

Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt: „*Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten*“

Thema 1: Juristische Personen im öffentlichen Recht und im Privatrecht

„Schizophrenie oder Konfusion? Die Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am privatrechtlichen und am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr“

„Szkizofrénia vagy konfúzió? A közjogi személyeknek a magánjogi és közjogi jogviszonyokban való részvétele“

Studie – Entwurf¹

EINLEITUNG: DIE FORSCHUNGSFRAGE

1. DIE JURISTISCHE PERSON ALS RECHTSSUBJEKT

1.1. Die juristische Person

1.1.1. Die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person

1.1.2. Die Quelle der Rechtspersönlichkeit: Privatrecht und öffentliches Recht

1.2. Arten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

1.2.1. Der Fiskus

1.2.2. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts

1.2.3. Die Stiftung des öffentlichen Rechts

1.2.4. Die Anstalt des öffentlichen Rechts

1.2.5. Weitere Typen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts?

2. DIE ERRICHTUNG EINER JURISTISCHEN PERSON

2.1. Die Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

2.1.1. Voraussetzungen der Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

2.1.2. Rechtsfolgen der Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

2.1.2.1. Rechtsfähigkeit

2.1.2.2. Geschäftsfähigkeit

2.1.3. Die Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte?

2.1.3.1. Errichtung mit den Mitteln des Privatrechts

¹ Diese Studie ist im Rahmen des Forschungsprojekts der Rechtsvergleichenden Forschungswerkstatt entstanden.

2.1.3.2. Errichtung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts

2.2. Die Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

2.2.1. Voraussetzungen der Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

2.2.2. Rechtsfolgen der Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

2.2.2.1. Rechtsfähigkeit

2.2.2.1.1. Die öffentlich-rechtliche Seite: der Errichtungsakt

2.2.2.1.2. Die privatrechtliche Seite: Nichtigkeit von ultra vires getätigten privatrechtlichen Geschäften

2.2.2.2. Geschäftsfähigkeit

2.3. Gemischte privat- und öffentlich-rechtliche juristische Personen?

2.4. Zusammenfassung

3. DIE TEILNAHME DER JURISTISCHEN PERSON DES ÖFFENTLICHEN RECHTS AM RECHTSVERKEHR

3.1. Zivilrecht: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit

3.1.1. Grundsatz: *Privatrecht pur*

3.1.2. Ausnahmen: *Interaktion zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht*

3.1.2.1. Die fehlende Rechtsfähigkeit bei Handlungen ultra vires

3.1.2.2. Die fehlende Rechtsfähigkeit bei Teilrechtsfähigkeit

3.1.3. *Keine Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Formationen ohne Rechtspersönlichkeit*

3.1.4. Zusammenfassung

3.2. Verwaltungsrecht: Beteiligungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit

3.2.1. *Beteiligungsfähigkeit*

3.2.1.1. Der Träger von Hoheitsgewalt: die „Behörde“

3.2.1.2. Die der Hoheitsgewalt Unterworfenen

3.2.1.3. Inhalt der Beteiligungsfähigkeit

3.2.2. *Handlungsfähigkeit*

3.2.3. Zusammenfassung

3.3. Prozessrecht: Rechtsträgerprinzip (Körperschaftsprinzip) oder Behördenprinzip

3.3.1. *Zivilprozessrecht*

3.3.2. *Verwaltungsprozessrecht*

3.3.2.1. Normenkontrollklage

3.3.2.2. Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

3.3.2.3. Besondere Verwaltungsgerichte

3.3.2.4. Schlussfolgerungen

3.3.3. *Exkurs: Strafprozessrecht*

3.4. Rechtsverhältnisse gemischter Natur: interne Trennung

3.4.1. *Verwaltungsprivatrecht*

3.4.1.1. Handeln im Verwaltungsprivatrecht

Herbert Küpper: Die Rechtsnatur der Rechtspersönlichkeit öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte in Deutschland

3.4.1.2. Rechtsregime für das verwaltungsprivatrechtliche Handeln: Privatrecht oder öffentliches Recht?

3.4.2. *Der öffentlich-rechtliche Vertrag*

3.4.2.1. Anbahnung und Abschluss des Vertrags, Stellung als Vertragspartei

3.4.2.2. Das weitere Vertragsverhältnis

3.4.2.3. Synthese: die Zweistufentheorie

3.4.3. *Das Vergabeverfahren*

3.4.4. *Arbeitsverhältnisse und Statusverhältnisse im öffentlichen Dienst*

3.5. Verfassungsrecht: Selbstverwaltung, Autonomie, Unabhängigkeit und die eigene Rechtspersönlichkeit

4. ERGEBNIS: EIN NEBEN-, ABER KEIN MITEINANDER (VORWIEGEND SCHIZOPHRENIE UND EIN WENIG KONFUSION)

Literaturverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Gesetzestexte

- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949 (GG)
- Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896 (BGB)
- Verwaltungsverfahrensgesetz v. 25.5.1976 (VwVfG)
- Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein v. 18.4.1967 (LVwG S-H)
- Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (VwGO)
- Organisationsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern v. 14.3.2005 (LOG MV)
- Gesetz über die Deutsche Bundesbank v. 26.7.1957 (BBankG)

Einleitung: die Forschungsfrage

Das Recht der juristischen Personen kennt juristische Personen des Privatrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Während privatrechtliche juristische Personen eindeutig der Sphäre des Privatrechts angehören, ist die Lage bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts von stärkerer Ambiguität geprägt. Das Privatrecht verweist die Regelung der öffentlich-rechtlichen juristischen Personen in das öffentliche Recht. Zugleich fehlen im öffentlichen Recht wesentliche personenrechtliche Konzepte, weshalb das öffentliche Recht in manchen Bereichen wiederum auf das Privatrecht zurückgreifen muss.

Angesichts dieser Gemengelage stellt sich die Frage, wie eine juristische Person des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr teilnehmen kann. Mit Rechtsverkehr werden hier sowohl privat- als auch öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen und Rechtsverhältnisse bezeichnet.

Bei juristischen Personen des Privatrechts ist die Antwort wieder eindeutig: Sie nehmen auf der Grundlage ihrer im Privatrecht verankerten Rechtspersönlichkeit am Rechtsverkehr teil. Juristische Personen des öffentlichen Rechts hingegen nehmen am Privatrechtsverkehr auf der Ebene der Gleichordnung und, wenn ihnen Hoheitsrechte zukommen, am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr unter Berufung auf hoheitliche Befugnisse, mithin im Rahmen einer Über- und Unterordnung teil. Beruht die Teilnahme am Rechtsverkehr im Privatrecht und im öffentlichen Recht für eine juristische Person des öffentlichen Rechts auf komplett getrennten Kategoriensystemen? Hat die juristische Person des öffentlichen Rechts einmal eine privatrechtliche und einmal eine öffentlich-rechtliche Rechtssubjektivität? Das heißt, muss die juristische Person des öffentlichen Rechts sauber trennen, auf welchem Rechtsgebiet sie gerade tätig ist, und dementsprechend die Rechtsgrundlagen ihres Tätigwerdens auswählen? Verlangt mithin die Rechtsordnung von ihr eine Aufspaltung ihrer Rechtspersönlichkeit oder jedenfalls ihrer Betätigungsarten in zwei Tätigkeitsbereiche, einen privatrechtlichen und einen öffentlich-rechtlichen? Um es etwas dramatischer auszudrücken: Verlangt die Rechtsordnung von der juristischen Person des öffentlichen Rechts eine Persönlichkeitsspaltung, eine Schizophrenie?

Oder ist es vielmehr so, dass in der juristischen Person des öffentlichen Rechts im Zuge ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Kategoriensysteme miteinander interagieren, dass sich in der juristischen Person des öffentlichen Rechts die Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht verwischt? Wiederum dramatischer gefragt: Erfährt die

Rechtspersönlichkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts oder ihr Rechtsmechanismus zur Teilnahme am Rechtsverkehr intern eine Konfusion von Privat- und öffentlichem Recht?

Zur Beantwortung dieser Frage wird zunächst die Rechtssubjektivität von juristischen Personen im Allgemeinen und von juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Besonderen untersucht. In einem zweiten Schritt wird die Errichtung von juristischen Personen einmal im Privatrecht und einmal im öffentlichen Recht analysiert und gefragt, ob beide Errichtungsregime strikt voneinander getrennt sind oder ob bereits in der Errichtung eine Interaktion von Privatrecht und öffentlichem Recht möglich ist. Der dritte und letzte Schritt fragt nach den Rechtsinstituten, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts die Teilnahme am Rechtsverkehr, gegliedert nach privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen, prozessualen und tendenziell gemischten Rechtsverhältnissen, erlauben. Auch hier ist wieder die Forschungsfrage leitend, ob die Kategoriensysteme des Privat- und des öffentlichen Rechts strikt getrennt zur Anwendung kommen oder ob es zu einer Interaktion in den Rechtsbeziehungen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts kommt.

1. Die juristische Person als Rechtssubjekt

Personen im Rechtssinne können entweder natürliche oder juristische Personen sein². In dieser grundlegenden Auffassung unterscheidet sich das deutsche Recht nicht von den meisten anderen europäischen Rechtsordnungen.

Nach deutschem Recht ist jede natürliche Person ein Rechtssubjekt. Das ist so selbstverständlich, dass das deutsche Grundgesetz (GG)³ – im Gegensatz zu manch anderen Verfassungen in Europa, z.B. den ungarischen⁴, sowie im Gegensatz zu etlichen völkerrechtlichen Menschenrechtsdokumenten⁵ – dies nicht ausdrücklich ausspricht. Bereits die früheren deutschen Verfassungen äußerten sich nicht zur Rechtssubjektivität des Einzelnen, weil sie sie als nicht problematisch und damit eine diesbezügliche Garantie nicht als regelungsbedürftig empfanden⁶. Die

² Paradigmatisch Art. 25 Abs. 1 des rumänischen Zivilkodex v. 17.7.2009:

Art. 25 Subjekte des Zivilrechts

(1) *Subjekte des Zivilrechts sind natürliche Personen und juristische Personen.*

Übersetzung aus dem Rumänischen von Herbert Küpper.

³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949.

⁴ § 56 Gesetz 1949:XX über die Verfassung der Republik Ungarn v. 20.8.1949 i.d.F. v. 23.10.1989: *In der Republik Ungarn ist jeder Mensch rechtsfähig.*; Art. XV. Abs. 1 S. 2 Ungarns Grundgesetz (25. April 2011): *Jeder Mensch ist rechtsfähig.* Beide Übersetzungen aus dem Ungarischen von Herbert Küpper.

⁵ Art. 6 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte v. 10.12.1948; Art. 16 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte v. 19.12.1966; indirekt Art. 4 Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) v. 4.11.1950.

⁶ Das trifft auf die sog. Paulskirchenverfassung v. 28.3.1849 (Deutschland), auf das Staatsgrundgesetz v. 21.12.1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder (Österreich) ebenso

Rechtssubjektivität einer jeden natürlichen Person ist nach deutscher Verfassungsdogmatik ein Bestandteil ihrer Menschenwürde, die in Art. 1 Abs. 1 S. 1 GG geschützt ist, und wird auch aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet.

Die Rechtssubjektivität eines jeden Menschen wirkt nicht nur im Verfassungsrecht, sondern auch und vor allem im Privatrecht. Daher ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB)⁷ der zentrale Regelungsort für die Rechtsfolgen der Rechtspersönlichkeit. Allerdings definiert das BGB weder die Rechtsfähigkeit noch die Geschäftsfähigkeit, sondern setzt sie voraus. Hierin unterscheidet sich das deutsche BGB vom österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (ABGB)⁸, den ungarischen Zivilrechtskodifikationen⁹ oder dem neuen tschechischen Bürgerlichen Gesetzbuch¹⁰. Gemäß der wissenschaftlichen Definition bedeutet Rechtsfähigkeit die abstrakte Fähigkeit, Träger von Rechten und Pflichten zu sein¹¹, während die Geschäftsfähigkeit in der Fähigkeit besteht, selbstständig wirksame Rechtsgeschäfte vorzunehmen, d.h. durch eigene Handlungen Rechte und Pflichten zu erwerben¹². All dies ist nicht strittig, und weder die Rechtsprechung noch die Wissenschaft stellen diese Grundlagen in Frage.

Dasselbe gilt auch für die juristischen Personen, deren Existenzgrund, Wesen, Rechts- und Geschäftsfähigkeit im 19. Jahrhundert stark umstritten war. Spätestens seit der positiv-rechtlichen

wie auf die sog. Weimarer Reichsverfassung v. 11.8.1919 (WRV – Deutschland) zu. Die deutsche Reichsverfassung v. 16.4.1871 enthielt ohnehin keine Grundrechte, somit auch keine Aussagen zur Rechtspersönlichkeit des Einzelnen.

⁷ Bürgerliches Gesetzbuch v. 18.8.1896.

⁸ Rechtsfähigkeit:

§ 18 ABGB: *Jedermann ist unter den von den Gesetzen vorgeschriebenen Bedingungen fähig, Rechte zu erwerben.*

Geschäftsfähigkeit:

§ 24 Abs. 1 S. 1 ABGB: *Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, sich im jeweiligen rechtlichen Zusammenhang durch eigenes Handeln zu berechtigen und zu verpflichten.*

⁹ Rechtsfähigkeit:

§ 8 Abs. 1 Gesetz 1959:IV über das Bürgerliche Gesetzbuch (ung. BGB 1959) in der Fassung des Gesetzes 2011:CCI: *Jeder Mensch ist rechtsfähig: Er kann Rechte und Pflichten haben.* Zuvor lautete die Vorschrift: *In der [bis zum 22.10.1989: Volks]Republik Ungarn ist jeder Mensch rechtsfähig: Er kann Rechte und Pflichten haben.*

§ 2:1 Abs. 1 Gesetz 2013:V über das Bürgerliche Gesetzbuch (ung. BGB 2013): *Jeder Mensch ist rechtsfähig: Er kann Rechte und Pflichten haben.*

Geschäftsfähigkeit:

§ 11 Abs. 2 ung. BGB 1959, § 2:8 Abs. 2 ung. BGB 2013: *Wer geschäftsfähig ist, kann selbst Verträge schließen oder andere Willenserklärungen abgeben.*

Alle Übersetzungen aus dem Ungarischen von Herbert Küpper.

¹⁰ Bürgerliches Gesetzbuch der Tschechischen Republik v. 3.2.2012:

§ 15. (1) *Rechtspersönlichkeit ist die Fähigkeit, im Rahmen der Rechtsordnung Träger von Rechten und Pflichten zu sein.* (2) *Mündigkeit ist die Fähigkeit, für sich durch eigene Rechtsgeschäfte Rechte zu erlangen und sich zu verpflichten (rechtlich zu handeln).*

Übersetzung aus dem Tschechischen von Herbert Küpper. Mit „Rechtspersönlichkeit“ (právní osobnost) bezeichnet das tschechische Recht die Rechtsfähigkeit, mit „Mündigkeit“ (svěprávnost) die Geschäftsfähigkeit.

¹¹ Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Überblick vor § 1 Rn. 1; *Jestaedt*, S. 970; *Reifferscheid* u.a., Band 1, Stichwort „Rechtsfähigkeit“, S. I/407-408.

¹² Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 104 Rn. 2; *Reifferscheid* u.a., Band 1, Stichwort „Geschäftsfähigkeit“, S. I/136-137.

Kodifizierung durch das BGB ist Ruhe in dieser Frage eingetreten¹³. Das BGB unterscheidet zwischen juristischen Personen des Privatrechts und juristischen Personen des öffentlichen Rechts und konzentriert sich im Wesentlichen auf die erstgenannte Gruppe.

Juristische Personen jedenfalls des Privatrechts sind gemäß der dem BGB zugrunde liegenden Auffassung Rechtssubjekte, deren Rechtspersönlichkeit von der der Mitglieder, Gründer oder anderer involvierter natürlicher Personen komplett getrennt ist¹⁴. Dabei verkennt das BGB nicht, dass juristische Personen für sich nicht im tatsächlichen Sinn handeln können. Das können nur natürliche Personen. Eine juristische Person benötigt mithin, um von ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit im Rechtsverkehr Gebrauch machen zu können, natürliche Personen, deren Handeln, Unterlassen, Willenserklärungen, Wissen oder Nichtwissen etc. ihr, der juristischen Person, als eigene zugerechnet werden. Die Zurechnung ist eine Besonderheit der juristischen Personen; sie steht der Vertretung natürlicher Personen nahe, ist aber von dieser zu unterscheiden. Im Sinne dieser Zurechnung kann die juristische Person am Rechtsverkehr teilnehmen, ist rechtlich handlungsfähig.

1.1. Die juristische Person

Eine juristische Person ist ein Rechtssubjekt, das jedenfalls keine natürliche Person ist. Die gängige Definition einer „vom Gesetz als rechtsfähig anerkannten Personenmehrheit“ ist zu eng, da auch Stiftungen oder Anstalten anerkanntermaßen juristische Personen sein können, jedoch nicht als Personenmehrheiten, sondern als Vermögensmassen oder Sachgesamtheiten organisiert sind¹⁵.

1.1.1. Die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person

Was genau eine juristische Person ist, ergibt sich daher zunächst aus ihrem Gegenteil: der natürlichen Person. Eine juristische Person ist ein Rechtssubjekt, das keine natürliche Person ist. Sie ist vielmehr eine „Organisationsform“, wie die rumänische Legaldefinition es ausdrückt¹⁶, d.h. ein juristisches Konstrukt, das von einem oder mehreren Rechtssubjekten – häufig, aber nicht zwingend natürlichen

¹³ Zur Historie der Diskussionen s. Leuschner, Lars in *MüKo*, vor § 21 Rn. 18-28.

¹⁴ *Reifferscheid* u.a., Band 1, Stichwort „Juristische Person“, S. I/199.

¹⁵ So auch Bundesgerichtshof, BGHZ 25, 134; Leuschner, Lars in *MüKo*, vor § 21 Rn. 1; ebenso *Sachs*, Art. 19 Rn. 58-66, aus grundrechtlicher Sicht, d.h. im Bezug auf die „juristische Person (des Privatrechts)“ als potenzielle Trägerin von Grundrechten gemäß Art. 19 Abs. 3 GG.

Präzise und auch auf deutsche Verhältnisse anwendbar ist die Legaldefinition der juristischen Person in Art. 25 Abs. 3 des rumänischen Zivilkodex (Fn. 2):

(3) *Eine juristische Person ist jede Organisationsform, die, soweit sie den gesetzlichen Voraussetzungen entspricht, zu bürgerlichen Rechten und Pflichten berechtigt ist.*

Übersetzung aus dem Rumänischen von Herbert Küpper.

¹⁶ Dazu s. Fn. 15.

Personen – errichtet und von der Rechtsordnung mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit ausgestattet wird. In dem letztgenannten Merkmal liegt ein wesentlicher Unterschied zu der Rechtspersönlichkeit natürlicher Personen. Während der natürlichen Person dieser Status kraft ihres Menschseins ab der Geburt – und in einzelnen Rechtsbeziehungen auch schon vor der Geburt – zukommt, erlangt die juristische Person ihre Rechtspersönlichkeit durch staatlichen Verleihungsakt, d.h. durch die Anerkennung seitens der Rechtsordnung.

Die Rechtspersönlichkeit äußert sich darin, dass einer juristischen Person Rechtsfähigkeit zukommt. Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit sind letztlich zwei Aspekte ein- und desselben Sachverhalts: Die juristische Person kann eigene Rechte und Pflichten haben, die von den Rechten und Pflichten ihrer Gründer, Mitglieder etc. verschieden sind, und soll mehr oder weniger wie eine natürliche Person am Rechtsverkehr teilnehmen können¹⁷. Das unterscheidet die juristische Person von Personenmehrheiten und Organisation(seinheit)en, die gar keine eigenen Rechte und Pflichten haben können und somit nicht rechtsfähig sind, oder deren Fähigkeit zur Inhaberschaft eigener Rechte und Pflichten auf einzelne Rechte und Pflichten beschränkt ist, d.h. die teilrechtsfähig sind¹⁸.

Eine allgemeine Grenze der Rechtsfähigkeit juristischer Personen bringt Art. 19 Abs. 3 GG zum Ausdruck. Juristische Personen können nur die Rechte und Pflichten haben, die „ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind“. In Art. 19 Abs. 3 GG umschreibt diese Formulierung die Grenze der Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen. Im Zivilrecht ist ebenfalls anerkannt, dass die Rechtspersönlichkeit oder Rechtsfähigkeit der juristischen Person nur die Inhaberschaft solcher Rechte und Pflichten vermittelt, die ihrem Wesen nach einer rechtlichen Konstruktion zukommen können. Damit scheiden insbesondere höchstpersönliche Rechte und Pflichten aus, während die Teilnahme an vermögensrechtlichen Beziehungen kaum Beschränkungen unterliegt¹⁹.

1.1.2. Die Quelle der Rechtspersönlichkeit: Privatrecht und öffentliches Recht

Wie in Punkt 1.1.1. gesehen, entsteht die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person durch die Anerkennung seitens der Rechtsordnung. Die Rechtsordnung unterteilt sich in Privatrecht und

¹⁷ Zu dieser Gleichheit von Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit s. auch § 15 des tschechischen BGB (Fn. 10).

¹⁸ Das sind z.B. der nicht rechtsfähige Verein, die Wohnungseigentümergeinschaft oder die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts sowie die handelsrechtlichen Personengesellschaften. Teilrechtsfähigkeit kommt ausnahmsweise auch bei natürlichen Personen vor: das empfangene, aber noch nicht geborene Kind. Näher dazu s.u. Punkt 2.2.2.1.1.

¹⁹ So ausdrücklich Art. 2:5 des niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuchs v. 1.1.1992 (niederländisches BWB):
Art. 2:5: *Eine juristische Person ist, was die Vermögensrechte betrifft, mit einer natürlichen Person gleichgestellt, soweit nicht aus dem Gesetz das Gegenteil hervorgeht.*

Übersetzung aus dem Niederländischen von Herbert Küpper.

öffentliches Recht. Je nachdem, auf welchem Teil der Rechtsordnung die staatliche Anerkennung beruht, ist denkbar, dass das Privatrecht oder das öffentliche Recht als Quelle der Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person dient²⁰.

Im Personenrecht des BGB in Titel 2 „Juristische Personen“ treffen Untertitel 1 und 2 umfangreiche Regelungen über den Verein und die rechtsfähige Stiftung. Das sind die Grundformen für die juristischen Personen des Privatrechts: Personenmehrheit und verselbstständigtes Vermögen. Untertitel 3 mit der Überschrift „Juristische Personen des öffentlichen Rechts“ enthält hingegen nur eine einzige Vorschrift: § 89 BGB. Dieser lautet:

§ 89. Haftung für Organe; Insolvenz

(1) Die Vorschrift des § 31²¹ findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung.

(2) Das Gleiche gilt, soweit bei Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts das Insolvenzverfahren zulässig ist, von der Vorschrift des § 42 Abs.

2.

Dem ist so viel zu entnehmen, dass das Recht der juristischen Personen im BGB grundlegend zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts einerseits und juristischen Personen des Privatrechts andererseits unterscheidet und dass es auf die Regelung der juristischen Personen des öffentlichen Rechts weit gehend verzichtet.

Damit geht das zivilrechtliche Personenrecht von einer grundlegenden Zweiteilung der juristischen Personen aus: einerseits der juristischen Personen des Privatrechts, die durch BGB, das Handelsgesetzbuch²² und weitere dem Privatrecht zugehörige Spezialgesetze erschöpfend geregelt werden, und andererseits der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, deren Regelung das BGB weitest gehend in das öffentliche Recht verweist. Die grundlegende Dichotomie zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, die das deutsche Recht kennt²³, prägt auch das deutsche Recht der juristischen Personen.–

²⁰ Auch für diesen Sachverhalt hält der rumänische Zivilkodex (Fn. 2) wieder eine Legaldefinition bereit:

Art. 189 Kategorien der juristischen Personen

Juristische Personen sind solche des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts.

Übersetzung aus dem Rumänischen von Herbert Küpper.

²¹ § 31 BGB regelt die Haftung des Vereins für Schäden, die Vereinsorgane Dritten im Zuge ihres Handelns für den Verein zufügen (Organhaftung).

²² Handelsgesetzbuch v. 10.5.1897.

²³ *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1267-1272; *Ehlers*, S. 138-172; *Hellgardt*. In historischer Perspektive *Bogdandy/Huber*, S. 48.

1.2. Arten der juristischen Personen des öffentlichen Rechts

Neben der kategorialen Trennung der juristischen Personen in solche des öffentlichen und solche des Privatrechts hat § 89 BGB noch einen weiteren Regelungsgehalt. Die Norm zählt mögliche Formen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts auf: Fiskus, Körperschaften des öffentlichen Rechts, Stiftungen des öffentlichen Rechts und Anstalten des öffentlichen Rechts. Es handelt sich allerdings um bloße Nennungen, nicht um Definitionen oder gar rechtliche Ausgestaltungen der genannten Typen. Gerade die Typenformen Körperschaft, Anstalt und Stiftung (jeweils des öffentlichen Rechts) werden in der Wissenschaft als wenig trennscharfe Kategorien bezeichnet und gehen in der Praxis bisweilen in einander über²⁴.

1.2.1. Der Fiskus

Der Begriff des Fiskus bezeichnet den Staat in seinen privatrechtlichen Beziehungen. Der Fiskus ist keine eigene juristische Person, sondern ein Aspekt der juristischen Person Staat²⁵. „Fiskus“ ist daher anders als die übrigen drei Begriffe in § 89 BGB kein spezieller Typus einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, sondern lediglich eine besondere Erscheinungsform des Staates. „Staat“ im deutschen Kontext umfasst sowohl den Bund als auch jedes einzelne der 16 Länder²⁶.

Begriff und Regelungsgehalt von „Fiskus“ werden von § 89 BGB als existent vorausgesetzt. Weder das BGB noch das öffentliche Recht enthalten Vorschriften über die Rechtsfähigkeit des Staates und seine Teilnahme am Zivilrechtsverkehr, im Gegensatz zu den beiden ungarischen Zivilrechtskodifikationen²⁷.

1.2.2. Die Körperschaft des öffentlichen Rechts

Eine Körperschaft ist eine juristische Person, die auf Mitgliedschaft basiert, in ihrer Rechtspersönlichkeit aber unabhängig vom konkreten Mitgliederbestand ist²⁸. Im Privatrecht ist dies

²⁴ Jestaedt, S. 976-977.

²⁵ Burmeister, S. 217-219.

²⁶ Anders/Gehle, vor § 50 Rn. 13; Ehlers, S. 172-173; Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 14.

²⁷ § 28 ung. BGB 1959; §§ 3:405-3:406 ung. BGB 2013. Ebenso z.B. Art. 2:1 Abs. 1 niederländisches BWB oder Art. 223 rumänischer Zivilkodex.

²⁸ Die Legaldefinition in § 10 Abs. 1 Organisationsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern v. 14.3.2005 (LOG M-V) lautet: *Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind selbstständige, mitgliederschaftlich organisierte rechtsfähige Verwaltungsträger, die dauerhaft Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen*. Älter, aber inhaltlich deckungsgleich ist die Legaldefinition in § 37 Abs. 1 Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-

der Verein und seine handelsrechtlichen Sonderformen wie Aktiengesellschaft (AG) und Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH). Die Rechtsgrundlagen der Körperschaften des öffentlichen Rechts liegen einerseits in dem konkreten Errichtungsakt und andererseits in im Wesentlichen durch die Rechtswissenschaft formulierten allgemeinen Grundsätzen gewohnheitsrechtlicher Natur²⁹. Diese sind subsidiär, sodass der konkrete Errichtungsakt Vorrang hat und von ihnen abweichen kann. Im Gegensatz etwa zu Ungarn enthält das deutsche Haushaltsrecht keine Vorschriften über die Rechtsnatur der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ihre Gründung, Teilnahme am zivil- und öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr etc., sondern setzt diese ebenso voraus wie § 89 BGB³⁰.

Im öffentlichen Recht unterscheidet man im Wesentlichen zwischen zwei Erscheinungsformen der Körperschaft. Die Gebietskörperschaft ist eine juristische Person, die an bestimmtes Territorium anknüpft: der Bund, die Länder, die Gemeinden, die Gemeindeverbände wie z.B. die Landkreise, Kommunal- oder Regionalverbände³¹, in manchen Bundesländern organisatorische Sonderformen des Gebietsaufbaus wie die Landschaftsverbände³² oder die Regierungsbezirke³³. Die Personalkörperschaft knüpft nicht an ein bestimmtes Territorium an, sondern an einen bestimmten Personenkreis. Typische Erscheinungsformen sind Kammern, Universitäten oder Sozialversicherungsträger. Die Gebiets- und die Personalkörperschaft sind die wissenschaftlichen „Standardfälle“. Daneben unterscheiden manche Autoren noch die Realkörperschaften, deren Grundlage das Eigentum an einer Immobilie ist (bestimmte Verbände wie Wasser- oder Bodenverbände), die Betriebskörperschaften, die einen bestimmten Betrieb unterhalten, und die Verbandskörperschaften, die ein vereinsartiger Zusammenschluss bestimmter juristischer Personen (die meist ihrerseits Körperschaften sind) mit Zwangs- oder freiwilliger Mitgliedschaft (z.B. Zweckverbände) sind. Das schleswig-holsteinische Landesrecht bezeichnet die Körperschaften, die

Holstein v. 18.4.1967 (LVwG S-H): *Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind rechtsfähige, mitgliederschaflich organisierte Verwaltungseinheiten, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.*

Sie sind wie auch die weiteren Legaldefinitionen in § 10 LOG M-V und im LVwG S-H eine Positivierung der ansonsten wissenschaftlichen Begriffsbestimmung. Zum Zusatz „ohne Gebietshoheit“ in § 37 Abs. 1 LVwG S-H s.u. Fn. 34.

Zum verwaltungsrechtlichen Diskussionsstand s. *Burgi* in Erichsen/Ehlers, S. 280; *Ehlers*, S. 10; *Jestaedt*, S. 975; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 2, § 85 I.

²⁹ Zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Gewohnheitsrecht als Quelle des Verwaltungsrechts s. *Ehlers*, S. 94-95; *Ruffert* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1215-1221; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 1, § 25 I, II, IV.

³⁰ §§ 105-112 Bundeshaushaltsordnung v. 19.8.1969 (BHO): „Bundesunmittelbare juristische Personen des öffentlichen Rechts“. Im Kontrast dazu die haushaltsrechtlichen Vorschriften Ungarns über die Haushaltsorgane in §§ 7-11/F Gesetz 2011:CXCV über den Staatshaushalt (ung. HaushG) v. 30.12.2011; näher dazu s.u. Punkt 3.5.

³¹ Beispiele: Städteregion Aachen: Gesetz zur Bildung der Städteregion Aachen v. 26.2.2008; Regionalverband Saarbrücken: Art. 1 Gesetz Nr. 1632 zur Reform der saarländischen Verwaltungsstrukturen v. 21.11.2007; Region Hannover: §§ 1, 3 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz v. 17.12.2010. Näher *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 2, § 89 I, VI, VII.

³² Landschaftsverbandsordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14.7.1994.

³³ Bezirksordnung für den Freistaat Bayern v. 22.8.1998.

keine originären Hoheitsträger wie Bund, Land oder Gemeinden sind, als „Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit“³⁴.

Aus traditionellen Gründen sind in Deutschland auch Religionsgemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts verfasst³⁵. Da Religionsgemeinschaften keine Bestandteile der öffentlichen Gewalt sind, ist ihre Eigenschaft als Körperschaft des öffentlichen Rechts ein Fall sui generis und bleibt in der Folge außer Betracht. Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts sui generis ist auch das Bayerische Rote Kreuz, das ursprünglich als private Initiative ein eingetragener Verein war (und das in den übrigen Bundesländern sowie als „Deutsches Rotes Kreuz e.V.“ auf Bundesebene bis heute ist) und später durch ein Landesgesetz³⁶ zur Körperschaft des öffentlichen Rechts „ehrenhalber“ umgewandelt wurde: Das Bayerische Rote Kreuz ist mithin eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die nicht durch den Staat, sondern durch Private gegründet und später durch den Staat zur Körperschaft des öffentlichen Rechts erklärt wurde, ohne dass der Staat dieses Körperschaft für sich übernommen hätte.

Nach deutscher Dogmatik wären wohl auch die ungarischen Minderheitenselbstverwaltungen sowohl auf örtlicher als auch auf landesweiter Ebene als Körperschaften des öffentlichen Rechts einzustufen.

1.2.3. Die Stiftung des öffentlichen Rechts

Eine Stiftung des öffentlichen Rechts unterscheidet sich in ihrer äußeren Erscheinungsform kaum von einer privatrechtlichen Stiftung. In beiden Fällen ist eine Stiftung eine mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Vermögensmasse, die durch eigene Organe handelt³⁷. Der Unterschied liegt im Gründungsakt, der kein privatrechtliches Stiftungsgeschäft, sondern ein staatlicher Hoheitsakt ist³⁸. Neben rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts, die eigene Rechtspersönlichkeit besitzen, kommen auch nichtrechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts

³⁴ Abschnitt V Unterabschnitt 1 (§§ 37-40) LVwG S-H.

³⁵ Art. 140 GG i.V.m. Art. 137 Abs. 5-6 WRV.

³⁶ Gesetz über die Rechtsstellung des Bayerischen Roten Kreuzes v. 16.7.1986, Art. 1 Satz 1: *Das Bayerische Rote Kreuz als Mitgliedsverband des Deutschen Roten Kreuzes ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts mit dem Sitz in München.*

³⁷ Die Legaldefinition in § 10 Abs. 3 LOG M-V lautet: *Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts sind aufgrund öffentlichen Rechts errichtete oder anerkannte Verwaltungseinheiten, die mit einem Kapital- oder Sachbestand Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dauerhaft wahrnehmen.* Vergleichbar § 47 Abs. 1 LVwG S-H: *Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts sind auf einen Stiftungsakt gegründete, aufgrund öffentlichen Rechts errichtete oder anerkannte Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Kapital- oder Sachbestand Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.*

Zum verwaltungsrechtlichen Diskussionsstand *Burgi* in Erichsen/Ehlers, S. 281-282; Ehlers, S. 10-11; Jestaedt, S. 975-976; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Band 2, § 87 I.

³⁸ Näher dazu unten Punkt 2.2.1.

vor, die aber mangels Rechtspersönlichkeit im Innenbereich des stiftenden öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekts verbleiben und an dessen Rechtspersönlichkeit teilhaben³⁹.

Die Rechtsgrundlagen der Stiftungen des öffentlichen Rechts sind zersplittert. Allgemein anerkannt ist, dass das Stiftungsrecht des BGB nur für Stiftungen des Privatrechts gilt. In den das BGB ergänzenden Stiftungsgesetzen der Länder ist die Rechtslage uneinheitlich. Manche beschränken ihren Geltungsbereich auf die privatrechtlichen Stiftungen⁴⁰, während andere auch die öffentlich-rechtlichen Stiftungen regeln⁴¹. Die Landesstiftungsgesetze, deren Geltungsbereich auch öffentlich-rechtliche Stiftungen umfasst, enthalten subsidiäre Vorgaben an die Errichtung einer solchen Stiftung, bestehend aus Stiftungsakt und in manchen Fällen staatlicher Verleihung, von denen der Landesgesetzgeber allerdings im Einzelfall abweichen kann. Im Übrigen finden sich in diesen Gesetzen Einschränkungen für die Kommunen bei ihren Stiftungen, Regeln über Zuständigkeiten und die Aufsicht sowie Verweise auf das Stiftungsrecht des BGB, während die Rechts- und Geschäftsfähigkeit keine Regelung erfahren.

Damit lassen das BGB und die landesrechtlichen Stiftungsgesetze – selbst die, die sich auf die öffentlich-rechtlichen Stiftungen erstrecken – hinreichend Raum für individuelle Lösungen. Daher ist auch bei den Stiftungen des öffentlichen Rechts der konkrete Errichtungsakt von zentraler Bedeutung. Weniger wichtig als bei Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts sind die durch die Rechtswissenschaft formulierten allgemeinen Grundsätzen gewohnheitsrechtlicher Natur. Soweit sie reichen, orientieren sie sich inhaltlich am Recht der privatrechtlichen Stiftungen. Auch sie sind subsidiär und engen daher den Stiftungsakt inhaltlich nicht ein.

1.2.4. Die Anstalt des öffentlichen Rechts

Eine Anstalt des öffentlichen Rechts schließlich wird definiert als ein mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteter Bestand an persönlichen und sachlichen Mitteln, der einem bestimmten Bereich der öffentlichen Verwaltung (einem bestimmten Verwaltungszweck) dauerhaft zu dienen bestimmt ist⁴². Ihre Grundlage sind nicht Mitglieder wie bei der Körperschaft, sondern Nutzer.

³⁹ Näher dazu unten Punkt 2.2.2.1.1.

⁴⁰ So die Stiftungsgesetze der Länder Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Saarland und Schleswig-Holstein.

⁴¹ So die Stiftungsgesetze der Länder Baden-Württemberg (§§ 17-21), Bayern (Art. 16-19), Hessen (kein eigenes Kapitel), Rheinland-Pfalz (§§ 10-11), Sachsen (§§ 2-3), Sachsen-Anhalt (§§ 7-10) und Thüringen (§§ 13-15).

⁴² So schon die klassische Definition von Otto Mayer in *Mayer*, S. 1. Ebenso *Achterberg*, S. 147; *Berg*, NJW 1985, S. 2295-2297; *Burgi* in *Erichsen/Ehlers*, S. 280-281; *Ehlers*, S. 11; *Ellenberger*, Jürgen in *Palandt*, Vorbemerkung vor § 89

Die Rechtsgrundlagen der Anstalten des öffentlichen Rechts liegen einerseits in dem konkreten Errichtungsakt und andererseits in im Wesentlichen durch die Rechtswissenschaft formulierten allgemeinen Grundsätzen gewohnheitsrechtlicher Natur, die subsidiär sind, sodass der konkrete Errichtungsakt von ihnen abweichen kann.

