

# Vom praktischen Wert der Methode

Festschrift

HEINZ MAYER

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

CLEMENS JABLONER

GABRIELE KUCSKO-STADLMAYER

GERHARD MUZAK

BETTINA PERTHOLD-STOITZNER

KARL STÖGER

Sonderdruck



Wien 2011

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Magdalena Pöschl

## Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts

### I. Private Verwalter als Grenzgänger zwischen Staat und Gesellschaft

Der moderne Staat hat zwar die Justiz, nie aber die Verwaltung vollständig monopolisiert – das konstatiert *Herrnritt* im Jahr 1921,<sup>1)</sup> und dieser Befund stimmt bis heute. Während *Herrnritt* die Mitwirkung der „Laien“ an der Verwaltung allerdings noch als wertvolle Errungenschaft lobt, die wie ein frischer Zug in die Staatsverwaltung eindringe,<sup>2)</sup> beobachtet *Adamovich sen* rund 30 Jahre später schon etwas nüchterner, dass der Staat in neuester Zeit „in bedeutendem Umfang“ auch Private zur Führung der öffentlichen Verwaltung heranzieht.<sup>3)</sup> Nach weiteren 20 Jahren beklagt *Rill*, der Staat setze „in immer stärkerem Maße“ Private in der Verwaltung ein, ja er wälze seine Aufgaben gar auf sie ab, und schaffe so eine „graue Zone [. . .], in der Staat und Privatsphäre kaum trennbar erscheinen“.<sup>4)</sup> Zur gleichen Zeit sieht *Schäffer* in dieser „vielzitierten“ Zone bereits allgemein „ein Anzeichen der fortschreitenden Osmose von Staat und Gesellschaft“.<sup>5)</sup> An diesem Eindruck hat sich seither nichts Wesentliches geändert, er hat sich unter dem Einfluss des Unionsrechts sogar noch deutlich verstärkt: So stellt die Lehre stets aufs Neue fest, dass die Mitwirkung Privater an der Verwaltung ständig steige,<sup>6)</sup> ja nun wirklich ein

<sup>1)</sup> *Herrnritt*, Grundlehren des Verwaltungsrechtes (1921) 186.

<sup>2)</sup> *Herrnritt*, Grundlehren (FN 1) 185.

<sup>3)</sup> *Adamovich sen*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts, Band I<sup>5</sup> (1954) 66.

<sup>4)</sup> *Rill*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte. Einleitung, in Wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hrsg) Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ 1974) 5.

<sup>5)</sup> *Schäffer*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private (Beleihung und Inpflichtnahme), in Wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hrsg) Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ / 1974) 58.

<sup>6)</sup> ZB *Koja*, Die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private, in *Rill* (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, in FS Antonioli (1979) 439 (441); *Antonioli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1996) 400; *Kucsko-Stadlmayer*, Entscheidungsanmerkung, ÖZW 2002, 62; *Kneihls*, Privater Befehl und Zwang (2004) 1 f;

nie dagewesenes Maß erreicht habe;<sup>7)</sup> das gilt natürlich auch für den Moment: Private erarbeiten heute technische Normen, an die staatlich erzeugte Regeln anknüpfen; sie regulieren sich durch Codes of Conduct selbst oder übernehmen „freiwillig“ Verpflichtungen, um staatliche Rechtssetzung zu vermeiden. Private erlassen Bescheide; zertifizieren Produkte, die damit am Markt zugelassen sind; attestieren Kraftfahrzeugen Verkehrstauglichkeit und begutachten Anlagen, Dienstleistungen und Geschäftsvorgänge auf ihre Rechtmäßigkeit. Private werden von Behörden ferner bestellt, um andere Private in Verwaltungsverfahren zu beraten, sie dort zu vertreten, ihr Vermögen zu verwalten, ihre Geschäfte zu führen oder sonstige betriebliche Aufgaben für sie zu besorgen. Zunehmend überwachen und kontrollieren Private einander auch, zum Teil als eigens dazu bestellte Aufsichtsorgane, zum Teil nur nebenher, etwa wenn Banken die Zuverlässigkeit ihrer Kunden prüfen und verdächtige Personen behördlich melden. Nicht zuletzt sammeln Private Daten über andere, etwa Telekommunikationsunternehmen, die die Verbindungsdaten ihrer Kunden für sicherheitspolizeiliche Ermittlungen speichern, oder Flugplatzhalter, die Flugpassdaten an das US-Heimatschutzministerium weitergeben.<sup>8)</sup>

Wie es aussieht, empfinden wir die Einbindung Privater in die Verwaltung nur in geringen Dosen als erfrischend; ab einer gewissen Intensität erscheint sie zuerst als Pflichtvergessenheit des Staates und dann geradezu als Bedrohung der Grenze, die wir zwischen Staat und Gesellschaft gezogen wissen wollen. Diese Grenze ist freilich von jeher prekär, und sie zu ziehen ein Problem, das in vielen Gewändern auftritt – als Frage nach der Trennung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, zwischen öffentlichen Interessen und subjektiven Rechten ebenso wie als Frage nach dem Begriff der Verwaltung. Trotz aller Bemühung ist es bis heute nicht gelungen, darauf befriedigende Antworten zu geben. Noch immer werden zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht verschiedene Theorien angeboten, die alle etwas für, aber ebenso viel gegen sich haben.<sup>9)</sup> Auch wie man subjektive Rechte des Bürgers von öffentlichen Interessen des Staates trennen soll, scheidet noch immer die Geister.<sup>10)</sup> Und nach wie vor beginnen Abhandlungen zum Allgemeinen Verwaltungsrecht mit langen Umschreibungen dessen, was „Verwal-

*Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allgemeine Lehren des Verwaltungsrechts (2009) Rz 46.039; s auch die Bemerkung *Hengstschlägers*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL (1995) 166, von der populistischen Chiffre „Privatisierung“ gingen „seit zumindest zwei Jahrzehnten gewisse magische Kräfte aus“.

<sup>7)</sup> Ähnliches gilt übrigens für die Wahrnehmung, die Verwaltung werde immer vielfältiger und bunter – auch das ist seit Jahrzehnten in nahezu jedem Lehrbuch zu lesen, s die Nachweise bei *Merli*, Die Zukunft der Verwaltung (2010) 12 f.

<sup>8)</sup> Zu diesen und weiteren Beispielen mwN *Merli*, Zukunft (FN 7) 38 ff; *Pöschl*, Die Zukunft der Verfassung (2010) 21 ff.

<sup>9)</sup> Vgl exemplarisch *Leisner*, Unterscheidung zwischen privatem und öffentlichem Recht, JZ 2006, 869.

<sup>10)</sup> Vgl mwN *Grabenwarter*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht – Gutachten, 16. ÖJT, Band I/1 (2006) 10 ff; *Pöschl*, Subjektive Rechte und Verwaltungsrecht – Referat, 16. ÖJT, Band I/2 (2008) 9 ff; *Schulev-Steindl*, Subjektive Rechte (2008) 64 ff.

“ sei, um dann doch mit der Feststellung zu enden, dass dieser Begriff nicht eindeutig definiert werden könne.<sup>11)</sup>

So ist auch der Private in der Verwaltung ein notorischer Grenzgänger zwischen den Welten. Ob er diesseits oder jenseits steht, ist nicht bloß eine akademische Frage, sondern für eine Fülle von Rechtsfragen relevant: Wird sein Verhalten dem Staat zugerechnet, so darf er nur aufgrund der Gesetze tätig werden, ist an die Grundrechte gebunden, zu Amtsverschwiegenheit und Auskunft verpflichtet, der Kontrolle der Volksanwaltschaft und des Rechnungshofes unterstellt, ebenso der Aufsicht eines obersten Organes, das für ihn parlamentarisch verantwortlich ist, und für Schäden seiner „Amtsführung“ haftet dann der Staat, um nur einige Rechtsfolgen zu nennen: Was also macht es so schwer, private Verwalter eindeutig dem Staat oder der Gesellschaft zuzuordnen?

## II. Kleine historische Grenzstein-Sammlung<sup>12)</sup>

### A. Besorgung öffentlicher Aufgaben im eigenen Namen

Soweit zu sehen, wird das Phänomen des Privaten in der Verwaltung zum ersten Mal einlässlich bei *Otto Mayer* erörtert: Er notiert, dass der Staat die öffentliche Verwaltung nicht nur durch eigene Organe führt, sondern dafür auch Private einsetzt.<sup>13)</sup> Ihnen *verleiht* der Staat „rechtliche Macht [. . .] über ein Stück öffentlicher Verwaltung“,<sup>14)</sup> das sich entweder in einer öffentlichen Sache verkörpere, deren besonderer Gebrauch dem Privaten gestattet wird, oder in einer öffentlichen Unternehmung, also einer „Tätigkeit, die durch ihren besonderen Zweck gekennzeichnet und abgegrenzt ist“.<sup>15)</sup> Vom öffentlichen Amt unterscheidet sich das öffentliche Unternehmen dadurch, dass der Beliehene die Verwaltung im eigenen Namen und zu eigenem Recht ausübe.<sup>16)</sup> Das wiederum verbinde ihn mit dem Selbstverwaltungskörper – anders als dieser sei der Beliehene aber nicht dazu geschaffen und bestimmt, zu verwalten; das öffentliche Unternehmen sei für ihn vielmehr eine „äußerliche Zutat“, die sein Wesen nicht berührt.<sup>17)</sup> Strikt geschieden wissen will *O. Mayer* die Verleihung

<sup>11)</sup> *ZB Rill*, Zum Verwaltungsbegriff, in *Rill* (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht, in FS Antonioli (1979) 35 ff, insb 56; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1987) 15 ff, insb 23; *Kahl/Weber*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>2</sup> (2008) Rz 1 ff, insb Rz 6.

<sup>12)</sup> Die folgende Grenzstein-Sammlung ist schon aus Platzgründen „klein“ und die Darstellung bewusst holzschnittartig; sie zeichnet nur wesentliche Linien nach. Für mehr Details s zB *Krajcsir*, Staatliche Hoheitsverwaltung durch Private (1999) 33 ff.

<sup>13)</sup> *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I<sup>1</sup> (1924) 112.

<sup>14)</sup> *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II<sup>3</sup> (1924) 95 (im Original in Hervorhebung).

<sup>15)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 242 (im Original mit Hervorhebung).

<sup>16)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 242.

<sup>17)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 242.

