## III. Zweiter Beratungsgegenstand:

## Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt.

1.	Bericht	von	Professor	Dr.	Lutz	Richter	in	Leinzig
	DOLLONG	1011	1 10103301	$\boldsymbol{\nu}_{I}$ .		TO I CHI COL	711	TICIOME.

Einleitung	
1. Inland — Ausland	69
2. Umfang usw	70
2. Umfang usw	71
I. Ätiologie	
1. Sozialistische Ideen	. 73
2. Machtbedürfnis des Staates	74
3. Finanzbedürfnis	. 78
4. Bureaukratie	. 78
5. Gelegentliche Gründe	. 79
II. Zulässigkeit	
1 Überwachung	80
9 Ermitigung	. 81
1. Überwachung	. 81
III. Rechtsformen	. 01
A. Organisationsformen	
1 privatrachtlicha	95
1. privatrechtliche	. 00
merceondere Keiniechewit esch. Onternenmen .	
heliahener Unternehmer	80
beliehener Unternehmer	. 89
beliehener Unternehmer	. 89
beliehener Unternehmer KVG	. 89
beliehener Unternehmer  KVG	. 89 . 91 . 92
beliehener Unternehmer  KVG  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten	. 89 . 91 . 92
beliehener Unternehmer	. 89 . 91 . 92 . 94
beliehener Unternehmer	. 89 . 91 . 92 . 94 . 94
beliehener Unternehmer	. 89 . 91 . 92 . 94 . 94
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 98
beliehener Unternehmer KVG. Rundfunk  2. öffentlichrechtliche a) öffentliche Anstalten rechtsfähige nichtrechtsfähige b) Genossenschaftliche Sondergebilde B. Rechtsbeziehungen im Verkehr 1. mit dem Muttergemeinwesen 2. mit Arbeitskräften 3. mit Kunden	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 98
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften  3. mit Kunden  a) Ausschluß einzelner Bewerber	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 98 . 99
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften  3. mit Kunden  a) Ausschluß einzelner Bewerber  b) Bemessung der Gebühren usw.	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 99 . 100
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften  3. mit Kunden  a) Ausschluß einzelner Bewerber  b) Bemessung der Gebühren usw.  c) Wettbewerb	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 99 . 100
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften  3. mit Kunden  a) Ausschluß einzelner Bewerber  b) Bemessung der Gebühren usw.  c) Wettbewerb  d) Anstaltspolizei usw.	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 98 . 99 . 100 . 101
beliehener Unternehmer  KVG.  Rundfunk  2. öffentlichrechtliche  a) öffentliche Anstalten  rechtsfähige  nichtrechtsfähige  b) Genossenschaftliche Sondergebilde  B. Rechtsbeziehungen im Verkehr  1. mit dem Muttergemeinwesen  2. mit Arbeitskräften  3. mit Kunden  a) Ausschluß einzelner Bewerber  b) Bemessung der Gebühren usw.  c) Wettbewerb	. 89 . 91 . 92 . 94 . 95 . 97 . 98 . 98 . 99 . 100 . 101 . 102

In den letzten Jahren hat die Betätigung der sogenannten öffentlichen Hand auf wirtschaftlichem Gebiet immer mehr das allgemeine Interesse auf sich gelenkt. In wenigstens scheinbar gegen früher stark gewachsenem Umfang betätigen sich Reich,

Länder, Gemeinden und allerhand sonstige Träger öffentlicher Gewalt als Wirtschaftssubjekte. Und diese Erscheinung ist keineswegs auf Deutschland beschränkt. Sie findet sich als einer der Angelpunkte des angestrebten Systems gesellschaftlicher Ordnung in der Sowjet-Union1). Sie bildet, trotz eines nachdrücklichen und nicht nur theoretischen Vorbehalts zugunsten der privaten wirtschaftlichen Initiative<sup>2</sup>), einen wichtigen Programmpunkt der fascistischen Arbeitsverfassung<sup>3</sup>). Aber auch solche Staaten, die grundsätzlich am herkömmlichen politischen und wirtschaftlichen System festhalten und damit dem Deutschen Reiche näher stehen als die beiden genannten, beteiligen sich mit wirtschaftlicher Macht am Wirtschaftsleben ihres Landes, und sogar aus den Vereinigten Staaten von Amerika wird über öffentlich-rechtliche Einflußnahme auf die Wirtschaftsführung und über eine vorwärtsschreitende Munizipalisierungsbewegung berichtet\*). Ich möchte diese ausländischen Erscheinungen heute grundsätzlich beiseitelassen und die Erörterung auf Deutschland und deutsches Recht beschränken.

Auch hier bietet das Auftreten der öffentlichen Hand Stoff genug zur Untersuchung. Freilich muß von vornherein einer gewissen Überschätzung entgegengetreten werden. Wohl mag es zutreffen, wenn Wiedenfeld<sup>6</sup>) den Kapitalbesitz des Deutschen Reiches als so groß bezeichnet, daß er wohl von keinem Privatkapitalisten der Welt erreicht wird. Hirsch<sup>6</sup>) schätzt den Umfang des öffentlichen Vermögens in Deutschland einschließlich des Reichsbahnvermögens für 1925 auf 52 bis 60 Milliarden. Aber der Umsatzwert der jährlichen Leistungen der öffentlichen Betriebe wird von Naphtali<sup>7</sup>), also von einer Seite, die den öffentlichen Betrieb als Form der Wirtschaftsdemokratie begrüßt, auf nicht mehr als 10 bis 12 Mil-

<sup>1)</sup> Vgl. z. B. H. v. Beckerath, Politische Ideen und Wirtschaftsverfassung von heute im internationalen Vergleich (Vortrag), in Mitteilungen des Deutschen Hauptverbandes der Industrie (Teplitz-Schönau) 1929 Nr. 6—8.

<sup>2)</sup> Ziffer VII der Carta del Lavoro (s. Verwaltungsarchiv Bd. 34 S. 1 ff.).

<sup>3)</sup> Ziffer IX der Carta del Lavoro.

<sup>4)</sup> Kurt Wiedenfeld, Die Wirtschaft der öffentlichen Hand, Sonderabdruck aus Gloeckners Grundriß der Betriebswirtschaftslehre II, S. 10—14.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup>) a. a. O. S. 10.

<sup>6)</sup> Nach der Denkschrift des Hansabundes "Freiheit der Wirtschaft" (Berlin, November 1928), S. 80.

<sup>7)</sup> Wirtschaftsdemokratie, ihr Wesen, Weg und Ziel, herausgegeben im Auftrage des Allgemeinen Deutschen Gewerkschaftsbundes von Fritz Naphtali (Berlin 1928) S. 62 und Anhang 1, S. 185 ff.

liarden Reichsmark im Jahre 1925 geschätzt, gegenüber 10 Milliarden landwirtschaftlicher Erzeugung und 8.4 Milliarden Gesamtverbrauch allein an Kleidung und Schuhen<sup>8</sup>). Die politische und wirtschaftspolitische Diskussion, die um die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand entbrannt ist, neigt doch wohl zu starken Übertreibungen. Der Ausdruck "öffentliche Hand" ist dabei zum Modewort geworden und findet sich in den entlegensten Zusammenhängen. Trotzdem wird man ihn auch bei einer sachlichen Erörterung nicht ganz vermeiden können. Denn er bezeichnet anschaulich die Erscheinung, der die heutige Erörterung gilt. Bisher hat sich dieser Erscheinung außer der Tagespolemik vorwiegend nur die Wirtschaftslehre zugewendet<sup>9</sup>), während das juristische Schrifttum ihr etwas kühl gegenübersteht, wenn auch sogleich die Ausführungen von Fleiner<sup>10</sup>) und Koettgen<sup>11</sup>) zu nennen sind. Die sonstige Unergiebigkeit des Gegenstandes für die rechtswissenschaftliche Literatur hat vielleicht ihren guten Grund - denn auch in dieser Beziehung scheint mir eine gewisse Überschätzung zu bestehen, sowohl was die Neuartigkeit wie was den Rechtsformengehalt der Erscheinung angeht. Gewiß verwendet die öffentliche Hand bei ihrem Auftreten eine Fülle von Rechtsfiguren, die oft zunächst überraschen; aber bei näherem Zusehen lösen sie sich auf in wohlbekannte Gestalten, an denen höchstens die Kombination eigenartig ist.

Es liegt mir fern, die wirtschaftspolitische Diskussion über das Problem der öffentlichen Hand weiterzuspinnen oder auch nur ihren Stand wiederzugeben. Die Stellungnahme in ihr hängt allzusehr von Interessenlage und Weltanschauung ab, wobei beide vielfach gegenseitig bedingt sind und manchmal sich rasch verschieben. Es erscheint aber doch notwendig, darauf hinzuweisen, daß das Auftreten des Staates und seiner

<sup>8)</sup> Vergleichszahlen nach der Denkschrift des Hansabundes (Anm. 6) S. 81.

<sup>9)</sup> Vgl. u.a. Benedikt Kautsky, Die Kapitalbildung der öffentlichen Hand seit dem Krieg in Deutschland und Deutschösterreich, mit statistischen Nachweisen (in Kapitalbildung und Besteuerung, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 174 IV, München 1929, S. 207 ff.); Entwicklung und gegenwärtiger Stand der privatwirtschaftlichen Betätigung öffentlicher Körperschaften in Deutschland, Bericht der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Handelskammer (Berlin, März 1929).

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup>) Fritz Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. (Tübingen 1928), § 8: "Neue Organisationsformen", S. 120 ff.

<sup>11)</sup> Arnold Köttgen, Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht (Umschlagtitel: Öffentliche Hand und öffentliches Recht; Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 59; Tübingen 1928).

Untergebilde im Wirtschaftsleben keineswegs eine neue, gewissermaßen revolutionäre Erscheinung ist. Ich kann mich hier wieder auf die ausgezeichnete Darstellung von Wiedenfeld<sup>12</sup>) beziehen, der die Tradition nicht nur wirtschaftspolitischer, sondern auch staatswirtschaftlicher Tätigkeit bis in die Zeiten deutscher Staatenbildung zurückführt; zumal der deutsche Merkantilismus ist "durch die Betonung der staatlichen Initiative und Eigentätigkeit gekennzeichnet". Es ist sehr zutreffend, wenn Max Lehmann<sup>13</sup>) den Freiherrn vom Stein auf die Seite der Neuerer stellt, "insofern auch er den Betrieb von Fabriken durch den Staat verwarf", mit der ganz neuzeitlich<sup>14</sup>) anmutenden Begründung, "das Gedeihen von Fabriken sei nun einmal von der Beachtung des kleinsten Details abhängig, und dem sei auch eine noch so treue öffentliche Verwaltung nicht gewachsen". Im 19. Jahrhundert zeigt sich ein gewisser Rückgang staatlicher Wirtschaftsbetätigung; der Grundsatz der Gewerbefreiheit, der "Nichteinmischung des Staates in die wirtschaftlichen Einzelheiten" wird herrschend - aber die alte Tradition reißt doch nicht ganz ab15), und es ist sicher zutreffend, wenn ein italienischer Jurist. Sale mi<sup>16</sup>). die Schranken, die die liberale Theorie der Betätigung staatlicher Macht anlegt, als willkürlich und geschichtlich falsch kennzeichnet. Neuen Antrieb brachten die Erfordernisse der Kriegswirtschaft, besonders in Richtung der Schaffung reichseigener Verarbeitungswerke, deren Abstoßung nach dem Kriege nicht restlos gelang<sup>17</sup>) und die heute mit anderen Betätigungsgruppen in der Viag, der Vereinigten Industrie-Unternehmungen-Aktiengesellschaft, als Holdinggesellschaft des Reiches zusammengefaßt sind<sup>18</sup>). Im übrigen befaßt die öffentliche Hand sich vorwiegend mit der Banknotenausgabe und sonstigen Bankgeschäften<sup>19</sup>), mit der Beherrschung der Kraftquellen wie

<sup>12)</sup> a. a. O. S. 1-2.

<sup>12)</sup> Max Lehmann, Freiherr vom Stein Bd. I (Leipzig 1902), S. 354. Die Äußerung Steins, auf die Lehmann sich stützt, gibt er nicht an, und es ist mir nicht gelungen, sie aufzuspüren.

<sup>14)</sup> Vgl. Fleiner a.a.O. S. 121 ("zu schwerfällig").

<sup>15)</sup> Wiedenfeld, a.a.O. S.2-3.

<sup>16)</sup> Giovanni Salemi, Studi di diritto corporativo (Padova 1929), S. 19.

<sup>17)</sup> Wiedenfeld, a.a. 0, S. 7-8.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup>) a. a. O. S. 9. Vgl. den Geschäftsbericht der Vereinigte Industrie-Unternehmungen Aktiengesellschaft über das siebente Geschäftsjahr 1928/29.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup>) Zusammenfassende Darstellung: Th. G. v. Hippel, Wilh. Kord-Rurisch, Franz Schmidt, Die öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute, ihr Aufbau, ihre Funktionen und ihre Geschichte (Berlin 1927).

Bergwerke und Elektrizitätserzeugung<sup>20</sup>) und mit der Bereitstellung und dem Betriebe des Transportapparates<sup>21</sup>); bei den Gemeinden kommen die mannigfachen Versorgungsbetriebe hinzu<sup>22</sup>), und endlich sind die öffentlichen Versicherungsunternehmungen zu nennen, die sich vorwiegend in der Lebens-23) und der Feuerversicherung betätigen.

Für das Verständnis, auch das juristische Verständnis der so in groben Zügen umrissenen Erscheinung halte ich es für notwendig, zunächst nach ihren Gründen zu fragen. Daß die Gründe sich geschichtlich ergeben haben, wurde schon angedeutet. Es dürfte aber angebracht sein, gewissermaßen den Querschnitt in der Gegenwart zu ziehen und zu untersuchen, welche Ursachen heute dafür maßgebend sind, daß Staat und sonstige Träger öffentlicher Gewalt sich aktiv wirtschaftend betätigen und solche Betätigung vielfach noch auszudehnen bestrebt - oder wenigstens verdächtig sind. Gerade bei dieser Prüfung der Gründe bin ich mir - wie bei dem ganzen Referat - bewußt, daß sie vorerst nur im Sinn einer Fragestellung unternommen wird und daß sie nicht glatte, fertige Ergebnisse bringen kann.

Eine erste und, wie mir scheint, sehr wichtige Frage muß ich dabei unzuständigkeitshalber ganz beiseite lassen, die Frage nämlich nach der Rolle, die sozialistische Ideen und Sozialisierungsabsichten bei dem Vordringen des Staates und der Gemeinde auf wirtschaftlichem Gebiete spielen<sup>24</sup>). Die Vorstellung, ein Stück Sozialismus zu verwirklichen, wirkt sicher vielfach mit, wenn etwa eine Gemeinde die Totenbestattung kommunalisiert oder einen städtischen Milchhof unter Zurückdrängung des privaten Milchhandels anlegt. Aber sehr viel bedeutsamere öffentliche Unternehmungen sind entstanden oder wenigstens geplant worden, längst ehe die Anhänger des Sozialismus politischen Einfluß hatten, und

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>) Zum Tatsächlichen und Wirtschaftlichen vgl. Johannes Eichhorn, Die staatliche Elektrizitätsversorgung in Sachsen und Bayern (Leipziger volksw. Diss., Leipzig 1927) und Erhard Weber, Der staatseigene Industriekonzern in Sachsen (Leipziger volksw. Diss. 1928).

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup>) Wiedenfeld, a.a.O. S.3—7.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup>) a.a.O. S.8; ferner Heinrich Bleicher, Kommunale Finanzwirtschaftslehre (in Gerloff-Meisel, Hdb. d. FinWiss. II S. 376 ff.). S. 426 ff.; Friedrichs, Das Recht der Versorgungsbetriebe (Verein für Kommunalwirtschaft und Kommunalpolitik, Vereinsschrift Nr. 26; Berlin 1928).

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup>) Neueste Zusammenfassung: Heinz Weber, Die öffentlichen Lebensversicherungsanstalten in Deutschland, ihre Sonderstellung im Rahmen des deutschen Lebensversicherungswesens (Berlin-Dahlem 1928).
24) Vgl. etwa Kautsky a.a.O. S. 210 ff. und öfter.

ihre Schöpfer standen sozialistischen Bestrebungen vollkommen fern. Es darf hier an Bismarcks Eisenbahnpläne erinnert werden. Jedenfalls ist der Sozialismus nicht das einzige Motiv staatswirtschaftlicher Betätigung, und man wird sich auch für die Gegenwart hüten müssen, das Vordringen der öffentlichen Hand einzig aus diesem Motiv erklären zu wollen und mit "kalter Sozialisierung"<sup>25</sup>) gleichzusetzen. Mißverständnisse darüber scheinen sich auf beiden Seiten leicht zu bilden, bei Verfechtern der privatkapitalistischen Wirtschaftsweise und Gegnern alles Sozialismus wie bei den Freunden der Sozialisierung. Diese begnügen sich, nachdem radikalere Pläne gescheitert sind, mit der Verstaatlichung oder Kommunalisierung irgendwelcher Unternehmungen als mit einem Erfolg ihrer politischen Bestrebungen und scheinen sich neuerdings anzuschicken, das Ziel der Sozialisierung mindestens auf eine lange Zwischensicht zu ersetzen durch das der "Wirtschaftsdemokratie26)", unter deren wenig klarem Begriff eine große Reihe recht verschiedenartiger Erscheinungen und eben auch die "öffentlichen Betriebe" zusammengefaßt werden, weil bei diesen "die Eigentumsverhältnisse am Produktionsapparat selbst im Gegensatz stehen zu dem autokratisch-privatkapitalistischen System<sup>27</sup>)". Man wird mithin neben dem Sozialismus als mögliche Ursache staatswirtschaftlicher Tätigkeit das Mißverständnis in Betracht ziehen müssen, daß es sich dabei um etwas Sozialistisches handle.

Eine andere, vom Sozialismus grundsätzlich unabhängige, wenn auch mit ihm verflechtungsfähige Gruppe von Ursachen wurzelt in dem Machtbedürfnis des Staates<sup>28</sup>). In ihm erblicke ich den eigentlichen und gewissermaßen natür-

<sup>25)</sup> Etwa Karl Geiler, Die wirtschaftlichen Strukturwandlungen und die Reform des Aktienrechts, in Verh. u. Ber. des Aussch. zur Untersuchung der Erzeugungs- und Absatzbedingungen der deutschen Wirtschaft, I. Unterausschuß, 3. Arbeitsgruppe, 1. Teil: Wandlungen in den Rechtsformen der Einzelunternehmungen und Konzerne (Berlin 1928), S. 53. Auch Karl Kumpmann, Kapitalismus und Sozialismus (Essen 1929) ist, trotz des Vorbehaltes auf S. 106, allzu geneint, "Verstadtlichungen und Verstaatlichungen aller Art" dem Sozialismus aufs Konto zu setzen (S. 97, vgl. auch S. 143).

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup>) Vgl. das in Anm. 7 angeführte, aus Gemeinschaftsarbeit verschiedener sozialistischer Wissenschafter hervorgegangene Buch. Seine Fortführung soll ein von Pahl in freigewerkschaftlichem Auftrag bearbeitetes "Handbuch der öffentlichen Wirtschaft" bilden. In einem etwas anderen Sinne wird "Wirtschaftsdemokratie" verstanden von den Gewerkschaften freiheitlich-nationaler Richtung und ihrem Exponenten Bruno Ranecker, Wirtschaftsdemokratie (Berlin 1929), der unsere Erscheimung nur beiläufig erwähnt (S. 11).

Wirtschaftsdemokratie S. 53.

Poly Vgl. Fleiner a. a. O. S. 121; ferner hierzu und zur Atiologie der Erscheinung überhaupt die Ausführungen von Göppert, Staat

lichen Grund staatlicher Wirtschaftsbetätigung. Vielleicht erscheint das als Selbstverständlichkeit: zum Teil ist es politisches Bekenntnis. Es dürfte aber doch angebracht sein, dabei etwas zu verweilen. Zunächst ist daran zu erinnern, daß man verhältnismäßig früh und unter verhältnismäßig geringem Widerspruch zur Verstaatlichung in irgendeiner Form dort schreitet, wo sich in einem Wirtschaftszweig ein natürliches Monopol entwickelt, etwa bei den großen Verkehrseinrichtungen. besonders bei der Eisenbahn, oder neuerdings bei der Elektrizitätserzeugung und -übertragung. Hier sind es nicht nur technisch-wirtschaftliche Momente, die einen einheitlichen und konkurrenzlosen Betrieb geboten erscheinen lassen, sondern die öffentliche Hand sieht sich zur Aktivität veranlaßt durch die Gefahr des Mißbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung in privater Hand, durch die Befürchtung des Ausschlusses oder der ungleichmäßigen Behandlung von Benutzern, durch das Bedürfnis annähernd gleichmäßiger Versorgung des ganzen Staatsgebietes mit Verkehrs- oder Lieferungseinrichtungen. Kollisionen privater Veranstaltungen mit Zwecken der öffentlichen Verwaltung — mögen diese nur im rein Polizeilichen gesucht oder auf die Wohlfahrtspflege erstreckt werden sellen durch Staatsbetrieb im Keim unterbunden werden, wie sich dies besonders deutlich bei der Nachrichtenübermittlung durch die Post und ihre neueren Nebenformen - Telegraph, Fernsprecher, Rundfunk — zeigt<sup>20</sup>). Verhindert oder unterbrochen werden soll aber auch und vor allem das Heranwachsen innenstaatlicher Machtzentren, die sich der staatlichen Beherrschung entziehen; das staatliche Machtbedürfnis - vielleicht geradezu die Notwendigkeit staatlicher Selbstbehauptung - geht dahin, keine andere Macht neben dem Staat aufkommen zu lassen. Die Vereinigung natürlicher Monopolien in der Hand des Staates, die dabei vielfach zu rechtlichen Monopolen gemacht werden, läßt sich schon verhältnismäßig früh

und Wirtschaft (Recht und Staat i. Gesch. u. Gegw., Heft 33), Tübingen ohne Jahr (1924).

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup>) Zur allmählichen Ausweitung der Sonderstellung des Reiches auf dem Gebiete der Nachrichtenübermittlung vgl. Art. 48—52 a. RV.; G. über das Postwesen des Deutschen Reiches vom 28. Oktober 1871 (RGBl. S. 347, mehrfach geändert); G. über Telegraphenwesen des Deutschen Reichs vom 6. April 1892 (RGBl. S. 467, abgeändert durch G. vom 7. März 1908, S. 79, und öfter); Art. 88 RV.; V. (des Reichspräsidenten auf Grund des Art. 48 RV.) zum Schutze des Funkverkehrs vom 8. März 1924 (RGBl. I S. 273, abgeändert durch V. vom 24. Juli 1924, S. 670 — aufgehoben durch V. vom 28. Dezember 1927, S. 513); G. zur Änderung des Telegraphengesetzes vom 3. Dezember 1927 (RGBl. I S. 331) mit Bek. des Wortlauts des G. über Fernmeldeanlagen vom 14. Januar 1928 (RGBl. I S. 8).

beobachten, und sie stößt auch dort auf geringen oder keinen Widerspruch, wo man sonst dem staatlichen Eigenbetrieb unfreundlich gegenübersteht. So wünschte ein auf Art. 164 RV. gestützter Antrag der deutschnationalen Reichstagsfraktion von 192630) jene Betriebe nicht ganz zu beseitigen, sondern "lediglich auf diejenigen Gebiete" zu "beschränken, für welche ein nachweisbar allgemein öffentliches Interesse vorliegt". Auch der Hansabund fordert unter dem Stichwort "Freiheit der Wirtschaft"<sup>31</sup>) nur Einschränkung, nicht völlige Beseitigung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Die älteren Formen monopolistischer Betätigung der öffentlichen Hand sind in das Bewußtsein des Volkes gewissermaßen hineingewachsen. Von hier aus kann es eher merkwürdig erscheinen, daß angesichts des Monopolcharakters des Bodens trotz Art. 155 RV. von einer öffentlichen Bodenwirtschaft noch wenig die Rede ist. Mit der Verhinderung von Privatmonopolen ist das staatliche Machtbedürfnis aber nicht befriedigt. Lag der Ausgangspunkt hier überwiegend bei der staatlichen Tätigkeit, der Verwaltung, die nicht erschwert werden sollte, so läßt sich der wirtschaftliche Betätigungsdrang des Staates auch gewissermaßen bis in seine Substanz hinein zurückverfolgen. Die öffentliche Hand wird aktiv, um ihre Macht zu steigern. Ein gewisses Quantum Macht muß jedes soziale Gebilde haben, um lebensfähig zu sein. Trifft das schon auf private Organisationen zu, deren Zweck nicht zu eng abgesteckt sein darf und die gewöhnlich nach Erweiterung ihres Betätigungsspielraumes drängen. so erst recht auf den Staat und, wie hier einmal besonders hinzugefügt sein mag, auf die sonstigen öffentlich-rechtlichen Subjekte. Nun hat der deutsche Staat nach dem Kriege zweifellos eine erhebliche Machteinbuße erlitten, zumal an militärischer Macht. Es scheint mir, daß er zum Ausgleich hierfür, zu seiner Rekonsolidierung, wirtschaftliche Macht zu gewinnen sucht. Zu dieser Vorstellung stimmt es, daß wir auf staatswirtschaftlichem Gebiet vielfach einen Wettstreit der verschiedenen öffentlichen Verbände - Reich, Länder, Gemeinden - beobachten können, die dadurch, manchmal vielleicht unbewußt, ihre politische Stellung im gegenseitigen Verhältnis festigen wollen. Ein Beispiel, das in zwiefacher Hinsicht lehrreich ist, bieten die staatlichen Kraftverkehrsgesellschaften. Wie ich ersehen konnte, ist der Anstoß zur Entwicklung des öffentlichen Kraftverkehrswesens noch während des Krieges von militär-politischer Seite ausgegangen<sup>32</sup>); das Reich wollte für einen künf-

<sup>30)</sup> RTDrucks. Nr. 2777, HI. Wahlperiode 1924/26, vom 2. Dezember 1926.

<sup>31)</sup> Denkschrift wie Anm. 6, S. 9 unter X Abs. 2.

<sup>32)</sup> Andeutungen bei Boethke-Heger, Die Kraftverkehrs-

tigen Mobilmachungsfall einen ausreichenden, leicht greifbaren Wagenpark zur Verfügung haben, ohne daß die Heeresverwaltung ihn selbst schon im Frieden halten müßte - Wirtschaftsmacht und militärische Macht sind hier eine enge Verbindung eingegangen. Im weiteren Verlaufe der Entwicklung, nachdem bei Schaffung der Reichseisenbahnen die Mitübernahme der Kraftfahrlinien vom Reich abgelehnt worden war, haben sich auf dem Gebiete des Personen- und Güterkraftverkehrs mannigfache Rivalitäten zwischen Reichsstellen - Reichsbahn und Reichspost — und Ländern, bisweilen auch zwischen Ländern und Gemeinden oder Gemeindeverbänden ergeben, bei denen wiederum das Machtstreben im Spiele ist. Daß der Staat sein Machtstreben in wirtschaftlicher Richtung einstellt, ergibt sich aber nicht nur aus der Augenblickslage der Nachkriegszeit. Die Wurzeln des Staatskapitalismus scheinen sehr viel tiefer zu gehen. Ich möchte mich keines Übergriffs in die Disziplin der Soziologie schuldig machen, und ich glaube auch nicht, daß dort die Dinge schon restlos geklärt sind. Bei allem Vorbehalt gegen seine politische Einstellung möchte ich jedoch Rudolf Goldscheid<sup>33</sup>) zitieren, der im Handbuch der Finanzwissenschaft darauf hinweist, wie der Staat in der Neuzeit expropiiert worden ist, wie "von dem Moment an, wo der öffentliche Besitz einer öffentlich Kontrolle zu unterstehen beginnt. . . . . jede wirtschaftliche Erstarkung des Staates zu einer Schranke der Willkür der neuen Machthaber"34), nämlich der Staatsgläubiger wird. Goldscheid geht so weit zu behaupten, daß "nur ein reicher Staat . . . ein Rechtsstaat sein" kann, und er weist — wie mir scheint, zutreffend — darauf hin, daß der Staat, der nicht Träger öffentlichen Eigentums ist, zwangläufig zum Träger öffentlicher Schulden wird36). Macht man sich diese Auffassung auch nur teilweise zu eigen, so wird auch verständlich, warum gerade der gegenwärtige deutsche Staat bei seiner wirtschaftlichen Betätigung auf so erbitterten Widerstand vieler seiner Bürger stößt. Anderseits könnte die machtsteigernde Wirkung der Staatswirtschaft es rechtfertigen. daß die öffentliche Hand in die Wirtschaft selbst dann eindränge, wenn hierbei nicht der rein wirtschaftlich gesehen optimale Wirtschaftserfolg einträte. Über die ökonomische Oppor-

gesellschaften Deutschlands, Werden, Wesen und Bedeutung (Sonderdruck aus dem Jahrbuch 1925 des Deutschen Kraftfahr- und Motorwesens, Berlin 1925), S. 1 ff.

<sup>33)</sup> Rudolf Goldscheid, Staat, öffentlicher Haushalt und Gesellschaft — Wesen und Aufgaben der Finanzwissenschaft vom Standpunkte der Soziologie, in Gerloff-Meisel, Handbuch der Finanzwissenschaft I (Tübingen 1926), S. 146 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup>) a. a. O. S. 153.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup>) a. a. O. S. 165.

tunität des Staatskapitalismus, über die bestmöglichen betriebswirtschaftlichen Formen zu urteilen, kann nicht Sache des Juristen sein; er darf aber darauf aufmerksam machen, daß solche Gesichtspunkt selbst in der privaten Wirtschaftsbetätitung bisweilen hinter politische Entschließungen zurücktreten.

