

Staatliche Aufgaben, private Akteure

Band 2: Konzepte zur Ordnung der Vielfalt

Herausgegeben von

Dr. Claudia Fuchs

Assistenzprofessorin

Dr. Franz Merli

Universitätsprofessor

Dr. Magdalena Pöschl

Universitätsprofessorin

Dr. Richard Sturn

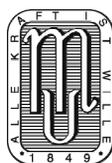
Universitätsprofessor

Dr. Ewald Wiederin

Universitätsprofessor

Dr. Andreas W. Wimmer

Assistenzprofessor



C.F. Müller

Wien 2017

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen

C.F. Müller GmbH, Heidelberg

Zitervorschlag: *Autor*, [Titel], in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/Wimmer* (Hrsg),
Staatliche Aufgaben, private Akteure Bd 2 (2017) [Seite]

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Sämtliche Angaben in diesem Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr; eine Haftung der Herausgeber, der Autoren, sowie des Verlages ist ausgeschlossen.

ISBN 978-3-214-00966-3 (Manz)

ISBN 978-3-03751-931-8 (Dike)

ISBN 978-3-8114-5520-7 (C.F. Müller)

© 2017 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH, Wien

Telefon: (01) 531 61-0

E-Mail: verlag@manz.at

www.manz.at

Druck: Prime Rate Kft., Budapest

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	III
Autorenverzeichnis	XV
Abkürzungsverzeichnis.....	XVII
<i>Magdalena Pöschl</i>	
Die Konzession.....	1
<i>Ewald Wiederin</i>	
Die Beleihung.....	31
<i>Martin Burgi</i>	
Verwaltung durch Private: Ordnungskonzepte in Deutschland.....	77
<i>Claudia Fuchs</i>	
Die Verwaltungshilfe	95
<i>Ulrich E. Zellenberg</i>	
Die Inpflichtnahme	129
<i>Pierre Tschannen</i>	
Verwaltung durch Private: Ordnungskonzepte in der Schweiz	167
<i>Josef Müllner</i>	
Private als Exekutivorgane	193
<i>Cornelia Köchle</i>	
Private in der Privatwirtschaftsverwaltung	223
<i>Andreas Hauer</i>	
Privater Befehl und Zwang.....	247
Schlagwortverzeichnis.....	267

Magdalena Pöschl

Die Konzession¹⁾

- I. Die Konzession im Allgemeinen Verwaltungsrecht
 - A. Frankreich: Wiege der Konzession
 - B. Import nach Deutschland: Beliehener Unternehmer
 - C. ... oder doch nur ein gewöhnlicher Unternehmer?
 - D. Konzessionär im Rechtsvergleich
 1. Deutschland
 2. Schweiz
 3. Österreich
- II. Konzession im (österreichischen) Besonderen Verwaltungsrecht
 - A. Einfachgesetzliche Konzessionen
 - B. Vereinzelt abweichender Begriffsgebrauch
 - C. Unternehmen oder Amt?
 - D. Im Beziehungsdreieck
 1. Staat – Konzessionär
 2. Konzessionär – Nutzer
 3. Nutzer – Staat
- III. Reanimation der Konzession als Konzept?
 - A. Anforderungen an ein Konzept
 - B. Ordnung
 - C. Gebrauchswert für die Praxis
 - D. Abgrenzung zu anderen Konzepten
 1. Perspektive des Verwalters
 2. Perspektive der Verwaltung
 3. Perspektive des Verwalteten
- IV. Fazit

I. Die Konzession im Allgemeinen Verwaltungsrecht

Dass der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben private Akteure einsetzt, ist nicht neu, wird als Phänomen aber immer vielfältiger.²⁾ Gegen den Reichtum der Variationen, die das Rechtsleben hier bietet, wirkt der kleine Koffer an Kon-

¹⁾ Mein bester Dank geht an *Philipp Selim*, der mich bei diesem Beitrag durch umfangreiche Recherchen und Fußnotenkontrollen sehr unterstützt hat.

²⁾ S nur die Bestandsaufnahmen von *Eisenberger, Lachmayer, Merli, Schmid* und *A. Wimmer* sowie aus historischer Perspektive den Beitrag von *Vec*, alle in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/A. Wimmer* (Hrsg), *Staatliche Aufgaben, Private Akteure*, Band 1: Erscheinungsformen und Effekte (2015).

zepten, den die Rechtswissenschaft dafür entwickelt hat, ein bisschen armselig. Als Leitkonzept hat sich inzwischen die Beleihung etabliert; sie liegt nach heutigem Verständnis vor, wenn der Staat Hoheitsmacht auf Private überträgt:³⁾ Das empfinden wir als besonders irregulär, hat doch der Staat in unserem kollektiven Narrativ alle Gewalt bei sich monopolisiert. Bricht er aus diesem Monopol ein Stück Herrschaftsmacht heraus und gibt es einem Bürger, sind wir irritiert. Die Beleihung hilft uns, diesen Vorgang zu erfassen und die Welt wieder in Ordnung zu bringen.

Der Staat herrscht freilich nicht nur, indem er Zwang ausübt. Quantitativ zumindest gleich bedeutend ist die nicht-hoheitliche Tätigkeit, mit der der Staat sein gütiges Gesicht zeigt und ua dafür sorgt, dass die Bevölkerung gleichmäßig und verlässlich mit Gütern und Dienstleistungen ausgestattet ist, die für ihr Leben wichtig sind. Dass der Staat dabei Private einbindet, ist keineswegs irritierend, im Gegenteil.⁴⁾ Ohne sie könnte er diese Aufgaben gar nicht bewältigen. Angesichts der quantitativen und ökonomischen Bedeutung der nicht-hoheitlichen Verwaltung verblüfft allerdings, dass wir für sie in unserem Werkzeugkoffer kein Konzept finden. Es erstaunt auch, weil die Rechtswissenschaft historisch gerade für diesen Teil der Verwaltung ihr erstes hier einschlägiges Konzept entwickelt hat – die Konzession, von der man in Österreich heute nur mehr wenig hört. Der vorliegende Beitrag begibt sich deshalb auf eine Spurensuche: Woher kommt die Konzession, was wollte sie, welches Schicksal hatte sie, und haben wir sie vergessen, weil sie zu vergessen ist oder lohnt sich eine Erinnerung?

A. Frankreich: Wiege der Konzession

Die Wiege der Konzession dürfte in Frankreich stehen. Dort ist sie als Rechtskonzept, wenn man so will, groß geworden. Sie ist ein Kind des *service public*, der den französischen Staat konstituiert.⁵⁾ Die Dienstleistung für die Allgemeinheit ist in Frankreich nicht nur zentrale Aufgabe des Staates; sie stiftet vielmehr Staatlichkeit: Wer eine solche Dienstleistung erbringt, ist kein gewöhnlicher Unternehmer, er wird ein Stück weit selbst zum Staat.⁶⁾ Historisch waren die wichtigsten Konzessionäre in Frankreich, das versteht sich, jene Unternehmen, die die Eisenbahn gebaut und betrieben haben; darüber hinaus ließe sich eine lange Liste weiterer Unternehmen schreiben, denen der Staat Aufgaben des *service public* anvertraut hat.⁷⁾ Die Beziehung zwischen dem

³⁾ S zur Beleihung insgesamt den Beitrag von *Wiederin* in diesem Band.

⁴⁾ Zu Vielfalt und Breite der Anwendungsfälle anschaulich *A. Wimmer*, Leistungserbringung durch Private, in *Fuchs/Merli/Pöschl/Sturn/Wiederin/A. Wimmer* (FN 2) 117 (120 ff).

⁵⁾ *Wieland*, Die Konzessionsabgaben (1991) 92; *Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung (2001) 115 ff, insb 129, 158; *Segalla*, Kommunale Daseinsvorsorge (2001) 13 ff, insb 64 ff.

⁶⁾ *Wieland* (FN 5) 94 f; *Pielow* (FN 5) 129, 153 f.

⁷⁾ Historische Beispiele bei *Segalla* (FN 5) 64; aktuelle Beispiele bei *Pielow* (FN 5) 147, 166 ff, und *Holoubek*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, *VVDStRL* 60 (2001) 513 (532).

Konzessionär und den von ihm versorgten Bürgern verortete man in Frankreich im ausgehenden 19. Jahrhundert grundsätzlich im öffentlichen Recht – dazu bestimmt, dem Allgemeininteresse zum Durchbruch zu verhelfen, regelte das öffentliche Recht alles, was der Staat tat, egal wie er es tat. Das Privatrecht war nur für die Beziehungen zwischen echten Bürgern da.⁸⁾

B. Import nach Deutschland: Beliehener Unternehmer

Die Rechtsfigur der Konzession in den deutschsprachigen Raum zu importieren, konnte nur einem Giganten wie *Otto Mayer* gelingen. Geboren in Deutschland, habilitierte er sich 1881 in Straßburg und verfasste dort eine Theorie des französischen Verwaltungsrechts; es erschien ihm so homogen und klar, dass er sich bloß als „Berichterstatter über die Taten der französischen Juristen“ sah. Der Rechtsbestand, den er in Deutschland vorfand, war ungleich komplizierter, uneinheitlich und zudem „durchzogen von stehengebliebenen Resten des Alten“. Dennoch versuchte *O. Mayer* „das Ganze [...] einheitlich nach gemeinsamen großen Gesichtspunkten aufzubauen.“⁹⁾ Ein gewichtiger Baustein dafür war die Konzession; ihre französische Deutung nach Deutschland zu tragen, ließ jedoch Probleme erwarten: Erstens stiftete nach deutschem Verständnis nicht der *service public* Staatlichkeit, sondern die öffentliche Gewalt; deshalb unterfielen zweitens Rechtsbeziehungen zwischen dem privatwirtschaftlich handelnden Staat und den Bürgern eindeutig dem Privatrecht.¹⁰⁾ Unklar war allerdings das Verhältnis zwischen Staat und Konzessionär: Die einen meinten, es beruhe auf einem Vertrag, der dem Konzessionär private Rechte vermittele; andere sahen in der Konzession ein gemischtes Rechtsgeschäft; wieder andere hielten sie für einen einseitigen öffentlich-rechtlichen Akt, der schon „seiner Natur nach den Staat nicht binden könne“.¹¹⁾ Die Frage war auch praktisch wichtig, weil der Staat sich immer wieder weigerte, Konzessionen zu verlängern oder weil er von Konzessionären Leistungen verlangte, die mit ihren Unternehmen in keinem Zusammenhang standen.¹²⁾ Unter solchen Bedingungen waren Unternehmer nicht mehr bereit, in das Allgemeinwohl zu investieren.

Diese Bruchstelle im Konzept nützt *O. Mayer*, um seine französisch inspirierte Deutung der Konzession in Deutschland einzuführen: Der Konzessionär, so schreibt er, führe ein „Stück öffentlicher Verwaltung“, das ihm der Staat durch einseitigen Verwaltungsakt „verliehen“ hat.¹³⁾ Dieser Akt verschaffe dem Konzessionär zwar kein subjektives öffentliches Recht *gegen* den Staat

⁸⁾ *Wieland* (FN 5) 94, 96; *Pielow* (FN 5) 121 ff; diese Zuordnung änderte sich erst im 20. Jahrhundert, dazu näher *Pielow* (FN 5) 135 ff; *Segalla* (FN 5) 26 ff.

⁹⁾ Alle Zitate aus *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht (1895), Vorwort zur ersten Auflage.

¹⁰⁾ *Wieland* (FN 5) 96 f.

¹¹⁾ *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band II³ (1924) 254 mwN zu den alternativen Positionen.

¹²⁾ S für die Untersuchungen zu diesem Thema die Literaturhinweise bei *O. Mayer* (FN 11) 253 FN 25.

¹³⁾ *O. Mayer* (FN 11) 95, 243, 261.

(das war damals noch schwer vorstellbar)¹⁴⁾, sehr wohl aber ein Recht auf Teilhabe an der Verwaltung, gerade so wie ein ernannter Beamter ein Recht am Amt hat.¹⁵⁾ Wie der Beamte werde auch der Konzessionär staatlich beaufsichtigt;¹⁶⁾ was die beiden trenne, sei allein, dass der Konzessionär „sein Stück öffentlicher Verwaltung eigenen Namens ausübt und zu eigenem Recht“.¹⁷⁾

Die solcherart umschriebenen Konzessionäre nennt *O. Mayer* „beliebene Unternehmer“;¹⁸⁾ sie dürfen, wie *O. Mayer* dem Leser einschärft, keinesfalls mit gewöhnlichen Gewerbetreibenden verwechselt werden, auch wenn diese in Deutschland verwirrenderweise eine „Gewerbekonzession“ erhielten – eine Fehlbezeichnung, so *O. Mayer*, denn wenn der Staat jemandem die Ausübung eines gewöhnlichen Gewerbes erlaubt, übertrage er ihm kein Stück öffentlicher Verwaltung; er stellt nur des Bürgers „natürliche Freiheit wieder her“.¹⁹⁾

Im Unternehmen eines Konzessionärs, also zB in der Eisenbahn oder in der Telegraphenanstalt, erscheine hingegen die „öffentliche Gewalt“,²⁰⁾ die *O. Mayer* – nicht ganz gewaltfrei²¹⁾ – auch als öffentlichen Zweck und Dienst für die Allgemeinheit versteht,²²⁾ um nicht zu sagen als *service public*.²³⁾ Regelmäßig verfügten Konzessionäre zwar über Hoheitsmacht, etwa über Enteignungsrechte, Anstaltspolizei oder das Recht zur Erhebung von Gebühren;²⁴⁾ unabdingbar war das für *O. Mayer* aber nicht: Die Essenz, das Wesen der Konzession sah er im Dienst an der Allgemeinheit, den der Konzessionär erbringt.²⁵⁾

¹⁴⁾ *Wieland* (FN 5) 99 ff. Das galt zumindest, als die erste Auflage des Deutschen Verwaltungsrechts von *O. Mayer* erschien. Im Zeitpunkt der dritten Auflage (1924) war die Vorstellung, dass Staat und Untertan zueinander in einem Subordinationsverhältnis stehen, das subjektive Abwehrrechte ausschließt, eigentlich schon überwunden, wie *Pielow* (FN 5) 422 kritisch vermerkt; s dazu auch *Wieland* (FN 5) 108 ff.

¹⁵⁾ *O. Mayer* (FN 11) 261.

¹⁶⁾ *O. Mayer* (FN 11) 257 ff.

¹⁷⁾ *O. Mayer* (FN 11) 243.

¹⁸⁾ *O. Mayer* (FN 11) 256 ff.

¹⁹⁾ *O. Mayer* (FN 11) 244.

²⁰⁾ *O. Mayer* (FN 11) 95.

²¹⁾ Drastisch meint *E. Kaufmann*, *Otto Mayer*, *VerwArch* 30 (1925) 386, sogar, man empfinde „bei der Lektüre von Otto Mayers Verwaltungsrecht auf jeder Seite, daß das deutsche Verwaltungsrecht in ihm fremden Rationalisierungen vergewaltigt wird“.

²²⁾ *O. Mayer* (FN 11) 250.

²³⁾ Zu den deutlichen Parallelen zwischen öffentlicher Unternehmung und *service public* siehe *Pielow* (FN 5) 408 ff.

²⁴⁾ *O. Mayer* (FN 11) 263 f.

