

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 464

# Verwaltung in Privatrechtsform

Von

Dirk Ehlers



Duncker & Humblot · Berlin

DIRK EHLERS

Verwaltung in Privatrechtsform

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 464**

# Verwaltung in Privatrechtsform

Von

Dirk Ehlers



DUNKER & HUMBLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Juristischen Fakultät  
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen - Nürnberg  
gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Ehlers, Dirk:**

Verwaltung in Privatrechtsform / von Dirk Ehlers. —  
Berlin: Duncker und Humblot, 1984.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 464)

ISBN 3-428-05592-6

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1984 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1984 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05592-6

*Für Cécile*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat im Sommersemester 1981 der Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität Erlangen-Nürnberg vorgelegen und ist von ihr als Habilitationsschrift angenommen worden. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum konnten im allgemeinen bis Ende 1983 berücksichtigt werden. Der Zeitpunkt der Drucklegung brachte es mit sich, daß einige Werke, die im Laufe des Jahres 1983 in einer Neuauflage erschienen sind, mit der alten Auflage zitiert werden mußten. In einigen Fällen war es noch möglich, Rechtsprechung und Literatur aus dem Jahre 1984 einzubeziehen.

Mein herzlicher Dank gilt meinem verehrten Lehrer, Herrn Professor Dr. Klaus Obermayer, für die Betreuung der Arbeit, für die wissenschaftliche Freiheit, die er mir dabei gelassen hat, und für die vielfältigen Impulse, die ich von ihm während meiner Assistentenzeit empfangen durfte. Zu danken habe ich weiterhin Herrn Professor Dr. Richard Bartlsperger, der die Last des Zweitgutachtens auf sich genommen hat. Die Korrekturen haben meine studentischen Mitarbeiter Frau Angela Faber, Herr Heribert Mätschke, Herr Dieter Maier-Peveling und vor allem Herr Jürgen Toppe gelesen. Das Sachregister ist von Frau Elisabeth Innig und Herrn Peter Christ erstellt worden. Die Erstfassung der Arbeit hat Frau Sonja Wenzel, die Korrekturen Frau Gabriele Meiners geschrieben. Ihnen allen schulde ich Dank. Schließlich habe ich der Deutschen Forschungsgemeinschaft für die gewährte großzügige Hilfe, die die Drucklegung ermöglichte, und Herrn Professor Dr. Dr. h. c. J. Broermann für die Aufnahme dieser Arbeit in sein Verlagsprogramm zu danken.

Münster, im Februar 1984

*Dirk Ehlers*





## Inhaltsübersicht

Einleitung .....	1
Erster Teil: Erscheinungsformen der privatrechtlichen Verwaltung ..	6
Zweiter Teil: Die Zweiteilung des Rechts in öffentliches und privates Recht .....	30
Dritter Teil: Die Unterscheidung des öffentlichen und privaten Rechts	52
Vierter Teil: Die Geltung des öffentlichen und privaten Rechts .....	64
Fünfter Teil: Zulässigkeit und Grenzen einer Verwaltung in Privat- rechtsform .....	74
Erster Abschnitt: Die Aufgabenstellung der privatrechtsförmigen Verwaltung .....	74
Zweiter Abschnitt: Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung pri- vatrechtlicher Organisationsformen .....	109
Dritter Abschnitt: Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung pri- vatrechtlicher Handlungsformen .....	172
Sechster Teil: Die Problematik einer privatrechtsförmigen Verwaltung	251
Siebenter Teil: Gründe für die Verwendung der Privatrechtsform und ihre Legitimität .....	292
Achter Teil: Möglichkeiten, Notwendigkeiten und Grenzen einer Pub- lizifizierung der privatrechtsförmigen Verwaltung .....	368
Erster Abschnitt: Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer stärkeren Publizifizierung der Verwaltung .....	369
Zweiter Abschnitt: Stärkere Publizifizierung der Verwaltung im Or- ganisationsbereich .....	374
Dritter Abschnitt: Stärkere Publizifizierung der Verwaltung im Hand- lungsbereich .....	417
Literaturverzeichnis .....	542
Sachregister .....	577

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	1
A. Das Untersuchungsinteresse .....	1
B. Begriffliche Klarstellungen und Eingrenzung des Themas .....	3
C. Gang der Untersuchung .....	5
 <i>Erster Teil</i>	
<b>Erscheinungsformen der privatrechtlichen Verwaltung</b>	6
A. Die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen .....	6
I. Die Rechtsformen des Privatrechts .....	6
II. Die verschiedenen Möglichkeiten der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen .....	7
1. Die Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen durch Beteiligung .....	7
a) Die verschiedenen Möglichkeiten der Beteiligung .....	7
b) Die Unterscheidung der privatrechtlichen Vereinigungen nach dem Ausmaß der Beteiligung .....	9
2. Die Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen durch externe Einflußsicherung .....	11
3. Die Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen durch Beteiligung und externe Einflußsicherung .....	14
III. Die tatsächliche Verwendung privatrechtlicher Organisations- formen .....	15
1. Unterscheidung nach dem Verwender .....	15
a) Die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen durch den Bund .....	15
b) Die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen durch die Länder .....	17
c) Die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen durch die Gemeinden .....	18
2. Unterscheidung nach dem Tätigkeitsgebiet .....	21

3. Unterscheidung nach der Rechtsform .....	22
a) Die Formen rechtlich selbständiger Organisationen .....	22
b) Die Formen rechtlich unselbständiger Organisationen ...	26
B. Die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen .....	27

*Zweiter Teil*

**Die Zweiteilung des Rechts in öffentliches  
und privates Recht**

A. Die Zweiteilung des Rechts als Ergebnis eines historischen Prozesses	30
I. Die Zweiteilung des Rechts im Absolutismus .....	31
II. Die Zweiteilung des Rechts im 19. Jahrhundert .....	33
B. Der heutige Sinngehalt einer Zweiteilung des Rechts .....	37
I. Die Kritik an der Zweiteilung des Rechts .....	38
II. Die aus der Kritik an der Zweiteilung des Rechts abgeleiteten Forderungen .....	40
III. Die funktionale Begründung der Zweiteilung des Rechts .....	42
1. Die Würdigung der Kritik an der Zweiteilung des Rechts ..	42
a) Das Verhältnis von Staat und Gesellschaft .....	42
b) Der Funktionswandel des öffentlichen und privaten Rechts	44
c) Der Vergleich mit den monistischen Rechtssystemen ...	46
aa) Das Rechtssystem der DDR .....	46
bb) Das britische Rechtssystem .....	48
2. Zusammenfassung .....	49
C. Die rechtliche Verbindlichkeit der Zweiteilung des Rechts .....	50