öffentlicher Unternehmungen, die sog. „Konzession“, schließlich – ungeachtet des ähnlichen äußeren Anscheins – von der Erteilung einer gewerbepolizeilichen Erlaubnis: Letztere stelle für den Empfänger nur die natürliche Freiheit wieder her; die Verleihung einer öffentlichen Unternehmung hingegen habe ein Stück öffentlicher Verwaltung zum Gegenstand, das „von Haus aus nicht im Machtbereich des Einzelnen, sondern ausschließlich in dem des Gemeinwessens“ liegt.<sup>18)</sup>

Nun ist interessant zu lesen, was für *O. Mayer* „von Haus aus“ Sache des Staates ist, zumal darüber heute größte Unklarheit besteht; in der Tat lag dies auch für *O. Mayer* nur teilweise auf der Hand: Zum Anwendungsgebiet der Verleihung rechnete er zuerst die öffentlichen Verkehrswege – schlicht, weil Straßen und Wege, die dem Gemeingebrauch dienen, öffentliche Sachen,<sup>19)</sup> insofern also im wörtlichen Sinn „Sache des Staates“ sind. Daher sei etwa der Straßenbau ein öffentliches Unternehmen, ebenso der Bau und Betrieb von öffentlichen Schifffahrtskanälen,<sup>20)</sup> öffentlichen Eisen- und Straßenbahnen.<sup>21)</sup> Nicht von vornherein klar war die Zuordnung hingegen schon bei Telegraphenanstalten, die ja nicht mit öffentlichen Sachen verbunden sind und die, wie auch *O. Mayer* feststellt, als öffentliches Geschäft an sich genauso denkbar sind wie als privates. Nachdem das Gesetz dieses Unternehmen aber zum Regal erklärt habe, sei es ebenfalls ein Stück öffentlicher Verwaltung, das ein Privater nur führen könne, wenn es ihm zuvor verliehen worden sei.<sup>22)</sup> Gänzlich relativ war schließlich die Zuordnung der drahtlosen Telegraphie, deren Betrieb das Gesetz nur an eine „Genehmigung“ des Reiches band: Als Verleihung qualifiziert *O. Mayer* diese Genehmigung, wenn eine Telegraphenanlage „öffentlichen Zwecken und dem Dienste der Allgemeinheit gewidmet sein soll“. Verfolge der Unternehmer hingegen einen beschränkten Zweck der Privatwirtschaft, liege eine Polizeierlaubnis vor.<sup>23)</sup> Ob eine Tätigkeit zur öffentlichen Verwaltung gehört, steht damit in Wahrheit auch für *O. Mayer* „von Haus aus“ nur bei öffentlichen Sachen fest. Im Übrigen ist es am Gesetzgeber, diese Frage zu entscheiden; trifft er keine eindeutige Zuordnung, so entscheidet der Zweck, dem eine Tätigkeit dient.

Wird ein Stück öffentlicher Verwaltung in diesem Sinn auf einen Privaten übertragen, liegt nach *O. Mayer* eine Verleihung vor, und zwar auch dann, wenn der Beliehene sein Unternehmen in privatwirtschaftlicher Form führt.<sup>24)</sup> Ob dem Beliehenen dabei auch *Hoheitsbefugnisse* zukommen, scheint keine bedeutende Rolle zu spielen.<sup>25)</sup> Regelmäßig ist er zwar, wie *O. Mayer* eher nebenher feststellt, mit Anstaltspolizei ausgestattet und, soweit Gebühren zu

<sup>18)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 243 (im Original ohne Hervorhebung).

<sup>19)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 245.

<sup>20)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 246.

<sup>21)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 248 f.

<sup>22)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 249 f.

<sup>23)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 250.

<sup>24)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 251 FN 19.

<sup>25)</sup> So wohl auch die Einschätzung von *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 35 FN 36.

erheben sind, auch mit Rechten der Finanzgewalt;<sup>26)</sup> doch dass zwischen Beliehenen und Dritten privatrechtliche Beziehungen überwiegen, liege geradezu „in der Natur der Arten von Unternehmungen, die verliehen zu werden pflegen“.<sup>27)</sup> Das Entscheidende an der Verleihung ist für *O. Mayer* also erkennbar nicht, dass ein Privater Macht über Dritte erhält, sondern dass er das Recht bekommt, eine Tätigkeit auszuüben, die eigentlich dem Staat vorbehalten ist.

Freilich hält der Beliehene dabei nach wie vor ein „Stück staatlicher Verwaltung“ in Händen, die zu führen er verpflichtet ist. Das tut sich für *O. Mayer* in der *Aufsicht* kund, die der Staat<sup>28)</sup> dem öffentlichen Unternehmer gegenüber übt:<sup>29)</sup> Sie ist ein „Seitenstück der ‚Dienstaufsicht‘“,<sup>30)</sup> flankiert von Strafen, Ersatzvornahmen und dem Verwirkungsausspruch, der dem Beliehenen droht, wenn er das Unternehmen überhaupt nicht ins Werk setzt – all dies ein „Seitenstück“ der Dienststrafgewalt.<sup>31)</sup>

*O. Mayer* legt damit im Wesentlichen drei Grenzsteine, um Öffentliches und Privates voneinander zu scheiden: Maßgeblich ist für die Grenzziehung primär, ob die Aufgabe, die ein Privater im eigenen Namen besorgt, eigentlich dem Staat vorbehalten ist. Folge und zugleich Erkennungsmerkmal einer solchen öffentlichen Aufgabe ist sodann, dass der Staat ihre pflichtgemäße Erledigung beaufsichtigt und sich damit Einfluss auf sie behält. Nur von minderer Bedeutung, aber im Ansatz doch relevant sind drittens die Mittel, mit denen eine Aufgabe erledigt wird: Wenn auch nicht notwendigerweise, so werden öffentliche Aufgaben doch regelmäßig nicht nur in den Formen des Privatrechts, sondern am Rande auch mit hoheitlichen Mitteln erledigt. Diese drei Kriterien – die „Öffentlichkeit“ einer Aufgabe, der staatliche Einfluss auf ihre Erledigung und die Mittel, die zur Aufgabenerfüllung eingesetzt werden – bestimmen bis heute, ob das Handeln eines Privaten dem Staat oder der Gesellschaft zugeordnet wird; nach *O. Mayer* wurden diese Grenzkriterien allerdings laufend neu gewichtet und arrangiert.

## B. Pflichterfüllung unter staatlicher Aufsicht

Erkennbar an *O. Mayer* angelehnt, versteht auch *Walter Jellinek* den Beliehenen Unternehmer als eine Person, die „kraft staatlicher Übertragung öffentliche Verwaltung im eigenen Namen führt, ohne daß diese Verwaltungstätigkeit zu ihren notwendigen Zwecken gehört“ – Letzteres unterscheidet den Beliehenen vom Selbstverwaltungsträger; die Verwaltungsführung im eigenen Namen grenze ihn vom Beamten ab,<sup>32)</sup> und von der polizeilichen Erlaubnis trenne die Verleihung, dass der Staat sich bei ihr „eines an sich ihm vorbehal-

<sup>26)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 263 f.

<sup>27)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 264.

<sup>28)</sup> Genauer: die verleihende Körperschaft.

<sup>29)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht I (FN 13) 113.

<sup>30)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 257.

<sup>31)</sup> *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II (FN 14) 260.

<sup>32)</sup> *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (1931 mit Nachtrag 1934) 526 (im Original in Hervorhebung).

tenen Betätigungsrechtes begibt.“<sup>33</sup>) So weit ist alles wie bei *O. Mayer*. Anders als bei ihm ist für *W. Jellinek* das Entscheidende an einer Beleihung nun aber nicht mehr, dass dem Staat eine Aufgabe „von Haus aus“ vorbehalten ist, sondern dass der Staat sich auf eine Sache „eine positive Einwirkung“ vorbehält: „Es darf [dem Staat] nicht gleichgültig sein, ob der Beliehene von der Verleihung Gebrauch macht oder untätig bleibt, er muß den Beliehenen zum Tätigwerden anhalten können.“<sup>34</sup>)

Neu gewichtet *W. Jellinek* auch die Ausstattung des öffentlichen Unternehmers mit Hoheitsmacht. Das kündigt sich bereits bei den Beispielen an, die er für Beliehene anführt: Zwar nennt *W. Jellinek* hier auch die bei *O. Mayer* prominent besprochenen Eisenbahn-, Straßenbahn-, Omnibus- und Dampfschiffahrtsgesellschaften, sowie zudem Leichenbestattungsgesellschaften und andere „nützliche Leute“ wie Hundefänger. Noch vor diese „Konzessionäre eines ‚service public‘“ stellt *W. Jellinek* aber Personen, deren Tätigkeit, anders als der Ausdruck „Unternehmer“ suggeriert, nicht vordringlich erwerbswirtschaftlichen Zwecken dient, sondern die vor allem in der Ausübung von Hoheitsmacht besteht: deutsche Kolonialgesellschaften, denen die Ausübung von Hoheitsrechten in den deutschen „Schutzgebieten“ übertragen war; Reeder, die ein kriegsführender Staat ermächtigt, Jagd auf feindliche Kauffahrteischiffe zu machen; aber auch Grundeigentümer, die in Zeiten des Lehnsstaates mit der Gerichtsbarkeit beliehen waren.<sup>35</sup>) In der Folge räumt *W. Jellinek* Hoheitsbefugnissen auch explizit einen bedeutenden Stellenwert ein: Sie sind es, die eine Konzession „zweifelsfrei über die Sphäre des rein Privatrechtlichen erhebt.“<sup>36</sup>) Konstitutiv sind Hoheitsrechte für die Verleihung aber nach wie vor nicht: Denn selbst wenn es einem Konzessionär einmal an Hoheitsmacht fehlen sollte, „würde doch der Umstand, daß die Aufsichtsbehörde den Unternehmer durch Verwaltungszwang nötigen kann, den Betrieb ordnungsmäßig aufrechtzuerhalten, beweisen, daß die [K]onzession mit einer Polizeierlaubnis nicht auf gleicher Stufe steht.“<sup>37</sup>)

Im Ergebnis tauschen damit alle drei Grenzsteine, die *O. Mayer* in die Diskussion eingebracht hat, ihren Platz: Der Einfluss, den sich der Staat auf ein öffentliches Unternehmen durch Aufsichtsrechte vorbehält, ist nicht mehr bloß Folge oder Erkennungsmerkmal, sondern notwendige und hinreichende Bedingung der Verleihung: Sie liegt vor, wenn der Staat durch organisatorische Maßnahmen sicherstellen kann, dass der Beliehene die ihm übertragene Aufgabe wirklich erledigt und dass er dies in ordnungsgemäßer Weise tut. Dass dem Beliehenen zur Erfüllung seiner Aufgaben Hoheitsrechte übertragen werden, ist für *W. Jellinek* zwar keine notwendige Voraussetzung, aber doch hinreichender Beweis für die Verleihung; so erhält ein Kriterium, das bei *O. Mayer* noch randständig war, deutlich mehr Gewicht. Im Gegenzug verliert *O.*

<sup>33</sup>) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht (FN 32) 527.

<sup>34</sup>) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht (FN 32) 527.

<sup>35</sup>) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht (FN 32) 526.

<sup>36</sup>) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht (FN 32) 527.

<sup>37</sup>) *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht (FN 32) 529.

*Mayers* wichtigstes Abgrenzungsmerkmal – die Frage, ob eine Aufgabe dem Staat „von Haus aus“ vorbehalten ist – bei *W. Jellinek* sichtlich an Bedeutung.