Ein weiteres Motiv für erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Verbände ist ihr Finanzbedürfnis<sup>36</sup>). Dieses Motiv kann verhältnismäßig isoliert auftreten und führt gelegentlich zu Bildungen, wie etwa dem Branntweinmonopol des Deutschen Reiches<sup>37</sup>), die nicht eigentlich der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zugerechnet werden können. In anderen Fällen ist das Finanzbedürfnis einer unter den vielen Gründen der konkreten Gestaltung. Man wird es von dem Machtstreben zu unterscheiden haben, wenn auch beide Ursachengruppen dicht nebeneinanderliegen und in Wechselwirkung stehen. Auch hier, bei den finanziellen Gründen, läßt sich eine Verstärkung in der Nachkriegszeit vermuten und beobachten. Auch dieses Motiv tritt nicht an einer Stelle auf, sondern bei den verschiedenen Gemeinwesen, und treibt sie unter Umständen zum Wettbewerb. Seine Stärke kann nicht an dem erreichten wirtschaftlichen Erfolg gemessen werden, weil schon die Hoffnung auf möglichen finanziellen Ertrag zur Betätigung auf wirtschaftlichem Gebiet anregt. Finanzpolitische Erwägungen führen nicht nur zu staatswirtschaftlichem Vorgehen überhaupt, sondern bestimmen vielfach auch die konkrete Form des Unternehmens.

In ähnlicher Doppelrichtung auf das Ob und das Wie wirkt sich auch die letzte Ursachengruppe aus, die ich hier nennen möchte, nämlich der Betätigungsdrang der Bürokratie. Freilich betritt man hier einen besonders unsicheren Boden. auf dem ein exakter Beweis sich kaum führen läßt, wenigstens nicht für den Außenstehenden, und die unmittelbar Beteiligten sind verständlicherweise wenig geneigt, greifbare Angaben zu machen. Immerhin dürfte die Erwartung gerechtfertigt sein, daß ein an sich gesunder Personalstab nach neuen Möglichkeiten drängt, seine Vitalität zu entfalten, und daß dieser Drang gesteigert wird, wenn bisherige Betätigungsmöglichkeiten beschnitten werden. Die politischen Änderungen des letzten Jahrzehnts haben aber den alten Machtbereich des höheren Beamtentums eingeengt. Hinzu kommt, daß die Kompetenzverschiebungen zwischen Reich, Ländern und Gemeinden bei den unteren Verbänden hie und da ein Vakuum hinterlassen

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup>) Vgl. Fleiner a.a.O. S. 121.

<sup>37)</sup> Gesetz über das Branntweinmonopol in der Fassung des G. über Änderungen im Finanzwesen vom 8. April 1922 (RGBl. I S. 335/405), zuletzt geändert durch G. vom 21. Mai 1929 (RGBl. I S. 99).

haben, dessen Ausfüllung durch neue Aufgaben der gleichsam arbeitslos gewordenen Bürokratie erwünscht sein Kommen aber die Länder und auch die Gemeinden so zu neuer erwerbswirtschaftlicher Betätigung, so scheint die Reichsbürokratie dem nicht tatenlos zusehen zu können. Selbstverständlich stehen auch die Bedürfnisse der Bürokratie als Ursache staatswirtschaftlichen Vorgehens nicht isoliert da; sie sind mit dem vorhin erörterten Machtstreben des Staates selbst um so enger verbunden, je mehr das Beamtentum geneigt ist, sich als das eigentlich Lebendige, das tragende Element im Staate zu empfinden. Es kommen aber wohl noch sekundäre Momente subjektiver Art hinzu, etwa der Wunsch des Beamtentums, sich als unentbehrlich zu erweisen oder zu zeigen, daß es - entgegen lautwerdender Kritik - auch auf wirtschaftlichem Gebiete tüchtig ist, vielleicht auch das Streben nach Verbesserung der materiellen Lage, insbesondere der materiellen Lage einzelner. Die Einstellung und die Bedürfnisse der Bürokratie können aber nicht nur dem Vordringen der öffentlichen Hand Antrieb geben, sondern sie dürften auch starken Einfluß haben auf die Form, in der die öffentliche Erwerbswirtschaft organisiert wird. Es ist bekannt und wird noch etwas näher zu zeigen sein, daß die öffentliche Hand bei ihrem erwerbswirtschaftlichen Vorgehen vielfach solche Formen wählt oder Formen neu schafft, bei denen im Voranschlag und in der Rechnungskontrolle eine freiere Stellung erreicht wird als in der eigentlichen Verwaltung, bei denen der Einfluß der Parlamente oder der Stadtverordnetenkollegien erheblich eingedämmt wird38). Die öffentlichen Verbände unterer Ordnungen finden für ihre Wirtschaftsunternehmen Rechtsformen, die es ermöglichen, die normale hoheitliche Staatsaufsicht auszuschalten39). Für all das sind gewiß eine ganze Reihe von Gründen, zum Teil rein wirtschaftstechnischer Art, maßgebend; es scheint mir aber, daß auch der Selbständigkeitsdrang der mitwirkenden Bürokratie hierbei eine Rolle spielt.

Diese Gesichtspunkte — sozialistische und pseudosozialistische Vorstellungen, Notwendigkeit der Selbstbehauptung und Machterweiterung des Staates, Finanzbedürfnisse, Einstellung der Bürokratie — scheinen mir für die ursächliche Erklärung unserer Erscheinung wichtig zu sein. Für erschöpfend

<sup>38)</sup> Alfred Amonn, Privatwirtschaftliche Einnahmen (in Gerloff-Meisel, Hdb. d. FinWiss. I, Tübingen 1926, S. 334 ff.), S. 351, macht auf die "Stärkung der Exekutivgewalt bei gleichzeitiger Schwächung der Legislative" als "politische Folge" der Wahl privatwirtschaftlicher Einnahmeformen aufmerksam.

<sup>39)</sup> Hans Peters, Grenzen der kommunalen Selbstverwaltung in Preußen (Berlin 1926), S. 179.

halte ich sie nicht. Aber die sonst auftretenden Ursachen sind mehr zufälliger Art. Man denke zum Beispiel an den Wunsch, ja die Notwendigkeit der Verwertung ohnehin vorhandener Betriebsmittel, die sich in der Demobilmachungszeit zeigte und die zur Schaffung der Verarbeitungsbetriebe des Reiches zunächst in Gestalt der Deutschen Werke Aktiengesellschaft, jetzt angeschlossen dem Konzern der Viag, geführt hat40). In ähnlicher Weise haben die Kraftverkehrsgesellschaften mit übernommenen Heereskraftwagen den Betrieb aufgenommen41).

Ehe ich mich den Rechtsformen im einzelnen zuwende. die am wirtschaftlich tätigen Staat zu beobachten sind, möchte ich die grundsätzliche Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand aufwerfen. Das erscheint um so notwendiger, als die wirtschaftspolitische Diskussion über diesen Punkt auffallend schnell hinwegzugehen pflegt. Weder ist es selbstverständlich, daß die öffentlichen Verbände sich am Wirtschaftsleben ihrer Bürger in freiem oder gar bevorrechtigtem Wettbewerb beteiligen dürfen, noch ist das Gegenteil von vornherein anzunehmen. Geschichtliche Betrachtung spricht eher für als gegen die Zulässigkeit, wenn sie nur hinreichend weit in die Vergangenheit blickt. Wie steht es aber in der Gegenwart?

Es würde zu weit führen, an dieser Stelle das Gesamtverhältnis des Staates zum Wirtschaftsleben ausführlich zu erörtern. Es darf aber daran erinnert werden, daß hier keineswegs ein der staallichen Einflußnahme unzugänglicher Bezirk vorliegt und daß bei solcher Einflußnahme der Staat keineswegs sein eigenes Interesse auszuschalten pflegt. Hält man sich an die auch für deutsche Verhältnisse zutreffende Formulierung der Carta del Lavoro<sup>42</sup>), wonach der Staatseingriff in die wirtschaftliche Produktion die Form der Überwachung, der Ermutigung oder der unmittelbaren Geschäftsführung annehmen kann, so ist zunächst die Überwachung etwas durchaus Geläufiges. Ihr dient eine ausgebreitete Gesetzgebung, für die zum Teil sehr deutliche Kompetenznormen in der Reichsverfassung enthalten sind<sup>43</sup>). Daran schließt sich eine entsprechende Handhabung der Gerichtsgewalt, und auch die Verwaltung hat es vielfach mit der Über-

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup>) Wiedenfeld, a.a.O. S.8; D. Fischer, Der Aufbau und die Aufgaben der Vereinigte Industrie-Unternehmungen A.-G. (Vortrag vor der Frankfurter Gesellschaft für Handel, Industrie und Wissenschaft am 27. April 1927) S. 21.

<sup>41)</sup> Boethke-Heger a.a.O. S. 7.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup>) Ziffer IX Satz 2. <sup>43</sup>) Vgl. z. B. Art. 7 Nr. 14 bis 20, Art. 10 Nr. 5 RV.

wachung des Wirtschaftslebens zu tun. Gewerbepolizei, Arbeitsaufsicht, Kartellgericht, Kaliwirtschaftsgesetz seien hier als Beispiele genannt. Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Überwachung durch den Staat steht außer Frage; politisch umstritten ist ihr vernünftiges Maß.

Weniger zutage tritt die obrigkeitliche Ermutigung wirtschaftlicher Bestrebungen, bei der privaten Unternehmern ideelle oder materielle Unterstützung zuteil wird, ohne daß der Staat aktiv als Wirtschaftssubjekt auftritt. Selbstverständlich ist auch hier wieder an die Gesetzgebung zu denken, die das Unternehmertum ermutigen oder entmutigen kann. Sehr bedeutsam sind aber unter diesem Gesichtspunkt auch Einzelmaßnahmen, die im Gange der Verwaltung getroffen werden44). Unübersehbare Möglichkeiten bieten sich hier in der Hingabe von Vorschüssen, Subventionen, Überlassung von Bauland, Gewährung von Fahrpreisermäßigungen, Steuerbegünstigungen, Ausfuhrerleichterungen, Veranstaltung einer Exportkreditversicherung. Beratung und Ermittlung durch die Auslandsvertretungen usw. Bisweilen entwickeln diese Dinge sich auf einer ausdrücklichen allgemeinen Rechtsgrundlage, wie sie z. B. (allerdings für Katastrophenfälle) die Verordnung betreffend Maßnahmen gegenüber Betriebsabbrüchen und -stillegungen45) bietet. Vielfach ergeben sie sich aber als Ausflüsse der Zuständigkeit einer Behörde, ohne daß sie ihr besonders aufgetragen wären, und nur wenn Aufwendungen gemacht oder Bürgschaften übernommen werden sollen, bedarf es einer formellgesetzlichen Grundlage wenigstens im Haushaltsplan. Daß die Form der Bewilligung bisweilen ziemlich lax gehandhabt wird und daß sich hieran politische wie juristische Bedenken und Reformwünsche knüpfen, ist bekannt. Beim Reiche nimmt das, was an finanziellen Hilfen der verschiedensten Art aus den verschiedensten Titeln des Etats alles in allem geleistet wird, in der Summe der Fälle und der Beträge einen erstaunlichen Umfang an. Alles in allem sind die staatlichen Ermutigungen für das Wirtschaftsleben in ihrer Zulässigkeit unbestritten; da sie greifbare Vorteile bringen, fordern sie wenig Widerspruch heraus, der auch kaum allgemein zu begründen wäre.

Anders steht es mit dem un mittelbaren Geschäftsbetriebe der öffentlichen Hand, unserem eigentlichen Thema. Hierfür aus den Gesetzgebungskompetenzen des Reiches etwas herausholen zu wollen, erscheint abwegig. Wohl aber dürfte es möglich und nötig sein, die Frage der Zulässigkeit

Vgl. auch Fleiner a.a. O. S. 127 unter 1.
 Vom 8. November 1920/15. Oktober 1923 (RGBl. 1920 S 1901, 1923 I S. 983).

an dem materiellen Inhalt der Verfassung zu prüfen. Enthält etwa die Reichsverfassung eine Rollenverteilung zwischen öffent licher Hand und Privatwirtschaft? Gibt es einen rechtlichen Grenzschutz für die Privatwirtschaft gegen Ein- und Übergriffe der öffentlichen Hand? Für die Auslegung der verstreuten Bestimmungen, die hier in Betracht kommen, gewinnt die Vorfrage Bedeutung, was grundsätzlich an erster Stelle steht, die Privatwirtschaft oder die Staatswirtschaft. Man wird sich wohl für das erste, für den Primat der Privatwirtschaft entscheiden müssen, wenn men die Ergebnisse der liberal-kapitalistischen Periode überblickt und auch wenn man die jüngsten Strukturwandlungen der Wirtschaftsorganisation — Kartellwesen, Konzernbildung usw. — in Betracht zieht. Die private Initiative in Wirtschaftsdingen erscheint als das Normale, und der Staat entschließt sich zu Eingriffen nur dort, wo jene versagt oder wo politische Interessen der Allgemeinheit im Spiele sind die Formel der Carta del Lavoro46) trifft auch hierin über Italien hinaus zu. Freilich ist damit zunächst nur der tatsächliche Zustand und die vorherrschende Anschauung gekennzeichnet, die die Weimarer Reichsverfassung vorgefunden hat und die wir auch heute vorfinden. Ob man daraus eine Rechtsregel machen und sie in den Verfassungsinhalt hineinlegen kann, erscheint mir recht zweifelhaft. Positiv entscheidet die Reichsverlassung an einigen Stellen für die Staatswirtschaft: im Art. 88 beim Post-, Telegraphen- und Fernsprechwesen, im Art. 89 bei den Eisenbahnen, im Art. 97 bei den Wasserstraßen. Im übrigen herrscht nach Art. 151 Abs. 3 Handels- und Gewerbefreiheit. Aber auch abgesehen von dem Vorbehalt der Beschränkung durch Reichsgesetze, die ja nicht erst zu ergehen pflegen, ehe ein öffentlicher Verband eigenwirtschaftlich tätig wird, fragt sich doch, ob hieraus etwas gegen die öffentliche Wirtschaft und für einen rechtlichen Vorrang der Privatwirtschaft hergeleitet werden kann. Ich glaube, das verneinen zu müssen. Es erscheint mir bemerkenswert, daß Kestner, der in seinem bekannten, jetzt von Lehnich neu bearbeiteten Buch über den Organisationszwang<sup>47</sup>) aus dem Grundsatz der Gewerbefreiheit sehr viel mehr als ein bloßes Gewerbe-unternehmen-dürfen, nämlich eine positivrechtliche Konkurrenzfreiheit herausholt, mit keinem Wort andeutet, daß es sich hierbei um eine Domäne der Bürger handle, in die öffentliche Verbände nicht einbrechen dürften. Man wird vielmehr annehmen dürfen, daß das Reich, die Länder und die sonstigen öffentlichen Verbände rechtlich ungehindert an der gleichen Freiheit

49) Ziffer IX Satz 1.

<sup>47)</sup> Kestner-Lehnich, Der Organisationszwang (2. Aufl., Berlin 1927), S. 190 f., 197 ff.

teilnehmen dürfen, die im Art. 151 Abs. 3 RV. den Bürgern eingeräumt ist, daß auch nach dieser Richtung der Wettbewerb offen ist. Die einzige Folgerung, die aus den liberalen Anschauungen und den Verfassungsvorschriften allenfalls ziehen wäre, ist die, daß die öffentliche Hand bei dem Wettbewerb mit der Privatwirtschaft ihr wirtschaftlich gleichzustellen ist, daß sie eine rechtliche Sonderstellung nicht in Anspruch nehmen, sich nicht durch Gesetze schaffen darf. Das ergibt sich schon aus dem Gleichheitssatz des Art. 109 RV. Indessen ist damit sogleich die Unsicherheit der These angedeutet. Denn wo liegen die Tatbestände bei der öffentlichen Hand einerseits, der Privatwirtschaft andrerseits noch gleich, sodaß ungleiche Rechtsfolgen Willkür sind? Sicher liegt eine Besonderheit vor bei dem faktischen Monopol — vielleicht auch bei dem rechtlich geschaffenen Monopol, und auch wo Gemeinwesen und Privatunternehmer frei konkurrieren, können doch Umstände gegeben sein, die eine Bevorzugung des öffentlichen Unternehmens als gemeinnützig oder dergleichen rechtfertigen. Die hiermit angeschnittenen Fragen haben besondere Bedeutung auf steuerrechtlichem Gebiete, in das ich nicht eintreten möchte, auf dem die Bevorzugung der in Privatrechtsform auftretenden öffentlichen Hand übrigens wohl nicht den Umfang hat, der manchmal behauptet wird. Immerhin bleibt gerade diesem Punkte Raum für Kritik und politische Diskussion48). — Erscheint schon nach dem bisher Gesagten der historische Vorrang der Privatwirtschaft als ein rein tatsächlicher. ist wirtschaftliche Aktivität der öffenlichen Hand nicht rechtlich unzulässig, so findet sie vollends die ausdrückliche Bestätigung ihrer Zulässigkeit in Art. 156 RV. Wenn dieser sogenannte Sozialisierungsartikel vorsieht, daß das Reich durch Gesetz private wirtschaftliche Unternehmungen in Gemeineigentum überführen, daß es sich, die Länder oder die Gemeinden an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen beteiligen, daß es sich in anderer Weise einen bestimmenden Einfluß sichern und endlich die sogenannte wirtschaftliche Selbstverwaltung einführen kann, so liegt darin zugleich als ein minus, daß das Reich und, wie ich annehmen möchte, auch die anderen öffentlichen Verbände überhaupt wirtschaftlich tätig werden dürfen, insbesondere unter Benutzung der allgemein zugänglichen privatrechtlichen Formen<sup>40</sup>). Man kann solche Betätigung der öffentlichen Hand, wenigstens soweit sie mit gemeinwirtschaftlichen Endzwecken erfolgt, die übrigens im Abs. 1 Satz 2 des

(3. Aufl., Berlin 1928) Art. 156 Anm. 4.

Vgl. z. B. die Denkschrift des Hansabundes (Anm. 6) S. 83 ff.;
 Uecker in Dt. ArbGZtg. vom 14. April 1929, 1. Beibl. zu Nr. 15.
 Fritz Pötzsch-Heffter, Handkommentar der RV.

Artikels nicht ausdrücklich gefordert sind, wohl der Sicherung eines bestimmenden Einflusses in anderer Weise - Satz 2 zweiter Halbsatz - zurechnen, obwohl die Kommentare hier wesentlich an negative, einschränkende Befugnisse gegenüber fortbestehender Privatwirtschaft denken<sup>50</sup>). Jedenfalls aber ist es angesichts des Art. 156 RV. unmöglich, die grundsätzliche rechtliche Unzulässigkeit staatswirtschaftlicher Maßnahmen zu behaupten und das Betätigungsfeld der öffentlichen Hand auf positivrechtlich vorgesehene Ausnahmefälle einzuschränken. Daran vermag auch der gelegentlich beliebte Hinweis auf die Verfassungsartikel 163 und 164 nichts zu ändern. Das extrem programmatische Recht auf Arbeit kann auch gegenüber einer weitgehend in öffentliche Hand überführten Wirtschaft bestehen. denn das Bedürfnis nach Beschäftigung von menschlichen Arbeitskräften und damit die Möglichkeit, durch wirtschaftliche Arbeit den Unterhalt zu erwerben, fällt bei der Überführung nicht weg. Und der Schutz des selbständigen Mittelstandes in Landwirtschaft. Gewerbe und Handel, den Art. 164 als Programmsatz verheißt, stellt bestenfalls eine mäßigende Schranke. nicht aber ein allgemein wirksames Hindernis der öffentlichen Wirtschaft dar. Die Einzelfragen, wie weit mit der Schaffung öffentlicher Unternehmen zu gehen sei, welche Wirtschaftszweige sich dafür mehr, welche weniger eignen, können ohnehin nicht vom Juristen beantwortet werden; bei ihrer politischen Lösung werden allerdings solche Verfassungssätze wie Art. 164 in den Ausgleich einzubeziehen sein. — Zur Unterstützung der Behauptung von der rechtlichen Zulässigkeit wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand kann endlich noch auf § 48 der Reichshaushaltsordnung und verwandte Bestimmungen in Landeswirtschaftsgesetzen, Gemeindeordnungen usw. hingewiesen werden, wonach gesetzgeberisch mit der Beteiligung öffentlicher Verbände an Unternehmen gerechnet wird, die einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb zum Gegenstand haben.

Die Rechtsformen, die von den öffentlichen Verbänden bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung gewählt werden, sind mindestens in ihrer Zusammenfügung ungeheuer vielgestaltig. Einen Überblick über die Fülle der Möglichkeiten gibt etwa die Verwaltungsordnung der Stadt Königsberg i. Pr. vom 15./16. Dezember 1926. Es wird nicht möglich sein, sie im Rahmen eines Referats alle vorzuführen; es ist mir auch in der verhältnismäßig kurzen Vorbereitungszeit nicht möglich gewesen, die verstreuten und bisweilen vertraulich gehaltenen Rechtstasachen vollständig aufzuspüren. Man wird sich davor hüten

<sup>50)</sup> Pötzsch-Heffter Anm. 5; Anschütz Anm. 3; Giese Anm. II 4.

müssen, vorzeitig zu einer Typisierung und Schematisierung gelangen zu wollen. Bemerkenswert ist die reichliche Verwendung privatrechtlicher Formen, sowohl im Organisatorischen wie im Rechtsverkehr. Mit ihrer Einbeziehung wird zwar äußerlich der Rahmen des Themas gesprengt; angesichts der wirtschaftspolitischen Streitlage und für das Verständnis der Gesamterscheinung ist sie aber notwendig, und die korrekte Abgrenzung des Begriffes Verwaltungsrecht darf kein Hindernis bilden.

Um wenigstens etwas Ordnung in die Fülle der Erscheinungen zu bringen, ist es zweckmäßig, zunächst von den Organisationsformen zu sprechen, deren das wirtschaftende Gemeinwesen sich bedient, und dann von der rechtlichen Ausgestaltung seiner Verkehrsbeziehungen zu Arbeitskräften, Kunden und Lieferern. Die Organisationsformen lassen sich grundsätzlich einteilen in solche des privaten und solche des öffentlichen Rechts.

Gerade dort, wo die öffentliche Hand die Aufmerksamkeit am stärksten auf sich zieht, tritt sie auf in privatrechtlicher Gestalt. Fast alle neueren Zweige staatswirtschaftlicher Betätigung, wie Elektrizitätsversorgung, Kraftfahr- und Rundfunkwesen, bedienen sich dieser Form, und bei den seit längerer Zeit bestehenden kommunalen Versorgungsbetrieben ist ein starker Drang aus der öffentlich-rechtlichen in die privatrechtliche Organisationsform zu beobachten. Verwendet werden fast alle Typen der juristischen Person des Privatrechts — zum Beispiel auch die des eingetragenen Vereins bei der allerdings neuestens aufgelösten Reichszentrale für Deutsche Verkehrswerbung, einem Ableger der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft<sup>51</sup>), und bei der Union Internationale de Radiophonie, die nach Schweizerischem Recht errichtet ist52) -, während Einzelperson, bürgerlichrechtliche Gesellschaft und offene Handelsgesellschaft aus naheliegenden Gründen ausscheiden. Praktisch bevorzugt werden die Formen der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung<sup>53</sup>). Die Reichshaus-

<sup>51)</sup> Rudolf Köhler, Die Nebenbetriebe der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft auf dem Gebiete des Personenverkehrs (Tübinger Diss.) im Archiv f. Eisenbahnwesen 1926, S. 1270; vgl. Adolf Sarter, Verkehrswerbung bei den Eisenbahnen (Berlin 1927) S. 36. Die Reichszentrale im Frühjahr 1929 ersetzt worden durch die Reichsbahnzentrale für den deutschen Reichsverkehr G. m. b. H., deren Kapital ausschließlich in Händen der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft ist.

<sup>52)</sup> Hans Bredow, Vier Jahre deutscher Rundfunk (Berlin 1927). S 53.

<sup>1927),</sup> S. 53.

Salva die Verwendeten Formen und die Gründe ihrer Wahl gibt Hans Boelsen, Kapitalgesellschaften in öffent-

haltsordnung<sup>54</sup>) beschränkt das Reich durch Sollvorschrift auf die Formen der A.-G., der Kommanditgesellschaft auf Aktien, der G. m. b. H. und der eingetragenen Genossenschaft, wobei für letzteren Fall die Beschränkung der Haftung auf eine im voraus bestimmte Summe besonders betont wird. Damit tritt ein für die Wahl der Organisationsform wesentliches Motiv deutlich hervor: das Risiko, das der wirtschaftlichen Betätigung innewohnt, soll in übersehbaren Grenzen gehalten werden. Sieht man sich die Gründungs- und Gesellschaftsverträge von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften m. b. H. an. bei denen öffentliche Verbände wesentlich beteiligt sind oder deren Kapital ausschließlich in öffentlicher Hand ist55), so unterscheiden sie sich vielfach in nichts von denen gleichartiger Gesellschaften des privaten Kapitals. Zum Beispiel enthält die Satzung der Viag genaue Bestimmungen über den Verfall der Gewinnanteilscheine bei nicht rechtzeitiger Vorlage und über das Verfahren bei Verlust von Aktien, obwohl sämtliche Aktien dem Reiche gehören. Die etwaigen Besonderheiten, die solchen Gesellschaften dennoch anhaften, finden sich außerhalb des Gesellschaftsvertrags. So sieht die Reichshaushaltsordnung vor, daß das Reich sich bei der Gründung den erforderlichen Einfluß auf das Unternehmen durch geeignete Abmachungen sichern, insbesondere das Recht zur Bestellung von Aufsichtsratsmitglieder ausbedingen soll usw., und auch beim Erwerb von Anteilen bestehender Gesellschaften soll auf solche Sicherungen hingewirkt werden<sup>56</sup>). Auch ohne dahinterstehende Gesetzesvorschrift finden sich derartige Einflußsicherungen, z. B. im Gründungsvertrag der Energie Aktiengesellschaft Leipzig vom 17. Mai 1923, wo die Vertragspartner - ein öffentlichrechtlicher Gemeindeverband, eine private Aktiengesellschaft, eine kommunale G. m. b. H. und eine Stadtgemeinde - sich verpflichten, in den Generalversammlungen mit ihrem gesamten Aktienbesitz für eine bestimmte Verteilung der Aufsichtsratssitze einzutreten<sup>57</sup>). Wo aber, wie es oft genug der Fall ist, das gesamte Gesellschaftskapital sich in der Hand eines einzigen Gemeinwesens befindet, fallen solche ausdrücklichen

licher Hand unter bes. Berücks. der Beeinflussung und Überwachung ihrer Geschäftsführung durch die öffentlichen Körperschaften (Verein für Kommunalwirtschaft und Kommunalpolitik, Vereinsschrift Nr. 30; Berlin 1929); Auszug in Frankfurter Zeitung Nr. 283, Zweites Morgenblatt vom 17. April 1929.

<sup>54) § 48</sup> Abs. 1, 4.

<sup>55)</sup> Reiches Material z. B. in Berliner Stadtrecht I, Städtische Gesellschaften und Gesellschaftsbeteiligungen; herausgegeben vom Magistrat der Stadt Berlin (1926).

<sup>56) § 48</sup> Abs. 2, 3 RHO.
57) Vgl. auch Geiler a.a.O. S. 86 f.

Einflußsicherungen als überflüssig weg. Der zuständige Finanzminister, der allein - etwa bei der Viag oder der Aktiengesellschaft Sächsische Werke — die Generalversammlung bildet. hat ohnehin das erforderliche Maß von Bestimmungsmacht, und es scheint, daß der trotzdem bestehende, meist aus Beamten<sup>57a</sup>) und Wirtschaftsverständigen zusammengesetzte Aufsichtsrat nach dem in übertragenem Sinn anwendbaren Worte Sohms darauf beschränkt ist, ein "Glasauge" der Gesellschaft zu sein. Das Verhältnis zwischen der Gesellschaftsleitung und dem zuständigen Ressort dürfte in starkem Maße Taktfrage sein. Für den Konzern der Viag hat Staatssekretär Fischerse) sich dahin geäußert, "daß die zuständigen Ressorts sich durch Vertretung in den Aufsichtsräten betätigen und daß es die Aufgabe des Vorsitzenden des Aufsichtsrats und des Vorstandes ist, in wichtigen Angelegenheiten den dem Reichstag verantwortlichen Reichsminister rechtzeitig zu informieren, daß aber anderseits das Ressort auf den Gang der Geschäfte im einzelnen keinen Einfluß nimmt, sondern die handelsrechtliche Verantwortung der Gesellschaftsorgane beachtet und sich auswirken läßt". -Außerhalb der Verfassung der in öffentlicher Hand befindlichen Gesellschaft liegen Bindungen, wie sie in nicht ganz singulärer Weise das sächsische ASW-Gesetz<sup>50</sup>) enthäll, wonach die vollständig im Besitze des Landes befindlichen Aktien der Gesellschaft nur mit Zustimmung des Landtags veräußert oder verpfändet werden dürfen. Rechtlich wird die Stellung der Gesellschaft und ihr privatrechtlicher Charakter durch solche Vorschriften ebensowenig berührt, wie durch die im gleichen Gesetz enthaltene Ermächtigung an den Finanzminister, die staatlichen Kohlen- und Elektrizitätswerke sowie Beteiligungen käuflich der neuen Aktiengesellschaft zu übertragen, und wie durch Bürgschafts- und Anleiheermächtigungen<sup>60</sup>), die schließlich auch zugunsten wirklich privater Unternehmungen ausgesprochen werden könnten. — In den Fragebogen, die das Reichsiustizministerium zur Aktienreform herausgibt, scheint die Frage aufgeworfen werden zu sollen, ob die Form der Aktiengesellschaft auf echte Erwerbsgesellschaften zu beschränken sei. Die gleiche Frage kann auch für die

<sup>&</sup>lt;sup>57a</sup>) Vgl. Heinrich Wimpfheimer, Beamte als Aufsichtsräte (in Festschrift für Heinitz, Berlin 1929).

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup>) a. a. O. S. 25.

<sup>59)</sup> Gesetz über die Ubertragung des staatlichen Kohlen- und Elektrizitätsunternehmens an die Aktiengesellschaft Sächsische Werke zu Dresden vom 30. Januar 1924 (Sächs. GBl. S. 51).

<sup>60) § 3</sup> ASW-Gesetz; ferner z. B. Gesetz über die Aufnahme von Staatsanleihen und die Übernahme einer Staatsbürgschaft für die Aktiengesellschaft Sächsische Werke in Dresden vom 1. Juli 1926 (Sächs. GBl. S. 131).