*Dritter Teil*

**Die Unterscheidung des öffentlichen  
und privaten Rechts**

A. Die maßgeblichen Abgrenzungstheorien .....	53
I. Die Interessentheorie .....	53
II. Die Subjektionstheorie .....	53
III. Die Subjektstheorie .....	53
B. Die begrenzte Tauglichkeit der einzelnen Theorien .....	54
I. Die Mängel der Interessentheorie .....	55
II. Die Mängel der Subjektionstheorie .....	55
III. Die Mängel der Subjektstheorie .....	57
C. Die Zuordnung der relevanten Abgrenzungskriterien .....	61

*Vierter Teil***Die Geltung des öffentlichen und privaten Rechts** 64

A. Die Lehre von der Wahlfreiheit der Verwaltung .....	64
I. Darstellung der Lehre .....	64
II. Die fragwürdige Begründung der Wahlfreiheit .....	66
1. Die Berufung auf die Tradition .....	66
2. Die Berufung auf die bessere Eignung des Privatrechts ....	68
B. Die Lehre vom zwingenden Charakter des öffentlichen Rechts .....	69
C. Die Notwendigkeit einer differenzierteren Vorgehensweise .....	72

*Fünfter Teil***Zulässigkeit und Grenzen einer Verwaltung in Privatrechtsform** 74

## Erster Abschnitt

*Die Aufgabenstellung der privatrechtsförmigen Verwaltung* 74

A. Privatrecht und Privatautonomie .....	74
I. Die Fiskustheorie .....	75
II. Die Lehre vom Grundrechtsschutz der privatrechtsförmigen Verwaltung .....	78
1. Grundrechtsschutz bei der Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen .....	79
a) Grundrechtsschutz bei der unmittelbaren Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben .....	79
aa) Die Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts .....	79
(1) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	79
(2) Kritik der Rechtsprechung .....	80
bb) Grundrechtsschutz und Privatautonomie .....	82
b) Grundrechtsschutz bei der mittelbaren Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben .....	83
2. Grundrechtsschutz bei der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen .....	84
a) Grundrechtsschutz der publizistischen Privatrechtsvereinigungen .....	84
b) Grundrechtsschutz der gemischt publizistischen Privatrechtsvereinigungen .....	85
3. Zusammenfassung .....	85
III. Die Verfassung als Grundlage jeder Verwaltungsbetätigung ..	86

B. Folgerungen für die privatrechtliche Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr ..... 88

    I. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ..... 88

    II. Die prinzipiell in Frage kommenden Zielsetzungen auf wirtschaftlichem Gebiet ..... 89

        1. Die wirtschaftlichen Zielsetzungen aus verfassungsrechtlicher Sicht ..... 90

            a) Die sozialwirtschaftliche Zielsetzung ..... 90

            b) Die erwerbswirtschaftliche Zielsetzung ..... 92

        2. Die wirtschaftlichen Zielsetzungen aus der Sicht des europäischen Gemeinschaftsrechts sowie des einfachen Gesetzesrechts ..... 95

    III. Die Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung ..... 97

        1. Begrenzung durch das Subsidiaritätsprinzip ..... 98

            a) Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht ..... 98

            b) Subsidiaritätsprinzip und Gesetzesrecht ..... 99

        2. Begrenzung durch die Grundrechte ..... 100

            a) Die konkurrierende Teilnahme der öffentlichen Hand am wirtschaftlichen Wettbewerb als mögliche Grundrechtsverletzung ..... 100

            b) Die maßgeblichen Grundrechtsbestimmungen ..... 102

                aa) Das Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG ..... 102

                bb) Das Grundrecht des Art. 14 GG ..... 104

                cc) Das Grundrecht des Art. 3 Abs. 1 GG ..... 106

                dd) Das Grundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ..... 106

            c) Die Bedeutung der Grundrechtsbindung ..... 107

        3. Begrenzung durch das Übermaßverbot ..... 107

        4. Begrenzung durch sonstige gesetzliche Bestimmungen ..... 107

Zweiter Abschnitt

*Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen* ..... 109

A. Die Bedeutung der Rechtsform von Organisationen ..... 109

B. Der Zusammenhang zwischen der Rechtsform von Organisationen und der Rechtsform von Handlungsweisen ..... 109

C. Die verfassungsrechtlichen Schranken der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen ..... 113

    I. Sperrwirkungen der allgemeinen Rechtskreisbestimmungen .. 113

    II. Sperrwirkungen der Art. 83 ff. GG ..... 115

        1. Die Zulässigkeit privatrechtlicher Organisationsformen .... 115

2. Die Grenzen einer Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen .....	117
a) Quantitative Grenzen .....	117
b) Qualitative Grenzen .....	118
aa) Bundeseigene Verwaltung (im engeren Sinne) .....	119
bb) Mittelbare Bundesverwaltung .....	120
cc) Bundesauftragsverwaltung .....	120
III. Sperrwirkungen des Art. 33 Abs. 4 GG .....	121
IV. Sperrwirkungen des Demokratieprinzips .....	124
1. Die Einwirkungs- und Kontrollpflicht als Folge des demokratischen und parlamentarischen Prinzips .....	124
a) Die Einwirkungs- und Kontrollpflicht der Staatsverwaltung .....	124
b) Die Einwirkungs- und Kontrollpflicht der Kommunalverwaltung .....	128
2. Bestätigung der dem Demokratieprinzip entnommenen Grundsätze durch Herleitung der Einwirkungs- und Kontrollpflicht aus anderweitigen Verfassungsprinzipien .....	129
3. Inhalt und Tragweite der Einwirkungs- und Kontrollpflicht .....	130
4. Die Eignung der privatrechtlichen Organisationsformen für die Realisierung der Einwirkungs- und Kontrollpflicht .....	132
a) Die Eignung der privatrechtlichen Organisationsformen im allgemeinen .....	132
b) Die Eignung der Aktiengesellschaft .....	135
aa) Die Anwendung der Vorschriften über den Konzern .....	137
(1) Die Unternehmenseigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Verhältnis zu gemischt publizistischen Aktiengesellschaften .....	139
(2) Die Unternehmenseigenschaft von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Verhältnis zu den Eigengesellschaften und Gemeinschaftsgesellschaften .....	142
bb) Die Anwendung der Vorschriften über den faktischen Konzern .....	143
cc) Ergebnis .....	144
5. Einwirkungspflicht und Mitbestimmung .....	145
a) Der Inhalt der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen .....	145
b) Die Anwendbarkeit der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen .....	146
c) Die Vereinbarkeit der Mitbestimmungsregelungen mit der Einwirkungspflicht .....	148
aa) Publizistische Vereinigungen .....	148
bb) Gemischt publizistische Vereinigungen .....	150
cc) Erweiterung der Mitbestimmung auf freiwilliger Basis .....	151
V. Sperrwirkungen des Rechtsstaatsprinzips und der Grundrechtsgewährleistungen .....	151