### C. Hoheitliche Befugnisse

Noch einmal anders arrangiert werden die drei genannten Kriterien bei *Vogel*: Er verwirft die von ihm als herrschend empfundene „Aufgabentheorie“, nach der dem Staat gewisse Aufgaben ursprünglich vorbehalten sind.<sup>38</sup>) Das einzige Recht, das dem Staat exklusiv zukommt, sei die Macht, Rechtsverhältnisse des öffentlichen und des privaten Rechts einseitig zu gestalten. Nur diese Hoheitsmacht könne er Privaten folglich „verleihen.“<sup>39</sup>) Beliehen in diesem Sinn seien etwa bestätigte Jagdaufseher, Schiffskapitäne und Dampfkesselüberwachungsvereine.<sup>40</sup>) Keine Beleihung liege hingegen vor, wenn der Staat Privaten durch eine Wirtschaftskonzession zB erlaubt, eine Eisenbahn oder ein Dampfschiff zu betreiben. Dass diese Tätigkeiten intensiv reguliert und mit Pflichten für den Unternehmer verbunden sind, ändere daran nichts; ebenso wenig, dass im Rahmen dieser wirtschaftlichen Tätigkeiten auch hoheitliche Befugnisse vorkommen können, wie etwa die Bahnpolizei: Beliehen sei in einem solchen Fall nur die Person, die diese polizeilichen Befugnisse selbst ausüben soll, nicht hingegen der Eisenbahnunternehmer; gerade so, wie Grundherr und Reeder nicht zu Beliehenen werden, nur weil der Jagdaufseher bzw Schiffskapitän gewisse Hoheitsrechte hat.<sup>41</sup>)

*Vogel* reduziert die Beleihung also auf Fälle, in denen Privaten Hoheitsmacht übertragen wird. Konstellationen, in denen Private ein Unternehmen unter intensiver Pflichtbindung und staatlicher Aufsicht führen, will *Vogel* gleichwohl weiterhin von der bloßen Polizeierlaubnis unterschieden wissen: Ein solches Aufsichtsverhältnis widme das Unternehmen nämlich einem öffentlichen Zweck und mache es damit, der öffentlichen Sache vergleichbar, zu einer „öffentlichen Wirtschaftseinheit.“<sup>42</sup>) *Brohm* übernimmt sodann *Vogels* hoheitsbezogenen Beleihungsbegriff, bezieht in die Hoheitsmacht aber zum einen auch schlicht-hoheitliche Maßnahmen ein. Zum anderen verwendet er den Begriff der Beleihung nur für das „Außenverhältnis“ zwischen Beliehem und Bürger, von dem er das Verhältnis des Beliehenen zum Staat unterscheidet.<sup>43</sup>) Dieses zweite Verhältnis bezeichnet *Brohm*, ohne wirtschaftliche Einkleidung, allgemein als „Inpflichtnahme“, wenn ein Privater im öffentlichen Interesse einer behördlichen Aufsicht und Bindungen untersteht, die –

<sup>38</sup>) *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand (1959) 77 ff.

<sup>39</sup>) *Vogel*, Wirtschaftseinheiten (FN 38) 80 f.

<sup>40</sup>) *Vogel*, Wirtschaftseinheiten (FN 38) 82 f.

<sup>41</sup>) *Vogel*, Wirtschaftseinheiten (FN 38) 86.

<sup>42</sup>) *Vogel*, Wirtschaftseinheiten (FN 38) 94 f, 211 ff, 227 ff, 231.

<sup>43</sup>) *Brohm*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung (1969) 179 ff, 205 f, 215.

etwa durch Betriebs- und Kontrahierungspflichten – über die polizeiliche Gefahrenabwehr hinausgehen.<sup>44)</sup>

Die Hoheitsmacht, die bei *O. Mayer* noch kaum bedeutend war und erst bei *W. Jellinek* weiter hervortrat, wird bei *Vogel* und *Brohm* also zum einzigen Kriterium, das Öffentliches eindeutig von Privatem abgrenzt. Die beiden anderen, bis dahin verwendeten Grenzkriterien – öffentliche Aufgabe (prioritär bei *O. Mayer*) und staatliche Aufsicht (prioritär bei *W. Jellinek*) – rücken unterdessen in den Hintergrund, ohne deshalb aber ganz zu verschwinden: Sie markieren einen echten Graubereich, in dem Private mangels Hoheitsbefugnis zwar nicht vom Staat beliehen, seinen Zwecken aber doch zu Diensten und deshalb auch staatlich beaufsichtigt sind.

Dieses Begriffsverständnis hat sich mit gewissen Abweichungen letztlich<sup>45)</sup> auch in Österreich durchgesetzt: Beliehen und daher ein Staatsorgan im funktionellen Sinn ist ein Privater nach heute herrschender Ansicht, wenn ihm Hoheitsbefugnisse bzw (an *Brohm* erinnernd) Hoheitsaufgaben übertragen sind;<sup>46)</sup> dass der Beliehene diese Hoheitsbefugnisse im eigenen Namen ausüben muss, wird nur mehr gelegentlich erwähnt;<sup>47)</sup> ebenso, dass er verpflichtet

<sup>44)</sup> *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung (FN 43) 207. Konstellationen, in denen dem Privaten dabei kein wesentlicher Spielraum für eigenverantwortliche Disposition verbleibt, nennt *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung (FN 43) 208, „Indienstnahme“.

<sup>45)</sup> S aber noch einerseits *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 160, der ausdrücklich der Begriffsbildung *W. Jellineks* folgt; andererseits *Adamovich sen*, Handbuch (FN 3) 66 ff, der sich in der Sache an *O. Mayer* anlehnt, den Begriff der Beleihung allerdings auf Private beschränkt, die Aufgaben im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung besorgen, während er Private, die an der Hoheitsverwaltung mitwirken, als eine „Art mittelbarer Staatsverwaltung“ auffasst.

<sup>46)</sup> *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 71; *Rill*, Verwaltungsbegriff (FN 11) 51, 55 f; *Koja*, Erfüllung (FN 6) 442; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 18, 399 ff; *Holoubek*, Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Konsequenzen der Ausgliederung, Privatisierung und Beleihung, ÖZW 2000, 33 (34); *Korinek*, Staatsrechtliche Bedingungen und Grenzen der Ausgliederung und Beleihung, ÖZW 2000, 46; *Kahl/Weber*, Verwaltungsrecht (FN 11) Rz 280; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht (FN 6) Rz 46.040; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht (2009) Rz 822, 826; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht<sup>3</sup> (2009) Rz 115, 117. Von „Hoheitsaufgaben“ spricht der OGH zB in SZ 54/19, 68/191.

<sup>47)</sup> ZB bei *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 71; *Koja*, Erfüllung (FN 6) 442; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 401. Dass dieses Kriterium an Bedeutung verloren hat, sieht man auch an der Einstufung öffentlicher Aufsichtsorgane (Jagdaufseher, Feldhüter, Forstschutzorgane etc) durch die Literatur. Nach der Judikatur werden diese Aufsichtsorgane mit ihrer behördlichen Bestätigung und Beeidigung für die Behörde tätig (VfSlg 3847/1960, VwSlg 12.433 A/1987), also gerade nicht im eigenen Namen. Dennoch sieht die Lehre sie fast einhellig als (beliehene) Private an (zB *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben [FN 5] 62 f; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht [FN 6] 402 ff; *Raschauer*, Verwaltungsrecht [FN 46] Rz 114; anders noch *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II [FN 14] 163 ff, der Jagdaufseher als „öffentliche Beamte mit zivilrechtlicher Dienstpflicht“ auffasst). Diese Einstufung dürfte damit zusammenhängen, dass die erwähnten Aufsichtsorgane idR nicht der Behörde, sondern einem Privaten (der Jagdaufseher zB dem Jagdausübungsberechtigten) gegenüber weisungsgebunden sind und dass sie von diesem auch bezahlt werden, s näher *Funk*, Beeidete Jagdauf-

sein muss, die ihm übertragenen Befugnisse wahrzunehmen.<sup>48)</sup> Jenseits der Beleihung beginnt für viele Autoren noch nicht die Sphäre des Privaten, sondern die Zone der „Inpflicht-“ bzw „Indienstnahme“;<sup>49)</sup> in der Private, ohne mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet zu sein, Hilfsfunktionen bei der Besorgung öffentlicher Aufgaben erfüllen;<sup>50)</sup> dass Private zu dieser Mitwirkung verpflichtet sind, sehen manche als begriffswesentlich an,<sup>51)</sup> andere beziehen hier auch die freiwillige Erfüllung öffentlicher Aufgaben ein.<sup>52)</sup> Sowohl für diese „Verwaltungshelfer“ als auch für Beliehene wird ein Mindestmaß an staatlicher Ingerenz als typisch<sup>53)</sup> und auch als verfassungsrechtlich geboten angesehen.<sup>54)</sup>

### III. Ewige Probleme der Grenzziehung

#### A. Unklarheit und Manipulierbarkeit der Abgrenzungskriterien

Lässt man diesen historischen Abriss Revue passieren, so scheint sich unter den drei Grenzkriterien – öffentliche Aufgabe, staatliche Ingerenz und Hoheitsmacht – die Hoheitsmacht Schritt für Schritt als das am besten geeignete

sichtsorgane – eine Erscheinungsform dezentralisierter Verwaltung, JBl 1972, 455 (460). *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 131 f, sieht das Problem, plädiert aber weiterhin für die Einreihung in Beliehene, weil die genannten Organe zur selbstständigen Willensentscheidung ermächtigt seien; darauf, also auf das Handeln in eigener Entscheidungskompetenz, nicht auf das Handeln in eigenem Namen komme es an.

<sup>48)</sup> Begriffswesentlich bei *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 71; *Koja*, Erfüllung (FN 6) 442; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 401.

<sup>49)</sup> Gegen beide Begriffe aber *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 55 f, 119; *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 121.

<sup>50)</sup> Bei *Koja*, Erfüllung (FN 6) 442, 453, und *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 405, ist die Inpflichtnahme auf die Hoheitsverwaltung beschränkt. Bei *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 65 ff, und *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (FN 11) 328, erfasst sie auch Hilfsfunktionen in der Privatwirtschaftsverwaltung. *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht (FN 6) Rz 46.044 f, sprechen im Bereich der Hoheitsverwaltung von „Indienstnahme“ und erfassen Hilfsfunktionen in der Privatwirtschaftsverwaltung daneben als eigene Kategorie. *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 118 ff, unterscheidet jenseits der Beleihung den „Erfüllungsgehilfen“, der nur unselbstständige Teilkakte zu einem behördlichen Hoheitsakt setzt, von der „Verwaltungsassistenz“, bei der Private ermächtigt sind, aufgrund eigenen Willensentchlusses schlicht-hoheitlich zu handeln. Abweichend von der öffentlich-rechtlichen Lehre verwendet der OGH die Begriffe der Beleihung und Inpflichtnahme: Danach sind dem Privaten in beiden Fällen hoheitliche Aufgaben übertragen; an dieser Übertragung hat aber nur der Beliehene ein eigenes Interesse: SZ 68/220.

<sup>51)</sup> *Koja*, Erfüllung (FN 6) 453; *Antoniolli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 405.

<sup>52)</sup> *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Staatsrecht (FN 6) Rz 46.044, für die „Inpflichtnahme“ ein Unterfall der „Indienstnahme“ ist.

<sup>53)</sup> Für die Beleihung s zB *Funk*, Der verfahrensfreie Verwaltungsakt (1975) 161 ff, und *Rill*, Verwaltungsbegriff (FN 11) 55.