Im Privatrecht fehlt eine vergleichbare Konstruktion. Typische Beispiele sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und viele staatliche und kommunale Banken.

1.2.5. Weitere Typen von juristischen Personen des öffentlichen Rechts?

Die Aufzählung in § 89 BGB ist nicht abschließend, sondern eine Bestandsaufnahme der Dogmatik des allgemeinen Verwaltungsrechts zum Zeitpunkt des Erlasses des BGB⁴³. Anders als die juristischen Personen des Privatrechts unterliegen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts nach überwiegender Ansicht keinem Formenzwang und mithin keinem Numerus clausus möglicher Formen⁴⁴. Nicht nur der Bund, der sich jedenfalls im Gesetzgebungswege über das BGB hinwegsetzen könnte, sondern auch an das BGB als Bundesrecht gebundene Rechtsträger wie die Länder oder Gemeinden, Kammern oder Universitäten etc. können mit den Mitteln des öffentlichen Rechts weitere, in § 89 BGB nicht genannte Formen juristischer Personen schaffen. Allerdings sind die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten als wissenschaftlich-analytische und eben nicht normativ definierte Kategorien hinreichend flexibel und dehnbar, weshalb bislang noch alle Formen juristischer Personen, die unter dem öffentlichen Recht errichtet wurden, unter diese Trias subsumiert werden können.

Nicht nur das BGB, sondern auch öffentlich-rechtliche Vorschriften, die die möglichen Rechtsformen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts aufzählen, erwähnen üblicherweise die Trias aus Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts⁴⁵. Der Grund ist derselbe wie bei

Rn. 1; *Jestaedt*, S. 975; *Krebs*, NVwZ 1985, S. 609-615; Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 20; *Reifferscheid* u.a., Band 4, S. XI/11; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 2, § 86 I.

Dem entsprechen auch die Legaldefinitionen in § 41 Abs. 1 LVwG S-H: *Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind von einem oder mehreren Trägern der öffentlichen Verwaltung errichtete Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Bestand an sachlichen Mitteln und Dienstkräften Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.*, und in § 10 Abs. 2 LOG M-V: *Anstalten des öffentlichen Rechts sind verselbstständigte, in der Regel nicht mitgliedschaftlich organisierte rechtsfähige Verwaltungseinheiten, die zur dauerhaften Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse errichtet werden.*

⁴³ Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 10.

⁴⁴ *Groß*, S. 923-925; *Jestaedt*, 976-977; Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 10.

⁴⁵ So z.B. § 1 Abs. 1 Nr. 1 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes v. 25.5.1976 (VwVfG), das den Geltungsbereich mit „Behörden des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts“ umschreibt und mit dieser Formulierung alle denkbaren bundesunmittelbaren Verwaltungsträger umfassen, aber keinen

§ 89 BGB: Dies ist der Formenbestand, der sich im 19. Jahrhundert entwickelt hat, und bislang ist noch kein weiterer Typus geschaffen worden. Auch diese Aufzählungen in öffentlich-rechtlichen Vorschriften sind nicht so zu verstehen, dass damit alle möglichen Typen abschließend geregelt sind, sondern einfach, dass die gesamte mittelbare Staatsverwaltung in all ihren Erscheinungsformen von ihrem Geltungsbereich erfasst sein soll.

Da die Körperschaft, die Stiftung und die Anstalt öffentlichen Rechts wissenschaftliche Kategorien sind, kann man aus der Formenwahl des Gründers keine Rechtsfolgen ableiten. Die Einzelheiten über den Gründungszweck, die Organstruktur, die Willensbildung nach innen und die Vertretung nach außen, die öffentlich-rechtlichen Befugnisse und Zuständigkeiten sowie die Organrechte gegenüber dem Gründer ergeben sich aus dem konkreten Gründungsakt.

2. Die Errichtung einer juristischen Person

Angesichts der Dichotomie von öffentlichem und Privatrecht im Recht der juristischen Personen ist die Frage der Errichtung und der daraus fließenden Rechtsfolgen für die Rechtsnatur, die Rechts- und die Geschäftsfähigkeit getrennt für die Personen des öffentlichen und des Privatrechts zu betrachten.

2.1. Die Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

2.1.1. Voraussetzungen der Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

Der Errichtung einer juristischen Personen des Privatrechts gibt das BGB folgende grundlegende Züge vor.

– *Privates Rechtsgeschäft*

Numerus clausus möglicher Formen aufstellen will. Art. 41a Abs. 1 Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen (LVerf NRW) v. 28.6.1950: *Zur Vorbereitung der Beschlüsse über Petitionen gemäß Artikel 17 des Grundgesetzes sind die Landesregierung und die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Behörden und sonstige Verwaltungseinrichtungen, soweit sie unter der Aufsicht des Landes stehen, verpflichtet, dem Petitionsausschuss des Landtags auf sein Verlangen jederzeit Zutritt zu ihren Einrichtungen zu gestatten.* Aus dem Regelungszusammenhang ergibt sich, dass diese Norm die gesamte Landesverwaltung, sei sie unmittelbar oder mittelbar, erfassen will, und zu diesem Zweck nennt sie die übliche Trias der Formen öffentlich-rechtlicher juristischer Personen. Einen vergleichbaren Regelungszweck erreichen Art. 105 Abs. 8 Satz 1 Verfassung der Freien Hansestadt Bremen v. 21.10.1947 mit der Formulierung „eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder eine juristische Person des Privatrechts, die unter beherrschendem Einfluss der Freien Hansestadt Bremen steht“ und Art. 12 Abs. 2 Verfassung des Saarlandes v. 15.12.1947 mit der Formulierung „sonstige Träger öffentlicher Gewalt“.

Erstens ist ein Rechtsgeschäft einer oder mehrerer Personen nötig. Das können natürliche oder in manchen Fällen auch juristische Personen sein.

Das Rechtsgeschäft zur Errichtung eines Vereins und seiner Sonderformen, z.B. der handelsrechtlichen juristischen Personen, ist ein Vertrag, der in der Satzung niedergelegt wird. Inhalt des Vertrags sind unter anderem die Errichtung und Benennung der beabsichtigten juristischen Person, die Beiträge (einschließlich der Einlagen) der Mitglieder und die Regelung ihrer Organstruktur. Auch dies wird vom BGB, vom HGB und den gesellschaftsrechtlichen Sondergesetzen nur teilweise ausdrücklich geregelt und in anderen Teilen unausgesprochen vorausgesetzt, weil selbstverständlich.

Das Rechtsgeschäft zur Errichtung einer Stiftung ist das sog. Stiftungsgeschäft i.S.v. § 80 Abs. 2 BGB. Anders als der Vertrag zur Errichtung eines Vereins ist das Stiftungsgeschäft ein einseitiges Rechtsgeschäft des Stifters, mit dem dieser unter anderem den Namen, den Zweck, das Vermögen und die Organstruktur der Stiftung festlegt. Das wird in § 81 BGB recht minutiös geregelt.

– Staatliche Anerkennung

Zweitens ist die staatliche Anerkennung nötig. Erst die staatliche Anerkennung in der Gestalt entweder der Eintragung in das Vereinsregister oder der staatlichen Verleihung oder Anerkennung begründet die Rechtspersönlichkeit des Vereins oder der Stiftung. Das privatrechtliche Rechtsgeschäft alleine ist hierzu nicht in der Lage⁴⁶.

In dem Zeitraum zwischen dem privatrechtlichen Errichtungsgeschäft und der staatlichen Anerkennung kann ein Verein (einschließlich seiner handelsrechtlichen Sonderformen) bereits in gewissem Maße als sog. Vorgesellschaft am Geschäfts- und Rechtsverkehr teilnehmen. Die Vorgesellschaft ist nicht ausdrücklich geregelt. Ihre gewohnheitsrechtlichen Grundsätze besagen, dass sie in gewissem Maße bereits dem Recht der Gesellschaftsform, in der die Gesellschaft gegründet werden soll, unterliegt. Eindeutig ist allerdings, dass eine Vorgesellschaft noch keine Rechtspersönlichkeit besitzt und daher weder rechts- noch geschäftsfähig ist⁴⁷. Auch hierin zeigt sich

⁴⁶ Bei den teilrechtsfähigen Personengesellschaften des Handelsrechts (z.B. der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft) wird vertreten, dass deren beschränkte Rechtsfähigkeit alleine durch das privatrechtliche Gründungsgeschäft ohne jedes weitere Zutun des Staates entsteht: Leuschner, Lars in *MiKo*, vor § 21 Rn. 1-2, 36-38.

⁴⁷ Bundesgerichtshof, Urteil v. 29.10.1992, BGHZ 120, 103. Weniger eindeutig in dieser Frage ist § 3:101 ung. BGB 2013, dessen Abs. 2 aber entnommen werden kann, dass die Vorgesellschaft bereits an der Rechtspersönlichkeit der zu gründenden Vollgesellschaft partizipiert. Das ungarische Schrifttum spricht von Teilrechtsfähigkeit (relativ jogképesség): Nochta, Tibor in *Osztoivits*, Bd. 1, § 3:101 Rn. 2.

wieder, dass die staatliche Anerkennung konstitutiv für das Entstehen der Rechtspersönlichkeit der juristischen Person des Privatrechts ist.

2.1.2. Rechtsfolgen der Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts

Der staatliche Anerkennungsakt des privatrechtlichen Vertrags (Satzung) oder Stiftungsgeschäfts lässt die Rechtspersönlichkeit der juristischen Person eo ipso entstehen. Diese Wirkung kann der Anerkennungsakt deshalb entfalten, weil die Satzung oder das Stiftungsgeschäft die innere Struktur der beabsichtigten Rechtsperson mit hinreichender Genauigkeit regeln müssen. Das staatliche Recht gibt allerdings zahlreiche Aspekte der Rechtspersönlichkeit einer juristischen Person des Privatrechts entweder zwingend oder subsidiär vor, und diese im Gesetz niedergelegten Aspekte müssen nicht unbedingt durch die Satzung oder das Stiftungsgeschäft geregelt werden. Fehlt es an einer hinreichend genauen Regelung im Errichtungsgeschäft (Satzung oder Stiftungsgeschäft) und können diese Lücken auch unter Hinzuziehung des staatlichen Rechts nicht geschlossen werden, darf eine staatliche Anerkennung nicht stattfinden, sondern müssen der oder die Gründer nachbessern. So ist z.B. eine staatliche Genehmigung oder Anerkennung ausgeschlossen, wenn die Gründer für ihren Verein, ihre GmbH oder ihre AG bzw. der Stifter für seine Stiftung keinen Namen festgelegt haben⁴⁸.

2.1.2.1. Rechtsfähigkeit

Mit der Entstehung der Rechtspersönlichkeit ist die juristische Person ohne Weiteres rechtsfähig. Diese privatrechtsgestaltende Wirkung des staatlichen Anerkennungsakts ist seit Langem etabliert und weder im Grundsätzlichen noch in den Einzelheiten strittig.

Das Zivilrecht gewährt den juristischen Personen des Privatrechts uneingeschränkt Rechts- und Geschäftsfähigkeit⁴⁹. Sie sind damit im Privatrechtsverkehr den natürlichen Personen weit gehend gleichgestellt. Lediglich die Rechte und Pflichten, die ihrer Natur nach nur natürlichen Personen zustehen können, sind den juristischen Personen des Privatrechts verwehrt. Auch dies spricht das BGB nicht konkret aus, sondern es geht aus §§ 21, 22 BGB hervor, wonach Vereine ihre Rechtsfähigkeit durch die Eintragung in das Vereinsregister oder im Ausnahmefall des wirtschaftlichen Vereins durch staatliche Verleihung erlangen. Die juristischen Personen des Handelsrechts wie die GmbH oder die AG sind nach der Systematik des deutschen Rechts

⁴⁸ § 81 Abs. 4 BGB ermächtigt die zuständige Landesbehörde zur Ergänzung des Stiftungsgeschäfts um fehlende Elemente, wenn der Stifter verstorben ist.

⁴⁹ Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 21 Rn. 8-11.

Sonderformen des rechtsfähigen Vereins, weshalb auch für sie die Grundsatznormen der §§ 21, 22 BGB gelten, sofern nicht Spezialvorschriften besondere Vorkehrungen treffen. Für rechtsfähige Stiftungen trifft § 80 BGB eine vergleichbare Regelung.

2.1.2.2. Geschäftsfähigkeit

Bei juristischen Personen des Privatrechts geht mit der Rechtsfähigkeit automatisch die volle Geschäftsfähigkeit einher. Der Grundsatz, dass jede rechtsfähige Person grundsätzlich voll geschäftsfähig ist, liegt dem BGB unausgesprochen zugrunde. Die Vorschriften des BGB, die als Ausnahme von diesem Grundsatz die Geschäftsfähigkeit rechtsfähiger Personen beschränken, beziehen sich alleine auf natürliche Personen. Daher ist eine rechtsfähige juristische Person des Privatrechts immer voll geschäftsfähig.

Sobald die juristische Person ihre für die Außenvertretung zuständigen Organe konstituiert hat, kann sie von ihrer Geschäftsfähigkeit Gebrauch machen. Wenn sie in ihrer Satzung ihren Organen die Vornahme bestimmter Geschäfte verbietet, was zulässig ist, ist das zunächst ein Internum der juristischen Person. Eine solche Satzungsvorschrift beschränkt nicht die Rechtsfähigkeit der juristischen Person und auch nicht ihre Geschäftsfähigkeit, sondern lediglich die Vertretungsmacht ihrer Organwalter⁵⁰.

2.1.3. Die Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts durch öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte?

Juristische Personen des Privatrechts können auch durch öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte errichtet werden. Da sich die Qualität einer juristischen Person nach ihrem Gründungsakt und nicht nach dem Gründungszweck oder der Person des Gründers bemisst⁵¹, steht es öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten durchaus offen, sich der Formen des Privatrechts zu bedienen, um eine juristische Person zu gründen. Aus personenrechtlicher und verwaltungsrechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, dass diesen von einem öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekt gegründeten juristischen Personen des Privatrechts auch Verwaltungsaufgaben übertragen werden; gewisse Grenzen können sich in erster Linie aus dem Verfassungsrecht ergeben⁵², bei Gemeinden als Gründern auch aus dem Kommunalrecht.

⁵⁰ So schon Reichsgericht, RGZ 145, 314; Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 21 Rn. 11.

⁵¹ Näher dazu unten Punkt 2.3.

⁵² *Groß*, S. 924-925; *Jestaedt*, S. 977-979; *Schulze-Fielitz*, S. 883-886; *Wißmann*, S. 1063.

Umgekehrt gilt dies allerdings nicht. Da Rechtssubjekte des Privatrechts keine hoheitlichen Befugnisse haben, fehlen ihnen die öffentlich-rechtlichen Mittel, eine juristische Person des öffentlichen Rechts ins Leben zu rufen.

2.1.3.1. Errichtung mit den Mitteln des Privatrechts

Wenn ein öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt eine juristische Person des Privatrechts errichten will, muss es sich hierfür der vorgesehenen Verfahren bedienen. Ein Verein⁵³ oder eine Handelsgesellschaft setzt einen privatrechtlichen Vertrag (Satzung), den der öffentlich-rechtliche Gründer kraft seiner Rechts- und Geschäftsfähigkeit (sofern dies nicht ultra vires liegt⁵⁴) schließen kann, sowie die Eintragung in das gegebene Register durch das zuständige Organ voraus. Eine Stiftung bedarf eines privatrechtlichen Stiftungsaktes und wiederum der staatlichen Anerkennung durch die stiftungsrechtlich vorgesehene Landesbehörde. Diese Vorschriften gelten für privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Gründer und Stifter gleichermaßen.

Dasselbe gilt, wenn der Staat eine vorhandene juristische Person des Privatrechts übernehmen, z.B. eine existierende Aktiengesellschaft in staatliches Eigentum überführen möchte. Dies ist möglich, indem der Staat die Gesellschaftsanteile auf dem üblichen zivilrechtlichen Weg erwirbt oder sie sich ersatzweise im Wege einer Enteignung zuspricht. In beiden Fällen entsteht übliches, durch Übertragungsakt erworbenes zivilrechtliches Eigentum des Staates an der betroffenen Aktiengesellschaft.

2.1.3.2. Errichtung mit den Mitteln des öffentlichen Rechts

Kann sich ein öffentlich-rechtlicher Gründer hierüber hinwegsetzen und z.B. eine Aktiengesellschaft durch ein Gesetz gründen, so wie dies in Ungarn häufig geschieht? Die Antwort muss angesichts der föderalen Struktur Deutschlands differenzierter ausfallen als in Ungarn. Die Vorschriften über die Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts sind in bundesrechtlichen Gesetzen niedergelegt: BGB, HGB, die Spezialgesetze über Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung etc. Das Stiftungsrecht ist zwar Landesrecht, aber die Grundlagen der

⁵³ Beispiele für die mittelbare Bundesverwaltung in Vereinsform sind der Deutsche Akademische Austauschdienst e.V. (DAAD) oder das Goethe-Institut zur Pflege der deutschen Sprache im Ausland und zur Förderung der internationalen kulturellen Zusammenarbeit e.V.

⁵⁴ Zur Beschränkung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts auf ihrem Gründungszweck entsprechende Handlungen durch die Zivilrechtsprechung s. Punkt 2.2.2.1.2.

Errichtung einer Stiftung, insbesondere die Notwendigkeit eines Stiftungsgeschäfts und einer staatlichen Anerkennung, sind im BGB und mithin im Bundesrecht geregelt. Damit können sich die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände, aber auch öffentlich-rechtliche Rechtssubjekte wie Universitäten, Kammern, Rundfunkanstalten etc. nicht über diese Vorschriften hinwegsetzen. Das gilt für juristische Personen des öffentlichen Rechts selbst dann, wenn die von der Bundesrepublik Deutschland gegründet wurden⁵⁵. Sie unterliegen alle dem Bundesrecht.

Anders sieht es mit der Bundesrepublik Deutschland als juristischer Person aus. Kann sie nach ungarischem Muster ein Gesetz über die Errichtung einer konkreten Aktiengesellschaft erlassen und mit diesem Gesetz sowohl den Vertrag (die Satzung) als auch die (konstitutive) Registereintragung ersetzen? Ein solches Gesetz könnte gemäß den gängigen Auslegungsregeln als *lex specialis* und *lex posterior* Vorrang vor den Vorschriften des BGB, HGB, Aktiengesetzes etc. beanspruchen. Es würde aber möglicherweise an den verfassungsrechtlichen Vorgaben an die Gesetzesform scheitern. Das Bundesverfassungsgericht sieht das Gesetz als Mittel zur abstrakt-generellen Regelung einer unbestimmt großen Anzahl von Sachverhalten an. Seine Anwendung zur Regelung eines Einzelfalls qualifiziert es regelmäßig als verfassungswidrigen Formenmissbrauch, denn für die Regelung eines konkret-individuellen Einzelfalls steht dem Staat das Mittel des Einzelakts, unter anderem in Gestalt des Verwaltungsakts, zur Verfügung. Da der Rechtsschutz der Betroffenen unmittelbar gegenüber einem Gesetz deutlich schwächer ist als gegenüber einem Einzelakt, verlangt das Bundesverfassungsgericht, dass der Staat Einzelfälle mit dem Mittel des Einzelakts bewältigt. Ein Gesetz zur Regelung eines Einzelfalls ist gemäß der Verfassungsrechtsprechung grundsätzlich ein Formenmissbrauch und nur in Ausnahmefällen eine verfassungsrechtlich zulässige Form, wenn besondere Umstände vorliegen, die im konkreten Fall das Mittel des Einzelaktes untunlich erscheinen lassen⁵⁶. Wenn man diese Rechtsprechung auf die Gründung einer juristischen Person des Privatrechts anwendet (ein derartiger Fall ist noch nie vom Bundesverfassungsgericht entschieden worden, schon weil der Staat noch nie versucht hat, eine juristische Person des Privatrechts durch Einzelfallgesetz zu gründen), wird man zur Unzulässigkeit eines solchen Gesetzes kommen. Dem Staat steht das reguläre Gründungsverfahren aus privatrechtlichem Rechtsgeschäft und behördlicher Anerkennung zur Verfügung, sodass kein Bedürfnis erkennbar ist, warum der Staat sich hierüber hinwegsetzen und durch Einzelfallgesetz eine juristische Person des Privatrechts gründen können muss. Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit eines Errichtungsgesetzes einer konkreten AG oder

⁵⁵ Auch z.B. die Universitäten der Bundeswehr als von der Bundesrepublik Deutschland gegründete öffentlich-rechtliche Personen unterliegen dem Bundesrecht wie z.B. dem BGB und können sich darüber nicht hinwegsetzen, wenn sie ihrerseits juristische Personen des Privatrechts gründen möchten.

⁵⁶ Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 15.12.1959, BVerfGE 10, 234 (Platow-Amnestie); Beschluss v. 17.7.1996, BVerfGE 95, 1 (Südumfahrung Stendal); Urteil v. 2.3.1999, BVerfGE 99, 367 (Montan-Mitbestimmung); Urteil v. 6.12.2016, BVerfGE 143, 246 (Atomausstieg).

GmbH könnte allerdings sprechen, dass Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG das Verbot des Einzelfallgesetzes auf grundrechtsbeschränkende Gesetze bezieht⁵⁷, während ein Gesetz, das eine konkrete AG oder GmbH vorbei an den üblichen Formalien errichtet, wohl keine Grundrechte beeinträchtigt und auch sonst keine Rechte anderer verletzt, weshalb es nicht unter Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG fällt und zudem die Argumentation, das Verbot des Missbrauchs der gesetzlichen Form solle den Bürger in seinen Rechtsschutzmöglichkeiten schützen, hier nur sehr mittelbar wirkt.

Ein Blick in die Praxis zeigt, dass in vielen Fällen, in denen der ungarische Gesetzgeber zur Gründung einer geschlossen tätigen Aktiengesellschaft des Privatrechts mit einer einzigen, verkehrsunfähigen Aktie greift, der deutsche Staat eine juristische Person des öffentlichen Rechts errichtet. So ist die ungarische Notenbank als geschlossen tätige Aktiengesellschaft und mithin privatrechtlich organisiert⁵⁸, während die Bundesbank „eine bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts“⁵⁹ ist, deren Rechtsform von der Wissenschaft als Anstalt des öffentlichen Rechts eingestuft wird. Eine Anstalt des öffentlichen Rechts nimmt in Deutschland auch die Filmförderung wahr, die der ungarische Gesetzgeber einer vom ihm errichteten Aktiengesellschaft überträgt⁶⁰. In anderen Fällen versehen in Deutschland rechtlich unselbstständige Behörden oder in staatlichem oder privatem Eigentum befindliche privatrechtliche Gesellschaften die Aufgaben, die in Ungarn gesetzlich gegründete Aktiengesellschaften versehen⁶¹. In einem Fall hat die Bundesrepublik Deutschland ein spezielles Gesetz über die Rechtsverhältnisse einer konkreten Handelsgesellschaft erlassen: Das sog. VW-Gesetz⁶² erteilte den zuständigen Behörden des gesetzlichen Auftrag, die bestehende Volkswagen GmbH in eine Aktiengesellschaft umzuwandeln; die Umwandlung wurde nicht durch das VW-Gesetz selbst ausgesprochen, sondern erfolgte in dem dafür vorgesehenen gesellschaftsrechtlichen Verfahren. Im Übrigen enthält das VW-Gesetz einige Sonderbestimmungen zum Aktiengesetz, die allerdings nur punktuelle Sonderregelungen treffen und keine Gründung in

⁵⁷ So ausdrücklich Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 7.5.1969, BVerfGE 25, 371 (lex Rheinstahl).

⁵⁸ § 5 Gesetz 2013:CXXXIX über die Ungarische Nationalbank v. 26.9.2013.

⁵⁹ § 2 Satz 1 Gesetz über die Deutsche Bundesbank (BBankG) v. 26.7.1957.

⁶⁰ Die staatliche Filmförderung obliegt in Ungarn gemäß § 8 Abs. 2 Gesetz 2004:II über den Film v. 13.1.2004 der Nationales Filminstitut Gemeinnützigen Nonprofit geschlossen tätigen Aktiengesellschaft, während in Deutschland unter anderem die Filmförderungsfonds des Bundes und der Länder zuständig sind. Der vom Bund unterhaltene Deutsche Filmförderungsfonds ist bei der Filmförderungsanstalt angesiedelt, welche laut § 1 Abs. 1 Satz 2 Gesetz über Maßnahmen zur Förderung des deutschen Films v. 23.12.2016 eine „bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts“ ist.

⁶¹ Verwaltung staatlichen Eigentums:

- Ungarn: Ungarische Nationale Vermögensverwaltungs-geschlossen tätige Aktiengesellschaft;
- Deutschland: verschiedene rechtlich unselbstständige Behörden, teilweise auch Anstalten des öffentlichen Rechts und in staatlichem Eigentum stehende Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung.

Einziehung von Autobahngebühren:

- Ungarn: Nationale Straßengebührendienst geschlossen tätige Aktiengesellschaft;
- Deutschland: verschiedene private Gesellschaften.

⁶² Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand v. 21.7.1960.

Gesetzesform darstellen. Die Volkswagen AG ist eine Aktiengesellschaft, deren Rechtsgrundlage in vollem Umfang auf dem Aktiengesetz beruht⁶³.

Auch außerhalb des VW-Gesetzes kommt es vor, dass der Gesetzgeber den zuständigen Behörden den Auftrag erteilt, eine juristische Person des Privatrechts zu errichten, und zwar mangels Sonderbestimmungen im regulären, dafür vorgesehenen Weg. Ein Beispiel ist das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung „Deutsche Bundesstiftung Umwelt“ v. 18.7.1990, dessen § 1 lautet: „Der Bund wird unter dem Namen ‚Deutsche Bundesstiftung Umwelt‘ eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts errichten“. Auch die übrigen Vorschriften, die die Aufgaben der Stiftung regeln, formulieren dies mit „sollen“: „Aufgabe der Stiftung soll es sein ...“. Dies konkretisiert den Stiftungsgründungsauftrag, errichtet aber selbst die Stiftung nicht. Für die Errichtung müssen die Behörden des Bundes den regulären stiftungsrechtlichen Weg beschreiten. Vergleichbar hat der österreichische Gesetzgeber gehandelt, als er die Autobahnfinanzierung weg von der unmittelbaren Staatsverwaltung auf eine staatliche Aktiengesellschaft, die ASFiNAG, übertragen hat: Das ASFiNAG-Gesetz errichtet die AG nicht selbst, sondern weist den Bund an, eine solche AG zu gründen⁶⁴.

2.2. Die Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

Die juristischen Personen des öffentlichen Rechts werden durch das BGB praktisch überhaupt nicht geregelt. Die diesbezüglichen Fragen überlässt das BGB weitest gehend dem öffentlichen Recht. Insbesondere die Errichtung mit ihrer Dichotomie von privatrechtlichem Rechtsgeschäft und staatlichem Anerkennungsakt ist auf die juristischen Personen des Privatrechts beschränkt. Das öffentliche Recht kann Vergleichbares vorschreiben, muss es aber nicht.

2.2.1. Voraussetzungen der Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

Kennzeichnend für die Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist, dass deren Gründer zu hoheitlichen Mitteln greift, die einer Person des Privatrechts nicht zur Verfügung stehen, v.a. Normativakt und Verwaltungsakt. Wenn der Staat eine juristische Person mit den Mitteln des

⁶³ In einem Fall allerdings verzichtete der Bundesgesetzgeber auf einen gesetzlichen Auftrag zur Umwandlung und nahm die Umwandlung ex lege vor: bei der Umwandlung der Sowjetisch-Deutschen Aktiengesellschaft Wismut in die Wismut Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Näher dazu s.u. Punkt 2.3.

⁶⁴ Art. II § 1 ASFiNAG-Gesetz v. 8.10.1982: *Der Bund hat eine Gesellschaft mit dem Firmenwortlaut ‚Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft‘ mit dem Sitz in Wien und einem Grundkapital von mindestens 7 Millionen Euro, deren gesamte Anteile dem Bund vorbehalten bleiben, zu errichten.*

Privatrechts gründet, z.B. eine Aktiengesellschaft oder eine Stiftung, dann kommt auf diese Weise eine juristische Person des Privatrechts zu Stande, wie unter Punkt 2.1.3. und Unterpunkte gesehen.

Üblicherweise findet die Errichtung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts und einer Anstalt des öffentlichen Rechts durch Normativakt statt: bei einer staatlichen Gründung durch Gesetz, bei einer kommunalen, universitären etc. Gründung durch Satzung. Das öffentliche Recht stellt – anders als das Zivil- und Handelsrecht für die juristischen Personen des Privatrechts – keinen „allgemeinen Teil“ zur Verfügung. Das bedeutet, dass jeder Gründungsakt sämtliche notwendigen Fragen der Binnenorganisation, Außenvertretung etc. selbst regeln muss und hierbei auf keine vorgegebenen gesetzlichen Strukturen zurückgreifen kann. Es gibt lediglich die wissenschaftlichen Typisierungen wie Körperschaft, Anstalt oder Stiftung (jeweils des öffentlichen Rechts), die ein gewisses gedankliches Modell vorgeben, an dem sich der Gründer orientieren kann und in der Praxis auch orientiert.

Juristische Personen sind entweder dem Bund, einem Land, einer Gemeinde oder einem anderen öffentlich-rechtlichen Rechtsträger zugeordnet. Aus dem grundgesetzlichen Verbot der Mischverwaltung folgt, dass nicht der Bund und ein Land oder der Bund und alle Länder etc. gemeinsame Verwaltungsträger einschließlich juristischer Personen des öffentlichen Rechts errichten dürfen, sofern nicht das Grundgesetz oder ein grundgesetzkonformes Gesetz Ausnahmen von diesem Verbot zulassen. Daher ist zwischen bundes- und landesunmittelbaren sowie kommunalen etc. juristischen Personen des öffentlichen Rechts zu unterscheiden.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene sind kraft ausdrücklicher Nennung in Art. 87 Abs. 2 GG die Sozialversicherungsträger, die für mehr als ein Bundesland zuständig sind, Körperschaften des öffentlichen Rechts, und zwar je nach Umfang ihrer geografischen Zuständigkeit bundes- oder landesunmittelbar. Es ist umstritten, ob die Bezugnahme auf „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ so zu verstehen ist, dass die Sozialversicherungsträger ausschließlich in der Rechtsform einer Körperschaft errichtet werden können, oder ob mit dieser Formulierung nur gemeint ist, dass eine mittelbare Bundesverwaltung zwingend ist, dass also rechtlich unselbstständige Bundesbehörden (oder auch privatrechtliche Körperschaften) nicht zulässig sind, Körperschaften oder auch Anstalten oder Stiftungen des öffentlichen Rechts aber schon. Angesichts der Flexibilität der wissenschaftlichen Kategorien Körperschaft, Anstalt und Stiftung (jeweils des öffentlichen Rechts) ist die Grenze ohnehin fließend, sodass die Formulierung „Körperschaften des öffentlichen Rechts“ hinreichend

Flexibilität für unterschiedliche Lösungen lässt⁶⁵. Art. 87f Abs. 3 GG sieht für „einzelne Aufgaben in Bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen“ eine Bundesverwaltung „in der Rechtsform einer bundesunmittelbaren Anstalt des öffentlichen Rechts“ vor; allerdings wird diese Anstalt nicht durch Art. 87f Abs. 3 GG unmittelbar errichtet, sondern durch das in dieser Verfassungsnorm vorgesehene Bundesgesetz⁶⁶.

Im Übrigen schreibt Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG vor, dass der Bund Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz⁶⁷ und nur unter bestimmten Umständen errichten darf. Diese Vorschriften sind vor allem im kompetenziellen Gefüge des deutschen Föderalismus zu sehen. Der Bund soll keine juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Zuständigkeitsbereich der Länder errichten dürfen, und die Gesetzesform soll nicht nur der Exekutive die Alleinentscheidung entziehen und die Legislative zwingend beteiligen, sondern vor allem auch die Länder vor dem Eindringen des Bundes in ihren Kompetenzbereich schützen⁶⁸. Länder⁶⁹, Gemeinden und andere öffentlich-rechtliche Rechtsträger sind hingegen freier. Die Gesetzesform gemäß Art. 87 Abs. 3 Satz 1 GG gilt nur für den Bund, nicht für die übrigen potenziellen öffentlich-rechtlichen Gründer von Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts. Bei Stiftungen des öffentlichen Rechts ist auch der Bund freier und kann einen Stiftungsakt auch anders als durch Gesetz erlassen; unmittelbar durch Gesetz errichtete bundesunmittelbare Stiftungen des öffentlichen Rechts bilden allerdings den Regelfall des Stiftungsakts⁷⁰.

⁶⁵ Hermes, Georg in *Dreier*, Bd. 3, Art. 87 Rn. 61-62; *Sachs*, Art. 87 Rn. 53-56; *Wißmann*, S. 1063.

⁶⁶ § 1 Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für Post und Telekommunikation Deutsche Bundespost v. 14.9.1994.

⁶⁷ Ein Beispiel: § 1 Gesetz über die Errichtung eines Bundesinstitutes für Risikobewertung v. 6.8.2002: *Im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Verbraucherschutz, Ernährung und Landwirtschaft (Bundesministerium) wird ein ‚Bundesinstitut für Risikobewertung‘ (Bundesinstitut) als bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts errichtet.*

⁶⁸ Hermes, Georg in *Dreier*, Art. 87 Rn. 69-71; *Sachs*, Art. 87 Rn. 71-72; *Wißmann*, S. 1028-1030.

⁶⁹ So z.B. Art. 38 Abs. 1 Verfassung des Landes Niedersachsen v. 19.3.1993: *Die Landesregierung beschließt über die Organisation der öffentlichen Verwaltung, soweit nicht Gesetze die Organisation regeln.* Demnach können juristische Personen des öffentlichen Rechts durch Gesetz errichtet werden. Liegt kein Gesetz vor, ist die Landesregierung zuständig, der hierfür keine bestimmte Handlungsform vorgeschrieben wird.

Noch großzügiger ist § 38 Abs. 1 LVwG S-H:

(1) *Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit können nur errichtet werden*

a) *durch Gesetz oder*

b) *aufgrund eines Gesetzes entweder durch Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.*

Hier genügt bereits ein Verwaltungsakt und sogar ein Vertrag, sofern eine gesetzliche Grundlage vorhanden ist. Dasselbe gilt gemäß § 42 LVwG S-H für rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts, während die Errichtung einer Stiftung des öffentlichen Rechts gemäß § 47 LVwG S-H nur durch oder aufgrund eines Gesetzes, d.h. durch Verwaltungsakt, nicht aber durch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag möglich ist.

Strenger hingegen § 10 Abs. 4 S. 1-2 LOG M-V:

(4) *Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts werden durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes errichtet und aufgehoben. Die wesentlichen Grundzüge dieser juristischen Personen hat der Gesetzgeber zu bestimmen.*

⁷⁰ So z.B. § 1 Gesetz über die Errichtung einer Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur v. 5.6.1998:

§ 1. *Unter dem Namen ‚Stiftung zur Aufarbeitung der SED-Diktatur‘ wird mit Sitz in Berlin eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts errichtet. Die Stiftung entsteht mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes.*

oder § 1 Gesetz zur Errichtung einer „Bundesstiftung Baukultur“ v. 17.12.2006:

In der Praxis errichten auch die Länder juristische Personen des öffentlichen Rechts häufig durch Gesetz. Beispiele aus Nordrhein-Westfalen sind die staatlichen Universitäten, die Architektenkammer, die für alle Bundesländer gemeinsame Vergabestelle für Studienplätze, der Westdeutsche Rundfunk als die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt des Landes oder die d-NRW als IT-Dienstleister für das Land und, falls gewünscht, für weitere Verwaltungsträger im Land⁷¹. Kommunen können keine Gesetze erlassen und greifen daher oft zur Rechtsquellenart der Satzung, um juristische Personen des öffentlichen Rechts zu errichten⁷². Dass juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht durch den Normativakt, sondern aufgrund eines Normativakts (Gesetz) durch Organisationsakt oder Einzelakt errichtet werden, kommt seltener vor⁷³.

Während die Lage bei den Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts recht eindeutig ist, ist bei den Stiftungen des öffentlichen Rechts größere Vorsicht geboten. Der Grund liegt darin, dass sie den Stiftungen des Privatrechts sehr ähnlich sind, während bei öffentlich-rechtlichen

§ 1. *Unter dem Namen ‚Bundesstiftung Baukultur‘ wird eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Potsdam errichtet.*

⁷¹ – Körperschaft des öffentlichen Rechts:

§ 2 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die Hochschulen des Landes Nordrhein-Westfalen v. 16.9.2014: „vom Land getragene, rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts“, wobei im Einzelfall die Überführung in eine andere Rechtsform zulässig ist.

§ 1 Abs. 1 Satz 1 Gesetz über die Architektenkammer Nordrhein-Westfalen und die Ingenieurkammer-Bau Nordrhein-Westfalen v. 1.12.2021: beide Kammern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts.