²⁵⁾ Besonders deutlich wird diese Einschätzung, wenn *O. Mayer* (FN 11) 248 die Eisenbahn als jenen Fall nennt, in dem die Konzession „[i]n der großartigsten Weise [...] zur Wirksamkeit gelangt [ist] [...] Die Eisenbahn ist gleich von ihrem ersten Auftreten an und bevor noch besondere gesetzliche Ordnungen und Vorbehalte gemacht worden waren, als ein Unternehmen betrachtet worden, daß der Einzelne [...] nur herstellen und betreiben kann auf Grund einer Verleihung von Seiten des Staates. Daß regelmäßig Enteignung dazu notwendig wurde, gab nur den äußerlichen Grund. Durchschlagend war, daß die Eisenbahn sofort unter den Gesichtspunkt des öffentlichen Verkehrswegs gebracht wurde, der als solcher sein Recht nur vom Staate herleiten kann und nicht nachgeahmt werden darf.“

Dass *O. Mayer* den Staat über Gemeinwohlaufgaben definierte, hatte eine wichtige Konsequenz für das Verhältnis zwischen Konzessionär und Bürger: Es unterfiel in Deutschland traditionell dem Privatrecht, wie *O. Mayer* selbstverständlich wusste; er hielt dies jedoch für eine Übergangserscheinung: Da die öffentliche Gewalt sich nicht in Befehl und Zwang erschöpfe, sei es angemessener, auch nicht-hoheitliches Handeln des Staates öffentlich-rechtlich zu regeln.²⁶⁾ Vereinzelt sei dies auch schon geschehen, und zwar, wie *O. Mayer* am Beispiel der Wasserversorgung zeigt, mit bürgerfreundlichen Folgen:²⁷⁾ Der öffentlich-rechtlich regulierte Wasserversorger musste seine Leistungen für alle Bürger öffnen; die Benutzungsordnung lag nicht in seinem Belieben, sondern wurde vom Staat gemeinwohlverträglich festgesetzt; und die Bürger schuldeten auch kein vertragliches Entgelt, sondern eine behördlich festgesetzte Gebühr. So werde das, prognostizierte *O. Mayer*, in Zukunft mehr und mehr geregelt werden.²⁸⁾

C. ... oder doch nur ein gewöhnlicher Unternehmer?

O. Mayers Versuch, französisches Gedankengut in die deutsche Rechtsordnung zu transplantieren, wurde zunächst positiv aufgenommen,²⁹⁾ vermutlich, weil der Köder verfiel: Dass Konzessionäre ein subjektives öffentliches Recht auf die Beibehaltung ihrer Konzession haben sollten, war willkommen, denn es löste ein praktisches Problem: Solcherart vor staatlichen Zumutungen – der plötzlichen Zurücknahme der Konzession oder der Auferlegung übermäßiger Pflichten – geschützt, waren Unternehmer wieder bereit, in das Allgemeinwohl zu investieren.³⁰⁾

Das Wohlwollen der deutschen Lehre begann allerdings zu schwinden, als sich die heute selbstverständliche Einsicht durchsetzte, dass Bürger auch Rechte gegen den Staat haben können, also nicht erst als Beamte oder Beliehene Teil des Staates werden müssen, um zu einem subjektiven öffentlichen Recht zu kommen.³¹⁾ Das lenkte das Augenmerk auf die beiden Traditionsbrüche in *O. Mayers* Konzessionsmodell und weckte Widerstand:

²⁶⁾ *O. Mayer* (FN 11) 273 ff, insb 274: „[...] die Tätigkeit des Staates für seine Zwecke ist von Natur öffentliche Verwaltung. Die Anwendbarkeit des Zivilrechts ist demgemäß die Ausnahme“ (Hervorhebung im Original); eingehend auch *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band I³ (1924) 115 ff.

²⁷⁾ *O. Mayer* (FN 11) 275 FN 12.

²⁸⁾ *O. Mayer* (FN 11) 276 f mit Bsp in FN 13; dort verweist *O. Mayer* auch auf *F. Fleiner*, der „gläubt schon verallgemeinern zu dürfen: ‚Man kann heute schon behaupten, daß diese Entwicklung auf eine Unterwerfung aller nicht gewerblichen Unternehmungen (Post, Telegraph, Wasserversorgung usw.) des Staates und der öffentlichrechtlichen Verbände unter die Herrschaft des öffentlichen Rechts drängt““.

²⁹⁾ MwN zB *Kormann*, System der rechtsgeschäftlichen Staatsakte (1910) 100, 107 f.

³⁰⁾ *Wieland* (FN 5) 98 f, 109; *Pielow* (FN 5) 422 f; *Storr*, Konfusion um die Konstruktion der Konzession, in FS Stober (2008) 417 (418).

³¹⁾ *Wieland* (FN 5) 110 ff; *Pielow* (FN 5) 423 f mwN; *Martini*, Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung (2008) 41.

Zunächst wandte die Lehre ein, aus dem Gemeinwohlzweck einer Unternehmung folge nicht, dass sie dem Staat vorbehalten, also ein „Stück staatlicher Verwaltung“ sei.³²⁾ Wesensmäßig vorbehalten sei dem Staat allein die Hoheitsmacht: Nur sie könne verliehen werden, und auf sie müsse sich der Begriff der „Beleihung“ auch beschränken.³³⁾

Erlaube der Staat eine gewerbliche Tätigkeit, so „verleihe“ und konzediere er nichts spezifisch Staatliches; er erkenne bloß die den Bürgern zukommende Erwerbsfreiheit an.³⁴⁾ Andernfalls wäre ja die gesamte Wirtschaft dem Staat vorbehalten – eine Position, die im Grundrechtsstaat nicht haltbar ist.³⁵⁾ Der Konzessionär sei daher ein gewöhnlicher Unternehmer, und sein Verhältnis zum Nutzer unterliege selbstverständlich dem Privatrecht,³⁶⁾ welchem Recht denn sonst? Mag der Konzessionär also auch als verquerer Vorbote des subjektiven öffentlichen Rechts nützlich gewesen sein, im Grundrechtsstaat erscheint er vielen als eine überflüssige Figur.³⁷⁾

Das ist im Wesentlichen das Breitbandantibiotikum, das die rechtswissenschaftliche Forschung in jahrzehntelanger Arbeit gegen das *O. Mayersche* Konzept entwickelt hat, und es wirkt – es wirkt nur nicht bei jedem. Nicht alle glauben zB, dass der Staat die Gewalt vollständig bei sich monopolisiert hat und denken etwa an das elterliche Erziehungsrecht, das wir nicht als Beleihung verstehen.³⁸⁾ Ein Stück weit muss sich der Staat also offenbar auch die Gewalt

³²⁾ ZB *E. Kaufmann*, Konzession, in *Fleischmann* (Hrsg), Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, 3. Band (1914) 712, nach dem die Konzession im deutschen Verwaltungsrecht weder ein generelles Institut noch mit den „französischen Wirkungen ausgestattet [...]“ sei; da „die naturrechtlichen Anschauungen der französischen Revolution über den Inhalt der angeborenen Rechte für uns keine Geltung besitzen“, sei es „schlechthin nicht zu entscheiden“, ob behördliche Verfügungen „bereits ‚an sich Gedurftes‘ nur polizeilich ‚erlauben‘, oder ein die ‚natürliche Freiheit‘ übersteigendes ‚Können‘ ‚gewähren‘ [...]. Ob ein Dürfen oder Können vorliegt, könnte höchstens aus der privat- oder verwaltungsrechtlichen Gestaltung des einzelnen Institutes im positiven Recht abgeleitet werden“. Zur späteren Literatur mwN *Pielow* (FN 5) 412 ff.

³³⁾ *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand (1959) 77 ff; *Pielow* (FN 5) 433 f, 459, beide mwN.

³⁴⁾ *Pielow* (FN 5) 423 f, 434, 459.

³⁵⁾ *Pielow* (FN 5) 432; *Storr* (FN 30) 418 f, 430.

³⁶⁾ S schon früh *E. Kaufmann* (FN 32) 712; zur späteren Ablehnung der *O. Mayerschen* „Hypertrophie des öffentlichen Rechts“ in der deutschen Lehre mwN *Pielow* (FN 5) 424 ff. Wie *Rüfner*, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft (1967) 112, bemerkt, hätte *O. Mayers* Konzept die Rechtslage des Konzessionärs zudem verschlechtert, weil es eine privatrechtliche Sicherung beseitigen wollte, ohne an ihre Stelle eine gleichwertige öffentlich-rechtliche Sicherung zu setzen.

³⁷⁾ *Henke*, System und Institute des öffentlichen Rechts der Wirtschaft, DVBl 1983, 982 (987); *Pielow* (FN 5) 458 f; *Martini* (FN 31) 43; mit Einschränkungen auch *Storr* (FN 30) 418 f, und *Rossi/Pfahl*, Grundstrukturen der Konzession im Umwelt- und Infrastrukturrecht, in *Kment* (Hrsg), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht (2016) 1 (5).

³⁸⁾ S den Beitrag von *Hauer* in diesem Band. Für diese Deutung spricht schon, dass das elterliche Erziehungsrecht grundrechtlich garantiert und solcherart im Grundsatz gerade nicht der staatlichen Sphäre zugeordnet wird. Das Anordnungsrecht der Eltern als Beleihung zu deuten, hätte auch unbewältigbare Folgen, müsste der Staat dann

mit den Bürgern teilen. Das gilt erst recht, wenn man Hoheitsmacht nicht auf Befehl und Zwang verengt, sondern sie überdies auf schlichte Hoheitsverwaltung bezieht: Sie ist voll von Handlungen, die Private ebenso gut setzen können wie der Staat. Wenn wir diese Handlungen dennoch dem Staat zurechnen, so geschieht das nicht selten mit Blick auf das öffentliche Interesse, dem diese Handlung dient.³⁹⁾ So keusch und von Gemeinwohlerwägungen befreit wie das Konzept der öffentlichen Gewalt tut, ist es also bei näherem Hinsehen nicht – könnte man sagen.

Umgekehrt trifft gewiss zu, dass ein Unternehmen, das dem Gemeinwohl dient, nicht wesensmäßig dem Staat vorbehalten ist.⁴⁰⁾ Doch ist es dem Staat durchaus erlaubt, sich wirtschaftliche Tätigkeiten vorzubehalten oder für sie Verantwortung zu übernehmen, wenn es dem Gemeinwohl dient:⁴¹⁾ *Das kann*

doch alle Eltern bei der Ausübung ihrer Befehls- und Zwangsgewalt beaufsichtigen. Das wäre nicht nur mit beträchtlichen Eingriffen in das Familienleben verbunden, sondern auch praktisch undurchführbar, weil die dafür erforderlichen Ressourcen nicht in Sicht sind. So scheint die Qualifikation einer Befugnis als öffentlich oder privat auch von quantitativen Faktoren abzuhängen: Das Sprachgefühl sträubt sich ebenso wie der Sinn für das Machbare dagegen, Befugnisse als staatlich einzustufen, die einem großen Teil der Bevölkerung zukommen und die nicht (wie das Wahlrecht) bloß punktuell ausgeübt werden, sondern ständig.

³⁹⁾ S für Österreich mwN *Pöschl*, Private Verwalter als Problem des Allgemeinen Verwaltungsrechts, in FS H. Mayer (2011) 515 (526 ff).

⁴⁰⁾ Zur Ablehnung einer metaphysisch-absolutistischen Begründung von Staatsaufgaben zB *Pielow* (FN 5) 412 f. Die in FN 25 zitierte Passage bei *O. Mayer* liest sich zwar prima vista tatsächlich so, als wären bestimmte Agenden wesensmäßig dem Staat vorbehalten. Bei näherem Hinsehen dürfte *O. Mayer* die Eisenbahn aber dem Staat eher deshalb zugeordnet haben, weil er die dem Gemeingebrauch dienenden Straßen und Wege als öffentliche Sachen ansah. War eine Tätigkeit nicht mit öffentlichen Sachen verbunden, lagen die Dinge für ihn anders. Die Telegraphie könne etwa, wie *O. Mayer* (FN 11) 249 f bemerkt, ebenso gut wie als öffentliches auch als privates Geschäft verrichtet werden. Ob sie dem Staat vorbehalten sei, sei nur dem Gesetz zu entnehmen: Erkläre es die Führung von Telegraphenanstalten zum Regal oder widme es die drahtlose Telegraphie öffentlichen Zwecken und dem Dienst der Allgemeinheit, so sei die Genehmigung dieser Tätigkeit durch einen Privaten eine Konzession, sonst bloß eine Polizeierlaubnis. Jenseits öffentlicher Sachen entschied also auch für *O. Mayer* nicht die Metaphysik, sondern die Gesetzgebung, ob eine Tätigkeit dem Staat vorbehalten bzw als öffentliche Aufgabe anzusehen ist. Bei dem – von *O. Mayer* stark geprägten – *F. Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (1911) 274 f, wird dies besonders deutlich: Er erklärt das Monopol zur Voraussetzung der Konzession und stellt fest, dass ein „*Monopol im Rechtssinne* [...] nur in den Fällen [entsteht], in denen das Gesetz unmittelbar eine bestimmte Tätigkeit dem Staate oder der Gemeinde vorbehält und den Privaten deren Ausübung verbietet“ (Hervorhebungen im Original). Insofern ist die in FN 36 referierte Kritik *E. Kaufmanns*, *O. Mayers* Konzessionskonzept sei von naturrechtlichen Anschauungen der französischen Revolution geleitet, in dieser Schärfe nicht berechtigt. Differenzierter ist die Kritik bei *Pielow* (FN 5) 414, der zu Recht betont, dass *O. Mayer* dem Staat vorbehaltene Unternehmen nicht bloß anhand ihres Gemeinwohlnutzens bestimmt, sondern dafür durchaus auch andere Parameter benannt hat.

⁴¹⁾ Diese durch die Grundrechte vermittelte Gemeinwohlbindung der Gesetzgebung fehlt bei *O. Mayer* – aus der Zeit verständlich – in der Tat; sie bildet aber auch heute keine absolute Schranke. In diesem Sinn halten zB *Rittner/Dreher*, Europäisches

es auch im Grundrechtsstaat geben.⁴²⁾ Setzt der Staat zur Erfüllung dieser – als öffentlich definierten – Aufgabe einen Privaten ein, ist das vielleicht doch etwas anderes, als wenn er jemandem erlaubt, ein Schuhgeschäft zu betreiben und es nach Belieben wieder zu schließen? – könnte man fragen.

D. Konzessionär im Rechtsvergleich

1. Deutschland

Dass man den Konzessionär sehr unterschiedlich einordnen kann, zeigt sich auch im Rechtsvergleich. In Deutschland ist die Konzession ein Wiedergänger: Immer wieder tot gesagt, lebt sie scheinbar länger. Das oben dargelegte Breitbandantibiotikum gegen die Konzession wurde zwar in Deutschland entwickelt – auf hunderten Seiten, von vielen Autoren und selbstverständlich wesentlich subtiler, als es hier zusammengefasst wurde.⁴³⁾ Tatsächlich ist die Konzession aus den deutschen Lehrbüchern auch weitgehend verschwunden⁴⁴⁾ oder nur mit dem Hinweis präsent, dass sie sich nicht wesentlich von einer gewerblichen Polizeierlaubnis unterscheidet.⁴⁵⁾ Und doch tritt in Deutschland immer wieder

und deutsches Wirtschaftsrecht (2008) § 7 Rz 93, fest, dass die Abwehrrechte der wirtschaftlichen Betätigung des Staates zwar Grenzen setze, insb müssten Monopole aufgehoben werden, wenn sie keinem öffentlichen Interesse dienen. Die Berufsfreiheit des Art 12 GG schütze allerdings „nicht vor Konkurrenz [...], auch nicht vor der Konkurrenz des Staates“. Das muss erst recht für mildere Eingriffe gelten, bei denen der Staat eine Wirtschaftstätigkeit ausgewählten Privaten unter staatlicher Aufsicht überträgt.

