entflechtungstreuhänders

A. Rechtsmacht

I. Qualifizierung

Der Entflechtungstreuhänder übt gegenüber den Entflechtungspflichtigen keine private Rechtsmacht im Gleichordnungs-, sondern hoheitliche Rechtsmacht im Über-/Unterordnungsverhältnis aus.

1. Bisherige Ansicht

Der Entflechtungstreuhänder übt nach allen Varianten der bisher vertretenen Ansicht kein hoheitliches, sondern ein privates Amt aus.

a. Gesetzlicher Verwalter

Ein Teil der kartellrechtlichen Literatur bezeichnet den Entflechtungstreuhänder als gesetzlichen Verwalter.² Der Begriff des gesetzlichen Verwalters umfasst (nicht abschließend) den Insolvenzverwalter (§ 80 I InsO), den Zwangsverwalter (§ 152 ZVG), den Nachlassverwalter (§ 1984 BGB), den Nießbrauchsverwalter (§ 1052 BGB) und den Testamentsvollstrecker (§ 2212f. BGB).³ Da allen gesetzlichen Verwaltern gemeinsam ist, dass sie ein privates Amt ausüben,⁴ führt

² So Mestmäcker / Veelken, in: *GWB*, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 58; Möschel: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem *GWB*, 1982, S. 48; Reinhardt: Beteiligtenbegriff und Fusionskontrolle, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 112; Liebich / Mathews: *Treuhand*, 2. Aufl., 1983, S. 449.

³ So Heinrichs, in: *BGB*, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, Einf. v. § 164 Rn. 9; Schramm, in: *MüKo-BGB*, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, Vor § 164 Rn. 10; Schilken, in: *BGB*, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 164-240, 2001, Vorbem. zu §§ 164ff. Rn. 57; Leptien, in: *BGB*, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, Vor § 164 Rn. 75; Steffen, in: *BGB-RGRK*, Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.], Bd. §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, Vor § 164 Rn. 11.

⁴ So Heinrichs, in: *BGB*, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, Einf. v. § 164 Rn. 9; Schilken, in: *BGB*, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 164-240, 2001, Vorbem. zu §§ 164ff. Rn. 61; Leptien, in: *BGB*, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, Vor § 164 Rn. 76f.; Steffen, in: *BGB-RGRK*, Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.], Bd. §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, Vor § 164 Rn. 11; Dölle: *Neutrales Handeln im Privatrecht*, in: *FS Schulz*, Bd. 2, 1951, S. 268ff. (271ff.); von Spreckelsen: *Der Begriff des privatrechtlichen Amtes*, 1927, S. 96.

die Bezeichnung als gesetzlicher Verwalter dazu, dass der Entflechtungstreu-
händer ein privates Amt ausübt.⁵

b. Vergleichbarkeit mit Insolvenzverwalter

Der wohl überwiegende Teil der kartellrechtlichen Literatur vergleicht den
Entflechtungstreuhand mit dem Insolvenzverwalter.⁶ Nach der h.M. handelt
der Insolvenzverwalter dem Insolvenzschuldner gegenüber nicht hoheitlich,
sondern er ist Träger eines privaten Amtes.⁷ Aus dem Vergleich ergibt sich
daher, dass der Entflechtungstreuhand ein privates Amt ausübt.

Dogmatisch unterscheidet sich die Ansicht, welche den Entflechtungstreuhand
als gesetzlichen Verwalter bezeichnet, nicht von der Ansicht, welche den
Entflechtungstreuhand mit dem Insolvenzverwalter vergleicht, da dieser das
wichtigste Beispiel eines gesetzlichen Verwalters ist.

c. Privatrechtlich wegen Ersatzvornahme

Weiter wird vertreten, dass dem Entflechtungstreuhand zwar Rechtsmacht
einzuräumen,⁸ diese jedoch nicht hoheitlich sei, da er privatrechtlich tätig
werde.⁹ Letzteres ergebe sich daraus, dass der Entflechtungstreuhand ein

⁵ Z.T. wird dieser Schluss im Hinblick auf den Entflechtungstreuhand ausdrücklich gezogen, so
Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 46, 410, 449.

⁶ So Bechtold, in: *GWB*, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 15; Bechtold / Kleinmann, in:
Fusionskontrolle, Kleinmann / Bechtold [Hrsg.], 1977, § 24 Rn. 315; Mestmäcker / Veelken, in:
GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 42 Rn. 58; Bosch, in: *GWB*, Müller-
Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 *GWB*, 5. Aufl., 2000, § 41
Rn. 24; Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 449.

⁷ Für die Privatrechtlichkeit des Amtes des Insolvenzverwalters Papier, in: *GG*, Maunz / Dürig [Begr.],
Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 110; Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67
Rn. 16 = S. 527; Ossenbühl: *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl., 1998, S. 16; Schoch: *Amtshaftung*, Jura
1988, S. 585ff. (587); Jauernig: *Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht*, 21. Aufl., 1999, S. 206;
Uhlenbruck, in: *KO*, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 6 Rn. 17, § 78 Rn. 7; Delhaes, in: *InsO*,
Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, vor § 56 Rn. 8; Wrobel: *Prozessführungsbefugnis
des Zwangsverwalters*, 1993, zugl.: Diss., Univ. Münster 1993, S. 34f.; Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd.
3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 23 = S. 515; grundlegend von Spreckelsen: *Der Begriff des privatrechtlichen
Amtes*, 1927, S. 96; a.A. Schick: *Der Konkursverwalter - berufsrechtliche und steuerrechtliche
Aspekte*, *NJW* 1991, S. 1328ff. (1329). Zum rechtshistorischen Hintergrund ausführlich im Rahmen
des Staatshaftungsrechts S. 155.

⁸ So Kerber: *Unternehmensentflechtung*, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 321.

⁹ So Kerber: *Unternehmensentflechtung*, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 317ff.

Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme sei und dass ein Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme nie hoheitlich tätig werde.¹⁰

2. Eigene Ansicht

Der Entflechtungstreuhandler ist weder gesetzlicher Verwalter noch mit dem Insolvenzverwalter vergleichbar, sondern er ist Beliehener.

a. Abgrenzungstheorien

Die Interessentheorie stellt darauf ab, ob das [anzuwendende] Recht den Staat im Blick hat oder ob es sich auf das Interesse der Einzelnen untereinander bezieht¹¹ bzw. (nach moderner Übersetzung / Auslegungsmethode) darauf, ob die Norm, auf der das Rechtsverhältnis beruht, überwiegend im öffentlichen Interesse erlassen wurde.¹² Die Subordinationstheorie stellt entscheidend auf das Bestehen eines Über-/Unterordnungsverhältnisses ab und bejaht Öffentlich-rechtlichkeit, wenn ein einseitiges Eingreifen in die Rechte des Einzelnen möglich ist.¹³ Nach der heute herrschenden Sonderrechtstheorie ist ein Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt ein Sonder-

¹⁰ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 317ff. Gegen hoheitliche Rechtsmacht eines Unternehmers im Rahmen der Ersatzvornahme Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 5f.; Rasch, in: VwVG, Ule [Hrsg.], Bd. I, Erster Halbband, 1962, § 10 VwVG Nr. II. 3 = S. 629; BGH: Urt. v. 14.12.1976, Az. VI ZR 251/73, NJW 1977, 628 (628f.); Fliegau, in: VwVG Bad.-Württ., Fliegau / Maurer [Hrsg.], 2. Aufl., 1983, § 25 Rn. 2; Kopp: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1985, S. 391; Vogel, in: Gefahrenabwehr, Drews [Begr.], 9. Aufl., 1986, § 28 Nr. 4 = S. 532ff. (534); Wagner: Polizeirecht, 2. Aufl., 1985, S. 131; Walter, in: VwVG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 10 VwVG Rn. 7 = S. 626; Mertens: Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, 1976, zugl.: Diss., Univ. Münster 1976, S. 45; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 262, 359ff.; App: Verwaltungsvollstreckung wegen Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen, JuS 1987, S. 455ff. (457); App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 33 Rn. 4 = S. 212; Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 229ff. (§ 21 II Rn. 12 = S. 391); Würtenberger: Anmerkung, JZ 1993, S. 1001ff. (1003).

¹¹ So Ulpian: Inst 1, 1, 4: „publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet“. Mit Beispielen Ulpian: D 1, 1, 1, 2.

¹² Siehe hierzu statt vieler Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 76.

¹³ Siehe zur Subordinationstheorie statt vieler Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 74.

recht des Trägers öffentlicher Gewalt geltend macht, privatrechtlich, wenn er sich auf Rechtssätze beruft, die für jedermann gelten.¹⁴

Allen Abgrenzungstheorien ist gemeinsam, dass sie in Grenzfällen wie dem vorliegenden keine trennscharfen Kriterien bieten.¹⁵ In Grenzfällen werden sie daher kumulativ angewendet¹⁶ und es können weitere Kriterien zur Abgrenzung herangezogen werden, was im Folgenden geschieht.

b. Beliehener

Die Unterscheidung zwischen Verwaltungshelfer und Beliehenem entspricht allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen. Der Verwaltungshelfer übt, im Gegensatz zum Beliehenen, kein öffentliches Amt aus. Er zeichnet sich dadurch aus, dass er nicht zum Einsatz öffentlich-rechtlicher Befugnisse berechtigt ist.¹⁷ Er nimmt in einer untergeordneten unselbständigen¹⁸ Funktion als „Werkzeug“ der Behörde¹⁹ an der Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe teil²⁰ in Form von Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisung der Behörde.²¹ Aus dem Blickwinkel des Bürgers handelt der Verwaltungshelfer für die Behörde; der Bürger tritt zum Verwaltungshelfer nicht in eine Rechtsbeziehung.²² Folglich

¹⁴ So GemSenOGB: Beschl. v. 10.7.1989, Az. 1/88, BGHZ 108, 284 (284); BVerwG: Urt. v. 3.8.1989, Az. 3 C 52.87, BVerwGE 82, 278 (278); BVerwG: Urt. v. 26.8.1971, Az. VIII C 25.69, BVerwGE 38, 281 (281); BVerwG: Urt. v. 3.12.1974, Az. I C 30.71, BVerwGE 47, 247 (247); BGH: Urt. v. 18.3.1964, Az. V ZR 44/62, BGHZ 41, 264 (266f.); Tiedemann, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 54 Rn. 23; Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 77.

¹⁵ So zu Recht Püttner: Öffentliches und privates Recht, in: FS Maurer, 2001, S. 713ff. (716).

¹⁶ So Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 74, 77; z.T. wird sogar vertreten, die Rechtsprechung wende überhaupt keine einheitliche Theorie an, so Ossenbühl: Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, NJW 2000, S. 2945ff. (2946).

¹⁷ So Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 32 = S. 865); Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 1 Rn. 59.

¹⁸ So Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 23 Rn. 60 = S. 618.

¹⁹ So Peine: Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353ff. (357).

²⁰ So Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 22 = S. 529.

²¹ So Peine: Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353ff. (357); Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 22 = S. 529.

²² So Peine: Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353ff. (357).

bedarf der Einsatz eines Verwaltungshelfers auch keiner gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.²³

Der Beliehene hingegen ist ein Privatrechtssubjekt, dem bestimmte Verwaltungsaufgaben zur selbständigen hoheitlichen Wahrnehmung im eigenen Namen übertragen worden sind.²⁴ Die Beleihung selbst erfordert einen Beleihungsakt (z.B. Verwaltungsakt oder Verwaltungsvertrag).²⁵ Unerheblich ist, ob der Beliehene seinerseits die Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsaktes erhält oder ob er lediglich zu schlicht-hoheitlichem Handeln befugt ist.²⁶ Soweit sein hoheitlicher Kompetenzbereich reicht, ist der Beliehene Verwaltungsträger²⁷

²³ So Peine: Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353ff. (357); Steiner: Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, zugl.: Habil., Univ. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 113f.; von Arnim: Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 37ff; Bauer: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, 1995, S. 243ff. (267); a.A. Martens: Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 1970, S. 1029f. (1029).

²⁴ So Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 21 Rn. 11 = S. 525, § 23 Rn. 56 = S. 615f.; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 4 = S. 509; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 20 = S. 528; Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 24 = S. 861); Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (585); Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 1 Rn. 17; Hoffmann, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 1 Rn. 81; Frenz: Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, zugl.: Diss., Univ. München 1991, S. 31; von Heimburg: Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 36; Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 26; Steiner: Der „beliehene Unternehmer“, JuS 1969, S. 69ff. (70f.); von der „Übertragung von Staatsaufgaben“ sprechend Steiner: Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, zugl.: Habil., Univ. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 46; den Begriff des Beliehenen noch weiter fassend Krebs: Verwaltungsorganisation, in: HdbStR, Bd. III, 1988, S. 567ff. (§ 69 Rn. 39 = S. 590); Dreier: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, zugl.: Habil., Univ. Würzburg 1989, S. 249; Schmidt: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1990, S. 416f.; Ossenbühl: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, zugl.: Habil., Univ. Köln 1967/68, S. 427; ausführlich bereits Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 6ff.; vgl. bereits Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 1896, § 49 = S. 294; nach einer wohl singulären Ansicht ist auf das Begriffsmerkmal der Hoheitlichkeit zu verzichten, Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 4ff, 128.

²⁵ So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 1 Rn. 58; Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 20 Rn. 54 = S. 388; Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231; Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 1 Rn. 17; Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 27.

²⁶ So BayVGh: Urt. v. 9.11.1988, Az. 5 B 86.03300, BayVwBl 1989, 596 (596); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 232.

²⁷ So Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 23 Rn. 56 = S. 615; von Mutius: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 1971, S. 300ff. (302).

und auch Behörde i.S.d. § 1 IV BVwVfG.²⁸ Für eine Beleihung bedarf es einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage.²⁹

aa. Erforderlichkeit der Grundrechtsbindung

Gemäss Art. 1 III GG binden „die [...] Grundrechte [...] [die] vollziehende Gewalt [...] als unmittelbar geltendes Recht“. Der Entflechtungstreuhänder ist vollziehende Gewalt. Die Herbeiführung der Entflechtung ist keine private Aufgabe des Entflechtungstreuhänders, sondern sie geschieht im Interesse des Staates und ist daher eine staatliche Aufgabe mit hoheitlichem Charakter. An diesem ändert sich nichts dadurch, dass ein Privater mit der Herbeiführung der Entflechtung betraut wird.³⁰ Der Entflechtungstreuhänder ist grundrechts-

²⁸ So Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 23 Rn. 59 = S. 617; Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 229ff. (§ 12 Rn. 18 = S. 280); Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 54; Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231. Organisationsrechtlich ist der Beliehene hingegen lediglich Verwaltungsträger und nicht selbständiges, nicht-rechtsfähiges Organ des Staates oder eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung, so Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (593); Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 31. Das BVwVfG ist (im Gegensatz zu einem LVwVfG) auf den Entflechtungstreuhänder anwendbar, weil er keine Landes-, sondern eine Bundesbehörde ist (§ 1 I Nr. 1 Alt. 1 BVwVfG), da er nicht von einer Landes-, sondern von einer Bundesbehörde bestellt wird, dem BKartA (§ 41 IV Nr. 3, 51 I 1 GWB).

²⁹ So BVerwG: Urt. v. 21.12.1954, Az. I C 14.53, BVerwGE 1, 303 (304); BVerwG: Urt. v. 5.3.1968, Az. I C 35.65, BVerwGE 29, 166 (169f.); BVerwG: Urt. v. 14.3.1969, Az. VII C 37.67, DVBl 1970, 735 (735f.); BVerwG: Urt. v. 11.12.1980, Az. 3 C 132/79, NJW 1981, 2482 (2482); BVerwG: Beschl. v. 7.6.1984, Az. 7 B 153/83, NVwZ 1985, 48 (48); BVerwG: Urt. v. 11.11.1988, Az. 8 C 9/87, NVwZ-RR 1989, 359 (360); BVerwG: Urt. v. 19.1.1989, Az. 7 C 31.87, BVerwGE 81, 185 (185); BVerwG: Urt. v. 5.10.1990, Az. 7 C 7/90, NVwZ-RR 1991, 330 (330); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 23 Rn. 58 = S. 616; Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 27 = S. 862); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 232; Kopp: Der beliehene Unternehmer, DVBl 1970, S. 724ff. (726); Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 1 Rn. 16, 20; von Oertzen, in: VwGO, Redeker / von Oertzen [Hrsg.], 13. Aufl., 2000, § 42 Rn. 64; Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 1971, S. 137ff. (169f., 174, 205); Ossenbühl: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, zugl.: Habil., Univ. Köln 1967/68, S. 428; Stuibler-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 82f.; von Arnim: Rechtsfragen der Privatisierung, 1995, S. 37; Peine: Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 353ff. (361); Bauer: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54, 1995, S. 243ff. (267); Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 27; von Mutius: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 1971, S. 300ff. (300); Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 44 = S. 520.

³⁰ Die Staatsfunktion als solche bleibt durch die Beleihung erhalten, so Steiner: Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, zugl.: Habil., Univ. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 263f.

gebunden,³¹ weil er als Glied der öffentlichen Verwaltung³² in die Staatsorganisation einbezogen³³ und insoweit selbst ein Stück Staat ist.³⁴ Der Staat darf sich seiner ihm durch Art. 1 III GG auferlegten Grundrechtsbindung nicht dadurch entledigen, dass er einen Privaten mit der Wahrnehmung der staatlichen Aufgabe betraut.³⁵

bb. Handeln setzt hoheitliche Rechtsmacht voraus

Wie sich aus dem Wortlaut des § 41 IV Nr. 3 GWB³⁶ ergibt, ist es Aufgabe des Entflechtungstreuhänders, die Auflösung des Zusammenschlusses herbeizuführen. Das ist nur möglich, wenn der Entflechtungstreuhänder die hierzu

³¹ Für die Grundrechtsgebundenheit Beliehener Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 46f. = S. 521; Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592); Schnapp / Kaltenborn: Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Organisationen, JuS 2000, S. 937ff. (938); Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 31; Schmidt: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1990, S. 418; Steiner: Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, zugl.: Habil., Univ. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 263f.; Starck, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Rn. 200; Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 1 Rn. 30; Dreier, in: GG, Dreier [Hrsg.], Bd. I, 1996, Art. 1 III Rn. 25; Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 1971, S. 137ff. (192f.); Stern: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1320ff. (1335); Höfling: Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, JA 1995, S. 431ff. (433); Rüfner: Grundrechtsadressaten, in: HdbStR, Bd. V, 1992, S. 525ff. (§ 117 Rn. 9 = S. 530); Bleckmann: Die Grundrechtsadressaten, in: Grundrechte, 4. Aufl., 1997, S. 193ff. (§ 10 Rn. 66 = S. 219); Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 198f. Für den Fall des Vormunds BVerfG: Beschl. v. 10.2.1960, BVerfGE 10, 302 (310f., 327).

³² Für den Beliehenen als Glied der öffentlichen Verwaltung Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 46f. = S. 521; Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 31; Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592); Gubelt, in: GG, Kunig [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 1 Rn. 60; Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 1971, S. 137ff. (192f.).

³³ Für die Einbeziehung des Beliehenen in die Staatsorganisation Stern: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1320ff. (1335); Bleckmann: Die Grundrechtsadressaten, in: Grundrechte, 4. Aufl., 1997, S. 193ff. (§ 10 Rn. 66 = S. 219).

³⁴ Für den Beliehenen als ein Stück Staat Stern: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1320ff. (1335); Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 1971, S. 137ff. (192f.).

³⁵ So Starck, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Rn. 200; Schnapp / Kaltenborn: Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Organisationen, JuS 2000, S. 937ff. (938).

³⁶ § 41 IV Nr. 3 GWB lautet: „Zur Durchsetzung seiner Anordnung kann das Bundeskartellamt insbesondere [...] 3. einen Treuhänder bestellen, der die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt.“

erforderlichen Handlungen³⁷ vornehmen kann, was nur dann der Fall ist, wenn ihm entsprechende Rechtsmacht eingeräumt wurde. Dies unterscheidet den Entflechtungstreuhänder beispielsweise von dem im Rahmen einer Ersatzvornahme tätig werdenden Abschleppunternehmer, welcher nach h.M. privatrechtlich handelt.³⁸ Der Abschleppunternehmer kann das Auto abschleppen, ohne dass ihm hierzu spezielle hoheitliche Rechtsmacht eingeräumt wurde. Falls der Störer Widerstand leistet, muss die Polizei es dem Abschleppunternehmer ermöglichen, seine Tätigkeit auszuüben. Der Entflechtungstreuhänder hingegen ist ohne die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche Rechtsmacht selbst dann nicht in der Lage, die Entflechtung gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen herbeizuführen, wenn ihn die Polizei hierbei unterstützt.

Ohne Rechtsmacht handelt er als Nichtberechtigter. Eventuelle Verfügungen, die er als Nichtberechtigter vornimmt, sind unwirksam. Auch ein etwaiger guter Glaube an die fehlende Verfügungsbefugnis des Entflechtungstreuhänders ist nicht geschützt. Weder gibt es eine Norm, welche den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis schützt, noch ist ein etwaiger Rechtsscheinsträger vorhanden, auf den sich der Erklärungsempfänger stützen kann.

Die Hoheitlichkeit der Rechtsmacht ergibt sich daraus, dass sie dem Entflechtungstreuhänder nicht im Gleichordnungsverhältnis von den Entflechtungspflichtigen eingeräumt wird, sondern im Über-/Unterordnungsverhältnis von

³⁷ Diese können sich im Einzelfall höchst unterschiedlich darstellen. Zur Vereinfachung und Verdeutlichung wird das Beispiel des Verkaufs und der Übereignung von Unternehmensteilen an einen Dritten gewählt. Der rechtstechnisch unscharfe Begriff der Unternehmensteile ist bewusst gewählt. In welcher Rechtsform sich diese Unternehmensteile befinden, und ob Anteile oder Einzelbestandteile verkauft und übereignet („share-deal“ / „asset-deal“) oder ggf. auch verpachtet (hierzu S. 112) werden, ist für die vorliegende Untersuchung im Wesentlichen ohne Belang. An dieser Stelle sei auf die weiterführende Literatur zum Unternehmenskaufrecht verwiesen, insbesondere auf Beisel / Klumpp: Der Unternehmenskauf, 3. Aufl., 1996, S. 1ff.; Rotthege / Wassermann: Überblick zum Unternehmenskauf, in: Mandatspraxis Unternehmenskauf, 2002, S. 1ff. (1ff.); Mueller-Thuns: Zivilrechtliche Gestaltungspraxis, in: Unternehmenskauf, 2003, S. 7ff. (7ff.); Hölters: Der Unternehmenskauf, in: Handbuch des Unternehmenskaufs, 2002, S. 3ff. (3ff.). Bei Verkauf und Übereignung wird von Verkauf und Übereignung an einen Dritten ausgegangen. Das Problem einer öffentlich-rechtlichen Rücknahmepflicht wird bewusst ausgeklammert, da es nicht zur Klärung der rechtlichen Situation des Entflechtungstreuhänders beiträgt.

³⁸ Das Argument, die Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders ergebe sich aus seiner Stellung als Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme, wird widerlegt ab S. 15.

Seiten des Staates. Bei § 41 IV Nr. 3 GWB handelt es sich nicht um eine privatrechtliche, sondern um eine öffentlich-rechtliche Norm. Aufgrund § 41 IV Nr. 3 GWB erhält der Entflechtungstreuhänder das Sonderrecht eingeräumt, für und gegen die Entflechtungspflichtigen handeln zu können.

Insofern unterscheidet sich der Entflechtungstreuhänder auch vom Insolvenzverwalter. Die Privatrechtlichkeit des Amtes des Insolvenzverwalters ist ein Relikt aus der Zeit, als der (damals noch sog.) Konkursverwalter aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages zwischen Vollstreckungsgläubiger und Konkursverwalter tätig wurde. Gegen die damals herrschende Gläubigervertretertheorie wurde zwar zu Recht eingewandt, der Konkursverwalter nehme nicht nur die Interessen der Gläubiger wahr, sondern auch berechnete Interessen anderer Verfahrensbeteiligter, doch hat die diesem Einwand Rechnung tragende heute herrschende Amtstheorie die Privatrechtlichkeit des Amtes gleichwohl beibehalten.³⁹ Eine Begründung hierfür findet sich selten. Wenn argumentiert wird, der Staat überwache lediglich die Wahrnehmung der Pflichten des Insolvenzverwalters und übernehme nicht die Letztverantwortung für die Aufgabenwahrnehmung,⁴⁰ so vermag dies nicht zu überzeugen, da der Insolvenzverwalter seine Rechtsmacht zum Tätigwerden nicht vom Insolvenzschuldner (oder vom Insolvenzgläubiger) im Gleichordnungsverhältnis erhält, sondern von staatlicher Seite und sie auch und gerade gegen den Willen des Insolvenzschuldners ausübt. Die andere Ansicht konnte sich im Insolvenzrecht gleichwohl nicht durchsetzen.⁴¹

Einen solchen rechtshistorischen Hintergrund gibt es im GWB im Hinblick auf den Entflechtungstreuhänder nicht. Im Zusammenhang mit dem Entflechtungstreuhänder gab und gibt es keine privaten Gläubiger, sondern immer nur den Staat.

³⁹ Der Insolvenzverwalter übt ein privates Amt aus, siehe die ausführlichen Nachweise S. 4 Fn 7. Zum rechtshistorischen Hintergrund im Zusammenhang mit dem Staatshaftungsrecht S. 155.

⁴⁰ So Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 16 = S. 527.

⁴¹ Sie wird beispielsweise vertreten von Schick: Der Konkursverwalter - berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1991, S. 1328ff. (1329).

cc. Hoher Grad von Selbständigkeit

Anders als der Verwaltungshelfer nimmt der Entflechtungstreuhänder nicht nur untergeordnete unselbständige Funktionen der Verwaltung wahr. So wird von ihm etwa (deutlich) mehr erwartet als die Wegräumung eines polizeilichen Hindernisses.⁴² Die Aufgaben, die sich dem Entflechtungstreuhänder stellen, sind komplexer Natur. Sie erfordern nicht nur einen hohen Zeitaufwand, sondern auch speziellen Sachverstand. Es ist auch und gerade Sinn und Zweck der Treuhänderbestellung, externen Sachverstand für die Herbeiführung der Entflechtung nutzbar zu machen und gleichzeitig das BKartA von der Durchführung dieser Aufgabe zu entlasten.

dd. Grundrechtsrelevanz

Wenn dem Entflechtungstreuhänder ohne oder gar gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen Rechtsmacht eingeräumt wird, dann stellt dies einen Eingriff in deren Grundrecht auf Eigentum (Art. 14 I I Alt. 1 GG) dar. Sowohl die Tatsache der Rechtseinräumung als auch deren konkreter Umfang lassen sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ableiten, sondern müssen durch Verwaltungsakt bestimmt werden, so dass (im Gegensatz zur Entflechtungsverpflichtung)⁴³ keine Inhalts- und Schrankenbestimmung gegeben ist. Auf der

⁴² Vgl. zu diesem Bild (im Zusammenhang mit der Beleihung einer Person mit einem öffentlichen Unternehmen) bereits Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1931, § 23 I 1 = S. 527.

⁴³ Die Entflechtungsverpflichtung ist eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG, da es sich um eine generelle und abstrakte Festlegung von Pflichten durch den Gesetzgeber handelt, so statt vieler Deppenheuer, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rn. 366; Demmer: Verfassungsrechtliche Grenzen der Zusammenschlusskontrolle, Diss., Univ. Köln 1974, S. 282.

anderen Seite ist hier keine Enteignung gegeben, da die Entflechtung eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung ist.⁴⁴

Die Entflechtungspflichtigen sind von Art. 14 I 1 GG persönlich geschützt, wenn es sich bei ihnen um natürliche oder juristische Personen sowie Personenvereinigungen des Privatrechts handelt; nicht jedoch, wenn es sich bei ihnen um ausländische juristische Personen und Personenvereinigungen handelt.⁴⁵ Sachlich schützt das Grundrecht auf Eigentum nach h.M. nicht nur die Sache an sich, sondern auch, dass der Eigentümer mit seiner Sache tun und lassen kann, was er

⁴⁴ Enteignung ist der „rechtmäßige, gezielte hoheitliche Zugriff auf vermögenswerte Rechte, die für einen vom Wohl der Allgemeinheit geforderten konkreten Gemeinwohlzweck benötigt werden“, so Bryde, in: GG, von Münch [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 72; ähnlich BVerfG: Beschl. v. 19.6.1985, Az. 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191 (199f.); BVerfG: Beschl. v. 12.3.1986, Az. 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, 66 (76); Depenheuer, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rn. 408. Zwar werden den Entflechtungspflichtigen in der zwangsweisen Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB konkrete subjektive Rechtspositionen entzogen, doch geschieht dies nicht „zum Wohl der Allgemeinheit“ i.S.d. Art. 14 III 1 GG. Hier handelt es sich um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung, siehe S. 15 Fn 51. Maßnahmen der Zwangsvollstreckung dienen nur der Durchsetzung der konkreten Verpflichtung, keinem darüber hinaus gehenden Zweck, so Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 14 Rn. 653; Sass: Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, 1992, zugl.: Habil., Univ. Köln 1991, S. 278f.; Bryde, in: GG, von Münch [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 78; Depenheuer, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rn. 475; Rittstieg, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 1989, Art. 14 Rn. 89; Steinberg / Lubberger: Staatshaftung, 1991, S. 169f.; Bender: Staatshaftungsrecht, 2. Aufl., 1974, Rn. 63 = S. 26f.; Nüßgens / Boujong: Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rn. 445 = S. 202f.; Pesch: Staatshoheit, JR 1993, S. 358ff. (361). Das vom BVerfG: Urt. v. 19.10.1982, Az. 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (149f.) für nichtig erklärte Staatshaftungsgesetz sah folgerichtig keine Schadenersatzpflicht für Zwangsvollstreckungsmaßnahmen vor (§ 16 Nr. 4 StHG), so Bender: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981, Rn. 744f. = S. 254; konkludent Enteignung verneinend, indem Erfordernisse eines fairen Verfahrens bei der Zwangsvollstreckung gefordert werden BVerfG: Beschl. v. 7.12.1977, Az. 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325 (334f.); BVerfG: Beschl. v. 27.9.1978, Az. 1 BvL 21/78, BVerfGE 49, 217 (225); BVerfG: Beschl. v. 24.4.1979, Az. 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, 150 (156); Degenhart: Gerichtsverfahren, in: HdbStR, Bd. III, 1988, S. 879ff. (§ 76 Rn. 11 = S. 885f.); für die Zwangsvollstreckung nach ZPO BGH: Urt. v. 28.4.1960, Az. III ZR 22/59, BGHZ 32, 240 (245); Kreft: Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen, 2. Aufl., 1998, Rn. 12; a.A. Schwabe: Die Misere des Enteignungsbegriffs, in: FS Thieme, 1993, S. 251ff. (260, 266); Bauschke / Kloepfer: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, NJW 1971, S. 1233ff. (1234f.). Enteignung wäre hingegen zu bejahen im Hinblick auf bereits bestehende Unternehmen im Fall der gesetzlichen Neukonstituierung von Entflechtungsverfahren außerhalb eines Zwangsvollstreckungsverfahrens, so Scholz: Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 137ff.; Selmer: Unternehmensentflechtung und Grundgesetz, 1981, S. 25ff.

⁴⁵ So Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 14 Rn. 27 m.w.N.; Bryde, in: GG, von Münch [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 6ff. m.w.N.; Depenheuer, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 14 Rn. 190ff. m.w.N.; Wieland, in: GG, Dreier [Hrsg.], Bd. I, 1996, Art. 14 Rn. 60f. m.w.N.

will. Dazu gehört insbesondere auch, über seine Sache verfügen zu können.⁴⁶ Dies wird lediglich vereinzelt und vor allem in älteren Entscheidungen verneint.⁴⁷ Eine differenzierende Auffassung macht den Schutz der Verfügungsbefugnis von der Intensität der Maßnahme sowie von der Schwere und Zumutbarkeit des Eingriffs abhängig.⁴⁸ Für die h.M. spricht, dass die Verfügungsbefugnis dem Eigentum immanent ist und daher vom Eigentum nicht getrennt werden kann.

Zwar können die Entflechtungspflichtigen nach wie vor verfügen, solange ihnen ihre Verfügungsbefugnis belassen und lediglich dem Entflechtungstreuhänder zusätzliche Verfügungsbefugnis eingeräumt wird.⁴⁹ Richtigerweise schützt das Grundrecht auf Eigentum aber nicht nur die bloße Verfügungsbefugnis des Eigentümers, sondern auch, dass Dritte nicht verfügen können. Sobald ein Dritter verfügen kann, ist es nicht mehr nur der Eigentümer, der mit seiner Sache nach Belieben verfahren kann.

⁴⁶ So zu Recht BVerfG: Beschl. v. 7.7.1971, Az. 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229 (240); BVerfG: Beschl. v. 23.4.1974, Az. 1 BvR 6/74 und 2270/73 - Wohnraumkündigungsschutzgesetz, BVerfGE 37, 132 (140); BVerfG: Urt. v. 8.7.1976, Az. 1 BvL 19 und 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 263 (294); BVerfG: Urt. v. 1.3.1979, Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - Mitbestimmung, BVerfGE 50, 290 (339); BVerfG: Beschl. v. 12.6.1979, Az. 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1 (30f.); BVerfG: Beschl. v. 22.11.1994, Az. BvR 3 51/91, BVerfGE 91, 294 (308); BVerwG: Urt. v. 17.6.1993, Az. 3 C 3.89, BVerwGE 92, 313 (327); Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 14 Rn. 19; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 14 Rn. 69; Wendt, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 14 Rn. 149; Bryde, in: GG, von Münch [Begr.], Bd. 2, 5. Aufl., 2001, Art. 14 Rn. 22; Schwabe: Die Misere des Enteignungsbegriffs, in: FS Thieme, 1993, S. 251ff. (257); Steinberg / Lubberger: Staatshaftung, 1991, S. 96f.; Maurer: [Redebeitrag], in: VVDStRL 51, 1992, S. 338ff. (339f.).

⁴⁷ Ehlers: Eigentumsschutz, in: VVDStRL 51, 1992, S. 211ff. (236f.); BVerfG: Beschl. v. 12.1.1967, Az. 1 BvR 169/63 - Grundstücksverkehrsgesetz, BVerfGE 21, 73 (78); BVerfG: Beschl. v. 11.4.1967, Az. 1 BvR 728/65, BVerfGE 21, 306 (309); BGH: Beschl. v. 10.6.1952, Az. GSZ 2/52, BGHZ 6, 270 (279); BGH: Urt. v. 7.7.1994, Az. III ZR 5/93, BGHZ 126, 379 (381).

⁴⁸ So wohl Kleinlein: Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung - eine Alternative zur Enteignung?, DVBl 1991, S. 365ff. (368f.); Nüßgens / Boujong: Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, Rn. 188 = S. 87f., Rn. 196 = S. 91; Kluth: Abschaffung von Mehrstimmrechtsaktien, ZIP 1997, S. 1217ff. (1220); Bryde, in: GG, von Münch [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 14 Rn. 12, 14.

⁴⁹ Mit der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder verlieren die Entflechtungspflichtigen nicht zugleich ihre Verfügungsbefugnis. Ihnen die Verfügungsbefugnis zu nehmen, ist zwar rechtlich zulässig, aber nicht in jedem Fall zwingend geboten, siehe ab S. 69.

c. Öffentlich-rechtliche Ersatzvornahme

Die Herbeiführung der Entflechtung ist eine öffentlich-rechtliche Ersatzvornahme. Zwar ist der Entflechtungstreuhänder ein Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme, doch ergibt sich hieraus nicht etwa bereits, dass er private Rechtsmacht ausübt.⁵⁰ Ob er privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Rechtsmacht ausübt, richtet sich vielmehr nach flexiblen, wertenden Zurechnungskriterien. Deren Anwendung führt dazu, dass der Entflechtungstreuhänder hoheitliche Rechtsmacht ausübt.

aa. Ersatzvornahme

Der Entflechtungstreuhänder ist ein Mittel der Zwangsvollstreckung.⁵¹ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 41 IV am Anf. GWB („zur Durchsetzung seiner Anordnung kann das Bundeskartellamt insbesondere [...]“).

Von den verschiedenen in Betracht kommenden Mitteln der Zwangsvollstreckung ist er kein Mittel des unmittelbaren Zwangs.⁵² Die Voraussetzungen

⁵⁰ So aber mit diesem Argument Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 317ff.

⁵¹ Insoweit unstrittig. Ausdrücklich Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 15; Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 52ff.; Kling / Thomas: Kartellrecht, 2004, Rn. 677 = S. 483.

⁵² So i.Erg. auch Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 319, dessen dogmatischer Ansatz, darauf abzustellen, ob die Behörde oder ein Dritter handelt, jedoch abzulehnen ist. Zwar darf nach dem BVwVG die Ersatzvornahme nicht von der Behörde selbst vorgenommen werden, so App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 1; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 263. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass immer dann Ersatzvornahme gegeben ist, wenn ein Dritter handelt. Schließlich kann auch ein Dritter unmittelbaren Zwang ausüben. Dass die Person des Handelnden kein Abgrenzungskriterium ist, welches strukturelle Unterschiede zwischen unmittelbarem Zwang und Ersatzvornahme offenbart, zeigt sich auch daran, dass in den meisten Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzen geregelt ist, dass die Ersatzvornahme nicht nur durch einen Dritten, sondern auch durch die Behörde selbst durchgeführt werden darf, so Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 1; App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, S. 201; App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 2; aufschlussreich Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 263f. Davon abgesehen kann der Gesetzgeber spezialgesetzlich das Handeln einer Behörde im Rahmen einer Zwangsvollstreckung regeln, wie beispielsweise in § 41 IV Nr. 3 GWB geschehen: sowohl Rechtseinräumung (hierzu ab S. 27) als auch Rechtmäßigkeitsanordnung (hierzu ab S. 55) erfolgen durch das BKartA im Rahmen der Zwangsvollstreckung.

der auch auf das BVwVG anzuwendenden⁵³ Legaldefinition des unmittelbaren Zwangs in § 2 I UZwG⁵⁴ sind nicht erfüllt. Die hier allenfalls in Betracht kommende körperliche Gewalt (§ 2 I Var. 1 UZwG) liegt nicht vor. Weder wirkt der Entflechtungstreuhänder auf die Personen der Entflechtungspflichtigen ein, noch übt er Sachgewalt⁵⁵ aus.

Beim Entflechtungstreuhänder handelt es sich um das Zwangsmittel der Ersatzvornahme.⁵⁶ Ersatzvornahme setzt nach der Legaldefinition des § 10 BVwVG voraus, dass „[...] die Verpflichtung, eine Handlung vorzunehmen, deren Vornahme durch einen anderen möglich ist (vertretbare Handlung), nicht erfüllt [wird].“ Die Abgabe der Willenserklärungen (auf schuldrechtlicher und auf dinglicher Ebene) ist eine solche vertretbare Handlung. Dies wurde in § 41 IV Nr. 3 GWB spezialgesetzlich normiert, da jeder, der als Entflechtungstreuhänder

⁵³ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 12 Rn. 1; App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 35 Rn. 2 = S. 222; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 12 Rn. 2.

⁵⁴ § 2 I UZwG lautet: „Unmittelbarer Zwang ist die Einwirkung auf Personen oder Sachen durch körperliche Gewalt, ihre Hilfsmittel und durch Waffen“.

⁵⁵ Die Sachgewalt wird von § 2 I Alt. 2 UZwG erfasst, so Hitz, in: UZwG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 2 UZwG Rn. 1. Sachgewalt setzt voraus, dass die polizeipflichtige Sache berührt wird, so Hitz, in: UZwG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 2 UZwG Rn. 1 bzw. dass Körperkräfte angewandt werden, so App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 35 Rn. 4 = S. 222. Der Entflechtungstreuhänder kann die Entflechtung herbei führen, ohne die Unternehmensteile zu berühren, was besonders deutlich ist bei der Veräußerung nicht verbriefteter Anteile.

⁵⁶ So Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 58. A.A. (Entflechtungstreuhänder vollstreckungsrechtliches Institut sui generis) Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 319; Junge: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 24 Abs. 6 und 7 GWB, WuW 1985, S. 558ff. (563). Die andere Ansicht ist rechtslogisch nicht ausgeschlossen, da es dem Gesetzgeber frei steht, durch Sondergesetze eigene vollstreckungsrechtliche Institute jenseits von unmittelbarem Zwang und Ersatzvornahme zu schaffen, so Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 258; Derleder: Landesrecht als Rettungsanker gegen die Beeinträchtigung städtischer Wohnungsbestände?, ZMR 1982, S. 321ff. (329); für den Fall der Baustellenversiegelung Schlotterbeck, in: LBO, Schlotterbeck / von Arnim / Hager [Hrsg.], 5. Aufl., 2003, § 64 Rn. 23; vgl. VGH Bad.-Württ.: Beschl. v. 25.10.1988, Az. 8 S 2639/88, VBIBW 1989, 106 (107). Weitere Beispiele sind die §§ 5 BIZwBesG, 11f. HmbgWoErhG, welche die Einsetzung eines Treuhänders erlaubten. Dieser war ermächtigt, die Wohnungen zu vermieten und die hierfür erforderlichen Willenserklärungen anstelle des Pflichtigen abzugeben. Hierzu wird (freilich jeweils ohne Begründung) vertreten, es handele sich um eine singuläre vollstreckungsrechtliche Maßnahme, die über die Ersatzvornahme hinausgehe, so Bull: Grundlagen des Verwaltungshandelns, in: Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht, 1988, S. 155ff. (175); Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 258; vgl. Derleder: Landesrecht als Rettungsanker gegen die Beeinträchtigung städtischer Wohnungsbestände?, ZMR 1982, S. 321ff. (328).

bestellt wird, die Willenserklärungen rechtswirksam für und gegen die Entflechtungspflichtigen abgeben kann.

Historisch spricht hierfür, dass schon vor der 6. GWB-Novelle in § 24 VII Nr. 4 a.F. GWB bestimmt war, dass der Entflechtungstreuhänder „[...] für die zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten die erforderlichen Willenserklärungen abzugeben und die erforderlichen tatsächlichen Handlungen vorzunehmen hat [...]“. Durch die Neufassung dieser Regelung in der 6. GWB-Novelle sollte diesbezüglich keine Änderung im sachlichen Gehalt der Norm erfolgen. Die jetzige gesetzliche Regelung regelt „die Entflechtung in Anlehnung an den bisherigen § 24 Abs. 6“⁵⁷ bzw. „fasst die Regelungen des bisherigen § 24 Abs. 7 Nrn. 1, 2 und 4 redaktionell überarbeitet zusammen“.⁵⁸

Teleologisch spricht hierfür, dass zunächst die Entflechtungspflichtigen zur Herbeiführung der Entflechtung und somit zur Abgabe der Willenserklärungen verpflichtet sind. Kommen sie dieser Verpflichtung nicht nach, dann gibt der Entflechtungstreuhänder diese Willenserklärungen für die Entflechtungspflichtigen ab.

Zwar wird gegen die Qualifizierung der Abgabe einer Willenserklärung als vertretbare Handlung vorgebracht, es könne stets nur der Pflichtige die Willenserklärung rechtswirksam abgeben.⁵⁹ Doch spricht gegen diese Ansicht bereits, dass sie in unzulässiger Weise generalisiert. Soweit ersichtlich, wird sie nur zu Verwaltungsvollstreckungsgesetzen vertreten, in denen eine spezielle Regelung, welche die Abgabe von Willenserklärungen betrifft, nicht vorhanden ist, nämlich zum BayVwVG und zum BVwVG.⁶⁰ Die Tatsache, dass weder im BayVwVG noch im BVwVG eine Spezialregelung bezüglich der Vertretbarkeit einer Willenserklärung zu finden ist, spricht richtigerweise nicht gegen die

⁵⁷ So Bundesregierung: Begr. GWB 1998, BTDrucks 13/9720, S. 44.

⁵⁸ So Bundesregierung: Begr. GWB 1998, BTDrucks 13/9720, zu § 41 Abs. 4 = S. 60.

⁵⁹ So BayVGh: Beschl. v. 8.2.1982, Az. C 81 A. 958, BayVGHE 35, 34 (37); BayVGh: Urt. v. 12.1.1970, Az. 54 I 69, BayVwBl, Bd. 16, 1970, 221 (221); Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 22 Rn. 199 = S. 560.

⁶⁰ Die Entscheidungen des BayVGh: Beschl. v. 8.2.1982, Az. C 81 A. 958, BayVGHE 35, 34 (37) und BayVGh: Urt. v. 12.1.1970, Az. 54 I 69, BayVwBl, Bd. 16, 1970, 221 (221) bezogen sich auf das BayVwVG; Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 22 Rn. 199 = S. 560 bezieht sich auf das BVwVG.

Möglichkeit und Zulässigkeit einer solchen Spezialregelung in anderen Gesetzen, wie beispielsweise im GWB.

Zu Recht wird demgegenüber differenzierend vertreten, die Abgabe einer Willenserklärung sei nicht stets, sondern nur grundsätzlich unvertretbar. Ausnahmsweise sei die Abgabe einer Willenserklärung vertretbar, wenn dies spezialgesetzlich geregelt ist; fehlt eine Regelung, dann kommt es auf Austauschbarkeit an, welche insbesondere bei höchstpersönlichen Willenserklärungen nicht gegeben ist.⁶¹

Für diese Ansicht spricht, dass im Zivilrecht eine ähnliche Rechtsentwicklung stattgefunden hat. Auch hier stand am Anfang das Dogma, Stellvertretung in der Abgabe einer Willenserklärung sei nicht statthaft.⁶² Hiervon hat man sich im Laufe der Zeit mehr und mehr gelöst und schließlich die grundsätzliche Möglichkeit der Stellvertretung in der Abgabe einer Willenserklärung gesetzlich normiert.⁶³

bb. Öffentlich-rechtlich

Die Qualifizierung einer Ersatzvornahme als öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich richtet sich nach flexiblen, wertenden Zurechnungskriterien⁶⁴ bzw.

⁶¹ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 6; App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 33 Rn. 2 = S. 211; Walter, in: VwVG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 10 VwVG Rn. 3; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 261f.

⁶² Gegen Stellvertretung im römischen Recht Knütel: Römisches Privatrecht, 17. Aufl., 2003, § 11 Rn. 1f. = S. 89f.; Claus: Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, 1973, S. 367; Dernburg: Pandekten, Bd. 1, 7. Aufl., 1902, S. 275; Kipp: Pandektenrecht, Bd. 1, 9. Aufl., 1906, S. 346; Rabel: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., 1955, S. 182ff.; Mitteis: Römisches Privatrecht, Bd. 1, 1908, S. 203ff.; Seidl: Römisches Privatrecht, 1963, S. 39; Kunkel: Römisches Recht, 3. Aufl., 1949, S. 101f.; differenzierend Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht, 1962 (Neudruck der Ausgabe Wien 1885), S. 77; a.A. von Savigny: Das Obligationenrecht, Bd. 2, 1853, S. 47.

⁶³ Siehe die §§ 164ff. BGB. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei angemerkt, dass der Entflechtungstreuhänder nicht Vertreter der Entflechtungspflichtigen ist. Er ist vielmehr Partei kraft Amtes, siehe nach bisheriger Ansicht S. 101 sowie nach vorliegend vertretener Ansicht S. 125.

⁶⁴ So zu Recht die neuere Rechtsprechung des BGH: Urt. v. 21.1.1993, Az. III ZR 189/91, BGHZ 121, 161 (165f.). Für die Möglichkeit, im Fall der Ersatzvornahme einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Behörde und Unternehmer zu schließen Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 20 Rn. 14 = S. 513; App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 VwVG Rn. 3. Als öffentlich-rechtlicher Vertragsgegenstand kommt nur die Einräumung hoheitlicher Handlungsbefugnis in Betracht.

danach, wie sich die Tätigkeit des Unternehmers im Rahmen der Ersatzvornahme gegenüber den Pflichtigen darstellt und ob hier ein hoheitliches Handeln feststellbar ist.⁶⁵

Die heutige Rechtslage ist das Ergebnis einer längeren Entwicklung und nur vor diesem historischen Hintergrund verständlich. Ursprünglich ging man davon aus, ein Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme übe nie hoheitliche Rechtsmacht aus.⁶⁶ Dies ergebe sich daraus, dass ein privatrechtlicher Vertrag zwischen Behörde und Unternehmer geschlossen werde. Aus der Privatrechtlichkeit des Vertrags im Innenverhältnis (zwischen Behörde und Unternehmer) ergebe sich die Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht im Außenverhältnis (zwischen Unternehmer und Pflichtigem). Das Außenverhältnis sei vom Innenverhältnis abhängig. Gelegentlich wird darüber hinaus argumentiert, es sei nicht erforderlich, den Unternehmer als hoheitlich Handelnden anzusehen. Falls der Pflichtige Widerstand leiste, dann sei es Aufgabe und Befugnis der Polizei, durch hoheitliches Handeln den Widerstand des Pflichtigen zu beseitigen und es hierdurch dem Unternehmer zu ermöglichen, die Ersatzvornahme durchzuführen. Letzteres Argument ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil sich aus der

⁶⁵ So Bettermann: Anmerkung, DVBl 1971, S. 116f. (117); Medicus: Anmerkung, JZ 1966, S. 63ff. (64); Würtenberger: Schadensersatzansprüche beim Abschleppen, DAR 1983, S. 155ff. (160f.); Würtenberger: Anmerkung, JZ 1993, S. 1001ff. (1004); Schröder: Die ungleiche Wertensubvention, JuS 1969, S. 25ff. (27); Papier: Staatshaftung, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 1353ff. (§ 157 Rn. 21 = S. 1363); Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 109, 113; Papier / Dengler: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Jura 1995, S. 38ff. (40); Wurm, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 48; Czybulka / Jeand' Heur: Amtshaftungsrecht, JuS 1992, S. 396ff. (397); Meysen: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff, JuS 1998, S. 404ff. (407); Weißen: Amtshaftung bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben durch Privatunternehmen, JA 1980, S. 477ff. (477); Schiminowski: Ersatzvornahme und Amtshaftung, VersR 1984, S. 315ff. (315); Lüdemann / Windthorst: Anmerkung, DVBl 1993, S. 1084f. (1085); Notthoff: Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, NVwZ 1994, S. 771ff. (773); Osterloh: [Anmerkung], JuS 1994, S. 175 (175); Windthorst: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 791ff. (793f.); Windthorst: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 892ff. (894); Gaul: Allgemeine Lehren, in: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, S. 1ff. (428). Demgegenüber vermag Medicus: Anmerkung, JZ 1966, S. 63ff. (64) nicht ausreichend zu differenzieren, wenn er vertritt, dem im Rahmen einer Ersatzvornahme tätig werdenden Abschleppunternehmers werde stets hoheitliche Gewalt eingeräumt, andernfalls er nicht zum Abschleppen berechtigt sei, da sich die öffentlich-rechtliche Berechtigung zum Abschleppen nicht aus einem zivilrechtlichen Vertrag ergeben könne.

⁶⁶ So LG München: Urt. v. 28.9.1977, Az. 15 S 2733/77, NJW 1978, 48 (48f.); sogar noch BGH: Urt. v. 4.6.1992, Az. III ZR 93/91, BGHZ 118, 304 (308). Im Anschluss hieran wird auch in der Literatur z.T. vertreten, der Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme trete dem Pflichtigen stets privatrechtlich gegenüber, siehe die Nachweise S. 5 Fn 10.

Befugnis der Polizei zu hoheitlichem Handeln nicht zugleich die öffentlich-rechtliche Berechtigung des Unternehmers zu hoheitlichem Handeln gegenüber dem Pflichtigen ergibt.

Die Rechtsentwicklung nahm ihren Ursprung in Abschleppfällen. Der Vertrag zwischen Behörde und Abschleppunternehmer wird regelmäßig privatrechtlich geschlossen. Hieraus wurde gefolgert, dem Abschleppunternehmer werde keine hoheitliche Gewalt eingeräumt.⁶⁷ Dies hatte zur Folge, dass im Fall der Beschädigung des abgeschleppten Kfz mangels Ausübung eines öffentlichen Amtes durch den Abschleppunternehmer keine Staatshaftungsansprüche geltend gemacht werden konnten. Der Abschleppunternehmer war, da ja nicht hoheitlich tätig, kein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne. Der Geschädigte wurde auf den Zivilrechtsweg gegen den Abschleppunternehmer verwiesen. Hiergegen wurde geltend gemacht, der Staat stünde bei Einschaltung Privater besser, als wenn er selbst die Abschleppmaßnahme durchführen würde. Durch die Einschaltung des Abschleppunternehmers werde nämlich dem Geschädigten das Insolvenzrisiko des Abschleppunternehmers aufgebürdet. Sinn und Zweck des Staatshaftungsrechts sei aber auch, dass der Geschädigte einen solventen Schuldner, nämlich den Staat, in Anspruch nehmen könne („keine Flucht ins Privatrecht“).⁶⁸ Das Argument, der Staat dürfe nicht ins Privatrecht flüchten, wurde auch von der Rechtsprechung als überzeugend anerkannt. Doch hat die Rechtsprechung die ihrer Entscheidungspraxis zugrunde liegende Prämisse der Abhängigkeit des Außenverhältnisses vom Innenverhältnis nicht aufgegeben. Vielmehr wurde die Begründung für diese Prämisse modifiziert, indem die (von der Lit. sog.) Werkzeugtheorie eingeführt wurde. Nach der Werkzeugtheorie sollte eine differenzierende Beurteilung stattfinden. Kriterium hierfür sollte sein,

⁶⁷ BGH: Urt. v. 14.12.1976, Az. VI ZR 251/73, NJW 1977, 628 (628f.); LG München: Urt. v. 28.9.1977, Az. 15 S 2733/77, NJW 1978, 48 (48); LG Düsseldorf: Urt. v. 20.6.1979, Az. 23 S 533/77, VersR 1980, 980 (981); BGH: Urt. v. 21.1.1993, Az. III ZR 189/91, BGHZ 121, 161 (161f.); Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 81; Daumann: Der Abschleppdienst und seine kostenmäßige Abwicklung, DAR 1969, S. 317ff. (318); Wiethaup: Abschleppen von verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, DAR 1973, S. 264ff. (265).

⁶⁸ So Schröder: Die ungleiche Wertensubvention, JuS 1969, S. 25ff. (26f.); Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 28, 114. Siehe zum Argument, der Staat dürfe nicht ins Privatrecht flüchten, im Rahmen der Grundrechtsbindung des Staates bei Auftragsvergabe S. 141.

ob der Privatunternehmer von seinem hoheitlichen Auftraggeber in einem solchen Maße durch Weisungen oder sonstige Einflussmöglichkeiten gelenkt und dirigiert wird, dass er als Werkzeug der öffentlichen Hand bei der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben erscheint.⁶⁹ Für die Werkzeugtheorie spricht zwar, dass es plausibel erscheint, die Verantwortlichkeit demjenigen zuzurechnen, der das Geschehen beeinflussen kann. Gegen die Werkzeugtheorie spricht aber, dass nach wie vor eine Flucht ins Privatrecht möglich ist, da das Innenverhältnis nach wie vor vom Außenverhältnis abhängig ist. Auch in den praktischen Ergebnissen vermag die Werkzeugtheorie nicht zu überzeugen. Um der Werkzeugtheorie gemäß nicht haften zu müssen, muss der Staat dem Unternehmer bei seiner Aufgabenerfüllung nur weitestmöglich freie Hand lassen, bis sich ein Lenken und Dirigieren nicht mehr feststellen lässt. Gerade die „lange Leine“ ist aber in hohem Maße sorgfaltswidrig. Ein Schaden tritt oft gerade deshalb ein, weil der Unternehmer frei von staatlicher Lenkung und Dirigierung handeln kann. Für den Geschädigten ist die Abhängigkeit des Außenverhältnisses vom Grad der Lenkung und Dirigierung im Innenverhältnis auch deshalb in hohem Maße unbillig, weil er regelmäßig weder Einblick noch Einfluss auf die rechtliche Gestaltung des Innenverhältnisses zwischen Behörde und Unternehmer hat, so dass er nicht erkennen kann, ob und inwieweit ein Lenken und Dirigieren gegeben ist. Für ihn ist es daher ein mit Unwägbarkeiten und Zufälligkeiten verbundenes Vabanquespiel, ob er den richtigen Beklagten wählt, den handelnden Unternehmer oder den Staat. Der Grad der Lenkung und Dirigierung ist daher kein geeignetes Kriterium für eine differenzierende Betrachtungsweise.⁷⁰ Die Rechtsprechung hat diese überzeugenden Argumente berücksichtigt und sich

⁶⁹ Die Werkzeugtheorie wird dargestellt m.w.N. von Windthorst: Amtshaftung, in: Staatshaftungsrecht, 2000, S. 78ff. (§ 9 Rn. 17 = S. 99); Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 21f.

⁷⁰ So Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 21ff.; Steinberg / Lubberger: Staatshaftung, 1991, S. 269; Kühlhorn: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss., Univ. Regensburg 1972 (116f.); Notthoff: Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, NVwZ 1994, S. 771ff. (772); Würtenberger: Schadensersatzansprüche beim Abschleppen, DAR 1983, S. 155ff. (160); Ossenbühl: Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen, JuS 1973, S. 421ff. (423); Schiminowski: Ersatzvornahme und Amtshaftung, VersR 1984, S. 315ff. (316); Kühlhorn: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss., Univ. Regensburg 1972, S. 14; Bonk, in: StHG, Schäfer / Bonk [Hrsg.], 1982, § 12 Rn. 15.

von der Werkzeugtheorie distanziert. Sie vertritt heute zu Recht, dass flexible, wertende Zurechnungskriterien anzusetzen sind.⁷¹ Innerhalb dieser Kriterien kommt dem Innenverhältnis zwischen Behörde und Unternehmer zwar weiterhin eine gewisse Bedeutung für die rechtliche Qualifizierung des Außenverhältnisses zwischen Unternehmer und Pflichtigem zu, doch können andere Kriterien ebenfalls berücksichtigt werden. Die wichtigsten sind hierbei, wie sich die Maßnahme den Pflichtigen gegenüber darstellt und inwieweit der Unternehmer in den behördlichen Pflichtenkreis einbezogen ist bzw. wie nahe er dem öffentlich-rechtlichen Funktionsbereich ist.

Im Hinblick auf den Entflechtungstreuhänder ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Ansicht, welche die Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders mit der Privatrechtlichkeit des Handelns des Unternehmers im Rahmen einer Ersatzvornahme begründet,⁷² vertreten wurde, als die Rechtsentwicklung noch nicht bei der Anwendung flexibler, wertender Zurechnungskriterien⁷³ auf den Unternehmer im Rahmen einer Ersatzvornahme angelangt war. Der Verweis der bisherigen Ansicht auf die Autorität der Rechtsprechung geht daher nunmehr fehl.

Wendet man flexible, wertende Zurechnungskriterien auf den Entflechtungstreuhänder an, so führt dies dazu, dass er als Unternehmer im Rahmen der Ersatzvornahme keine private, sondern hoheitliche Rechtsmacht ausübt. Aus Sicht der Entflechtungspflichtigen handelt er nicht als Privatperson, sondern in Staatsfunktion.

Gegen Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders spricht, dass er ohne hoheitliche Rechtsmacht gar nicht in der Lage wäre, die Entflechtung herbeizuführen.⁷⁴ Bei Abschleppfällen vermögen sich voll-

⁷¹ Siehe die Nachweise S. 18 Fn 64.

⁷² So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 317ff.

⁷³ So BGH: Urt. v. 21.1.1993, Az. III ZR 189/91, BGHZ 121, 161 (165f.).

⁷⁴ Hierzu bereits ausführlich ab S. 9.

streckungsrechtliche Theorie und Praxis noch damit zu behelfen, dass der Abschleppunternehmer das Kfz faktisch abschleppen kann, auch ohne dass er mit hoheitlicher Rechtsmacht beliehen wird. Falls der Pflichtige Widerstand leistet, dann sei es Aufgabe der Polizei, es dem Abschleppunternehmer zu ermöglichen, seine Tätigkeit auszuüben, da diese aufgrund der Landespolizeigesetze berechtigt und verpflichtet ist, eine Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung zu beseitigen. Der Entflechtungstreuhänder hingegen wäre ohne die hierfür erforderliche hoheitliche Rechtsmacht selbst dann nicht in der Lage, Unternehmensteile ohne oder gar gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen zu veräußern, wenn die Polizei ihn hierbei unterstützen würde.

Ein weiteres Argument gegen die bisherige Ansicht ist, dass sich aus Art. 1 III GG ergibt, dass der Staat sich seiner Grundrechtsbindung nicht durch die Einschaltung Privater entziehen darf.⁷⁵ Die Herbeiführung der Entflechtung ist keine private Aufgabe des Entflechtungstreuhänders, sondern eine staatliche Aufgabe. Als Teil des Staates ist der Entflechtungstreuhänder an Grundrechte gebunden.

Darüber hinaus ist bereits die Einräumung von Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder ohne oder gar gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen diesen gegenüber grundrechtsrelevant.⁷⁶

3. Vergleich

Vorliegend vertretene Ansicht, der Entflechtungstreuhänder sei Beliehener, so dass ihm die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche hoheitliche Rechtsmacht einzuräumen sei, ist vorzugswürdig gegenüber der bisher einhellig vertretenen Ansicht, der Entflechtungstreuhänder sei gesetzlicher Verwalter bzw. er sei mit dem Insolvenzverwalter vergleichbar, so dass er private Rechtsmacht ausübe.

Vorliegend vertretene Ansicht fügt sich nicht nur zwanglos in allgemeine verwaltungsrechtliche Kategorien und verfassungsrechtliche Vorgaben ein, sondern

⁷⁵ Hierzu bereits ausführlich ab S. 8.

⁷⁶ Siehe hierzu bereits S. 12.

sie gelangt auch zu stringenten Ergebnissen. Eine Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder ist insbesondere deshalb erforderlich, weil er ohne Rechtsmacht nicht nur nicht handeln darf, sondern nicht handeln kann. Nicht nur die Rechtseinräumung selbst ist grundrechtsrelevant, sondern auch die Herbeiführung der Entflechtung ist eine staatliche Aufgabe, so dass der Staat sich seiner Grundrechtsbindung nicht durch das Dazwischenschalten eines Entflechtungstreuhänders entledigen darf (Art. 1 III GG).

II. Umfang

Der Umfang der Rechtsmacht, welche dem Entflechtungstreuhänder eingeräumt wird, ist durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip auf dasjenige begrenzt, was zur Herbeiführung der Entflechtung erforderlich ist. Damit der Entflechtungstreuhänder die für die Herbeiführung der Entflechtung erforderlichen Rechtsgeschäfte mit Wirkung für und gegen die Entflechtungspflichtigen vornehmen kann, reicht es aus, ihm die entsprechende Verfügungsbefugnis einzuräumen. Nicht erforderlich ist insbesondere, ihm Rechte der Entflechtungspflichtigen (ganz oder teilweise) zu übertragen oder die täglich anfallenden Geschäfte der Entflechtungspflichtigen zu führen. Die Entflechtungspflichtigen bleiben Rechtsinhaber,⁷⁷ wie auch der Insolvenzschuldner im Insolvenzrecht Rechtsträger bleibt.⁷⁸ Auch, dass die (private) Rechtsmacht auf den Zweck der Verwaltung beschränkt ist, ist bei gesetzlichen Verwaltern anerkannt.⁷⁹

⁷⁷ So (allgemein für Treuhänder kraft gesetzlicher Ermächtigung) Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 46.

⁷⁸ Gem. § 80 I InsO geht „durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens [...] das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über“.

⁷⁹ Für die Begrenzung der Rechtsmacht auf den Zweck der Verwaltung für den Fall des Insolvenzverwalters, Vergleichsverwalters und Zwangsverwalters statt vieler Schramm, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, § 164 Rn. 79.

III. Keine Mitwirkung von Gesellschaftsorganen

Gesellschaftsorgane⁸⁰ haben keine Mitwirkungsbefugnis, soweit die Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders reicht.⁸¹ Andernfalls hätten die Entflechtungspflichtigen die Möglichkeit, die Herbeiführung der Entflechtung zu verhindern. Zwar wird vereinzelt vertreten, der Entflechtungstreuhänder müsse die Zustimmung der Hauptversammlung einholen, wenn er eine der Zustimmung der Hauptversammlung bedürftige Handlung in einer Aktiengesellschaft vornimmt.⁸² Hierfür spricht zwar, dass das den Gesellschaftsorganen gesetzlich eingeräumte Mitwirkungsrecht unterlaufen würde, wenn der Entflechtungstreuhänder ohne Zustimmung handeln darf. Dem lässt sich jedoch entgegen halten, dass umgekehrt die Verfügungsbefugnisse des Entflechtungstreuhänders leer laufen, wenn seine Verfügungen von der Zustimmung der Gesellschaftsorgane abhängen. Im Ergebnis hätten die Entflechtungspflichtigen die Möglichkeit, durch die Verweigerung der Zustimmung die Herbeiführung der Entflechtung zu verhindern. Dies widerspricht Sinn und Zweck des § 41 IV Nr. 3 GWB, die Entflechtung auch und gerade gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen herbeizuführen.

Im Insolvenzrecht gibt es eine vergleichbare Problematik, welche dahingehend geklärt ist, dass den Gesellschaftsorganen die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse nicht mehr zustehen, soweit diese auf den Insolvenzverwalter über-

⁸⁰ Die Gesellschaftsorgane werden nicht etwa aufgelöst. Sie bleiben vielmehr bestehen und können auch weiter Funktionen ausüben, wenn auch nicht unbeschränkt, so zu Recht Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 328f.

⁸¹ Gegen eine Beschränkung der Befugnisse des Entflechtungstreuhänders durch Mitwirkungserfordernisse von Gesellschaftsorganen zu Recht Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 49, 330f.; Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 449.

⁸² So Bosch, in: GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24, das Beispiel der Abspaltung nennend.

gehen.⁸³ Insoweit ist der Insolvenzverwalter nicht an Zustimmung oder Mitwirkung der Gesellschaftsorgane gebunden. Über das Insolvenzrecht⁸⁴ hinausgehend ist der Entflechtungstrehänder aber auch nicht gehindert, eine personelle Verflechtung⁸⁵ zu entflechten. Für das Insolvenzverfahren ist es irrelevant, wer Organmitglied ist, da das Organ selbst (soweit für die Zwecke des Insolvenzverfahrens erforderlich) seine Mitwirkungsbefugnisse verliert. Im Kartellrecht hingegen kann es im Fall einer personellen Verflechtung höchst relevant sein, wer Organmitglied ist. Es entspricht Sinn und Zweck des § 41 IV Nr. 3 GWB, dass der Entflechtungstrehänder in einem solchen Fall über die Abberufung von Organmitgliedern entscheiden kann.

⁸³ Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse der Gesellschaftsorgane sind auf den insolvenzfreien Bereich beschränkt, so Weber: Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, KTS 1970, S. 73ff. (78ff.); Weber, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 208-244, 8. Aufl., 1973, §§ 207, 208 Rn. 28, 33f.; Ott, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 80 Rn. 112; Haas: Gesellschaftsinsolvenz, in: Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, S. 1025ff. (§ 92 Rn. 140 = S. 1102); Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 207 Vorbem. D Rn. 21; Uhlenbruck: Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht, in: FS Kirchhof, 2003, S. 479ff. (487f.); für den Fall der AG RG: Urt. v. 10.11.1896, Az. II 206/96, JW 1896, 697 (697); RG: Urt. v. 6.5.1911, Az. I 164/10, RGZ 76, 244 (248); Kraft, in: AktG, Zöllner [Hrsg.], Bd. 2, 1985, § 262 Rn. 36; Hüffer, in: MüKo-AktG, Kropff / Semler [Hrsg.], Bd. 7, 2. Aufl., 2001, § 264 Rn. 40f.; Hüffer, in: AktG, Hüffer [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 264 Rn. 9f.; Siegelmann: Die Stellung der Organe im Konkurs der AG, DB 1967, S. 1029f. (1030); für den Fall der GmbH Ulmer, in: Hachenburg-GmbHG, Ulmer [Hrsg.], Bd. 3, 8. Aufl., 1997, § 63 Rn. 74, 94ff.; Schmidt, in: GmbHG, Scholz [Begr.], Bd. I, 9. Aufl., 2000, vor § 64 Rn. 65, 67; Schmidt-Leithoff, in: GmbHG, Rowedder [Begr.], 4. Aufl., 2002, § 63 Rn. 130; Lutter / Kleindiek, in: GmbHG, Lutter / Hommelhoff [Hrsg.], 16. Aufl., 2004, § 64 Rn. 34; Schulze-Osterloh, in: GmbHG, Baumbach [Begr.], 16. Aufl., 1996, § 63 Rn. 37, 39 (§ 63 GmbHG ist mittlerweile aufgehoben worden, vgl. nunmehr Schulze-Osterloh, in: GmbHG, Baumbach [Begr.], 17. Aufl., 2002, Vorbem. zu § 60, Rn. 2), Terlau / Schäfers, in: GmbHG, Michalski [Hrsg.], Bd. 2, 2002, § 38 Rn. 92; Robrecht: Die Rechtsposition der Organe im Konkurs der Gesellschaft, DB 1968, S. 471ff. (471f.); ausführlich Grüneberg: Organe und Betriebsrat im Konkurs, 1988, zugl.: Diss., Univ. Bonn 1987, S. 38ff. Zwar wird teilweise vertreten, dass der Gesellschaft in der Insolvenz gegen den Willen der Gesellschaftsorgane keine Umstrukturierungen aufgenötigt werden dürfen, so Ott, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 80 Rn. 112. Da dem Insolvenzverwalter aber sogar die Befugnis zur Geschäftsveräußerung ohne Mitwirkung der Gesellschaftsorgane zusteht, so statt vieler Weber, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 208-244, 8. Aufl., 1973, §§ 207, 208 Rn. 33, gilt dies erst recht für die weniger weit reichende Umstrukturierung.

⁸⁴ Im Insolvenzrecht ist anerkannt, dass der Insolvenzverwalter keine Befugnis hat, die Bestellung von Organmitgliedern zu widerrufen. Im Insolvenzrecht steht diese Befugnis auch nach Insolvenzeröffnung nur den zuständigen Gesellschaftsorganen zu, so Ott, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 80 Rn. 112.

⁸⁵ Personelle Verflechtungen sind ein Unterfall des Kontrollerwerbs nach § 37 I Nr. 2 S. 2 GWB, so Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 37 Rn. 41. Personelle Verflechtungen können dazu dienen, Leitungsmacht zu konzentrieren. Damit können sie die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs beeinträchtigen, so Schönwitz / Weber: Unternehmenskonzentration, Personelle Verflechtungen und Wettbewerb, 1982, S. 100f.

IV. Einräumung

1. Bisherige Ansicht

Die Einräumung privater Rechtsmacht kann nach bisheriger Ansicht bei konsequenter Vorgehensweise nur in einem privatrechtlichen Vertrag erfolgen.

a. Nicht durch Verwaltungsakt

Inkonsequenterweise wird zwar vertreten, dem Entflechtungstreuhänder sei Rechtsmacht einzuräumen,⁸⁶ welche zwar privatrechtlich zu beurteilen,⁸⁷ gleichwohl aber durch Verwaltungsakt (mit privatrechtsgestaltender Wirkung) einzuräumen sei.⁸⁸ Dem lässt sich entgegen halten, dass die Einräumung privater Rechtsmacht keine „[...] Maßnahme [...] auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts [...]“ (§ 35 S. 1 BVwVfG) ist. Es ist widersprüchlich, die Rechtsmacht einerseits als privatrechtlich zu qualifizieren, andererseits jedoch zum Zwecke der Einräumung als öffentlich-rechtlich. Private Rechtsmacht besteht im privaten Interesse und wird nicht überwiegend im öffentlichen Interesse eingeräumt (Interessentheorie). Wenn der Entflechtungstreuhänder private Rechtsmacht innehat, dann ist er kein Träger öffentlicher Gewalt (Sonderrechtstheorie).

b. Nicht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Das BKartA kann dem Entflechtungstreuhänder die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche private Rechtsmacht nicht durch öffentlich-recht-

⁸⁶ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 321; Bosch, in: GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24.

⁸⁷ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 322f.

⁸⁸ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 321.

lichen koordinationsrechtlichen⁸⁹ Vertrag einräumen, da kein öffentlich-rechtlicher Vertragsgegenstand vorliegt (§ 54 S. 1 BVwVfG). Da die Abgrenzungstheorien in Grenzfällen wie dem vorliegenden keine trennscharfen Abgrenzungskriterien bieten,⁹⁰ stellt die h.M. bei der Abgrenzung zwischen Öffentlichrechtlichkeit und Privatrechtlichkeit eines Vertrags zu Recht auf den Vertragsgegenstand bzw. Vertragsinhalt als maßgebliches Abgrenzungskriterium ab.⁹¹ Hierbei ist objektiv auf das durch den Vertrag einer Regelung unterworfenen Rechtsverhältnis abzustellen, nicht auf die subjektiven Absichten der Beteiligten.⁹²

⁸⁹ Ein subordinationsrechtlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag nach § 54 S. 2 BVwVfG kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil dem BKartA mangels ausreichender gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht die Befugnis zusteht, dem Entflechtungstreuhänder gegen seinen Willen die für die Herbeiführung der Entflechtung erforderliche Rechtsmacht einzuräumen, siehe ab S. 30. Dem Abschluss eines koordinationsrechtlichen Vertrags (§ 54 S. 1 BVwVfG) steht nicht entgegen, dass auf der einen Seite eine Behörde und auf der anderen Seite ein Bürger steht, da ein solcher mangels entgegenstehender Rechtsvorschriften nicht nur verwaltungsintern, sondern auch zwischen Verwaltung und Bürger geschlossen werden kann, so GemSenOGB: Beschl. v. 10.4.1986, Az. GmS-OGB 1/85, BVerwGE 74, 368 (370); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 62; Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995, § 68 Rn. 14 = S. 747; nur dieses Ergebnis entspricht dem Sinn und Zweck des § 54 S. 1 BVwVfG, einen solchen Vertragsschluss zu ermöglichen. A.A. wohl Grziwotz: Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rn. 73.

⁹⁰ So beispielsweise Püttner: Öffentliches und privates Recht, in: FS Maurer, 2001, S. 713ff. (716). Die Abgrenzungstheorien sind dargestellt auf S. 5.

⁹¹ So GemSenOGB: Beschl. v. 10.4.1986, Az. GmS-OGB 1/85, BVerwGE 74, 368 (370); BVerwG: Urt. v. 5.10.1965, Az. IV C 26.65, BVerwGE 22, 138 (140); BVerwG: Urt. v. 27.6.1968, Az. II C 70.67, BVerwGE 30, 65 (67); BVerwG: Urt. v. 6.7.1973, Az. IV C 22.72, BVerwGE 42, 331 (332); BVerwG: Urt. v. 11.2.1993, Az. 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56 (58); BVerwG: Urt. v. 24.8.1994, Az. 11 C 14.93, BVerwGE 96, 326 (329f.); BVerwG: Urt. v. 26.1.1995, Az. 3 C 21.93, BVerwGE 97, 331 (331); BVerwG: Urt. v. 26.1.1995, Az. 3 C 21.93, BVerwGE 97, 331 (332); BGH: Urt. v. 25.4.1960, Az. III ZR 81/59, BGHZ 32, 214 (216); BGH: Urt. v. 27.3.1961, Az. III ZR 6/60, BGHZ 35, 69 (71); BGH: Urt. v. 30.9.1970, Az. I ZR 132/68, BGHZ 54, 287 (291); BGH: Urt. v. 12.7.1971, Az. III ZR 252/68, BGHZ 56, 365 (368); GemSenOGB: Beschl. v. 29.10.1987, Az. 1/86, BGHZ 102, 280 (283); Battis: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2002, S. 213f; Schmidt: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 322; Bull: Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2000, Rn. 684; Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, zugl.: Habil., Univ. Göttingen 1999, S. 114; Lüke: Versteigerung der gepfändeten Sache, ZJP 1955, S. 341ff. (347).

⁹² So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 54 Rn. 27; Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 75; Peine: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2004, Rn. 268; Tiedemann, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 54 Rn. 30; Scherzberg: Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205ff. (206); die gegenteilige sog. Willenstheorie wird nur beim Subventionswesen und bei Anstaltsbenutzungsverhältnissen vertreten, so Schmidt: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 322. Lediglich vereinzelt wird vertreten, die Willenstheorie sei generell anzuwenden, so Renck: Der Rechtsweg im gerichtlichen Verwaltungsverfahren - Vertragshandeln und Realakte, JuS 2000, S. 1001ff. (1002).

Ein zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder geschlossener Vertrag stellt sich nach bisheriger Ansicht als ausschließlich privatrechtlich dar, da der Vertrag keinen öffentlich-rechtlichen Vertragsgegenstand enthält. Weder die Zahlungsverpflichtung des BKartA noch die Verpflichtung des Entflechtungstreuhänders zur Herbeiführung der Entflechtung sind spezifisch öffentlich-rechtliche Vertragsgegenstände, da Zahlungs- und Tätigkeitsverpflichtungen typischerweise auch in zivilrechtlichen Verträgen begründet werden. Die Verpflichtung des BKartA zur Einräumung privater Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder ist ebenfalls kein öffentlich-rechtlicher Vertragsgegenstand, da private Rechtsmacht per definitionem nicht öffentlich-rechtlich eingeräumt wird.

c. Durch privatrechtlichen Vertrag

Das BKartA kann dem Entflechtungstreuhänder (vorbehaltlich der Rechtmäßigkeitsanordnung)⁹³ die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche private Rechtsmacht in einem privatrechtlichen Vertrag einräumen. Wenn die Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders privatrechtlich zu qualifizieren ist, dann muss deren Einräumung konsequenterweise auch in einem privatrechtlichen Vertrag erfolgen.

Gegen die Möglichkeit der Einräumung privater Rechtsmacht in einem privatrechtlichen Vertrag spricht zwar das Verbot des Vertrags zu Lasten Dritter. Das Recht, über Rechte eines Dritter zu disponieren, steht nicht den Vertragsparteien zu, sondern dem am Vertragsschluss nicht beteiligten Dritten, hier die Entflechtungspflichtigen.