– Stiftung des öffentlichen Rechts:

§ 1 Abs. 1 Gesetz über die Stiftung für Hochschulzulassung v. 18.11.2008:

(1) *Unter dem Namen ‚Stiftung für Hochschulzulassung‘ (Stiftung) wird eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts mit Sitz in Dortmund errichtet. Die Stiftung entsteht mit dem Inkrafttreten dieses Gesetzes.*

Die Stiftung erbringt bei der Vergabe von Studienplätzen zentrale Dienstleistungen für alle Bundesländer. Ihre Rechtsgrundlage ist daher ein Staatsvertrag zwischen allen Bundesländern, der Staatsvertrag über die Hochschulzulassung v. 4.4.2019. Dieser Staatsvertrag kann allerdings keine Stiftung errichten, sondern er verweist in Art. 1 Abs. 1 auf die Stiftung nach dem Recht des Landes Nordrhein-Westfalen:

Art. 1 (1) *Die Länder betreiben im Zusammenwirken mit der Hochschulrektorenkonferenz eine gemeinsame Einrichtung für Hochschulzulassung. Die gemeinsame Einrichtung ist nach dem Recht des Landes Nordrhein-Westfalen als Stiftung des öffentlichen Rechts durch das Gesetz zur Errichtung einer Stiftung ‚Stiftung für Hochschulzulassung‘ vom 18. November 2008 (...) mit Sitz in Dortmund errichtet.*

– Anstalt des öffentlichen Rechts:

§ 1 Abs. 1 Sätze 1-2 Gesetz über den ‚Westdeutschen Rundfunk Köln‘ v. 25.4.1998: Der WDR ist eine „gemeinnützige Anstalt des öffentlichen Rechts“ mit dem Recht auf Selbstverwaltung.

§ 1 Abs. 1 Gesetz über die Errichtung einer Anstalt des öffentlichen Rechts „d-NRW AöR“ v. 25.10.2016: „rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts“.

⁷² So z.B. die Stadtentwässerungsbetriebe Köln, Anstalt des öffentlichen Rechts, Rechtsgrundlage: Satzung für das Kommunalunternehmen Stadtentwässerungsbetriebe Köln, Anstalt des öffentlichen Rechts der Stadt Köln, v. 5.11.2009. § 114a Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14.7.1994 (GO NRW) stellt den Kommunen einen Rechtsrahmen für Anstalten des öffentlichen Rechts zur Verfügung, der stark einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) angenähert ist, um ihnen eine weitere Rechtsform für öffentlich-rechtlich organisierte, aber möglichst privatrechtlich agierende Kommunalwirtschaftsunternehmen zur Verfügung zu stellen. Derartige Anstalten sind meistens im so genannten Verwaltungsprivatrecht tätig; dazu s.o. Punkt 3.4.1. mit Unterpunkten.

⁷³ § 1 Abs. 1 Sparkassengesetz Nordrhein-Westfalen v. 18.11.2008 erlaubt den Gemeinden und Gemeindeverbänden, Sparkassen „in der Rechtsform einer landesrechtlichen Anstalt öffentlichen Rechts“ zu errichten. Das Gesetz verlangt nicht, dass der Errichtungsakt ein Normativakt sein muss, sodass Städte und Gemeinden ihre Sparkassen auch durch Organisationsakt errichten können.

Körperschaften und Anstalten kaum eine Verwechslungsgefahr mit juristischen Personen des Privatrechts besteht. Nimmt der Stifter einen privatrechtlichen Stiftungsakt vor und wird dieser von den Stiftungsbehörden genehmigt, ist die Stiftung auch dann privatrechtlich, wenn der Stifter selbst eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Ist hingegen der Errichtungsakt öffentlich-rechtlich, d.h. wird die Stiftung durch Gesetz oder hoheitlichen Einzelakt errichtet, dann ist sie eine Stiftung des öffentlichen Rechts⁷⁴. Eine Stiftung des öffentlichen Rechts kann auch dadurch entstehen, dass eine bislang anders organisierte juristische Person des öffentlichen Rechts die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Stiftung annimmt⁷⁵ oder dass eine Stiftung des privaten Rechts nachträglich durch Gesetz oder Verwaltungsakt in eine Stiftung des öffentlichen Rechts umgewandelt wird⁷⁶. Die Tatsache, dass die Frage der Rechtsnatur einer Stiftungerrichtung sogar das Bundesverfassungsgericht beschäftigt hat, zeigt, dass die Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Errichtung weniger eindeutig ist als bei Körperschaften und Anstalten.

Nicht nur bei der Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts unmittelbar durch Gesetz ist an einen Formenmissbrauch zu denken⁷⁷, sondern auch bei den Stiftungen des öffentlichen Rechts. Grundidee und Leitbild einer Stiftung liegt darin, dass sie ihre Aufgaben im Zusammenhang mit dem Stiftungszweck aus den Erträgen ihres Stiftungsvermögens finanziert. Das ist in § 83c Abs. 1 Satz 2

⁷⁴ Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 6.11.1962, BVerfGE 15, 46 (von Rohdich'scher Legatenfonds); Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Vorbemerkung vor § 80 Rn. 9.

⁷⁵ So z.B. in Niedersachsen, wo die traditionell als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisierten Universitäten in die Rechtsform einer öffentlich-rechtlichen Stiftung überführt werden sollen. Den Grundsatz regelt § 55 Abs. 1 Satz 1 Niedersächsisches Hochschulgesetz i.d.F. v. 26.2.2007: *Eine Hochschule kann auf ihren Antrag durch Verordnung der Landesregierung in die Trägerschaft einer rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts überführt werden. Die Universität muss zwar einen diesbezüglichen Antrag stellen, kann die Umwandlung aber nicht selbst beschließen. Das kann nur die Landesregierung durch eine Verordnung. Dementsprechend gibt es für die staatlichen Universitäten in Niedersachsen mittlerweile je eine Regierungsverordnung über die Umwandlung in das Stiftungsmodell. Als Beispiel sei die Verordnung über die Errichtung der Stiftung „Georg-August-Universität Göttingen Stiftung öffentlichen Rechts“ v. 17.12.2002 genannt, deren zentrale personenrechtliche Bestimmungen lauten:*

§ 1. Errichtung und Satzung

(1) *Unter dem Namen ‚Georg-August-Universität Göttingen Stiftung öffentlichen Rechts‘ errichtet das Land Niedersachsen (im Folgenden: Land) eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts (im Folgenden: Stiftung) mit Sitz in Göttingen.*

(2) *Die Stiftung erhält die aus der Anlage 1 ersichtliche Satzung.*

§ 2. Stiftungszweck

(1) *Der Stiftung obliegt die Trägerschaft der Georg-August-Universität Göttingen (im Folgenden: Universität).*

Die übrigen Verordnungen haben einen fast identischen Wortlaut.

⁷⁶ Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Vorbemerkung vor § 80 Rn. 9.

Der umgekehrte Fall, dass der Staat eine öffentlich-rechtliche Stiftung in eine privatrechtliche umwandelt, kommt auch vor. Als Beispiel seien die bayerischen öffentlich-rechtlichen Stiftungen „für wissenschaftliche Südosteuropaforschung“ (errichtet am 23.6.1930) und „zur Erforschung des europäischen Ostens“ (errichtet 6.7.1951) erwähnt, die zum 1.1.2012 zur öffentlich-rechtlichen Stiftung „zur Erforschung von Ost- und Südosteuropa“ verschmolzen wurden. Im Zuge der Eingliederung des von der Stiftung getragenen Instituts in die Leibniz-Gemeinschaft wandelte die bayerische Regierung den Charakter der Stiftung „zur Erforschung von Ost- und Südeuropa“ mit Wirkung v. 1.1.2017 in eine des privaten Rechts um. Als solche ist sie im Bayerischen Stiftungsverzeichnis aufgeführt: <https://stiftungen.bayern.de/stiftung/1935>.

⁷⁷ So in Bezug auf die ungarische Gesetzgebungspraxis s.o. Punkt 2.1.3.2.

BGB ausdrücklich festgelegt: „Der Stiftungszweck ist mit den Nutzungen des Grundstockvermögens⁷⁸ zu erfüllen“. Das trifft auf die Stiftungen des öffentlichen Rechts in der Praxis so gut wie nie zu. Die erwähnte nordrhein-westfälische Stiftung für Hochschulzulassung⁷⁹ hat überhaupt kein nennenswertes Vermögen, sondern wird aus Zuweisungen der Bundesländer finanziert. Noch deutlicher zeigt das erwähnte Beispiel der niedersächsischen Hochschulen⁸⁰ die Zweckverfehlung der Rechtsform Stiftung. Die Reform hin zur Stiftungsuniversität wurde in Niedersachsen auch damit begründet, dass eine Stiftung staatsferner sei als eine Körperschaft, was die akademische Unabhängigkeit stärke. Dies erwies sich jedoch in zweifacher Hinsicht als Trugschluss. Erstens hängt die Staatsferne und Regierungsunabhängigkeit von den konkreten organisatorischen Ausgestaltungen ab, und Körperschaften und Stiftungen können beide je nach konkreter Regelung autonomiefreundlich oder autonomiefeindlich ausgestaltet sein. Die Rechtsform besagt für sich genommen nichts im Hinblick auf die akademische Unabhängigkeit. Zweitens hat Niedersachsen die Stiftungen nicht mit einem Vermögen ausgestattet, von deren Erträgen die Universitäten leben könnten. Stiftungsvermögen sind im Wesentlichen die Universitäten selbst, die aber praktisch keine Erträge abwerfen. Damit hängen die niedersächsischen Universitäten heute ebenso wie früher, als sie noch Körperschaften waren, von den Details des jährlichen Haushaltsgesetzes ab; ein faktischer Zuwachs an Unabhängigkeit, den eine finanziell gut ausgestattete Stiftung z.B. Universitäten im angelsächsischen Bereich vermittelt, ist in Niedersachsen unterblieben. Ist die Stiftung des öffentlichen Rechts also ein Formenmissbrauch, wenn die Stiftung – wie in der Praxis üblich – nicht mit einem Stiftungskapital ausgestattet wird, dessen Erträge zur Finanzierung der Aufgaben reichen? Hiergegen spricht, dass § 83c BGB nur für Stiftungen des privaten Rechts gilt, nicht für Stiftungen des öffentlichen Rechts. Der öffentlich-rechtliche Stifter ist mithin nicht an die Vorgaben des BGB gebunden⁸¹ und kann öffentlich-rechtliche Stiftungen ohne eigenes Vermögen errichten, deren Betrieb komplett vom Haushaltsgesetzgeber finanziert wird. Die Legaldefinition der rechtsfähigen Stiftung des öffentlichen Rechts in § 46 Abs. 1 LVwG S-H, § 10 Abs. 3 LOG M-V sieht ausdrücklich vor, dass die Aufgabenerfüllung mit einem „Kapital- oder Sachbestand“ erfolgen kann, d.h. dass ein Stiftungskapital nicht zu den konstitutiven Merkmalen einer öffentlich-rechtlichen Stiftung gehört. Gegen eine öffentlich-rechtliche Stiftung mit allzu viel Stiftungskapital spricht außerdem, dass das öffentlich-rechtliche Rechtssubjekt als Stifter eine große öffentliche Vermögensmasse im Stiftungsvermögen bindet und damit möglicherweise zukünftige

⁷⁸ Mit Grundstockvermögen ist das Stiftungskapital gemeint.

⁷⁹ Dazu s.o. Fn. 71.

⁸⁰ Dazu s.o. Fn. 75.

⁸¹ Art. 16 Abs. 1 Satz 1 Bayerisches Stiftungsgesetz v. 26.9.2008 schließt die Anwendung von Teilen von § 83c BGB auf öffentlich-rechtliche Stiftungen sogar ausdrücklich aus.

Haushaltsgesetzgeber über das demokratisch tolerable Maß hinaus bindet⁸². Es bleibt mithin das Bedenken, dass derartige mehr oder weniger vermögenslosen, haushaltsfinanzierten Stiftungen des öffentlichen Rechts dem Grundgedanken der Stiftung widersprechen und dass allzu üppig mit staatlichen Geldern ausgestattete öffentlich-rechtliche Stiftungen demokratiethoretische Fragen aufwerfen. Rechtswidrig wird diese Praxis dadurch allerdings nicht. Der mögliche Formenmissbrauch liegt im außer- oder vorrechtlichen Bereich, nicht im Recht, denn das öffentliche Recht kann die Grundidee einer Stiftung abweichend vom öffentlichen Recht formulieren und tut das auch.

Schließlich kann auch ein völkerrechtlicher Vertrag eine juristische Person errichten. Dies ist z.B. bei den Vereinten Nationen, dem Europarat oder der Europäischen Union der Fall, deren Gründungsverträge diese Organisationen mit Rechtspersönlichkeit ausstatten. Die Besonderheit dieser völkervertragsrechtlichen Rechtspersönlichkeit liegt darin, dass sich der genaue Umfang der Rechts- und Geschäftsfähigkeit im staatlichen Bereich⁸³ nach den Vorschriften der einzelnen Unterzeichnerstaaten bemisst. Im deutschen Recht genießen solche Organisationen, deren Gründungsvertrag auch von der Bundesrepublik Deutschland ratifiziert wurde, Rechts- und Geschäftsfähigkeit gemäß den allgemeinen Vorschriften. Auch wenn man juristische Personen des Völkerrechts dogmatisch als einen Unterfall der juristischen Person des öffentlichen Rechts ansehen kann, bleiben sie wegen ihrer Verwurzelung im Völkerrecht und der sich daraus ergebenden, nicht verallgemeinerungsfähigen Besonderheiten im Weiteren außer Betracht.

2.2.2. Rechtsfolgen der Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts

Anders als bei den juristischen Personen des Privatrechts sind die Rechtsfolgen der Errichtung einer Person des öffentlichen Rechts nicht standardisiert. Inwieweit die juristische Person des öffentlichen Rechts rechtsfähig und geschäftsfähig ist, ist daher grundsätzlich ihrem individuellen Errichtungsakt zu entnehmen.

2.2.2.1. Rechtsfähigkeit

2.2.2.1.1. Die öffentlich-rechtliche Seite: der Errichtungsakt

⁸² Ehlers, S. 10-11; die Beiträge von Battis, Ulrich, Rozek, Jochen, Kilian, Michael und Schröder, Rainer in *Mecking/Schulte*.

⁸³ Was die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der inter- und supranationalen Organisationen im völkerrechtlichen Rechtsverkehr bedeuten, kann hier außer Betracht bleiben.

Bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist es üblich, dass der hoheitliche Errichtungsakt vorgibt, dass sie rechtsfähig ist⁸⁴. Weil sich die Regeln des BGB über Rechts- und Geschäftsfähigkeit auf Personen des privaten Rechts beschränken und auch das öffentliche Recht keine allgemein gültigen Vorschriften über Rechts- und Geschäftsfähigkeit enthält, auf die der Gründer einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zurückgreifen kann, ist schon aus Klarstellungsgründen in jedem Fall nötig, dass der Gründungsakt auch Aussagen jedenfalls zur Rechtsfähigkeit der errichteten Konstruktion trifft.

Am eindeutigsten ist die Lage bei den Körperschaften des öffentlichen Rechts, wo sich bereits aus der Benennung „Körperschaft“ das Vorliegen von Rechtspersönlichkeit und damit Rechtsfähigkeit ableiten lässt. Wenn der Gründer eine nicht rechtsfähige Einheit errichten möchte, würde wohl nicht der Begriff der „Körperschaft (des öffentlichen Rechts)“ gewählt, weil auf wissenschaftlicher und alltagssprachlicher, wenn auch nicht zwingend auf normativer Ebene mit diesem Begriff eine eigene Rechtspersönlichkeit verbunden ist. Jedenfalls wäre aus Gründen der Rechtssicherheit das Fehlen der Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit der gewünschten öffentlich-rechtlichen Körperschaft in deren Gründungsakt ausdrücklich zu normieren. In der Praxis gibt es Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Rechtspersönlichkeit nicht. Zwingend ist das allerdings nicht⁸⁵, denn der Sprachgebrauch auch des Gesetzgebers schwankt. So bezeichnen Gesetzgebungsakte bisweilen Organe einer juristischen Person als Körperschaft, insbesondere das Volksvertretungsorgan⁸⁶. Dieses Organ erhält allerdings durch die (sachlich falsche) Bezeichnung als „Körperschaft“ keine Rechtspersönlichkeit, sondern bleibt ein rechtlich unselbstständiges Organ⁸⁷. Dasselbe gilt in Ungarn für das „Abgeordnetenkörperschaft“ genannte Volksvertretungsorgan der Selbstverwaltung der Kommunen und Burgkomitate, denn nicht dieses Organ, sondern die Selbstverwaltung selbst ist die juristische Person⁸⁸.

Üblicherweise sind Körperschaften des öffentlichen Rechts voll rechtsfähig. In einzelnen Fällen errichtet der Gesetzgeber jedoch auch teilrechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts⁸⁹. Da

⁸⁴ Zu Formulierungsbeispielen aus Errichtungsakten s.u. Punkt 3.1.2.1. Zur zivilrechtlichen Seite s. Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 11.

⁸⁵ Zu der diesbezüglichen Diskussion *Jestaedt*, S. 975; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 2, § 85 I.

⁸⁶ So z.B. Art. 28 Abs. 1 Satz 4 GG; gemeint ist der Gemeinderat. Ähnlich „gesetzgebende Körperschaft“ für Parlament: Art. 55 Abs. 1, Art. 59 Abs. 2 Satz 1, Art. 61 Abs. 1 Satz 4, Art. 122 Abs. 2 GG. Auch Bundestag, Bundesrat und Länderparlamente werden durch diese Formulierung nicht zu eigenen juristischen Personen, sondern sind unselbstständige Organe des Bundes oder des Landes.

⁸⁷ So auch Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 16.

⁸⁸ § 41 Abs. 1 Satz 1 Gesetz 2011:CLXXXIX über Ungarns örtliche Selbstverwaltungen v. 28.12.2012.

⁸⁹ Nach altem Landeshochschulrecht waren die Studierendenschaften teilrechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts: Leuschner, Lars in *MüKo*, § 89 Rn. 16. Die heutigen Landesgesetze verleihen ihnen die volle Rechtsfähigkeit, wenn auch in Eingliederung in die Universität.

die Teilrechtsfähigkeit eine eher für Anstalten denn für Körperschaften des öffentlichen Rechts typische Kategorie ist, wird sie in der Folge im Zusammenhang mit den öffentlich-rechtlichen Anstalten erörtert.

Bei Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts ist das Bild gemischter. Es kommen voll rechtsfähige Anstalten und Stiftungen vor, es gibt teilrechtsfähige Anstalten, und es werden auch nichtrechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts gegründet. Bei einer rechtsfähigen Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts ist die Rechtsfähigkeit nicht durch öffentlich-rechtliche Vorgaben eingeschränkt⁹⁰; hierin ähneln die rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts den öffentlich-rechtlichen Körperschaften.

Teilrechtsfähigkeit ist eine Kategorie, die auch im Privatrecht vorkommt und dort die Rechtsstellung u.a. des ungeborenen Kindes, der handelsrechtlichen Personengesellschaften, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Wohnungseigentümergeinschaft und des nicht rechtsfähigen Vereins kennzeichnet⁹¹. In jeder dieser Kategorien bedeutet Teilrechtsfähigkeit etwas anderes, ist der Umfang der jeweiligen Rechtsfähigkeit gesondert für die jeweilige Kategorie zu bestimmen. Das trifft auch auf die Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts zu, die abstrakt darin besteht, dass die Rechtsordnung einem teilrechtsfähigen Rechtsträger „nicht generell, sondern nur im Blick auf bestimmte Rechtsnormen Rechtsfähigkeit“ zuspricht⁹². Wie weit sich die Rechtsfähigkeit der gegebenen teilrechtsfähigen juristischen Person des öffentlichen Rechts erstreckt, ist ihrem Gründungsakt zu entnehmen. Generell sind teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts dadurch gekennzeichnet, dass ihr Gründungsakt sie mit einer vermögensrechtlichen Rechtsfähigkeit nach außen ausstattet, während sie nach innen in die Rechtspersönlichkeit des Gründers eingegliedert sind. Ein Beispiel ist der Deutsche Wetterdienst, den das DWD-Gesetz als teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts konstituiert⁹³, ein weiteres die Erste Abwicklungsanstalt, die von der

⁹⁰ In ihrem privatrechtlichen Teilnehmen am Rechtsverkehr unterwirft die Zivilrechtsprechung sie aber einer Ultra-vires-Beschränkung: Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte jenseits ihres Zwecks sind nichtig. Dazu sogleich.

⁹¹ Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Überblick vor § 1 Rn. 1; Leuschner, Lars in *MüKo*, vor § 21 Rn. 1.

⁹² *Jestaedt*, S. 970; *Maurer*, § 21 Rn. 6.

⁹³ Gesetz über den Deutschen Wetterdienst v. 10.9.1998 (DWD-Gesetz), § 1 Abs. 1: *Der Deutsche Wetterdienst ist eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr*. Die Details der Teilrechtsfähigkeit regeln §§ 3, 5-6 DWD-Gesetz dergestalt, dass der Deutsche Wetterdienst seine Dienstleistungen in privatrechtlicher Form erbringt und hierüber auch (zivilrechtliche) Verträge abschließen darf, während die öffentlich-rechtlichen Kontakte mit anderen Behörden in die Zuständigkeit des Ministeriums fallen. Das ist ein typisches Muster für teilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts: Im Bereich privatrechtlicher Rechtsgeschäfte sind sie rechts- und geschäftsfähig, während im öffentlich-rechtlichen Bereich die juristische Person zuständig ist, die sie errichtet hat.

Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung errichtet wurde und als eine Art „Bad Bank“ bestimmte Geschäftsbereiche der früheren nordrhein-westfälischen Landesbank abwickelt⁹⁴.

Nichtrechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts schließlich besitzen keine eigene Rechtspersönlichkeit, sondern sind rechtlich ein Bestandteil ihres Gründers. Innerhalb der Organisation des Gründers können sie eine gewisse Selbstständigkeit besitzen, verfügen aber eben nicht über eine vom Gründer verschiedene Rechtspersönlichkeit und können daher nicht selbst Inhaber von Rechten und Pflichten sein. Nicht rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind z.B. die Schulen und nicht rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts z.B. die kommunalen Treuhandstiftungen⁹⁵.

2.2.2.1.2. Die privatrechtliche Seite: Nichtigkeit von ultra vires getätigten privatrechtlichen Geschäften

Auch voll rechtsfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts⁹⁶ unterliegen in ihren zivilrechtlichen Beziehungen einer deutlichen Einschränkung. Im Gegensatz zu den juristischen Personen des Privatrechts wendet die Zivilrechtsprechung auf juristische Personen des öffentlichen Rechts eine modifizierte Ultra-vires-Lehre an und verweigert ihnen die Rechtsfähigkeit für Geschäfte jenseits des Errichtungszwecks. Im Privatrechtsverkehr getätigte Willenserklärungen und Rechtsgeschäfte juristischer Personen des öffentlichen Rechts, die nicht mehr von ihrem Gründungszweck gedeckt sind, sind nichtig, d.h. entfalten keine Rechtswirkung⁹⁷. Diese Einschränkung gilt allerdings nicht für den Staat (Bund und Länder), die Kommunen und ihre Verbände, obwohl sie dogmatisch gesehen auch (Gebiets-)Körperschaften des öffentlichen Rechts sind⁹⁸. Als originäre Hoheitsträger haben sie aber keinen Gründungsakt und sind zudem zweckfrei⁹⁹;

⁹⁴ Rechtsgrundlage für die Errichtung der Anstalt durch die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung ist § 8a Gesetz zur Errichtung eines Finanzmarkt- und eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds. § 8a Abs. 1 Satz 1 lautet: *Die Anstalt [gemeint ist die Bundesanstalt für Finanzmarktstabilisierung; H.K.] kann auf Antrag der übertragenden Gesellschaft reilrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts errichten (...)*. Träger dieser aufgrund Bundesrechts errichteten Abwicklungsanstalt sind nur das Land Nordrhein-Westfalen, seine verwaltungsmäßigen Untergliederungen und seine Sparkassenverbände, nicht aber Bundeseinrichtungen, da es um die Abwicklung der ehemaligen nordrhein-westfälischen Landesbank geht und die damit einhergehenden Kosten und Risiken alleine vom Land getragen werden sollen.

⁹⁵ *Bundesverband Deutscher Stiftungen*, S. 5.

⁹⁶ Kritisch zu dem Konzept, dass juristischen Personen (des öffentlichen Rechts) „volle Rechtsfähigkeit“ zukommen könne, *Jestaedt*, S. 970-972.

⁹⁷ Ständige Rechtsprechung, z.B. Bundesgerichtshof, BGHZ 20, 119; 119, 237; Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 21 Rn. 10-11; *Endrös*, RIW 1983, S. 104-105; Leuschner, Lars in *MiKo*, vor § 21 Rn. 41.

⁹⁸ Zu dieser Eigenschaft der Gebietskörperschaften s.o. Punkt 1.2.2.

⁹⁹ Art. 11 Abs. 2 S. 1 Verfassung des Freistaats Bayern v. 2.12.1946 drückt diesen Sachverhalt wie folgt aus: *Die Gemeinden sind ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts*. Mit „ursprünglich“ ist gemeint, dass sie nicht errichtet werden mussten, sondern dem Staat vorgegeben sind. Auch die Zweckfreiheit der Gemeinden kann man aus diesem Begriff ableiten.

im Ergebnis werden sie von der Zivilrechtsprechung in vollem Umfang als rechtsfähig behandelt – wenn es sich um den Staat handelt, unter dem Begriff „Fiskus“.

Diese Beschränkung der Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Anstalten und Stiftungen ergibt sich nicht aus dem Gesetz, sondern wurde durch die Zivilrechtsprechung entwickelt. Es ist fraglich, ob Verwaltungsgerichte das auch so sehen würden. Allerdings beschränkt sich die Nichtigkeit von ultra vires getätigten Rechtsgeschäften auf den Privatrechtsverkehr der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Die sich hieraus ergebenden Rechtsfragen werden von den Zivilgerichten behandelt, während die Verwaltungsgerichte aus Kompetenzgründen keine Gelegenheit haben, sich zur Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Privatrechtsverkehr zu äußern. Verwaltungsgerichten kommt die Rechtsprechung über die öffentlich-rechtlichen Verträge zu, die aber kraft Legaldefinition in § 54 Satz 1 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)¹⁰⁰ „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“¹⁰¹ geschlossen werden und somit einem öffentlich-rechtlichen und nicht privatrechtlichen Rechtsregime unterliegen¹⁰². Man kann diese Trennung als sachgerecht ansehen, weil Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit letztlich privatrechtliche Kategorien sind, während sich das Verwaltungsrecht in eigenen Kategorien wie Beteiligungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit ausdrückt, zu denen die Zivilgerichte keine Gelegenheit haben, sich zu äußern.

2.2.2.2. Geschäftsfähigkeit

Bei der Geschäftsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts ergeben sich keine Besonderheiten im Vergleich zur Geschäftsfähigkeit juristischer Personen des Privatrechts¹⁰³. Sie sind voll geschäftsfähig, soweit ihre Rechtsfähigkeit reicht, weil die ausnahmsweisen gesetzlichen Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit nur für natürliche Personen gelten. Die organschaftlichen Vertretungsrechte für die juristische Person des öffentlichen Rechts ergeben sich aus ihrem Errichtungsakt und / oder aus öffentlich-rechtlichem Organisationsrecht.

2.3. Gemischte privat- und öffentlich-rechtliche juristische Personen?

¹⁰⁰ Verwaltungsverfahrensgesetz (einheitlicher Text des Bundes und der Länder) v. 25.5.1976; in Schleswig-Holstein fast wortgleich § 121 Satz 1 LVwG S-H.

¹⁰¹ Zu diesem Abgrenzungskriterium s.u. Punkt 3. am Anfang.

¹⁰² Näher s.u. Punkt 3.4.2. und Unterpunkte.

¹⁰³ Dazu s.o. Punkt 2.1.2.2.

Wie gesehen, kann eine juristische Person auf privatrechtlichem Wege durch privatrechtliches Rechtsgeschäft und anschließender staatlicher Anerkennung bzw. Genehmigung oder auf öffentlich-rechtlichem Wege durch hoheitliche Mittel (Normativakt, hoheitlicher Einzelakt) gegründet werden. Diese Art des Entstehungstatbestands ist für die Abgrenzung von juristischen Personen einerseits des Privatrechts und andererseits des öffentlichen Rechts entscheidend, während es auf die Qualität des Gründers oder die Art der übertragenen Aufgaben nicht ankommt¹⁰⁴.

Ist es möglich, die Errichtungsrechtsregime zu mischen und eine juristische Person zugleich auf dem Boden des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zu errichten? Eine solche Errichtung wäre naturgemäß nur öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekten möglich, weil Rechtssubjekten des Privatrechts die öffentlich-rechtlichen Hoheitsbefugnisse fehlen, die zur Errichtung der öffentlich-rechtlichen Komponente einer gemischten juristischen Person notwendig wären.

Der Systematik des BGB, das in Titel 2 „Juristische Personen“ in Untertitel 1 und 2 den Verein und die rechtsfähige Stiftung des Privatrechts und davon getrennt in Untertitel 3 die juristische Personen des öffentlichen Rechts regelt, kann man eine Trennung zwischen den beiden Typen juristischer Personen entnehmen¹⁰⁵. Gemischte Formen sieht das BGB nicht vor. In dem Maße, in dem bestimmte privatrechtliche Regelungen für juristische Personen des öffentlichen Rechts gelten sollen, verweist § 89 BGB – in Abs. 2 im Rahmen spezieller öffentlich-rechtlicher Vorgaben¹⁰⁶ – auf die entsprechenden zivilrechtlichen Vorschriften. Das zeigt, dass nach dem Personenrecht des BGB eine juristische Person entweder ein privatrechtlicher Verein, eine privatrechtliche Stiftung oder eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist. Mischformen sind nicht erwähnt und damit nicht zulässig.

Über diese bundesgesetzliche Rechtslage können sich die Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, die bundes- und landesunmittelbaren, die kommunalen und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts nicht hinwegsetzen. Rechtsakte, mit denen sie gemischte juristische

¹⁰⁴ Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 21 Rn. 3; Leuschner, Lars in *MüKo*, vor § 21 Rn. 4, § 89 Rn. 12. *Jestaedt*, S. 974-975, erkennt dies auch als die herrschende Meinung an, kritisiert sie allerdings jedenfalls für die Zwecke einer verwaltungsrechtlichen Bestandsaufnahme der Formtypen von Verwaltung als ungeeignet und schlägt statt dessen vor, für die Charakterisierung als privat- oder öffentlich-rechtlich die Qualität der Rechtssätze, deren Adressat die juristische Person im Zuge ihrer Tätigkeit ist, heranzuziehen. Die Argumente von Jestaedt sind folgerichtig, zielen aber auf andere Zwecke als die Untersuchungen in dieser Studie ab, weshalb hier der herrschenden Meinung (und Praxis) von der Qualität des Errichtungsakts gefolgt wird.

¹⁰⁵ Näher oben Punkt 1.1.2.

¹⁰⁶ Diese Vorgaben existieren nicht. Im Gegenteil: Die Insolvenzordnung v. 5.10.1994 erklärt in § 12 Abs. 1 Nr. 1 den Staat (Bund und Länder) sowie in § 12 Abs. 1 Nr. 2 die übrigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ggf. nach Maßgabe des Landesrechts, für insolvenzunfähig.

Personen zu errichten versuchen, wären wegen Verstoßes gegen höherrangiges Bundesgesetzesrecht nichtig.

Könnte der Bundesgesetzgeber eine gemischte Konstruktion anordnen? Ein Bundesgesetz wäre als *lex specialis* und *lex posterior* nicht an die Regeln des BGB gebunden. Gewisse Bedenken ergeben sich aus der Kompetenzordnung des GG, da der Bund zwar das „bürgerliche Recht“ regeln darf¹⁰⁷, aber keine allgemeine Gesetzgebungskompetenz auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts hat. Allerdings könnte man argumentieren, dass eine Bundeskompetenz zur Regelung einer neuen gemischten Rechtsform für bundesunmittelbare juristische Personen aus der Natur der Sache folge. Inhaltliche Bedenken könnten daraus abgeleitet werden, dass das GG zum einen das „bürgerliche Recht“ als eine Rechtsmaterie anerkennt und andererseits bei den juristischen Personen klar zwischen solchen des öffentlichen Rechts und anderen unterscheidet. Ob diese Textstellen in der Verfassung konkret genug sind, um die Errichtung gemischter juristischer Personen auch durch Bundesgesetz zu verbieten, ist Auslegungssache.

In der Praxis hat es noch keinen gesetzgeberischen Versuch gegeben, eine juristische Person gleichzeitig im Privatrecht und im öffentlichen Recht zu errichten. Der Bund und die übrigen Hoheitsträger bedienen sich entweder der privatrechtlichen Verfahren zur Errichtung einer juristischen Person des Privatrechts¹⁰⁸ oder erlassen Hoheitsakte zur Errichtung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts.

Auf den ersten Blick könnte die Wismut GmbH eine Ausnahme sein. Die frühere Wismut AG wurde nach 1945 in sowjetisches Besetzungseigentum überführt, woraus dann 1954 die „Sowjetisch-Deutsche Aktiengesellschaft Wismut“ gegründet wurde, die hälftig im Eigentum der DDR und der Sowjetunion stand. Nach der deutschen Wiedervereinigung vereinbarten die Sowjetunion und Deutschland in einem völkerrechtlichen Vertrag, dass die Sowjetunion ihre Anteile an die Bundesrepublik übertrug. Mit dem Ratifikationsgesetz zu dem Vertrag wandelte die Bundesrepublik die „Sowjetisch-Deutsche Aktiengesellschaft Wismut“ in die „Gesellschaft mit beschränkter Haftung Wismut“ um¹⁰⁹. Könnte es sich bei der so entstehenden Wismut GmbH um eine gemischte privat- und öffentlich-rechtliche juristische Person handeln? Dies ist nicht der Fall. Art. 2 § 1 WismutAGAbkG unterstellt das Rechtsregime der umgewandelten Gesellschaft eindeutig dem

¹⁰⁷ Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.

¹⁰⁸ Dazu s.o. Punkt 2.1.3.1.

¹⁰⁹ Art. 2 § 1 Abs. 1 Gesetz zu dem Abkommen vom 16. Mai 1991 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Beendigung der Tätigkeit der Sowjetisch-Deutschen Aktiengesellschaft Wismut v. 12.12.1991 (WismutAGAbkG).

GmbH-Gesetz, d.h. einem privatrechtlichen Rechtsregime. Zudem verfügt Art. 2 § 1 WismutABAbkG nicht die Errichtung der GmbH, sondern lediglich die Umwandlung einer fortan nicht mehr existenten Rechtsform „Sowjetisch-Deutsche Aktiengesellschaft“¹¹⁰ in die zukunftsfähige Rechtsform „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“. Tatsächlich ersparte Art. 2 § 1 WismutAGAbkG den Bundesbehörden lediglich die gesellschaftsrechtlichen Entscheidungsprozesse zur Umwandlung einer Sui-generis-AG in eine GmbH und deren Eintragung ins Handelsregister. Diese privatrechtlichen Verfahrensschritte wurden durch ein öffentlich-rechtliches Gesetz ersetzt. Das macht allerdings aus der so umgewandelten GmbH noch keine Gesellschaft mit öffentlich-rechtlichen Komponenten. Die Wismut GmbH ist eine rein privatrechtliche GmbH. Der Grund für diese in der deutschen Rechtspraxis ungewöhnliche Ex-lege-Umwandlung lag erstens in den völkerrechtlichen Bezügen im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung, verbunden mit einem gewissen Zeitdruck (der deutsch-sowjetische Vertrag über die Wismut AG wurde einen Tag vor der Auflösung der Sowjetunion unterzeichnet), und zweitens in der Tatsache, dass die Wismut GmbH dauerhaft im Bundeseigentum verbleiben sollte¹¹¹, weshalb keine Aspekte des Vertrauensschutzes im Privatrechtsverkehr zu beachten waren. Der Wismut GmbH obliegt bis heute die ökologische Sanierung der Schäden, die der sowjetisch-deutsche Uranbergbau verursacht hat.

2.4. Zusammenfassung

Das deutsche Personenrecht gliedert sich streng in juristische Personen des Privatrechts und juristische Personen des öffentlichen Rechts. Eine juristische Person muss entweder dem einen oder dem anderen Rechtsregime angehören. Überschneidungen und Mischformen sind ebenso unzulässig wie juristische Personen, die keinem dieser Rechtsregime unterliegen. Die Zugehörigkeit einer juristischen Person entweder zum Privat- oder zum öffentlichen Recht ergibt sich aus ihrem Gründungsakt. Unterliegt dieser dem Privatrecht, ist die juristische Person auch dann privatrechtlich, wenn der/die Gründer öffentlich-rechtlicher Natur ist/sind.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts unterliegen praktisch nicht dem BGB, sondern v.a. Gewohnheitsrecht und einzelnen landesrechtlichen Vorschriften. Sie werden durch Hoheitsakt gegründet. Das kann ein Normativakt sein, wobei der Staat (Bund, Länder) zur Rechtsquelle des Gesetzes oder der Verordnung greift, während den Gemeinden und weiteren öffentlich-rechtlichen Rechtspersonen (Kammern, Universitäten etc.) die Rechtsquellenart der Satzung zur Verfügung

¹¹⁰ Die Rechtspraxis der DDR, die in ihrem eigenen Recht keine Vorschriften über Aktiengesellschaften hatte, wandte auf die Wismut die Vorschriften des deutschen Aktiengesetzes von 1937 an.

¹¹¹ Art. 2 § 1 Abs. 2 WismutAGAbkG.

steht¹¹². Alternativ kommt auch eine Gründung durch hoheitlichen Einzelakt (Verwaltungsakt) in Frage. Da das Rechtsregime der öffentlich-rechtlichen Personen nur sehr lückenhaft geregelt ist, muss in starkem Maße auf Gewohnheitsrecht und wissenschaftliche Systematisierungen zurückgegriffen werden.