⁴²⁾ Dementsprechend ist etwa in Schweizer Lehrbüchern regelmäßig zu lesen, dass die Konzession ein staatliches Monopol voraussetze; sodann wird erörtert, unter welchen Bedingungen die Verfassung ein solches Monopol zulässt, zB *Tschentscher/Lienhard*, Öffentliches Recht (2011) Rz 714, 722 ff; *Tschannen/Zimmerli/M. Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2014) § 45 Rz 4 ff. Die Verknüpfung von Monopol und Konzession findet sich bereits bei *F. Fleiner* (FN 40) 274 ff und dürfte durch ihn für die Schweizer Lehre prägend geworden sein.

⁴³⁾ S exemplarisch die Darlegungen bei *Pielow* (FN 5) 411 ff mwN.

⁴⁴⁾ Keine Erwähnung findet die Konzession zB bei *Erichsen/Martens* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht (1979); *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht² (1986); *Götz*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (1997); *Franke*, Allgemeines Verwaltungsrecht der Bundesrepublik Deutschland (1999); *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre⁸ (2009); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁸ (2011); *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹¹ (2014); *Suckow/Weidemann*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁶ (2014); *Deterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht¹⁴ (2016); *Erbguth*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁸ (2016); *Schmidt*, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁹ (2016). *Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in *Ehlers/Pünder* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁵ (2016) § 1 Rz 24 f, und *Burgi*, Verwaltungsorganisationsrecht, in *Ehlers/Pünder* (Hrsg), Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁵ (2016) § 10 Rz 32 ff, erwähnen die Konzession nur im Zusammenhang mit der Dienstleistungskonzession.

⁴⁵⁾ ZB bei *Henke* (FN 37) 986 f; *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht³ (1997) § 9 Rz 2 f; *Pielow* (FN 5) 461 f; *Martini* (FN 31) 43; *J. Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁹ (2015) § 7 Rz 385 ff; ebenso *Malaviya*, Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren (2009) 101, ua gestützt auf § 15 Abs 2 dt GewO, der Erlaubnis, Genehmigung, Konzession und Bewilligung gleichstelle und

jemand auf die Bildfläche, der die Konzession aus der Versenkung holt und anregt, sie nicht zu vergessen oder gar neu zu beleben,⁴⁶⁾ worauf rasch jemand das Wort gegen eine Reanimation dieses Konzepts ergreift.⁴⁷⁾ In der jüngeren Vergangenheit kehrt die Konzession als Unterfall von Public Private Partnership in Gestalt des Konzessionsmodells⁴⁸⁾ und über das Europarecht auch als vergaberechtlich bedeutsame Dienstleistungskonzession wieder⁴⁹⁾ und löst

unter dem Begriff der Zulassung zusammenfasse. In diesem Sinn definiert auch *Weber*, in *Creifelds/Weber* (Hrsg), Rechtswörterbuch²¹ (2014) 759, die Konzession nur mehr als „eine Form der → Gewerbezulassung, bei der bestimmte persönliche und sachliche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, insbes. Befähigung, Zuverlässigkeit bzw. bauliche oder technische Einrichtungen“. Demgegenüber hielt *Stier-Somlo*, Konzessionen, in *Stier-Somlo/Elster* (Hrsg), Handbuch der Rechtswissenschaft, 3. Band (1928) 715 (717), noch fest, dass sich die Konzession von der Polizeierlaubnis „nicht mit aller Sicherheit“ abgrenzen lasse, „weil gewisse Konzessionen eben Polizeierlaubnisse sind, dagegen nicht alle Konzessionen Polizeierlaubnisse“ (Hervorhebung im Original).

⁴⁶⁾ ZB *Wieland* (FN 5) 116 f, der zwar betont, dass die Konzession heute keine Teilhabe an der Ausübung der öffentlichen Gewalt vermittele und daher in ihrem traditionellen Verständnis der Geschichte des Verwaltungsrechts angehöre. Zugleich arbeitet er aber heraus, dass die Konzession weiterhin unterscheidungskräftig sei (117, 224) und Eigenheiten aufweise (224 ff); sie sei namentlich dort ein Handlungsmittel der Verwaltung, wo der Staat knappe Güter verteilt (132). Die Eigenständigkeit der Konzession betont auch *König*, Die öffentlich-rechtliche Verteilungslenkung (1994) 100 ff, insb 105 ff. *Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996) 32, plädiert für eine dogmatische Reaktivierung der Konzession; *Trute*, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen (1996) 167 (202 f), setzt sie ohne Diskussion voraus. Vom Selbststand der Konzession geht implizit auch *Stober*, in *Stober/Kluth* (Hrsg), Verwaltungsrecht II⁷ (2010) § 90 Rz 25 f, aus, wenn er die Beleihung einerseits von der polizeilichen Erlaubnis und andererseits von der Konzession abgrenzt. Auch *Storr/Schröder*, Allgemeines Verwaltungsrecht (2010) Rz 305, grenzen die Konzession von der Beleihung ab und definieren sie als „öffentlich-rechtliche Berechtigung des Privaten, bestimmte staatliche oder kommunale Aufgaben ohne hoheitliche Befugnisse [...] wahrzunehmen“; ebenso wird die Konzession bei *Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht⁴ (2015) Rz 641, in die Mitwirkung Privater an der Erfüllung staatlicher Aufgaben eingereiht und allgemein definiert als „Berechtigung, eine Aufgabe wahrzunehmen“.

⁴⁷⁾ ZB *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe (1999) 282 f; *Pielow* (FN 5) 462 ff; s auch *Martini* (FN 31) 41 ff; *Malaviya* (FN 45) 101.

⁴⁸⁾ ZB *Schulte/Kloos/Apel*, in *Schulte/Kloos* (Hrsg), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht (2016) § 1 Rz 90 f; *Brining*, in *Schulte/Kloos* (Hrsg), Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht (2016) § 5 Rz 97 ff.

⁴⁹⁾ Verstanden als „entgeltliche[r], schriftlich geschlossene[r] Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen, die nicht in der Erbringung von Bauleistungen [...] bestehen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht“ (Art 5 Z 1 lit b Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. 2. 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 2014 94/1 [Konzessions-Richtlinie]). Ab einem bestimm-

abermals gemischte Reaktionen aus: Manche sehen in der Dienstleistungskonzession keinen Nachfahren der (insoweit offenbar erfolgreich verabschiedeten) klassischen Konzession, sondern ein neues Phänomen.⁵⁰⁾ Andere ordnen sie als Fall der Privatisierung ein,⁵¹⁾ wieder andere inspiriert sie abermals, eine Reanimation der Konzession als Rechtsinstitut zu erwägen.⁵²⁾

2. Schweiz

In der Schweiz ist die Konzession kein Wiedergänger, denn sie war nie abgeschrieben, sondern ist seit langem ein lebendiges und geachtetes Konzept, um die Kooperation zwischen Staat und Privaten zu erklären.⁵³⁾ Diesen Status verdankt die Konzession möglicherweise ebenfalls einem wissenschaftlichen Migranten, nämlich *Fritz Fleiner*, der einige Zeit in Deutschland lehrte und von dort *O. Mayers* Gedanken mit gewissen Modifikationen in die Schweiz getra-

ten Vertragswert (Art 8) unterwirft die Konzessions-Richtlinie solche Verträge besonderen Vergaberegeln. Näher und mwN *Nettesheim*, Marktdesign durch EU-Recht: Das Beispiel der Konzessionsvergabe, in *Kment* (Hrsg), Konzessionen im Umwelt- und Infrastrukturrecht (2016) 55 (60 ff).

⁵⁰⁾ ZB *Nettesheim*, Die Dienstleistungskonzession – Privates Unternehmertum in Gemeinwohlverantwortung, EWS 2007, 145; *Ehlers* (FN 44) § 1 Rz 24.

⁵¹⁾ *Burgi*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, Gutachten D für den 67. DJT (2008) D 34 ff, mit dem Hinweis, dass die Dienstleistungskonzession auf „der Ebene des Verwaltungsrechts [...] bislang unterschätzt bzw. übersehen“ wurde (D 37); s auch *Burgi* (FN 44) § 10 Rz 32. *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht¹⁸ (2015) 275, erfasst den Konzessionär in der Rubrik „Wirtschaftsverwaltung unter Einschaltung Privater“ als eigene Figur, allerdings erst seit der 16. Auflage 2008; zuvor beschränkte sich seine Typologie auf Beliehene, Verwaltungshelfer, Inpflichtgenommene, Beauftragte und Akkreditierte, zB *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht¹⁵ (2006) 274 ff.

⁵²⁾ *Storr* (FN 30) 431; s zuvor auch *Burgi*, Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz, NZBau 2005, 610 (611 FN 7 zu *Schmidt-Aßmann*).

⁵³⁾ Sie kommt dementsprechend in der Literatur ganz kontinuierlich vor, s *F. Fleiner*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1923) 474 ff; *F. Fleiner/Giacometti*, Schweizerisches Bundesstaatsrecht (1949) 299 f; *Ruck*, Schweizerisches Verwaltungsrecht³ (1951) 104 ff; *Giacometti*, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Band 1 (1960) 361 ff; *Schwarzenbach*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts⁵ (1973) 151 f; *T. Fleiner*, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts (1977) 150 ff; *Gygi*, Verwaltungsrecht (1986) 195 ff; *Knapp*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1 (1992) 301 ff; *Schwarzenbach-Hanhart*, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts¹¹ (1997) 198 ff; *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann*, Öffentliches Wirtschaftsrecht² (2011) § 16 Rz 30 ff; *Tschentscher/Lienhard* (FN 42) Rz 714 ff; *Mosimann/Völger/Winsky*, Öffentliches Recht² (2012) Rz 18.14 ff; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (FN 42) § 45; *Häfelin/Müller/Uhlmann*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁷ (2016) Rz 2718 ff. Jenseits der Lehrbuchliteratur wird zwar in jüngerer Zeit konstatiert, dass die Konzession in den Infrastrukturbereichen aufgrund der dort einsetzenden Liberalisierung seltener geworden ist bzw dass sie bisweilen in einer Weise ausgestaltet wird, die die Grenzen zur Polizeierlaubnis verwischt; die Berechtigung der Konzession als eigenständige Rechtsfigur wird deshalb aber nicht bezweifelt: *Hettich/Bühler*, Die Konzession als überholte Rechtsfigur? in *Häner/Waldmann* (Hrsg), Die Konzession (2011) 105 (120 ff).

gen hat.⁵⁴⁾ Wenn die Konzession dort rasch und ohne Anpassungsprobleme heimisch wurde, mag dies auch rechtskulturelle Gründe haben. Denn dass sich mit dem *service public* ein Staat machen lässt, ist in der Schweiz – wie im benachbarten Frankreich – kein stoßender Gedanke, im Gegenteil: Die Beleihung wird dort nicht als Übertragung von Hoheitsmacht definiert, sondern als Betrauung mit Verwaltungsaufgaben.⁵⁵⁾ Dazu passt, dass die Grundrechtsbindung in der Schweiz schon bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben einsetzt (Art 35 Abs 2 BV), die zwar jedenfalls die Ausübung von Hoheitsmacht umfasst, über sie aber weit hinausgeht.⁵⁶⁾ Folgerichtig werden auch Beleihung und Konzession in der Schweiz begrifflich nicht völlig auseinander dividiert: Die Konzession existiert dort vielmehr in verschiedensten Spielarten;⁵⁷⁾ bezieht sie sich auf eine wirtschaftliche Tätigkeit, die zum Allgemeinwohl monopolisiert und dem Konzessionär zur Pflicht gemacht wurde, so sehen Teile der Lehre in der Konzession auch die Übertragung einer öffentlichen Aufgabe und damit eine Erscheinungsform der Beleihung.⁵⁸⁾

3. Österreich

Wieder anders verläuft die Entwicklung in Österreich: *O. Mayers* Erklärung der Konzession findet auch hier zunächst durchaus Widerhall. Bis in die frühen 1950er Jahre liest man in österreichischen Verwaltungslehrbüchern, dass der Staat dem Konzessionär ein Stück öffentlicher Verwaltung⁵⁹⁾ bzw staatliche

⁵⁴⁾ *Fritz Fleiner* habilitierte sich 1892 an der Universität Zürich, wurde 1906 nach Tübingen und 1908 nach Heidelberg berufen; dort publizierte er 1911 die „Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts“, die stark von *O. Mayers* Lehren beeinflusst sind, auch im Abschnitt über die Konzession (274 ff). 1915 kehrte *F. Fleiner* an die Universität Zürich zurück und lehrte dort bis 1936. Aus dieser Zeit stammt sein zweites Hauptwerk – das Schweizerische Bundesstaatsrecht (FN 53), das erkennbar von *O. Mayer* geprägt ist; anders als er begreift *F. Fleiner* allerdings im Abschnitt über die Eisenbahnkonzession (474 ff) wie schon in den Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts (278) das Verhältnis zwischen Konzessionär und Nutzer als privatrechtlich. Näher zu *F. Fleiners* Biographie und Wirken *R. Müller*, Verwaltungsrecht als Wissenschaft – Fritz Fleiner 1867–1937 (2006) 5 ff; *Engi*, Fritz Fleiner (1867–1937), ius.full 06/08, 226.

⁵⁵⁾ ZB *Tschannen/Zimmerli/Müller* (FN 42) § 10 Rz 12; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (FN 53) Rz 1821.

⁵⁶⁾ Näher *Schweizer*, in *Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender* (Hrsg), Die schweizerische Bundesverfassung³ (2014) Art 35 BV Rz 34 ff.

⁵⁷⁾ *Waldmann*, Die Konzession: Eine Einführung, in *Häner/Waldmann* (Hrsg), Die Konzession (2011) 1 (8 ff). Die Vielfalt der Phänomene, die unter dem Namen der Konzession firmieren, hat die Schweizer Lehre interessanterweise nie zur Annahme veranlasst, die Konzession taue nicht als eigenständige Rechtsfigur – ein Argument, das sich in der deutschen Literatur immer wieder findet, etwa bei *Burgi*, in diesem Band.

⁵⁸⁾ Siehe zB *Tschannen/Zimmerli/Müller* (FN 42) § 10 Rz 14; *Wiederkehr/Richtli*, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Band II (2014) Rz 1283, 1429; aA *Waldmann* (FN 57) 16, der betont, dass der Konzessionär anders als der Beliehene „gegenüber Dritten nicht als ‚verlängerter Arm der Verwaltung‘, sondern im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko [auftritt]“.

⁵⁹⁾ *Ulbrich*, Lehrbuch des österreichischen Verwaltungsrechts (1904) 27; *Adamovich sen*, Handbuch des Österreichischen Verwaltungsrechts Band I⁵ (1954) 69.