Das Argument des Verbots des Vertrags zu Lasten Dritter lässt sich jedoch entkräften, denn wenn dem Dritten kein entsprechendes Recht zusteht, kann insoweit auch nicht zu seinen Lasten disponiert werden. Den Entflechtungspflichtigen steht insoweit kein entsprechendes Recht zu, als ihnen gegenüber durch Verwaltungsakt die Rechtmäßigkeit der Einräumung privater Rechts-

⁹³ Zur Rechtmäßigkeitsanordnung ab S. 55.

macht an den Entflechtungstreuhänder in einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt angeordnet wird (Rechtmäßigkeitsanordnung).⁹⁴

2. Eigene Ansicht

Das BKartA kann dem Entflechtungstreuhänder die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche hoheitliche Rechtsmacht mangels Privatrechtlichkeit derselben nicht in einem privatrechtlichen Vertrag und mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht in einem einseitigen Verwaltungsakt einräumen, wohl aber in einem Verwaltungsakt auf Zustimmung und in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag.

a. Nicht durch privatrechtlichen Vertrag

Die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht durch privatrechtlichen Vertrag scheitert daran, dass diese ein öffentlich-rechtlicher Vertragsgegenstand ist, so dass ein solcher Vertrag nicht privatrechtlich zu qualifizieren ist. Hoheitliche Rechtsmacht kann nur öffentlich-rechtlich eingeräumt werden. Zur Beleihung ist ein Verwaltungsakt oder ein Verwaltungsvertrag als Beleihungsakt erforderlich.⁹⁵

b. Nicht durch einseitigen Verwaltungsakt

Zwar ist die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (§ 35 S. 1 BVwVfG), doch darf das BKartA mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage dem Entflechtungstreuhänder nicht ohne seine Zustimmung die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche hoheitliche Rechtsmacht einräumen. Die allgemeine Handlungsfreiheit

⁹⁴ Zur Rechtmäßigkeitsanordnung ab S. 55.

⁹⁵ So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 1 Rn. 58; Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 20 Rn. 54 = S. 388; Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231; Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 1 Rn. 17; Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 27.

(Art. 2 I GG)⁹⁶ schützt auch davor, die Rechtsmacht eines Beliehenen eingeräumt zu erhalten,⁹⁷ da sich niemand eine Rechtsmacht einräumen lassen muss, die er nicht haben will. Dies ist auch in vergleichbaren Fällen anerkannt, wie beispielsweise⁹⁸ beim Insolvenzverwalter,⁹⁹ Sequester,¹⁰⁰ Zwangsverwalter,¹⁰¹ Notar¹⁰² und Beamten.¹⁰³

Darüber hinaus wird ein Beliehener durch die Rechtseinräumung auch belastet, da er als Beliehener einer Betriebspflicht unterliegt, aufgrund derer er nicht ohne weiteres auf die Ausübung der Tätigkeit verzichten darf.¹⁰⁴

⁹⁶ Der persönliche Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst natürliche Personen, juristische Personen, Deutsche und Ausländer, so statt aller Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 2 Rn. 9. Der sachliche Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit umfasst jedes menschliche Handeln, welches nicht vom Schutzbereich eines spezielleren Grundrechts erfasst wird, so statt aller Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 2 Rn. 3.

⁹⁷ Für das Erfordernis der Zustimmung des Beliehenen zur Beleihung Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 27 = S. 862); Steiner: Fragen der Beleihungsdogmatik, in: FS Koja, 1998, S. 603ff. (611f.).

⁹⁸ Weitere Beispiele S. 79.

⁹⁹ Der Insolvenzverwalter wird nach § 56 I InsO „bestellt“. Dem gegen seinen Willen Bestellten steht wegen § 6 I InsO zwar kein Rechtsmittel zu. Das ist aber auch nicht nötig, da er das Amt erst durch dessen Übernahme erlangt. Diese kann er (vom S. 78 Fn 276 erwähnten Sonderfall des § 48 I Nr. 1 BRAO i.V.m. § 4a II InsO abgesehen) ablehnen, so Bundesregierung: Begr. InsO, BTDrucks 12/2443, zu § 65 = S. 127; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 132; Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 16; nunmehr auch Lücke, in: InsO, Kübler / Prütting [Begr.], Bd. I, Std.: 18. Lfg., 2003, § 56 Rn. 22.

¹⁰⁰ So Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 848 Rn. 2; Smid, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 848 Rn. 4; Stöber, in: ZPO, Zöller [Begr.], 24. Aufl., 2004, § 848 Rn. 3; Noack: Der Sequester, seine Stellung zum Gericht und zu den Parteien, JR 1963, S. 295ff. (295).

¹⁰¹ So Böttcher, in: ZVG, Böttcher [Hrsg.], 3. Aufl., 2000, § 150 Rn. 3 a.E.; Stöber, in: ZVG, Stöber [Hrsg.], 17. Aufl., 2002, § 150 Rn. 2.5.

¹⁰² Die Bestellung des Notars nach § 12 S. 1 BNotO ist ein mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt und bedarf der Mitwirkung des Bestellten, so Frenz, in: BNotO, Eylmann / Vaasen [Hrsg.], 2000, § 12 BNotO Rn. 8, 16; Lerch, in: BNotO, Arndt [Begr.], 5. Aufl., 2003, § 12 Rn. 8; Schippel, in: BNotO, Seybold / Hornig [Begr.], 7. Aufl., 2000, § 12 Rn. 2.

¹⁰³ So Battis: Beamtenrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, S. 1012ff. (Rn. 62 = S. 1035).

¹⁰⁴ So Stöber: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522; Ossenbühl: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, zugl.: Habil., Univ. Köln 1967/68, S. 427; Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29, 1971, S. 137ff. (190); Stuibler-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 97.

Der für eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung¹⁰⁵ einzig in Betracht kommende § 41 IV Nr. 3 GWB, wonach das BKartA einen Treuhänder „bestellen“ darf, rechtfertigt einen Eingriff nicht, da weder Wortlaut noch Systematik noch Sinn und Zweck darauf schließen lassen, dass § 41 IV Nr. 3 GWB dem BKartA das Recht gibt, jemandem ohne oder gar gegen seinen Willen Rechtsmacht einzuräumen.

c. Durch Verwaltungsakt auf Zustimmung

Das BKartA kann dem Entflechtungstreuhänder die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche hoheitliche Rechtsmacht in einem Verwaltungsakt auf Zustimmung einräumen, da in diesem Fall kein Grundrechtseingriff gegeben ist, da der Entflechtungstreuhänder auf den Grundrechtsschutz verzichtet, indem er dem Verwaltungsakt zustimmt (*volenti non fit iniuria*).¹⁰⁶ Gegen eine solche Gestaltungsweise lässt sich nicht etwa einwenden, der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes stehe entgegen, da ein solcher Verwaltungsakt nicht ohne Gesetz erfolgt. In § 41 Abs. IV Nr. 3 GWB ist dem BKartA die Möglichkeit gegeben, einen Treuhänder zu bestellen.

¹⁰⁵ Um einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit zu rechtfertigen, bedarf es einer Ermächtigungsgrundlage in Form eines formellen oder materiellen Gesetzes, so statt aller Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 2 Rn. 17, 20. Sittengesetz und Rechte anderer sind hier offensichtlich nicht einschlägig.

¹⁰⁶ Für die grundsätzliche Möglichkeit des Grundrechtsverzichts Bleckmann: Der Grundrechtsverzicht, in: Grundrechte, 4. Aufl., 1997, S. 485ff. (Rn. 28f. = S. 495f.); Bleckmann: Probleme des Grundrechtsverzichts, JZ 1988, S. 57ff. (59); Sachs: Grundrechte, 2. Aufl., 2003, A 8 IV Rn. 34ff. = S. 109ff.; Epping: Grundrechte, 2004, Rn. 91; Pieroth / Schlink: Grundrechte, 19. Aufl., 2003, Rn. 135ff.; Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 36; Schmidt-Bleibtreu, in: GG, Schmidt-Bleibtreu / Klein [Hrsg.], 9. Aufl., 1999, Art. 19 Rn. 29; Dürig: Wertesystem der Grundrechte, AöR 1956, S. 117ff. (152); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 14 Rn. 34 = S. 385f.; Amelung: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 26ff.; Robbers: Der Grundrechtsverzicht, JuS 1985, S. 925ff. (931); Malorny: Der Grundrechtsverzicht, JA 1974, S. 475ff. (475); i.Erg. auch Friß: Der Verzicht auf Grundrechte, Diss., Univ. Würzburg 1968, S. 265, 279; bereits Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1950, S. 102f.; in der Sache unverändert Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, S. 128; bereits Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 1895, S. 98; in der Sache genauso, wenn auch von Einwilligung sprechend, Starck, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 1 Abs. 3 Rn. 260f. bzw. von Zustimmung sprechend Schwabe: Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 127. Für die Möglichkeit eines mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakts Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 46 Rn. 31 = S. 655; zum mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt ausführlich Kirchhof: Der Verwaltungsakt auf Zustimmung, DVBl 1985, S. 651ff.

Ein Grundrechtsverzicht setzt voraus, dass das Grundrecht disponibel ist und dass eine wirksame Einwilligungserklärung¹⁰⁷ gegeben ist.¹⁰⁸ Ob ein Grundrecht disponibel ist oder nicht, richtet sich danach, ob es dem Schutz der persönlichen Entfaltungsfreiheit dient oder dem Prozess der staatlichen Willensbildung.¹⁰⁹ Das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit schützt die persönliche Entfaltungsfreiheit und ist daher disponibel.

d. Durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Die Einräumung hoheitlicher Gewalt an den Entflechtungstreuhänder kann (sofern das Schriftformerfordernis des § 57 am Anf. BVwVfG eingehalten sowie die Voraussetzungen des § 58 I BVwVfG gegeben sind) in einem koordinationsrechtlichen¹¹⁰ öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen.¹¹¹ Öffentlich-rechtliche Vertragsgegenstände (§ 54 S. 1 BVwVfG) sind hierbei weder die Zahlungsverpflichtung des BKartA noch die Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhänders,¹¹² wohl aber die Verpflichtung des BKartA zur Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder.¹¹³

Zwar schreibt § 58 I BVwVfG für einen solchen öffentlich-rechtlichen Vertrag vor, dass der Betroffene zustimmt, doch kann diese Zustimmung richtigerweise

¹⁰⁷ Die Wirksamkeit der Willenserklärung hängt von den allgemeinen Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Willenserklärung ab, beispielsweise Geschäftsfähigkeit und Fehlen von Willensmängeln.

¹⁰⁸ So Sachs: Grundrechte, 2. Aufl., 2003, A 8 IV Rn. 37 = S. 110, A 8 IV Rn. 40 = S. 111; Epping: Grundrechte, 2004, Rn. 91f.; Pieroth / Schlink: Grundrechte, 19. Aufl., 2003, Rn. 135ff.; Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Vorb. vor Art. 1 Rn. 36; Stern: Der Grundrechtsverzicht, in: Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 887ff. (913); Malorny: Der Grundrechtsverzicht, JA 1974, S. 475ff. (475); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 14 Rn. 34 = S. 386.

¹⁰⁹ So Pieroth / Schlink: Grundrechte, 19. Aufl., 2003, Rn. 137; Amelung: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes, 1981, S. 39; Stern: Der Grundrechtsverzicht, in: Staatsrecht, Bd. III/2, 1994, S. 887ff. (911).

¹¹⁰ Zum koordinationsrechtlichen (im Gegensatz zum subordinationsrechtlichen) Vertrag S. 28 Fn 89.

¹¹¹ Die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an einen Beliehenen kann nicht nur in einem Verwaltungsakt auf Zustimmung, sondern auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen, so Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 1 Rn. 58; Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 20 Rn. 54 = S. 388; Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231; Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 1 Rn. 17; Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, S. 27.

¹¹² Zu deren fehlender Öffentlichrechtlichkeit bereits S. 29. Typischerweise werden diese Verpflichtungen auch in privatrechtlichen Verträgen begründet.

¹¹³ Siehe hierzu bereits die entsprechenden Ausführungen auf S. 30.

durch eine Rechtmäßigkeitsanordnung¹¹⁴ ersetzt werden, da es nicht Sinn und Zweck des § 58 I BVwVfG ist, die Entflechtungspflichtigen vor der zwangsweisen Herbeiführung der Entflechtung zu schützen.¹¹⁵

3. Vergleich

Das BKartA kann dem Entflechtungstreuhänder die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche Rechtsmacht nach bisheriger Ansicht nur durch privatrechtlichen Vertrag, nach vorliegend vertretener Ansicht sowohl durch Verwaltungsakt auf Zustimmung als auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag einräumen.

Die Schwäche der bisherigen Ansicht zeigt sich daran, dass sich widersprüchliche Ergebnisse selbst dann nicht vermeiden lassen, wenn man konsequenterweise die Möglichkeit der Einräumung privater Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder in einem privatrechtlichen Vertrag bejaht. Die Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder ist, obwohl die Rechtsmacht privatrechtlich ist, von der Anordnung ihrer Rechtmäßigkeit gegenüber den Entflechtungspflichtigen (Rechtmäßigkeitsanordnung)¹¹⁶ abhängig. Diese verhindert, dass die Einräumung privater Rechtsmacht in einem privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder ein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter ist, indem sie die ansonsten entgegen stehenden Rechte der Entflechtungspflichtigen beseitigt. Die Rechtmäßigkeitsanordnung muss auch nach der bisherigen Ansicht als öffentlich-rechtlich qualifiziert werden. Wenn der Staat den Entflechtungspflichtigen gegenüber die Rechtmäßigkeit der Einräumung privater Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder anordnet, um entgegenstehende private Rechte der Entflechtungspflichtigen zu beseitigen, dann geschieht dies nicht privatrechtlich im Gleichordnungsverhältnis zwischen Staat und Entflechtungspflichtigen, sondern hoheitlich im Über-/Unterordnungsver-

¹¹⁴ Siehe hierzu im Rahmen der bisherigen Ansicht bereits S. 29 sowie ausführlich ab S. 55.

¹¹⁵ Ausführlich zur Möglichkeit der Ersetzung S. 64.

¹¹⁶ Zur Erforderlichkeit einer Rechtmäßigkeitsanordnung auch nach der bisherigen Ansicht S. 55.

hältnis zwischen Staat und Entflechtungspflichtigen. Dieses Dilemma wird durch die vorliegend vertretene Ansicht vermieden, indem bereits die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht als Rechtsverhältnis „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts [...]“ (§ 35 S. 1 bzw. § 54 S. 1 BVwVfG) qualifiziert wird.

V. Aufsicht

1. Bisherige Ansicht

Wenn man von der Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhanders ausgeht, dann ist bei konsequenter Vorgehensweise keine Aufsichtsführung des BKartA über den Entflechtungstreuhandler erforderlich. Der Staat hat das Tätigwerden Privater untereinander nicht im Sinne einer Rechts- oder Fachaufsicht zu beaufsichtigen. Gleichwohl wird mit der Begründung der Schutzwürdigkeit der Entflechtungspflichtigen vertreten, das BKartA habe dem Entflechtungstreuhandler gegenüber eine Weisungsbefugnis.¹¹⁷ Für diese Ansicht spricht zwar nicht der dogmatische Ansatz, wohl aber das Ergebnis, da die Entflechtungspflichtigen dem Entflechtungstreuhandler gegenüber tatsächlich schutzwürdig sind.

2. Eigene Ansicht

Der Entflechtungstreuhandler unterliegt als Beliehener der Aufsicht des BKartA, da Beliehene als solche der Aufsicht unterliegen.¹¹⁸ Dies ergibt sich daraus, dass das Handeln Beliehener als Ausübung staatlicher Gewalt demokratisch legitimiert sein muss.¹¹⁹ Das Demokratieprinzip verlangt eine lückenlose Kette

¹¹⁷ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 322ff.

¹¹⁸ Für das Bestehen staatlicher Aufsicht über Beliehene Dreier: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, zugl.: Habil., Univ. Würzburg 1989, S. 249; VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 20.1.1983, Az. 9 (11) S 12/82, DVBl 1983, 592 (592); Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592); Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 154ff.; Schmidt: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1990, S. 418; Wolfers / Kaufmann: Private als Anstaltsträger, DVBl 2002, S. 507ff. (510); Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 105f. Allgemein für hoheitlich eingesetzte Treuhänder Michael: Öffentliche Treuhand, 1948, S. 26.

¹¹⁹ So Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 29 = S. 863); Herzog: Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 214 Fn 54; Herzog / Pietzner: Beliehener Unternehmer, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., 1975, S. 170f. (171); Huber: Beliehene Verbände, DVBl 1952, S. 456ff. (460).

von Verantwortlichkeit, die sich letztlich über das Parlament auf das Volk zurückführen lässt.¹²⁰ Hierzu gehört nicht nur, dass sich die Bestellung des Entflechtungstreuhänders demokratisch legitimieren lässt, sondern auch, dass das Handeln des Entflechtungstreuhänders einer demokratisch legitimierten Kontrolle unterliegt. Die Aufsicht über Beliehene umfasst regelmäßig nicht nur die Rechts-, sondern auch die Fachaufsicht.¹²¹ Weisungen des BKartA im Rahmen der Aufsicht sind dem Entflechtungstreuhänder gegenüber Verwaltungsakte.¹²²

3. Vergleich

Rechts- und Fachaufsicht über den Entflechtungstreuhänder bestehen nur nach vorliegend vertretener, nicht nach bisheriger Ansicht. Die Unstimmigkeit dieses Ergebnisses bemerkend, wird von einem Teil der bisherigen Ansicht vertreten, neben dem privatrechtlichen Vertrag im Innenverhältnis zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder bestehe eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Entflechtungstreuhänder.¹²³ Bezeichnenderweise wird hierbei nicht dargelegt, woraus diese Weisungsbefugnis resultiert, wenn sie nicht aus dem privatrechtlichen Vertrag folgt, und ob sie öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ist. Demgegenüber vermag die vorliegend vertretene Ansicht ein solches Weisungsrecht widerspruchsfrei und ohne dogmatische Schwierigkeiten aus der Rechts- und Fachaufsicht herzuleiten, womit sie sich nahtlos in bestehende verwaltungsrechtliche Grundsätze einfügt.

¹²⁰ So statt aller Bodo, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 20 Rn. 9a.

¹²¹ So Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 29 = S. 863); Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 46 = S. 521; Ossenbühl: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, zugl.: Habil., Univ. Köln 1967/68, S. 428f.

¹²² Für Weisungen gegenüber Beliehenen als Verwaltungsakte BVerwG: Urt. v. 15.12.1994, Az. 4 C 11/94, NVwZ 1995, 484 (485); BVerwG: Urt. v. 11.11.1988, Az. 8 C 9/87, NVwZ-RR 1989, 359 (359); VGH Bad.-Württ.: Beschl. v. 24.2.1997, Az. 5 S 7/97, NVwZ-RR 1998, 152 (152); OVG Münster: Beschl. v. 20.5.1970, Az. IV B 166/70, DÖV 1970, 826 (826); VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 20.1.1983, Az. 9 (11) S 12/82, DVBl 1983, 592 (592); BVerwG: Urt. v. 25.2.1972, Az. VII C 20.71, BVerwGE 39, 345 (346); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 109.

¹²³ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 322ff.

VI. Kontrollbefugnisse im Vertrag

1. Bisherige Ansicht

Dem BKartA im privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und Entflechtungstreuhänder Kontrollbefugnisse einzuräumen, ist nach bisheriger Ansicht nicht erforderlich. Die Frage der demokratischen Legitimation des Entflechtungstreuhänders stellt sich nicht, da er keine Staatsgewalt ausübt.

2. Eigene Ansicht

Das Erfordernis demokratischer Legitimation des Entflechtungstreuhänders gebietet nach vorliegend vertretener Ansicht, zusätzlich zu den ohnehin gegebenen Möglichkeiten der Einflussnahme und des Eingreifens im Wege der Aufsicht,¹²⁴ möglichst umfassende Kontrollbefugnisse in den (im Fall der Beleihung durch Verwaltungsakt auf Zustimmung: privatrechtlichen; im Fall der Beleihung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag: öffentlich-rechtlichen) Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder aufzunehmen.¹²⁵

3. Vergleich

Vorliegend vertretene Ansicht ist vorzugswürdig, da sie das Erfordernis der Einräumung möglichst weitgehender Kontrollbefugnisse im Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder überzeugend aus dem Demokratieprinzip herzuleiten vermag.

¹²⁴ Hierzu ab S. 35.

¹²⁵ So für den Fall der Beleihung durch Verwaltungsakt auf Zustimmung gekoppelt mit einem privatrechtlichen Vertrag Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 34 = S. 866).

VII. Keine Weiterübertragung

1. Bisherige Ansicht

Der Entflechtungstreuhänder kann die ihm eingeräumte private Rechtsmacht nach bisheriger Ansicht nicht weiter übertragen, selbst wenn er wollte. Analog¹²⁶ § 399 Alt. 1 BGB resultiert aus der Zweckbindung der dem Entflechtungstreuhänder eingeräumten privaten Rechtsmacht, dass diese nicht übertragbar ist.¹²⁷ § 399 BGB ist als privatrechtliche Norm anwendbar, da sich die Frage der Weiterübertragung privater Rechtsmacht nach Privatrecht richtet.

¹²⁶ Die Analogie ist erforderlich wegen der Regelungslücke, dass es sich bei der dem Entflechtungstreuhänder zur Herbeiführung der Entflechtung eingeräumten privaten Rechtsmacht nicht um eine Forderung i.S.d. § 399 BGB handelt. Der Entflechtungstreuhänder ist nicht berechtigt, von den Entflechtungspflichtigen eine Leistung zu fordern (§ 241 I 1 BGB). Für die analoge Anwendung des § 399 BGB spricht, dass der Begriff des Schuldverhältnisses der umfassendere Begriff zum Begriff der Forderung ist, so Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, Einl. v. § 241 Rn. 3 und dass nicht nur Forderungen abgetreten, sondern auch ganze Schuldverhältnisse übertragen werden können, sofern alle Beteiligten zustimmen, so Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 398 Rn. 38, 39a. Der Fall der Übertragung eines Schuldverhältnisses ist im Hinblick auf § 399 BGB gleich zu behandeln wie der Fall der Abtretung einer Forderung.

¹²⁷ So für den Fall der Abtretung einer Forderung statt vieler Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 399 Rn. 5. Dem entspricht es i.Erg., wenn im Insolvenzrecht wegen der Höchstpersönlichkeit des Amtes des Insolvenzverwalters die Übertragung seiner Befugnisse auf Dritte als unzulässig angesehen wird, so Hess, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 56 Rn. 32; Frege / Keller / Riedel: Insolvenzrecht, 6. Aufl., 2002, Rn. 991 = S. 356; Klopp / Kluth: Die Verfahrensbeteiligten, in: Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2001, S. 303ff. (§ 22 Rn. 12 = S. 347); Weber, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 71-206 KO, 8. Aufl., 1973, § 78 Rn. 10a oder wenn die Wahrnehmung der Aufgaben des Insolvenzverwalters durch einen Bevollmächtigten als unzulässig angesehen wird, so Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 110.

¹²⁷ Weitergehend nicht nur für die rechtliche Unzulässigkeit („nicht dürfen“), sondern für die rechtliche Unmöglichkeit („nicht können“) der Weiterübertragung der Erfüllung der Aufgabe durch den Beliehenen (beispielsweise auf einen Vertreter) Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 207; Kühlhorn: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss., Univ. Regensburg 1972, S. 64. Dieses Ergebnis ist vertretbar, wenn man die Weiterübertragung als einen nichtigen Verwaltungsakt i.S.d. § 44 BVwVfG ansieht. Hiergegen spricht jedoch, dass keines der in § 44 II BVwVfG aufgeführten Beispiele erfüllt ist. Das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage allein führt zwar zur Rechtswidrigkeit und damit zur Anfechtbarkeit, nicht aber zugleich zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes i.S.d. § 44 I BVwVfG, so Schäfer, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 44 Rn. 43; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 44 Rn. 102 m.w.N. Der Entflechtungstreuhänder ist nicht absolut sachlich unzuständig, da er immerhin die Rechtsmacht inne hat, welche er weiter überträgt. Für die Nichtigkeit des erlassenen Verwaltungsaktes bei absoluter sachlicher Unzuständigkeit der Behörde Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 44 Rn. 10, 14; Schäfer, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 44 Rn. 35; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 44 Rn. 108.

2. Eigene Ansicht

Der Entflechtungstreuhänder darf die ihm eingeräumte Rechtsmacht nach vorliegend vertretener Ansicht mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht weiter übertragen. Da sich die Weiterübertragung der dem Entflechtungstreuhänder eingeräumten hoheitlichen Rechtsmacht den Entflechtungspflichtigen gegenüber, ähnlich wie die ursprüngliche Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder,¹²⁸ als Grundrechtseingriff darstellt, bedarf es hierfür einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Eine solche ist nicht vorhanden. Eine gleichwohl vorgenommene Übertragung wäre rechtswidrig, nicht aber nichtig. Die fehlende Nichtigkeit ergibt sich daraus, dass weder eines der speziellen Beispiele in § 44 II BVwVfG noch die allgemeine Norm des § 44 I BVwVfG erfüllt ist. Letzteres ergibt sich daraus, dass das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage allein zwar zur Rechtswidrigkeit und damit zur Anfechtbarkeit, nicht aber zugleich zur Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes führt.¹²⁹ Ein Verwaltungsakt ist nur bei absoluter sachlicher Unzuständigkeit nichtig.¹³⁰ Eine solche ist hier nicht gegeben, weil der Entflechtungstreuhänder immerhin die Rechtsmacht innehat, welche er weiter überträgt.¹³¹

3. Vergleich

Beide Ansichten gelangen zu ähnlichen Ergebnissen. Die Weiterübertragung ist nach bisheriger Ansicht unmöglich, nach vorliegend vertretener Ansicht zwar möglich, aber mangels Ermächtigungsgrundlage rechtswidrig. Damit vermag die vorliegend vertretene Ansicht die Rechtswidrigkeit der Weiterübertragung mit

¹²⁸ Zur Grundrechtsrelevanz der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht ab S. 12.

¹²⁹ So Schäfer, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 44 Rn. 43; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 44 Rn. 102 m.w.N.

¹³⁰ So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 44 Rn. 10, 14; Schäfer, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 44 Rn. 35; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 44 Rn. 108.

¹³¹ Ohne nähere Begründung hingegen für die rechtliche Unmöglichkeit (statt Unzulässigkeit) der Weiterübertragung der Rechtsmacht durch den Beliehenen Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 207; Kühnhorn: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss., Univ. Regensburg 1972, S. 64.

dem in der Sache zutreffenden Argument der fehlenden gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage zu begründen.

VIII. Juristische Person

Nach beiden Ansichten kann nicht nur eine natürliche, sondern auch eine juristische Person zum Entflechtungstreuhänder bestellt werden.¹³² Hierfür spricht, dass der Ausschluss der Möglichkeit der Bestellung einer juristischen Person im Hinblick auf seine Grundrechtsrelevanz (Art. 12 I, 3 I GG) einer gesetzgeberischen Entscheidung bedarf. Eine solche wurde in § 41 IV Nr. 3 GWB, anders als etwa im Insolvenzrecht,¹³³ nicht getroffen.

IX. Interessenkollision als möglicher Hinderungsgrund

Interessenkollisionen sind weder im GWB noch im BVwVG spezialgesetzlich geregelt. Das klassische Beispiel einer Interessenkollision ist dasjenige des Tätigwerdens in eigener Sache, etwa wenn der Entflechtungstreuhänder selbst entflechtungspflichtig ist. Mannigfaltige Beispiele finden sich darüber hinaus in den §§ 41ff. ZPO, 181 BGB sowie §§ 20f. BVwVfG. Die in den genannten Normen genannten Fälle sind nicht immer deckungsgleich, so dass es im Einzelfall relevant sein kann, welche Norm auf den Entflechtungstreuhänder anwend-

¹³² So i.Erg. auch Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 15; Bechtold / Kleinmann, in: Fusionskontrolle, Kleinmann / Bechtold [Hrsg.], 1977, § 24 Rn. 313; Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 448.

¹³³ Gemäß § 56 I InsO darf nur eine „natürliche“ Person zum Insolvenzverwalter bestellt werden, so auch Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 7; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 2; Frege / Keller / Riedel: Insolvenzrecht, 6. Aufl., 2002, Rn. 991 = S. 356; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 15; Hess, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 56 Rn. 48; Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, S. 198f.; im Anschluss hieran für die Unzulässigkeit der Bestellung einer juristischen Person zum Zwangsverwalter (trotz des im Zwangsvollstreckungsrecht unklaren Wortlauts des § 150 I ZVG) Stöber, in: ZVG, Stöber [Hrsg.], 17. Aufl., 2002, § 150 Rn. 2; Eickmann: Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 2004, S. 394; Wrobel: Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters, 1993, zugl.: Diss., Univ. Münster 1993, S. 34. Gründe der Regelung im Insolvenzrecht waren die Haftungsbegrenzung bei juristischen Personen auf deren Haftungskapital sowie Schwierigkeiten bei der Aufsichtsübung. Diese Argumente vermögen den Grundrechtseingriff in Art. 12 I, 3 I GG jedoch nicht zu rechtfertigen. Auch juristische Personen haften unbegrenzt, und die Aufsicht wird ihnen gegenüber nicht anders ausgeübt als gegenüber natürlichen Personen, so zu Recht Braun: Bedrohung durch Konkursverwalter-GmbH, BB 1993, S. 2172ff. (2172ff.); Kind, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 56 Rn. 2; Kind, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 56 Rn. 3.

bar ist. So ist beispielsweise der Fall, dass er bereits ein Gutachten für die Entflechtungspflichtigen erstellt hat, zwar von § 20 I Nr. 6 Alt. 1 BVwVfG analog und somit von der vorliegend vertretenen Ansicht erfasst, aber weder von § 181 BGB noch von § 41 ZPO analog und somit nicht von der bisher vertretenen Ansicht.

1. Bisherige Ansicht

a. §§ 20f. BVwVfG nicht erfüllt

Die Voraussetzungen der auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung grundsätzlich anwendbaren¹³⁴ §§ 20f. BVwVfG sind nach bisheriger Ansicht nicht erfüllt. Es liegt kein Verwaltungsverfahren¹³⁵ vor, da der Entflechtungstreuhänder keine Behörde ist, da er keine Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt (§§ 20f. i.V.m. § 9 i.V.m. § 1 IV BVwVfG).

b. § 181 BGB

Das Vorliegen einer Interessenkollision i.S.d. § 181 BGB steht nach bisheriger Ansicht dem Tätigwerden des Entflechtungstreuhänders entgegen.¹³⁶ Für die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf den Entflechtungstreuhänder spricht dessen Sinn und Zweck, Interessenkollisionen abzuwenden, bei denen die Gefahr besteht, dass sie zu Lasten eines Teils gelöst werden.¹³⁷ Die entsprechende

¹³⁴ Vorschriften des BVwVfG (insbesondere auch die §§ 20f. BVwVfG) sind auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung anwendbar, soweit keine spezialgesetzliche Regelung getroffen wurde, so App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 1 Rn. 6 = S. 5; Riedl, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 9 Rn. 22. Das BVwVfG selbst geht in § 28 II Nr. 5 von seiner Anwendbarkeit auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung aus.

¹³⁵ Das Vollstreckungsverfahren ist, sofern die Voraussetzungen des § 9 BVwVfG erfüllt sind, ein eigenständiges Verwaltungsverfahren. Das vorangegangene Verwaltungsverfahren wird nicht etwa fortgesetzt, so Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 9 Rn. 205; Clausen, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 9 Rn. 20; Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 9 Rn. 23a.

¹³⁶ So Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 335f.

¹³⁷ § 181 BGB ist insofern Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, so Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 181 Rn. 2; Jauernig, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 11. Aufl., 2004, § 181 Rn. 6.

Anwendbarkeit des § 181 BGB ist folgerichtig auf alle Arten von Amtswaltern anerkannt,¹³⁸ namentlich auf Testamentsvollstrecker¹³⁹ und Insolvenzverwalter.¹⁴⁰

c. § 41ff. ZPO analog

Der bisherigen Ansicht folgend gelangt man darüber hinaus zur analogen Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO auf den Entflechtungstreuhand. Die direkte Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO scheitert daran, dass der Entflechtungstreuhand kein Richter (§ 41 ZPO) ist.¹⁴¹ Die für eine Analogiebildung erforderliche Regelungslücke besteht, soweit Interessenkollisionen nicht bereits durch § 181 BGB erfasst werden.¹⁴² Sie ist nicht beabsichtigt. Zwar wird in vergleichbaren Gesetzen ausdrücklich auf §§ 41ff. ZPO verwiesen,¹⁴³ auch wird beim Gerichtsvollzieher, wo eine ausdrückliche Verweisung fehlt, die analoge

¹³⁸ Für die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf alle Arten von Amtswaltern Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 181 Rn. 3; Jauernig, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 11. Aufl., 2004, § 181 Rn. 2; Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, § 181 Rn. 32f.; Schramm, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, § 181 Rn. 38; Schilken, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 164-240, 2001, § 181 Rn. 38; Steffen, in: BGB-RGRK, Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.], Bd. §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, § 181 Rn. 8.

¹³⁹ So BGH: Urt. v. 29.4.1959, Az. V ZR 11/58, BGHZ 30, 67 (69); BGH: Urt. v. 9.12.1968, Az. II ZR 57/67, BGHZ 51, 209 (214f.); BGH: Urt. v. 18.2.1981, Az. VIII ZR 20/80, NJW 1981, 1271 (1272); BGH: Urt. v. 12.6.1989, Az. II ZR 246/88, BGHZ 108, 21 (24f.); OLG Frankfurt: Beschl. v. 6.2.1998, Az. 20 W 51/95, NJW-RR 1998, 795 (796); von Lübtow: Insihgeschäfte des Testamentsvollstreckers, JZ 1960, S. 151ff. (151).

¹⁴⁰ So BGH: Urt. v. 24.1.1991, Az. IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 (270); OLG Frankfurt: Beschl. v. 2.3.1976, Az. 20 W 799/75, BB 1976, 570 (570); Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 109; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 35; Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 78 Rn. 9.

¹⁴¹ Etwas anderes ergibt sich nicht etwa daraus, dass die Entscheidungen des BKartA in gerichtlichen Beschlussabteilungen (§ 51 II 1 GWB) getroffen werden. Weder ist der Entflechtungstreuhand eine Beschlussabteilung, noch handelt es sich beim Verfahren vor dem BKartA um ein Gerichtsverfahren, siehe die amtliche Überschrift vor §§ 54ff. GWB: „Verwaltungssachen“.

¹⁴² Insbesondere haben die §§ 41ff. ZPO speziell im Hinblick auf verfahrensrechtliche Befangenheitskonstellationen einen über die Fälle des § 181 BGB weit hinaus gehenden Anwendungsbereich, was sich aus den in §§ 41ff. ZPO genannten Beispielen ergibt.

¹⁴³ Ausdrücklich auf §§ 41ff. ZPO verwiesen wird in §§ 46 II, 49, 80 II, 103 II, III ArbGG, 60 SGG, 54 VwGO, 51 I 1 FGO, 4 InsO, 27 VI, 86 PatG, 72 I, 88 I MarkenG, 73 Nr. 2, 75 IV 1, 76 V 1, 120 II GWB, 65 I, 66 I, 83 DRiG.

Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO verneint,¹⁴⁴ doch hat sich der Gesetzgeber des GWB keine Gedanken über die Möglichkeit des Vorliegens einer Interessenkollision gemacht.¹⁴⁵ Der Fall des Vorliegens einer Interessenkollision des Entflechtungstreuhänders ist gleich zu behandeln wie ein in § 41ff. ZPO geregelter Fall. Der Gesetzgeber hätte, wenn er das Problem gesehen hätte (und er von der Privat rechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders ausgegangen wäre) die Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO angeordnet, so wie dies auch in anderen Fällen geschehen ist.¹⁴⁶ Dass diese Verweisungsvorschriften nicht abschließend sind, zeigt sich daran, dass auch im streitigen Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit trotz Fehlens einer ausdrücklichen Verweisung die Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO anerkannt ist.¹⁴⁷ Soweit die fehlende Analogie beim Gerichtsvollzieher noch mit der Möglichkeit der Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO gerechtfertigt werden kann,¹⁴⁸ so scheitert dies hier, weil es hier eine solche nicht gibt.¹⁴⁹ Die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 41ff. ZPO ist dadurch gerechtfertigt, dass diese allgemeingültige Rechtsprinzipien zum

¹⁴⁴ So BVerfG: Beschl. v. 7.12.2004, Az. 1 BvR 2526/04, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041207_1bvr252604.html, Abs. 2; BGH: Beschl. v. 24.9.2004, Az. IXa ZB 10/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7cdf9ae798db92ea54b937847563f50e&client=3&nr=30591&pos=0&anz=8>, S. 1; BGH: Beschl. v. 24.9.2004, Az. IXa ZB 56/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9459022f441df4e5684169e71b97d2e4&client=3&nr=30565&pos=5&anz=8&Blank=1.pdf>, S. 2ff.

¹⁴⁵ In den Materialien finden sich keine Hinweise, welche darauf hindeuten, der Gesetzgeber hätte sich über Interessenkollisionen Gedanken gemacht.

¹⁴⁶ Siehe die Normen S. 42 Fn 143.

¹⁴⁷ So Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, Übers. § 41 Rn. 3; Feiber, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2000, § 41 Rn. 5; Smid, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 6; Bassenge, in: FGG, Bassenge / Herbst / Roth [Hrsg.], 9. Aufl., 2002, § 6 Rn. 14; Zimmermann, in: FGG, Keidel [Begr.], 15. Aufl., 2003, § 6 Rn. 39; Bumiller, in: FGG, Bumiller / Winkler [Hrsg.], 7. Aufl., 1999, § 6 Rn. 17; Brehm: Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3. Aufl., 2002, Rn. 163 = S. 95.

¹⁴⁸ So BVerfG: Beschl. v. 7.12.2004, Az. 1 BvR 2526/04, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041207_1bvr252604.html, Abs. 2; BGH: Beschl. v. 24.9.2004, Az. IXa ZB 10/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7cdf9ae798db92ea54b937847563f50e&client=3&nr=30591&pos=0&anz=8>, S. 5; BGH: Beschl. v. 24.9.2004, Az. IXa ZB 56/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9459022f441df4e5684169e71b97d2e4&client=3&nr=30565&pos=5&anz=8&Blank=1.pdf>, S. 6.

¹⁴⁹ Auch eine analoge Anwendung kommt nicht in Betracht, siehe hierzu ausführlich S. 120.

Ausdruck bringen, indem sie einem fairen Verfahren und der notwendigen Distanz zur Sache dienen.¹⁵⁰

2. Eigene Ansicht

a. § 181 BGB / §§ 41ff. ZPO analog nicht anwendbar

§ 181 BGB ist auf den Entflechtungstreuhänder nicht anwendbar,¹⁵¹ da es sich um eine zivilrechtliche Norm handelt, welche als solche im Gleichordnungsverhältnis zwischen Bürgern Anwendung findet. Hier aber liegt ein öffentlich-rechtliches Zwangsvollstreckungsverfahren im Über-/Unterordnungsverhältnis vor, in welchem der Entflechtungstreuhänder von einem ihm im öffentlichen Interesse eingeräumten Sonderrecht Gebrauch macht.

Die §§ 41ff. ZPO sind nicht analog anwendbar, da die für eine analoge Anwendung erforderliche Regelungslücke nicht gegeben ist, da die sachnäheren §§ 20f. BVwVfG analog anwendbar sind.¹⁵²

b. §§ 20f. BVwVfG analog

Die §§ 20f. BVwVfG sind nach vorliegend vertretener Ansicht auf Interessenkollisionen des Entflechtungstreuhänders analog anwendbar. Unproblematisch ist hierbei, dass es sich bei der Herbeiführung der Entflechtung um eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung handelt, da die §§ 20f. BVwVfG auch auf Maßnahmen der Zwangsvollstreckung anwendbar sind.¹⁵³ Die für eine Analogiebildung erforderliche Regelungslücke ergibt sich daraus, dass die §§ 20f. BVwVfG das Vorliegen eines Verwaltungsverfahrens voraussetzen,

¹⁵⁰ So Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, Übers. § 41 Rn. 2; Feiber, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2000, § 41 Rn. 1; Smid, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 1; Overhoff: Ausschluss und Ablehnung des Richters, Diss., Univ. Münster 1975, S. 27.

¹⁵¹ So i.Erg. auch Möschel: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, 1982, S. 48 Fn 91; allgemein für hoheitlich bestellte Treuhänder Hübner: Interessenkonflikt und Vertretungsmacht, 1977, zugl.: Habil., Univ. Münster 1976/77, S. 90; für den Fall des custodian LG Mannheim: Urt. v. 15.7.1952, Az. 2 O 94/52, BB 1953, 75 (76); gegen die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf den hoheitlich tätig werdenden Gerichtsvollzieher im Fall des Abschlusses eines privatrechtlichen Vertrags mit dem Vollstreckungsgläubiger Jonas, in: ZPO, Gaupp [Begr.], Bd. II, 15. Aufl., 1934, § 825 Rn. II. 1.

¹⁵² Siehe hierzu im Folgenden ab S. 44.

¹⁵³ Siehe hierzu S. 41 Fn 135 mit ausführlichen Nachweisen.

wohingegen schlicht-hoheitliches Handeln nicht von §§ 20f. BVwVfG erfasst wird. Der Entflechtungstreuhänder führt kein Verwaltungsverfahren durch (§ 20 I am Anf. BVwVfG i.V.m. § 9 BVwVfG). Zwar nimmt er als Beliehener Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahr und ist daher Behörde i.S.d. § 20 I i.V.m. § 9 i.V.m. § 1 IV BVwVfG,¹⁵⁴ auch wird er nicht lediglich innerhalb der Verwaltung tätig, sondern übt eine nach außen wirkende Tätigkeit aus (§§ 20f. i.V.m. § 9 BVwVfG), doch ist seine Tätigkeit nicht auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung oder den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet (§§ 20f. i.V.m. § 9 BVwVfG i.V.m. § 35 S. 1 BVwVfG), da er bei der Veräußerung von Unternehmensteilen¹⁵⁵ keinen Verwaltungsakt erlässt. Beispielsweise ist im Fall des Verkaufs weder durch Verkauf noch durch Übereignung noch durch Abtretung das Merkmal der hoheitlichen Maßnahme (§ 35 S. 1 BVwVfG) oder das Merkmal der rechtlichen Regelung (§ 35 S. 1 BVwVfG) erfüllt. Dem Entflechtungstreuhänder wird zwar hoheitliche Rechtsmacht übertragen, doch übt er diese privatrechtlich aus.¹⁵⁶

Diese Regelungslücke ist nicht beabsichtigt, da mit der Schaffung des BVwVfG lediglich der ohnehin bestehende Rechtszustand bei Interessenkollisionen kodifiziert werden sollte, ohne ihn bei schlicht-hoheitlicher Tätigkeit sachlich zu ändern. Die §§ 20f. BVwVfG sind keine abschließende Spezialregelung, sondern sie bringen allgemeine Rechtsgrundsätze zum Ausdruck,¹⁵⁷ die bereits vor Erlass des BVwVfG für alle Arten hoheitlicher Tätigkeit anerkannt waren.¹⁵⁸ Der Fall der schlicht-hoheitlichen Tätigkeit ist im Hinblick auf mögliche Interessenkollisionen gleich zu behandeln wie die gesetzlich geregelten Fälle der §§ 20f. BVwVfG. Die Differenzierung zwischen Verwaltungsverfahren und schlicht-hoheitlicher Tätigkeit ist für die Frage der Befangenheit kein sach-

¹⁵⁴ Für Beliehene als Behörde die Nachweise S. 8 Fn 28.

¹⁵⁵ Siehe zur Wahl dieses Begriffs S. 10 Fn 37.

¹⁵⁶ Hierzu ausführlich ab S. 127.

¹⁵⁷ Ein Beispiel eines solchen ist derjenige des Verbots des Richtens (bzw. auf behördlicher Ebene: Tätigwerdens) in eigener Sache.

¹⁵⁸ Gegen die Befugnis zur Amtsausübung im Fall einer Interessenkollision für alle Arten hoheitlicher Tätigkeit vor Erlass der Verwaltungsverfahrensgesetze statt vieler Wenzel: Amtsausübung und Interessenkollision, DÖV 1976, S. 411ff. (412).

gerechtes Differenzierungskriterium. Interessenkollisionen können im einen wie im anderen Fall in gleicher Weise auftreten.¹⁵⁹

3. Vergleich

Weder im GWB noch im BVwVG ist der Fall des Vorliegens von Interessenkollisionen spezialgesetzlich geregelt. Diese werden nach bisheriger Ansicht von § 181 BGB sowie §§ 41ff. ZPO analog erfasst, während nach vorliegend vertretener Ansicht die §§ 20f. BVwVfG eingreifen. Damit gelangen beide Ansichten zu praktikablen Ergebnissen. Dogmatisch vorzugswürdig ist die analoge Anwendung der §§ 20f. BVwVfG, da das BVwVfG sachnäher ist. In der Sache handelt es sich hier nicht um ein gerichtliches Verfahren oder ein Verfahren, welches eine sonstige Nähe zum Zivilverfahrensrecht aufweist, sondern um ein Verfahren, welches von einer Behörde durchgeführt wird. Die §§ 41ff. ZPO sind jedoch zivilprozessualer Natur. Soweit auf §§ 41ff. ZPO verwiesen wird, geschieht dies in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle aus (gerichts-)prozessualen Regelungskomplexen heraus.¹⁶⁰

.

X. Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder

1. Bisherige Ansicht

Nach bisheriger Ansicht gelangt man richtigerweise zur Zulässigkeit der Bestellung nicht nur eines,¹⁶¹ sondern mehrerer Entflechtungstreuhänder.¹⁶² Die Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder ist in zweierlei Hinsicht möglich. Zum einen können für einen Entflechtungspflichtigen mehrere Entflechtungs-

¹⁵⁹ Für die analoge Anwendbarkeit der §§ 20f. BVwVfG auf schlicht-hoheitliches Handeln Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 20 Rn. 7; Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995, § 12 I 2 Rn. 2 = S. 129; wohl auch Bonk / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 20 Rn. 21; Engelhardt, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 20 Rn. 17; Clausen, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 20 Rn. 5.

¹⁶⁰ Die S. 42 Fn 143 genannten Paragraphen verweisen auf §§ 41ff. ZPO.

¹⁶¹ Für die Befugnis zur Bestellung lediglich eines Entflechtungstreuhänders Bechtold / Kleinmann, in: Fusionskontrolle, Kleinmann / Bechtold [Hrsg.], 1977, § 24 Rn. 316.

¹⁶² So Richter: Fusionskontrollverfahren, in: Handbuch des Kartellrechts, 1999, S. 711ff. (Rn. 145 = S. 746); Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 335.

treuhänder bestellt werden, da dies im GWB nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Zum anderen ist, falls ein Interessenkonflikt i.S.d. § 181 BGB sowie § 41 Nr. 4 ZPO doppelt analog vorliegt, die Bestellung verschiedener Entflechtungstreuhänder für verschiedene Entflechtungspflichtige sogar geboten, da niemand „Diener zweier Herren“ sein soll.

a. Wortlaut und Historie

Aus dem Wortlaut des § 41 IV Nr. 3 GWB¹⁶³ ergibt sich nicht die Unzulässigkeit der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder. Zwar wurde das Wort „einen“ in § 41 IV Nr. 3 GWB aufgenommen, doch wird dieses im deutschen Sprachgebrauch nicht nur als Zahlwort, sondern auch als unbestimmter Artikel verwendet. So auch hier, da der Entflechtungstreuhänder noch nicht bestimmt ist. Darüber hinaus hätte der Gesetzgeber, wenn er die Bestellung lediglich eines Entflechtungstreuhänders zulassen wollte, dies durch die Verwendung des bestimmten Artikels zum Ausdruck bringen können.¹⁶⁴ Gegen dieses Ergebnis spricht auch nicht etwa, dass die Worte „oder mehrere“ weggelassen wurden, da deren Weglassen allein nicht zum ausdrücklichen Ausschluss der Bestellung mehrerer führt.

Auch die historische Auslegungsmethode führt nicht zur Unzulässigkeit der Bestellung mehrerer, da die Rechtslage im Hinblick hierauf auch vor der 6. GWB-Novelle nicht eindeutig war.¹⁶⁵

¹⁶³ Nach § 41 IV Nr. 3 GWB steht dem BKartA die Befugnis zu, „einen Entflechtungstreuhänder [zu] bestellen [...]“.

¹⁶⁴ Dies ist beispielsweise im Zwangsvollstreckungsrecht geschehen. Im Zwangsvollstreckungsrecht wird gem. § 150 ZVG „der“ Verwalter von dem Gerichte bestellt. Aus dem Wortlaut lässt sich daher entnehmen, dass nicht mehrere Verwalter bestellt werden dürfen, sondern nur ein einziger Verwalter bestellt werden darf, so Muth, in: ZVG, Schiffhauer / Gerhardt / Muth [Hrsg.], 12. Aufl., 1991, § 150 Rn. 2; Stöber, in: ZVG, Stöber [Hrsg.], 17. Aufl., 2002, § 150 Rn. 2.

¹⁶⁵ So Möschel: Entflechtungen, 1979, S. 48 Fn 91. § 24 VII Nr. 4 Hs. 1 a.F. GWB sprach (wie der heutige § 41 IV Nr. 3 GWB) davon, das BKartA könne „einen“ Treuhänder bestellen. Zwar sprach § 24 VII Nr. 4 Hs. 1 a.F. GWB davon, dass der Treuhänder für „die zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten“ die erforderlichen Willenserklärungen abzugeben habe, und § 24 VII Nr. 4 Hs. 2 a.F. GWB davon, dass die Rechte „der Betroffenen“ während der Treuhänderschaft ruhen. Auch sprachen § 24 VII Nr. 4 Hs. 3 a.F. GWB und § 24 VII Nr. 4 Hs. 4 a.F. GWB von „dem Treuhänder“ bzw. „der Treuhänder“. Doch spricht für die Zulässigkeit der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder (zumindest im Fall der Bestellung für mehrere Verpflichtete), dass sowohl § 24 VII Nr. 4 Hs. 3 a.F. GWB als auch § 24 VII Nr. 4 Hs. 4 a.F. GWB von „dem Verpflichteten“ sprechen.

b. Kein Ausschluss

Für die Zulässigkeit der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder spricht systematisch, dass diese Möglichkeit im Kartellrecht nicht durch eine bewusste und gewollte gesetzgeberische Entscheidung ausgeschlossen wurde. Dies ist beispielsweise anders im Insolvenzrecht. In § 56 I InsO ist ausdrücklich bestimmt, dass „eine [...] Person“ zum Insolvenzverwalter zu bestellen ist.¹⁶⁶ Die Abschaffung der noch in § 79 KO vorgesehenen Möglichkeit der Bestellung mehrerer Verwalter diene der Vermeidung der Schwierigkeit der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche mehrerer Verwalter.¹⁶⁷

c. § 181 BGB

Wenn eine Interessenkollision i.S.d. § 181 BGB vorliegt, dann ist nach bisheriger Ansicht die Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder geboten. Wenn der Entflechtungstreuhänder beispielsweise für mehrere Entflechtungspflichtige handelt, dann wird dieser Fall von § 181 BGB erfasst, was zur Folge hat, dass für die Durchführung derselben Entflechtung für mehrere Entflechtungspflichtige nicht derselbe Entflechtungstreuhänder bestellt werden darf. Sogar im Insolvenzrecht, wo der Wortlaut des § 56 I InsO die Bestellung mehrerer Insolvenzverwalter ausdrücklich ausschließt, wird im Fall des § 181 BGB¹⁶⁸ ein weiterer Insolvenzverwalter (Sonderinsolvenzverwalter)

¹⁶⁶ Die h.M. ist, dem Wortlaut des § 56 I InsO folgend, der Ansicht, dass für einen Insolvenzschuldner nur eine Person zum Insolvenzverwalter bestellt werden kann, so Smid, in: InsO, Smid [Hrsg.], 2. Aufl., 2001, § 56 Rn. 29; Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 21; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 119; Schmahl, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, §§ 27 bis 29 Rn. 29; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 34; Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 78 Rn. 9.

¹⁶⁷ So Bundesregierung: Begr. InsO, BTDrucks 12/2443, zu § 65 = S. 127; Smid, in: InsO, Smid [Hrsg.], 2. Aufl., 2001, § 56 Rn. 29; Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 21; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 119.

¹⁶⁸ § 181 BGB ist auf den Insolvenzverwalter anwendbar, siehe die Nachweise S. 42 Fn 140.

bestellt.¹⁶⁹ Dieser ist nicht etwa Vertreter des Insolvenzverwalters, sondern diesem gegenüber selbständig.¹⁷⁰

d. § 41 Nr. 4 ZPO doppelt analog

Nicht nur aus § 181 BGB, sondern auch aus § 41 Nr. 4 ZPO¹⁷¹ doppelt analog ergibt sich, dass für verschiedene Entflechtungspflichtige nicht derselbe Entflechtungstreuhänder bestellt werden darf, so dass im Umkehrschluss für mehrere Entflechtungspflichtige mehrere Entflechtungstreuhänder zu bestellen sind. Nach der bisherigen Ansicht ist § 41 ZPO wegen der fehlenden Verweisung auf die §§ 41ff. ZPO (einfach) analog anwendbar.¹⁷² Die zweite Analogie bezieht sich speziell auf § 41 Nr. 4 ZPO und ist erforderlich, weil der Entflechtungstreuhänder kein Vertreter, sondern Partei kraft Amtes ist. Da diese in § 41 Nr. 4 ZPO nicht genannt werden, besteht insoweit eine Regelungslücke. Die Analogiebildung ist erforderlich, weil mögliche Interessenkollisionen in gleicher Weise auftreten können, ungeachtet dessen, ob es sich um einen Vertreter oder eine Partei kraft Amtes handelt. So ist die Anwendbarkeit des § 41 Nr. 4 ZPO (über § 4 InsO)¹⁷³ auf den Insolvenzverwalter im Fall der wirtschaftlichen Nähe mehrerer Insolvenzschuldner zueinander allgemein

¹⁶⁹ So BGH: Urt. v. 24.1.1991, Az. IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 (270); Rechtsausschuss [des deutschen Bundestages]: Bericht, BTDrucks 12/7302, Nr. 44 = zu § 77 = S. 162; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 109; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 35; Lüke, in: InsO, Kübler / Prütting [Begr.], Bd. I, Std.: 18. Lfg., 2003, § 56 Rn. 32; Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 19; Weber, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 71-206 KO, 8. Aufl., 1973, § 126 Rn. 3, § 78 Rn. 6.1; Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 78 Rn. 9.

¹⁷⁰ So Hess, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 56 Rn. 27; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 118; Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 20.

¹⁷¹ § 41 Nr. 4 ZPO lautet: „Ein Richter ist von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen [...] in Sachen, in denen er als Prozessbevollmächtigter oder Beistand einer Partei bestellt oder als gesetzlicher Vertreter einer Partei aufzutreten berechtigt ist oder gewesen ist“.

¹⁷² Hierzu ab S. 42.

¹⁷³ Die in § 4 InsO angeordnete entsprechende Anwendbarkeit der Vorschriften der ZPO bezieht sich nicht nur auf den Insolvenzrichter, sondern auch auf den Insolvenzverwalter, so zu Recht BGH: Urt. v. 24.1.1991, Az. IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262 (277); Becker, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 4 Rn. 19; soweit § 56 InsO einschlägig ist, ist er spezieller, so Wienberg, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 4 Rn. 56. Die Interessenkollision eines Insolvenzverwalters, welcher für mehrere Insolvenzschuldner bestellt wird, wird jedoch von § 56 InsO nicht erfasst, was sich dem Wortlaut des § 56 InsO unschwer entnehmen lässt.

anerkannt.¹⁷⁴ Wenn im Insolvenzrecht im Fall der wirtschaftlichen Nähe mehrere Insolvenzverwalter zu bestellen sind, dann erst recht im Kartellrecht im Fall der Verflechtung, da die Verflechtung eine besonders intensive Form wirtschaftlicher Nähe darstellt.

2. Eigene Ansicht

Das BKartA darf nach vorliegend vertretener Ansicht nicht nur einen, sondern auch mehrere Entflechtungstreuhänder bestellen. Wiederum ist die Bestellung mehrerer in zweierlei Hinsicht möglich. Zum einen können für denselben Entflechtungspflichtigen mehrere Entflechtungstreuhänder bestellt werden, da dies nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Zum anderen ergibt sich aus § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG, dass für mehrere Entflechtungspflichtige im Rahmen derselben Entflechtung auch mehrere Entflechtungstreuhänder bestellt werden müssen.

a. Wortlaut und Historie

Wortlaut- und historische Auslegung führen nicht zur Unzulässigkeit der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder.¹⁷⁵

b. Kein Ausschluss

Für die Zulässigkeit der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder spricht, dass dies im Kartellrecht, anders als in § 56 I InsO, nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Im Insolvenzrecht darf im Fall der wirtschaftlichen Nähe mehrerer Insolvenzschuldner zueinander nicht derselbe Insolvenzverwalter für die verschiedenen Insolvenzschuldner bestellt werden, so i.Erg. zu Recht Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 33ff. Für ein gesondertes Insolvenzverfahren jedes Konzernunternehmens im Fall der „Konzerninsolvenz“ Lwowski, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 35 Rn. 72; Henckel, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 1-42, 9. Aufl., 1997, § 1 Rn. 149; Uhlenbruck: Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Insolvenzrechts, in: Kölner Schrift zur InsO, 2. Aufl., 2000, S. 1157ff. (Rn. 29 = S. 1180); a.A. (für ein einheitliches Konzerninsolvenzverfahren) mit dem Argument der wirtschaftlichen Einheit Kind, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 56 Rn. 37; Kind, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 60 Rn. 17.

¹⁷⁵ Die Ausführungen im Rahmen der bisherigen Ansicht gelten hier in gleicher Weise, siehe S. 47.

¹⁷⁶ Siehe hierzu bereits die Ausführungen auf S. 48.

c. Mehrfachzuständigkeit nicht verfassungswidrig

Die Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder für denselben Entflechtungspflichtigen steht im Einklang mit der Verfassung.

Das Demokratieprinzip¹⁷⁷ (Art. 20 III GG) steht der Begründung von Mehrfachzuständigkeiten nicht entgegen. Durch die Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder wird kein kontrollfreier Raum geschaffen. Vielmehr ist jeder einzelne Entflechtungstreuhänder für seine Handlungen verantwortlich.

Auch das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) steht der Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder für denselben Entflechtungspflichtigen nicht entgegen. Zwar ist es auch Sinn und Zweck von Zuständigkeitsvorschriften, zu verhindern, dass eine Behörde die Entscheidung einer anderen Behörde durchkreuzt.¹⁷⁸ Doch spricht dies nicht gegen die Zulässigkeit von Mehrfachzuständigkeiten,¹⁷⁹ da das Rechtsstaatsprinzip keine ausschließliche Zuständigkeit verlangt. Die Verfassung verlangt nicht, dass Zuständigkeiten überschneidungsfrei geordnet sein müssen. So steht die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Zuständigkeit mehrerer Behörden in vielen Bereichen außer Frage. Beispielsweise ist bei Gefahr im Verzug nicht nur die Sonderverwaltungsbehörde, sondern nach allen Landespolizeigesetzen zugleich auch der Polizeivollzugsdienst zuständig. Ein weiteres Beispiel ist die Zuständigkeit für erste Ermittlungen sowohl der Staatsanwaltschaft nach § 160 I StPO als auch der Polizei nach § 163 I StPO. Für die Verwarnung mit Verwarnungsgeld ist sowohl die Verwaltungsbehörde nach § 56 I OWiG als auch die Polizei nach § 57 II OWiG zuständig. Rechtliche

¹⁷⁷ Das Demokratieprinzip verlangt eine lückenlose Kette von Verantwortlichkeit, die sich letztlich über das Parlament auf das Volk zurückführen lässt, so statt aller Bodo, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 20 Rn. 9a.

¹⁷⁸ So Rasch: Die staatliche Verwaltungsorganisation, 1967, S. 132.

¹⁷⁹ Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Mehrfachzuständigkeiten Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 84 Rn. 38 = S. 267, Oebbecke: Mehrfachzuständigkeiten, in: FS Stree, Walter, 1993, S. 1119ff. (1134); wohl auch BVerwG: Urt. v. 23.5.1989, Az. 7 C 2/87, NJW 1989, 2272 (2273f.); a.A. Rasch: Die staatliche Verwaltungsorganisation, 1967, S. 132; Heintzen: Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat, NJW 1990, S. 1448ff. (1449); Schatzschneider: Informationshandeln im Bundesstaat, NJW 1991, S. 3202f. (3202); Morlok: Anmerkung, DVBl 1989, S. 1147f. (1147); Erlenkämper: Entwicklungen im Kommunalrecht, NVwZ 1991, S. 325ff. (328); Schoch: Erklärung des Gemeindegebiets zur „atomwaffenfreien Zone“, JuS 1991, S. 728ff. (731).

Schwierigkeiten, die dadurch entstehen können, dass sich die Handlungen mehrerer Entflechtungstreuhänder widersprechen, können nach allgemeinen Prinzipien gelöst werden.¹⁸⁰

d. § 181 BGB / § 41 Nr. 4 ZPO nicht anwendbar

Die §§ 181 BGB, 41 Nr. 4 ZPO sind nach vorliegend vertretener Ansicht auf den Entflechtungstreuhänder nicht anwendbar.¹⁸¹

e. § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG doppelt analog

Die doppelte Analogie zu § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG¹⁸² führt dazu, dass derselbe Entflechtungstreuhänder nicht für verschiedene Entflechtungspflichtige bestellt werden darf, so dass in einem solchen Fall mehrere Entflechtungstreuhänder zu bestellen sind. Die erste Analogie ist erforderlich, weil kein Verwaltungsverfahren durchgeführt wird.¹⁸³ Die für die zweite Analogiebildung erforderliche Regelungslücke ergibt sich daraus, dass der Entflechtungstreuhänder kein Vertreter i.S.d. § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG, sondern hoheitlich bestellte Partei kraft Amtes ist.¹⁸⁴ Solche sind in § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG nicht benannt. Sie sind gleich zu behandeln wie der in § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG geregelte Fall des Vertreters. Hierbei ist allgemein anerkannt, dass § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG nicht nur für privatrechtliche Vertretungsverhältnisse, sondern auch für die Vertretung in amtlicher Eigenschaft gilt,¹⁸⁵ d.h. für Personen, die aufgrund besonderer

¹⁸⁰ Mehrere Verpflichtungen sind grundsätzlich alle zu erfüllen. Kann tatsächlich nur eine erfüllt werden, sind die übrigen durch Schadensersatzzahlung zu erledigen (vgl. die parallele Rechtslage im Insolvenzrecht bei Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens S. 73 Fn 261). Bei mehreren Verfügungen ist wegen des Prioritätsprinzips nur die erste wirksam, so Prütting: Sachenrecht, 30. Aufl., 2002, Rn. 162 = S. 75f., Rn. 403 = S. 190f., Rn. 626 = S. 299; Wilhelm: Sachenrecht, 2. Aufl., 2002, § 17 Rn. 7 = S. 178; Baur: Pfandrecht, in: Sachenrecht, 17. Aufl., 1999, § 55 Rn. 7 = S. 674; BGH: Urt. v. 11.11.1981, Az. VIII ZR 269/80, NJW 1982, 571 (571).

¹⁸¹ Hierzu auf S. 44.

¹⁸² § 20 I Nr. 3 BVwVfG lautet: „In einem Verwaltungsverfahren darf für eine Behörde nicht tätig werden, [...] wer einen Beteiligten kraft Gesetzes oder Vollmacht allgemein oder in diesem Verwaltungsverfahren vertritt“.

¹⁸³ Siehe hierzu sowie zur Analogiebildung S. 44.

¹⁸⁴ Siehe ab S. 125.

¹⁸⁵ So Bonk / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 20 Rn 33; Engelhardt, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 20 Rn. 54; Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 20 Rn. 21; Clausen, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 20 Rn. 15.

Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit ihrem öffentlichen Amt als Vertreter bestellt sind. Wie Vertreter in amtlicher Eigenschaft, so nimmt auch der Entflechtungstreuhänder als hoheitlich bestellte Partei kraft Amtes fremde Interessen wahr.

Zwar handelt der Entflechtungstreuhänder sowohl für das BKartA als auch für die Entflechtungspflichtigen,¹⁸⁶ doch ist er (ebensowenig wie das BKartA) nicht Beteiligter i.S.d. §§ 20f. BVwVfG.¹⁸⁷ Ansonsten stünde § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG der Herbeiführung einer Entflechtung immer entgegen, selbst dann, wenn es lediglich einen einzigen Entflechtungspflichtigen gibt.

Auch wenn es unpraktisch erscheinen mag, für die Durchführung ein- und derselben Entflechtung für jeden Entflechtungspflichtigen jeweils einen Entflechtungstreuhänder zu bestellen, so ist dennoch keine teleologische Reduktion des § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG geboten. Der Gesetzgeber hat in § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG klar zum Ausdruck gebracht, dass ein Handeln für mehrere ausgeschlossen sein soll. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Entflechtungstreuhänder im Einzelfall tatsächlich Interessen eines der Beteiligten vertritt. Entscheidend ist, dass Interessenkollisionen regelmäßig und typischerweise auftreten, sobald die Möglichkeit besteht, für mehrere zu handeln.

3. Vergleich

Nach beiden vertretenen Ansichten ist die Bestellung mehrerer Entflechtungstreuhänder für einen Entflechtungspflichtigen zulässig und für mehrere Entflechtungspflichtige sogar geboten. Letzteres ergibt sich nach bisheriger Ansicht aus § 181 BGB sowie aus §§ 41 Nr. 4 ZPO, nach vorliegend vertretener

¹⁸⁶ Beliehene handeln „für die Behörde“ i.S.d. § 20 I am Anf. BVwVfG, so Bonk / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 20 Rn. 26.

¹⁸⁷ Gegen die Beteiligteigenschaft der das Verfahren betreibenden Behörde Bonk / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 13 Rn. 6; Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 13 Rn. 10; Riedl, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 13 Rn. 27; Clausen, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 13 Rn. 6; Kazele: Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht, 1990, zugl.: Diss., Univ. Gießen 1989, S. 134;

Ansicht aus § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG. Dogmatisch vorzugswürdig ist die Anwendung des § 20 I 1 Nr. 3 BVwVfG, weil es sich in der Sache um ein Verfahren handelt, welches von einer Behörde durchgeführt wird.

B. Verhältnis zu den Entflechtungspflichtigen

I. Rechtmäßigkeitsanordnung

1. Bisherige Ansicht

a. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich

Gegenüber den Entflechtungspflichtigen ist die Anordnung der Rechtmäßigkeit der Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder (Rechtmäßigkeitsanordnung) nach bisheriger Ansicht erforderlich. Ansonsten läge ein Vertrag zu Lasten Dritter vor, welcher als solcher unwirksam wäre.¹⁸⁸ Durch die Rechtmäßigkeitsanordnung werden entgegenstehende Rechte der Entflechtungspflichtigen beseitigt. Den Entflechtungspflichtigen wird das Recht genommen, dass nur sie selbst, oder wen sie hierzu selbst ermächtigt haben, über ihre Unternehmensteile verfügen können. Damit greift der privatrechtliche Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder nicht mehr in Rechte der Entflechtungspflichtigen ein. Es liegt kein unzulässiger Vertrag zu Lasten Dritter mehr vor.

Im Insolvenzrecht stellt sich die Problematik einer fehlenden Rechtmäßigkeitsanordnung nicht. Zwar bleibt der Insolvenzschuldner ebenfalls Rechtsträger,¹⁸⁹ doch wird nicht zwischen Rechtseinräumung und Rechtmäßigkeitsanordnung differenziert. Beides erfolgt zugleich im Eröffnungsbeschluss (§ 80 I InsO).¹⁹⁰

¹⁸⁸ Für die Unwirksamkeit von Verträgen zu Lasten Dritter Hadding, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Schuldrecht I, 12. Aufl., 1990, § 328 Rn. 118; Gottwald, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 2a, 4. Aufl., 2003, § 328 Rn. 172; Jagmann, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 328-361b, 2001, Vorbem. zu §§ 328ff. Rn. 42 m.w.N. Für das Erfordernis der Autorisierung des Handelns mit belastenden Wirkungen für einen Dritten Hadding, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Schuldrecht I, 12. Aufl., 1990, § 328 Rn. 119.

¹⁸⁹ Hierzu S. 24 Fn 78.

¹⁹⁰ § 80 I InsO lautet: „durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens geht das Recht des Schuldners, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über“ (§ 80 I InsO). Für die Geltung des insolvenzrechtlichen Eröffnungsbeschlusses auch gegenüber dem Insolvenzschuldner Wienberg, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 80 Rn. 3f.; Kroth, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 80 Rn. 11; Wittkowski, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 80 Rn. 6, 8; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 80 Rn. 1, 3.

Eine solche Norm fehlt im GWB, so dass es beim allgemeinen Grundsatz bleibt, dass eine Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich ist.

b. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt

Obwohl die Rechtmäßigkeitsanordnung bereits Teil der Vollstreckung ist, da sie weder Grundverfügung, noch Androhung, noch Festsetzung des Zwangsmittels ist, ist sie als Verwaltungsakt zu qualifizieren, da sich das Vorliegen eines solchen nicht nach der vollstreckungsrechtlichen Qualifizierung, sondern nach den Voraussetzungen des § 35 S. 1 BVwVfG richtet, die hier erfüllt sind.

aa. Verwaltungsakt trotz Ersatzvornahme

Zwar geht die wohl h.M. für den hier vorliegenden Fall der Ersatzvornahme¹⁹¹ vom Vorliegen eines Realaktes aus.¹⁹² Dem ist grundsätzlich zuzustimmen. Seit Inkrafttreten des Grundgesetzes ist es vor dem Hintergrund der allgemeinen Rechtsschutzgarantie aus Art. 19 IV GG nicht mehr erforderlich, den Begriff des Verwaltungsaktes möglichst weit zu fassen. Im Gegensatz zur alten Rechtslage kann heute auch gegen Realakte Rechtsschutz erlangt werden. In § 43 VwGO ist ausdrücklich die Möglichkeit vorgesehen, gegen Realakte mittels allgemeiner Leistungs- bzw. Feststellungsklage Rechtsschutz zu erlangen, so dass kein Bedürfnis mehr besteht, in der Durchführung der Ersatzvornahme eine

¹⁹¹ Die vollstreckungsrechtliche Qualifizierung führt zum Vorliegen einer Ersatzvornahme, siehe S. 15.

¹⁹² So BVerwG: Urt. v. 29.10.1963, Az. I C 120/61, DÖV 1964, 171 (171); BVerwG: Urt. v. 9.2.1967, Az. I C 49.64, BVerwGE 26, 161 (164); Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 35 Rn. 67; Stelkens / Stelkens, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 65; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 432, 451 m.w.N.; Burmeister: Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, JuS 1989, S. 256ff. (257); Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 229ff. (§ 21 Rn. 18 = S. 394); Erichsen / Rauschenberg: Verwaltungsvollstreckung, Jura 1998, S. 31ff. (40); Erichsen / Rauschenberg: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, Jura 1998, S. 323ff. (326); Kugelmann: Verwaltungszwang, DÖV 1997, S. 153ff. (155); Pietzner: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, VerwArch 1993, S. 261ff. (272); Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, S. 381ff. (Rn. 334 = S. 503f.); Kästner: Unmittelbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr, JuS, S. 361ff. (363); Schoch: Rechtsformen des ordnungsbehördlichen Handelns, JuS 1995, S. 307ff. (311); Wegmann: Rechtsschutzprobleme im Bayerischen Polizeirecht, BayVwBl 1985, S. 417ff. (420); Erfmeyer: Die Rechtsnatur „heimlicher“ behördlicher Maßnahmen, DÖV 1999, S. 719ff. (723); Köhler: Unmittelbare Ausführung polizeilicher Maßnahmen, BayVwBl 1999, S. 582ff. (583); Köhler: Die Vollzugshilfe nach bayerischem Polizeirecht, BayVwBl 1998, S. 453ff. (461); Rasch: Der Realakt insbesondere im Polizeirecht, DVBl 1992, S. 207ff. (210); Jahn: Fahrzeugkontrolle, JuS 1998, S. 833ff. (836).

„konkludente Duldungsverfügung“ (im Hinblick auf die Duldung der Durchführung der Ersatzvornahme) anzunehmen. Die Duldungsverfügung ist bereits in der vollstreckungsrechtlichen Grundverfügung enthalten.¹⁹³ Ebenfalls nicht überzeugend ist das Argument für das Vorliegen eines Verwaltungsaktes, bei der Durchführung der Ersatzvornahme werde in Grundrechte eingegriffen,¹⁹⁴ da auch Realakte in Grundrechte eingreifen können.¹⁹⁵

Doch ist die Generalisierung abzulehnen, im Fall der Durchführung einer Ersatzvornahme sei stets ein Verwaltungsakt gegeben. Richtigerweise kann auch im Fall der Durchführung einer Ersatzvornahme ein Verwaltungsakt gegeben sein, da sich dies einzig danach richtet, ob die Merkmale des § 35 S. 1 BVwVfG erfüllt sind,¹⁹⁶ was hier der Fall ist. Die Rechtmäßigkeitsanordnung ist kein Realakt, sondern ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt,¹⁹⁷ da sie den Entflechtungspflichtigen gegenüber nicht auf tatsächliche, sondern auf unmittelbare rechtliche Wirkung nach außen gerichtet ist (§ 35 S. 1 BVwVfG).

bb. Nicht Vollstreckungsrechtliche Grundverfügung

Vollstreckungsrechtliche Grundverfügung für die Entflechtung ist nicht die Untersagung bzw. der Widerruf der Freigabe selbst, sondern eine die Untersagung bzw. den Widerruf der Freigabe konkretisierende Auflösungsanordnung,

¹⁹³ So Pietzner: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, VerwArch 1993, S. 261ff. (272); Renck: VA und Feststellungsklage, JuS 1970, S. 113ff. (114); Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 430, 450.

¹⁹⁴ Vgl. BayVGh: Urt. v. 16.5.1988, Az. 21 B 87.02889, NVwZ 1988, 1055 (1055).

¹⁹⁵ So zu Recht Alberts: Staatsfreiheit von Versammlungen, NVwZ 1989, S. 839f. (840); Pietzner: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, VerwArch 1993, S. 261ff. (273).

¹⁹⁶ Teilweise ist anerkannt, dass im Hinblick auf die Frage, ob bei der Durchführung einer Ersatzvornahme ein Verwaltungsakt gegeben ist, eine differenzierende Betrachtungsweise im Einzelfall geboten ist, so App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 40 Rn. 8 = S. 266, § 41 Rn. 3 = S. 270; Traulsen: Die Rechtsbehelfe im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, 1971, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1969, S. 84. Es lassen sich sogar einige Spezialfälle finden, bei denen im Rahmen der Ersatzvornahme kein Real-, sondern ein Verwaltungsakt vorliegt, so z.B. die Verfügung der Pfändung von Forderungen oder anderen Vermögensrechten, so (mit weiteren Beispielen) App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 41 Rn. 6 = S. 271f.

¹⁹⁷ So (allerdings, ohne zwischen Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder und Rechtmäßigkeitsanordnung gegenüber den Entflechtungspflichten zu differenzieren) Möschel: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1983, Rn. 923; Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 321; Manssen: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, zugl.: Habil., Univ. Regensburg 1993, S. 36 Fn 193.

aus welcher sich für die Pflichtigen ergibt, welche Handlungen sie vorzunehmen haben bzw. was das BKartA zu tun beabsichtigt. Bislang wurde zwar teilweise von der Untersagung bzw. dem Widerruf der Freigabe als Grundverfügung ausgegangen.¹⁹⁸ Hierfür sprach der Wortlaut des § 41 III 1 GWB, aus welchem eine gesetzliche Auflösungsverpflichtung hergeleitet werden konnte („ein vollzogener Zusammenschluss, den das Bundeskartellamt untersagt und dessen Freigabe es widerrufen hat, ist aufzulösen“). Dieses Wortlautargument wird jedoch durch die 7. GWB-Novelle hinfällig, da § 41 III 1 GWB in diesem Punkt geändert wird.¹⁹⁹ Richtigerweise war auch vor der 7. GWB-Novelle bereits eine konkretisierende Auflösungsanordnung erforderlich, da sich aus § 41 III 2 GWB ergibt, dass „das Bundeskartellamt [...] die zur Auflösung des Zusammenschlusses erforderlichen Maßnahmen [anordnet].“ Folglich wird (und wurde) die Auflösungsverpflichtung erst wirksam, wenn sie durch eine Auflösungsverfügung konkretisiert wird,²⁰⁰ bzw. es ist in jedem Fall eine konkretisierende Auflösungsanordnung zu erlassen.²⁰¹ Hierfür spricht weiter, dass nach allgemeinen vollstreckungsrechtlichen Grundsätzen ein vollstreckbarer Verwaltungsakt vorliegen muss. Eine vage gesetzliche Verpflichtung zur Auflösung ist zu abstrakt gehalten. Zwar formuliert der BGH in missverständlicher Art und Weise, dass „erst (und nur) eine Untersagungsverfügung des BKartA die Verpflichtung [begründet], einen vollzogenen Zusammenschluss aufzulösen“.²⁰² Unmittelbar an

¹⁹⁸ So KG: Beschl. v. 22.5.1970, Az. Kart 7/90 - Kampffmeyer/Plange, WuW/E, Teil 1: Rspr., OLG, 4558 (4559); Möschel: Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle, ZGR 1984, S. 655ff. (665); Möschel: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB, 1982, S. 19; Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 39; Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 47f.

¹⁹⁹ Siehe Bundesregierung: Zweiter Entwurf 7. GWB-Novelle, BTDrucks 15/3640, S. 1ff. (Nr. 25 = S. 13); Bundesregierung: Begr. GWB 2004, BTDrucks 15/3640, S. 21ff. (zu Nummer 25 = S. 59).

²⁰⁰ So BGH: Beschl. v. 29.10.1985, Az. KVR 1/84 - Morris-Rothmanns, WuW/E, Teil 1: Rspr., BGH, 2211 (2217); Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 10.

²⁰¹ So Bosch, in: GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 12; Richter: Fusionskontrollverfahren, in: Handbuch des Kartellrechts, 1999, S. 711ff. (§ 21 Rn. 129 = S. 743); bereits Kern: Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, 1955, S. 163.

