

Staatliche Aufgaben, private Akteure Beobachtungen zu einem Forschungsprojekt

Franz Merli*

- I. Das Projekt
 - II. Vielfalt der Erscheinungen
 - III. Struktur durch Rechtsverhältnisse
 - IV. Ordnung durch dogmatische Figuren
 - V. Zusammenhang durch abgestufte Zurechnung
 - VI. Variable Staatlichkeit
- Verwendete Literatur

Zusammenfassung Der Beitrag präsentiert Zwischenergebnisse des Forschungsprojekts „Staatliche Aufgaben, private Akteure“ zur Frage, wie sich die vielfältige private Mitwirkung an der staatlichen Verwaltung strukturieren, ordnen und in einem gemeinsamen Rahmen zusammenfügen lässt.

Abstract The paper presents interim results of the research project “State functions, private actors” on how the many ways of private involvement in the public administration can be structured, classified and fit together in a common framework.

Stichwörter Akteure, private; Aufgaben, staatliche; Befehl und Zwang, privater; Beleihung; Bewertung; Exekutivorgane, private; Inpflichtnahme; Kontrolle; Konzession; Leistungsverwaltung; Mitwirkung, private; Privatwirtschaftsverwaltung; Rechtsetzung, private; Rechtsverhältnis; Staat; Staatlichkeit; Verwalter, private; Verwaltungshilfe; Wissensbeschaffung.

I. Das Projekt

„Staatliche Aufgaben, private Akteure“ ist Thema einer Arbeitsgemeinschaft, die die Österreichische Forschungsgemeinschaft im Jahr 2013 eingerichtet hat. Die Gruppe besteht aus *Claudia Fuchs*, *Magdalena Pöschl*, *Richard Sturn*, *Ewald Wiederin*, *Andreas W. Wimmer* und mir. Sie hat bisher zwei Tagungen veranstaltet und die Ergebnisse in zwei Bänden veröffentlicht.¹

* Univ.-Prof. Dr. *Franz Merli*, Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien, Schottenbastei 10–16, 1010 Wien, Österreich, <franz.merli@univie.ac.at>.

¹ Fuchs *Claudia*/Merli *Franz*/Pöschl *Magdalena*/Sturn *Richard*/Wiederin *Ewald*/Wimmer *Andreas W.* (Hg), *Staatliche Aufgaben, private Akteure*. I: Erscheinungsformen und Effekte (2015); II: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt (2017).

Der folgende Text kann diese Ergebnisse nicht einfach zusammenfassen – dafür sind die Beiträge zu intensiv, differenziert und reich an Beispielen und Perspektiven –, aber zumindest einen Einblick in das Projekt geben und einige Beobachtungen dazu teilen. Vielleicht interessieren sie auch den Jubilar, der sich ja auch immer wieder mit der Übergangszone zwischen Staat und Privaten beschäftigt hat.²

II. Vielfalt der Erscheinungen

Das Projekt steht im Kontext sich ändernder Staatlichkeit. Staatlichkeit ist eigentlich immer im Wandel, aber möglicherweise in den letzten Jahrzehnten stärker als in der Nachkriegszeit. Jedenfalls beschäftigt dieser Prozess schon seit längerer Zeit Rechtswissenschaft, Ökonomie und Politikwissenschaft unter Stichworten wie Internationalisierung, Europäisierung, Privatisierung, Governance, Global Administrative Law und anderen (vgl. *Miloš Vec, Michael Hüther, Gebhard Kirchgässner* und *Walter Reese-Schäfer* in Band 1).³ Wer sich auf Veränderungen konzentriert, unterstellt dabei als Gegenbild leicht einen reinen Staat, national begrenzt, allmächtig und allein auf weiter Flur. Dieses Gegenbild hilft beim Verständnis, war aber nie Wirklichkeit.