Verwaltungsbefugnisse⁶⁰) verleiht, also ein Unternehmen, das sich der Staat aus Gemeinwohlgründen vorbehalten hat⁶¹) und das mit Hoheitsbefugnissen verbunden sein kann, aber nicht muss.⁶²) Der Konzessionär sei verpflichtet, dieses Unternehmen zu betreiben und stehe dabei unter staatlicher Aufsicht;⁶³) wie bei *O. Mayer* wird der Konzessionär auch in Österreich ein „beliehener Unternehmer“ genannt.⁶⁴) Dieses Narrativ reißt jedoch 1954 plötzlich ab, und zwar im Allgemeinen Verwaltungsrecht von *Antoniolli*: Er löst die Verbindung von beliebten Unternehmen und Konzessionären und umschreibt erstere als Private, die zur Besorgung öffentlicher Angelegenheiten berufen und dadurch in die öffentliche Verwaltung eingegliedert sind; als einziges Beispiel nennt er die – mit Hoheitsbefugnissen beliehene – Nationalbank.⁶⁵) Die Konzession kommt bei *Antoniolli* nur mehr als eine Form der verwaltungsrechtlichen Verfügung vor. Sie verleihe ein Recht, das der Partei bisher nicht zugestanden war⁶⁶) – das erinnert noch leise an dem Staat vorbehaltene Rechte; als Beispiel nennt *Antoniolli* dann aber just die Gewerbekonzession, die auch in Österreich eine Fehlbezeichnung war, weil die meisten Tätigkeiten, die der GewO unterliegen, ganz gewöhnliche Gewerbe sind.⁶⁷) Wie von Zauberhand verschwindet nun die Konzession sukzessive aus den Lehrbüchern des Verwaltungsrechts,⁶⁸) ebenso

⁶⁰) *Herrnritt*, Österreichisches Verwaltungsrecht (1925) 28 f.

⁶¹) *Ulbrich* (FN 59) 28; *Adamovich sen* (FN 59) 68 f.

⁶²) *Adamovich sen* (FN 59) 69.

⁶³) *Ulbrich* (FN 59) 27; *Adamovich sen* (FN 59) 69 f.

⁶⁴) *Ulbrich* (FN 59) 27; *Adamovich sen* (FN 59) 67 ff.

⁶⁵) *Antoniolli*, Allgemeines Verwaltungsrecht (1954) 186 f.

⁶⁶) *Antoniolli* (FN 65) 204.

⁶⁷) Das galt schon für die GewO 1859, näher *Pöschl*, System der Gewerbeordnung (2016) Rz 114.

⁶⁸) Eine seltene Ausnahme ist *Wenger*, Die öffentliche Unternehmung (1969) 558 ff, der die „konzessionierte Unternehmung“ noch im zuvor tradierten Sinn erläutert. *Puck*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch juristische Personen des Privatrechts, die von der öffentlichen Hand beherrscht werden, in *Wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* (Hrsg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ / 1974) 9 (13 FN 16), spricht zwar noch von Konzessionären, merkt aber bereits an, dass *Adamovich sen* (FN 59) sie „in Abweichung vom üblichen Sprachgebrauch als beliehene Unternehmungen bezeichnet“. Nur als historische Reminiszenz erwähnt die Konzession *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 (68). Als Konzept der Mitwirkung Privater an staatlichen Aufgaben wird die Konzession hingegen nicht mehr erwähnt bei *Rill*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte. Einleitung, in *Wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* (Hrsg), Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Privatrechtssubjekte (oJ / 1974) 5; *Koja*, Die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private, in *Rill* (Red), Allgemeines Verwaltungsrecht – FS Antonioli (1979) 439; *Funk*, Allgemeine verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Probleme, in *Funk* (Hrsg), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte (1981) 1 ff; *Adamovich/Funk*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1987); *Binder*, Wirtschaftsrecht² (1999); *Baumgartner*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2003); *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, Österreichisches Staatsrecht, Band 4: Allge-

wie das beliehene Unternehmen.⁶⁹⁾ Der Rest ist bekannt: Der Begriff der Beleihung ist reserviert für die Übertragung von Hoheitsmacht, die keineswegs nur Unternehmen verliehen werden kann. Die Konzession kommt in österreichischen Lehrbüchern, wenn überhaupt, dann nur mehr als Synonym für die polizeiliche Erlaubnis vor.⁷⁰⁾ Anders als in Deutschland ist das aber ohne jede Diskussion passiert: Der Konzessionär wurde in Österreich nie totgesagt, er ist still gestorben.

II. Konzession im (österreichischen) Besonderen Verwaltungsrecht

Tot ist die Konzession allerdings nur in den Lehrbüchern. Im Unterschied zu Beleihung, Verwaltungshilfe und Inpflichtnahme, die reine Geschöpfe der Lehre sind, kommt die Konzession nämlich auch in Gesetzen vor, und zwar bemerkenswert unverdrossen: Je länger die Konzession aus den Lehrbüchern verschwunden ist, desto höher ist ihre Trefferzahl im Rechtsinformationssystem des Bundes (ris).⁷¹⁾ Das lädt ein nachzusehen, wie die Gesetzgebung diesen Begriff verwendet, insb unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtsfolgen sie wirtschaftliche Tätigkeiten konzessioniert und ob sich daraus ein einheitliches Bild ergibt.

meine Lehren des Verwaltungsrechts (2009); *Kneihls*, Verfassungs- und Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013); *Weber/Kahl*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁵ (2015). *Holoubek*, in *Holoubek/Grabenwarter* (Hrsg), Verfassungsrecht – Allgemeines Verwaltungsrecht³ (2016) Rz 868, nennt die Konzession hingegen wieder im Zusammenhang mit Public Private Partnership.

⁶⁹⁾ Private, denen Hoheitsmacht übertragen ist, werden nur mehr vereinzelt „beliehene Unternehmer“ genannt, etwa bei *Binder* (FN 68) Rz 0874 ff. Ausgehend von diesem Begriffsverständnis weist allerdings schon *Schäffer* (FN 68) 71 richtig darauf hin, dass mit Hoheitsmacht „nicht bloß Unternehmen und Verbände, sondern auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts beliehen werden können“, weshalb treffender nur von „Beliehenen“ zu sprechen sei. Diese Terminologie hat sich auch durchgesetzt; den Begriff des beliehenen Unternehmers verwenden – abgesehen von *Binder* – unter den in FN 68 erwähnten Autoren nur noch *Koja* (FN 68) 442; *Adamovich/Funk* (FN 68) 328 und *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank* (FN 68) 48, auch sie aber nur, um sich wie *Schäffer* von diesem Begriff zu distanzieren.

⁷⁰⁾ *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 541 f; *Stöger*, Konzession, in *H. Mayer* (Hrsg), Fachwörterbuch zum öffentlichen Recht (2003) 281, der gestützt auf *Raschauer*, Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ (2013) Rz 929 festhält: „Ob man eine Genehmigung nun aber als ‚Konzession‘ oder anders bezeichnet, macht nach heute hA keinen Unterschied.“

⁷¹⁾ Für die Rechtslage am 1. 1. 1950 ergibt die Suche nach „*Konzession*“ in der Rubrik Bundesgesetz 19 Treffer und die Suche nach „*Concession*“ 10 Treffer. Dieselben Suchanfragen ergeben für 1. 1. 1960 35 bzw 10 Treffer; für 1. 1. 1970 38 bzw 10 Treffer; für 1. 1. 1980 305 bzw 10 Treffer; für 1. 1. 1990 430 bzw 11 Treffer; für 1. 1. 2000 370 bzw 10 Treffer; für 1. 1. 2010 422 bzw 9 Treffer und für 1. 12. 2016 608 bzw 9 Treffer.

A. Einfachgesetzliche Konzessionen

Von Konzessionen spricht die österreichische Gesetzgebung im Verkehrsrecht,⁷²⁾ im Recht der Post,⁷³⁾ der Energie,⁷⁴⁾ der Apotheker,⁷⁵⁾ der Finanzdienstleistungen⁷⁶⁾ und – manchmal nahe dran – beim Glücksspiel⁷⁷⁾: Das sind, abgesehen von letzterem, die Felder, in denen uns Konzessionäre seit jeher begegnen, in Frankreich würde man großteils sagen: Das ist *service public*, in der Schweiz spricht man von Grundversorgung,⁷⁸⁾ in Deutschland und Österreich von Daseinsvorsorge, und Art 106 Abs 2 AEUV nennt dies Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse und fügt noch Finanzmonopole hinzu, in die man wohl auch das Glücksspiel einreihen kann – eine wichtige Geldquelle für den Staat, von bösen Zungen auch „Idiotensteuer“ genannt.

Ob die Beziehung zwischen Konzessionär und Staat hoheitlich ist oder privatrechtlich, war, wie erwähnt,⁷⁹⁾ lange umstritten. Das positive Recht ficht das nicht an; es ermöglicht beides. Nach den genannten Gesetzen werden Kon-

⁷²⁾ §§ 14 ff Eisenbahngesetz 1957 (EisbG), BGBl 1957/60 idF BGBl I 2015/137; §§ 2 ff Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996 (GelverkG), BGBl 1996/112 idF BGBl I 2014/63; §§ 2 ff Güterbeförderungsgesetz 1995 (GütbefG), BGBl 1995/593 idF BGBl I 2013/96; § 1 Abs 3, §§ 2 f Kraftfahrliniengesetz (KfllG), BGBl I 1999/203 idF BGBl I 2016/79; §§ 3 ff Rohrleitungsgesetz (RohrleitungsG), BGBl 1975/411 idF BGBl I 2011/138; §§ 75 ff Schifffahrtsgesetz (SchFG), BGBl I 1997/62 idF BGBl I 2015/61; §§ 21 ff Seilbahngesetz 2003 (SeilbG 2003), BGBl I 2003/103 idF BGBl I 2012/40.

⁷³⁾ §§ 26 ff Postmarktgesetz (PMG), BGBl I 2009/123 idF BGBl I 2015/134.

⁷⁴⁾ § 42 Elektrizitätswirtschafts- und -organisationsgesetz 2010 (EIWOG 2010), BGBl I 2010/110 idF BGBl I 2013/174 sowie die Ausführungsgesetze der Länder; § 85 Gaswirtschaftsgesetz 2011 (GWG 2011), BGBl I 2011/107 idF BGBl II 2015/226; § 31 Ökostromgesetz 2012 (ÖSG 2012), BGBl I 2011/75.

⁷⁵⁾ §§ 9 ff Apothekengesetz (ApG), RGBl 1907/5 idF BGBl I 2016/103.

⁷⁶⁾ §§ 4 ff Alternative Investmentfonds Manager-Gesetz (AIFMG), BGBl I 2013/135 idF BGBl I 2016/73; §§ 2 f Börsegesetz 1989 (BörseG), BGBl 1989/555 idF BGBl I 2016/76; §§ 4 f Bankwesengesetz (BWG), BGBl 1993/532 idF BGBl I 2016/50; § 1 Abs 1 und § 5 Bausparkassengesetz (BSpG), BGBl 1993/532 idF BGBl I 2013/184; §§ 3 f E-Geldgesetz 2010 (E-GeldG), BGBl I 2010/107 idF BGBl I 2015/68; § 5 f Investmentfondsgesetz 2011 (InvFG 2011), BGBl I 2011/77 idF BGBl I 2016/76; §§ 5 f Zahlungsdienstegesetz (ZaDiG), BGBl I 2009/66 idF BGBl I 2015/68.

⁷⁷⁾ §§ 14, 21 Glücksspielgesetz (GSpG), BGBl 1989/620 idF BGBl I 2015/118; die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität des dieser Konzession zugrunde liegende Glücksspielmonopols wird zwar immer wieder bezweifelt. Nach der Rsp des EuGH ist ein solches Monopol aber mit Art 56 AEUV vereinbar, wenn es dem wahren Anliegen des Gesetzgebers entspricht, das Glücksspiel zurückzudrängen und die damit verbundene Kriminalität hintanzuhalten (EuGH 30. 4. 2014, *Pfleger ua*, C-390/12). Ob diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist nicht statisch für den Zeitpunkt der Gesetzeserlassung zu prüfen, sondern dynamisch, sodass auch spätere Entwicklungen zu berücksichtigen sind (EuGH 30. 6. 2016, *Admiral Casinos & Entertainment AG*, C-464/15). Die Annahme des LVwG OÖ, das GSpG erfülle diese Anforderungen nicht mehr, teilt der VfGH nicht (16. 3. 2016, Ro 2015/17/0022). Auch der VfGH hat das Glücksspielmonopol jüngst als unbedenklich qualifiziert (15. 10. 2016, E 945/2016 ua).

⁷⁸⁾ Vgl Art 43a Abs 4 BV.

⁷⁹⁾ FN 11.

zessionen überwiegend mit Bescheid verliehen;⁸⁰⁾ doch kann der Staat die Erbringung von Gemeinwohlleistungen auch vertraglich an Private übertragen.⁸¹⁾ Als Instrumente nähern Bescheid und Vertrag sich ohnedies an: Hier wie dort muss vorher klar sein, nach welchen Kriterien eine Konzession vergeben wird; keinesfalls darf der Staat die Bewerber diskriminieren; seine Entscheidung muss zudem transparent und nachprüfbar sein.⁸²⁾ Erlässt er einen Bescheid, kann er den Konzessionsantrag mit Nebenbestimmungen modifizieren,⁸³⁾ also gewissermaßen zum Angebot des Konzessionärs ein Gegenangebot machen, über das dieser wiederum durch neue Anträge nachverhandeln kann;⁸⁴⁾ so lässt sich ein

⁸⁰⁾ § 9 ApG; § 2 Abs 2 und 3 BörseG; § 14a, § 16b EisbG; § 14 Abs 4, § 21 Abs 7 GSpG; § 85 Abs 2 GWG 2011; § 19 KfLG; § 9 RohrleitungsG; für die Verteilernetzbetreiber der Elektrizitätswirtschaft s zB § 57 Abs 1 Wiener Elektrizitätswirtschaftsgesetz 2005 (WelWG 2005), LGBI 2005/46 idF LGBI 2014/51; § 31 Abs 2, § 33 Abs 1 ÖSG 2012. Ausnahmsweise kommt auch die Verleihung ex lege vor, nämlich in § 12 Abs 1 PMG: Dort wird die Österreichische Post als Universaldienstbetreiber benannt, der wiederum nach § 26 Abs 2 PMG als Betreiber eines konzessionierten Postdienstes gilt.

⁸¹⁾ ZB in Form der sog Dienstleistungskonzession.

⁸²⁾ Das ergibt sich bei bescheidmäßiger Verleihung aus dem subjektiven Recht des Konzessionswerbers, dass sein Antrag aufgrund eines ordnungsgemäßen Verfahrens nur unter den gesetzlichen Voraussetzungen und mit ausreichender Begründung abgewiesen wird (§§ 37 ff, § 58 Abs 2 AVG); bei vertraglicher Vergabe von Dienstleistungen folgt dies ab einem bestimmten Schwellenwert aus dem Vergaberecht (§ 11, § 177 Bundesvergabegesetz 2006 – BVerG 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 2016/7), teils aus Sekundärrecht, im Übrigen aus der primärrechtlichen Pflicht zu Transparenz, Gleichbehandlung, Diskriminierungsfreiheit und einem Rechtsschutzminimum (EuGH C-324/98, *Teleaustria*, Slg 2000 I-10745, Rz 60 ff; C-231/03, *Coname*, Slg 2005 I-7287, Rz 16; C-458/03, *Parking Brixen*, Slg 2005 I-8585, Rz 46 ff; C-91/08, *Wall*, Slg 2010 I 2815, Rz 33). IdS verlangt etwa § 14 Abs 1 GSpG, dass der bescheidmäßigen Konzessionserteilung „eine öffentliche Interessensuche voranzugehen [hat], welche den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung zu entsprechen hat.“ Nach § 31 Abs 3 ÖSG 2012 sind bei einer Neuvergabe der (bescheidmäßig zu verleihenden) Konzession die Bestimmungen über die Ausschreibung von Dienstleistungskonzessionen anzuwenden.