²⁰² So BGH: Beschl. v. 4.10.1983, Az. KVR 2/82 - Springer - Elbe-Wochenblatt II, BGHZ 88, 273 (273f.); BGH: Beschl. v. 29.10.1985, Az. KVR 1/84 - Morris-Rothmanns, WuW/E, Teil 1: Rspr., BGH, 2211 (2217); weniger missverständlich noch BGH: Beschl. v. 23.10.1979, Az. KVR 3/78 - Zementmahanlage II, WuW/E, Teil 1: Rspr., BGH, 1655.

diese Formulierung schließt der BGH jedoch jeweils die Erwägung an, dass die Untersagungsverfügung die rechtliche Grundlage für die spätere Auflösungsverfügung schafft.²⁰³ Der Streit um die konkretisierende Auflösungsanordnung ist dann bedeutungslos, wenn eine solche erlassen wird, was auch nach ersterer Ansicht zulässig ist.²⁰⁴

cc. Nicht Androhung

Die Androhung hat den Zweck, dem Pflichtigen den Ernst der Lage vor Augen zu führen und ihm die Chance zu bieten, der Zwangsmittelanwendung zuvor zu kommen, indem er selbst die geforderte Handlung vornimmt.²⁰⁵ Die Rechtmäßigkeitsanordnung dient nicht diesem Zweck, weil sie nicht darauf gerichtet ist, den Entflechtungspflichtigen die Chance zu bieten, die Entflechtung selbst herbeizuführen.

dd. Nicht Festsetzung

Die Festsetzung ist die Anordnung, dass das angedrohte Zwangsmittel angewendet werden soll.²⁰⁶ Durch die Rechtseinräumung wird nicht angeordnet, dass das Zwangsmittel des Entflechtungstreuhänders angewendet werden soll. Vielmehr wird es bereits angewendet, da das BKartA bereits die ihm in § 41 IV Nr. 3 eingeräumten Rechte ausübt.

ee. Privatrechtsgestaltung

Ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt ist ein Verwaltungsakt, durch den Rechtsverhältnisse des Privatrechts begründet, abgeändert oder aufgehoben

²⁰³ So BGH: Beschl. v. 23.10.1979, Az. KVR 3/78 - Zementmahlanlage II, WuW/E, Teil 1: Rspr., BGH, 1655 (1661); BGH: Beschl. v. 29.10.1985, Az. KVR 1/84 - Morris-Rothmanns, WuW/E, Teil 1: Rspr., BGH, 2211 (2217).

²⁰⁴ So Möschel: Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle, ZGR 1984, S. 655ff. (665); Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 39.

²⁰⁵ So App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 37 Rn. 2 = S. 240; App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 13 Rn. 3; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 298 m.w.N.; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 13 Rn. 26; Pietzner: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, VerwArch 1993, S. 261ff. (263).

²⁰⁶ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 14 Rn. 1; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 14 Rn. 5.

werden.²⁰⁷ Auch statusändernde Akte, wie zum Beispiel die Einräumung hoheitlicher Vertretungsbefugnis, sind privatrechtsgestaltend.²⁰⁸ Hierbei ist erforderlich, dass die Begründung, Abänderung oder Aufhebung des Rechtsverhältnisses unmittelbar durch den Verwaltungsakt erfolgt. Nicht erfasst sind mehrstufige Vorgänge, bei denen der Verwaltungsakt im „Vorfeld“ verbleibt, ggf. eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für einen späteren privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt darstellt und lediglich auf einer nachgeordneten Stufe eine Begründung, Abänderung oder Aufhebung des privaten Rechtsverhältnisses erfolgt.²⁰⁹

Mit der Rechtmäßigkeitsanordnung wird den Entflechtungspflichtigen gegenüber das Rechtsverhältnis des Privatrechts der Verfügungsbefugnis insofern abgeändert, als der Entflechtungstreuhänder (zusätzlich zu der ohnehin bestehenden Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen)²¹⁰ Verfügungsbefugnis erlangt. Zwar verfügt er erst später, doch erfolgt die Privatrechtsgestaltung bereits mit der Rechtmäßigkeitsanordnung, da diese unmittelbar die Verfügungsbefugnis begründet.

c. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt

Die Rechtmäßigkeitsanordnung greift zwar in das Grundrecht der Entflechtungspflichtigen auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG ein, ist aber durch § 41 IV Nr. 3 GWB verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Persönlicher²¹¹ und sachlicher Schutzbereich des Art. 14 I 1 Alt. 1 GG sind eröffnet. Sachlich schützt das

²⁰⁷ So Ule / Laubinger: *Verwaltungsverfahrenrecht*, 4. Aufl., 1995 (486); Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 46 Rn. 4 = S. 51; Manssen: *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, zugl.: *Habil.*, Univ. Regensburg 1993, S. 30; Laubinger: *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, 1967, S. 80; ähnlich bereits Ossenbühl: *Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte*, 2. Aufl., 1965, S. 128.

²⁰⁸ So Manssen: *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, zugl.: *Habil.*, Univ. Regensburg 1993, S. 22 Fn 22.

²⁰⁹ So Manssen: *Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt*, 1994, zugl.: *Habil.*, Univ. Regensburg 1993, S. 27f.

²¹⁰ Ohne Bedeutung ist an dieser Stelle, ob das BKartA den Entflechtungspflichtigen zugleich mit der Rechtmäßigkeitsanordnung eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis (hierzu S. 69) auferlegt, da ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt auch dann vorliegen kann, wenn keine zusätzliche Rechtsbeschränkung vorliegt, so Laubinger: *Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*, 1967, S. 80 und es auch an anderer Stelle im Recht mehrere Verfügungsbefugte gibt, siehe S. 70.

²¹¹ Zum persönlichen Schutzbereich des Grundrechts auf Eigentum S. 13 mit Nachweisen S. 13 Fn 45.

Grundrecht auf Eigentum auch die Verfügungsbefugnis des Eigentümers, da der Eigentümer nur dann mit seinem Eigentum nach Belieben verfahren kann, wenn er und niemand sonst darüber verfügen kann.²¹² Die Rechtmäßigkeitsanordnung greift in das Grundrecht auf Eigentum ein, da hierdurch ein anderer als die Entflechtungspflichtigen, nämlich der Entflechtungstreuhänder, Verfügungsbefugnis erlangt. Dieser Eingriff ist durch § 41 IV Nr. 3 GWB verfassungsrechtlich gerechtfertigt.²¹³ Dies ergibt sich zwar nicht eindeutig aus dem Wortlaut,²¹⁴ wohl aber aus der teleologischen Auslegung. Sinn und Zweck des § 41 IV Nr. 3 GWB ist es, dem Entflechtungstreuhänder die Herbeiführung der Entflechtung zu ermöglichen. Dies muss in einer auch den Entflechtungspflichtigen gegenüber verfassungsrechtlich zulässigen Art und Weise möglich sein. Das Vorhandensein einer Norm, welche die Herbeiführung der Entflechtung durch einen Entflechtungstreuhänder thematisiert, spricht dafür, diese Norm als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Herbeiführung der Entflechtung anzusehen.

2. Eigene Ansicht

a. Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt

aa. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich

Wenn die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder durch Verwaltungsakt auf Zustimmung erfolgt,²¹⁵ dann ist die Rechtmäßigkeitsanordnung (im Gegensatz zur bisherigen Ansicht nicht zur Herbeiführung der zivilrechtlichen Wirksamkeit²¹⁶ der Verfügungen des Entflechtungs-

²¹² Zum Schutz der Verfügungsbefugnis des Eigentümers durch das Grundrecht auf Eigentum ab S. 12.

²¹³ Für die Vereinbarkeit der Entflechtungsregelung im Rahmen der Fusionskontrolle mit Grundrechten Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 35; ebenso zur Rechtslage vor der 6. GWB-Novelle Scholz: Entflechtung und Verfassung, 1981, S. 185.

²¹⁴ § 41 IV Nr. 3 GWB ermächtigt das BKartA lediglich, einen „Treuhänder [zu] bestellen, der die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt“.

²¹⁵ Die Rechtseinräumung ist nach vorliegend vertretener Ansicht sowohl durch Verwaltungsakt auf Zustimmung als auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag möglich, siehe ab S. 30.

²¹⁶ Nach vorliegend vertretener Ansicht sind (im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt) die Verfügungen des Entflechtungstreuhänders zivilrechtlich auch ohne eine gegenüber den Entflechtungspflichtigen gegenüber erlassene Rechtmäßigkeitsanordnung wirksam, hierzu ab S. 66.

treuhänders, sondern deshalb) erforderlich, weil die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder grundrechtsrelevant²¹⁷ ist und daher den Entflechtungspflichtigen gegenüber einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedarf. Ermächtigungsgrundlage für die Rechtmäßigkeitsanordnung ist § 41 IV Nr. 3 GWB.²¹⁸

bb. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt mit Drittwirkung

Allein die Tatsache, dass die Rechtseinräumung dem Entflechtungstreuhänder gegenüber rechtmäßig war,²¹⁹ vermag nicht deren Rechtmäßigkeit gegenüber den Entflechtungspflichtigen zu begründen. Entflechtungstreuhänder und Entflechtungspflichtige sind unterschiedliche Personen, so dass die Rechtmäßigkeit jeweils gesondert zu prüfen ist. Bei der Rechtmäßigkeitsanordnung handelt es sich (im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt) um einen privatrechtsgestaltenden²²⁰ Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Verwaltungsakt mit Drittwirkung und privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt können zwar, wie hier, in ein- und demselben Verwaltungsakt gegeben sein. Doch meinen die Begriffe nicht dasselbe. Das wird deutlich durch die Anzahl der Beteiligten. Bei einem privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt genügt es, wenn Behörde und Betroffener vorhanden sind. Ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung hingegen erfordert mindestens das Vorhandensein von Behörde, Begünstigtem und Belastetem. Ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung (gelegentlich auch als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung oder als Doppelverwaltungsakt bezeichnet) ist gegeben, wenn ein subjektiv-öffentliches Recht eines Dritten beeinträchtigt ist, was wiederum der Fall ist, wenn Rechtspositionen Dritter in rechtlich relevanter Weise berührt werden.²²¹ Die Besonderheit besteht darin, dass die Begünstigung

²¹⁷ Die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder ist gegenüber den Entflechtungspflichtigen ein Eingriff in ihr Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG. Zum Schutz der Verfügungsbefugnis des Eigentümers durch das Grundrecht auf Eigentum S. 12.

²¹⁸ Die Ausführungen im Rahmen der bisherigen Ansicht auf S. 60 gelten hier in gleicher Weise.

²¹⁹ Zur Rechtmäßigkeit der Rechtseinräumung im Verhältnis zum Entflechtungstreuhänder S. 30.

²²⁰ Siehe zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt die Ausführungen im Rahmen der bisherigen Ansicht, die hier in gleicher Weise gelten, S. 56.

²²¹ So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 50 Rn. 15.

des einen die Beeinträchtigung des anderen wechselseitig bedingt.²²² Erforderlich ist, dass der Verwaltungsakt den Rechtskreis des Adressaten wie des Dritten unmittelbar gestaltet.²²³ Bei der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder in einem Verwaltungsakt auf Zustimmung und der Rechtmäßigkeitsanordnung gegenüber den Entflechtungspflichtigen handelt es sich um einen (einzigen) privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung, welcher sowohl dem Entflechtungstreuhänder als auch den Entflechtungspflichtigen gegenüber zu erlassen ist. Drittwirkung besteht, weil sich die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder und deren Rechtmäßigkeit im Verhältnis zu den Entflechtungspflichtigen wechselseitig bedingen. Beim Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist entscheidend, dass er nicht allein deshalb gegenüber dem Belasteten rechtmäßig ist, weil er gegenüber dem Begünstigten rechtmäßig erlassen wurde.²²⁴

b. Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

aa. Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich

Wenn die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgt,²²⁵ dann ist die Rechtmäßigkeitsanordnung (ähnlich zur bisherigen Ansicht) erforderlich, weil auch dem öffentlichen Recht ein Vertrag zu Lasten Dritter fremd ist.²²⁶ Damit die Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder mittels öffentlich-rechtlichen

²²² So Laubinger: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 5, 98f.; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 50 Rn. 15; BVerfG: Beschl. v. 14.5.1985, Az. 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315 (370).

²²³ Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 50 Rn. 15.

²²⁴ So Henneke, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 35 Rn. 101; Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 229ff. (§ 17 Rn. 22 = S. 340, § 17 Rn. 24 = S. 341); Laubinger: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967, S. 98; Schäfer, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 50 Rn. 12; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 50 Rn. 17, 69.

²²⁵ Nach vorliegend vertretener Ansicht kann die Rechtseinräumung sowohl durch Verwaltungsakt auf Zustimmung als auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen, siehe S. 30.

²²⁶ Gegen einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu Lasten Dritter Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 58 Rn. 2; Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 58 Rn. 1, 4; Tiedemann, in: VwVfG, Obermayer [Begr.], 3. Aufl., 1999, § 58 Rn. 1.

Vertrags wirksam ist, ist die vorherige Beseitigung entgegenstehender Rechte der Entflechtungspflichtigen erforderlich.

bb. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt

Im Fall der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreu-
händer durch öffentlich-rechtlichen Vertrag kann die Rechtmäßigkeitsanordnung
nur durch privatrechtsgestaltenden²²⁷ Verwaltungsakt erfolgen. Ein Verwaltungs-
akt mit Drittwirkung²²⁸ scheidet aus, da schon die Rechtseinräumung nicht durch
Verwaltungsakt erfolgt ist.

cc. Zustimmung nicht erforderlich

Eine Zustimmung der Entflechtungspflichtigen zur Rechtseinräumung an den
Entflechtungstreuhand in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag ist nicht
erforderlich. Zwar schreibt § 58 I BVwVfG vor, dass „ein öffentlich-rechtlicher
Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, [...] erst wirksam [wird], wenn der
Dritte schriftlich zustimmt“. Die Rechtseinräumung greift in das Grundrecht der
Entflechtungspflichtigen auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG ein.²²⁹ Die Ent-
flechtungspflichtigen könnten zwar freiwillig zustimmen, doch sind sie zur
Zustimmung nicht verpflichtet. Die Entflechtung scheitert gleichwohl nicht an
§ 58 I BVwVfG, weil diese Norm nach ihrem Sinn und Zweck im Wege der
teleologischen Reduktion dahingehend einschränkend auszulegen ist, dass die an
sich erforderliche Zustimmung der Entflechtungspflichtigen durch die Rechtmäßigkeitsanordnung ersetzt werden kann.²³⁰ Es ist nicht Sinn und Zweck des
§ 58 I BVwVfG, die Entflechtungspflichtigen vor der zwangsweisen Herbei-

²²⁷ Siehe zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt die auch hier geltenden Ausführungen S. 56.

²²⁸ Zum Verwaltungsakt mit Drittwirkung S. 62.

²²⁹ Das Eigentum der Entflechtungspflichtigen wird beeinträchtigt, wenn der Entflechtungstreuhand Verfügungsbefugnis erlangt. Hierzu ausführlich S. 12.

²³⁰ Die Möglichkeit, die in § 58 I BVwVfG vorgesehene Zustimmung zu ersetzen, ist auch in anderen Fällen anerkannt. Für die u.U. gegebene Möglichkeit der Ersetzung der fehlenden Zustimmung im Über-/Unterordnungsverhältnis durch Erlass einer Duldungsverfügung Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 58 Rn. 14; für die Möglichkeit der gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung analog § 894 ZPO im Fall der Verpflichtung des Betroffenen zur Zustimmung Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 58 Rn. 14; für die Möglichkeit des Abschlusses von Verträgen zu Lasten Dritter, sofern spezielle Rechtsvorschriften dies zulassen Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 58 Rn. 8.

führung der Entflechtung zu schützen. Sinn und Zweck des § 58 I BVwVfG ist es, den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu Lasten Dritter zu verhindern.²³¹ Doch liegt ein Vertrag zu Lasten Dritter nur vor, wenn Dritte eine schutzwürdige Rechtsposition innehaben. Die (verfassungsrechtlich durch § 41 IV Nr. 3 GWB gerechtfertigte)²³² Rechtmäßigkeitsanordnung beseitigt entgegenstehende Rechte Dritter, so dass ein Vertrag zu Lasten Dritter nicht mehr gegeben ist.

3. Vergleich

Beide Ansichten gelangen zum selben praktikablen Ergebnis im Hinblick auf die Erforderlichkeit einer Rechtmäßigkeitsanordnung, wenngleich die dogmatische Herleitung dieses Ergebnisses jeweils unterschiedlich erfolgt. Nach bisheriger Ansicht bedarf es der Rechtmäßigkeitsanordnung, damit die Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder kein unwirksamer zivilrechtlicher Vertrag zu Lasten Dritter, nämlich der Entflechtungspflichtigen, ist. Die Rechtmäßigkeitsanordnung beseitigt entgegenstehende Rechte der Entflechtungspflichtigen. Nach vorliegend vertretener Ansicht ist ebenfalls in jedem Fall eine Rechtmäßigkeitsanordnung erforderlich. Im Fall der Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhänder durch Verwaltungsakt ergibt sich dies daraus, dass diese nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätzen auch den Entflechtungspflichtigen gegenüber rechtmäßig sein muss, während es sich im Fall der Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag, insoweit vergleichbar mit der bisherigen Ansicht, daraus ergibt, dass auch dem öffentlichen Recht ein Vertrag zu Lasten Dritter fremd ist.

Dogmatisch vorzugswürdig ist die vorliegend vertretene Ansicht, da sie das Erfordernis einer Rechtmäßigkeitsanordnung aus dem öffentlichen Recht heraus zu begründen vermag. Sie vermeidet die innere Widersprüchlichkeit der

²³¹ § 58 I BVwVfG ist Ausdruck des allgemeinen Rechtsgedankens, dass Verträge zu Lasten Dritter unzulässig sind, so Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 58 Rn. 8; Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 54 Rn. 40 = S. 805; Schmidt: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 326. Zur parallelen Rechtslage im Zivilrecht S. 55.

²³² Siehe zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Rechtmäßigkeitsanordnung die im Rahmen der bisherigen Ansicht gemachten Ausführungen auf S. 60, die hier in gleicher Weise gelten.

bisherigen Ansicht, welche zwar einerseits darauf beharrt, der Entflechtungstreuhänder übe private Rechtsmacht aus, andererseits aber darauf angewiesen ist, die Einräumung privater Rechtsmacht durch eine öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeitsanordnung zu ermöglichen.

II. Zivilrechtliche Wirksamkeit von Verfügungen

1. Bisherige Ansicht

Nach bisheriger Ansicht sind Verfügungen des Entflechtungstreuhänders ohne Rechtmäßigkeitsanordnung zivilrechtlich unwirksam. Ohne Rechtmäßigkeitsanordnung ist die Einräumung von Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder als Vertrag zu Lasten Dritter unwirksam,²³³ so dass er nicht verfügungsbefugt ist, so dass eventuelle Verfügungen als Verfügungen eines Nichtberechtigten unwirksam sind. Ein eventueller guter Glaube des Verfügungsempfängers wird nicht geschützt, da es weder eine allgemeine noch auch im GWB eine spezielle Norm gibt, welche den guten Glauben an die Verfügungsbefugnis des Verfügenden schützt. § 932 II BGB ist nicht erfüllt, weil der Entflechtungstreuhänder sich nicht als Eigentümer ausgibt. Eine Analogie zu den zahlreichen Vorschriften, in welchen gutgläubiger Erwerb angeordnet ist, verbietet sich, da gutgläubiger Erwerb immer zugleich auch den Entzug des Eigentums des früheren Eigentümers darstellt, so dass vor dem Hintergrund des den bisherigen Eigentümer schützenden Art. 14 I 1 Alt. 1 GG eine gesetzliche Regelung erforderlich ist. Darüber hinaus ist kein Rechtsscheinsträger für die Verfügungsbefugnis gegeben, wie etwa eine Legitimationsurkunde oder eine Registereintragung des Entflechtungstreuhänders.

2. Eigene Ansicht

a. Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt

Verfügungen des Entflechtungstreuhänders sind nach vorliegend vertretener Ansicht im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt auch dann zivil-

²³³ Hierzu bereits S. 55.

rechtlich wirksam, wenn eine Rechtmäßigkeitsanordnung nicht erlassen wurde. Zivilrechtlich berechtigt ist der Entflechtungstreuhänder bereits mit der Rechts-einräumung, da er tatsächlich verfügungsbefugt ist.²³⁴ Die fehlende Rechtmäßigkeitsanordnung führt lediglich den Entflechtungspflichtigen gegenüber zur öffentlich-rechtlichen Rechtswidrigkeit eventuell vorgenommener Verfügungen. Aus dieser ergibt sich nicht zugleich deren zivilrechtliche Unwirksamkeit.

Die öffentlich-rechtliche Rechtswidrigkeit ist kein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB, da es keine Norm gibt, welche dem Entflechtungstreuhänder verbietet, die ihm zur Herbeiführung der Entflechtung eingeräumte hoheitliche Rechtsmacht auszuüben, ohne dass den Entflechtungspflichtigen gegenüber eine Rechtmäßigkeitsanordnung erlassen wurde.

Die öffentlich-rechtliche Rechtswidrigkeit ist auch kein gesetzliches Verfügungsverbot²³⁵ i.S.d. § 135 BGB. Letzteres ist zwar nicht unproblematisch, ergibt sich aber aus der dem § 135 BGB immanenten Unterscheidung zwischen rechtlichem Können und rechtlichem Dürfen.²³⁶ Zwar darf der Entflechtungstreuhänder öffentlich-rechtlich nicht verfügen. Auch ist es Aufgabe und Wirkungsweise des § 135 BGB, ein rechtliches Nichtdürfen in ein rechtliches Nichtkönnen umzuwandeln.²³⁷ Doch dient das öffentlich-rechtliche Verbot des Entflechtungstreuhänders, zu verfügen, nicht zugleich dem zivilrechtlichen Schutz der Entflechtungspflichtigen, da es sich in der Sache um eine aus dem öffentlichen Recht resultierende Unterlassungsverpflichtung des Entflechtungstreuhänders handelt. Verstöße gegen öffentlich-rechtliche Unterlassungsver-

²³⁴ Etwas anderes gilt, wenn ihm die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche Rechtsmacht nicht eingeräumt ist. In einem solchen Fall kann er mangels Verfügungsbefugnis nicht verfügen. Gutgläubiger Erwerb kommt nicht in Betracht, siehe S. 66.

²³⁵ Über den Wortlaut des § 135 I 1 BGB hinaus erfasst § 135 I 1 BGB auch Verfügungen, so Medicus: BGB-AT, 8. Aufl., 2002, Rn. 664 = S. 259; Mayer-Maly / Armbrüster, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, § 135 Rn. 2; Wolf: BGB-AT, 9. Aufl., 2004, § 44 Rn. 59 = S. 809; Flume: BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl., 1992, S. 351; Bülow: Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, S. 1ff. (2).

²³⁶ Für diese Unterscheidung im Rahmen des § 135 BGB statt vieler Mehrten: Das gesetzliche Veräußerungsverbot, Diss., Univ. Göttingen 1974, S. 62.

²³⁷ So Kohler, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 134-163, 2003, § 135 Rn. 8.

pflichtungen lösen allenfalls Schadensersatzansprüche aus, nicht aber die zivilrechtliche Unwirksamkeit der vorgenommenen Verfügungen.²³⁸

b. Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag

Nach vorliegend vertretener Ansicht sind Verfügungen des Entflechtungstreuhanders im Fall der Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag ohne Rechtmäßigkeitsanordnung zivilrechtlich unwirksam. Wie dem Zivilrecht,²³⁹ so ist auch dem öffentlichen Recht ein Vertrag zu Lasten Dritter fremd.²⁴⁰ Ohne Rechtmäßigkeitsanordnung ist der Entflechtungstreuhanders Nichtberechtigter, so dass er nicht verfügen kann. Gutgläubensschutz findet nicht statt.²⁴¹

3. Vergleich

Beide Ansichten gelangen für den Fall der Rechtseinräumung durch (privatrechtlichen bzw. öffentlich-rechtlichen) Vertrag zum selben überzeugenden Ergebnis der Unwirksamkeit von Verfügungen ohne Rechtmäßigkeitsanordnung. Für den Fall der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung differenziert die vorliegend vertretene Ansicht zwischen öffentlich-rechtlicher Rechtswidrigkeit und zivilrechtlicher Unwirk-

²³⁸ So für den Fall der öffentlich-rechtlichen Rechtswidrigkeit vorgenommener Verfügungen einer Behörde im Recht des Versorgungsausgleichs nach § 10d VAHRG BGH: Beschl. v. 19.10.1994, Az. XII ZB 158/93, NJW 1995, 135 (135); Hohloch / Schmeiduch, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 18, 13. Aufl., 2000, VAHRG § 10d Rn. 3; Kohler, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 134-163, 2003, § 135 Rn. 14; Gräper, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 7, 4. Aufl., 2000, VAHRG § 10d Rn. 10; Rehme, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 1587-1588. VAHRG, 2004, VAHRG § 10d Rn. 10f; Brudermüller, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, Anh. zu § 1587b (VAHRG), VAHRG § 10d Rn. 4. Ein weiterer vergleichbarer Fall wirksamer Verfügungen, die nicht von § 135 I 1 BGB erfasst werden, sind unentgeltliche Verfügungen des Testamentsvollstreckers, die über § 2205 S. 3 BGB hinausgehen, so Bülow: Grundfragen der Verfügungsverbote, JuS 1994, S. 1ff. (2). Auch Beer: Die relative Unwirksamkeit, 1975, zugl.: Diss., Univ. München 1973, S. 204 müsste die zivilrechtliche Wirksamkeit im Fall der öffentlich-rechtlichen Rechtswidrigkeit verneinen. Die öffentlich-rechtliche Verfügungsbefugnis des Entflechtungstreuhanders ist kein Sicherungsmittel in der „Grauzone zwischen Schuld- und Sachenrecht“. A.A. (aus öffentlich-rechtlicher Rechtswidrigkeit folge ein relatives Verfügungsverbot i.S.d. § 135 I 1 BGB) die Vorinstanz zur in der Fn eingangs zitierten BGH-Entscheidung: OLG Hamburg: Beschl. v. 1.10.1993, Az. 7 UF 82/91, FamRZ 1994, 899 (899f.) sowie in der Voraufgabe Schmeiduch, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 7, 12. Aufl., 1989, VAHRG § 10d Rn. 3.

²³⁹ Siehe zur parallelen Rechtslage im Zivilrecht S. 66.

²⁴⁰ Siehe die Nachweise S. 63 Fn 226.

²⁴¹ Siehe S. 66.

samkeit. Damit vermag sie die Wirksamkeit der Verfügungen allein von der Wirksamkeit der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder abhängig zu machen, nicht zusätzlich von dem Erlass einer Rechtmäßigkeitsanordnung gegenüber den Entflechtungspflichtigen. Dies hat den Vorteil, dass ein Erwerber von Unternehmensteilen sich in diesem Fall nur über die Wirksamkeit der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder vergewissern muss, nicht auch noch zusätzlich über die gegenüber den Entflechtungspflichtigen erlassene Rechtmäßigkeitsanordnung. Der Erwerber steht (faktisch) dem Entflechtungstreuhänder gegenüber und hat regelmäßig keinen Einblick in das Verhältnis zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und den Entflechtungspflichtigen, so dass er nicht erkennen kann, ob eine Rechtmäßigkeitsanordnung erlassen wurde.

III. Beschränkung der Verfügungsbefugnis

1. Gesonderte Anordnung

Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen über ihre Unternehmensteile²⁴² muss gesondert angeordnet werden, weil sie sich (anders als etwa im Insolvenz-²⁴³ und Erbrecht²⁴⁴) mangels gesetzlicher Anordnung nicht automatisch ergibt, und zwar weder automatisch aus § 41 IV Nr. 3 GWB noch aus der Rechtseinräumung²⁴⁵ an den Entflechtungstreuhänder noch aus der Rechtmäßigkeitsanordnung²⁴⁶ gegenüber den Entflechtungspflichtigen. Insbesondere ergibt sie sich auch nach bisheriger Ansicht nicht aus der Einräumung privater Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder. Wenn die Entflechtungspflichtigen nicht in ihrer Verfügungsbefugnis beschränkt werden, dann bleiben sie weiterhin verfügungsbefugt. Dies ist nichts

²⁴² Siehe zur Wahl dieses Begriffs S. 10 Fn 37.

²⁴³ Eine dem § 80 I 1 InsO entsprechende Norm, nach welcher die Verfügungsbefugnis des Schuldners durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens [automatisch] auf den Insolvenzverwalter übergeht, ist im GWB nicht enthalten. Siehe hierzu im Rahmen der Rechtmäßigkeitsanordnung S. 55.

²⁴⁴ Gem. § 2211 I BGB kann der Erbe über einen der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstand nicht verfügen, so dass nur der Testamentsvollstrecker verfügen kann.

²⁴⁵ Hierzu ab S. 27.

²⁴⁶ Hierzu ab S. 55.

Ungewöhnliches. Auch an anderer Stelle im Recht gibt es mehrere Verfügungsbefugte, beispielsweise den Eigentümer neben dem Vergleichsverwalter²⁴⁷ oder einen (oder mehrere) Vertreter²⁴⁸ neben dem Eigentümer.

Der Zulässigkeit einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis steht nicht entgegen, dass den Entflechtungspflichtigen grundsätzlich die Möglichkeit offen gehalten werden sollte, den Zusammenschluss freiwillig aufzulösen oder die Wirkung des Zusammenschlusses wettbewerbsverträglich zu gestalten,²⁴⁹ da es kein milderes Mittel gibt und sie hierzu ausreichend Zeit haben. Unstreitig haben sie diese Möglichkeit mindestens bis zum Ende der letzten mündlichen Verhandlung im Verfahren um den Grundverwaltungsakt,²⁵⁰ richtigerweise außerdem auch nach der letzten mündlichen Verhandlung. Nicht nur ist der Ausgang des Verfahrens um den Grundverwaltungsakt zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch offen, so dass möglicherweise gar keine Entflechtungsverpflichtung besteht, sondern vollstreckungsrechtlich ist auch vor der Anwendung des Zwangsmittels dessen Androhung erforderlich.²⁵¹

Die Tatsache, dass die Entflechtungspflichtigen mit Auferlegung der Beschränkung der Verfügungsbefugnis selbst nicht mehr in der Lage sind, die Entflechtung herbeizuführen, ist unvermeidbare Folge einer Beschränkung der Verfügungsbefugnis.

²⁴⁷ Der Vergleichsverwalter erhält Rechtsmacht eingeräumt, ohne dass zugleich die Rechtsstellung des Gemeinschuldners angetastet wird, so Völker: Die Stellung des Vergleichsverwalters und die Rechtsnatur seines Amtes, Diss., Univ. Tübingen 1972, S. 77f. Ausführlich für ein zusätzliches Verfügungsverbot Fahland: Verfügungsverbot, 1976, zugl.: Diss., Univ. Bonn 1975, S. 51ff., 58.

²⁴⁸ Die Fallgestaltung, dass zwei Personen Rechtsmacht haben und diese zu unterschiedlichen Verfügungen nutzen, liegt beispielsweise vor, wenn zwei Vertreter ein- und dieselbe Sache für den Vertretenen an verschiedene Personen übereignen. Bei solchen sich widersprechenden Verfügungen ist nur die frühere wirksam (Prioritätsprinzip), siehe S. 52 Fn 180.

²⁴⁹ Vgl. Bosch, in: *GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.]*, Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 *GWB*, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 11. Nach allgemeinem Vollstreckungsrecht darf der Pflichtige der vollstreckungsrechtlichen Grundverfügung nachkommen, bis diese durchgesetzt ist, so App: *Verwaltungsvollstreckungsrecht*, 3. Aufl., 1997, § 37 Rn. 26 = S. 249; Canenbley / Moosecker: *Fusionskontrolle*, 1982, S. 99f.

²⁵⁰ BGH: *Beschl. v. 4.10.1983, Az. KVR 2/82 - Springer - Elbe-Wochenblatt II*, BGHZ 88, 273 (273). Zum Grundverwaltungsakt S. 57.

²⁵¹ Zur Androhung S. 59.

2. Privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt

Nach beiden Ansichten kann die Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen nur durch einen an die Entflechtungspflichtigen zu erlassenden privatrechtsgestaltenden²⁵² Verwaltungsakt erfolgen. Die Privatrechtsgestaltung ergibt sich jeweils daraus, dass die Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen geändert wird.

3. Grundrechtsrelevanz

Eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis greift in das Grundrecht der Entflechtungspflichtigen auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG ein, da die Verfügungsbefugnis hiervon geschützt ist.²⁵³ Dieser Eingriff ist durch § 41 IV Nr. 3 GWB verfassungsrechtlich gerechtfertigt.²⁵⁴ Über die bereits ausgeführten Argumente hinaus²⁵⁵ spricht hierfür, dass der Gesetzgeber in der 6. GWB-Novelle zwar die einschlägige spezielle Ermächtigungsgrundlage²⁵⁶ abgeschafft hat, doch dass dies lediglich aus redaktionellen Gründen geschah.²⁵⁷ Sinn und Zweck des § 41 IV Nr. 3 GWB spricht für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung, da der Entflechtungstreuhänder dann ohne Sorge um vorhergehende Verfügungen²⁵⁸ der Entflechtungspflichtigen die Entflechtung herbeiführen kann. Insbesondere wird der Entflechtungstreuhänder eher in der Lage sein, Unternehmensteile zu veräußern, wenn ein künftiger Erwerber sicher sein kann, dass

²⁵² Zum privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt S. 56.

²⁵³ Siehe zum Schutz der Verfügungsbefugnis durch das Grundrecht auf Eigentum ausführlich S. 12.

²⁵⁴ Das BKartA darf den Entflechtungspflichtigen die Verfügungsbefugnis in dem Umfang entziehen, in welchem es dem Entflechtungstreuhänder Rechtsmacht einräumt, so Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 42 Rn. 58; Bechtold / Kleinmann, in: Fusionskontrolle, Kleinmann / Bechtold [Hrsg.], 1977, § 24 Rn. 314; Junge: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 24 Abs. 6 und 7 GWB, WuW 1985, S. 558ff. (562).

²⁵⁵ Siehe die auf S. 60 im Rahmen der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der Rechtmäßigkeitsanordnung gemachten Ausführungen, die dort wie hier Anwendung finden.

²⁵⁶ Vor der 6. GWB-Novelle bestimmte § 24 VII Nr. 4 Hs. 2 a.F. GWB: „hierbei ist zu bestimmen, in welchem Umfang während der Dauer der Treuhänderschaft die Rechte der Betroffenen ruhen.“

²⁵⁷ Siehe S. 17.

²⁵⁸ Wenn die Entflechtungspflichtigen verfügungsbefugt bleiben, dann findet das sachenrechtliche Prioritätsprinzip Anwendung, siehe hierzu S. 52 Fn 180.

der Vertrag auch erfüllt wird und nicht etwa, weil die Entflechtungspflichtigen bereits vorher verfügt haben, nicht mehr erfüllt werden kann.²⁵⁹

4. Begrenzung

Die Beschränkung der Verfügungsbefugnis darf über die Einräumung von Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhandler und die entsprechende Rechtmäßigkeitsanordnung nicht hinausgehen.²⁶⁰ Eine weiter gehende Beschränkung der Verfügungsbefugnis wäre zwecklos, da sie nicht der Herbeiführung der Entflechtung dienen würde.

Der Umfang der Beschränkung der Verfügungsbefugnis wird weiterhin durch Sinn und Zweck der Bestellung des Entflechtungstreuhandlers begrenzt, nämlich die Entflechtung herbeizuführen. So ist es beispielsweise (sofern nicht etwa besondere Umstände dafür sprechen) nicht erforderlich, den Entflechtungspflichtigen die zur Erledigung der täglich anfallenden Aufgaben innerhalb des Unternehmens erforderliche Verfügungsbefugnis zu entziehen. Insofern reicht die Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen weniger weit als diejenige des Insolvenzschuldners. Die Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners geht kraft Gesetzes mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter über (§ 80 I InsO), mit der einzigen Ausnahme persönlicher Gegenstände in § 36 I, III InsO.

Eine Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen ist nicht erforderlich. Da nicht einmal dem Insolvenzschuldner im Insolvenzrecht

²⁵⁹ Siehe zur ohnehin gegebenen Schwierigkeit, einen geeigneten Erwerber zu finden S. 82 Fn 296.

²⁶⁰ Siehe die Nachweise S. 71 Fn 254.

die Befugnis genommen wird, Verpflichtungen einzugehen,²⁶¹ muss dies erst recht für die Entflechtungspflichtigen gelten.

5. Eigene Ansicht vorzugswürdig

Die vorliegend vertretene Ansicht ist vorzugswürdig, weil sie die innere Widersprüchlichkeit der bisherigen Ansicht vermeidet, welche einerseits die Privat- rechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders betont, andererseits aber die Beschränkung der Verfügungsbefugnis nur hoheitlich mittels Ver- waltungsaktes herbeizuführen vermag.

²⁶¹ Der Insolvenzschnldner ist nach wie vor berechnigt, Verpflichtungsverträge abzuschließen, so Kroth, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 81 Rn. 4; Ott, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 81 Rn. 5; Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 81 Rn. 3; Schmerbach, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 34 Rn. 43; App, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 81 Rn. 7. Diese sind freilich während des Insolvenzverfahrens nicht durchsetzbar, so Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 81 Rn. 3; App, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 81 Rn. 7. Wird aber beispielsweise die Eröffnung des Insolvenzverfahrens abgelehnt, dann sind kollidierende Verpflichtungen, welche vom Insolvenzverwalter einerseits und vom Insolvenzschnldner andererseits begründet wurden, ohne Vorrang der einen oder anderen Verpflichtung beide gültig, so Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 34 Rn. 39 m.w.N.; Hess, in: InsO, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, § 34 Rn. 34. Wenn nur eine erfüllt werden kann, dann muss sich der Insolvenzschnldner der anderen durch Schadensersatzzahlung entledigen. Für den Fall der Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens regelt § 34 III 3 InsO bezüglich kollidierender Verfügungen (abweichend vom sachenrechtlichen Prioritätsprinzip, hierzu S. 52 Fn 180), dass Verfügungen des Insolvenzverwalters Vorrang haben.

C. Tätigkeitsverpflichtung

I. Bisherige Ansicht

1. Kein einseitiger Verwaltungsakt

Eine Begründung der Tätigkeitsverpflichtung²⁶² mittels einseitigen Verwaltungsaktes kommt mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht in Betracht.

a. Grundrechtsrelevanz

Der persönliche²⁶³ und sachliche Schutzbereich des Art. 12 II GG ist eröffnet. Arbeit im Sinne der Art. 12 II GG ist jede körperliche oder geistige Tätigkeit, die nicht bloß einen unbedeutenden Aufwand verursacht.²⁶⁴ Die Tätigkeit des Entflechtungstrehänders ist nicht bloß unbedeutend. Dies zeigt sich darin, dass die Tätigkeit einen nicht unerheblichen Arbeitsaufwand mit sich bringt, welcher auch in der angemessenen Bezahlung zum Ausdruck kommt.²⁶⁵ Art. 12 II GG

²⁶² Bei der Tätigkeitsverpflichtung geht es ausschließlich um das Innenverhältnis zwischen Bund, vertreten durch das BKartA, und Entflechtungstrehänder. Sie ist nicht zu verwechseln mit der Einräumung von Rechtsmacht an den Entflechtungstrehänder (hierzu ab S. 27), der Rechtmäßigkeitsanordnung gegenüber den Entflechtungspflichtigen (hierzu ab S. 55) oder der Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Entflechtungspflichtigen (hierzu ab S. 69).

²⁶³ Persönlich schützt Art. 12 II GG Deutsche und Ausländer, Wortlaut-Argument: „niemand“, so statt aller Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 476. Art. 12 II GG schützt auch juristische Personen und Personenvereinigungen, so Gubelt, in: GG, Kunig [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rn. 77; Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 307; Gusy: Arbeitszwang - Zwangsarbeit - Strafvollzug - BVerfGE 74, 102, JuS 1989, S. 710ff. (716); Göppel: Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes, Diss., Univ. München 1967, S. 58ff., 260. Die a.A. beruft sich auf den engen Zusammenhang des Arbeitszwangsverbots mit der Menschenwürde und leitet hieraus einen personalen Bezug ab, so Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 133; Rüfner: Grundrechtsträger, in: HdbStR, Bd. V, 1992, S. 485ff. (§ 116 Rn. 50 = S. 508); Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rn. 89; Rittstiegl, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 1989, Art. 12 Rn. 166. Dies ist abzulehnen, da sich dem Art. 12 II GG weder ein angeblicher personaler Bezug entnehmen lässt noch das Ergebnis seiner eingeschränkten Anwendbarkeit sachgerecht ist.

²⁶⁴ So Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 481; Gubelt, in: GG, Kunig [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rn. 79; Tettinger, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rn. 149; Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 127; Breuer: Freiheit des Berufs, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 877ff. (945); ähnlich Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 290; a.A. (Arbeit i.S.d. Art. 12 II GG nur, was auch Beruf i.S.d. Art. 12 I GG ist) Ipsen: Grundrechte, 7. Aufl., 2004, Rn. 646 = S. 195.

²⁶⁵ So auch Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 320.

steht mit der negativen Berufsfreiheit des Art. 12 I GG in Idealkonkurrenz,²⁶⁶ dessen persönlicher²⁶⁷ und sachlicher Schutzbereich ebenfalls eröffnet ist. Sachlich schützt Art. 12 I GG die Berufsfreiheit, und hierbei insbesondere auch die Freiheit, einen Beruf nicht ausüben zu müssen (negative Berufsfreiheit).²⁶⁸ Beruf i.S.d. Art. 12 I GG ist jede (erlaubte) Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist

²⁶⁶ Wichtige Folge ist, dass es für die Eröffnung des Schutzbereiches des Art. 12 II GG nicht darauf ankommt, ob die Tätigkeit des Entflechtungstreuhanders als Beruf i.S.d. Art. 12 I GG angesehen werden kann. Anders speziell im Hinblick auf den Entflechtungstreuhander noch Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 320, freilich vor der die Idealkonkurrenz zwischen Art. 12 II und 12 I GG befürwortenden Entscheidung des BVerfG: Beschl. v. 13.1.1987, Az. 2 BvR 209/84, BVerfGE 74, 102 (120f.); im Anschluss an die eben zitierte Entscheidung ebenso Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 124; Gusy: Arbeitszwang - Zwangsarbeit - Strafvollzug - BVerfGE 74, 102, JuS 1989, S. 710ff. (712). Die andere Ansicht ist abzulehnen. Sie verkennt den eigenständigen Schutzbereich des Art. 12 II GG. Nach der anderen Ansicht ist Art. 12 I gegenüber 12 II GG innerhalb und dementsprechend auch außerhalb eines ausgeübten Berufes spezieller, so noch BVerfG: Beschl. v. 16.3.1971, Az. 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - Erdölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (310ff.); Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 478. Für Spezialität des Art. 12 I GG gegenüber Art. 12 II GG im Fall der Verpflichtung innerhalb eines ausgeübten Berufes BVerfG: Beschl. v. 29.11.1967, Az. 1 BvR 175/66 - Kuponsteuer, BVerfGE 22, 380 (383); BVerwG: Urt. v. 16.4.1970, Az. VIII C 183.67, BVerwGE 35, 146 (149f.); BVerfG: Beschl. v. 17.10.1984, Az. 1 BvL 18/82, 46/83 und 2/84 - Schwerbehindertenbeförderungspflicht, BVerfGE 68, 155 (170ff.); Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 290, 310; Breuer: Freiheit des Berufs, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 877ff. (946); Gubelt, in: GG, Kunig [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Art. 12 Rn. 81; Rittstieg, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 1989, Art. 12 Rn. 158f.; Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 22.

²⁶⁷ Persönlich schützt Art. 12 I GG nur Deutsche, so statt aller Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 259, auch inländische juristische Personen sowie Personenvereinigungen des Privatrechts, so statt aller BVerfG: Urt. v. 4.4.1967, Az. 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 (266), nicht ausländische juristische Personen, so ausdrücklich BVerfG: Beschl. v. 1.3.1967, Az. 1 BvR 46/66, BVerfGE 21, 207 (208f.). Streitig ist der Schutz, wenn die Vereinigung von Ausländern beherrscht wird, ablehnend Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rn. 10a; Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 265. Eine von EU-Ausländern beherrschten Gesellschaft ist wegen Art. 12 EGV geschützt, so Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 260, 265; Ipsen: Grundrechte, 7. Aufl., 2004, Rn. 594 = S. 182.

²⁶⁸ Art. 12 I GG schützt auch das Recht, einen Beruf nicht auszuüben, so BVerfG: Beschl. v. 21.10.1981, Az. 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, 358 (364f.); BVerfG: Beschl. v. 14.11.1984, Az. 1 BvR 14, 1642/82, BVerfGE 68, 256 (267); Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 52; anders wohl Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 2, allerdings zugestehend, dass Art. 12 I GG vor dem Zwang zu „bestimmter Arbeit“ schützt. Die Bestellung zum Pflichtverteidiger wurde als Eingriff in die Berufsfreiheit gewertet, weil die Rechtsanwaltstätigkeit ein Beruf ist, so BVerfG: Beschl. v. 8.4.1975, Az. 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238 (241f.); Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 78.

und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient.²⁶⁹ Die Tätigkeit des Entflechtungstreuhanders dient der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage, da sie innerhalb des Wirtschaftslebens ausgeübt wird, um Geld zu verdienen. Ein Beruf ist auch dann gegeben, wenn er, wie hier, nicht ständig ausgeübt wird²⁷⁰ oder wenn kein anerkanntes Berufsbild gegeben ist²⁷¹ oder wenn hoheitliche Kompetenzen²⁷² ausgeübt werden.

²⁶⁹ So BVerwG: Urt. v. 17.12.1953, Az. I C 154.53, BVerwGE 1, 54 (54); BVerfG: Urt. v. 11.6.1958, Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (397); BVerwG: Urt. v. 4.11.1965, Az. I C 6.63, BVerwGE 22, 286 (287); BVerfG: Beschl. v. 18.6.1980, Az. 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301 (313); BVerwG: Urt. v. 10.3.1954, Az. I C 5.53, BVerwGE 1, 92 (93); Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 39; Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 33; Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 18; Ipsen: Grundrechte, 7. Aufl., 2004, Rn. 596 = S. 183; Epping: Grundrechte, 2004, Rn. 304; Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 33 Rn. 40 = S. 422. Hierbei ist eine weite Auslegung vorzunehmen, so BVerfG: Urt. v. 21.2.1962, Az. 1 BvR 198/57, BVerfGE 14, 19 (22); BVerfG: Beschl. v. 28.11.1984, Az. 1 BvL 13/81, BVerfGE 68, 272 (281); Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 39.

²⁷⁰ Ein Beruf muss nicht ständig ausgeübt werden, um „auf Dauer angelegt“ zu sein, so Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rn. 4. Auch ist unerheblich, ob das Ende der Tätigkeit bei Beginn bereits feststeht, so Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 38; Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 19. Da Art. 12 I GG letztlich die Erwerbsfreiheit schlechthin schützt, ist das Merkmal „auf Dauer angelegt“ weit auszu-legen. Siehe zur Entwicklung zur allgemeinen Erwerbsfreiheit BVerfG: Urt. v. 4.4.1967, Az. 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261 (266); BVerfG: Beschl. v. 29.11.1967, Az. 1 BvR 175/66 - Kuponsteuer, BVerfGE 22, 380 (383); BVerfG: Beschl. v. 16.3.1971, Az. 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - Erdölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (335); BVerfG: Beschl. v. 1.4.1971, Az. 1 BvL 22/67, BVerfGE 31, 8 (32); BVerfG: Beschl. v. 17.7.1974, Az. 1 BvR 51, 160, 285/69, 1 BvL 16, 18, 26/72, BVerfGE 38, 61 (102); Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 21.

²⁷¹ Die Berufsfreiheit schützt auch untypische Tätigkeiten, da andernfalls keine neuen Berufe entstehen könnten, so BVerfG: Urt. v. 11.6.1958, Az. 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377 (397); BVerfG: Beschl. v. 17.7.1961, Az. 1 BvL 44/45, BVerfGE 13, 97 (106); BVerfG: Beschl. v. 10.5.1988, Az. 1 BvR 482/84 und 1166/85, BVerfGE 78, 179 (193); Umbach, in: GG, Umbach / Clemens [Hrsg.], Bd. I, 2002, Art. 12 Rn. 46; Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rn. 4; Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 265ff.; Ipsen: Grundrechte, 7. Aufl., 2004, Rn. 600 = S. 185; Rittstieg, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 1989, Art. 12 Rn. 66.

²⁷² Hoheitliche Kompetenzen des Entflechtungstreuhanders stehen der Qualifizierung als Beruf nicht entgegen, da es hier lediglich um die Verpflichtung zur Ausübung der Tätigkeit geht. Diesbezüglich sind auch Beliehene von Art. 12 GG geschützt, so BVerwG: Urt. v. 15.6.2000, Az. 3 C 10.99, DVBl 2000, 1624 (1624f.); anders wohl Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592). Hoheitliche Kompetenzen sind zwar nur nach vorliegend vertretener Ansicht gegeben, da es auf sie aber, wie eben dargelegt, nicht ankommt, werden sie hier mit abgehandelt.

b. Keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ist ein formelles Gesetz erforderlich.²⁷³ § 41 IV Nr. 3 GWB, wonach das BKartA einen Treuhänder „bestellen“ kann, ist zwar ein solches, stellt aber keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar, um jemanden gegen seinen Willen zur Ausübung der Tätigkeit des Entflechtungstreuhänders zu verpflichten. Zwar gibt es an anderer Stelle im Recht Beispiele, in denen jemand „bestellt“ wird und sodann verpflichtet ist, die Tätigkeit auszuüben, so im Fall der Pflichtverteidigung²⁷⁴ und in weiteren weniger bekannten Fällen aus dem strafrechtlichen²⁷⁵ und außerstrafrechtlichen²⁷⁶ Bereich. Doch ergibt sich die Übernahmeverpflichtung in den eben genannten Fällen nicht aus dem Wort „bestellen“, sondern aus der gesonderten

²⁷³ Um einen Eingriff in Art. 12 II GG zu rechtfertigen, bedarf es eines formellen Gesetzes, das sich zudem in den Schranken des Art. 12 II GG halten muss, so Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 12 Rn. 93; Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 490; für Gewohnheitsrecht als ausreichende Ermächtigungsgrundlage Breuer: Freiheit des Berufs, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 877ff. (948); Göppel: Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes, Diss., Univ. München 1967, S. 115f. Ein Eingriff in Art. 12 I GG kann ebenfalls nur durch oder aufgrund eines formellen Gesetzes gerechtfertigt werden, so Rittstieg, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 1989, Art. 12 Rn. 77; Epping: Grundrechte, 2004, Rn. 325; Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 103.

²⁷⁴ Für den Fall der „Bestellung“ zum Pflichtverteidiger schreibt § 49 BRAO i.V.m. §§ 140ff. StPO für den Bestellten die Verpflichtung vor, die Tätigkeit des Pflichtverteidigers auszuüben. Dies ist verfassungsgemäß, so BVerfG: Beschl. v. 8.4.1975, Az. 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238 (238); OLG Frankfurt: Beschl. v. 21.1.1972, Az. 3 Ws 81/72, NJW 1972, 1964 (1964); Laufhütte, in: StPO, Pfeiffer [Hrsg.], 5. Aufl., 2003, § 141 Rn. 2; Kleine-Cosack, in: BRAO, Kleine-Cosack [Hrsg.], 4. Aufl., 2003, § 49 Rn. 1f.; Henssler / Schaich, in: BRAO, Henssler / Prütting [Hrsg.], 2. Aufl., 2004, § 49 Rn. 2; Feuerich, in: BRAO, Feuerich / Weyland [Hrsg.], 6. Aufl., 2003, § 49 BRAO Rn. 1, 5; ausführlich bereits Schmidt: Die Pflichtverteidigung, Diss., Univ. München 1967, S. 210ff; nach einer Ansicht soll die Bestellung zum Pflichtverteidiger ausgeschlossen sein, falls dieser sich weigert, das Mandat zu übernehmen, so Meyer-Goßner, in: StPO, Meyer-Goßner [Hrsg.], 43. Aufl., 1997, § 142 Rn. 13. Diese Ansicht ist wohl von den Gegebenheiten der Praxis vorgeprägt, wo kaum jemand gezwungen wird, das Mandat zu übernehmen., pragmatisch insoweit Dahs: Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl., 1999, Rn. 118. Eine weitere Ansicht leitet aus dem Fehlen von Sanktionsmöglichkeiten für den Fall der Nichtübernahme des Mandats das Fehlen einer Übernahmepflicht ab, so Brangsch: Kann ein Rechtsanwalt mittelbar oder unmittelbar zur Pflichtverteidigertätigkeit gezwungen werden?, AnwBl 1972, S. 15f. (15).

²⁷⁵ Siehe § 49 I BRAO i.V.m. §§ 117 IV, 118a II 3, 138c III 4, 231a IV, 350 III StPO, § 60 OWiG, § 40 III des Gesetzes über internationale Rechtshilfe in Strafsachen vom 23.12.1983 (BGBl I S. 2071). Eine Übernahmeverpflichtung besteht auch, soweit Vorschriften der StPO entsprechend anwendbar sind, siehe § 49 I BRAO i.V.m. §§ 68, 104 I Nr. 10, 109 I 1 JGG, § 34 III Nr. 1 EGGVG.

²⁷⁶ Siehe § 48 I Nr. 1 BRAO i.V.m. §§ 121 ZPO, §§ 4a II InsO, 11a ArbGG, 166, 173 VwGO, 73a SGG, 142 FGO, 29 III EGGVG, 172 III 2, 379 III StPO, 14 FG, 130 PatG; § 48 I Nr. 2 BRAO i.V.m. §§ 78b, c ZPO; § 48 I Nr. 3 BRAO i.V.m. § 625 ZPO. Ein weiteres Beispiel ist der Vormund, welcher gem. § 1773ff. BGB „bestellt“ wird. Hier besteht eine Übernahmepflicht nach § 1785 BGB.

Anordnung der Übernahmeverpflichtung. Auch in allen anderen Fällen, in denen jemand oder etwas „bestellt“ wird, wird allein aus dem Wort „bestellen“ keine Übernahmespflicht hergeleitet. Beispiele hierfür sind der Notar,²⁷⁷ der Beamte,²⁷⁸ der Insolvenzverwalter,²⁷⁹ der Sequester,²⁸⁰ Zwangsverwalter,²⁸¹ der Vereinsvorstand,²⁸² der Geschäftsführer einer GmbH,²⁸³ die Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft,²⁸⁴ die Mitglieder des Bundesrats²⁸⁵ und der bestellte Rechtsanwalt.²⁸⁶

²⁷⁷ Siehe S. 31 Fn 102.

²⁷⁸ Die Ernennung zum Beamten bedarf als mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt der Zustimmung des zu Bestellenden, so dass hier keine Übernahmespflicht besteht, so Battis: Beamtenrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, S. 1012ff. (Rn. 62 = S. 1035).

²⁷⁹ Siehe S. 31 Fn 99.

²⁸⁰ Der Sequester wird vom Amtsgericht nach § 848 I ZPO „bestellt“. Hier besteht keine Übernahmespflicht, siehe die Nachweise S. 31 Fn 100.

²⁸¹ Der Zwangsverwalter wird nach §§ 150ff. ZVG vom Gericht „bestellt“, ohne dass zugleich eine Übernahmespflicht besteht, siehe die Nachweise S. 31 Fn 101.

²⁸² Der Vereinsvorstand wird nach § 27 I BGB „bestellt“. Die Bestellung bedarf der Annahme, so Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 27 Rn. 1.

²⁸³ Der Geschäftsführer einer GmbH wird nach § 6 III GmbHG „bestellt“. Hier besteht keine Übernahmespflicht, so Hommelhoff / Kleindiek, in: GmbHG, Lutter / Hommelhoff [Hrsg.], 16. Aufl., 2004, § 6 Rn. 26; Schmidt-Leithoff, in: GmbHG, Rowedder [Begr.], 4. Aufl., 2002, § 6 Rn. 23; Koppensteiner, in: GmbHG, Rowedder [Begr.], 4. Aufl., 2002, § 35 Rn. 68; Schneider, in: GmbHG, Scholz [Begr.], Bd. I, 9. Aufl., 2000, § 6 Rn. 36, 38; Schmidt, in: GmbHG, Scholz [Begr.], Bd. II, 8. Aufl., 1995, § 46 Rn. 79; Hueck, in: GmbHG, Baumbach [Begr.], 17. Aufl., 2002, § 6 Rn. 13.

²⁸⁴ Diese werden nach § 84f. AktG „bestellt“. Hier besteht keine Übernahmespflicht, so Hüffer, in: AktG, Hüffer [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, 84 Rn. 3f.; Mertens, in: AktG, Zöllner [Hrsg.], Bd. 2, 2. Aufl., 1996, § 84 Rn. 3; Henn: Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., 2002, Rn. 545 = S. 280.

²⁸⁵ Diese werden nach Art. 51 I 1 GG „bestellt“, ohne dass eine Übernahmespflicht besteht, so Maunz: Die Rechtsstellung der Mandatsträger im Bundesrat, in: Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft, 1974, S. 193ff. (199); Koriath, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 51 Rn. 8; Jekewitz, in: GG, Wassermann [Hrsg.], Bd. 2, 2. Aufl., 1989, Art. 51 Rn. 3.

²⁸⁶ Der Beklagte wird nach § 271 II ZPO aufgefordert, einen Rechtsanwalt zu „bestellen“. Hierdurch wird (von den bereits erwähnten Sonderfällen abgesehen) keine Übernahmeverpflichtung begründet. Fälle von Kontrahierungszwang auflistend, ohne den (hier nicht näher zu spezifizierenden) Rechtsanwaltsvertrag zu erwähnen Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, vor § 145 Rn. 8; Jauernig, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 11. Aufl., 2004, vor § 145 Rn. 9ff.

Auch hält sich § 41 Abs. IV Nr. 3 GWB nicht innerhalb der verfassungsimmanenten²⁸⁷ Schranken²⁸⁸ des Art. 12 II GG, da die Tätigkeit des Entflechtungstreuhanders weder herkömmlich²⁸⁹ noch mit einer anderen Dienstpflicht vergleichbar ist.

Schließlich kommt eine Rechtfertigung nach Grundsätzen des polizeirechtlichen Notstandes ebenfalls nicht in Betracht, weil es weder ein diesbezügliches formelles Bundesgesetz²⁹⁰ gibt noch eine – nach wie vor erforderliche – Ermächtigungsgrundlage für den Eingriff.²⁹¹

2. Kein Verwaltungsakt auf Zustimmung / öffentlich-rechtlicher Vertrag

Eine Begründung der Tätigkeitsverpflichtung mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung oder mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages scheitert daran, dass kein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts gegeben ist (§§ 35 S. 1, 54 S. 1 BVwVfG). Die Tätigkeitsverpflichtung an sich ist ohnehin privatrechtlich,²⁹² und einen weiteren öffentlich-rechtlichen Vertragsgegenstand

²⁸⁷ Bei den Schranken des Art. 12 II GG handelt es sich um verfassungsimmanente Schranken, so Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 484.

²⁸⁸ Arbeitszwang darf nur im Rahmen einer herkömmlichen allgemeinen, für alle gleichen Dienstleistungspflicht bestehen. Sie ist herkömmlich, wenn sie im wesentlichen in einer sicheren Tradition der Rechtsordnung und des Rechtsbewusstseins verwurzelt ist, so Breuer: Freiheit des Berufs, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 877ff. (948); Manssen, in: GG, Starck [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 1999, Art. 12 Rn. 301; Gusy: Arbeitszwang - Zwangsarbeit - Strafvollzug - BVerfGE 74, 102, JuS 1989, S. 710ff. (713); ähnlich Scholz, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 12 Rn. 486.

²⁸⁹ So auch Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 320.

²⁹⁰ Im Fall des polizeirechtlichen Notstandes dürfen auch unbeteiligte Dritte (sog. Nichtstörer) in Anspruch genommen werden, falls eine gesetzliche Grundlage gegeben ist, so Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 359f. m.w.N.; Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 310ff. = S. 184ff.; Gusy: Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 380 = S. 198; Tettinger: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, 7. Aufl., 2004, Rn. 558 = S. 215; Fischer, in: BGG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 20 Rn. 1. Mangels Gesetzgebungskompetenz des Bundes gibt es hier keine allgemeine bundespolizeirechtliche so Liskén: Die Polizei im Verfassungsgefüge, in: Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 55ff. (Rn. 137 = S. 110). § 20 BGG ist schon deshalb nicht einschlägig, weil das BGG kein allgemeines Polizeigesetz ist, außerdem ist das BKartA keine Bundesgrenzschutzbehörde (§ 57 I BGG).

²⁹¹ Die Normen des polizeirechtlichen Notstandes erweitern lediglich den Adressatenkreis, dem gegenüber die Polizei handeln darf, eine Ermächtigungsgrundlage ist nach wie vor erforderlich, so Fischer, in: BGG, Fischer u.a. [Hrsg.], 2. Aufl., 1996, § 20 Rn 2, und in § 41 IV Nr. 3 GWB nicht gegeben.

²⁹² Siehe S. 29.

gibt es nicht, wenn man davon ausgeht, dass der Entflechtungstreuhandler private Rechtsmacht ausübt.

3. Privatrechtlicher Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag

Nach bisheriger Ansicht kann die Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhandlers nur in einem privatrechtlichen Vertrag begründet werden.²⁹³ Bei diesem handelt es sich (vorbehaltlich spezieller vertraglicher Abreden) um einen Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag (§ 675 I BGB). Ein Geschäftsbesorgungsvertrag liegt gem. § 675 I BGB vor, wenn es sich um einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag handelt, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Geschäftsbesorgung ist eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art im fremden Interesse.²⁹⁴

Der Vertrag ist kein Dienst- (§ 611 BGB), sondern ein Werkvertrag (§ 631 BGB). Der Entflechtungstreuhandler schuldet nicht nur eine Tätigkeit, (§ 611 BGB), sondern einen Erfolg (§ 631 II i.V.m. I BGB). Er wird nicht nur in Richtung der Herbeiführung der Entflechtung tätig, sondern er schuldet die Herbeiführung selbst und trägt das Risiko deren Ausbleibens.²⁹⁵ Der Bund, vertreten durch das BKartA, hat das Interesse, dass der Entflechtungstreuhandler die Entflechtung auch tatsächlich herbeiführt, was sich insbesondere aus § 41 IV Nr. 3 GWB ergibt, wonach der Entflechtungstreuhandler die Auflösung des Zusammenschlusses herbeiführt. Zwar hängt die Herbeiführung der

²⁹³ Für die ausschließliche Möglichkeit der Begründung der Verpflichtung des Entflechtungstreuhandlers zur Ausübung der Tätigkeit in einem privatrechtlichen Vertrag Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 59; Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 319f.

²⁹⁴ So BGH: Urt. v. 22.10.1958, Az. IV ZR 78/58, DB 1959, 168 (168); BGH: Urt. v. 25.4.1966, Az. VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223 (228f.); BGH: Urt. v. 25.10.1988, Az. XI ZR 3/88, NJW 1989, 1216 (1217); BGH: Urt. v. 17.10.1991, Az. III ZR 352/89, NJW-RR 1992, 560 (560); Czub, in: BGB, Bamberger / Roth [Hrsg.], Bd. 2, 2003, § 675 Rn. 3; Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 2, A 15; Häuser / Welter, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 4/2, 12. Aufl., 1999, § 675 Rn. 2.

²⁹⁵ An dieser Stelle geht es nicht darum, dass die Herbeiführung der Entflechtung öffentlich-rechtlich an sich Sache des BKartA ist, sondern es geht um die Risikoverteilung im Innenverhältnis zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhandler im Rahmen des zwischen ihnen geschlossenen privatrechtlichen Vertrages.

Entflechtung auch von Umständen ab, die der Entflechtungstreuhänder nicht beeinflussen kann, etwa wenn Unternehmensteile unverkäuflich sind²⁹⁶ oder wenn das Erfordernis der weiteren Zwangsvollstreckung wegfällt,²⁹⁷ doch gibt es für solche Fälle im Werkvertragsrecht in § 649 S. 2 Hs. 2 BGB sachgerechte Differenzierungskriterien. Weiter spricht für dieses Ergebnis, dass auch im sonstigen Vollstreckungsrecht im Zweifel vom Vorliegen eines Werkvertrags im Innenverhältnis auszugehen ist.²⁹⁸ Eine eventuelle zeitbezogene Honorarvereinbarung spricht nicht gegen das Vorliegen eines Werkvertrags, da eine solche auch beim Werkvertrag getroffen werden kann.²⁹⁹

Der vorliegende Werkvertrag hat eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand, da er eine selbständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art im fremden Interesse ist. Eine Tätigkeit liegt vor, da auch der Abschluss eines Rechtsgeschäfts eine Tätigkeit im Sinne einer Geschäftsbesorgung ist³⁰⁰ und der Entflechtungstreuhänder Verträge abschließt. Hierbei handelt er selbständig, da ihm gegenüber dem Geschäftsherrn ein Ermessens- und Gestaltungsfreiraum in seinen Überlegungen

²⁹⁶ Die Suche nach einem Erwerber kann sich u.U. schwierig gestalten. Dies liegt daran, dass es keinen transparenten Markt für Unternehmen (bzw. Unternehmensteile) gibt, was wiederum an der Schwierigkeit der Bewertung von Unternehmen (bzw. Unternehmensteilen) liegt. Denkbar ist auch, dass es (momentan) nicht möglich ist, einen geeigneten Erwerber zu finden. So war es laut Bosch, in: *GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.]*, Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 *GWB*, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 19 in den Fällen *BKartA: Beschl. v. 31.3.1978, Az. B 8 - 711510 - U - 170/77, WuW/E, Teil 2: Verw., BKartA, 1747 (1747ff.)* und *BKartA: Beschl. v. 22.12.1976, Az. B 7 - 253100 - U 24/76, WuW/E, Teil 2: Verw., BKartA, 1667 (1667ff.)*. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass die Entflechtung in beiden Fällen nicht durch einen Entflechtungstreuhänder vorgenommen wurde. Das *BKartA* darf darauf hinwirken, dass ein geeigneter Käufer ausgewählt wird, so geschehen in *BKartA: Beschl. v. 27.11.2003, Az. B 6-51/02, WuW/E, De-V, 885 (885)*.

²⁹⁷ Siehe zum Vergütungsanspruch des Entflechtungstreuhänders bei Zweckfortfall S. 146 sowie zum Regressanspruch des Bundes gegen die Entflechtungspflichtigen bei Zweckfortfall S. 149.

²⁹⁸ So App, in: *VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.]*, 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 9; Sadler, in: *VwVG, Sadler [Hrsg.]*, 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 5; Erichsen / Rauschenberg: *Verwaltungsvollstreckung*, Jura 1998, S. 31ff. (34).

²⁹⁹ So Peters, in: *BGB, von Staudinger [Begr.]*, Bd. §§ 631-651, 2003, Vorbem. zu §§ 631ff. Rn. 20; Teichmann, in: *BGB, Soergel [Begr.]*, Bd. 4/1, 12. Aufl., 1998, Vor § 631 Rn. 12. Allenfalls würde umgekehrt eine erfolgsbezogene Entgeltgestaltung für einen Werkvertrag sprechen. Eine solche liegt aber nicht im Interesse des Bundes, da er auf der einen Seite unnötige Ausgaben von den Entflechtungspflichtigen nicht ersetzt bekommt und ihm auf der anderen Seite ein besonders günstiger Vertragsabschluss nicht zu Gute kommt, siehe zum Regress wegen gezahlter Vergütung ab S. 147.

³⁰⁰ So Martinek, in: *BGB, von Staudinger [Begr.]*, Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 24.

und Willensbildungen verbleibt.³⁰¹ Sinn und Zweck der Möglichkeit der Bestellung eines Entflechtungstreuhänders ist es auch und gerade, dass das BKartA sich das Fachwissen des Entflechtungstreuhänders zunutze macht, welcher unter Anwendung eigener Sachkunde handelt. Deshalb wird ihm auch nicht im Detail vorgeschrieben, was er zu tun hat.³⁰² Weitere Indizien für Selbständigkeit sind freie Zeiteinteilung und fehlende Einbindung in dessen Organisationsbereich,³⁰³ welche im Zweifel gegeben sind. Die Tätigkeit des Entflechtungstreuhänders ist wirtschaftlicher Art.³⁰⁴ Zwar wirkt sich die Tätigkeit des Entflechtungstreuhänders nicht auf den Vermögensstatus des Geschäftsherrn, nämlich des Bundes aus, entscheidend ist jedoch, dass der Bund dem Entflechtungstreuhänder die Möglichkeit eröffnet, auf für den Entflechtungstreuhänder fremdes Vermögen einzuwirken. Schließlich handelt der Entflechtungstreuhänder in fremdem Interesse,³⁰⁵ da die Herbeiführung der Entflechtung nach § 41 III 1, 2 GWB an sich dem BKartA obliegt, und der Entflechtungstreuhänder dem BKartA diese Tätigkeit abnimmt.

³⁰¹ Die genannten Kriterien sind solche selbständigen Handelns i.S.d. § 675 BGB, so RG: Urt. v. 10.12.1924, Az. I 583/23, RGZ 109, 299 (301); RG: Urt. v. 16.3.1937, Az. III 195/36, RGZ 154, 309 (313); Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 25; Häuser / Welter, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 4/2, 12. Aufl., 1999, § 675 Rn. 4. Selbständigkeit bedeutet nicht, dass ein Geschäftsbesorgungsvertrag nur dann vorliegt, wenn der Geschäftsbesorger über einen Freiraum unkontrollierter Entscheidungs- und Handlungsbefugnisse verfügt, so Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 26; Häuser / Welter, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 4/2, 12. Aufl., 1999, § 675 Rn. 4. Beim Merkmal der Selbständigkeit geht es vielmehr darum, dass dem Geschäftsbesorger im Hinblick auf den erwarteten Erfolg rahmenartig vorgegeben wird, was er sodann nach eigenem Ermessen unter Anwendung eigener Sachkunde zu tun hat, so Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 26.

³⁰² Dies berührt nicht die (jeweils nur nach vorliegend vertretener Ansicht gegebene) Aufsicht des BKartA, siehe S. 35, sowie die Einräumung von Kontrollbefugnissen im Vertrag, siehe S. 37.

³⁰³ So Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 28.

³⁰⁴ Eine Tätigkeit ist wirtschaftlicher Art, wenn sie dem Bereich des Wirtschaftslebens im weiteren Sinn angehört, so Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 29; Häuser / Welter, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 4/2, 12. Aufl., 1999, § 675 Rn. 5. Das ist der Fall, wenn die Tätigkeit des Geschäftsbesorgers Einfluss auf den Vermögensstatus des Geschäftsherrn hat, so Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 31.

³⁰⁵ Ein Handeln in fremdem Interesse ist gegeben, wenn dem Geschäftsherrn eine ihm obliegende Tätigkeit durch den Geschäftsführer abgenommen wird, so RG: Urt. v. 29.10.1919, Az. I 125/19, RGZ 97, 61 (61f.); RG: Urt. v. 10.12.1924, Az. I 583/23, RGZ 109, 299 (301); BGH: Urt. v. 25.4.1966, Az. VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223 (228f.); Czub, in: BGB, Bamberger / Roth [Hrsg.], Bd. 2, 2003, § 675 Rn. 3; weiter Martinek, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 652-704, 1995, § 675 Rn. A 33.

II. Eigene Ansicht

1. Kein einseitiger Verwaltungsakt

Eine Begründung der Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhänders mittels einseitigen Verwaltungsaktes kommt auch nach vorliegend vertretener Ansicht nicht in Betracht, da eine solche einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Grundrechtseingriff darstellt.³⁰⁶

2. Kein Verwaltungsakt auf Zustimmung

Eine Begründung der Tätigkeitsverpflichtung mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung scheidet daran, dass diese kein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts ist (§ 35 S. 1 BVwVfG).³⁰⁷

3. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Eine Begründung der Tätigkeitsverpflichtung durch koordinationsrechtlichen³⁰⁸ öffentlich-rechtlichen Vertrag gem. § 54 S. 1 BVwVfG ist (vorbehaltlich der Ersetzung der an sich gem. § 58 I BVwVfG erforderlichen Zustimmung)³⁰⁹ wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit möglich, wenn zugleich die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder Vertragsgegenstand ist. Da die bekannten Abgrenzungstheorien³¹⁰ keine scharfen Abgrenzungskriterien bieten,³¹¹ ist maßgebliches Abgrenzungskriterium zwischen

³⁰⁶ Siehe die diesbezüglichen Ausführungen zu Art. 12 II, I GG im Rahmen der bisherigen Ansicht ab S. 75, welche hier in gleicher Weise gelten.

³⁰⁷ Die Tätigkeitsverpflichtung als solche ist nicht spezifisch öffentlich-rechtlich, siehe bereits S. 29.

³⁰⁸ In Betracht kommt lediglich ein koordinationsrechtlicher Vertrag (§ 54 S. 2 BVwVfG). Ein subordinationsrechtlicher Vertrag scheidet daran, dass das BKartA nicht berechtigt ist, dem Entflechtungstreuhänder gegen seinen Willen Rechtsmacht einzuräumen, siehe hierzu ab S. 75. Dem Abschluss eines koordinationsrechtlichen Vertrags steht nicht entgegen, dass auf der einen Seite eine Behörde und auf der anderen Seite ein Bürger steht, da ein koordinationsrechtlicher Vertrag auch zwischen Verwaltung und Bürger geschlossen werden kann, so GemSenOGB: Beschl. v. 10.4.1986, Az. GmS-OGB 1/85, BVerwGE 74, 368 (370); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 62; Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995, § 68 Rn. 14 = S. 747; a.A. Grziwotz: Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, 2002, Rn. 73.

³⁰⁹ Ausführlich zur Möglichkeit der Ersetzung S. 64.

³¹⁰ Die Abgrenzungstheorien sind auf S. 5 dargestellt.

³¹¹ Siehe hierzu S. 6 mit Nachweisen.

öffentlich-rechtlichem und privatrechtlichem Vertrag der Vertragsgegenstand.³¹² Die Vertragsgegenstände der Zahlungsverpflichtung des BKartA sowie der Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhanders sind als solche nicht spezifisch öffentlich-rechtlich.³¹³ Öffentlich-rechtlich ist hingegen die Verpflichtung des BKartA zur Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhandern.³¹⁴ Wenn die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht Vertragsgegenstand ist, dann ist der gesamte Vertrag öffentlich-rechtlich. Nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit findet eine Aufspaltung in einen öffentlich-rechtlichen und einen privatrechtlichen Teil nicht statt. Vielmehr ist auf die Gesamtheit der Regelungen abzustellen, zumindest wenn sie in einem engen inneren Zusammenhang zueinander stehen.³¹⁵ Die Verpflichtung des Entflechtungstreuhanders zur Ausübung der Tätigkeit steht mit der Rechtseinräumung in einem engen inneren Zusammenhang. Das eine betrifft die Verpflichtung des Entflechtungstreuhanders zum Tätigwerden, das andere die hierfür erforderliche Verpflichtung der Behörde zur Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhandern.

4. Privatrechtlicher Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag

Die Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhanders kann in einem privatrechtlichen Vertrag begründet werden, da es bei ihr nicht um hoheitliche Rechtsmacht im Außenverhältnis geht, sondern lediglich um die Begründung der Verpflichtung im Innenverhältnis. Zu beachten ist freilich, dass der gesamte Vertrag wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist, wenn die Rechtseinräumung an den Entflechtungstreuhandern ebenfalls im Vertrag erfolgt.³¹⁶ Folglich kann die Tätigkeitsverpflichtung nur dann in einem privatrechtlichen Vertrag begründet werden, wenn die Ein-

³¹² Siehe die Nachweise S. 28 Fn 91.

³¹³ Siehe hierzu bereits S. 29.

³¹⁴ Zur Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht durch öffentlich-rechtlichen Vertrag S. 33.

³¹⁵ So Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 54 Rn. 29 m.w.N.; Henneke, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 54 Rn. 12f. m.w.N.; Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 77 m.w.N.

³¹⁶ Siehe hierzu die eben gemachten Ausführungen ab S. 84. Zur Rechtseinräumung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages S. 33.

räumung von Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder durch Verwaltungsakt auf Zustimmung³¹⁷ erfolgt.

Der Vertrag ist als Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag zu qualifizieren.³¹⁸

III. Vergleich

Die Tätigkeitsverpflichtung kann nach bisheriger Ansicht nur in einem privatrechtlichen Vertrag begründet werden. Demgegenüber ist die vorliegend vertretene Ansicht flexibler, indem sie mehrere Möglichkeiten eröffnet. Im Fall der Rechtseinräumung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages kann die Tätigkeitsverpflichtung (wegen des Grundsatzes der Einheitlichkeit) durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden, im Fall der Rechtseinräumung mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung durch privatrechtlichen Vertrag.

³¹⁷ Zur Rechtseinräumung mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung S. 32.

³¹⁸ Siehe zur Qualifizierung des Vertrags die hier in gleicher Weise geltenden Ausführungen ab S. 81.

D. Erlöschen der Rechtsmacht

I. Tod / Vollbeendigung

Tod und, wenn es sich beim Entflechtungstreuhänder um eine juristische Person handelt, deren Vollbeendigung, führen nach beiden Ansichten zum Erlöschen der Rechtsmacht. Nach bisheriger Ansicht sowie nach vorliegend vertretener Ansicht im Fall der Rechtseinräumung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages ergibt sich dies daraus, dass eine Vertragspartei wegfällt. Darüber hinaus erlischt die Rechtsmacht nach vorliegend vertretener Ansicht unabhängig von der Art der Rechtseinräumung, weil ein Beleihungsverhältnis an die Person des Beliehenen gebunden ist.³¹⁹

II. Verurteilung

Die Verurteilung wegen eines Verbrechens³²⁰ zu einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr (§ 45 III StGB) führt nur nach vorliegend vertretener Ansicht zum Erlöschen der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders, da er nur nach dieser als Beliehener ein öffentliches Amt i.S.d. § 45 I StGB ausübt.³²¹ Ein öffentliches Amt wird ausgeübt, wenn der Amtsträger Dienste verrichtet, die aus der Staatsgewalt abgeleitet sind und staatlichen Zwecken dienen.³²² Dies ist bei privatrechtlicher Rechtsmacht nicht der Fall.

Das Ergebnis der bisherigen Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Sinn und Zweck des § 45 III StGB ist es, ein weiteres Tätigwerden für den Staat zu unter-

³¹⁹ So allgemein für Beliehene Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522; Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 91; Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 142. Gegen Weiterübertragung der Rechtsmacht S. 38.

³²⁰ Eine Verurteilung zu mehr als einem Jahr Freiheitsstrafe wegen eines Vergehens genügt nicht. Nach dem Wortlaut des § 45 III StGB ist die Verurteilung „wegen eines Verbrechens“ erforderlich. Verbrechen sind nach der Legaldefinition des § 12 I StGB rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. Insoweit wird oft nicht hinreichend differenziert, vgl. etwa Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522; Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 91.

³²¹ Beliehene üben ein öffentliches Amt i.S.d. § 45 I StGB aus, so Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522.

³²² So RG: Urt. v. 2.2.1928, Az. III 607/27, III 777/27, RGSt 62, 24 (27); Hirsch, in: StGB, Jähnke / Laufhütte / Odersky [Hrsg.], Bd. 2, 11. Aufl., 2003, § 45 Rn. 3.

binden. Der Entflechtungstreuhänder führt für das BKartA die Entflechtung herbei und wird daher letztlich für den Staat tätig.

