

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



DUNCKER & 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

Einleitung	1
A. Das Untersuchungsinteresse	1
B. Begriffliche Klarstellungen und Eingrenzung des Themas	3
C. Gang der Untersuchung	5

Erster Teil

Erscheinungsformen der privatrechtlichen Verwaltung	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** 30

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** 52

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 Vertragskonzern	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

Zulässigkeit und Grenzen einer Verwendung privatrechtlicher Handlungsformen 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

Gründe für die Verwendung der Privatrechtsform und ihre Legitimität	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 Verwaltungswissenschaft¹ ihr Hauptaugenmerk zunächst auf die rechtsstaatliche Bändigung des öffentlich-rechtlich agierenden Obrigkeitsstaates gerichtet. Vor allem *Otto Mayers* scharfe Entgegensetzung von öffentlichem und privatem Recht² verführte dazu, das privatrechtliche Verwaltungshandeln dem Handeln eines Privatmannes mehr oder weniger gleichzustellen und damit der allgemeinen Aufmerksamkeit zu entziehen.³ Trotz einzelner Korrekturbemühungen⁴ 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

¹ Die systematische Verwaltungswissenschaft, 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.

² Verwaltungsrecht I, S. 113 ff.

³ Vgl. *Rüfner*, Formen, S. 123 u. 362.

⁴ 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“⁵ 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 pflegen⁶ und die Anwendung des Privatrechts im Bereich staatlichen Handelns zu „perhorreszieren“⁷, steht eine Ansicht gegenüber, welche die „Flucht von Staat und Gemeinde in das Privatrecht“⁸ möglichst weitgehend unterbinden will⁹. 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.¹⁰ Andererseits toleriert der Gesetzgeber in großzügiger Weise, daß die Verwaltung immer häufiger ihre Aufgaben auf Eigengesellschaften oder andere juristische Personen des Privatrechts überträgt.¹¹ Alles in allem macht sich also eine beträchtliche Orientierungslosigkeit bemerkbar, die nicht zuletzt auf ein gewisses Theoriedefizit zurückzuführen sein dürfte. Statt

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

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

⁷ *Bettermann*, Flughafengebühren, S. 423.

⁸ *Fleiner*, Institutionen, S. 326.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

¹¹ Vgl. Erster Teil, A III.

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

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.¹³ Für die Gesamtheit der staatlichen und unterstaatlichen juristischen Personen des öffentlichen Rechts wird im folgenden auch der Terminus „öffentliche Hand“ benutzt.¹⁴ Aus Grün-

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

¹³ 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.

¹⁴ 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.