<sup>54)</sup> Für Beleihung und Inpflichtnahme zB *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 72 ff; *Koja*, Erfüllung (FN 6) 439, 458 ff.

te Abgrenzungskriterium etabliert zu haben: Für *O. Mayer* nur eine Nebenerscheinung der Verleihung, wird sie bei *W. Jellinek* schon zu ihrer hinreichenden Bedingung, um von *Vogel* schließlich zum einzigen Recht geadelt zu werden, das – da dem Staat allein vorbehalten – Gegenstand einer Verleihung sein kann.

In der Zwischenzeit ist man sich zwar auch in Österreich einig, dass ein Privater, der mit Hoheitsmacht beliehen ist, ein Staatsorgan im funktionellen Sinn ist.<sup>55)</sup> Sieht man näher hin, so endet hier der Konsens aber auch schon, denn was man sich unter „Hoheitsmacht“ vorzustellen hat, ist uns erstaunlicherweise alles andere als klar. Die Unsicherheiten beginnen in Wahrheit, sobald der Gesetzgeber eine Befugnis nicht ausdrücklich als „hoheitlich“ bezeichnet, dh sobald er Private ermächtigt, einen Akt zu setzen, den er weder als Verordnung noch als Bescheid noch als Befehls- und Zwangsgewalt ausweist.<sup>56)</sup> Entsprechend unterschiedlich werden Befugnisse jenseits dieser typisierten Formen der Hoheitsmacht dann auch in Lehre und Rechtsprechung eingestuft. Das beginnt bei der Befugnis eines Vereins, Normen als „ÖNORMEN“ zu bezeichnen,<sup>57)</sup> setzt sich fort bei der Befugnis von Eisenbahnunternehmen, Tarife und Beförderungsbedingungen festzusetzen,<sup>58)</sup> und geht weiter bei Personen, die wie Notare oder Ziviltechniker befugt sind, öffentliche Urkunden auszustellen.<sup>59)</sup> Strittig ist ferner, ob die wiederkehrende Prüfung von

<sup>55)</sup> Vgl die Nachweise in FN 46.

<sup>56)</sup> Keine Unsicherheit besteht dementsprechend etwa bei der Nationalbank – das Lehrbuchbeispiel eines Beliehenen –, weil das DevisenG sie mit Bescheid- und Verordnungs Kompetenzen ausstattet; ebenso wenig bei Organen der öffentlichen Aufsicht wie Jagdaufsehern, Forstschutzorganen etc, weil diese zu Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt sind; da Letztere nicht im eigenen Namen handeln, könnte allerdings fraglich sein, ob sie überhaupt Private sind, s oben FN 47.

<sup>57)</sup> Hoheitlichkeit bejahend *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 62; verneinend zB *Koja*, Erfüllung (FN 6) 452 f; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (FN 11) 357; *Thienel*, Verweisungen auf ÖNORMEN (1990) 14 f (insb FN 7); *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 126; differenzierend *Holoubek*, ÖZW 2000, 35 FN 12.

<sup>58)</sup> Hoheitlichkeit wohl bejahend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 63 FN 199; heteronome Rechtssetzung bejahend, eine Verordnung aber verneinend *Muzak*, Rechtsfragen der Personenbeförderung nach dem Eisenbahnbeförderungsgesetz, ZVR 1997, 219 (222). Ähnliche Fragen, wenngleich noch komplizierter, stellten sich beim Programmengelt des ORF, s *Mayer*, Das Programmengelt des Österreichischen Rundfunks, ÖJZ 1975, 477.

<sup>59)</sup> Hoheitlichkeit bejahend zB *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 64 f; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (FN 11) 356; *Antonioli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 404; verneinend (bezogen auf Zivilingenieure) *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 123; ebenso aus amtschaftsrechtlicher Sicht *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 401, sowie SZ 63/129. Dabei ist zu beachten, dass die Befugnisse der Ziviltechniker durch das ZTG 1993 stark eingeschränkt wurden; für die Rechtslage davor nehmen *Funk/Marx*, Ziviltechnikerurkunden im Verwaltungsverfahren, ÖJZ 2002, 532, eine Quasi-Beleihung an. Differenzierend für nationales und Gemeinschaftsrecht *Mayer*, Hoheitliche Tätigkeiten der Ziviltechniker im Lichte des Gemeinschaftsrechts, eolcx 2008, 96.

Kraftfahrzeugen nach dem KFG,<sup>60)</sup> die Kesselprüfung nach dem KesselG,<sup>61)</sup> die Abschlussprüfung nach dem BWG<sup>62)</sup> und die Zertifizierung<sup>63)</sup> durch Private ein Hoheitsakt ist, ebenso wie die vielen Gutachten, die zB im Umweltrecht von Privaten verlangt werden.<sup>64)</sup> Unterschiedlich beurteilt wird auch die Hoheitlichkeit der Befugnisse öffentlicher Verwalter,<sup>65)</sup> mit statistischen Erhebungen betrauter Personen,<sup>66)</sup> nach der StVO zur Verkehrsregelung berufener Privater,<sup>67)</sup> der Bewährungshelfer<sup>68)</sup> und der nach dem Unterbringungs-<sup>69)</sup> und HeimaufenthaltsG<sup>70)</sup> zu Freiheitsbeschränkungen ermächtigten Ärzte bzw Pfleger.

<sup>60)</sup> Bejahend SZ 54/19; *Adamovich/Funk*, Verwaltungsrecht (FN 11) 356; *Antonioli/Koja*, Verwaltungsrecht (FN 6) 404 f; *Kucsko-Stadlmayer*, ÖZW 2002, 63; verneinend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 167; *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 124, die freilich beide zur Kenntnis nehmen, dass § 57b KFG seit der Novelle BGBl I 1997/103 für diese Fälle ausdrücklich eine Amtshaftung vorsieht.

<sup>61)</sup> Bejahend SZ 74/55; verneinend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 169 f; *Kucsko-Stadlmayer*, ÖZW 2002, 62; *Raschauer*, Bankaufsicht, Amtshaftung und Beihilfenverbot, ÖJZ 2005, 1 (8); *ders*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 124.

<sup>62)</sup> Bejahend SZ 2003/28, 2006/15; verneinend *Raschauer*, ÖJZ 2005, 8 f; *ders*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 124; differenzierend *Rebhahn*, Amtshaftung für „Bankprüfer“ – Wohltat oder Irrweg? ÖBA 2004, 267 (268 ff).

<sup>63)</sup> MwN zum Meinungsstand *Holoubek*, Akkreditierung und Zertifizierung, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg) Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band 2<sup>2</sup> (2007) 503 (516 ff).

<sup>64)</sup> Die Hoheitlichkeit der Überprüfung durch befugte Sachverständige nach § 134 WRG, § 13 Abs 1 EG-K oder § 82b Abs 2 GewO verneinend zB *Raschauer*, Verwaltungsrecht (FN 46) Rz 123; anders für die spezifischen Begutachtungsbefugnisse der Ziviltechniker nach der Wiener Bauordnung *Funk/Kettenbach*, Ziviltechniker als Quasi-Beliehene, ZfV 1997, 569; Hoheitlichkeit auch hier verneinend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 171 ff.

<sup>65)</sup> Hoheitlichkeit bejahend *Adamovich sen*, Handbuch (FN 3) 67; Organeigenschaft bejahend VfSlg 2163/1951, 2438/1952; Hoheitlichkeit verneinend *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 66; *Koja*, Erfüllung (FN 6) 453; *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1998) Rz 116, im Hinblick auf die „bloß beschränkten hoheitlichen Teilfunktionen“ dieser Privaten.

<sup>66)</sup> Befugt, selbst Hoheitsakte zu setzen, nach *Funk*, Verwaltungsakt (FN 53) 163 ff; bloße Inpflichtnahme nach *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 66.

<sup>67)</sup> Beliehenenqualität bejahend *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 63; wohl auch *Rill*, Verwaltungsbegriff (FN 11) 56 FN 102; differenzierend *Funk*, Verwaltungsakt (FN 53) 148 f FN 109; *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 200 ff; die Hoheitlichkeit von Schülerlotsen verneinend *Mayer-Maly*, Schulwegsicherung als Haftungsproblem, ZVR 1972, 261 (262), gestützt auf die von *Walter*, Verfassungsrechtliche Probleme um den Schülerlotsen, ZVR 1972, 257 ff, geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken, die im Falle der Organqualität bestünden.

<sup>68)</sup> S zum Meinungsstand mwN und seine frühere Meinung revidierend *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz (AHG)<sup>3</sup> (2003) § 1 Rz 37.

<sup>69)</sup> MwN *Kopetzki*, Unterbringungsrecht, Band I (1995) 173 ff.

<sup>70)</sup> *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht (2008) 51, bejaht die Hoheitlichkeit gestützt auf das Erkenntnis VfSlg 16.929/2003, das vergleichbare Bestimmungen des Vorarlberger PflegeheimG als Beleihung qualifiziert. *Kneiths*, Privater Befehl (FN 6) 368 f, nimmt nichthoheitlichen, also privaten Befehl und Zwang an. *Herdega*, Die Kostentragung von ärztlichen Anordnungen bei Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufent-

Diese Unklarheiten sind freilich nicht auf Private beschränkt. Auch wenn in den Staatsapparat eingegliederte Organe nicht eindeutig in typisierten Hoheitsformen tätig werden, sind wir leicht zu verunsichern:<sup>71)</sup> Ist eine Observation, das Anklopfen an eine Tür, eine ministerielle Warnung, eine Auskunft, das Aufhängen eines Kreuzes im Klassenzimmer ein Hoheitsakt, und wenn ja: warum? Bei Staatsorganen im organisatorischen Sinn neigen wir dazu, solche Akte als hoheitlich zu qualifizieren, weil bzw wenn wir darin einen Grundrechtseingriff sehen;<sup>72)</sup> nur so ist ja gewährleistet, dass der Eingriff angemessen bekämpft werden kann. Bei Privaten hilft eine solche Argumentation aber nicht weiter; denn nach herrschender Lehre wird der Private ja erst durch die Beleihung zum Staatsorgan, und nach ebenfalls herrschender Lehre ist er nur aufgrund dieser Organqualität unmittelbar an die Grundrechte gebunden; erst diese Grundrechtsbindung erlaubt es wiederum, den Akt als Eingriff zu verstehen, der dann die Hoheitlichkeit aus Rechtsschutzgründen nahelegt. Ob Befugnisse eines Privaten „hoheitlich“ sind, lässt sich mithilfe der Grundrechte also nicht feststellen: Man ginge nur im Kreis und käme am Ende doch nicht vom Fleck. Fast gewinnt man dabei den Eindruck, als wäre der Ausdruck „hoheitlich“ nur ein anderes Wort für „staatlich“, und in der Tat war dies ja letztlich auch *Vogels* Argument: Das Einzige, was den Staat vom Privaten unterscheidet, ist seine Hoheitsmacht, und das heißt – solange man nicht weiß, was Hoheitsmacht ist – im Klartext: Was den Staat vom Privaten unterscheidet, ist dass er der Staat ist. Dieser Satz ist sicher richtig; er hilft nur nicht weiter.