VI. Formale Schranken: Sperrwirkungen des Gesetzmäßigkeitsprinzips .....	152
1. Die Reichweite der ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalte .....	153
a) Reichweite der grundgesetzlichen Vorbehalte .....	153
b) Reichweite der landesverfassungsrechtlichen Vorbehalte .....	155
2. Die Reichweite des allgemeinen Gesetzesvorbehalts .....	155
D. Die gesetzlichen Grenzen der Inanspruchnahme privatrechtlicher Organisationsformen .....	157
I. Bestimmungen, die sich auf die Zulässigkeit der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen beziehen .....	158
1. Typologie der Gesetzesbestimmungen .....	158
a) Eindeutige gesetzliche Festlegungen .....	158
b) Gesetzesvorschriften mit Gestaltungsspielraum .....	158
aa) Unterscheidung nach dem Inhalt .....	158
(1) Bestimmungen mit einer Präferenz für öffentlich-rechtliche Organisationsformen .....	159
(2) Bestimmungen mit einer Präferenz für privatrechtliche Organisationsformen .....	160
(3) Bestimmungen ohne eindeutige Präferenz .....	162
bb) Unterscheidung nach der Bindungswirkung .....	163
2. Bedeutung der Bestimmungen für das staatliche und kommunale Organisationsverhalten .....	163
II. Bestimmungen, die sich auf die Art und Weise der Inanspruchnahme des privatrechtlichen Organisationsrechts beziehen .....	164
1. Bestimmungen, welche die Wahl zwischen den privatrechtlichen Organisationsformen betreffen .....	164
2. Bestimmungen, welche die Rückbindung an den öffentlich-rechtlichen Träger sicherstellen sollen .....	165
a) Staatlicher Bereich .....	165
aa) Besondere Einflußnahmepflichten .....	166
bb) Besondere Prüfungspflichten .....	166
(1) Prüfung durch die Abschlußprüfer .....	166
(2) Prüfung durch die Beteiligungsverwaltung .....	168
(3) Prüfung durch die Rechnungshöfe .....	168
b) Kommunaler Bereich .....	169
III. Verfahrensbestimmungen .....	171

### Dritter Abschnitt

<i>Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen</i>	172
A. Die Zulässigkeit einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen .....	172
I. Die Bedeutung der Organisationsform für die Zulässigkeit einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen .....	172



II. Die Zulässigkeit der Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen nach Maßgabe der das Handeln bestimmenden Rechtsätze .....	174
1. Rechtssätze, die die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Form des Tätigwerdens bestimmen .....	174
2. Rechtssätze, die die Rechtsform des Tätigwerdens in das Ermessen der Verwaltung stellen .....	175
a) Dispositionsfreiheit der Verwaltung bei der Ausgestaltung kommunaler Einrichtungen .....	175
aa) Die grundsätzliche Befugnis zur öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse kommunaler öffentlicher Einrichtungen .....	175
bb) Die Rechtsformen der Benutzung .....	177
cc) Die an die rechtsförmliche Ausgestaltung der Nutzungsverhältnisse zu stellenden Anforderungen .....	181
b) Dispositionsfreiheit der Verwaltung bei der Ausgestaltung staatlicher Anstalten .....	183
3. Rechtssätze, die ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung anordnen oder zulassen .....	184
a) Rechtssätze, die ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung anordnen .....	184
b) Rechtssätze, die ein zweistufiges Vorgehen der Verwaltung zulassen .....	186
aa) Die an die Rechtssätze zu stellenden Anforderungen .....	186
bb) Konsequenzen für die Subventionsvergabe .....	188
cc) Konsequenzen für die Auftragsvergabe .....	189
III. Die Zulässigkeit einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen im übrigen .....	194
1. Die Einordnung des nicht gesetzesakzessorischen Handelns .....	194
a) Die Einordnung des nicht gesetzesakzessorischen Vertragshandelns .....	196
aa) Qualifizierung der Verträge nach der Kompetenztheorie .....	196
bb) Qualifizierung der Verträge nach der Normfiktionstheorie .....	197
cc) Qualifizierung der Verträge nach der Aufgabentheorie .....	199
(1) Allgemeine Umschreibung der Aufgabentheorie ..	199
(2) Gegenständliche Umschreibung der Aufgabentheorie .....	201
(a) Bedarfsdeckungsgeschäfte .....	202
(b) Vermögensverwertungsgeschäfte .....	205
(c) Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr .....	206
(3) Sachgerechtigkeit der vorgenommenen Grenzziehung .....	206
(a) Zur Alternative einer weitergehenden Zurückdrängung des Privatrechts .....	207
(b) Zur Alternative einer weniger weitgehenden Zurückdrängung des Privatrechts .....	207
b) Die Einordnung des nicht gesetzesakzessorischen Handelns im außervertraglichen Bereich .....	210
2. Die Einordnung des Handelns in sonstigen Zweifelsfällen ..	210

IV. Die Rechtsfolgen einer unzulässigen Inanspruchnahme privatrechtlicher Handlungsformen .....	211
B. Die öffentlich-rechtliche Bindung der Verwaltung beim Handeln in Privatrechtsform .....	212
I. Die Bindung der öffentlich-rechtlich organisierten Verwaltung	212
1. Bindung an die Verfassung .....	212
a) Bindung an die Grundrechte .....	212
aa) Der allgemeine Meinungsstand .....	212
bb) Auslegung des Art. 1 Abs. 3 GG .....	214
cc) Die Sachgerechtigkeit einer umfassenden Grundrechtsbindung .....	217
b) Bindung an das Verfassungsrecht im übrigen .....	222
2. Bindung an das sonstige öffentliche Recht .....	225
a) Die öffentlich-rechtlichen Bindungsnormen .....	225
aa) Bindung an das Verwaltungsverfahrenrecht .....	226
(1) Verfahrensrechtliche Bindungsnormen .....	227
(2) Materiell-rechtliche Bindungsnormen .....	230
bb) Resümee .....	232
b) Die Rechtsfolgen einer Nichtbeachtung der öffentlich-rechtlichen Bindungsnormen .....	232
aa) Allgemeine Grundsätze .....	232
bb) Überschreitung des Wirkungskreises und Verletzung der Zuständigkeits- oder Vertretungsvorschriften ...	235
(1) Konsequenzen für die Wirksamkeit der Rechtshandlungen .....	235
(2) Schadensersatz .....	240
(3) Zum Anspruch auf Einhaltung des Wirkungskreises .....	241
3. Formale Schranken: Bindung an das Gesetzmäßigkeitsprinzip	242
4. Folgerungen für die Lehre vom Verwaltungsprivatrecht ...	246
II. Die Bindung der publizistischen Privatrechtsvereinigungen ...	246
III. Die Bindung der gemischt publizistischen Privatrechtsvereinigungen .....	248