III. Kein einseitiger Verzicht

Der Entflechtungstreuhänder darf weder nach bisheriger noch nach vorliegend vertretener Ansicht auf die Rechtsmacht einseitig verzichten. Dies ergibt sich nach bisheriger Ansicht aus der vertraglichen Bindung,³²³ ebenso wie nach vorliegend vertretener Ansicht im Fall der Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag. Unabhängig von der Art der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht darf der Entflechtungstreuhänder nach vorliegend vertretener Ansicht nicht einseitig auf die Rechtsmacht verzichten, da ihn als Beliehenen eine Betriebspflicht trifft.³²⁴ Aufgrund dieser ist es ihm verwehrt, seine Tätigkeit ohne Zustimmung des BKartA einzustellen.³²⁵ Die Betriebspflicht ist dadurch begründet, dass das dem Beliehenen übertragene Recht auch eine Pflicht zum Tätigwerden beinhaltet.³²⁶ Staatliche Funktionen müssen auch dann kontinuierlich ausgeübt werden, wenn sie einem Privaten übertragen werden.³²⁷ Diese Verpflichtung zur Ausübung von Staatsgewalt ergibt sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG). Wesentliche Voraussetzung für das Vorliegen eines Staates ist das Vorliegen von Staatsgewalt.³²⁸ Dies setzt zugleich voraus, dass

³²³ Im Insolvenzrecht ist zwar keine vertragliche Bindung gegeben, doch darf sich der Insolvenzverwalter gleichwohl nicht ohne weiteres seines Amtes entledigen, so Delhaes, in: *InsO*, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 15 bzw. er darf nicht grundlos sein Amt niederlegen oder kündigen Hess, in: *InsO*, Hess / Weis / Wienberg [Hrsg.], Bd. 1, 2. Aufl., 2001, vor § 56 Rn. 19 oder zurücktreten Graeber, in: *MüKo-InsO*, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 127. Dies ergibt sich aus dem Gegenschluss aus § 59 I 2 *InsO*, wonach der Insolvenzverwalter einen Antrag auf Entlassung stellen kann, welchem das Insolvenzgericht bei Vorliegen eines wichtigen Grundes (§ 59 I 1 *InsO*) entspricht.

³²⁴ Siehe die Nachweise S. 31 Fn 104.

³²⁵ So allgemein für Beliehene Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 45 = S. 521; Michaelis: *Der Beliehene*, Diss., Univ. Münster 1969, S. 147.

³²⁶ So Stuitable-Treder: *Der Beliehene im Verwaltungsrecht*, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 97.

³²⁷ So Stuitable-Treder: *Der Beliehene im Verwaltungsrecht*, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 97.

³²⁸ So Jellinek: *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., 1959, S. 427; von Gierke: *Die Grundbegriffe des Staatsrechts*, 1915, S. 96f.; Isensee: *Staat und Verfassung*, in: *HdbStR*, Bd. I, 1987, S. 591ff. (§ 13 Rn. 30 = S. 604).

diese ausgeübt wird. Staatliche Gewalt auszuüben ist für den Staat nicht nur eine Berechtigung, sondern auch eine Verpflichtung.³²⁹

Die vorliegend vertretene Ansicht vermag die fehlende Befugnis des Entflechtungstreuhänders zum einseitigen Verzicht überzeugend aus dem öffentlichen Recht und hier insbesondere aus der Betriebspflicht des Beliehenen herzuleiten. Sie ist im Gegensatz zur bisherigen Ansicht nicht darauf angewiesen, hierfür die vertragliche Bindungswirkung zu instrumentalisieren.

IV. Keine einseitige Aufhebung

Nach bisheriger und im Fall der Rechtseinräumung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag auch nach vorliegend vertretener Ansicht darf das BKartA die Rechtsmacht (vorbehaltlich anderslautender vertraglicher Vereinbarungen) nicht einseitig aufheben, da es vertraglich gebunden ist.³³⁰

V. Aufhebungsvertrag

Nach beiden Ansichten kann das Erlöschen der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders durch Aufhebungsvertrag herbeigeführt werden. Folgt man der bisherigen Ansicht, dann kann dies nur in einem privatrechtlichen Vertrag geschehen, da private Rechtsmacht nicht Gegenstand eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sein kann. Folgt man vorliegend vertretener Ansicht, so kann dies umgekehrt nur in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag geschehen, da hoheitliche Rechtsmacht nicht Gegenstand eines privatrechtlichen Vertrages sein kann. Auch im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt auf Zustimmung steht es den Beteiligten gem. § 54 S. 1 Alt. 3 BVwVfG frei, einen

³²⁹ So Randelzhofer: Staatsgewalt und Souveränität, in: HdbStR, Bd. I, 1987, S. 691ff. (§ 15 Rn. 39 = S. 706); Zippelius: Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl., 2003, S. 59f. Für die Verpflichtung der zuständigen Behörde zur Aufgabenwahrnehmung Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 84 Rn. 1 = S. 258; Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 21 Rn. 52 = S. 541; Lücke: Kompetenzen, in: FS Thieme, 1993, S. 539ff. (544f.).

³³⁰ Der Beleihungsakt ist Bestandteil des öffentlich-rechtlichen Vertrages, siehe S. 33 sowie S. 85. Beim öffentlich-rechtlichen Vertrag tritt auch für die Behörde eine Bindungswirkung ein, so dass eine einseitige Aufhebung ausscheidet, so Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 82; Henneke, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 60 Rn. 2.

öffentlich-rechtlichen Aufhebungsvertrag zu schließen. Es besteht keine Pflicht zum *actus contrarius*.

VI. Wegfallen des Vertrags

Die Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders erlischt nach bisheriger Ansicht, wenn der privatrechtliche Vertrag (z.B. nach zivilrechtlicher Anfechtung) wegfällt. Der Vertrag stellt nicht nur die Rechtsgrundlage dar, sondern es besteht wegen der Zweckbindung der eingeräumten Rechtsmacht ein Bedingungs-zusammenhang zwischen Vertrag und Rechtsmacht. Eine etwaige Kondiktion der Rechtsmacht ist daher nicht erforderlich. Ebenso verhält es sich nach vorliegend vertretener Ansicht im Fall der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages. Im Fall der Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht mittels Verwaltungsaktes führt die Beendigung des neben diesem Verwaltungsaktes bestehenden privatrechtlichen Vertrages (in welchem die Tätigkeitsverpflichtung des Entflechtungstreuhänders begründet wird) dagegen nicht dazu, dass die Rechtsmacht erlischt. Die Beendigung dieses Vertrages richtet sich nach bürgerlichem Recht und hat keinen Einfluss auf die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Beleihungsverhältnisses. Er ist nicht Rechtsgrundlage für die Beleihung, sondern steht selbständig neben dem Beleihungsakt (dualistische Konstruktion).

VII. Herbeiführung der Entflechtung

Mit der Herbeiführung der Entflechtung erlischt die Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders nach beiden Ansichten, so dass diese nicht etwa zu kondizieren oder gesondert aufzuheben ist. Nach beiden Ansichten ist die Herbeiführung der Entflechtung eine auflösende Bedingung, da sie ein zukünftiges, ungewisses Ereignis ist, von dessen Eintritt das Erlöschen der Rechtsmacht abhängt, was sich wiederum aus der Zweckbindung der Rechtsmacht ergibt, die Entflechtung herbeizuführen (§ 41 IV Nr. 3 GWB).³³¹

³³¹ Siehe zur Zweckbindung bereits ab S. 38 im Rahmen der Nichtübertragbarkeit.

Die beiden Ansichten unterscheiden sich hingegen in der dogmatischen Herleitung dieses Ergebnisses. Nach bisheriger Ansicht ist § 158 II BGB anzuwenden, während nach vorliegend vertretener Ansicht maßgebend ist, dass der Eintritt von Erlöschensgründen, die im Beleihungsakt vorgesehen sind, generell zum Erlöschen der Beleihung führt. Solche gewillkürten Erlöschensgründe sind beispielsweise Fristablauf oder der Eintritt einer Bedingung.³³² Wie eben dargelegt, ist die Herbeiführung der Entflechtung selbst dann eine gewillkürte Bedingung, wenn dies im Beleihungsakt nicht ausdrücklich festgehalten ist, da die Beleihung ihrerseits zweckgebunden ist.

VIII. Rücktritts-, Kündigungs- und Widerrufsrechte

Die private Rechtsmacht erlischt, der bisherigen Ansicht folgend, mit der Ausübung vertraglich³³³ eingeräumter Rücktritts-, Kündigungs- oder Widerrufsrechte.

Nach vorliegend vertretener Ansicht ist zu differenzieren. Im Fall der Rechtseinräumung mittels Verwaltungsaktes liegen vertraglich vereinbarte Rücktritts-, Kündigungs- oder Widerrufsrechte mangels Vertrags nicht vor, hier sind die §§ 48f. BVwVfG einschlägig.³³⁴ Im Fall der Rechtseinräumung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags erlischt die Rechtsmacht, wie nach bisheriger Ansicht, mit der Ausübung vertraglich eingeräumter Rücktritts-, Kündigungs- oder Widerrufsrechte. Die Vereinbarung solcher Rechte ist öffentlich-rechtlich zulässig, da der Entflechtungstreuhänder auf die Einräumung der Rechtsmacht keinen gesetzlichen Anspruch hat. Die Möglichkeit des Erlasses eines Verwaltungsaktes mit einem Widerrufsvorbehalt (§ 36 II Nr. 3 BVwVfG)³³⁵ zeigt,

³³² So Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522; Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 92; Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 143.

³³³ Gesetzliche Rücktritts-, Kündigungs- oder Widerrufsrechte sind nicht ersichtlich, insbesondere gibt es für keine der beiden Seiten ein Kündigungsrecht aus wichtigem Grund. Ein solches ist zwar generell bei Dauerschuldverhältnissen gegeben, doch liegt hier ein solches nicht vor, da ein Ende abzusehen ist, nämlich die Herbeiführung der Entflechtung. Siehe zur Qualifizierung des privatrechtlichen Vertrags als Geschäftsbesorgung(s)vertrag S. 81.

³³⁴ Hierzu ab S. 92.

³³⁵ Hierzu S. 93.

dass entsprechende Klauseln auch in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbart werden dürfen. Darüber hinaus kann, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, „Anpassung und Kündigung in besonderen Fällen“ (§ 60 BVwVfG) durch jede der beiden Vertragsparteien verlangt werden.

IX. Widerspruch und Anfechtungsklage

Eine Anfechtung mittels Widerspruchs (§§ 68ff. VwGO) und Anfechtungsklage (§ 42 I Alt. 1 VwGO) kommt nur nach vorliegend vertretener Ansicht in Betracht, und hier auch nur im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt, da diese Rechtsmittel nur gegen Verwaltungsakte statthaft sind und nur in letzterem Fall ein solcher gegeben ist.³³⁶

X. Rücknahme und Widerruf (§§ 48f. BVwVfG)

Rücknahme und Widerruf (§§ 48f. BVwVfG) kommen nur nach vorliegend vertretener Ansicht in Betracht, und hier auch nur im Fall der Rechtseinräumung mittels Verwaltungsaktes auf Zustimmung, da Rücknahme und Widerruf nur bei Verwaltungsakten statthaft sind.

Auf den Beleihungsakt finden die Regeln über begünstigende Verwaltungsakte Anwendung (§ 48 I 2 BVwVfG),³³⁷ da diese die für den Betroffenen günstigeren Regeln darstellen und es sich um einen Verwaltungsakt mit Mischwirkung handelt, bei dem begünstigendes³³⁸ und belastendes³³⁹ Element nicht trennbar sind.³⁴⁰ Das begünstigende Element liegt darin, dass dem Entflechtungstreu-

³³⁶ Für die Möglichkeit der Anfechtung des Beleihungsaktes im Fall der Beleihung durch Verwaltungsakt Stuible-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 95.

³³⁷ So i.Erg. auch Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522.

³³⁸ Ein begünstigender Verwaltungsakt liegt vor, wenn „[der] Verwaltungsakt [...] ein Recht oder einen rechtlich erheblichen Vorteil begründet oder bestätigt [...]“ (§ 48 I 2 BVwVfG).

³³⁹ Ein nicht begünstigender Verwaltungsakt liegt vor, wenn ein Verwaltungsakt in subjektive Rechte eingreift, so Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl., 1995, § 61 Rn. 26 = S. 622.

³⁴⁰ Auf Verwaltungsakte mit Mischwirkung finden die Regeln über begünstigende Verwaltungsakte Anwendung, so Bundesregierung: Begr. VwVfG, BTDrucks 7/910, zu § 44 I = S. 68; Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrensrecht, 4. Aufl., 1995, § 61 Rn. 27 = S. 623; Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 48 Rn. 129; Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 48 Rn. 68.

händer zusätzliche Rechtsmacht eingeräumt wird, das belastende darin, dass ihm mit der Einräumung von Rechtsmacht eine Betriebspflicht auferlegt wird.³⁴¹

Für den Fall des Widerrufs ist erforderlich, dass ein Widerrufsgrund i.S.d. § 49 II BVwVfG vorliegt, was beispielsweise der Fall ist, wenn der Entflechtungstreuhänder seine Verpflichtungen nicht oder nur schlecht erfüllt³⁴² oder wenn in den Beleihungsakt ein Widerrufsvorbehalt aufgenommen wurde (§ 49 II Nr. 1 Alt. 2 BVwVfG). Die Aufnahme eines solchen ist zulässig (§ 36 II Nr. 3 BVwVfG), da die Rücknahme- und Widerrufsgründe für die Beleihung des Entflechtungstreuhänders nicht abschließend aufgezählt sind und er auch keinen Anspruch auf eine Beleihung ohne Widerrufsvorbehalt hat.³⁴³

Die Tatsache, dass es sich bei der Beleihung um einen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt,³⁴⁴ steht einer Rücknahme nicht entgegen. Zwar wird weithin vertreten, bei solchen sei eine Aufhebung ausgeschlossen, sobald die Gestaltungswirkung eingetreten sei,³⁴⁵ doch ist nach neuerer Auffassung bei privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten eine Rücknahme auch dann möglich,

³⁴¹ Aufgrund der Betriebspflicht darf der Beliehene seine Tätigkeit nicht ohne Zustimmung der Behörde einstellen, siehe die Nachweise S. 31 Fn 104.

³⁴² So allgemein für Beliehene Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522. Man kann diesen Fall unter § 49 II Nr. 3 Alt. 2 BVwVfG und/oder unter § 49 II Nr. 5 BVwVfG subsumieren, das Ergebnis bleibt dasselbe.

³⁴³ Für die genannten Beispiele als Gründe für die Rechtswidrigkeit eines Widerrufsvorbehalts Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 49 Rn. 42.

³⁴⁴ Die Privatrechtsgestaltung tritt den Entflechtungspflichtigen gegenüber allerdings erst mit der Rechtmäßigkeitsanordnung ein, hierzu ausführlich ab S. 56.

³⁴⁵ So RG: Urt. v. 29.10.1921, Az. V 227/21, RGZ 103, 104 (107); RG: Urt. v. 3.1.1923, Az. V 390/22, RGZ 106, 142 (146f.); BVerwG: Urt. v. 26.4.1968, Az. VII C 103.66, BVerwGE 29, 314 (315) für den Fall der Stiftungsgenehmigung; BVerwG: Urt. v. 19.3.1970, Az. III C 124.67, BVerwGE 35, 122 (126); BVerwG: Urt. v. 28.2.1975, Az. IV C 77.74, BVerwGE 48, 87 (92) für den Fall der Bodenverkehrsgenehmigung; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 51 Rn. 82 = S. 157; Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 51 Rn. 82 = S. 749; Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 48 Rn. 15; Bullinger: Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, DÖV 1957, S. 761ff. (764); Ossenbühl: Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, DÖV 1964, S. 511ff. (521); Ossenbühl: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., 1965, S. 129; Haueisen: Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, NJW 1955, S. 1457ff. (1459); Haueisen: Anmerkung, DVBl 1957, S. 506ff. (507); Lange: Ist die behördliche Genehmigung zu einem Zivilrechtsgeschäft widerruflich?, NJW 1950, S. 731f. (732); Bürckner: Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, 1930, S. 76; Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 10. Aufl., 1973, § 13 2 d = S. 270; Schäfer: Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, 1960, S. 48f; Ipsen: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, 1932, S. 73; Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 1, 12. Aufl., 1987, vor § 182 Rn. 14; Gursky, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. § § 164-240, 2001, § 184 Rn. 14.

wenn die Gestaltungswirkung eingetreten ist.³⁴⁶ Zum Teil wird insofern in gewissem Umfang an der alten Auffassung festgehalten, als die besondere Wirkung dieser Verwaltungsakte für Dritte und den allgemeinen Rechtsverkehr im Zweifel gegen die Möglichkeit der Aufhebung sprechen soll.³⁴⁷ Die neuere Ansicht ist vorzugswürdig, da die Gestaltungswirkung allein keinen Rechtfertigungsgrund darstellt, die gesetzlich vorgesehene Möglichkeit der Aufhebung auszuschließen. Rechtliche Schwierigkeiten treten ohnehin nur auf, wenn der Entflechtungstreuhänder bereits verfügt hat. Sie können nach allgemeinen Prinzipien gelöst werden. Hierbei ist zu differenzieren: wird der Beleihungsakt mit Wirkung für die Zukunft zurückgenommen oder widerrufen, dann bleiben die Verfügungen wirksam. Wird der Beleihungsakt mit Wirkung für die Vergangenheit zurückgenommen (ein Widerruf mit Wirkung für die Vergangenheit ist nicht möglich, § 49 II BVwVfG), dann ist die Rechtslage vergleichbar mit der, dass sich erst im Nachhinein das Fehlen der Geschäftsfähigkeit des Entflechtungstreuhänders herausstellt: Verfügungen sind von Anfang an unwirksam. Gutgläubiger Erwerb kommt nicht in Betracht, da es keine Norm gibt, welche den guten Glauben an den Bestand der Rechtsmacht schützt.³⁴⁸ Die Rückabwicklung erfolgt aufgrund allgemeiner Vorschriften, z.B. § 985 BGB.

XI. Beantragung der Aufhebung

Wenn der Entflechtungstreuhänder die Aufhebung der Rechtsmacht beantragt, dann hat das BKartA dem nach bisheriger Ansicht keine Folge zu leisten, da der Entflechtungstreuhänder vertraglich gebunden ist. Im Fall der Rechtseinkaufung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrages gilt nach vorliegend ver-

³⁴⁶ So BVerwG: Urt. v. 12.8.1977, Az. IV C 20.76, BVerwGE 54, 257 (257, 262) für den Fall der Bodenverkehrsgenehmigung; Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 11 Rn. 33 a.E. = S. 297; Meyer, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 48 Rn. 111; Erichsen: Die Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung, Jura 1981, S. 534ff. (541); Manssen: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, 1994, zugl.: Habil., Univ. Regensburg 1993, S. 296; Zacharias: Rücknahme und Widerruf von Vertragsgenehmigungen, NVwZ 2002, S. 1306ff. (1307); grundlegend Steiner: Bindungswirkung und Bestandskraft, DVBl 1970, S. 34ff. (37f.).

³⁴⁷ So Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 11 Rn. 33 a.E. = S. 297.

³⁴⁸ Siehe S. 66.

treter Ansicht dasselbe.³⁴⁹ Insbesondere steht dem Entflechtungstreuhänder in letzterem Fall kein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Aufhebung des öffentlich-rechtlichen Vertrages zu, da die §§ 48f. BVwVfG mangels Vorliegens eines Verwaltungsaktes nicht anwendbar sind.

Der Entflechtungstreuhänder kann nach vorliegend vertretener Ansicht im Fall der Rechtseinräumung durch Verwaltungsakt auf Zustimmung beantragen, das Verfahren wieder aufzugreifen, mit dem Ziel, den rechtseinräumenden Verwaltungsakt aufzuheben (zurückzunehmen oder zu widerrufen). Ein Wiederaufgreifen im engeren Sinne ist gegeben, wenn die Voraussetzungen des § 51 BVwVfG erfüllt sind. In diesem Fall muss das BKartA das Verfahren wieder aufgreifen. Aber auch außerhalb des § 51 BVwVfG kann der Entflechtungstreuhänder das Wiederaufgreifen des Verfahrens beantragen (Wiederaufgreifen im weiteren Sinne).³⁵⁰ Sowohl die Einleitung des Verfahrens (§ 22 S. 1 BVwVfG) als auch die Entscheidung über die Aufhebung des Verwaltungsaktes auf Zustimmung liegen im Ermessen des BKartA.³⁵¹ Dem entspricht ein Anspruch des Einzelnen auf ermessensfehlerfreie Entscheidung,³⁵² da die §§ 48f. BVwVfG drittschützend sind und auch im Interesse des Einzelnen bestehen. Zwar sehen die §§ 48f. BVwVfG nicht ausdrücklich vor, dass Betroffene einen Antrag auf Wiederaufgreifen stellen dürfen. Richtigerweise ist

³⁴⁹ Beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages tritt eine Bindungswirkung ein, so statt aller Bonk, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 54 Rn. 82. Wenn von Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 50 = S. 522 und Stuibler-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 97 vertreten wird, der Beliehene könne die Entlassung beantragen, gilt dies nicht im Fall der Beleihung mittels öffentlich-rechtlichen Vertrags. Ein Antragsrecht besteht nur bei Beleihung mittels Verwaltungsaktes (hierzu im Folgenden S. 95).

³⁵⁰ § 51 BVwVfG ist keine abschließende Spezialregelung. Nach § 51 V BVwVfG „[bleiben] die Vorschriften des § 48 Abs. 1 Satz 1 und des § 49 Abs. 1 [...] unberührt.“

³⁵¹ So allgemein für Verwaltungsakte Erichsen / Ebber: Wiederaufgreifen, Jura 1997, S. 424ff. (432f.); Gosch: Wiederaufgreifen, JA 1976, S. 681ff. (681).

³⁵² Heute h.M., BVerwG: Urt. v. 30.1.1974, Az. VIII C 20.72, BVerwGE 44, 333 (333); BVerfG: Beschl. v. 17.12.1969, Az. 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297 (305ff.); BGH: Urt. v. 13.7.1972, Az. IX ZR 138/72, DÖV 1973, 92 (92f.); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 11 Rn. 63 = S. 322; Maurer: Wiederaufgreifen, JuS 1976, S. 25ff. (27, 29); Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 51 Rn. 15; Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrenrecht, 4. Aufl., 1995, § 65 Rn. 8 = S. 705f. Die a.A. argumentiert, die zeitliche Begrenzung der Anfechtbarkeit von Verwaltungsakten nach §§ 70, 74 I VwGO werde unterlaufen, so statt vieler Bundesregierung: Begr. VwVfG, BTDrucks 7/910, zu § 44 I = S. 69; ausführlich zu Bestandskraft und Ermessen beim Wiederaufgreifen Bastian: Ermessen zum Wiederaufgreifen, Diss., Univ. Hamburg 1985.

dennoch ein Antragsrecht gegeben, da die §§ 48f. BVwVfG ein solches nicht ausschließen.³⁵³ Wenn der Entflechtungstreuhänder die Aufhebung der Rechtsmacht beantragt, dann ist das Ermessen des BKartA dadurch eingeschränkt, dass es dem Entflechtungstreuhänder mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage gegen seinen Willen keine hoheitliche Rechtsmacht einräumen darf.³⁵⁴

³⁵³ So Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 229ff. (§ 20 Rn. 7 = S. 381); noch weiter gehend von Antragspflicht sprechend Sachs, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 51 Rn. 17.

³⁵⁴ Siehe hierzu ausführlich ab S. 75.

2. Teil. Das Handeln des Entflechtungstreuhänders

A. Bisherige Ansicht

I. Kein originärer Eigentumserwerb

Eine hoheitliche Eigentumszuweisung der Unternehmensteile durch den Entflechtungstreuhänder an einen Erwerber mit der Folge eines originären Eigentumserwerbs kommt nach bisheriger Ansicht nicht in Betracht, da sich eine solche nicht mit der Prämisse der Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders vereinbaren lässt.

II. Kein öffentlich-rechtlicher Vertrag

Der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen Entflechtungstreuhänder und Erwerber kommt mangels öffentlich-rechtlichen Vertragsgegenstandes nicht in Betracht, da die Vertragserfüllung nach bisheriger Ansicht zivilrechtlich erfolgt (z.B. nach § 929 BGB).

III. Kein Handeln im eigenen Namen

Das Handeln des Entflechtungstreuhänders lässt sich nicht dadurch erklären, dass er im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen sich Verträge schließt und erfüllt. Er ist nicht Inhaber der Rechte an den Unternehmensteilen, da ihm diese nicht übertragen werden. Zwar spricht der Wortlaut des § 41 IV Nr. 3 GWB („Treuhänder“) für ein echtes Treuhandverhältnis und damit für eine volle Rechtsinhaberschaft, dennoch liegt ein solches nicht vor. Der Begriff des Treuhänders ist gesetzlich nicht definiert und es besteht auch keine exakte Übereinstimmung, wodurch ein Treuhandverhältnis genau gekennzeichnet ist. Doch haben sich im Laufe der Zeit Kriterien herausgebildet, wann ein echtes Treuhandverhältnis vorliegt und wann nicht. Die Anwendung dieser Kriterien führt auch nach dem weitesten aller vertretenen Treuhandbegriffe nicht dazu, dass der Entflechtungstreuhänder ein echter Treuhänder ist. Gegen eine echte Treuhand spricht zunächst, dass der Begriff des Treuhänders vom Gesetzgeber in § 41 IV

Nr. 3 GWB, wie auch in anderen Fällen,³⁵⁵ in einem untechnischen Sinn verwandt wird.

Folgt man einem engen Treuhandbegriff, so ist der Entflechtungstreuhänder kein echter Treuhänder. Nach diesem engen Treuhandbegriff, und damit nach allen vertretenen Ansichten, ist ein echtes Treuhandverhältnis jedenfalls dann gegeben, wenn der Treugeber aus seinem Vermögen dem Treuhänder das Treugut zu eigenem Recht überträgt mit der Bestimmung, die übertragene Rechtsmacht nur gemäß dem Treuhandvertrag auszuüben.³⁵⁶ Dem Entflechtungstreuhänder wird aber weder das Vollrecht übertragen,³⁵⁷ noch räumen ihm die Entflechtungspflichtigen Verfügungsbefugnis ein.

Auch nach einem weiter gefassten Treuhandbegriff liegt keine echte Treuhand vor. Nach diesem weiter gefassten Treuhandbegriff liegt eine echte Treuhand nicht nur bei der Übertragung des Vollrechts, sondern auch bei der Übertragung von Verfügungsbefugnissen vor (Ermächtigungstreuhand).³⁵⁸ Hierfür spricht,

³⁵⁵ Der Begriff der Treuhand bzw. des Treuhänders wird oft in einem untechnischen Sinn verwandt, so Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 164 Rn. 49 unter Hinweis auf §§ 29ff. HypBG, §§ 70ff., 172, 178g VAG. Auch bei § 847a I ZPO handelt es sich um solch einen Fall. Gegen eine Treuhänderstellung des „custodian“ Michael: Öffentliche Treuhand, 1948, S. 14f. In solchen Fällen handelt es sich um eine unechte Treuhand, eine Vollmachtstreuhand oder ganz allgemein um die Wahrnehmung fremder Interessen, so Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 164 Rn. 49. In diesem Sinne ist auch die gelegentlich anzutreffende Aussage zu verstehen, der Insolvenzverwalter sei ein gesetzlicher Treuhänder, so Kämmerer: Die Rechtsstellung der Vermögensverwalter, JR 1970, S. 328ff. (331); Serick: Insolvenzrechtliche Fragen bei der Sicherungstreuhand, KTS 1970, S. 89ff. (104).

³⁵⁶ So RG: Urt. v. 19.2.1914, Az. VII 448/13, RGZ 84, 214 (217); RG: Urt. v. 10.10.1917, Az. V 159/17, RGZ 91, 12 (16); RG: Urt. v. 6.3.1930, Az. VI 296/29, RGZ 127, 341 (344); RG: Urt. v. 9.6.1931, Az. VII 501/30, RGZ 133, 84 (87); BGH: Urt. v. 30.10.1959, Az. IV ZR 69/59, WM 1960, 325 (326); BGH: Urt. v. 25.11.1964, Az. V ZR 144/62, WM 1965, 173 (174); BGH: Urt. v. 9.2.1972, Az. VIII ZR 128/70, WM 1972, 383 (384); BGH: Urt. v. 19.11.1992, Az. IX ZR 45/92, DNotZ 1993, 384 (385); Henssler: Treuhandgeschäft, AcP 1996, S. 37ff. (41f.); Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 6 Rn. 17 = S. 164f.; Ertel: Treuhänder und Treuhandgesellschaften, 1925, S. 14f.

³⁵⁷ Die Entflechtungspflichtigen bleiben Rechtsinhaber, so (allgemein für Treuhänder kraft gesetzlicher Ermächtigung) Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 46.

³⁵⁸ Für Ermächtigungstreuhand Schilken, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 164-240, 2001, Vorbem. zu §§ 164ff. Rn. 48; Steffen, in: BGB-RGRK, Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.], Bd. §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, vor § 164 Rn. 26; Wolf: BGB-AT, 9. Aufl., 2004, § 46 Rn. 68 = S. 847; Coing: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 183; Siebert: Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, 1933, S. 22, 253ff.; wohl auch Schramm, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, vor § 164 Rn. 38; a.A., da die Ermächtigung von einer fiduziarischen Übertragung unterscheidend, wohl RG: Urt. v. 4.11.1927, Az. II 135/27, RGZ 118, 330 (332); RG: Urt. v. 7.7.1931, Az. II 447/30, RGZ 133, 234 (241).

dass es in der Sache keinen Unterschied macht, ob das Vollrecht oder lediglich ein Ausschnitt übertragen wird. Der Entflechtungstreuhänder ist zwar Verfügungsbefugter, doch haben die Entflechtungspflichtigen ihm die Verfügungsbefugnis nicht übertragen, so dass keine Übertragung (eines Vollrechts oder eines Ausschnitts) vorliegt.

Selbst wenn man dem am weitesten gefassten Treuhandbegriff folgt, so liegt dennoch keine echte Treuhand vor. Nach dem am weitest gefassten Begriff der echten Treuhand kommt es nicht darauf an, ob und auf welche Art und Weise Rechte oder Ausschnitte von Rechten übertragen wurden. Entscheidend ist vielmehr, dass dem Treunehmer im Innenverhältnis zum Treugeber Rechtsmacht eingeräumt ist mit der Bestimmung, diese nur gemäß dem Treuhandvertrag auszuüben.³⁵⁹ Zwar erlangt der Entflechtungstreuhänder auf nicht unmittelbare Art und Weise Verfügungsbefugnis, doch gibt es zwischen Entflechtungstreuhänder und Entflechtungspflichtigen keinen, wie auch immer gearteten, Treuhandvertrag. Der Entflechtungstreuhänder ist nicht an Weisungen der Entflechtungspflichtigen gebunden. Er ist in der Verfolgung seiner Aufgaben von den Entflechtungspflichtigen unabhängig. In erster Linie hat er das Interesse des BKartA an der Herbeiführung der Entflechtung zu verfolgen. Dieses ist dem Interesse der Entflechtungspflichtigen an der Beibehaltung der Verflechtung diametral entgegengesetzt.

³⁵⁹ So RG: Urt. v. 19.2.1914, Az. VII 448/13, RGZ 84, 214 (217); RG: Urt. v. 10.10.1917, Az. V 159/17, RGZ 91, 12 (16); RG: Urt. v. 6.3.1930, Az. VI 296/29, RGZ 127, 341 (344); RG: Urt. v. 9.6.1931, Az. VII 501/30, RGZ 133, 84 (87); BGH: Urt. v. 30.10.1959, Az. IV ZR 69/59, WM 1960, 325 (326); BGH: Urt. v. 25.11.1964, Az. V ZR 144/62, WM 1965, 173 (174); BGH: Urt. v. 9.2.1972, Az. VIII ZR 128/70, WM 1972, 383 (384); BGH: Urt. v. 19.11.1992, Az. IX ZR 45/92, DNotZ 1993, 384 (385); Henssler: Treuhandgeschäft, AcP 1996, S. 37ff. (41f.); Eden: Treuhandenschaft an Unternehmen, 2. Aufl., 1989, S. 22f.; Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 164 Rn. 52; Grundmann: Der Treuhandvertrag, 1997, zugl.: Habil., Univ. München 1994/95, S. 541.

IV. Kein Vertreter / Organ der Masse

Die heute nicht mehr vertretene Organtheorie ist abzulehnen. Nach ihr ist der Insolvenzverwalter Vertreter oder Organ der Insolvenzmasse.³⁶⁰ Gegen sie spricht, dass die Insolvenzmasse nicht Rechtssubjekt, sondern Rechtsobjekt ist.

V. Kein neutrales Handeln

Nicht überzeugend und daher abzulehnen ist die Theorie des neutralen Handelns. Nach dieser handelt der Insolvenzverwalter weder im eigenen noch im fremden Namen, sondern objektbezogen, so dass es offen bleiben kann, wer Rechtsträger ist.³⁶¹ Gegen sie spricht, dass es der Rechtsklarheit und damit der Rechtssicherheit dient, die Insolvenzmasse einem Rechtsträger zuzuordnen.

VI. Kein Vertreter des BKartA

Nach der heute nicht mehr vertretenen Gläubigervertretertheorie ist der Insolvenzverwalter Vertreter der Gläubiger.³⁶² Zwar wird das Insolvenzverfahren im Interesse der Gläubiger durchgeführt, doch spricht gegen die Gläubigervertretertheorie entscheidend, dass der Insolvenzverwalter auch die Interessen anderer Verfahrensbeteiligter (insbesondere des Insolvenzschuldners) sowie Dritter zu achten und zu schützen hat. Gegen die Anwendung der Gläubigervertretertheorie auf den Entflechtungstreuhänder spricht weiter, dass es in der Entflechtung keinen Gläubiger gibt, sondern lediglich das BKartA als Behörde.

VII. Kein Vertreter der Entflechtungspflichtigen

Nach der abzulehnenden Schuldnervertretertheorie ist der Insolvenzverwalter gesetzlicher Vertreter des Insolvenzschuldners, wobei die Vertretungsmacht

³⁶⁰ Die insolvenzrechtliche Diskussion wird wiedergegeben, weil diese auf wissenschaftlich hohem Niveau geführt wird. Die Theorien erschöpfend dargestellt haben Uhlenbruck, in: KO, Mentzel [Begr.], 11. Aufl., 1994, § 6 Rn. 17 und Henckel, in: KO, Jaeger [Begr.], Bd. §§ 1-42, 9. Aufl., 1997, § 6 Rn. 5ff., wobei jeweils umfangreiche Rechtsprechungs- und Literaturnachweise zu den einzelnen Theorien gegeben sind. Hier genügt eine übersichtsartige Darstellung, weil die Anwendung der Amtstheorie, wenn man bisheriger Ansicht folgt, unstrittig sein dürfte.

³⁶¹ Siehe S. 100 Fn 360.

³⁶² Siehe S. 100 Fn 360.

gegenständlich auf die Insolvenzmasse beschränkt ist.³⁶³ Zwar kann sie die Handlungen des Insolvenzverwalters zwanglos erklären, doch hat der Insolvenzverwalter nicht nur die Interessen des Insolvenzschuldner zu vertreten, sondern er ist auch anderen Verfahrensbeteiligten verantwortlich, beispielsweise den Vollstreckungsgläubigern.

VIII. Partei kraft Amtes (Amtstheorie)

Nach bisheriger Ansicht handelt der Entflechtungstreuhänder als Partei kraft Amtes.³⁶⁴ Er schließt mit dem Erwerber von Unternehmensteilen einen privatrechtlichen Vertrag, welcher aufgrund zivilrechtlicher Vorschriften erfüllt wird. Solange die Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB andauert, kann ein Erwerber (zwar nicht die Entflechtungspflichtigen, wohl aber) den Entflechtungstreuhänder in Anspruch nehmen wegen Ansprüchen, die sich auf die Entflechtung beziehen.³⁶⁵

Die Amtstheorie³⁶⁶ ist dogmatisch überzeugend, hat sich in Rechtsprechung und Literatur durchgesetzt und führt zu den richtigen Ergebnissen. Nach ihr handelt der Insolvenzverwalter im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen den Gemeinschuldner. Im Prozess ist er selbst Partei, und zwar Partei kraft Amtes. Die massezugehörigen Rechte bilden in der Hand des Insolvenzverwalters ein zweckgebundenes Sondervermögen. Die Rechtsträgerschaft wird von der Verfügungsbefugnis funktionell getrennt. Im Insolvenzverfahren verliert der Schuldner mit der Verfügungsbefugnis auch die Prozessführungsbefugnis. Ein Urteil wirkt gegen den Insolvenzverwalter als Partei kraft Amtes, weil er ohne Zustimmung der Partei über das für ihn fremde Recht verfügen kann. Er

³⁶³ Siehe S. 100 Fn 360.

³⁶⁴ So durch das Abstellen auf die Vergleichbarkeit der rechtlichen Stellung des Entflechtungstreuhänders mit derjenigen des Insolvenzverwalters i.Erg. Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 42 Rn. 58; Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 15; Bechtold / Kleinmann, in: Fusionskontrolle, Kleinmann / Bechtold [Hrsg.], 1977, § 24 Rn. 315; Bosch, in: GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24.

³⁶⁵ Siehe zu diesen Ansprüchen S. 173.

³⁶⁶ Siehe wegen Nachweisen zur Amtstheorie im Insolvenzrecht S. 100 Fn 360.

prozessiert kraft amtlicher Verfügungsgewalt. Seine Legitimation ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz.

B. Eigene Ansicht

I. Kein originärer Eigentumserwerb

Ein Erwerber erwirbt das Eigentum nicht originär, weil der Entflechtungstreuhänder das Eigentum an den Unternehmensteilen³⁶⁷ nicht hoheitlich zuweist.

1. Argumente für originären Eigentumserwerb

a. Parallele zum Zwangsvollstreckungsrecht

Für hoheitliche Eigentumszuweisung und damit verbundenen originären Eigentumserwerb spricht die Parallele zum Zwangsvollstreckungsrecht. Dort ist es so, dass der Gerichtsvollzieher nicht nur hoheitliche Rechtsmacht innehat,³⁶⁸ sondern diese auch hoheitlich ausübt,³⁶⁹ indem er das Eigentum hoheitlich zuweist, welches der Erwerber originär erwirbt. Der Gerichtsvollzieher wird, wie auch der Entflechtungstreuhänder, im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens tätig. Wie der Entflechtungstreuhänder nach vorliegend vertretener Ansicht, so übt auch der Gerichtsvollzieher hoheitliche Rechtsmacht aus. Der Gerichtsvollzieher übt nicht etwa private Rechtsmacht aus, etwa aufgrund eines privatrechtlichen Vollstreckungsauftrags des Vollstreckungsgläubigers.

³⁶⁷ Siehe zur Wahl dieses Begriffs S. 10 Fn 37.

³⁶⁸ Für die Hoheitlichkeit der Rechtsstellung des Gerichtsvollziehers RG: Beschl. v. 2.6.1913, Az. III 13/12, RGZ 82, 85 (86ff.) und seither st. Rspr., RG: Urt. v. 4.5.1917, Az. III 27/17, RGZ 90, 193 (194); RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398); RG: Urt. v. 17.8.1939, Az. V 49/39, RGZ 161, 109 (111); BGH: Urt. v. 18.1.1985, Az. V ZR 233/83, BGHZ 93, 287 (298); BGH: Urt. v. 2.7.1992, Az. IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75 (78); Kissel, in: GVG, Kissel [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 154 Rn. 15, 22f.; Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 25; Stein: Zivilprozessrecht, 1921, S. 264f.; Gaul: Allgemeine Lehren, in: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., 1997, S. 1ff. (421); Münzberg, in: ZPO, Stein / Jonas [Hrsg.], Bd. 7, 22. Aufl., 2002, § 817 Rn. 4; Brox / Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rn. 12 = S. 10f.; Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 105f.; Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 753 Rn. 3; Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, S. 39f.; Bloemeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, S. 14; Paulus: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 570 = S. 265; Grunsky: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 5. Aufl., 1996, Rn. 100 = S. 49; Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 12 = S. 5; Lackmann, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 753 Rn. 3.

³⁶⁹ Für die Hoheitlichkeit der Ausübung der Rechtsmacht die Leitentscheidung des RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398) und seither st. Rspr., siehe die zeitlich nachfolgenden Entscheidungen S. 103 Fn 368 sowie die dort zitierten Fundstellen in der Literatur.

b. Einheitliche Betrachtungsweise

Für originären Eigentumserwerb spricht das Argument der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht der Gebotenheit einer einheitlichen Betrachtungsweise. Es ist inkonsequent, einerseits von der Hoheitlichkeit der Rechtsmacht auszugehen, andererseits aber deren Ausübung als privatrechtlich zu qualifizieren. Aus der Hoheitlichkeit der Rechtsmacht ergibt sich bei konsequenter Betrachtungsweise vielmehr, dass deren Ausübung ebenfalls als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren ist.

c. Verhältnis zu Vollstreckungsschuldner und Dritten

Da der Vollstreckungsschuldner (und nach h.M. auch ein Dritter) nicht mehr Eigentümer ist, wenn der Gerichtsvollzieher das Eigentum hoheitlich zugewiesen hat, stellt sich die hoheitliche Eigentumszuweisung ihm gegenüber als Grundrechtseingriff dar, welcher nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen der Rechtfertigung bedarf. Ein formelles Gesetz lässt sich zwar nicht finden, doch ist im Ergebnis davon auszugehen, dass die Verstrickung als Ermächtigungsgrundlage für Verwertungshandlungen des Gerichtsvollziehers richterrechtlich festgeschrieben ist, wobei die Herausarbeitung der Ermächtigungsgrundlage freilich dadurch erschwert wird, dass die h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht den an sich zutreffenden Begriff der Ermächtigungsgrundlage nicht verwendet.

Unstreitig ist, dass ein privates Pfändungspfandrecht des Vollstreckungsgläubigers nicht Grundlage einer öffentlich-rechtlichen Zwangsvollstreckung sein kann.³⁷⁰ Teilweise wird vertreten, der Gerichtsvollzieher nehme die Über-

³⁷⁰ Unstreitig seit der Leitentscheidung des RG: Beschl. v. 2.6.1913, Az. III 13/12, RGZ 82, 85 (86ff.). Im Anschluss hieran RG: Urt. v. 4.5.1917, Az. III 27/17, RGZ 90, 193 (194); Busch / Kranz, in: ZPO, Sydow [Begr.], 18. Aufl., 1925, § 166 Rn. 4, § 753 Rn. 3 jeweils für den Fall der Staatshaftung; Jonas, in: ZPO, Gaupp [Begr.], Bd. II, 15. Aufl., 1934, § 753 Rn. I spricht vom Gerichtsvollzieher als einem öffentlichen Beamten, der als solcher die Zwangsgewalt des Staates ausübt; Goldschmidt: Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1932, § 95 Nr. 3 = S. 352 spricht vom Gerichtsvollzieher als Staatsorgan. Weitere Rechtsprechungsnachweise S. 103 Fn 368.

tragung kraft obrigkeitlicher Gewalt vor.³⁷¹ Hiergegen spricht jedoch, dass obrigkeitliche Gewalt als solche keine Rechtfertigung darstellt, sondern im Gegenteil den Eingriff. Weiter wurde (und wird vereinzelt noch heute) vertreten, Ermächtigungsgrundlage sei die Pfändung.³⁷² Hiergegen spricht jedoch, dass die Pfändung als solche noch kein Verwertungsrecht begründet. Nach der heute herrschenden Ansicht ist die Verstrickung die Ermächtigungsgrundlage. Trotz unterschiedlicher Formulierungen ist in der Sache wohl dasselbe gemeint, wenn vertreten wird, als Grundlage der Verwertung müsse die Verstrickung bestehen³⁷³ bzw. die durch die Verstrickung bewirkte staatliche Beschlagnahme sei die rechtliche Voraussetzung für alle weiteren Vollstreckungsakte³⁷⁴ bzw. die Verstrickung sei Voraussetzung des Pfändungspfandrechtes³⁷⁵ bzw. der Eigentumserwerb trete nicht ein, wenn es an der Verstrickung fehle³⁷⁶ bzw. diese nicht fortbestehe.³⁷⁷

³⁷¹ So Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 49 V = S. 206; Mohrbutter: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., 1974, S. 232.

³⁷² Die Verwertung geschehe „auf Grund des Rechts und der Pflicht der Rechtsordnung, dem Gläubiger [...] das Geld, das er von dem Schuldner verlangen kann, durch Verwertung der durch die Pfändung und Verstrickung der Vollstreckung zugeführten Sache zu verschaffen. Nicht das Pfandrecht, sondern die Pfändung ist Grundlage der Verwertung“, so RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398); Für die Pfändung als Grundlage der Verwertung bereits Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 56; sogar noch Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 375. Durch die Pfändung werde das Verwertungsrecht des Staates begründet, so Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 49 IV = S. 205. Vgl. Wortlaut des § 806 ZPO: „Wird ein Gegenstand auf Grund der Pfändung veräußert [...]“.

³⁷³ So Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 817 Rn. 9.

³⁷⁴ So Brox / Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rn. 412 = S. 256.

³⁷⁵ So Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 351.

³⁷⁶ So Schmidt-von Rhein, in: ZPO, Wassermann [Hrsg.], 1987, § 817 Rn. 6.

³⁷⁷ So Zimmermann, in: ZPO, Zimmermann [Hrsg.], 6. Aufl., 2002, § 817 Rn. 4; Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 185 = S. 69f.; Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 817 Rn. 4.

Nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht wird der Eigentumserwerb nicht dadurch gehindert, dass die Sache im Eigentum eines Dritten stand.³⁷⁸ Der Gläubiger habe ein Interesse an einer effektiven Zwangsvollstreckung. Der Eigentumserwerb erfolge nicht kraft Rechtsgeschäfts, sondern kraft Hoheitsaktes. Der Gerichtsvollzieher habe keine Prüfungskompetenz im Hinblick auf die materiellrechtliche Eigentumslage der Sachen, die der Schuldner besitzt. Ein Erwerber müsse sich auf die Wirksamkeit des staatlichen Vollstreckungsverfahrens verlassen können. Dritte könnten sich mittels § 771 ZPO zur Wehr setzen.

d. Verhältnis zum Erwerber

aa. Öffentlich-rechtlicher Vertrag als Rechtsgrund

Der von der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht geforderte Rechtsgrund im Verhältnis zum Erwerber wird zumeist in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag

³⁷⁸ So RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398); BGH: Urt. v. 2.7.1992, Az. IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75 (78); Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 817 Rn. 8; Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, S. 71; Schilken: Durchführung der Zwangsvollstreckung, in: Zwangsvollstreckungsrecht, 1997, S. 753ff. (820); Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 350; Brox / Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rn. 411 = S. 255f; Prütting / Stickelbrock: Zwangsvollstreckungsrecht, 2002, S. 118; Lindacher: Wirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs, JZ 1970, S. 360ff. (361).

gesehen³⁷⁹ (freilich durchgehend, ohne sich über das Schriftformerfordernis³⁸⁰ Gedanken zu machen). Gegen einen mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt³⁸¹ spricht, dass eine Einigung mit dem Erwerber erzielt werden muss.

bb. Originärer Eigentumserwerb

Nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht erwirbt der Erwerber das Eigentum originär. Im Hinblick darauf, wie genau sich der Eigentumsübergang auf Grund des öffentlich-rechtlichen Vertrages rechtlich darstellt, werden scheinbar mannigfaltige Varianten vertreten, die in der Sache jedoch auf dasselbe hinaus laufen. Im Wesentlichen wird originärer sowie abgeleiteter Eigentumserwerb vertreten, wobei letztere Ansicht das Eigentum nicht vom Vollstreckungsschuldner, sondern vom Staat ableitet, so dass (und das ist das

³⁷⁹ Es komme ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zustande, so Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, S. 84; Mohrbutter: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts, 2. Aufl., 1974, S. 231 bzw. es komme ein kaufähnlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag zustande, so Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 375; Prütting / Stichelbrock: Zwangsvollstreckungsrecht, 2002, S. 118 bzw. es komme ein kaufrechtsähnlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Staat und Ersteher zustande, so Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 49 IV = S. 205; Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 183 = S. 69 bzw. durch den Zuschlag komme ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen Staat, vertreten durch den Gerichtsvollzieher, und Ersteher zustande, so Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 817 Rn. 5; Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 817 Rn. 2; Walker, in: ZPO, Schuschke / Walker [Hrsg.], Bd. I, 3. Aufl., 2002, § 817 Rn. 6 bzw. es komme ein kaufähnlicher öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Land, vertreten durch den Gerichtsvollzieher, und dem Ersteher zustande, so Zimmermann, in: ZPO, Zimmermann [Hrsg.], 6. Aufl., 2002, § 817 Rn. 2 bzw. der Ersteher erwerbe einen gegen den Staat gerichteten öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums, so Lüke: Versteigerung der gepfändeten Sache, ZZP 1955, S. 341ff. (354) bzw. es komme ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Gerichtsvollzieher als Organ des Staates, in mittelbarer Stellvertretung von Schuldner und Gläubiger handelnd, und dem Ersteher zustande, so Peters: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 156 bzw. die Form des öffentlichen Vertrages passe durchaus, so Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 817 Rn. 5.

³⁸⁰ Eine öffentliche Versteigerung wird kaum jemals die von § 57 am Anf. BVwVfG geforderte Schriftform für öffentlich-rechtliche Verträge erfüllen. Für die vorliegende Untersuchung mag die Zugrundelegung der h.M. zum Zwangsvollstreckungsrecht, wonach der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages möglich ist, genügen, da jedenfalls im Vertrag mit dem Erwerber von Unternehmensteilen das Schriftformerfordernis des § 57 am Anf. BVwVfG gewahrt werden kann.

³⁸¹ So Lüke: Übereignung der gepfändeten Sache, ZZP 1954, S. 356ff. (369). Diese Ansicht wird aus der Erwägung hergeleitet, dass sich niemand eine Rechtsposition aufdrängen lassen muss, die er nicht haben will. Lüke stellt sodann fest, dass bereits die Abgabe des Gebotes die Zustimmung des Erwerbers darstellt. Wenn der öffentlich-rechtliche Vertrag z.Zt. des von Lüke geschriebenen Aufsatzes bereits eine gängige Handlungsform gewesen wäre, dann hätte Lüke mit demselben Argument vermutlich ebenfalls einen öffentlich-rechtlichen Vertrag favorisiert. Tatsächlich vertritt er, der Ersteher erwerbe einen gegen den Staat gerichteten öffentlich-rechtlichen Anspruch auf Verschaffung des Eigentums, so Lüke: Versteigerung der gepfändeten Sache, ZZP 1955, S. 341ff. (354).

entscheidende) nach allen Ansichten ein abgeleiteter Erwerb vom Vollstreckungsschuldner ausscheidet. Die Variante des originären Eigentumserwerbs ist vorzugswürdig, weil abgeleiteter Eigentumserwerb vom Staat schon deshalb nicht in Betracht kommt, weil der Staat weder Eigentümer war, noch jemals, sei es etwa durch Beschlagnahme oder Verstrickung, Eigentümer geworden ist.

In der Praxis des Zwangsvollstreckungsrechts ist die dogmatische Konstruktion wenig bedeutsam, da wegen des gesetzlich verankerten Gewährleistungsausschlusses in § 806 ZPO mit jedem Ansatz im Wesentlichen brauchbare Ergebnisse erzielt werden. Probleme ergeben sich praktisch nur dann, wenn Dritte Eigentümer waren.

Am häufigsten wird eine Eigentumszuweisung durch den Gerichtsvollzieher vertreten.³⁸² Die Rechtsprechung vertritt, die Eigentumsübertragung erfolge durch die unmittelbare Besitzübergabe, durch welche die tatsächliche Gewalt über die Sache verschafft werde, nicht anders als in § 929 BGB³⁸³ bzw., der Übergang des Besitzes führe zum Übergang des Eigentums.³⁸⁴ Im Anschluss hieran wird weithin vertreten, die Übereignung erfolge durch eine mit Übereignungswillen verbundene reale Übergabe, ähnlich der Besitzübertragung nach § 929 BGB³⁸⁵ bzw. durch die Übertragung des Besitzes werde das Eigentum übertragen³⁸⁶ bzw. der Eigentumsübergang erfolge kraft Gesetzes mit der Besitzübertragung.³⁸⁷ Weiterhin wird vertreten, der Erwerb des Eigentums erfolge auf-

³⁸² So Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 825 Rn. 3; Walker, in: ZPO, Schuschke / Walker [Hrsg.], Bd. I, 3. Aufl., 2002, § 817 Rn. 7; Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 49 V = S. 206.

³⁸³ So die diesbezügliche Leitentscheidung RG: Urt. v. 15.12.1936, Az. III 88/36, RGZ 153, 257 (261).

³⁸⁴ So RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (397).

³⁸⁵ So Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 817 Rn. 7; Münzberg, in: ZPO, Stein / Jonas [Hrsg.], Bd. 7, 22. Aufl., 2002, § 817 Rn. 21; Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 817 Rn. 8; Peters: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 157.

³⁸⁶ So Brox / Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rn. 411 = S. 254.

³⁸⁷ So Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 817 Rn. 4.

grund staatlichen Hoheitsaktes³⁸⁸ bzw. durch die Übertragung des unmittelbaren Besitzes werde das Eigentum originär auf den Erwerber übertragen³⁸⁹ bzw. die Eigentumsübertragung erfolge durch staatlichen Hoheitsakt³⁹⁰ bzw. durch Staatsakt³⁹¹ bzw. durch eigentumsübertragenden, d.h. privatrechtsgestaltenden Staatsakt³⁹² bzw. durch privatrechtsgestaltenden Hoheitsakt³⁹³ bzw., der Gerichtsvollzieher übertrage die Sache zu Eigentum.³⁹⁴ In der Sache ist wohl dasselbe gemeint. Der Erwerber sei nicht Rechtsnachfolger des früheren Eigentümers.³⁹⁵ Nach weiteren Ansichten wird zwischen Gerichtsvollzieher und Erwerber ein öffentlich-rechtlicher Übereignungsvertrag geschlossen³⁹⁶ bzw. es wird ein öffentlich-rechtlicher dinglicher Vertrag geschlossen.³⁹⁷

Wenn man keinen öffentlich-rechtlichen Übereignungsvertrag annimmt, so bleibt die Möglichkeit, das Vorliegen eines Verwaltungsaktes zu bejahen.³⁹⁸

³⁸⁸ So Baur / Stürner: Zwangsvollstreckungsrecht, 1996, S. 375; Zimmermann, in: ZPO, Zimmermann [Hrsg.], 6. Aufl., 2002, § 817 Rn. 3; BGH: Urt. v. 2.7.1992, Az. IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75 (78).

³⁸⁹ So Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 184 = S. 69. Diese Ansicht ist abzulehnen, da entweder originärer oder abgeleiteter Eigentumserwerb vorliegt, nicht beides zugleich.

³⁹⁰ So Brox / Walker: Zwangsvollstreckungsrecht, 7. Aufl., 2003, Rn. 411 = S. 255; Lüke: Versteigerung der gepfändeten Sache, ZZZ 1955, S. 341ff. (354).

³⁹¹ So Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 49 V = S. 206.

³⁹² So Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 21. Aufl., 1999, S. 84; Peters: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 72f.; Schmidt-von Rhein, in: ZPO, Wassermann [Hrsg.], 1987, § 817 Rn. 4.

³⁹³ So Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht, 6. Aufl., 2003, Rn. 184 = S. 69.

³⁹⁴ So Münzberg, in: ZPO, Stein / Jonas [Hrsg.], Bd. 7, 22. Aufl., 2002, § 817 Rn. 21; Jonas, in: ZPO, Gaupp [Begr.], Bd. II, 15. Aufl., 1934, § 817 Rn. IV.

³⁹⁵ So Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 817 Rn. 10; Schmidt-von Rhein, in: ZPO, Wassermann [Hrsg.], 1987, § 817 Rn. 4. Gleichwohl sollen die Vorschriften über die Rechtsnachfolge anwendbar sein, so Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 77: „Ob [...] originärer oder derivativer Erwerb [...], ist eine wohl nicht korrekt gestellte Frage [...]“. Stein ist zuzugeben, dass die Frage aufgrund des gesetzlich vorgesehenen Gewährleistungsausschlusses in § 806 ZPO im Rahmen der Zwangsvollstreckung nach der ZPO weitgehend bedeutungslos ist, was die praktischen Folgen anbelangt (anders hingegen, was die dogmatische Grundlegung anbelangt). Für die vorliegende Untersuchung ist die Frage jedoch entscheidend. Ein dem § 806 ZPO vergleichbarer Gewährleistungsausschluss ist im GWB nicht vorgesehen. Siehe hierzu S. 119.

³⁹⁶ So Schilken: Durchführung der Zwangsvollstreckung, in: Zwangsvollstreckungsrecht, 1997, S. 753ff. (819); Schilken, in: MüKo-ZPO, Lüke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 817 Rn. 11. Unverständlich bleibt, weshalb der Vertrag zwischen Gerichtsvollzieher und Erwerber geschlossen werden soll. Nach allgemeinen Grundsätzen des öffentlichen Rechts kann sich eine Behörde nicht als solche verpflichten (der Gerichtsvollzieher ist als Beliehener Behörde). Die Behörde kann nur ihren Rechtsträger verpflichten, welchen sie vertritt. Dies hat Schilken wohl auch gemeint.

³⁹⁷ So Freels: Mobilienzwangsvollstreckung, 1998, zugl.: Diss., Univ. Osnabrück 1998, S. 78.

³⁹⁸ In diesem Fall stellt sich die Frage, ob ein relativer oder ein absolut wirksamer Verwaltungsakt anzunehmen ist, hierzu S. 129 Fn 460.

2. Argumente gegen originären Eigentumserwerb

a. Differenzierende Betrachtungsweise

Die von der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht behauptete Gebotenheit einer einheitlichen Betrachtungsweise der Rechtsmacht sowie deren Ausübung hält einer näheren Überprüfung nicht stand. Vielmehr ist eine differenzierende Betrachtungsweise vorzunehmen, wie dies üblicherweise im Recht geschieht. So ist die Rechtsmacht einerseits zwar als öffentlich-rechtlich, deren Ausübung jedoch als privatrechtlich zu qualifizieren.

Eine solche differenzierende Betrachtungsweise ist in vielen Grenzbereichen zwischen öffentlichem und privatem Recht anerkannt. Der Staat kann hoheitliche Aufgaben legitimerweise nicht nur in öffentlich-rechtlicher, sondern auch in privatrechtlicher Form wahrnehmen. Zahllose Beispiele hierfür finden sich unter dem Stichwort des Verwaltungsprivatrechts.³⁹⁹ Ein anderes Beispiel einer differenzierenden Betrachtungsweise ist eine vergaberechtlich relevante Beschaffung von Gütern, welche sich dem Lieferanten gegenüber privatrechtlich, einem übergangenen Mitbewerber gegenüber jedoch als hoheitlicher Eingriff darstellt. Aus der Hoheitlichkeit gegenüber dem Mitbewerber ergibt sich nicht etwa umgekehrt die Öffentlichrechtlichkeit gegenüber dem Lieferanten. Wenn der Staat beispielsweise nicht nur „Kohlen fürs Finanzamt“ kauft, sondern alle Heizstoffe für sämtliche Behörden jenseits aller Schwellenwerte bei einem einzigen Anbieter beschafft, dann kann dieses an sich privatrechtliche Handeln einem übergangenen Mitbewerber gegenüber einen vergaberechtlich relevanten hoheitlichen Eingriff darstellen, so dass diesem als

³⁹⁹ Für die Möglichkeit hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung in privatrechtlicher Form (jeweils mit ausführlicher Auflistung von Beispielen) Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 96 m.w.N.; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, § 23 Rn. 29 = S. 308; Ehlers: Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 1ff. (§ 2 Rn. 71ff. = S. 64ff.). Für die Möglichkeit hoheitlicher Aufgabenwahrnehmung durch Private auch Möschel: Aufgabenprivatisierung, in: FS Schmidt, 1997, S. 351ff. (351). An dieser Stelle sei, stellvertretend für all die anderen Fälle, lediglich die Erbringung von Verkehrsleistungen durch kommunale privatrechtlich organisierte Verkehrsbetriebe genannt.

Konsequenz die subjektiv-öffentlichen Rechte aus § 97 VII GWB zustehen.⁴⁰⁰ § 28 II 1 BauGB, wonach „Das Vorkaufsrecht [...] durch Verwaltungsakt [...] ausgeübt werden [kann]“, stellt ein weiteres Beispiel dar, da sich die Hoheitlichkeit der Ausübung des Vorkaufsrechts aus dem Wortlaut ergibt („Verwaltungsakt“), aus dieser jedoch nicht zugleich die Öffentlichrechtlichkeit des Vertrages folgt, in welchen die Gemeinde eintritt.⁴⁰¹ Auch ein aufgrund eines Kontrahierungszwangs⁴⁰² geschlossener Vertrag ist, selbst wenn sich der Kontrahierungszwang aus öffentlichem Recht ergibt,⁴⁰³ privatrechtlicher Natur.⁴⁰⁴ Schließlich wird ein privatrechtlicher sog. diktiertter Vertrag zwar durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt begründet,⁴⁰⁵ doch ergibt sich aus der Öffentlichrechtlichkeit des Zustandekommens nicht zugleich die Öffentlichrechtlichkeit des Vertrags selbst.⁴⁰⁶ Für eine differenzierende Betrachtungsweise spricht

⁴⁰⁰ Für § 97 VII GWB als subjektiv-öffentliches Recht (im Ggs. zum privaten Recht) die Nachweise S. 133 Fn 462.

⁴⁰¹ Der Vertrag bleibt privatrechtlich, so Krautzberger, in: BauGB, Battis / Krautzberger / Löhr [Hrsg.], 8. Aufl., 2002, § 28 Rn. 6; Stelkens / Stelkens, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 76; Ehlers: Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 1ff. (§ 2 Rn. 66 = S. 61); statt für Eintreten in den bestehenden Kaufvertrag für das Entstehen eines selbständigen Kaufvertrags, welcher gleichwohl privatrechtlich zu qualifizieren ist Schrödter, in: BauGB, Schrödter [Begr.], 6. Aufl., 1998, § 28 Rn. 12.

⁴⁰² Siehe die Definition des Kontrahierungszwangs mit Nachweisen sowie zu seiner Ablehnung im Rahmen der Erklärung des Handelns des Entflechtungstreuhänders S. 123.

⁴⁰³ Ein Kontrahierungszwang kann sich aus öffentlichem oder privatem (§ 826 BGB) Recht ergeben. Zahlreiche Beispiele eines öffentlich-rechtlichen Kontrahierungszwangs nennen Kramer, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, vor § 145 Rn. 10; Wolf, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 145 Rn. 52.

⁴⁰⁴ So Bork, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 134-163, 2003, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 29; Flume: BGB-AT, Bd. II, 4. Aufl., 1992, § 33 6 d = S. 612; Wolf, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 145 Rn. 50; Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktiertter Vertrag, 1920, zugl.: Habil., Univ. Jena [ohne Jahresangabe], S. 87; Kilian: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 1980, S. 47ff. (81); Ehlers: Kontrahierungszwang in der Wettbewerbsordnung, Diss., Univ. Hamburg 1979, S. 11; Zöllner: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit, in: FS Bydlinski, 2002, S. 517ff. (518); Bydlinski: Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 1980, S. 1ff. (6ff.); Bydlinski: Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, JZ 1980, S. 378ff. (378); Grunewald: Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, AcP 1982, S. 181ff. (186). Für die Privatrechtlichkeit des Vertrags, welcher von öffentlich-rechtlichen Bedingungen beeinflusst wird BGH: Urt. v. 23.9.1969, Az. VI ZR 19/68 - Schüler-Tarife, BGHZ 52, 325 (325); Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, § 23 Rn. 34 = S. 313.

⁴⁰⁵ Siehe hierzu S. 124 Fn 438.

⁴⁰⁶ Siehe hierzu S. 124 Fn 439.

im Fall der Entflechtung auch, dass im Verhältnis zum Erwerber kein Über-/Unterordnungsverhältnis gegeben ist.⁴⁰⁷

Der Entflechtungstreuänder ist deutlich flexibler, wenn er die hoheitliche Rechtsmacht privatrechtlich ausübt, als wenn er auf hoheitliche Eigentumszuweisung beschränkt ist. Die Handlungsmöglichkeiten des Entflechtungstreuänders sollten nicht ohne Not auf das Instrument des Kaufvertrags beschränkt werden. Insbesondere kann er einen Unternehmensteil an einen künftigen Käufer oder an einen Dritten verpachten, und somit auch in dem Fall, dass momentan kein geeigneter Erwerber einen Kaufvertrag abschließen will,⁴⁰⁸ einen der endgültigen Entflechtung nahe kommenden Zustand schaffen.

b. Keine Parallele zum Zwangsvollstreckungsrecht

Die parallele Rechtslage der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht, wonach der Gerichtsvollzieher das Eigentum hoheitlich zuweist, kann auf das Handeln des Entflechtungstreuänders nicht übertragen werden.

aa. Historische Auslegung

Die Rechtsentwicklung im Zwangsvollstreckungsrecht verlief in drei Entwicklungsstufen. Ursprünglich wurde der Gerichtsvollzieher aufgrund eines privaten Vollstreckungsauftrags des Vollstreckungsgläubigers rein privatrechtlich tätig. Dies war die Regelung, welche der ZPO von Anfang an zu Grunde lag, was sich an zahlreichen Normen ablesen lässt, siehe beispielsweise „Vollstreckungsauftrag“ in § 766 II ZPO. In der zweiten Entwicklungsstufe gelangte man zu Recht dazu, dass der Gerichtsvollzieher keine private, sondern

⁴⁰⁷ Der Erwerber von Unternehmensteilen ist an der Entflechtung nicht beteiligt. Die Verfahrensbeteiligung richtet sich ausschließlich nach § 54 II, III GWB, so Bracher, in: Frankfurter Kommentar, Glassen [Hrsg.], Bd. III, Std.: 47. Lfg., 2001, § 54 Rn. 33; Schmidt, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 54 Rn. 22. Der Erwerber ist hier nicht aufgeführt. Das in § 54 II Nr. 2 GWB aufgeführte erwerbende Unternehmen ist nicht der Erwerber im Rahmen der Entflechtung, sondern dasjenige, welches den kartellrechtlich relevanten Erwerb vorgenommen hat, so KG: Beschl. v. 19.9.1979, Az. Kart. 20/78 - Stadtwerke Leverkusen, WuW/E, Teil 1: Rspr., OLG, 2202 (2202); Schultz, in: Kartellrecht, Langen [Begr.], Bd. 1, 9. Aufl., 2001, § 54 Rn. 28; Reinhardt: Beteiligtenbegriff und Fusionskontrolle, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 99. Es ist sowohl Handlungs-, als auch Zustandsstörer, da es die Strukturveränderung unmittelbar herbeigeführt hat, welche in seiner Hand fortbesteht. Beides trifft auf den Erwerber im Rahmen der Entflechtung nicht zu.

⁴⁰⁸ Zur Schwierigkeit, einen geeigneten Erwerber zu finden S. 82 Fn 296.

staatliche Gewalt ausübe.⁴⁰⁹ Hiervon unberührt blieben zunächst die Verwertungshandlungen selbst, welche weiterhin privatrechtlich qualifiziert wurden.⁴¹⁰ In der dritten Entwicklungsstufe wurde eine einheitliche Betrachtungsweise vorgenommen. Ausgehend von der staatlichen Gewalt, welche der Gerichtsvollzieher ausübt, wurden auch die Verwertungshandlungen als öffentlich-rechtlich qualifiziert.⁴¹¹ Die dritte Entwicklungsstufe stellt eine Fehlentwicklung dar. Sie entspringt einer Zeit, in welcher dem Prinzip der Hoheitlichkeit in möglichst vielen Bereichen zur Geltung verholfen wurde.⁴¹² Es ist nicht richtig, von der Hoheitlichkeit der Rechtsmacht auf die Hoheitlichkeit

⁴⁰⁹ In der gegenwärtigen wissenschaftlichen Literatur wird die zweite Entwicklungsstufe häufig nicht erwähnt. Vielmehr werden häufig lediglich die rein privatrechtliche und die rein öffentlich-rechtliche Theorie gegenübergestellt. Dies zu Unrecht. Es gibt eine dritte Möglichkeit. Sie wurde von der Rechtsprechung zwischen RG: Beschl. v. 2.6.1913, Az. III 13/12, RGZ 82, 85 (86ff.) und RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (395) vertreten. Für die Hoheitlichkeit der Tätigkeit des Gerichtsvollziehers RG: Beschl. v. 2.6.1913, Az. III 13/12, RGZ 82, 85 (86ff.) und seither st. Rspr., im relevanten Zeitraum beispielsweise RG: Urt. v. 4.5.1917, Az. III 27/17, RGZ 90, 193 (194); desweiteren jeweils für den Fall der Staatshaftung Oertmann: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 1927, S. 229f.; Heilfron / Pick: Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 1927, S. 69; Busch / Kranz, in: ZPO, Sydow [Begr.], 18. Aufl., 1925, § 166 Rn. 4, § 753 Rn. 3; vom Gerichtsvollzieher als einem öffentlichen Beamten, der als solcher die Zwangsgewalt des Staates ausübt, spricht Jonas, in: ZPO, Gaupp [Begr.], Bd. II, 15. Aufl., 1934, § 753 Rn. I; vom „Gerichtsvollzieher als Staatsorgan“ spricht Goldschmidt: Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1932, § 95 Nr. 3 = S. 352. Goldschmidt wird gelegentlich als letzter Vertreter der privatrechtlichen Theorie genannt. Dass dies so nicht richtig ist, zeigt sich daran, dass er den Gerichtsvollzieher nicht als Privatmann ansieht. Heute ist zu Recht unangefochten, dass der Gerichtsvollzieher seine Rechtsmacht nicht vom Gläubiger, sondern vom Staat erhält.

⁴¹⁰ Für die Anwendbarkeit des § 1244 BGB RG: Urt. v. 25.4.1922, Az. VII 311/21, RGZ 104, 300 (302) und RG: Urt. v. 15.10.1929, Az. VII 110/29, RGZ 126, 21 (26); mit Selbstverständlichkeit geht Oertmann: Zivilprozessrecht, 3. Aufl., 1927, S. 231 von „den privatrechtlichen Wirkungen der Gerichtsvollzieherhandlungen für und gegen den Gläubiger“ aus; von „Ablieferung der Sache [...] = Übereignung; maßgebend BGB“ spricht Heilfron / Pick: Zivilprozessrecht, 4. Aufl., 1927, S. 88; von der Eigentumsübertragung nach §§ 929, 1242 BGB sowie von der Ersetzung des Veräußerungswillens des Schuldners durch die gerichtliche Anordnung sprechen Busch / Kranz, in: ZPO, Sydow [Begr.], 18. Aufl., 1925, § 817 Rn. 1; nach Jonas, in: ZPO, Gaupp [Begr.], Bd. II, 15. Aufl., 1934, § 825 Rn. II. 1 ist der Abschluss des obligatorischen Vertrags Gegenstand freier Übereinkunft; von der Pfändung als dritte Art des Pfandrechts (neben Pfandrecht aus Vertrag und aus Gesetz) spricht Goldschmidt: Zivilprozessrecht, 2. Aufl., 1932, § 94 I = S. 343.

⁴¹¹ So RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398) und seither st. Rspr., siehe die zeitlich nachfolgenden Entscheidungen S. 103 Fn 368 sowie die dort zitierten Fundstellen in der Literatur. Grundlegend (aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht h.M.) bereits Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 75f. Kriterien für die öffentlich-rechtliche Rechtmäßigkeit der Verwertungshandlungen hat Schwinge: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, 1930, S. 21ff. in Anlehnung an die Abgrenzung vom nichtigen zum anfechtbaren Verwaltungsakt entwickelt.

⁴¹² Die Leitentscheidung des RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (395) ist in ihrem zentralen Punkt vom Nazismus beeinflusst und nur vor diesem Hintergrund überhaupt erst nachvollziehbar, so (jeweils ausführlich) Pesch: Staatshoheit, JR 1993, S. 358ff. (359f.); Peters: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 158.

ihrer Ausübung zu schließen. Wie bereits dargelegt,⁴¹³ gibt es eine Fülle von Beispielen, in denen insofern eine differenzierende Betrachtungsweise anerkannt ist. Dass die Leitentscheidung selbst in ihrem zentralen Punkt unsicher ist, zeigt sich daran, dass sie sich nicht auf ihr Argument der einheitlichen Betrachtungsweise verlässt, sondern weitere Hilfsargumente vorbringt. Von diesen vermag ebenfalls keines zu überzeugen. So wurde als Hilfsbegründung für eine einheitliche Betrachtungsweise angeführt, ein privates Pfändungspfandrecht könne nicht Grundlage einer Vollstreckung sein. Dies ist insoweit zwar richtig, doch ergibt sich hieraus keineswegs, dass auch die Verwertungshandlungen notwendigerweise hoheitlich sein müssen. Bereits mit der zweiten Entwicklungsstufe war anerkannt, dass ein privates Pfändungspfandrecht nicht Grundlage einer Vollstreckung sein könne, und gleichwohl wurden die Verwertungshandlungen privatrechtlich qualifiziert.⁴¹⁴ Nicht stichhaltig ist auch das Hilfsargument, die Vollstreckungshandlungen müssten hoheitlich sein, weil der Vollstreckungsgläubiger ein Interesse an einer effektiven Zwangsvollstreckung habe.⁴¹⁵ Diese Begründung geht ins Leere.⁴¹⁶ Nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht darf der Vollstreckungsgläubiger den Erlös ohnehin nicht behalten.⁴¹⁷ Daher kann er insofern auch kein Interesse an einer Zwangsvollstreckung haben. Weitere Hilfsargumente werden im Rahmen der fehlenden verfassungsrechtlichen Rechtfertigung gegenüber Dritten im Folgenden dargestellt.

⁴¹³ Beispiele einer differenzierenden Betrachtungsweise finden sich ab S. 110.

⁴¹⁴ Siehe S. 104 Fn 370.

⁴¹⁵ So RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (398).

⁴¹⁶ So Pinger: Ersteigerung fremder Sachen, JR 1973, S. 94ff. (95).

⁴¹⁷ Der Erlös aus dem Verkauf schuldnerfremder Sachen steht (nicht nur bei Anwendung von § 1244 BGB, sondern auch) nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht nicht dem Vollstreckungsgläubiger zu, sondern dem ursprünglichen Eigentümer. Dieser hat Kondiktions- und ggf. Schadensersatzansprüche (zwar nicht gegen den Staat, wohl aber) gegen den Vollstreckungsgläubiger, so Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, § 817 Rn. 9; Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 817 Rn. 13; Zimmermann, in: ZPO, Zimmermann [Hrsg.], 6. Aufl., 2002, § 817 Rn. 5; Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 817 Rn. 9ff.; Prütting / Stichelbrock: Zwangsvollstreckungsrecht, 2002, S. 123f.; Nikolaou: Eigentumschutz bei Vollstreckungsversteigerung, 1993, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1993, S. 25ff.; ausführlich Gerlach: Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, 1986, S. 1ff. Die h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht steht dann vor dem vieldiskutierten „Problem“, welches die passende Anspruchsgrundlage ist. Durch die Ermittlung der Anspruchsgrundlage wird aber das eigentliche Problem, nämlich die Qualifizierung der Erfüllungshandlungen des Gerichtsvollziehers als öffentlich-rechtlich, nicht gelöst, sondern lediglich überspielt.

bb. Dritten gegenüber keine Rechtfertigung

Dritten gegenüber stellt die hoheitliche Eigentumszuweisung richtigerweise einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in deren Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG dar.⁴¹⁸ Demgegenüber ist nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht die hoheitliche Eigentumszuweisung eines ursprünglich nicht im Eigentum des Vollstreckungsschuldners, sondern eines Dritten stehenden Gegenstandes wirksam.⁴¹⁹ Die Problematik ist höchst relevant, da sie der Leitentscheidung zugrunde lag, auf welcher wiederum die heute h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht beruht. In dem der Leitentscheidung zugrunde liegenden Fall wusste der Erwerber, dass die Sache nicht dem Vollstreckungsschuldner gehörte. Vor dem Hintergrund der den Gutgläubensvorschriften regelmäßig zugrunde liegenden Wertung, dass weder Vorsatz noch grobe Fahrlässigkeit vorliegen darf (vgl. beispielsweise § 932 II BGB), ist das Ergebnis wirksamen Eigentumserwerbs nicht interessengerecht. Die h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht argumentiert hier, dass fehlende Gutgläubigkeit keine Rolle spiele, da die zivilrechtliche Norm des § 1244 BGB auf eine hoheitliche Eigentumszuweisung nicht anwendbar sei. Dies ergebe sich aus der Hoheitlichkeit des Handelns des Gerichtsvollziehers und daraus, dass der Gerichtsvollzieher keine Kompetenz zur Prüfung der materiell-rechtlichen Eigentumslage habe. Der Gläubiger habe ein Interesse an einer effektiven Durchführung des Zwangsvollstreckungsverfahrens.⁴²⁰ Dritte könnten sich mittels § 771 ZPO zur Wehr setzen. Die h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht übersieht, dass sich die hoheitliche Eigentumszuweisung durch den Gerichtsvollzieher und der damit verbundene originäre Eigentumserwerb des Erwerbers dem ursprünglichen Eigentümer

⁴¹⁸ So zu Recht Marotzke: Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht und GG, NJW 1978, S. 133ff. (134f.); Pesch: Staatshoheit, JR 1993, S. 358ff. (360); Säcker: Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts, JZ 1971, S. 156ff. (159f.); Grunsky: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht, 5. Aufl., 1996, Rn. 103 = S. 51; Huber: Versteigerung gepfändeter Sachen, 1970, zugl.: Diss., Univ. München 1968, S. 124f., 143ff.; Nikolaou: Eigentumsschutz bei Vollstreckungsversteigerung, 1993, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1993, S. 83f., 99.

⁴¹⁹ So (zu Unrecht) die diesbezügliche Leitentscheidung des RG: Urt. v. 21.1.1938, Az. VII 106/37, RGZ 156, 395 (395) und seither st. Rspr., siehe die späteren Entscheidungen S. 103 Fn 368.