Historisch gab es wohl auch keine Herrschaft, die ohne private Helfer auskam (*Vec* in Band 1). Steuerpächter, Kolonialgesellschaften, Söldner, Grundherren, die Kirche oder – noch als privat verstandene – Gemeinden sind nur einige Beispiele. Heute beeindruckt die Breite und die Vielfalt privater Mitwirkung an staatlichen Aufgaben. Sie reicht von der Abfallbeseitigung bis zur Zwangsvollstreckung und betrifft Leistungen ebenso wie Eingriffe. Sie umfasst die Regelbildung, die Leistungserbringung selbst, die Wissensbeschaffung, die Bewertung und die Kontrolle (so die Einteilung der Beiträge von *Iris Eisenberger, Wimmer, Konrad Lachmayer, Merli* und *Sebastian Schmid* in Band 1): Private spielen eine zentrale Rolle bei der Erzeugung von harmonisierten Normen und von Netzkodizes, versorgen Asylwerber oder vermitteln staatliche Exportgarantien, sie arbeiten als Bausachverständige oder Polizeispitzel, sie bewerten Führerscheinkandidaten oder Medizinprodukte und sie kontrollieren Flugpassagiere oder Banken.

Vielfältig sind nicht nur die Tätigkeiten, unterschiedlich ist auch die rechtliche Stellung der privaten Mitverwalter: Manche werden gesetzlich dazu verpflichtet, zB die Notare, die mögliche Geldwäsche ihrer Kunden wahrnehmen müssen, andere durch vertragliche Bestimmungen dazu angehalten, wie die staatlich geförderten Sportvereine zur Dopingbekämpfung, wieder andere, etwa Bergwächterinnen oder die Eisenbahnunternehmen, wirken aus eigenem Antrieb mit. Für die freiwillige Feuerwehr ist es ein Ehrenamt, für die lohnsteuerabführenden Arbeitgeber eine Nebentätigkeit, für die Apothekerin ist es ihr Beruf und für Zertifizierunternehmen ihr Gesellschaftszweck. Schulärzte werden vom Staat bezahlt, die Rauchfangkehrerin von ihren Kunden und das Forstschutzorgan von seinem privaten Arbeitgeber. Beiratsmitglieder

² Damit die Fußnote nicht zu lang wird, sei hier generell verwiesen auf die vielen Arbeiten von *Michael Potacs* unter anderem zur österreichischen Nationalbank, zum Energiewirtschaftsrecht und zu öffentlichen Unternehmen im Allgemeinen, zu Public Private Partnerships, Ausgliederungen, Amtshaftung und Vergaberecht, aber auch zu Apotheken, Beiräten, Krankenanstalten oder dem ORF. Einzelnachweise online unter <https://staatsrecht.univie.ac.at/fileadmin/user_upload/i_staatsrecht/Potacs/Potacs/Publikationen_Prof_Potacs_03.07.18.pdf> (17.7.2018).

³ Die beiden Bände enthalten 2174 Fußnoten. Ich verzichte im Folgenden auf Einzelnachweise.

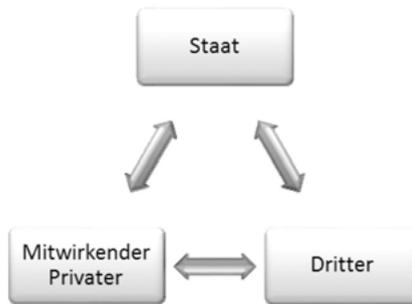
arbeiten nah an der Behörde, Jagdaufseher fern von ihr. Der von der Polizei gerufene Abschleppunternehmer hat wenig Entscheidungsspielraum, die Bankprüferin mehr.

Alle diese Eigenschaften können unter bestimmten Umständen rechtliche Konsequenzen haben. Aber wie findet man eine Orientierung in der Vielfalt?

III. Struktur durch Rechtsverhältnisse

Das Projekt behandelt nicht einfach staatlich-private Zusammenarbeit oder die Übertragung von Aufgaben auf Private, sondern – und das unterscheidet es wohl auch von früheren Untersuchungen⁴ – es konzentriert sich auf die Zusammenarbeit des Staates mit Privaten *gegenüber Dritten* als bestimmte Technik der staatlichen Aufgabenerfüllung.