Eine wissenschaftliche Systematisierung ist beispielsweise die Identifizierung unterschiedlicher Rechtsformen. Üblicherweise wird zwischen Körperschaften, Stiftungen und Anstalten unterschieden. Körperschaften des öffentlichen Rechts sind begrifflich stets eine juristische Person (rechtsfähig), während Stiftungen des öffentlichen Rechts rechtsfähig oder nichtrechtsfähig sein können. Anstalten des öffentlichen Rechts kommen als rechtsfähig, teilrechtsfähig und nichtrechtsfähig vor. Einzelheiten ergeben sich aus dem konkreten Errichtungsakt.

Wenn der Errichtungsakt die juristische Person des öffentlichen Rechts als Rechtspersönlichkeit, d.h. als rechtsfähig errichtet, kommt ihr automatisch Rechtsfähigkeit zu. Die Zivilgerichte schränken diesen Grundsatz allerdings im Zivilrechtsverkehr ein und wenden eine Art Ultra-vires-Doktrin an. Danach sind zivilrechtliche Rechtsgeschäfte einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, die jenseits ihres Gründungszwecks liegen, nichtig.

Die Geschäftsfähigkeit einer juristischen Person folgt ihrer Rechtsfähigkeit. So weit diese reicht, ist die juristische Person des öffentlichen Rechts ohne Weiteres auch geschäftsfähig. Dementsprechend regeln die Errichtungsakte – wenn überhaupt – nur die Rechtsfähigkeit der zu errichtenden Rechtsperson, gehen aber auf die Geschäftsfähigkeit nicht weiter ein. Organschaftliche Vertretungsrechte u.ä. ergeben sich bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus dem konkreten Errichtungsakt und den anwendbaren verwaltungsorganisationsrechtlichen Vorschriften.

3. Die Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr

Wie können die juristischen Personen des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr teilnehmen? Hierbei ist wieder zwischen dem Privatrecht und dem öffentlichen Recht zu unterscheiden. Ihre privatrechtlichen Rechtsverhältnisse gestalten die Rechtssubjekte im zivilrechtlichen Rechtsverkehr, während der Rahmen für ihre öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen das öffentliche Recht ist.

¹¹² Dass Körperschaften, rechtsfähige Anstalten und rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts Rechtsvorschriften in Gestalt von Satzungen erlassen dürfen, ist abstrakt in § 65 Abs. 1 LVwG S-H geregelt. In den übrigen Ländern und im Bund gibt es teilweise vergleichbare Vorschriften, teilweise Gewohnheitsrecht und teilweise konkrete Ermächtigungen zum Erlass von Satzungen in dem Errichtungsakt.

Im Privatrechtsverkehr sind alle Parteien grundsätzlich gleichberechtigt. § 1:1 ung. BGB 2013 bezeichnet diese Struktur sehr treffend als „Grundsätze der Gleichordnung und der Gleichberechtigung“. Im Gegensatz zum horizontal strukturierten Privatrechtsverkehr ist das öffentliche Recht vertikal ausgerichtet. Im Privatrechtsverkehr begegnen sich die Beteiligten auf der Ebene der Gleichordnung, im öffentlichen Recht in einer Situation der Über- und Unterordnung. Daher brauchen in der Folge die Beteiligten an einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis nicht weiter differenziert zu werden: Was für den einen gilt, gilt auch für den anderen. Im öffentlichen Recht hingegen entscheidet ein mit hoheitlicher Gewalt ausgestatteter Hoheitsträger über die Rechtslage der seiner Rechtsmacht Unterworfenen. Von dem dem Privatrecht nahe stehenden Ausnahmefall, dass auf beiden Seiten eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses Hoheitsträger stehen und sich auf der Ebene der Gleichordnung begegnen, wird hier abgesehen¹¹³. Es gibt in einem dem öffentlichen Recht unterliegenden Rechtsverhältnis, d.h. einem Verwaltungsrechtsverhältnis¹¹⁴, einerseits die Seite, die einseitig hoheitlich Maßnahmen ergreifen kann (die Behörde), und andererseits die Seite, die diesen Maßnahmen Folge zu leisten hat (die der Rechtsmacht der Behörde Unterworfenen, meist „der Bürger“) ¹¹⁵. Bei der Analyse, wie eine juristische Person des öffentlichen Rechts am Verwaltungsrechtsverkehr teilnehmen kann, sind daher diese beiden Verfahrensstellungen differenziert zu betrachten.

Der zentrale Gesetzgebungsakt für den Verwaltungsrechtsverkehr, d.h. das Verwaltungsverfahren, ist das Verwaltungsverfahrensgesetz von 1976 (VwVfG). Es gilt (bis auf wenige Ausnahmen) wortgleich für den Bund und in 15 der 16 Bundesländer. Lediglich Schleswig-Holstein hat ein eigenes Verwaltungsverfahrenrecht, das LVwG S-H von 1967, das der Landesgesetzgeber nicht aufgeben wollte, als sich der Bund und die übrigen Länder 1976 endlich auf das VwVfG einigten¹¹⁶. In den hier interessierenden Bereichen weicht das LVwG S-H inhaltlich nicht vom VwVfG ab, häufig sind die Normen sogar identisch formuliert¹¹⁷. Sowohl das LVwG S-H als auch das VwVfG verstehen sich als konsolidierende Kodifikation und vorsichtige Fortentwicklung des bis dahin gewohnheitsrechtlichen Verwaltungsverfahrenrechts. Weitere zentrale Kodifizierungen des

¹¹³ Eine solche Situation liegt z.B. vor, wenn alle Bundesländer einen Staatsvertrag schließen, z.B. den Staatsvertrag über die Hochschulzulassung v. 4.4.2019 (Fn. 71), oder wenn zwei Gemeinden gemeinsam eine Anstalt des öffentlichen Rechts zur Abfallentsorgung oder Abwasserreinigung (Kläranlage) errichten.

¹¹⁴ Daneben gibt es im öffentlichen Recht noch verfassungsrechtliche Rechtsverhältnisse (und jenseits des staatlichen Rechts völkerrechtliche Rechtsverhältnisse). Diese werden hier nicht weiter behandelt.

¹¹⁵ Zum Verwaltungsrechtsverhältnis *Remmert*, S. 596-613.

¹¹⁶ Zur historischen Einordnung von VwVfG und LVwG S-H s. *Kahl*, S. 81; *Pünder*, S. 420-422.

¹¹⁷ Die wortgleiche Formulierung ist wichtig im Hinblick auf § 137 Abs. 1 Nr. 2 Verwaltungsgerichtsordnung v. 21.1.1960 (VwGO), wonach die Revision zum Bundesverwaltungsgericht nur in Bezug auf „eine Vorschrift des Verwaltungsverfahrensgesetzes eines Landes, die ihrem Wortlaut nach mit dem Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes übereinstimmt“ zulässig ist. Bei einem abweichenden Wortlaut wären Fälle aus Schleswig-Holstein, in denen es um verfahrensrechtliche Aspekte geht, nicht revisionsfähig.

Verwaltungsverfahrenrechts finden sich für den jeweiligen Verwaltungsbereich in der Abgabenordnung und im Sozialgesetzbuch X¹¹⁸.

Indem es seinen Geltungsbereich definiert, definiert das VwVfG zugleich die Grenze zwischen dem Privatrechtsverkehr und dem Verwaltungsrechtsverkehr, d.h. dem Verwaltungsverfahren. Das Verwaltungsverfahren hat prototypisch den Erlass eines Verwaltungsakts oder den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zum Ziel¹¹⁹. Auf die weiteren Verfahrens- und Handlungsarten, die der Verwaltung zur Verfügung stehen, soll hier nicht eingegangen werden, da sich aus ihrer Betrachtung keine weiter gehenden Erkenntnisse gewinnen lassen. Ein Verwaltungsakt ergeht „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“, und auch der öffentlich-rechtliche Vertrag wird „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ geschlossen; schließlich definiert § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) den Anwendungsbereich des spezifisch verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes als „öffentlich-rechtlich“¹²⁰. Damit ist die Formulierung „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ / „öffentlich-rechtlich“ das Abgrenzungskriterium, das das Verwaltungsverfahren vom Privatrechtsverkehr separiert. Da das Verwaltungsverfahren definitionsgemäß ein hoheitliches Verfahren ist, wäre das Definitionsmerkmal „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ eigentlich überflüssig, da „auf dem Gebiet des Privatrechts“ selbst eine Behörde keine hoheitlichen Maßnahmen treffen kann¹²¹. Jedenfalls ist damit jenseits der Feinheiten der gängigen Abgrenzungstheorien¹²² klar, dass „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ bedeutet, dass die Rechtsbeziehung durch eine Vorschrift geprägt ist, die einen Hoheitsträger mit der Befugnis zur einseitigen hoheitlichen Gestaltung der Beziehung mit verbindlicher Wirkung für und gegen die weiteren Beteiligten ausstattet. Die Dichotomie zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht hat an diesem Punkt ganz konkrete Auswirkungen für die Bestimmung der Frage, ob ein Rechtsverhältnis dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht angehört – und damit für die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, ob für ihre Teilnahme an dem Rechtsverhältnis die Kategorien Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit oder die Kategorien Beteiligungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit maßgeblich sind.

3.1. Zivilrecht: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit

¹¹⁸ Abgabenordnung v. 16.3.1976 (AO) für die Steuerverwaltung; Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz v. 18.8.1980 (SGB X) für die Sozialverwaltung.

¹¹⁹ § 9 VwVfG; § 74 LVwG S-H; § 8 SGB X.

¹²⁰ § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO: *Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben (...).*

¹²¹ So schon *Achterberg*, S. 338, der von einer Tautologie spricht, und *Ule/Laubinger*, S. 233. Im neueren Schrifttum z.B. *Ruffert* in *Erichsen/Ehlers*, S. 686-687.

¹²² Dazu *Ehlers*, S. 140-149; *Hellgardt*, S. 3-6; *Schoditsch*, S. 3-4.

3.1.1. Grundsatz: Privatrecht pur

Wie unter Punkt 2.2. und Unterpunkten gesehen, bilden die Rechtsfähigkeit und die Geschäftsfähigkeit auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts die Grundlage für ihre Teilnahme am Zivilrechtsverkehr. Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit sind genuin zivilrechtliche Kategorien. Das öffentliche Recht hält keine entsprechenden Rechtsinstitute bereit. Folglich wurzeln die Rechts- und die Geschäftsfähigkeit der juristischen Personen auch des öffentlichen Rechts im Privatrecht.

Hierbei stehen Privatrecht und öffentliches Recht in der Frage der Rechtsfähigkeit in einem Stufenverhältnis: Die Errichtung folgt öffentlichem Recht, die Rechtsfolgen ergeben sich aus dem Privatrecht. Die Geschäftsfähigkeit geht stets so weit wie die Rechtsfähigkeit; Beschränkungen der Geschäftsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen wie auch des Privatrechts sehen weder das Privat- noch das öffentliche Recht vor¹²³.

3.1.2. Ausnahmen: Interaktion zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht

Von dem Grundsatz, dass sich die Rechtsfähigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stets ausschließlich nach Privatrecht bemisst, gibt es Ausnahmen, bei denen Privat- und öffentliches Recht stärker miteinander verzahnt sind. Dieses Zusammenspiel von Privatrecht und öffentlichem Recht im Bereich der Rechtsfähigkeit erfolgt in zweierlei Hinsicht: bei der Ultra-vires-Rechtsprechung und der Teilrechtsfähigkeit.

3.1.2.1. Die fehlende Rechtsfähigkeit bei Handlungen ultra vires

Der Errichter einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stattet diese regelmäßig mit „Rechtsfähigkeit“ aus¹²⁴. So sind die nordrhein-westfälischen Universitäten „vom Land getragene, *rechtsfähige* Körperschaften des öffentlichen Rechts“, die Stiftung für Hochschulzulassung eine „*rechtsfähige* Stiftung des öffentlichen Rechts“ oder die „d-NRW AÖR“ eine „*rechtsfähige* Anstalt des öffentlichen Rechts“ (Hervorhebungen jeweils nicht im Original)¹²⁵. Dass die Formulierung, die

¹²³ Dazu s.o. Punkte 2.1.2.2. und 2.2.2.2.

¹²⁴ Näher hierzu s.o. Punkt 2.2.2.1. und Unterpunkte. Zu der Ausnahme der Teilrechtsfähigkeit sogleich unter Punkt 3.1.2.2.

¹²⁵ Nähere Belege zu den Textstellen in Fn. 71.

sich auf das Adjektiv „rechtsfähig“ beschränkt, keine Besonderheit des nordrhein-westfälischen Rechts ist, zeigen Beispiele aus dem Bund¹²⁶ und anderen Ländern¹²⁷.

Öffentlich-rechtliche Errichtungsakte definieren die von ihnen geschaffenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts mithin als „rechtsfähig“ oder, gleichbedeutend, als „juristische Person“. Zivilrechtlich würde mit der Eigenschaft als juristische Person und rechtsfähig eine allumfassende Rechtsfähigkeit einhergehen. Bei den juristischen Personen des Privatrechts ist das der Fall. Bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts beschränkt die (Zivil-)Rechtsprechung die Rechtsfähigkeit hingegen auf deren „Wirkungsbereich“, auf die „Zwecke, die zu ihrem Aufgabenbereich gehören“¹²⁸. Nur Rechtsgeschäfte, die in diesen Wirkungs- und Aufgabenbereich fallen, können rechtswirksam getätigt werden. Alles jenseits der Grenze des Wirkungs- und Aufgabenbereichs ist nichtig.

Was der konkrete Wirkungs- und Aufgabenkreis einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ist, ergibt sich aus öffentlich-rechtlichen Vorschriften. In erster Linie zu nennen ist der Normativakt, der die juristische Person errichtet oder die Rechtsgrundlage für ihre Errichtung durch Einzelakt bildet. Bei einer Errichtung durch Einzelakt, z.B. die niedersächsischen Regierungsverordnungen, die je eine Stiftung des öffentlichen Rechts als Trägerin je einer Universität begründen¹²⁹, ist neben der gesetzlichen Grundlage auch der Einzelakt zur Bestimmung des Wirkungs- und Aufgabenkreises der juristischen Person des öffentlichen Rechts hinzuzuziehen. Des Weiteren können relevante Regelungen auch in dem Stiftungsakt, soweit einer vorgenommen wurde, sowie in internen Rechtsakten der juristischen Person des öffentlichen Rechts wie ihrer Satzung zu finden sein. Gegebenenfalls kommen noch weitere Rechtsquellen wie Staatsverträge z.B. bei der Stiftung für Hochschulzulassung oder bei den Landesrundfunkanstalten¹³⁰ hinzu. Schließlich muss der konkrete Aspekt, um den es geht, nicht ausdrücklich in den Rechtsgrundlagen genannt sein, sondern kann sich auch aus allgemeinen Befugnissen ergeben, z.B. fließt die Zuständigkeit für die Vermögensverwaltung aus der Selbstverwaltungskompetenz, die der Universität zusteht¹³¹. Die

¹²⁶ Die Bundesbank ist eine „bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts“ (Fn. 59); die Rechtspersönlichkeit und damit die Rechtsfähigkeit ergibt sich hier aus dem Begriff „juristische Person“. Den Begriff „rechtsfähig“ verwendet das Bundesrecht z.B. bei der Filmförderungsanstalt als „bundesunmittelbare rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts“ (Fn. 60).

¹²⁷ So z.B. Niedersachsen, wo die Landesregierung „rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts“ als Träger der Landesuniversitäten gründen kann (s.o. Fn. 75). Ebenso die Legaldefinitionen des LVwG S-H für die Körperschaft des öffentlichen Rechts in § 37 Abs. 1 (s.o. Fn. 23), die rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts in § 41 Abs. 1 (s.o. Fn. 42) und die rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts in § 46 Abs. 1 (s.o. Punkt 2.2.1.).

¹²⁸ So Bundesgerichtshof, BGHZ 20, 119; NJW 1969, S. 2198-2199; BGHZ 119, 237.

¹²⁹ Dazu s.o. Fn. 75.

¹³⁰ Zu beidem näher Fn. 71.

¹³¹ Bundesgerichtshof, BGHZ 119, 237: Eine Universität konnte einen privatrechtlichen Vertrag mit einem Privatunternehmen schließen, gemäß dem das Unternehmen gegen Entgelt Namen, Wappen und Siegel der Universität

ganze Unübersichtlichkeit des allgemeinen Verwaltungsrechts spiegelt sich in der Bestimmung des Wirkungs- und Aufgabenkreises einer juristischen Person des öffentlichen Rechts wider. Diese Unübersichtlichkeit steigert sich noch, wenn sich die Rechtsgrundlagen mit ihren Vorgaben an den Wirkungskreis im Laufe der Zeit ändern, wie dies in der in BGHZ 20, 119 veröffentlichten Entscheidung der Fall war.

Bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts bildet mithin das öffentliche Recht in Gestalt der Festlegung des Wirkungs- und Aufgabenkreises einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Grenze eines zivilrechtlichen Instituts, nämlich der Rechtsfähigkeit. Jenseits der öffentlich-rechtlichen Begrenzung des Wirkungs- und Aufgabenkreises greift nicht mehr die Rechtsfähigkeit, sondern die Nichtigkeit jeglichen Rechtshandelns in den Formen des Privatrechts. So weit wie die Rechtsfähigkeit reicht, ist sie allerdings die normale zivilrechtliche Rechtsfähigkeit ohne öffentlich-rechtliche Besonderheiten. Dogmatisch gesehen bildet der öffentlich-rechtliche Wirkungs- und Aufgabenkreis die Grenze zwischen zwei zivilrechtlichen Rechtsinstituten: Rechtsfähigkeit hier, fehlende Rechtsfähigkeit und Nichtigkeit da.

Für den Rechtsverkehr bedeutet dies, dass Rechtssubjekte des Privatrechts, die mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts in Rechts- und Geschäftsbeziehungen treten möchten, prüfen muss(t)en, ob das Konglomerat an öffentlich-rechtlichen Vorschriften, denen Einzelheiten zum Aufgaben- und Wirkungskreis der konkreten juristischen Person des öffentlichen Rechts entnommen werden können, Aussagen dazu trifft, ob die jeweilige juristische Person für das konkrete Rechtsgeschäft noch rechtsfähig ist oder ob das konkrete Rechtsgeschäft in den Bereich *ultra vires* fällt und damit nichtig ist. Im Streitfall müssen Zivilgerichte, die ja für privatrechtliche Rechtsstreitigkeiten auch öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte zuständig sind, diese schwierige Aufgabe lösen, für die sie mit ihrem privatrechtlich geschulten richterlichen Personal nur schlecht gerüstet sind. Ein eindrucksvolles Beispiel für die Mühseligkeit, einen konkreten Wirkungs- und Aufgabenkreis festzustellen, bildet die Entscheidung in BGHZ 20, 119, in der es um den Wirkungs- und Aufgabenkreis einer Wirtschaftsverwaltungsbehörde nach dem nationalsozialistischen Wirtschaftsverwaltungsrecht des Reichs zuerst vor und anschließend während des Kriegs, dann um wirtschaftsverwaltungsrechtliche Vorschriften der britischen Besatzungsmacht und anschließend der bizonalen Wirtschaftsverwaltung ging; wäre der streitgegenständliche Vertrag nicht 1948, sondern ein Jahr später geschlossen worden, wäre zudem noch das Wirtschaftsverwaltungsrecht nach hamburgischen Landesvorschriften hinzuzuziehen gewesen. Die *Ultra-vires*-Lehre, die auf die oft

auf seinen Waren abbilden durfte. Die Rechtsfähigkeit der Universität für dieses Geschäft bestand „im Rahmen ihrer in die Selbstverwaltungskompetenz fallenden Vermögensverwaltung“.

vagen Wirkungs- und Aufgabenkreisbestimmungen des öffentlichen Rechts als Begrenzung des privatrechtlichen Instituts der Rechtsfähigkeit zurückgreift, trägt somit ein deutliches Element der Unsicherheit in den Privatrechtsverkehr und die Zivilrechtsprechung¹³².

3.1.2.2. Die fehlende Rechtsfähigkeit bei Teilrechtsfähigkeit

Während die privatrechtliche Rechtsfähigkeit bei Tätigkeiten *ultra vires* ihre eigene Grenze unter Rückgriff auf das öffentliche Recht definiert, ist es bei der Teilrechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts alleine das öffentliche Recht, das der – weiterhin ihrer Natur nach zivilrechtlichen – Rechtsfähigkeit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts Grenzen zieht. Der öffentlich-rechtliche Errichtungsakt selbst gibt die Grenzen vor, die die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der zu errichtenden juristischen Person des öffentlichen Rechts haben soll.

Das praktisch relevanteste Beispiel sind die teilrechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts. In der Regel erstreckt sich ihre Rechtsfähigkeit recht weit gehend auf privatrechtliche Rechtsgeschäfte, während Einschränkungen der Rechtsfähigkeit eher in Bezug auf ihre Trägerkörperschaften und somit auf ihre öffentlich-rechtliche Seite vorgegeben sind. So hat der Deutsche Wetterdienst das Recht und auch die gesetzliche Pflicht, seine Dienstleistungen in weitem Umfang privatrechtlich zu vermarkten, und die Abwicklungsanstalten können alle finanzmarktrechtlichen und anderen privatrechtlichen Operationen vornehmen, die bei der Abwicklung ganzer Banken oder einzelner Geschäftsbereiche notwendig sind¹³³.

Ebenso wie bei der Begrenzung der Rechtsfähigkeit auf Rechtsgeschäfte innerhalb des Wirkungs- und Aufgabenkreises beschränkt sich auch die Teilrechtsfähigkeit, die der Gründer der juristischen Person vorgibt, auf die Grenze der Rechtsfähigkeit. Inhaltlich wird an der Rechtsfähigkeit nichts geändert. Soweit sie reicht, ist sie die gängige, im Privatrecht wurzelnde Rechtsfähigkeit, die ihrem Subjekt erlaubt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

3.1.3. Keine Rechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Formationen ohne Rechtspersönlichkeit

Ergänzend sei noch angemerkt, dass die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit nur solchen öffentlich-rechtlichen organisatorischen Einheiten zusteht, die Rechtssubjekte sind. Organisatorische Einheiten

¹³² Aus diesem Grund mehren sich in der Fachliteratur zum öffentlichen Recht die kritischen Stimmen. Zum Diskussionsstand *Gurlit*, S. 780-781.

¹³³ Näher dazu s.o. Fn. 93 und 94.

ohne Rechtspersönlichkeit wie Behörden, Organe, nichtrechtsfähige Anstalten oder nichtrechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts etc. haben keinerlei Rechtsfähigkeit. Sie können mithin keine Rechte und Pflichten, jedenfalls keine Rechte und Pflichten privatrechtlicher Art, erwerben.

Bei nicht rechtsfähigen organisatorischen Einheiten der öffentlichen Hand ist die jeweilige Trägerkörperschaft das Zuordnungssubjekt für zivilrechtliche Rechte und Pflichten. Willenserklärungen, Rechte und Pflichten, die diese nicht rechtsfähigen Organisationseinheiten im Rechtsverkehr abgeben bzw. erwerben, gelten im Rahmen des öffentlichen Organisationsrechts für und gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Bestandteil sie sind. So ist z.B. Eigentümerin der Gebäude der rechtlich unselbstständigen Verfassungsorgane Bundestag, Bundesrat oder Bundesverfassungsgericht die Bundesrepublik Deutschland; sie ist im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Bundestag, Bundesrat oder Bundesverfassungsgericht sind mangels Rechtspersönlichkeit keine geeigneten Zuordnungssubjekte für Eigentumsrechte. Die Bundesrepublik Deutschland ist ebenso Eigentümerin der Gebäude der Bundesbehörden Generalbundesanwalt oder Deutschen Patent- und Markenamt. Eigentümerin der nichtrechtsfähigen Anstalt Schule ist die jeweilige Gemeinde (bei Schulen in Trägerschaft des Landes das Land; bei Schulen in Trägerschaft des Bundes, z.B. Auslandsschulen, der Bund). Auch das Eigentum der nichtrechtsfähigen kommunalen Treuhandstiftungen steht, wenn nicht im Einzelfall etwas anderes geregelt ist, der Gemeinde zu. Wenn z.B. die Verwaltung des Bundesverfassungsgerichts Papier einkauft, erwirbt die Bundesrepublik Deutschland das Eigentum daran und ist verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Im Streitfall würde der Verkäufer des Papiers die Bundesrepublik Deutschland und nicht das Bundesverfassungsgericht verklagen. Im Gegensatz dazu sind Universitäten, Kammern, kommunale Sparkassen oder die erwähnte Stiftung für Hochschulzulassung eigenständige Rechtspersönlichkeiten und können als solche Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten sein. Sie können z.B. Immobilieneigentum erwerben und dann im Grundbuch als Eigentümer figurieren, und wenn eine Universität Papier kauft und den Vertrag nicht oder schlecht erfüllt, verklagt ihr Vertragspartner die Universität und nicht das dahinter stehende Land.

Ob eine organisatorischen Einheit der öffentlichen Hand Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht und mithin rechtsfähig (und geschäftsfähig) ist oder nicht, ergibt sich aus ihrem öffentlich-rechtlichen Errichtungsakt und gegebenenfalls aus Verwaltungsorganisationsrecht und ist daher eine Frage des öffentlichen Rechts.

3.1.4. Zusammenfassung

Bei der Teilnahme juristischer Personen des öffentlichen Rechts am Zivilrechtsverkehr ist die Rechtspersönlichkeit und die damit einhergehende Rechtsfähigkeit die entscheidende Kategorie. Öffentlich-rechtliche Einheiten ohne Rechtspersönlichkeit können keine eigenen Rechte und Pflichten erwerben, sie können höchstens für die juristische Person des öffentlichen Rechts, deren Bestandteil sie sind, handeln und für und gegen diese Rechte erwerben und Pflichten eingehen. Teilrechtsfähige juristische Personen des öffentlichen Rechts können nur so weit, wie ihre durch den öffentlich-rechtlichen Errichtungsakt gezogene teilweise Rechtsfähigkeit reicht, eigenständig am Privatrechtsverkehr mitwirken. Der öffentlich-rechtliche Errichtungsakt bildet die Voraussetzung für die Rechtspersönlichkeit, aus der sich die privatrechtliche Rechtsfolge der Rechtsfähigkeit automatisch ergibt.

Im Bereich der Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts stehen Zivilrecht und öffentliches Recht nicht völlig unverbunden nebeneinander. Die Reichweite der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit wird durch das öffentliche Recht begrenzt. Einerseits erkennt die Rechtsfähigkeit selbst die öffentlich-rechtlichen Wirkungs- und Aufgabenkreise als Grenze ihres eigenen Geltungsbereichs an. Andererseits können die öffentlich-rechtlichen Errichtungsakte die Grenzen der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit bestimmen. Indem ein Errichtungsakt der errichteten Organisationseinheit die Rechtspersönlichkeit vorenthält, kommt für sie Rechtsfähigkeit überhaupt nicht in Frage. Bei teilrechtsfähigen Personen des öffentlichen Rechts bestimmt der Errichtungsakt aktiv die Grenzen, bis zu denen die so errichtete juristische Person zivilrechtlich tätig sein kann.

In allen Fällen stehen Privatrecht und öffentliches Recht nur in einem Neben-, aber in keinem interaktiven Miteinander. Das öffentliche Recht bildet einerseits die Voraussetzung und andererseits die Grenze der Reichweite der zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit. So weit diese reicht, ist sie allerdings die herkömmliche zivilrechtliche Rechtsfähigkeit ohne inhaltliche Modifikationen durch das öffentliche Recht. Das öffentliche Recht hingegen bedient sich des zivilrechtlichen Instituts der Rechtsfähigkeit, z.B. indem der Errichtungsakt einer juristischen Person des öffentlichen Rechts diese als „rechtsfähig“ bezeichnet. Was mit der Rechtsfähigkeit inhaltlich gemeint ist, definiert das öffentliche Recht nicht näher. Es beschränkt sich darauf, den Bereich zu umgrenzen, innerhalb dessen die Rechtsfähigkeit gilt. Was genau innerhalb dieser Grenze rechtlich passiert, d.h. wie sich die Rechtsfähigkeit auswirkt, aber auch die Rechtsfolgen eines Tätigwerdens jenseits der Grenzen (Nichtigkeit) nimmt das öffentliche Recht als vom Privatrecht vorgegebene und von ihm nicht zu modifizierende Tatsachen hin.

Eine echte Interaktion ist dies nicht, da sich Rechtsinstitute des Privatrechts und des öffentlichen Rechts nicht gegenseitig inhaltlich beeinflussen, modifizieren etc. Es ist ein Nebeneinander, indem jede Rechtsmaterie auf die Inhalte der anderen Materie angewiesen ist, um die juristischen Personen des öffentlichen Rechts im Bereich des Privatrechtsverkehrs funktionstüchtig zu machen.

3.2. Verwaltungsrecht: Beteiligungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit

Anders als das Privatrecht verwendet das Verwaltungsverfahrensrecht nicht die Begriffe „Rechtsfähigkeit“ und „Geschäftsfähigkeit“. Seine Kategorien sind die „Beteiligungsfähigkeit“ und die „Handlungsfähigkeit“. Grob gesagt entspricht der Rechtsfähigkeit die Beteiligungsfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit die Handlungsfähigkeit¹³⁴.

Was im Privatrecht allgemein als „Rechtsverkehr“ bezeichnet wird, ist im Verwaltungsrecht das Verwaltungsrechtsverhältnis, das in Bezug auf der Hoheitsgewalt Unterworfenen in der Regeln die Gestalt eines „Verfahrens“ i.S.v. § 9 VwVfG, § 74 LVwG S-H, § 8 SGB X annimmt. Alle Vorschriften wie Beteiligungsfähigkeit und Handlungsfähigkeit beziehen sich daher auf das Verwaltungsverfahren. Dieses wird in den genannten Vorschriften weit definiert als „die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluß des öffentlich-rechtlichen Vertrages ein“.

3.2.1. Beteiligungsfähigkeit

Die zentrale Kategorie für die Teilnahme an einem Verwaltungsverfahren ist die vom Gesetz so genannte Beteiligungsfähigkeit, die im Schrifttum auch als Beteiligtenfähigkeit bezeichnet wird. Beide Begriffe werden hier synonym verwendet.

Die Beteiligungsfähigkeit ist die „Fähigkeit, am Verfahren beteiligt zu sein“¹³⁵. Würde man diese Formulierung stärker privatrechtlich ausrichten, könnte man die Beteiligungsfähigkeit auch als die „Fähigkeit, im Verfahren Rechte und Pflichten zu erwerben“ ausdrücken.

¹³⁴ Aus privatrechtlicher Sicht: Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, Einführung vor § 104 Rn. 7. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht: *Pünder*, S. 458-460; *Ule/Laubinger*, S. 91-93.

¹³⁵ § 11 VwVfG, § 76 LVwG S-H, § 10 SGB X.

Beteiligungsfähig sind nach allen verwaltungsrechtlichen Verfahrensgesetzen „natürliche und juristische Personen; Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann; Behörden“¹³⁶. Hierbei muss man unterscheiden. Die Beteiligung am Verfahren kann als Träger von Hoheitsgewalt oder als dieser Hoheitsgewalt unterworfenen Rechtsträger erfolgen.

3.2.1.1. Der Träger von Hoheitsgewalt: die „Behörde“

Auf der Seite der Hoheitsgewalt gibt es einen Beteiligten, der für die übrigen Beteiligten verbindlich Maßnahmen treffen kann. Das ist die „Behörde“, die gemäß § 9 VwVfG das Verwaltungsverfahren betreibt, gemäß § 35 Satz 1 VwVfG den Verwaltungsakt erlässt und gemäß § 54 Satz 2 VwVfG den öffentlich-rechtlichen Vertrag schließt. Auch in den übrigen besonderen Verfahrensarten ist die Behörde der zentrale Akteur.

Den hoheitlichen Beteiligten des Verwaltungsverfahrens subsumiert das Verwaltungsverfahren unter dem Begriff der Behörde. Gemäß § 1 Abs. 4 VwVfG¹³⁷ ist eine Behörde „jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“. Für den verwaltungsverfahrensrechtlichen (funktionalen) Behördenbegriff¹³⁸ kommt es nicht auf die Rechtsform an. Sofern eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen wird, ist jede „Stelle“, d.h. jede identifizier- und definierbare Organisationseinheit, zur Behörde und somit beteiligungsfähig im Verwaltungsverfahren. Die fein zisellierten Unterscheidungen des privatrechtlich geprägten Personenrechts zwischen Fiskus, Körperschaft des öffentlichen Rechts, rechtsfähiger oder teilrechtsfähiger oder nicht rechtsfähiger Anstalt des öffentlichen Rechts, rechtsfähiger oder nicht rechtsfähiger Stiftung des öffentlichen Rechts, aber auch des Verwaltungsorganisationsrechts mit Staat, Bund, Land, Gemeinde, Organ, Behörde, Beliehener etc. spielen für die Definition des Hoheitsträgers im Verwaltungsverfahren keine Rolle. Er ist stets eine „Behörde“.

Das bedeutet, dass „Behörde“ eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein kann: der Bund, ein Land, eine Gemeinde, eine Kammer, eine Universität, die Stiftung für Hochschulzulassung¹³⁹, der Deutsche Wetterdienst, die Bundesbank, eine kommunale Sparkasse, die Georg-August-Universität

¹³⁶ § 11 VwVfG, § 76 LVwG S-H, § 10 SGB X. Anders formuliert, aber in der Sache ähnlich § 78 AO.

¹³⁷ Ebenso § 3 Abs. 2 LVwG S-H, § 6 Abs. 1 AO, § 1 Abs. 2 SGB X.

¹³⁸ Die Beschränkung des Behördenbegriffs auf das Verwaltungsverfahren bringen § 1 Abs. 4 VwVfG, § 3 Abs. 2 LVwG S-H, § 1 Abs. 2 SGB X durch die Formulierung „im Sinne dieses Gesetzes“ zum Ausdruck.

Andere Rechtsgebiete verwenden den Begriff „Behörde“ teilweise anders: *Burgi* in Erichsen/Ehlers, S. 287-288; *Jestaedt*, S. 982-983; *Ruffert* in Erichsen/Ehlers, S. 677-679.

¹³⁹ Deren behördliche Aufgaben und Kompetenzen regelt nicht das Stiftungsgesetz, sondern der Staatsvertrag über die Hochschulzulassung (s.o. Fn. 71).

Göttingen Stiftung öffentlichen Rechts. Notwendig ist das jedoch nicht. Eine Behörde können auch eine nichtrechtsfähige Anstalt oder Stiftung sowie rechtlich unselbstständige Organisationseinheiten von Hoheitsträgern sein. Demnach sind juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht nur Behörden, sondern können auch Behörden als Unterabteilungen haben¹⁴⁰. So sind beispielsweise der Vorstand, die Hauptverwaltungen und Filialen der als Körperschaft des öffentlichen Rechts errichteten Bundesbank deren Behörden¹⁴¹. Wenn das Bundesverfassungsgericht durch privatrechtlichen Vertrag Papier kauft, wird die Bundesrepublik Deutschland Vertragspartner und Eigentümerin des Papiers¹⁴²; wenn hingegen das Bundesverfassungsgericht hoheitliche Maßnahmen gegen sich rechtswidrig verhaltende Besucher ergreift, z.B. eine Demonstration in seinem Gebäude verbietet, wird es als Behörde tätig und ist in dem Verwaltungsverfahren beteiligungsfähig. Beteiligter dieses Verwaltungsverfahrens ist das Bundesverfassungsgericht, nicht die Bundesrepublik Deutschland. Wenn das Finanzamt einen Steuerbescheid erlässt, ist es Behörde, obwohl es über keinerlei Rechtspersönlichkeit verfügt, sondern personenrechtlich und verwaltungsorganisationsrechtlich eine rechtlich unselbstständige Organisationseinheit des Bundeslands ist. Dasselbe gilt für das Jugendamt, das zwar personen- und verwaltungsorganisationsrecht der juristischen Person des öffentlichen Rechts Gemeinde zuzuordnen ist, jedoch im Verfahren eine Behörde mit eigener Beteiligungsfähigkeit und eigenem Beteiligtenstatus ist. Folglich ist der Status als Behörde vollkommen unabhängig von dem Begriff der Rechtspersönlichkeit.

Hinzu kommt, dass der Behördenbegriff auch nicht mit dem Bereich des öffentlich-rechtlichen Rechts identisch ist. Behörde i.S.v. § 1 Abs. 4 VwVfG¹⁴³ kann nämlich auch ein Subjekt des Privatrechts sein, d.h. eine natürliche Person oder eine juristische Person des privaten Rechts. Entscheidend ist nicht die rechtliche Verfasstheit, sondern dass die Stelle „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“. Das kann auch eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts. In Deutschland werden insbesondere juristischen Personen des Privatrechts oder teilrechtsfähigen privatrechtlichen Organisationsformen, bisweilen auch Einzelpersonen klar definierte Hoheitsrechte übertragen, die sie eigenverantwortlich und in eigenem Namen wahrnehmen dürfen und müssen. Wenn ein solcher privatrechtlicher Rechtsträger seine Hoheitsrechte gegen einen anderen Beteiligten ausübt, führt er ein Verwaltungsverfahren durch und ist damit Behörde i.S.v. § 1 Abs. 4, § 9 VwVfG

¹⁴⁰ So ausdrücklich § 12 LVwG S-H. Im Bund und in den übrigen Ländern gilt dies gewohnheitsrechtlich.