⁴²⁰ Hiergegen bereits S. 114.

gegenüber als Eingriff in sein Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG darstellt. Als solcher bedarf er einer gesetzlichen Grundlage, zumindest in Form einer den Gutgläubensvorschriften vergleichbaren Norm. Eine solche ist nicht vorhanden. Allein aus der Hoheitlichkeit des Handelns des Gerichtsvollziehers lässt sich nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten nicht die Befugnis des Gerichtsvollziehers zur Eigentumszuweisung an schuldnerfremden Sachen begründen. Dies mag zwar z.Zt. der Leitentscheidung im Jahre 1938 anders gewesen sein, doch gilt vorkonstitutionelles Richterrecht insoweit nicht weiter, als es gegen das Grundgesetz verstößt. Wie sich aus Art. 1 III GG ergibt, ist der Gerichtsvollzieher als Beliehener⁴²¹ an die Grundrechte und damit an das den ursprünglichen Eigentümer schützende Grundrecht auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG gebunden. Soweit von der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht Pfändung⁴²² bzw. Verstrickung⁴²³ als Grundlage der Eigentumszuweisung angesehen werden, wird hierdurch das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage nicht erfüllt. Weder Pfändung noch Verstrickung sind ein formelles Gesetz, welches einen Eingriff in das Eigentum Dritter zu rechtfertigen vermag. „Der mystische Gedanke von der Staatsallmacht, die jeden Missgriff decken und auch dem Unredlichen Eigentum verschaffen soll, [erscheint] heute kaum mehr vertretbar“.⁴²⁴

Selbst wenn man jedoch der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht entgegen aller dogmatischer Bedenken folgen wollte, so scheidet ihre Übertragung auf das Kartellrecht dennoch aus, weil es im GWB keine Ermächtigungsgrundlage gibt, welche eine hoheitliche Eigentumszuweisung von Sachen, die im Eigentum eines Dritten stehen, zu rechtfertigen vermag. Mangels Spruchpraxis gibt es auch kein entsprechendes Richterrecht. Vor dem Hintergrund des einen Dritten schützenden Grundrechts auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG ist eine diesbezügliche Rechtsentwicklung auch nicht zu erwarten. Eine hoheitliche Eigen-

⁴²¹ Der Gerichtsvollzieher ist wegen der ihm eingeräumten hoheitlichen Rechtsmacht auch nach der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht Beliehener, siehe die Nachweise S. 103 Fn 368.

⁴²² Siehe die Nachweise S. 105 Fn 372.

⁴²³ Heute h.M., siehe S. 105 mit Nachweisen.

⁴²⁴ So zu Recht Peters: Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1987, S. 158.

tumszuweisung einer im Eigentum eines Dritten stehenden Sache durch den Entflechtungstreuhänder würde einen verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigten Eingriff in das Grundrecht des Dritten auf Eigentum aus Art. 14 I 1 Alt. 1 GG darstellen.

Das Argument der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht, der Gerichtsvollzieher habe keine Kompetenz zur Prüfung der materiell-rechtlichen Eigentumslage, ist ebenfalls nicht stichhaltig. Vor dem Hintergrund des hohen Wertes der Grundrechte sollte das Fehlen materiell-rechtlicher Prüfungskompetenz vielmehr dazu führen, dass eine wirksame Eigentumszuweisung gerade nicht⁴²⁵ bzw. nur unter gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen, wie beispielsweise fehlende Gutgläubigkeit statt findet. Das Schutzbedürfnis des ursprünglichen Eigentümers gebietet, dass der Gerichtsvollzieher das Eigentum nicht blindlings und ohne jegliche vorherige Prüfung zuweist.

Dass Dritte sich mittels § 771 ZPO zur Wehr setzen können, war bereits vor der Leitentscheidung der Fall, so dass sich hieraus weder Notwendigkeit noch Rechtfertigung einer hoheitlichen Eigentumszuweisung ergeben. Jedenfalls versagt eine solche Begründung im Recht der zwangsweisen Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB. Hier ist eine Drittwiderspruchsklage schon deshalb nicht möglich, weil § 771 ZPO nicht anwendbar ist. Bei der zwangsweisen Entflechtung handelt es sich nach keiner vertretenen Ansicht um ein zivilprozessuales Verfahren.

cc. Verstrickung nicht in jedem Fall gegeben

Die Verstrickung, welche von der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht als Grundlage der hoheitlichen Eigentumszuweisung angesehen wird, ist im Fall der Herbeiführung der Entflechtung, anders als im Zwangsvollstreckungsrecht, nicht in jedem Fall gegeben. Mit dem Erklärungsmodell der h.M. im Zwangsvollstreckungsrecht lassen sich somit nicht alle denkbaren Fälle der Herbeiführung einer Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB erklären. Eine Theorie, die nicht

⁴²⁵ So Marotzke: Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht und GG, NJW 1978, S. 133ff. (134f.f).

alle denkbaren Fälle erfasst, ist nicht allgemein gültig und versagt daher nicht nur in diesen Fällen, sondern gänzlich.

Verstrickung bedeutet, dass der Gegenstand⁴²⁶ im Machtbereich des Staates sichergestellt wird.⁴²⁷

⁴²⁶ Verstrickt werden können alle Gegenstände (Sachen und Rechte), da es sich bei der Verstrickung nicht um einen tatsächlichen, sondern um einen rechtlichen Zustand handelt. Für die Möglichkeit der Verstrickung von Forderungen im Rahmen des Zwangsvollstreckungsrechts Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 829 Rn. 31; Smid, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 829 Rn. 33; Blomeyer: Vollstreckungsverfahren, 1975, § 55 II = S. 229; Geib: Pfandverstrickung, 1969, S. 64; Brehm, in: ZPO, Stein / Jonas [Hrsg.], Bd. 6, 21. Aufl., 1995, § 829 Rn. 66; Zimmermann, in: ZPO, Zimmermann [Hrsg.], 6. Aufl., 2002, § 829 Rn. 38; Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 829 Rn. 18. Für die Möglichkeit der Verstrickung sonstiger unkörperlicher, nicht verbrieftter Rechte für den Fall der Rechtspfändung Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 803 Rn. 10; Schilken, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 803 Rn. 29; für den Fall der Pfändung von Herausgabeansprüchen Geib: Pfandverstrickung, 1969, S. 81, 86. Demgegenüber ist eine Verstrickung nicht verkörperter Rechte nicht möglich nach § 136 I StGB. Dessen Wortlaut erfasst nur Sachen. Gegen die Möglichkeit der Verstrickung unkörperlicher Rechte nach § 136 I StGB von Bubnoff, in: StGB, Jescheck / Ruß / Willms [Hrsg.], Bd. 4, 10. Aufl., 1988, § 136 Rn. 3; Fischer, in: StGB, Schwarz [Begr.], 52. Aufl., 2004, § 136 Rn. 3; Ostendorf, in: StGB, Neumann / Puppe / Schild [Hrsg.], Bd. 3, Std.: 14. Lfg., 2003, § 136 Rn. 8. Gegen die Möglichkeit der Verstrickung von Forderungen nach § 136 I StGB RG VStS: Beschl. v. 8.3.1893, Az. 2838/93, RGSt 24, 40 (40); Cramer, in: StGB, Schönke [Begr.], 26. Aufl., 2001, § 136 Rn. 5; Kindhäuser, in: StGB, Kindhäuser [Hrsg.], 2001, § 136 Rn. 3; Lücke: Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht, in: FS Kaufmann, 1993, S. 565ff. (573). Die auf das Insolvenzrecht bezogenen Entscheidungen RG: Urt. v. 6.7.1886, Az. Rep. 1642/86, RGSt 14, 286 (289f.) und RG: Urt. v. 29.4.1908, Az. III 156/08, RGSt 41, 256 (256f.) betrafen (körperliche) Sachen. A.A. Röther: Gehören zu den „Sachen“ des § 137 StGB auch Forderungen?, NJW 1952, S. 1403f. (1404).

⁴²⁷ So Schilken, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 803 Rn. 28; für Verstrickung als öffentlich-rechtliche Beschlagnahme Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 803 Rn. 9; für Verstrickung als Begründung staatlicher Verfügungsmacht Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 803 Rn. 7; für Verstrickung als staatliche Herrschaftsgewalt über Sachen Kühl, in: StGB, Dreher / Maassen [Begr.], 23. Aufl., 1999, § 136 Rn. 1; Geppert: Verstrickungsbruch, Jura 1987, S. 35ff. (35); für Verstrickung als zwangsweise Sicherstellung zur behördlichen Verfügung RG: Urt. v. 30.3.1931, Az. III 193/31, RGSt 65, 248 (248f.); Kühl, in: StGB, Dreher / Maassen [Begr.], 23. Aufl., 1999, § 136 Rn. 3; für Verstrickung als Entziehung der freien Verfügung durch hoheitlichen Akt Fischer, in: StGB, Schwarz [Begr.], 52. Aufl., 2004, § 136 Rn. 3; für Verstrickung als Rechtszustand, in den eine Sache durch die Pfändung mit ihren öffentlich-rechtlichen Wirkungen gerät, nämlich die rechtliche Gebundenheit für den Staat mit oder ohne Strafschutz, wenn auch zugunsten des Gläubigers Stein: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, 1913, S. 26; Blomeyer: Pfändungspfandrecht, in: FS Lübtow, 1970, S. 803ff. (822).

Die Verstrickung resultiert aus der Pfändung⁴²⁸ oder sonstigen Beschlagnahme. Eine Verstrickung liegt nur dann vor, wenn derjenige, welcher ursprünglich verfügungsbefugt war, nicht mehr verfügen darf.⁴²⁹

Im Rahmen der Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 ZPO ist es jedoch möglich, dass die Entflechtungspflichtigen weiterhin verfügen dürfen, da ihnen eine Beschränkung ihrer Verfügungsbefugnis zwar auferlegt werden kann und darf, nicht aber zwingend auferlegt werden muss.⁴³⁰ Wird sie nicht auferlegt, dann bleiben die Entflechtungspflichtigen verfügungsbefugt, so dass eine Verstrickung mithin nicht eintritt. Handlungen des Entflechtungstreuhänders würden mangels Verstrickung ohne Rechtsgrundlage erfolgen. Sie könnten nicht erklärt werden. Davon abgesehen ist es sachwidrig, die Wirksamkeit der Handlungen des Entflechtungstreuhänders davon abhängig zu machen, ob die Entflechtungspflichtigen weiterhin verfügungsbefugt sind oder nicht. Auch sonst im Recht ist es unschädlich, wenn es gleichzeitig mehrere Verfügungsbefugte gibt.⁴³¹

dd. Kein gesetzlicher Gewährleistungsausschluss

Wenn man hoheitliche Eigentumszuweisung bejaht, dann gelangt man, im Gegensatz zum Zwangsvollstreckungsrecht, zu unangemessenen Ergebnissen.

⁴²⁸ So für den Fall des Zwangsvollstreckungsrechts Hartmann, in: ZPO, Baumbach / Lauterbach [Begr.], 63. Aufl., 2005, Übers. § 803 Rn. 6; Putzo / Reichold / Hüßtege, in: ZPO, Thomas [Begr.], 26. Aufl., 2004, § 803 Rn. 7. Die Pfändung ist ein hoheitlicher Akt, durch den ein Gegenstand aus dem Vermögen des Schuldners sichergestellt wird, mit dem Ziel, ihn für den Gläubiger zu verwerten, so Schilken, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 803 Rn. 25; Münzberg, in: ZPO, Stein / Jonas [Hrsg.], Bd. 7, 22. Aufl., 2002, § 803 Rn. 3; Becker, in: ZPO, Musielak [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 803 Rn. 6.

⁴²⁹ So RG: Urt. v. 6.7.1886, Az. Rep. 1642/86, RGSt 14, 286 (288); RG: Urt. v. 29.6.1914, Az. III 275/14, RGSt 48, 361 (348); RG: Urt. v. 30.3.1931, Az. III 193/31, RGSt 65, 248 (248f.); von Bubnoff, in: StGB, Jescheck / Ruß / Willms [Hrsg.], Bd. 4, 10. Aufl., 1988, § 136 Rn. 5; Fischer, in: StGB, Schwarz [Begr.], 52. Aufl., 2004, § 136 Rn. 3; wohl auch Schilken, in: MüKo-ZPO, Lücke / Wax [Hrsg.], Bd. 3, 2. Aufl., 2001, § 803 Rn. 29; für „ganz oder teilweise“ Entziehung der Verfügungsbefugnis Cramer, in: StGB, Schönke [Begr.], 26. Aufl., 2001, § 136 Rn. 7. Für letztere Ansicht spricht, dass nicht nur im Fall des Entzugs jeglicher Verfügungsbefugnis Verstrickung eintreten kann, sondern auch im Fall des Entzugs von Teilen der Verfügungsbefugnis (beispielsweise lediglich die Veräußerungsbefugnis). Insofern ist diese Ansicht als Klarstellung zur h.M. zu verstehen.

⁴³⁰ Siehe ab S. 69. Demgegenüber ist nach der ZPO keine gesonderte Verfügungsbeschränkung erforderlich, da der Vollstreckungsschuldner nicht mehr verfügen darf, sobald rechtmäßig gepfändet wurde.

⁴³¹ Siehe die Beispiele S. 70 Fn 247, 248.

Im Zwangsvollstreckungsrecht werden allein deshalb angemessene Ergebnisse erzielt, weil Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sind. Erfüllungsansprüche gegen den Staat können nicht eingeklagt werden. Statthafte Rechtsmittel ist vielmehr die Vollstreckungserinnerung nach § 766 ZPO. Gewährleistungsansprüche sind gem. § 806 ZPO gesetzlich ausgeschlossen.

Ein solcher Ausschluss ist im GWB nicht vorgesehen und kann auch nicht durch die analoge Anwendung der §§ 766, 806 ZPO herbeigeführt werden. Vielmehr ist die Anwendung von Erfüllungs- und Mängelgewährleistungsansprüchen geboten. Der hoheitlichen Eigentumszuweisung liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zu Grunde.⁴³² Aus einem solchen ergeben sich klassischerweise Erfüllungs- und Mängelgewährleistungsansprüche. Sie auszuschließen, hieße einen angemessenen Ausgleich widerstreitender Interessen unmöglich zu machen. Die §§ 766, 806 ZPO sind daher nicht analogiefähige Ausnahmegesetze. Davon abgesehen wäre unklar, welche Behörde oder welches Gericht für die analoge Anwendung des § 766 ZPO im Rahmen der Entflechtung zuständig sein sollte.

Wendet man Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche auf die hoheitliche Eigentumszuweisung an, dann ergeben sich jedoch Problemstellungen, die neben der Sache liegen, die in keiner Weise zufriedenstellend gelöst werden können und die zeigen, dass die hoheitliche Eigentumszuweisung nur eine Scheinlösung ist, welche sich selbst neue Probleme schafft, welche durch immer gewagtere rechtliche Konstruktionen „gelöst“ werden müssen. Zunächst steht man vor dem Problem, wer richtiger Anspruchsgegner ist: Bund oder Entflechtungspflichtige. Da Grundlage der hoheitlichen Eigentumszuweisung ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch den Staat und dem Erwerber von Unternehmensteilen ist, muss konsequenterweise der

⁴³² Siehe S. 106.

Staat als Vertragspartner auf Erfüllung und Gewährleistung⁴³³ haften. Dass dies unangemessen ist, zeigt sich auf der einen Seite daran, dass es eine unverdiente Rechtswohlthat für den Käufer ist, wenn er Mängelgewährleistungsansprüche gegen einen Vertragspartner geltend machen darf, welcher nicht insolvenzfähig ist, nämlich den Staat, obwohl er sich (in der Sache) die Entflechtungspflichtigen herausgesucht hat, und auf der anderen Seite daran, dass der Staat, wenn er keinen Vorteil aus dem Geschäft hat, daraus auch keine Nachteile tragen sollte. Der Bund hat keinen Vorteil aus dem Geschäft, weil der Erlös den Entflechtungspflichtigen gebührt, so dass der Staat diesen den Erlös erstatten muss. Folgeprobleme, die nicht zur Lösung der Sachfrage beitragen, sondern lediglich die Unangemessenheit einer hoheitlichen Eigentumszuweisung zeigen, sind dann die genaue rechtliche Qualifizierung und Spezifizierung dieses Anspruches (öffentlich-rechtlich? zivilrechtlich? Welche exakte Anspruchsgrundlage?) sowie eventuelle Erstattungsansprüche des Bundes gegen die Entflechtungspflichtigen (bzw. im Vorfeld ein Anspruch auf Freistellung).

c. Handeln anstelle der Entflechtungspflichtigen

Der Entflechtungstreuhänder nimmt als Mittel der Ersatzvornahme diejenigen Handlungen vor, zu deren Vornahme an sich die Entflechtungspflichtigen verpflichtet sind, die sie aber nicht vorgenommen haben.⁴³⁴ Die Entflechtungspflichtigen sind zur Herbeiführung der Entflechtung verpflichtet. Wie sie diese herbeiführen, steht ihnen zunächst frei. Es bietet sich aber an, die Entflechtung durch die Übereignung von Unternehmensteilen herbeizuführen. Dies ist, sofern die Entflechtungspflichtigen ihrer Entflechtungsverpflichtung nicht nach-

⁴³³ Gewährleistungsansprüche sind beispielsweise Minderung und Wandelung. Das Spezialproblem, ob der Fall der Wandelung öffentlich-rechtlich durch den Zweck der Herbeiführung der Entflechtung ausgeschlossen ist, ist für die grundsätzliche Frage, ob Gewährleistungsansprüche überhaupt bestehen, zunächst ohne Belang. Richtigerweise bedarf der Ausschluss des Wandelungsrechts einer ausdrücklichen gesetzgeberischen Entscheidung. Eine solche ist nicht erfolgt. Das andersartige Problem einer öffentlich-rechtlichen Rücknahmepflicht (nicht der Entflechtungspflichtigen, sondern desjenigen, dessen Veräußerung die Verflechtung herbeigeführt hat) wird bewusst ausgeklammert, da es nicht zur Klärung der rechtlichen Situation des Entflechtungstreuhänders beiträgt, siehe bereits S. 10 Fn 37.

⁴³⁴ Siehe zur Abgabe der Willenserklärungen als vertretbare Handlung i.S.d. § 10 BVwVG im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Qualifizierung als Ersatzvornahme S. 16.

kommen, dann Aufgabe und Tätigkeit des Entflechtungstreuhänders. Dieser führt die Veräußerung von Unternehmensteilen an Stelle der Entflechtungspflichtigen für diese durch. Wären die Entflechtungspflichtigen selbst ihrer Entflechtungsverpflichtung nachgekommen, dann hätten sie die Veräußerung in privatrechtlicher Form vorgenommen. Ihnen steht keine andere Möglichkeit zu, insbesondere können sie ihr Eigentum an den Unternehmensteilen einem Dritten nicht hoheitlich zuweisen. Die Entflechtungspflichtigen sind auf die privatrechtlichen Handlungsmöglichkeiten beschränkt. Aus dem Wesen der Ersatzvornahme ergibt sich, dass die Behörde diejenige Handlung vorzunehmen hat, zu deren Vornahme an sich die Pflichtigen verpflichtet sind. Daher steht auch dem Entflechtungstreuhänder, welcher für die Entflechtungspflichtigen handelt, keine andere, sondern nur diese Handlungsmöglichkeit offen.

Hierfür spricht auch die historische Auslegung. Im durch die 6. GWB-Novelle im sachlichen Gehalt nicht geänderten⁴³⁵ § 24 VII Nr. 4 Hs. 1 a.F. GWB war ausdrücklich bestimmt, dass der „Treuhänder [...] für die zur Auflösung des Zusammenschlusses Verpflichteten die erforderlichen Willenserklärungen abzugeben und die erforderlichen tatsächlichen Handlungen vorzunehmen hat [...]“. Der Gesetzgeber selbst hat also normiert, dass der Entflechtungstreuhänder keine Verwaltungsakte, sondern Willenserklärungen abzugeben hat. Darüber hinaus hat er normiert, dass der Entflechtungstreuhänder diese Willenserklärungen nicht für den Staat, sondern für die Entflechtungspflichtigen abzugeben hat.

3. Ergebnis

Der Entflechtungstreuhänder weist das Eigentum an den Unternehmensteilen nicht hoheitlich zu, so dass kein originärer Eigentumserwerb stattfindet. Im Hinblick auf die Handlungen des Entflechtungstreuhänders ist keine einheitliche, sondern eine differenzierende Betrachtungsweise geboten, wie dies auch sonst im Recht üblich ist. Gegen die Berücksichtigung der h.M. zum Zwangsvollstreckungsrecht spricht, dass diese dogmatisch verfehlt ist, dass Dritten gegen-

⁴³⁵ Siehe S. 17.

über keine Ermächtigungsgrundlage gegeben ist und dass damit unpassende Ergebnisse erzielt werden. Der Bund hat aus dem Vertrag keinen Vorteil, so dass es nicht gerechtfertigt ist, ihn für Mängel haften zu lassen. Für einen zivilrechtlichen Vertrag spricht darüber hinaus das Wesen der hier durchzuführenden Ersatzvornahme. Die Ersatzvornahme ist an Stelle des Pflichtigen durchzuführen. Was die Behörde an Stelle des Pflichtigen vornimmt, ist nicht etwas grundsätzlich anderes als das, was der Pflichtige selbst hätte vornehmen müssen.

II. Kein Handeln im eigenen Namen

Der Entflechtungstreuhänder schließt nicht im eigenen Namen mit Wirkung für und gegen sich Verträge ab, da er nicht Rechtsinhaber ist, da er kein echter Treuhänder ist.⁴³⁶

III. Kein Kontrahierungszwang

Kontrahierungszwang ist gegeben, wenn ein Rechtssubjekt von einem anderen den Abschluss eines Vertrags verlangen kann.⁴³⁷ Hier kann ein potentieller Erwerber jedoch keinen Vertragsschluss verlangen, da ihm in § 41 IV Nr. 3 GWB kein derartiges Recht eingeräumt ist.

IV. Kein diktiertter Vertrag

Das Handeln des Entflechtungstreuhänders lässt sich nicht dadurch erklären, dass er den privatrechtlichen Vertrag zwischen Entflechtungspflichtigen und Erwerber durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt diktiert.

⁴³⁶ Die Ausführungen ab S. 97 im Rahmen der bisherigen Ansicht gelten hier in gleicher Weise.

⁴³⁷ So Zöllner: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit, in: FS Bydlinski, 2002, S. 517ff. (518).

Beim diktierten Vertrag wird der privatrechtliche Vertrag durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt begründet.⁴³⁸ Die Vertragsdurchführung erfolgt aufgrund privatrechtlicher Vorschriften.⁴³⁹

Gegen einen diktierten Vertrag spricht, dass der Entflechtungstreuhänder dem Erwerber von Unternehmensteilen gegenüber nicht hoheitlich zu handeln befugt ist, da hier kein Über-/Unterordnungs-, sondern ein Gleichordnungsverhältnis besteht,⁴⁴⁰ so dass der Entflechtungstreuhänder nicht berechtigt ist, eine einseitige Verfügung gegenüber dem Erwerber zu erlassen. Auch kann beim diktierten Vertrag nicht erklärt werden, wie ein entflechtungsverfahrensbezogener Anspruch⁴⁴¹ während der Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB

⁴³⁸ Für diese Möglichkeit Nipperdey: Kontrahierungszwang und diktiertem Vertrag, 1920, zugl.: Habil., Univ. Jena [ohne Jahresangabe], S. 125ff.; OGH: Urt. v. 13.10.1949, Az. I ZS 34/49, OGHZ 2, 352 (355); Kramer, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, vor § 145 Rn. 12; Wolf, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 145 Rn. 49, 56; Bork, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 134-163, 2003, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 35 mit Nennung der Beispiele der Festsetzung eines Zwangsmietvertrags durch die Wohnungsbehörde gem. § 16 WohnRBewG (mittlerweile aufgehoben), des § 97 II BauGB sowie der Begründung von Mietverhältnissen an der Ehemwohnung durch den Scheidungsrichter gem. §§ 5 II, 6 II HausratsVO, für letzteres Beispiel auch Müller-Gindullis, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 7, 4. Aufl., 2000, § 5 HausratsV Rn. 6. In die Kategorie der diktierten Verträge ist auch ein den Entflechtungspflichtigen vom BKartA aufgrund § 41 III 2 GWB diktiertem Vertrag mit einem Erwerber von Unternehmensteilen einzuordnen, was freilich noch nie vorgekommen ist. Hier von zu unterscheiden ist der Fall, dass das BKartA den Entflechtungspflichtigen aufgrund § 41 III 2 GWB die Verpflichtung zum Vertragsschluss auferlegt. So wurde dem Entflechtungspflichtigen durch das BKartA: Beschl. v. 10.9.1990, Az. B 2 - 63/89, AG 1991, 180 (181) aufgegeben, die hinzugeworbenen Anteile zu veräußern. Auch dem US-amerikanischen Kartellrecht ist eine Pflicht zum Vertragsschluss bekannt, so Oehler: Entflechtung und Kontrahierungszwang, 1976, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1976, S. 121f.: „Als Basis der eigentlichen Veräußerung ist ein normaler Kaufvertrag vorausgesetzt [...]. Dieser [...] erhält durch die Antitrustverfügung lediglich ein rechtliches Korsett [...]“. Von all diesem ist der sog. Entflechtungsvertrag zu unterscheiden, ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und den Entflechtungspflichtigen. Dieser kann mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nur freiwillig geschlossen werden. Für die Möglichkeit des Abschlusses von Entflechtungsverträgen Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 41 Rn. 42; Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 41 Rn. 14.

⁴³⁹ So BGH: Urt. v. 14.11.1951, Az. II ZR 41/51, MDR 1952, 155 (155); Bork, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 134-163, 2003, Vorbem. zu §§ 145-156 Rn. 35; Kramer, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 1, 4. Aufl., 2001, vor § 145 Rn. 12; Siebert: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: FS Niedermeyer, 1953, S. 215ff. (231f.); Hedemann: Kontrahierungszwang, in: FS Nipperdey, 1955, S. 251ff. (252ff.); a.A. Wolf, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, vor § 145 Rn. 56 mit dem Argument, der Wesenskern des Vertragsrechts sei überschritten. Wolf übersieht jedoch, dass sich aus der Öffentlich-rechtlichkeit des Zustandekommens nicht zugleich auch die Öffentlich-rechtlichkeit des Inhalts ergeben muss.

⁴⁴⁰ Siehe S. 112 Fn 407.

⁴⁴¹ Ein Beispiel ist der Erfüllungsanspruch eines Erwerbers von Unternehmensteilen.

erfüllt werden sollte. Die Entflechtungspflichtigen können nicht mit Aussicht auf Erfolg verklagt werden, solange und soweit ihnen eine Beschränkung ihrer Verfügungsbefugnis⁴⁴² auferlegt ist, da sie insoweit nicht nur nicht verfügen dürfen, sondern nicht einmal verfügen können.

V. Kein Organ, neutrales Handeln oder Vertreter

Die (im Insolvenzrecht sog. Organ-)Theorie,⁴⁴³ wonach der Insolvenzverwalter Organ der Masse ist, ist ebenso wie die (im Insolvenzrecht sog.) Theorie des neutralen Handelns⁴⁴⁴ aus den bereits genannten Gründen abzulehnen. Ebenso sind Gläubiger-⁴⁴⁵ und Schuldnervertretertheorie⁴⁴⁶ abzulehnen.

VI. Partei kraft Amtes (Amtstheorie)

Der Entflechtungstreuhänder handelt auch nach vorliegend vertretener Ansicht als Partei kraft Amtes (Amtstheorie).⁴⁴⁷ Die Amtstheorie hat sich heute nicht nur im Insolvenzrecht, sondern auch in anderen Rechtsgebieten zu Recht durchgesetzt. Sie ist dogmatisch schlüssig und gelangt damit zu den richtigen Ergebnissen. Der Entflechtungstreuhänder übt die ihm eingeräumte hoheitliche Rechtsmacht nicht hoheitlich, sondern privatrechtlich aus. Die Hoheitlichkeit der ihm eingeräumten Rechtsmacht steht der Anwendung der Amtstheorie nicht entgegen, da die Sachargumente der Amtstheorie nicht nur auf private, sondern auch auf hoheitliche Rechtsmacht Anwendung finden, so insbesondere die

⁴⁴² Hierzu S. 69.

⁴⁴³ Gegen die Organtheorie S. 100.

⁴⁴⁴ Gegen die Theorie des neutralen Handelns S. 100.

⁴⁴⁵ Gegen die Gläubigervertretertheorie S. 100.

⁴⁴⁶ Gegen die Schuldnervertretertheorie S. 100. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man, wenn man mit dem wissenschaftlichen Begründer der Amtstheorie von Spreckelsen: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes, 1927, S. 105f. die gesetzliche Vertretungsmacht als Gegensatz zum privatrechtlichen Amt ansieht. Dies ist jedoch nicht richtig, da es nicht nur diese beiden, sondern auch andere Möglichkeiten gibt, wie beispielsweise den Gerichtsvollzieher, welcher seit RG: Beschl. v. 2.6.1913, Az. III 13/12, RGZ 82, 85 (86ff.) kraft Amtsstellung hoheitlich tätig wird (weitere Nachweise S. 103 Fn 368), aber weder den Gläubiger noch den Schuldner vertritt. So wird die Aussage, den Gegensatz zum privatrechtlichen Amt stelle die gesetzliche Vertretungsmacht dar, auch von von Spreckelsen nicht weiter begründet. Dies liegt nicht etwa an ihrer unmittelbaren Einsichtigkeit, sondern daran, dass sie nicht weiter begründet werden kann. Sie ist sachwidrig und nur vor dem rechtshistorischen Hintergrund verständlich (hierzu ausführlich S. 11), nämlich dass die Gläubigervertretertheorie herrschend war, als von Spreckelsen seine damals neue Amtstheorie vorgeschlagen hat.

⁴⁴⁷ Siehe wegen Nachweisen zur Amtstheorie S. 100 Fn 360.

funktionelle Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsbefugnis, die Entstehung eines zweckgebundenen Sondervermögens und der Einklang der Prozessführungsbefugnis mit der Verfügungsbefugnis.

1. Funktionelle Trennung Eigentum – Verfügungsbefugnis

Es besteht eine funktionelle Trennung zwischen Eigentum der Entflechtungspflichtigen⁴⁴⁸ einerseits und Verfügungsbefugnis des Entflechtungstreuhänders⁴⁴⁹ andererseits. Damit ist die zentrale Prämisse der Amtstheorie, dass eine funktionelle Trennung zwischen Eigentum und Verfügungsbefugnis besteht, hier erfüllt. Nichts anderes ergibt sich aus der Tatsache, dass der Entflechtungstreuhänder mit hoheitlicher Rechtsmacht ausgestattet ist und somit als Beliehener kein privates, sondern ein öffentliches Amt ausübt. Zwar ist die Amtstheorie bislang nur auf private Ämter angewendet worden,⁴⁵⁰ doch ist dies kein hinreichendes Argument, um deren Anwendung auf ein öffentliches Amt zu verneinen. Richtigerweise hängt die funktionelle Trennung von Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis und damit die Anwendbarkeit der Amtstheorie nicht davon ab, ob ein privates oder ein öffentliches Amt ausgeübt wird. Rechtsträgerschaft und Verfügungsbefugnis können im einen wie im anderen Fall auseinanderfallen.

2. Prozessuale Stellung des Entflechtungstreuhänders

Mit der Verfügungsbefugnis verlieren die Entflechtungspflichtigen zugleich auch ihre Prozessführungsbefugnis, da sie während der Entflechtung wegen entflechtungsverfahrensbezogener Ansprüche nicht wirksam verfügen und somit nicht mit Aussicht auf Erfolg in Anspruch genommen werden können.

Prozessführungsbefugt ist der Entflechtungstreuhänder, da er ohne Zustimmung der Entflechtungspflichtigen über für ihn fremde Rechte verfügen kann. Er prozessiert kraft hoheitlicher Verfügungsbefugnis. Ein Urteil wirkt für und gegen ihn als Partei kraft Amtes.

⁴⁴⁸ Die Entflechtungspflichtigen bleiben Rechtsinhaber, siehe S. 24.

⁴⁴⁹ Verfügungsbefugt ist (nach beiden Ansichten) der Entflechtungstreuhänder, siehe hierzu ab S. 3.

⁴⁵⁰ Für die Privatrechtlichkeit des Amtes des Insolvenzverwalters die Nachweise S. 4 Fn 7.

3. Privatrechtliche Ausübung

Der Entflechtungstreuhänder handelt weder den Entflechtungspflichtigen noch dem Erwerber gegenüber hoheitlich, sondern er übt die ihm hoheitlich eingeräumte Rechtsmacht privatrechtlich aus. Weder erlässt er durch die Veräußerung Verwaltungsakte, noch handelt er schlicht-hoheitlich. Vielmehr schließt er privatrechtliche Verträge ab. Ob ein Vertrag als öffentlich-rechtlich oder als privatrechtlich zu qualifizieren ist, ergibt sich aus dem Vertragsgegenstand.⁴⁵¹ Die vom Entflechtungstreuhänder abgeschlossenen Verträge sind nicht auf hoheitliche Eigentumszuweisung gerichtet,⁴⁵² sondern auf privatrechtliche Über-eignung. Die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht beinhaltet nicht zugleich, dass diese auch hoheitlich ausgeübt werden muss. Wie bereits dargelegt, ist eine differenzierende Betrachtungsweise vorzunehmen im Hinblick auf die Qualifizierung der Rechtsmacht als hoheitlich einerseits und deren Ausübung als privatrechtlich andererseits.⁴⁵³ Der Entflechtungstreuhänder nimmt als Mittel der Ersatzvornahme diejenigen Handlungen vor, welche an sich die Entflechtungspflichtigen vornehmen müssten. Dies ist die Herbeiführung der Entflechtung. Deren zivilrechtlicher Charakter ändert sich nicht dadurch, dass sie nicht von den Entflechtungspflichtigen, sondern vom Entflechtungstreuhänder herbeigeführt wird.⁴⁵⁴ Für Privatrechtlichkeit der Willenserklärungen und somit für ein Gleichordnungs- und gegen ein Über-/Unterordnungsverhältnis spricht weiter, dass gegenüber dem Erwerber keine hoheitliche Handlungskompetenz des Entflechtungstreuhänders gegeben ist.⁴⁵⁵ Auch führt allein ein privatrechtliches Vertragsverhältnis zwischen Entflechtungspflichtigen und Erwerber zu angemessenen Ergebnissen, wohingegen ein Vertragverhältnis zwischen Staat und Erwerber zu unangemessenen Ergebnissen führt, beispielsweise im Hinblick

⁴⁵¹ Siehe die ausführlichen Nachweise S. 28 Fn 91.

⁴⁵² Gegen hoheitliche Eigentumszuweisung ab S. 110.

⁴⁵³ Siehe ab S. 110.

⁴⁵⁴ Siehe zur Abgabe der Willenserklärung als vertretbare Handlung im Rahmen der vollstreckungsrechtlichen Qualifizierung des Entflechtungstreuhänders als Mittel der Ersatzvornahme S. 16. Siehe zum Handeln des Entflechtungstreuhänders anstelle der Entflechtungspflichtigen ab S. 121.

⁴⁵⁵ Siehe S. 112 Fn 407.

auf Erfüllungs- und Mängelgewährleistungsansprüche.⁴⁵⁶ Außerdem ist der Entflechtungstreuhänder deutlich flexibler, wenn er die zivilrechtlichen Handlungsmöglichkeiten ausschöpfen kann, als wenn er auf die hoheitliche Eigentumszuweisung beschränkt ist.⁴⁵⁷

Dem Entflechtungstreuhänder war die hoheitliche Rechtsmacht zum Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärungen bereits eingeräumt worden.⁴⁵⁸ Diese übt er nunmehr lediglich aus, und zwar zivilrechtlich. Dadurch greift er nicht neuerlich in Rechte der Entflechtungspflichtigen ein. Der Grundrechtseingriff war bereits erfolgt, und zwar mit der wirksamen Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht an den Entflechtungstreuhänder, welcher sich nunmehr vollständig innerhalb derselben hält, wenn er handelt. Dies gilt auch dann, wenn er öffentlich-rechtlich rechtswidrig handelt, weil die öffentlich-rechtliche Rechtswidrigkeit keine Auswirkung auf die zivilrechtliche Wirksamkeit der Willenserklärungen hat.⁴⁵⁹

⁴⁵⁶ Gegen ein (öffentlich-rechtliches) Vertragsverhältnisses zwischen Bund und Erwerber S. 119.

⁴⁵⁷ Siehe hierzu mit dem Beispiel der Verpachtung S. 112.

⁴⁵⁸ Zur Erforderlichkeit der Einräumung von Rechtsmacht ab S. 3.

⁴⁵⁹ Zur zivilrechtlichen Wirksamkeit trotz Handeln ohne Rechtmäßigkeitsanordnung ab S. 66.

Das Handeln des Entflechtungstreuhanders als relativen Verwaltungsakt⁴⁶⁰ gegenüber den Entflechtungspflichtigen zu erklären, macht schon deshalb keinen Sinn, weil die zivilrechtliche Wirksamkeit der Willenserklärungen des Entflechtungstreuhanders durch Widerspruch und Anfechtungsklage nicht beseitigt werden kann. Das Vorliegen eines Verwaltungsaktes dient immer zugleich auch dem Zweck, diesen der Anfechtung durch den Betroffenen zugänglich zu machen. Auch ist ein relativer Verwaltungsakt bislang nur innerhalb öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute bejaht worden, wo wenigstens insofern eine gewisse Ähnlichkeit gegeben ist, als eine öffentlich-rechtliche Handlungsform der Verwaltung vorlag. Verwaltungsakt und Willenserklärung sind sich jedoch nicht ähnlich, sondern sie sind grundverschieden.

⁴⁶⁰ Für die Möglichkeit eines relativen Verwaltungsaktes („Doppelnatur“) BVerwG: Urt. v. 28.2.1958, Az. VII A 32.57, BVerwGE 6, 213 (213); BVerwG: Urt. v. 14.5.1963, Az. VII C 158.60, BVerwGE 16, 83 (83); VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 29.6.1995, Az. 5 S 1537/94, NVwZ-RR 1996, 495 (261); Schweiger: Rechtsverordnung im formellen Sinn?, DÖV 1955, S. 360ff. (362); Schack: Rechtsverordnungen im formellen Sinn?, DÖV 1958, S. 273ff. (277); Rasch: Rechtsnatur von Gebietsänderungsakten, DVBl 1970, S. 765ff. (766, 769). Hierfür spricht, dass eine differenzierende Betrachtungsweise geboten sein kann und dass die Gerichte ansonsten übermäßig in Anspruch genommen werden könnten. Gegen die Möglichkeit eines relativen Verwaltungsakts spricht jedoch, dass die Gerichte schon deshalb nicht überlastet werden, weil Klagen beliebiger Dritter an der fehlenden Klagebefugnis scheitern (§ 42 II VwGO). Richtigerweise wird ein Verwaltungsakt gegenüber jedermann existent, wenn er auch nur an einen Betroffenen bekannt gegeben wird, so dass der Begriff des Verwaltungsakts absolut zu verstehen ist, so die h.M. innerhalb der Lit., Henneke, in: VwVfG, Knack [Begr.], 8. Aufl., 2004, § 35 Rn. 25; Happ, in: VwGO, Eyermann / Fröhler [Begr.], 11. Aufl., 2000, § 42 Rn. 9; Stelkens / Stelkens, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 19; VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 15.4.1997, Az. 10 S 4/96, NVwZ 1998, 416 (416); Geiger: Rechtsschutz, BayVwBl 1987, S. 106ff. (107); Schmidt-De Caluwe: Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts, VerwArch 1999, S. 49ff. (61); Laubinger: Zur Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen, VerwArch 1986, S. 421ff. (431); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 21 Rn. 69 = S. 548f.; Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 45 Rn. 73 = S. 636; Rasch: Rechtsnatur organisatorischer Maßnahmen, DVBl 1983, S. 617ff. (621); BayVGH: Urt. v. 29.10.1964, Az. 77 IV 63, DÖV 1964, 849 (849); von Mutius: Rechtsnorm und Verwaltungsakt, in: FS Wolff, 1973, S. 167ff. (172ff.); Ule: Verwaltungsprozessrecht, 8. Aufl., 1983, S. 172f.; Ule: Zwangseingemeindung, VerwArch 1969, S. 101ff. (110). Welche Rechtsform vorliegt, hängt nach der h.M. innerhalb der Lit. davon ab, welches die näherliegende Rechtsform ist, so beispielsweise Rasch: Rechtsnatur organisatorischer Maßnahmen, DVBl 1983, S. 617ff. (621). Dieses Kriterium mag noch akzeptabel sein bei Rechtsformen, welche zumindest in den Grundzügen ähnlich sind wie beispielsweise öffentlich-rechtliche Rechtsverordnung und öffentlich-rechtlicher Verwaltungsakt, und auch die Rechtsprechung hat relative Verwaltungsakte nur innerhalb öffentlich-rechtlicher Rechtsinstitute bejaht. Das Zuordnungskriterium des Näherliegens ist ungeeignet, wenn zu entscheiden ist, ob zivilrechtliche Willenserklärung oder Verwaltungsakt näher liegt, da diese nicht nahe liegen, sondern grundverschieden sind.

C. Vergleich

Der Entflechtungstreuhänder handelt nach beiden Ansichten als Partei kraft Amtes und übt die (nach bisheriger Ansicht privatrechtliche, nach vorliegend vertretener Ansicht hoheitliche) Rechtsmacht privatrechtlich aus. Die bisherige Ansicht vermag dieses Ergebnis ohne Umschweife festzustellen. Sieht man den Entflechtungstreuhänder hingegen mit vorliegend vertretener Ansicht als Beliehenen an, so kommt eine Fülle möglicher Erklärungsmodelle in Betracht. Diese teilen alle ein gemeinsames Grundproblem: sie bewegen sich im Grenzbereich zwischen öffentlichem und privatem Recht. Gegen jede theoretisch denkbare Theorie lassen sich daher erhebliche Einwände geltend machen. Ein besonders eingängiges Gegenargument ist dasjenige der Inkonsequenz. Hieraus erklärt sich, weshalb sich im Insolvenzrecht und im Zwangsvollstreckungsrecht die einfach greifbaren Theorien der Erklärung des Handelns des mit privatrechtlicher Rechtsmacht ausgestatteten Insolvenzverwalters als privatrechtlich einerseits sowie des Handelns des mit hoheitlicher Rechtsmacht ausgestatteten Gerichtsvollziehers als öffentlich-rechtlich andererseits entwickelt haben. Dass diese nur scheinbar konsequent sind, zeigt sich, wenn man sie auf einer höheren Ebene miteinander vergleicht. Der Insolvenzverwalter führt eine Gesamtvollstreckung durch, der Gerichtsvollzieher eine Einzelzwangsvollstreckung, so dass beide, abgesehen vom Umfang ihrer Tätigkeit, im Prinzip demselben Zweck dienen, und doch wird ihre Tätigkeit mit einem jeweils unterschiedlichen Rechtsregime erklärt. Dies zeigt, dass das Problem, dass sowohl öffentliches als auch privates Recht eine Rolle spielen, nicht gelöst, sondern jeweils nur überspielt wird.

Entsprechendes gilt im Hinblick auf den Entflechtungstreuhänder. Wenn man mit der bisherigen Ansicht Rechtsmacht und deren Ausübung als privatrechtlich erklärt, dann setzt man sich dem Vorwurf aus, dass es nicht richtig ist, die Privatrechtlichkeit des Handelns des Entflechtungstreuhänders zugrunde zu legen und hieraus auf die Privatrechtlichkeit der Rechtsmacht zu schließen. Wenn man andererseits sowohl die Rechtsmacht als auch das Handeln des

Entflechtungstreuhänders als durchgehend hoheitlich erklärt, dann setzt man sich dem Vorwurf aus, dass es unzulässig ist, von der Hoheitlichkeit der Rechtsmacht auf die Hoheitlichkeit ihrer Ausübung zu schließen. Gegenüber einem Erwerber handelt der Entflechtungstreuhänder nicht in einem Über-/Unterordnungs-, sondern in einem Gleichordnungsverhältnis. Für eine hoheitliche Eigentumszuweisung fehlt denn auch jegliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage. Aufgrund der z.T. fehlenden Verstrickung als Grundlage der Handlungen des Entflechtungstreuhänders kann mit der Theorie der hoheitlichen Eigentumszuweisung nicht jeder Fall erfasst werden. Schließlich gelangt man, wenn man hoheitliche Eigentumszuweisung befürwortet, im Hinblick auf Mängelansprüche zu gänzlich unangemessenen Ergebnissen.

Die Lösung ist in einer differenzierenden Betrachtungsweise zu finden, in welcher die beiden Regelungskomplexe des öffentlichen und des privaten Rechts miteinander verzahnt bzw. gegeneinander abgegrenzt werden, so dass jedem der beiden Bereiche die ihm gebührende Geltungskraft zukommt. Es ist nicht notwendig, das Handeln des Entflechtungstreuhänders insgesamt als hoheitlich anzusehen. Die Hoheitlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders präjudiziert nicht die Hoheitlichkeit der vom Entflechtungstreuhänder vorgenommenen Handlungen. Richtigerweise ist zwischen der hoheitlichen Einräumung und der privatrechtlichen Ausübung der Rechtsmacht zu differenzieren.

3. Teil. Ansprüche und Haftungsfragen

A. Anspruch auf Vertragsschluss

I. Vergaberecht

1. Bisherige Ansicht

Eventuelle Konkurrenten eines zu benennenden Entflechtungstreuhanders können aufgrund § 97 VII GWB die Erteilung des Zuschlags verlangen,⁴⁶¹ sofern dessen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt sind. § 97 VII GWB verpflichtet das BKartA nicht nur objektiv-rechtlich zur Einhaltung der Vergabevorschriften sondern stellt ein für Konkurrenten subjektives Recht dar.⁴⁶² Darüber hinaus können Konkurrenten vorbeugende Unterlassungsansprüche⁴⁶³ und Schadens-

⁴⁶¹ Für die Erteilung des Zuschlags als mögliche Rechtsfolge des § 97 VII GWB zu Recht Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 273; teilweise wird als Gegenargument angeführt, die Behörde sei nicht verpflichtet, das Verfahren zu Ende zu führen, so Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 487ff. = S. 239ff.; Waldner: Bieterschutz im Vergaberecht, 2000, zugl.: Diss., Univ. Würzburg 1999, S. 137; dieses ist jedoch nicht tragfähig, da es um die Zuschlagserteilung für den Fall geht, dass das Verfahren zu Ende geführt wird.

⁴⁶² Für § 97 VII GWB als subjektives Recht, so Boesen, in: Vergaberecht, Boesen [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 179; Bechtold, in: GWB, Bechtold [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 97 Rn. 36; Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 238ff., 252; Hailbronner, in: Kommentar zum Vergaberecht, Byok / Jaeger [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 195; Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 482 = S. 237; Waldner: Bieterschutz im Vergaberecht, 2000, zugl.: Diss., Univ. Würzburg 1999, S. 117.

⁴⁶³ So Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 272; Hertwig: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, Rn. 207 = S. 109; Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 486 = S. 238; Wittig: Probleme des Vergaberechts, 1999, zugl.: Diss., Univ. Heidelberg 1998, S. 307. Von Bedeutung ist insbesondere das Verbot, einem Mitkonkurrenten den Zuschlag zu erteilen. Aus § 107 II 1 GWB, wonach die Antragsbefugnis für ein Nachprüfungsverfahren nur demjenigen zusteht, der „eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht“, ergibt sich nichts anderes. Die Rechtsschutzmöglichkeiten sind nicht auf die eingetretene Verletzung beschränkt, sondern umfassen auch die Verhinderung des Eintretens drohenden Schadens. Hiervon geht das GWB in § 107 II 2 und § 114 I 1 aus. § 107 II 2 GWB schreibt vor, dass darzulegen ist, „dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden [...] zu entstehen droht.“ Die Vergabekammer trifft nach § 114 I 1 GWB „die geeigneten Maßnahmen, um [...] eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.“ Dieses Ergebnis ist europarechtskonform, da die europäischen Rechtsmittelrichtlinien einen umfassenden Rechtsschutz fordern, so Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 486 = S. 238; Wittig: Probleme des Vergaberechts, 1999, zugl.: Diss., Univ. Heidelberg 1998, S. 66f.

ersatzansprüche⁴⁶⁴ geltend machen sowie die Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren,⁴⁶⁵ das Unterlassen von Verhandlungen⁴⁶⁶ und die Beseitigung diskriminierender Bedingungen⁴⁶⁷ in einem Ausschreibungsverfahren verlangen.

Vergaberecht ist gem. § 100 I GWB anwendbar, wenn der Schwellenwert im konkreten Einzelfall erreicht ist. Dies richtet sich nach § 3 VgV 2003.⁴⁶⁸ Für den Vertrag zwischen BKartA und Entflechtungstreuhänder ist gem. § 127 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV 2003⁴⁶⁹ der Schwellenwert von 130.000 Euro einschlägig.⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ So mit näheren Erläuterungen Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 306; Hertwig: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, Rn. 267ff. = S. 148ff.

⁴⁶⁵ So der Gesetzeswortlaut sowie statt aller Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 269.

⁴⁶⁶ So Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 484 = S. 238; Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 271.

⁴⁶⁷ So Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 485 = S. 238.

⁴⁶⁸ Auszugehen ist gem. § 3 I VgV 2003 von der geschätzten Gesamtvergütung für die vorgesehene Leistung. Gem. § 3 II VgV 2003 ist bei Dienstleistungsaufträgen mit bis zu 48 Monaten Laufzeit der Gesamtwert für die Laufzeit des Vertrags zugrunde zu legen.

⁴⁶⁹ § 2 VgV 2003 lautet: „Der Schwellenwert beträgt: 1. [...] 2. für Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden sowie vergleichbarer Bundeseinrichtungen außer Forschungs- und Entwicklungs-Dienstleistungen und Dienstleistungen des Anhangs I B der Richtlinie 92/50/EWB des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge vom 18. Juni 1992 (ABl. EG Nr. L 209 S. 1), geändert durch die Richtlinie 97/52/EG vom 13. Oktober 1997 (ABl. EG Nr. L 328 S. 1): 130.000 Euro; [...] 3. für alle anderen Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 200.000 Euro. [...]“

⁴⁷⁰ So allgemein für Dienstleistungsaufträge des Bundes Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 41 = S. 519. Das BKartA ist zwar keine oberste Bundesbehörde i.S.d. § 2 Nr. 2 Alt. 1 VgV 2003, so statt aller Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 22 Rn. 37 = S. 566, da es nicht an der Regierungsgewalt teilhat. Nach strenger Dogmatik ist es auch keine obere Bundesbehörde i.S.d. § 2 Nr. 2 Alt. 2 VgV 2003, da eine obere Bundesbehörde stets einen Behördenunterbau hat, so auch Becker: Öffentliche Verwaltung, 1989, S. 244, 299ff. Das ist beim BKartA nicht der Fall. Das BKartA ist vielmehr gem. § 51 I GWB eine selbständige Bundesoberbehörde. Jedoch ist das BKartA nach der ratio legis des § 2 Nr. 2 Alt. 3 VgV 2003 eine vergleichbare Bundeseinrichtung. Zwar hat der Verordnungsgeber die Bundesoberbehörde nicht in § 2 Nr. 2 VgV 2003 aufgenommen, obwohl ihm der Begriff bekannt gewesen sein musste, weil er nicht nur in § 51 I GWB, sondern auch in Art. 87 III 1 GG ausdrücklich erwähnt und in der Wissenschaft als terminus technicus verwendet wird, so beispielsweise von Sachs, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 87 Rn. 64; Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 22 Rn. 38 = S. 567. Doch ist es sinnwidrig, die Vergabe von Bundesaufträgen vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Behördenunterbaus abhängig zu machen. Die Generalklausel der vergleichbaren Bundeseinrichtungen zeigt, dass der Verordnungsgeber für alle Dienstleistungsaufträge von Behörden des Bundes direkt unterhalb der Ministerebene den Schwellenwert von 130.000 Euro festsetzen wollte.

Der Vertragsschluss mit dem Entflechtungstreuhänder ist ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 99 I GWB. Der Bund ist als Gebietskörperschaft öffentlicher Auftraggeber im Sinne der §§ 99 I i.V.m. 98 Nr. 1 GWB.⁴⁷¹ Der Entflechtungstreuhänder ist als natürliche oder juristische Person ein Unternehmen i.S.d. § 99 I GWB.⁴⁷² Bei dem Vertrag handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag i.S.d. § 99 I GWB,⁴⁷³ da das BKartA dem Entflechtungstreuhänder die Vergütung schuldet.⁴⁷⁴ Ein Schriftformerfordernis ist in § 99 I GWB nicht vorgesehen.⁴⁷⁵ Der Vertrag zwischen BKartA und Entflechtungstreuhänder hat Dienstleistungen i.S.d. § 99 I GWB zum Gegenstand.⁴⁷⁶ Eine eventuelle Eilbedürftigkeit der Herbeiführung der Entflechtung rechtfertigt nicht die Außerachtlassung der Vergabevorschriften.⁴⁷⁷

⁴⁷¹ So Dreher, in: *GWB, Immenga / Mestmäcker* [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 98 Rn. 11; Bechtold, in: *GWB, Bechtold* [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 98 Rn. 5; Maurer: *Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 98 GWB*, Diss., Univ. Bonn 2003, S. 53; Hertwig: *Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe*, 2000, Rn. 39 = S. 28; Boesen, in: *Vergaberecht, Boesen* [Hrsg.], 2000, § 98 Rn. 20; Werner, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Byok / Jaeger* [Hrsg.], 2000, § 98 Rn. 215; Drügemöller: *Vergaberecht und Rechtsschutz*, 1999, S. 183; vgl. Möschel: *Privatisierung und öffentliches Vergaberecht*, WuW 1997, S. 120ff. (121); Eschenbruch, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a.* [Hrsg.], 2000, § 98 Rn. 18.

⁴⁷² Der Begriff des Unternehmens ist weit auszulegen und umfasst auch natürliche sowie juristische Personen, (außen-)rechtsfähige Gesellschaften und Freiberufler, so Marx: *Rechtsschutz*, in: *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, S. 142ff. (149); Boesen, in: *Vergaberecht, Boesen* [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 180; Niebuhr, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a.* [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 248; Stickler, in: *Vergaberecht, Reidt / Stickler / Glahs* [Hrsg.], 2. Aufl., 2003, § 99 Rn. 5a.

⁴⁷³ Entgeltliche privatrechtliche Verträge werden unstreitig erfasst, so Bundesregierung: *Begr. VgRÄG, BTDrucks 13/9340 zu § 108 = S. 15*; Bechtold, in: *GWB, Bechtold* [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 99 Rn. 1; Werner, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Byok / Jaeger* [Hrsg.], 2000, § 99 Rn. 332ff.; Dreher: *Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts*, DB 1998, S. 2579ff. (2587).

⁴⁷⁴ Siehe hierzu S. 145.

⁴⁷⁵ Dies ist europarechtskonform, da der Bieterschutz auf mündliche Verträge erweitert wird, so Prieß: *Welche Aufträge sind auszuschreiben?*, in: *Das Recht der Auftragsvergabe*, 1999, S. 44ff. (45f.); Eschenbruch, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a.* [Hrsg.], 2000, § 99 Rn. 19; Dreher: *Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts*, DB 1998, S. 2579ff. (2587); Stickler, in: *Vergaberecht, Reidt / Stickler / Glahs* [Hrsg.], 2. Aufl., 2003, § 99 Rn. 6; a.A. ohne nähere Begründung Thieme / Correll: *Deutsches Vergaberecht*, DVBl 1999, S. 884ff. (885); zum Problemstand ausführlich Hailbronner, in: *Kommentar zum Vergaberecht, Byok / Jaeger* [Hrsg.], 2000, § 99 Rn. 341ff.

⁴⁷⁶ Zur Qualifizierung des Vertrags als Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag S. 81. Insbesondere handelt es sich bei dem Vertrag weder um einen Auftrag für Bau- oder Lieferaufträge noch um ein Auslobungsverfahren (§ 99 I GWB) noch um einen Arbeitsvertrag (§ 100 II am Anf. GWB).

⁴⁷⁷ Im Fall der Eilbedürftigkeit ist nach § 115 II GWB zu verfahren, so Leinemann: *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, 3. Aufl., 2004, Rn. 178 = S. 73, eine Ausnahmeregelung für eilbedürftige Fälle einer Zwangsvollstreckung gibt es nicht. Dies wird in der spezifisch zwangsvollstreckungsrechtlichen Literatur teilweise nicht berücksichtigt, so etwa von Sadler, in: *VwVG, Sadler* [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 6; App, in: *VwVG, Engelhardt / App* [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 11.

2. Eigene Ansicht

Selbst wenn die allgemeinen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Vergaberecht erfüllt sind,⁴⁷⁸ so ist Vergaberecht nach vorliegend vertretener Ansicht dennoch nicht anwendbar, da es gem. Art. 45, 55 EGV keine Anwendung findet auf „Tätigkeiten, die [...] in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind [...]“. Der Entflechtungstreuhänder übt öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV aus. Öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 45 EGV sind Tätigkeiten, die „für sich genommen eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt mit einschließen“.⁴⁷⁹ Die Ausübung öffentlicher Gewalt ergibt sich hierbei zwar nicht bereits aus der Stellung des Entflechtungstreuhänders als Beliehener.⁴⁸⁰ Erforderlich ist vielmehr, dass derjenige, welcher öffentliche Gewalt ausübt, die Möglichkeit hat, dem Bürger gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangs-

⁴⁷⁸ Siehe hierzu ab S. 133. Zu den Möglichkeiten der Begründung der Tätigkeitsverpflichtung nach vorliegend vertretener Ansicht mittels privatrechtlichen sowie öffentlich-rechtlichen Vertrages ab S. 84. Entgeltliche privatrechtliche Verträge werden von § 99 IGWB unstreitig erfasst, siehe die Nachweise S. 135 Fn 473, richtigerweise auch entgeltliche öffentlich-rechtliche Verträge. Ansonsten wäre eine „Flucht ins öffentliche Recht“ möglich. Wenn man dies nicht ohnehin schon dem Wortlaut des § 99 IGWB entnimmt, so ist jedenfalls eine richtlinienkonforme Auslegung vorzunehmen. Für entgeltliche öffentlich-rechtliche Verträge als von § 99 IGWB erfasst Pieper: Keine Flucht ins öffentliche Recht, DVBl 2000, S. 160ff. (163f.); Eschenbruch, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 99 Rn. 20; Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (589f.).

⁴⁷⁹ So EuGH: Urt. v. 21.6.1974, Az. 2/74 (Jean Reyners ./ Belgien) - Reyners, Slg. 1974, I-631 (631f., 655 Rn. 54/55); EuGH: Urt. v. 5.12.1989, Az. C-3/88 (Kommission ./ Italienische Republik) - Datenverarbeitung, Slg. 1989, I-4035 (4036, 4060 Rn. 13); EuGH: Urt. v. 13.7.1993, Az. C-42/92 (Adrianus Thijssen ./ Controledienst voor de Verzekeringen) - Thijssen, Slg. 1993, I-4047 (4047, 4069 Rn. 8); EuGH: Urt. v. 29.10.1998, Az. C-114/97 (Kommission ./ Spanien), Slg. 1998, I-6717 (6718, 6742 Rn. 35); EuGH: Urt. v. 9.3.2000, Az. C-355/98 (Kommission ./ Belgien), Slg. 2000, I-1221 (1222, 1245 Rn. 25); Dreher, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 99 Rn. 28; Geiger, in: EGV, Geiger [Hrsg.], 3. Aufl., 2000, Art. 45 Rn. 3; Schenk: Das neue Vergaberecht, 2001, zugl.: Diss., Univ. Freiburg 2000, S. 78f.; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 43 = S. 520; Tiedje / Troberg, in: EGV, von der Groeben / Schwarze [Hrsg.], Bd. 1, 6. Aufl., 2003, Art. 45 Rn. 10; Randelzhofer / Forstthoff, in: Das Recht der Europäischen Union, Grabitz [Begr.], Bd. I, Std.: 22. Lfg., 2003, Art. 45 EGV Rn. 7; Schlag, in: EU-Kommentar, Schwarze [Hrsg.], 2000, Art. 45 EGV Rn. 6; Bröhmer, in: EGV, Calliess / Ruffert [Hrsg.], 2. Aufl., 2002, Art. 45 Rn. 4ff., 2; Scheuer, in: EGV, Lenz / Borchardt [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 45 Rn. 3.

⁴⁸⁰ Gegen den automatischen Ausschluss der Anwendbarkeit des Rechts der Auftragsvergabe auf Beliehene Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 41 = S. 519.

befugnissen Gebrauch zu machen.⁴⁸¹ Unschädlich ist hierbei, dass der Entflechtungstreuhänder keine Verwaltungsakte erlässt, da es für die Hoheitlichkeit der Maßnahme nicht auf den regelnden Charakter ankommt⁴⁸²

Der Entflechtungstreuhänder hat die Möglichkeit, den Entflechtungspflichtigen gegenüber von Sonderrechten, Hoheitsprivilegien und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen. Die ihm eingeräumte Rechtsmacht, über Unternehmensteile der Entflechtungspflichtigen zu verfügen, ist ein ihm eingeräumtes Sonderrecht. Nur aufgrund der ihm eingeräumten Rechtsmacht hat er die Möglichkeit, gegenüber den Entflechtungspflichtigen handeln.

3. Vergleich

Die Nichtanwendbarkeit von Vergaberecht ergibt sich nach vorliegend vertretener, im Gegensatz zur bisherigen Ansicht, daraus, dass der Entflechtungstreuhänder öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 45, 55 EGV ausübt. Vorliegend vertretene Ansicht ist vorzugswürdig. Sie entspricht Sinn und Zweck der Art. 45, 55 EGV, dass die Staaten selbst entscheiden dürfen, wem sie die Ausübung originärer Staatsgewalt anvertrauen.

II. Ohne Vergaberecht

Wen Vergaberecht nicht anwendbar ist (beispielsweise, wenn der Schwellenwert nicht erreicht ist oder weil nach vorliegend vertretener Ansicht die Art. 45, 55 EGV einschlägig sind), dann steht einem Bewerber sowohl nach bisheriger als auch nach vorliegend vertretener Ansicht richtigerweise ein Anspruch auf

⁴⁸¹ So EuGH: Urt. v. 29.10.1998, Az. C-114/97 (Kommission ./ Spanien), Slg. 1998, I-6717 (6718, 6742 Rn. 37); Bröhmer, in: EGV, Calliess / Ruffert [Hrsg.], 2. Aufl., 2002, Art. 45 Rn. 6; Tiedje / Troberg, in: EGV, von der Groeben / Schwarze [Hrsg.], Bd. 1, 6. Aufl., 2003, Art. 45 Rn. 9; Randelzhofer / Forsthoff, in: Das Recht der Europäischen Union, Grabitz [Begr.], Bd. I, Std.: 22. Lfg., 2003, Art. 45 EGV Rn. 8.

⁴⁸² So zu Recht Bleckmann: Europarecht, 6. Aufl., 1997, Rn. 1628 = S. 591; wohl auch Randelzhofer / Forsthoff, in: Das Recht der Europäischen Union, Grabitz [Begr.], Bd. I, Std.: 22. Lfg., 2003, Art. 45 EGV Rn. 8; Klinge: Ausübung öffentlicher Gewalt, 1980, S. 231f. Auch der EuGH stellt nicht auf den regelnden Charakter ab, sondern darauf, wer die Handlung vornimmt, so EuGH: Urt. v. 13.7.1993, Az. C-42/92 (Adrianus Thijssen ./ Controledienst voor de Verzekeringen) - Thijssen, Slg. 1993, I-4047 (4073 Rn. 21); EuGH: Urt. v. 29.10.1998, Az. C-114/97 (Kommission ./ Spanien), Slg. 1998, I-6717 (6742 Rn. 38). A.A. Jarass: Niederlassungsfreiheit, RIW 1993, S. 1ff. (3f.); Lackhoff: Niederlassungsfreiheit, 2000, zugl.: Diss., Univ. Münster 1998, S. 157f.; Grüb: Niederlassungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, 1999, zugl.: Diss., Univ. Frankfurt 1998, S. 115ff.

ermessensfehlerfreie Entscheidung aus Art. 3 I GG zu. Auch dann, wenn Vergaberecht nicht anwendbar ist, ist der Bund vollziehende Gewalt i.S.d. Art. 1 III GG bzw. öffentliche Gewalt i.S.d. Art. 19 IV GG, so dass er an Grundrechte und hier insbesondere an Art. 3 I GG gebunden ist und die allgemeine Rechtsschutzgarantie eingreift.

1. Kein direkter Anspruch

Ein direkter Anspruch auf Auftragsvergabe ist mangels Anspruchsgrundlage nicht gegeben.⁴⁸³ Ein Anspruch aus § 55 BHO besteht nicht, weil § 55 BHO keine subjektiven Rechte verleiht.⁴⁸⁴ Ein Anspruch aus Art. 12 I GG besteht nicht, weil es nicht Sinn und Zweck des § 41 IV Nr. 3 GWB ist, dem Einzelnen zusätzliche Beschäftigungsmöglichkeiten zu bieten.⁴⁸⁵ Außerdem geht es im Fall einer fehlerhaften Auswahlentscheidung in der Sache nicht um einen Eingriff in die Berufsfreiheit,⁴⁸⁶ sondern um die Anwendung sachgerechter Entscheidungskriterien, so dass Art. 3 I GG die passende Maßstabsnorm ist.

2. Parallele zum Insolvenzrecht

Insolvenzverwalter haben einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung, da sie nur bei willkürfreier Auswahl eine Chance auf Berück-

⁴⁸³ Ausführlich zu gescheiterten Gesetzesinitiativen sowie zu (hier offensichtlich nicht anwendbaren) Spezialregelungen Kunert: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, 1977, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1977, S. 32ff.

⁴⁸⁴ Die haushaltsrechtlichen Vorschriften verleihen dem Einzelnen keine subjektiven Rechte, so die h.M., vgl. Möschel: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, WuW 1997, S. 120ff. (121).

⁴⁸⁵ So für den Fall der Bestellung zum Pflichtverteidiger BVerfG: Beschl. v. 8.4.1975, Az. 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238 (242). Für den Fall des Insolvenzverwalters insoweit zu Recht OLG Düsseldorf: Beschl. v. 24.6.1996, Az. 3 VA 4/95 - Bewerberliste, NJW-RR 1996, 1273 (1273); Eickmann, in: InSO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 20; Graeber, in: MüKo-InSO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 133; Schick: Der Konkursverwalter - berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1991, S. 1328ff. (1331); Robrecht: Zum klagbaren Anspruch des Rechtsanwalts auf Bestellung zum Konkursverwalter, KTS 1998, S. 63ff. (66); Kessler: Rechtsschutz des „übergangenen“ Insolvenzverwalters, ZIP 2000, S. 1565ff. (1573). A.A. Huber: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, zugl.: Habil., Univ. München 1990/91, S. 445; Huber: Kampf um den öffentlichen Auftrag, 2002, S. 29; Püttner: Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985, S. 113f.

⁴⁸⁶ Anders, wenn jemand gegen seinen Willen zum Entflechtungstreuhänder bestellt wird, hierzu S. 75.

sichtigung in einem konkreten Verfahren haben.⁴⁸⁷ Zwar wird ein solcher zumeist unter Hinweis auf die Pflichtverteidigerentscheidung des BVerfG⁴⁸⁸ (noch) verneint,⁴⁸⁹ doch ist dies verfehlt, da das BVerfG bereits in ihr ausdrücklich festgestellt hat, dass „nach pflichtgemäßem Ermessen“ zu entscheiden ist.⁴⁹⁰ Zieht man, insbesondere mit der bisherigen Ansicht, eine Parallele zum Insolvenzverwalter, dann steht dem Entflechtungstreuhänder daher ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu.

3. Ermessensfehlerfreie Auswahl

Richtigerweise ist, wenn Vergaberecht nicht anwendbar ist, auch nach allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung gegeben. Demgegenüber wird insbesondere von der Rechtsprechung vertreten, eine Grundrechtsbindung des Staates trete bei einer Auswahlentscheidung nur dann ein, wenn in privatrechtlicher Form eine öffentliche Aufgabe unmittelbar erfüllt wird oder wenn der Staat die privatrecht-

⁴⁸⁷ So ausdrücklich BVerfG: Beschl. v. 3.8.2004, Az. 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040803_1bvr013500.html, Abs. 30f.; Kind, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 56 Rn. 13f.; Lüke, in: InsO, Kübler / Prütting [Begr.], Bd. I, Std.: 18. Lfg., 2003, § 56 Rn. 15; Lüke: Kein Bedarf an Insolvenzverwaltern, ZIP 2000, S. 485ff. (489); Lüke: Verwalterbestellung - im grundrechtsfreien Raum?, ZIP 2000, S. 1574f. (1575).

⁴⁸⁸ BVerfG: Beschl. v. 8.4.1975, Az. 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238 (242, 245).

⁴⁸⁹ So OLG Düsseldorf: Beschl. v. 24.6.1996, Az. 3 VA 4/95 - Bewerberliste, NJW-RR 1996, 1273 (1273); Eickmann, in: InsO, Eickmann u.a. [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, § 56 Rn. 20; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 70, 133; Schick: Der Konkursverwalter - berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, NJW 1991, S. 1328ff. (1331); Robrecht: Zum klagbaren Anspruch des Rechtsanwalts auf Bestellung zum Konkursverwalter, KTS 1998, S. 63ff. (66); Kessler: Rechtsschutz des „übergangenen“ Insolvenzverwalters, ZIP 2000, S. 1565ff. (1573).

⁴⁹⁰ BVerfG: Beschl. v. 8.4.1975, Az. 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238 (242).

liche Form nur wählt, um sich der Grundrechtsbindung zu entziehen.⁴⁹¹ Wendet man die Ansicht der Rechtsprechung auf einen Bewerber als Entflechtungstreu­händer an, dann ist kein Anspruch gegeben, da durch die Auswahlentscheidung selbst keine öffentliche Gewalt ausgeübt wird, da durch die Auswahl­entscheidung selbst nicht unmittelbar die öffentliche Aufgabe der Herbeiführung der Entflechtung erfüllt wird und der Staat die privatrechtliche Form (des Vertrags mit dem Entflechtungstreu­händer) nicht nur wählt, um sich der Grund­rechtsbindung zu entziehen.

Die Ansicht insbesondere der Rechtsprechung ist nur vor dem historischen Hintergrund verständlich, aus welchem sich zugleich ergibt, dass sie mittler­weile unhaltbar geworden ist, weil sich die Differenzierung nach unmittelbarer und mittelbarer Aufgabenwahrnehmung vor dem Hintergrund einer um­fassenden Grundrechtsbindung des Staates nicht mehr rechtfertigen lässt.

Die Rechtsentwicklung nahm ihren Anfang in der Weimarer Republik. Damals wurde allgemein vertreten, der Staat sei bei der Vergabe von Aufträgen nicht grundrechtsgebunden.⁴⁹² Dies wurde mit der Fiskustheorie begründet, nach welcher der Staat, ebenso wie ein Privater, als Privatrechtssubjekt („Fiskus“) handeln könne.⁴⁹³ Handele er als Fiskus, dann handele er „nicht als

⁴⁹¹ So BVerwG: Urt. v. 7.11.1957, Az. II C 109.55, BVerwGE 5, 325 (326f.); BGH: Urt. v. 10.12.1958, Az. V ZR 70/57, BGHZ 29, 76 (80); für den Fall des Hausverbots gegenüber einem Foto­grafen im Standesamt BGH: Urt. v. 26.10.1960, Az. V ZR 122/59, BGHZ 33, 230 (233); BGH: Urt. v. 26.10.1961, Az. KZR 1/61 - AOK Gummistrumpf, BGHZ 36, 91 (95f.); BGH: Urt. v. 6.6.1967, Az. VI ZR 214/65, NJW 1967, 1911 (1911); BGH: Urt. v. 20.12.1968, Az. V ZR 51/65, DÖV 1969, 861 (861); BGH: Urt. v. 23.9.1969, Az. VI ZR 19/68 - Schüler-Tarife, BGHZ 52, 325 (327ff.); für den Fall des Ausschlusses eines Abschleppunternehmers von der Erteilung von Abschleppaufträgen BVerwG: Urt. v. 10.11.1972, Az. VII C 37/70, MDR 1973, 525 (525); BGH: Urt. v. 26.11.1975, Az. VIII ZR 164/74, BGHZ 65, 284 (286f.); für die Beauftragung von Abschleppunternehmern BGH: Urt. v. 14.12.1976, Az. VI ZR 251/73, NJW 1977, 628 (629f.); grundlegend bereits Siebert: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: FS Niedermeyer, 1953, S. 215ff. (222, 239ff.); die in der Reaktion auf den Vorwurf „keine Flucht ins Privatrecht“ weiterentwickelte Fiskustheorie wird in der Literatur vertreten von Zeidler: Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19, 1961, S. 208ff. (225ff.); Ossenbühl: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513ff. (523); Erichsen: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., 1992, S. 179ff. (§ 32 Rn. 5 = S. 409); Schwerdtfeger: Öffentliches Recht, 10. Aufl., 1997, § 15 Rn. 224 = S. 104; Badura: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, S. 245ff. (Rn. 72 = S. 303); allgemein für Beliehene Stuiblé-Treder: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss., Univ. Tübingen 1986, S. 94.

⁴⁹² So statt vieler Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S. 52f.

⁴⁹³ So statt vieler Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S. 52f.

Befehlender“.⁴⁹⁴ In der Anfangszeit der Geltung des Grundgesetzes wurde weiterhin an der Fiskustheorie festgehalten.⁴⁹⁵ Als Argument für die Fiskustheorie wurde vorgebracht, der Fiskus sei nicht vollziehende „Gewalt“ i.S.d. Art. 1 III GG, so dass er sich wie jedes andere Privatrechtssubjekt Leistungen am Markt beschaffen könne, ohne an Grundrechte gebunden zu sein. Die Fiskustheorie wurde jedoch alsbald als unbefriedigend empfunden und dahingehend fortentwickelt, dass danach differenziert wird, ob in privatrechtlicher Form eine öffentliche Aufgabe unmittelbar erfüllt wird. In diesem Fall soll Grundrechtsbindung gegeben sein. Wird hingegen in privatrechtlicher Form eine öffentliche Aufgabe nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar erfüllt, dann handele der Staat im engeren Sinne fiskalisch. In diesem Fall sei nur ein „Hilfsgeschäft der Verwaltung“ gegeben. Bei solchen „Hilfsgeschäften der Verwaltung“ solle eine Grundrechtsbindung nicht gegeben sein. Auch diese differenzierende Auffassung wurde als unbefriedigend erkannt, da es der Staat nach ihr in der Hand hat, sich durch die Wahl der privatrechtlichen Form jeglicher Grundrechtsbindung zu entziehen. Unter dem Stichwort „keine Flucht ins Privatrecht“ wurde sie daher zum bereits erwähnten heutigen Standpunkt der Rechtsprechung fortentwickelt.⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ So Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1, 3. Aufl., 1924, S. 52.

⁴⁹⁵ Siehe beispielsweise Wolff: Verwaltungsrecht I, 3. Aufl., 1959, § 23 I a 3 = S. 83 bis Wolff: Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, § 23 II a = S. 106f. Der Fiskustheorie folgt grundsätzlich auch Dürig, wengleich er die staatliche Auftragsvergabe als „echten Grenzfall“ bezeichnet, so Dürig, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. I, Std.: 40. Lfg., 2003, Art. 3 I Rn. 490. Dürig entwickelt ausgehend von der Fiskustheorie die Theorie der mittelbaren Einwirkung der Grundrechte über die Auslegung der Privatrechtsnormen, so Dürig, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. I, Std.: 40. Lfg., 2003, Art. 3 I Rn. 500. Diese hat viel Beachtung gefunden, führt aber bei der staatlichen Auftragsvergabe in der Praxis zu keinem effektiven Rechtsschutz und wird auch sonst abgelehnt, da sie die wechselseitige Privatautonomie aufhebt, so Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 23 Rn. 20 = S. 233.

⁴⁹⁶ Siehe S. 140.

Die herrschende⁴⁹⁷ Gegenansicht zur Fiskustheorie geht ebenfalls davon aus, dass Hilfsgeschäfte der Verwaltung in privatrechtlicher Form abgeschlossen werden, vertritt für diese aber zu Recht eine generelle Grundrechtsbindung der

⁴⁹⁷ Es gibt nicht nur die herrschende, sondern eine Fülle weiterer Gegenansichten. So wird vertreten, dass es darauf ankommt, ob sich die Auftragsvergabe als staatliche (Nachfrage-)Machtausübung darstellt, so Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 23 Rn. 21 = S. 234; Huber: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, zugl.: Habil., Univ. München 1990/91, S. 545f. Als Argument hierfür wird angeführt, der Staat könne mit einer Auftragsvergabe beispielsweise konjunkturpolitische und andere Gemeinwohlzwecke verfolgen. Eine Grundrechtsbindung wird weiter bejaht, wenn der Staat der allein in Frage kommende Vertragspartner ist, so Rübner: Grundrechtsadressaten, in: HdbStR, Bd. V, 1992, S. 525ff. (§ 117 Rn. 46 = S. 545). Teilweise wird im Hinblick auf die wirtschaftliche Bedeutung nach der vom Staat nachgefragten Leistung differenziert, so Ossenbühl: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 513ff. (522). Noch weiter führend wird gelegentlich vertreten, die Auftragsvergabe sei als Verwaltungsakt zu beurteilen, so Kopp: Vergabeentscheidung als Verwaltungsakt?, BayVwBl 1980, S. 609ff. (610); in einer älteren Auflage Kopp, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 6. Aufl., 1996, § 35 Rn. 22; Schenke, in: VwGO, Kopp [Begr.], 13. Aufl., 2003, § 40 Rn. 25a; Triantafyllou: Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, NVwZ 1994, S. 943ff. (946); Hermes: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909ff. (915). Diese Theorie konnte sich nicht durchsetzen. Für sie sprechen die Parallelen zur Zwei-Stufen-Theorie (das „ob“ ist öffentlich-rechtlich, das „wie“ privatrechtlich) sowie zum Subventionsrecht, wo die h.M. heute vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes ausgeht. Hier hat sich das Recht in einer der Auftragsvergabe vergleichbaren Weise entwickelt. Grundlegend bereits Maunz: Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, BayVwBl 1962, S. 1ff. (3); vgl. zur Problematik insgesamt Hermes: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909ff. (881); Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 22 Rn. 67 = S. 216; a.A. (= h.M., dass die Auftragsvergabe kein Verwaltungsakt ist) beispielsweise Ramsauer, in: VwVfG, Kopp [Begr.], 8. Aufl., 2003, § 35 Rn. 39; Waldner: Bieterschutz im Vergaberecht, 2000, zugl.: Diss., Univ. Würzburg 1999, S. 118ff.; Pietzcker: Die Zerteilung des Vergaberechts, 2001, S. 19ff.; Püttner: Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, DVBl 1982, S. 122ff. (123); zur Rechtslage in anderen europäischen Ländern Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1997, Rn. 69 = S. 41 m.w.N.