In einem ersten Schritt lassen sich daher drei Akteure unterscheiden: Der Staat, der eine bestimmte Aufgabe hat; der Private, der bei der Erfüllung dieser Aufgabe mitwirkt; und von den Handlungen des mitwirkenden Privaten betroffene Privatpersonen und Unternehmen („Dritte“):



Drei Akteure ermöglichen drei Rechtsbeziehungen. Das klingt trivial, hilft aber beim Sehen, weil man ein komplexes Gefüge in Teile zerlegen, diese einzeln untersuchen und dann wieder zusammenfügen kann:

Die Zerlegung zeigt zunächst, dass die drei Rechtsbeziehungen im Dreieck gleicher, aber eben auch unterschiedlicher Art sein können. Bei der Einhebung der Rundfunkgebühren durch die GIS Gebühren Info Service GmbH oder der Autozulassung durch ermächtigte Versicherungen sind alle drei Beziehungen öffentlich-rechtlich (allgemein zu Beliehenen *Wiederin* in Band 2), bei der Vermittlung von Exportgarantien des Bundes durch die Österreichische Kontrollbank privatrechtlich (*Wimmer* in Band 1). Es gibt aber auch viele gemischte Beispiele. Das Verhältnis des Staates zu konformitätsbewertenden Stellen als mitwirkenden Privaten und zu den Herstellern der bewerteten Produkte als Dritten wird durch öffentlich-rechtliche Normen gestaltet, das Verhältnis zwischen Konformitätsbewertungsstellen und Herstellern ist dagegen privatrechtlich (*Merli* in Band 1). Anders ist es wiederum bei der Autobahnmaut: Staat und Straßennutzer haben ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, aber nicht nur ASFINAG und Straßennutzer, sondern auch Staat und ASFINAG stehen in privat-

⁴ ZB Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ/1974). Funk Bernd-Christian (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981).

rechtlichen Beziehungen.⁵ In vielen Fällen zeigt sich aber, dass die Natur einzelner Beziehungen im Dreieck unklar bleibt (zB *Schmid* in Band 1).

In der Trennung wird auch deutlicher, dass die mitwirkenden Privaten beziehungs-spezifisch unterschiedliche Rechte und Pflichten haben: Sie können gegenüber dem Staat grundrechtsberechtigt, gegenüber den Dritten durch die Grundrechte oder äquivalente sonderprivatrechtliche Vorschriften gebunden sein. Das hängt eben davon ab, wem sie gerade gegenüberstehen, also von der Rolle, die sie jeweils einnehmen.

Darüber hinaus erlaubt die Unterscheidung der drei Beziehungen eine genauere Zuordnung von Rechtsproblemen und Techniken zu ihrer Lösung. Die Beziehung zwischen Staat und mitwirkenden Privaten ist die meistbehandelte, weil sie im Mittelpunkt der Privatisierungs- und Ausgliederungsdebatte steht: Private müssen zur Mitwirkung verpflichtet oder gewonnen werden, durch Gesetz, Hoheitsakt, Vertrag, staatliche Beteiligung, Einräumung rechtlicher Vorteile oder finanzielle Zuwendungen (Typologie und Beispiele bei *Wimmer* in Band 1); sie müssen ausreichend qualifiziert dafür sein, was durch diverse Zulassungsanforderungen erreicht werden soll; dann geht es um ihre Steuerung durch Weisungen, Organbestellung und -abberufung, Informations- und Zustimmungsrechte und um die Vermeidung von Interessenkonflikten, in der Sprache der Wirtschaftswissenschaften das *principal-agent*-Problem (dazu *Hüther*, *Kirchgässner* und *Reese-Schäfer* in Band 1); und schließlich müssen öffentliche Verantwortlichkeit und Kontrolle sichergestellt werden (zu den Schwierigkeiten dabei zB *Eisenberger*, *Wimmer* und *Schmid* in Band 1). Im Verhältnis zwischen mitwirkenden Privaten und betroffenen Dritten müssen die Ziele der ganzen Konstruktion erfüllt, also etwa Leistungen tatsächlich in ausreichender Qualität und allen gegenüber erbracht werden, und zugleich soll die staatlich verstärkte oder staatlich erzeugte Macht des Privaten nicht missbraucht werden. Auch hier gibt es eine Fülle von Instrumenten wie die Erstreckung von öffentlich-rechtlichen Verfahrensregeln und von Grundrechten oder privatrechtliche Äquivalente wie Betriebspflichten, Kontrahierungszwang und Gleichbehandlungspflichten, Transparenzgebote, Preisregelungen, Unvereinbarkeiten, Verschwiegenheitspflichten und andere. Und die Beziehung zwischen Staat und betroffenen Dritten schafft mit einem Leistungsanspruch oder mit der Pflicht zur Duldung oder Beauftragung eines mitwirkenden Privaten die Grundlage für das Verhältnis zum privaten Mitverwalter, setzt diesem grundrechtliche Grenzen und hat auch (Rechts)Schutz- und Gewährleistungsfunktionen, nicht immer nur durch Gerichte, sondern oft auch und zunächst durch behördliche Schlichtungs- oder Entscheidungsbefugnisse. Vereinfachend lässt sich sagen: Die Beziehung zwischen Staat und mitwirkenden Privaten muss demokratischen, die zwischen Staat und betroffenen Dritten rechtsstaatlichen Anforderungen genügen. Gemeinsam schaffen sie die Voraussetzung, dass die Beziehung zwischen mitwirkenden Privaten und betroffenen Dritten ihren Zweck erfüllen kann.