⁸³⁾ ZB § 2 Abs 3 BörseG; § 42 Abs 3 EIWOG 2010 und § 57 Abs 3 WelWG; § 14 Abs 4, § 21 Abs 7 GSpG; § 85 Abs 2 GWG 2011; § 16 KfLG; § 31 Abs 2, § 33 Abs 1 ÖSG 2012; § 12 Abs 1 PMG; § 9 Z 5 und 6 iVm § 5 f RohrleitungsG.

⁸⁴⁾ Dass die Grenzen zwischen hoheitlichem Verwaltungsakt und Vertrag gerade bei der Konzession fließend sind, hält für das Schweizer Recht schon *Giacometti* (FN 53) 360 ff fest: Der Behörde sei bei der Verleihung von Konzessionen Ermessen eingeräumt, und zwar nicht nur hinsichtlich der Verleihung selbst, sondern auch hinsichtlich der konkreten Rechte und Pflichten, die dem Konzessionsinhaber erwachsen. Hänge die konkrete Ausgestaltung der Konzession von reinen Zweckmäßigkeitfragen ab, die die Behörde nur nach Anhörung des Konzessionswerbers beantworten könne, werde „über diesen weiteren Inhalt der Verfügung zwischen Behörde und Gesuchsteller verhandelt. [...] Es liegt dann nahe, [...] in den auf derartigen Verhandlungen beruhenden Verfügungen [...] vertragliche Elemente zu erblicken, oder einzelne solcher Verfügungen sogar als öffentlichrechtliche Verträge zu konstruieren“ (361). Tatsächlich sieht die Judikatur bis heute ein Wesensmerkmal der Konzession darin, dass sie – anders als die Bewilligung – teils vertragsähnlichen Charakter, dh einen hoheitlich und einen vertraglich begründeten Teil hat, mwN *Wiederkehr/Richli* (FN 58) Rz 1276, 1300 ff. In der Lehre ist die rechtliche Einordnung der Konzession zwischen Verfügung und öffentlich-rechtlichem Vertrag nach wie vor strittig, s zB *Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann* (FN 53)

Mittelweg finden zwischen dem Gewinnstreben des Konzessionärs und dem Allgemeininteresse, dem die Konzession dienen soll.⁸⁵⁾

Was der Konzessionär in Österreich dann letztlich bekommt, ist altmodisch gesprochen ein *Vorrecht*; europäisch gesagt: ein besonderes oder ausschließliches Recht.⁸⁶⁾ Meist ist das eine wettbewerbsrechtlich privilegierte Stellung am Markt, die den Konzessionär vor Konkurrenz schützt, sei es, weil weitere Unternehmer nur bei Bedarf zum Markt zugelassen werden;⁸⁷⁾ sei es, weil die Zahl der zu vergebenden Berechtigungen begrenzt ist,⁸⁸⁾ oder weil Dritten ex lege während der Konzessionsdauer keine Tätigkeit gestattet werden darf, die den Konzessionär unzumutbar konkurrenziert.⁸⁹⁾ Oft besteht dieser Konkurrenzschutz auch nur in einem bestimmten Revier, das dem Konzessionär als Versorgungsgebiet zugewiesen ist; dort ist dann zB der Apotheker für die Heilmittelversorgung der Bevölkerung zuständig.⁹⁰⁾ Vorrechte können Konzessionäre auch insofern erhalten, als der Staat ihre Finanzierung unterstützt, meist indem er die Nutzer verpflichtet, den Konzessionär für seine Dienste zu bezahlen,⁹¹⁾ vereinzelt indem er andere Marktteilnehmer zu Kostenbeiträgen verpflichtet.⁹²⁾

§ 16 Rz 40; *Waldmann* (FN 57) 17 ff; *Tschannen/Zimmerli/Müller* (FN 42) § 45 Rz 25; *Häfelin/Müller/Uhlmann* (FN 53) Rz 2720.

⁸⁵⁾ *Wieland* (FN 5) 133.

⁸⁶⁾ Art 106 Abs 1 AEUV.

⁸⁷⁾ Eine Bedarfsprüfung normieren explizit § 10 ApG und § 5 Abs 1 Z 5 Rohrleitungsg; implizit besteht ein Bedarfserfordernis auch nach § 23 Abs 1, § 24 Z 9 und 11, § 28 Abs 2 SeilbG.

⁸⁸⁾ § 14 Abs 6 dritter Satz GSpG (höchstens eine Konzession) und § 21 Abs 5 GSpG (höchstens 15 Konzessionen); § 86 Abs 1 Z 2 GWG (ein Bilanzgruppenkoordinator pro Marktgebiet); § 54 Abs 2 Z 2 WelWG 2005 (ein Verteilernetzbetreiber pro Gebiet); § 31 Abs 1 und § 33 Abs 3 ÖSG (eine Ökostromabwicklungsstelle im Bundesgebiet). Das BörseG begrenzt die Zahl der Konzessionen zwar nicht; seit die Aufgaben der vormaligen Wiener Börsekammer aufgrund der Nov BGBl I 1998/11 auf die Wiener Börse AG übergegangen sind, ist diese jedoch das einzige Börseunternehmen in Österreich.

⁸⁹⁾ § 18a EisbG; § 96 SeilbG; ebenso § 7 Abs 1 Z 4 lit b und c KfIG, wonach eine Konzession nicht erteilt werden darf, wenn der Konzessionswerber bestehende Verkehrsunternehmen bei der Erfüllung ihrer Verkehrsaufgaben ernsthaft gefährden könnte, was *Resch/Pürgv*, Verkehrsrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht³, Band I (2013) 889 (1005) für unionsrechtlich bedenklich halten. Nach § 30 Rohrleitungsg sind Vorhaben, die den Betrieb einer Rohrleitungsanlage beeinträchtigen können, bewilligungspflichtig.

⁹⁰⁾ §§ 9 f ApG; s ferner § 12 iVm § 85 Abs 1 GWG 2011, wonach dem Bilanzgruppenkoordinator eine Konzession für ein Marktgebiet erteilt wird; § 14 KfIG, wonach Verkehrsunternehmen ein Verkehrsbereich zugewiesen ist, in dem sie ihre Aufgaben erfüllen und darin durch neue Verkehrsunternehmer nicht ernsthaft gefährdet oder beeinträchtigt werden sollen; § 12 Abs 1 PMG, wonach der Universaldienst bundesweit zu erbringen ist, aber auch nach Regionen oder Leistungen auf mehrere Universaldienstleister aufteilt werden kann; § 31 Abs 1 ÖSG 2012, wonach die Konzession für die Ökostromabwicklungsstelle für das gesamte Bundesgebiet zu erteilen ist.

⁹¹⁾ ZB § 18 Z 2 BörseG; § 31 Abs 1 KfIG; §§ 45 ff (Ökostrompauschale) und § 48 f (Ökostromförderbetrag) ÖSG 2012.

⁹²⁾ § 14 Abs 2 PMG, wonach die Betreiber von konzessionierten Postdiensten ohne Universaldienstpflichten ab einem bestimmten Jahresumsatz zu einem Ausgleichsfonds beizutragen haben, aus dem die Kosten des Universaldienstleisters finanziert werden.

selten auch durch direkte staatliche Zuschüsse.⁹³⁾ Punktuell verleiht die Behörde dem Konzessionär auch Hoheitsbefugnisse, etwa Enteignungs- und Duldsrechte zugunsten des Eisenbahnunternehmens;⁹⁴⁾ Börseunternehmen sind ermächtigt, Wertpapiere, Emissionsprogramme, Finanzinstrumente und Verkehrsgegenstände zum Handel zuzulassen.⁹⁵⁾ Die Ökostromabwicklungsstelle überwacht die Einhaltung der Pflichten der Anlagenbetreiber und ist bei Pflichtverletzungen berechtigt, die Zahlung der Einspeisetarife auszusetzen.⁹⁶⁾ Glücksspielkonzessionäre sind ermächtigt, Ausweiskontrollen durchzuführen und Identitätsdaten jahrelang zu speichern;⁹⁷⁾ das Betriebspersonal von Seilbahnbetreibern darf Fahrgästen Anordnungen erteilen,⁹⁸⁾ Eisenbahnaufsichtsorgane sind sogar ermächtigt, Personen festzunehmen.⁹⁹⁾

Mindestens ebenso schwer wie diese Vorrechte wiegen die *Gemeinwohlpflichten*, die dem Konzessionär im Gegenzug auferlegt werden, allen voran die Betriebspflicht: Das Unternehmen zu betreiben, ist nicht nur das Recht des Konzessionärs, es wird ihm auch zur Pflicht, wenn man so will, zur Aufgabe gemacht.¹⁰⁰⁾ Apotheker müssen sogar turnusmäßig Tag und Nacht in Bereitschaft oder doch zumindest rasch erreichbar sein¹⁰¹⁾ und ausreichend Vorräte halten, damit die Bevölkerung jederzeit mit Heilmitteln versorgt ist.¹⁰²⁾ Eben weil sie wichtige Aufgaben für die Allgemeinheit erfüllen, dürfen Konzessionäre ihren Dienst meist auch nicht einfach quittieren: Sie haben Betriebseinstellungen oder -unterbrechungen rechtzeitig zu melden, damit der Staat für Ersatz sorgen kann.¹⁰³⁾ Teils ist die vorübergehende oder dauernde Einstellung des Betriebs bewilligungspflichtig¹⁰⁴⁾ oder erst erlaubt, wenn zuvor ein anderes Unternehmen die Aufgaben des Konzessionärs übernommen hat;¹⁰⁵⁾ bei der Eisenbahn behält sich der Bund sogar ein Einlösungsrecht vor.¹⁰⁶⁾ Manche Konzessionäre sind überdies verpflichtet, eine Konzessionsabgabe zu leisten, die bei Glücks-

⁹³⁾ §§ 24 ff Öffentliches Personennah- und Regionalverkehrsgesetz (ÖPNRV-G) 1999, BGBl I 1999/204 idF BGBl I 2015/15.

⁹⁴⁾ § 18b EisbG; s auch §§ 27 ff RohrleitungsG; § 97 SeilbG sowie § 12 Abs 3 PMG (unentgeltliche und bewilligungsfreie Inanspruchnahme öffentlichen Gutes für die Baulichkeiten, die ein effizienter flächendeckender Universaldienst erfordert).

⁹⁵⁾ §§ 64 ff BörseG.

⁹⁶⁾ § 37 Abs 1 Z 6 ÖSG 2012.

⁹⁷⁾ § 25 Abs 1 GSpG.

⁹⁸⁾ § 87 Abs 1 und § 106 SeilbG.

⁹⁹⁾ § 30 Abs 3 EisbG.

¹⁰⁰⁾ § 13 ApG und § 1 Abs 1 Apothekenbetriebsordnung 2005 (ABO 2005), BGBl II 2005/65 idF BGBl II 2016/5; § 19 EisbG; § 40 Z 1, § 45 Z 6 ElWOG 2010 sowie die Ausführungsgesetze der Länder, zB § 38 Abs 1 Z 1 WelWG; § 87 GWG 2011; § 20 Abs 1 Z 1 KfLG; § 37 ÖSG 2012; §§ 6 ff und 16 ff PMG; § 14 RohrleitungsG.

¹⁰¹⁾ § 8 Abs 2–8 ApG sowie zB die V des Magistrates der Stadt Wien über die Betriebszeiten und den Bereitschaftsdienst der öffentlichen Apotheken in Wien, ABl 2013/9 idF ABl 2016/25.

¹⁰²⁾ § 4 ABO 2005.

¹⁰³⁾ § 13 ApG; § 7 Abs 5 und 6 PMG.

¹⁰⁴⁾ § 28 EisbG; § 24 KfLG; § 90 SeilbG.

¹⁰⁵⁾ § 5 Abs 3 BörseG; § 35 Abs 3 ÖSG 2012.

¹⁰⁶⁾ § 40b EisbG.

spielunternehmen, wie man sich denken kann, besonders saftig ist.¹⁰⁷⁾ Diese Unternehmen müssen außerdem aufmerksam verfolgen, ob Spielgäste der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung verdächtig sind und suspekte Vorfälle unverzüglich der Behörde melden.¹⁰⁸⁾

Neben diesen Gemeinwohlpflichten treffen Konzessionäre *grundrechtsähnliche Bindungen*, nicht von ungefähr: Ihre wettbewerbsrechtlich privilegierte Position verschafft ihnen Macht dem Nutzer gegenüber, der schwer oder gar nicht auf andere Anbieter ausweichen kann. Deshalb unterliegen Konzessionäre meist schon ex lege einem Kontrahierungszwang;¹⁰⁹⁾ fehlt er im Gesetz, nimmt die Judikatur einen solchen Zwang freihändig an.¹¹⁰⁾ Manche Gesetze schützen die Nutzer zusätzlich, indem sie Konzessionären Diskriminierungen verbieten, sie zu Gleichbehandlung¹¹¹⁾ und manchmal auch zu Verschwiegenheit über persönliche Daten verpflichten.¹¹²⁾ Auch Preise und Geschäftsbedingungen dürfen Konzessionäre nicht nach Belieben festsetzen: Beides ist entweder gesetzlich¹¹³⁾ bzw. behördlich vorgegeben¹¹⁴⁾ oder einer staatlichen Stelle zumindest zur Genehmigung oder Kenntnisnahme vorzulegen.¹¹⁵⁾ Insgesamt erinnern diese

¹⁰⁷⁾ § 17 GSpG.

¹⁰⁸⁾ § 25 Abs 6–8 GSpG.

¹⁰⁹⁾ § 14 Abs 2 (Börsemitgliedschaft), § 20 Abs 1 (Börsebesuch) BörseG; §§ 11 und 25 Eisenbahn-Beförderungs- und Fahrgastrechtegesetz (EisBFBG), BGBl I 2013/40 (Beförderungspflicht); § 15, § 45 Z 2 und 3, § 75, § 77 EIWOG 2010 iVm den Ausführungsgesetzen der Länder, zB § 38 Abs 1 Z 8 und § 40 WelWG (Anschluss- und Gewährleistungspflicht); § 20 Abs 1 Z 2 KfG (Beförderungspflicht); §§ 12 ff und § 31 ÖSG 2012 (Kontrahierungspflicht zu festgelegten Einspeis- bzw. Marktpreisen); § 19 PMG (Universaldienst); § 6 Rohrleitungsg (Beförderungspflicht).

¹¹⁰⁾ S nur OGH 31. 1. 2002, 6 Ob 48/01d, wonach Casinos ein Kontrahierungszwang trifft, dies obwohl nach § 25 Abs 2 GSpG die Spielbankleitung „Personen ohne Angabe von Gründen vom Besuch der Spielbank ausschließen“ kann; dazu *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 879 (2015) Rz 178 und *Rummel in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2015) § 861 Rz 26. Auch rechtsvergleichend zeigt sich, dass die typischen Begleiterscheinungen der Konzession – Monopol, besondere Bedeutung der Bedürfnisbefriedigung, Übernahme öffentlicher Aufgaben – Gerichte schon seit langem veranlassen, einen Kontrahierungszwang anzunehmen; in Frankreich knüpften die Gerichte den Kontrahierungszwang sogar direkt an die Konzession, s mwN *Busche*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang (1999) 162 ff.