¹⁴¹ § 29 Abs. 1 BBankG. Zur Bundesbank als Körperschaft des öffentlichen Rechts s.o. Fn. 59.

¹⁴² Dazu s.o. Punkt 3.1.3.

¹⁴³ Ebenso § 3 Abs. 2 LVwG S-H. Ob das auch für § 6 Abs. 1 AO, § 1 Abs. 2 SGB X gilt, ist angesichts des besonderen Charakters des Steuer- und des Sozialverfahrens fraglich. Insoweit jedoch spezielle Vorschriften auch in diesen Verfahren die Übertragung einzelner Hoheitsrechte auf Private erlauben, sind diese privaten Beliehenen Behörde i.S.v. § 6 Abs. 1 AO oder § 1 Abs. 2 SGB X.

bzw. § 3 Abs. 2, § 74 LVwG S-H¹⁴⁴. Derartige mit einzelnen Hoheitsrechten ausgestattete Private sind die so genannten „beliehenen Unternehmer“. Eine abstrakte Regelung des beliehenen Unternehmers findet sich in § 2 Abs. 3 i.V.m. §§ 13, 20, 24 LVwG S-H¹⁴⁵. Danach sind „[n]atürliche und juristische Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähige Vereinigungen (...) Träger der öffentlichen Verwaltung für die ihnen übertragenen Aufgaben“. Selbst in Schleswig-Holstein ist dies aber nur ein vager Rechtsrahmen. Die genauen Bedingungen der Beleihung sind der gesetzlichen Grundlage (soweit vorhanden) und dem beleihenden Einzelakt zu entnehmen. Beispiele für beliehene Unternehmer, die einzelne hoheitliche Funktionen ausüben dürfen, sind die Hauptuntersuchungen für Pkws, die Autobahngebühren für LKWs, die Prüfung von Heizungsanlagen u.ä., die Kontrolle von Schlachtfleisch im Hinblick auf Trichinen (Fleischschau) oder die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung an Bord von Flugzeugen und Seeschiffen¹⁴⁶.

Festzuhalten ist, dass die Beteiligungsfähigkeit der Behörde vollkommen unabhängig von personenrechtlichen und verwaltungsorganisationsrechtlichen Gestaltungen wie z.B. der Rechtspersönlichkeit (Rechtsfähigkeit) ist, sondern einzig von der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung abhängt¹⁴⁷.

3.2.1.2. Die der Hoheitsgewalt Unterworfenen

Die weiteren Verfahrensbeteiligten stehen „auf der anderen Seite“ und sind die der Rechtsmacht der Behörde Unterworfenen: natürliche und juristische Personen sowie nicht- oder teilrechtsfähige Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann. Das sind regelmäßig Personen und Vereinigungen des Privatrechts. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass auf dieser Seite des Verfahrens eine juristische Person des öffentlichen Rechts beteiligt ist, z.B. wenn die Enteignungsbehörde ein Grundstück enteignet, das einer Universität gehört, oder wenn die Wirtschaftsverwaltungsbehörde mit der Industrie- und Handelskammer einen öffentlich-rechtlichen

¹⁴⁴ *Jestaedt*, S. 978-979; *Schulze-Fielitz*, S. 873; *Trute*, S. 406-407; *Stadler*. Rechtsvergleichend s. *Steiner*.

¹⁴⁵ Andere Bundesländer haben bisweilen vergleichbare Vorschriften in ihrem Organisationsrecht, z.B. § 2 Abs. 4 LOG M-V. Im Wesentlichen beruht die Rechtsstellung der Beliehenen jedoch auf Gewohnheitsrecht. Umfassend zu diesem Gewohnheitsrecht *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 2, § 90.

¹⁴⁶ Mehrere Privatunternehmen, darunter die Technischen Überwachungsvereine (TÜV), haben gemäß § 29 Straßenverkehrszulassungsordnung v. 26.4.2012 (StVZO) die Befugnis, bei erfolgreicher Prüfung den Pkw mit einer amtlichen Prüfplakete zu versehen. Die Überwachung der Autobahnmaut obliegt der Toll Collect GmbH, die hierzu durch das Bundesamt für Güterverkehr beauftragt wurde. Bestimmte Ingenieure und Bezirksschornsteinfegermeister sind ermächtigt, Heizanlagen u.ä. mit amtlichen Prüfplaketten zu versehen. Die Fleischschau und die Feststellung der Ordnungsgemäßheit des Fleisches obliegt bestimmten Privatpersonen, z.B. besonderen Tierärzten, die hierzu ermächtigt werden. Für die Ordnung in Flugzeugen und auf Schiffen nimmt das Gesetz unmittelbar den Flug- oder Schiffskapitän in die Pflicht und stattet ihn hierfür mit hoheitlichen Befugnissen aus: § 12 Abs. 1 Luftsicherheitsgesetz v. 11.1.2005; § 121 Seearbeitsgesetz v. 20.4.2013.

¹⁴⁷ So auch *Ruffert* in *Erichsen/Ehlers*, S. 678.

Vertrag schließt, der die Art, wie die Kammer ihre gesetzlichen Aufgaben in der Wirtschaftsverwaltung erfüllt, regelt. In einem solchen Fall sind die juristischen Personen des öffentlichen Rechts als „juristische Personen“ gemäß § 11 Nr. 1 VwVfG beteiligungsfähig; nicht- oder teilrechtsfähige Organisationen der öffentlichen Verwaltung können als „Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann“ i.S.v. § 11 Nr. 2 VwVfG am Verfahren beteiligt werden, wobei das Recht, das ihnen zustehen kann, kein privatrechtliches Recht sein muss, sondern auch öffentlich-rechtlicher Natur sein kann¹⁴⁸. Als Beispiel der Beteiligungsfähigkeit einer privatrechtlichen „Vereinigung, soweit ihr ein Recht zustehen kann“, kann § 2 Abs. 1 Satz 2 Gaststättengesetz¹⁴⁹ genannt werden, der es nicht rechtsfähigen Vereinen ausdrücklich ermöglicht, eine Gaststättenerlaubnis zu erwerben. Damit können dem nicht rechtsfähigen Verein, der sich dadurch auszeichnet, dass er keine Rechtspersönlichkeit besitzt und mithin keine juristische Person i.S.v. § 11 Nr. 1 VwVfG ist, bestimmte gaststättenrechtliche Rechte zustehen, in Bezug auf die er im gaststättenrechtlichen Verfahren – aber nur dort – beteiligungsfähig ist. Schließlich sind Behörden gemäß § 11 Nr. 3 VwVfG stets beteiligungsfähig, auch in der Position eines der Rechtsmacht der verfahrensführenden Behörde unterworfenen Beteiligten, z.B. wenn eine Behörde des Landes Nordrhein-Westfalen in Köln ein Behördengebäude errichten möchte und hierfür bei der Stadt Köln einen Bauantrag stellt.

Auch für die Verfahrensstellung juristischer Personen des öffentlichen Rechts auf „der anderen Seite“, auf der Seite des der Rechtsmacht der Behörde Unterworfenen, kommt es mithin nicht auf die Rechtspersönlichkeit oder Rechtsfähigkeit an. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind als juristische Personen gemäß § 11 Nr. 1 VwVfG, § 76 Nr. 1 LVwG S-H oder § 10 Nr. 1 SGB X, andere Formationen des öffentlichen Rechts als Vereinigungen, denen ein Recht zusteht, gemäß § 11 Nr. 2 VwVfG, § 76 Nr. 2 LVwG S-H oder § 10 Nr. 2 SGB X beteiligungsfähig. Rechtsfähigkeit und Beteiligungsfähigkeit sind mithin zwei völlig voneinander unabhängige Kategorien¹⁵⁰, deren Reichweite jeweils auf den Privatrechtsverkehr bzw. das Verwaltungsverfahren beschränkt ist und die in keiner Weise miteinander interagieren.

3.2.1.3. Inhalt der Beteiligungsfähigkeit

¹⁴⁸ § 11 Nr. 1 und 2 VwVfG entsprechen in den anderen Verfahrensgesetzen § 76 Nr. 1 und 2 LVwG S-H und § 10 Nr. 1 und 2 SGB X. In der AO fehlt eine entsprechende Vorschrift.

¹⁴⁹ Gaststättengesetz v. 5.5.1970. § 2 Abs. 1 lautet: *Wer ein Gaststättengewerbe betreiben will, bedarf der Erlaubnis. Die Erlaubnis kann auch nichtrechtsfähigen Vereinen erteilt werden.*

¹⁵⁰ Pünder, S. 459, betont allerdings nicht zu Unrecht, dass die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der Ausgangspunkt und Normalfall der Regelung der Beteiligungsfähigkeit ist. Bei dieser Argumentation misst er allerdings § 11 Nr. 2 VwVfG zu wenig Gewicht bei, aus dem hervorgeht, dass es nicht auf die zivilrechtliche Kategorie der Rechtsfähigkeit ankommt, sondern darauf, ob das öffentliche oder das Privatrecht einer rechtlichen Formation ein konkretes Recht zuweist.

Der Inhalt der Rechtsfähigkeit ist abstrakt die Fähigkeit, Rechte und Pflichten haben zu können. Die Rechtsfähigkeit zielt also auf das materielle Recht ab.

Demgegenüber erstreckt sich die Legaldefinition der Beteiligungsfähigkeit auf die abstrakte Fähigkeit, im Verwaltungsverfahren eine bestimmte Position einnehmen zu können. Die Beteiligungsfähigkeit zielt folglich auf das Verfahrensrecht ab. Im Zuge des Verwaltungsverfahrens macht die Behörde in der Regel nicht von Rechten und Pflichten Gebrauch, sondern übt Befugnisse, Kompetenzen und Zuständigkeiten aus¹⁵¹. Zuständigkeit ist die Berechtigung und Verpflichtung eines bestimmten administrativen Organisationssubjekts, eine bestimmte Aufgabe wahrzunehmen; Kompetenz ist im Wesentlichen ein Synonym für Zuständigkeit. Befugnisse sind die Mittel oder „Handlungsermächtigungen“, die im Allgemeinen der Staat und im Konkreten das bestimmte administrative Organisationssubjekt haben, um die ihnen gestellten, im Rahmen der jeweiligen Zuständigkeiten zu erledigenden Aufgaben zu erfüllen¹⁵². Die Zuständigkeiten, Kompetenzen und Befugnisse einer Behörde im verfahrensrechtlichen Sinne ergeben sich nicht aus ihrer Beteiligungsfähigkeit, sondern aus dem öffentlich-rechtlichen Normen, die das Verwaltungsrechtsverhältnis regeln, das dem Verwaltungsverfahren zugrunde liegt.

Allerdings ist die Zweiteilung von materiellem Recht (Zuständigkeit; Befugnis) und Verfahrensrecht (Beteiligungsfähigkeit) weniger trennscharf, als es auf den ersten Blick scheint. Wenn eine öffentliche Stelle „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ und somit Behörde im verwaltungsverfahrensrechtlichen Sinn ist, ergibt sich aus der damit einhergehenden Beteiligungsfähigkeit, dass ihr abstrakt die Handlungsformen Verwaltungsakt (§ 35 VwVfG) und öffentlich-rechtlicher Vertrag (§ 54 VwVfG)¹⁵³ zur Verfügung stehen. In welcher Situation sie mit welchem Inhalt einen Verwaltungsakt erlassen oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen darf, ergibt sich hingegen nicht aus dem Verwaltungsverfahrensrecht, sondern aus den Rechtsvorschriften, die das jeweilige Verwaltungsrechtsverhältnis regeln. So erlässt die Baubehörde den Verwaltungsakt Baugenehmigung nicht aufgrund von § 35 VwVfG und schon gar nicht aufgrund ihrer Beteiligungsfähigkeit im Verwaltungsverfahren, sondern aufgrund der Ermächtigungsgrundlage in den Baugesetzen der Bundesländer¹⁵⁴; ebenso erlässt die Versammlungsbehörde eine

¹⁵¹ So auch Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 2.5.1967, BVerfGE 21, 362, für den Bereich der Grundrechte: Staatliche Organe und juristische Personen haben keine Grundrechte, sondern Kompetenzen.

¹⁵² *Achterberg*, S. 165; *Burgi* in *Erichsen/Ehlers*, S. 290-292; *Jestaedt*, 986-996; *Schmalz*, S. 279; *Ule/Laubinger*, S. 51; *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Band 1, § 59 II, Band 2, § 83 I.

¹⁵³ Ebenso § 106 und § 121 LVwG S-H; § 31 und § 53 SGB X. Nur den Verwaltungsakt regelt § 118 AO, die keine abstrakte Norm über den öffentlich-rechtlichen Vertrag enthält.

¹⁵⁴ Als Beispiel sei § 74 Abs. 1 Satz 1 Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 21.7.2018 genannt:

Verbotsverfügung gegen eine rechtswidrig verlaufende Demonstration aufgrund des Versammlungsgesetzes¹⁵⁵ und nicht aufgrund von § 35 VwVfG.

3.2.2. Handlungsfähigkeit

Die Handlungsfähigkeit ist legal definiert als „Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlungen“¹⁵⁶. Dem entspricht im Privatrecht die Geschäftsfähigkeit, die ihren Inhaber befähigt, im Privatrechtsverkehr selbstständig wirksame Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Allerdings ist die Handlungsfähigkeit ebenso wie die Beteiligungsfähigkeit auf verfahrensrechtliche Befugnisse beschränkt, während das privatrechtliche Pendant der Geschäftsfähigkeit auf die materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisse zielt.

Auch bei der Handlungsfähigkeit ist wieder die Seite im Verwaltungsverfahren zu unterscheiden. Auf der hoheitlichen Seite ist die Behörde stets handlungsfähig. Da Handlungen im natürlichen Sinn nur natürliche Personen vornehmen können, nicht aber eine abstrakte Behörde, handelt für die Behörde „ihre Leiter, deren Vertreter oder Beauftragte“¹⁵⁷.

Auf der anderen Seite des Verwaltungsverfahrens sind natürliche Personen im Rahmen ihrer Geschäftsfähigkeit handlungsfähig. Die Normen des Verwaltungsverfahrensrechts verweisen auf das BGB und seine Vorschriften zur privatrechtlichen Geschäftsfähigkeit. Allerdings geht die verwaltungsrechtliche Handlungsfähigkeit darüber hinaus und ist bei in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkten natürlichen Personen auch dann gegeben, wenn eine Vorschrift des Privat- oder des öffentlichen Rechts sie für den Gegenstand des Verfahrens für geschäfts- oder handlungsfähig erklärt¹⁵⁸. Juristische Personen und Vereinigungen sind im Rahmen der Beteiligungsfähigkeit auch

§ 74. Baugenehmigung, Baubeginn

(1) *Die Baugenehmigung ist zu erteilen, wenn dem Vorhaben keine öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.*
(...)

¹⁵⁵ § 15 Abs. 1 Gesetz über Versammlungen und Aufzüge v. 24.7.1953.

¹⁵⁶ § 12 Abs. 1 VwVfG, § 77 Abs. 1 LVwG S-H, § 79 Abs. 1 AO, § 11 Abs. 1 SGB X.

¹⁵⁷ § 12 Abs. 1 Nr. 4 VwVfG, § 77 Abs. 1 Nr. 4 LVwG S-H, § 79 Abs. 1 Nr. 4 AO, § 11 Abs. 1 Nr. 4 SGB X.

¹⁵⁸ Ein Beispiel ist § 5 Satz 1 Gesetz über die religiöse Kindererziehung (KERzG) v. 15.7.1921: *Nach der Vollendung des vierzehnten Lebensjahres steht dem Kinde die Entscheidung darüber zu, zu welchem religiösen Bekenntnis es sich halten will.* Danach hat der Minderjährige ab dem 14. Geburtstag das Recht, durch eigene Erklärung aus der bisherigen Kirche auszutreten. Da der Kirchenaustritt nach landesrechtlichen Bestimmungen vor dem Amtsgericht zu erklären ist, ist der Kirchenaustritt kein rein kircheninterner Vorgang, sondern auch ein Verwaltungsverfahren. Entsprechend seiner subjektiv-rechtlichen Stellung gemäß § 5 Satz 1 KERzG hat der Minderjährige ab 14 die volle verwaltungsrechtliche Handlungsfähigkeit im Austrittsverfahren vor dem Amtsgericht. Als Beispiel sei die nordrhein-westfälische Norm zitiert: § 2 Abs. 1 nordrhein-westfälisches Gesetz zur Regelung des Austritts aus Kirchen, Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsgemeinschaften des öffentlichen Rechts v. 26.5.1981: (1) *Der Austritt kann von dem Austretenden erklärt werden, wenn er das 14. Lebensjahr vollendet hat und nicht geschäftsunfähig ist.*

handlungsfähig und handeln durch ihre gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter¹⁵⁹. Damit deckt sich bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts sowie öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern ohne Rechtspersönlichkeit die Beteiligten- und die Handlungsfähigkeit; wir finden hier dasselbe Junktum wie zwischen Rechts- und Geschäftsfähigkeit im Privatrecht¹⁶⁰.

3.2.3. Zusammenfassung

Im Bereich des Verwaltungsverfahrens besteht mit der Beteiligungs- und der Handlungsfähigkeit ein Kategoriensystem, das mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit im Privatrecht vergleichbar ist. Dabei bezeichnen die Beteiligungsfähigkeit und die Rechtsfähigkeit die abstrakte Möglichkeit, Zuordnungssubjekt von Rechten und Pflichten im jeweiligen Rechtsbereich zu sein, während Handlungs- und Geschäftsfähigkeit auf die konkrete Fähigkeit, durch eigenes Handeln seine Rechtsbeziehungen zu gestalten, abstellen. Zu beachten ist allerdings, dass der jeweilige Rechtsbereich im Privatrecht weiter ist als im öffentlichen Recht. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit sind umfassend und beziehen die materiell-rechtlichen Rechtsverhältnisse mit ein, während die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit alleine auf die Stellung im Verfahren abzielen und die Handlungsmöglichkeiten in den materiell-rechtlichen Verwaltungsrechtsverhältnissen voraussetzen.

Beide Kategoriensysteme bestehen unabhängig voneinander und haben mit Ausnahme einiger Regelungen in Bezug auf die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit natürlicher Personen keine Bezugspunkte.

Auf der hoheitlichen Seite des Verwaltungsverfahrens handelt stets eine Behörde. Deren Begriff ist vollkommen unabhängig von personenrechtlichen und verwaltungsorganisatorischen Kategorien wie der Rechtsform und kann neben den öffentlich-rechtlichen juristischen Personen auch nicht rechtsfähige Organisationseinheiten sowie natürliche und juristische Personen des Privatrechts umfassen. Dem entspricht es, dass die Behörde im Verwaltungsrechtsverhältnis und somit im Verwaltungsverfahren nicht Rechte, sondern – regelmäßig in den Rechtsgrundlagen des besonderen Verwaltungsrechts geregelte – Kompetenzen und Befugnisse ausübt. Im hoheitlichen Bereich agiert die öffentliche Hand mithin nach komplett anderen Rechtsmustern als im Privatrecht.

Auf der der Staatsgewalt unterworfenen Seite des Verwaltungsverfahrens stehen in der Regel Rechtsträger des Privatrechts. Die verwaltungsverfahrensrechtlichen Regeln schließen allerdings

¹⁵⁹ § 12 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG, § 77 Abs. 1 Nr. 3 LVwG S-H, § 79 Abs. 1 Nr. 3 AO; § 11 Abs. 1 Nr. 3 SGB X.

¹⁶⁰ Dazu s.o. Punkte 2.1.2.2. und 2.2.2.2.

nicht aus, dass dort auch Rechtsträger des öffentlichen Rechts beteiligt sind. Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit knüpfen hier nur teilweise an das Personenrecht an: Eine juristische Person (sowohl des öffentlichen als auch des Privatrechts) ist stets beteiligten- und damit auch handlungsfähig, während bei Rechtsträgern ohne Rechtspersönlichkeit (wiederum sowohl des öffentlichen als auch des Privatrechts) die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit davon abhängt, ob die Rechtsordnung ihnen für das Verfahren relevante Rechte und Pflichten zuordnet. Natürliche Personen sind primär im Rahmen des das Rechtsverhältnis regelnden speziellen (öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen) Gesetzes beteiligungs- und insbesondere handlungsfähig; fehlt es an einer speziellen Regelung, was auf die meisten Verwaltungsbereiche zutrifft, gelten subsidiär die privatrechtlichen Kategorien der Rechts- und v.a. der Geschäftsfähigkeit.

3.3. Prozessrecht: Rechtsträgerprinzip (Körperschaftsprinzip) oder Behördenprinzip

Besonders aussagekräftig für die Frage nach dem Wesen der Teilnahme von juristischen Personen des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr ist das Prozessrecht, insbesondere das Verwaltungsprozessrecht. Wenn sich die Klage gegen die juristische Person, deren Bestandteil die handelnde Verwaltungseinheit ist, d.h. gegen den Inhaber von Rechtspersönlichkeit (Rechtsträger), richtet, ist die zivilrechtliche Kategorie der Rechtsfähigkeit maßgeblich (Rechtsträgerprinzip oder auch Körperschaftsprinzip). Wenn hingegen die Stelle, die die jeweilige Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, d.h. die Behörde im verwaltungsverfahrenrechtlichen Sinn, verklagt werden kann, dann folgt das Prozessrecht der öffentlich-rechtlichen Kategorie der Beteiligtenfähigkeit (Behördenprinzip).

3.3.1. Zivilprozessrecht

Im Zivilprozess „ist parteifähig, wer rechtsfähig ist“¹⁶¹. Damit gilt für die Beteiligung der öffentlichen Hand am Zivilprozess das Rechtsträgerprinzip (Körperschaftsprinzip). Klagen und verklagt werden können die rechtsfähigen oder ggf. teilrechtsfähigen juristischen Personen des öffentlichen Rechts, nicht hingegen ihre rechtlich unselbstständigen Untergliederungen wie Behörden, nichtrechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts oder nichtrechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts¹⁶².

¹⁶¹ § 50 Zivilprozessordnung (ZPO) v. 30.1.1877.

¹⁶² Anders/Gehle, § 50 Rn. 7; Hüßtege, Rainer in *Thomas/Putzo*, § 50 Rn. 3.

Auch die Prozessfähigkeit richtet sich nach den privatrechtlichen Kategorien, denn prozessfähig ist grundsätzlich, wer nach materiellem Zivilrecht geschäftsfähig ist¹⁶³. Modifikationen betreffen v.a. natürliche Personen.

Damit herrscht im Bereich des Zivilprozesses Gleichklang zwischen den materiell-rechtlichen und den verfahrensrechtlichen Kategorien. So weit die Rechtsfähigkeit reicht, reicht auch die Parteifähigkeit, und die prozessuale Prozessfähigkeit ist jedenfalls für juristische Personen weitgehend identisch mit der materiell-rechtlichen Geschäftsfähigkeit.

3.3.2. Verwaltungsprozessrecht

Wenn sich die Rechtsbeziehung im Bereich des öffentlichen Rechts bewegt, wird ein Gerichtsweg in der Regel vor den Verwaltungsgerichten und nicht vor den Zivilgerichten eingeschlagen. Der Prozess vor den allgemeinen Verwaltungsgerichten wird durch die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) geregelt, die nicht nur das Prozessrecht für Verwaltungsprozesse, sondern auch das Gerichtsverfassungsrecht der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit enthält.

Während bei einem Zivilprozess juristische Personen des öffentlichen Rechts auf Kläger- wie auf Beklagtenseite auftreten können, herrscht im Verwaltungsprozess die Konstellation vor, dass die der Hoheitsgewalt unterworfenen Partei gegen den Inhaber der Hoheitsgewalt klagt. Zwar kann auch in Ausnahmefällen eine juristische Person des öffentlichen Rechts im Verwaltungsverfahren die der Rechtsmacht der Behörde unterworfenen „private“ Verfahrensbeteiligte sein¹⁶⁴ und damit im Verwaltungsprozess in der Klägerrolle auftreten, z.B. die Kammer, die auf Erteilung der verweigerten Baugenehmigung klagt. Typisch ist im Verwaltungsverfahren jedoch ein „privater“ Kläger und ein „öffentlicher“ Beklagter. Daher wird hier nur untersucht, wie juristische Personen des öffentlichen Rechts auf der Beklagtenseite am Verwaltungsprozess teilnehmen können.

Die VwGO enthält keine allgemeine Vorschrift, ob im Verwaltungsprozess die handelnde Behörde (Behördenprinzip) oder die sie tragende Körperschaft (Rechtsträgerprinzip) auftritt. Beteiligungsfähig sind gemäß § 61 VwGO sowohl natürliche und juristische Personen als auch

¹⁶³ §§ 51-55 ZPO.

¹⁶⁴ Dazu s.o. Punkt 3.2.1.2.

„Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann“¹⁶⁵. Im Gegensatz zu § 11 Nr. 3 VwVfG¹⁶⁶, der Behörden in jedem Fall die Beteiligungsfähigkeit am Verwaltungsverfahren zuspricht, stellt § 61 Nr. 3 VwGO die Beteiligungsfähigkeit von Behörden unter den Vorbehalt des Landesrechts¹⁶⁷. Damit sind juristische Personen des öffentlichen Rechts stets beteiligungsfähig, ihre Behörden jedoch nur, wenn der Verwaltungsprozess in einem Bundesland stattfindet, dessen Landesrecht die Beteiligungsfähigkeit von Behörden vorsieht. Prozessfähig sind sie gemäß § 62 Abs. 3 VwGO durch ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände.

Nachdem nun klar ist, dass eine juristische Person des öffentlichen Rechts stets beteiligungs- und prozessfähig ist, während es bei Behörden auf das Recht des Landes, in dem das Verwaltungsgericht tätig ist, ankommt, ist die Frage zu beantworten, wen der Bürger verklagen kann oder muss, wenn er sich gegen „die Verwaltung“ wehrt. Eine allumfassende Regel für alle Klagearten gibt es in der VwGO nicht, sondern nur zwei Regeln für einzelne Verfahrensarten: § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO für die Normenkontrollklage und § 78 Abs. 1 VwGO für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Bei den übrigen Klagearten wie z.B. der allgemeinen Leistungsklage, der Unterlassungsklage, den verschiedenen Arten von Feststellungsklagen oder auch der Organklage ist nicht ausdrücklich geregelt, wer verklagt werden kann.

3.3.2.1. Normenkontrollklage

Die Normenkontrollklage gemäß § 47 VwGO erlaubt es den Rechtsunterworfenen, bestimmte Rechtsvorschriften der Exekutive auf ihre Rechtmäßigkeit, d.h. regelmäßig auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht hin überprüfen zu lassen. Die Normenkontrolle vor dem Bundesverfassungsgericht und regelmäßig vor den Landesverfassungsgerichten konzentriert sich auf Gesetze, weshalb § 47 VwGO eine Lücke füllt, indem er manche abstrakt-generellen Normen der Verwaltung einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle unterwirft. Gemäß § 47 Abs. 2 VwGO können alle selbst betroffenen natürlichen und juristischen Personen sowie Behörden innerhalb einer

¹⁶⁵ Das können auch Vereinigungen und Personenmehrheiten aus dem Bereich des öffentlichen Rechts sein, sofern ihnen das materielle einzelne identifizierbare Rechte zuweist, z.B.

- eine politische Partei (deren formale Rechtsform in Deutschland regelmäßig der nicht rechtsfähige Verein ist): Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 32, 333;

- eine Fraktion in einer Volksvertretung: Oberverwaltungsgericht Lüneburg, OVG 2, 225; Verwaltungsgericht Kassel, NVwZ 1983, 372;

- eine Fakultät einer Universität: Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 45, 39; Oberverwaltungsgericht Hamburg, VerwRspr 16, 828; Verwaltungsgerichtshof Mannheim, VerwRspr 21, 251;

- Bezirke einer Stadt: *Püttner*, JR 1966, S. 81-84.

¹⁶⁶ Ebenso § 76 Nr. 3 LVwG S-H, § 10 Nr. 3 SGB X.

¹⁶⁷ § 61 Nr. 3 VwGO: *Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, sind*

1.-2. (...)

3. Behörden, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

Einjahresfrist den Normenkontrollantrag stellen. Auf der Klägerseite gelten mithin das Rechtsträger- und das Behördenprinzip gleichermaßen. Wenn also z.B. ein Landeseseuchenamt eine Verordnung erlässt, die den Rechtskreis von Gesundheitsämtern und niedergelassenen Ärzten betrifft, können hiergegen z.B. eine Gemeinde (als Gebietskörperschaft Trägerin des Gesundheitsamtes – Rechtsträgerprinzip), ein Gesundheitsamt (als Behörde – Behördenprinzip) oder eine Ärztekammer (als Körperschaft des öffentlichen Rechts – Rechtsträgerprinzip) Normenkontrollklage gemäß § 47 VwGO einlegen.

Wer auf der anderen Seite der Normenkontrollklage steht, regelt § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO: „Er [gemeint ist der Antrag auf Normenkontrolle, H.K.] ist gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat“. Damit schreibt § 47 Abs. 2 Satz 2 VwGO das Rechtsträgerprinzip vor. Bei einer Normenkontrollklage wegen einer Verordnung eines Landeseseuchenamtes ist mithin das Land als (Gebiets-)Körperschaft die richtige Beklagte, nicht das Amt, das eine bloße Behörde ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist. Wenn der Streitgegenstand hingegen eine Rechtsvorschrift ist, die die erwähnte Stiftung für Hochschulzulassung¹⁶⁸ erlassen hat, ist die Normenkontrollklage gegen diese rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts zu richten, nicht gegen das Land Nordrhein-Westfalen. Dasselbe gilt z.B. für die Promotionsatzung einer öffentlichen Universität, die regelmäßig eine juristische Person des öffentlichen Rechts ist: Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung ihrer Satzung ist in einem Verfahren gegen die Universität und nicht etwa gegen deren Senat oder gegen das Land, das die Universität unterhält, zu beantragen.

3.3.2.2. Anfechtungs- und Verpflichtungsklage

Eine differenziertere Regelung trifft § 78 Abs. 1 VwGO für die Anfechtungs- und die Verpflichtungsklage. Er lautet:

§ 78 (1) *Die Klage ist zu richten*

- 1. gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat; zur Bezeichnung des Beklagten genügt die Angabe der Behörde,*
- 2. sofern das Landesrecht dies bestimmt, gegen die Behörde selbst, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.*

¹⁶⁸ Dazu s.o. Fn. 71.

Diese Vorschrift ist nach herrschender Meinung auch auf die übrigen Klagearten, für die die VwGO keine Regelung trifft, anzuwenden¹⁶⁹.

Die beiden Alternativen in § 78 Abs. 1 VwGO stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die Regel ist gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Rechtsträgerprinzip. Grundsätzlich sind mithin der Staat, die Gemeinde, die rechtsfähige Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts die richtigen Beklagten, nicht die Behörde, die gegenüber dem Bürger gehandelt hat. Das gilt auch für Beliehene: Zu verklagen ist der Rechtsträger, nicht die handelnde Einheit¹⁷⁰. Für den Kläger wird das Prinzip dadurch abgemildert, dass er auch die Behörde als Beklagte bezeichnen kann, denn der schriftliche Verwaltungsakt zeigt die Behörde auf, nicht unbedingt deren Rechtsträger, d.h. die Behörde ist für den Adressaten des Verwaltungsakts stets erkennbar. Eine Klage, die die Behörde bezeichnet, richtet sich automatisch gegen deren Rechtsträger¹⁷¹.

Die Ausnahme gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist das Behördenprinzip. Danach ist die Behörde selbst die richtige Beklagte. Das gilt allerdings nur in den Ländern, deren Landesrecht dies so vorsieht. Parallel hierzu erklärt § 61 Nr. 3 VwGO Behörden nicht pauschal für beteiligungsfähig, sondern nur, „sofern das Landesrecht dies bestimmt“. Von der Ermächtigung zur Einführung des Behördenprinzips machen die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein-Westfalen und das Saarland für alle Klagen und Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein für bestimmte Klagen Gebrauch. Beim Grundsatz des Rechtsträgerprinzips bleibt es in Baden-Württemberg, Bayern, Berlin, Bremen, Hamburg, Hessen, Sachsen und Thüringen.

Historisch gründet das Rechtsträgerprinzip in der Wiedererrichtung der Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone 1948¹⁷². Dass auch nach 1948 ebenfalls das Behördenprinzip angewendet werden kann, sollte den Ländern ermöglichen, ältere eigene Traditionen des Behördenprinzips fortzuführen. Das Behördenprinzip gilt in der Fachliteratur als das bürgerfreundlichere Konzept, da es dem Kläger die Ermittlung des korrekten Rechtsträgers erspare¹⁷³.

¹⁶⁹ Hufen, S. 217; Schmidt, S. 100; anders Burgi in Erichsen/Ehlers, S. 297-298: § 78 VwGO ist auf die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage beschränkt, bei den anderen Klagearten gilt in allen Bundesländern das Rechtsträgerprinzip.

¹⁷⁰ Verwaltungsgerichtshof München, VGH n.F. 27, 72: Wenn der Sachverständige des TÜV die Ausgabe und Anbringung der amtlichen Prüfplakette verweigert, ist die Klage hiergegen nicht gegen den Sachverständigen (d.h. die Behörde), sondern gegen den TÜV (d.h. gegen den Rechtsträger) zu richten.

¹⁷¹ Bundesverwaltungsgericht, NVwZ 1983, 29.

¹⁷² Verordnung Nr. 165 der Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone v. 15.9.1948 (MRVO Nr. 165).

¹⁷³ Stern, S. 173-175. Dieser Entlastungseffekt für den Kläger kommt aber nur zum Tragen, wenn die erlassende Behörde ihrer Pflicht zur Anfügung einer Rechtsbehelfsbelehrung aus § 37 Abs. 6 VwVfG, § 136 Abs. 2 LVwG S-H, § 356 Abs. 1 AO, § 36 SGB X nicht nachgekommen ist, denn die Rechtsbehelfsbelehrung gibt Auskunft darüber, gegen wen ein Widerspruch und eine Klage zu richten sind.

3.3.2.3. Besondere Verwaltungsgerichte

Neben der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit kennt Deutschland noch zwei Sonderverwaltungsgerichtsbarkeiten: die Sozialgerichte und die Finanzgerichte.

– Sozialgerichtsbarkeit

Im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit treffen §§ 70, 71 Sozialgerichtsgesetz¹⁷⁴ Regelungen über die Beteiligungs- und Prozessfähigkeit, die mit denen in der VwGO teils wortgleich, teils inhaltsgleich sind. Auch im Sozialgerichtsverfahren hängt die Beteiligungsfähigkeit von Behörden vom jeweiligen Landesrecht ab. Im Hinblick auf den Beklagten enthält das SGG nur eine einzige Regelung in § 92 Abs. 1 Satz 2. Danach „genügt die Angabe der Behörde“ zur Bezeichnung des Beklagten. Das zeigt, dass im Sozialgerichtsverfahren das Rechtsträgerprinzip gilt.

§ 55a SGG regelt die Normenkontrollklage wie § 47 VwGO. Die Normenkontrollklage ist gemäß § 55a Abs. 2 Satz 2 SGG „gegen die Körperschaft zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat“. Daneben ermöglicht es § 54 Abs. 3 SGG den Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, durch Klage eine rechtswidrige Anordnung der Aufsichtsbehörde anzugreifen.

– Finanzgerichtsbarkeit

Die Finanzgerichtsbarkeit schließlich agiert auf der Grundlage der Finanzgerichtsordnung v. 6.10.1965 (FGO). Der Finanzprozess beruht gemäß § 63 FGO auf dem Behördenprinzip. Auch das Beitrittsrecht steht gemäß § 57 Nr. 4 i.V.m. § 122 Abs. 2 FGO Behörden und nicht deren Rechtsträgern offen. Das Urteil wirkt kraft ausdrücklicher Anordnung in § 110 Abs. 1 Satz 2 FGO „auch gegenüber der öffentlich-rechtlichen Körperschaft, der die beteiligte Finanzbehörde angehört“. Ein Normenkontrollverfahren ist in der FGO nicht geregelt.

3.3.2.4. Schlussfolgerungen

Das allgemeine und besondere Verwaltungsprozessrecht bietet ein buntes Bild. Stets dem Rechtsträgerprinzip folgen die Normenkontrollklagen im allgemeinen Verwaltungs- und im

¹⁷⁴ Sozialgerichtsgesetz (SGG) v. 3.9.1953.

Sozialgerichtsprozess. Dasselbe Prinzip herrscht zwingend im Sozialgerichtsprozess sowie grundsätzlich im allgemeinen Verwaltungsprozess vorbehaltlich einer abweichenden landesrechtlichen Regelung. Hingegen gilt das Behördenprinzip im Finanzprozess und nach Vorgabe des Landesrechts im allgemeinen Verwaltungsprozess.

Einige dieser Entscheidungen erklären sich aus der Sache heraus. Im Finanzprozess könnte das Rechtsträgerprinzip zu Verwirrungen führen. Zwar gilt im deutschen Föderalismus ein striktes Trennungsprinzip, wonach gemischte Organe des Bundes und der Länder oder eines Landes verboten sind. In Einzelfällen erlaubt das GG jedoch gemischte Behörden, z.B. in der Finanzverwaltung¹⁷⁵. Wenn sich also ein Finanzprozess gegen einen Verwaltungsakt einer Behörde in gemischter Trägerschaft des Bundes und eines der Länder wendet, würde das Rechtsträgerprinzip versagen, oder der Kläger müsste seine Klage gegen den Bund und das gegebene Land gemeinsam richten. Derartige Problematiken vermeidet das Behördenprinzip.