*Sechster Teil*

**Die Problematik einer privatrechtsförmigen Verwaltung**

251

A. Dysfunktionalität privatrechtlicher Gestaltungsformen .....	251
I. Die unzureichende Ordnungskraft des Privatrechts in organisations- und verfahrensrechtlicher Hinsicht .....	251
1. Das Organisationsrecht .....	251
2. Das Verfahrensrecht .....	253
II. Die unzureichende Ordnungskraft des Privatrechts in inhaltlicher Hinsicht .....	255

B. Dysfunktionalität einer Überlagerung des Privatrechts durch das öffentliche Recht .....	258
C. Die Gefahr einer materiellen Privatisierung von Verwaltungsfunktionen .....	259
I. Privatisierungstendenzen als Folge der Benutzung privatrechtlicher Organisationsformen .....	259
1. Die Gefahr einer Privatisierung der Aufgabenstellung .....	259
2. Die Gefahr einer Überschreitung des Wirkungskreises .....	262
3. Die Gefahr einer Auflösung der Einheit der Verwaltung und die Inkaufnahme von Transparenz- beziehungsweise Publizitätsverlusten .....	266
4. Die Gefahr von Einwirkungs- und Kontrollverlusten .....	268
a) Interdependenz von Aufgabenstellung, Einwirkung und Kontrolle .....	268
b) Die ungenügende rechtliche Absicherung der Einwirkungs- und Kontrollpflichten .....	269
c) Die relative Instrumentierungsfeindlichkeit des Gesellschaftsrechts .....	273
5. Die Gefahr einer Privatisierung aus personellen Gründen ..	274
II. Privatisierungstendenzen als Folge der Benutzung privatrechtlicher Handlungsformen .....	275
D. Unsachgemäße Differenzierungen zwischen der öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verwaltung .....	275
E. Die Gefahr einer Umgehung des Gesetzmäßigkeitsprinzips .....	277
F. Die Gefahr einer Denaturierung des Privatrechts .....	277
G. Die Gefahr einer Kumulierung von Privilegien .....	281
H. Komplizierung und Beeinträchtigung des gerichtlichen Rechtsschutzes	284
I. Abgrenzung der Rechtswege .....	284
II. Aufspaltung des Rechtsweges .....	285
III. Rechtsschutzeinbußen im zivilgerichtlichen Verfahren .....	288
IV. Infragestellung eines optimalen Verfassungsrechtsschutzes .....	289
J. Rückwirkungen auf die Verwaltungsrechtsdogmatik .....	290

*Siebenter Teil*

<b>Gründe für die Verwendung der Privatrechtsform und ihre Legitimität</b>	292
A. Gründe für die Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen und ihre Legitimität .....	293
I. Einfachere Errichtung und Auflösung von Privatrechtsvereinigungen .....	293

1. Die Errichtung von Privatrechtsvereinigungen .....	293
2. Die Errichtung von Rechtssubjekten des öffentlichen Rechts	294
3. Die Auflösung der privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Vereinigungen .....	297
II. Zwang zur Rentabilität und Wirtschaftlichkeit .....	298
III. Größere Flexibilität bei der Ausgestaltung der internen Aufbau- und Ablauforganisation .....	299
1. Die geltend gemachten Vorteile .....	299
2. Die Beurteilung der geltend gemachten Vorteile .....	301
IV. Meidung des öffentlichen Dienstrechts .....	303
1. Die geltend gemachten Nachteile des öffentlichen Dienstrechts .....	303
2. Zur Berechtigung einer Umgehung des öffentlichen Dienstrechts .....	306
V. Zurückdrängung haushaltsrechtlicher Grundsätze .....	309
1. Die Gründe .....	309
2. Zur Bedeutung der Gründe .....	312
VI. Entpolitisierung der Aufgabenerfüllung und Einschränkung der Staatsaufsicht .....	313
VII. Erweiterung der unternehmerischen Mitbestimmung .....	314
VIII. Absicht der Haftungsbeschränkung .....	315
1. Die Haftungsbeschränkung als Grund für die Inanspruchnahme des Privatrechts .....	315
2. Zur Berechtigung der haftungsrechtlichen Motive .....	316
a) Haftungsbeschränkungen im öffentlichen Recht .....	316
b) Zur Erreichbarkeit der haftungsbegrenzenden Wirkung ..	318
aa) Die Lehre von der Einstandspflicht .....	319
bb) Die Lehre von der Konkursabwendungspflicht .....	320
(1) Konzernrechtliche Lösung .....	320
(2) Öffentlich-rechtliche Lösung .....	321
c) Zur Problematik einer Haftungsbegrenzung aus wirtschaftlicher Sicht .....	322
d) Ergebnis .....	323
IX. Größere Kreditwürdigkeit von juristischen Personen des Privatrechts .....	323
1. Die geltend gemachten Gründe .....	323
2. Zur Berechtigung der geltend gemachten Gründe .....	324
X. Steuerliche Gründe .....	325
1. Steuervorteile der Eigengesellschaft gegenüber dem Eigenbetrieb .....	325
a) Unterschiedliche steuerliche Behandlung von Gewinnausschüttungen .....	326