¹¹¹⁾ § 13 Abs 3 BörseG; § 22 Abs 5 Satz 2 EisB und § 12 Abs 4, § 19 Abs 1 2. Halbsatz EisBFBG; § 45 Z 20 EIWOG iVm den Ausführungsgesetzen der Länder, zB § 33 und § 38 Abs 1 Z 6 WelWG; § 9 GWG 2011; § 20 Abs 1 Z 3 KfG; § 6 Abs 5, § 21 Abs 1 und 2 PMG.

¹¹²⁾ ZB § 19 ABO; § 11 EIWOG 2010; § 11 GWG 2011; § 5 PMG.

¹¹³⁾ §§ 22a und 23 EisB iVm EisBFBG.

¹¹⁴⁾ § 7 ApG iVm Österreichische Arzneitaxe 1962, BGBl 1962/128 idF BGBl II 2016/141 sowie §§ 11, 18 f ABO 2005; § 46 Abs 1 Z 4 KfG iVm V BMVIT über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Kraftfahrlinienverkehr (KfL-Bef Bed) BGBl II 2001/47 idF BGBl II 2011/431; § 49 EIWOG 2010 iVm Systemnutzungsentgelte-V 2012 (SNE-VO 2012), BGBl II 2011/440 idF BGBl II 2016/357; § 89 GWG 2011 iVm Erdgas-Clearingentgelt-V 2016, BGBl II 433/2015; §§ 18 ff ÖSG 2012 iVm Ökostrom-Einspeisetarif 2016 (ÖSET-VO 2016), BGBl II 2015/459.

¹¹⁵⁾ § 13 BörseG (bewilligungspflichtige AGB und Gebührenordnungen); § 47 EIWOG 2010 (bewilligungspflichtige Allgemeine Netzbedingungen); § 22b und § 78b

Bindungen stark an die Prophezeiung *O. Mayers*,¹¹⁶⁾ das Verhältnis zwischen Nutzer und Konzessionär werde dereinst öffentlich-rechtlich ausgestaltet sein, mit einer Öffnung der Dienstleistungen für alle, Gebühren statt vertraglichen Preisen und behördlich bestimmten Betriebsbedingungen.

Ob Konzessionäre ihre vielfältigen Pflichten erfüllen, hat der Staat auf das Genaueste zu *beaufsichtigen*: Er kann regelmäßig in ihre Geschäftsunterlagen Einschau nehmen,¹¹⁷⁾ von ihnen Auskunft verlangen,¹¹⁸⁾ manchmal werden Notare bestellt, die der Behörde berichten müssen,¹¹⁹⁾ bisweilen auch Staatskommissäre in den Betrieb entsendet,¹²⁰⁾ Aufträge zur Behebung von Leistungsmängeln erteilt¹²¹⁾ und im Notfall sogar interimistisch Betriebsleiter oder Verwalter eingesetzt.¹²²⁾

Rechtsstreitigkeiten zwischen Konzessionär und Nutzer sind zwar an sich im ordentlichen Rechtsweg auszutragen. Da dies für die Nutzer riskant und teuer sein kann, ist hier aber oft eine behördliche Streitbeilegung vorgeschaltet;¹²³⁾ manche Konzessionäre müssen sogar ein unternehmenseigenes Beschwerdemanagement einrichten.¹²⁴⁾ Damit Schäden verlässlich gedeckt sind, müssen viele Konzessionäre zudem eine Haftpflichtversicherung abschließen,¹²⁵⁾ sofern sie nicht ohnedies einer Gefährdungshaftung unterliegen.¹²⁶⁾

EisbG (Beförderungsbedingungen, die der Schienen-Control GmbH bekanntzugeben sind und von der Schienen-Control Kommission für unwirksam erklärt werden können); § 88 GWG 2011 (bewilligungspflichtige Allgemeine Bedingungen); § 26 Abs 2 GSpG (bewilligungspflichtige Besuchs- und Spielordnung); § 20 Abs 1 Z 4 und § 32 KfLG (Genehmigungspflicht für Besondere Beförderungspreise und -bedingungen); § 16 ÖPNRV-G 1999 (Tarife, die das Verkehrsunternehmen im Zusammenwirken mit der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft festsetzt); § 39 ÖSG 2012 (bewilligungspflichtige Allgemeine Bedingungen); § 20 Abs 1 und 4 PMG (anzeigepflichtige AGB, denen die Regulierungsbehörde widersprechen kann); § 87 Abs 3 SeilbG 2003 (Beförderungsbedingungen, die der Behörde zu Kenntnis zu bringen sind).

¹¹⁶⁾ S oben bei FN 28.

¹¹⁷⁾ § 26 EisbG; § 10 EIWOG; § 10 GWG 2011; § 38 Abs 5 Rohrleitungsg.

¹¹⁸⁾ § 26 EisbG; § 10 EIWOG; § 10 GWG 2011; § 49 PMG; § 38 Abs 1 Rohrleitungsg.

¹¹⁹⁾ § 19 Abs 5 Satz 2 und § 48 Abs 2 GSpG.

¹²⁰⁾ § 46 BörseG (Börsekommissär); § 13 Abs 3 EisbG; § 19 Abs 2 und § 31 Abs 2 GSpG, s ferner § 45 Abs 2 KfLG, wonach Aufsichtsorgane sämtliche Betriebsanlagen betreten und alle Linienfahrzeuge kontrollieren dürfen.

¹²¹⁾ § 50 Abs 1 Z 2 PMG.

¹²²⁾ § 18 und § 20a Abs 2 ApG; § 168 EisbG; § 66 Abs 2 WelWG.

¹²³⁾ § 78a EisbG; § 21 Abs 2, § 22 Abs 1 EIWOG 2010; § 32b KfLG; § 53 PMG; § 6 Abs 4 und 5 Rohrleitungsg.

¹²⁴⁾ § 32 Abs 3 PMG; § 12 NetzdienstleistungsV Strom 2012 (END-VO 2012), BGBl II 2012/477 idF BGBl II 2013/92.

¹²⁵⁾ § 4a ApG; § 16b Abs 1 Z 4 EisbG; § 13 Rohrleitungsg; § 103 SeilbG.

¹²⁶⁾ S das Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz (EKHG), BGBl 1959/48 idF BGBl I 2011/138, das nach § 2 auch für Seilbahnen iSd SeilbG 2003 anwendbar ist; § 44 KfL-Bef Bed; § 1a Reichshaftpflichtgesetz (RHPfLG), dRGBl 1871, S 207 idF BGBl I 2011/138 (Haftung für Elektrizitäts- und Gasanlagen); § 10 Rohrleitungsg; näher *Koziol/ Apathy/Koch*, Österreichisches Haftpflichtrecht III³ (2014) 15 ff, 171 ff, 205 ff.

B. Vereinzelt abweichender Begriffsgebrauch

So tritt uns also der Konzessionär, zwar nicht mehr in Lehrbüchern, wohl aber in Gesetzen unverdrossen entgegen – mit Vorrechten, die durch Betriebs- und andere Gemeinwohlpflichten, grundrechtsähnliche Bindungen, eine strenge staatliche Aufsicht und nutzerfreundliche Rechtsschutzmöglichkeiten abgemildert sind. Manchmal bleiben Gesetze dem Konzessionär aber auch noch treu, wenn ein Unternehmer aus verfassungs- oder unionsrechtlichen Gründen seine Vorrechte und Betriebspflichten schon verloren hat: Sprechen Gesetze ihn dann weiterhin als „Konzessionär“ an, ist das eher eine historische Reminiszenz als eine treffende Beschreibung der Rechtslage. Das ist bei manchen Verkehrsgewerben,¹²⁷⁾ den meisten Finanzdienstleistern¹²⁸⁾ und bei Postdienstleistungen jenseits des Universaldienstes der Fall,¹²⁹⁾ auch wenn sie sonst noch viele konzessionstypische Elemente aufweisen.¹³⁰⁾ Einige dieser Branchen regelt und beaufsichtigt der Staat aber noch immer intensiv, teils um in den ehemals mono- oder oligopolistischen Wirtschaftssektoren einen Wettbewerb erst herzustellen (so zB bei Postdienstleistungen), teils, um nur im Krisenfall in den Markt einzugreifen und das Funktionieren volkswirtschaftlicher Schlüsselbranchen zu sichern (so bei den Finanzdienstleistern).¹³¹⁾

Verfehlt gewordene Begriffe werden allerdings auch korrigiert, etwa in der GewO, die seit 1993 nicht mehr von „Gewerbekonzessionen“ spricht,¹³²⁾ zu Recht, weil die Attribute der Konzession auf die meisten Gewerbetreibenden

¹²⁷⁾ Namentlich dem GelverkG, dem GütbefG und dem SchFG, seit die vormaligen bestehenden Bedarfsprüfungen aufgehoben wurden.

¹²⁸⁾ Namentlich bei allen in FN 76 genannten Gesetzen außer dem BörseG, seit die Bedarfsprüfung mit dem Finanzmarktanpassungsgesetz 1993, BGBl 1993/532, aufgehoben wurde.

¹²⁹⁾ § 26 ff PMG.

¹³⁰⁾ So unterliegen zB die Finanzdienstleister allesamt einer strengen Aufsicht (§ 56 Abs 2 AIFMG; §§ 22a und §§ 69 ff BWG; § 14 BSpG; §§ 25 ff E-GeldG; §§ 147 ff InvFG; §§ 63 ff ZaDiG). Einige tragen zudem Gemeinwohlpflichten, insb zur Bekämpfung von Geldwäscherei und Terrorismusfinanzierung (§§ 40 ff BWG), müssen AGB der Behörde zur Genehmigung vorlegen oder anzeigen (§ 7 Abs 1 und 2 BSpG), haben grundrechtsähnliche Pflichten (§ 10 Abs 1 letzter Satz AIFMG: Gleichbehandlung; § 38 BWG und § 19 Abs 4 ZaDiG: Verschwiegenheit) und müssen unternehmenseigene Beschwerdestellen einrichten (§ 11 InvFG). Auch das SchFG sieht viele dieser Elemente noch vor (§ 84 Abs 2: Beförderungsbedingungen und -preise, die der Behörde zu Kenntnis zu bringen sind; § 84 Abs 2 letzter Satz: Gleichbehandlung; § 84 Abs 3: Beförderungspflicht; § 87: Aufsicht; § 87a: behördliche Streitbeilegung), zusätzlich kann sogar eine Betriebspflicht bestehen (§ 83 Abs 2). Insofern sind auch in Österreich die Grenzen zwischen Konzession und wirtschaftspolitischer Bewilligung fließend, s dazu für die Schweiz *Hettich/Bühler* (FN 53) 106 ff; *Rhinow/Schmid/Blaggini/Uhlmann* (FN 53) § 16 Rz 43. Mit *Hettich/Bühler* (FN 53) 121, ist jedoch anzunehmen, dass die Konzession dort weiterhin Berechtigung hat und von anderen Bewilligungen abgrenzbar ist, wo sie „tatsächlich noch eine privilegierte Stellung einräumt“, in der hier verwendeten Terminologie: ein Vorrecht, dem im Gegenzug eine Betriebspflicht korrespondiert.

¹³¹⁾ Zur Einordnung dieser beiden Felder in die Kategorien des öffentlichen Wirtschaftsrechts eingehend *Kahl*, Regulierung, Lenkung, Gewährleistung – Die neuen Kerngebiete des öffentlichen Wirtschaftsrecht? ÖZW 2015, 16 ff.

¹³²⁾ BGBl 1993/29.

der GewO seit jeher nicht zutreffen.¹³³⁾ Nur einen – nun nicht mehr deklarierten Konzessionär – gibt es noch in der GewO, den Rauchfangkehrer, der durch eine Bedarfsprüfung vor Konkurrenz geschützt ist,¹³⁴⁾ Kehrbezirke hat,¹³⁵⁾ in denen er zu behördlich festgelegten Preisen¹³⁶⁾ seinen Dienst verrichten muss.¹³⁷⁾ Nicht deklarierte Konzessionen werden ebenso für Krankenanstalten vergeben,¹³⁸⁾ und auch in der kommunalen Daseinsvorsorge erbringen bevorrechtete Unternehmen Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse;¹³⁹⁾ teils unterfällt dies, wie erwähnt, auch der Konzessions-Richtlinie,¹⁴⁰⁾ die einen alten Begriff zu neuem Leben erweckt.

¹³³⁾ Das galt auch schon für die GewO 1859, allerdings war die Zahl der echten Konzessionen damals noch etwas größer: Neben dem sogleich zu erläuternden Rauchfangkehrergewerbe wären etwa die „Canalräumer“ und die Verkehrsgewerbe zu nennen.

¹³⁴⁾ § 121 Abs 1a Z 2 und Abs 2 GewO. Dieses und die im Folgenden genannten Erfordernisse bestehen seit BGBl I 2015/48 allerdings nur mehr für die „sicherheitsrelevanten Tätigkeiten“ des Rauchfangkehrers, dh für die ihnen landesrechtlich auferlegten Aufgaben der Feuerpolizei, Baupolizei und Überprüfung und damit zusammenhängende Maßnahmen zur unmittelbaren Gefahrenabwehr (§ 120 Abs 1 GewO).

¹³⁵⁾ Das Kehrgebiet hat nach § 123 GewO der LH mit V festzusetzen und zwar so, dass innerhalb eines Kehrgebietes die wirtschaftliche Lebensfähigkeit von mindestens zwei Rauchfangkehrerbetrieben gewährleistet ist.

¹³⁶⁾ Die Höchsttarife legt nach § 125 Abs 1 GewO der LH fest; nach § 125 Abs 6 GewO treffen den Rauchfangkehrer zudem spezifische Informationspflichten dem Leistungsempfänger gegenüber.

¹³⁷⁾ § 123 Abs 3 GewO.

¹³⁸⁾ Vgl das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten (KAKuG), BGBl 1957/1 idF BGBl I 2016/3 iVm den Ausführungsgesetzen der Länder, insb §§ 3 f (Bedarfsprüfung für bettenführende Krankenanstalten und Ambulatorien, die sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen und nicht von einem Krankenversicherungsträger betrieben werden); § 5c (Haftpflichtversicherung); § 6 (gesetzlich vorgeprägte und genehmigungspflichtige Anstaltsordnung); § 8 (Bereitschaftsdienst); § 9 (Verschwiegenheitspflicht); § 23 und § 40 Abs 1 lit c (Pflicht zur unbedingt notwendigen ärztlichen Hilfe); § 35 Abs 3, § 40 Abs 1 lit c (Anzeigepflicht bei Betriebsunterbrechung nach Maßgabe landesrechtlicher Vorschriften); §§ 60 ff (sanitäre Aufsicht). Bei öffentlichen Krankenanstalten zudem § 18 Abs 4 (Enteignungsrechte); § 20 (Pflicht zur Haltung eines Arzneimittelvorrates); §§ 27 ff, §§ 57 f (Finanzierung durch Gebühren, Landesgesundheitsfonds, Kostenbeiträge und Bundeszuschüsse); § 35 (Betriebspflicht); bei privaten Krankenanstalten § 39 Abs 3 (nicht diskriminierende Kostenvorschreibung).

¹³⁹⁾ ZB im Rettungswesen, teils aufgrund gesetzlicher oder bescheidmäßiger Anerkennung, teils aufgrund gesetzlich vorgeprägter Verträge; in jeder dieser Varianten können Unternehmer mit Vorrechten ausgestattet werden, s *Kröll*, Rettungswesen und Rettungsdienst, in *Pürgy* (Hrsg), Das Recht der Länder, Band II/1 (2012) 577 (Rz 27 ff, 34 ff); zu den vergaberechtlichen Aspekten *Kahl/Müller*, Gemeinden und Länder im Binnenmarkt (2015) 126 ff.