Das Rechtsträgerprinzip bei den Normenkontrollklagen trägt der Tatsache Rechnung, dass Rechtsvorschriften üblicherweise durch besondere Vertretungs- oder andere Kollegialorgane erlassen werden. Sie werden üblicherweise dem Rechtsträger zugerechnet. So spricht man bei Gesetzen von einem „Bundesgesetz“ oder einem „Landesgesetz“, nicht von einem „Gesetz des Bundestags“ oder einem „Gesetz des Landtags“.

Im Übrigen zeigt die Tatsache, dass beide Prinzipien zur Anwendung kommen und auch funktionieren, dass aus dem richtigen Adressaten im allgemeinen und besonderen Verwaltungsprozess keine Schlussfolgerungen für das Auftreten juristischer Personen des öffentlichen Rechts im Verwaltungsprozess ableiten lassen. Beruht der Prozess auf dem Rechtsträgerprinzip, nehmen die juristischen Personen des öffentlichen Rechts – etwa der Bund, das Land, die Gemeinde oder die öffentlich-rechtliche Körperschaft, Anstalt oder Stiftung – kraft ihrer zivilrechtlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit am Prozess teil. In Prozessen auf der Grundlage des Behördenprinzips dienen die verwaltungsrechtlichen Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit sowie die öffentlich-rechtliche Zuständigkeitsordnung als prozessrechtlicher Anknüpfungspunkt.

Eine Schlussfolgerung ist dennoch möglich. Es herrscht eine strenge Trennung. Entweder gilt das Rechtsträger- oder das Behördenprinzip. Gemischte privat- und öffentlich-rechtliche Anknüpfungspunkte sind nicht vorgesehen. Vorschriften wie § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO oder § 92 Abs.

¹⁷⁵ Art. 108 Abs. 4 GG i.V.m. §§ 8a, 9a Finanzverwaltungsgesetz v. 30.8.1971. Zu dieser Besonderheit der Oberfinanzdirektionen s. *Burgi* in Erichsen/Ehlers, S. 303.

1 Satz 2 SGG, wonach im Geltungsbereich des Rechtsträgerprinzips die Benennung der Behörde genügt, führen nicht zu einer Vermischung. Es bleibt dabei, dass der Klagegegner stets der öffentlich-rechtliche Rechtsträger ist, der zur Vereinfachung für den nicht zwingend rechtskundigen Kläger auch über seine Behörde bezeichnet werden kann. Dadurch wird die Behörde nicht zur Beteiligten, nicht zur Beklagten.

3.3.3. Exkurs: Strafprozessrecht

In Deutschland gibt es im Gegensatz zu Österreich und Ungarn keine Strafbarkeit juristischer Personen. Daher gibt es im Strafprozessrecht auch keine Vorkehrungen über die Rechtsstellung angeklagter juristischer Personen, sei es des Privat- oder des öffentlichen Rechts.

Großzügiger ist das Ordnungswidrigkeitenrecht. § 30 Ordnungswidrigkeitengesetz (OWiG)¹⁷⁶ erlaubt die Festsetzung von Geldbußen auch gegenüber juristischen Personen, wobei nicht zwischen juristischen Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts differenziert wird¹⁷⁷, und gegenüber nicht oder nicht voll rechtsfähigen Personenvereinigungen. Die verfahrensrechtlichen Besonderheiten regelt § 88 OWiG, der allerdings keine Aussagen zu der Art trifft, wie eine juristische Person am Verfahren teilnehmen kann. Das gesamte Ordnungswidrigkeitenverfahren ist, hierin dem Strafverfahren ähnlich, stark auf natürliche Personen als Adressaten von Sanktionen und Sanktionierungsverfahren zugeschnitten, weshalb bei juristischen Personen deren gesetzliche oder gewillkürte Vertreter am Verfahren als natürliche Personen teilnehmen.

3.4. Rechtsverhältnisse gemischter Natur: interne Trennung

Es gibt einzelne Rechtsgebiete, in denen im materiellen Recht Privatrecht und öffentliches Recht intensiver als üblich ineinandergreifen¹⁷⁸. Dazu gehören z.B. das Verwaltungsprivatrecht, der öffentlich-rechtliche Vertrag, das Vergabeverfahren und das besondere Arbeitsrecht für den öffentlichen Dienst. In der Folge werden diese vier Rechtsgebiete daraufhin untersucht, ob die (vermutete) Prima-facie-Interaktion von Privat- und öffentlichem Recht auf der Ebene des materiellen Rechts zu einer Interaktion der privatrechtlichen und der öffentlich-rechtlichen Kategorien der Teilnahme am Rechtsverkehr führt.

¹⁷⁶ Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG) v. 24.5.1968.

¹⁷⁷ In Österreich und Ungarn hingegen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts recht weitgehend von der Strafbarkeit und ihrer Verfolgung ausgenommen: § 1 Abs. 3 Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (Österreich) v. 23.12.2005; § 1 Abs. 2 Gesetz 2001:CIV über die strafrechtlichen Maßnahmen, die gegenüber juristischen Personen verhängt werden können (Ungarn) v. 24.12.2001.

¹⁷⁸ Generell zu dieser Interaktion als Rahmenordnung für die öffentliche Verwaltung *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a.

3.4.1. Verwaltungsprivatrecht

Der Begriff des Verwaltungsprivatrechts ist ein Produkt der Rechtswissenschaft¹⁷⁹, nicht der Gesetzgebung und auch nicht der Rechtspraxis. Letztere hat den Begriff und das dahinter stehende Konzept aber aus der Literatur rezipiert¹⁸⁰. Die genauen Definitionen schwanken, aber man kann Verwaltungsprivatrecht pragmatisch als das Handeln von Verwaltungsträgern, die öffentliche Aufgaben nicht mit hoheitlichen Mitteln, sondern mit den Mitteln des Privatrechts erfüllen, definieren.

3.4.1.1. Handeln im Verwaltungsprivatrecht

Schon aufgrund der Definition von Verwaltungsprivatrecht findet das Handeln der öffentlich-rechtlichen Rechtssubjekte im Bereich des Verwaltungsprivatrechts auf der Grundlage des Privatrechts statt. Was bedeutet das genau? Am einfachsten macht man sich die Strukturen des Verwaltungsprivatrechts und des öffentlichen Handelns in diesem Bereich an einem Beispiel klar.

Ein typischer Bereich des Verwaltungsprivatrechts ist die Leistungsverwaltung, weil das Privatrecht in mancher Hinsicht der Verwaltung flexiblere Mittel zur Erfüllung der – nach wie vor öffentlichen und damit öffentlich-rechtlichen – Aufgabe an die Hand gibt als das Verwaltungsrecht. Als Beispiel sei die Versorgung der Bevölkerung mit Energie genannt. Diese ist gemäß § 1 und § 36 Energiewirtschaftsgesetz¹⁸¹ eine öffentliche Aufgabe. Die Versorgung der Endverbraucher mit Haushaltsenergie obliegt den im Gesetz so genannten Versorgungsunternehmen. Die Gemeinden sind verantwortlich für ein funktionsfähiges Versorgungssystem für die privaten Haushalte. Dabei kann eine Gemeinde sich entscheiden, die Endkundenversorgung entweder einem externen Anbieter zu überlassen (und sich auf die Kontrolle der Funktionsfähigkeit zu beschränken) oder selbst die Versorgung zu übernehmen. Wenn die Gemeinde selbst die Versorgung der Endkunden übernimmt, hat sie drei Möglichkeiten¹⁸²:

¹⁷⁹ Umfassend *Stelkens*.

¹⁸⁰ Bundesgerichtshof, NJW 2003, 2451.

¹⁸¹ Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (EnWG) v. 7.7.2005.

¹⁸² Soweit nicht eine Rechtsvorschrift explizit Handeln in der Form des öffentlichen Rechts (so bei weiten Teilen der Eingriffsverwaltung) oder des Privatrechts (so z.B. bei der Zulassung von Anbietern zu Messen, Märkten u.ä. gemäß § 70 GewO) vorschreibt, kann die Verwaltung wählen, ob sie ihr Handeln im öffentlichen Recht oder im Privatrecht gründen möchte (sog. Formenwahlfreiheit): Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 13, 47; 95, 56; *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1270-1272, 1289-1294; *Ehlers*, S. 150-151.

– Erstens: *hoheitliches Handeln*.

Die Versorgung der Endkunden mit Haushaltsenergie erfolgt im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses. Die Belieferung eines Haushalts mit Energie ist ein Verwaltungsverfahren. Die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen auf öffentlich-rechtlicher Grundlage war bis in die 1980er Jahre weit verbreitet. Heute sind öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse in der Leistungsverwaltung eine Ausnahme, u.a. weil das Privatrecht der Verwaltung einen flexibleren und oft auch sachgerechteren Rahmen zur Verfügung stellt.

– Zweitens: *Verwaltungsprivatrecht*.

Die Gemeinde errichtet ein öffentlich-rechtliches Versorgungsunternehmen z.B. in Gestalt einer Anstalt des öffentlichen Rechts oder in Gestalt eines Eigenbetriebs, d.h. einer rechtlich unselbstständigen Verwaltungseinheit innerhalb der Gemeindeverwaltung, die in ihrem Bereich auch privatrechtlich agieren kann. Der Eigenbetrieb oder die Anstalt schließt mit den Endkunden Verträge, die als Strom- oder Gaslieferverträge dem privaten Recht unterliegen¹⁸³. Der Eigenbetrieb oder die Anstalt unterliegen hierbei in vollem Umfang den Grundrechten und den anderen Gemeinwohlbindungen des öffentlichen Rechts, z.B. dürfen sie nicht zwischen den Endkunden diskriminieren oder müssen, falls ein Endkunde nicht zahlt, bei der Auswahl ihrer privatrechtlich gestatteten vertragsrechtlichen Maßnahmen wie z.B. Einstellung der Belieferung oder Kündigung des Vertrags die sozialstaatlichen Bindungen beachten, denen die öffentliche Gewalt gemäß Art. 20 Abs. 1 GG unterliegt¹⁸⁴.

– Drittens: *Fiskalhandeln*.

Die Gemeinde gründet eine privatrechtliche Gesellschaft wie eine GmbH oder AG, die ganz oder in Teilen in ihrem Eigentum steht. Diese privatrechtliche Gesellschaft kann auf dem Markt grundsätzlich wie jede andere Gesellschaft privaten Rechts agieren. Die Bindungen der öffentlichen Gewalt an Grundrechte, Gemeinwohlbelange etc. gelten für die privatrechtlichen Gesellschaften des Staates deutlich mittelbarer als für einen Eigenbetrieb oder eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Im Bereich der Energieversorgung verbietet sich allerdings das Fiskalhandeln des Staates, weil die Energieversorgung, wie gesehen, eine öffentliche Aufgabe ist. Fiskalhandeln ist definitorisch nur jenseits der öffentlichen Aufgaben möglich, während das Handeln des Staates mit den Mitteln des Privatrechts bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben das Wesen des Verwaltungsprivatrechts

¹⁸³ Wenn die Gemeinde sich entscheidet, die Belieferung der Endkunden mit Energie hoheitlich auszugestalten, findet eine solche Belieferung nicht mehr auf dem Gebiet des Verwaltungsprivatrechts statt, sondern auf dem Gebiet des Verwaltungsverfahrens.

¹⁸⁴ Umfassend zu dieser verwaltungsprivatrechtlichen Rechtskonstruktion Bundesverwaltungsgericht, NJW 1978, S. 1539; NVwZ 1991, S. 59.

ausmacht. Regelmäßig dient Fiskalhandeln nicht der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sondern anderer staatlicher Zwecke wie z.B. der eigenen Bedarfsdeckung.

Die erste und die dritte Variante, das öffentlich-rechtliche Handeln und das Fiskalhandeln, bilden die Endpunkte eines Kontinuums. Wenn der Hoheitsträger öffentlich-rechtlich handelt, führt er Verwaltungsverfahren durch und unterliegt hierbei entweder dem besonderen Verwaltungsverfahrensrecht für das jeweilige Rechtsgebiet oder, wenn und insoweit es kein besonderes Verwaltungsverfahrensrecht gibt, dem VwVfG¹⁸⁵. Im Fiskalhandeln tritt der Hoheitsträger im Wesentlichen wie ein privatrechtlicher Rechtsträger auf und begegnet seinen Vertragspartnern ausschließlich auf der Stufe der Gleichordnung. Während früher aus dem privatrechtlichen Auftreten geschlossen wurde, dass der Hoheitsträger überhaupt keinen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterliegt, nimmt in letzter Zeit die Erkenntnis zu, dass der Staat im weiteren Sinn auch dann z.B. an Grundrechte gebunden ist, wenn er fiskalisch handelt, nur wirkt sich die Grundrechtsbindung meist indirekt aus¹⁸⁶. Insbesondere soll es dem Staat verwehrt sein, durch die Wahl einer rein privatrechtlichen Form der Bindung an Grundrechte u.ä. zu entgehen¹⁸⁷.

Während das hoheitliche Handeln ausschließlich dem öffentlichen Recht und das Fiskalhandeln fast ausschließlich dem Privatrecht unterliegen, kommen insbesondere in der zweiten, der verwaltungsprivatrechtlichen Konstruktion Privatrecht und öffentliches Recht miteinander in Kontakt. Die Aufgabe der Energieversorgung ist eine öffentliche. Das in Erfüllung der Aufgabe geschlossene Rechtsgeschäft, nämlich der Strom- oder Gasliefervertrag, ist privatrechtlicher Natur. Der Eigenbetrieb oder die Anstalt schließt den Vertrag aufgrund der Rechtsfähigkeit, die juristischen Personen des öffentlichen Rechts zukommt. Das bedeutet, dass der Vertragspartner im Fall eines Eigenbetriebs oder einer nichtrechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts die Trägerkörperschaft, d.h. die Gemeinde ist; wenn hingegen eine rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts den Vertrag schließt, hat sie selbst Rechtspersönlichkeit und erwirbt vertragliche Rechte und Pflichten für sich (sofern sie nicht ausdrücklich in Vertretung der Gemeinde handelt, was aufgrund der zivilrechtlichen Vertragsfreiheit ebenso zulässig ist). Die Grundlage von Verträgen, die ein Hoheitsträger im Bereich des Verwaltungsprivatrechts schließt, ist daher dessen zivilrechtliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit und nicht dessen öffentlich-rechtliche Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit.

¹⁸⁵ In Schleswig-Holstein dem LVwG S-H.

¹⁸⁶ Da es sich bei Fiskalhandeln ebenfalls um Handeln der öffentlichen Gewalt handelt, ist dieses nicht völlig frei von jeder Bindung an Grundrechte; im Rahmen der Konstitutionalisierung des Privat- wie des Verwaltungsrechts steigen die grundrechtlichen Anforderungen auch an Fiskalhandeln: *Ehlers*, S. 173, 177-181; *Masing*, S. 459-460.

¹⁸⁷ Das wird mit dem Begriff „keine Flucht ins Privatrecht“ umschrieben: Bundesgerichtshof, Urteil v. 6.11.2009, NVwZ 2010, 531 (Verkauf von Immobilien an eine Stadt mit einer öffentlich-rechtlichen Pflichtbindung).

Diese zivilrechtliche Grundlage der Rechtsgeschäfte im Verwaltungsprivatrecht wird aber auf der Seite des öffentlichen Vertragspartners von öffentlich-rechtlichen Aspekten wie z.B. der Verbindlichkeit der Aufgabenerfüllung, der Bindung an Grundrechte etc. überlagert. Eine weitere Beschränkung trifft die Gemeinden, denen in den meisten Bundesländern eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung ohne Bindung an einen öffentlichen Zweck verboten ist¹⁸⁸. Auch seine haushaltsrechtlichen Bindungen muss der öffentlich-rechtliche Vertragspartner beachten. So verbietet es das Haushaltsrecht, öffentliche Leistungen zu verschenken, was der im Privatrechtsverkehr so genannten Kulanz eines öffentlich-rechtlichen Vertragspartners gewisse Grenzen zieht. Oder wenn in dem genannten Beispiel das auf Gemeinden anwendbare Haushaltsrecht des Landes oder die Haushaltssatzung der Gemeinde die Stundung von Ansprüchen nur gegen Sicherheitsleistung¹⁸⁹ zulässt, dann dürfen der Eigenbetrieb oder die Anstalt des öffentlichen Rechts die vertragsrechtlich zulässige Stundung nur gegen Sicherheitsleistung aussprechen, auch wenn das einschlägige Privatrecht die Stundung ohne Auflagen erlaubt¹⁹⁰.

Im Verwaltungsprivatrecht wendet der Verwaltungsträger mithin im Wesentlichen Privatrecht an, aber innerhalb des Rahmens und der Modifikationen, die durch das öffentliche Recht entstehen, welches er zugleich zu beachten hat.

3.4.1.2. Rechtsregime für das verwaltungsprivatrechtliche Handeln: Privatrecht oder öffentliches Recht?

Was bedeutet das für das Rechtsregime, unter dem die juristische Person des öffentlichen Rechts – z.B. die Gemeinde als Trägerin des Eigenbetriebs oder die von ihr gegründete rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts – handelt, wenn sie sich verwaltungsprivatrechtlich betätigt? Nach außen tätigt sie Rechtsgeschäfte, z.B. schließt Verträge ab, die dem Privatrecht unterliegen. Hierbei bewegt sie sich im Privatrecht und schließt die Verträge aufgrund ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Die zivilrechtliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit sind zugleich die Grenze der Befugnisse, die die im Verwaltungsprivatrecht handelnde juristische Person des öffentlichen Rechts hat: Sie kann nur diejenigen Handlungen vornehmen, die das Privatrecht jedermann gestattet, und kann sich gegenüber ihrem Vertragspartner nicht auf speziell öffentlich-rechtliche, hoheitliche Befugnisse berufen. Wenn ein Hoheitsträger im Rahmen des Verwaltungsprivatrechts seine Organe oder nicht rechtsfähigen Organisationseinheiten mit hoheitlichen Befugnissen ausstatten möchte, z.B. wenn die Gemeinde

¹⁸⁸ Als Beispiel sei § 107 GO NRW genannt.

¹⁸⁹ Für den Bund trifft § 59 Abs. 1 BHO eine vergleichbare Regelung.

¹⁹⁰ Bei der fiskalischen Lösung wäre die kommunale GmbH oder AG – vorbehaltlich einer speziellen Regelung, die anderes vorsehen kann – in der Regelung nicht an das haushaltsrechtliche Verbot der sicherheitslosen Stundung gebunden.

ihrem Eigenbetrieb gestatten möchte, die Stromrechnung bei den Endkunden im Wege der hoheitlichen Verwaltungsvollstreckung statt auf dem zivilgerichtlichen Klageweg einzutreiben, braucht der Hoheitsträger hierfür eine ausdrückliche gesetzliche Genehmigung. Dies ist die absolute Ausnahme¹⁹¹. In der Regel agieren Hoheitsträger und deren Untergliederungen im Bereich des Verwaltungsprivatrechts auf der Grundlage ihrer zivilrechtlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit.

Eine erste öffentlich-rechtliche Beschränkung erfährt die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts durch die Ultra-vires-Rechtsprechung der Zivilgerichte. Wenn die juristische Person des öffentlichen Rechts jenseits ihres Errichtungszwecks handelt, sehen Zivilgerichte ein solches Geschäft als nichtig an. Wenn z.B. eine zur Stromversorgung errichtete Anstalt des öffentlichen Rechts auf einmal begönne, die Haushalte auch mit Gas zu beliefern, wären diesbezügliche Verträge ohne eine Modifikation des Errichtungszwecks nichtig. Der Staat (Bund und Länder) sowie die Gemeinden sind jedoch umfassend rechtsfähig, ihre Rechtsfähigkeit wird durch die Zivilrechtsprechung nicht durch Ultra-vires-Argumente eingeschränkt¹⁹².

Bei Gemeinden sind die genannten ausdrücklichen Beschränkungen ihrer Wirtschaftstätigkeit zu beachten, die in den Gemeindeordnungen der Bundesländer und anderen Rechtsvorschriften niedergelegt sind¹⁹³. Entgegen dem Verbot errichtete kommunale Wirtschaftsbetriebe oder durchgeführte kommunale Wirtschaftstätigkeiten verstoßen gegen die öffentlich-rechtliche Kompetenzordnung und sind daher rechtswidrig. Eine Verletzung der Rechte der Konkurrenten wird hierin in der Regel nicht gesehen, weshalb sich die Rechtswidrigkeit auf den Verstoß gegen Kompetenzvorschriften beschränkt¹⁹⁴. Die rechtswidrige Kompetenzüberschreitung bedeutet allerdings nicht, dass die im Rahmen einer die gemeindlichen Kompetenzen überschreitenden Wirtschaftstätigkeit geschlossenen Verträge mit Privaten automatisch rechtswidrig sind. Ihre Nichtigkeit kann sich allerdings im Einzelfall aus der öffentlich-rechtlichen Kompetenzvorschrift oder aus § 134 BGB ergeben¹⁹⁵; ob ein solcher Einzelfall vorliegt, hängt v.a. von dem Charakter und dem Schutzzweck der (regelmäßig öffentlich-rechtlichen) Norm ab, gegen die das verwaltungsprivatrechtliche Handeln des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers verstößt.

¹⁹¹ Für Gemeinden und ihre Wirtschaftsunternehmen sieht § 85 Abs. 6 Gemeindeordnung Rheinland-Pfalz v. 31.1.1994 die Möglichkeit vor, dass die Gemeinde ihr Wirtschaftsunternehmen mit behördlichen Kompetenzen ausstattet. Fraglich ist, ob die Gemeinde sich dann überhaupt noch in dem Bereich bewegt, der von der Wissenschaft als Verwaltungsprivatrecht definiert wird, oder ob sie dadurch nicht zumindest partiell ins öffentliche Recht wechselt.

¹⁹² Näher zu dieser Rechtsprechung s.o. Punkt 2.2.2.1.2.

¹⁹³ *Brohm*, NJW 1994, S. 281-289; *Hauser*; *Nagel*.

¹⁹⁴ Ständige Rechtsprechung, z.B. Bundesverwaltungsgericht, NJW 1978, S. 1539.

¹⁹⁵ Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 89, 7; Ellenberger, Jürgen in *Palandt*, § 143 Rn. 5; *Schmalz*, S. 241.

Weitere öffentlich-rechtliche Beschränkungen ergeben sich bei der verwaltungsprivatrechtlichen Betätigung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts aus den Grundrechten, die gemäß Art. 1 Abs. 3 GG die gesamte öffentliche Gewalt binden, sowie aus weiteren spezifisch öffentlich-rechtlichen Vorgaben an die Tätigkeit der öffentlichen Gewalt, etwa die Verhältnismäßigkeit, Rechtsstaatlichkeit oder Sozialstaatlichkeit gemäß Art. 20 Abs. 1 GG. Diese spezifischen öffentlich-rechtlichen Vorgaben schränken die Tätigkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts nach innen ein. Sie darf nach innen bestimmte Dinge nicht, die sie kraft ihrer Rechtspersönlichkeit nach außen könnte. Wenn sie z.B. beim Verkauf eines ihr gehörenden Grundstücks ihren Vertragspartner A unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu Lasten von B auswählt, verletzt sie zwar damit die Grundrechte eines anderen Privatrechtssubjekts B (desjenigen, das den Vertrag auch gerne geschlossen hätte und das eventuell wegen besserer Eignung sogar einen Anspruch auf Vertragsschluss gehabt hätte¹⁹⁶), aber der Vertrag ist zivilrechtlich dennoch wirksam, jedenfalls dann, wenn der private Vertragspartner A nichts von dem Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot zu Lasten von B wusste; wenn der private Vertragspartner A von dem diskriminierenden Charakter des Vertragsschlusses wusste und mithin bösgläubig war, ist der Vertrag aufgrund privatrechtlicher Vorschriften z.B. wegen Sittenwidrigkeit gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

Sofern keine besonderen Konstellationen vorliegen, bedeutet das Handeln im Verwaltungsprivatrecht, dass sich die juristische Person des öffentlichen Rechts im Privatrecht bewegt. Ihre Teilnahme am Rechtsverkehr beruht auf ihrer Rechts- und Geschäftsfähigkeit. Öffentlich-rechtliche Bindungen, denen sie als Bestandteil der öffentlichen Gewalt unterliegt, schränken in der Regel nach innen ihr Dürfen, aber nicht nach außen ihr Können ein. Nach außen bleibt das Dürfen aufgrund der Rechtsfähigkeit, die der juristischen Person des öffentlichen Rechts zusteht, von deren öffentlich-rechtlichen Bindungen unberührt. Eine Ausnahme bildet das Ultra-vires-Handeln juristischer Personen des öffentlichen Rechts, denn ihr öffentlich-rechtlicher Errichtungszweck bildet zugleich die Grenze ihrer zivilrechtlichen Rechtsfähigkeit. Eine weiter gehende Interaktion zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht findet daher, wenn überhaupt, im Innenbereich der juristischen Person des öffentlichen Rechts statt, die ihre privatrechtlichen Möglichkeiten und ihre öffentlich-rechtlichen Bindungen miteinander in Einklang bringen muss¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Näher zu diesen Denkfiguren s.u. Punkt 3.4.3. zum Vergabeverfahren.

¹⁹⁷ Gerade dass in der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht das öffentliche und das Privatrecht am Ende nicht miteinander interagieren, sondern weiterhin voneinander getrennte Existenzen führen, ist für *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1290, ein Argument dafür, diese Lehre aufzugeben und stattdessen den von ihm vorgeschlagenen „Verbund“ von öffentlichem und Privatrecht als Argumentationsgrundlage anzunehmen.

An der Rechtsfigur des Verwaltungsprivatrechts wird immer mehr Kritik laut. Ihre dogmatische und praktische Leistungsfähigkeit zur Erklärung rechtstatsächlicher Phänomene wird immer mehr angezweifelt¹⁹⁸. Ein Grund ist die zunehmende Konstitutionalisierung des Fiskalhandelns, die letzteres in immer stärkerem Maße öffentlich-rechtlichen Bindungen wie z.B. an Grundrechte unterwirft. Die Unterscheidungskraft zwischen Verwaltungsprivatrecht einerseits und Fiskalhandeln andererseits schwindet damit zusehends. Ein weiterer Grund ist die zunehmende Vermischung privatrechtlicher und öffentlich-rechtlicher Elemente im materiellen Recht, auch und gerade im Verwaltungsrecht. Die zunehmende Ökonomisierung der öffentlichen Sphäre u.a. durch die neue Institutionenökonomik und das New Public Management forciert die Anwendung bislang auf das Zivilrecht beschränkter Rechtsinstitute u.a. zur Steuerung auf die öffentliche Verwaltung; die unterschiedlichen Formen von Privatisierung weiten den Bereich aus, in denen der Staat entweder selbst privatrechtlich agiert oder numehr private Wirtschaftssektoren regulieren und kontrollieren muss, um seiner Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden. Andererseits verstärken sich in klassischen zivilrechtlichen Materien die verwaltungsrechtlichen Instrumente, u.a. zum Schutz der Grundrechte, der Verbraucher, bestimmter benachteiligter Personengruppen oder des Marktes. Ein gutes Beispiel für das Vordringen des öffentlichen Rechts in privatrechtliche Gesetzgebungsmaterien ist das ungarische BGB von 2013, das mit der Absicht angetreten war, nur Privatrecht beinhalten und dessen öffentlich-rechtliche Bezüge in andere Gesetze auslagern zu wollen. Mit diesem Vorhaben ist es umfassend gescheitert, weil es nicht gelungen ist, die Vorschriften in Bezug auf z.B. behördliche Interventionen zugunsten von Minderjährigen oder geschäftsunfähigen Erwachsenen, auf die staatliche Anerkennung als Kurationsakt der Rechtspersönlichkeit juristischer Personen oder einer Ehe oder Adoption oder auf die registerrechtliche Seite von Sachenrechten (Immobilien, Registerpfandrechte etc.) komplett aus dem BGB zu verbannen¹⁹⁹.

Angesichts der zunehmenden Interaktion privat- und öffentlich-rechtlicher Elemente in ein- und demselben materiell-rechtlichen Gesetzgebungsakt wird für das Handeln der öffentlichen Verwaltung der Schluss gezogen, die Dichotomie zwischen Privat- und öffentlichem Recht aufzugeben und einen „Verbund“ aus beidem als neuen Handlungsrahmen der Verwaltung zu sehen²⁰⁰. Diese Verbundtheorie kann allerdings für sich genommen nicht erklären, worin die Unterschiede zwischen der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts einerseits und die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit der Behörde andererseits liegen. Sie kann möglicherweise der Interpretation der materiell-rechtlichen Grundlage des jeweiligen Behördenhandelns neue Impulse

¹⁹⁸ So z.B. *Pauly*, S. 66.

¹⁹⁹ *Küpper* (2014), *WiRO* 2014, S. 129-135, *WiRO* 2014, S. 174.

²⁰⁰ So z.B. *Burgi* in *Hoffmann-Riem* u.a., S. 1274-1298.

geben, ist aber für die Analyse der der Verwaltung zur Verfügung stehenden Handlungsinstrumente – jedenfalls bislang – noch nicht aussagekräftig.

3.4.2. Der öffentlich-rechtliche Vertrag

Der öffentlich-rechtliche Vertrag steht als Rechtsinstitut auf der Grenze zwischen Privat- und öffentlichem Recht. Einerseits ist der Vertrag ein altetabliertes Institut des Vertragsrechts, mit dem zwei grundsätzlich gleichberechtigte Parteien ihre Interessen auf dem Boden der Privatautonomie koordinieren. Der privatrechtlichen Verankerung auch des öffentlich-rechtlichen Vertrags entspricht es, dass § 62 VwVfG, § 129 LVwG S-H, § 61 SGB X²⁰¹ ihn recht weit gehend dem Privatrecht unterstellen. Andererseits ist der öffentlich-rechtliche Vertrag nicht im BGB oder sonst einer privatrechtlichen Gesetzgebung geregelt, sondern ganz bewusst im Verwaltungsverfahrensrecht platziert²⁰². Ein Grund hierfür ist, dass die beiden Vertragspartner entweder beide Hoheitsträger sind (koordinationsrechtlicher Vertrag) oder einerseits ein Träger von Hoheitsgewalt und andererseits ein der Hoheitsgewalt Unterworfenen ist (subordinationsrechtlicher Vertrag)²⁰³, was besonders deutlich in der Gestalt des verwaltungsaktersetzenden Vertrags gemäß § 54 Satz 2 VwVfG, § 121 Satz 2 LVwG S-H, § 53 Abs. 1 Satz 2 SGB X zum Ausdruck kommt: Der Träger von Hoheitsgewalt hat gegenüber dem der Hoheitsgewalt Unterworfenen als bewusstes oder unbewusstes Drohpotenzial stets die Möglichkeit im Hintergrund, die Vertragsverhandlungen abubrechen und statt dessen einseitig eine für den der Hoheitsgewalt Unterworfenen verbindliche Regelung zu treffen. Außerdem kann ein Inhaber öffentlicher Gewalt nicht auf der Grundlage von Privatautonomie handeln, sondern hat stets seine Gesetzesbindung und seine Bindung an das öffentliche Wohl zu beachten. Ein zweiter Grund für die Platzierung des öffentlich-rechtlichen Vertrags im Verwaltungsverfahrensrecht ist die Tatsache, dass kraft der Legaldefinition der Gegenstand des Vertrags „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“ liegt. Was bedeutet diese Gemengelage für die Handlungsmöglichkeiten des Trägers von Hoheitsgewalt, z.B. einer juristischen Person des öffentlichen Rechts?

3.4.2.1. Anbahnung und Abschluss des Vertrags, Stellung als Vertragspartei

Eindeutig ist zunächst, dass die Anbahnung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags und sein Abschluss auf Seiten des Hoheitsträgers ein Verwaltungsverfahren darstellt. Das stellen § 9 VwVfG, § 74 LVwG

²⁰¹ Die AO kennt wegen des spezifischen Charakters des Steuerverfahrens das Institut des öffentlich-rechtlichen Vertrags nicht, erkennt seine Existenz aber in bestimmten Konstellationen an.

²⁰² Diese Vorschriften sind, auch wenn sie den Vertrag regeln, öffentlich-rechtlicher Natur: *Ehlers*, S. 149.

²⁰³ Der Sonderfall, dass ein öffentlich-rechtlicher Vertrag zwischen zwei Personen des privaten Rechts geschlossen werden kann [§ 110 Abs. 1 Baugesetzbuch (BauGB) v. 23.6.1960: Enteignungsvertrag zwischen altem und neuem Eigentümer zur Vermeidung eines Enteignungsverwaltungsakts], bleibt wegen seiner Singularität außer Betracht.

S-H, § 8 SGB X ausdrücklich klar. Für den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags kommt es beim Hoheitsträger mithin nicht auf die Rechts- und Geschäftsfähigkeit nach bürgerlichem Recht, sondern auf die verwaltungsrechtliche Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit an. Damit kann gemäß § 11 Nr. 3 i.V.m. § 12 Abs. 1 Nr. 4, § 1 Abs. 4 VwVfG²⁰⁴ jede Behörde einen öffentlich-rechtlichen Vertrag verhandeln und abschließen. Dem entsprechen § 54 Satz 2 VwVfG, § 121 Satz 2 LVwG S-H, § 78 Nr. 3 AO und § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X, die die Vertragsabschlusskompetenz und die Vertragsparteistellung bei „der Behörde“ ansiedeln. Da die Behörde im Sinne des Verwaltungsverfahrensrechts und nicht die juristische Person des öffentlichen Rechts im Sinne des Personenrechts handelt, sind alle gesetzlichen Bindungen, denen die Behörde im Verwaltungsverfahren unterliegt, auch beim Ausverhandeln und beim Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags zu beachten, z.B. die Zuständigkeit, die inhaltlichen Vorgaben des jeweiligen Gesetzes an das spezielle Verwaltungsgebiet, die Gemeinwohlbindung, die Regeln der Ermessensausübung etc.

Der Vertragspartner, sofern er nicht ebenfalls eine Behörde ist, schließt den Vertrag aufgrund seiner privatrechtlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit.

Im Übrigen ist die Verwaltung nicht gezwungen, ihre Verträge als öffentlich-rechtliche abzuschließen. Sie kann auch den Weg des Verwaltungsprivatrechts wählen und, sofern keine Rechtsvorschriften entgegenstehen, den gewünschten Vertrag auf der Basis des Privatrechts abschließen. Die einschlägigen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts greifen nur, wenn die Behörde im Rahmen ihrer Formenwahlfreiheit²⁰⁵ den Vertrag dem öffentlichen Recht unterstellen will oder eine Rechtsvorschrift die öffentlich-rechtliche Natur speziell dieses Vertrags vorschreibt. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass in der Regel eine Vermutung für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag spricht, da dies die öffentlich-rechtlichen Bindungen der Behörde besser zur Geltung bringe, und dass die Behörde dies ausdrücklich klarstellen muss, wenn sie einen Vertrag auf zivilrechtlicher Grundlage schließen will²⁰⁶.

3.4.2.2. Das weitere Vertragsverhältnis

²⁰⁴ Ebenso §§ 76 Nr. 3, 77 Abs. 1 Nr. 4, 3 Abs. 2 LVwG S-H; §§ 78 Nr. 2, 79 Abs. 1 Nr. 4, 6 Abs. 1 AO; §§ 10 Nr. 3, 11 Abs. 1 Nr. 4, 1 Abs. 2 SGB X.

²⁰⁵ Die Formenwahlfreiheit lehnte noch *Kelsen*, AöR 31 (1913)S. 75-78, ab, weil er Privatrecht und öffentlich-rechtlichen Bereich nicht mischen wollte. Heute ist sie von der herrschenden Meinung anerkannt: z.B. *Ehlers*, S. 150-151, 161-162; *Gurlit*, S. 769-773; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 1, § 54 III 1.

²⁰⁶ *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1270-1271: „In der Konsequenz dessen sind Verträge dem öffentlichen Recht zuzuordnen (und daher nach §§ 54 ff VwVfG zu beurteilen), wenn die Verwaltung deren Gegenstand im Rahmen ihrer Befugnis zur Wahl des Rechtsregimes nicht explizit dem Privatrecht zugeordnet haben will.“ Zum Diskussionsstand *Ehlers*, S. 152-159; *Gurlit*, S. 769-773.

Das Verwaltungsverfahren ist mit dem Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags abgeschlossen und mit Eintritt der unbedingten Wirksamkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags beendet²⁰⁷. Damit findet zwar das Verwaltungsverfahren auf Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags sein Ende, nicht aber der Vertrag selbst.

Ein Vertrag endet nämlich nicht mit seinem Abschluss, sondern er bewirkt bis zu seiner vertragsgemäßen Erfüllung (oder seinem sonstigen Ende) Rechte und Pflichten. Das bedeutet selbst bei einem auf eine Einmalleistung gerichteten Vertrag einen gewissen Zeitraum. Dieser Zeitraum ist geprägt von synallagmatischen Erfüllungsansprüchen sowie von sekundären oder tertiären Ansprüchen, die greifen, wenn die Erfüllung nicht oder jedenfalls nicht vertragsgemäß erfolgt. Derartige Ansprüche sind Regelungsgegenstand des Zivilrechts. Das öffentliche Recht regelt nur ganz wenige Aspekte wie z.B. die Veränderung oder den Wegfall der Geschäftsgrundlage (*clausula rebus sic stantibus*)²⁰⁸.

