

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 44

Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft

Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung

Von

Wolfgang Rüfner



Duncker & Humblot · Berlin

WOLFGANG RÜFNER

Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 44

Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft

Untersuchungen zum Problem der leistenden Verwaltung

Von

Wolfgang Rübner



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung der Rechts- und Staats-
wissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn gedruckt mit
Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft

Alle Rechte vorbehalten

© 1967 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1967 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 1966 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn als Habilitationsschrift angenommen.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. U. Scheuner, möchte ich an dieser Stelle für die großzügige und selbstlose Förderung meiner wissenschaftlichen Ausbildung danken, die ich in den vergangenen Jahren als sein Assistent erfahren durfte. Dies gilt nicht zuletzt für die vielen Gespräche, in denen er mir für dieses Buch immer neue Anregungen gegeben hat.

Ferner danke ich den Herren Professoren Dr. Dr. h. c. W. Schmidt-Rimpler und Bundesverfassungsrichter a. D. Dr. Dr. h. c. E. Friesenhahn für ihre freundlichen Hinweise.

Aufrichtiger Dank gebührt auch dem Verlag Duncker und Humblot und der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

Bad Godesberg, den 1. 11. 1966.

Wolfgang Rübner

Gliederung

Einleitung	13
A. Leistende Verwaltung in geschichtlicher Sicht	17
1. Kapitel: <i>Nichtthoheitliche, insbesondere leistende Verwaltung im 18. Jahrhundert</i>	17
I. Tatsächlicher Hintergrund: Die wohlfahrtsfördernde Verwaltung, ihre Mittel und Ziele	17
1. Agrarverfassung und Staatsverfassung, insbesondere Domänenwirtschaft	17
2. Magazinwirtschaft als Instrument der Daseinsvorsorge und Wirtschaftspolitik	19
3. Staatliche Leistungen im Verkehrswesen	21
4. Leistungsverwaltung in Städten und Gemeinden	24
5. Bankinstitute und Versicherungen der öffentlichen Hand	28
6. Neuere staatliche Leistungen im Rahmen der merkantilistischen Wirtschaftspolitik	30
II. Rechtliche Behandlung der Leistungsverwaltung	43
2. Kapitel: <i>Leistende Verwaltung im 19. Jahrhundert</i>	52
I. Tatsächlicher Hintergrund: Die liberale Idee des laissez-faire und ihre Verwirklichung	52
1. Landwirtschaft	54
2. Bergbau	62
3. Handel und Gewerbe	64
4. Geldwesen, Banken, Sparkassen und Versicherungen	65
5. Verkehrswesen	71
a) Verkehrswege und Verkehrsanlagen	71
b) Schifffahrt	73
c) Post	74
d) Eisenbahnen	77
6. Gemeindliche Leistungsverwaltung	87
II. Rechtliche Behandlung der Leistungsverwaltung	91
3. Kapitel: <i>Leistende Verwaltung im System Otto Mayers</i>	105
I. Französische und deutsche Einflüsse	107

II. Die Anstalt als Rechtsform der Leistungsverwaltung	113
III. Kritik der Lehre von der Anstalt	119
B. Heutige wirtschaftliche Leistungsverwaltung	125
4. Kapitel: <i>Praxis und Ziele der heutigen wirtschaftlichen Leistungsverwaltung</i>	125
I. Grundsätzliches	129
II. Unternehmungen der öffentlichen Hand	142
1. Versorgungsunternehmungen	142
a) Wichtigste Versorgungsunternehmungen	142
b) Öffentlicher Zweck und Gewinnwirtschaft	144
α) Gemeinnützigkeit	146
β) Gemeinwirtschaftlichkeit	153
2. Unternehmungen der Leistungsverwaltung ohne Versorgungspflichten	162
a) Sparkassen	162
b) Öffentliche Banken	165
c) Öffentliche Versicherungen	172
d) Öffentliche Wohnungswirtschaft	173
3. Öffentliche Unternehmungen als Instrumente der Wirtschaftslenkung	176
a) Die Bundesbank	176
b) „Rein fiskalische“ Unternehmungen	178
4. Gemischtwirtschaftliche Unternehmungen	185
III. Subventionen der öffentlichen Hand	194
1. Begriffliches und Grundsätzliches	194
2. Offene Subventionen	199
a) Verlorene Zuschüsse	200
b) Darlehen	202
c) Eingehung bedingter Verpflichtungen	203
3. Verdeckte Subventionen	204
4. Primär- und Endzwecke der Subventionen	206
5. Kapitel: <i>Verfassungsrechtliche Grundprobleme</i>	209
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlicher Unternehmungen	211
II. Kompetenzen des Bundes auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung	214
III. Leistungsverwaltung und Gesetzesvorbehalt	220