Damit ist auch schon gesagt, dass es nicht bei der Trennung der drei Beziehungen bleiben kann: Sie existieren nicht einfach nebeneinander, sondern mit- und füreinander. In der Regel stehen die Beziehungen zwischen Staat und mitwirkendem Privaten und zwischen diesem und den Dritten auch nicht gleichwertig neben der dritten Beziehung, sondern sie dienen der Umsetzung und Erfüllung einer Grundbeziehung zwi-

⁵ *Merli Franz*, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), *Public Private Partnership* (2003) 67 ff.

schen Staat und Dritten: Die Mitwirkung der Privaten soll eine bestimmte Leistung oder einen Eingriff zu einem bestimmten Zweck ermöglichen, der „Umweg“ über Private erfolgt zur Verwaltungsentlastung, Kostensenkung, Effizienzsteigerung, Nutzung privater Interessen und Kompetenz, teils auch der demokratischen Legitimation (vgl für die Kontrolle *Schmid*, zu einer ökonomischen Analyse der Motivlage *Hüther* und zu politischen Zielen *Reese-Schäfer*, alle in Band 1). Die im Blick auf die private Mitwirkung nur „dritten“ Bürgerinnen und Unternehmen sind eigentlich die ersten, weil in ihre Rechte eingegriffen oder ihnen gegenüber eine Leistung erbracht wird. Deshalb sind die anderen Beziehungen mit Blick auf die Grundbeziehung zwischen Staat und Drittem besser zu verstehen und zu interpretieren, unter Umständen auch an ihr zu messen, und ihre spezifische Ausprägung erhält so oft den Sinn.

Freilich ist Vorsicht beim Umgang mit dem Dreieck geboten: Es ist ein Modell und nicht die Wirklichkeit selbst. Manchmal gibt es mehrere oder viele Akteure an den Eckpunkten, für den „Staat“ zB unterschiedliche nationale Behörden, die Kommission und Agenturen der EU und für die „mitwirkenden Privaten“ Unternehmen, ihre Vertreter in diversen Gremien und Interessenvertretungen und diese selbst auf nationaler und europäischer Ebene (zB die Grafik von *Eisenberger* in Band 1, 115).

Die Rechtsbeziehungen im Dreieck lassen sich auch nicht immer mit Rechtsverhältnissen im Sinne von Relationen zwischen selbständigen Rechtssubjekten gleichsetzen. Die Jagdaufseherin oder der Fahrprüfer haben zwar gegenüber Dritten eigene Befugnisse und Pflichten, die die Behörden, für die sie handeln, nicht haben, und deshalb ist es sinnvoll, sie von diesen zu unterscheiden. Ihr Handeln wird freilich der Behörde zugerechnet, und im Streitfall ist es diese, die belangt wird; die Haftung trifft schließlich den Rechtsträger der Behörde (*Wiederin* und *Josef Müllner* in Band 2). Stellt man also auf Rechtssubjekte ab, gibt es manchmal nur die jeweiligen staatlichen Rechtsträger und die Dritten, und das Dreieck schrumpft zum Zweieck (*Merli* in Band 1).