b)	Unterschiedliche steuerliche Behandlung von Gemein- darlehen .....	326
c)	Unterschiedliche steuerliche Behandlung von Unterneh- menzusammenfassungen .....	328
d)	Unterschiede bei der steuerlichen Abzugsfähigkeit von Konzessionsabgaben .....	330
2.	Die Bedeutung der Steuerunterschiede .....	331
3.	Zur Berechtigung der steuerlichen Motive .....	333
XI.	Kooperation mit anderen Rechtssubjekten .....	334
1.	Kooperation mit juristischen Personen des öffentlichen Rechts	335
a)	Das Zusammenwirken auf staatlicher Ebene .....	335
aa)	Die beschränkten öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten	335
bb)	Die Zulässigkeit privatrechtlicher Mischinstitutionen	337
b)	Das Zusammenwirken der Kommunen .....	339
aa)	Die öffentlich-rechtlichen Möglichkeiten .....	339
bb)	Die Nachteile der öffentlich-rechtlichen Organisa- tionsformen .....	340
(1)	Begrenzte Aufgabenstellung .....	340
(2)	Schwerfälligkeit im Falle der wirtschaftlichen Be- tätigung .....	341
(3)	Komplikationen bei grenzüberschreitender Zu- sammenarbeit .....	342
cc)	Die Zulässigkeit der Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen .....	345
c)	Das Zusammenwirken von Staat und Kommunen .....	345
2.	Kooperation mit Privatpersonen .....	345
3.	Kooperation mit ausländischen Rechtssubjekten .....	346
XII.	Sonstige Gründe .....	349
XIII.	Zusammenfassung .....	350
B.	Gründe für die Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen und ihre Legitimität .....	350
I.	Allgemeine Gründe .....	350
II.	Bindung an die privatrechtlichen Schutzgesetze .....	352
1.	Bindung an das AGB-Gesetz .....	352
a)	Verwaltungsbedingungen und AGB-Gesetz .....	353
b)	Rechtsnormen und AGB-Gesetz .....	358
2.	Bindung an das Wettbewerbsrecht .....	361
a)	Der personelle Anwendungsbereich der Wettbewerbsge- setze .....	361
b)	Zur Bedeutung der Rechtsform des Handelns .....	362
3.	Bindung an die sonstigen Schutzgesetze des Privatrechts ..	367
III.	Zusammenfassung .....	367

*Achter Teil*

**Möglichkeiten, Notwendigkeiten und Grenzen einer Publizierung der privatrechtsförmigen Verwaltung** 368

Erster Abschnitt

*Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer stärkeren Publizierung der Verwaltung* 369

- A. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Zurückdrängung des Privatrechts auf der staatlichen Ebene ..... 369
- B. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer Zurückdrängung des Privatrechts auf der kommunalen Ebene ..... 372

Zweiter Abschnitt

*Stärkere Publizierung der Verwaltung im Organisationsbereich* 374

- A. Zurückdrängung der privatrechtlichen Organisationsformen de lege lata ..... 374
  - I. Stärkere Betonung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen öffentlichem und privatem Recht ..... 374
  - II. Objektiv-rechtliche Geltung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen ..... 376
  - III. Bedeutung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Organisationsformen für die in der Vergangenheit getroffenen Organisationsentscheidungen ..... 376
- B. Zurückdrängung der privatrechtlichen Organisationsformen de lege ferenda ..... 377
  - I. Verbesserung der öffentlich-rechtlichen Formentypik ..... 377
    - 1. Rechtlich selbständige Organisationsformen ..... 377
      - a) Schaffung einer eigenen Rechtsform für öffentliche Unternehmen ..... 377
        - aa) Sonderformen öffentlicher Unternehmen in westeuropäischen Ländern ..... 379
          - (1) Die Rechtsformen ..... 379
            - (a) Italien ..... 380
            - (b) Frankreich ..... 380
            - (c) Großbritannien ..... 381
          - (2) Die Geeignetheit der Rechtsformen ..... 382
        - ab) Vorschläge zur Schaffung einer deutschen Rechtsform für öffentliche Unternehmen ..... 383

(1) Der Gesetzesentwurf der Gesellschaft zur Förderung der öffentlichen Wirtschaft .....	383
(2) Der Gesetzesentwurf des Verbandes kommunaler Unternehmen .....	384
(3) Der Entwurf eines „Kommunalwirtschaftlichen Unternehmens“ von Katz .....	386
(4) Der Entwurf eines Gesetzes für kommunale Wirtschaftsunternehmen von Wicher .....	386
(5) Der Entwurf eines Gesetzes für öffentliche Unternehmen von Janson .....	387
(6) Der Entwurf einer Kommunalgesellschaft von Büchner .....	388
cc) Die Grundzüge einer neu zu schaffenden Rechtsform	389
(1) Die Regelung der Trägerschaft .....	390
(2) Die erforderlichen Gesetzgebungsakte .....	391
(3) Das Verhältnis der Unternehmensform zu anderen Unternehmensformen .....	391
(4) Die Regelung der Haftung .....	392
(5) Die Zweckprogrammierung .....	392
(6) Die Organisation des Unternehmens .....	393
(7) Rechenschaftslegung, Prüfung und Aufsicht .....	395
b) Verbesserung des Organisationsrechts für Einrichtungen mit nicht wirtschaftlicher Zielsetzung .....	397
2. Rechtlich unselbständige Organisationsformen .....	399
a) Verbesserung des öffentlich-rechtlichen Betriebsrechts ..	399
aa) Kommunales Betriebsrecht .....	399
(1) Verbesserung des Eigenbetriebsrechts .....	399
(a) Allgemeines .....	399
(b) Erweiterung der Kompetenzen von Werkleitung und Werksausschuß .....	400
(aa) Werkleitung .....	401
(bb) Werksausschuß .....	404
(2) Verbesserung der Möglichkeiten einer entsprechenden Anwendung des Eigenbetriebsrechts .....	405
bb) Staatliches Betriebsrecht .....	406
b) Verbesserung des Rechts der nichtrechtsfähigen Kooperationsformen .....	408
aa) Die einfache Arbeitsgemeinschaft .....	409
bb) Die besondere Arbeitsgemeinschaft .....	411
cc) Die verwaltende Arbeitsgemeinschaft .....	411
II. Flankierende gesetzgeberische Maßnahmen .....	412
C. Stärkere Bindung der publizistischen und gemischt publizistischen Privatrechtsvereinigungen .....	414
I. Änderungen des staatlichen Haushalts- und kommunalen Wirtschaftsrechts .....	414
II. Änderungen des Konzernrechts .....	415