So kann nicht verwundern, dass Lehre und Judikatur die Beleihung zwar abstrakt als Übertragung von Hoheitsmacht definieren, für die Frage, ob im konkreten Einzelfall eine Beleihung vorliegt, dann aber hilfsweise doch andere Kriterien heranziehen, namentlich jene, die seit *O. Mayer* in Verwendung stehen: Erfüllt der Private eine öffentliche Aufgabe?<sup>73)</sup> Und kann der Staat auf

haltsgesetz, RdM 2010, 75 (77), deutet die ärztliche Anordnung einer Freiheitsentziehung überhaupt nicht als Zwang, sondern als Ermächtigung an die Heimleitung.

<sup>71)</sup> Wobei der Akt unmittelbarer verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt erfahrungsgemäß die größten Schwierigkeiten bereitet, s dazu *Mayer*, Die „Normativität“ faktischer Amtshandlungen, in FS Walter (1991) 463. Auch die Qualifikation eines Verwaltungsakts als Verordnung kann aber alles andere als einfach sein, s *Mayer*, Die Verordnung (1977) 21 ff.

<sup>72)</sup> S bereits *Mayer*, Staatliche Warnungen vor „Sekten“ und Rechtsschutz aus verfassungsrechtlicher Sicht, in *Mayer* (Hrsg) Staat und „Sekten“ – Staatliche Information und Rechtsschutz (2001) 19 (27), für die Warnung, deren Eingriffsqualität er zutreffend bejaht; Hoheitlichkeit nimmt hier aus amtshaftungsrechtlicher Sicht auch der OGH an: SZ 72/5; s auch VfSlg 18.747/2009. Einen Eingriff bejaht hat der Jubilar ferner beim Schulkreuz: *Mayer*, Das Schulkreuz und die Grundrechte, JRP 1995, 222 (224 ff); ebenso wohl EGMR 18.3.2011, Lautsi ua, Appl 30814/06, nach dem ein Schulkreuz allerdings nicht konventionswidrig ist; einen Eingriff verneinend hingegen VfGH 9.3.2011, G 287/09.

<sup>73)</sup> Für die Frage, ob eine Beleihung vorliegt, ist die „inhaltliche Qualifikation“ der übertragenen Aufgabe zB für *Holoubek*, ÖZW 2000, 37, relevant. Nach *Rebhahn*, Staatshaftung (FN 59) 404 f, ist bei der Amtshaftung auch zu bedenken, ob die fragliche Tätigkeit des Privaten zu den typisch staatlichen Aufgaben zählt; s ferner *Funk*, Verwaltungsakt (FN 53) 162 f, der für die Qualifikation der Befugnisse von Schiffs-

die Tätigkeit des Privaten Einfluss nehmen, etwa, indem er ihn bestellt, seine Tätigkeit beaufsichtigt oder ihn abberuft?<sup>74)</sup> Auch diese Kriterien haben allerdings ihre Tücken. Ob ein Privater eine öffentliche Aufgabe erfüllt, ist für sich schon eine mehrdeutige Frage, die sich nur an den Rändern eindeutig beantworten lässt: Nicht in Betracht kommen hier wohl einerseits Angelegenheiten, deren Besorgung die Verfassung Privaten vorbehält bzw die sie als dem Privatrecht im traditionellen Sinn zugehörig voraussetzt;<sup>75)</sup> sicher in Betracht kommen andererseits die sog Kernaufgaben, die der Staat von Verfassung wegen selbst erledigen muss:<sup>76)</sup> Deshalb erfüllen zB Eltern unstrittig keine öffentliche Aufgabe, wenn sie ihre Kinder erziehen (Art 2 1. ZPEMRK),<sup>77)</sup> wohl aber Lehrer, die diese Kinder an öffentlichen Schulen unterrichten (Art 14 Abs 6 und 6a B-VG).<sup>78)</sup> An diesen äußersten Enden des Privaten und des Öffentlichen besteht allerdings kaum Streit; er beginnt erst im breiten Feld an Aufgaben, die zwischen diesen Eckpunkten liegen und die der Staat dem Privaten nicht übertragen muss, wohl aber darf. Ob sie „öffentlich“ sind, ist letztlich eine Wertungsfrage; überlässt man ihre Entscheidung, was mangels verfassungsrechtlicher Vorgaben naheliegt, dem einfachen Gesetzgeber, so gewinnt man ein beliebig einsetzbares Argument: Denn wenn der Gesetzgeber einem Privaten eine Aufgabe überträgt, die der Staat bisher selbst erledigt hat (wie das derzeit etwa bei Begutachtungen der Fall ist), dann könnte man wohl annehmen, er übertrage eine ihm vorbehaltene, also öffentliche Aufgabe;<sup>79)</sup>

und Luftfahrzeugführern als hoheitlich auch auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben abstellt; das geschieht auch in der Judikatur, s zB SZ 69/188, 74/55.

<sup>74)</sup> Vgl zB *Funk*, Verwaltungsakt (FN 53) 161 ff, nach dem das Fehlen organisatorischer Verbindungen zwischen Aktator und Staat ein Indiz gegen eine Beleihung ist; darauf gestützt nimmt *Rill*, Verwaltungsbegriff (FN 11) 55, an, dass das Bestehen einer besonderen organisatorischen Verbindung zu einer Gebietskörperschaft eine Beleihung indiziert; ihm zustimmend *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 72; s ferner *Rebhahn*, Staatshaftung (FN 59) 403 f, nach dem für die Amtshaftung auch zu berücksichtigen ist, wie stark der Private organisatorisch in den Staat eingebunden ist; s auch VfSlg 2163/1951, 2438/1952, wo der öffentliche Verwalter ua deshalb als Organ eingestuft wird, weil er von der Behörde bestellt, abzurufen und ihren Weisungen unterstellt ist.

<sup>75)</sup> S zu diesen Angelegenheiten schon *Walter*, ZVR 1972, 258; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht (FN 69) 183; *Kneihs*, Privater Befehl (FN 6) mwN.

<sup>76)</sup> Zu diesen mwN *Rill*, Staatliche „Kernaufgaben“ – Notwendigkeit oder Fiktion? und *Raschauer*, Staatliche Kernaufgaben – Notwendigkeit oder Fiktion, beide in Österreichische Juristenkommission (Hrsg) Entstaatlichung – Gefahr für den Rechtsstaat? (2002) 99 ff, 107 ff; *Kucsko-Stadlmayer*, Grenzen der Ausgliederung, 15. ÖJT, Band I/1 (2003) 78. Dass auch die Frage, was eine Kernaufgabe ist, letztlich nur dezisiv zu beantworten ist, betont *Korinek*, ÖZW 2000, 50 f. Dass selbst hier punktuell private Tätigkeiten nachweisbar sind, zeigt *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 63 f.

<sup>77)</sup> Näher *Kneihs*, Privater Befehl (FN 6) 209 ff, insb 217.

<sup>78)</sup> Zum Schulwesen als Staatsaufgabe s schon *Mayer*, Schule und Verfassung, RdS 1985, 1 (2).

<sup>79)</sup> Vgl zB die erste Argumentationslinie des OGH in SZ 74/55, der Bund habe durch das KesselG die „grundsätzlich ihm zustehenden behördlichen Befugnisse“ (nämlich die Prüfung, ob die Sicherheitsbestimmungen des KesselG eingehalten sind) auf private Kesselprüfstellen übertragen. Ähnlich VfGH 15.12.2010, G 277/09 ua,

ebenso gut könnte man aber auch sagen, die Übertragung zeige gerade, dass der Staat sich diese Aufgabe nicht mehr vorbehält.<sup>80)</sup> Nicht minder manipulativ ist es, die Organschaft eines Privaten davon abhängig zu machen, ob ihm „zumindest unterstützende Mitwirkung bei Besorgung der hoheitlichen Aufgaben“ zukommt;<sup>81)</sup> nachdem dafür nicht jeder, auch noch so entfernte Beitrag genügen kann, ist dann eben offen, wie groß der Beitrag zu dieser Aufgabenbesorgung sein muss.<sup>82)</sup> Zweideutig bleibt die „Öffentlichkeit“ einer Aufgabe auch, wenn man sie danach bemisst, ob sie öffentlichen Zwecken bzw der Allgemeinheit dient;<sup>83)</sup> lassen sich öffentliche Zwecke doch problemlos in individuelle und individuelle Zwecke ohne Weiteres in öffentliche wenden.<sup>84)</sup> Auch dass einem Privaten „eine in das öffentliche Recht fallende Aufgabe übertragen“ ist,<sup>85)</sup> kann ihn für sich wohl noch nicht zum Staatsorgan machen, sind doch die Pflichten, die der Staat dem Bürger auferlegt, unendlich weit und vielfältig; wollte man sie alle als Indiz für eine Organschaft des Privaten anerkennen, müsste man die Trennung zwischen Staat und Gesellschaft letztlich aufgeben, weil dann jeder Private in irgendeiner Hinsicht immer auch ein

wonach § 15 Abs 2 SeeschiffahrtsG den zuständigen Bundesminister verpflichtet, „eine an sich von ihm zu besorgende Aufgabe“ (nämlich die sodann als hoheitlich eingestufte Ausstellung von Befähigungsausweisen zur selbstständigen Führung von Jachten) an zwei Vereine zu übertragen.

<sup>80)</sup> Vgl das Gegenargument zum Argument des OGH in FN 79, der Gesetzgeber habe mit der Übertragung der Kesselprüfung auf Private gerade eine sparsamere Verwaltung schaffen wollen; der OGH ließ diesen Einwand in SZ 74/55 nicht gelten: Die rechtliche Stellung der Kesselprüfer ergebe sich „nicht aus den Vorstellungen der Gesetzesverfasser, sondern aus deren mittels Gesetzes übertragenen Befugnissen“; die Hoheitlichkeit dieser gutachterlichen Befugnisse war aber gerade fraglich, zumal der OGH sie zuvor in vergleichbaren Fällen verneint hatte, s *Kucsko-Stadlmayer*, ÖZW 2002, 63.

<sup>81)</sup> So die zweite Argumentationslinie des OGH in SZ 74/55, zugleich ständige Rechtsprechung zum AHG, s zB SZ 69/132, 72/5, 2003/28.

<sup>82)</sup> Kritisch zu dieser Formel wegen ihrer Vagheit schon *Rebhahn*, Staatshaftung (FN 59) 402; *Kucsko-Stadlmayer*, ÖZW 2002, 62; das sieht offenbar auch der OGH selbst, vgl SZ 72/5: „Das Erfordernis der Prüfung des Sachzusammenhangs von Realakten mit einer an sich in hoheitlichen Rechtsformen zu vollziehenden Verwaltungsmaterie [...] birgt [...] den Nachteil nicht vorhersehbarer Auslegungsergebnisse in sich“.

<sup>83)</sup> So die hilfswise Argumentation bei *O. Mayer* (FN 23), die nach wie vor gebräuchlich ist, vgl zB SZ 69/188, wonach eine Tätigkeit „einen hinreichend engen [...] Zusammenhang mit hoheitlichen Aufgaben aufweist“, wenn sie „zum überwiegenden Teil dem Schutz der Allgemeinheit und damit öffentlichen Interessen dient“; s auch VfSlg 2438/1952, wonach die Organeigenschaft des öffentlichen Verwalters ua daraus folgt, dass seine Bestellung nur zulässig ist, wenn wichtige öffentliche Interessen an der Weiterführung eines Unternehmens bestehen.