G. m. b. H. gestellt werden. Indessen scheint bei der Arbeit des Enquêteausschusses, auf die das Reichsjustizministerium sich stützt, nur an das Problem der Verwendung der Gesellschaftsform in den Fällen gedacht worden zu sein, wo eine Gewinnerzielungsabsicht fehlt; das ist aber bei der öffentlichen Hand zumeist nicht der Fall<sup>61</sup>).

Nur scheinbar eine Sonderstellung innerhalb der von der öffentlichen Hand benutzten privatrechtlichen Organisationsformen nehmen die sogenannten gemischtwirtschaftlich en Unternehmen ein, deren hervorstechendes Merkmal die kapitalmäßige Beteiligung sowohl öffentlicher Verbände wie des privaten Unternehmertums ist. Das Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk und die vorhin genannte Energie Aktiengesellschaft Leipzig sind bekannte Beispiele dafür. In einer sehr umfassenden Dissertation, auf die ich verweisen darf, bestimmt Mallon62) den Begriff des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens dahin, daß es "zustandekommt 1. durch den Abschluß eines gemeinsamen Vertrags in Privatrechtsform zwischen zwei oder mehr Personen, von denen 2. mindestens je eine dem öffentlichen oder dem privaten Recht angehört, von denen 3. jede einen Teil des Grund- oder Stammkapitals aufbringt und 4. vollberechtigtes Mitglied des Unternehmens ist". Sind "nur Personen des öffentlichen Rechts in verschiedener Abstufung Mitglieder", so spricht Mallon von einem echten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen im weiteren Sinne. während er als unechte gemischtwirtschaftliche Unternehmen anstaltsähnliche Unternehmen bezeichnet, bei denen eines der anderen Merkmale, z. B. die volle Mitgliedschaft Privater, fehlt. Das geltende Gesetz kümmert sich um das gemischtwirtschaftliche Unternehmen nur wenig. Ausdrücklich erwähnt ist es nur im § 3 des noch nicht praktisch gewordenen Gesetzes betreffend die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft vom 31. Dezember 1919 (RGBl. 1920 S. 19); darauf zugeschnittene oder verwendbare Bestimmungen nebensächlicher Art finden sich im Telegraphenwegegesetz, in den Durchführungsvorschriften zum Kaliwirtschaftsgesetz und in einzelnen Steuergesetzen. Bestrebungen auf Schaffung einer besonderen Rechtsform des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens, wie sie vor dem Krieg etwa der Ministerialdirektor Freundes) betrieb, sind in

<sup>61)</sup> Vgl. RJustMin. IIIa 403/29, Fragebogen I, Frage 7; Fragebogen VIII, der "Aktiengesellschaft und öffentliche Hand" behandeln soll, liegt noch nicht vor; ferner in "Wandlungen" (hier Anm. 25) Flechtheim S. 38 und Haußmann S. 137.

<sup>62)</sup> Otto Mallon, Das Gemischtwirtschaftliche Unternehmen im deutschen öffentlichen und im ausländischen Recht (Bonner jur. Diss.), einstweilen gedruckter Auszug (Bonn 1928) S.5.

Deutschland ergebnislos verlaufen, und auch das, was das österreichische Gesetz vom 29. Juli 1919 (StGBl. Nr. 389; 141. Stück) über gemeinwirtschaftliche Unternehmungen an Rechtsgebilden vorsieht<sup>64</sup>), scheint mir aus einer anderen Gedankenwelt, aus Absichten der Sozialisierung und Betriebsdemokratisierung, hervorgewachsen zu seines). Ein Bedürfnis nach rechtlicher Sonderbehandlung des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens scheint um so weniger zu bestehen<sup>66</sup>), als die öffentliche Hand es vielfach vorzieht, das Kapital ihrer privatrechtlich organisierten Unternehmungen allein aufzubringen. So sehen wir die Viag, die neue Preußische Elektrizitätsund Bergwerks-A.-G.<sup>67</sup>), die Aktiengesellschaft Sächsische Werke und auch viele kommunale Betriebsgesellschaften je zu 100% in der Hand eines einzigen öffentlichen Verbandes. Das gemischtwirtschaftliche Unternehmen ist — wie so manches andere. was an der öffentlichen Hand zu beobachten ist — ein wirtschaftlicher Sonderfall, nicht aber eine besondere Rechtsform<sup>68</sup>). Dies dürfte auch gelten für die sog, gemischtwirtschaftliche Zwillingsunternehmung69), bei der Anlagewerte und Betriebsführung in den Händen formell getrennter juristischer Personen liegen.

Hingegen stoßen wir auf rechtliche Besonderheiten und nähern uns der Grenze zwischen bürgerlichem und öffentlichem Recht, wenn wir nach der Anwendbarkeit der Kategorie "beliehener Unternehmer" fragen. Freilich handelt es sich hierbei nicht um ein einheitliches Rechtsinstitut<sup>70</sup>), sondern um den Versuch einheitlicher Erklärung verschiedener verwandter positivrechtlicher Gestaltungen. Der Begriff ist zwar nicht ausschließlich, aber doch vorwiegend darauf abgestellt, daß einem Privaten ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung im eigenen Namen und Rechte verliehen wird, wobei mit egoistischer Einstellung des Beliehenen gerechnet wird<sup>71</sup>). Der private Charakter des Unternehmers ist nicht so

<sup>63)</sup> Friedrich Freund, Die "gemischte wirtschaftliche Unternehmung", eine neue Gesellschaftsform, in DJZ. 1911 Sp. 1113 ff.

oe) Vgl. Mallon §§ 175 ff., Auszug S. 8.

fi) Hierzu Kautsky, a.a. O. S. 210.

oe) Geiler a.a. O. S. 85 lehnt gesetzgeberische Eingriffe auch

unter dem Gesichtspunkte der Aktienreform zurzeit ab.

67) Über die "Prebag" vgl. Münchner Neueste Nachrichten Nr. 55 vom 25. Februar 1929; Frankfurter Zeitung Nr. 188, Abendblatt vom 11. März 1929.

<sup>88)</sup> So auch Fleiner a.a. O. S. 124: "Der Ausdruck bezeichnet keinen juristischen Begriff."

<sup>&</sup>lt;sup>66</sup>) Erwähnt bei Geiler a.a. O. S. 86.
<sup>70</sup>) Vgl. Walter Jellinek, Verwaltungsrecht (2. Aufl., Berlin 1929), S. 507, 510.

<sup>71)</sup> Zum Begrifflichen vgl. Jellinek a.a.O. S. 507 ff.; Otto

sehr im Juristischen als in seiner gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Stellung zu suchen, und auch, wo Personen des öffentlichen Rechts als Verleihungsempfänger vorgestellt werden, ist ihre Öffentlichrechtlichkeit ein mehr zufälliger Umstand und jedenfalls das öffentliche Unternehmen, das ihnen verliehen wird, außer Zusammenhang mit ihren eigentlichen öffentlichen Aufgaben. Der Ausgangstatbestand des beliehenen Unternehmers liegt also anders als bei den Privatrechtsgebilden, deren die öffentliche Hand sich bedient, um ihre wirtschaftlichen Zwecke zu verfolgen. Will man trotzdem von beliehenen Unternehmern bei den zu 100% oder auch nur überwiegend mit öffentlichem Kapital finanzierten Aktiengesellschaften usw. sprechen, die wir kennengelernt haben, so darf man es nur in dem Bewußtsein, daß man sich an die äußere Rechtsform hält und nicht an den sozialen Inhalt. Dann kann man sagen, daß solchen Gesellschaften ein Stück öffentlicher Verwaltung übertragen ist, das ihnen, da sie ja nicht Personen des öffentlichen Rechts sind, von Haus aus nicht zukommt. Diese Verleihung hat nichts zu tun mit der Erteilung von Gewerbeerlaubnissen, Genehmigung von Kraftfahrlinien, Einräumung von Gebrauchsrechten am Straßengrundstück oder dem Luftraum darüber, deren die Unternehmungen der öffentlichen Hand in mannigfachster Weise ebenso bedürfen wie echte Privatunternehmungen, die aber - und zwar beiden Gruppen gegenüber — Gelegenheit zu recht weitgehenden Einflußsicherungen der öffentlichen Verwaltung bieten<sup>72</sup>) und gelegentlich die Sonderstellung der öffentlichen Hand schaffen helfen. Auch die generelle Anerkennung einer Gesellschaft als dem öffentlichen Nutzen gewidmetes Unternehmen im Sinne der Enteignungsgesetzgebung, wie sie sich im ASW-Gesetz<sup>73</sup>) findet, macht aus der Gesellschaft noch keinen beliehenen Unternehmer. Die Figur der Verleihung eines öffentlichen Unternehmens wird man angesichts der Privatrechtsgesellschaften der öffentlichen Hand nur heranziehen dürfen, wo durch sie spezifisch öffentliche Aufgaben erledigt werden sollen. Die Grenze dessen, was als Aufgabe der öffentlichen Verwaltung anzusehen ist, erscheint auch in diesem Zusammenhang flüssig und politisch umstritten. Unsicherheit besteht auch darüber, inwieweit die der öffentlichen Hand dienenden Gesellschaften ihre Auf-

Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht II (3. Aufl., München 1924), S. 243 ff., bes. S. 244 oben; Fleiner a.a. O. S. 341 ff., bes. S. 342 oben; Hatsche Kurtzig, Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts (5./6. Aufl., Leipzig 1927), S. 356 ff.

72) Belege z. B. bei A. Steinhauser — Ludwig Stein-

hauser, Deutsches Elektrizitätsrecht (München 1928), bes. S. 33 ff., 68 ff., 87 ff.

73) § 5 Abs. 2.

gaben im eigenen Namen, zu eigenem Rechte erledigen und wieweit ihr Verwaltungsauftrag nach außen hervortritt; auch daraus lassen sich Bedenken gegen die Heranziehung des Verleihungsbegriffes herleiten. Statt nun allzu stark zu theoretisieren, möchte ich Ihnen zwei konkrete Fälle kurz vorführen: die Kraftverkehr Freistaat Sachsen Aktiengesellschaft als Staatliche Kraftwagenverwaltung und die Organisation des Rundfunkwesens im Reiche.

Die Kraftverkehr Freistaat Sachsen Aktiengesellschaft, abgekürzt KVG., ist eine Aktiengesellschaft des privaten Rechts ohne organisatorische Besonderheit; ihre Aktien sind vinkulierte Namensaktien und befinden sich zu rund 46% in den Händen des Landes Sachsen, zu 35% in den Händen von Städten und Bezirksverbänden, zu 3% % in denen der Sächsischen Staatsbank und zu 14% in denen der Deutschen Reichsbahngesellschaft, also durchweg in öffentlicher Hand. Den Güterverkehr betreibt die KVG, völlig in Formen des Privatrechts nach Art eines Frachtführers. Anders beim Personenverkehr, der sich aus der Tradition der ehemaligen Staatsbahnen entwickelt hat, dann durch Krieg und Demobilmachung neue Anregungen erhielt und dessen Liniennetz in Sachsen sehr gut entwickelt ist. Hierüber enthält das sächsische Staatshandbuch<sup>74</sup>) beim Titel Finanzministerium unter der Überschrift "Staatliche Kraftwagenverwaltung" folgenden Vermerk: "Die Verwaltung und Leitung des staatlichen Personen-Kraftlinien-Unternehmens erfolgt unter Oberaufsicht des Finanzministeriums durch die Kraftverkehr Freistaat Sachsen A.G. in Dresden." Praktisch sieht das so aus, daß die Personenwagen und ein Teil der Kraftwagenhallen nach Maßgabe des Haushaltplanes aus Staatsmitteln angeschafft werden und im Eigentum des Landes bleiben. Dementsprechend tragen die Autobusse die doppelte Aufschrift "KVG." und "Staatliche Kraftwagenverwaltung" und das Landeswappen als Hoheitszeichen. Den gesamten Betrieb aber führt die Aktiengesellschaft durch. Sie schließt insbesondere namens des Landes die Linienverträge mit den Gemeinden und Bezirksverbänden, in denen das Land sich zum Linienbetrieb, die Gemeinden usw. sich zur Zahlung von Zuschüssen, meist nur im Unrentabilitätsfalle, zur Überlassung von Wagenhallen und Wohnungen sowie dazu verpflichten, das Land wegen des Betriebes der Linie von allen Beiträgen oder sonstigen Leistungen für die Benutzung der Gemeindewege usw freizulassen. Trotz der letzteren Bestimmung ist der Vertrag durchaus privatrechtlich

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup>) Staatshandbuch für den Freistaat Sachsen, nach dem Stande vom 1. April 1927 (Dresden 1927) S. 221.

aufgemacht; ein Schiedsgericht nach dem zehnten Buche der ZPO, ist darin vorgesehen. Die Beförderungsverträge, denen einer Straßenbahn auch äußerlich ähnlich, sind privatrechtlicher Art: die Haftung für Unfälle trägt das Land, das deswegen einen Deckungsfonds bildet. Die Einnahmen fließen der KVG. zu. Diese hat zunächst das vom Land in den Wagen usw. angelegte Kapital zu verzinsen; am Betriebsüberschuß nehmen das Land und die Verbände der Gemeinden teil, denen außerdem aus dem Gesellschaftsteil noch die eventuell erarbeitete Dividende auf ihre Aktien zusließt. Zur Eröffnung von Linien bedarf das Unternehmen der Genehmigung nach dem Kraftfahrliniengesetz<sup>75</sup>). Gerade hierbei kommt ihm zugute, daß es juristisch schillert. Bei den Verhandlungen mit den Verwaltungsbehörden tritt die Staatliche Kraftwagenverwaltung in den Vordergrund, gegenüber manchen anderen Stellen die Aktiengesellschaft. Über den Einzelfall hieraus ist zu bemerken, daß die Privatrechtsform der öffentlichen Hand vielfach Rechtsbeziehungen zum Ausland ermöglicht, die einem deutschen öffentlich-rechtlichen Subjekt niemals zugänglich wären. Das wird z. B. auch berichtet für die Aktiengesellschaft Sächsische Werke, für die Mitteleuropäische Schlafwagen- und Speisewagen Aktiengesellschaft (Mitropa), für das Mitteleuropäische Reisebüro G. m. b. H. und andere Ableger der Deutschen Reichsbahn-Gesellschaft<sup>76</sup>). Der KVG. muß eine gewisse öffentlichrechtliche Stellung deshalb zugesprochen werden, weil das Personenkraftfahrwesen Sachsens als folgerichtige Fortentwicklung der staatlichen Eisenbahnverwaltung sich als gleichsam natürliche Aufgabe der öffentlichen Verwaltung darstellt und weil diese Staatsaufgabe zum allergrößten Teil in der KVG., zum allerkleinsten im Finanzministerium erledigt wird. Die öffentlich-rechtliche Stellung der KVG. läßt sich mit der Figur des beliehenen Unternehmers noch am besten erklären. Volle Klarheit ist bei dem Schweigen der Rechtsquellen und der Unzugänglichkeit der Rechtstatsachen vorerst nicht zu erlangen. Erwähnen möchte ich noch, daß dem Fahrpersonal polizeiliche Befugnisse nicht eingeräumt sind, daß es vielmehr gegebenenfalls auf die Handhabung des Hausrechts angewiesen ist.

Die rechtliche Ordnung des deutschen Rundfunkwesens<sup>77</sup>) wurzelt in dem Gesetz über Fernmeldeanlagen

 $<sup>^{75})</sup>$  G. über Kraftfahrlinien vom 26. August 1925 (RGBl. I S. 319) § 1 .

<sup>78)</sup> Vgl. Köhler im Arch. f. Eisenbahnwesen 1927 S. 112.
77) Vgl. zum folgenden Bredow a. a. O. und Eberhard Neugebauer, Funkrecht (2. Aufl., Berlin 1926), wobei die Änderungen des Telegraphengesetzes vom 3. Dezember 1927 (RGBl. I S. 331) zu beachten sind; Feyerabend-Heidecker-Breisig-Kruckow, Handwörterbuch des elektrischen Fernmeldewesens (2 Bände, Berlin 1929), bes. Art. "Rundfunk".

(Fassung vom 14. Januar 1928), nach dessen § 1 das Recht, Fernmeldeanlagen, nämlich Telegraphen-, Fernsprech- und Funkanlagen, zu errichten und zu betreiben, ausschließlich dem Reiche zusteht, nach dessen § 2 jedoch die Befugnis zur Errichtung und zum Betrieb einzelner Fernmeldeanlagen durch den Reichstpostminister verliehen werden kann, ohne daß im allgemeinen und insbesondere für Funkanlagen Anspruch auf die Verleihung besteht. Im Rundfunkwesen hat sich nun die Reichspost im allgemeinen den Sendebetrieb selbst vorbehalten, sich aber auf diesen auch, und zwar auf seinen technischen Teil, beschränkt. Die Aufstellung und akustische Verwirklichung des Programms ist Sache der Sendegesellschaften, die - zehn an der Zahl - in Privatrechtsform bestehen. Mit Ausnahme der "Deutschen Stunde in Bavern G. m. b. H." sind sie zur Reichs-Funk-Gesellschaft A.-G. als Dachgesellschaft zusammengeschlossen, die durch Aktienmehrheit oder Vorzugsaktien mit mehrfachem Stimmrecht den überwiegenden Einfluß in ihnen ausübt und deren Aktienmehrheit wiederum in den Händen der Reichspost ist. An der baverischen G. m. b. H. sind das Reich und Bavern zusammen mit 51 Prozent der Stimmen beteiligt. Der Einfluß der öffentlichen Hand ruht nun aber hier nicht nur auf dem privatrechtlichen Stimmenverhältnis. Vielmehr bietet die telegraphenrechtliche Verleihung die Möglichkeit, die Sendegesellschaften sehr viel fester zu binden. Einer solchen Verleihung bedarf es, weil die Gesellschaften nicht einfach eine Fernmeldeanlage in der im § 7 des Gesetzes vorgesehenen Weise benutzen, sondern einmal in ein weit engeres Verhältnis zu bestimmten Sendern treten und zweitens auch selbst technischen Einfluß auf Mikrophon und Verstärkereinrichtungen ausüben müssen. Bei der Verleihung werden die Sendegesellschaften einer sehr scharfen Überwachung, noch über die Vorschriften des Fernmeldegesetzes hinaus, unterworfen. Insbesondere wird "zur Überwachung des Nachrichtenund Vortragsdienstes", der nach Richtlinien auszuführen ist, die überparteiliche Gestaltung gewährleisten sollen, und "zur Entscheidung über alle mit der Programmgestaltung zusammenhängenden politischen Fragen" ein Überwachungsausschuß, zur Mitwirkung an der kulturellen Programmgestaltung ein Beirat Der Überwachungsausschuß besteht aus gierungsvertretern des Reiches und der beteiligten Länder; diese müssen auch in den Aufsichtsrat der Gesellschaft gewählt werden. Die Mitglieder des Beirates werden nach Anhörung der Gesellschaft von der Landesbehörde im Benehmen mit dem Reichsministerium des Innern berufen. Die Befugnisse beider Gremien gehen recht weit. Politische Nachrichten darf die Sendegesellschaft nur von der Nachrichtenstelle, der

"Drahtlose Dienst A.-G." (Dradag) beziehen, deren Aktien zu 51 Prozent in Händen des Reiches sind und die ähnlich einer Die sogenannten Auflagenach-Zeitungsredaktion arbeitet. richten (auch Auflagevorträge) muß die Gesellschaft ungekürzt und unverzüglich verbreiten: im übrigen steht ihr die Auswahl auch unter dem Nachrichtenmaterial der Dradag frei. Manche weitere Einzelheiten muß ich beiseite lassen. Schon nach dem Vorgeführten wird man die Bezeichnung der Sendegesellschaften als beliehene Unternehmer in Erwägung ziehen dürfen. Eine eigentliche Betriebspflicht ist ihnen allerdings nicht auferlegt. - Noch erwähnen möchte ich den Rundfunkkommissar des Reichspostministers, der seinen Sitz im Büro der Reichs-Rundfunk-Gesellschaft hat und deren Verwaltungsvorsitzender ist. Zu seinen Obliegenheiten gehört u.a., vor der Beschlußfassung im Verwaltungsrat eine einheitliche Stellungnahme der vom Reichspostminister ernannten Verwaltungsratsmitglieder herbeizuführen<sup>77</sup>a). Im übrigen laufen in seiner Hand eine Reihe wichtiger Angelegenheiten der Gesellschaft und Befugnisse des Ministeriums zusammen. — Die Empfänger des Rundfunks bedürfen zur Errichtung und zum Betrieb der Empfangsanlage ebenfalls einer Verleihung nach § 2 des Fernmeldegesetzes78), für die sie eine laufende Gebühr zu entrichten haben. Als beliehene Unternehmer wird man sie keinesfalls ansehen können, weil der Empfang der Rundfunkdarbietungen nicht als öffentliche Verwaltung gelten kann. Zu den Sendegesellschaften stehen die sogenannten Teilnehmer beim Unterhaltungsrundfunk in keinerlei Rechtsverhältnis. Daß den Gesellschaften von der Gebühreneinnahme der Post ein wesentlicher Teil zufließt, beruht lediglich auf einer Klausel in der Sendeverleihung. Nur bei einigen Sonderdiensten, wie Funkwetterdienst, Presserundfunk, Wirtschaftsrundfunk<sup>78</sup>a) usw. stehen die Empfänger in einem privaten Rechtsverhältnis zur Sendeunternehmung und schulden ihr Entgelt.

Unter den öffentlich-rechtlichen Organisationsformen, in denen die öffentliche Hand wirtschaftend auftritt, sind zunächst die rechtsfähigen Anstalten zu nennen. Als Beispiel verweise ich auf die

<sup>77</sup>a) Die positive Gestaltung rechnet also mit dem Entstehen des von Friedrich Klausing, Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände (Berlin 1928), behandelten Problems.

<sup>78)</sup> Vgl. Bekanntmachung über den Unterhaltungsrundfunk vom 24. August 1925 (RMinBl. S. 1001).

<sup>78</sup>a) Vgl. hierzu und auch zu den übrigen Funkdiensten Albert Hegendorf, Wirtschaftsfunkrecht (Leipziger jur. Diss., Berlin 1929).

Deutsche Reichsbahn-Gesellschaft, über die ich mich angesichts der reichen Literatur<sup>78</sup>) nicht weiter zu verbreiten brauche.

Überhaupt möchte ich mir bei den öffentlichen Anstalten große Beschränkung auferlegen, weil ich annehmen darf, daß der Herr Mitberichterstatter sich mit diesem Punkte besonders befassen wird. Faßt man die öffentliche Anstalt in dem weiten Sinne Otto Mayers<sup>80</sup>) als "eine Vereinigung von sächlichen und persönlichen Mitteln, welche in der Hand des Staates oder eines anderen Trägers öffentlicher Verwaltung einem Zwecke derselben dauernd gewidmet sind", so dürfte es schwer fallen, ein Unternehmen der öffentlichen Hand von dem Anstaltsbegriff auszuschließen. Eine gewisse äußere Sonderung der Betriebsmittel von dem sonstigen Vermögen und Apparat des Verwaltungssubjekts wird bei Wirtschaftsveranstaltungen immer zu beobachten sein. Dauernde Zweckbestimmung ist ebenfalls leicht gegeben. Die Zugehörigkeit eines Wirtschaftsbetriebs der öffentlichen Hand zur öffentlichen Verwaltung endlich ist jedenfalls solange nicht zu bestreiten, als die verwaltende Staatstätigkeit nur negativ von Gesetzgebung und Rechtsprechung abgegrenzt wird81). Zu bemerken ist nur, daß in die Anstaltsverfassung gelegentlich körperschaftliche Elemente eingeschoben sein können, wie etwa bei der Reichsbank. Auch die starke gegenseitige Annäherung der "gemeinwirtschaftlichen Anstalt" und der "Gesellschaft gemeinwirtschaftlichen Charakters" des österreichischen Rechts<sup>82</sup>) ist hier zu erwähnen.

Neben der rechtsfähigen begegnet auch die nichtrechtsfähigeöffentliche Anstalt als Organisationsform der öffentlichen Wirtschaft. Man denke nur an die Reichspost<sup>83</sup>) und die noch immer zahlreichen, nicht in Gesell-

<sup>70)</sup> Jellinek a.a.O. S. 169 f.; teilweise angreifbar Fleiner a. a. O. S. 122; W. Haustein, Die Träger öffentlicher Verwaltung im Eisenbahnrecht, im Arch. ö. R., NF. XI (1926) S. 100 ff.; Hans Carl Huch, Die Organisation und die Rechtsnatur der Deutschen Paiehebahn C. 2018 et al. 201 Reichsbahn-Gesellschaft (Leipziger jur. Diss., Quedlinburg 1928).

<sup>80)</sup> Otto Mayer, zuletzt in "Finanzwirtschaft und Finanzrecht" (in Gerloff-Meisel, Hdb. d. FinWiss. I 1926 S. 86 ff.), S. 91.

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup>) Hierzu etwa Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht (Wien 1927), S. 4 ff. — Eine Abgrenzung zwischen Gemeinderecht (Wien 1927), S. 4 ff. — Eine Abgrenzung zwischen Gemeindeanstalten einerseits und gewerblichen Unternehmungen der Gemeinden anderseits, wie sie in §§ 3, 4 preuß. KommunalabgabenG. vom 14. Juli 1893 (GBl. S. 152) versucht ist (vgl. dazu L. Buck in Stier-Somlo, Hdb. komm. Verf.- u. VerwR. II 2, Oldenburg 1917, S. 129), verspricht wenig Erfolg.

82) Mallonaa. O. §§ 176—178.
83) Vgl. Fleiner a. a. O. S. 21; pouestene Hallmuth. Wurde die Doutsche Reichspost durch das

neuestens H. Hellmuth, Wurde die Deutsche Reichspost durch das Reichspostfinanzgesetz eine ertragswirtschaftliche Unternehmung? (im

schaftsform überführten, gemeindlichen Wasser-, Gas- und Elektrizitätswerke usw.

Gerade hier wirkt der wirtschaftlich wünschenswerten Beweglichkeit das entgegen, was Wiedenfeld 84) als die staatsrechtlichen Unterlagen der öffentlichen Wirtschaft bezeichnet: die Notwendigkeit des rechtlich gebundenen Voranschlags und die Rechnungskontrolle. hier aber finden sich im neueren öffentlichen Recht auch Gegenbewegungen, wie die Erleichterungsklausel für "das Finanzwesen der ertragswirtschaftlichen Unternehmungen des Staates" in Art. 69 der preußischen Verfassung, die Nettoetatisierung und die Einsetzung von Verwaltungsbeiräten, bei der Post nach dem Reichspostfinanzgesetz, in den Kommunen in Form gemischter Ausschüsse<sup>85</sup>), in den Ländern nach Maßgabe der Staatswirtschaftsgesetze<sup>86</sup>), ferner die Beschränkung der Rechnungsprüfung durch Ressort und Rechnungshof<sup>87</sup>) zugunsten von Treuhandgesellschaften. Eine solche Treuhandgesellschaft besteht z.B. im Konzern der Viag als Deutsche Revisions- und Treuhandgesellschaft A.-G. für die Prüfung der Konzerngesellschaften und fremder Unternehmungen, während die Viag selbst von einer fremden Treuhandgesellschaft geprüft wird88). Auch zu dem landeseigenen sächsischen Industriekonzern gehört eine Treuhandgesellschaft. Die verhältnismäßige Lösung von Etat und Rechnungskontrolle und damit auch vom Parlaments- oder Gemeindeverordneteneinfluß bildet eine der versteckten Triebkräfte bei der Formgebung der öffentlichen Unternehmen; sie ist ein ausgesprochenes Politikum. Hinzuweisen ist hier vielleicht noch darauf, daß die Gestaltungsbedürfnisse im Staat einerseits, den Kommunen anderseits eine verschiedene Wendung bekommen durch den verschiedenen Einfluß des Repräsentativorgans, der sich nach den Gemeindeordnungen meist in die Exekutive hinein erstreckt. die im Reich und Ländern magistratischen Organen zu verhältnismäßig selbständiger Erledigung überlassen ist. Die berufsmäßigen Gemeindefunktionäre glauben deshalb die Führung der Gemeindebetriebe nach rein wirtschaftlichen Gesichts-

Arch. ö. R., NF. XVII, 1929, S. 94 ff.), mit willkürlicher Terminologie und offensichtlichen Zirkelschlüssen.

<sup>84)</sup> Wiedenfeld a.a.O. S. 34 ff.

<sup>85)</sup> Städteordnung für die sechs östlichen Provinzen der Preußischen Monarchie vom 30. Mai 1853 (GS. S. 261) § 59; Gemeindeordnung für den Freistaat Sachsen, Fassung vom 15. Juni 1925 (GBl. S. 136) & 61

S. 136) § 61.

86) Z. B. sächs. Staatswirtschaftsgesetz vom 31. Mai 1922 (GBl. S. 213) & 32 ff box 8 29

S. 213) §§ 33 ff., bes. § 39,

87) Reichshaushaltsordnung § 48 Abs. 2 Satz 2, §§ 110—115.

88) Fischer a.a.O. S. 22.

punkten erst dann gesichert, wenn auch die zur Mitwirkung in der Verwaltung herangezogenen Stadtverordneten usw. von jeder Verantwortung gegenüber dem Kollegium gelöst sind; daraus erklärt sich zum Teil die Bevorzugung privatrechtlicher vor öffentlich-rechtlichen Organisationsformen<sup>89</sup>).