Unterliegt das weitere Vertragsverhältnis des öffentlich-rechtlichen Vertrags öffentlichem oder Privatrecht? Das Verwaltungsverfahren enthält in §§ 54-61 VwVfG, §§ 121-128 LVwG S-H, §§ 53-60 SGB X wenn überhaupt nur punktuelle Regelungen und stellt kein zusammenhängendes Rechtsregime für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zur Verfügung²⁰⁹. Manche öffentlich-rechtlichen Verträge sind spezialgesetzlich geregelt; in diesem Fall unterliegen sie den Vorschriften des Spezialgesetzes. Beispiele sind der städtebauliche Vertrag, den die Gemeinde schließen kann²¹⁰, die Zahlung von Erbschafts- oder Vermögenssteuer durch Übereignung von Kunstgegenständen, was die oberste Landesfinanzbehörde mit dem Steuerschuldner vereinbaren kann²¹¹, oder die Einigung über den Unterhalt bestimmter Straßenkreuzungen²¹². Allerdings sehen auch diese öffentlich-rechtlichen Spezialnormen kein komplettes Vertragsregime vor, sondern beschränken sich auf die Zulässigkeit der Handlungsform öffentlich-rechtlicher Vertrag, dessen zulässige Inhalte und ggf. die Bestimmung der zuständigen Behörde. Weiter gehende Vorschriften treffen, wenn überhaupt, punktuelle Regelungen. Ihre Regelungstiefe geht damit kaum über das Verwaltungsverfahren hinaus.

²⁰⁷ Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 98, 313; Verwaltungsgericht Berlin, NVwZ 1982, 576; Bundessozialgericht, MDR 1980, 348.

²⁰⁸ § 60 VwVfG, § 127 LVwG S-H, § 59 SGB X.

²⁰⁹ *Gurlit*, S. 775-776, bezeichnet die verwaltungsverfahrenrechtliche Regelung des öffentlich-rechtlichen Vertrags als „fragmentarisch“.

²¹⁰ § 11 BauGB.

²¹¹ § 224a AO: Dort wird klargestellt, dass das ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist.

²¹² § 13 Abs. 6 Bundesfernstraßengesetz v. 6.8.1953.

Damit tritt der Verweis auf das Zivilrecht in § 62 VwVfG, § 129 LVwG S-H, § 61 SGB X in Aktion. Das Vertragsverhältnis selbst, die Ansprüche auf Erfüllung und die Sekundär- und Tertiäransprüche bei mangelhafter oder fehlender Erfüllung richten sich nach Privatrecht²¹³, schon weil das öffentliche Recht praktisch keinerlei diesbezügliche Bestimmungen bereit hält.

Bei diesem primär zivilrechtlichen Vertragsverhältnis ist aber zu beachten, dass der hoheitliche Vertragspartner den Vertrag nicht aufgrund seiner Rechts- und Geschäftsfähigkeit, sondern aufgrund seiner Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit geschlossen hat. Auch im privatrechtlich geprägten Vertragsverhältnis bleibt „die Behörde“ weiterhin Vertragspartner, auch wenn sie keine Rechts- und Geschäftsfähigkeit haben sollte. Sie unterliegt auch nicht der üblichen zivilrechtlichen Dispositionsbefugnis, sondern als verfassungs- und einfach-rechtlich gebundene Staatsgewalt bestimmten Bindungen. Diese gelten auch in dem Vertragsverhältnis, was in § 56 VwVfG, § 123 LVwG S-H, § 55 SGB X oder auch in § 224a Abs. 1 Satz 1 am Ende, Abs. 2 Satz 2 AO durchschimmert. Die Behörde darf daher nur solche vertraglichen Verpflichtungen eingehen und nur solche Handlungen zur Durchsetzungen ihrer vertraglichen Ansprüche vornehmen, die mit ihrem Gemeinwohlauftrag vereinbar sind.

Eine zweite Besonderheit ergibt sich daraus, dass der Hoheitsträger als Vertragspartner grundsätzlich die Befugnis hat, die Rechtsverhältnisse seines Vertragspartners einseitig zu regeln, d.h. einen Verwaltungsakt o.ä. zu erlassen, wo sie bislang einen Vertrag mit dem Betroffenen geschlossen hat. Setzt sich diese einseitig hoheitliche Befugnis auch im Vertragsverhältnis fort, d.h. darf die Behörde ihre vertraglichen Ansprüche durch Verwaltungsakt durchsetzen? Oder ist das Vertragsverhältnis so weit zivilrechtlich geprägt, dass eine Behörde, die sich auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags eingelassen hat, ihre Ansprüche nur noch zivilrechtlich, auf dem Gerichtsweg und ohne hoheitliche Mittel durchsetzen kann? Eine Teilantwort geben § 61 VwVfG, § 128 LVwG S-H, § 60 SGB X, wonach sich die Parteien eines öffentlich-rechtlichen Vertrags einschließlich der Behörde der sofortigen Vollstreckung unterwerfen können. Soweit sich der Vertragspartner der Behörde dieser sofortigen Vollstreckung unterwirft, kann die Behörde ihre vertraglichen Ansprüche wie im Verwaltungsverfahren vollstrecken. Fehlt es an einer solchen Unterwerfung, geht die Rechtsprechung davon aus, dass auch der hoheitliche Vertragspartner, d.h. die Behörde, vertragliche Ansprüche nur auf dem in Vertragsverhältnissen üblichen Klageweg, nicht aber einseitig durch Verwaltungsakte im Wege der Verwaltungsvollstreckung durchsetzen kann²¹⁴.

²¹³ Umfassend *de Wall*.

²¹⁴ Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 50, 171; 59, 60; 89, 345; *Gurlit*, S. 804-806; *Remmert*, S. 608; *Schmalz*, S. 241-242; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 1, § 54 V.

3.4.2.3. Synthese: die Zweistufentheorie

Dieses Ineinandergreifen von öffentlichem Recht und Privatrecht erfasst die herrschende Lehre mit der so genannten Zweistufentheorie. Diese unterscheidet zwischen einem öffentlich-rechtlichen Grundverhältnis und einem privatrechtlichen Abwicklungsverhältnis. Sie wurde ursprünglich für die rechtliche Erfassung von Subventionen entwickelt, wird aber auch auf andere Rechtsverhältnisse, in denen öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Elemente vorhanden sind, angewandt²¹⁵.

Auf den öffentlich-rechtlichen Vertrag bezogen, finden auf der ersten Stufe die Anbahnung und der Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags statt. Diese Stufe unterliegt zweifellos öffentlichem Recht, da das Verwaltungsverfahrensgesetz dies ausdrücklich so festlegt. Auf der zweiten Stufe des bestehenden Vertragsverhältnisses herrscht Zivilrecht, sofern nicht ausnahmsweise punktuell vorrangige öffentlich-rechtliche Sonderbestimmungen eingreifen. Die Dominanz des Privatrechts geht so weit, dass auch der Hoheitsträger seine Ansprüche nur horizontal, im Gerichtsverfahren, und nicht vertikal, in der Verwaltungsvollstreckung, geltend machen darf. Auf dieser Stufe findet sich auf der Seite des Hoheitsträgers eine ähnliche Diskrepanz zwischen weitem zivilrechtlichen Können und stärker beschränktem öffentlich-rechtlichen Dürfen, die der Hoheitsträger intern miteinander in Einklang bringen muss²¹⁶.

Die herrschende Meinung einschließlich der Rechtsprechung bewältigt den öffentlich-rechtlichen Vertrag mithin durch eine recht strikte Trennung. Die erste Stufe unterliegt dem öffentlichen Recht, die zweite dem Privatrecht. Auf der zweiten Stufe auftretende öffentlich-rechtliche Bindungen des hoheitlichen Vertragspartners sind vertragsrechtlich gesehen dessen Internum und strahlen in der Regel nur insoweit auf das Vertragsverhältnis aus, wie sie Vertragsinhalt geworden sind. Damit interagieren öffentliches Recht und Privatrecht nicht, sondern folgen zeitlich aufeinander. Das hat den Vorteil der Übersichtlichkeit und der eindeutigen Rechtswege. Es wird aber ähnlich wie bei dem Verwaltungsprivatrecht bemängelt, dass die Zweistufentheorie eine künstliche Unterscheidung einführe, die der normativen und verwaltungspraktischen Realität immer weniger gerecht werde²¹⁷.

3.4.3. Das Vergabeverfahren

²¹⁵ Ehlers, S. 151-152.

²¹⁶ Dazu s.o. Punkt 3.4.1. und Unterpunkte.

²¹⁷ Einer der Kritiker ist wieder *Burgi* in Hoffmann-Riem u.a., S. 1292-1293.

Im Vergabeverfahren treffen öffentliches Recht und Privatrecht in einer dem öffentlichen Vertragsrecht ähnlichen Form aufeinander. Ausgangspunkt ist die Absicht des Hoheitsträgers, einen Vertrag zur Beschaffung einer Ware oder Dienstleistung abzuschließen. Aus verschiedenen Gründen soll er hierbei nicht das (seiner Natur nach letztlich privatautonome) Auswahlermessen wie beim fiskalischen Handeln haben, sondern ein rechtlich geregeltes und transparentes Auswahlverfahren zwischen den Marktakteuren durchführen, die sich für den Vertragsabschluss interessieren. Nach erfolgreicher Auswahl schließt der Hoheitsträger den Beschaffungsvertrag mit dem Marktakteur, der das beste Angebot abgegeben hat, und begründet mit diesem ein Vertragsverhältnis.

Da der Hoheitsträger bei der Auswahl des Vertragspartners öffentlich-rechtlichen Bindungen wie dem Gleichbehandlungsgrundsatz, der sparsamen Bewirtschaftung seiner Mittel oder der Transparenz unterliegt, ist das Verfahren, in dem er den Vertragspartner auswählt, seiner Natur nach ein öffentlich-rechtliches Verfahren, d.h. ein Verwaltungsverfahren, das einem besonderen Verfahrensrecht in Gestalt des Vergaberechts unterliegt²¹⁸. Das Verwaltungsverfahren wird durch eine förmliche Entscheidung über die Auswahl des Vertragspartners, den so genannten Zuschlag, abgeschlossen; der Zuschlag erfüllt die Funktion eines verfahrensbeendenden Verwaltungsakts²¹⁹. Trotz seines Charakters als Verwaltungsverfahren sind für den Rechtsschutz nicht die Verwaltungs-, sondern die Zivilgerichte zuständig, unter anderem unter Berufung auf die Tatsache, dass das Vergabeverfahren im GWB, einem im Übrigen (angeblich) privatrechtlichen Gesetz, geregelt ist²²⁰.

Wenn die Entscheidung über den Vertragspartner gefallen ist, entsteht mit diesem das Vertragsverhältnis. In manchen Rechtsordnungen ist der Zuschlag nicht nur ein Verwaltungsakt, der die Entscheidung des Hoheitsträgers festlegt, sondern zugleich auch dessen vertragsrechtliche Willenserklärung (Annahme), sodass der Vertrag mit dem Zuschlag zu Stande kommt²²¹. Andere Rechtsordnungen hingegen trennen öffentlich-rechtliche Auswahlentscheidung und privatrechtliche Vertragsannahme, sodass der Hoheitsträger noch eine separate privatrechtliche Willenserklärung

²¹⁸ – Deutschland: §§ 97-184 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) v. 26.8.1998 (Oberschwellenbereich), Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unerhalb der EU-Schwellenwerte v. 2.2.2017 (Unterschwellenbereich).

– Österreich: Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen v. 20.8.2018.

– Ungarn: Gesetz 2015:CXLIII über die öffentlichen Beschaffungen v. 2.10.2015.

Zum Charakter des Vergabeverfahrens als Verwaltungsverfahren *Gurlit*, S. 766; *Pünder*, S. 549-552; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Band 1, § 59 III. 2, Band 2, § 96 I, II. *Ehlers*, S. 156, sieht dieses besondere Verwaltungsverfahren dem Privatrecht, nämlich dem GWB unterstellt, und begründet das damit, dass Vergabeverfahrensrecht auch einzelne privatrechtliche Rechtssubjekte bei ihren Vertragsentscheidungen bindet, ohne dass diese dadurch zu Beliehenen oder sonst öffentlich-rechtlichen Bindungen unterstellt würden.

²¹⁹ Im Rechtsschutzverfahren vor den Vergabekammern ist kraft ausdrücklicher Regelung in § 168 Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verwaltungsakt zu entscheiden.

²²⁰ Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 129, 9.

²²¹ So in Deutschland gemäß §§ 127, 134 Abs. 1 Satz 1 GWB. Näher Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 129, 9; *Wollenschläger*, S. 766-767.

(Annahme) abgeben muss, um den Vertrag zu realisieren. Ob das so zu Stande kommende Vertragsverhältnis privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur ist, hängt u.a. von den Rechtsvorschriften ab, die gerade diese Art der Beschaffungsverträge regeln²²². Der Regelfall ist der privatrechtliche Beschaffungsvertrag. Selbst wenn die Beschaffung aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrags abgewickelt werden sollte, gilt das zum öffentlich-rechtlichen Vertrag Gesagte²²³. Da das öffentliche Recht praktisch keine Regeln über Vertragserfüllung sowie vertragliche Sekundär- und Tertiäransprüche kennt, richtet sich dieser Teil des Vertragsverhältnisses ohnehin nach Privatrecht.

Damit finden wir im Vergaberecht wieder ein Zweistufenverhältnis²²⁴. Auf der ersten Stufe entscheidet der Hoheitsträger in einem öffentlich-rechtlich geprägten Verfahren über die Auswahl des Vertragspartners, und auf der zweiten Stufe steht er mit seinem Vertragspartner in einem Vertragsverhältnis, das entweder unmittelbar oder im Umweg über eine öffentlich-rechtliche Verweisnorm auf Privatrecht beruht. Hier gilt dasselbe wie beim öffentlich-rechtlichen Vertrag: Öffentliches und Privatrecht interagieren nicht, sondern werden zeitlich gestaffelt.

3.4.4. Arbeitsverhältnisse und Statusverhältnisse im öffentlichen Dienst

Im öffentlichen Dienst in Deutschland waren Mitte 2023 etwa 5,2 Millionen Personen beschäftigt²²⁵. Wenn man von dem Sonderfall des militärischen Personals absieht, gibt es im öffentlichen Dienst zwei Arten von Arbeitnehmern. Die erste, größere Gruppe umfasst die Personen, die in einem regulären Arbeitsverhältnis mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen. Die zweite, kleinere Gruppe bilden die Personen, die in einem speziellen öffentlich-rechtlichen Statusverhältnis zu der sie beschäftigenden juristischen Person des öffentlichen Rechts stehen: die Beamten (einschließlich des richterlichen Personals).

Die als Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst beschäftigten Personen schließen mit ihrem Arbeitgeber einen privatrechtlichen Arbeitsvertrag ab. Als Arbeitnehmer kommt jede juristische Person des öffentlichen Rechts in Frage: Körperschaften des öffentlichen Rechts einschließlich der Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände), rechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Ob eine teilrechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts

²²² Bundesverwaltungsgericht, BVerwGE 129, 9; *Gurlit*, S. 772-773.

²²³ Dazu s.o. Punkt 3.4.2. und Unterpunkte.

²²⁴ So auch *Pünder*, S. 550-551.

²²⁵ Angaben des Bundesamts für Statistik: <https://www.destatis.de/DE/Themen/Staat/Oeffentlicher-Dienst/Tabellen/beschaefigungsbereiche.html>.

Arbeitsverhältnisse begründen darf, hängt vom Umfang ihrer Teilrechtsfähigkeit im Einzelfall ab. Die Berechtigung, Arbeitsverträge zu schließen, beruht auf der privatrechtlichen Rechtspersönlichkeit und mithin auf der Rechts- und Geschäftsfähigkeit der juristischen Person des öffentlichen Rechts. Da keine juristische Person ohne natürliche Personen auskommt, um ihre Aufgaben zu erfüllen, liegt die Beschäftigung von Personal regelmäßig nicht im Ultra-vires-Bereich, zumal die Stellen bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts in den haushaltsrechtlichen Stellenplänen des Bundes, der Länder und der Gemeinden verankert sind und somit auch eine haushaltsrechtliche Rechtsgrundlage haben. Die inhaltliche Ausgestaltung der privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse erfolgt nicht so sehr durch staatliches Recht, denn in Deutschland gibt es kein Arbeitsgesetzbuch, sondern durch das Recht der Sozialpartner, d.h. durch Tarifverträge. Für die Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Dienst gelten unter anderem der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst des Bundes und der Kommunen, der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Tarifgemeinschaft der Länder, der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst des Landes Hessen oder spezielle Tarifverträge für bestimmte Verwaltungsbereiche wie Sozialversicherungsträger, die Bundesagentur für Arbeit etc²²⁶.

Während privatrechtliche Arbeitsverträge von privatrechtlichen ebenso wie von öffentlich-rechtlichen Arbeitgebern geschlossen werden können, ist die Beschäftigung von Beamten auf den öffentlichen Dienst beschränkt, u.a. weil eine enge Beziehung zwischen Beamtenstatus und Ausübung von Hoheitsrechten besteht (Art. 33 Abs. 4 GG). Beamte stehen mit ihrem Arbeitgeber nicht in einem Vertragsverhältnis, sondern in einem besonderen öffentlich-rechtlichen Statusverhältnis²²⁷. Inhaltlich wird es nicht durch Verträge und auch nicht durch Tarifverträge geregelt, sondern durch die Beamtengesetze des Bundes und der Länder. Die Arbeitgebereigenschaft in einem Beamtenverhältnis wird als „Dienstherrenfähigkeit“ bezeichnet. Nur die Rechtsträger, die dienstherrnfähig sind, können Beamten beschäftigen. Wer dienstherrnfähig ist, regeln für den Bereich des Bundes das Bundesbeamtengesetz²²⁸ und für die übrigen Bereiche das Beamtenstatusgesetz²²⁹.

²²⁶ Zu Tarifverträgen als Rechtsquelle für den öffentlichen Bereich *Ehlers*, S. 101-102.

²²⁷ Art. 33 Abs. 4 GG bezeichnet dieses Statusverhältnis als „öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis“.

²²⁸ § 2 Bundesbeamtengesetz v. 5.2.2009:

§ 2. Dienstherrenfähigkeit

Das Recht, Beamtinnen und Beamte zu haben, besitzen der Bund sowie bundesunmittelbare Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die dieses Recht zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes besitzen oder denen es danach durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes verliehen wird.

²²⁹ § 2 Beamtenstatusgesetz v. 17.6.2008:

§ 2. Dienstherrenfähigkeit

Das Recht, Beamtinnen und Beamte zu haben, besitzen

1. Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände,

2. sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die dieses Recht im Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes besitzen oder denen es durch ein Landesgesetz oder aufgrund eines Landesgesetzes verliehen wird.

Dienstherrnfähig sind mithin grundsätzlich die Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände). Andere Körperschaften des öffentlichen Rechts sowie rechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind dienstherrnfähig, soweit der Errichtungsakt dies bestimmt. Während die juristische Person des öffentlichen Rechts kraft ihrer Rechtspersönlichkeit privatrechtliche Arbeitsverträge mit ihren Arbeitnehmern schließen kann, muss bei der Beschäftigung von Beamten noch eine spezielle Ermächtigung hinzukommen, sofern es sich nicht um den Staat oder eine Gemeinde handelt. Eine solche spezielle Ermächtigung setzt nicht nur die Rechtsfähigkeit voraus, sondern auch eine Errichtung im Bereich des öffentlichen Rechts. Eine privatrechtliche Stiftung ist nicht dienstherrnfähig, und zwar auch dann nicht, wenn sie durch den Staat errichtet worden ist. Die Dienstherrnfähigkeit knüpft mithin an das spezielle öffentlich-rechtliche Errichtungsregime der juristischen Personen des öffentlichen Rechts an²³⁰. In der Praxis ist die Dienstherrnfähigkeit häufig der Grund, warum der Bund, ein Land, eine Gemeinde o.ä. eine Körperschaft oder Stiftung im öffentlichen und nicht Privatrecht errichten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass bei den juristischen Personen des öffentlichen Rechts ihre privatrechtliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit ausreicht, um privatrechtliche Arbeitsverhältnisse mit ihren Beschäftigten zu schließen. Zur Beschäftigung von Beamten muss zu der privatrechtlichen Rechtspersönlichkeit noch ein spezieller öffentlich-rechtlicher Aspekt, die Dienstherrnfähigkeit, hinzutreten, die die Gebietskörperschaften ohnehin haben und anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts speziell verliehen werden muss; juristische Personen des Privatrechts sind von der Dienstherrnfähigkeit komplett ausgeschlossen. Grundlage der Beschäftigung von Arbeitnehmern und Beamten ist die zivilrechtliche Rechtspersönlichkeit, nicht die öffentlich-rechtliche Behördeneigenschaft: Eine Behörde kann keine Arbeitsverträge schließen oder Beamte ernennen, das können nur die juristischen Personen des öffentlichen Rechts. Auch hier vermischen sich die privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Kategoriensysteme nicht, sondern treten nebeneinander. Für Eindeutigkeit sorgt die Tatsache, dass eine juristische Person entweder unter dem Privatrecht oder dem öffentlichen Recht errichtet werden kann und Errichtungen mit gemischtem Rechtsregime ausgeschlossen sind²³¹.

3.5. Verfassungsrecht: Selbstverwaltung, Autonomie, Unabhängigkeit und die eigene Rechtspersönlichkeit

²³⁰ Zu diesem speziellen öffentlich-rechtlichen Errichtungsregime s.o. Punkt 2.2. und Unterpunkte.

²³¹ Dazu s.o. Punkt 2.3.

Zum Schluss soll die Frage gestellt werden, ob die Eigenschaft als juristische Person, d.h. die eigene Rechtspersönlichkeit, einen Bezug zu verfassungsrechtlich garantierten eigenen Handlungsspielräumen, die keiner oder nur einer eingeschränkten Kontrolle unterliegen, aufweist. Eine verfassungsrechtlich abgesicherte Unabhängigkeit genießen gemäß Art. 97 Abs. 1 GG die Richter, wozu auch die Verfassungsrichter zählen. Vergleichbares garantiert Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG den Prüfern des Bundesrechnungshofs. Den Gemeinden gewährt Art. 28 Abs. 2 GG keine Unabhängigkeit wie den Gerichten, sondern „das Recht (...), alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft (...) in eigener Verantwortung zu regeln“, was ebenfalls eine verfassungsrechtlich garantierte Autonomie bedeutet. Grundrechtliche Autonomieräume genießen z.B. die Universitäten aufgrund der Wissenschafts- und Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG) oder der öffentlich-rechtliche Rundfunk aufgrund der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1-2 GG). Einfach-gesetzliche Unabhängigkeit genießen z.B. die Bundesbank²³² oder die behördeninterne Überprüfungsinstanz bei Entscheidungen im Beschaffungswesen, die sog. Vergabekammer²³³.

Ist die eigene Rechtspersönlichkeit eine Voraussetzung für die verfassungsrechtlich oder gesetzlich gewährte Unabhängigkeit des jeweiligen Tätigkeitsbereichs? Beginnen wir mit einer Bestandsaufnahme.

Gemeinde und Gemeindeverbände sind als Gebietskörperschaften traditionell juristische Personen des öffentlichen Rechts. Das wird allerdings im GG nicht ausdrücklich gewährleistet; Art. 28 Abs. 2 GG beschränkt seine Garantien auf die eigenverantwortliche Regelung der örtlichen Angelegenheiten und die finanzielle Eigenverantwortung. Die eigene Rechtspersönlichkeit der Gemeinden und Gemeindeverbände wird allerdings häufig durch Landesrecht garantiert²³⁴. Jede öffentliche Universität ist eine eigene juristische Person des öffentlichen Rechts, meist eine Körperschaft, je nach Landesrecht eine Stiftung des öffentlichen Rechts; die Landesrundfunkanstalten sind rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts; und auch die Bundesbank ist eine „bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts“²³⁵.

²³² § 12 S. 1 BBankG; die Notenbankautonomie hat ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 88 GG.

²³³ § 157 Abs. 1 GWB.

²³⁴ Als Beispiel sei Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW i.V.m. § 1 Abs. 2 GO NRW genannt:

Art. 78 Abs. 1 LVerf NRW: *Die Gemeinden und Gemeindeverbände sind Gebietskörperschaften mit dem Recht der Selbstverwaltung durch ihre gewählten Organe.*

§ 1 Abs. 2 GO NRW: *Die Gemeinden sind Gebietskörperschaften.*

Der Begriff der Gebietskörperschaft trägt die Eigenschaft als juristische Person und damit die Rechtsfähigkeit in sich.

²³⁵ – Öffentliche Universitäten: Fn. 71, 75.

– Landesrundfunkanstalten: Fn. 71.

– Bundesbank: § 2 Satz 1 BBankG; näher s.o. Punkt 2.1.3.2.

Hingegen sind Gerichte einschließlich des Bundesverfassungsgerichts rechtlich unselbstständige Organe des Bundes oder des jeweiligen Landes. Auch der Bundesrechnungshof ist trotz seiner Unabhängigkeit ein Organ der Bundesrepublik Deutschland ohne eigene Rechtspersönlichkeit, und Vergabekammern werden auf Bundesebene als rechtlich unselbstständige Organisationseinheiten beim Bundeskartellamt, das seinerseits eine rechtlich unselbstständige Bundesbehörde ist, eingerichtet; die Länder treffen für ihren Bereich vergleichbare Regelungen²³⁶.

Die Bestandsaufnahme ist gemischt. Manche autonomen Einrichtungen sind eigene Rechtspersönlichkeiten, andere nicht. Die Verteilung scheint von historischen Zufällen abzuhängen. Gemeinden waren „immer schon“, d.h. seit der Entstehung der Lehre von den Gebietskörperschaften, eigene juristische Personen. Vergleichbares gilt für die Universitäten, die es in Deutschland seit dem 14. Jahrhundert gibt und die stets eine eigene Rechtspersönlichkeit, ursprünglich in einem feudalen Sinn, besaßen²³⁷. Nicht zuletzt das niedersächsische Beispiel der Umwandlung von Körperschaften in Stiftungen des öffentlichen Rechts zeigt, dass die Rechtspersönlichkeit alleine nicht vor staatlichen Eingriffen in die innere Organisation der Universitäten schützt, zumal sich die Verfassungsgarantie auch nicht auf die Rechtspersönlichkeit und die Rechtsform der Universitäten, sondern deren freie Lehre und Forschung bezieht. Die Landesrundfunkanstalten in Westdeutschland wurden nach 1945 unter Aufsicht der Westalliierten gegründet, und die Entscheidung, sie als rechtsfähige (und nicht als nichtrechtsfähige) Anstalten des öffentlichen Rechts einzurichten, mag auf dem damaligen Kalkül beruht haben, dass eine eigene Rechtspersönlichkeit ihre politische und finanzielle Unabhängigkeit stärken könne. Wie allerdings das Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts und die sich anschließende Rechtsprechung gezeigt haben, liegen die rechtlichen und tatsächlichen Garantien für einen regierungsunabhängigen öffentlich-rechtlichen Rundfunk anderswo, jedenfalls nicht in der eigenen Rechtspersönlichkeit der Rundfunkanstalten²³⁸. Bei der Bundesbank war entscheidend für die Ausstattung mit eigener Rechtspersönlichkeit, dass sie in großem Umfang an den Finanzmärkten aktiv ist, um ihre Aufgaben zu erfüllen, und diese quasi-unternehmerische Tätigkeit ist mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit einfacher und auch mit weniger Risiko für den Bundeshaushalt durchzuführen²³⁹.

²³⁶ – Gerichte einschließlich Bundesverfassungsgericht: s.o. Punkte 3.1.3. und 3.2.1.1.

– Bundesrechnungshof: § 1 Satz 1 Gesetz über den Bundesrechnungshof v. 11.7.1985: *Der Bundesrechnungshof ist eine oberste Bundesbehörde und als unabhängiges Organ der Finanzkontrolle nur dem Gesetz unterworfen.*

– Vergabekammern: §§ 157-158 GWB.

²³⁷ So etwa gemäß der Gründungsurkunde der Universität zu Köln [Universitas Studii (sanctæ civitatis) Coloniensis] v. 21.5.1388; diese Urkunde war u.a. vom Papst gezeichnet, während die Gründerin der Universität die Freie Reichsstadt Köln war.

²³⁸ Bundesverfassungsgericht, BVerfGE 12, 205.

²³⁹ Als eigene juristische Person verfügt die Bundesbank über ihr eigenes Vermögen und ihren eigenen Haushalt. Ohne eigene Rechtspersönlichkeit würde die Bundesbank mit jedem Geschäft z.B. am Kapitalmarkt unmittelbar die Bundesrepublik Deutschland und ihren Haushalt berechtigen und verpflichten.

Demgegenüber waren Gerichte „immer schon“ rechtlich unselbstständige Bestandteile des Staatsapparats, die Richter Beschäftigte des Landes oder des Bundes mit einem besonders geschützten Status. Die Unabhängigkeit der Richter wird nicht durch eine eigene Rechtspersönlichkeit des Gerichts gewährleistet, sondern durch das besondere Statusrecht der Richter²⁴⁰, ihre Weisungsfreiheit sowohl gegenüber der Exekutive und Legislative wie auch gegenüber anderen Gerichten und Richtern und schließlich spezielle einfach-gesetzliche Vorgaben an die Gerichtsorganisation und -verwaltung – wozu in Deutschland nicht die Selbstverwaltung der Justiz in einem Justizrat gehört²⁴¹. Diese Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit hielt man in Westdeutschland nach 1949 für so ausreichend, dass niemand auf die Idee kam, das neu zu gründende Bundesverfassungsgericht in Abweichung von der Tradition mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit als zusätzliche Garantie auszustatten – im Gegensatz zu den Landrundfunkanstalten, wo man sich von der eigenen Rechtspersönlichkeit einen Beitrag zur Regierungsferne des öffentlich-rechtlichen Rundfunks versprach. Aus ähnlichen Gründen dürften die Vergabekammern nicht zu eigenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ausgeformt worden sein: Sie sind zwar in die Verwaltung integrierte, aber ihrer Funktion nach gerichtsähnliche Streitentscheidungsorgane, und wenn Gerichte ohne Rechtspersönlichkeit auskommen, war kein Grund zu erkennen, von dieser Linie bei den Vergabekammern abzuweichen. Ebenso der Bundesrechnungshof: Man sah keine Gründe, ihn nicht zu einer Behörde des Bundes zu machen und stattdessen mit einer eigenen Rechtspersönlichkeit auszustatten. Ein Zugewinn an Autonomie war von einer eigenen Rechtspersönlichkeit nicht zu erwarten, zumal Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG den Prüfern des Bundesrechnungshofs „richterliche Unabhängigkeit“ garantiert.

Bereits diese erste Bestandsaufnahme zeigt, dass es keinen Automatismus zwischen Autonomie und eigener Rechtspersönlichkeit, zwischen Weisungs- und Kontrollfreiheit einerseits und Rechtsfähigkeit andererseits gibt. Normativ abgesichert wird dieser Befund durch das LVwG S-H, das als einziges Verwaltungsverfahrensgesetz in Deutschland die Rechtsverhältnisse der Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts abstrakt regelt und sie in §§ 37-50 LVwG grundsätzlich der Rechtsaufsicht des Landes unterwirft²⁴².

²⁴⁰ Dieses hat seine verfassungsrechtlichen Grundlagen in Art. 97-98 GG.

²⁴¹ *Küpper* (2003), JOR 2003, S. 11-44.

²⁴² Anders hingegen § 10 LOG M-V, der sich auf die abstrakte Definition der drei Rechtsformen beschränkt und sich nicht zur Aufsicht äußert. § 19 LOG M-V regelt die Fachaufsicht über diese drei Rechtsformen im übertragenen Wirkungskreis; diese Grundsätze ergeben sich nicht aus der Rechtspersönlichkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, sondern aus den Eigenheiten der Aufgabenerfüllung im übertragenen Wirkungskreis.

Die Literatur ist sich zwar einig, dass die Errichtung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts ein typisches Mittel ist, um eine gegebene Verwaltungsaufgabe in Selbstverwaltung erfüllen zu lassen²⁴³. Eine an die Institution der juristischen Person und ihre Rechtspersönlichkeit gebundene Garantie für Autonomie und Selbstverwaltung ist damit aber nicht verbunden. Wenn die Rechtsordnung Unabhängigkeit, Autonomie, Selbstverwaltung, Weisungsfreiheit u.ä. vorschreibt, kann eine eigene Rechtspersönlichkeit ein Mittel von mehreren sein, dieses Ziel zu erreichen und abzusichern. Notwendig ist dies aber nicht, denn auch rechtliche unselbstständige Organe des Staates können in größtmöglicher fachlicher und persönlicher Unabhängigkeit von anderen staatlichen Organen ihre Aufgaben erfüllen, wie das Bundesverfassungsgericht, die Bundes- und Landesgerichte oder auch der Bundesrechnungshof illustrieren. Zwischen Rechtspersönlichkeit und Autonomie besteht mithin kein zwingender, sondern höchstens ein instrumenteller, in seinen Auswirkungen von zahlreichen weiteren Faktoren abhängiger Zusammenhang. Öffentliches Recht (eigenverantwortliche und weisungsfreie Aufgabenerfüllung) und Privatrecht (Rechtspersönlichkeit) führen auch in diesem Punkt getrennte Existenzen, die sich zwar im Einzelfall berühren können, aber nicht inhaltlich interagieren.

Diese Denkweise unterscheidet sich von der sowjetischen Auffassung, dass ein gewisses administratives Ermessen eine eigene Rechtspersönlichkeit der Behörde nötig mache. Diese sowjetische Auffassung, die nicht hinreichend zwischen privatrechtlicher Rechtspersönlichkeit und öffentlich-rechtlicher Kompetenz und Autonomie differenzieren konnte, liegt bis heute der Rechtsfigur des Haushaltsorgans im ungarischen Recht zugrunde, das eine Behörde oder ein Eigenbetrieb mit eigener Rechtspersönlichkeit ist²⁴⁴.

4. Ergebnis: ein Neben-, aber kein Miteinander – vorwiegend Schizophrenie und ein wenig Konfusion

Eingangs wurde die Forschungsfrage gestellt, ob bei einer juristischen Person des öffentlichen Rechts die Rechtspersönlichkeit oder die Rechtsgrundlagen zur Eingehung von Rechtsbeziehungen nach außen strikt die öffentlich-rechtlichen von den privatrechtlichen Elementen trennen, sodass die juristische Person des öffentlichen Rechts zwei separaten Rechtsregimen unterliegt (Schizophrenie), oder ob sie die öffentlich-rechtlichen und die privatrechtlichen Elemente mischen (Konfusion)?

²⁴³ Achterberg, S. 146-147; Groß, S. 930-935; Jestaedt, S. 984-986; Kahl, S. 94-96; Schulze-Fielitz, S. 865-866; Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Band 2, § 85.

²⁴⁴ §§ 7-11/F ung. HaushG. Kritisch zum Haushaltsorgan im ungarischen Recht Küpper (2011), S. 79-80, 107-108.

Aufgrund der präsentierten Ergebnisse hat sich das deutsche Recht eindeutig für die Schizophrenie entschieden, und das auf mehreren Ebenen.

Bereits zum Zeitpunkt der Errichtung einer juristischen Person muss sich der Errichter entscheiden, ob er die juristische Person im Privatrecht oder im öffentlichen Recht gründen will. Gemischte privat-öffentlich-rechtliche juristische Personen erkennt das deutsche Recht nicht an.

Dasselbe gilt für die Teilnahme der juristischen Personen des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr. Am Privatrechtsverkehr nehmen sie aufgrund des privatrechtlichen Kategoriensystems der Rechtsfähigkeit und der Geschäftsfähigkeit teil. In einem Punkt unterscheidet sich jedoch die Rechtsfähigkeit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts von der der juristischen Personen des Privatrechts. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können im Gegensatz zu ihren privatrechtlichen Pendanten *ultra vires* keine gültigen Rechtshandlungen vornehmen. Was für eine juristische Person des öffentlichen Rechts *ultra vires* liegt, bestimmt sich nach öffentlichem Recht. Damit wird die Reichweite der privatrechtlichen Kategorie der Rechtsfähigkeit durch öffentlich-rechtliche Regeln begrenzt. Die hieraus entstehende Rechtsunsicherheit hat dazu geführt, dass jedenfalls im öffentlich-rechtlichen Schrifttum die Berechtigung der *Ultra-vires*-Rechtsprechung immer stärker angezweifelt wird. Es ist also möglich, dass die Tage dieser spezifischen Interaktion von Privat- und öffentlichem Recht gezählt sind.

Bei der Teilnahme am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr, d.h. an Verwaltungsrechtsverhältnissen, die in ein Verwaltungsverfahren münden, ist nicht die privatrechtliche Kategorie der Rechts- und Geschäftsfähigkeit entscheidend, sondern die öffentlich-rechtliche Kategorie der Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit. Diese sind vollkommen unabhängig voneinander. Während die Rechts- und Geschäftsfähigkeit auf die Rechtspersönlichkeit abstellen, ist für die Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit die Behörde das zentrale Merkmal. Eine Behörde kann eine juristische Person des öffentlichen Rechts sein, muss es aber nicht; ebenso kann eine Behörde rechtsfähig sein, muss es aber nicht. Umgekehrt kann eine juristische Person des öffentlichen Rechts eine Behörde sein, aber auch das ist nicht zwingend. Es gibt z.B. zahlreiche Stiftungen des öffentlichen Rechts, die keine „Aufgaben der öffentlichen Verwaltung“ im Sinne des Verwaltungsverfahrenrechts wahrnehmen und die daher keine Behörden sind.