6. Kapitel: <i>Rechtsformen der leistenden Verwaltung</i> — I. Teil: <i>Organisationsformen</i>	235
I. Organisationsformen des öffentlichen Rechts	235
1. Einrichtungen ohne Rechtsfähigkeit	235
2. Rechtsfähige Einrichtungen: Körperschaften, Anstalten und Stiftungen	240
3. Sinn der Verselbständigung und nichtqualifizierte unselbständige Anstalt	247
II. Organisationsformen des Privatrechts	253
7. Kapitel: <i>Rechtsformen der leistenden Verwaltung</i> — II. Teil: <i>Handlungsformen des öffentlichen Rechts</i>	264
I. Exkurs ins französische Recht: Service public, öffentlichrechtliche und privatrechtliche Handlungsformen der Verwaltung in Frankreich	265
1. Entwicklung und Bedeutung des Begriffs „service public“	267
a) Ausdehnung des öffentlichen Rechts — Der service public als Kriterium des Verwaltungsrechts	267
b) Reaktion und Wiederausdehnung des Privatrechts	272
2. Der contrat administratif	283
II. Die Anstalt als Handlungsform der Leistungsverwaltung	290
1. Rechtsverhältnisse zwischen Anstalt und Benutzer nach der herrschenden Meinung	293
a) Besonderes Gewaltverhältnis	293
b) Rechte der Benutzer	295
c) Gebühren	300
2. Dogmatische Bewältigung des Anstaltsverhältnisses	305
a) Verbesserung der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis?	305
b) Vertragliche oder vertragsähnliche Deutung des Anstaltsverhältnisses	312
III. Öffentlichrechtliche Handlungsformen außerhalb der Anstalt	327
IV. Anstalt und öffentlichrechtliches Leistungsverhältnis	344
8. Kapitel: <i>Rechtsformen der leistenden Verwaltung</i> — III. Teil: <i>Handlungsformen des Privatrechts</i>	348
I. Öffentliches und privates Recht in der Leistungsverwaltung	348
II. Privatautonomie des Fiskus als Problem	358
III. Ansätze zur Lösung des Fiskusproblems unter Wahrung der strengen Trennung von öffentlichem und privatem Recht	366
1. Entwicklung des Privatrechts	367
2. Drittwirkung der Grundrechte	368

3. Überführung aller Verwaltungstätigkeit ins öffentliche Recht	369
4. Zweistufentheorie	372
IV. Bindung des privatrechtlichen Handelns durch öffentlichrechtliche Normen	377
1. Grundsätzliches	377
2. Technische Möglichkeiten des Einbaus ins Privatrecht	381
3. Normen des öffentlichen Rechts, die im Verwaltungsprivatrecht wirksam werden können	386
4. Bereich des Verwaltungsprivatrechts in den vertraglichen Beziehungen zwischen Verwaltung und Bürger	393
a) Grundsätzliches zur Abgrenzung	393
b) Verwaltungsprivatrechtliche Bindungen der einzelnen Arten fiskalischen Handelns	402
α) Versorgungsunternehmungen	402
β) Öffentliche Unternehmungen der Leistungsverwaltung ohne Versorgungspflichten	405
γ) Öffentliche Unternehmungen der Wirtschaftslenkung und der Erwerbswirtschaft	406
δ) Vergabe öffentlicher Aufträge	407
ε) Subventionen	408
ζ) Umschlagen rein fiskalischen Handelns zur Gruppenbegünstigung	411
V. Verwaltungsprivatrechtliche Bindungen von Eigengesellschaften, gemischtöffentlichen und gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften	414
Schluß	421
Literaturverzeichnis	425
Register	453

Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungen, die bei Hildebert Kirchner, Abkürzungsverzeichnis der Rechtsprache auf der Grundlage der für den Bundesgerichtshof geltenden Abkürzungsregeln, 1957, nachgewiesen sind, sind grundsätzlich nicht aufgeführt. Auch sind solche Abkürzungen weggelassen, deren Auflösung sich ohne Mühe aus dem Literaturverzeichnis entnehmen läßt, wenn unter dem Verfasser des zitierten Aufsatzes nachgesehen wird.