<sup>84)</sup> Das ist aus der Diskussion um die Frage bekannt, ob ein Interesse öffentlich oder ein subjektives Recht ist, vgl mit Beispielen aus der Judikatur *Pöschl*, Wirtschaftliche Interessen und subjektive Rechte, in FS Wimmer (2008) 495 (501 ff). S exemplarisch auch *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 69.

<sup>85)</sup> VfSlg 5710/1968 betreffend einen Tierarzt, dessen Bewilligung zur Durchführung diagnostischer Impfungen im Rahmen der staatlich geförderten Rindertuberkulosebekämpfung widerrufen wurde; der VfGH sah darin den „Widerruf einer amtlichen Bestellung“, der die Erwerbsfreiheit nicht berühre.

Staatsorgan wäre.<sup>86)</sup> Vermeiden ließe sich das nur, indem man inmitten der uferlosen Vielfalt an öffentlich-rechtlichen Pflichten irgendwo eine Bresche schlägt;<sup>87)</sup> das Problem ist nur: Diese Bresche könnte dann ebenso gut auch anderswo verlaufen.

Flexibel einsetzbar ist schließlich auch das Kriterium der öffentlichen Aufsicht bzw *staatlichen Ingerenz*, die bisweilen als Indiz der Beileihung angesehen wird.<sup>88)</sup> Instrumente und Intensität einer solchen Ingerenz bilden jedoch ein Kontinuum, das bei massiven Einfluss- und Eingriffsrechten beginnt, wie wir sie von Wirtschaftskonzessionen kennen und wie sie wohl auch noch *O. Mayer* und *W. Jellinek* vor Augen hatten: So kann der Staat die Tätigkeit des Privaten laufend überwachen und steuern, indem er sich über sie intensiv berichten lässt, schon bei kleineren Fehlleistungen korrigierend eingreift und vor allem, indem er die Sache bei Untätigkeit des Privaten im Wege der Ersatzvornahme an sich zieht. Er kann diese Berichtspflichten aber auch lockern, Korrekturen auf gravierende Fehlleistungen beschränken, Ersatzvornahmen nur vorübergehend und bei lang anhaltender Untätigkeit einsetzen,<sup>89)</sup> ebenso wie er die Aufsicht über den Privaten auch ihrerseits einem Privaten übertragen kann.<sup>90)</sup> Oft beschränkt der Staat seinen Einfluss sogar von vornherein auf die Bestellung und Abberufung des Privaten, wobei auch hier verschiedenste Intensitätsstufen denkbar sind: Der Staat kann den Privaten im Einzelfall selbst bestellen,<sup>91)</sup> er kann ihn zu einer Tätigkeit aber auch generell durch individuellen Verwaltungsakt<sup>92)</sup> oder überhaupt gesetzlich<sup>93)</sup> zulassen; schließlich ist es auch möglich, dass der Staat die Bestellung von vornherein einem anderen

<sup>86)</sup> Das ist zwar ein rechtstheoretisch mögliches Verständnis (vgl nur *Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht [1927] 291, für den ein Staatsorgan im weitesten Sinn jeder „Realisator der Rechtsordnung“ ist; s auch *Kelsen*, Reine Rechtslehre<sup>2</sup> [1960] 267), aber eben kein Verständnis, das geeignet ist, Staat und Gesellschaft abzugrenzen.

<sup>87)</sup> Das tut etwa *Schäffer*, Verwaltungsaufgaben (FN 5) 68, wenn er die Inpflichtnahme – explizit, um eine uferlose Ausdehnung dieses Begriffs zu vermeiden – auf Leistungspflichten beschränkt, die nicht (unmittelbar) in Geld bestehen und die (anders als zB Meldepflichten) nicht bloß den normalen Gang der Verwaltung sichern.

<sup>88)</sup> S oben FN 74.

<sup>89)</sup> Vgl zB für Rauchfangkehrer § 122 Abs 2 und § 124 GewO.

<sup>90)</sup> ZB Regierungskommissäre nach § 70 Abs 2 Z 2 BWG, Aufsichtsorgane nach § 49 AWG, § 61 ForstG oder § 120 WRG.

<sup>91)</sup> ZB öffentliche Verwalter (VfSlg 2163/1951, 2438/1952), Regierungskommissäre nach § 70 Abs 2 Z 2 BWG, Aufsichtsorgane nach § 49 AWG oder § 120 WRG, wobei die Bestellung auch durch Werkvertrag erfolgen kann, s etwa für das Aufsichtsorgan nach § 120 WRG: VfSlg 14279 A/1995.

<sup>92)</sup> ZB Ermächtigung des Landeshauptmannes zur Durchführung von Kfz-Prüfungen nach § 57 Abs 4 KFG; „Verleihung“ von Ziviltechnikerbefugnissen und Vereidigung nach §§ 12 f ZiviltechnikerG; Zulassung eines Beratenden Ingenieurs zum Gewerbe nach § 94 Z 69, § 134 und § 340 GewO.

<sup>93)</sup> Vgl zB § 5 HeimaufenthaltsG, der Ärzte und Pfleger zu freiheitsbeschränkenden Maßnahmen ermächtigt.

Privaten überlässt und sich nur ihre Bestätigung und die Beeidigung<sup>94)</sup> oder die Genehmigung der Bestellung<sup>95)</sup> vorbehält oder sich sogar damit begnügt, dass ihm die Bestellung angezeigt wird.<sup>96)</sup> Nicht zuletzt kann auch die Abberufung von mehr oder weniger gravierenden Fehlleistungen des Privaten abhängig gemacht, aber auch ohne Bindung an bestimmte Gründe gestattet sein.<sup>97)</sup> In diesem Kontinuum von massivem staatlichem Einfluss bis hin zur gerade noch erkennbaren Ingerenz drängt sich kein Punkt als Zäsur zwischen Öffentlichem und Privatem notwendig auf. So gibt es, wie bei Hoheitsmacht und öffentlicher Aufgabe, auch hier an den Rändern kaum Streit, im Feld dazwischen aber breiten Spielraum.

### B. Das Henne-und-Ei-Problem

Die Zuordnung des privaten Verwalters zu Staat oder Gesellschaft bleibt also ein Problem: Lehre und Judikatur haben die Hoheitsmacht zwar zum Schlüsselkriterium erklärt, seine Bedeutung ist aber letztlich diffus; und das hilfsweise verwendete Kriterium der öffentlichen Aufgabe ist so manipulativ wie jenes der staatlichen Ingerenz flexibel einsetzbar. Was die Grenzziehung noch zusätzlich erschwert, ist dass diese drei Kriterien nicht nur für sich unklar sind, sondern durch verfassungsrechtliche Verknüpfungen auch noch wechselseitig aufeinander verweisen. So leiten VfGH und Lehre aus den Bestimmungen des B-VG über den Aufbau der staatlichen Verwaltung ab, dass einem Privaten Hoheitsmacht nur dann verliehen werden darf, wenn er dabei dem Leitungs-, insbesondere Weisungsrecht eines obersten Organs unterstellt bleibt.<sup>98)</sup> Das gilt jedenfalls, wenn der Private zur Setzung der vertypten Hoheitsakte Verordnung, Bescheid und Akt unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigt wird; ähnliche, wenngleich wohl tendenziell mildere Bindungen werden in der Lehre aber auch für die Übertragung anderer hoheitlicher Befugnisse erwogen.<sup>99)</sup> Eben diese staatliche Ingerenz, die die verfassungsrechtlich gebotene Folge der Übertragung von Hoheitsbefugnissen ist, wird aber nicht selten hilfsweise herangezogen, um zu erkennen, ob überhaupt

<sup>94)</sup> So idR bei Organen der öffentlichen Aufsicht, die die Judikatur als Hilfsorgane der bestätigenden und beeidigenden Behörde auffasst und deren Verhalten sie daher auch dieser Behörde zurechnet: VfSlg 3847/1960, VwSlg 12.433 A/1987.

<sup>95)</sup> Das gilt zB für den gewerberechtigten Geschäftsführer bei Zuverlässigkeitsgewerben (§ 95 Abs 2 GewO), den der Gewerbetreibende unter bestimmten Voraussetzungen bestellen muss (§ 39 Abs 1 GewO).

<sup>96)</sup> Das gilt zB für Bankprüfer nach § 63 BWG, für viele betriebliche Beauftragte und für den gewerberechtigten Geschäftsführer bei nicht in § 95 Abs 1 GewO genannten Gewerben (§ 39 Abs 1 und 4 GewO).

<sup>97)</sup> Für eine Abberufung ohne Bindung an bestimmte Gründe s zB VfSlg 5710/1968; für die Abberufung eines Straßenaufsichtsorgans wegen mangelnder Vertrauenswürdigkeit zB VfSlg 17.427/2004.

<sup>98)</sup> VfSlg 14.473/1996, 16.400/2001, 17.341/2004; *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT I/1 (2003) 80 ff; *Baumgartner*, Ausgliederung und öffentlicher Dienst (2006) 83 ff, 252 ff; *Lachmayer*, Ausgliederungen und Beleihungen im Spannungsfeld der Verfassung, JBl 2007, 750, alle mwN.

<sup>99)</sup> MwN *Kucsko-Stadlmayer*, 15. ÖJT I/1 (2003) 77 f.

eine Beleihung mit Hoheitsbefugnissen vorliegt;<sup>100)</sup> und gelegentlich wird die Hoheitsmacht auch gerade mit dem Argument verneint, dass das Gesetz wegen der fehlenden Ingerenz andernfalls verfassungswidrig wäre.<sup>101)</sup> Ein ähnlicher Kreisverkehr entsteht, nur in die Gegenrichtung, wenn gesagt wird, der Staat könne bloß für Personen haften, deren Verhalten er in einem Mindestmaß beeinflussen kann.<sup>102)</sup> Diese Position leuchtet ein, verleitet aber dazu,<sup>103)</sup> die staatliche Ingerenz nicht zur verfassungsrechtlich gebotenen Folge einer Übertragung von Hoheitsbefugnissen zu machen, sondern zu ihrer Voraussetzung: Nur wenn sich der Staat den Einfluss auf die Tätigkeit eines Privaten sichert, kann dieser als beliehen und daher als „Organ“ iSd AHG angesehen werden.<sup>104)</sup> Für zusätzliche Verwirrung kann jederzeit der Materiegesetzgeber sorgen, wenn er die Tätigkeit gewisser Privater ausdrücklich dem AHG unterstellt; das ist zB für die Freiheitsbeschränkungen geschehen, die anzuordnen Ärzte und Pfleger nach dem HeimaufenthaltsG ermächtigt sind.<sup>105)</sup> Den Materialien zufolge sollte diese Anordnung der Klarstellung dienen,<sup>106)</sup> und doch löst sie Ratlosigkeit aus: Ist nicht einmal klar, dass die Befugnis, die Freiheit eines anderen zu beschränken, hoheitlich ist? Und wenn es nun klargestellt ist, warum hat der Gesetzgeber Ärzte und Pfleger dann nicht der Weisungsbefugnis eines obersten Organs unterstellt?<sup>107)</sup> Löst vielleicht gerade das Fehlen dieser Ingerenz erst den Klarstellungsbedarf aus? Sind Ärzte und Pfleger deshalb womöglich gar nicht als beliehen anzusehen?<sup>108)</sup> Wer hier lange fragt, geht weit irr.