Schließlich zeigt sich, dass das Dreieck manchmal nicht vollständig erscheint, weil eine der Beziehungen zwischen den drei Polen fehlt oder nur ganz schwach ausgeprägt ist. Eine Beziehung zwischen mitwirkendem Privaten und Dritten fehlt, wenn der mitwirkende Private nicht spezifisch gegenüber dem Dritten tätig wird, sondern nur dem Staat zuarbeitet wie zB nichtamtliche Sachverständige im Verwaltungsverfahren, oder wenn der mitwirkende Private im Auftrag anderer handelt, wie die Ratingagenturen, die Emissionen im Auftrag der Emittenten bewerten, und deren Ratings die Banken dann aufsichtsrechtlich für die Bemessung ihres Risikos und ihrer Eigenkapitalausstattung verwenden können oder müssen (*Merli* in Band 1). Auch wenn Private Leistungen an Dritte für den Staat erbringen, ist nicht immer sicher, ob das tatsächlich ein Rechtsverhältnis zu den Leistungsempfängern begründet, etwa bei der Grundversorgung von Asylwerbern (*Cornelia Köchle* in Band 2, 234). Und eine Beziehung zwischen Staat und Dritten fehlt, wenn Private auf staatliche Veranlassung hin Leistungen erbringen, auf die die Empfänger keinen Anspruch haben, etwa bei der Bewährungshilfe (*Wimmer* in Band 1); freilich kann es auch hier Haftungsansprüche geben.

IV. Ordnung durch dogmatische Figuren

Die Vielfalt zu ordnen versuchen natürlich auch dogmatische Konzepte, die Erscheinungen nach Merkmalen und Rechtsfolgen bündeln. Im zweiten Band mustern

Wiederin, Ulrich E. Zellenberg und *Müllner* die traditionellen Figuren der Beleihung, Inpflichtnahme und privater Exekutivorgane; *Pöschl* erweckt die im Allgemeinen Verwaltungsrecht schon vergessene Konzession wieder zum Leben. Alle diese Konzepte haben eine lange Geschichte hinter sich. Sie beginnt regelmäßig mit *Otto Mayer*, hat viele Akzentverschiebungen und Windungen, immer neue Abgrenzungs- und Neubenennungsversuche und auch manches Missverständnis gesehen und nicht immer zu größerer Übersichtlichkeit geführt. Auch in Deutschland und der Schweiz sind nicht alle Fragen geklärt (*Martin Burgi* und *Pierre Tschannen* in Band 2).

Wiederin (in Band 2, 32) vergleicht wissenschaftliche Begriffe mit Öltankern, deren Kurs nur behutsam korrigiert werden kann und der sich manchmal unmerklich ändert. Vielleicht kann man noch hinzufügen, dass man Öltanker auch nicht versenken soll. In der Tat zeigt die Analyse, dass alle genannten Konzepte jedenfalls einen sinnvollen Kern aufweisen. Sie haben viele Anwendungsfälle im geltenden Recht, sie lassen sich trotz vieler Einzelprobleme von anderen Erscheinungen einigermaßen abgrenzen und sie ziehen jeweils typische Rechtsfolgen nach sich. Freilich bedürfen sie an manchem Punkt einer Präzisierung.

Die Konzession steht für die freiwillig übernommene unternehmerische Erbringung von Leistungen im öffentlichen Interesse, die staatliche Vorrechte nützt und zugleich speziellen Gemeinwohlbindungen, vor allem einer Betriebspflicht, und staatlicher Aufsicht unterliegt; Beispiele dafür sind Seilbahnen oder Apotheken. Die Inpflichtnahme beschreibt die einem Unternehmen einseitig auferlegte Pflicht, als Annex oder Teil des eigenen Geschäfts Handlungen gegenüber Dritten im öffentlichen Interesse vorzunehmen, wie die Lohnsteuerberechnung und -abfuhr durch Arbeitgeber, die Vorratsspeicherung von Verbindungsdaten durch Telekommunikationsunternehmen oder die Überwachung von Geldwäsche durch Immobilienmakler und Notare. Konzessionäre und Inpflichtgenommene handeln privatrechtlich und in Ausübung von Grundrechten; sie sind nicht Teil der Verwaltung und ihr Handeln wird nicht dem Staat zugerechnet (*Pöschl* und *Zellenberg* in Band 2).