Neben den Anstalten verwendet die öffentliche Hand als Organisationsform für Wirtschaftszwecke gewisse öffentlichrechtliche Verbände. Dabei handelt es sich nicht um die ohnehin und mit umfassenden Zwecken bestehenden Gemeinwesen. die Gebietskörperschaften, sondern um genossenschaftliche Sondergebilde, hinter deren Erscheinung dann die trotzdem vorhandene nichtrechtsfähige Anstalt vollständig zurücktritt. Als Beispiel möchte ich das "Meßamt für die Mustermessen in Leipzig" nennen, eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die den Gegenstand schon so manchen Rechtsgutachtens gebildet hat 90). Allgemeiner bekannt sind die Zweckverbände, wie sie nach dem Preußischen Gesetz vom 19 Juli 1911 (GS. S. 115) oder etwa nach der Sächsischen Gemeindeordnung vom 15. Juni 1925 gebildet werden können. Auffallend ist die in dem neueren Gesetz eingeräumte größere Beweglichkeit in der Zusammensetzung des Zweckverbandes; nach sächsischem Rechte können sich nicht nur Gemeinden und was dem gleichsteht, sondern auch das Reich, andere öffentlichen Körperschaften und öffentliche Anstalten, unter Umständen auch außersächsische, und sogar juristische Personen des Privatrechts an öffentlich-rechtlichen Zweckverbänden beteiligen. Zweckverbände für wirtschaftliche Unternehmungen größeren Umfangs sind im sächsischen Gesetz (§ 163) ausdrücklich vorgesehen; sie müssen ihre Geschäfte mindestens durch eine Verbandsversammlung und einen Vorstand verwalten, und die Aufsichtsbehörde kann die Schaffung eines Aufsichtsrates fordern. Auch die zwangsweise Bildung von Zweckverbänden ist in Sachsen erleichtert; während sie in Preußen nur zur Erfüllung gesetzlicher Kommunalaufgaben möglich ist, genügen in Sachsen überwiegende Gründe des Gemeinwohls schlechthin: der Zwang ist allerdings auch hier nur gegenüber Gemeinden. Bezirks- und Zweckverbänden zulässig.

Die Rechtsbeziehungen, in denen das in der einen oder anderen Form organisierte Wirtschaftsunternehmen der öffentlichen Hand auftritt, lassen sich in drei Hauptgruppen einteilen.

<sup>89)</sup> Zu einfach Fleiner a.a.O. S. 121 ("Entpolitisierung").

O) Zuletzt: Erwin Jacobi, Die Rechtsgrundlagen der Leipziger Messe (Leipzig 1927) und Richard Schmidt, Das Leipziger Meßamt (Leipzig 1928).

Zunächst steht das Unternehmen, dafern es zu eigener Rechtspersönlichkeit erhoben ist, in einem Rechtsverhältnis zu seinem Gründer oder seinen Gründern, zum Muttergemeinwesen, wie man gegenüber der Anstalt zu sagen pflegt. Über dieses Rechtsverhältnis ist hier nichts weiter zu sagen; es wurde schon beim Organisatorischen erwähnt. Nur an die Auflockerung der Rechnungskontrolle ist nochmals zu erinnern.

Eine weitere Gruppe von Rechtsverhältnissen ergibt sich aus der Notwendigkeit, für den Betrieb des Wirtschaftsunternehmens Arbeitskräfte zu beschaffen. Soweit die öffentliche Hand in Gestalt eines Privatrechtssubjektes auftritt, kann sie nur Angestellte und Arbeiter verwenden, mit denen sie privatrechtliche Arbeitsverträge schließt und für deren Rechtslage das Arbeitsrecht ohne größere Besonderheiten maßgebend ist. Vereinzelt finden sich Bestimmungen, z. B. im Sächsischen ASW-Gesetz, wonach eine Abordnung von öffentlichen Beamten zum Dienste bei einer Privatrechtsgesellschaft möglich ist; endgültiger Übergang in ein privatrechtliches Anstellungsverhältnis erfolgt aber nur mit Zustimmung des bisherigen Be-Hat das Unternehmen der öffentlichen Hand eine öffentlich-rechtliche Form, so können in ihm außer Arbeitern und Angestellten auch Beamte bedienstet sein. Bekanntlich geht ein lebhafter Streit darum, ob die öffentlich-rechtliche oder die privatrechtliche Anstellungsform den Vorzug verdiene und ob der trotz aller Varianten im großen und ganzen doch einheitliche Beamtentypus mit Rücksicht auf die neueren Wirtschaftsaufgaben in die zwei Unterformen des Hoheits- und des Wirtschaftsbeamten zu zerlegen sei<sup>91</sup>). Gewiß ist es auffällig, wenn, wie z. B. bei der Reichsbank<sup>92</sup>), gerade die leitenden Posten nach bürgerlichem Rechte vergeben werden, während für untergeordnetere Dienstleitungen öffentliche Beamte Verwendung finden. Auffallend ist auch das von Köttgen<sup>93</sup>) erwähnte Beispiel der preußischen Zentralgenossenschaftskasse, die, obwohl öffentliche Anstalt, nur privatrechtliche Dienstverträge abschließen darf. Gewiß ist der ursprüngliche Sinn der Beamtung durch die neuere Entwicklung einigermaßen denaturiert. Es darf aber nicht vergessen werden, daß das wahlllose Austun

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup>) Sonderung zwischen Arbeits- und Wirtschafts- oder Betriebsverwaltung: Fleiner a.a.O. S. 121.

<sup>92)</sup> Bankgesetz vom 30. August 1924 (RGBl. II S. 235) §§ 6 ff., bes. § 10 Abs. 1 und 2. Über die jetzige Reichsbank vgl. Jellinek a. a. O. S. 169; v. Hippel usw. a. a. O. (oben Anm. 19) S. 11 ff. Juristische Monographie fehlt. Wirtschaftswissenschaftlich: Gert v. Eynern, Die Reichsbank (Jena 1928).

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup>) Köttgen a.a.O. S. 26.

von Beamtenstellungen<sup>94</sup>) schon vor Generationen eingesetzt hat. Die Bestrebungen auf gesetzliche Trennung von Hoheitsund Wirtschafts- oder Betriebsbeamten stoßen auf starke Widerstände und haben bisher nirgends Fuß gefaßt; selbst die Finanzstatistik<sup>95</sup>) ist über schüchternste Ansätze nicht hinausgekommen. Die Neuordnung des Beamtenrechts, die an sich dringlich ist, läßt sich nicht nur unter dem Gesichtspunkte der Staatshoheit und der guten juristischen Ordnung vornehmen, sondern hat auch ihre sozialpolitische Seite und mindestens dadurch einen starken Zusammenhang mit dem Arbeitsrecht.

Die dritte Verkehrsrichtung der wirtschaftenden öffentlichen Hand ist die zu den Lieferern und zu den Kunden. Benutzern. Abnehmern oder wie man sie sonst nennen mag. Wo die öffentlichen Wirtschaftsgebilde als Bezieher auftreten. ist kaum etwas Besonderes zu beobachten. Im Verhältnis zu den Kunden ist wieder zwischen öffentlich-rechtlich und privatrechtlich organisierten Unternehmen zu unterscheiden.

Beiden gegenüber hat die Frage des Ausschlusses einzelner Bewerber um Lieferung oder Anschluß usw. eine Rolle gespielt. Ich kann deswegen auf die Schrift von Nipperdey<sup>96</sup>) über Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch verweisen. Gegenüber privatrechtlichen Unternehmungsformen können die allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts unbedenklich Anwendung finden. Gegenüber öffentlich-rechtlichen Gebilden wird man von dem längst entwickelten<sup>97</sup>) Grundsatz ausgehen können, daß sie den Interessen des ganzen Gemeinwesens zu dienen bestimmt sind und deshalb jedem Bürger zu gleichen Bedingungen zugänglich sein müssen. Die Frage ist nur wieder, bis wieweit die Verhältnisse noch gleich liegen und ob nicht gerade öffentliche Interessen eine ungleiche Behandlung, den Ausschluß Einzelner gebieten.

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup>) Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Strafrechts, Besonderer Teil II, 2 (Leipzig 1905), S. 382.

<sup>95)</sup> Verordnungen über Finanzstatistik vom 9. Februar 1926 (RGBl. I S. 109) und vom 25. Juli 1927 (RGBl. I S. 245), z. B. Muster A Anlagebogen 3 bzw. 2: "Personalbestand der Hoheitsverwaltungen der Länder"; bei den Betriebsverwaltungen sind weder die Personalausgaben gesondert noch ist der Personalbestand erhoben worden.

a. a. O. S. 58.

So bedeutet ein Reserveanschluß, den ein Elektrizitätswerk einem Stromselbsterzeuger etwa gewähren muß, für das Werk auch dann eine erhebliche Belastung, wenn die Gegenleistung des Angeschlossenen nicht nur nach der Zahl der entnommenen Kilowattstunden bemessen wird, sondern einen Betrag zu den Anlagekosten enthält. Auf die Verleihung der sogenannten Rundfunkgenehmigung (zum Empfang) ist ein Rechtsanspruch ausdrücklich ausgeschlossen<sup>98</sup>), und wenn auch durch Dienstanweisung größtes Entgegenkommen geboten ist, so ist doch Versagung vorgeschrieben, wenn begründeter Verdacht besteht, daß mit der Anlage Mißbrauch getrieben werden soll<sup>99</sup>).

Eine andere praktisch wichtige Frage ist die nach der Bemessung der Gebühren für Leistungen öffentlicher Anstalten. Tritt die öffentliche Hand in Privatrechtsform auf, so wird sie ihre Preise nach den allgemeinen Gepflogenheiten des Marktes festsetzen können<sup>100</sup>), dabei aber doch vielleicht das öffentliche Interesse zu berücksichtigen haben — auch das ein Gegenstand politischer Erwägungen. Mit den Gebühren öffentlicher Anstalten hat sich Köttgen<sup>101</sup>) in seiner Antrittsvorlesung beschäftigt. In einem gewissen Gegensatze zu ihm kann ich die Ausschaltung rein finanzieller Gesichtspunkte bei der Gebührenbemessung weder im geltenden Recht grundsätzlich begründet finden noch rechtspolitisch befürworten.

Ferner die Wettbewerbsfrage<sup>102</sup>). Wenn schon bei Erörterung der Zulässigkeit privatwirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand betont wurde, daß der wirtschaftende Staat mit seinen Bürgern auf gleicher Ebene konkurrieren müsse, so bedeutet das die grundsätzliche Annahme der Möglichkeit von Wettbewerbsverstößen. Und zwar ist zu fordern und von den Gerichten hie und da schon anerkannt, daß die

<sup>90</sup>) Ausführungsbestimmungen zu vorgenannter Bekanntmachung (abgedruckt bei Neugebauer S. 214 ff.) B 1, 4.
<sup>100</sup>) Über die verschiedenen für die Preisfestsetzung wirtschaft-

<sup>&</sup>lt;sup>98</sup>) Rundfunkbekanntmachung (oben Anm. 78) Art. I Vorspruch Satz 2.

<sup>100)</sup> Über die verschiedenen für die Preissestsetzung wirtschaftlich in Betracht kommenden Gesichtspunkte vgl. Oskar Engländer, Öffentliche Unternehmungen (in Gerloff-Meisel, Hdb.d. Fin-Wiss. I, Tübingen 1926 S. 365 ff.); ferner Heinrich Bleicher, Kommunale Finanzwirtschaftslehre (daselbst II, 1927, S. 377 ff.), bes. S. 388 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup>) Köttgen a. a. O. S. 19 ff.
<sup>102</sup>) Vgl. Otto Bernstein, Wettbewerbsverstöße öffentlicher Behörden in JW. 1927 S. 1071; Rudolf Callmann, Besprechung des Reichsgerichtsurteils 234/26 II vom 14. Januar 1927 in JW. 1927 S. 895; Nipperdey a. a. O. S. 47, auch S. 40 f.; Hugo Kümmel, Fälle der mißbräuchlichen Betätigung der öffentlichen Hand in Wirtschaftsverkehr und ihre Bekämpfung... (Kölner jur. Diss., Bad Kreuznach 1928).

öffentliche Hand sich in den Grenzen des im Wirtschaftsverkehr Zulässigen auch dort halten muß, wo sie sich öffentlichrechtlicher Formen bedient. Freilich bricht auch hier wieder das Problem auf, bei welcher Betätigung die öffentlichen Verbände lediglich wirtschaften und bei welchen sie echte Verwaltung führen. Letzteres tun sie jedenfalls nur dort, wo nicht auch private Wirtschaftssubjekte gleichartige Tätigkeiten betreiben. Wo ein Wettbewerb stattfindet, muß er sich auch seitens der öffentlichen Hand in den dafür allgemein gezogenen Grenzen halten. Dahin neigt auch die Auffassung der Gerichte, wie dies sehr deutlich wird in einem Erkenntnis des Reichsgericht vom 16. April 1929: einer rechtsfähigen Anstalt des öffentlichen Rechts wird hier durch Zivilurteil bei Vermeidung von Strafe verboten, im geschäftlichen Verkehr die Bezeichnung "Braunschweigische Lebensversicherungsanstalt" zu führen<sup>103</sup>). Die öffentlichen Verbände zeigen ohnehin die Neigung, auch dort, wo sie in Privatrechtsform mit ihren Kunden verkehren, auf ihre öffentliche Gewalt zurückzugreifen<sup>104</sup>) und den Polizeiton anzuschlagen. Freilich ist dieser Ton nicht mehr allzu verschieden von dem, den rein private Wirtschaftssubjekte, wenn sie mächtig genug sind, ihren Kontrahenten zu bieten belieben. Hier wird man beiden gegenüber bremsen müssen, aus Gründen des Geschmacks und der Politik.

Aus denselben Gründen ist zu fordern, daß die öffentliche Hand die Polizeigewalt beiseiteläßt, wo sie wirtschaftend auftritt. Daß die Privatrechtsgesellschaften der öffentlichen Hand keine Anstaltspolizei üben können, dürfte selbstverständlich sein; ich habe auch keine Versuche dazu in der Praxis finden können. Kritischer liegen die Dinge bei öffentlichen Wirtschaftsanstalten; auch bei ihnen bieten die allgemeinen Polizeiermächtigungen keine genügende Grundlage für einen polizeilichen Anstaltsschutz. Das schließt natürlich weder aus, daß die Anstalt ihren Benutzern gegenüber Anstaltsgewalt ausübt, noch, daß besondere Rechtssätze polizeiliches Eingreifen ermöglichen, etwa der § 22 des Fernmeldegesetzes, wonach die Polizei unbefugt errichtete, geänderte oder unbefugt betriebene Fernmeldeanlagen ohne Androhung außer Betrieb zu setzen oder zu beseitigen hat. Auch können aus allgemeinen Gesichtspunkten polizeiliche Verfügungen und Verordnungen in einer die öffentliche Wirtschaft berührenden und fördernden Weise möglich sein, wie dies zum Schutze des Rundfunk-

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup>) Aktenzeichen II 631/28; vgl. Inserat der obsiegenden Partei in der Braunschw. LZtg. vom 20. April 1929.

<sup>104)</sup> Über einen vielleicht sehr deutlichen, aber durch Kriegsverhältnisse bedingten Fall dieser Art, den Weber a.a.O. (oben Anm. 20) S. 20 erwähnt, war Näheres nicht zu ermitteln.

empfangs Walter Jellinek in einem unveröffentlichten Gutachten<sup>105</sup>) anzunehmen scheint.

Versucht man zum Schluß, sich ein Bild zu machen von der juristischen Gesamtbedeutung der besprochenen Erscheinung, so wird man zunächst sagen dürfen, daß sie geeignet ist, das überlieferte Gefüge der rechtswissenschaftlichen Begriffe aufzulockern. Übergangsformen treten an die Stelle festabgegrenzter Rechtsinstitute. Es erschiene mir gefährlich, hier vorschnell zu neuen Systemen kommen zu wollen<sup>106</sup>), gefährlich auch, durch gesetzliche Bindungen der vielgestaltigen Entwicklung des Lebens Zwang anzutun<sup>107</sup>). Aufgelockert wird auch die ohnehin problematische Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht. Rein rechtsdogmatisch läßt sich allerdings die Grenze irgendwo ziehen, und wenn man sie gezogen hat, muß jede Erscheinung sich auf die eine oder die andere Seite verweisen lassen. Von gemischt-öffentlich- und privatrechtlichen Gebilden kann juristisch nicht die Rede sein. Getroffen wird aber nicht die Form, sondern der Sinn der Einteilung, der letzten Endes im gesellschaftlichen Tatbestand wurzelt. Ich stimme insbesondere Köttgen<sup>108</sup>) durchaus darin zu. daß die Erscheinungsformen der öffentlichen Hand sich über den Sinn der alten Scheidung hinwegsetzen; ich stehe aber seinem Beginnen skeptisch gegenüber, mit Hilfe spezieller Kautelen Vorsorge zu treffen, daß die Normen des öffentlichen Organisationsrechts nur Verwendung finden in den durch den Sinngehalt des öffentlichen Rechts gezogenen Grenzen. Damit wird ein politischer Gesichtspunkt zur Maxime nicht nur des Handelns, sondern auch der juristischen Reflexion gemacht, und überdies ein Gesichtspunkt, der als politische Realität wahr gewesen ist, der es aber vielleicht heute schon nicht mehr ist. Ich erinnere daran, daß auch in der privatkapitalistischen Wirtschaft Strukturwandlungen zu beobachten sind, die schon so weit gehen, daß z. B. Geiler<sup>100</sup>) von einer Parallelbewegung in der privaten und öffentlichen Wirtschaft zu sozialen Organismen mit Organschaft der Leiter spricht. - Wie sehr wir bei unserem Thema im Zuge einer vorwiegend vom Wirtschaftlichen her bedingten Entwicklung stehen, das möge endlich noch der Hinweis darauf zeigen, daß die besprochene Erscheinung auch die politischen Grenzen überspringt. Das

<sup>100</sup>) Geiler a.a.Ö. S.53.

<sup>105)</sup> Zitiert bei Konrad Engländer, Der privatrechtliche Schutz gegen Rundfunkstörungen, in Arch f. Funkrecht II (1929)

S.74.

100) Vgl. Fleiner a.a.O. S.121: "Sie haben ihre endgültige Prägung bis heute noch nicht empfangen."

Pooleon a.a.O. S. 119.

Vgl. auch Boelsen a. a. O. S. 119.
 S. den Gesamtgehalt der in Anm. 11 angeführten Schrift.

gilt innerhalb des Reiches für die Landesgrenzen; ich erinnere an die sächsische Gemeindeordnung, die Zweckverbände mit außersächsischen Mitgliedern ausdrücklich zuläßt. Das gilt aber auch für die Reichsgrenzen. Ich nenne nochmals die Union Internationale de Radiophonie, die bezeichnenderweise in Form eines privatrechtlichen Vereins von 17 europäischen Staaten (Stand vom 1. Juli 1927) gebildet ist und einige außereuropäische Staaten zu außerordentlichen Mitgliedern hat<sup>110</sup>). Zu erwähnen ist aber auch das Hinausgreifen von Verkehrsunternehmungen (wie Mitropa) und Elektrizitätsnetzen über die Staatsgrenzen, wobei die trennenden Randgebirge geradezu zu Verbindungsgliedern werden. Diese Internationalität ist übrigens ein weiterer Grund, aus dem die öffentliche Wirtschaft privatrechtliche Organisationsformen wählt.

## 1a. Leitsätze.

- •1. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentlicher Verbände, auf Deutschland nicht beschränkt, als Gesamterscheinung nicht neu, in ihrem Umfang gern überschätzt, führt zu neuen juristischen Gestaltungen, in denen jedoch bekannte Formelemente wiederkehren.
- 2. Unter den Gründen, die zur Ausbreitung der Erscheinung führen, treten neben geschichtlichen Zusammenhängen und besonderen Gegebenheiten einzelner Fälle hervor: sozialistische und pseudosozialistische Vorstellungen, Notwendigkeit der Machterweiterung des Staates, Finanzbedürfnisse, Einstellung der Bürokratie.
- 3. Grundsätzlich ist trotz tatsächlichen Vorwiegens der Privatwirtschaft Einflußnahme des Staates und sonstiger Träger öffentlicher Gewalt auf die Wirtschaft nicht nur in Form der Überwachung und der Ermutigung, sondern auch in Form des unmittelbaren Geschäftsbetriebes zulässig. Vom Rechtsstandpunkte zu fordern ist nur, daß die öffentliche Hand beim Wettbewerb mit der Privatwirtschaft dieser gleichgestellt wird, soweit nicht besondere öffentliche Interessen eine rechtliche Sonderstellung rechtfertigen.
- 4. Die Organisationsformen, in denen die öffentliche Hand wirtschaftend auftritt, sind teils privatrechtlicher, teils öffentlich-rechtlicher Art. In beiden Gebieten hat sich eine entscheidende Bevorzugung bestimmter Formen ebensowenig herausgebildet wie ein Bedürfnis nach gesetzlicher Entwicklung und Festlegung von Sonderformen. Eine

<sup>110)</sup> S. das Schaubild bei Bredow a. a O. S. 51.

104 Leitsätze.

Sonderstellung beansprucht auch nicht das sogenannte gemischtwirtschaftliche Unternehmen, dessen Eigenart sich in der Kapitalzusammensetzung erschöpft. Gelegentlich finden sich Gestaltungen, die der Figur des beliehenen Unternehmers mindestens nahekommen. Haushaltrecht und Rechnungsprüfung zeigen die Tendenz zur Lockerung überlieferter Formen.

- 5. Die Rechtsbeziehungen der öffentlichen Wirtschaftsunternehmen werfen bei aer Heranziehung von Arbeitskräften
  die Frage nach der Verwendbarkeit des bisher zur Hauptsache einheitlichen Beamtentypus, bei dem Verkehr mit
  "Kunden" die Frage nach der Zulässigkeit des Ausschlusses Einzelner, nach der Bemessung von Gebühren,
  nach der Möglichkeit von Wettbewerbsverstößen und nach
  der Verwendbarkeit von Anstaltspolizei auf.
- 6. Zur Aufstellung allgemeiner Regeln und Ausprägung neuer Begriffe sind die Verhältnisse noch nicht reif. Die tatsächliche Entwicklung drängt im Gegenteil zu einer Auflockerung theoretischer Begriffe und trägt insbesondere dazu bei, den Sinn der Unterscheidung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht problematisch erscheinen zu lassen.

## Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt.

2. Mitbericht von Privatdozent Dr. Arnold Köttgen in Jena.

Wenn gerade die öffentliche Anstalt auf die heutige Tagesordnung gesetzt worden ist, so ist dieses Interesse aus mehr als einem Grunde verständlich. Die alten Gegensätze "Anstalt" und "Genossenschaft" sind, wie das Beispiel der Sozialversicherung lehrt, gerade im Augenblick wieder praktisch bedeutsam und umstritten. Wollte das Referat allerdings auf diese Fragen eingehen, so würde dies eine prinzipielle Auseinandersetzung mit der Gegenwartsbedeutung der Selbstverwaltung überhaupt verlangen, was jedoch wohl kaum den mit der Wahl des Themas verfolgten Absichten entsprechen dürfte. Weiter ist die öffentliche Anstalt in der Form der selbständigen öffentlichen Anstalt in der Gegenwart als gern gebrauchtes Dezentralisationsmittel von einer gewissen besonderen Bedeutung, die auch auf das wissenschaftliche Interesse an ihr nicht ohne Einfluß sein kann. Wenn ich auch diesem Problemkomplex und mit ihm die besonderen Fragen des Universitätsrechts ausschalten möchte, die ja nur auf dem Hintergrunde des Organisationsrechts überhaupt behandelt werden könnten, so geschieht es im Interesse der Auseinandersetzung mit einem dritten Problemkreis innerhalb des Anstaltsrechts, einer Auseinandersetzung, mit der ich den von dem Herrn Referenten gesponnenen Faden aufnehmen und die allgemeinen Ausführungen seines Referates in einer Sonderrichtung fortführen darf.

In Abkehr von den Prinzipien des Liberalismus und im Banne der Sozialpolitik sind die deutschen öffentlichen Körperschaften in zunehmendem Umfang zur Übernahme wirtschaftlicher Aufgaben übergegangen. Der Tätigkeitsbereich der öffentlichen Körperschaften hat sich so im Laufe der letzten fünf Jahrzehnte inhaltlich gewandelt, womit im übrigen ja keineswegs bereits feststeht, daß alle diese neu übernommenen wirtschaftlichen Funktionen unterschiedslos in erwerbswirtschaftlicher Absicht ausgeübt werden. Diese erwerbswirtschaftliche Note ist vielmehr erst eine Begleiterscheinung der derzeitigen Finanznot und fehlte daher ursprünglich regelmäßig. Soweit wirtschaftliche Aufgaben in diesem weitesten Sinne überhaupt im

Rahmen der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation ihre Erledigung finden sollen, wie es ja das von Haus aus Gegebene zu sein schien1), stellt das Verwaltungsrecht hier als Organisationstyp die öffentliche Anstalt zur Verfügung, wobei allerdings der Mangel erwerbswirtschaftlicher Absichten Voraussetzung ist. So hat die öffentliche Anstalt durch die genannte Entwicklung der modernen Verwaltung wesentlich an praktischer Bedeutung gewonnen. Es ist anderseits allerdings bemerkenswert, daß die von dem Verwaltungsrecht mit der öffentlichen Anstalt gebotenen organisatorischen Möglichkeiten seitens der praktischen Verwaltung keineswegs voll ausgeschöpft worden sind, daß man vielmehr in zahlreichen Fällen unter Umgehung der bereitstehenden öffentlichen Anstalt Verwaltungsaufgaben ad hoc gegründeten privatrechtlichen Gesellschaften übertragen hat. Die zeitweilig sehr beliebte gemischtwirtschaftliche Unternehmung, das Verhältnis Reich und Länder2) sowie schließlich auch der Wunsch nach einer gewissen Ausschaltung parlamentarischer Körperschaften sind sicherlich Schrittmacher dieser Entwicklung gewesen. Zu einem nicht geringen Teil wird man die Gründe jedoch auch in dem Anstaltsrecht selbst zu suchen haben, das den Bedürfnissen der Praxis nicht genügend entsprach.

Das Zusammentreffen dieses Abmarschs der öffentlichen Verwaltung in privatrechtliche Organisationsformen mit starken erwerbswirtschaftlichen Tendenzen der öffentlichen Finanzgebarung hat an vielen Stellen eine völlige Undurchsichtigkeit der Verwaltung zur Folge gehabt. Der Interessenkreis der modernen Verwaltung hat sich weit über den durch entsprechende öffentlich-rechtliche Verwaltungseinrichtungen ge-

¹) So noch bei Verstaatlichung der Eisenbahnen, die die erste große moderne Betriebsverwaltung darstellen, bei denen jedoch, wofern sie überhaupt auf den Staat überführt werden sollten, ihre verwaltungsmäßige Organisation für die damalige Zeit außer Frage stand. Es ist charakteristisch, daß die doppelte Möglichkeit, die Personalpolitik einer öffentlichen Körperschaft zu handhaben, das Nebeneinander von Beamten und Vertragsangestellten ursprünglich den maßgebenden Stellen regelmäßig nicht gegenwärtig war, daß man daher vielfach die Beamtenanstellung als im Geschäftsbereich einer öffentlichen Körperschaft allein in Frage kommend erachtete. So sind beispielsweise die Bestimmungen der preußischen Regierungsinstruktion vom 23. Oktober 1817, betreffs die Verwendung von Kündigungsbeamten bei Besetzung untergeordneter, lediglich mechanischer Posten, ebenfalls nur aus der Annahme zu erklären, der Staat müsse unter allen Umständen Beamte in seinen Diensten verwenden. Heute würde man die entsprechenden Stellen im Zweifel mit Vertragsangestellten besetzen.

<sup>2)</sup> Siehe hierzu Lassar, Reichseigene Verwaltung unter der Weimarer Verfassung, Jahrbuch des öffentlichen Rechts, Bd. XIV.

kennzeichneten Rahmen hinaus ausgedehnt. Anderseits sind manche Verwaltungszweige so stark unter fiskalischen Einfluß geraten, steht bei ihnen der "Betriebsüberschuß" derart betont im Vordergrund, daß man geneigt ist, sie in die Reihe der fiskalischen Gewerbebetriebe einzurangieren.

So wird das Verwaltungsrecht durch diese starken wirtschaftlichen Interessen der öffentlichen Körperschaften, mögen diese nun erwerbswirtschaftlich sein oder nicht, vor eine Fülle neuartiger Fragen gestellt. Wenn auch keine Rede davon sein kann, daß hier in allen Fällen gerade das Anstaltsrecht zur Lösung berufen wäre, so dürfte letzteres doch innerhalb dieses Fragenkomplexes zur Zeit eine zentrale Bedeutung besitzen. Die entscheidende Frage, ob und inwieweit auch heute noch Verwaltungsaufgaben durch die hierzu primär berufene öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation<sup>3</sup>) erledigt sollen, inwieweit die Verhältnisse jedoch heute eine Einschaltung privatrechtlicher Formationen in die Verwaltungsorganisation verlangen, kann nur aus genauer Kenntnis des Wesens und der praktischen Möglichkeiten der öffentlichen Anstalt heraus beantwortet werden. So möchte ich mich denn im Folgenden im Anschluß an die Ausführungen des Herrn Referenten unter diesen Gesichtspunkten mit der öffentlichen Anstalt auseinandersetzen.

Den Ausgangspunkt einer solchen Auseinandersetzung bildet begreiflicherweise der Anstaltsbegriff. Wie eine jede juristische Begriffsbildung, so ist auch der herrschende Anstaltsbegriff durch ganz bestimmte, zeitlich gebundene praktische Bedürfnisse entscheidend bedingt. Haben sich diese Bedürfnisse jedoch auf Grund der eingangs erwähnten Ent-

<sup>3)</sup> An der Auffassung, daß öffentliche Verwaltung grundsätzlich in öffentlich-rechtlicher Form geführt wird, glaube ich de lege lata trotz der gegenüber dieser These in der Diskussion von Erich Kaufmann vorgebrachten Bedenken festhalten zu sollen. Wenn von Erich Kaufmann vorgebrachten Bedenken festhalten zu sollen. Wenn von Erich Kaufmann vorgebrachten Bedenken festhalten zu sollen. Wenn von Erich Kaufmann vorgebrachten Bedenken festhalten zu sollen. Wenn von Erich Kauf mann dort und bereits früher ("Verwaltung und Verwaltungsrecht" bei v. Stengel-Fleisch mann, Wörterbuch des deutschen Staats und Verwaltungsrecht, 2. Auflage) sowie auch von Lassar (a. a. O. S. 49) darauf hingewiesen wird, daß zum mindesten in Deutschland öffentliche Verwaltung sowohl in öffentlich-rechtlichen wie in privatrechtlichen Formen geführt werden könne, so hat diese Feststellung gegenüber gewissen publizistischen Überspannungen zweifellos ihre Berechtigung. Nur wird man aus der Tatsache, daß in Deutschland öffentliche Verwaltung auch mittels privatrechtlicher Formen geführt werden kann, nicht die unbedingte Gleichwertigkeit beider juristischer Methoden für die Zwecke der Verwaltung ableiten dürfen. Kann auch öffentliche Verwaltung in Privatrechtsform geführt werden, so gilt dies doch nur für Ausnahmefälle. Gerade angesichts der Tatsache, daß heute in der praktischen Verwaltung aus dieser Ausnahme die Regel zu werden beginnt, wird man den das geltende Recht beherrschenden Primat des Verwaltungsrechts beson-

wicklung seit den Zeiten Otto Mayers, den man wohl noch heute als den Vater des herrschenden Anstaltsbegriffs bezeichnen darf, entscheidend gewandelt, so wird dieser Wandel auch auf die Formulierung der juristischen Begriffe nicht ohne Einfluß sein können.