<sup>100)</sup> Oben FN 74.

<sup>101)</sup> ZB *Kneihls*, Privater Befehl (FN 6) 367 ff, zu den Freiheitsbeschränkungen, die Ärzten und Pflegern nach dem HeimaufenthaltsG gestattet sind.

<sup>102)</sup> ZB *Funk*, Verwaltungsakt (FN 53) 161 f, nach dem die organisatorische Verbindung des Privaten zum Staat das Äquivalent für die Haftung ist; s auch *Kneihls*, Privater Befehl (FN 6) 38 FN 84, 368 FN 852, nach dem die Weisungsbindung Folge der Staatshaftung ist.

<sup>103)</sup> Sei es auch nur in verfassungskonformer Interpretation: zu Recht kritisch *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 72 f.

<sup>104)</sup> Tatsächlich wird ja in der Literatur auch für die Amtshaftung eine gewisse organisatorische Ingerenz verlangt, s oben FN 74.

<sup>105)</sup> Vgl den erst im Ausschuss (AB 378 BlgNR 22. GP) eingefügten § 24 Abs 1 HeimaufenthaltsG, wonach der Bund „nach Maßgabe des Amtshaftungsgesetzes“ für den Schaden am Vermögen oder an der Person haftet, den ein Bediensteter oder Beauftragter einer Einrichtung in Vollziehung des HeimaufenthaltsG durch ein rechtswidriges Verhalten wem immer schuldhaft zugefügt hat.

<sup>106)</sup> AB 378 BlgNR 22. GP 2.

<sup>107)</sup> Das kritisieren als verfassungswidrig zB *Strickmann*, Heimaufenthaltsrecht (FN 70) 54 ff; *Klaushofer*, Heimaufenthaltsgesetz (HeimAufG): ein erster Überblick, ZfV 2004, 590 (591).

<sup>108)</sup> Das nimmt *Kneihls*, Privater Befehl (FN 6) 369, zur Vermeidung eines verfassungswidrigen (FN 107) Ergebnisses an.

### C. Dreiecksbeziehungen

Zu den beschriebenen Schwierigkeiten kommt noch als weitere hinzu, dass der private Verwalter nicht nur im übertragenen Sinn zwischen Staat und Gesellschaft steht, weil oft nicht eindeutig ist, wohin er gehört. Er steht als privater Verwalter auch im wörtlichen Sinn zwischen der Verwaltung und dem „Verwalteten“: Zu beiden hat er eine Beziehung, und oft tritt zu ihr noch eine eigene Beziehung zwischen dem Staat und dem Verwalteten hinzu.<sup>109)</sup> Dreiecksbeziehungen sind bekanntlich kompliziert. So begründet, um beim vorhin erwähnten Beispiel zu bleiben, der „verwaltete“ Heimbewohner zur Heimleitung durch den Betreuungsvertrag zunächst eine privatrechtliche Beziehung, zu der aufgrund der Befugnisse von Ärzten und Pflegern eine öffentlich-rechtliche Verbindung tritt. Ärzte und Pfleger haben ihrerseits zum Staat nur eine entfernte Beziehung: Sie erhalten ihre Befugnisse nicht durch einen individuellen Behördenakt, sondern direkt durch das HeimaufenthaltsG, das an ihre Qualifikation als Ärzte und Pfleger anknüpft,<sup>110)</sup> die immerhin durch geeignete Urkunden nachzuweisen ist.<sup>111)</sup> Überschreiten Ärzte ihre Befugnisse, so kann das für sie allerdings neben dienstrechtlichen auch disziplinarische Konsequenzen haben<sup>112)</sup> und bei Pflegern in extremen Fällen zu einer Entziehung der Berufsberechtigung führen.<sup>113)</sup> Ihr Fehlverhalten kann außerdem nach dem AHG eine schadenersatzrechtliche Beziehung zwischen dem „verwalteten“ Heimbewohner und dem Staat begründen. Zudem kann sich der Heimbewohner – übrigens unter Beistand eines von einem Verein zu bestellenden „Bewohnervertreeters“<sup>114)</sup> – über Beschränkungen seiner Freiheit vor den Zivilgerichten beschweren.<sup>115)</sup> So ist der „Private in der Verwaltung“ in eine Vielzahl von Beziehungen eingebunden, die für sich jeweils ganz verschieden zu beurteilen sein können: Auch das macht dieses Phänomen so komplex.

### D. Drei nationale Höchstgerichte und Europa

An diesem mehrdimensionalen Spiel mit drei unklaren Grenzkriterien, die wechselseitig aufeinander verweisen, beteiligen sich – was die Sache noch weiter kompliziert – alle drei Höchstgerichte, teils aus verschiedener, teils aus

<sup>109)</sup> Auf dieses Beziehungsdreieck von Verwaltendem, Verwaltetem und Verwaltung hat *Merli* in einem im Wintersemester 2009/2010 abgehaltenen Seminar zum Privaten im Verwaltungsrecht hingewiesen; s. darauf aufbauend die aus diesem Seminar hervorgegangene Arbeit von *Neger*, Die verwaltende Mitwirkung „Privater“ am UVP-Verfahren, RdU 2010, 151 (154); und zuvor schon die Rechtsverhältnisanalyse im Bereich der Mautpflicht bei *Merli*, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg.) Public Private Partnership (2003) 59 (77 ff).

<sup>110)</sup> § 5 HeimaufenthaltsG.

<sup>111)</sup> § 4, § 27 Abs 2 und § 37 Abs 3 ÄrzteG, §§ 28 ff Gesundheits- und Krankenpflegegesetz (GuKG).

<sup>112)</sup> § 136 iVm § 139 ÄrzteG.

<sup>113)</sup> § 40 iVm § 27 GuKG.

<sup>114)</sup> § 8 HeimaufenthaltsG.

<sup>115)</sup> § 11 HeimaufenthaltsG.

gleicher Perspektive: Schon wegen der unterschiedlichen Rechtswege haben VfGH, VwGH und OGH zu entscheiden, ob das Handeln eines Privaten ein typisierter Hoheitsakt, ein sonstiges hoheitliches oder ein Handeln ohne Hoheitsbefugnisse ist. Ebenso können alle drei Höchstgerichte als Haupt- oder doch als Vorfrage zu prüfen haben, ob der Private nur aufgrund der Gesetze tätig werden darf, ob er unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist, ob er dem privaten oder dem öffentlichen Bereich des DSG unterfällt, ob er nach Art 20 Abs 3 B-VG zur Amtsverschwiegenheit und nach Art 20 Abs 4 B-VG zur Auskunft verpflichtet ist. Der OGH entscheidet, ob der Staat für das Verhalten eines Privaten nach AHG haftet; der VfGH, ob der Staat sich die verfassungsrechtlich gebotene Ingerenz über das Verhalten des Privaten behalten hat; ob ein oberstes Organ dem Parlament für den Privaten verantwortlich ist (Art 52 B-VG), und ob der Private der Kontrolle des Rechnungshofes (Art 126b B-VG) und der Volksanwaltschaft (Art 148a B-VG) unterliegt etc. Stehen unionsrechtliche Rechtsfolgen in Frage,<sup>116)</sup> kommt zu diesen drei Höchstgerichten als weiteres Organ noch der EuGH hinzu. Diese Mehrzahl an Grenzorganen bei gleichzeitiger Vielfalt an anzuwendenden Normen kann Parallelwelten entstehen lassen, die eine mögliche und vielleicht sinnvolle Abstimmung der Begriffe aufeinander erschwert.<sup>117)</sup>

## IV. Problemlösungsstrategien<sup>118)</sup>

### A. Vom Nutzen des Allgemeinen Verwaltungsrechts

Eine Zwischenbilanz: Der Staat setzt zur Besorgung von Verwaltungsaufgaben Private ein; ob ihr Handeln dem Staat zuzurechnen ist, lässt sich aus einer Reihe von Gründen schwer beantworten. Diese Zurechnung ist erstens mit dem Umstand konfrontiert, dass private Verwalter in vielfältigen Beziehungen zur Verwaltung ebenso wie zum Verwalteten stehen, zu denen oft noch weitere Verbindungen zwischen Verwaltung und Verwaltetem treten. Über dieses komplizierte Beziehungsgeflecht haben zweitens VfGH, VwGH, OGH und EuGH parallel, teils unter gleicher, teils unter verschiedener Perspektive zu befinden. Drittens scheinen für die Frage, ob privat geführte Verwaltung dem Staat zuzurechnen ist, nur Kriterien zur Verfügung zu stehen, die unklar und manipulativ sind und die zum Teil sogar wechselseitig aufeinander verweisen.

<sup>116)</sup> S. die Beispiele bei *Merli*, Zukunft (FN 7) 41 f; sowie konkret für Art 45 EGV (Art 51 AEUV) *Mayer*, *ecolx* 2008, 96.

<sup>117)</sup> Das erklärt einen Teil, aber nicht alle oben III.A beispielhaft angeführten Divergenzen bei der Beurteilung, ob einem Privaten Hoheitsbefugnisse übertragen sind.

<sup>118)</sup> Die folgenden Überlegungen gehen, mehr als in Belegen zum Ausdruck gebracht werden kann, auf viele Gespräche mit *Franz Merli* und *Ewald Wiederin* zurück; ich danke beiden dafür, und auch für die kritische Lektüre dieses Textes.

Man möchte meinen, dass eine derart komplexe Situation ein ideales Einsatzgebiet für das Allgemeine Verwaltungsrecht wäre. Schließlich besteht die Aufgabe dieser Disziplin doch gerade darin, in der Vielfalt Ordnung zu schaffen, Komplexität zu reduzieren und zu abstrahieren, um Orientierung zu geben und den Weg durch das Dickicht des Verwaltungsrechts zu weisen.<sup>119)</sup> Die Kriterien, die das Allgemeine Verwaltungsrecht hier zur Verfügung stellt, scheinen diese Funktion aber nicht zu erfüllen: Sie sind derart abstrakt, dass sie nahezu inhaltsleer sind, und statt dem Rechtsanwender den Weg zu weisen, lassen sie ihn im wörtlichen Sinn im Kreis gehen. Kommt das Allgemeine Verwaltungsrecht bei der Frage, wo die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft verläuft, womöglich selbst an seine Grenzen? ME ist das Gegenteil der Fall: Das Allgemeine Verwaltungsrecht ist gerade hier besonders gefordert und kann, richtig eingesetzt, von hohem Nutzen sein.

## B. Die Komplexität zur Kenntnis nehmen

Seine Aufgabe, Komplexität zu reduzieren, kann das Allgemeine Verwaltungsrecht allerdings nur erfüllen, wenn es die vorhandene Komplexität zuvor auch wirklich zur Kenntnis nimmt. Das gilt hier in zweifacher Hinsicht: Zum einen sind Einsatzgebiete und Erscheinungsformen privater Verwalter so vielfältig wie die Verwaltung selbst – es gibt kaum eine Materie, in der Private nicht in die Besorgung von Verwaltungsaufgaben eingebunden sind, und kaum eine Funktion, die Private hier nicht erfüllen: Sie tragen zur Rechtssetzung ebenso bei wie zum Rechtsvollzug und zur Kontrolle,<sup>120)</sup> und die Gründe, aus denen sie eingesetzt werden, sind so mannigfaltig wie die Probleme, die dadurch entstehen.