Die Beleihung ist dagegen die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Private unter staatlicher Aufsicht, aber im eigenem Namen, etwa der Austrocontrol GmbH. „Im eigenen Namen“ bedeutet, dass das Handeln des Beliehenen im Verwaltungsprozess eben nicht einer staatlichen Behörde zugerechnet wird, sondern dass der Beliehene selbst als belangte Behörde auftritt. Das unterscheidet den Beliehenen von privaten Exekutivorganen wie Jagdaufsehern: Diese üben in Form von Befehl und Zwang ebenfalls Hoheitsgewalt aus, aber nur als Hilfsorgane, für die vor Gericht eine Behörde geradestehen muss. Der Unterschied wurde und wird immer wieder übergangen, beide Erscheinungen oft im Beleihungsbegriff zusammengeworfen. Die Unterscheidung ist aber wichtig und sinnvoll (*Wiederin* und *Müllner* in Band 2).

Funktionieren diese Konzepte also im Großen und Ganzen, so decken sie freilich das gesamte Erscheinungsfeld bei weitem nicht ab: Sie sind eher Inseln (oder Öltanker) im Meer der Erscheinungen.

Weitere Landgewinnungsversuche unternimmt *Fuchs* (in Band 2) mit der Verwaltungshilfe. Sie versteht sie als private Mitwirkung an der Hoheitsverwaltung ohne eigene Befehls- und Zwangsgewalt, etwa durch Abschleppunternehmen, die Ersatzvornahme in der Verwaltungsvollstreckung, die Sicherheitskontrolle an Flughäfen, die Schulwegsicherung oder die Verwahrung beschlagnahmter Tiere (zu einzelnen

Beispielen auch *Müllner* in Band 2). Verwaltungshilfe ist unselbständig; sie wird ebenfalls einer Behörde zugerechnet, als Teil eines Akts unmittelbarer Befehls- und Zwangsgewalt oder als schlichte Hoheitsverwaltung, die nur auf sondergesetzlicher Grundlage bekämpft werden kann.

Köchle (in Band 2) erweitert die Perspektive auf die Mitwirkung Privater an der nichthoheitlichen Verwaltung des Staates. Das ist besonders verdienstvoll, denn ihre Erörterung wird meist mit dem Argument abgeschnitten, hier handle es sich nicht mehr um Verwaltung (sofern es nicht um die bloß interne Mitwirkung etwa in Beiräten der Subventionsverwaltung geht). Die Stellung Privater als Erfüllungsgehilfen, zB bei der Grundversorgung der Asylwerber, als Stellvertreter des privatwirtschaftlich handelnden Staates, zB als Subventionsmittler, oder als Leistungserbringer auf staatliche Veranlassung, etwa in Heimen oder bei Assistenzleistungen für behinderte Menschen, weisen durchaus Parallelen zu hoheitlichen Konstruktionen auf. Auch hier gibt es Zurechnung zum Staat oder eigenständiges Handeln.

Schließlich behandelt *Andreas Hauer* (in Band 2) private Befehls- und Zwangsgewalt. Er zählt auch Fälle dazu, die im Kontext staatlicher Verwaltung stehen und sonst meist als Fälle der Beleihung oder privater Exekutivorgane verstanden werden, etwa Freiheitsbeschränkungen nach dem Heimaufenthaltsgesetz oder Befugnisse des Piloten nach dem Luftfahrtgesetz (zu diesen als Beliehenen auch *Müllner* in Band 2). Der Beitrag zeigt, dass der Schluss von einseitiger Anordnung auf Hoheitlichkeit weniger selbstverständlich ist als angenommen. Die Rekonstruktion mancher gesetzlicher Befugnis als bloße Pflicht zur Nutzung von Privatzwang beeindruckt durch ihre Findigkeit, erscheint aber mit der behaupteten Privatnützigkeit des Zwangs schwer vereinbar und rechtsstaatlich riskant.