¹⁴⁰⁾ FN 49; zu Konzessionen im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge näher *Holoubek/Segalla*, Instrumente kommunaler Daseinsvorsorge – Evaluierung und Fortentwicklung, in FS 40 Jahre Gemeindeverfassungsnovelle 1962 (2002) 63 (88 ff), die den Begriff der vergaberechtlichen Konzession aaO 89 „streng von jenem [...] unterscheiden, der in der österreichischen Rechtssprache verschiedentlich an Stelle von ‚Genehmigung‘ gebraucht wird“. Dem ist mE zuzustimmen, soweit Genehmigungsinhaber keine Vorrechte und Betriebspflichten haben und daher fälschlich als Konzessionäre bezeichnet werden. Die Konzession im oben II.A. beschriebenen Sinn weist hingegen deutliche Paral-

Abzugrenzen wäre die Konzession noch von der Berechtigung, Güter zu nutzen, die natürlich knapp, also nicht vom Staat künstlich begrenzt sind. Das gilt etwa für Bodenschätze oder für Frequenzen.¹⁴¹⁾ In diesen Sektoren will der Staat bloß die vorgefundene Knappheit verwalten¹⁴²⁾ und nur deshalb erwartet er, dass eine einmal vergebene Berechtigung genützt wird;¹⁴³⁾ nicht etwa, weil die Tätigkeit an sich im öffentlichen Interesse liegt. Fragt niemand eine solche Berechtigung nach, sieht sich der Staat folgerichtig auch nicht berufen, einzuspringen und die Frequenzen anstelle der Privaten zu nutzen. Den Staat interessiert auch nicht weiter, *wie* die Berechtigten die ihnen zugewiesenen Frequenzen nützen, solange dadurch niemand zu Schaden kommt. Vereinfacht gesagt, müssen die Berechtigten also nichts Gutes für die Allgemeinheit tun; dem Staat genügt, dass nichts Schlechtes passiert und dass die Berechtigten die knappen Ressourcen nicht brachliegen lassen und damit verschwenden.

C. Unternehmen oder Amt?

Nachdem der Konzessionär als Figur am positiven Recht ein schärferes Profil bekommen hat, lohnt es sich, die alte Frage noch einmal zu stellen: Ist er nun ein Unternehmer oder hat er ein Amt?

Wie ein Unternehmer führt der Konzessionär seine Geschäfte jedenfalls im eigenen Namen – soweit er keine Hoheitsbefugnisse einsetzt. Er handelt auch auf eigene Rechnung – soweit seine Finanzierung nicht staatlich unterstützt bzw. organisiert wird. Seine Beziehung zum Nutzer unterliegt dem Privatrecht, ist aber, wie gezeigt, öffentlich-rechtlich stark durchwirkt. Wie ein echter Unternehmer hat der Konzessionär zwar keine Amtshaftung hinter sich, eine Haftpflichtversicherung aber allemal.

Was ihn ebenfalls kennzeichnet, ist eine genau bestimmte Aufgabe, man könnte auch sagen, eine sachliche Zuständigkeit; oft auch einen örtlichen Wir-

len zur vergaberechtlichen Konzession auf, nicht nur, was ihre Wurzel im französischen Recht betrifft, auf die auch *Holoubek/Segalla* aaO 89 hinweisen. Die vergaberechtliche Dienstleistungskonzession hat vielmehr „üblicherweise Tätigkeiten zum Inhalt, die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen oder besonderen Rechten sein können“ (Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich der Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl 2000 C 121/2, Z 2.2.) – genau das kennzeichnet auch die Konzession im österreichischen Recht, soweit dieser Begriff richtig verwendet wird.

¹⁴¹⁾ Zur Unterscheidung zwischen natürlich knappen und vom Staat künstlich verknappten Gütern zB *Hamdorf*, Die Verteilungsentscheidung (2012) 8 ff.

¹⁴²⁾ S zB *Martini* (FN 31) 35 f: „Ziel ist nicht die Beschränkung des Zugriffs auf das Gut, sondern seine Verwaltung.“

¹⁴³⁾ Folgerichtig sind Frequenzzuteilungen bzw. -zuordnungen, die nicht genutzt werden, zu widerrufen bzw. zu entziehen: § 60 Abs 3 Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003), BGBl I 2003/70 idF BGBl I 2016/6; § 11 Abs 1 Privatradiogesetz (PrR-G), BGBl I 2001/20 idF BGBl I 2015/86; § 14 Abs 1 Audiovisuelle Mediendienste-Gesetz (AMD-G), BGBl I 2001/84 idF BGBl I 2015/86. Ebenso gehören hierher Wasserbenutzungsrechte, die erlöschen, wenn sie nicht genutzt werden: § 27 Abs 1 lit f und Abs 3 Wasserrechtsgesetz 1959 (WRG 1959), BGBl 1959/215 (WV) idF BGBl I 2014/54.

kungskreis und die so umschriebene Zuständigkeit ist, wenn der Konzessionär vor Konkurrenz geschützt ist, zudem exklusiv. Hat er ein Recht auf dieses „Amt“? Manche Gesetze sagen zurückhaltend: Die Konzession „kann“ verliehen werden;¹⁴⁴⁾ das klingt nach Ermessen. Andere Gesetze machen die Verleihung der Konzession von sehr unbestimmten Parametern abhängig, was ähnliche Effekte hat.¹⁴⁵⁾ Werden das Recht und die Pflicht, Gemeinwohlleistungen zu erbringen, durch eine Dienstleistungskonzession übertragen, besteht von vornherein kein Anspruch auf den Zuschlag, sondern nur auf eine Vergabe nach sachgerechten Kriterien in einem transparenten Verfahren.¹⁴⁶⁾ Die Zurücknahme der bescheidmäßig übertragenen Konzession ist idR präziser determiniert, sodass man sich gegen sie effektiver wehren kann;¹⁴⁷⁾ umso mehr gilt dies für die vertraglich übertragene Dienstleistungskonzession. Was der Konzessionär ebenfalls hat, ist Macht, schon durch die privilegierte Marktposition, die ihm der Staat verliehen hat; folgerichtig treffen ihn auch grundrechtsähnliche Bindungen, und er ist zudem einer behördlichen Aufsicht unterstellt.

Was ist der Konzessionär also: Unternehmer oder Amt? Dies und das, wie sich auch im Beziehungsdreieck zeigt.

D. Im Beziehungsdreieck

1. Staat – Konzessionär

Für das Verhältnis zwischen Staat und Konzessionär erledigt sich allmählich die alte Frage, ob dieses hoheitlich oder privatrechtlich ist,¹⁴⁸⁾ weil Bescheid

¹⁴⁴⁾ ZB § 14 Abs 1 und § 21 Abs 1 GSpG, dazu *Kohl*, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013) 69 ff. In der Schweiz besteht nach ständiger Rsp kein Rechtsanspruch auf Erteilung einer Sondernutzungs- oder Monopolkonzession (mwN *Wiederkehr/Richli* [FN 58] Rz 1348 ff), sehr wohl aber hat die Behörde bei ihrer Auswahlentscheidung die Grundsätze rechtsstaatlichen Verfahrens und die Grundrechte zu beachten (mwN *Wiederkehr/Richli* [FN 58] Rz 1360).

¹⁴⁵⁾ S zB § 14a Abs 3 EisbG, wonach eine Konzession „nur verliehen werden [darf], wenn öffentliche Interessen nicht entgegenstehen oder wenn das öffentliche Interesse an der Erbauung und dem Betrieb der geplanten Eisenbahn die entgegenstehenden Interessen überwiegt (Gemeinnützigkeit der Eisenbahn)“; fast gleichlautend § 23 Abs 1 SeilbG; ähnlich § 5 Abs 1 Z 7 RohrleitungsG, wonach die Konzession nur zu erteilen ist, wenn „das öffentliche Interesse an der Errichtung [...] in Abwägung entgegenstehender Interessen, insbesondere an der Wasserversorgung betroffener Gebiete oder an der Erhaltung des Waldes, vornehmlich der Schutz- und Bannwälder, überwiegt“. § 7 Abs 1 Z 3 KfIG verlangt für die Konzession eine „zweckmäßige und wirtschaftliche Befriedigung des [...] Verkehrsbedürfnisses“. § 54 Abs 2 Z 1 lit a WelWG fordert für eine Konzession zum Vertrieb eines Verteilernetzes eine „kostengünstige, ausreichende und sichere Verteilung“. Nach § 85 Abs 4 GWG und § 33 Abs 3 ÖSG 2012 ist die Konzession dem Bewerber zu erteilen, der den Konzessionsvoraussetzungen und dem volkswirtschaftlichen Interesse an einem funktionierenden Erdgas- bzw Strommarkt und im Fall des ÖSG 2012 zudem den Zwecken dieses Gesetzes „bestmöglich entspricht“.

¹⁴⁶⁾ S schon *Burgi* (FN 52) 612 f für die Zeit vor der Konzessions-Richtlinie.

¹⁴⁷⁾ ZB § 19 ApG; § 14e EisbG; § 14 Abs 7 Z 3 und § 23 Z 3 GSpG; § 25 KfIG; § 34 ÖSG 2012; § 27 SeilbG; § 65 WelWG.

¹⁴⁸⁾ S oben FN 11.

und Vertrag zunehmend Gleiches leisten: Mögen die Rechtswege auch verschiedenen sein, so vermitteln doch beide dem Konzessionär ein subjektives Recht und dem Staat die gewünschte Ingerenz.

2. Konzessionär – Nutzer

Auch im Verhältnis zwischen Konzessionär und Nutzer beantwortet das positive Recht die alte Frage: öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich?¹⁴⁹⁾ zwar formal im zweiten Sinn, doch ist dieses Rechtsverhältnis öffentlich-rechtlich stark überförmigt, und zwar in einer Weise, die dem Nutzer (durch Kontrahierungszwang, Höchstpreise, staatlich geprüfte Geschäftsbedingungen und teils auch behördliche Schlichtungsverfahren) den gebotenen Schutz bieten und dem Konzessionär (durch Konkurrenzschutz) eine faire Chance auf Gewinne lassen soll.

3. Nutzer – Staat

Das Verhältnis zwischen Nutzer und Staat schließlich ist hoheitlich: Der Staat muss den Nutzer qua grundrechtlicher Schutzpflicht vor der Übermacht des Konzessionärs bewahren¹⁵⁰⁾ und stellt sich für manche Streitigkeiten sogar als Schlichter zur Verfügung.¹⁵¹⁾ Verletzt er seine Aufsichtspflicht und fügt der Konzessionär dem Nutzer deshalb Schäden zu, ist auch eine Amtshaftung denkbar.

Die Frage, die Frankreich und Deutschland, *O. Mayer* und seine Rezipienten so sehr gespalten hat – erfüllt der Konzessionär eine öffentliche Aufgabe, „erscheint“ in seinem Unternehmer die öffentliche Gewalt, besorgt er ein Stück staatlicher Verwaltung? – ist wohl einfach falsch gestellt und war deshalb nicht befriedigend zu beantworten. Denn diese Frage läuft auf eine eindeutige Zuordnung zu Staat oder Gesellschaft hinaus, die in diesem Graubereich sichtlich nicht möglich ist.

III. Reanimation der Konzession als Konzept?

A. Anforderungen an ein Konzept

Nun bleibt noch die Frage, ob man den Konzessionär als Konzept reanimieren, ihn also auch in Österreich zum Wiedergänger machen soll? Das hängt davon ab, welche Erwartungen man an ein Konzept hat, das die Mitwirkung Privater an der Erfüllung staatlicher Aufgaben erfasst.

¹⁴⁹⁾ S oben bei FN 28.

¹⁵⁰⁾ Dafür könnte man neben der Eigentumsfreiheit insb den Gleichheitssatz heranziehen, aus dem Teile der Literatur etwa den Kontrahierungszwang ableiten, s zB für Deutschland *Busche*, in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶ (2012) Vor § 145 Rz 20 ff; für die Schweiz *Merz*, Vertrag und Vertragschluss² (1992) Rz 287.

¹⁵¹⁾ S oben FN 123.

ME sollte ein solches Konzept zunächst Ordnung schaffen (B); sie ist in diesem Feld dringend nötig, denn die Mitwirkung Privater an staatlichen Aufgaben ist enorm vielfältig.¹⁵²⁾ Wenn wir in dieser Vielfalt wesentliche Erscheinungsformen identifizieren und typisieren können, gewinnen wir zumindest Übersicht.

Ein Konzept sollte zweitens einen Gebrauchswert für die Praxis haben (C). Das setzt zunächst ganz pragmatisch voraus, dass es einen Namen hat, der hinreichend unterscheidungskräftig ist. Zudem sollte das Konzept ein Phänomen erfassen, an das ein Bündel von Rechtsfolgen geknüpft ist. Die Beleihung ist dafür ein Vorzeigemodell: Beleihet der Staat jemanden, so aktiviert das eine Vielzahl von Rechtsfolgen, beginnend bei der Grundrechtsbindung über die Notwendigkeit staatlicher Ingerenz bis hin zur Amtshaftung: Über diese Rechtsfolgen muss Klarheit bestehen, ehe die Gesetzgebung ein Konzept einsetzt. Die Lehre kann helfen, solche Konzepte auf den Begriff zu bringen, und sie kann aufzeigen, welche Regelungsoptionen der Gesetzgebung dabei zur Verfügung stehen.

Drittens sollte ein neues Konzept die bereits vorhandenen Konzepte sinnvoll ergänzen, also auch einen Beitrag zur Systematisierung leisten (D). Dabei ist zu bedenken, dass die vorhandenen Konzepte nicht am Reißbrett entworfen sind, sondern sich situativ entwickelt haben, und zwar vermutlich aus der Perspektive eines der drei Akteure im Beziehungsdreieck – Verwaltung, Verwalter und Verwalter, die daher als Richtschnur für die Systematisierung dienen können.

B. Ordnung

Unter dem Ordnungsgesichtspunkt wäre zu prüfen, ob das Profil des Konzessionärs scharf genug ist, um sich von seinem Umfeld abzuheben. Sieht man in ihm einen Privaten, der im Vorhof des Staates Leistungsverwaltung suppliert, ist er für die Verwaltung eine Option von vielen:¹⁵³⁾ Denn der Staat kann Leistungen an die Bevölkerung auch unmittelbar durch seinen Verwaltungsapparat in Form eines Regiebetriebes erbringen. Er kann organisatorisch ebenso einen Schritt weiter gehen und einen Eigenbetrieb innerhalb der Verwaltung gründen. Er kann ferner eine selbständige Rechtspersönlichkeit schaffen – ein öffentliches Unternehmen, an dem er Anteile hält und das er von innen steuert, mit sinkenden Anteilen freilich abnehmend intensiv. Schließlich kann der Staat eine bereits existierende Entität in der Gesellschaft heranziehen, ihr Aufgaben, insbesondere Betriebspflichten übertragen, sie mit Vorrechten ausstatten und ihr Marktverhalten von außen steuern: Das ist der Konzessionär.

Abzugrenzen ist er von regulierten Unternehmern, die ebenfalls Daseinsvorsorgeleistungen erbringen, denen der Staat aber aus unionsrechtlichen Gründen keine Vorrechte mehr gewähren darf; er gewährleistet in diesen ehemals mono- oder oligopolistischen Märkten die Daseinsvorsorge vielmehr, indem er durch gezielte Maßnahmen einen Wettbewerb herstellt und aufrechterhält. Von

¹⁵²⁾ S schon oben FN 2.