## Dritter Abschnitt

*Stärkere Publizierung der Verwaltung  
im Handlungsbereich*

417

A. Konsequenterer Handhabung der Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht bei der Qualifizierung von Verwaltungshandlungen ..	417
I. Handlungsweisen, die final auf Bewirkung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind .....	418
1. Qualifizierung der exekutiven Rechtssetzungsakte .....	418
a) Die Unterscheidung von Rechtssetzungsakten und Rechts-sätzen .....	418
b) Öffentlich-rechtliche Rechtssetzungsakte .....	418
c) Privatrechtliche Rechtssetzungsakte .....	421
aa) Die tarifvertraglichen Rechtssetzungsakte .....	421
bb) Der Erlaß genereller Weisungen, die sich an die Angehörigen des öffentlichen Dienstes richten .....	424
cc) Die Aufstellung von Flughafenbenutzungs- und Flughafenentgeltordnungen .....	431
d) Zusammenfassung .....	432
2. Qualifizierung des Verwaltungshandelns im übrigen .....	433
a) Handlungsweisen im Außenbereich .....	433
aa) Einseitige Maßnahmen zur Regelung eines Einzelfalles, die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet sind .....	433
(1) Der mißverständliche Verwaltungsaktsbegriff ..	433
(2) Kriterien für die Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Maßnahmen .....	434
(a) Der objektive Erklärungsinhalt einer Maßnahme .....	434
(b) Die Rechtsnormen, die auf die Maßnahme anzuwenden sind .....	436
(c) Die Einordnung der nicht gesetzesakzessorischen Maßnahmen .....	442
bb) Vertragliches Handeln .....	442
(1) Kriterien der Abgrenzung von öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen .....	442
(a) Der objektive Erklärungsinhalt der vertraglichen Willenserklärungen .....	444
(aa) Ausdrückliche Übernahme öffentlich-rechtlicher Berechtigungen oder Verpflichtungen .....	444
(bb) Konkludente Übernahme öffentlich-rechtlicher Berechtigungen oder Verpflichtungen .....	446
(cc) Die Bedeutung von Rechtskreisvereinbarungen .....	448
(b) Die Rechtsnormen, die auf die Willenserklärungen anzuwenden sind .....	449
(c) Die Einordnung der nicht gesetzesakzessorischen Verträge .....	452



(aa) Subventionsverträge .....	452
(bb) Sonstige Verträge .....	455
(2) Einheitliche und zusammengesetzte Verträge ...	458
cc) Zusagen .....	459
(1) Der objektive Erklärungsinhalt einer Zusage ...	460
(2) Die Rechtsnormen, die auf die Zusage anzuwenden sind .....	461
(3) Die Qualifizierung von Zusagen in nicht normierten Bereichen .....	463
(a) Auslobung .....	463
(b) Verkaufszusage .....	464
(4) Das Problem einer hoheitlichen Verpflichtung zu privatrechtlichem Handeln .....	464
dd) Sonstiges rechtsgeschäftliches Handeln der Verwaltung .....	465
(1) Die in Betracht kommenden Handlungsweisen ..	465
(2) Die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht .....	467
ee) Geschäftsführung ohne Auftrag .....	468
(1) Die Anwendbarkeit der Regeln über die Geschäftsführung ohne Auftrag auf das pflichtgebundene Handeln öffentlich-rechtlicher Verwaltungsträger .....	469
(a) Die Konstruktion einer gemischt eigenen und fremden Geschäftsführung .....	470
(b) Kritik dieser Konstruktion .....	471
(c) Die möglichen Fälle einer gemischt eigenen und fremden Geschäftsführung .....	473
(2) Die grundsätzliche Zulässigkeit einer öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag .....	476
(3) Die Abgrenzung der privatrechtlichen von der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag .....	479
ff) Erfüllungshandlungen .....	480
(1) Allgemeines .....	480
(2) Die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Sachverschaffungsansprüche .....	481
(3) Die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Geldleistungsansprüche .....	483
b) Handlungsweisen im Innenbereich .....	486
aa) Die in Betracht kommenden Handlungsweisen ...	486
bb) Die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht	487
II. Rechtsgeschäftsähnliche Handlungsweisen .....	488
1. Die in Betracht kommenden Handlungsweisen .....	488
2. Die Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht .....	490
III. Handlungsweisen, die nicht final auf Bewirkung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind .....	491
1. Die in Betracht kommenden Handlungsweisen .....	491
2. Die Qualifikationsbedürftigkeit der Handlungsweisen .....	492
3. Die Zuordnung der Handlungsweisen zum öffentlichen oder privaten Recht .....	497

a) Die Abgrenzungskriterien .....	497
b) Problemfälle .....	498
aa) Teilnahme am Straßenverkehr .....	499
bb) Ehrverletzende Äußerungen .....	501
cc) Einbeziehung privater Erfüllungsgehilfen .....	504
IV. Rechtsausübungsakte und Prozeßhandlungen .....	507
1. Rechtsausübungsakte .....	507
a) Die Geltendmachung von Herausgabeansprüchen .....	507
b) Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen ....	510
c) Die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen ....	514
2. Prozeßhandlungen .....	515
B. Stärkere Betonung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses zwischen öf-	
fentlichem und privatem Recht bei Formenwahlfreiheit der Verwal-	
tung .....	517
C. Anzustrebende Gesetzesänderungen .....	517
I. Änderungen im Bereich des öffentlichen Vertragsrechts .....	517
II. Änderungen im Bereich des öffentlichen Anstaltsrechts .....	519
III. Änderungen im Bereich des öffentlichen Dienstrechts .....	520
IV. Änderungen im Bereich des öffentlichen Sachenrechts .....	522
1. Beseitigung der Restbestände einer privatrechtlichen Sach-	
herrschaft über die öffentlichen Straßen .....	522
a) Das dualistische Sondernutzungsrecht der öffentlichen	
Straßen .....	522
aa) Die Zuständigkeit zur Erteilung der bürgerlichrecht-	
lichen Nutzungserlaubnis .....	524
bb) Die Dispositionsfreiheit des Erlaubnisberechtigten ..	
525	
b) Vorschläge zur Änderung der Rechtslage .....	526
2. Öffentlich-rechtliche Ausgestaltung der Verkehrssicherungs-	
pflicht .....	528
V. Änderungen im Bereich des Staatshaftungsrechts .....	530
VI. Stärkerer Verzicht auf Zuweisung von öffentlich-rechtlichen	
Streitigkeiten an die ordentlichen Gerichte .....	534
VII. Neuregelung der Rechtswegentscheidung und Rechtswegverwei-	
sung .....	539

**Literaturverzeichnis**

542

**Sachregister**

577

## Abkürzungsverzeichnis

In das Abkürzungsverzeichnis wurden nur solche Abkürzungen aufgenommen, die nicht bei Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache, 3. Aufl., Berlin 1983, erläutert worden oder aus sich heraus verständlich sind.