Ann	Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den Preußischen Staaten, herausgegeben von Ernst Ferdinand Klein, Berlin und Stettin 1788 ff.
Anschütz-Thoma	s. Literaturverzeichnis II: Handbuch des Deutschen Staatsrechts
ArchKommW	Archiv für Kommunalwissenschaften
APF	Archiv für das Post- und Fernmeldewesen
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerwBl	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerwGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGH	s. BayVerwGH
Bergius	Sammlung auserlesener teutschen Landesgesetze, welche das Policy- und Cameralwesen zum Gegenstande haben, vier Alphabete, Frankfurt/M. 1781—1783, fortgesetzt von Johann Beckmann in sechs Teilen (= 5.—10. Alphabet). Frankfurt/M. 1783—1788
Bergius-Beckmann	s. Bergius
Bitter Hdwb	s. Literaturverzeichnis II: Handwörterbuch der Preußischen Verwaltung
Bluntschli-Brater CCM	s. Literaturverzeichnis II: Deutsches Staatswörterbuch Corpus Constitutionum Marchicarum, herausgegeben von Christian Otto Mylius, sechs Teile und vier Continuations, Berlin und Halle 1737—1751
CE	Conseil d'État
DÖW	Die öffentliche Wirtschaft
Drucks.	Drucksache
ebd. oder ebda.	ebenda (verweist auf eine schon in der betreffenden oder der ihr unmittelbar vorhergehenden Anmerkung genannte Fundstelle)
Eisenberg- Stengel	Beiträge zur Kenntnis der Justizverfassung und juristischen Literatur in den Preußischen Staaten, herausgegeben von F. P. Eisenberg und C. L. Stengel, sechs Bände, Berlin 1795 bis 1799
EntwVerwRO Württemberg	s. Literaturverzeichnis I: Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg
EntwVerwVerfG	s. Literaturverzeichnis I: Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes

Enz. Lexikon	s. Literaturverzeichnis I: Enzyklopädisches Lexikon
Haller Hadwb	s. Literaturverzeichnis II: Handwörterbuch der Württembergischen Verwaltung
Hdb	Handbuch
Hdb der öff. Wirtschaft	s. Literaturverzeichnis II bei Napp-Zinn
HdbDStR	s. Anschütz-Thoma
Hdwb	Handwörterbuch
HdwbSW	s. Literaturverzeichnis II: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
Hdwb d. Staatsw.	s. Literaturverzeichnis II: Handwörterbuch der Staatswissenschaften
Jahrh.	Jahrbuch oder Jahrbücher
JCP	(Juris-classeur périodique) La semaine juridique
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JuristBl	Juristische Blätter (Österreich)
JuS	Juristische Schulung
Kamptz Jahrbücher	Jahrbücher für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, herausgegeben von Karl Alber von Kamptz, Berlin 1814 ff.
KommHdb	s. Literaturverzeichnis II: Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis
Küchler	Das Verfassungs- und Verwaltungsrecht des Großherzogthums Hessen, auf der Grundlage des Handbuchs der Verwaltungsgesetzgebung im Großh. Hessen von Friedrich Küchler und zugleich als dritte Auflage dieses Handbuchs systematisch bearbeitet von Albrecht Ernst Braun und August Karl Weber, Darmstadt 1894—1896
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben von Lindenmaier, Möhring u. a.
Mylius CCM	s. CCM
Mylius Cont.	s. CCM
Mylius NCC	s. NCC
NCC	Novum corpus constitutionum Prussico-Brandenburgensium praecipue Marchicarum. Fortsetzung von CCM, die in 12 Bänden die Edikte der Jahre 1751 bis 1806 enthält. Im Gegensatz zu CCM nach Jahren, nicht nach Sachgebieten geordnet.
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rhein.Zeitschr. f. Ziv.- und Proz.Recht	Rheinische Zeitschrift für Zivil- und Prozeßrecht
v. Rotteck-Welcker	s. Literaturverzeichnis II: Das Staats-Lexikon
Schuster Postrecht-Entscheidungen	s. Literaturverzeichnis I: Postrecht-Entscheidungen
Stengel-Fleischmann	s. Literaturverzeichnis II: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts
Stölzel-Rechtsprechung	s. Literaturverzeichnis I: Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Entscheidung der Kompetenzkonflikte
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZPF	Zeitschrift für das Post- und Fernmeldewesen