Verwaltung („Fiskalgeltung der Grundrechte“).⁴⁹⁸ Der Staat handelt auch in Wahrnehmung mittelbarer Verwaltungsaufgaben als Staat und ist daher an öffentlich-rechtliche Grundsätze und Regelungen gebunden, zu welchen insbesondere auch die Grundrechte gehören.⁴⁹⁹ Die Unterscheidung zwischen mittelbarer und unmittelbarer Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe ist nicht nachvollziehbar.⁵⁰⁰ Die Fiskustheorie ist in der Zeit vor der Geltung des Grundgesetzes entwickelt worden, um den absolutistischen Staat wenigstens privatrechtlichen Bindungen zu unterwerfen.⁵⁰¹ Unter der Geltung von Art. 1 III, 19 IV und 20 III GG erscheint es heute widersinnig, die Fiskustheorie aufrecht-

⁴⁹⁸ Vereinzelt wird diese Ansicht auch von der Rechtsprechung geteilt, so OLG Düsseldorf: Urt. v. 12.2.1980, Az. U (Kart) 8/79, DÖV 1981, 537 (538f.); GemSenOGB: Beschl. v. 10.4.1986, Az. GmS-OGB 1/85, BVerwGE 74, 368 (373) (obiter dictum); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 17 Rn. 1 = S. 440; Evers: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073ff. (2075); Zeidler: Anmerkung, DVBl 1962, S. 301ff. (302); Forsthoff: Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 11; Burmeister: Der Begriff des „Fiskus“ in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, DÖV 1975, S. 695ff. (701f.); Kunert: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, 1977, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1977, S. 100, 114; Isensee: Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer, DB 1979, S. 145ff. (147); Isensee: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbStR, Bd. III, 1988, S. 3ff. (Rn. 172 = S. 79); Rübner: Grundrechtsadressaten, in: HdbStR, Bd. V, 1992, S. 525ff. (Rn. 45 = S. 545); Pietzcker: Anmerkung, DÖV 1981, S. 539f. (540); Pietzcker: Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 1982, S. 61ff. (70f.); Pietzcker: Die Zweiteilung des Vergaberechts, 2001, S. 17; von Zezschwitz: Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, S. 1873ff. (1878); Ehlers: Verwaltung in Privatrechtsform, Habil., Univ. Erlangen 1984, S. 216; Wallerath: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1985, § 2 II 2 = S. 31; Wallerath: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1988, zugl.: Habil., Univ. Trier 1985/86, S. 318; Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1986, § 12 Rn. 20 = S. 218; Ronellenfitsch: Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HdbStR, Bd. III, 1988, S. 1171ff. (Rn. 30 = S. 1188); Stern: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Staatsrecht, Bd. III/1, 1988, S. 1320ff. (1410f.); Huber: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, zugl.: Habil., Univ. München 1990/91, S. 532f, 545; Huber: Kampf um den öffentlichen Auftrag, 2002, S. 29; Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 23 Rn. 20 = S. 233; Hesse: Verfassungsrecht, 20. Aufl., 1995, Rn. 347; Byok: Das neue Vergaberecht, NJW 1998, S. 2774ff. (2776); Hermes: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909ff. (912); Hertwig: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000, Rn. 1 = S. 1; Niebuhr, in: Kommentar zum Vergaberecht, Niebuhr u.a. [Hrsg.], 2000, § 97 Rn. 241, 243f.; von Münch, in: GG, von Münch [Hrsg.], Bd. 1, 5. Aufl., 2000, Vorb. Art. 1-19 Rn. 36; Puhl: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 60, 2001, S. 456ff. (477); Pjeroth / Schlink: Grundrechte, 19. Aufl., 2003, Rn. 169 = S. 42, Rn. 171 = S. 42f.

⁴⁹⁹ So Stober: Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 23 Rn. 20 = S. 233; Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 17 Rn. 1 = S. 440.

⁵⁰⁰ So Zeidler: Anmerkung, DVBl 1962, S. 301ff. (302); Kunert: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, 1977, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1977, S. 100, 114.

⁵⁰¹ So Forsthoff: Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 11; Zeidler: Anmerkung, DVBl 1962, S. 301ff. (302); Evers: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073ff. (2075); Pjeroth / Schlink: Grundrechte, 19. Aufl., 2003, Rn. 169 = S. 42.

zuerhalten.⁵⁰² Fiskus und Staat sind nicht trennbar, es handelt sich nur um zwei Begriffe für dieselbe Sache. Die Verwaltung ist immer an Recht und Gesetz gebunden, auch wenn sie in privatrechtlicher Form handelt.⁵⁰³ Die Bedarfsdeckung ist kein grundrechtsfreier Raum.⁵⁰⁴ Schließlich gibt es keinen sachlichen Grund dafür, eine Grundrechtsbindung zu verneinen.⁵⁰⁵

⁵⁰² So Forsthoff: Der Staat als Auftraggeber, 1963, S. 11; Zeidler: Anmerkung, DVBl 1962, S. 301ff. (302); Evers: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073ff. (2075f.); Burmeister: Der Begriff des „Fiskus“ in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, DÖV 1975, S. 695ff. (701f.); Pietzcker: Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, AöR 1982, S. 61ff. (71).

⁵⁰³ So Evers: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, NJW 1960, S. 2073ff. (2075).

⁵⁰⁴ So Kunert: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, 1977, zugl.: Diss., Univ. Tübingen 1977, S. 114.

⁵⁰⁵ So Hesse: Verfassungsrecht, 20. Aufl., 1995, Rn. 347.

B. Primäransprüche

I. Herbeiführung der Entflechtung

Der Anspruch des Bundes gegen den Entflechtungstreuhänder auf Herbeiführung der Entflechtung ergibt sich aus dem zwischen dem Bund, vertreten durch das BKartA, und dem Entflechtungstreuhänder geschlossenen Vertrag.⁵⁰⁶

II. Vergütungsanspruch

Dem Entflechtungstreuhänder steht gegen den Bund ein vertraglicher Anspruch auf Zahlung der Vergütung zu.⁵⁰⁷ Die Rechtslage vor der 6. GWB-Novelle, wonach der Entflechtungstreuhänder von den Entflechtungspflichtigen Zahlung verlangen konnte,⁵⁰⁸ gilt nicht fort, da die einschlägige Ermächtigungsgrundlage⁵⁰⁹ nicht mehr gilt und eine Analogiebildung daran scheitert, dass es keine Regelungslücke gibt, da der Entflechtungstreuhänder (wie eben erwähnt) vom Bund Zahlung verlangen kann. Der Zahlungsanspruch besteht damit auch nicht

⁵⁰⁶ Zur Begründung der Tätigkeitsverpflichtung durch Vertrag und zu dessen Qualifizierung ab S. 75.

⁵⁰⁷ Zum Vertrag näher ab S. 75.

⁵⁰⁸ Vor der 6. GWB-Novelle war in § 24 VII Nr. 4 Hs. 4 GWB a.F. geregelt: „Der Treuhänder kann von dem Verpflichteten eine angemessene Vergütung verlangen“. Dieser Anspruch war nicht vertraglicher Natur, da zwischen Entflechtungstreuhänder und Entflechtungspflichtigen kein Vertrag geschlossen wurde. Zwar sollte diesbezüglich durch die 6. GWB-Novelle im sachlichen Gehalt der Norm keine Änderung erfolgen, siehe S. 17, doch ist hier in der Sache tatsächlich eine Änderung erfolgt, da nunmehr der Vertrag die Anspruchsgrundlage darstellt.

⁵⁰⁹ Für § 24 VII Nr. 4 Hs. 4 GWB a.F. als öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage (im Gegensatz zur zivilrechtlichen Anspruchsgrundlage) spricht die parallele Formulierung in § 10 BVwVG, wo allgemein vom Vorliegen einer Ermächtigungsgrundlage ausgegangen wird, so App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 14; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 14. Zu einem anderen Ergebnis gelangt man mit der bisherigen Ansicht, da die Privat-rechtlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders der Geltendmachung eines Anspruchs aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Ermächtigungsgrundlage entgegensteht.

in der angemessenen, sondern in der vertraglich vereinbarten Höhe.⁵¹⁰ Auch bei einem eventuellen Zweckfortfall⁵¹¹ richtet sich die Vergütungspflicht weiterhin nach dem Vertrag.⁵¹²

Weil der Vertrag einen Rechtsgrund darstellt und weil der Entflechtungstreu­händer mit Fremdgeschäftsführungswillen für das BKartA handelt, besteht auch kein Anspruch des Entflechtungstreu­händers gegen die Entflechtungspflichtigen aus Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 670, 677 BGB).⁵¹³ Dies gilt auch in dem Fall, dass der Vertrag unwirksam ist. Entscheidend für den Fremd­geschäftsführungswillen ist nicht das objektive Bestehen eines Vertragsver­hältnisses, sondern die subjektive Willensrichtung.

⁵¹⁰ Dies war vor der 6. GWB-Novelle anders, siehe § 24 VII Nr. 4 Hs. 4 GWB a.F.: „Der Treuhänder kann von dem Verpflichteten eine angemessene Vergütung verlangen“. Da es sich nicht um einen vertraglichen Anspruch handelte, war die Normierung eines Kriteriums erforderlich, anhand dessen die Höhe bestimmt werden konnte. Lediglich vereinzelt und zu Unrecht wird angenommen, das Angemessenheitskriterium gelte auch nach der 6. GWB-Novelle weiter fort, so Bosch, in: *GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.]*, Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24. Da der Vertrag seit der 6. GWB-Novelle (unstreitig) zwischen BKartA und Entflechtungstreu­händer geschlossen wird, besteht kein Bedürfnis mehr für ein inhaltliches Kriterium, um die Höhe des Honorars zu bestimmen. Dies gilt auch dann, wenn ein Honorar nicht vereinbart wurde. In einem solchen Fall richtet sich der Zahlungsanspruch nach den Bestimmungen des BGB. Zu berücksichtigen ist, dass § 612 II BGB keine Anwendung findet, da es sich nicht um einen Dienst-, sondern um einen Geschäftsbesorgungs(werk)vertrag handelt, hierzu ab S. 81.

⁵¹¹ Siehe zum Regress des Bundes gegen die Entflechtungspflichtigen bei Zweckfortfall S. 149.

⁵¹² So allgemein für die Zwangsvollstreckung App: *Verwaltungsvollstreckungsrecht*, 3. Aufl., 1997, § 33 Rn. 7 = S. 214; Sadler, in: *VwVG, Sadler [Hrsg.]*, 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 7. Insbesondere steht dem Entflechtungstreu­händer, falls ein Pauschalhonorar vereinbart wurde (vorbehaltlich § 649 S. 2 Hs. 2 BGB) das gesamte Honorar zu, so Sadler, in: *VwVG, Sadler [Hrsg.]*, 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 7.

⁵¹³ Für ein Handeln des Unternehmers im Rahmen der Ersatzvornahme für seinen Vertragspartner, nicht für die Pflichtigen App, in: *VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.]*, 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 9; Sadler, in: *VwVG, Sadler [Hrsg.]*, 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 9; Gusy: *Polizeirecht*, 5. Aufl., 2003, Rn. 442 = S. 246.

C. Regress wegen gezahlter Vergütung

I. § 10 BVwVG

Der Bund, vertreten durch das BKartA, kann nach beiden Ansichten von den Entflechtungspflichtigen aufgrund § 10 BVwVG⁵¹⁴ die Kosten ersetzt verlangen, die er für das Tätigwerden des Entflechtungstreuhanders aufwenden musste.

II. Anwendbarkeit

Die Anwendbarkeit des § 10 BVwVG ergibt sich daraus, dass eine spezielle Ermächtigungsgrundlage, welche den Kostenerstattungsanspruch regelt, im GWB nicht enthalten ist. Bei der Herbeiführung der Entflechtung handelt es sich um einen Fall der Ersatzvornahme,⁵¹⁵ so dass das BVwVG ergänzend heranzuziehen ist.⁵¹⁶

III. Fälligkeit

Fällig ist der Anspruch nicht erst dann, wenn die Kosten entstanden sind, sondern bereits mit der Festsetzung der Ersatzvornahme.⁵¹⁷ Zwar ist in § 10 BVwVG diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung erfolgt, so dass nach allgemeinen Grundsätzen des Regresses erst erstattungsfähige Kosten entstanden sein müssen, so dass ein Abweichen von diesen Grundsätzen nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes einer gesetzlichen Ermächtigungsgrund-

⁵¹⁴ Für den Fall der Ersatzvornahme regelt § 10 BVwVG, dass „die Vollzugsbehörde einen anderen mit der Vornahme der Handlung auf Kosten des Pflichtigen beauftragen kann“. Die Kostentragungspflicht des § 10 BVwVG ist verfassungsgemäß, da sie eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.d. Art. 14 I 2 GG ist, so BVerfG: Beschl. v. 19.11.1991, Az. 8 B 137/91, NJW 1992, 1908 (1908).

⁵¹⁵ Zur vollstreckungsrechtlichen Qualifizierung als Ersatzvornahme ab S. 15.

⁵¹⁶ Für die ergänzende Heranziehung des BVwVG, soweit keine spezielle vollstreckungsrechtliche Regelung eingreift Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, Einl. Rn. 2; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 66f.

⁵¹⁷ „Der Anspruch auf Zahlung der zu erwartenden Kosten entsteht, sobald der Grundverwaltungsakt vollziehbar und das Zwangsmittel sowohl angedroht als auch, sofern nicht die Festsetzung nach § 14 S. 2 BVwVG wegfällt, gem. § 14 BVwVG vollziehbar festgesetzt ist“, so BVerwG: Urt. v. 16.1.1976, Az. IV C 25.74, DÖV 1976, 317 (317).

lage bedarf,⁵¹⁸ doch spricht die Interessenlage für die Fälligkeit bereits mit der Festsetzung. In § 10 BVwVG geht es nicht um einen Kostenerstattungsanspruch, sondern um einen Anspruch auf Zahlung der Kosten, und zwar auch der zu erwartenden Kosten. Es wäre unbillig, wenn derjenige, welcher der vollstreckungsrechtlichen Grundverfügung nicht nachkommt, besser steht als der gesetzestreue Bürger.⁵¹⁹

IV. Rechtmäßigkeit der Ersatzvornahme

Der Anspruch setzt voraus, dass die Ersatzvornahme insgesamt rechtmäßig war.⁵²⁰ Dies beinhaltet insbesondere, dass das BKartA gem. § 13 IV 1 BVwVG in der Androhung den Kostenbetrag vorläufig veranschlagt hat, da das vollständige Fehlen eines solchen Kostenanschlags nach Bundesverwaltungsvollstreckungsrecht zur Rechtswidrigkeit der Ersatzvornahme führt.⁵²¹ Der Mangel

⁵¹⁸ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 14; wohl auch App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 33 Rn. 8 = S. 214; Menger: Die Fälligkeit des Anspruchs auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten, VerwArch 1977, S. 83ff. (83, 90); Mertens: Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, 1976, zugl.: Diss., Univ. Münster 1976, S. 58f.

⁵¹⁹ So BVerwG: Urt. v. 16.1.1976, Az. IV C 25.74, DÖV 1976, 317 (317); BVerwG: Beschl. v. 21.8.1996, Az. 4 B 100/96, NVwZ 1997, 381 (381f.); Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 13.

⁵²⁰ Bei einer rechtswidrigen Ersatzvornahme können die Kosten der Ersatzvornahme nicht vom Pflichtigen gefordert werden, so BVerwG: Urt. v. 13.4.1984, Az. 4 C 31/81, NJW 1984, 2591 (2592); BVerwG: Beschl. v. 21.8.1996, Az. 4 B 100/96, NVwZ 1997, 381 (382); VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 27.6.1990, Az. 5 S 2180/89, NVwZ 1991, 686 (686); VGH Kassel: Urt. v. 15.6.1987, Az. 11 UE 2521/84, NVwZ 1987, 910 (910); App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 13 Rn. 6; Gusy: Verwaltungsvollstreckungsrecht, JA 1990, S. 339ff. (339); Knemeyer: Polizei- und Ordnungsrecht, 10. Aufl., 2004, Rn. 367 = S. 204; Mertens: Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, 1976, zugl.: Diss., Univ. Münster 1976, S. 53; Pieroth / Schlink / Kniesel: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004, § 21 Rn. 10 = S. 395f.; Schoch: Kosten der Gefahrenabwehr, JuS 1995, S. 504ff. (507); Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 185ff. (Rn. 355 = S. 397); Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., 2004, Rn. 554 = S. 299, Rn. 699 = S. 365f.; Schmidt: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 319f.; Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, S. 381ff. (21 Rn. 337 = S. 505); differenzierend Dünchheim: Festsetzung von Zwangsmitteln, NVwZ 1997, S. 350ff. (352).

⁵²¹ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 13 Rn. 6; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 13 Rn. 50; Würtenberger / Heckmann / Riggert: Polizeirecht, 5. Aufl., 2002, Rn. 770 = S. 339; bereits PreußOVG: Urt. v. 4.4.1940, Az. IV C 176/38, PreußOVGE 105, 240 (242). In den meisten Landesverwaltungsvollstreckungsgesetzen ist dies anders.

kann allerdings bis zur Festsetzung geheilt werden, indem der Kostenanschlag nachgeholt wird.⁵²²

V. Geltendmachung

Das BKartA hat die Kosten in einem selbständigen Verwaltungsakt durch Leistungsbescheid festzusetzen.⁵²³ Dies gilt auch dann, wenn die Entflechtungspflichtigen sich mit der Einsetzung eines Entflechtungstreuhänders einverstanden erklären,⁵²⁴ denn bei § 10 BVwVG handelt es sich nicht um eine zivilrechtliche Anspruchsgrundlage, sondern um eine öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage.⁵²⁵

VI. Zweckfortfall

Fällt das Erfordernis der Herbeiführung der Entflechtung weg, während der Entflechtungstreuhänder tätig ist, und hat infolgedessen das Tätigwerden des Entflechtungstreuhänders keinen Zweck mehr,⁵²⁶ so müssen die Entflechtungspflichtigen nur die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Kosten tragen.⁵²⁷ Die Entflechtungspflichtigen haben im Gegensatz zum BKartA keine Möglichkeit, für einen solchen Fall ein Sonderkündigungsrecht zu vereinbaren bzw. die Anwendbarkeit des § 649 S. 2 BGB durch entsprechende vertragliche Konstruktio-

⁵²² So OVG Berlin: Urt. v. 3.12.1968, Az. II B 55/67, JR 1969, 476 (476); App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 13 Rn. 6; a.A. Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 13 Rn. 52.

⁵²³ So die h.M., HessVGH: Urt. v. 27.11.1990, Az. 11 UE 2350/90, DÖV 1991, 699 (699); OVG Koblenz: Urt. v. 15.3.1988, Az. 7 A 44/87, NVwZ 1988, 658 (659); App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 15; Erichsen / Rauschenberg: Verwaltungsvollstreckung, Jura 1998, S. 31ff. (34); Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 20 Rn. 13 = S. 512f.; Oldiges: Kostenerstattung für Gefahrenabwehr, JuS 1989, S. 616ff. (617); Schoch: Kosten der Gefahrenabwehr, JuS 1995, S. 504ff. (508); Dünchheim: Festsetzung von Zwangsmitteln, NVwZ 1997, S. 350ff. (350); Gusy: Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 465 = S. 261; Sailer: Haftung für Polizeikosten, in: Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 1049ff. (1065); Pieroth / Schlink / Kniesel: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004, § 22 Rn. 24 = S. 402; Schmidt: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 303; Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 185ff. (Rn. 294 = S. 365).

⁵²⁴ So (allgemein) OVG Münster: Urt. v. 16.2.1971, Az. VII A 512/68, OVGE 26, 180 (183); App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 15.

⁵²⁵ So App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 14; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 14.

⁵²⁶ Siehe zum Vergütungsanspruch des Entflechtungstreuhänders bei Zweckfortfall S. 146.

⁵²⁷ So allgemein für die Zwangsvollstreckung App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 33 Rn. 7 = S. 214; Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 10 Rn. 7.

nen sicher zu stellen, so dass es ihnen auch nicht angelastet werden kann, wenn das BKartA dies versäumt hat.

VII. Keine öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag

Richtigerweise steht dem Bund, vertreten durch das BKartA, kein Anspruch gegen die Entflechtungspflichtigen aus öffentlich-rechtlicher Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 683 S. 1, 670, 677 BGB analog) zu. Die §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB sind wegen der Anwendbarkeit des § 10 BVwVG mangels Regelungslücke nicht analog anwendbar. Dies gilt auch für den Fall, dass ein Anspruch aus § 10 BVwVG nicht besteht, beispielsweise weil die Durchführung der Ersatzvornahme rechtswidrig war. Zwar ist in diesem Fall kein Rechtsgrund gegeben, auch ist es (unstreitig) möglich, dass ein Geschäftsführer ein Geschäft für mehrere Geschäftsherren führt. Schließlich sind die Pflichtigen nicht dadurch von ihren Pflichten entbunden, dass eigentlich die Behörde zur Gefahrenabwehr verpflichtet ist, und derjenige, welcher seinen öffentlich-rechtlichen Pflichten nicht nachkommt, soll nicht besser stehen als der gesetzestreue Bürger.⁵²⁸ Gegen die analoge Anwendbarkeit der §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB spricht jedoch, dass es sich hier um einen öffentlich-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch gegen

⁵²⁸ Für die analoge Anwendbarkeit der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag BGH: Urt. v. 20.6.1963, Az. VII ZR 263/61, BGHZ 40, 28 (30f.); BGH: Urt. v. 24.10.1974, Az. VII ZR 223/72, BGHZ 63, 167 (172); BGH: Urt. v. 4.12.1975, Az. VII ZR 218/73, BGHZ 65, 354 (354); BGH: Urt. v. 15.12.1975, Az. II ZR 54/74, BGHZ 65, 384 (385); BGH: Urt. v. 22.7.1999, Az. III ZR 198/98, NJW 1999, 3633 (3635); Mittelmeier: Ersatz von Aufwendungen, VersR 1974, S. 727ff. (730); Berg: Hauptprobleme der GoA, JuS 1975, S. 681ff. (683f.); Baur: Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag, DVBl 1965, S. 893ff. (895).

einen Pflichtigen handelt.⁵²⁹ Nach dem Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes bedarf es für die Geltendmachung eines solchen einer formal-gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Die §§ 683 S. 1, 670, 677 BGB sind zivilrechtliche Normen. Sie für Regressansprüche zu instrumentalisieren in Fällen, in denen keine öffentlich-rechtliche Ermächtigungsgrundlage gegeben ist, ließe den Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes leer laufen. Auf die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen staatlichen Handelns käme es nicht mehr an.

⁵²⁹ Gegen die Anerkennung einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag zu Recht BVerwG: Urt. v. 23.8.1991, Az. 8 C 37/90, NJW 1992, 2243 (2243); VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 27.6.1990, Az. 5 S 2180/89, NVwZ 1991, 686 (687); OVG Koblenz: Urt. v. 18.3.1993, Az. 1 A 10570/92, NVwZ 1994, 715 (716); OVG Lüneburg: Urt. v. 25.8.1983, Az. 12 OVG A 120/81, DVBl 1984, 57 (57); Ehmann, in: BGB, Westermann [Hrsg.], Bd. I, 11. Aufl., 2004, vor § 677 Rn. 20; Maurer: Polizei und GoA, JuS 1970, S. 561ff. (563ff.); Hamann: Die öffentlich-rechtliche GoA, NJW 1955, S. 481ff. (483); Erichsen / Rauschenberg: Verwaltungsvollstreckung, Jura 1998, S. 31ff. (34); Mertens: Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, 1976, zugl.: Diss., Univ. Münster 1976, S. 77; Wind: Verwaltungsvollstreckungsrecht, VR 1988, S. 133ff. (143); Würtenberger: Erstattung von Polizeikosten, NVwZ 1983, S. 192ff. (193f.); Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, S. 381ff. (23 Rn. 390 = S. 526); Pieroth / Schlink / Kniesel: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2004, § 21 Rn. 10 = S. 395f.; Gusy: Polizeirecht, 5. Aufl., 2003, Rn. 464 = S. 260; Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., 2003; Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 185ff. (Rn. 356 = S. 398); Schoch: Kosten der Gefahrenabwehr, JuS 1995, S. 504ff. (507); Schmidt: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 319; Sailer: Haftung für Polizeikosten, in: Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 1049ff. (Rn. 107 = S. 1087); Hoepffner: Die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Verwaltung, Diss., Univ. Würzburg 1972 (151f.); Neuffer: Der pflichten- gebundene Geschäftsführer ohne Auftrag, Diss., Univ. Regensburg 1970 (137); Wollschläger: GoA im öfftl. Recht und Erstattungsanspruch, 1977 (S. 80); Wollschläger: GoA, 1976, zugl.: Habil., Univ. Göttingen 1974 (163ff.); Rietdorf: Grenzen der GoA im Ordnungsrecht, DÖV 1966, S. 253ff. (254); Steckert: Kosten von Abschleppmaßnahmen, DVBl 1971, S. 243ff. (246).

D. Schadensersatzansprüche

I. Staatshaftungsanspruch

1. Entflechtungstreuhänder

a. Bisherige Ansicht

Der Entflechtungstreuhänder kann nach bisheriger Ansicht keine Amtspflicht i.S.d. Staatshaftungsrechts verletzen, da er kein öffentliches Amt ausübt (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG), sondern ein *privates*.⁵³⁰ Ein öffentliches Amt ist ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, durch welches einer natürlichen oder juristischen Person punktuell oder auf Dauer die Ausübung einer Aufgabe zugewiesen wird, die dem Staat zur Wahrnehmung zugewiesen ist.⁵³¹ Träger eines privaten Amtes sind keine *Beliehenen*,⁵³² da der Staat lediglich deren Tätigkeit überwacht. Sie üben daher kein öffentliches Amt aus.⁵³³

Dennoch wird z.T. vertreten, Staatshaftungsrecht finde auf Handlungen des Entflechtungstreuhänders Anwendung.⁵³⁴ Das Eingreifen von Staatshaftungsrecht lässt sich jedoch auf der Grundlage der bisherigen Ansicht dogmatisch

⁵³⁰ Siehe hierzu ab S. 3. Ausdrücklich Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 342; Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 449.

⁵³¹ So statt vieler Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 16 = S. 526.

⁵³² So Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 110; Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 16; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 16 = S. 527; Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (587).

⁵³³ So Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 16; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 23 = S. 515; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 16 = S. 527; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 110; Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 134; Sprau, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 839 Rn. 30; Wurm, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 44; Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (587); Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, Einf. v. § 164 Rn. 9; Schilken, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 164-240, 2001, Vorbem. zu §§ 164ff. Rn. 61; Leptien, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 2, Allgemeiner Teil 2, 13. Aufl., 1999, Vor § 164 Rn. 76f.; Steffen, in: BGB-RGRK, Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.], Bd. §§ 1-240, 12. Aufl., 1982, Vor § 164 Rn. 11; Dölle: Neutrales Handeln im Privatrecht, in: FS Schulz, Bd. 2, 1951, S. 268ff. (271ff.); Speziell im Hinblick auf den Insolvenzverwalter die Nachweise S. 4 Fn 7. Speziell im Hinblick auf den Zwangsverwalter Wrobel: Prozessführungsbefugnis des Zwangsverwalters, 1993, zugl.: Diss., Univ. Münster 1993, S. 34f.

⁵³⁴ So ohne Begründung Bosch, in: GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.], Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24 („rechtswidrige Handlungen sind nach den Grundsätzen der Staatshaftung zu beurteilen“); für analoge Anwendung des Staatshaftungsrechts Mestmäcker / Veelken, in: GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.], 3. Aufl., 2001, § 42 Rn. 59.

nicht begründen. Zugute zu halten ist den Befürwortern des Eingreifens von Staatshaftungsrecht auf der Grundlage der bisherigen Ansicht, dass sie sich um ein gerechtes Ergebnis bemühen. Im Ergebnis ist das Eingreifen von Staatshaftungsrecht richtig, da der Entflechtungstreuhänder vom BKartA eingesetzt wird und gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen hoheitlich eingeräumte Rechtsmacht ausübt.

b. Eigene Ansicht

aa. Öffentliches Amt

Staatshaftungsrecht greift nach vorliegend vertretener Ansicht ein.⁵³⁵ Der Entflechtungstreuhänder übt als Beliehener kein privates, sondern ein öffentliches Amt aus.⁵³⁶

Nichts anderes ergibt sich daraus, dass die Ausübung der dem Entflechtungstreuhänder eingeräumten hoheitlichen Rechtsmacht privatrechtlich erfolgt. Durch die privatrechtliche Ausübung wird der Charakter der dem Entflechtungstreuhänder eingeräumten hoheitlichen Rechtsmacht nicht verändert. Die Privatrechtlichkeit der Ausübung ändert nichts daran, dass der Entflechtungstreuhänder

⁵³⁵ Für die Anwendbarkeit von Amtshaftungsansprüchen i.Erg. auch Bosch, in: *GWB, Müller-Henneberg / Schwartz [Begr.]*, Bd. Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 *GWB*, 5. Aufl., 2000, § 41 Rn. 24; Mestmäcker / Veelken, in: *GWB, Immenga / Mestmäcker [Hrsg.]*, 3. Aufl., 2001, § 42 Rn. 59; a.A. Kerber: *Unternehmensentflechtung*, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 342; Liebich / Mathews: *Treuhand*, 2. Aufl., 1983, S. 449; allgemein für hoheitlich bestellte Treuhänder Michael: *Öffentliche Treuhand*, 1948, S. 29.

⁵³⁶ Beliehene üben als solche ein öffentliches Amt i.S.d. Staatshaftungsrechts aus, so Windthorst: *Amtshaftung*, in: *Staatshaftungsrecht*, 2000, S. 78ff. (§ 9 Rn. 14 = S. 98); Ossenbühl: *Staatshaftungsrecht*, 5. Aufl., 1998, S. 15; Ossenbühl: *Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private*, in: *VVDStRL* 29, 1971, S. 137ff. (198); Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd. 3, 5. Aufl., 2004, § 90 Rn. 56 = S. 523f.; Stober: *Verwaltungsrecht*, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 20 = S. 528; Maurer: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2004, § 26 Rn. 13 = S. 661; Rüfner: *Staatshaftung*, in: *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Aufl., 2002, S. 687ff. (§ 47 Rn. 19 = S. 698); Burgi: *Der Beliehene*, in: *FS Maurer*, 2001, S. 581ff. (593); Steiner: *Der „beliehene Unternehmer“*, *JuS* 1969, S. 69ff. (75); Steiner: *Öffentliche Verwaltung durch Private*, 1975, zugl.: *Habil.*, Univ. Erlangen-Nürnberg 1972, S. 263f.; von Danwitz, in: *GG, Mangoldt [Begr.]*, Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 61; Jarass, in: *GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.]*, 7. Aufl., 2004, Art. 34 Rn. 6; Teichmann, in: *BGB, Jauernig [Hrsg.]*, 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 6; Wurm, in: *BGB, von Staudinger [Begr.]*, Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 48; Papier, in: *MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.]*, Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 133; Frenz: *Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen*, 1992, zugl.: Diss., Univ. München 1991, S. 113, 141; Bryde, in: *GG, von Münch [Begr.]*, Bd. 2, 5. Aufl., 2001, Art. 34 Rn. 13; Huber: *Beliehene Verbände*, *DVB1* 1952, S. 456ff. (460).

händer von staatlicher Seite eingesetzt ist, dass ihm die zur Herbeiführung der Entflechtung erforderliche Rechtsmacht von staatlicher Seite eingeräumt wird und dass er gegen den Willen der Entflechtungspflichtigen tätig wird.

bb. Keine Parallele zum Insolvenzrecht

Dass im Insolvenzrecht ein Staatshaftungsanspruch verneint wird, ist nur vor dem historischen Hintergrund verständlich. Aus diesem ergibt sich, dass der Konkursverwalter ursprünglich eine private Aufgabe der Vollstreckungsgläubiger durchführte.⁵³⁷ Vom Ergebnis her ist die Ablehnung von Staatshaftungsansprüchen nur deshalb akzeptabel, weil in § 60 I InsO ausdrücklich bestimmt ist, dass der Insolvenzverwalter persönlich haftet. Diese Haftung geht weit über die Haftung nach § 823 I BGB hinaus, weil sie sämtliche Pflichtverletzungen gegenüber allen Beteiligten erfasst. Das Insolvenzrisiko von Insolvenzverwaltern realisiert sich in der Praxis überaus selten, weil diese regelmäßig Berufshaftpflichtversicherungen abschließen.

Die historische Entwicklung im Kartellrecht verlief anders. Hier war es früher nicht so, dass der Entflechtungstreuhänder aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages mit einem privaten Vollstreckungsgläubiger tätig wurde. Im Hinblick auf die Herbeiführung der Entflechtung gab und gibt es keinen privaten Vollstreckungsgläubiger, sondern immer nur den Staat. Das Nichteingreifen von Staatshaftungsrecht lässt sich, anders als im Insolvenzrecht, auch nicht vom Ergebnis her rechtfertigen. Eine dem § 60 I InsO vergleichbare Haftungsvorschrift gibt es im GWB nicht, so dass die Härten des Nichteingreifens von Staatshaftungsrecht hier nicht ausgeglichen werden.

cc. Angemessener Erlös

Exemplarisch soll, anstatt sämtliche in Betracht kommenden Amtspflichten darzustellen,⁵³⁸ der für die vorliegende Untersuchung besonders relevanten Frage nachgegangen werden, ob der Entflechtungstreuhänder die Unternehmensteile

⁵³⁷ Zum rechtshistorischen Hintergrund bereits S. 11.

⁵³⁸ Umfassende Darstellungen von Amtspflichten finden sich bei Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 43ff.; Windthorst: Amtshaftung, in: Staatshaftungsrecht, 2000, S. 78ff. (115ff.).

nur dann veräußern darf, wenn er einen angemessenen Erlös erzielen kann. Richtigerweise ist dahingehend zu differenzieren, ob überhaupt die Möglichkeit der Veräußerung an einen geeigneten⁵³⁹ Erwerber zu einem angemessenen Preis besteht. Besteht diese Möglichkeit, dann ist eine entsprechende Amtspflicht zu bejahen, da sich kein sachlicher Grund finden lässt, den erzielbaren Preis nicht zu erzielen. Besteht diese Möglichkeit nicht, dann besteht auch keine Amtspflicht zur Veräußerung zu einem angemessenen Preis.⁵⁴⁰ Die Veräußerung zu einem unangemessen niedrigen Preis verstößt nicht gegen die Amtspflicht zu verhältnismäßigem Handeln.⁵⁴¹ Diese ergibt sich verfassungsrechtlich aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 III GG⁵⁴² und wird einfach-rechtlich durch § 9 II VwVG bestärkt. Sie hat zum Inhalt, dass die einzelne Handlung nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr bezweckten Erfolg stehen darf.⁵⁴³ Dabei findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen einer Zwangsvollstreckung nicht nur im Verhältnis der verschiedenen Zwangsmittel zueinander, sondern auch innerhalb eines Zwangsmittels Anwendung.⁵⁴⁴ Die Herbeiführung der Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB dient dazu, die bestandskräftige konkreti-

⁵³⁹ Siehe zur Schwierigkeit, einen geeigneten Erwerber zu finden S. 82 Fn 296.

⁵⁴⁰ So i.Erg. auch Kerber: Unternehmensentflechtung, 1987, zugl.: Diss., Univ. Bielefeld 1986, S. 163ff.

⁵⁴¹ Für eine solche Amtspflicht BGH: Urt. v. 27.10.1955, Az. III ZR 82/54, BGHZ 18, 366 (368); BGH: Urt. v. 10.1.1963, Az. III ZR 124/61, NJW 1963, 644 (645); BGH: Urt. v. 10.10.1963, Az. III ZR 161/62, NJW 1964, 198 (198); BGH: Urt. v. 8.2.1971, Az. III ZR 33/68, BGHZ 55, 261 (266); BGH: Urt. v. 26.3.1973, Az. III ZR 43/71, NJW 1973, 894 (894); Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 213; Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 46; Steinberg / Lubberger: Staatshaftung, 1991, S. 287.

⁵⁴² So BVerfG: Beschl. v. 15.12.1965, Az. 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342 (348f.); BVerfG: Beschl. v. 3.5.1966, Az. 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 45 (49f.); BVerwG: Urt. v. 16.12.1971, Az. I C 60.67, BVerwGE 39, 190 (195); Grabitz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, AöR 1973, S. 568ff. (584 m.w.N.); Wittig: Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, DÖV 1968, S. 817ff. (817ff.); Stern: Ableitung des Übermaßverbots, in: FS Lerche, 1993, S. 165ff. (172); Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 9 Rn. 13; App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 32 Rn. 13 = S. 205; Ossenbühl: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Jura 1997, S. 617ff. (618); Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 213; Stober: Zur wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips, AöR 1988, S. 497ff. (526).

⁵⁴³ So BVerwG: Urt. v. 16.12.1971, Az. I C 60.67, BVerwGE 39, 190 (195); Sadler, in: VwVG, Sadler [Hrsg.], 5. Aufl., 2002, § 9 Rn. 17.

⁵⁴⁴ So App: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 32 Rn. 19 = S. 207; Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 1997, zugl.: Diss., Univ. Berlin 1994, S. 353.

sierende Auflösungsanordnung⁵⁴⁵ durchzusetzen. Würde man dies nur für den Fall erlauben, dass die Entflechtung um einen angemessenen Preis durchgeführt werden kann, dann hinge die Durchführbarkeit der Entflechtung im Ergebnis davon ab, ob ein angemessener Preis erzielt wird. Ein solches Ergebnis lässt sich mit der wettbewerbsschützenden Funktion des Kartellrechts nicht in Einklang bringen. Außerdem hatten die Entflechtungspflichtigen vor der Herbeiführung der Entflechtung nach § 41 IV Nr. 3 GWB ausreichend Zeit, den Zusammenschluss selbst auf ein zulässiges Maß zurück zu führen.⁵⁴⁶

Die Amtspflicht muss drittbezogen sein, was der Fall ist, wenn sie – wenn auch nicht notwendig allein, so doch zumindest auch – den Schutz des Betroffenen vor den in Frage stehenden Rechts(-guts)verletzungen bezweckt.⁵⁴⁷ Dies ist bei der Amtspflicht zur Veräußerung zu einem angemessenen Preis, sofern ein geeigneter, zahlungskräftiger potentieller Erwerber ein entsprechendes Angebot abgibt, der Fall, da sie dem Schutz der Entflechtungspflichtigen vor einer Veräußerung ihrer Unternehmensteile zu einem unangemessen niedrigen Preis dient. Die Entflechtungspflichtigen sind nicht lediglich Teil der Allgemeinheit, sondern sie stellen einen individualisierbaren Personenkreis dar.

⁵⁴⁵ Zu dieser als vollstreckungsrechtliche Grundverfügung S. 57.

⁵⁴⁶ Siehe hierzu S. 70.

⁵⁴⁷ St. Rspr., BGH: Urt. v. 29.3.1971, Az. III ZR 110/68, BGHZ 56, 40 (45); BGH: Urt. v. 4.7.1974, Az. III ZR 61/72, BGHZ 63, 35 (38f.); BGH: Urt. v. 16.6.1977, Az. III ZR 179/75 - Fluglotsenstreik, BGHZ 69, 128 (136); BGH: Urt. v. 15.2.1979, Az. III ZR 108/76 - Wetterstein, BGHZ 74, 144 (146f.); BGH: Urt. v. 27.10.1983, Az. III ZR 126/82, BGHZ 89, 1 (5); BGH: Urt. v. 15.11.1984, Az. III ZR 70/83, BGHZ 93, 87 (91f.); BGH: Urt. v. 2.4.1987, Az. III ZR 149/85, BGHZ 100, 313 (317f.); BGH: Urt. v. 26.1.1989, Az. III ZR 194/87, BGHZ 106, 323 (331); BGH: Urt. v. 6.7.1989, Az. III ZR 251/87, BGHZ 108, 224 (227); BGH: Urt. v. 21.12.1989, Az. III ZR 49/88, BGHZ 110, 1 (8f.); BGH: Urt. v. 16.2.1995, Az. III ZR 106/93, BGHZ 129, 23 (25); BGH: Urt. v. 16.1.1997, Az. III ZR 117/95, BGHZ 134, 268 (276); Bonk, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 34 Rn. 72; Wurm: Drittgerichtetheit und Schutzzweck der Amtspflicht als Voraussetzungen für die Amtshaftung, JA 1992, S. 1ff. (2); Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (590); zur Kritik an dieser Definition als tautologisch Blankenagel: Die „Amtspflicht gegenüber einem Dritten“ - Kasuistik ohne Systematik?, DVBl 1981, S. 15ff. (15ff.).

Nach dem Gesetzeswortlaut muss die Amtspflichtverletzung schuldhaft geschehen sein.⁵⁴⁸ Andere Ansichten betonen demgegenüber das Element der Objektivität staatlichen Handelns.⁵⁴⁹ Die Rechtsprechung hält zwar am Verschuldenserfordernis fest, kommt dem Geschädigten jedoch mit sehr weit gehenden Beweiserleichterungen entgegen, wenn objektiv ein Verstoß gegen eine Amtspflicht feststeht.⁵⁵⁰

dd. Passivlegitimation

Richtiger Beklagter im Rahmen des Staatshaftungsanspruchs ist (im Gegensatz zum Primärrechtsschutz)⁵⁵¹ nicht der Beliehene Entflechtungstreuhand, sondern der Bund als Beleihungskörperschaft, welcher dem Entflechtungstreu-

⁵⁴⁸ Für das Verschuldenserfordernis daher auch Windthorst: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 892ff. (896); Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 72; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 218; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 95; Büchner / Reinert: Staatshaftung, 1988, S. 4; Czybulka / Jeand` Heur: Amtshaftungsrecht, JuS 1992, S. 396ff. (399); Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (593); Papier / Dengler: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Jura 1995, S. 38ff. (43f.); Luhmann: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, 1965 (205).

⁵⁴⁹ So Mayer: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht, 1904, S. 11f.; Vogel: Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, 1977, S. 18f.; Bender: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981, § 6 Rn. 105 = S. 42, § 7 Rn. 138ff. = S. 54f.; Ladeur: Drittschützender Charakter von Aufsichtspflichten, DÖV 1994, S. 665ff. (665f.); Hörstel: Die Drittbezogenheit der Amtspflicht, VersR 1996, S. 546ff. (546f.); Martens: Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, NJW 1970, S. 1029f. (1030); Rübner: Staatshaftung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 687ff. (§ 47 Rn. 27 = S. 708); Kohl: Die Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates, 1977, zugl.: Diss., Univ. Mannheim 1976, S. 101ff.

⁵⁵⁰ So RG: Urt. v. 5.10.1920, Az. III 213/20, RGZ 100, 102 (102f.); BGH: Urt. v. 29.11.1956, Az. III ZR 70/55, BGHZ 22, 258 (267); OLG Karlsruhe: Urt. v. 22.12.1989, Az. 14 U 159/88, MDR 1990, 722 (722); Papier: Staatshaftung, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 1353ff. (§ 157 Rn. 43 = S. 1373); Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 72f.; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 98 = S. 551f.; Schullan: Zur Reform der Staatshaftung, BayVwBl 1990, S. 360ff. (360); Czybulka / Jeand` Heur: Amtshaftungsrecht, JuS 1992, S. 396ff. (399); Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (593); Bender: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1981, § 6 Rn. 105 = S. 42.

⁵⁵¹ Für den Beliehenen als richtigen Beklagten im Rahmen des Primärrechtsschutzes Schenke, in: VwGO, Kopp [Begr.], 13. Aufl., 2003, § 78 Rn. 3; Kothe, in: VwGO, Redeker / von Oertzen [Hrsg.], 13. Aufl., 2000, § 78 Rn. 1a; Happ, in: VwGO, Eyermann / Fröhler [Begr.], 11. Aufl., 2000, § 78 Rn. 13; Maurer: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., 2004, § 23 Rn. 59 = S. 617; Schmidt: Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1990, S. 418f.

händer das Amt anvertraut hat.⁵⁵² Der Staat hat dem Entflechtungstreuhänder durch die Beleihung die Tätigkeit als Beliehener erst ermöglicht. Sinn und Zweck des Staatshaftungsanspruchs ist es auch, den Geschädigten nicht auf einen möglicherweise zahlungsunfähigen Schuldner zu verweisen. Würde die Haftung den Beliehenen treffen, dann käme dies einer Aufforderung an den Staat gleich, hoheitliche Tätigkeiten fortan nach Möglichkeit nur durch Beliehene ausführen zu lassen, um sich so einer potentiellen Haftung zu entziehen.⁵⁵³

c. Vergleich

Im Gegensatz zur bisherigen Ansicht übt der Entflechtungstreuhänder nach vorliegend vertretener Ansicht als Beliehener ein öffentliches Amt aus, so dass Staatshaftungsansprüche gegeben sein können. Vorliegend vertretene Ansicht ist vorzugswürdig, weil aus Sicht der Entflechtungspflichtigen von staatlicher Seite gegen ihren Willen in ihre Rechte eingegriffen wird. Folglich ist es angemessen, wenn der Staat für Schäden haftet, die in Ausübung dieses Eingriffs entstehen.

⁵⁵² Für die Beleihungskörperschaft, die dem Beliehenen das Amt anvertraut hat, als richtige Beklagte im Rahmen des Sekundärrechtsschutzes BGH: Urt. v. 30.11.1967, Az. VII ZR 34/65, BGHZ 49, 108 (108); BGH: Urt. v. 12.2.1970, Az. III ZR 231/68, BGHZ 53, 217 (218f.); BGH: Urt. v. 15.1.1987, Az. III ZR 17/85, BGHZ 99, 326 (330); BGH: Urt. v. 31.1.1991, Az. III ZR 184/89, NVwZ 1992, 298 (298f.); BGH: Urt. v. 27.1.1994, Az. III ZR 109/92, NVwZ 1994, 823 (823); Steinberg / Lubberger: Staatshaftung, 1991, S. 325; Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 112f.; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 121; Wollgast: Haftendes Subjekt der Staatshaftung, Diss., Univ. Köln 1998, S. 77; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 2, 6. Aufl., 2000, § 67 Rn. 20 = S. 528; Bonk, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 34 Rn. 106f.; Scholz: Versicherungsaufsicht und Amtshaftung, NJW 1972, S. 1217ff. (458ff.); Steiner: Der „beliehene Unternehmer“, JuS 1969, S. 69ff. (75); Wurm, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 48; Sprau, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 839 Rn. 18; Würtenberger: Anmerkung, JZ 1993, S. 1001ff. (1005); Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 289, 295; Papier: Staatshaftung, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 1353ff. (§ 157 Rn. 20 = S. 1362); Papier / Dengler: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Jura 1995, S. 38ff. (44); Kühlhorn: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Diss., Univ. Regensburg 1972, S. 54; Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 648ff. (653); Schmidt: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 324; a.A. Frenz: Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, zugl.: Diss., Univ. München 1991, S. 58f.

⁵⁵³ Diese Gedanken haben in der ausdrücklichen Regelung der Passivlegitimation in § 12 S. 1 des aus Kompetenzgründen nichtigen StHG (BVerfG: Urt. v. 19.10.1982, Az. 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149 (149f.); Maurer: Die Gesetzgebungskompetenz für das Staatshaftungsrecht, 1981, S. 54f.) Eingang gefunden, wonach die übertragende juristische Person des öffentlichen Rechts haftet, wenn der Träger der Staatsgewalt keine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Für § 12 S. 1 StHG als Regelung der Passivlegitimation Bonk, in: StHG, Schäfer / Bonk [Hrsg.], 1982, § 12 Rn. 7.

Es wäre unbillig, den Geschädigten auf einen Anspruch gegen einen möglicherweise insolventen Entflechtungstreuhänder zu verweisen.

Die dogmatische Ungereimtheit der bisherigen Ansicht offenbart sich, wenn von einigen Vertretern der bisherigen Ansicht ein Schadensersatzanspruch gegen den Bund aufgrund der analogen Anwendung von Staatshaftungsrecht bejaht wird. Es ist widersprüchlich, auf der einen Seite darauf zu beharren, der Entflechtungstreuhänder übe ein privates Amt aus und gleichzeitig auf der anderen Seite zu vertreten, der Entflechtungstreuhänder übe ein öffentliches Amt i.S.d. Staatshaftungsrechts aus.

2. Beamter des BKartA

a. Öffentliches Amt

Ein Staatshaftungsanspruch wegen einer Amtspflichtverletzung eines Beamten des BKartA (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) kann nach beiden Ansichten gegeben sein, da weder Privatrechtlichkeit noch Hoheitlichkeit der Rechtsmacht des Entflechtungstreuhänders Einfluss auf das öffentliche Amt des Beamten des BKartA haben.

b. Sorgfaltsgemäße Auswahl

Der Beamte des BKartA hat eine Amtspflicht zu sorgfaltsgemäßer Auswahl eines Entflechtungstreuhänders.⁵⁵⁴

⁵⁵⁴ Für eine Amtspflicht der sorgfaltsgemäßen Auswahl Weissen: Amtshaftung bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben durch Privatunternehmen, JA 1980, S. 477ff. (479); Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 415; speziell für die Auswahl des Insolvenzverwalters OLG München: Urt. v. 18.7.1991, Az. 1 U 2199/89, ZIP 1991, 1367 (1368f.); Delhaes, in: InsO, Nerlich / Römermann [Hrsg.], Std.: 6. Lfg., 2003, § 56 Rn. 17; Graeber, in: MüKo-InsO, Kirchhof [Begr.], Bd. 1, 2001, § 56 Rn. 136; Kind, in: InsO, Wimmer [Hrsg.], 3. Aufl., 2002, § 56 Rn. 44; Kind, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 56 Rn. 17; speziell im Hinblick auf die Auswahl eines Abschleppunternehmers OLG Nürnberg: Urt. v. 30.3.1966, Az. 4 U 133/65, JZ 1967, 61 (62); Papier / Dengler: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Jura 1995, S. 38ff. (40f.); Würtenberger: Schadensersatzansprüche beim Abschleppen, DAR 1983, S. 155ff. (159); Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 2003, S. 185ff. (Rn. 295 = S. 365f.).

Diese ergibt sich aus der Amtspflicht zu fehlerfreier⁵⁵⁵ Ermessensausübung.⁵⁵⁶ Sie ist drittbezogen, weil sie auch im Interesse der Entflechtungspflichtigen auszuüben ist.

c. Aufsichtsführung

Die dem Beamten des BKartA obliegende Amtspflicht der Aufsichtsführung führt nicht zu einem Staatshaftungsanspruch. Aus dem Erfordernis demokratischer Legitimation ergibt sich zwar die Pflicht des BKartA, die Rechts- und Fachaufsicht über den Entflechtungstreuhänder als Beliehenen zu führen.⁵⁵⁷ Aufsichtspflichten sind jedoch grundsätzlich nicht drittbezogen,⁵⁵⁸ da sie im öffentlichen Interesse wahrzunehmen sind, nicht auch zugleich im Interesse der Ent-

⁵⁵⁵ Als Ermessensfehler anerkannt sind Ermessensausfall, -defizit, -fehlgebrauch, -missbrauch und -überschreitung, so statt aller Ossenbühl: Rechtsbindungen, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 135ff. (§ 10 Rn. 15ff. = S. 212f.).

⁵⁵⁶ Für eine Amtspflicht der fehlerfreien Ermessensausübung BGH: Urt. v. 21.12.1961, Az. III ZR 165/60, WM 1962, 398 (399f.); BGH: Urt. v. 25.11.1965, Az. III ZR 88/64, VersR 1966, 286 (286, 289); BGH: Urt. v. 15.2.1979, Az. III ZR 108/76 - Wetterstein, BGHZ 74, 144 (156); BGH: Urt. v. 12.7.1979, Az. III ZR 154/77 - Herstatt-Bank, BGHZ 75, 120 (124f.); Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 46; Stober: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, § 31 Rn. 40 = S. 461; Rübner: Staatshaftung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 687ff. (§ 47 Rn. 26 = S. 707f.); Bonk, in: GG, Sachs [Hrsg.], 3. Aufl., 2003, Art. 34 Rn. 66; Papier: Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung, JuS 1980, S. 265ff. (268); Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 198; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 163; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 77; Schoch: Amtshaftung, Jura 1988, S. 585ff. (589); Blankenagel: Die „Amtspflicht gegenüber einem Dritten“ - Kasuistik ohne Systematik?, DVBl 1981, S. 15ff. (16); Windthorst: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 892ff. (892); Windthorst: Amtshaftung, in: Staatshaftungsrecht, 2000, S. 78ff. (120f.); Weitnauer: Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen, 1956, S. 16; Hecker, in: BGB, Westermann [Hrsg.], Bd. II, 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 45. Für Verwaltungsakte lässt sich diese Amtspflicht einfachrechtlich aus §§ 40 VwVfG, 114 VwGO herleiten.

⁵⁵⁷ So Dreier: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, zugl.: Habil., Univ. Würzburg 1989 (249); VGH Bad.-Württ.: Urt. v. 20.1.1983, Az. 9 (11) S 12/82, DVBl 1983, 592 (592); Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer, 2001, S. 581ff. (592); Burgi: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 791ff. (§ 54 Rn. 29 = S. 863); Stelkens / Schmitz, in: VwVfG, Stelkens / Bonk / Sachs [Hrsg.], 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 231; Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 154ff.

⁵⁵⁸ Eine Amtspflicht ist drittbezogen, wenn sie – wenn auch nicht notwendig allein, so doch zumindest auch – den Schutz des Betroffenen vor den in Frage stehenden Rechts(-gut)verletzungen bezweckt, siehe die Nachweise S. 157 Fn 547.

flechtungspflichtigen.⁵⁵⁹ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz liegt nur vor beim Hinzutreten besonderer Umstände.⁵⁶⁰ Solche sind zunächst gegeben bei Gefahren, welche der Gesundheit drohen,⁵⁶¹ was hier jedoch nicht der Fall ist. Im Hinblick auf finanzielle Gefahren ist zu differenzieren. Liegt gleichzeitig eine Gesundheitsgefahr vor, dann ist die Aufsichtspflicht im Hinblick auf über die Gesundheitsgefährdung hinausgehende finanzielle Gefahren nicht drittbezogen, da die Aufsichtspflicht dazu dient, Gesundheitsbeeinträchtigungen Dritter zu verhindern, und nicht, Vermögenseinbussen des Unternehmers zu verhindern.⁵⁶² Dieser ist zunächst selbst verpflichtet, die öffentlich-rechtlichen Vorschriften einzuhalten. Deren Nichteinhaltung begründet keine Garantenstellung des Staates. Hier liegt jedoch auch keine gleichzeitige Gesundheitsgefahr vor. In Fällen wie dem vorliegenden, in welchen nur finanzielle Gefahren gegeben sind, wird danach abgegrenzt, ob die Aufgabe einer so großen Anzahl von Personen dient, dass diese der Allgemeinheit gleich zu stellen ist, oder ob sich eine so enge Verknüpfung der Amtshandlung mit den Interessen Einzelner ergibt, dass nun nicht mehr die Interessenwahrung der Allgemeinheit im Vordergrund

⁵⁵⁹ Gegen die Drittbezogenheit von Aufsichtspflichten BGH: Urt. v. 29.11.1954, Az. III ZR 84/53, BGHZ 15, 305 (310f.); BGH: Urt. v. 24.4.1961, Az. III ZR 40/60, BGHZ 35, 44 (44); BGH: Urt. v. 30.1.1967, Az. III ZR 185/64, VersR 1967, 471 (473); BGH: Urt. v. 20.3.1967, Az. III ZR 29/65, VersR 1967, 604 (605); Wurm, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 184; a.A. zu Unrecht Liebich / Mathews: Treuhand, 2. Aufl., 1983, S. 415.

⁵⁶⁰ So BGH: Urt. v. 29.11.1954, Az. III ZR 84/53, BGHZ 15, 305 (310); BGH: Urt. v. 24.4.1961, Az. III ZR 40/60, BGHZ 35, 44 (46); BGH: Urt. v. 19.4.1956, Az. III ZR 227/54, NJW 1956, 1028 (1028); BGH: Urt. v. 10.11.1958, Az. III ZR 135/57, NJW 1959, 574 (574); Wurm, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 839, 839a, 2002, § 839 Rn. 184.

⁵⁶¹ So für technische Mängel einer Standseilbahn BGH: Urt. v. 12.11.1964, Az. III ZR 176/63 - Standseilbahn, NJW 1965, 200 (200); für technische Mängel eines Autos BGH: Urt. v. 11.1.1973, Az. III ZR 32/71, NJW 1973, 458 (458); für Gefahren, die durch fehlerhafte Planung eines Gebäudes hervorgerufen werden BGH: Urt. v. 27.5.1963, Az. III ZR 48/62, BGHZ 39, 358 (358f.).

⁵⁶² So für den Fall des Standseilbahnbetreibers BGH: Urt. v. 12.11.1964, Az. III ZR 176/63 - Standseilbahn, NJW 1965, 200 (201); für den Fall des Metzgers BGH: Urt. v. 30.1.1967, Az. III ZR 185/64, VersR 1967, 471 (473); für den Fall des Autokäufers BGH: Urt. v. 11.1.1973, Az. III ZR 32/71, NJW 1973, 458 (458); für den Fall des Bauherrn BGH: Urt. v. 27.5.1963, Az. III ZR 48/62, BGHZ 39, 358 (358f.); Rüfner: Staatshaftung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 687ff. (§ 47 Rn. 22 = S. 704); Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 242; a.A. OLG Stuttgart: Urt. v. 16.1.1958, Az. 2/5 U 53/54, NJW 1958, 1923 (1923); Böhmer: Amtspflicht gegenüber einem Dritten, JZ 1965, S. 487f. (488).

steht.⁵⁶³ Gegen dieses Differenzierungskriterium wurde vorgebracht, dass die reine Quantität der betroffenen Personen nicht ausschlaggebend sein könne und dass der Einzelne, wenn er einen Schaden erleidet, sich nicht als Teil der Allgemeinheit, sondern höchst konkret betroffen sieht.⁵⁶⁴ Daraufhin wurde die Rechtsprechung für den Fall der Bankenaufsicht dahingehend abgeändert, dass die Aufsicht auch im Drittinteresse besteht.⁵⁶⁵ Damit die Bankenaufsicht nicht zur Staatsgarantie für Bankeinlagen wird⁵⁶⁶ und damit das System der freien Marktwirtschaft als solches nicht gefährdet wird, indem die Aufsicht in einer derart strengen Weise ausgeübt werden muss, dass eine effektive Handlungsfreiheit des Beaufsichtigten nicht mehr möglich ist, hat daraufhin der Gesetzgeber eingegriffen und durch eine Gesetzesänderung den Ausschluss der Drittbezogenheit der Bankenaufsicht wieder hergestellt.⁵⁶⁷ Diese Änderung wird zwar im Hinblick auf den Gewaltenteilungsgrundsatz teilweise für verfassungswidrig erachtet.⁵⁶⁸ Da aber der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung auch in anderen Bereichen die Drittbezogenheit einer Norm ausschließen

⁵⁶³ So BGH: Urt. v. 10.11.1958, Az. III ZR 135/57, NJW 1959, 574 (574f.); BGH: Urt. v. 28.4.1960, Az. III ZR 176/59, VersR 1960, 979 (980); BGH: Urt. v. 24.4.1961, Az. III ZR 40/60, BGHZ 35, 44 (50f.); Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 258; für den Fall der Wirtschaftsaufsicht BGH: Urt. v. 24.1.1972, Az. III ZR 166/69, BGHZ 58, 96 (98); OLG Hamburg: Urt. v. 28.6.1957, Az. 1 U 113/56, BB 1957, 950 (950); OLG Bremen: Beschl. v. 13.11.1952, Az. 1 W 244/52, NJW 1953, 585 (585); Flume: Anmerkung, NJW 1953, S. 585f. (585f.); Körner: Schutz des Publikums bei Verstoß gegen Verbots- und Genehmigungsvorschriften des KWG, ZHR 1968, S. 127ff. (148).

⁵⁶⁴ So Scholz: Versicherungsaufsicht und Amtshaftung, NJW 1972, S. 1217ff. (1218f.).

⁵⁶⁵ So BGH: Urt. v. 15.2.1979, Az. III ZR 108/76 - Wetterstein, BGHZ 74, 144 (144); BGH: Urt. v. 12.7.1979, Az. III ZR 154/77 - Herstatt-Bank, BGHZ 75, 120 (122f.).

⁵⁶⁶ So auch Püttner: Von der Bankenaufsicht zur Staatsgarantie für Bankeinlagen?, JZ 1982, S. 47ff. (49f.). Hiervon zu unterscheiden ist die andersartige Problematik, dass der Staat für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute einsteht, hierzu Möschel: Anstaltslast bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten, WM 2001, S. 1895ff. (1895ff.) m.w.N.

⁵⁶⁷ Es wurde § 6 III KWG (heute § 6 IV KWG) erlassen, wonach „Das Bundesaufsichtsamt [...] die ihm nach diesem Gesetz und nach anderen Gesetzen zugewiesenen Aufgaben nur im öffentlichen Interesse wahr[nimmt]“.

⁵⁶⁸ So Papier, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 5, 4. Aufl., 2004, § 839 Rn. 255; Habscheid: Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht?, 1988, zugl.: Diss., Univ. Würzburg 1987, S. 157f.; Schenke / Ruthig: Amtshaftungsansprüche bei Verletzung von Bankaufsichtspflichten, NJW 1994, S. 2324ff. (2327f.); Nüßgens: Ausschluß der Staatshaftung kraft Amtshaftung, in: FS Gelzer, 1991, S. 293ff. (299f.); Früh, in: KWG, Beck [Begr.], Bd. 1, Std.: 102. Lfg., 2004, § 6 Rn. 62ff.; für einen ähnlichen Fall Flume: Der Entwurf eines Gepräuge-Rechtsprechungs-Gesetzes, DB 1985, S. 1152ff. (1152); Knobbe-Keuk: Ein Tritt für die Finanzrechtsprechung, BB 1985, S. 820f. (820f.); a.A. Nicolaysen: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht, in: FS Martens, 1987, S. 663ff. (666f.).

kann,⁵⁶⁹ sind die Regelungen bezüglich der Bankenaufsicht heute nicht mehr drittschützend.⁵⁷⁰ Die Rechtsprechung zur Drittbezogenheit der Bankenaufsicht wurde dann auch nicht fortgeführt oder gar auf andere Fallgruppen ausgedehnt. Die Aufsicht über den Entflechtungstreuhänder dient allein dem öffentlichen Interesse, da sie die Herbeiführung der Entflechtung sicher stellen soll, welche einer so großen Anzahl von Personen dient, dass diese der Allgemeinheit gleich zu stellen ist. Im Hinblick auf das öffentliche Interesse der Herbeiführung der Entflechtung sind die Entflechtungspflichtigen nur Teil der Allgemeinheit. Die Aufsichtsführung über den Entflechtungstreuhänder dient nicht dazu, die Entflechtungspflichtigen vor Vermögenseinbußen zu bewahren.

II. Gegen Entflechtungstreuhänder

1. Bisherige Ansicht

a. Analog §§ 664, 666-670 BGB

Der Entflechtungstreuhänder haftet, wenn man der bisherigen Ansicht folgt, den Entflechtungspflichtigen persönlich auf Ersatz von Haftungsschäden analog §§ 664, 666-670 BGB. Zwar besteht die allgemeine deliktische Haftung des Entflechtungstreuhänders nach § 823 I BGB.⁵⁷¹ Doch besteht im Hinblick auf Schäden, die zwar in Ausübung des Amtes entstehen, jedoch nicht von § 823 I BGB abgedeckt sind, eine Regelungslücke. Die analoge Anwendung der §§ 664, 666-670 BGB auf solche Fälle ist dadurch gerechtfertigt, dass Verwalter

⁵⁶⁹ So im Hinblick auf § 81 I 3 VAG für den Fall der Versicherungsaufsicht BGH: Urt. v. 24.1.1972, Az. III ZR 166/69, BGHZ 58, 96 (99); BVerwG: Urt. v. 16.7.1968, Az. I A 5.67, BVerwGE 30, 135 (137); BVerwG: Urt. v. 14.10.1980, Az. I A 12.78, BVerwGE 61, 59 (63ff.); a.A. Tönnies: Staatshaftung für Versicherungsaufsicht, 1985, zugl.: Diss., Univ. Bonn 1985, S. 62.

⁵⁷⁰ So Bundesregierung: Begr. FinanzdienstleistungsaufsichtG, BTDrucks 14/7033, S. 31ff. (zu § 4 IV = S. 34); Triantafyllou: Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft, 1991, S. 105; Brocker: Bankenaufsicht, in: Handbuch Bankrecht, 2004, S. 1419ff. (Rn. 2 = S. 1421); Fülbier, in: KWG, Boos / Fischer / Schulte-Mattler [Hrsg.], 2000, § 6 Rn. 2, 71ff.; Waschbusch: Bankenaufsicht, 2000, zugl.: Habil., Univ. Saarbrücken 1997/98, S. 172; Claussen: Bank- und Börsenrecht, 3. Aufl., 2002, § 3 Rn. 15 = S. 73; Schneider, in: KWG, Consbruch / Möller [Begr.], 3. Aufl., 1986, § 6 Nr. 4 = S. 119; Haug, in: KWG, Szagunn [Begr.], 6. Aufl., 1997, § 6 Rn. 14a; Hecker, in: BGB, Westermann [Hrsg.], Bd. II, 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 53.

⁵⁷¹ Siehe hierzu im Folgenden, S. 165.

fremden Vermögens generell einer Haftung unterliegen.⁵⁷² So haftet beispielsweise der Vormund dem Mündel nach § 1833 I 1 BGB und der Testamentsvollstrecker den Erben sowie den Vermächtnisnehmern nach § 2219 I BGB. Der Insolvenzverwalter haftet gem. § 60 I 1 InsO allen Beteiligten, also auch dem Insolvenzschuldner,⁵⁷³ der Zwangsverwalter gem. § 154 S. 1 ZVG allen Beteiligten, also auch dem Vollstreckungsschuldner.⁵⁷⁴ Eine mangels gesetzlicher Haftungsnorm erforderliche Analogiebildung wurde dementsprechend auch im Hinblick auf den von der Militärregierung bestellten Treuhänder vorgenommen.⁵⁷⁵

b. § 823 I BGB

Die Entflechtungspflichtigen haben gegen den Entflechtungstreuhänder nach bisheriger Ansicht den allgemeinen deliktischen Anspruch aus § 823 I BGB. Der Anspruch greift nicht nur dann ein, wenn der Entflechtungstreuhänder bei Gelegenheit der Herbeiführung der Entflechtung, sondern auch dann, wenn er in Ausführung derselben handelt, da ein etwaiger speziellerer Staatshaftungsanspruch gegen den Staat nach bisheriger Ansicht mangels Ausübung eines öffentlichen Amtes nicht gegeben ist.

2. Eigene Ansicht

a. Nicht analog §§ 664, 666-670 BGB

Mangels Regelungslücke besteht nach vorliegend vertretener Ansicht kein Anspruch der Entflechtungspflichtigen gegen den Entflechtungstreuhänder auf Ersatz von Haftungsschäden analog §§ 664, 666-670 BGB. Der Entflechtungs-

⁵⁷² So BGH: Urt. v. 24.6.1957, Az. VII ZR 310/56, BGHZ 24, 393 (393); Stöber, in: ZVG, Stöber [Hrsg.], 17. Aufl., 2002, § 154 Rn. 2.4.

⁵⁷³ So statt aller Kind, in: InsO, Braun [Hrsg.], 2002, § 60 Rn. 7.

⁵⁷⁴ So statt aller Stöber, in: ZVG, Stöber [Hrsg.], 17. Aufl., 2002, § 154 Rn. 2.4.

⁵⁷⁵ So BGH: Urt. v. 24.6.1957, Az. VII ZR 310/56, BGHZ 24, 393 (393) für den Fall des von der Militärregierung gemäß § 52 MilRegG (mittlerweile außer Kraft) bestellten Treuhänders (custodian). In rechtlicher Hinsicht wurde der custodian dem Konkurs- und Zwangsverwalter gleichgestellt, so BGH: Urt. v. 13.7.1956, Az. IV ZR 32/55, BGHZ 21, 285 (291); BGH: Urt. v. 26.2.1954, Az. V ZR 135/52, BGHZ 12, 380 (384); BGH: Urt. v. 24.6.1957, Az. VII ZR 310/56, BGHZ 24, 393 (396).

treuhänder ist Beliehener, so dass Staatshaftungsansprüche eingreifen.⁵⁷⁶ Wo die Staatshaftung eingreift, ist für darüber hinausgehende Ansprüche kein Raum.⁵⁷⁷

b. § 823 I BGB

§ 823 I BGB ist nach vorliegend vertretener Ansicht nur anwendbar, wenn der Entflechtungstreuhänder außerhalb oder bei Gelegenheit der Herbeiführung der Entflechtung handelt, nicht, wenn er in Ausführung derselben handelt,⁵⁷⁸ da in letzterem Fall der Staatshaftungsanspruch eingreift,⁵⁷⁹ welcher gegenüber dem allgemeinen deliktischen Anspruch aus § 823 I BGB spezieller ist.⁵⁸⁰

3. Vergleich

Staatshaftungsrecht greift nach vorliegend vertretener Ansicht im Gegensatz zur bisherigen Ansicht ein, so dass die analoge Anwendung der §§ 664, 666-670 BGB nicht erforderlich ist. Das Eingreifen von Staatshaftungsrecht ist vorzugswürdig, weil der Entflechtungstreuhänder letztlich für den Staat tätig wird. Demgegenüber vermag die bisherige Ansicht lediglich die Folgen des Nichteingreifens von Staatshaftungsrecht abzumildern, indem den Entflechtungspflichtigen ein Anspruch gegen den Entflechtungstreuhänder analog §§ 664, 666-670 BGB gewährt wird. Die Unzulänglichkeit dieser Lösung zeigt sich beispielsweise daran, dass die Entflechtungspflichtigen das Insolvenzrisiko

⁵⁷⁶ Hierzu ausführlich ab S. 154.

⁵⁷⁷ So statt vieler Teichmann, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 30.

⁵⁷⁸ Ob Staatshaftung eingreift, richtet sich danach, ob der Entflechtungstreuhänder in Ausübung oder nur bei Gelegenheit der Ausführung eines öffentlichen Amtes handelt, so BGH: Urt. v. 26.11.1953, Az. III ZR 26/52, BGHZ 11, 181 (186f.); BGH: Urt. v. 16.4.1964, Az. III ZR 182/63, BGHZ 42, 176 (179); BGH: Urt. v. 16.6.1977, Az. III ZR 179/75 - Fluglotsenstreik, BGHZ 69, 128 (128); Sprau, in: BGB, Palandt [Begr.], 63. Aufl., 2004, § 839 Rn. 10, 12; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 154; App, in: VwVG, Engelhardt / App [Hrsg.], 6. Aufl., 2004, § 10 Rn. 9; Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 25f.; Windthorst: Staatshaftungsrecht, JuS 1995, S. 791ff. (795f.); Czybulka / Jeand`Heur: Amtshaftungsrecht, JuS 1992, S. 396ff. (397); Michaelis: Der Beliehene, Diss., Univ. Münster 1969, S. 203; Leiß: Amtshaftung, 2. Aufl., 1958, S. 29f.; Heilberg: Beamtenhaftung, 1929, S. 14; Delius: Die Haftpflicht der Beamten, 1901, S. 25; Büchner / Reinert: Staatshaftung, 1988, S. 31.

⁵⁷⁹ Zum Eingreifen des Amtshaftungsanspruchs ausführlich ab S. 153.

⁵⁸⁰ Soweit Staatshaftung eingreift, ist eine persönliche Inanspruchnahme Beliehener nicht möglich, so statt vieler Teichmann, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 30.

des Entflechtungstreuhänders tragen müssen, obwohl sie sich ihn nicht ausgesucht haben.

E. Regress wegen erstatteter Schäden

I. Bisherige Ansicht

Der Bund hat nach bisheriger Ansicht keinen Regressanspruch gegen den Entflechtungstreuhänder, da er im Aussenverhältnis nicht haftet, so dass kein ersatzfähiger Schaden gegeben ist.⁵⁸¹

II. Eigene Ansicht

1. § 280 I 1 BGB

Der Bund kann aufgrund § 280 I 1 BGB Ersatz derjenigen Schäden verlangen, welche er Dritten, insbesondere den Entflechtungspflichtigen, ersetzt hat in Erfüllung eines Staatshaftungsanspruchs, welcher durch eine amtspflichtwidrige Handlung des Entflechtungstreuhänders begründet wurde. Anspruchsgrundlage sind nicht §§ 634 Nr. 4 i.V.m. 636, 280 BGB, sondern § 280 I 1 BGB, da das Werk der Herbeiführung der Entflechtung an sich nicht mangelhaft ist.⁵⁸²

2. Verschuldensmaßstab

Der Verschuldensmaßstab des § 280 I 2 BGB⁵⁸³ wird durch Art. 34 S. 2 GG dahingehend geändert, dass der Entflechtungstreuhänder vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt haben muss.⁵⁸⁴

⁵⁸¹ Staatshaftungsrecht greift nicht ein, hierzu ab S. 153. Vielmehr haftet der Entflechtungstreuhänder persönlich, hierzu ab S. 164.

⁵⁸² Für einen Anspruch direkt aus § 280 I 1 BGB im Fall einer Nebenpflichtverletzung sowie im Fall der Einstandspflicht des Bestellers gegenüber Dritten statt vieler Peters, in: BGB, von Staudinger [Begr.], Bd. §§ 631-651, 2003, § 631 Rn. 57, § 634 Rn. 105, 138. Für positive Forderungsverletzung (freilich vor der Schuldrechtsreform 2001) als Anspruchsgrundlage im Innenverhältnis zwischen Staat und Beliehenem Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 119; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 123.

⁵⁸³ Die Ersatzpflicht tritt gem. § 280 I 2 BGB nicht ein, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Der Verschuldensmaßstab umfasst gem. § 276 I 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit. Der Schuldner kann sich also nach den Vorschriften des BGB entlasten, indem er darlegt und beweist, dass er weder vorsätzlich noch grob fahrlässig noch auch nur leicht fahrlässig gehandelt hat.

⁵⁸⁴ Der Verschuldensmaßstab des Art. 34 S. 2 GG wird durch § 280 I BGB geändert, so Hecker, in: BGB, Westermann [Hrsg.], Bd. II, 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 95; Vinke, in: BGB, Soergel [Begr.], Bd. 5/2, 12. Aufl., 1998, § 839 Rn. 262; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 124.

Die Anwendbarkeit des Art. 34 S. 2 GG auf den Rückgriffsanspruch gegenüber Beliehenen wurde zwar lange Zeit verneint mit dem Argument, dass diese größere Selbständigkeit und Unabhängigkeit genießen als der im sonstigen öffentlichen Dienstrecht tätige Beamte,⁵⁸⁵ doch wird die Frage, ob Art. 34 S. 2 GG auf Beliehene Anwendung findet, heute allgemein und zu Recht bejaht.⁵⁸⁶ Hierfür spricht, dass es bei der Staatshaftung nicht darauf ankommt, ob ein Beamter im staats-, sondern darauf, ob ein Beamter im haftungsrechtlichen Sinne handelt. Dies ist beim Beliehenen der Fall, so dass die Anwendung des die Haftung der Beamten begrenzenden Art. 34 S. 2 GG auf Beliehene und damit auf den Entflechtungstreuhänder geboten ist.

Zwar soll Art. 34 S. 2 GG auf privatrechtliches Handeln nicht anwendbar sein,⁵⁸⁷ doch ist nicht die Art und Weise des Handelns entscheidend, sondern weshalb der Entflechtungstreuhänder handeln kann, nämlich aufgrund öffentlich-rechtlicher Rechtsmacht. Die ihm eingeräumte hoheitliche Rechtsmacht übt er zwar in privatrechtlicher Art und Weise aus, doch wird er dadurch nicht wieder zum Privatmann, sondern bleibt Beliehener. Wenn der Entflechtungstreuhänder in Ausübung der Herbeiführung der Entflechtung Schäden verursacht, dann fügt er den Schaden nicht als Privatmann, sondern nach wie vor als Beliehener zu. Genau wie der Staat sich seiner Haftung nicht dadurch entziehen darf, dass er einen Privaten mit der Durchführung der Aufgabe betraut („keine Flucht ins Privatrecht“),⁵⁸⁸ so wird er nicht deshalb von der Haftung frei gestellt, weil die

⁵⁸⁵ So Zuleeg: Beleihung mit Hoheitsgewalt, DÖV 1970, S. 627ff. (630); Bundesregierung: Begr. StHG, BTDrucks 8/2079, S. 52; Bonk, in: StHG, Schäfer / Bonk [Hrsg.], 1982, § 12 Rn. 31; § 12 S. 2 des aus Kompetenzgründen nichtigen StHG, siehe hierzu S. 159 Fn 553, sah ohne Beschränkung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vor, dass dem Staat beim Rückgriff gegen Träger übertragener Hoheitsgewalt bei verschuldeter Pflichtverletzung ein Rückgriffsanspruch zusteht.

⁵⁸⁶ So Ossenbühl: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., 1998, S. 118ff.; Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 299; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 124; wohl auch Antoni, in: GG, Seifert [Begr.], 7. Aufl., 2003, Art. 34 Rn. 5.

⁵⁸⁷ So Papier, in: GG, Maunz / Dürig [Begr.], Bd. II, Std.: 42. Lfg., 2003, Art. 34 Rn. 303; Papier: Staatshaftung, in: HdbStR, Bd. VI, 1989, S. 1353ff. (§ 157 Rn. 53 = S. 1378f.); Jarass, in: GG, Jarass / Pieroth [Hrsg.], 7. Aufl., 2004, Art. 34 Rn. 25; Antoni, in: GG, Seifert [Begr.], 7. Aufl., 2003, Art. 34 Rn. 5; Bryde, in: GG, von Münch [Begr.], Bd. 2, 5. Aufl., 2001, Art. 34 Rn. 39; von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 122.

⁵⁸⁸ Hierzu bereits ausführlich S. 141.

Aufgabe in privatrechtlicher Art und Weise durchgeführt wird, so dass umgekehrt auch Art. 34 S. 2 GG anwendbar ist.