AbfG	=	Abfallbeseitigungsgesetz
AbgG	=	Abgeordnetengesetz
ArbplSchG	=	Arbeitsplatzschutzgesetz
AuR	=	Arbeit und Recht (Zeitschrift für Arbeitsrechtspraxis)
AVBFernwärmeV	=	Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Fernwärme
Be, be	=	Berlin, berliner
BetrAVG	=	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BK	=	Kommentar zum Bonner Grundgesetz
BPVO	=	Bundesverordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze
Bre, bre	=	Bremen, bremer
B-VG	=	Bundesverfassungsgesetz (Österreich)
bw	=	baden-württembergisch
DöH	=	Der öffentliche Haushalt (Zeitschrift)
DÖW	=	Die öffentliche Wirtschaft (Zeitschrift)
EigbVO	=	Eigenbetriebsverordnung
EigG	=	Eigenbetriebsgesetz
EnWG	=	Energiewirtschaftsgesetz
EStHG	=	Entwurf eines Staatshaftungsgesetzes
EvStL	=	Evangelisches Staatslexikon (hrsg. v. Kunst / Herzog / Schneemelcher, 2. Aufl., Stuttgart 1975)
hamb	=	hamburgisch
HO	=	Haushaltsordnung
HöD	=	Handwörterbuch des öffentlichen Dienstes (hrsg. v. Bierfelder, Berlin 1976)
KGAG	=	Gesetz über kommunale Gemeinschaftsarbeit (Nordrhein-Westfalen)
KGZ	=	Gesetz über kommunale Zusammenarbeit (Baden-Württemberg)
KomZG	=	Gesetz über die kommunale Zusammenarbeit (Bayern)
LVerf	=	Landesverfassung
ME	=	Musterentwurf
MitbestErgG	=	Mitbestimmungsergänzungsgesetz
ÖZÖR	=	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht

PostVerwG	=	Postverwaltungsgesetz
RP, rp	=	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RZwVbG	=	Reichszweckverbandsgesetz
Sa, sa	=	Saarland, saarländisch
SH, sh	=	Schleswig-Holstein, schleswig-holsteinisch
st.	=	ständig
StabG	=	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
StGB	=	Städte- und Gemeindebund (Zeitschrift)
WissR	=	Wissenschaftsrecht, Wissenschaftsverwaltung, Wissenschaftsförderung (Zeitschrift)
ZollG	=	Zollgesetz
ZöR	=	Zeitschrift für öffentliches Recht
ZwVbG	=	Zweckverbandsgesetz



# Einleitung

## A. Das Untersuchungsinteresse

Das Handeln der Verwaltung wird nicht nur vom öffentlichen Recht beeinflusst und gesteuert. Die Verwaltung erfüllt ihre Aufgaben vielfach in Formen und mit Gestaltungsmitteln, die das Privatrecht bereithält. Die zahlreichen Probleme, die eine Verwaltung in Privatrechtsform aufwirft, sind im Schrifttum lange Zeit als Folge eines negativen Kompetenzkonflikts zweier Rechtsdisziplinen vernachlässigt worden. Während die Privatrechtswissenschaft von jeher auf die Rechtsbeziehungen der Bürger untereinander fixiert war und das privatrechtliche Auftreten der Verwaltung nur am Rande zur Kenntnis nahm, hat die Ende des 19. Jahrhunderts entstehende systematische Verwaltungsrechtswissenschaft<sup>1</sup> ihr Hauptaugenmerk zunächst auf die rechtsstaatliche Bändigung des öffentlich-rechtlich agierenden Obrigkeitsstaates gerichtet. Vor allem *Otto Mayers* scharfe Entgegensetzung von öffentlichem und privatem Recht<sup>2</sup> verführte dazu, das privatrechtliche Verwaltungshandeln dem Handeln eines Privatmannes mehr oder weniger gleichzustellen und damit der allgemeinen Aufmerksamkeit zu entziehen.<sup>3</sup> Trotz einzelner Korrekturbemühungen<sup>4</sup> hat sich die Lage erst mit dem Wandel zum sozialen Rechtsstaat wirklich grundlegend geändert. Je mehr die sog. Leistungsverwaltung expandierte und je wichtiger die Beteiligung von Staat und Kommunen am wirtschaftlichen

---

<sup>1</sup> Die systematische Verwaltungsrechtswissenschaft, die untrennbar mit dem Werk *Otto Mayers* verknüpft ist, bediente sich der sog. juristischen Methode. Diese Methode ermöglichte erst die dogmatische Durchdringung des Verwaltungsrechts, führte aber in der Folgezeit zu einer stärkeren Ausblendung der Verwaltungswirklichkeit. Insofern unterschied sie sich wesentlich von der zuvor angewandten sog. staatswissenschaftlichen Methode, der es zuvorderst um die Schilderung der Verwaltungswirklichkeit ging und die dabei auch zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Verwaltungsbetätigung keinen prinzipiellen Unterschied machte (vgl. die Nachw. bei *Rüfner*, Formen, S. 362). Ob die verengende Betrachtungsweise in der juristischen Methode selbst angelegt war oder bloß der positivistischen Grundhaltung jener Zeit entsprach (wie *Bachof*, VVDStRL 30, 1972, 193, 216, meint), kann hier dahinstehen.

<sup>2</sup> Verwaltungsrecht I, S. 113 ff.

<sup>3</sup> Vgl. *Rüfner*, Formen, S. 123 u. 362.

<sup>4</sup> Zu nennen ist vor allem *Forsthoffs* berühmte Schrift „Die Verwaltung als Leistungsträger“, die im Jahr 1938 erschien und den Blick wieder stärker auf die wohlfahrtsstaatlichen Aktivitäten zu lenken versuchte.

Güter- und Leistungsaustausch wurde, desto häufiger begann sich die Verwaltungsrechtswissenschaft nun auch für die nichtobrigkeitliche Seite der Verwaltung zu interessieren. Dadurch rückte zugleich die Beteiligung der Verwaltung am Privatrechtsverkehr in den Blickpunkt. Die umfangreiche Literatur, die inzwischen zu diesem Thema ergangen ist, belegt dies nachdrücklich.