Die These Otto Mayers: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht" ist in diesem Kreise schon einmal mit einem Fragezeichen versehen worden<sup>4</sup>). Ich möchte glauben, daß um so mehr die neuen verfassungsrechtlichen Verhältnisse sich konsolidieren, um so stärker hier und dort das Bedürfnis einer Anpassung des Verwaltungsrechts an die neue politische Situation empfunden wird. Ich darf lediglich an das Kommunalrecht und an das Beamtenrecht erinnern, bei denen der Zwiespalt zwischen Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht zur Zeit vielleicht am lebhaftesten empfunden wird. Ähnliches gilt jedoch auch für das Anstaltsrecht, auch hier verlangen die Verhältnisse eine Anpassung der juristischen Form an neu erstandene Bedürfnisse der Praxis. Wie das Verwaltungsrecht überhaupt, so verlangt daher in Sonderheit das Anstaltsrecht zurzeit eine stärkere rechtspolitische Behandlung. Im Gegensatz zu der Frühzeit der Verwaltungsrechtswissenschaft, im Gegensatz damit zu Otto Maver, der sein juristisches System in weiser Selbstbeschränkung eng an das vorgefundene positive Recht anlehnte, um auf diese Weise überhaupt erst einmal systematische Ordnung in die Unzahl verwaltungsrechtlicher Normen zu bringen, verlangen die gegenwärtigen Verhältnisse, wenn mich nicht alles täuscht, von der Verwaltungsrechtswissenschaft eine kritische Stellung gegenüber dem geltenden Recht.

Es war die aus dem Rechtsstaat folgende Notwendigkeit,

ders betonen müssen. Es mag sein, daß die von Erich Kaufmann in der Diskussion gezeichnete Entwicklung der Verwaltung sich in Zukunft immer stärker durchsetzt, womit dann allerdings der Schatten des Patrimonialstaates, wenn auch in mannigfach modifizierter Form, heraufdämmert. Unter solchen Umständen müßte man sich jedoch zu einer prinzipiellen Revision der Grundlagen unseres Verwaltungsrechts entschließen, wozu allerdings bislang wohl kaum der Zeitpunkt gekommen sein dürfte. Allein die Tatsache, daß bei der Umorganisation der Reichsbahn an einer öffentlich-rechtlichen Formulierung festgehalten worden ist, scheint mir dafür zu sprechen, daß der Primat des öffentlichen Rechts für die Zwecke öffentlicher Verwaltung auch heute noch als eine Notwendigkeit empfunden wird. Ja man wird sogar sagen können, daß gerade heute, wo öffentliches Recht und Privatrecht auf dem Gebiet der Verwaltung aufs stärkste miteinander rivalisieren, das Verständnis dafür, daß es nicht ausschließlich technisch konstruktive Rücksichten sind, die die Wahl der juristischen Form bestimmen, wieder im Steigen begriffen ist. Es ist dabei nicht weiter verwunderlich, wenn diese Erkenntnis sich am ersten in Ansehung der Personalfrage durchzusetzen beginnt.

4) Hensel, Veröffentl, deutscher Staatsrechtslehrer, Bd. 3 S. 75.

auch für die dem unmittelbaren Zugriff des Gesetzgebers entzogenen Beziehungen zwischen Bürger und Staat eine juristische Formel zu besitzen, die der Verwaltungsrechtswissenschaft in Gestalt der öffentlichen Anstalt ein besonderes Rechtsinstitut aufzwängte. So gilt für diese öffentliche Anstalt das gleiche wie für den Verwaltungsakt auf Unterwerfung sowie die Lehre von den besonderen Gewaltverhältnissen überhaupt. Es ist somit vollauf verständlich, wenn sich das Interesse an der öffentlichen Anstalt auf ihre Eigenschaft als Erscheinungsform des besonderen Gewaltverhältnisses konzentrierte, wenn somit innerhalb der wissenschaftlichen Behandlung des Anstaltsrechts die Anstaltsnutzung im Vordergrund steht<sup>3</sup>). Es hat daher auch einen tieferen Sinn, wenn Otto Mayer den der öffentlichen Anstalt innerhalb seines Lehrbuchs gewährten Raum mit der Kapitelüberschrift: "Gewährte Anstaltsnutzung" versieht. Daß dieser Nutzungsordnung auch heute noch eine große Bedeutung zukommt, werden die späteren Auseinandersetzungen mit der sog. Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung zu zeigen haben. Jedoch unser heutiges Interesse an der öffentlichen Anstalt erschöpft sich nicht innerhalb des Problemkreises der Nutzungsordnung, ist hier zur Zeit nicht einmal am lebendigsten. Für die Gegenwart, in der es den vorgefundenen Verwaltungapparat den veränderten Verwaltungsbedürfnissen anzupassen gilt, konzentriert sich das Interesse an der öffentlichen Anstalt auf ihre Eigenschaft als verwaltungsrechtlicher Organisationstyp, von dessen Ausbau es zu einem guten Teil abhängt, in welchem Umfang die öffentlichrechtliche Verwaltungsorganisation sich überhaupt den praktischen Bedürfnissen moderner Verwaltung anpassen läßt. Hiermit gewinnen insbesondere jene bisher etwas stiefmütterlich behandelten Verbindungslinien an Interesse, die die öffentliche Anstält zu benachbarten Kreisen des Verwaltungsrechts, insbesondere zu dem Steuer- und Gewerberecht, aber auch zu dem Beamten- und Etatrecht in Beziehung setzen.

Otto Mayer, dessen Anstaltbegriff<sup>6</sup>) ja wohl auch heute noch als der herrschende bezeichnet werden kann, verlangt,

b) Charakteristisch Nawiasky: Deutsches und österreichisches Postrecht, 1909, S.I: "Die vorliegende Arbeit steckt sich ein viel engeres Gebiet ab, das Rechtsverhältnis zwischen Postanstalt und Publikum. Maßgebend für diese Beschränkung war vor allem der Umstand, daß gerade in der fraglichen Richtung das spezifisch Eigentümliche des Rechtsinstituts der öffentlichen Anstalten gelegen ist."

e) "Die öffentliche Anstalt ist ein Bestand von Mitteln, sächlichen wie persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind." (Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 24, Bd. 2, S. 268).

daß die öffentliche Anstalt sich in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung befinde. Wie allerdings diese Beziehung zwischen Anstalt und Verwaltungskörperschaft im einzelnen beschaffen sein soll, darüber besagt diese Definition nichts, so daß angenommen werden muß, daß eine wie auch immer geartete Beziehung diesen Anforderungen genügt. So muß daher insbesondere eine in der Hand einer öffentlichen Körperschaft befindliche privatrechtliche Gesellschaft ceteris paribus als öffentliche Anstalt anerkannt werden, weshalb ja beispielsweise auch Fleiner neustens von der öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform gesprochen hat?).

Die auf diese Definition zurückzuführende starke Neutralisierung des gesamten Rechtsinstituts der öffentlichen Anstalt ist nicht zu verkennen. Diese nivellierende Weite des Anstaltsbegriffs O. Mayers ist nur verständlich aus dem Bestreben, eine glatte Gebietsabgrenzung zwischen öffentlicher Verwaltung und öffentlicher Wirtschaft zu ermöglichen. Alles, was mangels jeder erwerbswirtschaftlichen Note nicht der Zahl der öffentlichen Gewerbsunternehmen zugerechnet werden kann, läßt sich auf diese Weise unschwer unter dem Sammelbegriff der öffentlichen Anstalt zusammenfassen. Der Umstand, daß nach deutschem Recht den öffentlichen Körperschaften für ihre Zwecke öffentliches und Privatrecht gleichmäßig zur Verfügung stehen, ist dabei auf diese weite Fassung des Anstaltsbegriffs sicherlich ebenfalls nicht ohne Einfluß gewesen. Ob allerdings ein in seiner Art notwendig indifferenter Sammelbegriff, wie dieser Anstaltsbegriff, den Anforderungen zu entsprechen vermag, die die Gegenwart an das Anstaltsrecht zu stellen hat. erscheint im hohen Grade zweifelhafts). Gilt es heute die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation den neu erstandenen Verwaltungsbedürfnissen anzupassen und ist letzteres nur durch entsprechenden Ausbau speziell der Anstaltsverwaltung möglich, so muß eine jede Definition, die nebeneinander

<sup>7)</sup> Siehe Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage, 28, S. 125. Nach seinen Ausführungen auf Seite 124 zu schließen, rechnet Fleiner sogar auch die gemischtwirtschaftliche Unternehmung zu diesen öffentlichen Anstalten in Privatrechtsform.

<sup>8)</sup> Hier zeigt sich die Verschiedenheit des Ausgangspunkts der vorliegenden Untersuchung gegenüber Ofto Mayer, aber auch Fleiner in aller Deutlichkeit. Während bei ihnen das Streben nach Deutung des als Faktum genommenen Rechtsstoffs im Vordergrund steht, ist für die Ausführungen des Textes der Wunsch nach Angleichung des Rechtsstoffes an die Wirklichkeit moderner Verwaltung und damit eine vornehmlich rechtspolitische Absicht richtunggebend. Daß eine solche rechtspolitische Behandlung der Materien des Verwaltungsrechts, wie sie die Gegenwart fordert, nur dank der vorhergehenden systematischen Arbeit Otto Mayers, Fleiners u. a. überhaupt möglich ist, sollte dabei nicht verkannt werden.

öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Organisationstypen als öffentliche Anstalten anerkennt, von dieser zentralen gegenwärtigen Aufgabe des Anstalsrechts die Aufmerksamkeit abziehen. Daß im übrigen die Fruchtbarkeit eines Begriffs durch mangelhafte Prägnanz ungünstig beeinflußt wird, daß an einen derart indifferenten Anstaltsbegriff kaum nennenswerte Konsequenzen angeknüpft werden können, liegt auf der Hand. So möchte ich daher privatrechtliche Gebilde jeglicher Art aus dem Anstaltsbegriff eliminieren und diesen ausschließlich auf öffentlich-rechtliche Verwaltungseinheiten beschränken. Die Tatsache, daß sich auf diese Weise zwischen öffentlichen Anstalten und Gewerbeunternehmungen der öffentlichen Hand eine Mittelgruppe bilden muß, die weder zu der einen, noch zu der anderen Kategorie gehört, darf ich in einem späteren Zusammenhang noch berücksichtigen.

Aber auch unter dieser Einschränkung erscheint der herrschende Anstaltsbegriff noch allzu umfassend und nur unvollkommen präzisiert. Die Anstalt ist hiernach identisch mit der öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinheit überhaupt<sup>9</sup>). Mayer selbst hat beispielsweise ausdrücklich das Gericht unter die Zahl der Anstalten aufgenommen, das gleiche gilt aber von der Polizei- und Finanzverwaltung, ja von aller Staatstätigkeit überhaupt. Hiernach müßte daher ein Ausbau bzw. eine Reform der Anstaltsverwaltung eine solche der öffentlichen Verwaltung überhaupt bedeuten. Dem steht entgegen. daß die zuvor erwähnten neuen Verwaltungsbedürfnisse lediglich einen Teil der Verwaltung betreffen, daß daher auch nur in Ansehung eines Teils der Verwaltungsorganisation aus den genannten Gründen eine Reform notwendig und erwünscht erscheint. Die Tatsache, daß die Eingruppierung wirtschaftlicher Aufgaben in den Bereich der allgemeinen Verwaltung gegenüber der funktionell einheitlichen Verwaltung liberaler Prägung eine Verschiedenartigkeit der materiellen Verwaltungsaufgaben zur Folge gehabt hat, wirkt sich heute allerorts praktisch aus und verlangt eine der Verschiedenheit der Aufgaben entsprechende Differenzierung der Verwaltungsorganisation. Soll die öffentliche Anstalt den hier liegenden Bedürfnissen dienstbar gemacht werden, so darf sie daher nicht schlechthin mit der öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinheit identifiziert werden.

Es erscheint bemerkenswert, daß die verwaltungsrechtliche Theorie bei der Auseinandersetzung mit dem Anstaltsrecht im einzelnen regelmäßig gleichsam eine stillschweigende Veren-

<sup>°)</sup> So schon Erich Kaufmann bei v. Stengel-Fleischmann.

gerung des von ihr zum Ausgang genommenen Anstaltsbegriffs vorgenommen hat, indem sie lediglich in einer ganz bestimmten Richtung praktische Konsequenzen aus diesem Anstaltsbegriff zog. Gericht, Polizei, Finanz usw. fehlen in den Darstellungen des Anstaltsrechts regelmäßig. Konnte man ihnen auch, solange man at dem alten Anstaltsbegriff festhielt, ihre Anstaltsqualität nicht ausdrücklich abstreiten, so ist man über sie und ihre Zugehörigkeit zu den öffentlichen Anstalten doch regelmäßig mit Stillschweigen hinweggegangen. Es ist allerdings versucht worden, diese stillschweigende Verengerung der Basis des Anstaltsrechts durch eine entsprechende Formulierung des Anstaltsbegriffs offiziell anzuerkennen. Kormann unterscheidet in dieser Absicht zwischen Anstalten und nutzbaren Anstalten, um lediglich letztere als Anstalten im eigentlichen Sinne anzuerkennen<sup>10</sup>). Eingedenk der Tatsache, daß schließlich eine jede Staatstätigkeit von Nutzen für den Bürger begleitet ist, daß auch auf der Basis eines individuellen Nutzens. wie etwa das Beispiel der Gerichte lehrt, sich schwerlich eine brauchbare Abgrenzung wird vornehmen lassen, da eben individueller und kollektiver Nutzen allzu häufig unlöslich miteinander verquickt sind, wird man jedoch Bedenken tragen müssen, auf dieser Grundlage den Anstaltsbegriff aufzubauen.

Verlangt die inhaltliche Verschiedenheit der staatlichen Funktionen eine entsprechende Differenzierung der öffentlichrechtlichen Verwaltungsorganisation und soll die öffentliche Anstalt in den Dienst dieser Bedürfnisse gestellt werden, so liegt es nahe, unter die Kriterien der öffentlichen Anstalt die dieser öffentlichen Anstalt speziell übertragenen Aufgaben in irgendeiner Form aufzunehmen. Werin äußert sich aber nun die Besonderheit der fraglichen Funktionen des Staates, die zurzeit nicht immer in der gewünschten Weise ihre Erledigung finden können und für die daher die Anstaltsverwaltung speziell ausgebaut werden soll?

In einem gewissen Unterschied zu Merkl, der wohl als erster eine Präzisierung des Anstaltsbegriffs in dieser Richtung angestrebt hat<sup>11</sup>), möchte ich diese Klassifizierung auf der zwar reichlich formalen, dafür aber entsprechend eindeutigen Basis des von der Zivilrechtsdogmatik seit langem analysierten Handlungsbegriffs vornehmen, der ja auch auf den Staat seine Anwendung findet. Gleich jedem Privatem stehen auch dem Staat die beiden Äußerungsmöglichkeiten: Willenserklärung und Realakt nebeneinander zur Verfügung. Während allerdings

<sup>10)</sup> Kormannn: "Öffentliche Anstalt", bei v. Stengel-Fleischmann a.a.O.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup>) A. Merkl: Allgemeines Verwaltungsrecht, 27, S. 306 f.

im Leben des Privaten regelmäßig der Realakt, die schaffende Tat überwiegt, stellte sich die Tätigkeit des Staates seit dem Liberalismus vornehmlich in der Form der Willenserklärung, alias Verwaltungsakt, dar. Wenn unsere deutsche Verwaltung in dem noch heute für sie entscheidenden Stadium der Verwaltungsgeschichte einseitig auf den Verwaltungsakt zugeschnitten worden ist, so erklärt sich dies aus dem Zusammentreffen des Liberalismus mit der Rechtsstaatsidee. Beide vereint haben die Verwaltung in justizförmige Organisationen hineingedrängt, was im Hinblick auf die historische Situation erklärlicherweise gegenüber der Staatsverwaltung nachhaltiger gelang, als gegenüber der Kommunalverwaltung. So war denn die Verwaltungsorganisation in ihrem ganzen Aufbau planmäßig auf eine Verwaltung zugeschnitten, deren vornehmste Aufgabe in der Vornahme von Verwaltungsakten bestand. Als daher in einer späteren Zeit die öffentliche Verwaltung, anknüpfend an frühere Epochen deutscher Staatsverwaltung, wieder unmittelbar in den nationalen Arbeitsprozeß eingeschaltet und ihr das weite Feld des Realakts wieder freigegeben wurde, mußte dieser einseitige Zuschnitt der Verwaltungsorganisation als ein Mangel empfunden werden. Auf diesen Mangel ist es nicht zuletzt zurückzuführen, wenn heute zahlreiche Verwaltungszweige in privatrechtliche Organisationsformen überführt worden sind.

Soll daher die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation wieder in vollem Umfang in den Dienst der öffentlichen Verwaltung gestellt werden, so hat dies zur Voraussetzung eine der Zwiespältigkeit der materiellen Verwaltungsaufgaben entsprechende Differenzierung der Verwaltungsorganisation. Die Einsicht, daß auch die Verwaltungsorganisation nicht notwendig nach einem einheitlichen und zwar nach dem derzeit noch herrschenden Organisationsschema aufgebaut zu sein braucht, daß auch hier vielmehr sehr wohl Differenzierungen möglich sind, beginnt eigentlich erst recht langsam sich Bahn zu brechen. Allerdings die preußischen Entwürfe für eine Kommunalreform sind von ihr lebhaft beeinflußt<sup>12</sup>).

Verlangen heute diejenigen Verwaltungszweige, innerhalb deren Geschäftsbereich der Realakt, die schaffende Tat überwiegt, eine ihren Sonderbedürfnissen genügend angepaßte Verwaltungsorganisation und soll die Anstaltsverwaltung in den

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup>) Siehe in diesem Sinne sehr betont die Ausführungen des derzeitigen Leiters der Kommunalabteilung im Preußischen Ministerium des Innern, v. Leyden, in seinem Aufsatz: Wandlungen im Gemeinderecht, veröffentlicht in Recht und Staat im neuen Deutschland, 1929, herausgegeben im Namen der deutschen Vereinigung für staatswissenschaftliche Fortbildung von Harms, Bd.1, S.334 f.

Dienst dieser Bestrebungen gestellt werden, so lassen sich hieraus die für die Formulierung des Anstaltsbegriffs zu folgernden Schlüsse unschwer ablesen. Wird die öffentliche Anstalt aber in dieser Weise auf Verwaltungszweige beschränkt, innerhalb deren Geschäftsbereich der Realakt dominiert<sup>13</sup>), so bedeutet dies nichts anders, als daß das Anstaltsrecht nunmehr bereits durch die Formulierung des Anstaltsbegriffs ausschließlich auf jene Verwaltungsgebiete festgelegt wird, für die es de facto bereits heute allein von Bedeutung ist, an die insbesondere mit dem Terminus nutzbare Anstalt gedacht war. Hiermit ist die Möglichkeit eröffnet, neben dem bisher vorherrschenden Organisationstyp, der "Behörde", die Anstalt als gleichberechtigtes Glied innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation zu ihrer vollen Besonderheit zu entwickeln.

Aber auch ein in dieser Weise gegenüber dem herrschenden zwiefach eingeengter Anstaltsbegriff dürfte für unsere heutigen Bedürfnisse noch allzu weitmaschig sein. Die gerade angesichts der heutigen staatskapitalistischen Tendenzen besonders wichtige Abgrenzung der öffentlichen Anstalt gegenüber dem Gewerbebetrieb der öffentlichen Hand wird auf dieser Basis nur unvollkommen erreicht. Nach der herrschenden Definition kennzeichnet die öffentliche Anstalt gegenüber einem Gewerbsunternehmen der öffentlichen Hand die Bindung an einen öffentlichen Zweck. Was dabei unter einem solchen öffentlichem Zweck verstanden werden soll, bleibt vorerst einmal dunkel, denn schließlich dient im korporativen Staat ja eine jede Unternehmung einer öffentlichen Körperschaft der Öffentlichkeit<sup>14</sup>).

Ich glaube hier auf eine prinzipielle Auseinandersetzung

<sup>13)</sup> Daß ein gewisses Mischungsverhältnis zwischen Willenserklärung und Realakt überall gegeben sein muß, so daß es sich bei dieser Differenzierung zwischen Anstalt und Behörde nicht um ein Entweder-Oder, sondern nur um das Übergewicht des Einen oder des Anderen handeln kann, dürfte sich von selbst verstehen.

<sup>14)</sup> Dieses Argument pflegt in der Praxis gern herangezogen zu werden, um der Wirtschaft der öffentlichen Hand ungeachtet ihrer ausgesprochenen erwerbs- oder, wie man, vielleicht aus gewissen psychologischen Erwägungen heraus, neuerdings lieber sagt, ertragswirtschaftlichen Einstellung eine Sonderstellung gegenüber der Privatwirtschaft anweisen zu können. In diesem Sinne Leyden a. a. O. S. 318, ähnlich Mulert: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, Generalbericht für den Internationalen Kongreß der Städte und Lokalverwaltungen in Sevilla im März 1929, erschienen im Verlag der Union Internationale des Villes in Brüssel, S. XXX; ja, sogar das preußische Oberverwaltungsgericht hat ähnliche Anschauungen vertreten, Bd. 46 S. 156: "Jedes Unternehmen einer Gemeinde soll einen öffentlichen Zweck haben, denn nur zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben bestehen die Gemeinden selbst und sind sie mit Machtmitteln ausgerüstet."

mit der Frage, ob und inwieweit überhaupt materielle Zweckmomente für Zwecke juristischer Begriffsbildung Verwendung finden können, verzichten zu können. Auch dann, wenn man nicht die Kelsensche Auffassung<sup>15</sup>) teilt, wird man gegenüber einem Anstaltsbegriff, der seine Hauptstütze in einem solchen Zweckmoment findet, gewisse Bedenken haben müssen. Bekanntlich lassen sich solch materiale Zweckmomente, wenn überhaupt, so nur auf Umwegen in die Netze juristischer Begriffsbildung einfangen. Ist der Zweck, wenn ich mich einer Definition Wundts bedienen darf, die antizipierte Vorstellung unseres Handelns, so ist hiernach ein jedes Zweckmoment von Haus aus psychologischer Natur. Wie jedoch die psychologische Haltung des Handelnden überhaupt nur mit Hilfe eines Schlusses aus der symptomatischen Bedeutung der Handlung der Erkenntnis zugänglich gemacht werden kann, so kann auch die juristische Begriffsbildung nicht unmittelbar an die Zweckvorstellung, sondern lediglich an bestimmte äußere Tatbestände anknüpfen, die erfahrungsgemäß als typischer Reflex einer bestimmten psychologischen Haltung betrachtet werden können.

Charakteristisch für diese Methode ist die Rechtsprechung des Reichsfinanzhofs zum Begriff der Gemeinnützigkeit sowie die auf diese Rechtsprechung aufbauende Durchführungsverordnung zum Körperschaftssteuergesetz vom 17. Mai 1926, die den von Haus aus ebenfalls psychologischen Faktor der Gemeinnützigkeit in einer für juristische Zwecke geeigneten Weise zu formalisieren versucht. Alle diese Versuche vermögen an der Tatsache, daß die Gemeinnützigkeit als ein psychologischer Zustand sich einer definitiven Formalisierung letzthin notwendig entzieht, nicht das Geringste zu ändern. Nicht anders liegen die Dinge bei der öffentlichen Anstalt, bei der die begriffliche Bindung an einen öffentlichen Zweck ebenfalls ursprünglich nicht anders besagt, als daß von den Organen dieser Anstalt eine besondere geistige Haltung erwartet wird<sup>16</sup>), was beiläufig bemerkt für die Ausgestaltung der Personalverhältnisse von Wichtigkeit ist.

<sup>16) &</sup>quot;Hauptprobleme der Staatsrechtslehre", 2. Auflage, S. 84 ff. 16) Ebenso Fleiner a.a. O. S. 327, sowie Mulert a.a. O. S. XXII, die beide in überraschender Übereinstimmung von der inneren bzw. geistigen Einstellung sprechen, die die öffentliche Wirtschaft kennzeichnet. Ähnlich Köttgen: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das öffentliche Recht, 28, S. 13; in gleicher Richtung weist schließlich bereits die Bemerkung A dolf Wagners: "Der Unterschied dieser Prinzipien (privatwirtschaftlich, gemeinwirtschaftlich und karitativ) ist ein psychologischer, welcher auf die Verschiedenheit der das wirtschaftliche Handeln bestimmenden Motive zurückgeht." (Lehr- und Handbuch der politischen

Entzieht sich daher eine jede Zweckvorstellung notwendig der formalen Präzisierung, so wird die Entscheidung über sie regelmäßig von Fall zu Fall, von Person zu Person getroffen werden müssen. Allerdings dürfen dabei die bekannten Bindungen sozialer Gesamtvorstellungen nicht außer acht gelassen werden, die auch hier die Entscheidung bis zu einem gewissen Grade dem freien Ermessen des jeweils zur Entscheidung Berufenen entziehen. Solange der traditionelle Verwaltungsaufbau noch unangetastet war, werden diese sozialen Gesamtvorstellungen auch die Entscheidung, ob eine bestimmte Unternehmung, da öffentlichen Zwecken dienend, als öffentliche Anstalt angesehen werden soll oder nicht, regelmäßig erleichtert haben<sup>17</sup>). Heute fehlt vielfach die Selbstverständlichkeit, mit der früher diese Fragen beautwortet werden konnten<sup>18</sup>), soweit daher eine Entscheidung unumgänglich ist, wird sie häufig in erster Linie auf der persönlichen Anschauung des zur Entscheidung Berufenen beruhen. Solange an dem, wenn auch stark durchlöcherten, Prinzip der Gewaltenteilung überhaupt noch festgehalten werden soll, solange noch eine wesentliche Aufgabe des Rechts in der Ermöglichung der Berechenbarkeit der Entscheidung gesehen werden soll, wird man Rechtsbegriffen, die in dieser Weise gleich dem Anstaltsbegriff an einer entscheidenden Stelle die Entscheidung aus der Hand des Gesetzgebers in diejenige der das Gesetz anwendenden Stelle hinüberspielen, skeptisch gegenüberstehen müssen<sup>19</sup>). So hatte

Ökonomie, 1. Teil: Grundlegung der Volkswirtschaft, 1893. S. 774.) Siehe hierzu neustens J. Brandt: "Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand" 1929, der mit vollem Recht die mangelhafte Unterscheidung zwischen Wirtschaft und Verwaltung in der Gegenwart rügt (S. 5) "und hier entscheidendes Gewicht auf den Wirtschaftswillen" (S. 9) als Kriterium legt.

<sup>17)</sup> Für das Werturteil, auf dem die Entscheidung unter diesen Umständen aufbauen muß, charakteristisch Lassar a.a.O. S. 200. Als Beweis dafür, daß allerdings auch in der Vorkriegszeit diese Fragen einigermaßen problematisch waren, sei auf Laband verwiesen, der Post und Eisenbahnen einerseits als gewerbliche Unternehmungen des Reichs, anderseits beide, da nicht allein finanziellen Interessen dienend, nicht als freie Gewerbe, sondern als öffentliche Verkehrsanstalten bezeichnet, bei dem daher gewerbliche Geschäftsabsichten und Anstaltscharakter bereits in jenem der Gegenwart nur allzu gut bekannten Mischungsverhältnis auftreten (vgl. Reichsstaatsrecht, 6. Aufl., S. 392 f. sowie S. 232 und 250). Hierher gehört auch die Bemerkung von Arndt über die Unmöglichkeit einer Unterscheidung zwischen Finanz- und Verwaltungsvermögen, da beides öffentlichen Interessen zu dienen bestimmt sei (Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901, S. 436).

schen Reiches, 1901, S. 436).

18) Auch hier gilt, was Carl Schmitt in der Vorrede seiner "Verfassungslehre" über das "politische und soziale Sicherheitsgefühl der Vorkriegszeit" schreibt.

<sup>19) &</sup>quot;Öffentliches Interesse ist ein Etwas, das uns molluskenhaft

ia auch die zuvor erwähnte steuerrechtliche Verordnung lediglich die Aufgabe, diese Mängel durch Einschaltung objektiver Kriterien zu beheben. Für das Anstaltsrecht wird man ähnliche Wege einschlagen müssen, auch hier müssen objektive Kriterien gefunden werden, die eine hinreichende Formalisierung des Anstaltsbegriffs gestatten. Hierfür ist jedoch Voraussetzung, daß vorerst einmal Klarheit darüber geschaffen wird. was denn überhaupt darunter zu verstehen ist, wenn der moderne korporative Staat, der doch bereits begrifflich dem Allgemeinwohl verhaftet zu sein scheint, hier und dort noch speziell für das Allgemeinwohl in Anspruch genommen wird.