Es gibt Rechtsverhältnisse mit Elementen sowohl des Privat- als auch des öffentlichen Rechts. Dazu gehören der öffentlich-rechtliche Vertrag und seine Sonderform, die öffentliche Beschaffung, oder

auch das Verwaltungsprivatrecht und auf ihre Art die Beschäftigungsverhältnisse im öffentlichen Dienst. Wo sich privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Elemente zu vermischen oder in einen allzu engen Kontakt zu treten drohen, behelfen sich Rechtsprechung und Lehre mit der Zweistufentheorie, wonach die rechtlichen Vorgänge in zwei Phasen aufgespalten werden, meist in ein öffentlich-rechtliches Grundverhältnis und ein privatrechtliches Abwicklungsverhältnis. In jeder dieser Phasen dominiert ein Rechtsgebiet, und Elemente des jeweils anderen Rechtsgebiets werden nach Möglichkeit minimiert. Auf diese Art und Weise wird Konfusion vermieden und Schizophrenie verstärkt. Bei der Beschäftigung im öffentlichen Dienst wiederum findet die Trennung dergestalt statt, dass es zwei grundlegend verschiedene Arten gibt: das arbeitsrechtliche und somit privatrechtliche Angestelltenverhältnis und das öffentlich-rechtliche Beamtenverhältnis. Mischformen sind nicht zulässig, auch wenn sich die inhaltliche Ausgestaltung beider Rechtsverhältnisse in den letzten Jahrzehnten sehr angenähert hat.

Diese Schizophrenie sorgt nach allgemeiner Ansicht für klare Verhältnisse. Dementsprechend wird gerade dort, wo sich Privatrecht und öffentliches Recht mischen wie etwa bei der öffentlich-rechtlichen Ultra-vires-Grenze für die privatrechtliche Rechtsfähigkeit, Rechtsunsicherheit beklagt. Die klaren Verhältnisse einer konsequent durchgeführten Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht sind nur eine Scheinlösung. Diese Denkweise verlagert die Probleme nur.

Bei der Schizophrenie-Lösung verschiebt sich die Frage nämlich dahin, wo die Grenze zwischen der Sphäre des Privatrechts und der Sphäre des öffentlichen Rechts zu ziehen ist. Bei der Abgrenzung von Rechts- und Geschäftsfähigkeit einerseits und Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit andererseits mag dies in den meisten Fällen ohne größeren Aufwand gelingen, aber auch nur deshalb, weil klar ist, ob die juristische Person des öffentlichen Rechts im Privatrechtsverkehr oder im Verwaltungsverhältnis handelt. Wo diese Abgrenzung im Einzelfall schwierig oder gar unmöglich ist, etwa weil das von der juristischen Person des öffentlichen Rechts anzuwendende materielle Recht nicht eindeutig zugeordnet werden kann ist, kehrt auch die Schwierigkeit zurück, ob Rechts- und Geschäftsfähigkeit oder Beteiligungs- und Handlungsfähigkeit das anzuwendende Kategoriensystem darstellen. Gerade in stärker gemischten Rechtsgebieten, die herkömmlich mit der Zweistufentheorie bewältigt werden sollen, beschränkt sich die Schizophrenie nur auf den äußeren Handlungsrahmen der öffentlich-rechtlichen Rechtsträger. Nach innen müssen diese öffentlich-rechtlichen Rechtsträger insbesondere in der zweiten, privatrechtlich geprägten Stufe ein weites privatrechtliches Können nach außen mit deutlich weniger weit reichendem, von zahlreichen Bindungen überlagertem öffentlich-rechtlichem Dürfen in Einklang bringen. Die Konfusion wird auf die innere Ebene des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers verlagert.

Bei der Zweistufentheorie taucht die Frage der Abgrenzung der Sphären von Privat- und öffentlichem Recht in dem zentralen Problem der Abgrenzung des öffentlich-rechtlichen Grundverhältnisses vom privatrechtlichen Abwicklungsverhältnis wieder auf. Der Vertragsschluss als zeitliche Zäsur beim öffentlich-rechtlichen Vertrag und beim Vergabevertrag scheint eine klar definierte Grenze zu ziehen, deren Klarheit aber nur eine scheinbare ist, denn auch nach Vertragsschluss können, wie die Rechtspraxis zeigt, Fragen in der Abwicklung auftreten, z.B. in Gestalt einer Vertragsstörung wie z.B. Schlechtleistung, die den Rahmen des Abwicklungsverhältnisses sprengt und auch Fragen im Grundverhältnis aufwirft. Wie bereits erwähnt, ist die Abgrenzung ohnehin nur – wenn überhaupt – im Außenverhältnis klar, während der öffentlich-rechtliche Rechtsträger nach innen privatrechtliches Können und öffentlich-rechtliches Dürfen miteinander in Einklang bringen muss.

Die möglichst strikte und eindeutige Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht schafft mithin nur scheinbar klare Verhältnisse. Vielmehr verschiebt sie die bei dem Zusammentreffen von Privatrecht und öffentlichem Recht auftretenden Rechtsprobleme hin zur Abgrenzung. Die konsequente Anwendung der Schizophrenie-Lösung verschiebt die Problematik der Konfusion nur, vermeidet sie aber nicht vollständig, wie der Blick auf die Innenverhältnisse des öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers z.B. im Abwicklungsverhältnis zeigt.

Auf diese Tatsache reagiert z.B. die von Burgi vorgeschlagene Lehre vom Verbund von öffentlichem Recht und Privatrecht²⁴⁵. Diese Lehre will die starre Grenze zwischen beiden Rechtsregimen aufheben und schlägt stattdessen stärkere Interaktionen vor, u.a. um Rechtsfragen zu lösen, die nicht alleine auf der Grundlage des einen oder des anderen Regimes gelöst werden können. Diese Hinwendung zur Konfusion könnte auch die Schizophrenie bei den Handlungsformen der juristischen Personen des öffentlichen Rechts überwinden helfen, wirft allerdings ihrerseits Fragen auf, etwa nach der Priorität kollidierender Regelungsansprüche des öffentlichen und des Privatrechts.

Eine Patentlösung, die die Probleme sowohl der Schizophrenie und der Konfusion vermeidet, ist nicht ersichtlich. Am ehesten können Kombinationsmodelle wie der Verbund von öffentlichem Recht und Privatrecht in Zukunft helfen, die Probleme beider Herangehensweisen zu minimieren.

Verwendete Literatur:

²⁴⁵ Burgi in Hoffmann-Riem u.a., S. 1267-1272.

Achterberg, Norbert: Allgemeines Verwaltungsrecht, C.F. Müller: Heidelberg 1982

Anders, Monika / *Gehle*, Burkhard (Hrsg.): Zivilprozessordnung mit GVG und anderen Nebengesetzen, 82. Aufl., C.H. Beck: München 2024

Berg, Wilfried: Die öffentlichrechtliche Anstalt, Neue Juristische Wochenschrift 1985, S. 2294-2301

Bogdandy, Armin von / *Huber*, Peter M.: § 42. Deutschland, in: *Bogdandy*, Armin von / *Cassese*, Sabino / *Huber*, Peter M. (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. III: Verwaltungsrecht in Europa: Grundlagen, C.F. Müller: Heidelberg 2010, S. 33-82

zitiert: *Bogdandy/Huber*

Brohm, Winfried: Wirtschaftsfähigkeit der öffentlichen Hand und Wettbewerb, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 281-289

Bundesverband Deutscher Stiftungen, Arbeitskreis Kommunales: Kommunale Stiftungen in Deutschland, 27.6.2021, einsehbar unter: https://www.stiftungen.org/fileadmin/stiftungen_org/Verband/Was_wir_tun/Veranstaltungen/AK-Kommunales/Ratgeber-Kommunale-Stiftungen.pdf#:~:text=Die%20nicht-rechtsf%C3%A4hige%20Stiftung%20stellt%20ein%20Sonderverm%C3%B6gen%20der%20Gemeinde,wirtschaftlich%20verselbst%C3%A4ndigt%20ist%2C%20aber%20keine%20eigene%20Rechtspers%C3%B6nlichkeit%20aufweist.

Burgi, Martin: Verwaltungsorganisationsrecht, in: *Erichsen*, Hans-Uwe / *Ehlers*, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 253-328

zitiert: *Burgi* in *Erichsen/Ehlers*

Burgi, Martin: § 18. Rechtsregime, in: *Hoffmann-Riem*, Wolfgang / *Schmidt-Aßmann*, Eberhard / *Voßkuhle*, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 1257-1318

zitiert: *Burgi* in *Hoffmann-Riem* u.a.

Burmeister, Joachim: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, Veröffentlichung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL) 52 (1993), S. 190-242

de Wall, Heinrich: Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, Mohr Siebeck: Tübingen 1999.

Dreier, Horst (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 3 Bände, 3. Aufl., Mohr Siebeck: Tübingen 2018

zitiert: Bearbeiter in *Dreier*

Ehlers, Dirk: Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: *Erichsen*, Hans-Uwe / *Ehlers*, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 1-251

- Endrös*, Alfred: Die zivilrechtliche Rechtsfähigkeit der Körperschaft des öffentlichen Rechts in der Praxis des deutschen und internationalen Wirtschafts- und Steuerrecht, Recht der Internationalen Wirtschaft 1983, S. 104-107
- Groß*, Thomas: § 13. Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 905-952
- Gurlit*, Elke: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis. 4. Teil. Verwaltungsrechtlicher Vertrag und andere verwaltungsrechtliche Sonderverbindungen, in: Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 756-831
- Hauser*, Dirk: Wirtschaftliche Betätigung von Koimmunen – Beschränkungen durch Verfassung, Gemeindeordnung und Wettbewerbsrecht, Dissertation Universität Tübingen, 2004, einzusehen unter <https://publikationen.uni-tuebingen.de/xmlui/bitstream/handle/10900/43708/pdf/complete.pdf;sequence=1>
- Hellgardt*, Alexander: Die Dichotomie von Privatrecht und Öffentlichem Recht im deutschen Recht, Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“ Working Paper Nr. 2, April 2024, <https://omkm.uni-nke.hu/kiadvanyok>
- Hufen*, Friedhelm: Verwaltungsprozessrecht, 13. Aufl., C.H. Beck: München 2024
- Jestaedt*, Matthias: § 14. Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 953-1004
- Kahl*, Wolfgang: § 74. Deutschland, in: Bogdandy, Armin von / Cassese, Sabino / Huber, Peter M. (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. V. Verwaltungsrecht in Europa: Grundzüge, C.H. Müller: Heidelberg 2014, S. 77-157
- Kelsen*, Hans: Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft, Archiv des öffentlichen Rechts 31 (1913), S. 53-98, 190-249
- Krebs*, Walter: Die öffentlichrechtliche Anstalt, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 1985, S. 609-615
- Küpper*, Herbert: Die Forderung der deutschen Justiz nach Selbstverwaltung – Modell Osteuropa? Jahrbuch für Ostrecht 2003, S. 11-44
zitiert: *Küpper* (2003)
- Küpper*, Herbert: Einführung in das ungarische Recht, C.H. Beck / Manz: München / Wien 2011

Herbert Küpper: Die Rechtsnatur der Rechtspersönlichkeit öffentlich-rechtlicher Rechtssubjekte in Deutschland

zitiert: *Küpper* (2011)

Küpper, Herbert: Ungarns neues BGB.

– Teil 1: Entstehung und Inhalt, Wirtschaft und Recht in Osteuropa 2014, S. 129-135

– Teil 2: Grundprinzipien und Personenrecht, Wirtschaft und Recht in Osteuropa 2014, S. 174-178

zitiert: *Küpper* (2014)

Masing, Johannes: § 7. Der Rechtsstatus des Einzelnen im Verfassungsrecht, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 437-542

Maurer, Hartmut: Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., C.H. Beck: München 2011

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, Duncker & Humblot: Leipzig 1896

Mecking, Christoph / *Schulte*, Martin (Hrsg.): Grenzen der Instrumentalisierung von Stiftungen, Mohr Siebeck: Tübingen 2003

Säcker, Franz / *Rixecker*, Roland / *Oetker*, Hartmut / *Limperg*, Bettina (Hrsg.): *Münchener Kommentar* zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: §§ 1-240, 9. Aufl., C.H. Beck: München 2021

zitiert: Bearbeiter in *MüKo*

Nagel, Bernhard: Gemeindeordnung als Hürde? Nomos: Baden-Baden 1999

Osztovits, András (Hrsg.): Ptk. A Polgári Törvénykönyvről szóló 2013. évi V. törvény és a kapcsolódó jogszabályok nagykommentárja, 4 Bände, Opten: Budapest 2014

zitiert: Bearbeiter in *Osztovits*

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 79. Aufl., C.H. Beck: München 2020

zitiert: Bearbeiter in *Palandt*

Pauly, Walter: § 58. Deutschland, in: Bogdandy, Armin von / Cassese, Sabino / Huber, Peter M. (Hrsg.): Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. IV: Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, C.F. Müller: Heidelberg 2011, S. 41-80

Pünder, Hermann: Verwaltungsverfahren, in: Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 415-583

Püttner, Günter: Rechtsstellung und Klagerecht von Großstadtbezirken, Juristische Rundschau 1966, S. 81-84

Reifferscheid, Adolf / Böckel, Eberhard / Benseler, Frank (Hrsg.): Lexikon des Rechts, 4 Bände, Luchterhand: Neuwied 1968

zitiert: *Reifferscheid* u.a.

Remmert, Barbara: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis. 1. Teil: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis im Überblick, in: Erichsen, Hans-Uwe /

Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 585-613

Ruffert, Matthias: Verwaltungshandeln und Verwaltungsrechtsverhältnis. 3. Teil: Verwaltungsakt, in: Erichsen, Hans-Uwe / Ehlers, Dirk (Hrsg.): Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., Walter de Gruyter: Berlin 2010, S. 669-755

zitiert: *Ruffert* in Erichsen/Ehlers

Ruffert, Matthias: § 17. Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 1163-1255

zitiert: *Ruffert* in Hoffmann-Riem u.a.

Sachs, Michael: Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl., C.H. Beck: München 2021

Schmalz, Dieter: Allgemeines Verwaltungsrecht und Grundlagen des Verwaltungsrechtsschutzes, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden 1994

Schmidt, Rolf: Verwaltungsprozessrecht. Zulässigkeit und Begründetheit verwaltungsrechtlicher Verfahren, 21. Aufl., Verlag Rolf Schmidt: Grasberg 2024

Schoditsch, Thomas: Die Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht im österreichischen Recht, Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt „Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“ Working Paper Nr. 3, April 2024, <https://omkm.uni-nke.hu/kiadvanyok>

Schulze-Fielitz, Helmuth: § 12. Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 823-902

Stadler, Gerrit: Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, Verlag Dr. Kovac: Hamburg 2002

Steiner, Udo: Fragen der Beleihungsdogmatik aus österreichischer und deutscher Sicht, in Schäffer, Heinz / Berka, Walter / Stolzlechner, Harald / Werndl, Josef (Hrsg.): Staat – Verfassung – Verwaltung. Festschrift für Friedrich Koja, Springer: Wien 1998, S. 603-617

Stelkens, Ulrich: Verwaltungsprivatrecht, 2. Aufl., Duncker&Humblot: Berlin 2020

Stern, Klaus: Verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, 8. Aufl., C.H. Beck: München 2000

Thomas, Heinz / *Putzo*, Hans (Hrsg.): Zivilprozessordnung. Kommentar, 45. Aufl. C.H. Beck: München 2024

zitiert: Bearbeiter in *Thomas/Putzo*

- Trute*, Hans-Heinrich: § 6. Die demokratische Legitimation von Verwaltung, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 341-435
- Ule*, Carl Hermann / *Laubinger*, Hans-Werner: Verwaltungsverfahrenrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns: Köln u.a. 1979
- Wißmann*, Hinnerk: § 15. Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang / Schmidt-Aßmann, Eberhard / Voßkuhle, Andreas (Hrsg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2 Bände, Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation, 2. Aufl., C.H. Beck: München 2012, S. 1005-1066
- Wolff*, Hans J. / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf / *Kluth*, Winfried: Verwaltungsrecht, Band 1, 13. Aufl., C.H. Beck: München 2019
- Wolff*, Hans J. / *Bachof*, Otto / *Stober*, Rolf / *Kluth*, Winfried: Verwaltungsrecht, Band 2, 8. Aufl., C.H. Beck: München 2023
- Wollenschläger*, Ferdinand: § 17. Europäisches Vergabeverwaltungsrecht, in Terhechte, Jörg Philipp (Hrsg.): Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl., Nomos: Baden-Baden 2022, S. 731-784

Abkürzungen:

ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Österreich) v. 1.6.1811

AG: Aktiengesellschaft

AO: Abgabenordnung (Deutschland) v. 16.3.1976

AöR: Anstalt des öffentlichen Rechts; Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)

ASFiNAG: Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Österreich)

ASFiNAG-Gesetz: Bundesgesetz, mit dem eine Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft wird, mit dem die Planung und Errichtung von Bundesstraßenteilstrecken übertragen wird und mit dem das Bundesministeriengesetz 1973 geändert wird (Österreich) v. 8.10.1982

BauGB: Baugesetzbuch (Deutschland) v. 23.6.1960

BBankG: Gesetz über die Deutsche Bundesbank v. 26.7.1957

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Deutschland) v. 18.8.1896

BGHZ: Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band, Seite)

BHO: Bundeshaushaltsordnung (Deutschland) v. 19.8.1969

BVerfGE: Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts (Band, Seite)

BVerwGE: Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts (Band, Seite)

- BWB: Burgerlijk Wetboek (Bürgerliches Gesetzbuch der Niederlande)
- DDR: Deutsche Demokratische Republik
- DWD-Gesetz: Gesetz über den Deutschen Wetterdienst v. 10.9.1998
- EnWG: Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung (Deutschland) v. 7.7.2005
- e.V.: eingetragener Verein
- FGO: Finanzgerichtsordnung (Deutschland) v. 6.10.1965
- GewO: Gewerbeordnung (Deutschland) v. 21.6.1869
- GG: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland v. 23.5.1949
- GmbH: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
- GO NRW: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen v. 14.7.1994
- GWB: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Deutschland) v. 26.8.1998
- HGB: Handelsgesetzbuch (Deutschland) v. 10.5.1897
- JOR: Jahrbuch für Ostrecht
- JR: Juristische Rundschau
- KErzG: Gesetz über die religiöse Kindererziehung (Deutschland) v. 15.7.1921
- LOG M-V: Organisationsgesetz für das Land Mecklenburg-Vorpommern v. 14.3.2005
- LVerf NRW: Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen v. 28.6.1950
- LVwG S-H: Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig-Holstein v. 18.4.1967
- MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht
- MüKo: Säcker / Rixecker / Oetker / Limperg (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
- NJW: Neue Juristische Wochenschrift
- NVwZ: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
- NRW: Nordrhein-Westfalen
- OVGE: Entscheidungssammlung der Oberverwaltungsgerichte Münster und Lüneburg (Band, Seite)
- OWiG: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Deutschland) v. 24.5.1968
- RGZ: Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite)
- RIW: Recht der Internationalen Wirtschaft
- SGB X: Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (Deutschland) v. 18.8.1980
- SGG: Sozialgerichtsgesetz (Deutschland) v. 3.9.1953
- TÜV: Technischer Überwachungsverein
- ung. BGB 1959: Gesetz 1959:IV über das Bürgerliche Gesetzbuch (Ungarn) v. 11.8.1959
- ung. BGB 2013: Gesetz 2013:V über das Bürgerliche Gesetzbuch (Ungarn) v. 26.2.2013
- ung. HaushG: Gesetz 2011:CXCV über den Staatshaushalt (Ungarn) v. 30.12.2011

VerwRspr: Verwaltungsrechtsprechung (Zeitschrift: Band, Seite)

VGH n.F.: Entscheidungssammlung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs und des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Band, Seite)

VW-Gesetz: Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte an der Volkswagenwerk Gesellschaft mit beschränkter Haftung in private Hand (Deutschland) v. 21.7.1960

VwGO: Verwaltungsgerichtsordnung (Deutschland) v. 21.1.1960

VwVfG: Verwaltungsverfahrensgesetz v. 25.5.1976 (einheitlicher Text des Bundes und der Länder mit Ausnahme von Schleswig-Holstein)

WiRO: Wirtschaft und Recht in Osteuropa (Zeitschrift)

WismutAGAbkG: Gesetz zu dem Abkommen vom 16. Mai 1991 zwischen der Regierung der Bundesrepublik Deutschland und der Regierung der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken über die Beendigung der Tätigkeit der Sowjetisch-Deutschen Aktiengesellschaft Wismut v. 12.12.1991

WRV: Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) v. 11.8.1919

ZPO: Zivilprozessordnung (Deutschland) v. 30.1.1877

Gesetzestexte:

– GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND v. 23.5.1949 (GG)

Art. 28

(2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.

– BÜRGERLICHES GESETZBUCH v. 18.8.1896 (BGB)

§ 21. Nicht wirtschaftlicher Verein

Ein Verein, dessen Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts.

§ 22. Wirtschaftlicher Verein

Ein Verein, dessen Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, erlangt in Ermangelung besonderer bundesgesetzlicher Vorschriften Rechtsfähigkeit durch staatliche Verleihung. Die Verleihung steht dem Land zu, in dessen Gebiet der Verein seinen Sitz hat.

§ 80. Ausgestaltung und Entstehung der Stiftung

(1) Die Stiftung ist eine mit einem Vermögen zur dauernden und nachhaltigen Erfüllung eines vom Stifter vorgegebenen Zwecks ausgestattete, mitgliederlose juristische Person. Die Stiftung wird in der Regel auf unbestimmte Zeit errichtet (...).

§ 83c. Verwaltung des Grundstockvermögens

(1) (...) Der Stiftungszweck ist mit den Nutzungen des Grundstockvermögens zu erfüllen. (...)

§ 89. Haftung für Organe; Insolvenz

(1) Die Vorschrift des § 31 findet auf den Fiskus sowie auf die Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts entsprechende Anwendung.

(2) Das Gleiche gilt, soweit bei Körperschaften, Stiftungen und Anstalten des öffentlichen Rechts das Insolvenzverfahren zulässig ist, von der Vorschrift des § 42 Abs. 2.

– VERWALTUNGSVERFAHRENSGESETZ v. 25.5.1976 (VwVfG – einheitlicher Text des Bundes und der Länder mit Ausnahme von Schleswig-Holstein)

§ 1. Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden

1. des Bundes, der bundesunmittelbaren Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,

2. der Länder, der Gemeinden und Gemeindeverbände, der sonstigen der Aufsicht des Landes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, wenn sie Bundesrecht im Auftrag des Bundes ausführen,

soweit nicht Rechtsvorschriften des Bundes inhaltsgleiche oder entgegenstehende Bestimmungen enthalten.²⁴⁶

(4) Behörde im Sinne dieses Gesetzes ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt.²⁴⁷

§ 9. Begriff des Verwaltungsverfahrens

Das Verwaltungsverfahren im Sinne dieses Gesetzes ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtet ist; es schließt den Erlass des Verwaltungsaktes oder den Abschluss des öffentlich-rechtlichen Vertrags ein.²⁴⁸

§ 11. Beteiligungsfähigkeit

²⁴⁶ Keine Entsprechung in den übrigen Verwaltungsverfahrensgesetzen (LVwG S-H, AO, SGB X).

²⁴⁷ Ebenso § 3 Abs. 2 LVwG S-H, § 6 Abs. 1 AO, § 1 Abs. 2 SGB X.

²⁴⁸ Ebenso § 74 LVwG S-H, § 8 SGB X.

Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, sind

1. natürliche und juristische Personen,
2. Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann,
3. Behörden.²⁴⁹

§ 12. Handlungsfähigkeit

(1) Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen sind

1. natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig sind,
2. natürliche Personen, die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind, soweit sie für den Gegenstand des Verfahrens durch Vorschriften des bürgerlichen Rechts als geschäftsfähig oder durch Vorschriften des öffentlichen Rechts als handlungsfähig anerkannt sind,
3. juristische Personen und Vereinigungen (§ 11 Nr. 2) durch ihre gesetzlichen Vertreter oder durch besonders Beauftragte,
4. Behörden durch ihre Leiter, deren Vertreter oder Beauftragte.²⁵⁰

§ 54. Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags

Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.²⁵¹

§ 62. Ergänzende Anwendung von Vorschriften

Soweit sich aus den §§ 54 bis 61 nichts Abweichendes ergibt, gelten die übrigen Vorschriften dieses Gesetzes. Ergänzend gelten die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechend.²⁵²

– ALLGEMEINES VERWALTUNGSGESETZ FÜR DAS LAND SCHLESWIG-HOLSTEIN v.
18.4.1967 (LVwG S-H)

§ 2. Träger der öffentlichen Verwaltung

(1) Träger der öffentlichen Verwaltung sind

- das Land,
- die Gemeinden,
- die Kreise und
- die Ämter.

²⁴⁹ Ebenso § 76 LVwG S-H, § 10 SGB X.

²⁵⁰ Ebenso § 77 Abs. 1 LVwG S-H, § 79 AO, § 11 Abs. 1 SGB X.

²⁵¹ Ebenso § 121 LVwG S-H, § 53 Abs. 1 SGB X.

²⁵² Ebenso § 129 LVwG S-H, § 61 SGB X.

(2) Träger einzelner Aufgaben der öffentlichen Verwaltung sind ferner die der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit und rechtsfähige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

(3) Natürliche und juristische Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähige Vereinigungen sind Träger der öffentlichen Verwaltung für die ihnen übertragenen Aufgaben.

§ 12. Behörden der sonstigen Körperschaften und der Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts

Behörden der der Aufsicht des Landes unterstehenden Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit und der rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sind ihre Organe, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit ausüben.

§ 24. Übertragung von Aufgaben auf natürliche und juristische Personen des Privatrechts

(1) Natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähigen Vereinigungen können Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes übertragen werden.

(2) Eine Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in Handlungsformen des privaten Rechts ist zulässig, sofern

1. die Aufgabe von dem übertragenden Träger der öffentlichen Verwaltung auch in den Handlungsformen des privaten Rechts erfüllt werden darf,
2. die Zuständigkeit einer Behörde nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und
3. die Eigenart der Aufgabe oder ein überwiegendes öffentliches Interesse der Übertragung nicht entgegensteht.

(3) Die rechtmäßige Erfüllung der Aufgaben muss sichergestellt sein.

§ 37. Begriff

(1) Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind rechtsfähige, mitgliedschaftlich organisierte Verwaltungseinheiten, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.

§ 38. Errichtung

(1) Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit können nur errichtet werden

1. durch Gesetz oder
2. auf Grund eines Gesetzes entweder durch Verwaltungsakt oder durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.

(3) Eine Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit ist in dem Gesetz, dem Verwaltungsakt oder dem öffentlich-rechtlichen Vertrag ausdrücklich als Körperschaft des öffentlichen Rechts zu bezeichnen.

§ 41. Begriff

(1) Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts sind von einem oder mehreren Trägern der öffentlichen Verwaltung errichtete Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Bestand an sachlichen Mitteln und Dienstkräften Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.

§ 42. Errichtung

(1) Rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts können nur errichtet werden

1. durch Gesetz oder

2. auf Grund eines Gesetzes entweder durch Satzung, Verwaltungsakt oder durch öffentlichrechtlichen Vertrag.

(3) Eine rechtsfähige Anstalt des Öffentlichen Rechts ist in dem Gesetz, der Satzung, dem Verwaltungsakt oder dem öffentlich-rechtlichen Vertrag ausdrücklich als rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts zu bezeichnen.

§ 46. Begriff

(1) Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts sind auf einen Stiftungsakt gegründete, auf Grund öffentlichen Rechts errichtete oder anerkannte Verwaltungseinheiten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die mit einem Kapital- oder Sachbestand Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllen.

§ 47. Errichtung

(1) Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts können nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes errichtet werden. Entsteht eine Stiftung nicht durch Gesetz, so ist außer dem Stiftungsakt ein Verwaltungsakt erforderlich, es sei denn, dass die Stiftung unter Mitwirkung der für den Verwaltungsakt zuständigen Behörde errichtet wird.

(3) Eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts ist in dem Gesetz oder in dem Verwaltungsakt ausdrücklich als rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts zu bezeichnen.

– VERWALTUNGSGERICHTSORDNUNG v. 21.1.1960 (VwGO)

§ 40.

(1) Der Verwaltungsrechtsweg ist in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. (...)

§ 61.

Fähig, am Verfahren beteiligt zu sein, sind

1. natürliche und juristische Personen,

2. Vereinigungen, soweit ihnen ein Recht zustehen kann,

3. Behörden, sofern das Landesrecht dies bestimmt.

§ 62.

(1) Fähig zur Vornahme von Verfahrenshandlungen sind

1. die nach bürgerlichem Recht Geschäftsfähigen,
2. die nach bürgerlichem Recht in der Geschäftsfähigkeit Beschränkten, soweit sie durch Vorschriften des bürgerlichen oder öffentlichen Rechts für den Gegenstand des Verfahrens als geschäftsfähig anerkannt sind

(3) Für Vereinigungen sowie für Behörden handeln ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände.

§ 47.

(2) Den Antrag kann jede natürliche oder juristische Person, die geltend macht, durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden, sowie jede Behörde innerhalb eines Jahres nach Bekanntmachung der Rechtsvorschrift stellen. Er ist gegen die Körperschaft, Anstalt oder Stiftung zu richten, welche die Rechtsvorschrift erlassen hat. (...)

§ 78.

(1) Die Klage ist zu richten

1. gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat; zur Bezeichnung des Beklagten genügt die Angabe der Behörde,
2. sofern das Landesrecht dies bestimmt, gegen die Behörde selbst, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat.

– ORGANISATIONSGESETZ FÜR DAS LAND MECKLENBURG-VORPOMMERN v. 14.3.2005 (LOG M-V)

§ 2. Träger der Landesverwaltung

(3) Träger der mittelbaren Landesverwaltung sind die der Aufsicht des Landes unterstehenden Gebietskörperschaften, die rechtsfähigen Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit, die rechtsfähigen Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, soweit sie ihnen übertragene öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Sie handeln durch ihre durch Gesetz, auf der Grundlage eines Gesetzes oder satzungsgemäß gebildeten Organe.

(4) Natürliche und juristische Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähige Vereinigungen sind Träger der mittelbaren Landesverwaltung für die ihnen übertragenen öffentlichen Aufgaben.

§ 10. Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts

(1) Körperschaften des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit sind verselbstständigte, mitgliedschaftlich organisierte rechtsfähige Verwaltungsträger, die dauerhaft Aufgaben im öffentlichen Interesse wahrnehmen.

(2) Anstalten des öffentlichen Rechts sind verselbstständigte, in der Regel nicht mitgliedschaftlich organisierte rechtsfähige Verwaltungseinheiten, die zur dauerhaften Wahrnehmung von Aufgaben im öffentlichen Interesse errichtet werden.

(3) Rechtsfähige Stiftungen des öffentlichen Rechts sind auf Grund öffentlichen Rechts errichtete oder anerkannte Verwaltungseinheiten, die mit einem Kapital- oder Sachbestand Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dauerhaft wahrnehmen.

(4) Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts werden durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes errichtet und aufgehoben. Die wesentlichen Grundzüge dieser juristischen Personen hat der Gesetzgeber zu bestimmen. Sie nehmen Aufgaben der Landesverwaltung nach Maßgabe der hierfür geltenden gesetzlichen Vorschriften wahr.

– GESETZ ÜBER DIE DEUTSCHE BUNDESBANK v. 26.7.1957 (BBankG)

§ 2. Rechtsform

Die Deutsche Bundesbank ist eine bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts.

(...)

§ 29. Sonderstellung der Deutschen Bundesbank

(1) Der Vorstand mit der Zentrale am Sitz der Bank hat die Stellung einer obersten Bundesbehörde. Die Hauptverwaltungen und Filialen haben die Stellung von Bundesbehörden.



Rechtsvergleichende Forschungswerkstatt
„Juristisches Grenzland: Die Berührungspunkte zwischen Privatrecht
und öffentlichem Recht in hybriden Rechtsgebieten“

Prof. Dr. Dr. h.c. Herbert Küpper

Schizophrenie oder Konfusion?

Die Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am privatrechtlichen und am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr

1



Herbert Küpper



Schizophrenie oder Konfusion?



Forschungsfrage:

Bei der Teilnahme einer juristischen Person des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr:

- Muss sie dabei verschiedene Rechtsgrundlagen beachten je nachdem, ob sie sich auf dem Gebiet des Privatrechts oder des öffentlichen Rechts betätigt (Schizophrenie)?

oder

- Wirken unterschiedliche Elemente des Privatrechts und des öffentlichen Rechts zusammen (Konfusion)?

2



Vorfrage: die Rechtsnatur der juristischen Person des öffentlichen Rechts

jP des Privatrechts:

- privatrechtliches Errichtungsgeschäft (Vereinssatzung, Gesellschaftsvertrag, Stiftungsgeschäft...)
- staatliche Anerkennung: die bewirkt die Rechtspersönlichkeit und damit auch die Rechtsfähigkeit, deren Inhalt und Grenzen im Privatrecht geregelt sind

jP des öffentlichen Rechts:

- öffentlich-rechtlicher Errichtungsakt (Normativakt oder Einzelakt aufgrund Gesetzes): bewirkt und begrenzt die Rechtspersönlichkeit und die Rechtsfähigkeit wo sind Inhalt und ggf. Grenzen der Rechtsfähigkeit einer jP des öff. Rechts geregelt?

=> die Quelle der Rechtspersönlichkeit und Rechtsfähigkeit der jP des öffentlichen Rechts liegt im öffentlichen Recht begründet, sind dort aber kaum geregelt

3



Teilname der juristischen Person des öffentlichen Rechts am Rechtsverkehr

Forschungsfrage: Unterscheidung zwischen Privatrechtsverkehr und öffentlich-rechtlichem Rechtsverkehr => wo ist die Grenze?

Privatrecht(sverkehr):

- in Deutschland nicht definiert
- aber in Ungarn: § 1:1 BGB: „Grundsätze der Gleichordnung und der Gleichberechtigung“

öffentlich-rechtlicher Rechtsverkehr:

- in Deutschland definiert als Verwaltungsverfahren: §§ 35, 54 VwVfG: „auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts“

Ergebnis:

bei Gleichordnung: Privatrechtsverkehr

bei Über- und Unterordnung öffentlich-rechtlicher⁴ Rechtsverkehre



Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am Privatrechtsverkehr

Grundlage:

Rechtspersönlichkeit geschaffen durch den öffentlich-rechtlichen Errichtungsakt => Rechtsfolge: Rechtsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit im Sinne dieser Rechtsinstitute des Privatrechts

1. Modifikation: Zivilrechtsprechung: keine Rechtsfähigkeit juristischer Personen des öffentlichen Rechts jenseits ihres Errichtungszwecks (ultra vires; Ausnahme: Staat, Kommunen)
(⇔ jP des Privatrechts: universelle Rechtsfähigkeit) => aus dem öffentlich-rechtlich definierten Errichtungszweck ergibt sich die Grenze der Rechtsfähigkeit im Privatrechtsverkehr
2. Modifikation: Teilrechtsfähigkeit: der öffentlich-rechtliche Errichtungsakt begrenzt die privatrechtliche Rechtsfähigkeit der von ihm errichteten jP des öffentlichen Rechts

5



Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr 1

Grundlage:

hoheitliche Seite des öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses: **Behörde**: § 1 Abs. 4 VwVfG: „jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“ ⇔ kein Zusammenhang zur Rechtspersönlichkeit

Teilnahme am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr: Beteiligungsfähigkeit, Handlungsfähigkeit: kommt der Behörde stets zu

Beteiligungsfähigkeit = Fähigkeit, im Verfahren eine bestimmte Position einnehmen zu können (ähnlich im Privatrecht, aber nicht identisch: Rechtsfähigkeit)

Handlungsfähigkeit = Fähigkeit zur Vornahme von Verfahrenshandlungen (ähnlich im Privatrecht, aber nicht identisch: Geschäftsfähigkeit)

6



Teilnahme der juristischen Person des öffentlichen Rechts am öffentlich-rechtlichen Rechtsverkehr 2

Zwischenergebnis: zwei komplett getrennte Kategoriensysteme: Schizophrenie

	Privatrecht	öffentliches Recht
<i>Akteursqualität:</i>	Rechtspersönlichkeit	Behörde
<i>Zuordnungsfähigkeit von Rechten und Pflichten:</i>	Rechtsfähigkeit	Beteiligtenfähigkeit
<i>eigenständige Wahrnehmung:</i>	Geschäftsfähigkeit	Handlungsfähigkeit

was ist mit „**Rechtsverhältnissen gemischter Natur**“?

Verwaltungsprivatrecht, öffentlich-rechtlicher Vertrag, Vergaberecht, Beschäftigung im öffentl. Dienst
=> Tendenz zur Entmischung, d.h. Schizophrenie statt Konfusion, gelingt in unterschiedlichem Maß

7



Beantwortung der Forschungsfrage

Im Recht der juristischen Personen des öffentlichen Rechts herrscht in Deutschland im Wesentlichen **Schizophrenie**, und das auf mehreren Ebenen:

- Errichtung / Rechtsnatur einer juristischen Person: entweder Privatrecht oder öffentliches Recht
- Teilnahme am Rechtsverkehr:
 - Akteursqualität: juristische Person ⇔ Behörde
 - grundsätzl. Zuordnungsfähigkeit von Rechten und Pflichten: Rechtsfähigkeit ⇔ Beteiligtenfähigkeit
 - eigenständige Wahrnehmung: Geschäftsfähigkeit ⇔ Handlungsfähigkeit
- Rechtsverhältnisse gemischter Natur: Tendenz zur Entflechtung, d.h. Schizophrenie

Schizophrenie: nur eine scheinbare Lösung: verschiebt die Rechtsprobleme in die Frage der Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht

Alternative: z.B. „Lehre vom Verbund von öffentlichem Recht und Privatrecht“ => stärkere Konfusion



ANDRÁSSY
UNIVERSITÄT
BUDAPEST

Herbert Küpper



Institut
für Öffentliches
Recht
Herbert Küpper LL.M.

Schizophrenie oder Konfusion?



NEMZETI
KÖZZSOLGÁLATI
EGYETEM
LUDOVICA

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

Köszönöm szépen a figyelmüket.