Vielfältig und komplex sind zum anderen die Konsequenzen, die mit einer Zuordnung des Privaten zum Staat verbunden sind: Die Rechtsordnung erlegt Privaten diesfalls besondere Pflichten auf, räumt ihnen Rechte ein, knüpft an diese Zuordnung auch Folgen für die Kompetenzen staatlicher Organe und für die Rechte anderer Privater und legt im Konfliktfall verschiedene Rechtswege fest. Alle diese Rechtsnormen haben eine je eigene Funktion, zum Teil sind sie auch übernationaler Provenienz<sup>121)</sup> und liegen schon deshalb quer zu – möglicherweise – aufeinander abgestimmten Zielsetzungen genuin innerstaatlicher Normen. Das legt nahe, dass die Grenze zwischen Staat und Gesellschaft nach all diesen Vorschriften nicht völlig gleich verläuft.<sup>122)</sup> So kann auch nicht verwundern, dass der Versuch, Staat und Gesellschaft in jedem Kontext nach demselben Kriterium abzugrenzen, letztlich in die Tautologie mündet, dass staatlich ist, was staatlich ist: Der Staat ist eben keine ein für

allemal feststehende „Wesenheit“, die es zu erkennen gälte, ebenso wenig wie es nur den *einen* Begriff der Verwaltung gibt.<sup>123)</sup>

## C. Ordnen heißt: Die richtigen Fragen stellen

Auch wenn sich das Allgemeine Verwaltungsrecht vor falschen Generalisierungen hüten muss, besteht seine Aufgabe doch darin, Komplexität zu reduzieren. Das kann nur gelingen, wenn die Vielfalt des Rechtsstoffes einmal geordnet wird – das setzt eine Auswahl repräsentativer Fallkonstellationen und Ordnungskriterien voraus, und dies wiederum, dass man die richtigen Fragen stellt.<sup>124)</sup>

So wird es sinnvoll sein, Referenzfälle danach auszuwählen, welche – sonst vom Staat erledigte – Tätigkeiten Private hier supplieren. Zu fragen ist ferner, warum Private für diese Tätigkeiten eingesetzt werden, dh was sie besser können als der Staat, zum anderen aber auch, was verloren geht, wenn sie diese Tätigkeiten verrichten.<sup>125)</sup> Gewinne und Verluste können dabei auf dem Konto des Verwalteten ebenso eintreten wie auf dem der Verwaltung, und beide Positionen sind mit Blick auf jene Normen zu verzeichnen, die für den Staat spezifische Schutz-, Kontroll- und Sicherheitsmechanismen schaffen und die ja auch dazu zwingen Farbe zu bekennen, dh das Handeln des Privaten entweder dem Staat oder der Gesellschaft zuzurechnen.

Das wiederum erfordert Klarheit darüber, welche Funktionen diese Mechanismen im Einzelnen erfüllen: So kann sich mit Blick auf die Grundrechte herausstellen, dass durch den Einsatz privater Verwalter Machtverhältnisse zwischen Privaten entstehen, was typischerweise, aber nicht immer und auch nicht nur der Fall ist, wenn ein Privater die Rechtslage eines anderen einseitig gestalten kann. Mit Blick auf die Amtshaftung wäre weiter zu fragen, ob die Tätigkeit des privaten Verwalters Schäden anrichten kann, die sich aus seinem Kapital kaum decken lassen bzw ob er umgekehrt für eine ordnungsgemäße Aufgabenbesorgung Schutz vor einer ruinösen Haftung benötigt. Aus der Sicht der Amtsverschwiegenheit wäre zu prüfen, ob der private Verwalter durch seine Tätigkeit Zugang zu Informationen erhält, deren Geheimhaltung im öffentlichen und (oder auch nur) im Interesse des Verwalteten geboten ist. Mit Blick auf die Leitungsbefugnisse oberster Organe und die parlamentarische Kontrolle kann sich zeigen, dass bei einer Aufgabenbesorgung durch Private öffentliche Interessen nicht voll realisiert werden, dass sich Missstände einschleichen, die – weil sich die Verwalteten darüber nicht beschweren – nicht oder erst zu spät aufgedeckt werden etc.

Soweit bei einer solchen Analyse Verluste zu verzeichnen sind, ist schließlich auch zu fragen, ob es rechtstechnisch funktionale Äquivalente gibt, die diese Verluste ausgleichen<sup>126)</sup> und ob der Gesetzgeber diese Äquivalente im konkreten Fall eingesetzt hat: Steuert er etwa einem Missbrauch privater

<sup>119)</sup> Zu dieser Aufgabe statt vieler *Wiederin*, Allgemeines Verwaltungsrecht: Auf der Suche nach dem Sinn, in FS Raschauer (2008) 281 (293 ff); *Merli*, Zukunft (FN 7) 43 f.

<sup>120)</sup> S mit zahlreichen Beispielen *Merli*, Zukunft (FN 7) 38 ff.

<sup>121)</sup> Vgl *Merli*, Zukunft (FN 7) 41; *Mayer*, *ecolx* 2008, 97.

<sup>122)</sup> S schon *Holoubek*, ÖZW 2000, 35; *Merli*, Zukunft (FN 7) 46.

<sup>123)</sup> S auch dazu schon *Merli*, Zukunft (FN 7) 46.

<sup>124)</sup> *Wiederin*, Verwaltungsrecht (FN 119) 298 ff; *Merli*, Zukunft (FN 7) 47 f.

<sup>125)</sup> S schon *Merli*, Zukunft (FN 7) 50.

<sup>126)</sup> *Merli*, Zukunft (FN 7) 50 f; *Wiederin*, Verwaltungsrecht (FN 119) 300 FN 87.

Machtverhältnisse durch einen Kontrahierungszwang des privaten Verwalters entgegen, oder genügen hier vielleicht schon die (ohnedies laufend weiter ausgebauten<sup>127)</sup>) Diskriminierungsverbote Privater untereinander?) Verschafft der Gesetzgeber dem Verwalteten im Schadensfall einen ausreichenden Haftungsfonds, indem er den privaten Verwalter zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zwingt?<sup>128)</sup> Ist die Auswahl des privaten Verwalters dem Verwalteten selbst überlassen und verhütet das eine Befangenheit bei der Aufgabenbesorgung oder erzeugt es sie gerade in einer den öffentlichen Interessen abträglichen Weise? Ist der private Verwalter womöglich schon aus einer vertraglichen Beziehung zum Verwalteten oder aufgrund von Sondervorschriften zur Verschwiegenheit über Daten verpflichtet, die den Verwalteten betreffen, und genügt das, weil es keine öffentlichen Interessen gibt, die der Private durch Geheimnisverrat gefährden könnte? Ist in einem solchen Fall die zivilrechtliche Verschwiegenheitspflicht für den Verwalteten womöglich sogar günstiger, weil sie anders als die Amtsverschwiegenheit vorbehaltlos besteht?

## V. Mögliche Erträge

Diese, hier nur in groben Strichen skizzierten Fragen zu stellen und das vorhandene Material danach zu ordnen, kann mehrfachen Ertrag bringen: Erstens lassen sich aus der Vielfalt an Normen, die zur Abgrenzung zwischen Staat und Gesellschaft zwingen, Normgruppen bilden, die vergleichbare Funktionen erfüllen und bei denen das Handeln Privater dem Staat daher nach einheitlichen Kriterien zuzurechnen ist; diese Kriterien sollten dann spezifischer, aber auch trennkraftiger sein als die bisher zur Verfügung stehenden. Zweitens erlaubt eine solche Analyse auch innerhalb der privaten Verwalter eine Typenbildung, die vermutlich differenzierter, aber auch aussagekräftiger sein wird als die grobe Zweiteilung in Beleihung und Inpflichtnahme.<sup>129)</sup> Drittens liefert eine solche Analyse rechtlich relevante Parameter, um Nutzen und Kosten zu messen, die mit der Besorgung von Verwaltungsaufgaben durch Private einhergehen. Viertens wird so auch sichtbar, welche Instrumente dem Gesetzgeber rechtstechnisch zur Verfügung stehen, um allfällige Kosten einer Privatisierung auszugleichen.

Ein Allgemeines Verwaltungsrecht, das einen solchen legislatischen Handwerkskasten erarbeitet, würde einen mittleren Weg einschlagen zwischen jenen, die es nur als Aufgabe dieser Disziplin ansehen, eine vorgegebene Ordnung zu rekonstruieren, und jenen, die meinen, das Allgemeine Verwaltungs-

recht habe eine solche Ordnung erst herzustellen.<sup>130)</sup> Der erste Weg ist, wie *Wiederin* richtig festgestellt hat, kaum gangbar, wenn es dem Recht an einem Ordnungskonzept fehlt, was bei dem undurchsichtigen und zersplitterten Regelungsgeflecht über die Mitwirkung Privater an der Verwaltung gewiss der Fall ist.<sup>131)</sup> Den zweiten Weg – die dem Recht noch fehlende Ordnung erst herzustellen – kann wiederum nur der Gesetzgeber, nicht aber der Wissenschaftler gehen.<sup>132)</sup> Was die Verwaltungsrechtswissenschaft aber sehr wohl kann, und zwar, wie *Merli* treffend bemerkt hat: besser als jede andere Disziplin, ist nach rechtsimmanenten Maßstäben beurteilen, ob das Verwaltungsrecht bewirkt, was es bewirken will.<sup>133)</sup> Und eben diese Kompetenz ermöglicht es unserer Disziplin auch, jene legislatischen Modelle zu erarbeiten, mit denen der Gesetzgeber Ordnung herstellen kann im – heute wie zu *Herrnritts* Zeiten – „dichte[n] Gestrüpp besonders der neueren Verwaltungsgesetzgebung“<sup>134)</sup>.

<sup>127)</sup> Übrigens ein weiterer Bereich, in dem die Grenzen zwischen Staat und Gesellschaft ins Fließen gekommen sind.

<sup>128)</sup> S in diesem Zusammenhang den wichtigen Hinweis *Rebhahns*, Staatshaftung (FN 59) 401, dass die Amtshaftung nicht auf Kosten der Allgemeinheit in eine prämiensfreie Haftpflichtversicherung für Privatunternehmer umfunktioniert werden sollte.

<sup>129)</sup> Differenzierter dementsprechend etwa *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung (FN 12) 131 f, s oben FN 50.

<sup>130)</sup> S zu beiden die Nachweise bei *Wiederin*, Verwaltungsrecht (FN 119) 293 f.

<sup>131)</sup> S dazu zB den Befund von *Kucsko-Stadlmayer*, ÖZW 2002, 62: „Die moderne Gesetzgebung lässt kein Systemdenken erkennen; die Rechtslage ist meist diffus und heterogen.“

<sup>132)</sup> *Wiederin*, Verwaltungsrecht (FN 119) 294 f.

<sup>133)</sup> *Merli*, Zukunft (FN 7) 45.

<sup>134)</sup> *Herrnritt*, Grundlehren (FN 1) V.