V. Zusammenhang durch abgestufte Zurechnung

Wie hängen nun alle diese Konzepte zusammen? Wer von ihnen eine vollständige und überschneidungsfreie Kartierung der Landschaft erwartet, muss wohl verzweifeln. Aber vielleicht ist schon etwas gewonnen, wenn man mit ihnen und dem ihnen zugrunde liegenden Zurechnungskriterium eine Skala zwischen rein staatlichem und rein privatem Handeln entwickeln kann: Von ganz unselbständigem privatem Mitwirken an der Hoheitsverwaltung, das gegenüber Dritten gar nicht in Erscheinung tritt oder nur staatliche Befugnisse nutzt und das dem Staat vollständig zugerechnet wird (Verwaltungshilfe), über teilselbständiges privates Handeln mit eigenen – dann auch gesetzlich zu regelnden – Befugnissen und Pflichten gegenüber Dritten, für das eine Behörde belangt werden kann (private Exekutivorgane) oder das der Private selbst als belangte Behörde vertreten muss, für das aber der Staat haftet (Beleihung), zu rein privatem Handeln, das dann zwar vielfältiger öffentlich-rechtlicher Steuerung unterliegen und sogar Zwangsgewalt umfassen kann, aber nicht mehr hoheitlich sein darf.

Eine ähnliche Skala lässt sich, wie bereits angedeutet, auch auf privatrechtlicher Ebene aufmachen: Von internen Auftragnehmern über Erfüllungsgehilfen und Stellvertreter zu Privaten, die in eigenem Namen für den Staat handeln. Hier dürfte nur die Übergangszone der teilweisen Zurechnung ihres Handelns zum Staat fehlen.

Stellt man die beiden Skalen untereinander, fallen sie anscheinend an den beiden Enden zusammen. Am einen Ende ist die unselbständige Mitwirkung, zB die Aufbe-

reitung von Entscheidungsgrundlagen, anders als Befehls- und Zwangsgewalt nicht per se hoheitlich oder privatrechtlich, sondern zunächst neutral; hoheitlich oder privatrechtlich wird sie erst durch ihre Zurechnung zu einem Akt der staatlichen Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung. Und am anderen Ende der Skala kann die selbständige Mitwirkung im eigenen Namen und auf eigenes Haftungsrisiko immer nur privatrechtlich erfolgen.

Dort, in der Zone eigener Verantwortlichkeit des mitwirkenden Privaten, lassen sich dann auch die Inpflichtnahme und die Konzession ansiedeln, bei denen die staatliche Rolle auf eine Außensteuerung durch Anordnungen und Aufsicht beschränkt ist. Sie decken das Feld aber nicht ab: ZB gehören auch subventionierte Vereine oder Zertifizierungsunternehmen ohne Vorrechte hierher.

Die Inpflichtnahme dient oft hoheitlichen Aufgaben, etwa der Abgabenerhebung oder der Geldwäschebekämpfung, aber notwendig ist das nicht. Weil es um privatrechtliche Tätigkeiten geht, die nicht dem Staat zugerechnet werden, ist die Zuordnung zu Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung auch rechtlich nicht relevant. Beim Konzessionär passt die Frage schon gar nicht mehr, weil er nicht bloß an staatlicher Verwaltung mitwirkt, sondern die gewünschte Tätigkeit unter staatlicher Aufsicht selbst erbringt. (Eine schematische Übersicht findet sich auf der nächsten Seite.)