3. Darlegungs- und Beweislast

Die allgemeine Regel des widerleglich vermuteten Verschuldens in § 280 I BGB⁵⁸⁹ wird durch Art. 34 S. 2 GG dahingehend abgeändert, dass der Bund die Darlegungs- und Beweislast für das Verschulden des Entflechtungstreuhänders trägt.⁵⁹⁰ Sowohl Art. 34 S. 2 GG als auch § 280 I BGB treffen Beweislastregelungen im Hinblick auf das Verschulden. Art. 34 S. 2 GG ist als verfassungsrechtliche Norm im Verhältnis zu § 280 I BGB als einfachgesetzliche Norm das höherrangigere Recht.⁵⁹¹ Aus Art. 34 S. 2 GG ergibt sich (anders als aus § 280 I BGB) nicht, dass der Rückgriff ausgeschlossen ist, wenn Vorsatz oder Fahrlässigkeit nicht vorliegen. Vielmehr schreibt Art. 34 S. 2 GG vor, dass der Rückgriff nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit vorbehalten bleibt. Hierdurch wird nicht nur die Möglichkeit des Rückgriffs auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit beschränkt, sondern es handelt sich bei Art. 34 S. 2 GG zugleich um eine materiellrechtliche Beweislastregel. Wenn eine Norm die Voraussetzungen für einen Anspruch regelt, dann wird hierdurch zugleich bestimmt, wer die

⁵⁸⁹ Gem. § 280 I 2 BGB tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Dies sowie die fehlende Erwähnung des Verschuldens in § 280 I 1 BGB hat zur Folge, dass gem. § 280 I BGB nicht der Gläubiger das Verschulden des Schuldners darlegen und beweisen muss, sondern der Schuldner sich entlasten kann, indem er darlegt und im Bestreitensfalle beweist, dass er entweder nicht vorsätzlich oder nicht fahrlässig gehandelt hat.

⁵⁹⁰ Dies entspricht der Rechtslage für die positive Forderungsverletzung vor der Schuldrechtsreform 2001, mit welcher der Gläubiger in § 280 I 2 BGB von der Darlegungs- und Beweislast befreit und im Gegenzug für den Schuldner die Möglichkeit des Entlastungsbeweises eingeführt wurde. Auf verfassungsrechtlicher Ebene wurde eine entsprechende Änderung in Art. 34 S. 2 GG nicht vorgenommen und die Reform des einfachen Gesetzes konnte die Rechtslage auf Verfassungsebene nicht ändern. Die frühere Rechtslage gilt über Art. 34 S. 2 GG weiterhin, so auch Hecker, in: BGB, Westermann [Hrsg.], Bd. II, 11. Aufl., 2004, § 839 Rn. 95. Die praktischen Ergebnisse sind freilich überschaubar, weil die Beweisführung für den Kläger bereits unter Geltung der alten Rechtslage stark erleichtert war, so Heinrichs, in: BGB, Palandt [Begr.], 61. Aufl., 2001, § 282 Rn. 6ff.; Vollkommer, in: BGB, Jauernig [Hrsg.], 9. Aufl., 1999, § 276 Rn. 61ff.; Emmerich, in: MüKo-BGB, Rebmann / Säcker / Rixecker [Hrsg.], Bd. 2, 4. Aufl., 2001, Vor § 275 Rn. 306ff.

⁵⁹¹ Im Rahmen seines Geltungsbereichs geht das höherrangige Recht dem niederrangigeren Recht vor, auch im Verhältnis von Bundesverfassungsrecht zu einfachem Bundesgesetz, so Ossenbühl: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HdbStR, Bd. III, 1988, S. 315ff. (§ 62 Rn. 2 = S. 316f.); Ossenbühl: Rechtsbindungen, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, S. 135ff. (189f.); Wahl: Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, NVwZ 1984, S. 401ff. (401).

Voraussetzungen dieser Norm darzulegen und zu beweisen hat. Zwar ist nicht Art. 34 S. 2 GG, sondern § 280 I BGB die einschlägige Anspruchsgrundlage, doch ist auch sonst im Recht anerkannt, dass tatbestandliche Voraussetzungen durch Hilfsnormen zu einer Anspruchsgrundlage festgeschrieben werden können.

Die Darlegungs- und Beweislast des Staates entspricht Sinn und Zweck des Art. 34 S. 2 GG, den Beamten zu schützen und die Regressmöglichkeiten des Staates gegenüber dem Beamten im Vergleich zum einfachen Gesetz zu erschweren, um die Entschlussfreudigkeit des Beamten nicht zu lähmen und die Funktionsfähigkeit der Verwaltung zu sichern.⁵⁹² Wenn die Darlegungs- und Beweislast beim Staat liegt, dann ist dies eine für den Beamten günstigere Regelung als diejenige des § 280 I BGB.

4. Ordentlicher Rechtsweg

Der Bund darf seinen Regressanspruch nicht im Wege des Leistungsbescheids gegenüber dem Entflechtungstreuhänder geltend machen, sondern muss den Entflechtungstreuhänder vor einem ordentlichen Gericht in Anspruch nehmen. Art. 34 S. 3 Alt. 2 GG garantiert den ordentlichen Rechtsweg für den Rückgriff. Einfachgesetzlich erfolgt die Zuweisung zu den ordentlichen Gerichten aufgrund § 40 II VwGO.

⁵⁹² Für diese Zwecke des Art. 34 S. 2 GG von Danwitz, in: GG, Mangoldt [Begr.], Bd. 2, 4. Aufl., 2000, Art. 34 Rn. 125; Bryde, in: GG, von Münch [Begr.], Bd. 2, 5. Aufl., 2001, Art. 34 Rn. 37.

F. Verhältnis zum Erwerber

Der Erwerber hat nach beiden Ansichten gegen die Entflechtungspflichtigen den Anspruch auf Erfüllung der durch den Entflechtungstreuhänder in Ausübung seiner Tätigkeit geschlossenen Verträge.⁵⁹³ Umgekehrt haben die Entflechtungspflichtigen gegen den Erwerber den vertraglichen Anspruch, welcher durch den Entflechtungstreuhänder begründet wurde, beispielsweise auf Zahlung des Kaufpreises oder auf Entrichtung des Pachtzinses. Diese Ansprüche sind während der Herbeiführung der Entflechtung nach beiden Ansichten gegen bzw. durch den Entflechtungstreuhänder als Partei kraft Amtes geltend zu machen.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Beispielsweise Übergabe und Übereignung bei Kauf von Unternehmensteilen (siehe hierzu S. 10 Fn 37) oder Gebrauch und Genuss der Früchte bei Pacht (siehe hierzu S. 112). Zum nach beiden Ansichten gegebenen Vertragsschluss zwischen Entflechtungspflichtigen und Erwerber ausführlich im Rahmen der Erklärung des Handelns des Entflechtungstreuhänders ab S. 97.

⁵⁹⁴ Der Entflechtungstreuhänder ist sowohl nach bisheriger (hierzu S. 101) als auch nach vorliegend vertretener Ansicht (hierzu S. 125) Partei kraft Amtes.

Thesen

Der Entflechtungstreuhänder ist ein Privater, dem die Verwaltungsaufgabe der Herbeiführung der Entflechtung zur selbständigen hoheitlichen Wahrnehmung übertragen worden ist. Damit ist er, entgegen der bisher einhellig vertretenen Ansicht, Beliehener. Die Beleihung kann durch Verwaltungsakt auf Zustimmung oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen. Damit die Beleihung den Entflechtungspflichtigen gegenüber wirksam ist, bedarf es ihnen gegenüber einer Rechtmäßigkeitsanordnung, da in ihre Rechte eingegriffen wird. Zusätzlich ist es zulässig, ihnen eine entsprechende Verfügungsbeschränkung aufzuerlegen. Die jeweils erforderliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage ist § 41 IV Nr. 3 GWB. Als Beliehener ist der Entflechtungstreuhänder an Grundrechte gebunden.

Der Entflechtungstreuhänder ist Partei kraft Amtes. Zwischen Eigentum und Verfügungsbefugnis besteht eine funktionelle Trennung.

Durch die Einräumung hoheitlicher Rechtsmacht wird der Entflechtungstreuhänder in die Lage versetzt, die Entflechtungspflichtigen zu verpflichten bzw. für sie zu verfügen. Dies geschieht privatrechtlich. Zwischen hoheitlicher Rechtsmacht und ihrer privatrechtlichen Ausübung ist zu differenzieren, weil der Entflechtungstreuhänder als Mittel der Ersatzvornahme anstelle der Entflechtungspflichtigen die Entflechtung herbeiführt und dabei keine grundsätzlich anderen Handlungen vornimmt, als sie auch die Entflechtungspflichtigen vornehmen, wenn sie ihrer Verpflichtung selbst nachkommen.

Staatshaftungsansprüche greifen ein, da der Entflechtungstreuhänder als Beliehener ein öffentliches Amt i.S.d. Staatshaftungsrechts ausübt. Im Innenverhältnis ist er Regressansprüchen des Bundes ausgesetzt. Nach außen haftet er persönlich aufgrund allgemeinen Deliktsrechts für Handlungen, die er bei Gelegenheit der Herbeiführung der Entflechtung vornimmt.

Literaturverzeichnis

- Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1986 (zit.: Achterberg: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Alberts, H. W.: Staatsfreiheit von Versammlungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1989, S. 839 - 840.
- Amelung, Knut: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes. Eine Untersuchung im Grenzbereich von Grundrechts- und Strafrechtsdogmatik, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 392, Berlin 1981 (zit.: Amelung: Die Einwilligung in die Beeinträchtigung eines Grundrechtsgutes).
- App, Michael: Verwaltungsvollstreckung wegen Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen, Juristische Schulung 1987, S. 455 - 460.
- App, Michael: Verwaltungsvollstreckungsrecht, 3. Aufl., Köln u.a. 1997.
- Arndt, Herbert [Begr.]: Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961 unter Berücksichtigung des Ersten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 7. August 1981 und des Zweiten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 29. Januar 1991. Kommentar, 5. Aufl., Köln u.a. 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BNotO).
- Badura, Peter: Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Schmidt-Aßmann, Eberhard [Hrsg.], Berlin 2003, S. 245 - 366.
- Ball, Hartwig / Wissel, Holger: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen im Fusionskontrollverfahren, Wirtschaft und Wettbewerb 1980, S. 235 - 241.
- Bamberger, Heinz Georg / Roth, Herbert [Hrsg.]: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: §§ 611-1296. ErbbauVO. WEG, München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Bassenge, Peter / Herbst, Gerhard / Roth, Herbert [Hrsg.]: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Rechtspflegergesetz. Kommentar, 9. Aufl., Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: FGG).
- Bastian, Olaf: Das verwaltungsbehördliche Ermessen zum Wiederaufgreifen des Verwaltungsverfahrens - Zugleich ein Beitrag zu den Grundlagen des Systems zur Sicherung der Rechtsbeständigkeit von Verwaltungsakten -, Dissertation, Universität Hamburg 1985 (zit.: Bastian: Ermessen zum Wiederaufgreifen).
- Battis, Ulrich: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Heidelberg 2002.
- Battis, Ulrich: Beamtenrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht. Ein Lehr- und Handbuch, Band II: Kommunal-, Haushalts-, Abgaben-, Ordnungs-, Sozial-, Dienstrecht, 2. Aufl., Achterberg, Norbert / Püttner, Günter / Würtenberger, Thomas [Hrsg.], Heidelberg 2000, S. 1012 - 1092 (zit.: Battis: Beamtenrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht).

- Battis, Ulrich / Krautzberger, Michael / Löhr, Rolf-Peter [Hrsg.]: Baugesetzbuch [Kommentar], 8. Aufl., München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: BauGB).
- Bauer, Hartmut: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat. Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Halle/Saale vom 5. bis 8. Oktober 1994, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 54, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin, New York 1995, S. 243 - 286 (zit.: Bauer: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: VVDStRL 54).
- Baumbach, Adolf [Begr.]: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung [Kommentar], 16. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 20, München 1996 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Baumbach, Adolf [Begr.]: GmbH-Gesetz. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung [Kommentar], 17. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 20, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Baumbach, Adolf / Lauterbach, Wolfgang [Begr.]: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], 63. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 1, München 2005 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Baur, Fritz: Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag. Zugleich einige Bemerkungen zu dem Anwendungsbereich der Geschäftsführung ohne Auftrag, Deutsches Verwaltungsblatt 1965, S. 893 - 896 (zit.: Baur: Ersatzvornahme und Geschäftsführung ohne Auftrag).
- Baur, Fritz / Stürner, Rolf: Zwangsvollstreckungsrecht, Heidelberg 1996.
- Baur, Jürgen F.: Das Pfandrecht an beweglichen Sachen (als Legalordnung), in: Sachenrecht, 17. Aufl., Baur, Jürgen F. / Stürner, Rolf [Hrsg.], München 1999, (zit.: Baur: Pfandrecht, in: Sachenrecht).
- Bauschke, Erhard / Kloepfer, Michael: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung. Zur Anspruchsvielfalt im öffentlichen Entschädigungsrecht, Neue Juristische Wochenschrift 1971, S. 1233 - 1239 (zit.: Bauschke / Kloepfer: Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung).
- Bechtold, Rainer [Hrsg.]: GWB. Kartellgesetz. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 3. Aufl., München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: GWB).
- Beck, Heinz [Begr.]: Gesetz über das Kreditwesen. Kommentar nebst Materialien und ergänzenden Vorschriften, Band 1, Heidelberg, Stand: 102. Lieferung (Loseblattwerk), 2004 (zit.: Bearbeiter, in: KWG).
- Becker, Bernd: Öffentliche Verwaltung. Lehrbuch für Wissenschaft und Praxis, Percha, Kempfenhausen 1989 (zit.: Becker: Öffentliche Verwaltung).
- Beer, Hubert: Die relative Unwirksamkeit. Eine Darstellung unter besonderer Berücksichtigung der Interessen- und Wertungsjurisprudenz, Schriften

- zum Bürgerlichen Recht Band 24, Berlin 1975, zugleich: Dissertation, Universität München 1973 (zit.: Beer: Die relative Unwirksamkeit).
- Beisel, Wilhelm / Klumpp, Hans-Hermann: Der Unternehmenskauf. Gesamtdarstellung der zivil- und steuerrechtlichen Vorgänge einschließlich gesellschafts-, arbeits- und kartellrechtlicher Fragen bei der Übertragung eines Unternehmens, 3. Aufl., München 1996 (zit.: Beisel / Klumpp: Der Unternehmenskauf).
- Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht. Schadensersatz-, Entschädigungs- und Folgenbeseitigungspflichten aus hoheitlichem Unrecht, 2. Aufl., Karlsruhe 1974 (zit.: Bender: Staatshaftungsrecht).
- Bender, Bernd: Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., Karlsruhe 1981.
- Berg, Hans: Hauptprobleme der Geschäftsführung ohne Auftrag, Juristische Schulung 1975, S. 681 - 689 (zit.: Berg: Hauptprobleme der GoA).
- Bettermann, Karl August: Anmerkung, Deutsches Verwaltungsblatt 1971, S. 116 - 117.
- Blankenagel, Alexander: Die „Amtspflicht gegenüber einem Dritten“ - Kasuistik ohne Systematik?, Deutsches Verwaltungsblatt 1981, S. 15 - 23.
- Bleckmann, Albert: Der Grundrechtsverzicht, in: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl., Bleckmann, Albert [Hrsg.], Köln u.a. 1997, S. 485 - 496 (zit.: Bleckmann: Der Grundrechtsverzicht, in: Grundrechte).
- Bleckmann, Albert: Die Grundrechtsadressaten, in: Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl., Bleckmann, Albert [Hrsg.], Köln u.a. 1997, S. 193 - 242 (zit.: Bleckmann: Die Grundrechtsadressaten, in: Grundrechte).
- Bleckmann, Albert: Europarecht. Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften, 6. Aufl., Köln u.a. 1997 (zit.: Bleckmann: Europarecht).
- Bleckmann, Albert: Probleme des Grundrechtsverzichts, Juristenzeitung 1988, S. 57 - 62.
- Blomeyer, Arwed: Zivilprozeßrecht. Vollstreckungsverfahren, Berlin, Heidelberg, New York 1975 (zit.: Blomeyer: Vollstreckungsverfahren).
- Blomeyer, Arwed: Zur Lehre vom Pfändungspfandrecht, in: Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow, Becker, Walter G. / von Carolsfeld, Ludwig Schnorr [Hrsg.], Berlin 1970, S. 803 - 831 (zit.: Blomeyer: Pfändungspfandrecht, in: FS Lübtow).
- Böhmer, Emil: Zur Frage der Amtspflicht gegenüber einem Dritten i.S. des § 839 BGB, Juristenzeitung 1965, S. 487 - 488 (zit.: Böhmer: Amtspflicht gegenüber einem Dritten).
- Boesen, Arnold [Hrsg.]: Vergaberecht. Kommentar zum 4. Teil des GWB, Köln 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Vergaberecht).
- Böttcher, Roland [Hrsg.]: ZVG. Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Kommentar, 3. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: ZVG).

- Boos, Karl-Heinz / Fischer, Reinfrid / Schulte-Mattler, Hermann [Hrsg.]: Kreditwesengesetz. Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften, München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: KWG).
- Brangsch, H.: Kann ein Rechtsanwalt mittelbar oder unmittelbar zur Pflichtverteidigertätigkeit gezwungen werden?, *Anwaltsblatt* 1972, S. 15 - 16.
- Braun, Eberhard: Die Bedrohung der Konkurs-Kultur durch Berufsgesellschaften mit beschränkter Haftung als Konkursverwalter, *Der Betriebsberater* 1993, S. 2172 - 2178 (zit.: Braun: Bedrohung durch Konkursverwalter-GmbH).
- Braun, Eberhard [Hrsg.]: Insolvenzordnung (InsO). Kommentar, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Brehm, Wolfgang: *Freiwillige Gerichtsbarkeit*, 3. Aufl., Stuttgart u.a. 2002.
- Breuer, Rüdiger: Freiheit des Berufs, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI: Freiheitsrechte, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1989, S. 877 - 956 (zit.: Breuer: Freiheit des Berufs, in: *HdbStR*).
- Brocker, Lars: Bankenaufsicht, in: *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, Derleder, Peter / Knops, Kai-Oliver / Bamberger, Heinz Georg [Hrsg.], Berlin u.a. 2004, S. 1419 - 1436 (zit.: Brocker: Bankenaufsicht, in: *Handbuch Bankrecht*).
- Brox, Hans / Walker, Wolf-Dietrich: *Zwangsvollstreckungsrecht*, 7. Aufl., Köln u.a. 2003.
- Büchner, Lutz Michael / Reinert, Hans Jochen: *Einführung in das System der Staatshaftung*, Heidelberg 1988 (zit.: Büchner / Reinert: Staatshaftung).
- Bülow, Peter: *Grundfragen der Verfügungsverbote*, Juristische Schulung 1994, S. 1 - 8.
- Bürckner, Hermann: *Der privatrechtsgestaltende Staatsakt*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Band 47, Leipzig 1930.
- Bull, Hans Peter: *Allgemeines Verwaltungsrecht. Ein Lehrbuch*, 6. Aufl., Heidelberg 2000 (zit.: Bull: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Bull, Hans Peter: Grundlagen des Verwaltungshandelns, in: *Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht (HambStVwR)*, Riem-Hoffmann, Wolfgang / Koch, Hans-Joachim [Hrsg.], Frankfurt am Main 1988, S. 155 - 192 (zit.: Bull: Grundlagen des Verwaltungshandelns, in: *Hamburgisches Staats- und Verwaltungsrecht*).
- Bullinger, Martin: Die behördliche Genehmigung privater Rechtsgeschäfte und ihre Versagung, *Die öffentliche Verwaltung* 1957, S. 761 - 770.
- Bumiller, Ursula / Winkler, Karl [Hrsg.]: *Freiwillige Gerichtsbarkeit. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit [Kommentar]*, 7. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 33, München 1999 (zit.: Bearbeiter, in: *FGG*).
- Burgi, Martin: Der Beliehene - ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: *Staat, Kirche, Verwaltung: Festschrift für Hartmut Maurer zum 70.*

- Geburtstag, Geis, Max-Emanuel / Lorenz, Dieter [Hrsg.], München 2001, S. 581 - 594 (zit.: Burgi: Der Beliehene, in: FS Maurer).
- Burgi, Martin: Verwaltungsorganisation, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk [Hrsg.], Berlin 2002, S. 791 - 868.
- Burmeister, Joachim: Der Begriff des „Fiskus“ in der heutigen Verwaltungsrechtsdogmatik, Die öffentliche Verwaltung 1975, S. 695 - 703.
- Burmeister, Joachim: Die Ersatzvornahme im Polizei- und Verwaltungsvollstreckungsrecht, Juristische Schulung 1989, S. 256 - 262.
- Bydlinski, Franz: Kontrahierungszwang und Anwendung allgemeinen Zivilrechts, Juristenzeitung 1980, S. 378 - 385.
- Bydlinski, Franz: Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, Archiv für die civilistische Praxis 1980, S. 1 - 46 (zit.: Bydlinski: Zu den Grundfragen des Kontrahierungszwanges).
- Byok, Jan: Das neue Vergaberecht, Neue Juristische Wochenschrift 1998, S. 2774 - 2779.
- Byok, Jan / Jaeger, Wolfgang [Hrsg.]: Kommentar zum Vergaberecht. Erläuterungen zu den vergaberechtlichen Vorschriften des GWB, Heidelberg 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Kommentar zum Vergaberecht).
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias [Hrsg.]: Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., Neuwied, Kriftel 2002 (zit.: Bearbeiter, in: EGV).
- Canenbley, Cornelis / Moosecker, Karlheinz: Fusionskontrolle. Handbuch für die Praxis, Köln 1982 (zit.: Canenbley / Moosecker: Fusionskontrolle).
- Claus, Axel: Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht, Berliner Juristische Abhandlungen Band 25, Berlin 1973.
- Claussen, Carsten Peter: Bank- und Börsenrecht, 3. Aufl., München 2002.
- Coing, Helmut: Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität Köln Band 31, München 1973.
- Consbruch, Johannes / Möller, Annemarie [Begr.]: KWG-Kommentar. Kreditwesengesetz mit den wichtigsten Ausführungsvorschriften, 3. Aufl., München 1986 (zit.: Bearbeiter, in: KWG).
- Czybulka, Detlef / Jeand` Heur, Bernd: Das Amtshaftungsrecht in der Fallbearbeitung, Juristische Schulung 1992, S. 396 - 401 (zit.: Czybulka / Jeand` Heur: Amtshaftungsrecht).
- Dahs, Hans: Handbuch des Strafverteidigers, 6. Aufl., Köln 1999.
- Daumann, Hans: Der Abschleppdienst und seine kostenmäßige Abwicklung, Deutsches Autorecht 1969, S. 317 - 323.
- Degenhart, Christoph: Gerichtsverfahren, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1988, S. 879 - 919 (zit.: Degenhart: Gerichtsverfahren, in: HdbStR).

- Delius: Die Haftpflicht der Beamten. Nach Reichsrecht und dem Recht der deutschen Bundesstaaten unter Berücksichtigung der Haftpflicht des Staates (Gemeindeverbandes u.s.w.), Berlin 1901 (zit.: Delius: Die Haftpflicht der Beamten).
- Demmer, Johannes Heinrich: Verfassungsrechtliche Grenzen staatlicher Regelungsbefugnis im Bereich des Wirtschaftsrechts, untersucht am Beispiel der Zusammenschlußkontrolle, Dissertation, Universität Köln 1974 (zit.: Demmer: Verfassungsrechtliche Grenzen der Zusammenschlußkontrolle).
- Derleder, Peter: Landesrecht als Rettungsanker gegen die Beeinträchtigung städtischer Wohnungsbestände?, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 1982, S. 321 - 329.
- Dernburg, Heinrich: Pandekten, Band 1: Allgemeiner Teil und Sachenrecht, 7. Aufl., Berlin 1902.
- Dittert, Daniel: Die Reform des Verfahrens in der neuen EG-Fusionskontrollverordnung, Wirtschaft und Wettbewerb 2004, S. 148 - 161 (zit.: Dittert: Verfahrensreform der EG-FKVO).
- Dölle, Hans: Neutrales Handeln im Privatrecht. Ein Beitrag zur Lehre von der Stellvertretung, in: Festschrift Fritz Schulz, Band 2, Flume, Werner [Hrsg.], Weimar 1951, S. 268 - 288 (zit.: Dölle: Neutrales Handeln im Privatrecht, in: FS Schulz).
- Dreher, Eduard / Maassen, Hermann [Begr.]: Strafgesetzbuch mit Erläuterungen [Kommentar], 23. Aufl., München 1999 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Dreher, Meinrad: Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts, Der Betrieb 1998, S. 2579 - 2589.
- Dreier, Horst [Hrsg.]: Grundgesetz. Kommentar, Band I: Artikel 1-19, Tübingen 1996 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Dreier, Horst: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive, Tübingen 1991, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Würzburg 1989 (zit.: Dreier: Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat).
- Drews [Begr.]: Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder [Kommentar], 9. Aufl., Köln u.a. 1986 (zit.: Bearbeiter, in: Gefahrenabwehr).
- Drügemöller, Albert: Vergaberecht und Rechtsschutz. Der inter- und supranationale Rahmen und seine Ausgestaltung in Deutschland, Berlin, Heidelberg, New York 1999 (zit.: Drügemöller: Vergaberecht und Rechtsschutz).
- Dünchheim, Thomas: Die Festsetzung von Zwangsmitteln - ein lästiges Vehikel des Vollstreckungsverfahrens?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1997, S. 350 - 353 (zit.: Dünchheim: Festsetzung von Zwangsmitteln).

- Dürig, Günter: Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes, Archiv des öffentlichen Rechts 1956, S. 117 - 157 (zit.: Dürig: Wertsystem der Grundrechte).
- Eden, Siegfried: Treuhanderschaft an Unternehmen und Unternehmensanteilen. Recht, Steuer, Betriebswirtschaft, 2. Aufl., Moderne Rechtsformen der Wirtschaft Band 7, Bielefeld 1989 (zit.: Eden: Treuhanderschaft an Unternehmen).
- Ehlers, Dirk: Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt, in: Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit. Eigentumsschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Gießen vom 2. bis 5. Oktober 1991, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 51, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin, New York 1992, S. 211 - 251 (zit.: Ehlers: Eigentumsschutz, in: VVDStRL 51).
- Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Habilitationsschrift, Universität Erlangen, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 464 1984.
- Ehlers, Dirk: Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk [Hrsg.], Berlin 2002, S. 1 - 132 (zit.: Ehlers: Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Ehlers, Henning: Die Problematik des Kontrahierungszwangs in der Wettbewerbsordnung, dargestellt am Beispiel des kartellrechtlichen Diskriminierungsverbots, Dissertation, Universität Hamburg 1979 (zit.: Ehlers: Kontrahierungszwang in der Wettbewerbsordnung).
- Eickmann, Dieter: Zwangsversteigerungs- und Zwangsverwaltungsrecht, 2. Aufl., München 2004.
- Eickmann, Dieter / Flessner, Axel / Irschlinger, Friedrich / Kirchhof, Hans-Peter / Kreft, Gerhart / Landfermann, Hans-Georg / Marotzke, Wolfgang / Stephan, Guido [Hrsg.]: Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Heidelberg 2003 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Engelhardt, Hanns / App, Michael [Hrsg.]: Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz. Verwaltungszustellungsgesetz. Kommentar unter besonderer Berücksichtigung der landesrechtlichen Bestimmungen, der Abgabenordnung, des EG-Beitreibungsgesetzes und des Europäischen Übereinkommens über die Zustellung von Schriftstücken in Verwaltungssachen im Ausland, 6. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: VwVG).
- Epping, Volker: Grundrechte, Berlin u.a. 2004.
- Erdl, Cornelia: Der neue Vergaberechtsschutz. Das deutsche Recht im europäischen Kontext, Baurechtliche Schriften Band 49, Düsseldorf 1999,

- zugleich: Dissertation, Universität Berlin 1997 (zit.: Erdl: Der neue Vergaberechtsschutz).
- Erfmeyer, Klaus: Die Rechtsnatur „heimlicher“ behördlicher Maßnahmen, Die öffentliche Verwaltung 1999, S. 719 - 725.
- Erichsen, Hans-Uwe: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Martens, Wolfgang [Hrsg.], Berlin 1992, S. 179 - 422.
- Erichsen, Hans-Uwe: Das Verwaltungshandeln, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk [Hrsg.], Berlin 2002, S. 229 - 475.
- Erichsen, Hans-Uwe: Die Aufhebung von Verwaltungsakten durch die Verwaltung, Juristische Ausbildung 1981, S. 534 - 546.
- Erichsen, Hans-Uwe / Ebber, Bodo: Das Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren gemäß § 51 VwVfG, Juristische Ausbildung 1997, S. 424 - 433 (zit.: Erichsen / Ebber: Wiederaufgreifen).
- Erichsen, Hans-Uwe / Rauschenberg, Dirk: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, Juristische Ausbildung 1998, S. 323 - 328.
- Erichsen, Hans-Uwe / Rauschenberg, Dirk: Verwaltungsvollstreckung, Juristische Ausbildung 1998, S. 31 - 42.
- Erlenkämper, Friedel: Entwicklungen im Kommunalrecht, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, S. 325 - 341.
- Ertel, H. A.: Treuhänder und Treuhandgesellschaften in Deutschland, Berlin 1925 (zit.: Ertel: Treuhänder und Treuhandgesellschaften).
- Evers, Hans-Ulrich: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit, Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 2073 - 2076.
- Eyermann, Erich / Fröhler, Ludwig [Begr.]: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 11. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: VwGO).
- Eylmann, Horst / Vaasen, Hans-Dieter [Hrsg.]: Bundesnotarordnung, Beurkundungsgesetz: Kommentar, München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: BNotO).
- Fahland, Monika: Das Verfügungsverbot nach §§ 135, 136 BGB in der Zwangsvollstreckung und seine Beziehung zu den anderen Pfändungsfolgen, Schriften zum Prozessrecht Band 45, Berlin 1976, zugleich: Dissertation, Universität Bonn 1975 (zit.: Fahland: Verfügungsverbot).
- Feuerich, Wilhelm E. / Weyland, Dag [Hrsg.]: Bundesrechtsanwaltsordnung. Patentanwaltsordnung. Recht für Anwälte aus dem Gebiet der Europäischen Union. Kommentar, 6. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BRAO).
- Fischer, Gerhard / Hitz, Fredi / Laskowski, Rainer / Walter, Bernd [Hrsg.]: Bundesgrenzschutzgesetz. BGSZ. Zwangsanwendung nach Bundesrecht. VwVG/UZwG [Kommentar], 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1996 (zit.: Bearbeiter, in: BGSZ / Bearbeiter, in: UZwG / Bearbeiter, in: UZwG).

- Fliegau, Harald / Maurer, Volkhard [Hrsg.]: Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Baden-Württemberg [Kommentar], 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1983 (zit.: Bearbeiter, in: VwVG Bad.-Württ.).
- Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1992 (zit.: Flume: BGB-AT).
- Flume, Werner: Anmerkung, Neue Juristische Wochenschrift 1953, S. 585 - 586.
- Flume, Werner: Der Entwurf eines Gepräge-Rechtsprechungs-Gesetzes, Der Betrieb 1985, S. 1152 - 1155.
- Forsthoff, Ernst: Der Staat als Auftraggeber. Unter besonderer Berücksichtigung des Bauauftragswesens, res publica Band 12, Stuttgart 1963 (zit.: Forsthoff: Der Staat als Auftraggeber).
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, München, Berlin 1950.
- Forsthoff, Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München, Berlin 1973.
- Freels, Horst: Andere Verwertungsarten in der Mobiliarzwangsvollstreckung, St. Augustin 1998, zugleich: Dissertation, Universität Osnabrück 1998 (zit.: Freels: Mobiliarzwangsvollstreckung).
- Frege, Michael C. / Keller, Ulrich / Riedel, Ernst: Insolvenzrecht, 6. Aufl., Handbuch der Rechtspraxis Band 3, München 2002.
- Frenz, Walter: Die Staatshaftung in den Beileihungstatbeständen, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 618, Berlin 1992, zugleich: Dissertation, Universität München 1991.
- Frieß, Knut: Der Verzicht auf Grundrechte, Dissertation, Universität Würzburg 1968.
- Gaul, Hans Friedhelm: Allgemeine Lehren, in: Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Aufl., Gaul, Hans Friedhelm / Schilken, Eberhard [Hrsg.], München 1997, S. 1 - 751.
- Gaupp, Ludwig [Begr.]: Kommentar zur Zivilprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. November 1933, Band II, 15. Aufl., Tübingen 1934 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Geib, Peter: Die Pfandverstrickung. Grundfragen der Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Band 55, Bielefeld 1969 (zit.: Geib: Pfandverstrickung).
- Geiger, Harald: Nochmals: Rechtsschutz im Verfahren nach dem Landbeschaffungsgesetz, Bayerische Verwaltungsblätter 1987, S. 106 - 109 (zit.: Geiger: Rechtsschutz).
- Geiger, Rudolf [Hrsg.]: EUV/EGV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft. Kommentar, 3. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: EGV).

- Geppert, Klaus: Verstrickungsbruch (§ 136 Abs. 1 StGB) und Siegelbruch (§ 136 Abs. 2 StGB), Juristische Ausbildung 1987, S. 35 - 44 (zit.: Geppert: Verstrickungsbruch).
- Gerlach, Johann W.: Ungerechtfertigte Zwangsvollstreckung und ungerechtfertigte Bereicherung, Schriften zum Prozessrecht Band 86, Berlin 1986.
- Glassen, Helmut [Hrsg.]: Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht. Mit Kommentierung des GWB, des EG-Kartellrechts und einer Darstellung ausländischer Kartellrechtsordnungen, Band III: §§ 21-80 GWB n.F., Köln, Stand: 47. Lieferung (Loseblattwerk), 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Frankfurter Kommentar).
- Göppel, Helmut: Die Zulässigkeit von Arbeitszwang nach Art. 12 Abs. 2 S. 1 des Grundgesetzes, Dissertation, Universität München 1967.
- Goldschmidt, James: Zivilprozessrecht, 2. Aufl., Berlin 1932.
- Gosch, Dietmar: Das Wiederaufgreifen unanfechtbar gewordener Verwaltungsverfahren, Juristische Arbeitsblätter 1976, S. 681 - 686 (zit.: Gosch: Wiederaufgreifen).
- Grabitz, Eberhard [Begr.]: Das Recht der Europäischen Union. Kommentar, Band I: EUV/EGV, München, Stand: 22. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Das Recht der Europäischen Union).
- Grabitz, Eberhard: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Archiv des öffentlichen Rechts 1973, S. 568 - 616 (zit.: Grabitz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).
- Grüb, Michael: Europäische Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen, Schriften zum Europa- und Völkerrecht und zur Rechtsvergleichung Band 2, Frankfurt u.a. 1999, zugleich: Dissertation, Universität Frankfurt 1998 (zit.: Grüb: Niederlassungsfreiheit für Private mit hoheitlichen Befugnissen).
- Grüneberg, Christian: Die Rechtspositionen der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, Europäische Hochschulschriften. Reihe II: Rechtswissenschaften Band 711, Frankfurt u.a. 1988, zugleich: Dissertation, Universität Bonn 1987 (zit.: Grüneberg: Organe und Betriebsrat im Konkurs).
- Grundmann, Stefan: Der Treuhandvertrag insbesondere die werbende Treuhand, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln Band 74, München 1997, zugleich: Habilitationsschrift, Universität München 1994/95 (zit.: Grundmann: Der Treuhandvertrag).
- Grunewald, Barbara: Vereinsaufnahme und Kontrahierungszwang, Archiv für die civilistische Praxis 1982, S. 181 - 213.
- Grunsky, Wolfgang: Grundzüge des Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrechts, 5. Aufl., Tübingen 1996 (zit.: Grunsky: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht).

- Grziwotz, Herbert: Vertragsgestaltung im öffentlichen Recht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung Band 160, München 2002.
- Gusy, Christoph: Arbeitszwang - Zwangsarbeit - Strafvollzug - BVerfGE 74, 102, Juristische Schulung 1989, S. 710 - 716.
- Gusy, Christoph: Polizeirecht, 5. Aufl., Tübingen 2003.
- Gusy, Christoph: Verwaltungsvollstreckungsrecht am Beispiel der Vollstreckung von Polizeiverfügungen (Teil 2), Juristische Arbeitsblätter 1990, S. 339 - 341 (zit.: Gusy: Verwaltungsvollstreckungsrecht).
- Haas, Ulrich: Besonderheiten in der Gesellschaftsinsolvenz, in: Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., Gottwald, Peter [Hrsg.], München 2001, S. 1025 - 1250 (zit.: Haas: Gesellschaftsinsolvenz, in: Insolvenzrechts-Handbuch).
- Habscheid, Edgar J.: Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht? - Zu den Grenzen der Regelungsbefugnis des Gesetzgebers -, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozessrecht Band 121, Bielefeld 1988, zugleich: Dissertation, Universität Würzburg 1987 (zit.: Habscheid: Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht?).
- Hamann, Andreas: Die öffentlich-rechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag, Neue Juristische Wochenschrift 1955, S. 481 - 483 (zit.: Hamann: Die öffentlich-rechtliche GoA).
- Haueisen: Anmerkung [zu OVG Berlin: Urteil vom 14.11.1956, Rs VII B 12/56, DVBl 1957, 503], Deutsches Verwaltungsblatt 1957, S. 506 - 508.
- Haueisen: Der Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte, Neue Juristische Wochenschrift 1955, S. 1457 - 1464.
- Hedemann, Wilhelm: Der Kontrahierungszwang Erinnerung und Ausblick, in: Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag 21. Januar 1955, Dietz, Rolf / Hueck, Alfred / Reinhardt, Rudolf [Hrsg.], München, Berlin 1955, S. 251 - 260 (zit.: Hedemann: Kontrahierungszwang, in: FS Nipperdey).
- Heilberg, Adolf: Beamtenhaftung, Rechtsfragen der Praxis Band 14, Berlin 1929.
- Heilfron, Ed. / Pick, Georg: Grundriß des Zivilprozeß- und Konkursrechts sowie des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 4. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1927 (zit.: Heilfron / Pick: Zivilprozessrecht).
- Heintzen, Markus: Hoheitliche Warnungen und Empfehlungen im Bundesstaat, Neue Juristische Wochenschrift 1990, S. 1448 - 1451.
- Henn, Günter: Handbuch des Aktienrechts, 7. Aufl., Heidelberg u.a. 2002.
- Henssler, Martin: Treuhandgeschäft - Dogmatik und Wirklichkeit, Archiv für die civilistische Praxis 1996, S. 37 - 87 (zit.: Henssler: Treuhandgeschäft).
- Henssler, Martin / Prütting, Hanns [Hrsg.]: Bundesrechtsanwaltsordnung mit Rechtsanwaltsprüfungsgesetz, EuRAG, Eignungsprüfungsverordnung, Berufs- und Fachanwaltsordnung, Rechtsberatungsgesetz, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz und CCBE-Berufsregeln. Kommentar, 2. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BRAO).

- Hermes, Georg: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, Juristenzeitung 1997, S. 909 - 915.
- Hertwig, Stefan: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (VOB/VOL/VOF), Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift Band 65, München 2000 (zit.: Hertwig: Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe).
- Herzog, Roman: Allgemeine Staatslehre, Lehrbücher des Öffentlichen Rechts Band 1, Frankfurt 1971.
- Herzog, Roman / Pietzner, Rainer: Beliehener Unternehmer, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., Kunst, Hermann / Herzog, Roman / Schneemelcher, Wilhelm [Hrsg.], Stuttgart, Berlin 1975, S. 170 - 171.
- Hess, Harald / Weis, Michaela / Wienberg, Rüdiger [Hrsg.]: Kommentar zur Insolvenzordnung mit EGInsO, Band 1: Insolvenzordnung, 2. Aufl., Heidelberg 2001 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Hesse, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1995 (zit.: Hesse: Verfassungsrecht).
- Höfling, Wolfram: Die Grundrechtsbindung der Staatsgewalt, Juristische Arbeitsblätter 1995, S. 431 - 437.
- Hölters, Wolfgang: Der Unternehmens- und Beteiligungskauf - Bedeutung, Grundfragen und Abwicklung, in: Handbuch des Unternehmens- und Beteiligungskaufs, Hölters, Wolfgang [Hrsg.], Köln 2002, S. 3 - 69 (zit.: Hölters: Der Unternehmenskauf, in: Handbuch des Unternehmenskaufs).
- Hoepffner, Arnd G.: Die Geschäftsführung ohne Auftrag in der Verwaltung, Dissertation, Universität Würzburg 1972.
- Hörstel, Reinhard: Die Drittbezogenheit der Amtspflicht nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG im Spannungsverhältnis zum GG - Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 16.2.1995 (III ZR 106/93), VersR 95, 779 und vom 16.2.1995 (III ZR 135/93), VersR 95, 780 -, Versicherungsrecht 1996, S. 546 - 551 (zit.: Hörstel: Die Drittbezogenheit der Amtspflicht).
- Huber, Gerhard: Die Versteigerung gepfändeter Sachen, Schriften zum Prozessrecht Band 12 1970, zugleich: Dissertation, Universität München 1968 (zit.: Huber: Versteigerung gepfändeter Sachen).
- Huber, Peter M.: Kampf um den öffentlichen Auftrag. Vom Hoflieferantenprivileg zum europäischen Auftragsvergaberecht, Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Jena e.V. Band 2, Berlin 2002 (zit.: Huber: Kampf um den öffentlichen Auftrag).
- Huber, Peter-Michael: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht. Schutzanspruch und Rechtsschutz bei Lenkungs- und Verteilungsentscheidungen der öffentlichen Verwaltung, Jus Publicum Band 1, Tübingen 1991, zugleich: Habilitationsschrift, Universität München 1990/91 (zit.: Huber: Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht).
- Huber, Rudolf: Beliehene Verbände. Ein Beitrag zu den Rechtsformen des Wirtschaftsverwaltungsrechts, Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S. 456 - 460 (zit.: Huber: Beliehene Verbände).

- Hübner, Ulrich: Interessenkonflikt und Vertretungsmacht. Eine Untersuchung zur funktionalen Präzisierung des § 181 BGB, Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln Band 37, München 1977, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Münster 1976/77 (zit.: Hübner: Interessenkonflikt und Vertretungsmacht).
- Hüffer, Uwe [Hrsg.]: Aktiengesetz [Kommentar], 5. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 53, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: AktG).
- Immenga, Ulrich / Mestmäcker, Ernst-Joachim [Hrsg.]: GWB. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Kommentar, 3. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: GWB).
- Ipsen, Hans: Widerruf gültiger Verwaltungsakte, Hamburgische Universität: Abhandlungen und Mitteilungen aus dem Seminar für öffentliches Recht Band 26, Hamburg 1932.
- Ipsen, Jörn: Staatsrecht II. Grundrechte, 7. Aufl., München, Neuwied 2004 (zit.: Ipsen: Grundrechte).
- Isensee, Josef: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1988, S. 3 - 82 (zit.: Isensee: Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HdbStR).
- Isensee, Josef: Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer. Zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Gründung einer Krankenversicherungs-Aktiengesellschaft durch öffentlich-rechtliche Versicherungsunternehmen, Der Betrieb 1979, S. 145 - 150 (zit.: Isensee: Privatwirtschaftliche Expansion öffentlich-rechtlicher Versicherer).
- Isensee, Josef: Staat und Verfassung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1987, S. 591 - 661 (zit.: Isensee: Staat und Verfassung, in: HdbStR).
- Jaeger, Ernst [Begr.]: Konkursordnung. Großkommentar, Band §§ 1-42. Register, 9. Aufl., Berlin, New York 1997 (zit.: Bearbeiter, in: KO).
- Jaeger, Ernst [Begr.]: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen [Kommentar], Band §§ 71-206 KO, 8. Aufl., Berlin, New York 1973 (zit.: Bearbeiter, in: KO).
- Jaeger, Ernst [Begr.]: Konkursordnung mit Einführungsgesetzen [Kommentar], Band §§ 208-244. Einführungsgesetze, Vergütungsverordnung, Sachregister, 8. Aufl., Berlin, New York 1973 (zit.: Bearbeiter, in: KO).
- Jähnke, Burkhard / Laufhütte, Heinrich Wilhelm / Odersky, Walter [Hrsg.]: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 2: §§ 32-60, 11. Aufl., Berlin 2003 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Jahn, Ralf: Der praktische Fall - Öffentlichrechtliche Klausur: Fahrzeugkontrolle mit Folgen, Juristische Schulung 1998, S. 833 - 839 (zit.: Jahn: Fahrzeugkontrolle).

- Jarass, Hans: Die Niederlassungsfreiheit in der Europäischen Gemeinschaft. Ein Kernelement der Freiheit selbständiger wirtschaftlicher Betätigung, *Recht der Internationalen Wirtschaft* 1993, S. 1 - 7 (zit.: Jarass: Niederlassungsfreiheit).
- Jarass, Hans / Pieroth, Bodo [Hrsg.]: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar, 7. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Jauernig, Othmar [Hrsg.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [Kommentar], 9. Aufl., München 1999 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Jauernig, Othmar [Hrsg.]: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar [Kommentar], 11. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Jauernig, Othmar: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht. Ein Studienbuch, 21. Aufl., München 1999 (zit.: Jauernig: Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht).
- Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Darmstadt 1959.
- Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft Band XXV, Berlin 1931.
- Jescheck, Hans-Heinrich / Ruß, Wolfgang / Willms, Günther [Hrsg.]: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar, Band 4: §§ 80-184c, 10. Aufl., Berlin, New York 1988 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Junge, Werner: Die Auflösung von Unternehmenszusammenschlüssen nach § 24 Abs. 6 und 7 GWB, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1985, S. 558 - 568.
- Kämmerer, Ludwig: Die Rechtsstellung der Vermögensverwalter. Ein Diskussionsbeitrag zur Frage der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters, Testamentsvollstreckers und Nachlaßverwalters, *Juristische Rundschau* 1970, S. 328 - 332 (zit.: Kämmerer: Die Rechtsstellung der Vermögensverwalter).
- Kästner, Karl-Hermann: Unmittelbare Maßnahmen der Gefahrenabwehr, *Juristische Schulung*, S. 361 - 366.
- Kazele, Norbert: Interessenkollisionen und Befangenheit im Verwaltungsrecht, *Schriften zum Öffentlichen Recht* Band 580, Berlin 1990, zugleich: Dissertation, Universität Gießen 1989.
- Keidel, Theodor [Begr.]: Freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 15. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: FGG).
- Kerber, Markus C.: Die Unternehmensentflechtung nach dem GWB. Ein Beitrag zur Dogmatik von § 24 VI, VII GWB aus wettbewerbs-, gesellschafts- und verfassungsrechtlicher Sicht, *Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht* Band 1, Baden-Baden 1987, zugleich: Dissertation, Universität Bielefeld 1986 (zit.: Kerber: Unternehmensentflechtung).
- Kern, Peter R.: Das Recht der Unternehmenszusammenschlüsse in der Montanunion, Berlin, Frankfurt 1955.

- Kessler, Christian: Rechtsschutz des „übergangenen“ Insolvenzverwalters, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 1565 - 1574.
- Kilian, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, Archiv für die civilistische Praxis 1980, S. 47 - 83.
- Kindhäuser, Urs [Hrsg.]: Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar, Baden-Baden 2001 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Kipp, Theodor: Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906 (zit.: Kipp: Pandektenrecht).
- Kirchhof, Ferdinand: Der Verwaltungsakt auf Zustimmung, Deutsches Verwaltungsblatt 1985, S. 651 - 661.
- Kirchhof, Hans-Peter [Begr.]: Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Band 1: §§ 1-102; Insolvenzrechtliche Vergütungsverordnung (InsVV), München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-InsO).
- Kissel, Otto Rudolf [Hrsg.]: Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: GVG).
- Kleine-Cosack, Michael [Hrsg.]: BRAO. Bundesrechtsanwaltsordnung mit BORA und FAO. Kommentar, 4. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BRAO).
- Kleinlein, Kornelius: Die ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung - eine Alternative zur Enteignung?, Deutsches Verwaltungsblatt 1991, S. 365 - 375.
- Kleinmann, Werner / Bechtold, Rainer [Hrsg.]: Kommentar zur Fusionskontrolle, Heidelberg 1977 (zit.: Bearbeiter, in: Fusionskontrolle).
- Kling, Michael / Thomas, Stefan: Grundkurs Wettbewerbs- und Kartellrecht, München 2004 (zit.: Kling / Thomas: Kartellrecht).
- Klinge, Gabriele: Die Begriffe „Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung“ und „Ausübung öffentlicher Gewalt“ im Gemeinschaftsrecht, Juristische Schriften Band 11: Öffentliches Recht/EG-Recht, Düsseldorf 1980 (zit.: Klinge: Ausübung öffentlicher Gewalt).
- Klopp, Onno / Kluth, Thomas: Die Verfahrensbeteiligten, in: Insolvenzrechts-Handbuch, 2. Aufl., Gottwald, Peter [Hrsg.], München 2001, S. 303 - 379.
- Kluth, Winfried: Abschaffung von Mehrstimmrechtsaktien verfassungswidrig?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1997, S. 1217 - 1223 (zit.: Kluth: Abschaffung von Mehrstimmrechtsaktien).
- Knack, Hans Joachim [Begr.]: Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG). Kommentar, 8. Aufl., Köln u.a. 2004 (zit.: Bearbeiter, in: VwVfG).
- Knemeyer, Franz-Ludwig: Polizei- und Ordnungsrecht. Lehr und Arbeitsbuch mit Anleitungen für die Klausur, 10. Aufl., München 2004 (zit.: Knemeyer: Polizei- und Ordnungsrecht).
- Knobbe-Keuk, Brigitte: Wieder ein Tritt für die Finanzrechtsprechung. Die Finanzverwaltung demoralisiert das oberste Steuergericht, Der Betriebs-Berater 1985, S. 820 - 821 (zit.: Knobbe-Keuk: Ein Tritt für die Finanzrechtsprechung).
- Knütel, Rolf: Römisches Privatrecht, 17. Aufl., München 2003.

- Köhler, Michael: Die unmittelbare Ausführung einer vollzugspolizeilichen Maßnahme nach Art. 9 des bayerischen Polizeiaufgabengesetzes (PAG), Bayerische Verwaltungsblätter 1999, S. 582 - 588 (zit.: Köhler: Unmittelbare Ausführung polizeilicher Maßnahmen).
- Köhler, Michael: Die Vollzugshilfe nach bayerischem Polizeirecht, Bayerische Verwaltungsblätter 1998, S. 453 - 461.
- Körner, Eberhard: Schutz des Publikums bei Verstößen gegen die Verbots- und Genehmigungsvorschriften des Kreditwesengesetzes und des Versicherungsaufsichtsgesetzes, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1968, S. 127 - 149 (zit.: Körner: Schutz des Publikums bei Verstoß gegen Verbots- und Genehmigungsvorschriften des KWG).
- Kohl, Jürgen: Die Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates. Ein Beitrag zur Dogmatik des öffentlichen Ersatzleistungsrechts, Erlanger juristische Abhandlungen Band 19, Köln u.a. 1977, zugleich: Dissertation, Universität Mannheim 1976 (zit.: Kohl: Die Lehre von der Unrechtsfähigkeit des Staates).
- Kopp, Ferdinand: Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1985.
- Kopp, Ferdinand: Der beliehene Unternehmer. Bemerkung zu dem in diesem Heft S. 735 abgedruckten Urteil des BVerwG vom 14.3.1969 - VII C 37.67, Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 724 - 728 (zit.: Kopp: Der beliehene Unternehmer).
- Kopp, Ferdinand: Die Entscheidung über die Vergabe öffentlicher Aufträge und über den Abschluss öffentlichrechtlicher Verträge als Verwaltungsakte?, Bayerische Verwaltungsblätter 1980, S. 609 - 612 (zit.: Kopp: Vergabeentscheidung als Verwaltungsakt?).
- Kopp, Ferdinand O. [Begr.]: VwGO. Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 13. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: VwGO).
- Kopp, Ferdinand O. [Begr.]: VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz [Kommentar], 6. Aufl., München 1996 (zit.: Bearbeiter, in: VwVfG).
- Kopp, Ferdinand O. [Begr.]: VwVfG. Verwaltungsverfahrensgesetz [Kommentar], 8. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: VwVfG).
- Krebs, Walter: Verwaltungsorganisation, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1988, S. 567 - 622 (zit.: Krebs: Verwaltungsorganisation, in: HdbStR).
- Kreft, Friedrich: Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen. Eigentum, Enteignung, Entschädigung, 2. Aufl., Berlin, New York 1998 (zit.: Kreft: Öffentlich-rechtliche Ersatzleistungen).
- Kropff, Bruno / Semler, Johannes [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7: §§ 222-277, 2. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-AktG).

- Kübler, Bruno / Prütting, Hanns [Begr.]: InsO - Kommentar zur Insolvenzordnung, Band I, Köln, Stand: 18. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Kühlhorn, Thomas: Haftung für die durch Verwaltungshilfe Privater entstandenen Schäden, Dissertation, Universität Regensburg 1972.
- Kugelman, Dieter: Unmittelbare Ausführung von Maßnahmen und sofortige Anwendung von Verwaltungszwang durch die Polizei, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 153 - 160 (zit.: Kugelman: Verwaltungszwang).
- Kunert, Franz-Josef: Staatliche Bedarfsdeckungsgeschäfte und Öffentliches Recht, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 331, Berlin 1977, zugleich: Dissertation, Universität Tübingen 1977.
- Kunig, Philip [Hrsg.]: Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Kunkel, Wolfgang: Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949 (zit.: Kunkel: Römisches Recht).
- Lackhoff, Klaus: Die Niederlassungsfreiheit des EGV - nur ein Gleichheits- oder auch ein Freiheitsrecht?, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 125, Berlin 2000, zugleich: Dissertation, Universität Münster 1998 (zit.: Lackhoff: Niederlassungsfreiheit).
- Lackmann, Rolf: Zwangsvollstreckungsrecht mit Grundzügen des Insolvenzrechts. Eine Einführung in Recht und Praxis, 6. Aufl., München 2003 (zit.: Lackmann: Zwangsvollstreckungsrecht).
- Ladeur, Karl-Heinz: Zur Bestimmung des drittschützenden Charakters von Amtspflichten im Sinne von § 839 BGB und Art. 34 GG - insbesondere bei Aufsichtspflichten, Die öffentliche Verwaltung 1994, S. 665 - 675 (zit.: Ladeur: Drittschützender Charakter von Aufsichtspflichten).
- Lange: Ist die behördliche Genehmigung zu einem Zivilrechtsgeschäft widerprüflich?, Neue Juristische Wochenschrift 1950, S. 731 - 732.
- Langen, Eugen [Begr.]: Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht, Band 1, 9. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 2001 (zit.: Bearbeiter, in: Kartellrecht).
- Laubinger, Hans-Werner: Zur Rechtsnatur der „Bezeichnung“ eines Vorhabens nach dem Landbeschaffungsgesetz und zur Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen, Verwaltungsarchiv 1986, S. 421 - 434 (zit.: Laubinger: Zur Doppelnatur hoheitlicher Maßnahmen).
- Laubinger, Hans-Werner: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Band 65, Göttingen 1967.
- Leinemann, Ralf: Die Vergabe öffentlicher Aufträge. VOB/A, VOL/A, VOF, VgV, GWB. Nachprüfung von Vergabeverfahren. Vergabestrafrecht, Ordnungswidrigkeiten, 3. Aufl., Köln, Berlin, München 2004 (zit.: Leinemann: Die Vergabe öffentlicher Aufträge).
- Leiß, Ludwig: Die Amtshaftung bei Ausübung öffentlicher Gewalt. Eine Darstellung des geltenden Rechts mit Wiedergabe der gesamten ein-

- schlägigen Rechtsprechung in Leitsätzen und Urteilsauszügen, 2. Aufl., München, Berlin 1958 (zit.: Leiß: Amtshaftung).
- Lemke, Hanno-Dirk: Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder. Eine systematische Darstellung, Baden-Baden 1997, zugleich: Dissertation, Universität Berlin 1994 (zit.: Lemke: Verwaltungsvollstreckungsrecht).
- Lenz, Carl Otto / Borchardt, Klaus-Dieter [Hrsg.]: EU- und EG-Vertrag. Kommentar zu dem Vertrag über die Europäische Union und zu dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, jeweils in der durch den Vertrag von Nizza geänderten Fassung, 3. Aufl., Köln 2003 (zit.: Bearbeiter, in: EGV).
- Liebich, Dieter / Mathews, Kurt: Treuhand und Treuhänder in Recht und Wirtschaft. Ein Handbuch, 2. Aufl., Herne, Berlin 1983 (zit.: Liebich / Mathews: Treuhand).
- Lindacher, Walter F.: Fehlende oder irreguläre Pfändung und Wirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs, Juristenzeitung 1970, S. 360 - 362 (zit.: Lindacher: Wirksamkeit des vollstreckungsrechtlichen Erwerbs).
- Lisken, Hans: Die Polizei im Verfassungsgefüge, in: Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., Lisken, Hans / Denninger, Erhard [Hrsg.], München 2001, S. 55 - 134.
- Lücke, Jörg: Behördliche und gerichtliche Notkompetenzen im Lichte der Verfassung, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Becker, Bernd / Bull, Hans Peter / Seewald, Otfried [Hrsg.], Köln u.a. 1993, S. 539 - 561 (zit.: Lücke: Kompetenzen, in: FS Thieme).
- Lüdemann, Peter / Windthorst, Kai: Anmerkung, Deutsches Verwaltungsblatt 1993, S. 1084 - 1085.
- Lüke, Gerhard: Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht, in: Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag, Haft, Fritjof / Hassemer, Winfried / Neumann, Ulfrid / Schild, Wolfgang / Schroth, Ulrich [Hrsg.], Heidelberg 1993, S. 565 - 579 (zit.: Lüke: Die Bedeutung vollstreckungsrechtlicher Erkenntnisse für das Strafrecht, in: FS Kaufmann).
- Lüke, Gerhard: Die Übereignung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher, Zeitschrift für Zivilprozess 1954, S. 356 - 371 (zit.: Lüke: Übereignung der gepfändeten Sache).
- Lüke, Gerhard: Die Versteigerung der gepfändeten Sache durch den Gerichtsvollzieher, Zeitschrift für Zivilprozess 1955, S. 341 - 357 (zit.: Lüke: Versteigerung der gepfändeten Sache).
- Lüke, Gerhard / Wax, Peter [Hrsg.]: Münchener Kommentar zur Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 1: §§ 1-354, 2. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-ZPO).
- Lüke, Gerhard / Wax, Peter [Hrsg.]: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3:

- §§ 803-1066, EGZPO, GVG, EGGVG, Internationales Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-ZPO).
- Lüke, Wolfgang: Kein Bedarf an Insolvenzverwaltern. Anmerkungen zu OLG Koblenz ZIP 2000, 507 (in diesem Heft), Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 485 - 489 (zit.: Lüke: Kein Bedarf an Insolvenzverwaltern).
- Lüke, Wolfgang: Verwalterbestellung - im grundrechtsfreien Raum?, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2000, S. 1574 - 1575.
- Luhmann, Niklas: Öffentlich-rechtliche Entschädigung rechtspolitisch betrachtet, Schriftenreihe der Hochschule Speyer Band 24, Berlin 1965.
- Lutter, Marcus / Hommelhoff, Peter [Hrsg.]: GmbH-Gesetz. Kommentar, 16. Aufl., Köln 2004 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Malorny, Michael: Der Grundrechtsverzicht, Juristische Arbeitsblätter 1974, S. 475 - 480.
- Mangoldt, Hermann [Begr.]: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 2: Artikel 20 bis 78, 4. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Manssen, Gerrit: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt. Verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Jus Publicum Band 9, Tübingen 1994, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Regensburg 1993 (zit.: Manssen: Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt).
- Marotzke, Wolfgang: Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht und Grundgesetz. Ein Beitrag zu den Zwangsvollstreckungstheorien, Neue Juristische Wochenschrift 1978, S. 133 - 137 (zit.: Marotzke: Öffentlichrechtliche Verwertungsmacht und GG).
- Martens, Wolfgang: Übertragung von Hoheitsgewalt auf Schüler, Neue Juristische Wochenschrift 1970, S. 1029 - 1030.
- Marx, Fridhelm: Rechtsschutz, in: Das Recht der Auftragsvergabe. Auftraggeber, ausschreibungspflichtige Aufträge, Vergabeverfahren, Sektoren, Rechtsschutz, Jestaedt, Thomas / Kemper, Klaus / Marx, Fridhelm / Prieß, Hans-Joachim [Hrsg.], Neuwied, Kriftel 1999, S. 142 - 158 (zit.: Marx: Rechtsschutz, in: Das Recht der Auftragsvergabe).
- Maunz, Theodor: Die Rechtsstellung der Mandatsträger im Bundesrat, in: Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft. Beiträge zum fünfundzwanzigjährigen Bestehen des Bundesrates der Bundesrepublik Deutschland, Bundesrat [Hrsg.], Bad Honnef, Darmstadt 1974, S. 193 - 211 (zit.: Maunz: Die Rechtsstellung der Mandatsträger im Bundesrat, in: Der Bundesrat als Verfassungsorgan und politische Kraft).
- Maunz, Theodor: Die staatliche Verwaltung der Zuschüsse und Subventionen, Bayerische Verwaltungsblätter 1962, S. 1 - 5.
- Maunz, Theodor / Dürig, Günter [Begr.]: Grundgesetz. Kommentar, Band I: GG-Text - Art. 11, München, Stand: 40. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: GG).

- Maunz, Theodor / Dürig, Günter [Begr.]: Grundgesetz. Kommentar, Band II: Art. 12 - Art. 20, München, Stand: 42. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl., München 2004.
- Maurer, Hartmut: Die Gesetzgebungskompetenz für das Staatshaftungsrecht, Konstanzer Universitätsreden Band 118, Konstanz 1981.
- Maurer, Hartmut: Wiederaufgreifen unanfechtbar abgeschlossener Verwaltungsverfahren - BVerwGE 44, 333, Juristische Schulung 1976, S. 25 - 32 (zit.: Maurer: Wiederaufgreifen).
- Maurer, Hartmut: [Redebeitrag. Aussprache und Schlussworte. Eigentumschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt], in: Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit. Eigentumschutz, Sozialbindung und Enteignung bei der Nutzung von Boden und Umwelt. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Gießen vom 2. bis 5. Oktober 1991, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 51, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin, New York 1992, S. 338 - 340 (zit.: Maurer: [Redebeitrag], in: VVDStRL 51).
- Maurer, Hartmut: Polizei und Geschäftsführung ohne Auftrag - BayObLGZ 1968, 200, Juristische Schulung 1970, S. 561 - 566 (zit.: Maurer: Polizei und GoA).
- Maurer, Sonja: Das Mitwirkungsverbot gemäß § 16 Vergabeverordnung (VgV) - zugleich eine Abhandlung über den Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 98 GWB -, Dissertation, Universität Bonn 2003 (zit.: Maurer: Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach § 98 GWB).
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, Leipzig 1895.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 1, 3. Aufl., München, Leipzig 1924.
- Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, Leipzig 1896.
- Mayer, Otto: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht. Vortrag gehalten in der Gehe-Stiftung zu Dresden am 19. März 1904, Dresden 1904 (zit.: Mayer: Die Entschädigungspflicht des Staates nach Billigkeitsrecht).
- Medicus, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB. Ein Lehrbuch, 8. Aufl., Heidelberg 2002 (zit.: Medicus: BGB-AT).
- Medicus, Dieter: Anmerkung [zu OLG Nürnberg, Urt. v. 30.03.1966 - 4 U 133/65, JZ 1967 S. 61f. und zu AG Düsseldorf, Schiedsurteil v. 20.07.1966 - 14 C 2450/65, JZ 1967 S. 62f.], Juristenzeitung 1966, S. 63 - 65.
- Mehrtens, Gerhard: Das gesetzliche Veräußerungsverbot, Dissertation, Universität Göttingen 1974.

- Menger, Christian-Friedrich: Die Fälligkeit des Anspruchs auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten, *Verwaltungsarchiv* 1977, S. 83 - 90.
- Mentzel, Franz [Begr.]: *Konkursordnung. Kommentar*, 11. Aufl., München 1994 (zit.: Bearbeiter, in: KO).
- Mertens, Klaus: Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht, *Schriften zum Öffentlichen Recht Band 307*, Berlin 1976, zugleich: Dissertation, Universität Münster 1976.
- Meyer-Goßner, Lutz [Hrsg.]: *Strafprozessordnung. Mit GVG und Nebengesetzen [Kommentar]*, 43. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 6, München 1997 (zit.: Bearbeiter, in: StPO).
- Meysen, Thomas: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff am Ziel? - BGH, NJW 1996, 2431, *Juristische Schulung* 1998, S. 404 - 408 (zit.: Meysen: Der haftungsrechtliche Beamtenbegriff).
- Michael, Konrad: Öffentliche Treuhand. Der Treuhänder im deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Gegenwart, *Arbeiten zur Rechtssoziologie und Rechtsgeschichte Band 2*, Karlsruhe 1948 (zit.: Michael: Öffentliche Treuhand).
- Michaelis, Rüdiger: Der Beliehene. Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht, Dissertation, Universität Münster 1969 (zit.: Michaelis: Der Beliehene).
- Michalski, Lutz [Hrsg.]: *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 2: §§ 35-86 GmbHG*, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Mitglieder des Bundesgerichtshofes [Hrsg.]: *Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar, Band §§ 1-240*, 12. Aufl., Berlin, New York 1982 (zit.: Bearbeiter, in: BGB-RGRK).
- Mitteis, Ludwig: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht mit Berücksichtigung des österreichischen Rechts, Aalen 1962 (Neudruck der Ausgabe Wien 1885) (zit.: Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht).
- Mitteis, Ludwig: *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians, Band 1*, Leipzig 1908 (zit.: Mitteis: Römisches Privatrecht).
- Mittelmeier, Fritz: Ersatz von Aufwendungen für Arbeiten zur Vermeidung eines Gewässerschadens - ordnungsbehördliche Maßnahmen und Geschäftsführung ohne Auftrag -, *Versicherungsrecht* 1974, S. 727 - 734 (zit.: Mittelmeier: Ersatz von Aufwendungen).
- Möschel, Wernhard: Anstaltslast bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten - Zur Vereinbarung von Brüssel -, *Wertpapier-Mitteilungen* 2001, S. 1895 - 1897 (zit.: Möschel: Anstaltslast bei öffentlichrechtlichen Kreditinstituten).
- Möschel, Wernhard: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB im Spannungsverhältnis zum Bürgerlichen

- Recht und zum Gesellschaftsrecht, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe Band 153, Heidelberg 1982 (zit.: Möschel: Die Auflösung vollzogener Unternehmenszusammenschlüsse nach dem GWB).
- Möschel, Wernhard: Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle - Besprechung der Entscheidung BGHZ 88, 273 ff „Springer-Elbe Wochenblatt II“ -, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 1984, S. 655 - 678 (zit.: Möschel: Die erste Entflechtungsentscheidung in der Fusionskontrolle).
- Möschel, Wernhard: Entflechtungen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen: eine vergleichende rechtspolitische Studie, Wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsrechtliche Untersuchungen Band 16, Tübingen 1979 (zit.: Möschel: Entflechtungen).
- Möschel, Wernhard: Notwendigkeit und Potentiale der Aufgabenprivatisierung, in: Wettbewerbspolitik im Spannungsfeld nationaler und internationaler Kartellrechtsordnungen. Festschrift für Ingo Schmidt zum 65. Geburtstag, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 150, Kruse, Jörn / Stockmann, Kurt / Vollmer, Lothar [Hrsg.], Baden-Baden 1997, S. 351 - 362 (zit.: Möschel: Aufgabenprivatisierung, in: FS Schmidt).
- Möschel, Wernhard: Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1983.
- Möschel, Wernhard: Privatisierung und öffentliches Vergaberecht, Wirtschaft und Wettbewerb 1997, S. 120 - 124.
- Mohrbutler, Jürgen: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts. Fortführung des von Simeon-David begründeten Werkes Recht und Rechtsgang. Ahtes Buch der Zivilprozeßordnung. Zwangsversteigerung - Zwangsverwaltung - Konkurs - Vergleich, 2. Aufl., Köln u.a. 1974 (zit.: Mohrbutler: Handbuch des gesamten Vollstreckungs- und Insolvenzrechts).
- Morlok, Martin: Anmerkung, Deutsches Verwaltungsblatt 1989, S. 1147 - 1148.
- Müller-Henneberg, Hans / Schwartz, Gustav [Begr.]: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht. Gemeinschaftskommentar, Band Zusammenschlusskontrolle §§ 35-43 GWB, 5. Aufl., Köln u.a. 2000 (zit.: Bearbeiter, in: GWB).
- Mueller-Thuns, Thomas: Zivilrechtliche Gestaltungspraxis, in: Unternehmenskauf. Unternehmensverkauf. Zivilrechtliche und steuerrechtliche Gestaltungspraxis, Rödder, Thomas / Hötzel, Oliver / Mueller-Thuns, Thomas [Hrsg.], München 2003, S. 7 - 515 (zit.: Mueller-Thuns: Zivilrechtliche Gestaltungspraxis, in: Unternehmenskauf).
- Musielak, Hans-Joachim [Hrsg.]: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3. Aufl., München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Nerlich, Jörg / Römermann, Volker [Hrsg.]: Insolvenzordnung. Kommentar, München, Stand: 6. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).

- Neuffer, Hans-Martin: Der pflichtengebundene Geschäftsführer ohne Auftrag, Dissertation, Universität Regensburg 1970.
- Neumann, Ulfrid / Puppe, Ingeborg / Schild, Wolfgang [Hrsg.]: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, Baden-Baden, Stand: 14. Lieferung (Loseblattwerk), 2003 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Nicolaysen, Gert: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht? Eine Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber, in: Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens, Selmer, Peter / von Münch, Ingo [Hrsg.], Berlin, New York 1987, S. 663 - 678 (zit.: Nicolaysen: Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht, in: FS Martens).
- Niebuhr, Frank / Kulartz, Hans-Peter / Kus, Alexander / Portz, Norbert [Hrsg.]: Kommentar zum Vergaberecht. 4. Teil des GWB. Vergabeverfahren, Nachprüfungsverfahren und Schadensersatz, Neuwied, Krißel 2000 (zit.: Bearbeiter, in: Kommentar zum Vergaberecht).
- Nikolaou, Nikolaos: Der Schutz des Eigentums an beweglichen Sachen Dritter bei Vollstreckungsversteigerungen, Nomos Universitätschriften Recht Band 109, Baden-Baden 1993, zugleich: Dissertation, Universität Tübingen 1993 (zit.: Nikolaou: Eigentumsschutz bei Vollstreckungsversteigerung).
- Nipperdey, Hans Carl: Kontrahierungszwang und diktiert Vertrag, Schriften des Instituts für Wirtschaftsrecht an der Universität Jena Band 1, Jena 1920, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Jena [ohne Jahresangabe].
- Noack, Wilhelm: Der Sequester, seine Stellung zum Gericht und zu den Parteien, Juristische Rundschau 1963, S. 295 - 297.
- Notthoff, Martin: Die Haftung von Trägern öffentlicher Gewalt für durch Handlungen Privater verursachte Schädigungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994, S. 771 - 773.
- Nüßgens, Karl: Ausschluß der Staatshaftung kraft Amtshaftung, in: Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag, Lenz, Wolfgang [Hrsg.], Düsseldorf 1991, S. 293 - 302 (zit.: Nüßgens: Ausschluß der Staatshaftung kraft Amtshaftung, in: FS Gelzer).
- Nüßgens, Karl / Boujong, Karlheinz: Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, Schriftenreihe der Neuen Juristischen Wochenschrift Band 44, München 1987.
- Obermayer, Klaus [Begr.]: Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Neuwied, Krißel 1999 (zit.: Bearbeiter, in: VwVfG).
- Oebbecke, Janbernd: Mehrfachzuständigkeiten in der Verwaltung als Verfassungsproblem, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Küper, Wilfried / Welp, Jürgen [Hrsg.], Heidelberg 1993, S. 1119 - 1134 (zit.: Oebbecke: Mehrfachzuständigkeiten, in: FS Stree, Walter).
- Oehler, Wolfgang: Entflechtung und Kontrahierungszwang. Methoden und Erfahrungen im amerikanischen Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,

- Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 47, Baden-Baden 1976, zugleich: Dissertation, Universität Tübingen 1976 (zit.: Oehler: Entflechtung und Kontrahierungszwang).
- Oertmann, Paul: Grundriß des deutschen Zivilprozeßrechts, 3. Aufl., Leipzig 1927 (zit.: Oertmann: Zivilprozessrecht).
- Oldiges, Martin: Kostenerstattung einer Gemeinde für polizeiliche Gefahrenabwehr - OVG Münster, NJW 1986, 2526, Juristische Schulung 1989, S. 616 - 623 (zit.: Oldiges: Kostenerstattung für Gefahrenabwehr).
- Ossenbühl, Fritz: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, Die öffentliche Verwaltung 1971, S. 513 - 524.
- Ossenbühl, Fritz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Übermaßverbot) in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Juristische Ausbildung 1997, S. 617 - 621 (zit.: Ossenbühl: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit).
- Ossenbühl, Fritz: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: Das demokratische Prinzip im Grundgesetz. Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Speyer am 8. und 9. Oktober 1970, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 29, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin 1971, S. 137 - 209 (zit.: Ossenbühl: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: VVDStRL 29).
- Ossenbühl, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Band 29, Berlin 1965.
- Ossenbühl, Fritz: Öffentliches Recht in der Rechtsprechung des BGH, Neue Juristische Wochenschrift 2000, S. 2945 - 2952.
- Ossenbühl, Fritz: Probleme der Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen - BGH, NJW 1971, 2220 und 1972, 1268, Juristische Schulung 1973, S. 421 - 425 (zit.: Ossenbühl: Amtshaftung bei Versagen von Ampelanlagen).
- Ossenbühl, Fritz: Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk [Hrsg.], Berlin 2002, S. 135 - 227 (zit.: Rübner: Rechtsbindungen, in: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Ossenbühl, Fritz: Staatshaftungsrecht, 5. Aufl., München 1998.
- Ossenbühl, Fritz: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg, Berlin, Zürich 1968, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Köln 1967/68.
- Ossenbühl, Fritz: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1988, S. 315 - 349 (zit.: Ossenbühl: Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: HdbStR).

- Ossenbühl, Fritz: Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte. Betrachtungen zum Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (EVwVerfG 1963), Die öffentliche Verwaltung 1964, S. 511 - 521 (zit.: Ossenbühl: Zum Problem der Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte).
- Osterloh, Lerke: [Anmerkung], Juristische Schulung 1994, S. 175.
- Overhoff, Dieter: Ausschluss und Ablehnung des Richters in den deutschen Verfahrensordnungen aus innerprozessualen Gründen – Befangenheitsbesorgnis aufgrund Personen- oder Sachbezugs -, Dissertation, Universität Münster 1975 (zit.: Overhoff: Ausschluss und Ablehnung des Richters).
- Palandt, Otto [Begr.]: Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz (Auszug), BGB-Informationspflichten-Verordnung, Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug) [Kommentar], 63. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7, München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Palandt, Otto [Begr.]: Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz (Auszug), Unterlassungsklagengesetz, Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsverordnung, Wohnungseigentumsgesetz, Hausratsverordnung, Lebenspartnerschaftsgesetz, Gewaltschutzgesetz (Auszug) [Kommentar], 61. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 7, München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Papier, Hans-Jürgen: Staatshaftung, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI: Freiheitsrechte, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1989, S. 1353 - 1391 (zit.: Papier: Staatshaftung, in: HdbStR).
- Papier, Hans-Jürgen: Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung - BGHZ 74, 144 und BGH, NJW 1979, 1879, Juristische Schulung 1980, S. 265 - 270 (zit.: Papier: Wirtschaftsaufsicht und Staatshaftung).
- Papier, Hans-Jürgen / Dengler, Andreas: Die mißlungene Fahrzeugbergung, Juristische Ausbildung 1995, S. 38 - 46.
- Paulus, Christoph G.: Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung, 3. Aufl., Berlin u.a. 2004 (zit.: Paulus: Zivilprozessrecht).
- Peine, Franz-Joseph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Heidelberg 2004.
- Peine, Franz-Joseph: Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, Die öffentliche Verwaltung 1997, S. 353 - 365 (zit.: Peine: Grenzen der Privatisierung).
- Pesch, Andreas: Staatshoheit, Grundgesetz und wesentliche Bestandteile - BGHZ 104, 298ff. -, Juristische Rundschau 1993, S. 358 - 365 (zit.: Pesch: Staatshoheit).
- Peters, Egbert: Zwangsvollstreckungsrecht. Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., München 1987 (zit.: Peters: Zwangsvollstreckungsrecht).

- Pfeiffer, Gerd [Hrsg.]: Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz, 5. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: StPO).
- Pieper, Stefan Ulrich: Keine Flucht ins öffentliche Recht - Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentlich-rechtlichen Vertrag -, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, S. 160 - 165 (zit.: Pieper: Keine Flucht ins öffentliche Recht).
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard: Grundrechte. Staatsrecht II, 19. Aufl., Schwerpunkte Band 14, Heidelberg 2003 (zit.: Pieroth / Schlink: Grundrechte).
- Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard / Kniesel, Michael: Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Aufl., München 2004.
- Pietzcker, Jost: Die Zweiteilung des Vergaberechts. Subjektive Rechte – Rechtsschutz - Reform, Baden-Baden 2001 (zit.: Pietzcker: Die Zweiteilung des Vergaberechts).
- Pietzcker, Jost: Rechtsbindungen der Vergabe öffentlicher Aufträge, Archiv des öffentlichen Rechts 1982, S. 61 - 100.
- Pietzcker, Jost: Anmerkung [zu OLG Düsseldorf: Urteil vom 12.02.1980, Aktenzeichen U (Kart) 8/79, Die öffentliche Verwaltung 1981, 537], Die öffentliche Verwaltung 1981, S. 539 - 540.
- Pietzner, Rainer: Rechtsschutz in der Verwaltungsvollstreckung, Verwaltungsarchiv 1993, S. 261 - 285.
- Pinger, Winfried: Der Gläubiger als Ersteigerer einer schuldnerfreien Sache, Juristische Rundschau 1973, S. 94 - 99 (zit.: Pinger: Ersteigerung fremder Sachen).
- Prieß, Hans-Joachim: Welche Aufträge sind auszuschreiben?, in: Das Recht der Auftragsvergabe. Auftraggeber, ausschreibungspflichtige Aufträge, Vergabeverfahren, Sektoren, Rechtsschutz, Jestaedt, Thomas / Kemper, Klaus / Marx, Fridhelm / Prieß, Hans-Joachim [Hrsg.], Neuwied, Kriemel 1999, S. 44 - 90 (zit.: Prieß: Welche Aufträge sind auszuschreiben?, in: Das Recht der Auftragsvergabe).
- Prütting, Hanns: Sachenrecht. Ein Studienbuch, 30. Aufl., München 2002 (zit.: Prütting: Sachenrecht).
- Prütting, Hanns / Stichelbrock, Barbara: Zwangsvollstreckungsrecht, Stuttgart u.a. 2002.
- Püttner, Günter: Die öffentlichen Unternehmen. Ein Handbuch zu Verfassungs- und Rechtsfragen der öffentlichen Wirtschaft, 2. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1985 (zit.: Püttner: Die öffentlichen Unternehmen).
- Püttner, Günter: Öffentliches und privates Recht, in: Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, Geis, Max-Emanuel / Lorenz, Dieter [Hrsg.], München 2001, S. 713 - 721 (zit.: Püttner: Öffentliches und privates Recht, in: FS Maurer).