Das geltende Recht, mit besonderer Deutlichkeit das Steuerrecht, hat bekanntlich der Tätigkeit des Staates nur bedingungsweise das Prädikat der Gemeinnützigkeit zuerkannt, nur stellenweise wird der Staat als dem öffentlichen Zweck verbunden betrachtet<sup>20</sup>). Soweit der Staat hier für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen wird, besagt dies nichts anderes, als daß ihm eine gemeinnützige Haltung zur Pflicht gemacht wird. In diesem Sinne sprechen neuere Gesetze vielfach im Unterschied zu der "werbenden" von einer "gemeinnützigen" Staatstätigkeit<sup>21</sup>), in diesem Sinne zählt etwa Georg Jellinek den Faktor der Gemeinnützigkeit unter die begrifflichen Eigentümlichkeiten der Verwaltung überhaupt<sup>22</sup>). Wenn das geltende Recht es ablehnt, dem Staat schlechthin ob seiner Eigenschaft als Staat den Charakter der Gemeinnützigkeit zuzuerkennen, so befindet es sich hier im Einklang mit den Grundprinzipien der Ethik, auf deren Boden die Kategorie der Gemeinnützigkeit ja zu Hause ist. Die Gemeinnützigkeit ist

entgleitet, wenn wir es greifen möchten, das wie Proteus hundertfach die Gestalt wechselt, während wir es betrachten. Es in einer definitiven Formel, die auf alle Fälle anwendbar wäre, zu begreifen, ist unmöglich. Wo der Begriff in den Gesetzbüchern vorkommt, entscheidet der Richter nach subjektivem Ermessen, ob ein öffentliches Interesse vorliegt und ob es verletzt ist." Posse: "Preßfreiheit", Zeitschrift für Politik, Bd. 18 Heft 5 S. 336.

Zeitschrift für Politik, Bd. 18 Heft 5 S. 336.

20) Siehe etwa § 2 der preußischen Gewerbesteuerverordnung vom 15. März 1927, pr. OVG. Bd. 13 S. 224.

21) Siehe etwa § 74 des Entwurfs für eine preußische Städteordnung und § 95 der thüringischen Gemeinde- und Kreisordnung.

22) G. Jellinek: Allgemeine Staatslehre, 4. Aufl., S. 623; anders

Kelsen: "Hauptprobleme" S. 493, der, ausgehend von seiner prinzipiellen Einstellung zum Zweckproblem für die Zwecke der juristischen Normierung, mit Rücksicht auf die unbestreitbare Tatsache, daß Verwalten eine Zwecktätigkeit ist, zu der Annahme gelangen muß, daß der Begriff der Verwaltung überhaupt kein Rechtsbegriff, sondern lediglich ein wirtschaftlicher Begriff ist, eine Annahme, die mit ihrer prinzipiellen Gleichsetzung von öffentlicher und privater "Verwaltung" allerdings in ihrer letzten Konsequenz zu patrimonialstaatlichen Anschauungen zurückkehren muß monialstaatlichen Anschauungen zurückkehren muß.

innerhalb des ethischen Systems nur ein Unterfall altruistischer Haltung überhaupt, d. h. gemeinnützig handelt nur, wer einen fremden Nutzen verfolgt<sup>23</sup>). Dem auf Grund der bekannten Identifikation mit dem Staatsvolk den Nutzen dieses Staatsvolkes verfolgenden modernen Staat liegt eine solch altruistische Haltung von Haus aus völlig fern, die staatlichen Eigeninteressen sind hier nur zufällig mit denen des Staatsvolkes identisch. Eine jede Anwendung des Begriffs der Gemeinnützigkeit auf den korporativen Staat verlangt daher notwendig, daß die "Allgemeinheit", an deren Interessen diese gemeinnützige Staatstätigkeit ausgerichtet werden soll, anders bestimmt wird als das persönliche Staatselement.

Dank der ihr eigenen Relativität kann diese Allgemeinheit beliebig eng oder weit gefaßt werden. Die oberste Grenze liegt bei dem allgemeinen Menschheitsideal, die unterste wird sich kaum generell bestimmen lassen. Auch im modernen Staatsbegriff ist eine solche "Allgemeinheit" enthalten, gerade an ihren Interessen darf jedoch die staatliche Tätigkeit nicht ausgerichtet sein, wofern dieser wenigstens das Prädikat "gemeinnützig" zuerkannt werden soll. Beruht der moderne korporative Staat auf einer persönlichen Grundlage, so allerdings nicht etwa auf der Summe der lebenden Staatsbürger. Das Volk im Strom der Geschichte bildet das persönliche Staatselement. Es sind die über die Gegenwart und die lebende Generation hinausweisenden nationalen Solidarinteressen, die die staatlichen Interessen inhaltlich bestimmen. Diese Lösung des Staates aus zeitlichen Fesseln bedeutet gleichzeitig eine starke Potenzierung der staatlichen Macht, die wiederum dem den modernen Staat in allen seinen Entwicklungsphasen maßgeblich bestimmenden Liberalismus besondere Garantien angezeigt erscheinen ließ. In dieser Absicht hat man aller staatlichen Machtentfaltung einen wirksamen Zügel angelegt, indem man von dem Staat gerade auf den Gebieten, auf denen er am ersten dem Individuum gefährlich werden konnte, eine gemeinnützige Haltung verlangte. Es sind die Interessen der lebenden Generation, auf die hier der Staat die genügende

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup>) Somit wird daher auch unter den drei obenerwähnten volkswirtschaftlichen Organisationsprinzipien Adolf Wagners das neben dem privatwirtschaftlichen und dem karitativen stehende gemeinwirtschaftliche Prinzip nur dann im Sinne Adolf Wagners als eine psychologische Besonderheit gegenüber der Privatwirtschaft angesehen werden können, wenn es sich nicht allein als ein zwar an den Interessen eines größeren Personenverbandes orientiertes, seinem Motive jedoch nach wie vor privatwirtschaftliches Handeln darstellt, sondern darüber hinaus die geistigen Elemente der den Wirtschaftsegoismus in sich überwindenden karitativen Wirtschaft in sich aufgenommen hat.

Rücksicht nehmen soll. Die Möglichkeit des völlig freien Spiels der Kräfte, die der Liberalismus dem Privaten ausdrücklich garantierte, wurde dem Staat auf diese Weise genommen. Bemerkenswerter Weise hat eine spätere, von anderen politischen Grundanschauungen ausgehende Zeit zwar für den Privatmann mancherlei Fesseln im Interesse der Allgemeinheit gebracht, um jedoch umgekehrt für die Notwendigkeit auch den Staat an die Kette des Allgemeinwohls zu legen verhältnismäßig geringeres Verständnis zu zeigen. Der Übergang zu dem demokratischen System und damit die Überwindung letzter dualistischer Rückständigkeiten machen es zwar vielleicht verständlich, wenn man in der Gegenwart in Anbetracht des Staates solche Bindungen für überflüssig, da selbstverständlich hält. Trotzdem verlangt gerade die starke Potenzierung staatlicher Macht, die die letzten Jahrzehnte gebracht haben, ein Sicherheitsventil im Interesse des Individuums, wie es die Bindung des Staates an das Gemeinwohl bedeutet. Es ist dabei nur scheinbar paradox. wenn gerade einer solchen Bindung an das Allgemeininteresse die Bedeutung einer Sicherung der Individualsphäre beigelegt wird. Ist in dem Solidarinteresse einer zeitlich und räumlich gebundenen Gemeinschaft, eben der lebenden Staatsbürgergeneration, das Individualinteresse als Gattung enthalten, so liegt in der Bindung an dieses gattungsmäßig bestimmte Einzelinteresse gegenüber einem wesensmäßig an keinerlei zeitliche Schranken gebundenem Staate eine nicht unbeträchtliche Garantie des Individuums.

Die theoretische Möglichkeit einer gemeinnützigen Haltung ist somit auch für den korperativen Staat erwiesen. Nur wird es schwierig sein, im Einzelfall mit Sicherheit anzugeben, ob der Staat hier im gemeinnützigen Sinne tätig geworden ist oder nicht. Die äußeren Tatbestände, aus denen man etwa die gewünschten Schlüsse ziehen könnte, sprechen hier keine deutlich vernehmbare Sprache. Ist das Eigeninteresse des Staates mit dem Nationalinteresse identisch und ist das dem Staat speziell ans Herz gelegte Allgemeininteresse dasjenige der lebenden Staatsbürgergeneration, so wird eine reinliche Scheidung dieser beiden konzentrischen Interessenkreise kaum möglich sein. Der Weg, den die eingangs erwähnte Durchführungsverordnung zum Körperschaftssteuergesetz in sehung der privaten Gemeinnützigkeit mit Erfolg beschreiten konnte, ist daher, soweit es sich um öffentliche Körperschaften handelt, verschlossen. Bezeichnenderweise begnügt sich die genannte Verordnung daher auch im § 7 mit der mageren Feststellung, daß der Umstand, daß Erträgnisse eines bestimmten Unternehmens einer öffentlichen Körperschaft zusließen. allein noch nicht genügt, um den Tatbestand der Gemeinnützigkeit zu erfüllen. Es fehlt eben im Fall der öffentlichen Körperschaften die genügende Spannung zwischen dem Eigeninteresse des Handelnden und dem, wie auch immer bestimmten, für letzteren richtunggebenden Allgemeininteresse, die im Falle privater Gemeinnützigkeit gewisse Anhaltspunkte dafür bietet, ob eine bestimmte Handlung als gemeinnützig betrachtet werden kann oder nicht<sup>24</sup>).

Auf das Anstaltsrecht übertragen, bedeutet dies die Erschwerung aller Versuche, eine Abgrenzung zwischen öffentlicher Anstalt und gewerblichem Unternehmen zu finden. Soll jedoch hier die Entscheidung nicht auf der schwankenden Basis eines mehr oder minder persönlichen Werturteils aufbauen, so muß notwendig nach irgendwelchen objektiven Unterlagen gesucht werden. So hat denn auch die verwaltungsrechtliche Theorie die Entscheidung, ob öffentliche Anstalt oder nicht, regelmäßig mit derart objektiven Momenten zu verbrämen versucht. So hat man beispielsweise auf das Moment des Gewinnstrebens, auf den Rechtscharakter Nutzungsordnung, auf die Existenz eines Benutzungszwanges u. a. abgestellt, um mit Hilfe dieser Momente die Entscheidung auf eine sichere Grundlage stellen können. Ich habe mit Absicht soeben von einer "Verbrämung" der Entscheidung gesprochen, denn in Wahrheit handelt es sich hier regelmäßig um eine petitio prinzipii. Wenn z.B. von einem Unternehmen einzig und allein deswegen, weil es mit einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung arbeitet, behauptet wird, daß es öffentlichen Zwecken diene, um es daraufhin als öffentliche Anstalt bezeichnen zu können, so ist dies doch alles andere als be-Eine relativ größere Berechtigung hatte es dem-

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup>) Von Interesse ist hier die von Glum (Selbstverwaltung der Wirtschaft S. 14) im Anschluß an v. Möllendorff gegebene Definition der Gemeinwirtschaft. Hiernach ist Gemeinwirtschaft kein Rechtsbegriff, sondern ein wirtschaftorganisatorischer Zustand der Nationalwirtschaft oder einer engeren politischen Gemeinwirtschaft, der durch die gesetzliche Verwirklichung einer wirtschaftspolitischen Maxime geschaffen wird, die geradezu den kontradiktatorischen Gegensatz zu der Maxime der Individualwirtschaft bildet, daß Wirtschaften eine allein den wirtschaftenden Subjekten zu überlassende Angelegenheit sei, für die der Egoismus der beste Motor ist. In dieser Definition ist die Besonderheit, die der Gemeinwirtschaft gegenüber bloßer staatskapitalistischer Betätigung eigen ist, gut zum Ausdruck gelangt. Nur versteht sich auch für die öffentlichen Körperschaften der Verzicht auf den Motor des wirtschaftlichen Egoismus keineswegs von selbst; ist nicht allein deswegen, weil die öffentliche Hand sie betreibt, alle Wirtschaft Gemeinwirtschaft in dem oben angegebenen Sinne. Im Gegenteil wird man fast sagen können, daß heute, angesichts der steuerlichen Situation gewiß verständlicherweise, der Staatskapitalismus sich auf Kosten der Gemeinwirtschaft auszudehnen beginnt.

gegenüber, wenn auf dem Moment des Gewinnstrebens die Entscheidung aufgebaut wurde.

Unsere heutige öffentliche Verwaltung ist durch die Übernahme steuerstaatlicher Finanzierungsgrundsätze in ihrem Wesen entscheidend bestimmt. Im Gegensatz zu der Privatwirtschaft, im Gegensatz zu der Verwaltung des Patrimonialstaates beherrscht die moderne Verwaltung das Prinzip der völligen Lösung von Leistung und Gegenleistung. Jede planmäßige Verbindung der Verwaltungsarbeit mit dem Streben nach entsprechenden Einnahmen steht im Widerspruch zu diesen steuerstaatlichen Prinzipien. So ist die Annahme, daß nur dort, wo diese finanzwirtschaftlichen Prinzipien des Steuerstaates innegehalten und auf Gewinn verzichtet wird, der staatlichen Tätigkeit der Charakter der Gemeinnützigkeit zuerkannt werden könne, verständlich, wenngleich auch diese Schlußfolgerung nicht auf logischen Notwendigkeiten beruht, wenn daher auch hier gewisse Unterstellungen nicht fehlen. Nachdem jedoch inzwischen unter dem Druck der Finanznot sowie unter dem Einfluß gewisser sozialisierender Tendenzen hier ein Wandel eingetreten ist und die deutsche Verwaltung nicht mehr ausschließlich unter die Herrschaft dieser steuerstaatlichen Finanzierungsgrundsätze gestellt ist, seitdem Steuerstaat und Unternehmerstaat nicht allein in der finanzwissenschaftlichen Theorie<sup>25</sup>), sondern auch in der Praxis<sup>26</sup>) miteinander rivalisieren, hat auch die verwaltungsrechtliche Theorie auf dieses Kriterium verzichten müssen. Wollte man nicht neben Post und Eisenbahn<sup>27</sup>) die überwiegende Mehrzahl aller in Frage kommenden Unternehmungen der öffentlichen Körperschaften der Zahl der Gewerbebetriebe zurechnen und die öffentliche Anstalt gleichsam zu einem aussterbenden Verwal-

<sup>27</sup>) Für die Schwierigkeiten auf diese Fragen heute eine Antwort zu geben, charakteristisch Lassar a.a.O. S. 200.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup>) Siehe Herbert Sultan: Über das Verhältnis Steuerstaat und Unternehmerstaat, Festgabe für G. v. Schanz, Bd. 1. <sup>26</sup>) Nach Angabe von Mulert werden zurzeit mindestens 12% des Finanzbedarfs der deutschen Gemeinden aus Betriebsüberschüssen gedeckt (a. a. O. S. XXXII ff.). Eine Ausnahme machen von dieser auch in anderen Ländern zu beobachtenden Erscheinung nach den Angaben des Berichts lediglich die angelsächsischen Länder sowie die Kommunalwirtschaft von Wien. Während insbesondere Amerika, abgesehen von allgemeinen wirtschaftlichen Erwägungen, die der Gedankenwelt des wirtschaftlichen Liberalismus entstammen, durch die Lage seiner öffentlichen Finanzen in den Stand gesetzt ist, auf den Betriebsüberschuß in seiner öffentlichen Wirtschaft zu verzichten, macht sich in Wien hier ein gewisser konsequenter Radikalismus geltend, der ohne Rücksicht auf die steuerliche Lage die Prinzipien der Gemeinwirtschaft unverwässert in die Praxis umzusetzen trachtet und damit dem für Deutschland zurzeit charakteristischen Staatskapitalismus aus dem Wege gehen konnte.

tungstyp stempeln, so mußte man sich dazu verstehen, auch der öffentlichen Anstalt das Recht planmäßiger Gewinnwirtschaft zuzubilligen, wobei allerdings regelmäßig hinzugefügt zu werden pflegt, daß dieses Gewinnstreben nicht eine vorherrschende Bedeutung erlangen dürfe²). Da sich jedoch kaum an einem sicheren Maßstab messen lassen dürfte, wieweit ein solches Gewinnstreben hiernach mit dem Charakter der öffentlichen Anstalt noch vereinbar ist, entfällt damit jede Möglichkeit, auf dieser Grundlage eine objektive Entscheidung aufzubauen.

Will man sich daher nicht damit begnügen, einzig und allein in ihrer gemeinnützigen Geisteshaltung das entscheidende Kriterium der öffentlichen Anstalt zu sehen und damit diese öffentliche Anstalt letztens auf einem Werturteil beruhen lassen, dessen individuelle Note gerade in Zeiten der Um- und Neubildung eine besonders betonte sein muß, so wird man notwendig nach anderweiten objektiven Grundlagen Umschau halten müssen, auf denen der Anstaltsbegriff etwa aufgebaut werden könnte. Ich hatte bereits erwähnt, daß die herrschende Anstaltstheorie hier häufig zu dem Rechtscharakter der Nutzungsordnung Zuflucht genommen hat, um aus einer öffentlich-rechtlichen Normierung dieser Nutzungsordnung ohne weiteres auf den Anstaltscharakter des betreffenden Unternehmens zu schließen. Ist auch die petitio prinzipii dieses Schlusses nicht zu verkennen, so wird dieser doch aus einer ganz bestimmten Einstellung zu der öffentlich-rechtlichen Kategorie heraus verständlich. Wie der Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung gegenüber derjenigen der Privatwirtschaft um ihrer gemeinnützigen Haltung willen regelmäßig ein ethischer Mehrwert beigelegt zu werden pflegt, so hat man auch das gesamte öffentliche Recht als durch eine besondere ethische Tönung charakterisiert empfunden<sup>20</sup>). Bezeichnenderweise äußert sich dies am eindeutigsten innerhalb des Beamtenrechts. So bestehen daher nach gemeindeutschen Vorstellungen ganz bestimmte Wechselwirkungen zwischen der gemeinnützigen Haltung der Staatstätigkeit und der öffentlich-rechtlichen Kategorie überhaupt, die es verständlich machen, wenn aus der Existenz einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung auf den Anstaltscharakter einer Unternehmung geschlossen wird. Die Schwäche dieser Deduktion liegt dabei einzig und allein darin, daß sie nach wie vor ausgehend von dem letzthin psychologischen Moment der öffentlichen Zweckbestimmung zwischen dieser und der öffentlich-rechtlichen Kategorie eine

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup>) Pr. OVG. Bd. 75 S. 254 f.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup>) Beneuetto Croce: Grundlagen der Politik, 24, S. 45; Fleiner a.a. O. S. 361 Anm. 2.

logische notwendige Verbundenheit annimmt, daß sie ihre Entscheidung daher nach wie vor auf einem Werturteil, und zwar auf einem Werturteil über das öffentliche Recht schlechthin aufbaut. Somit kommt diese Deduktion dort in Schwierigkeiten, wo zwar, wie etwa im Falle der Reichspost, nach der herrschenden Auffassung, eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung vorhanden ist, wo jedoch die derzeitige Gesamtsituation die Hypothese, daß das öffentliche Recht nur dort Verwendung findet, wo die gemeinnützige Haltung des Staates außer Frage steht, mit Recht oder Unrecht fraglich erscheinen läßt. Soll daher der Anstaltsbegriff auf sichere Grundlagen gestellt werden, schon um auf diese Weise eine größere praktische Bedeutung erringen zu können, so muß das Moment der öffentlichen Zweckbestimmung endgültig aus dem Anstaltsbegriff eliminiert werden. Nach wie vor wird zwar das Postulat der Gemeinnützigkeit der öffentlichen Verwaltung und damit auch der Anstaltsverwaltung als Richtschnur zu dienen haben, nur eignet es sich eben nicht als Bestandteil juristischer Begriffsbildung. Wenn der Anstaltsbegriff an seiner Stelle das zwar gröbere, dafür aber eindeutigere Moment der öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung aufnimmt, so ist damit im übrigen die öffentliche Anstalt nur auf diejenigen Gebilde beschränkt worden, die bereits heute als öffentliche Anstalten im engsten Sinne angesprochen zu werden pflegen<sup>30</sup>).

Den sogenannten öffentlichen Anstalten mit privatrechtlicher Nutzungsordnung wäre bei einer solchen Formulierung des Anstaltsbegriffs allerdings der Anstaltscharakter genommen. Daß sie von jeher als ein Schönheitsfehler innerhalb des juristischen Systems angesehen wurden, beweisen die betreffenden Ausführungen Otto Mayers, beweist auch die inzwischen durch die tatsächliche Entwicklung zerstörte Hoffnung Fleiners, daß bei ihnen die privatrechtliche binnen kurz oder lang durch eine öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung ersetzt werden würde. Und doch ist es nicht etwa lediglich ein übertriebenes Bedürfnis nach juristischer Stilreinheit, das

<sup>30)</sup> So etwa das Reichsgericht (Zivilsachen Bd. 99 S. 96 ff.): "Die Unterscheidung (zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbeunternehmen) ist also nicht in der Verschiedenheit der Ziele, nämlich der Gewinnerzielung einerseits und der Befriedigung der öffentlichen Interessen anderseits zu erblicken; es kommt vielmehr darauf an, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Gemeinde und dem Leistungsempfänger privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich gestaltet ist." Angesichts des bis heute in der verwaltungsrechtlichen Theorie herrschenden Anstaltsbegriffs wird man dieses Kriterium des RG. ablehnen müssen, es zeigt jedoch deutlich, die vollauf verständlichen Bestrebungen der Praxis innerhalb der Anstaltstheorie durch Aufstellung bestimmter formaler Kriterien, wieder festen Boden unter die Füße zu bekommen

heute eine solche Konzentration des Anstaltsbegriffs notwendig erscheinen läßt. Es muß Fleiner uneingeschränkt zugegeben werden und deckt sich ja im übrigen nur mit meinen eigenen Ausführungen, daß der eigentliche Unterschied zwischen öffentlicher Verwaltung und öffentlicher Erwerbswirtschaft letztens auf der Verschiedenheit der persönlichen Einstellung des Handelnden beruht<sup>31</sup>), nur kann dieses jeder formalen Erfassung unzugängliche psychologische Kriterium solange nicht in einen Rechtsbegriff hineingebaut und damit zur eigentlichen Grundlage eines ganzen Rechtsinstituts gemacht werden, als die Entscheidung, ob öffentliche Anstalt oder nicht, noch von dem Gesetzgeber und nicht von der das Gesetz anwendenden Stelle getroffen werden soll. Dies gilt um so mehr, als heute die traditionelle Geschlossenheit der Verwaltung stark aufgelockert ist, so daß in vielen Fällen die Zugehörigkeit eines Unternehmens zu der öffentlichen Verwaltung mit Recht zweifelhaft geworden ist32).

Der Vorzug eines in der angegebenen Weise eingeengten Anstaltsbegriffs liegt m. E. darin, daß auf diese Weise in dem Streit der Meinungen eine sichere formale Basis geschaffen wird und daraufhin die Möglichkeit besteht, den größten Teil der öffentlichen Verwaltung auf diese Plattform zu stellen und somit gegenüber der Erwerbswirtschaft der öffentlichen Hand in unzweideutiger Weise abzugrenzen. Allerdings wird schwerlich für alle Verwaltungszweige möglich sein, sie unter Einführung einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung auf den Nenner der öffentlichen Anstalt zu bringen. Ein Grenzgebiet zwischen öffentlicher Anstalt und öffentlichem Gewerbsunternehmen wird sich kaum vermeiden lassen. immer einige Verwaltungszweige geben, die aus praktischen Gründen notwendig mit einer privatrechtlichen Nutzungsordnung arbeiten müssen, bei denen die Ersetzung der privatrechtlichen Nutzungsordnung durch ein ad hoc zu schaffendes öffentlich-rechtliches Pendant unerwünscht sein muß. Ich denke dabei etwa an alle öffentlichen Kreditinstitute, soweit diese nicht überhaupt als

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup>) Fleiner a. a. O. S. 327.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup>) Die schwankende Grundlage dieser Differenzierung erhellt vielleicht am besten das Beispiel der öffentlichen Forsten. Für Otto Mayer etwa gehören diese ohne Frage zu den fiskalischen Unternehmungen (a. a. O. Bd. II S. 272). Daß jedoch auch für die öffentliche Forstverwaltung in weitem Umfang nicht finanzielle Interessen, sondern solche der allgemeinen Landeskultur (siehe etwa die Forstpolitik Mussolinis) maßgebend sind, hat die Steuergesetzgebung von jeher anerkannt. Das erwähnte Urteil Otto Mayers dürfte in seiner Selbstverständlichkeit, die hier gar keinen Zweifel aufkommen läßt, letztens daher nur auf gewisse traditionelle Gewöhnungen zurückzuführen sein, die noch aus der Zeit der landesherrlichen Domanialwirtschaft herrühren.

Gewerbsunternehmungen angesehen werden müssen. Letzteres gilt jedoch nur für wenige33). Für das Gros aller Verwaltungszweige steht heute so gut wie einst einer öffentlich-rechtlichen Normierung der Nutzungsordnung nichts im Wege. Damit ist aber die Möglichkeit gegeben, in Ansehung der überwiegenden Mehrzahl aller Verwaltungszweige ihre Zugehörigkeit zu der öffentlichen Verwaltung wieder über jeden Zweifel erhaben festzustellen, womit zum mindesten im Prinzip die heute vielfach unklar gewordene Gliederung zwischen öffentlicher Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung zurückgewonnen sein würde. Nur unter dieser Voraussetzung kann aber der öffentlichen Verwaltung die im Augenblick an mancherlei Stellen bedrohte innere Geschlossenheit erhalten werden, die zum mindesten so lange notwendig ist, als das geltende Recht von einer wesensmäßigen Verschiedenheit zwischen dem verwaltenden und dem wirtschaftenden Staat seinen Ausgang nimmt

Wenn ich an dieser Stelle, das Gesagte zusammenfassend, eine Definition des in der angegebenen Weise eingeengten Anstaltsbegriffs geben darf, so möchte ich als öffentliche Anstalten Verwaltungseinheiten innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation bezeichnen, deren Aufgaben überwiegend durch den Realakt charakterisiert werden und die, soweit sie überhaupt in Erfüllung ihrer Aufgaben in unmittelbare rechtliche Beziehungen zu dem privaten Publikum treten, sich hierbei einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsordnung bedienen. Wenn allerdings mit Hilfe dieses Anstaltsbegriffs endgültig ein jedes Werturteil ausgeschaltet werden soll, so

<sup>33)</sup> Die von Glum in der Diskussion zum Ausdruck gebrachte Befürchtung, daß die Zahl dieser im Text als unvermeidbar an-erkannten Zwischengebilde praktisch doch so groß sein werde, daß die Ausnahme die Regel überwiege, womit in der Tat das gesamte Einteilungsprinzip praktisch wertlos sein würde, vermag ich nicht zu teilen. Was den von Glum speziell erwähnten Fall der Reichsbahn anlangt, so stehen auch hier, nachdem man sogar unter dem außenpolitischen Druck der großenteils keine Staatsbahnen im deutschen Sinne kennenden Vertragspartner des Dawesabkommens auf dem Gebiet des Organisationsrechts an einer öffentlich-rechtlichen Lösung festgehalten hat, der Ersetzung der ja ausschließlich auf ein gewisses Beharrungsvermögen zurückzuführenden privatrechtlichen Nutzungsordnung durch eine öffentlich-rechtliche, soweit ich sehe, keine Schwierigkeiten entgegen, wie man ja auch bei der Post nicht an einen Verzicht auf die öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung denkt. Es will mir daher fast so scheinen, als wenn auch bei Glum die m. E. ja irrige Vorstellung entscheidend wäre, daß die öffentlich-rechtlichen Formen für jede wirtschaftliche Betätigung notwendig ungeeignet sein müßten, als wenn der für den Liberalismus charakteristische Primat der "Behörde" gegenüber der "Anstalt" auch von Glum noch anerkannt werde.

verlangt dies, daß der Rechtscharakter der Nutzungsordnung seinerseits ebenfalls durch irgendwelche formale Kriterien eindeutig gekennzeichnet wird. Zur Zeit ist es bekanntlich in zahlreichen Fällen äußerst zweifelhaft, ob die die Anstaltsnutzung betreffenden Normen dem Rechtskreis des öffentlichen oder des privaten Rechts zugerechnet werden sollen. Hier wird die Entscheidung, wenn ich an die bekannten Ausführungen von Triepel anknüpfen darf, davon abhängen, welche Wertung dem betreffenden Tatbestand seitens der rechtssetzenden Gemeinschaft zuteil geworden ist<sup>34</sup>). So stellt sich überall dort, wo der Rechtscharakter der Nutzungsordnung nicht völlig eindeutig ist, wiederum ein Werturteil ein, das jedoch gerade vermieden werden sollte. Anderseits dürften aber über die Möglichkeit einer eindeutigen Ausprägung des Rechtscharakters der Nutzungsordnung, die solche Zweifel ausschließt, kaum prinzipielle Bedenken bestehen. liegenden Bedürfnisse des Anstaltsrechts finden ihr Pendant in den bekannten, wenn auch von dem Reichsgericht durchkreuzten. Bestrebungen des Beamtenrechts, das Beamtenverhältnis durch Aushändigung einer besonderen Anstellungsurkunde sichtbar gegenüber dem Privatdienstvertrag zu unterscheiden. Wie auf beamtenrechtlichem Gebiet, so muß auch für das Anstaltsrecht die Möglichkeit bestehen, durch Einschaltung bestimmter formaler Voraussetzungen den Rechtscharakter der Nutzungsordnung völlig eindeutig zu bestimmen. Voraussetzung hierfür ist allerdings, daß das Gesetz sich in stärkerem Maße mit der Arstaltsverwaltung beschäftigt. als dies bislang der Fall zu sein pflegt. Über die rechtstechnischen Mittel, die hier erforderlich sind, möchte ich mich mangels genügender Zeit nicht näher verbreiten.