¹⁵³⁾ Zu den folgenden drei Optionen *Kahl*, Öffentliche Unternehmen, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Band II³ (2013) 383 (403 f).

Konzessionären und regulierten Unternehmern zu unterscheiden sind wiederum Unternehmer, denen – wie Banken und Versicherungen – eine volkswirtschaftliche Schlüsselfunktion zukommt und zwischen denen ein Wettbewerb bereits besteht, die der Staat aber beaufsichtigt, um bei krisenhaften Erscheinungen in den Markt eingreifen zu können.¹⁵⁴⁾ Auf einer gedachten Skala folgen ihnen Unternehmer, denen der Staat natürlich knappe Berechtigungen zuteilt, ohne sie zugleich zu verpflichten, ihre Berechtigung in einer das Gemeinwohl fördernden Weise auszuüben. Daneben wären Unternehmer einzureihen, die dem Gemeinwohl nützliche Leistungen erbringen, ohne dass der Staat eingreifen muss, weil der Markt von selbst die erwünschten Resultate hervorbringt. Am Ende der Skala befinden sich Unternehmen, die sonstige Leistungen erbringen, für die sich der Staat erst interessiert, wenn sie Schaden anrichten: Dann ist die Eingriffsverwaltung gefordert, diese Gefahren mit Befehl und Zwang abzuwehren.

In diesem – gewiss vereinfachten und vergrößerten – Kontinuum scheint der Konzessionär eine fassbare Figur zu sein, die sich von ihrem Umfeld klar abhebt.

C. Gebrauchswert für die Praxis

Einen Gebrauchswert für die Praxis hat die Konzession als Konzept zunächst nur, wenn sie sich von ihrem Umfeld auch sprachlich abgrenzen lässt. Wird der Begriff der Konzession zu uneinheitlich verwendet, sind Missverständnisse vorprogrammiert: Man muss dann laufend klarstellen, dass nicht diese Konzession gemeint sei, sondern jene, und den Begriff ständig vor falschen Freunden schützen, die sich auch so nennen, aber etwas ganz anderes sind. Diesen Sprachtest besteht die Konzession nicht mit „sehr gut“, im Großen und Ganzen aber doch positiv. Zwar gibt es Fehlverwendungen, die verwirrendste, nämlich die Gewerbekonzession, wurde in Österreich jedoch schon vor einem Vierteljahrhundert eliminiert;¹⁵⁵⁾ seither ist der Gebrauch dieses Begriffs in der österreichischen Gesetzessprache hinreichend einheitlich.

Die Konzession taugt zudem als Bündel von Rechtsfolgen. Ihr heikler Kern ist das Vorrecht, das nur unter bestimmten Voraussetzungen verliehen werden darf: Seine Begründung, also die Schaffung einer privilegierten Stellung am Markt, muss im öffentlichen Interesse liegen; das ist nur der Fall, wenn der kon-

¹⁵⁴⁾ S zur Abgrenzung dieser Sektoren von regulierten Unternehmen abermals eingehend *Kahl* (FN 131) 16 ff.

¹⁵⁵⁾ S schon oben FN 132. Anders die dt Gewerbeordnung, die die Berechtigung, ein Privatkrankenhaus zu betreiben, noch immer als „Konzession“ bezeichnet (§ 30 Abs 1) und diese mit Erlaubnis, Genehmigung und Bewilligung unter dem Überbegriff der „Zulassung“ zusammenfasst (§ 15 Abs 2). Dabei geht die Konzession iSd § 30 Abs 1 weder mit Vorrechten noch mit einer Betriebspflicht einher; was sie von Erlaubnis, Genehmigung und Bewilligung unterscheidet und was wiederum diese drei – in Österreich synonym gebrauchten – Begriffe trennt, ist nicht zu sehen. Angesichts dieser und weiterer Fehlverwendungen ist auch verständlich, dass der Wiederbelebung der Konzession in Deutschland teils entgegengehalten wird, dieser Begriff werde in der Rechtssprache zu indifferent verwendet, um für ein Konzept namensgebend zu sein, siehe zB *Pielow* (FN 5) 460 ff; *Burgi*, in diesem Band.

kret Bevorrechtete Betriebspflichten und gegebenenfalls noch weitere Gemeinwohlpflichten übernimmt, die dieses Vorrecht ausgleichen.¹⁵⁶) Flankierend muss der Staat ausreichende Vorkehrungen gegen Machtmissbrauch treffen und den Gebrauch der Macht beaufsichtigen, die er dem Konzessionär verliehen hat. Diese Anforderungen folgen – je nach dem, aus welcher Perspektive man das Problem betrachtet – aus den Grundrechten oder aus dem Wettbewerbsrecht.

Um diese Anforderungen zu erfüllen, hat der Staat rechtstechnisch verschiedene Optionen, wie die Analyse der einfachgesetzlichen Regelungen gezeigt hat: Der Staat kann das Konzessionsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestalten, also durch Bescheid ebenso wie durch Vertrag. Er kann den Konzessionär auf unterschiedlichen Wegen vor Konkurrenz schützen, ihm zum Ausgleich verschiedenste Gemeinwohlpflichten und grundrechtsähnlich Bindungen auferlegen; auch die staatliche Aufsicht lässt sich mit einer Vielzahl an Techniken einmal intensiver, dann wieder lockerer ausgestalten. Nicht zuletzt hat ein Blick auf die einfachgesetzliche Rechtslage gezeigt, mit welchen Instrumenten der ordentliche Rechtsweg dem öffentlich-rechtlichen angenähert werden kann. Durch eine Feinanalyse dieser Elemente kann die Lehre helfen, den legistischen Werkzeugkasten anzureichern.

D. Abgrenzung zu anderen Konzepten

1. Perspektive des Verwalters

Wie verhält sich die Konzession schließlich zu den anderen Konzepten? Betrachtet man diese Konzepte zunächst aus der Perspektive der privaten Verwalter, dh ihrer spezifischen Interessen, so gehen Beliehene und private Exekutivorgane voll in ihrer öffentlichen Aufgabe auf, und Verwaltungshelfer werden dem Publikum, gänzlich entseelt, sogar nur als „Werkzeug“¹⁵⁷) der Behörde präsentiert.

¹⁵⁶) Sieht man in der Gemeinwohlpflicht den gleichheitsrechtlich gebotenen Ausgleich für das dem Konzessionär verliehene Vorrecht, bildet sie entweder keinen Freiheitseingriff oder einen Eingriff, der, da geboten, selbstredend erlaubt ist. Freilich ist das Verhältnis von Vorrecht und Gemeinwohlpflicht schillernd; wie in einem Vexierbild erscheint einmal das Vorrecht, dann wieder die Gemeinwohlpflicht als primär. Aus der Perspektive des Staates hat zweifellos die Gemeinwohlpflicht Vorrang; das Vorrecht gewährt er dem Konzessionär nur, um ihn zu bewegen, die Gemeinwohlpflicht auf sich zu nehmen. Scharfsinnig erfasst diese innere Verknüpfung *O. Mayer* (FN 11) 255, wenn er feststellt, die dem Konzessionär auferlegten Pflichten bedürften zwar an sich als Eingriffe in Freiheit und Eigentum einer gesetzlichen Grundlage; sie werden jedoch ersetzt „durch die *Unterwerfung* des Betroffenen, die in dessen Gesuch oder in der Annahme der Verleihung zu finden ist“ (Hervorhebung im Original). Insofern ist es müßig darüber zu streiten, ob die Gemeinwohlpflicht bei *O. Mayer* der Entstehungsgrund der Konzession ist (so *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft [1989] 203) oder nur ihre Rechtsfolge (so *Pielow* [FN 5] 414).

¹⁵⁷) S mwN den Beitrag von *Fuchs* in diesem Band; für Deutschland zB *Pielow* (FN 5) 446, 448; *Peine* (FN 44) Rz 109; von der „Werkzeugtheorie“, nach der der Verwaltungshelfer nicht bloß ein Helfer, sondern auch unselbständig ist, hat man sich in Deutschland allerdings gelöst: *Burgi* (FN 44) § 10 Rz 31.

Bei Konzessionären und Inpflichtgenommenen liegen die Dinge anders: Beide treten als Grundrechtsträger auf, nur wollen sie Entgegengesetztes. Während der Konzessionär das Amt fordert und sich gegen seine Entziehung stemmt, ist der Inpflichtgenommene ein Verwalter wider Willen.¹⁵⁸⁾ Er wehrt sich gegen die Zumutung der Pflichtarbeit; kann er sie nicht abwenden, verlangt er für sie zumindest eine Entschädigung.

Was beide wiederum verbindet, sind Eigeninteressen, die quer zur Aufgabe liegen. Der Konzessionär stellt diese Interessen zurück, weil der Staat ihn mit Vorrechten belohnt; der Inpflichtgenommene tut dies bloß, weil der Staat ihn dazu zwingt. Das kann auf Dauer nicht gut gehen und führt zur Perspektive der Verwaltung: Wofür kann sie private Verwalter einsetzen?

2. Perspektive der Verwaltung

Beliehene und private Exekutivorgane sind definitionsgemäß für Hoheitsakte gemacht. In der übrigen Verwaltung kann man Inpflichtgenommene aus den beschriebenen Gründen nur für Kleinigkeiten brauchen. Verwaltungshelfer wiederum sind reine Befehlsempfänger, denen man keine Verantwortung übertragen kann. Sucht die Verwaltung jemanden, der dauerhaft und selbständig Leistungsverwaltung suppliert, ist sie beim Konzessionär an der richtigen Adresse, auch angesichts der Alternativen: Anders als Eigenverwaltung und Regiebetrieb, erspart der Konzessionär dem Staat Verwaltungsarbeit; anders als das öffentliche Unternehmen muss er nicht eigens geschaffen werden, und anders als der stets über seine Belastung klagende Inpflichtgenommene ist er leistungswillig. Da der Konzessionär außerhalb der Verwaltung steht, können seine Eigeninteressen zwar quer zur Aufgabe liegen. Dieses Problem ist aber lösbar, wenn es dem Staat gelingt, das Gewinnstreben des Konzessionärs durch ein kluges Gesamtpaket aus Vorrechten, Pflichten, Aufsicht und Rechtsschutz für das Gemeinwohl zu nutzen.

3. Perspektive des Verwalteten

Aus der Perspektive des Verwalteten schließlich interessiert, mit welcher Macht private Verwalter ihnen gegenüber auftreten und wie das Recht diese Macht diszipliniert. Verwaltungshelfer und Inpflichtgenommene kann der Bürger getrost ausblenden, weil sie machtlos sind: Der Verwaltungshelfer handelt nicht im eigenen Namen, und dem Inpflichtgenommenen fehlt das Vorrecht.

Bedrohlich sind für den Verwalteten hingegen Beliehene und Exekutivorgane, denn sie verfügen über Hoheitsmacht. Die Konzession ergänzt diese beiden Konzepte, denn sie erfasst staatlich verliehene Macht jenseits der Hoheitsgewalt. Um sie zu disziplinieren, ist nicht das volle Rechtsfolgenprogramm er-

¹⁵⁸⁾ Das deutet bereits *O. Mayer* (FN 11) 255 an, wenn er nebenher erwähnt, das Gesetz könne einem Privaten ein Unternehmen auch einseitig (gemeint: ohne dessen Antrag oder Einwilligung) auferlegen oder auferlegen lassen, indes: „Es tut es nur für gewöhnlich nicht, ebensowenig wie es auf solche Art im Staatsdienste anstellen läßt, und aus guten, der menschlichen Natur entnommenen Gründen.“

forderlich wie bei Beliehenen, es genügt ein Teilprogramm, das eine Weile parallel läuft: Wie vor der Hoheitsmacht ist der Verwaltete auch vor der Konzessionsmacht durch Grundrechte geschützt, nur zielen sie in die entgegengesetzte Richtung, nämlich auf Leistung statt auf Eingriffsabwehr. Wie der Beliehene muss auch der Konzessionär staatlich beaufsichtigt werden. Erst beim Rechtsschutz trennen sich ihre Wege: Nach der Schlichtung zwischen Konzessionär und Nutzer folgt die Leistungsklage auf dem Zivilrechtsweg, und einen allfälligen Schaden ersetzt die Haftpflichtversicherung, nicht die staatliche Amtshaftung, was auch angemessen ist: Eine prämienfreie Versicherung auf Staatskosten benötigt der ohnedies bevorrechtete Konzessionär gewiss nicht.

IV. Fazit

Gesamthaft betrachtet, spricht mE einiges dafür, die Konzession als Konzept wiederzubeleben. Der Konzessionär lässt sich zunächst von anderen Unternehmern abgrenzen, und zwar in beide Richtungen, einerseits von öffentlichen Unternehmen, andererseits von rein privaten Gewerbetreibenden ohne Gemeinwohlbezug: Insofern leistet die Konzession einen Beitrag, um ein unübersichtliches Feld zu ordnen. Die Konzession hat weiters einen Gebrauchswert für die Praxis: Sie ist sprachlich hinreichend unterscheidungskräftig und eignet sich für ein Rechtsfolgenbündel: Verleiht der Staat jemandem ein Vorrecht im beschriebenen Sinn, muss er ihm das Unternehmen zur Pflicht machen, einen Missbrauch der verliehenen Macht verhindern und durch staatliche Aufsicht sicherstellen, dass alle diese Bindungen befolgt werden. Die Konzession lässt sich schließlich von anderen Konzepten sinnvoll abgrenzen und fügt ihnen etwas Neues hinzu, obwohl sie quer zu ihnen liegt: Auch der Konzessionär ist zwar mit Pflichten beladen, und er kann ebenso beliehen sein, doch diese Einzellemente beschreiben sein Wesen nicht.

Dazu kommt, dass das Phänomen, das die Konzession erfasst, praktisch bedeutend ist. Deshalb betreibt die Rechtsordnung dafür einen beträchtlichen Aufwand, nicht nur die österreichische. Auch Art 106 AEUV hält den Konzessionär für kontrollbedürftig: Dass er Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse erbringt und ausschließliche oder besondere Rechte hat, macht ihn wettbewerbsrechtlich verdächtig und ist daher unionsrechtlich nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt – auch das spricht dafür, die Konzession als Konzept nicht einfach über Bord zu werfen.

Wer ungeachtet dieser Gründe für eine Wiederbelebung des Konzessionärs nicht zu gewinnen ist, dem hinterlässt diese Figur immerhin eine allgemein bedeutsame Einsicht: Setzt der Staat für die Erfüllung seiner Aufgaben private Akteure ein, kommen die Grenzen zwischen öffentlichem und privatem Recht ins Fließen. Deshalb wirkt die Frage, ob auf den Konzessionär öffentliches Recht oder Privatrecht anzuwenden ist, mit Blick auf das positive Recht anachronistisch. Denn der Konzessionär ist – jedenfalls in Österreich – eine interessante und offenbar funktionierende Kreuzung aus beiden Rechtsgebieten.

Die Lehre sollte nicht versuchen, die sich auflösenden Grenzen zwischen diesen beiden Rechtsgebieten zu befestigen. Sie ist besser beraten, das Grenzland zu vermessen, zu strukturieren und zu bewirtschaften, um herauszufinden, mit welchen Instrumenten man die Kooperation zwischen Staat und Privaten optimal gestalten kann – für alle drei Beteiligten: die Verwaltung, den Verwalter und den Verwalteten.