Gleichwohl kann keine Rede davon sein, daß die Probleme einer Verwaltung in Privatrechtsform bereits zufriedenstellend gelöst wären. Nicht nur in Einzelfragen drängt sich dem Betrachter gelegentlich der „Eindruck einer heillosen Verwirrung“<sup>5</sup> auf. Auch über die Grundsatzfrage, in welchem Umfang und in welchen Grenzen der Verwaltung die Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsformen gestattet werden soll, zeichnet sich bisher keine Verständigung ab. Der Auffassung, daß keine Veranlassung bestehe, einen verwaltungswissenschaftlichen Angstkomplex vor dem Fiskus zu pflegen<sup>6</sup> und die Anwendung des Privatrechts im Bereich staatlichen Handelns zu „perhorreszieren“<sup>7</sup>, steht eine Ansicht gegenüber, welche die „Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht“<sup>8</sup> möglichst weitgehend unterbinden will<sup>9</sup>. Die Gesetzgebung läßt ebenfalls keine einheitliche Linie erkennen. Einerseits hat der Gesetzgeber auf dem Gebiet der Sozial- und Förderungsverwaltung eine ganze Reihe von Agenden, die früher mit privatrechtlichen Mitteln wahrgenommen wurden, dem öffentlichen Recht unterstellt.<sup>10</sup> Andererseits toleriert der Gesetzgeber in großzügiger Weise, daß die Verwaltung immer häufiger ihre Aufgaben auf Eigengesellschaften oder andere juristische Personen des Privatrechts überträgt.<sup>11</sup> Alles in allem macht sich also eine beträchtliche Orientierungslosigkeit bemerkbar, die nicht zuletzt auf ein gewisses Theoriedefizit zurückzuführen sein dürfte. Statt

<sup>5</sup> *Emmerich*, JuS 1970, 332 (333); *Ossenbühl*, DÖV 1971, 513.

<sup>6</sup> *Salzwedel*, in: *Erichsen / Martens*, Verwaltungsrecht, S. 382.

<sup>7</sup> *Bettermann*, Flughafengebühren, S. 423.

<sup>8</sup> *Fleiner*, Institutionen, S. 326.

<sup>9</sup> Als Exponenten dieser sich gegen die herrschende Praxis wendenden Richtung können (mit vielen Abweichungen im einzelnen) z. B. *Krüger* (Staatslehre, S. 321 ff.), *Berkemann* (Kapitalbeteiligung, S. 27 ff.), *Naendrup* (Haftungsbeschränkung, S. 83 ff., 91 ff., 102 ff.), *Bartlisperger* (AöR 95, 1970, 126, 131), *Rupp* (DVBl. 1971, 669, 670 ff.; Verwaltungsrecht, S. 596 ff.), *Burmeister* (WiR 1972, 311, 316 ff., 325; Vollziehende Gewalt, S. 117 ff.), *Pestalozza* (Formenmißbrauch, S. 166 ff.; DÖV 1974, 188 ff.), *Ossenbühl* (DVBl. 1974, 541), *Obermayer* (Grundzüge, S. 12), *Gern* (Vertrag zwischen Privaten, S. 48 f.), *Nassauer* (Verwaltung, S. 89 ff.), *Zuleeg* (VerwArch. 73, 1982, 384, 393 ff.) u. v. *ZeZschwitz* (NJW 1983, 1873 ff.) angesehen werden.

<sup>10</sup> Stellvertretend für viele Beispiele sei hier nur auf das BAföG hingewiesen, das die Studienförderung nach dem sog. „Honnefer Modell“ (vgl. *Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht, S. 351) auf eine öffentlich-rechtliche Grundlage gestellt hat.

<sup>11</sup> Vgl. Erster Teil, A III.

sich um eine systematische Betrachtungsweise zu bemühen, begnügt man sich allzu häufig mit einem einzelfallbezogenen „muddling through“<sup>12</sup>.

Die vorliegende Arbeit unternimmt den Versuch, die Rechtsfragen einer Verwaltung in Privatrechtsform im Zusammenhang neu zu überdenken. Dabei soll es nicht nur um eine Aufbereitung und Aufarbeitung der dogmatischen Probleme, sondern auch um die Einbeziehung der praktischen Verwaltungsbedürfnisse sowie der rechtspolitischen Fragestellungen gehen. Ziel der Untersuchung ist es vor allem, vom Grundsätzlichen her zu klären, wann die Verwaltung sich der privatrechtlichen Gestaltungsformen bedienen darf und welchen besonderen Anforderungen die privatrechtliche Verwaltung unterliegt. Eine enzyklopädische Behandlung aller Detailprobleme ist schon wegen der Fülle des Stoffes nicht möglich. Um der Rechtspraxis nicht „Steine statt Brot“ zu geben, soll dennoch so häufig wie möglich auf Einzelfragen eingegangen werden.

## B. Begriffliche Klarstellungen und Eingrenzung des Themas

Gegenstand der Ausführungen ist die Verwaltung in Privatrechtsform. Der mehrdeutige Begriff der Verwaltung wird hier in zweifacher Hinsicht verwendet. Einmal werden unter der Verwaltung alle von der Verwaltung im organisatorischen Sinne ausgeübten Tätigkeiten verstanden. Daneben wird der Begriff der Verwaltung auch im bloß organisatorischen Sinne gebraucht. Insoweit ist wiederum zwischen einem engeren und einem weiteren Begriff der Verwaltung zu unterscheiden. In der engeren Wortbedeutung gehören zur Verwaltung im organisatorischen Sinne diejenigen Organe des Staates und diejenigen dem Staat nachgeordneten juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die sich nicht (oder jedenfalls nicht vorwiegend) mit der Rechtssetzung oder Rechtsprechung befassen.<sup>13</sup> Für die Gesamtheit der staatlichen und unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird im folgenden auch der Terminus „öffentliche Hand“ benutzt.<sup>14</sup> Aus Grün-

<sup>12</sup> Kritisch dazu *Bachof*, Öffentliches Recht, S. 6. Im Zweifelsfall ein pragmatisches Vorgehen befürwortend dagegen *W. Schmidt*, Verwaltungsrecht, S. 156, 173 ff.

<sup>13</sup> Auf einen „positiven“ Verwaltungsbegriff soll hier wegen der Unmöglichkeit einer exakten Definition verzichtet werden. Eine Abgrenzung von Verwaltung und Regierung, die vielfach für notwendig gehalten wird (vgl. *v. Münch*, in: *Erichsen / Martens*, Verwaltungsrecht, S. 3), ist jedenfalls für die Zwecke dieser Arbeit entbehrlich. Regierung (Gubernative) und Verwaltung (Administration) werden also als Einheit gesehen.

<sup>14</sup> Das entspricht der h. M. (vgl. z. B. *Sigloch*, Unternehmungen, S. 15; *Wilke / Schachel*, *WiVerw.* 1978, 95, FN 1). Eine abweichende Terminologie verwendet *Klein*, Teilnahme am Wettbewerb, S. 17, FN 23.