Einleitung

Das öffentliche Recht, so sagt man, regelt das Verhältnis des Staates zu den seiner Gewalt unterworfenen Rechtssubjekten. Die Richtigkeit dieses Satzes ist zwar unbestreitbar, aber trotzdem wird mehr und mehr zweifelhaft, ob er die ganze oder vielleicht nur eine halbe Wahrheit enthält. Die Fragen, die hier auftauchen, sind mannigfach: Ist es richtig und war es überhaupt je in vollem Umfang berechtigt, den Staat zuerst und vor allem als Gewalt, als unwiderstehliche oder gar unbeschränkte Gewalt zu sehen und alle Mühe darauf zu verwenden, diese Staatsgewalt zugunsten des Bürgers zu fesseln? Ist der Staat nicht mehr als eine bedrückende und zum Nachteil des Bürgers mißbrauchte Gewalt? Ist es andererseits richtig, sich für den Staat nur soweit zu interessieren, als die unwiderstehliche Gewalt im Spiele ist, und seine übrige Tätigkeit als akzidentell und vom Standpunkt des Bürgers aus belanglos zu vernachlässigen?

Die neuere Verwaltungsrechtslehre neigt im Gegensatz zu manchen früheren Autoren zu einer verneinenden Antwort. Mindestens seit Forsthoffs Schrift „*Die Verwaltung als Leistungsträger*“ von 1938 sind „*leistende Verwaltung*“ und „*Daseinsvorsorge*“ allgemein als Themen der Verwaltungsrechtswissenschaft anerkannt.

Die Schwierigkeiten, diesen nicht neuen, aber in neuerer Zeit wichtiger als früher gewordenen Erscheinungen der Verwaltungspraxis mit dem überkommenen System unseres öffentlichen Rechts gerecht zu werden, haben sich als bedeutend erwiesen. Unser öffentliches Recht, das sich vorwiegend an der Antithese von Staatsbürger und Staatsgewalt ausrichtet, paßt auf sie nur teilweise. So werden weite Bereiche des nicht befehlenden Staatshandelns herkömmlich dem Privatrecht zugerechnet. Teilweise ist die Zuordnung einer Tätigkeit zum öffentlichen oder zum privaten Recht von historischen oder anderen Zufälligkeiten abhängig, denen eine innere Berechtigung fehlt.

Die damit aufgeworfenen Fragen werden nicht in allen Zweigen der Verwaltung, die man als leistende bezeichnen kann, in gleicher Weise akut. Im Bereich der Fürsorge oder der sozialen Versicherungen bestehen zum Beispiel ziemlich festgefügte gesetzliche Regeln. Der interessantere und problematischere Teil der nicht befehlenden Verwaltung ist derjenige des relativ freien wirtschaftlichen Handelns der öffentlichen Hand, wo sich Formen entwickelt haben, die nur schwer ein-

zuordnen sind. Insbesondere ist an die öffentlichen Unternehmungen und Anstalten, an die offenen und verdeckten Subventionen zu denken. Unter Beschränkung auf sie wird es unsere Aufgabe sein, zu untersuchen, inwieweit schon bei der spezialgesetzlichen Ausgestaltung die Besonderheiten der Leistungsverwaltung berücksichtigt wurden, und mehr noch, welche allgemeinen Grundsätze auf sie anzuwenden sind.