- Püttner, Günter: Von der Bankenaufsicht zur Staatsgarantie für Bankeinlagen?, Juristenzeitung 1982, S. 47 - 50.
- Püttner, Günter: Wider den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Staat und Bürger, Deutsches Verwaltungsblatt 1982, S. 122 - 126.
- Puhl, Thomas: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus. Europäisches und nationales Verfassungsrecht. Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber. Berichte und Diskussionen auf der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Leipzig vom 4. bis 6. Oktober 2000, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 29, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin, New York 2001, S. 456 - 512 (zit.: Puhl: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, in: VVDStRL 60).
- Rabel, Ernst: Grundzüge des römischen Privatrechts, 2. Aufl., Darmstadt 1955.
- Randelzhofer, Albrecht: Staatsgewalt und Souveränität, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I: Grundlagen von Staat und Verfassung, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1987, S. 691 - 707 (zit.: Randelzhofer: Staatsgewalt und Souveränität, in: HdbStR).
- Rasch, Ernst: Bemerkungen zur Rechtsnatur organisatorischer Maßnahmen, Deutsches Verwaltungsblatt 1983, S. 617 - 622 (zit.: Rasch: Rechtsnatur organisatorischer Maßnahmen).
- Rasch, Ernst: Der Realakt insbesondere im Polizeirecht, Deutsches Verwaltungsblatt 1992, S. 207 - 212.
- Rasch, Ernst: Die staatliche Verwaltungsorganisation. Allgemeines - Rechtliche Grundlagen - Aufbau, Köln u.a. 1967 (zit.: Rasch: Die staatliche Verwaltungsorganisation).
- Rasch, Ernst.: Entstehung und Auflösung von Körperschaften des öffentlichen Rechts. Zugleich ein Beitrag zur Rechtsnatur der Gebietsänderungsakte, Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 765 - 770 (zit.: Rasch: Rechtsnatur von Gebietsänderungsakten).
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil. §§ 1-240. AGB-Gesetz, 4. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-BGB).
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil. §§ 241-432. FernAbsG, 4. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-BGB).
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2a: Schuldrecht Allgemeiner Teil. §§ 241-432, 4. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-BGB).

- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht. Besonderer Teil III. §§ 705-853. Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz, 4. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-BGB).
- Rebmann, Kurt / Säcker, Franz Jürgen / Rixecker, Roland [Hrsg.]: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7: Familienrecht I. §§ 1297-1588. VAHRG. VAÜG. HausratsV, 4. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: MüKo-BGB).
- Redeker, Konrad / von Oertzen, Hans-Joachim [Hrsg.]: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 13. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 2000 (zit.: Bearbeiter, in: VwGO).
- Reidt, Olaf / Stickler, Thomas / Glahs, Heike [Hrsg.]: Vergaberecht. Kommentar, 2. Aufl., Köln 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Vergaberecht).
- Reinhardt, Rolf E.: Beteiligtenbegriff und Fusionskontrolle, Dissertation, Universität Tübingen 1986.
- Renck, Ludwig: Der Rechtsweg im gerichtlichen Verfahrensrecht – Vertrags handeln und Realakte, Juristische Schulung 2000, S. 1001 - 1006.
- Renck, Ludwig: Verwaltungsakt und Feststellungsklage - BVerwGE 26, 161, Juristische Schulung 1970, S. 113 - 118 (zit.: Renck: VA und Feststellungsklage).
- Rengeling, Hans-Werner: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private. Zu den Aufgaben eines privaten Dritten bei der Einrichtung von Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle, Recht - Technik Wirtschaft Band 42, Köln u.a. 1986 (zit.: Rengeling: Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private).
- Richter, Burkhard: Fusionskontrollverfahren, in: Handbuch des Kartellrechts, Wiedemann, Gerhard [Hrsg.], München 1999, S. 711 - 746.
- Rietdorf, Fritz: Grenzen der Geschäftsführung ohne Auftrag im Ordnungsrecht, Die öffentliche Verwaltung 1966, S. 253 - 256 (zit.: Rietdorf: Grenzen der GoA im Ordnungsrecht).
- Rittner, Fritz: Wirtschaftsrecht. Ein Lehrbuch, 2. Aufl., Heidelberg 1987 (zit.: Rittner: Wirtschaftsrecht).
- Robbers, Gerhard: Der Grundrechtsverzicht. Zum Grundsatz „volenti non fit iniuria“ im Verfassungsrecht, Juristische Schulung 1985, S. 925 - 931 (zit.: Robbers: Der Grundrechtsverzicht).
- Robrecht, Friedrich H.: Die Rechtsposition der Organe der GmbH, der Personengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Gesellschaftsvermögen, Der Betrieb 1968, S. 471 - 476 (zit.: Robrecht: Die Rechtsposition der Organe im Konkurs der Gesellschaft).

- Robrecht, Friedrich H.: Zum klagbaren Anspruch des Rechtsanwalts auf Bestellung zum Konkursverwalter, Zeitschrift für Insolvenzrecht 1998, S. 63 - 66.
- Röther, Fritz: Gehören zu den „Sachen“ des § 137 StGB auch Forderungen?, Neue Juristische Wochenschrift 1952, S. 1403 - 1404.
- Ronellenfitsch, Michael: Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III: Das Handeln des Staates, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1988, S. 1171 - 1204 (zit.: Ronellenfitsch: Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: HdbStR).
- Rothege, Georg / Wassermann, Bernd: Überblick zum Unternehmenskauf, in: Mandatspraxis Unternehmenskauf, Rothege, Georg / Wassermann, Bernd [Hrsg.], Köln u.a. 2002, S. 1 - 37.
- Rowedder, Heinz [Begr.]: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar, 4. Aufl., München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Rüfner, Wolfgang: Das Recht der öffentlich-rechtlichen Schadensersatz- und Entschädigungsleistungen, in: Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk [Hrsg.], Berlin 2002, S. 687 - 789 (zit.: Rüfner: Staatshaftung, in: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Rüfner, Wolfgang: Grundrechtsadressaten, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1992, S. 525 - 562 (zit.: Rüfner: Grundrechtsadressaten, in: HdbStR).
- Rüfner, Wolfgang: Grundrechtsträger, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V: Allgemeine Grundrechtslehren, Isensee, Josef / Kirchhof, Paul [Hrsg.], Heidelberg 1992, S. 485 - 524 (zit.: Rüfner: Grundrechtsträger, in: HdbStR).
- Sachs, Michael [Hrsg.]: Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Sachs, Michael: Verfassungsrecht II. Grundrechte, 2. Aufl., Berlin u.a. 2003 (zit.: Sachs: Grundrechte).
- Säcker, Franz Jürgen: Der Streit um die Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts. Zugleich ein Beitrag zum Anteil der Rechtswissenschaft an der außer-gesetzlichen Rechtsfortbildung, Juristenzeitung 1971, S. 156 - 162 (zit.: Säcker: Rechtsnatur des Pfändungspfandrechts).
- Sadler, Gerhard [Hrsg.]: Verwaltungsvollstreckungsgesetz. Verwaltungszustellungsgesetz. Kommentar anhand der Rechtsprechung, 5. Aufl., Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: VwVG).
- Sailer, Wolfgang: Haftung für Polizeikosten, in: Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., Liskens, Hans / Denninger, Erhard [Hrsg.], München 2001, S. 1049 - 1090.

- Sass, Wolfgang: Art. 14 GG und das Entschädigungserfordernis, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht Band 28, Heidelberg 1992, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Köln 1991.
- Schack, Friedrich: Rechtsverordnungen im formellen Sinn? (Zur Frage der Rechtsnatur gebietlicher Organisationsakte), Die öffentliche Verwaltung 1958, S. 273 - 278 (zit.: Schack: Rechtsverordnungen im formellen Sinn?).
- Schäfer, Alfred / Bonk, Heinz Joachim [Hrsg.]: Staatshaftungsgesetz (StHG). Kommentar, Beck'sche Kurz-Kommentare Band 40, München 1982 (zit.: Bearbeiter, in: StHG).
- Schäfer, Gerhard: Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, Marburger Rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 5, Marburg 1960.
- Schatzschneider, Wolfgang: Informationshandeln im Bundesstaat, Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 3202 - 3203.
- Schenk, Michael: Das neue Vergaberecht. Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts, Schriftenreihe Europäisches Recht, Politik und Wirtschaft Band 257, Baden-Baden 2001, zugleich: Dissertation, Universität Freiburg 2000 (zit.: Schenk: Das neue Vergaberecht).
- Schenke, Wolf-Rüdiger: Polizei- und Ordnungsrecht, 3. Aufl., Schwerpunkte Band 19, Heidelberg 2004.
- Schenke, Wolf-Rüdiger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht. Kommunalrecht. Polizei- und Ordnungsrecht. Öffentliches Dienstrecht. Baurecht. Straßen- und Wegerecht. Raumordnungs- und Landesplanungsrecht. Wirtschaftsverwaltungsrecht. Umweltrecht. Ein Lehrbuch, 7. Aufl., Steiner, Udo [Hrsg.], Heidelberg 2003, S. 185 - 405 (zit.: Schenke: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht).
- Schenke, Wolf-Rüdiger / Ruthig, Josef: Amtshaftungsansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Bankaufsichtspflichten, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 2324 - 2329 (zit.: Schenke / Ruthig: Amtshaftungsansprüche bei Verletzung von Bankaufsichtspflichten).
- Scherzberg, Arno: Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, Juristische Schulung 1992, S. 205 - 215.
- Schick, Walter: Der Konkursverwalter - berufsrechtliche und steuerrechtliche Aspekte, Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 1328 - 1332.
- Schiffhauer, Horst / Gerhardt, Walter / Muth, Johannes M. [Hrsg.]: Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung. Kommentar, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1991 (zit.: Bearbeiter, in: ZVG).
- Schilken, Eberhard: Die Durchführung der Zwangsvollstreckung, in: Zwangsvollstreckungsrecht, Gaul, Hans Friedhelm / Schilken, Eberhard [Hrsg.],

- München 1997, S. 753 - 1059 (zit.: Schilken: Durchführung der Zwangsvollstreckung, in: Zwangsvollstreckungsrecht).
- Schiminowski, Peter: Ersatzvornahme und Amtshaftung - Haftung des Staates für unternehmerische Tätigkeit im Auftrag der öffentlichen Hand? -, Versicherungsrecht 1984, S. 315 - 318 (zit.: Schiminowski: Ersatzvornahme und Amtshaftung).
- Schlette, Volker: Die Verwaltung als Vertragspartner. Empirie und Dogmatik verwaltungsrechtlicher Vereinbarungen zwischen Bürger und Behörde, Jus Publicum Band 51, Tübingen 2000, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Göttingen 1999 (zit.: Schlette: Die Verwaltung als Vertragspartner).
- Schlotterbeck, Karlheinz / von Arnim, Achim / Hager, Gerd [Hrsg.]: Landesbauordnung für Baden-Württemberg (LBO) [Kommentar], 5. Aufl., Stuttgart u.a. 2003 (zit.: Bearbeiter, in: LBO).
- Schmidt, Hartmut: Die Pflichtverteidigung, Dissertation, Universität München 1967.
- Schmidt, Reiner: Öffentliches Wirtschaftsrecht. Allgemeiner Teil, Band 1, Berlin, Heidelberg, New York 1990 (zit.: Schmidt: Öffentliches Wirtschaftsrecht).
- Schmidt, Rolf: Allgemeines Verwaltungsrecht. Verwaltungsorganisation und Behördenaufbau. Rechtsquellen des Verwaltungsrechts. Das subjektive öffentliche Recht. Unbestimmter Rechtsbegriff, Beurteilungsspielraum und planerische Abwägungsentscheidungen. Verwaltungsermessen. Handlungsformen der Verwaltung. Staatshaftungsrecht, 7. Aufl., Grasberg 2003 (zit.: Schmidt: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Schmidt, Rolf: Besonderes Verwaltungsrecht. Öffentliches Baurecht. Polizei- und Ordnungsrecht einschließlich Versammlungsrecht. Verwaltungsvollstreckungsrecht. Gewerberecht einschließlich Gaststättenrecht. Subventionsrecht einschließlich EG-Beihilfenrecht. Beamtenrecht. Öffentliches Sachenrecht, 7. Aufl., Grasberg 2003 (zit.: Schmidt: Besonderes Verwaltungsrecht).
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno / Klein, Franz [Hrsg.]: Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl., Neuwied, Kriftel 1999 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Schmidt-De Caluwe, Reimund: Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts - Zur Neubestimmung der Regelung des § 43 VwVfG, Verwaltungsarchiv 1999, S. 49 - 69 (zit.: Schmidt-De Caluwe: Die Wirksamkeit des Verwaltungsakts).
- Schnapp, Friedrich E. / Kaltenborn, Markus: Grundrechtsbindung nichtstaatlicher Organisationen, Juristische Schulung 2000, S. 937 - 943.
- Schoch, Friedrich: Amtshaftung, Juristische Ausbildung 1988, S. 585 - 594.
- Schoch, Friedrich: Amtshaftung (Schluß), Juristische Ausbildung 1988, S. 648 - 653 (zit.: Schoch: Amtshaftung).

- Schoch, Friedrich: Erklärung des Gemeindegebiets zur „atomwaffenfreien Zone“ - BVerwG, NVwZ 1991, 682, Juristische Schulung 1991, S. 728 - 734 (zit.: Schoch: Erklärung des Gemeindegebiets zur „atomwaffenfreien Zone“).
- Schoch, Friedrich: Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. 8. Teil. Rechtsformen des polizei- und ordnungsbehördlichen Handelns, Juristische Schulung 1995, S. 307 - 313 (zit.: Schoch: Rechtsformen des ordnungsbehördlichen Handelns).
- Schoch, Friedrich: Grundfälle zum Polizei- und Ordnungsrecht. 9. Teil. Kosten der Gefahrenabwehr und Ersatzansprüche gegen die Verwaltung, Juristische Schulung 1995, S. 504 - 511 (zit.: Schoch: Kosten der Gefahrenabwehr).
- Schönke, Adolf [Begr.]: Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Schönwitz, Dietrich / Weber, Hans-Jürgen: Unternehmenskonzentration, Personelle Verflechtungen und Wettbewerb. Eine Untersuchung auf der Grundlage der hundert größten Konzerne der Bundesrepublik Deutschland, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 71, Baden-Baden 1982 (zit.: Schönwitz / Weber: Unternehmenskonzentration, Personelle Verflechtungen und Wettbewerb).
- Scholz, Franz [Begr.]: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht, Band I: §§ 1-44, Anh. Konzernrecht, 9. Aufl., Köln 2000 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Scholz, Franz [Begr.]: Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Nebengesetzen und dem Anhang Konzernrecht, Band II: §§ 45-85, 8. Aufl., Köln 1995 (zit.: Bearbeiter, in: GmbHG).
- Scholz, Rupert: Entflechtung und Verfassung, Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik Band 68, Baden-Baden 1981.
- Scholz, Rupert: Versicherungsaufsicht und Amtshaftung, Neue Juristische Wochenschrift 1972, S. 1217 - 1219.
- Schröder, Meinhard: Die ungleiche Werftensubvention, Juristische Schulung 1969, S. 25 - 29.
- Schrödter, Hans [Begr.]: Baugesetzbuch. Kommentar, 6. Aufl., München 1998 (zit.: Bearbeiter, in: BauGB).
- Schullan, Rudolf: Zur Reform der Staatshaftung, Bayerische Verwaltungsblätter 1990, S. 360 - 367.
- Schuschke, Winfried / Walker, Wolf-Dietrich [Hrsg.]: Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum Achten Buch der Zivilprozessordnung, Band I: Zwangsvollstreckung §§ 704-915h ZPO, 3. Aufl., Köln u.a. 2002 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Schwabe, Jürgen: Die Misere des Enteignungsbegriffs, in: Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Becker, Bernd / Bull, Hans Peter /

- Seewald, Otfried [Hrsg.], Köln u.a. 1993, S. 251 - 268 (zit.: Schwabe: Die Misere des Enteignungsbegriffs, in: FS Thieme).
- Schwabe, Jürgen: Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977.
- Schwarz, Otto [Begr.]: Strafgesetzbuch und Nebengesetze [Kommentar], 52. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 10, München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: StGB).
- Schwarze, Jürgen [Hrsg.]: EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Schweiger, Karl: Rechtsverordnung im formellen Sinn?, Die öffentliche Verwaltung 1955, S. 360 - 366.
- Schwerdtfeger, Gunther: Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung. Grundfall-systematik, Methodik, Fehlerquellen, 10. Aufl., Schriftenreihe der Juristischen Schulung Band 5, München 1997 (zit.: Schwerdtfeger: Öffentliches Recht).
- Schwinge, Erich: Der fehlerhafte Staatsakt im Mobiliarvollstreckungsrecht, Beiträge zum Zivilprozess Band 7, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930.
- Seidl, Erwin: Römisches Privatrecht, Köln u.a. 1963.
- Seifert, Karl-Heinz [Begr.]: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Taschenkommentar, 7. Aufl., Baden-Baden 2003 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Selmer, Peter: Unternehmensentflechtung und Grundgesetz. Verfassungsrechtliche Probleme einer allgemeinen Entflechtungsermächtigung, Köln u.a. 1981.
- Serick, Rolf: Insolvenzrechtliche Fragen bei der Sicherungstreuhand, Zeitschrift für Insolvenzrecht 1970, S. 89 - 99.
- Seybold, Karl / Hornig, Erich [Begr.]: Bundesnotarordnung. Kommentar, 7. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: BNotO).
- Siebert, Wolfgang: Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis. Ein dogmatischer und rechtsvergleichender Beitrag zum allgemeinen Treuhandproblem, Arbeiten zum Handels-, Gewerbe- und Landwirtschaftsrecht Band 68, Marburg 1933 (zit.: Siebert: Das Rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis).
- Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag 30. November 1953, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Band 10, Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen [Hrsg.], Göttingen 1953, S. 215 - 247 (zit.: Siebert: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: FS Niedermeyer).
- Siegelmann, Heinrich: Die Stellung des Vorstandes, des Aufsichtsrates und der Hauptversammlung nach Eröffnung des Konkursverfahrens über das Vermögen der Aktiengesellschaft, Der Betrieb 1967, S. 1029 - 1030 (zit.: Siegelmann: Die Stellung der Organe im Konkurs der AG).

- Smid, Stefan [Hrsg.]: Insolvenzordnung (InsO) mit Insolvenzzrechtlicher Vergütungsverordnung (InsVV) [Kommentar], 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 2001 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 1: Allgemeiner Teil (§§ 1 - 240). HaustürWiderrufG, 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1987 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 2, Allgemeiner Teil 2: §§ 104-240, 13. Aufl., Stuttgart u.a. 1999 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 2, Schuldrecht I (§§ 241-432), 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1990 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 4/1: Schuldrecht III/1 (§§ 516-651). Gesetz zur Regelung der Miethöhe. Verbraucherkreditgesetz, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1998 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 4/2: Schuldrecht III/2 (§§ 651a-704), 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1999 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 5/2: Schuldrecht IV/2 (§§ 823-853). Produkthaftungsgesetz. Umwelthaftungsgesetz, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1998 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 7: Familienrecht I (§§ 1297-1588). VAHRG. Nichteheleche Lebensgemeinschaft, 12. Aufl., Stuttgart u.a. 1989 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Soergel, Hs. Th. [Begr.]: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen [Kommentar], Band 18: Familienrecht 2. §§ 1587-1588. VAHRG. VAÜG, 13. Aufl., Stuttgart u.a. 2000 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Staebe, Erik / Denzel, Ulrich: Die neue Europäische Fusionskontrollverordnung (VO 139/2004), Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 194 - 201 (zit.: Staebe / Denzel: Die neue FKVO).
- Starck, Christian [Hrsg.]: Das Bonner Grundgesetz. Kommentar, Band 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Aufl., München 1999 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Steckert, Uwe: Zulässigkeit und Kosten polizeilich veranlaßter Abschleppmaßnahmen von verkehrswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, Deutsches Verwaltungsblatt 1971, S. 243 - 248 (zit.: Steckert: Kosten von Abschleppmaßnahmen).
- Stein, Friedrich: Grundfragen der Zwangsvollstreckung, Tübingen 1913.

- Stein, Friedrich: Grundriß des Zivilprozeßrechts, Tübingen 1921 (zit.: Stein: Zivilprozessrecht).
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin [Hrsg.]: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 6: §§ 704-863, 21. Aufl., Tübingen 1995 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Stein, Friedrich / Jonas, Martin [Hrsg.]: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 7: §§ 704-827, 22. Aufl., Tübingen 2002 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Steinberg, Rudolf / Lubberger, Andreas: Aufopferung - Enteignung und Staatshaftung, Nomos Studienbuch Band 3, Baden-Baden 1991 (zit.: Steinberg / Lubberger: Staatshaftung).
- Steiner, Udo: Bindungswirkung und Bestandskraft der fingierten Bodenverkehrs-genehmigung, Deutsches Verwaltungsblatt 1970, S. 34 - 39 (zit.: Steiner: Bindungswirkung und Bestandskraft).
- Steiner, Udo: Der „beliehene Unternehmer“ - VG Münster, NJW 1967, 171, Juristische Schulung 1969, S. 69 - 75 (zit.: Steiner: Der „beliehene Unternehmer“).
- Steiner, Udo: Fragen der Beleihungsdogmatik aus österreichischer und deutscher Sicht, in: Staat - Verfassung - Verwaltung. Festschrift anlässlich des 65. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich Koja, Schäffer, Heinz / Berka, Walter / Stolzlechner, Harald / Werndl, Josef [Hrsg.], Wien, New York 1998, S. 603 - 617 (zit.: Steiner: Fragen der Beleihungsdogmatik, in: FS Koja).
- Steiner, Udo: Öffentliche Verwaltung durch Private. Allgemeine Lehren, Schriften zum Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht Band 10, Hamburg 1975, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Erlangen-Nürnberg 1972 (zit.: Steiner: Öffentliche Verwaltung durch Private).
- Stelkens, Paul / Bonk, Heinz-Joachim / Sachs, Michael [Hrsg.]: Verwaltungsverfahrensgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: VwVfG).
- Stern, Klaus: Der Grundrechtsverzicht, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2: Allgemeine Lehren der Grundrechte. Grundrechtstatbestand, Grundrechtsbeeinträchtigungen und Grundrechtsbegrenzungen, Grundrechtsverluste und Grundpflichten, Schutz der Grundrechte, Grundrechtskonkurrenzen, Grundrechtssystem, Stern, Klaus [Hrsg.], München 1994, S. 887 - 929 (zit.: Stern: Der Grundrechtsverzicht, in: Staatsrecht).
- Stern, Klaus: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1: Allgemeine Lehren der Grundrechte. Grundlagen und Geschichte, nationaler und internationaler Grundrechtskonstitutionalismus, juristische Bedeutung der Grundrechte, Grundrechtsberechtigte, Grundrechtsverpflichtete, Stern, Klaus [Hrsg.], München 1988, S. 1320 - 1422 (zit.: Stern: Die Bindung der vollziehenden Gewalt, in: Staatsrecht).

- Stern, Klaus: Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbots, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, Badura, Peter / Scholz, Rupert [Hrsg.], München 1993, S. 165 - 175 (zit.: Stern: Ableitung des Übermaßverbots, in: FS Lerche).
- Stober, Rolf: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, Band 1, 11. Aufl., München 1999 (zit.: Stober: Verwaltungsrecht).
- Stober, Rolf: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 10. Aufl., München 1994 (zit.: Stober: Verwaltungsrecht I).
- Stober, Rolf: Verwaltungsrecht, Band 2, 6. Aufl., München 2000.
- Stober, Rolf: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, Band 3, 5. Aufl., München 2004 (zit.: Stober: Verwaltungsrecht).
- Stober, Rolf: Zur wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Bedeutung des Rechtsstaatsprinzips, Archiv des öffentlichen Rechts 1988, S. 497 - 531.
- Stöber, Kurt [Hrsg.]: Zwangsversteigerungsgesetz. Kommentar zum ZVG der Bundesrepublik Deutschland mit einem Anhang einschlägiger Texte und Tabellen, 17. Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare Band 12, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: ZVG).
- Stuible-Treder, Jutta: Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Dissertation, Universität Tübingen 1986.
- Sydow, R. [Begr.]: Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz nebst Anhang, enthaltend Entlastungsgesetze. Mit Anmerkungen unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des Reichsgerichts [Kommentar], 18. Aufl., Berlin, Leipzig 1925 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Szagunn, Volkhard [Begr.]: Gesetz über das Kreditwesen in der Fassung vom 22. Januar 1996. Kommentar, 6. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1997 (zit.: Bearbeiter, in: KWG).
- Tettinger, Peter J.: Besonderes Verwaltungsrecht. Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Band 1, 7. Aufl., Schwerpunkte Band 17/1, Heidelberg 2004 (zit.: Tettinger: Besonderes Verwaltungsrecht).
- Thieme, Hinrich / Correll, Cathrin: Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration - Zur Neuregelung des Vergabewesens 1999 -, Deutsches Verwaltungsblatt 1999, S. 884 - 891 (zit.: Thieme / Correll: Deutsches Vergaberecht).
- Thomas, Heinz [Begr.]: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften (EuGVVO, EheVO, ZustellungsVO, ZustDG, AVAG) [Kommentar], 26. Aufl., München 2004 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Tönnies, Ralf: Staatshaftung für Versicherungsaufsicht. Zugleich ein Beitrag zur Klärung der Drittbezogenheit im Sinne des § 839 BGB, Beiträge zum Privat- und Wirtschaftsrecht Band 49, Karlsruhe 1985, zugleich: Dissertation, Universität Bonn 1985 (zit.: Tönnies: Staatshaftung für Versicherungsaufsicht).

- Traulsen, Hans-Dietrich: Die Rechtsbehelfe im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 146, Berlin 1971, zugleich: Dissertation, Universität Tübingen 1969.
- Triantafyllou, Dimitris: Europäisierungsprobleme des Verwaltungsprivatrechts am Beispiel des öffentlichen Auftragsrechts, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994, S. 943 - 947.
- Triantafyllou, Dimitris: Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft für die Geldwirtschaft dargestellt unter Einbeziehung rechtsvergleichender Befunde, Verfassungs- und Verwaltungsrecht unter dem Grundgesetz Band 11, Frankfurt u.a. 1991 (zit.: Triantafyllou: Haftungsrechtliche Probleme der Staatsaufsicht in der Wirtschaft).
- Uhlenbruck, Wilhelm: Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Insolvenzrechts, in: Kölner Schrift zur Insolvenzordnung. Das neue Insolvenzrecht in der Praxis, 2. Aufl., Arbeitskreis für Insolvenz- und Schiedsgerichtswesen e.V. [Hrsg.], Herne, Berlin 2000, S. 1157 - 1186 (zit.: Uhlenbruck: Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Insolvenzrechts, in: Kölner Schrift zur InsO).
- Uhlenbruck, Wilhelm: Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht in der Unternehmensinsolvenz, in: Insolvenzrecht im Wandel der Zeit. Festschrift für Hans-Peter Kirchhof zum 65. Geburtstag, Gerhardt, Walter / Haarmeyer, Hans / Kreft, Gerhard [Hrsg.], Bercker 2003, S. 479 - 506 (zit.: Uhlenbruck: Zur Kollision von Gesellschafts- und Insolvenzrecht, in: FS Kirchhof).
- Ule, Carl Hermann [Hrsg.]: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder [Kommentar], Band I, Erster Halbband 1962 (zit.: Bearbeiter, in: VwVG).
- Ule, Carl Hermann: Verwaltungsprozessrecht. Ein Studienbuch, 8. Aufl., München 1983 (zit.: Ule: Verwaltungsprozessrecht).
- Ule, Carl Hermann: Zwangseingemeindungen und Verfassungsgerichtsbarkeit. Über die Bindung des Gesetzgebers bei Gebietsänderungsgesetzen und den Umfang der Nachprüfung durch die Verfassungsgerichte, Verwaltungsarchiv 1969, S. 101 - 135 (zit.: Ule: Zwangseingemeindung).
- Ule, Carl Hermann / Laubinger, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrenrecht. Ein Lehrbuch für Studium und Praxis, 4. Aufl., Köln 1995 (zit.: Ule / Laubinger: Verwaltungsverfahrenrecht).
- Ulmer, Peter [Hrsg.]: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar, Band 3: §§ 53-85; Register, 8. Aufl., Berlin, New York 1997 (zit.: Bearbeiter, in: Hachenburg-GmbHG).
- Ulpian: Digesten 1, 1, 1, 2 (zit.: Ulpian: D).
- Ulpian: Institutionen 1, 1, 4 (zit.: Ulpian: Inst).
- Umbach, Dieter / Clemens, Thomas [Hrsg.]: Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Band I, Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: GG).

- Völker, Alexander: Die Stellung des Vergleichsverwalters und die Rechtsnatur seines Amtes, Dissertation, Universität Tübingen 1972.
- Vogel, Hans-Jochen: Die Verwirklichung der Rechtsstaatsidee im Staatshaftungsrecht, Heidelberg, Karlsruhe 1977.
- von Arnim, Hans Herbert: Rechtsfragen der Privatisierung. Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote, Karl-Bräuer-Institut des Bundes der Steuerzahler Band 82, Wiesbaden 1995 (zit.: von Arnim: Rechtsfragen der Privatisierung).
- von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen [Hrsg.]: Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 1: Art. 1-53 EUV. Art. 1-80 EGV, 6. Aufl., Baden-Baden 2003 (zit.: Bearbeiter, in: EGV).
- von Gierke, Otto: Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien, Tübingen 1915 (zit.: von Gierke: Die Grundbegriffe des Staatsrechts).
- von Heimburg, Sibylle: Verwaltungsaufgaben und Private. Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 417, Berlin 1982 (zit.: von Heimburg: Verwaltungsaufgaben und Private).
- von Lübtow, Ulrich: Insihgeschäfte des Testamentsvollstreckers, Juristenzeitung 1960, S. 151 - 159.
- von Münch, Ingo [Hrsg.]: Grundgesetz-Kommentar, Band 1 (Präambel bis Art. 19), 5. Aufl., München 2000 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- von Münch, Ingo [Begr.]: Grundgesetz-Kommentar, Band 2 (Art. 20 bis Art. 69), 5. Aufl., München 2001 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- von Mutius, Albert: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht. Zur Übertragung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen auf Private (Beleihung der Bauunternehmer auf Grund § 3 Abs. 3 a StVO a.F.) und zur Nichtigkeit von Verkehrszeichen, Verwaltungsarchiv 1971, S. 300 - 305 (zit.: von Mutius: Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht).
- von Mutius, Albert: Rechtsnorm und Verwaltungsakt. Zu Möglichkeiten und Grenzen rechtsdogmatischer Differenzierung im Bereich des Verwaltungshandelns, in: Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff, Menger, Christian-Friedrich [Hrsg.], München 1973, S. 167 - 218 (zit.: von Mutius: Rechtsnorm und Verwaltungsakt, in: FS Wolff).
- von Savigny, Friedrich Carl: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Band 2, Berlin 1853 (zit.: von Savigny: Das Obligationenrecht).
- von Spreckelsen, Hans: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes unter besonderer Berücksichtigung der Testamentsvollstreckung, Studien zur

- Erläuterung des bürgerlichen Rechts Band 41, Breslau 1927 (zit.: von Spreckelsen: Der Begriff des privatrechtlichen Amtes).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 134-163, Berlin 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 164-240, Berlin 2001 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 328-361b, Berlin 2001 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 631-651, Berlin 2003 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 652-704, Berlin 1995 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 839, 839a, Berlin 2002 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Staudinger, J. [Begr.]: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band §§ 1587-1588. VAHRG, Berlin 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- von Zezschwitz, Friedrich: Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, Neue Juristische Wochenschrift 1983, S. 1873 - 1882.
- Wagner, Heinz: Polizeirecht. Kritisch dargestellt am Berliner ASOG, am Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes und an der StPO, 2. Aufl., Berlin 1985 (zit.: Wagner: Polizeirecht).
- Wahl, Rainer: Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrechts, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1984, S. 401 - 409.
- Waldner, Thomas: Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, Ius Europaeum Band 10, Baden-Baden 2000, zugleich: Dissertation, Universität Würzburg 1999 (zit.: Waldner: Bieterschutz im Vergaberecht).
- Wallerath, Maximilian: Allgemeines Verwaltungsrecht. Eine Einführung für Studium und Praxis, 3. Aufl., Siegburg 1985 (zit.: Wallerath: Allgemeines Verwaltungsrecht).
- Wallerath, Maximilian: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht. Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, Baden-Baden 1988, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Trier 1985/86 (zit.: Wallerath: Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht).

- Waschbusch, Gerd: Bankenaufsicht. Die Überwachung der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute nach dem Gesetz über das Kreditwesen, München, Wien 2000, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Saarbrücken 1997/98 (zit.: Waschbusch: Bankenaufsicht).
- Wassermann, Rudolf [Hrsg.]: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 1: Art. 1-37, 2. Aufl., Neuwied, Frankfurt 1989 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Wassermann, Rudolf [Hrsg.]: Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Band 2: Art. 38-146, 2. Aufl., Neuwied, Frankfurt 1989 (zit.: Bearbeiter, in: GG).
- Wassermann, Rudolf [Hrsg.]: Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Neuwied, Darmstadt 1987 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Weber, Friedrich: Die Funktionsteilung zwischen Konkursverwalter und Gesellschaftsorganen im Konkurs der Kapitalgesellschaft, Zeitschrift für Insolvenzrecht 1970, S. 73 - 89.
- Wegmann, Bernd: Rechtsschutzprobleme im Bayerischen Polizeirecht, Bayerische Verwaltungsblätter 1985, S. 417 - 423.
- Weißén, Marion: Schadensersatzansprüche Privater gegen Hoheitsträger bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben durch Privatunternehmen, Juristische Arbeitsblätter 1980, S. 477 - 480 (zit.: Weißén: Amtshaftung bei Durchführung hoheitlicher Aufgaben durch Privatunternehmen).
- Weitnauer: Die Haftung aus Amtspflichtverletzungen, Düsseldorf 1956.
- Wenzel, Alfons: Amtsausübung und Interessenkollision, Die öffentliche Verwaltung 1976, S. 411 - 413.
- Westermann, Harm Peter [Hrsg.]: Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band I: §§ 1-811, UKlaG, 11. Aufl., Münster, Köln 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Westermann, Harm Peter [Hrsg.]: Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar mit EGBGB, ErbbauVO, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG, Band II: §§ 812-2385. EGBGB. ErbbauVO. HausratsVO. LPartG. ProdHaftG. VAHRG. WEG, 11. Aufl., Münster, Köln 2004 (zit.: Bearbeiter, in: BGB).
- Wiethaup, Hans: Abschleppen von verbotswidrig abgestellten Kraftfahrzeugen, Deutsches Autorecht 1973, S. 264 - 266.
- Wilhelm, Jan: Sachenrecht, 2. Aufl., Berlin, New York 2002.
- Wimmer, Klaus [Hrsg.]: Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung, 3. Aufl., Neuwied, Kriftel 2002 (zit.: Bearbeiter, in: InsO).
- Wind, Ferdinand: Grundzüge des Verwaltungsvollstreckungsrechts, Verwaltungsrundschau 1988, S. 133 - 144 (zit.: Wind: Verwaltungsvollstreckungsrecht).

- Windthorst, Kay: Amtshaftung, in: Staatshaftungsrecht, Schriftenreihe der Juristischen Schulung Band 142, Detterbeck, Steffen / Windthorst, Kay / Sproll, Hans-Dieter [Hrsg.], München 2000, S. 78 - 216.
- Windthorst, Kay: Staatshaftungsrecht, Juristische Schulung 1995, S. 791 - 796.
- Windthorst, Kay: Staatshaftungsrecht, Juristische Schulung 1995, S. 892 - 897.
- Wittig, Oliver: Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, Baurechtliche Schriften Band 51, Düsseldorf 1999, zugleich: Dissertation, Universität Heidelberg 1998 (zit.: Wittig: Probleme des Vergaberechts).
- Wittig, Peter: Zum Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im System des Grundgesetzes, Die öffentliche Verwaltung 1968, S. 817 - 825 (zit.: Wittig: Standort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes).
- Wolf, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004 (zit.: Wolf: BGB-AT).
- Wolfers, Benedikt / Kaufmann, Marcel: Private als Anstaltsträger, Deutsches Verwaltungsblatt 2002, S. 507 - 514.
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 3. Aufl., München, Berlin 1959 (zit.: Wolff: Verwaltungsrecht I).
- Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 1974 (zit.: Wolff: Verwaltungsrecht I).
- Wollgast, Heike: Das haftende Subjekt der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Staatshaftung in der Bundesrepublik Deutschland, Dissertation, Universität Köln 1998 (zit.: Wollgast: Haftendes Subjekt der Staatshaftung).
- Wollschläger, Christian: Die Geschäftsführung ohne Auftrag. Theorie und Rechtsprechung, Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 34, Berlin 1976, zugleich: Habilitationsschrift, Universität Göttingen 1974 (zit.: Wollschläger: GoA).
- Wollschläger, Christian: Geschäftsführung ohne Auftrag im öffentlichen Recht und Erstattungsanspruch, Schriften zum Öffentlichen Recht Band 324, Berlin 1977 (zit.: Wollschläger: GoA im öfftl. Recht und Erstattungsanspruch).
- Wrobel, Jürgen: Die Prozeßführungsbefugnis des Zwangsverwalters, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft Band 79, Berlin 1993, zugleich: Dissertation, Universität Münster 1993 (zit.: Wrobel: Prozeßführungsbefugnis des Zwangsverwalters).
- Württemberg, Thomas: Anmerkung, Juristenzeitung 1993, S. 1001 - 1003.
- Württemberg, Thomas: Erstattung von Polizeikosten, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1983, S. 192 - 199.
- Württemberg, Thomas: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht. Ein Lehr- und Handbuch, Band II: Kommunal-, Haushalts-, Abgaben-, Ordnungs-, Sozial-, Dienstrecht, 2. Aufl., Achterberg, Norbert / Püttner, Günter / Württemberg, Thomas [Hrsg.],

- Heidelberg 2000, S. 381 - 534 (zit.: Würtenberger: Polizei- und Ordnungsrecht, in: Besonderes Verwaltungsrecht).
- Würtenberger, Thomas: Zurückbehaltungsrechte und Schadensersatzansprüche beim Abschleppen verbotswidrig parkender Fahrzeuge, Deutsches Auto-recht 1983, S. 155 - 161 (zit.: Würtenberger: Schadensersatzansprüche beim Abschleppen).
- Würtenberger, Thomas / Heckmann, Dirk / Riggert, Rainer: Polizeirecht in Baden-Württemberg, 5. Aufl., Heidelberg 2002 (zit.: Würtenberger / Heckmann / Riggert: Polizeirecht).
- Wurm, Michael: Drittgerichtetheit und Schutzzweck der Amtspflicht als Voraussetzungen für die Amtshaftung, Juristische Arbeitsblätter 1992, S. 1 - 10.
- Zacharias, Diana: Rücknahme und Widerruf von Vertragsgenehmigungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2002, S. 1306 - 1310.
- Zeidler, Karl: Anmerkung [zu BGH: Urteil vom 26.10.1961, Aktenzeichen KZR 1/61, Deutsches Verwaltungsblatt 1962, 298], Deutsches Verwaltungsblatt 1962, S. 301 - 303.
- Zeidler, Karl: Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung, in: Verträge zwischen Gliedstaaten im Bundesstaat. Schranken hoheitlicher Verwaltung. Berichte von Hans Schneider und Wilfried Schaumann, Walter Mallmann und Karl Zeidler und Aussprache zu den Berichten in den Verhandlungen der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Köln vom 12. bis 15. Oktober 1960, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Band 19, Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer [Hrsg.], Berlin 1961, S. 208 - 239 (zit.: Zeidler: Schranken nicht hoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19).
- Zimmermann, Walter [Hrsg.]: Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 6. Aufl., Heidelberg 2002 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Zippelius, Reinhold: Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft. Ein Studienbuch, 14. Aufl., München 2003 (zit.: Zippelius: Allgemeine Staatslehre).
- Zöller, Richard [Begr.]: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar, 24. Aufl., Köln 2004 (zit.: Bearbeiter, in: ZPO).
- Zöllner, Wolfgang [Hrsg.]: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz [Kommentar], Band 2: §§ 148-290 AktG, Köln u.a. 1985 (zit.: Bearbeiter, in: AktG).
- Zöllner, Wolfgang [Hrsg.]: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz [Kommentar], Band 2: §§ 76-117 AktG und Mitbestimmung im Aufsichtsrat, 2. Aufl., Köln u.a. 1996 (zit.: Bearbeiter, in: AktG).
- Zöllner, Wolfgang: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit - Negation oder Immanenz?, in: Im Dienste der Gerechtigkeit. Festschrift für Franz Bydlinski, Koziol, Helmut / Rummel, Peter [Hrsg.], Wien, New York

- 2002, S. 517 - 531 (zit.: Zöllner: Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit, in: FS Bydlinski).
- Zuleeg, Manfred: Beleihung mit Hoheitsgewalt, Verwaltungshilfe und privatrechtliches Handeln bei Schülern, Die öffentliche Verwaltung 1970, S. 627 - 634 (zit.: Zuleeg: Beleihung mit Hoheitsgewalt).

Materialienverzeichnis

- BayVGH: Beschluss vom 8.2.1982, Aktenzeichen C 81 A. 958, BayVGHE 35, 34.
- BayVGH: Urteil vom 29.10.1964, Aktenzeichen 77 IV 63, Die öffentliche Verwaltung 1964, 849.
- BayVGH: Urteil vom 12.1.1970, Aktenzeichen 54 I 69, Bayerische Verwaltungsblätter, Band 16, 1970, 221.
- BayVGH: Urteil vom 16.5.1988, Aktenzeichen 21 B 87.02889, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1988, 1055.
- BayVGH: Urteil vom 9.11.1988, Aktenzeichen 5 B 86.03300, Bayerische Verwaltungsblätter 1989, 596.
- BGH: Beschluss vom 10.6.1952, Aktenzeichen GSZ 2/52, BGHZ 6, 270.
- BGH: Beschluss vom 23.10.1979, Aktenzeichen KVR 3/78 – Zementmahl-anlage II, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil 1: Rechtsprechung BGH, 1655.
- BGH: Beschluss vom 4.10.1983, Aktenzeichen KVR 2/82 - Springer - Elbe-Wochenblatt II, BGHZ 88, 273.
- BGH: Beschluss vom 29.10.1985, Aktenzeichen KVR 1/84 - Morris-Rothmanns, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil 1: Rechtsprechung BGH, 2211.
- BGH: Beschluss vom 19.10.1994, Aktenzeichen XII ZB 158/93, Neue Juristische Wochenschrift 1995, 135.
- BGH: Beschluss vom 24.9.2004, Aktenzeichen IXa ZB 10/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7cdf9ae798db92ea54b937847563f50e&client=3&nr=30591&pos=0&anz=8>, Datum des Abrufs: 5.1.2005.
- BGH: Beschluss vom 24.9.2004, Aktenzeichen IXa ZB 56/04, <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9459022f441df4e5684169e71b97d2e4&client=3&nr=30565&pos=5&anz=8&Blank=1.pdf>, Datum des Abrufs: 5.1.2005.
- BGH: Urteil vom 14.11.1951, Aktenzeichen II ZR 41/51, Monatsschrift für Deutsches Recht 1952, 155.
- BGH: Urteil vom 26.11.1953, Aktenzeichen III ZR 26/52, BGHZ 11, 181.
- BGH: Urteil vom 26.2.1954, Aktenzeichen V ZR 135/52, BGHZ 12, 380.
- BGH: Urteil vom 29.11.1954, Aktenzeichen III ZR 84/53, BGHZ 15, 305.
- BGH: Urteil vom 27.10.1955, Aktenzeichen III ZR 82/54, BGHZ 18, 366.
- BGH: Urteil vom 19.4.1956, Aktenzeichen III ZR 227/54, Neue Juristische Wochenschrift 1956, 1028.
- BGH: Urteil vom 13.7.1956, Aktenzeichen IV ZR 32/55, BGHZ 21, 285.

- BGH: Urteil vom 29.11.1956, Aktenzeichen III ZR 70/55, BGHZ 22, 258.
- BGH: Urteil vom 24.6.1957, Aktenzeichen VII ZR 310/56, BGHZ 24, 393.
- BGH: Urteil vom 10.11.1958, Aktenzeichen III ZR 135/57, Neue Juristische Wochenschrift 1959, 574.
- BGH: Urteil vom 22.10.1958, Aktenzeichen IV ZR 78/58, Der Betrieb 1959, 168.
- BGH: Urteil vom 10.12.1958, Aktenzeichen V ZR 70/57, BGHZ 29, 76.
- BGH: Urteil vom 29.4.1959, Aktenzeichen V ZR 11/58, BGHZ 30, 67.
- BGH: Urteil vom 30.10.1959, Aktenzeichen IV ZR 69/59, Wertpapier-Mitteilungen 1960, 325.
- BGH: Urteil vom 25.4.1960, Aktenzeichen III ZR 81/59, BGHZ 32, 214.
- BGH: Urteil vom 28.4.1960, Aktenzeichen III ZR 22/59, BGHZ 32, 240.
- BGH: Urteil vom 28.4.1960, Aktenzeichen III ZR 176/59, Versicherungsrecht 1960, 979.
- BGH: Urteil vom 26.10.1960, Aktenzeichen V ZR 122/59, BGHZ 33, 230.
- BGH: Urteil vom 27.3.1961, Aktenzeichen III ZR 6/60, BGHZ 35, 69.
- BGH: Urteil vom 24.4.1961, Aktenzeichen III ZR 40/60, BGHZ 35, 44.
- BGH: Urteil vom 26.10.1961, Aktenzeichen KZR 1/61 - AOK Gummistrumpf, BGHZ 36, 91.
- BGH: Urteil vom 21.12.1961, Aktenzeichen III ZR 165/60, Wertpapier-Mitteilungen 1962, 398.
- BGH: Urteil vom 10.1.1963, Aktenzeichen III ZR 124/61, Neue Juristische Wochenschrift 1963, 644.
- BGH: Urteil vom 27.5.1963, Aktenzeichen III ZR 48/62, BGHZ 39, 358.
- BGH: Urteil vom 20.6.1963, Aktenzeichen VII ZR 263/61, BGHZ 40, 28.
- BGH: Urteil vom 10.10.1963, Aktenzeichen III ZR 161/62, Neue Juristische Wochenschrift 1964, 198.
- BGH: Urteil vom 18.3.1964, Aktenzeichen V ZR 44/62, BGHZ 41, 264.
- BGH: Urteil vom 16.4.1964, Aktenzeichen III ZR 182/63, BGHZ 42, 176.
- BGH: Urteil vom 12.11.1964, Aktenzeichen III ZR 176/63 - Standseilbahn, Neue Juristische Wochenschrift 1965, 200.
- BGH: Urteil vom 25.11.1964, Aktenzeichen V ZR 144/62, Wertpapier-Mitteilungen 1965, 173.
- BGH: Urteil vom 25.11.1965, Aktenzeichen III ZR 88/64, Versicherungsrecht 1966, 286.
- BGH: Urteil vom 25.4.1966, Aktenzeichen VII ZR 120/65, BGHZ 45, 223.
- BGH: Urteil vom 30.1.1967, Aktenzeichen III ZR 185/64, Versicherungsrecht 1967, 471.
- BGH: Urteil vom 20.3.1967, Aktenzeichen III ZR 29/65, Versicherungsrecht 1967, 604.
- BGH: Urteil vom 6.6.1967, Aktenzeichen VI ZR 214/65, Neue Juristische Wochenschrift 1967, 1911.
- BGH: Urteil vom 30.11.1967, Aktenzeichen VII ZR 34/65, BGHZ 49, 108.

- BGH: Urteil vom 9.12.1968, Aktenzeichen II ZR 57/67, BGHZ 51, 209.
- BGH: Urteil vom 20.12.1968, Aktenzeichen V ZR 51/65, Die öffentliche Verwaltung 1969, 861.
- BGH: Urteil vom 23.9.1969, Aktenzeichen VI ZR 19/68 - Schüler-Tarife, BGHZ 52, 325.
- BGH: Urteil vom 12.2.1970, Aktenzeichen III ZR 231/68, BGHZ 53, 217.
- BGH: Urteil vom 30.9.1970, Aktenzeichen I ZR 132/68, BGHZ 54, 287.
- BGH: Urteil vom 8.2.1971, Aktenzeichen III ZR 33/68, BGHZ 55, 261.
- BGH: Urteil vom 29.3.1971, Aktenzeichen III ZR 110/68, BGHZ 56, 40.
- BGH: Urteil vom 12.7.1971, Aktenzeichen III ZR 252/68, BGHZ 56, 365.
- BGH: Urteil vom 24.1.1972, Aktenzeichen III ZR 166/69, BGHZ 58, 96.
- BGH: Urteil vom 9.2.1972, Aktenzeichen VIII ZR 128/70, Wertpapier-Mitteilungen 1972, 383.
- BGH: Urteil vom 13.7.1972, Aktenzeichen IX ZR 138/72, Die öffentliche Verwaltung 1973, 92.
- BGH: Urteil vom 11.1.1973, Aktenzeichen III ZR 32/71, Neue Juristische Wochenschrift 1973, 458.
- BGH: Urteil vom 26.3.1973, Aktenzeichen III ZR 43/71, Neue Juristische Wochenschrift 1973, 894.
- BGH: Urteil vom 4.7.1974, Aktenzeichen III ZR 61/72, BGHZ 63, 35.
- BGH: Urteil vom 24.10.1974, Aktenzeichen VII ZR 223/72, BGHZ 63, 167.
- BGH: Urteil vom 26.11.1975, Aktenzeichen VIII ZR 164/74, BGHZ 65, 284.
- BGH: Urteil vom 4.12.1975, Aktenzeichen VII ZR 218/73, BGHZ 65, 354.
- BGH: Urteil vom 15.12.1975, Aktenzeichen II ZR 54/74, BGHZ 65, 384.
- BGH: Urteil vom 14.12.1976, Aktenzeichen VI ZR 251/73, Neue Juristische Wochenschrift 1977, 628.
- BGH: Urteil vom 16.6.1977, Aktenzeichen III ZR 179/75 - Fluglotsenstreik, BGHZ 69, 128.
- BGH: Urteil vom 15.2.1979, Aktenzeichen III ZR 108/76 - Wetterstein, BGHZ 74, 144.
- BGH: Urteil vom 12.7.1979, Aktenzeichen III ZR 154/77 - Herstatt-Bank, BGHZ 75, 120.
- BGH: Urteil vom 18.2.1981, Aktenzeichen VIII ZR 20/80, Neue Juristische Wochenschrift 1981, 1271.
- BGH: Urteil vom 11.11.1981, Aktenzeichen VIII ZR 269/80, Neue Juristische Wochenschrift 1982, 571.
- BGH: Urteil vom 27.10.1983, Aktenzeichen III ZR 126/82, BGHZ 89, 1.
- BGH: Urteil vom 15.11.1984, Aktenzeichen III ZR 70/83, BGHZ 93, 87.
- BGH: Urteil vom 18.1.1985, Aktenzeichen V ZR 233/83, BGHZ 93, 287.
- BGH: Urteil vom 15.1.1987, Aktenzeichen III ZR 17/85, BGHZ 99, 326.
- BGH: Urteil vom 2.4.1987, Aktenzeichen III ZR 149/85, BGHZ 100, 313.
- BGH: Urteil vom 25.10.1988, Aktenzeichen XI ZR 3/88, Neue Juristische Wochenschrift 1989, 1216.

- BGH: Urteil vom 26.1.1989, Aktenzeichen III ZR 194/87, BGHZ 106, 323.
- BGH: Urteil vom 12.6.1989, Aktenzeichen II ZR 246/88, BGHZ 108, 21.
- BGH: Urteil vom 6.7.1989, Aktenzeichen III ZR 251/87, BGHZ 108, 224.
- BGH: Urteil vom 21.12.1989, Aktenzeichen III ZR 49/88, BGHZ 110, 1.
- BGH: Urteil vom 24.1.1991, Aktenzeichen IX ZR 250/89, BGHZ 113, 262.
- BGH: Urteil vom 31.1.1991, Aktenzeichen III ZR 184/89, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1992, 298.
- BGH: Urteil vom 17.10.1991, Aktenzeichen III ZR 352/89, NJW-Rechtssprechungs-Report Zivilrecht 1992, 560.
- BGH: Urteil vom 4.6.1992, Aktenzeichen III ZR 93/91, BGHZ 118, 304.
- BGH: Urteil vom 2.7.1992, Aktenzeichen IX ZR 274/91, BGHZ 119, 75.
- BGH: Urteil vom 19.11.1992, Aktenzeichen IX ZR 45/92, Deutsche Notar-Zeitschrift 1993, 384.
- BGH: Urteil vom 21.1.1993, Aktenzeichen III ZR 189/91, BGHZ 121, 161.
- BGH: Urteil vom 27.1.1994, Aktenzeichen III ZR 109/92, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1994, 823.
- BGH: Urteil vom 7.7.1994, Aktenzeichen III ZR 5/93, BGHZ 126, 379.
- BGH: Urteil vom 16.2.1995, Aktenzeichen III ZR 106/93, BGHZ 129, 23.
- BGH: Urteil vom 16.1.1997, Aktenzeichen III ZR 117/95, BGHZ 134, 268.
- BGH: Urteil vom 22.7.1999, Aktenzeichen III ZR 198/98, Neue Juristische Wochenschrift 1999, 3633.
- BKartA: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit im Jahre 1978 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), Bundestagsdrucksache 8/2980 (zit.: BKartA: Tätigkeitsbericht 1978).
- BKartA: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1983/1984 sowie über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (§ 50 GWB), Bundestagsdrucksache 10/3550 (zit.: BKartA: Tätigkeitsbericht 1983/84).
- BKartA: Bericht des Bundeskartellamtes über seine Tätigkeit in den Jahren 1993/94 sowie über die Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet, Bundestagsdrucksache 13/1660 (zit.: BKartA: Tätigkeitsbericht 1993/94).
- BKartA: Beschluss vom 22.12.1976, Aktenzeichen B 7 - 253100 - U 24/76, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil 2: Verwaltung Bundeskartellamt, 1667.
- BKartA: Beschluss vom 31.3.1978, Aktenzeichen B 8 - 711510 - U - 170/77, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Teil 2: Verwaltung Bundeskartellamt, 1747.
- BKartA: Beschluss vom 10.9.1990, Aktenzeichen B 2 - 63/89, Die Aktiengesellschaft 1991, 180.

- BKartA: Beschluss vom 27.11.2003, Aktenzeichen B 6-51/02, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht, Deutschland - Verwaltung, 885.
- Bundesregierung: Begründung [zum Entwurf einer Insolvenzordnung (InsO)], Bundestagsdrucksache 12/2443 (zit.: Bundesregierung: Begr. InsO).
- Bundesregierung: Begründung [zum Entwurf eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht], Bundestagsdrucksache 14/7033, S. 31 - 43 (zit.: Bundesregierung: Begr. FinanzdienstleistungsaufsichtsG).
- Bundesregierung: Begründung [zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergaberechtsänderungsgesetz - VgRÄG)], Bundestagsdrucksache 13/9340 (zit.: Bundesregierung: Begr. VgRÄG).
- Bundesregierung: Begründung [zum Entwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)], Bundestagsdrucksache 7/910 (zit.: Bundesregierung: Begr. VwVfG).
- Bundesregierung: Begründung [zum Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen], Bundestagsdrucksache 15/3640, S. 21 - 72 (zit.: Bundesregierung: Begr. GWB 2004).
- Bundesregierung: Begründung [zum Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes], Bundestagsdrucksache 8/2079 (zit.: Bundesregierung: Begr. StHG).
- Bundesregierung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundesratsdrucksache 441/04 (zit.: Bundesregierung: Erster Entwurf 7. GWB-Novelle).
- Bundesregierung: Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Siebten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Bundestagsdrucksache 15/3640, S. 1 - 20 (zit.: Bundesregierung: Zweiter Entwurf 7. GWB-Novelle).
- Bundesregierung: Regierungsbegründung zu dem Entwurf eines Sechsten Gesetzes zur Änderung des GWB, Bundestagsdrucksache 13/9720 (zit.: Bundesregierung: Begr. GWB 1998).
- BVerfG: Beschluss vom 10.2.1960, BVerfGE 10, 302.
- BVerfG: Beschluss vom 17.7.1961, Aktenzeichen 1 BvL 44/45, BVerfGE 13, 97.
- BVerfG: Beschluss vom 15.12.1965, Aktenzeichen 1 BvR 513/65, BVerfGE 19, 342.
- BVerfG: Beschluss vom 3.5.1966, Aktenzeichen 1 BvR 58/66, BVerfGE 20, 45.
- BVerfG: Beschluss vom 12.1.1967, Aktenzeichen 1 BvR 169/63 - Grundstücksverkehrsgesetz, BVerfGE 21, 73.
- BVerfG: Beschluss vom 1.3.1967, Aktenzeichen 1 BvR 46/66, BVerfGE 21, 207.

- BVerfG: Beschluss vom 11.4.1967, Aktenzeichen 1 BvR 728/65, BVerfGE 21, 306.
- BVerfG: Beschluss vom 29.11.1967, Aktenzeichen 1 BvR 175/66 - Kuponsteuer, BVerfGE 22, 380.
- BVerfG: Beschluss vom 17.12.1969, Aktenzeichen 2 BvR 23/65, BVerfGE 27, 297.
- BVerfG: Beschluss vom 16.3.1971, Aktenzeichen 1 BvR 52, 665, 667, 754/66 - Erdölbevorratung, BVerfGE 30, 292.
- BVerfG: Beschluss vom 1.4.1971, Aktenzeichen 1 BvL 22/67, BVerfGE 31, 8.
- BVerfG: Beschluss vom 7.7.1971, Aktenzeichen 1 BvR 765/66, BVerfGE 31, 229.
- BVerfG: Beschluss vom 23.4.1974, Aktenzeichen 1 BvR 6/74 und 2270/73 - Wohnraumkündigungsschutzgesetz, BVerfGE 37, 132.
- BVerfG: Beschluss vom 17.7.1974, Aktenzeichen 1 BvR 51, 160, 285/69, 1 BvL 16, 18, 26/72, BVerfGE 38, 61.
- BVerfG: Beschluss vom 8.4.1975, Aktenzeichen 2 BvR 207/75 - Pflichtverteidiger, BVerfGE 39, 238.
- BVerfG: Beschluss vom 7.12.1977, Aktenzeichen 1 BvR 734/77, BVerfGE 46, 325.
- BVerfG: Beschluss vom 27.9.1978, Aktenzeichen 1 BvL 21/78, BVerfGE 49, 217.
- BVerfG: Beschluss vom 24.4.1979, Aktenzeichen 1 BvR 787/78, BVerfGE 51, 150.
- BVerfG: Beschluss vom 12.6.1979, Aktenzeichen 1 BvL 19/76, BVerfGE 52, 1.
- BVerfG: Beschluss vom 18.6.1980, Aktenzeichen 1 BvR 697/77, BVerfGE 54, 301.
- BVerfG: Beschluss vom 21.10.1981, Aktenzeichen 1 BvR 52/81, BVerfGE 58, 358.
- BVerfG: Beschluss vom 17.10.1984, Aktenzeichen 1 BvL 18/82, 46/83 und 2/84 - Schwerbehindertenbeförderungspflicht, BVerfGE 68, 155.
- BVerfG: Beschluss vom 14.11.1984, Aktenzeichen 1 BvR 14, 1642/82, BVerfGE 68, 256.
- BVerfG: Beschluss vom 28.11.1984, Aktenzeichen 1 BvL 13/81, BVerfGE 68, 272.
- BVerfG: Beschluss vom 14.5.1985, Aktenzeichen 1 BvR 233, 341/81, BVerfGE 69, 315.
- BVerfG: Beschluss vom 19.6.1985, Aktenzeichen 1 BvL 57/79, BVerfGE 70, 191.
- BVerfG: Beschluss vom 12.3.1986, Aktenzeichen 1 BvL 81/79, BVerfGE 72, 66.
- BVerfG: Beschluss vom 13.1.1987, Aktenzeichen 2 BvR 209/84, BVerfGE 74, 102.

- BVerfG: Beschluss vom 10.5.1988, Aktenzeichen 1 BvR 482/84 und 1166/85, BVerfGE 78, 179.
- BVerfG: Beschluss vom 19.11.1991, Aktenzeichen 8 B 137/91, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 1908.
- BVerfG: Beschluss vom 22.11.1994, Aktenzeichen BvR 3 51/91, BVerfGE 91, 294.
- BVerfG: Beschluss vom 7.12.2004, Aktenzeichen 1 BvR 2526/04, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20041207_1bvr252604.html, Datum des Abrufs: 5.1.2005.
- BVerfG: Beschluss vom 3.8.2004, Aktenzeichen 1 BvR 135/00 und 1 BvR 1086/01, http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20040803_1bvr013500.html, Datum des Abrufs: 12.1.2005.
- BVerfG: Urteil vom 11.6.1958, Aktenzeichen 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, 377.
- BVerfG: Urteil vom 21.2.1962, Aktenzeichen 1 BvR 198/57, BVerfGE 14, 19.
- BVerfG: Urteil vom 4.4.1967, Aktenzeichen 1 BvR 84/65, BVerfGE 21, 261.
- BVerfG: Urteil vom 8.7.1976, Aktenzeichen 1 BvL 19 und 20/75, 1 BvR 148/75, BVerfGE 42, 263.
- BVerfG: Urteil vom 1.3.1979, Aktenzeichen 1 BvR 532, 533/77, 419/78 und 1 BvL 21/78 - Mitbestimmung, BVerfGE 50, 290.
- BVerfG: Urteil vom 19.10.1982, Aktenzeichen 2 BvF 1/81, BVerfGE 61, 149.
- BVerwG: Beschluss vom 7.6.1984, Aktenzeichen 7 B 153/83, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, 48.
- BVerwG: Beschluss vom 21.8.1996, Aktenzeichen 4 B 100/96, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1997, 381.
- BVerwG: Urteil vom 17.12.1953, Aktenzeichen I C 154.53, BVerwGE 1, 54.
- BVerwG: Urteil vom 10.3.1954, Aktenzeichen I C 5.53, BVerwGE 1, 92.
- BVerwG: Urteil vom 21.12.1954, Aktenzeichen I C 14.53, BVerwGE 1, 303.
- BVerwG: Urteil vom 7.11.1957, Aktenzeichen II C 109.55, BVerwGE 5, 325.
- BVerwG: Urteil vom 28.2.1958, Aktenzeichen VII A 32.57, BVerwGE 6, 213.
- BVerwG: Urteil vom 14.5.1963, Aktenzeichen VII C 158.60, BVerwGE 16, 83.
- BVerwG: Urteil vom 29.10.1963, Aktenzeichen I C 120/61, Die öffentliche Verwaltung 1964, 171.
- BVerwG: Urteil vom 5.10.1965, Aktenzeichen IV C 26.65, BVerwGE 22, 138.
- BVerwG: Urteil vom 4.11.1965, Aktenzeichen I C 6.63, BVerwGE 22, 286.
- BVerwG: Urteil vom 9.2.1967, Aktenzeichen I C 49.64, BVerwGE 26, 161.
- BVerwG: Urteil vom 5.3.1968, Aktenzeichen I C 35.65, BVerwGE 29, 166.
- BVerwG: Urteil vom 26.4.1968, Aktenzeichen VII C 103.66, BVerwGE 29, 314.
- BVerwG: Urteil vom 27.6.1968, Aktenzeichen II C 70.67, BVerwGE 30, 65.
- BVerwG: Urteil vom 16.7.1968, Aktenzeichen I A 5.67, BVerwGE 30, 135.
- BVerwG: Urteil vom 14.3.1969, Aktenzeichen VII C 37.67, Deutsches Verwaltungsblatt 1970, 735.

- BVerwG: Urteil vom 19.3.1970, Aktenzeichen III C 124.67, BVerwGE 35, 122.
 BVerwG: Urteil vom 16.4.1970, Aktenzeichen VIII C 183.67, BVerwGE 35, 146.
- BVerwG: Urteil vom 26.8.1971, Aktenzeichen VIII C 25.69, BVerwGE 38, 281.
 BVerwG: Urteil vom 16.12.1971, Aktenzeichen I C 60.67, BVerwGE 39, 190.
 BVerwG: Urteil vom 10.11.1972, Aktenzeichen VII C 37/70, Monatsschrift für Deutsches Recht 1973, 525.
- BVerwG: Urteil vom 25.2.1972, Aktenzeichen VII C 20.71, BVerwGE 39, 345.
 BVerwG: Urteil vom 6.7.1973, Aktenzeichen IV C 22.72, BVerwGE 42, 331.
 BVerwG: Urteil vom 30.1.1974, Aktenzeichen VIII C 20.72, BVerwGE 44, 333.
 BVerwG: Urteil vom 3.12.1974, Aktenzeichen I C 30.71, BVerwGE 47, 247.
 BVerwG: Urteil vom 28.2.1975, Aktenzeichen IV C 77.74, BVerwGE 48, 87.
 BVerwG: Urteil vom 16.1.1976, Aktenzeichen IV C 25.74, Die öffentliche Verwaltung 1976, 317.
- BVerwG: Urteil vom 12.8.1977, Aktenzeichen IV C 20.76, BVerwGE 54, 257.
 BVerwG: Urteil vom 14.10.1980, Aktenzeichen 1 A 12.78, BVerwGE 61, 59.
 BVerwG: Urteil vom 11.12.1980, Aktenzeichen 3 C 132/79, Neue Juristische Wochenschrift 1981, 2482.
- BVerwG: Urteil vom 13.4.1984, Aktenzeichen 4 C 31/81, Neue Juristische Wochenschrift 1984, 2591.
- BVerwG: Urteil vom 11.11.1988, Aktenzeichen 8 C 9/87, NVwZ-Rechtssprechungs-Report Verwaltungsrecht 1989, 359.
- BVerwG: Urteil vom 19.1.1989, Aktenzeichen 7 C 31.87, BVerwGE 81, 185.
 BVerwG: Urteil vom 23.5.1989, Aktenzeichen 7 C 2/87, Neue Juristische Wochenschrift 1989, 2272.
- BVerwG: Urteil vom 3.8.1989, Aktenzeichen 3 C 52.87, BVerwGE 82, 278.
 BVerwG: Urteil vom 5.10.1990, Aktenzeichen 7 C 7/90, NVwZ-Rechtssprechungs-Report Verwaltungsrecht 1991, 330.
- BVerwG: Urteil vom 23.8.1991, Aktenzeichen 8 C 37/90, Neue Juristische Wochenschrift 1992, 2243.
- BVerwG: Urteil vom 11.2.1993, Aktenzeichen 4 C 18.91, BVerwGE 92, 56.
 BVerwG: Urteil vom 17.6.1993, Aktenzeichen 3 C 3.89, BVerwGE 92, 313.
 BVerwG: Urteil vom 24.8.1994, Aktenzeichen 11 C 14.93, BVerwGE 96, 326.
 BVerwG: Urteil vom 15.12.1994, Aktenzeichen 4 C 11/94, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1995, 484.
- BVerwG: Urteil vom 26.1.1995, Aktenzeichen 3 C 21.93, BVerwGE 97, 331.
 BVerwG: Urteil vom 15.6.2000, Aktenzeichen 3 C 10.99, Deutsches Verwaltungsblatt 2000, 1624.
- EuGH: Urteil vom 21.6.1974, Aktenzeichen 2/74 (Jean Reyners ./ Belgien) - Reyners, Slg. 1974, I-631.
 EuGH: Urteil vom 5.12.1989, Aktenzeichen C-3/88 (Kommission ./ Italienische Republik) - Datenverarbeitung, Slg. 1989, I-4035.

- EuGH: Urteil vom 13.7.1993, Aktenzeichen C-42/92 (Adrianus Thijssen ./.
Controledienst voor de Verzekeringen) - Thijssen, Slg. 1993, I-4047.
- EuGH: Urteil vom 29.10.1998, Aktenzeichen C-114/97 (Kommission ./.
Spanien), Slg. 1998, I-6717.
- EuGH: Urteil vom 9.3.2000, Aktenzeichen C-355/98 (Kommission ./.
Belgien), Slg. 2000, I-1221.
- GemSenOGB: Beschluss vom 10.4.1986, Aktenzeichen GmS-OGB 1/85,
BVerwGE 74, 368.
- GemSenOGB: Beschluss vom 29.10.1987, Aktenzeichen 1/86, BGHZ 102, 280.
- GemSenOGB: Beschluss vom 10.7.1989, Aktenzeichen 1/88, BGHZ 108, 284.
- HessVGH: Urteil vom 27.11.1990, Aktenzeichen 11 UE 2350/90, Die öffent-
liche Verwaltung 1991, 699.
- KG: Beschluss vom 22.5.1970, Aktenzeichen Kart 7/90 - Kampfmeier/Plange,
Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum Kartellrecht,
Teil 1: Rechtsprechung OLG, 4558.
- KG: Beschluss vom 19.9.1979, Aktenzeichen Kart. 20/78 - Stadtwerke
Leverkusen, Wirtschaft und Wettbewerb, Entscheidungssammlung zum
Kartellrecht, Teil 1: Rechtsprechung OLG, 2202.
- LG Düsseldorf: Urteil vom 20.6.1979, Aktenzeichen 23 S 533/77, Ver-
sicherungsrecht 1980, 980.
- LG Mannheim: Urteil vom 15.7.1952, Aktenzeichen 2 O 94/52, Der Betriebs-
Berater 1953, 75.
- LG München: Urteil vom 28.9.1977, Aktenzeichen 15 S 2733/77, Neue
Juristische Wochenschrift 1978, 48.
- Monopolkommission: Hauptgutachten 1980/1981. Fortschritte bei der
Konzentrationserfassung, Hauptgutachten der Monopolkommission Band
IV, Baden-Baden 1982 (zit.: Monopolkommission: Hauptgutachten
1980/1981).
- OGH: Urteil vom 13.10.1949, Aktenzeichen I ZS 34/49, OGHZ 2, 352.
- OLG Bremen: Beschluss vom 13.11.1952, Aktenzeichen 1 W 244/52, Neue
Juristische Wochenschrift 1953, 585.
- OLG Düsseldorf: Beschluss vom 24.6.1996, Aktenzeichen 3 VA 4/95 -
Bewerberliste, NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 1996, 1273.
- OLG Düsseldorf: Urteil vom 12.2.1980, Aktenzeichen U (Kart) 8/79, Die
öffentliche Verwaltung 1981, 537.
- OLG Frankfurt: Beschluss vom 21.1.1972, Aktenzeichen 3 Ws 81/72, Neue
Juristische Wochenschrift 1972, 1964.
- OLG Frankfurt: Beschluss vom 2.3.1976, Aktenzeichen 20 W 799/75, Der
Betriebs-Berater 1976, 570.
- OLG Frankfurt: Beschluss vom 6.2.1998, Aktenzeichen 20 W 51/95, NJW-
Rechtsprechungs-Report Zivilrecht 1998, 795.
- OLG Hamburg: Beschluss vom 1.10.1993, Aktenzeichen 7 UF 82/91, Zeitschrift
für das gesamte Familienrecht 1994, 899.

- OLG Hamburg: Urteil vom 28.6.1957, Aktenzeichen 1 U 113/56, Der Betriebs-Berater 1957, 950.
- OLG Karlsruhe: Urteil vom 22.12.1989, Aktenzeichen 14 U 159/88, Monats-schrift für Deutsches Recht 1990, 722.
- OLG München: Urteil vom 18.7.1991, Aktenzeichen 1 U 2199/89, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1991, 1367.
- OLG Nürnberg: Urteil vom 30.3.1966, Aktenzeichen 4 U 133/65, Juristen-zeitung 1967, 61.
- OLG Stuttgart: Urteil vom 16.1.1958, Aktenzeichen 2/5 U 53/54, Neue Juristische Wochenschrift 1958, 1923.
- OVG Berlin: Urteil vom 3.12.1968, Aktenzeichen II B 55/67, Juristische Rundschau 1969, 476.
- OVG Koblenz: Urteil vom 15.3.1988, Aktenzeichen 7 A 44/87, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1988, 658.
- OVG Koblenz: Urteil vom 18.3.1993, Aktenzeichen 1 A 10570/92, Neue Zeit-schrift für Verwaltungsrecht 1994, 715.
- OVG Lüneburg: Urteil vom 25.8.1983, Aktenzeichen 12 OVG A 120/81, Deutsches Verwaltungsblatt 1984, 57.
- OVG Münster: Beschluss vom 20.5.1970, Aktenzeichen IV B 166/70, Die öffentliche Verwaltung 1970, 826.
- OVG Münster: Urteil vom 16.2.1971, Aktenzeichen VII A 512/68, OVGE 26, 180.
- PreußOVG: Urteil vom 4.4.1940, Aktenzeichen IV C 176/38, PreußOVGE 105, 240.
- Rechtsausschuss [des deutschen Bundestages]: Beschlußempfehlung und Bericht, Bundestagsdrucksache 12/7302 (zit.: Rechtsausschuss [des deutschen Bundestages]: Bericht).
- RG: Beschluss vom 2.6.1913, Aktenzeichen III 13/12, RGZ 82, 85.
- RG: Urteil vom 6.7.1886, Aktenzeichen Rep. 1642/86, RGSt 14, 286.
- RG: Urteil vom 10.11.1896, Aktenzeichen II 206/96, Juristische Wochenschrift 1896, 697.
- RG: Urteil vom 29.4.1908, Aktenzeichen III 156/08, RGSt 41, 256.
- RG: Urteil vom 6.5.1911, Aktenzeichen I 164/10, RGZ 76, 244.
- RG: Urteil vom 19.2.1914, Aktenzeichen VII 448/13, RGZ 84, 214.
- RG: Urteil vom 29.6.1914, Aktenzeichen III 275/14, RGSt 48, 361.
- RG: Urteil vom 4.5.1917, Aktenzeichen III 27/17, RGZ 90, 193.
- RG: Urteil vom 10.10.1917, Aktenzeichen V 159/17, RGZ 91, 12.
- RG: Urteil vom 29.10.1919, Aktenzeichen I 125/19, RGZ 97, 61.
- RG: Urteil vom 5.10.1920, Aktenzeichen III 213/20, RGZ 100, 102.
- RG: Urteil vom 29.10.1921, Aktenzeichen V 227/21, RGZ 103, 104.
- RG: Urteil vom 25.4.1922, Aktenzeichen VII 311/21, RGZ 104, 300.
- RG: Urteil vom 3.1.1923, Aktenzeichen V 390/22, RGZ 106, 142.
- RG: Urteil vom 10.12.1924, Aktenzeichen I 583/23, RGZ 109, 299.

- RG: Urteil vom 4.11.1927, Aktenzeichen II 135/27, RGZ 118, 330.
- RG: Urteil vom 2.2.1928, Aktenzeichen III 607/27, III 777/27, RGSt 62, 24.
- RG: Urteil vom 15.10.1929, Aktenzeichen VII 110/29, RGZ 126, 21.
- RG: Urteil vom 6.3.1930, Aktenzeichen VI 296/29, RGZ 127, 341.
- RG: Urteil vom 30.3.1931, Aktenzeichen III 193/31, RGSt 65, 248.
- RG: Urteil vom 9.6.1931, Aktenzeichen VII 501/30, RGZ 133, 84.
- RG: Urteil vom 7.7.1931, Aktenzeichen II 447/30, RGZ 133, 234.
- RG: Urteil vom 15.12.1936, Aktenzeichen III 88/36, RGZ 153, 257.
- RG: Urteil vom 16.3.1937, Aktenzeichen III 195/36, RGZ 154, 309.
- RG: Urteil vom 21.1.1938, Aktenzeichen VII 106/37, RGZ 156, 395.
- RG: Urteil vom 17.8.1939, Aktenzeichen V 49/39, RGZ 161, 109.
- RG VStS: Beschluss vom 8.3.1893, Aktenzeichen 2838/93, RGSt 24, 40.
- VGH Bad.-Württ.: Beschluss vom 25.10.1988, Aktenzeichen 8 S 2639/88, Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg 1989, 106.
- VGH Bad.-Württ.: Beschluss vom 24.2.1997, Aktenzeichen 5 S 7/97, NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 1998, 152.
- VGH Bad.-Württ.: Urteil vom 20.1.1983, Aktenzeichen 9 (11) S 12/82, Deutsches Verwaltungsblatt 1983, 592.
- VGH Bad.-Württ.: Urteil vom 27.6.1990, Aktenzeichen 5 S 2180/89, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1991, 686.
- VGH Bad.-Württ.: Urteil vom 29.6.1995, Aktenzeichen 5 S 1537/94, NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht 1996, 495.
- VGH Bad.-Württ.: Urteil vom 15.4.1997, Aktenzeichen 10 S 4/96, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1998, 416.
- VGH Kassel: Urteil vom 15.6.1987, Aktenzeichen 11 UE 2521/84, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1987, 910.

Lebenslauf

09/1981 – 06/1995	Schulbildung	Holzgerlingen
07/1995 – 09/1996	Ersatzdienst	Breslau / Wroclaw (Polen)
10/1996 – 02/1998	Jurastudium	Eberhard-Karls-Universität Tübingen
04/1998 – 07/1998	Jurastudium	Universität Fribourg (Schweiz)
10/1998 – 07/2001	Jurastudium	Eberhard-Karls-Universität Tübingen
10/2001 – 10/2003	Referendariat	Landgericht Ellwangen