VI. Variable Staatlichkeit

An den Rändern des Staates wird uns deutlich, was wir alles über ihn nicht wissen (zB *Wiederin* in Band 2, 45). In der Tat zwingen die behandelten Konstellationen zur Auseinandersetzung mit Grundfragen des Verfassungs- und Verwaltungsrechts: Etwa mit der Unterscheidung von Außen- und Innenrecht und der Bedeutung des letzteren, weil anders die beschriebenen Rechtsbeziehungen gar nicht unterschieden werden können; mit Hoheitlichkeit als bloßer Eigenschaft bestimmter Akte oder als Vollordnung für ganze Tätigkeitsbereiche, weil davon die Kategorie der Verwaltungshilfe abhängt; und vor allem mit Staatlichkeit überhaupt und dem Privaten als Gegenbegriff. Dazu drei Bemerkungen:

Vec (in Band 1) betont, dass Staatlichkeit immer schon schwer abzugrenzen war und empfiehlt auch für heute statt „methodischem Etatismus“ einen Fokus auf Hybridisierungen. Von einer „wachsenden Hybridisierung“ spricht *Hüther* (in Band 1, 40), und „Hybridität!“ ruft uns auch *Lachmayer* (in Band 1, 159) zu. Das sind gute Ratschläge für die Beobachtung, aber schlechte Mittel, um dogmatisch über die Anwendung von Regeln zu entscheiden, die nur für den Staat und nicht auch für Private gelten.

Müllner (in Band 2) unterscheidet private und staatliche Exekutivorgane danach, ob die jeweiligen Personen einfach mit bestimmten Funktionen betraut wurden oder ob dafür zuerst ein Amt eingerichtet und dann mit bestimmten Funktionen betraut wurde. Zu den staatlichen Exekutivorganen zählen bei ihm daher entgegen der allgemeinen Meinung zB Bergwächterinnen und Forstschutzorgane, zu den privaten etwa Rettungskräfte und Lebensmittelaufsichtsorgane. Das ist eine interessante Unterscheidung, die auch kompetenzrechtliche Folgen hat, weil die Einrichtung des Amtes der Organisationsgesetzgebung, die Aufgabenbetraung der Materien gesetzgebung obliegt. Zugleich schafft sie aber eine Kategorie von Organen, die in den staatlichen Verwaltungsapparat eingegliedert sind, aber trotzdem nicht einer unmittelbaren Wei-

		Außengerichtete Mitwirkung		Selbständige Tätigkeit	
Interne Mitwirkung		Mit eigenen Befugnissen		unfreiwillig	freiwillig
Hoheitsverwaltung	Auftragnehmer uä	Ohne eigene Befugnisse	Hilfsorgane	Beliehene	Konzessionäre andere
		Verwaltungshelfer	---		
Privatwirtschaftsverwaltung	Auftragnehmer uä	Ohne eigene Befugnisse	---	---	Inpflichtgenommene
		Verwaltungshelfer	---		
Staatlicher Teil	Privater Teil	Vollständige Zurechnung		Zurechnung auf Behörden- ebene (belangte Behörde) und auf Rechtsträgerebene (Haftung)	Zurechnung auf Rechtsträgerebene (Haftung)
		Zurechnung auf Behörden- ebene (belangte Behörde) und auf Rechtsträgerebene (Haftung)			
				Verpflichtung, Gewährleistung, Aufsicht	

sungsbindung aus Art 20 B-VG unterliegen sollen, also staatlich und nichtstaatlich zugleich sind.

Damit sind wir beim Kern: Staatlichkeit ist keine einheitliche Kategorie für alle relevanten Anwendungskonstellationen, weder bei den Akteuren noch bei ihren Handlungen. Was als staatlich und was als privat zu behandeln ist, hängt vielmehr davon ab, wofür die Frage beantwortet werden soll. Die Grenzen verlaufen möglicherweise anders für Weisungsbeziehungen und Grundrechtsbindungen, für die zivilrechtliche Haftung und die strafrechtliche Verantwortlichkeit, für die politische und wirtschaftliche Kontrolle oder für Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht des Binnenmarkts. Diese Grenzen will der dritte Teil des Projekts neu vermessen.

Verwendete Literatur

- Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft (Hg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ/1974).
- Fuchs Claudia/Merli Franz/Pöschl Magdalena/Sturn Richard/Wiederin Ewald/Wimmer Andreas W. (Hg), Staatliche Aufgaben, private Akteure. I: Erscheinungsformen und Effekte (2015); II: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt (2017).
- Funk Bernd-Christian (Hg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981).
- Merli Franz, Öffentliches Gut als Gegenstand von Public Private Partnerships – Das Beispiel der Bundesstraßen, in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hg), Public Private Partnership (2003) 59.