Die zuvor angestrebte Präzisierung des Anstaltsbegriffs findet ihre Berechtigung in der Notwendigkeit, die in dieser Weise präzisierte Anstaltsverwaltung auf die ihr gestellten besonderen Aufgaben in genügender Weise speziell einstellen zu können, um auf diesem Wege der Abwanderung öffentlicher Verwaltungszweige in privatrechtliche Organisationsformen wirksam Einhalt gebieten zu können. Bildet daher eine negative Einstellung gegenüber einer solchen privatrechtlichen Entwicklung unserer Verwaltung eine wesentliche Voraussetzung der zuvor vertretenen Forderungen, so glaube ich diese zum mindesten mit ein paar kurzen Worten begründen zu müssen. Ich möchte dabei aus der Fülle der Bedenken, die hier geltend gemacht werden könnten, nur einige wenige herausgreifen. So werden beispiels-

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup>) Triepel: Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Norder-Dithmarschen, in der Festgabe für Brunner, 1924.

weise die der Organisationsgewalt im Laufe der Zeit mühsam abgerungenen rechtsstaatlichen Garantien in demselben Augenblick zu einem großen Teil hinfällig, in dem die oberste Verwaltungsbehörde dazu übergeht, neue Verwaltungsaufgaben ad hoc gegründeten privatrechtlichen Gesellschaften zu übertragen³6). Insbesondere die Grundrechte, nicht zuletzt der Art. 109, verlieren hier ihre Wirksamkeit³6). Gesetzliche Zuständigkeitsverteilungen werden, wie am besten das Beispiel der auf diesem Wege entstandenen reichseigenen Verwaltung lehrt, durch diese Methode illusorisch³7). Die Kommunalaufsicht wird ihrer Durchschlagskraft beraubt, wenn die Kom-

35) Siehe hierzu die Bedenken Erich Kaufmanns, Veröffentlichungen der Vereinigung deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 2 S. 115. 36) In der maßgeblichen Literatur ist die Frage der Grenzen des Art. 109 in dieser Richtung, soweit ich sehe, noch nicht behandelt worden. Aus der von Leibholz (Die Gleichheit vor dem Gesetz, 25, S. 87) gegebenen Definition des Artikel 109 ist für diese Frage keine Antwort zu entnehmen. Das gleiche gilt neustens von den eingehenden Untersuchungen Stier-Somlos in den "Grundrechten und Grundpflichten" von Nipperdey. Die Verwaltung wird hier regelmäßig als eine in ihren Grenzen feststehende Institution angenommen, was jedoch die gegenwärtige praktische Situation, wie die Erfahrung und nicht zuletzt die anschließend zu erwähnende Bemerkung von Nipperdey zeigt, nicht mehr gestattet. In seiner Schrift "Stromsperre, Zulassungszwang und Monopolmißbrauch", 1929, S. 18, vertritt Nipperdey die Auffassung, daß auch gegenüber einem privatrechtlichen Unternehmen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft, ja, sogar gegenüber einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen der Artikel 109 praktische Geltung besitzt, wobei er sich bezeichnenderweise auf den Anstaltsbegriff der herrschenden Lehre, in Sonderheit auf die oben kurz gestreifte Lehre Fleiners beruft, die ja auch die öffentliche Anstalt in Privatrechtsform anerkennt. Eine solche Dehnung des Anwendungsbereichs des Artikel 109 über die öffentlichen Körperschaften selbst hinaus auf private Gesellschaften, die in irgendeiner Beziehung zu einer solchen Körperschaft stehen und von dieser zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben benutzt werden, scheint mir untragbar zu sein. Normadressat des Artikel 109 sind nur die öffentlichen Körperschaften selbst. Ebensowenig bislang Privatgesell-schaften etwa dem Zugriff der Kommunalaufsicht unterliegen, kann für sie auch der Artikel 109 bindend sein. Beiläufig bemerkt, ein Zeichen dafür, daß unser geltendes Recht, soweit es an die Ver-waltung denkt, hier nur die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation, aber nicht irgendwelche Gegenstücke auf dem Gebiet des Privatrechts im Auge hat. Wenn ich einen Vergleich von Jellinek (Verwaltungsrecht S. 24) heranziehen darf, so will ja die die "öffentlichrechtliche Uniform" ablegende Verwaltung mit dem Übergang zu privatrechtlichen Lösungen nichts anderes als eine Steigerung ihrer Beweglichkeit, weshalb der Fortfall aller rechtsstaalichen Garantien, unter ihnen des Artikel 109, nur in der Absicht der diesen Weg einschlagenden Stellen gelegen haben dürfte.

<sup>37</sup>) Siehe die lebhaften diesbezüglichen Klagen des preußischen Kultusministers Becker für sein eigenes Ressort; "Probleme der Wissenschaftspflege" in Recht und Staat im Neuen Deutschland, Bd. I

S. 451 ff.

munen dazu übergehen, Verwaltungsaufgaben Gesellschaften zu übertragen. Soll der handelsrechtliche Charakter dieser Gesellschaften nicht völlig zerstört und für diese Zwecke eine besondere Gesellschaftsform geschaffen werden, so wird die Kommunalaufsicht sich mit jenen vergleichsweise bescheidenen Mitteln begnügen müssen, die ihr etwa der preußische Entwurf für eine Städteordnung einräumt. Ich darf weiter an die Tatsache erinnern, daß speziell auf dem Gebiet des Anleihewesens die Kommunen es mit Hilfe ihrer Gesellschaften vielfach verstanden haben, sich der Kommunalaufsicht zu entziehen. Die Erscheinungen auf dem Gebiet des Etat- und Rechnungsprüfungswesens, die diese Entwicklung im Gefolge hat, sind allgemein bekannt. Somit erscheint aber eine prinzipiell ablehnende Einstellung gegenüber dieser Entwicklung der öffentlichen Verwaltung hinreichend berechtigt<sup>58</sup>). Man

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup>) Die in der Diskussion geltend gemachten Bedenken Erich Kaufmanns, daß es für ein solches Zurück heute angesichts der tatsächlichen Entwicklung bereits zu spät sei, wird man gewiß nicht unterschätzen dürfen. Wie allerdings die Entwicklung endgültig verlaufen wird, ob nicht auch die privatrechtliche Welle wieder zurückweichen wird, um neuen, brauchbareren öffentlich-rechtlichen Formationen Platz zu machen, als wir sie heute dem wirtschaftenden Staat zu bieten vermögen, wird im Augenblick schwerlich ein Mensch mit Sicherheit angeben können. Die Tatsache, daß die deutsche Reichsbahn, trotzdem den Wünschen der Reparationsmächte eine Abwanderung ins Privatrecht fraglos sehr entgegengekommen sein würde, ihre öffentlich-rechtliche Organisation behalten hat, daß man insbesondere die Personalfrage nach wie vor mit den Mitteln des Beamtenrechts zu lösen trachtet, beweist m.E., daß bis heute noch starke Kräfte im Interesse öffentlich-rechtlicher Regelungen am Werke sind. Sollte jedoch die Entwicklung den umgekehrten Weg einschlagen, so wird man die in jeder Beziehung unübersehbaren Folgen einer solchen Tendenz nicht unterschätzen dürfen. Nicht allein, daß die Grundlagen des deutschen States überhaupt durch sie in Mitleidenschaft gezogen werden müßten, indem wir im Zweifel eine Renaissance des Patrimonialstaates erleben würden, auch das geltende Recht ist, wie Erich Kaufmann selbst mit Recht betont hat (Anm. 35), auf eine in privatrechtlichen Formen sich abspielende Verwaltung in keiner Weise zugeschnitten. Es müßten dann insbesondere im Interesse der individuellen Freiheitssphäre neue Sicherungen gesucht werden, da der klassische Rechtsstaat unter diesen Umständen nicht mehr Angesichts dieser weittragenden Konsequenzen einer Entwicklung der fraglichen Art sowie weiter angesichts der Tatsache, daß sich bis heute noch keineswegs mit Sicherheit angeben läßt, daß dieser Prozeß sich weiter fortsetzen wird, daß die für ihn treibenden Kräfte nicht primär in einer gewissen Einseitigkeit und deshalb Unbrauchbarkeit der öffentlich-rechtlichen Organisation zu suchen sind, die ja zu beheben wären, scheint mir der Versuch an dem Primat des öffentlichen Rechtes für die Zwecke der Verwaltung festzuhalten zurzeit die einzigste Möglichkeit der aktiven Stellungnahme zu den behandelten Fragen, es sei denn, daß man vorzieht, die Entwicklung vorerst dem Treiben des Zufalls zu überlassen, um dann allerdings am Ende notgedrungen doch zu einer grundsätzlichen Regelung zurückzugelangen zu versuchen.

wird ihr jedoch nur dann wirksam steuern können, wenn es gelingt, die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation selbst nunmehr denjenigen Verwaltungsbedürfnissen anzupassen, die heute scheinbar nur im Rahmen privatrechtlicher Gesellschaften ihre Erledigung finden können. Die Möglichkeit hierzu bietet ein entsprechender Ausbau der Anstaltsverwaltung, die aber hierfür ihrerseits erst einmal säuberlich gegenüber allen benachbarten Erscheinungen geschieden werden muß, zu welchem Behuf ich zuvor einer radikalen Präzisierung des Anstaltsbegriffs glaubte das Wort reden zu sollen.

Soll die Anstaltsverwaltung in dieser Art zu einem besonderen Verwaltungstyp, zu einem innerhalb der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation neben der Behörde gleichberechtigten Faktor ausgebaut werden, so verlangt dies, daß an den Anstaltsbegriff seitens des geltenden Rechts in verschiedenster Richtung unmittelbare juristische Konsequenzen angeknüpft werden. In Übereinstimmung mit Erich Kaufmann<sup>39</sup>) und im Gegensatz zu Fleiner<sup>40</sup>) möchte ich für den Augenblick dem Anstaltsbegriff eine solch zentrale Bedeutung Wenn Fleiner die Auffassung vertritt, daß mit absprechen. der Entscheidung über den öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Charakter der Anstalt das Urteil über alle ihr mögliche rechtliche Beziehungen bereits gefällt wäre, so gilt dies doch nur sehr bedingt. Um nur einige Beispiele herauszugreifen, so hat weder das Haftungsrecht noch das Steuer- oder Gewerberecht an die öffentliche Anstalt als solche unmittelbar irgendwelche Konsequenzen geknüpft. Soweit überhaupt bereits solche Verbindungslinien zwischen der öffentlichen Anstalt und benachbarten Rechtsgebieten bestehen, sind diese ausschließlich von der Theorie, aber nirgends von dem positiven Recht geschaffen. Ein jedes Rechtsgebiet prüft bis heute nach seinem eigenen Maßstab, wie es sich zu einer öffentlichen Anstalt verhalten soll. Daß diese Prüfung auch einmal anders ausfallen kann, als etwa Fleiner erwartet, beweist z. B. ein vor einiger Zeit ergangenes Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts, in dem die Gewerbesteuerpflichtigkeit der öffentlichen Sparkassen, die doch gemeinhin als öffentliche Anstalten angesehen werden, bejaht wird40). Speziell auf dem Gebiet des Gewerberechts erscheint es mir zweifelhaft, ob bei weiterer Betonung der ertragswirtschaftlichen Note innerhalb der Anstaltsverwaltung nicht auch das Gewerberecht, das ja an den für ihn allein maßgeblichen Begriff der Gewerbsmäßigkeit

<sup>39)</sup> Erich Kaufmann bei v. Stangel-Fleischmann S. 708.

<sup>40)</sup> Fleiner a. a. O. S. 328.

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup>) Reichsverwaltungsblatt, 28, S. 852, Urteil vom 17. April 1928.

gebunden bleibt, unter Umständen auch ein von der Theorie als öffentliche Anstalt anerkanntes Unternehmen der Herrschaft der Gewerbeordnung unterwerfen wird. Alles dies erklärt sich aus der Tatsache, daß die öffentliche Anstalt bis heute in das geltende Recht nur in sehr geringem Umfange Eingang zefunden hat, daß das positive Recht bislang höchstens an der selbständigen öffentlichen Anstalt in stärkerem Maße Interesse genommen hat. Gesetze, wie etwa die preußische Städteordnung für die östlichen Provinzen, die verschiedentlich mit dem Begriff der Gemeindeanstalt arbeitet, beweisen vielleicht am besten, wie wenig sich bis heute in den Reihen des positiven Rechts die öffentliche Anstalt als einheitlicher Typus durchgesetzt hat. Ich darf etwa nebeneinander auf den § 4 dieser Städteordnung und den § 4 des preußischen Komunalabgabengesetzes verweisen, die gleichermaßen mit dem Begriff der öffentlichen Anstalt arbeiten, ohne daß mit Sicherheit angenommen werden könnte, daß beide unter diesem Begriff das gleiche verstanden wissen wollen. Diese indifferente Haltung des positiven Rechts gegenüber dem von der Theorie entwickelten Anstaltsbegriff dürfte ursächlich darauf zurückzuführen sein, daß unter diesen Begriff schlechthin jede Verwaltungstätigkeit des Staates und der Gemeinden subsumiert werden kann, daß jedoch ein solch formloser Begriff für die Bedürfnisse praktischer Gesetzgebung ungeeignet ist. Eine Präzisierung des Anstaltsbegriffs eröffnet demgegenüber die Möglichkeit, diesen auch für das positive Recht unmittelbar fruchtbar zu machen, um auf diese Weise einmal rechtstechnisch wesentliche Erleichterungen zu schaffen und anderseits der Anstaltsverwaltung zu der angestrebten Ausprägung ihrer Besonderheit gegenüber der Behördenverwaltung einerseits und der öffentlichen Erwerbswirtschaft anderseits zu verhelfen, zwischen welchen beiden sie heute zerrieben zu werden droht43).

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup>) Wo das positive Recht bereits heute ausnahmsweise unmittelbare juristische Konsequenzen an den Anstaltsbegriff geknüpft hat, wie im Falle des § 18 des preußischen Zuständigkeitsgesetzes, denkt es nur an die öffentliche Anstalt mit öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung, da nur diese sich gegenüber Nachbarerscheinungen in der für eine rechtstechnische Behandlung unerläßlichen Weise abzuheben vermag. Siehe hierzu Stier-Somlo: Handbuch des kommunalen Verfassungsrechts in Preußen, 2. Auflage, 28, S. 259.

<sup>43)</sup> Gegenüber einer von Glum in der Diskussion gemachten Bemerkung darf ich darauf hinweisen, daß als Träger einer solchen Anstaltsverwaltung keineswegs allein Reich. Länder und Gemeinden, sondern neben ihnen auch andere Träger öffentlicher Verwaltung, in Sonderheit die öffentlichen Genossenschaften, in Frage kommen. Daher fällt unter Umständen auch die Verwaltung der Selbstverwaltungskörper der wirtschaftlichen Selbstverwaltung unter den Bereich der "An-

Die Zeit gestattet mir nicht, hier im einzelnen ein Bild von diesem Ausbau der Anstaltsverwaltung zu entwerfen, ich darf mich daher auf einige m. E. besonders wichtige Punkte des Verwaltungsrechts beschränken, an denen die Herstellung unmittelbarer Beziehungen zu der öffentlichen Anstalt ins Auge gefaßt werden könnte. Hier wäre einmal die Reichsgewerbeordnung zu nennen. Die geltende Reichsgewerbeordnung hat bekanntlich von vornherein eine ganze Reihe von Erscheinungen aus ihrem Interessenbereich ausgeschieden, ohne hier in eine Prüfung darüber einzutreten, ob die Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit gegeben sind oder nicht. Ich darf etwa an das Eisenbahnwesen erinnern. Eine ähnliche Regelung wäre auch im Fall der öffentlichen Anstalt erwünscht, deren gewerberechtliches Schicksal damit in unmittelbare Abhängigkeit von ihrer Anstaltseigenschaft gebracht wäre, ohne daß eine unter besonderen gewerberechtlichen Gesichtspunkten erfolgende Prüfung im Einzelfall vonnöten sein würde.

Praktisch wichtiger dürften die auf steuerlichem Gebiet u ziehenden Konsequenzen sein, wobei die heute heiß umstrittenen Fragen der Besteuerung der öffentlichen Hand einer Lösung näher gebracht werden könnten. Wenn und soweit es überhaupt einen Sinn haben soll, öffentliche Körperschaften selber zur Steuer heranzuziehen, dürften hierfür vornehmlich

staltsverwaltung" \* oben gekennzeichneten Sinne. Da die Anstalt in der ihr im Text gegebenen Ausprägung ihren Gegenpol nicht in der Genossenschaft, sondern in der Behörde findet, da der Anstaltscharakter sich hier nicht so sehr auf die Eigenart des Handelnden (Anstalt oder Genossenschaft) als auf die Eigenart der Handlung (Verwaltungsakt oder Realakt) gründet, ist auch im Rahmen der genossenschaftlichen Verwaltung in diesem Sinne ein anstaltsmäßiger im Gegensatz zu einem behördenmäßigen Betrieb wohl denkbar. Wenn schließlich von Glum im gleichen Zusammenhang noch auf Maßnahmen der Wirtschaftzaufsicht (so Kartellaufsicht) eingegangen wird, so gehört vom Standpunkt wirtschaftlicher Betrachtungen aus diese bloße Wirtschaftsaufsicht allerdings mit der unmittelbaren wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Körperschaften zusammen. Vom verwaltungsrechtlichen Standpunkt aus stellt diese Wirtschaftsaufsicht jedoch kein Novum gegenüber den bekannten verwaltungsrechtlichen Kate-Wenn Glum einmal selber von Kartellpolizei sprach, gorien dar. so gab er damit die Verwandtschaft dieser Wirtschaftsaufsicht mit der alten Eingriffsverwaltung deutlich zu erkennen. So dürften daher auch diese Fragen der Wirtschaftsaufsicht mit den im Text behandelten Fragen besser nicht vermengt werden, da eine solche Vermischung dazu angetan sein müßte, das Hauptaugenmerk auf das Verhältnis Staat und Wirtschaft überhaupt zu lenken, während die obenerwähnten besonderen Schwierigkeiten der Situation nicht aus diesem letztens nationalökonomischen Problemkreis erwachsen sind, sondern einzig und allein aus der mit dem Terminus "Eigenwirtschaft" zu kennzeichnenden Art und Weise, in der der Staat diese Frage heute zu lösen unternimmt.

drei Gesichtspunkte zu berücksichtigen sein. Einen von ihnen. den kommunalpolitischen, möchte ich dabei hier beiseite lassen, da von ihm aus höchstens von Fall zu Fall, je nach Eigenart des betreffenden Unternehmens, ein Urteil abgegeben werden kann. Daneben stehen jedoch, im Zweifel bedeutsamere, wirtschaftspolitische sowie allgemeine verwaltungstechnische Rücksichten. Wirtschaftspolitisch gesehen erscheint eine Besteuerung der öffentlichen Hand erwünscht, soweit diese als in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft stehend anzusehen ist. Im Falle der Anstaltsverwaltung bestehen allerdings häufig gewisse äußere Verwandtschaften mit der Privatwirtschaft, indem beide die gleichen Aufgaben wahrnehmen. Da jedoch die Anstaltsverwaltung unzweideutig zur öffentlichen Verwaltung gehört und als selche wesentlich andere Interessen verfolgt als jede erwerbswirtschaftliche Unternehmung kann von einer Konkurrenz keine Rede sein, da das angestrebte Ziel bei beiden wesentlich voneinander verschieden ist. Hiernach könnte lediglich aus verwaltungstechnischen Rücksichten eine Besteuerung der öffentlichen Anstalten in Frage kommen. Um der Möglichkeit der Nachprüfung der Rentabilität eines Verwaltungszweiges willen ist häufig eine solche Besteuerung verlangt worden. Dabei werden jedoch die Schwierigkeiten, die der Übertragung des auf privatwirtschaftlichem Boden erwachsenen Rentabilitätsprinzips auf öffentliche Verwaltungszweige entgegenstehen, häufig nicht genügend beachtet. Sicherlich gilt das ökonomische Gesetz von einem gesunden Verhältnis zwischen dem erreichten Erfolg und den aufgewendeten Kräften wie für alle menschliche Tätigkeit, so auch für die öffentliche Verwaltung. Nur äußert sich dieser "Erfolg" bei der öffentlichen Verwaltung nicht in einer zahlenmäßig meßbaren Rente, so daß sich ihre "Rentabilität" an Hand einer Gewinn- und Verlustrechnung unschwer ermitteln ließe. Erfolge, die der Verwaltung beschieden sind, werden regelmäßig erst nach einem längeren Zeitablauf sichtbar und entziehen sich auch dann einem festen Maßstab. Persönliche Anschauungen werden hier das Urteil des Zensors zu einem wesentlichen Teil bestimmen. Ist es jedoch unmöglich, den Maßstab der Rentabilität auch an die öffentliche Verwaltung anzulegen, so kann auch nicht aus diesem Grunde eine Besteuerung der Anstaltsbetriebe verlangt werden. Ich möchte daher die Auffassung vertreten, daß in Ansehung der Anstaltsverwaltung kaum ein nennenswerter Grund für eine Besteuerung angeführt werden kann. Eine generelle steuerliche Exemtion der öffentlichen Anstalt würde anderseits gesetzestechnisch gegenüber dem geltenden Recht eine wesentliche Erleichterung bedeuten, da dieses mit dem von ihm heute zu

Hilfe gezogenen Kriterium der "Ausübung öffentlicher Gewalt" gerade in schwierigen Grenzfällen vor die gleichen Verlegenheiten stellt, die aus dem Beamtenhaftungsrecht hinreichend genug bekannt sind und dort zu einer merkwürdig weiten Interpretation des Begriffs der öffentlichen Gewalt ge-Daß im übrigen die Haltung des geltenden Steuerrechts gegenüber diesen Fragen mangels einer einheitlichen Richtlinie häufig stark von Sonderrücksichten bestimmt ist, beweist etwa die Behandlung der Reichspost, die im § 6 des Besteuerungsgesetzes als eine der Ausübung öffentlicher Gewalt dienende Unternehmung anerkannt wird, um ihr diese Qualität im Rahmen des Körperschaftssteuergesetzes (§ 2 Ziffer 3a und § 9) ohne weitere Erklärung abzustreiten. Zugegeben, daß die steuerpolitischen Absichten in den genannten beiden Gesetzen wesentlich verschieden sind, so muß doch fraglich bleiben, ob es erwünscht ist, wenn der Gesetzgeber in dieser Weise die von Theorie und Praxis herausgearbeiteten Begriffe einigermaßen willkürlich verwendet. Eine generelle steuerrechtliche Exemtion der öffentlichen Anstalten dürfte hier auf jeden Fall viele Zweifelsfragen aus dem Wege zu räumen geeignet sein.

Soll die Anstaltsverwaltung auf iene neuen Verwaltungsbedürfnisse zugeschnitten werden, die bislang mangels ungenügender Berücksichtigung seitens der öffentlich-rechtlichen Organisation in das Privatrecht abdrängten, so wird hier insbesondere an dem Haushaltsrecht nicht vorübergegangen werden dürfen. Dabei ist gegenüber der Haltung der bisherigen Gesetzgebung festzustellen, daß solche etatrechtliche Schwierigkeiten keineswegs auf den Umkreis der ausgesprochen werbenden Staatsbetriebe beschränkt sind, daß auch die Anstaltsverwaltung von ihnen nicht verschont geblieben ist44). Es mag sein, daß im Falle betont gewerblicher Unternehmungen der Etatisierung noch besondere Schwierigkeiten entgegenstehen, ich darf allein an die Notwendigkeit der Wahrung des Geschäftsgeheimnisses erinnern. Zu einem großen Prozentsatz erklärt es sich jedoch nicht so sehr aus diesen gewerblichen Absichten, als aus der betreffenden Tätigkeit selber, wenn die kameralistischen Etatorinzipien nicht zum Ziele führen. Nicht ohne Grund hat die herrschende Definition der öffentlichen Anstalt das sachliche Moment so stark betont. Dieses sachliche Moment steht aber in vielen Fällen dem Wunsch entgegen, die öffentliche Anstalt auf einen auf lange Sicht bis

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup>) Dies muß gegenüber Bestimmungen gleich dem Artikel 69 der Preuß. Verfassung, die ausschließlich ertragswirtschaftlichen Unternehmungen eine Sonderstellung zubilligen, ausdrücklich festgestellt werden.

in Einzelheiten bindenden Wirtschaftsplan gleich dem Etat festzulegen. Das Etatrecht verlangt eine Schätzung der mutmaßlichen Verwaltungsbedürfnisse für praktisch anderthalb Jahre im voraus. Eine solche Schätzung ist nur dort möglich. wo das Gros der Kosten sich in der Form der fixen Kosten darstellt, die sich in dieser Weise vorausschätzen lassen. Es erscheint nicht weiter verwunderlich wenn in einer Zeit. in der das Verhältnis zwischen variablen und fixen Kosten sich überall stark zugunsten der letzteren verschoben hat, nach Zeitungsmeldungen in Kreisen der Privatwirtschaft erwogen wird, die Gedanken des Budgetrechts in irgendeiner Form auch dem privaten Betrieb nutzbar zu machen<sup>45</sup>). Da jedoch in gewissen Zweigen der Anstaltsverwaltung heute die variablen Kosten, die, den Schwankungen des Marktes und der Konjunktur unterworfen, sich kaum sicher vorausbestimmen lassen, einen beträchtlichen Teil innerhalb der Gesamtkosten darstellen, wird man hier eine gewisse Auflockerung des Etatrechts in Erwägung ziehen müssen. Allerdings gilt das Gesagte nur für einen Teil der Anstaltsverwaltung, z. B. nicht für die gesamte Schulverwaltung, so daß man sich hier vor unangebrachten Verallgemeinerungen wird hüten müssen. Um dies zum Schluß noch zu erwähnen, so wird eine solche Auflockerung des Etatrechts allerdings nicht in der Form geschehen dürfen, daß durchgehend an die Stelle des kameralistischen Etats eine handelsrechtliche Bilanz gesetzt wird. Liegt die Aufgabe der Anstaltsverwaltung ebensowenig wie der sonstigen öffentlichen Verwaltung in der Schaffung von Betriebsüberschüssen, werden vielmehr im Zweifel eine ganze Reihe von Anstaltsverwaltungen Zuschüsse aus allgemeinen Etatmitteln bedürfen, so kann der öffentlichen Anstalt auch nicht mit der handelsrechtlichen Bilanz ein ihr artfremdes System der Rechnungslegung oktroyiert werden, das letzten Endes zu einer Kommerzialisierung des betreffenden Verwaltungszweiges führen müßte. Wenn hier von einer Auflockerung des Etatrechts gesprochen worden ist, so könnte dabei etwa an die Kürzung der Etatperioden für die Anstaltsverwaltung und die Übertragung ihres Etats als eines Sonderetats an ein besonders parlamentarisches Gremium gedacht werden. Wieweit dabei der Übergang vom Brutto- zum Nettoetat empfehlenswert ist, wird mit Rücksicht auf die parlamentarische Etatkontrolle von Fall zu Fall zu prüfen sein.

Verwandt mit den Fragen des Haushaltsrechts sind die der Rechnungsprüfung. Es wäre die Frage denkbar, ob diese

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup>) "Das Budget im Industriebetrieb", siehe Finanz- und Handelsblatt der Vossischen Zeitung vom 14. Dezember 1927.

nicht mit Rücksicht auf die der Anstaltsverwaltung übertragenen Aufgaben, soweit diese wirtschaftlicher Natur sind, an Stelle der bureaukratisch organisierten Rechnungshöfe besser privaten Revisionsgesellschaften übertragen würde, in der Annahme, daß diese eher zur Nachprüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit irgendwelcher Verwaltungsmaßnahmen imstande sind, als die Rechnungshöfe. Im Falle der preußischen Seehandlung hat das Staatsministerium unlängst in einer Vorlage an den Staatsrat einen ähnlichen Standpunkt eingenommen<sup>46</sup>). Wenn auch nicht zu verkennen ist, daß die Seehandlung als gewerbliches Unternehmen nach anderen Gesichtspunkten beurteilt werden muß, als die hier allein interessierenden öffentlichen Anstalten, so liegt doch auch bei denienigen öffentlichen Anstalten. die mit wirtschaftlichen Aufgaben befaßt sind, sicherlich ein Bedürfnis nach Überprüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit ihrer Maßnahmen vor. das daher vielleicht ebenfalls eine Einschaltung von Revisionsgesellschaften angebracht erscheinen lassen könnte. Jedoch angesichts der Tatsache, daß die Rechnungshöfe von jeher keineswegs auf eine allein rechnerische Kontrolle beschränkt gewesen sind47), daß sie von jeher darüber zu wachen gehabt haben, daß die Verwaltung nach ökonomisch richtigen Prinzipien geführt wird, eine Aufgabe, die gerade heute stark betont wird. ist nicht einzusehen, warum diese Rechnungshöfe nicht auch eine mit wirtschaftlichen Aufgaben befaßte Anstaltsverwaltung sollten kontrollieren können. Ein wesentlicher Vorzug der Rechnungshöfe liegt dabei in der Art ihrer Besetzung, auf den man gerade innerhalb von Verwaltungszweigen mit einem gewissen wirtschaftlichen Einschlag nicht ohne Not verzichten wird, da diese von Haus aus einen günstigeren Boden für Korruptionserscheinungen bilden, als die reine Behördenverwaltung.

Wenn in den letzten Jahren vielfach privatrechtlichen Lösungen gegenüber der öffentlich-rechtlichen Verwaltungsorganisation der Vorzug gegeben worden ist, so nicht zuletzt ob der Schwerfälligkeit der öffentlich-rechtlichen Organisation. Im Bereich der Kommunalverwaltung hat man sich hier mit den verschiedensten Maßnahmen zu helfen versucht, die den betreffenden Verwaltungszweigen eine größere Selbständigkeit und Beweglichkeit zuteil werden lassen sollten. Die Praxis pflegt dieses Ziel als den "verbesserten Regiebetrieb" zu bezeichnen, dem in der Mehrzahl der neueren Kommunalverfassungsgesetze einiges Interesse zuteil geworden ist, ins-

<sup>46)</sup> Staatsratsdrucksachen, 1929, S. 50.