Unser Ziel ist es nicht, einen neuen Begriff der Verwaltung auszubilden. Ein solches Unterfangen wäre nicht nur für eine Untersuchung, die sich auf ein Teilgebiet beschränkt, zu ehrgeizig. Es ist vielmehr auch zu bezweifeln, daß sich ein solcher Begriff, der gleichzeitig eine umfassende und abschließende Definition der Staatsaufgaben geben müßte, überhaupt entwickeln läßt¹. Der Gefahr, daß sich ein angeblich materieller Verwaltungsbegriff sehr schnell — ebenso wie die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht — als formelle Abgrenzung entpuppte, wäre kaum zu begegnen. Wie die Staatsaufgaben mit den sozialen Bedürfnissen wechseln, so muß sich auch der Begriff der Verwaltung verändern.

Ihn ein- für allemal festzulegen, ist darum ein untauglicher Versuch, der notwendig zur Verengung des Blickfeldes und zur Verkennung der Wirklichkeit führen muß. Wir würden so denselben Fehler wiederholen, den Edgar *Loening* in seiner Besprechung von *Otto Mayers* „Theorie des französischen Verwaltungsrechts“ kritisierte, als er von der unausrottbaren Neigung des menschlichen Geistes sprach, die von ihm gebildeten Begriffe als selbständige Wesen zu betrachten, denen auch außerhalb des menschlichen Geistes reale Existenz zukomme².

Im Vordergrund unseres Interesses steht nicht die alte, in der Vergangenheit mit eher zu viel als zu wenig Mühe behandelte Frage, ob und inwieweit öffentliches oder privates Recht angewendet werde oder anzuwenden sei. Sich auf sie zu konzentrieren, wäre vertretbar gewesen, wenn die Entscheidung für das öffentliche oder private Recht zugleich die materiellrechtlichen Probleme lösen könnte. Davon kann nicht die Rede sein: Einerseits haben wir noch kaum hinreichend ausgebildete Formen des öffentlichen Rechts, die auf die Leistungsverwaltung zugeschnitten sind, andererseits ist es nicht, jedenfalls nicht mehr, angängig, sich auf den Satz „*Fiscus jure privato utitur*“ zurückzuziehen. Die Antwort auf die Frage nach der Anwendung öffentlichen

¹ Vgl. dazu Herb. *Krüger*, Staatslehre, S. 759 ff., der es mit Recht für unmöglich erklärt, die Aufgaben des Staates a priori ein- für allemal festzulegen. *Forsthoff*, Lehrbuch I⁹, S. 1 meint, die Verwaltung lasse sich nicht definieren, sondern lediglich umschreiben.

² E. *Loening*, in: *Schmollers Jahrbuch*, NF XI, 1887, S. 121.

oder privaten Rechts stellt uns also, gleichgültig wie sie ausfällt, vor neue und größere Schwierigkeiten.

Die Grundlagen unseres heutigen Verwaltungsrechts wurden in einer Zeit gelegt, als der Staat sich verhältnismäßig weit von wirtschaftlicher Betätigung zurückgezogen hatte. Vielleicht noch wichtiger ist, daß ihr die damals herrschenden Überzeugungen sehr kritisch gegenüberstanden, also die wirtschaftlichen Staatsaufgaben eng umgrenzten. Heute ist dagegen die Vorstellung des „*methodisch einspurigen Polizeistaates*“, d. h. eines Staates, der sich im wesentlichen auf die Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung beschränkte, überwunden, und es scheint manchmal, als ob man zum Verwaltungsstil des 18. Jahrhunderts zurückgekehrt sei³. Daher ist für das Verständnis mancher heutiger Verwaltungspraktiken ein Rückblick in die vorliberale Zeit nützlich. Eine solche historische Betrachtung wird nur derjenige für sinnlos erklären, der in dem Vorurteil befangen ist, die Geschichte des modernen Staates beginne erst mit der französischen Revolution und ihren Folgen in Deutschland und alles, was vorher liege, sei durch den tiefen Einschnitt dieses Ereignisses bedeutungslos geworden. Eine genauere Analyse zeigt jedoch immer wieder, daß die Tradition des deutschen öffentlichen Rechts nie ganz unterbrochen wurde und wir in vielem noch heute auf Grundlagen aufbauen, die im 18. Jahrhundert und früher gelegt wurden⁴.

³ So *Köttgen*, DVBl. 1955, 486.

⁴ Was *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, S. 7 f. für das Staatsrecht von der Rechtskontinuität ausführt, gilt auch für das Verwaltungsrecht.