<sup>47)</sup> Siehe etwa § 96 der Reichshaushaltsordnung.

besondere in den preußischen Entwürfen. Allerdings sind alle diese Sonderbestimmungen regelmäßig auf die erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen der öffentlichen Hand beschränkt, wobei übersehen wird, daß die fraglichen Bedürfnisse sich nicht so sehr aus dem Motiv als aus dem Inhalt der betreffenden Tätigkeit erklären<sup>48</sup>). So wird auch die Anstaltsverwaltung hier und dort gegenüber der Behördenverwaltung eine ihr größere Selbständigkeit garantierende Sonderstellung verlangen. Starke reglementmäßige Bindungen sind dort, wo die staatlichen Organe zur Vornahme von Verwaltungsakten berufen sind, tragbar, ja notwendig. Wollte man die gleichen Prinzipien aber auch auf diejenigen Verwaltungszweige übertragen, bei denen die schöpferische Tat im Vordergrund steht. so wäre damit den ausführenden Organen von vornherein die Möglichkeit der Entfaltung eigener Initiative in hinreichend großem Maße genommen, wie die hier zu bewältigenden Aufgaben sie nun einmal verlangen. Anderseits wäre es falsch, diese Notwendigkeit der Entfaltung eigener Initiative als mit den Möglichkeiten einer mit Beamten besetzten öffentlich-rechtlichen Verwaltungseinheit a priori unvereinbar zu bezeichnen. Ich darf hier vielleicht daran erinnern, daß auf einem der wichtigsten Gebiete der Anstaltsverwaltung, der Schulverwaltung, die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation sich zweifellos bewährt hat, und daß es hier allgemein als ein Rückschritt empfunden werden würde, wenn die derzeitige Regelung einer privatrechtlichen Organisation, wenn insbesondere der beamtete Lehrer dem Vertragsangestellten den Platz räumen würde. Und doch liegen die Dinge bei der Schulverwaltung im Prinzip nicht anders als bei anderen Zweigen der Anstaltsverwaltung, insbesondere auch denjenigen, die

des Entwurfs für eine neue preußische Städteordnung. In dem § 78 des ursprünglichen Regierungsentwurfs war die Möglichkeit einer beweglicheren Verwaltungsführung ausschließlich für die betont gewerbsmäßigen Betriebe der Stadt vorgesehen. In der Fassung des Urantrags Herold und Genossen, der die Beschlüsse des 21. Ausschuß des Landtags in den Regierungsentwurf hineingearbeitet hat, stehen im § 78 an Stelle der "gewerblichen" Betriebe des Regierungsentwurfs "werbende" Betriebe. In dieser Änderung dürfte ein Doppeltes zum Ausdruck kommen. Einmal die für unsere Zeit charakteristische Auffassung, daß noch längst nicht jede werbende Tätigkeit dieserhalb gewerbsmäßig sein muß, daß auch die Erzielung planmäßiger Überschüsse sich unter Umständen mit dem Wesen öffentlicher Verwaltung verträgt. Weiter dürfte die abgeänderte Fassung des § 78 aber auch auf die Einsicht zurückzuführen sein, daß die fraglichen Sonderbedürfnisse sich keineswegs auf die im engen Sinne gewerbsmäßigen Unternehmungen der öffentlichen Hand beschränken, daß sie sich überhaupt nicht so sehr aus dem Motiv als aus der Eigenart der Tätigkeit selber erklären.

wirtschaftliche Aufgaben zu erfüllen haben. Hier wie dort muß dem ausführenden Organ die notwendige freie Initiative anerzogen, bzw. muß ihm die Möglichkeit der Entfaltung einer solchen Initiative gegeben werden. Kommt auch sicher dem Dienstbefehl innerhalb des Beamtentums eine besondere Bedeutung zu, so beweist doch der Fall des beamteten Lehrers, daß diese Subordination nicht notwendig dem Beamten jede eigene schöpferische Note nehmen muß. Von Wichtigkeit ist nur, daß man sich der hier liegenden personalpolitischen Notwendigkeiten voll bewußt wird, daß man die in der Anstaltsverwaltung beschäftigten Beamten hier und dort etwas anders behandelt, als dies in der Behördenverwaltung angebracht ist. Die Möglichkeit einer solchen Sonderbehandlung beweist m. E. die Schulverwaltung, die mit einer, um das Wort hier einmal in seinem negativen Sinne zu gebrauchen. völlig bureaukratisierten Lehrerschaft das Prinzip der Staatsschule längst hätte ad absurdum führen müssen, was man bis heute doch trotz aller in dieser Richtung laut gewordenen Kritik schwerlich wird behaupten können<sup>48a</sup>).

Die letzten Ausführungen leiten bereits zu einem Fragenkomplex über, den ich mit Absicht an den Schluß des Berichts gestellt habe, da ihm m. E. eine zentrale Bedeutung zukommt: der Personalfrage. Ich darf vielleicht hier, anknüpfend an frühere Ausführungen, noch einmal darauf hinweisen, daß die Eigenart der Anstaltsverwaltung nicht nur, die Eigenart der Verwaltung überhaupt, auf einer psychologischen Grundlage beruht. Wenn dieses psychologische Moment auch in die juristische Begriffsbildung nicht unmittelbar hineingearbeitet werden kann, so ändert dies doch nichts an seiner ausschlaggebenden Bedeutung, der daher ein jeder Versuch, das eigentliche Wesen der öffentlichen Verwaltung zu erfassen, Rechnung tragen muß. Gerade heute, wo auf Grund der traurigen Lage unserer öffentlichen Finanzen die Gefahr einer Kommerzialisierung unserer öffentlichen Verwaltung offensichtlich besteht, haben wir besonderen Grund, diesem psychologischen Moment unsere Aufmerksamkeit zu schenken. Diese der öffentlichen Verwaltung im Unterschied zu der privaten wie der öffentlichen Wirtschaft eigentümliche geistige Haltung finden ihren Widerschein, ihre Voraussetzung in der Besonderheit des deutschen Beamtentums. Wird von dem Staate eine besondere geistige Haltung erwartet, so bedeutet dies praktisch, daß von den für ihn handelnden Organen eine andere Einstellung zu der ihnen gestellten Berufsaufgabe erwartet wird, als beispielsweise von dem privaten Arbeitnehmer.

<sup>&</sup>lt;sup>48a</sup>) Köttgen: Schule und Lehrer im modernen Staat. (Pädagogisches Magazin, Heft 1269, Langensalza 1929, S. 28 ff.)

Zurzeit sind wir von einer Einsicht in dieses eigentliche Wesen des Beamtenverhältnisses weit entfernt. Die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Beamten und Arbeitnehmern wird heute mit Vorliebe nach betriebstechnischen Rücksichten beantwortet. Die Notwendigkeit kaufmännischer Geschäftsführung<sup>40</sup>), der Wunsch nach Verminderung der Pensionslasten einerseits, anderseits das Bestreben, eine Streikmöglichkeit von vornherein auszuschließen, entscheiden heute oft darüber, wo der Beamte Verwendung finden soll oder nicht. Es ist verständlich, wenn diese Personalpolitik auf der anderen Seite die bekannten Bestrebungen gezeitigt hat, die auf eine Amalgamierung der Beamtenschaft an die Arbeitnehmerschaft hinzielen<sup>50</sup>). Es ist unter diesen Umständen verständlich, wenn man heute zuweilen die Eigenart des Beamtenverhältnisses allein aus sozialpolitischen Motiven zu erklären versucht. Dies alles ändert jedoch nichts an der Tatsache, daß mit Fortfall eines in seiner Besonderheit anerkannten Beamtentyps gleichzeitig die Grundvoraussetzungen für jene eigentümliche psychologische Haltung entfallen, die den verwaltenden Staat gegenüber dem wirtschaftenden Staat wie gegenüber der gesamten Privatwirtschaft unterscheidet. Die Gleichsetzung von Beamten und Arbeitnehmern bedeutet somit in ihrer letzten Auswirkung die Aufgabe des unser Recht bis heute noch entscheidend beherrschenden Unterschiedes zwischen öffentlicher Wirtschaft und öffentlicher Verwaltung. Wo bis heute weittragende Wesensverschiedenheiten bestehen, würde es dann nur noch technische Unterschiedlichkeiten geben, über deren Berechtigung man daher wohl streiten könnte.

Um aus dem Gesagten die Schlüsse für die Anstaltsverwaltung zu ziehen, so müssen hier demnach grundsätzlich Beamte Verwendung finden, was natürlich nicht ausschließt, daß Personen, die lediglich untergeordnete mechanische Hilfsfunktionen zu erfüllen haben, auf Privatdienstvertrag angestellt werden<sup>51</sup>). Hieran vermögen auch etwaige betriebstechnische

<sup>40)</sup> So z. B. gelegentlich der Neuorganisation der preußischen Zentralgenossenschaftskasse durch Gesetz vom 28. April 1928, die gleichen Absichten bestehen nach der bereits erwähnten Vorlage der Regierung in Ansehung der preußischen Seehandlung.

Regierung in Ansehung der preußischen Seehandlung.

50) Siehe hierzu Köttgen: Beamtenrecht und Arbeitsrecht, in den Mitteilungen des Jenaer Instituts für Wirtschaftsrecht, November 1928, und dazu die Entgegnung von Potthof in der "Allgemeinen Deutschen Beamtenzeitung" vom 16. Februar 1929.

51) Umgekehrt muß jedoch auch der Beamte von der unter dem

<sup>51)</sup> Umgekehrt muß jedoch auch der Beamte von der unter dem "Motor des wirtschaftlichen Egoismus" arbeitenden Erwerbswirtschaft, mag diese nun auf private oder öffentliche Initiative zurückgehen, unbedingt ferngehalten werden. Eine Verwendung von Beamten in erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen muß in der Regel entweder eine Kommerzialisierung des Beamtentums oder eine Bureaukrati-

Rücksichten nichts zu ändern, die vielleicht hier oder dort den Privatangestellten geeigneter erscheinen lassen als den Beamten. Wollen wir die Verwaltung in ihrer Eigenart erhalten, so werden wir uns von dem Gedanken frei machen müssen, daß das Beamtenproblem lediglich ein solches rationeller Betriebstechnik ist. Hierin liegt m. E. auch die Einseitigkeit der bis heute auf diesem Gebiet wohl am tiefsten grabenden Untersuchungen Max Webers, die ebenfalls das Beamtenproblem allzu sehr nur von der technischen Seite her angreifen<sup>52</sup>). Dem alten Beamtentum wird Max Weber damit kaum gerecht. Wie das Beamtentum in Zukunft aussehen mag, ob seine Auffassung vielleicht eine visionäre Bedeutung für sich in Anspruch nehmen kann, wird im Augenblick kaum jemand mit Sicherheit sagen können. Wohl kann aber schon heute festgestellt werden, daß, wenn die Entwicklung des deutschen Berufsbeamtentums eine Richtung einschlägt, die auf die Auflösung eines besonderen Beamtentyps hinführt, dies keineswegs allein beamtenpolitisch von Wichtigkeit ist, vielmehr in seinen letzten Auswirkungen den Charakter der Verwaltung überhaupt und ja nicht allein der Verwaltung von Grund aus verändert, indem jene eigentümlichen psychologischen Grundlagen zerstört werden, auf denen die deutsche Verwaltung, der deutsche Staat bis heute beruht. Soweit daher technische Rücksichten im Rahmen der Anstaltsverwaltung eine besondere personalpolitische Stellungnahme verlangen, wird diesen Bedürfnissen nur mit beamtenrechtlichen Mitteln entsprochen werden können.

sierung des betreffenden Wirtschaftszweiges zur Folge haben. Ich verstehe die von Glum demgegenüber in der Diskussion geltend gemachten Bedenken durchaus. Ich glaube jedoch, daß sie letztens doch nur betriebstechnischer Natur sind und heute mehr denn je im Interesse der Wahrung der geistigen Geschlossenheit der Verwaltung zurücktreten müssen. Die Problematik, die die in leitenden erwerbswirtschaftlichen Stellungen beschäftigten und notwendig mit "Direktorengehältern" bedachten Beamten in den Gesamtorganismus des Berufsbeamtentums hineingetragen haben, ist heute nicht mehr zu verkennen. Im übrigen dürfte sich die von Glum mit Recht angestrebte Versiertheit des Beamten in wirtschaftlichen Dingen in gewissem Grade bereits durch eine diesen Bedürfnissen Rechnung tragende Beamtenausbildung ermöglichen lassen. Die Ausbildung der preußischen Verwaltungsbeamten in der Zeit des Merkantilismus, die neben den auch heute noch üblichen Verwaltungsstationen eine Beschäftigung auf einer staatlichen Domäne oder Manufaktur vorsah, scheint mir für eine diesem Merkantilismus in mancherlei Beziehung verwandte Zeit wieder eine aktuelle Bedeutung gewonnen zu haben,

52) "Diese (bureaukratische) Ordnung ist im Prinzip in erwerbswirtschaftlichen oder karitativen oder beliebigen anderen privaten ideelle oder materielle Zwecke verfolgenden Betrieben und in politischen oder hierokratischen Verbänden gleich anwendbar und auch historisch nachweisbar." S. Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Aufl.,

S. 127.

Der § 8 des preuß. Kommunalbeamtengesetzes mit seinen Sonderbestimmungen für Beamte der Betriebsverwaltungen sowie etwa auch der § 24 des Reichsbahngesetzes beweisen die Möglichkeit, das Beamtenrecht derartigen Bedürfnissen anzupassen, ohne daß ich hiermit die dort getroffenen Regelungen ohne weiteres als ideale Lösungen bezeichnen möchte. Auf die Konstatierung dieser Möglichkeit muß ich mich hier beschränken, eine Untersuchung über die anzuwendenden Mittel würde allzu sehr in Einzelheiten des Beamtenrechts hinein- und von dem Thema fortführen.

Es gibt noch eine Reihe Punkte, an denen die Anstalt in dieser Weise in unmittelbare Beziehung zu anderen Rechtsmaterien gesetzt werden könnte. Ich darf etwa an das Beamtenhaftrecht sowie an das Gebührenrecht<sup>53</sup>) als schließlich auch an das Zweckverbandsrecht erinnern. Ich hoffe jedoch

<sup>53)</sup> Während früher (Öffentliche Hand und öffentliches Recht S. 20 ff.) von mir das Deckungsprinzip sehr scharf betont worden ist, bin ich neuerdings einigermaßen schwankend geworden, ob diese finanzwirtschaftlichen Maximen des Liberalismus sich zurzeit noch mit praktischem Erfolg vertreten lassen. Literatur (s. etwa Fleiner a. a. O. S. 327) und Judikatur bekennen sich mehr und mehr zu der Auffassung, daß auch eine planmäßige Gewinnwirtschaft mit dem Wesen öffentlicher Verwaltung nicht im Widerspruch zu stehen brauche. Wieweit allerdings Gebühren, die das Deckungsprinzip verlassen, den Charakter von Steuern annehmen können, kann hier nicht näher nachgeprüft werden, obwohl bei Bejahung dieser Möglichkeit das Finanzausgleichsgesetz einer entsprechenden Entwicklung des Gebührenrechts hier und dort einen Riegel vorschieben würde. Nach einem im Juli 1928 in der Deutschen Tageszeitung veröffentlichten Urteil hat das Hamburgische Oberverwaltungsgericht in der Tat mit Rücksicht auf den Finanzausgleich den Gemeinden das Recht der beliebig hohen Ansetzung öffentlicher Benutzungsgebühren bestritten. Abgesehen von diesem speziell finanzrechtlichen Gesichtspunkt sind jedoch schwerwiegende grundsätzliche Bedenken gegenüber einer solchen Entwicklung der Gebühr nicht zu verkennen. Wenn etwa Fleiner (a. a. O. S. 324) bei einer Gegenüberstellung der öffentlichen Verwaltung mit der Privatwirtschaft sagt, daß für die öffentliche Verwaltung nicht der Gewinn, sondern fürsorgerische Absichten bei dem Betrieb eines Unternehmens leitend sind, so bleibt es doch fraglich, ob nicht, wenn man der öffentlichen Verwaltung überhaupt das Streben nach Gewinn, wenn auch, wie es regelmäßig heißt, nur an untergerendeter Stelle gubilligt dieses primitive Gewinnetzeben auf Grund geordneter Stelle, zubilligt, dieses primitive Gewinnstreben auf Grund gewisser Eigentümlichkeiten menschlicher Haltung auf die Dauer die Oberhand gewinnt und alle "fürsorgerischen" Absichten überwuchert. Ein Unterschied zwischen öffentlicher Verwaltung und Privatwirtschaft wäre dann in der Tat nicht mehr zu erkennen. Auch hier zeigt sich wieder das Unbefriedigende einer Situation, die in ihrer Labilität keine festen Grenzen kennt und daher zuläßt, daß sich aus einem Zweige öffentlicher Verwaltung ohne viel Aufsehen ein staatskapitalistisches Unternehmen entwickelt. Die Ausführungen, die der Vizepräsident des deutschen Städtetages Dr. Elsaß in seinem Vortrage über "die gegenwärtige Lage der gemeindlichen Selbstverwaltung" (Sonderabdruck aus der Rundschau für Kommunalbeamte vom 8. Ok-

durch die vorangegangenen Ausführungen in großen Zügen bereits angedeutet zu haben, in welcher Richtung der Anstaltsbegriff auch für die verwaltungsrechtliche Gesetzgebung fruchtbar gemacht werden kann, eine Fruchtbarkeit, die sich bislang vornehmlich auf den Interessenkreis der verwaltungsrechtlichen Theorie beschränkte. Wenn ich zum Schluß noch einmal den für mich leitenden Gesichtspunkt betonen darf, so ist es das Bestreben, durch Ausbau einer der Besonderheit ihrer Aufgabe angepaßten Anstaltsverwaltung die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation auch für diejenigen Verwaltungsaufgaben zu einem vollwertigen Instrument werden zu lassen, auf die sie ursprünglich unter dem Einfluß des Liberalismus nicht berechnet war, die jedoch im Zeitalter der sozialen Demokratie ihre unbedingte Gleichberechtigung gegenüber den altehrwürdigen Verwaltungszweigen errungen haben, ohne allerdings bislang gleich ihnen über eine vollwertige Organisation zu verfügen54).

tober 1927) zu dieser Frage gemacht hat, wird man nur unterschreiben können. Nur fragt sich, ob der von Elsaß vorangestellte Gedanke des Dienstes an der Gesamtheit heute nicht vielfach, sicherlich oft notgedrungen, durch Rentabilitätsrücksichten um der Rentabilität willen, wie sie Elsaß sicherlich mit Recht als ein Spezifikum der Privatwirtschaft anspricht, zurückgedrängt worden sind. Man kann demgegenüber auch nicht etwa einwenden, daß ja auch ein noch so kapitalistisches Unternehmen der öffentlichen Hand mit den von ihm erarbeiteten Betriebsüberschüssen der Allgemeinheit von Nutzen ist, indem es den Steueretat entlasten hilft. Solange das geltende Recht an der prinzipiellen Verschiedenheit zwischen dem wirtschaftenden und dem verwaltenden Staat noch festhält, wie es doch unleugbar der Fall ist, kann eine solch mittelbare Förderung der Allgemeinheit niemals als öffentliche Verwaltung angesprochen werden.

<sup>54</sup>) Wenn auch vorstehend das psychologische Moment aus der juristischen Konstruktion völlig ausgeschaltet worden ist, weshalb mir auch die auf diesen Punkt hinzielende Bemerkung LutzRichters in seinem Schlußwort nicht ganz verständlich ist, so wird doch die in dem formalen Recht zum Ausdruck gebrachte verschiedene Bewertung des wirtschaftenden und des verwaltenden Staates letztens nur aus diesem psychologischen Moment heraus legitimiert, ist ein Verständnis des geltenden Rechts ohne Berücksichtigung dieses psychologischen Faktors schwerlich möglich.

Es war daher nur zu begrüßen, wenn von Glum in der Diskussion die Frage aufgeworfen wurde, ob die dem verwaltenden Staat eigentümliche geistige Haltung denn angesichts gewisser Strukturwandlungen der Privatwirtschaft selbst heute noch als Spezifikum des Staates angesprochen werden könne. Ich möchte demgegenüber die Auffassung vertreten, daß der Staat niemals ein Monopol auf die Gemeinnützigkeit besessen hat. Es hat immer Private gegeben, die ihre Arbeit nicht minder in den Dienst des allgemeinen Besten stellten als der Staat. Die Gesetzgebung hat dieses Streben auch regelmäßig anerkannt. Trotzdem hat man bis heute die an dem gemeinen Nutzen orientierte Arbeit eines Privaten niemals als öffentliche Ver-

142 Leitsätze.

## 2a. Leitsätze.

- 1. Die gegenwärtige Epoche der deutschen Verwaltungsgeschichte ist durch eine ausgedehnte wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Körperschaften gekennzeichnet. Es bedeutet eine nicht überall empfehlenswerte Einschränkung der durch diese Entwicklung bedingten Problemlage, wenn dieser "wirtschaftliche" Einschlag der heutigen Staatstätigkeit schlechthin mit den erwerbswirtschaftlichen Tendenzen, die die öffentlichen Körperschaften heute vielfach verfolgen, identifiziert wird. Eine ganze Reihe der hier zu Debatte stehenden Schwierigkeiten ist keineswegs durch das Motiv, sondern allein durch den Inhalt der betr. staatlichen Tätigkeit bedingt.
- 2. Für eine rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist bis heute im Rahmen der öffentlichen Verwaltung kein Raum, wofern nicht die unterschiedliche Behandlung, die das geltende Recht dem wirtschaftenden und dem verwaltenden Staat angedeihen läßt, jede innere Berechtigung verlieren soll.
- 3. Soweit die öffentliche Verwaltung Aufgaben nachgeht, die mit Rücksicht auf ihren Inhalt als "wirtschaftliche" angesehen werden müssen, stellt das Verwaltungsrecht als Organisationsform für diese Zwecke die öffentliche Anstalt zur Verfügung.
- 4. Die derzeitige Abwanderung der öffentlichen Verwaltung in privatrechtliche Organisationsformen ist aus organi-

waltung angesprochen. Öffentliche Verwaltung ist bis heute grundsätzlich ein Monopol der juristischen Personen des öffentlichen Rechts, seien sie nun Anstalten oder Körperschaften, Genossenschaften oder Gebietskörperschaften. Dies Monopol hat, wenn ich recht sehe, in zwei Punkten seine über die Gegenwart hinausreichende Rechtfertigung. Ganz ohne die Möglichkeit des obrigkeitlichen Eingriffs, wie sie keinem Privatmann gegeben ist, wird sich die der Verwaltung gestellte Aufgabe im allgemeinen nicht lösen lassen. Aber auch abgesehen davon ist die dem Staat speziell eigentümliche gemeinnützige Haltung nur denkbar auf der soliden Basis des Besteuerungsrechts. Jene Lösung von Leistung und Gegenleistung, wie sie für die öffentliche Verwaltung charakteristisch ist, setzt die anderweiten Einnahmen aus der Steuerquelle voraus, wie sie keinem Privaten gegeben sind. Es ist kein Zufall, daß heute, wo auch für die öffentlichen Körperschaften diese Steuerquellen nicht mehr unbeschränkt fließen, auch diese den Kreis ihrer Verwaltungsaufgaben beschränken und öffentliche Verwaltung durch öffentliche Wirtschaft ersetzen müssen. Mag daher auch die Privatwirtschaft heute in stärkerem Maße als vielleicht in einer früheren Zeit dem Allgemeinwohl verhaftet sein, was übrigens noch unter einen sicherlich sehr schwierigen Beweis zu stellen sein würde, so kann doch aus diesen Verschiebungen im Bereiche der Privatwirtschaft die Angleichung der letzteren an die öffentliche Verwaltung kaum gefolgert werden.

Leitsätze. 143

sationsrechtlichen Rücksichten sowie aus Gründen der allgemeinen Verwaltungsführung unerwünscht. Angesichts der gedanklichen Verbindungen, wie sie nun einmal zwischen dem Privatrecht und den Geschäftsmaximen der Privatwirtschaft bestehen, ist nicht zuletzt auf diese Entwicklung die vielfach beobachtete Kommerzialisierung der öffentlichen Verwaltung ursächlich zurückzuführen.

- 5. Für die unter 4 erwähnte Entwicklung ist der derzeitige Zustand des Anstaltsrechts mit verantwortlich. Es erscheint notwendig, hier den neu entstandenen Verwaltungsbedürfnissen auf Seiten der Verwaltungsorganisation genügend Rechnung zu tragen.
- 6. Die dem Anstaltsrecht hiermit gestellte Aufgabe verlangt eine prägnantere Formulierung des Anstaltsbegriffs, als sie zurzeit im Anschluß an Otto Mayer gemeinhin üblich ist.
  - a) Der herrschende Anstaltsbegriff führt zu der Anerkennung der öffentlichen Anstalt in Privatrechtsform.
  - b) Nach dem herrschenden Anstaltsbegriff unterliegt den Normen des Anstaltrechts eine jede Verwaltungstätigkeit des Staates und der Gemeinden.
  - c) Der herrschende Anstaltsbegriff ermöglicht praktisch in vielen Fällen keine absolut sichere Scheidung zwischen der öffentlichen Anstalt und der gewerblichen Interessen nachgehenden Regieverwaltung.
- 7. Aus den unter 6 erwähnten Schwierigkeiten erklärt sich die geringe praktische Fruchtbarkeit der von der verwaltungsrechtlichen Theorie entwickelten Kategorie: öffentliche Anstalt.
- 8. An einen schärfer präzisierten Anstaltsbegriff können seitens des positiven Rechts in verschiedenster Beziehung wichtige unmittelbare Konsequenzen geknüpft werden, die im Interesse der Rechtsanwendung zu begrüßen sein würden. Dies gilt insbesondere für das Gewerbe- und Steuerrecht, aber auch für das Etats- und Beamtenrecht.
- 9. Es ist notwendig, durch einen entsprechenden Ausbau der Anstaltsverwaltung als eines besonderen Verwaltungstyps, der imstande ist, diejenigen Verwaltungsaufgaben zur Erledigung zu bringen, für die heute vielfach die öffentlich-rechtliche Verwaltungsorganisation a priori ungeeignet gehalten wird, der deutschen Verwaltung wieder zu einem durchsichtigeren Aufbau zu verhelfen und somit insbesondere die Grenzen zwischen öffentlicher Verwaltung und Wirtschaft wieder schärfer hervortreten zu lassen.

## 3. Aussprache über die Berichte am zweiten Tag.

Glum-Berlin: Beide Redner haben bei ihren Ausführungen über das angekündigte Thema vorwiegend das Thema der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand behandelt. Sie haben sich dabei darauf beschränkt, den Einfluß des Staates und der öffentlichen Körperschaften auf die Wirtschaft darzustellen, soweit er sich in der Form einer unmittelbaren wirtschaftlichen Betätigung vollzieht. Sie haben also die Fälle im Auge gehabt, in denen der Staat oder die öffentlichen Verbände selber wirtschaftliche Unternehmungen betreiben.

Ich möchte mich daher auch auf dieses Thema in der Diskussion beschränken. Nur eine Bemerkung des letzten Berichterstatters gibt mir Anlaß, darauf hinzuweisen, daß damit die Fälle des Einflusses des Staates auf die Wirtschaft nicht erschöpft sind. Der 2. Berichterstatter hat am Schluß seiner Ausführungen öffentliche Verwaltung und öffentliche Wirtschaft in einen Gegensatz gebracht und dabei offenbar unter öffentlicher Wirtschaft die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates und der übrigen öffentlichen Verbände verstanden. Ich würde es nicht für wünschenswert halten, wenn es sich einbürgern würde, von öffentlicher Wirtschaft in dieser Begrenzung zu sprechen. Es hat sich immer mehr der Sprachgebrauch herausgebildet, von öffentlicher Wirtschaft im Gegensatz zur Privatwirtschaft zu sprechen. Dazu gehört aber ein größerer Tätigkeitskomplex als die unmittelbare wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Verbände, so die Zuweisung öffentlicher Aufgaben an besondere Selbstverwaltungskörper der Wirtschaft (Selbstverwaltung der Wirtschaft) und die beaufsichtigende Tätigkeit des Staates über privatwirtschaftliche Unternehmungen, wie sie z. B. in der Form der Kartellaufsicht sich vollzieht. Es ist allerdings festzustellen, daß bezüglich der Selbstverwaltung der Wirtschaft eine rückläufige Bewegung in den letzten Jahren eingetreten ist, was dagegen von der Kartellaufsicht nicht gesagt werden kann. Doch nun zu dem Thema der beiden Referenten, über das sie gesprochen haben.

Der 1. Berichterstatter hat in seiner schönen Übersicht über die Entwicklungstendenzen auf dem Gebiet der erwerbs-

wirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Verbände in Deutschland mit Recht darauf hingewiesen, daß der Betrieb eigener Unternehmungen der öffentlichen Verbände hier im Vordergrund steht. Er hat mit Recht behauptet, daß hier keineswegs immer, so doch vielfach sozialistische und pseudo-sozialistische Tendenzen ausschlaggebend sind und diese Betätigungsform vielfach als Übergang zur Sozialisierung angesehen wird. Ich glaube allerdings nicht, daß man das Richtige trifft, wenn man Staatskapitalismus als Wirtschaftsbezeichnet. Kreise demokratie Auch in dem Nanhtali nahestehenden Gewerkschaften scheint mir Wirtschaftsdemokratie etwas anderes zu bedeuten: Ursprünglich die Beteiligung der Anteilnehmer an der Leitung wirtschaftlicher Unternehmungen überhaupt, also das, was vielfach als konstitutionelle Fabrik bezeichnet worden ist, als Vorstufe zur Demokratisierung der Wirtschaftsbetriebe, iedenfalls in den wirtschaftlichen Selbstverwaltungskörpern, und nachdem sich herausgestellt hat, daß für die Durchführung dieser die psychologischen Voraussetzungen für eine wirkliche Zusammenarbeit zwischen Unternehmern und Arbeitnehmern nicht vorhanden waren. woran meines Erachtens der Gedanke der Selbstverwaltung der Wirtschaft gescheitert ist, die wirtschaftliche, ja vielleicht sogar über oas Wirtschaftliche hinausgehende gemeinnützige Betätigung der Gewerkschaften. Jedenfalls enthält das Buch von Naphtali über Wirtschaftsdemokratie, an dem eine Reihe von hervorragenden, den Gewerkschaften nahestehenden Persönlichkeiten mitgearbeitet haben, eine Aufzählung von zahlreichen Beispielen nach dieser Richtung, Betrieb von Banken, Schulen usw.

Zugeben möchte ich, daß bei der Ausdehnung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand das Streben nach Machterweiterung des Staates mitspielt. Die Notwendigkeit dazu kann aber höchstens aus militärischen Bedürfnissen gerechtfertigt werden, vielleicht noch beim Nachrichtenwesen, obwohl gerade auf diesem Gebiet man sehr verschiedener Meinung sein kann, ob eine Beeinflussung durch den Staat wünschenswert ist.

Daß nur ein reicher Staat ein Rechtsstaat sein kann, ein Zitat, worauf der 1. Berichterstatter hingewiesen hat, muß abgelehnt werden. Dieses Zitat ist offenbar so zu verstehen, daß gegenüber der Macht der großen wirtschaftlichen Konzerne der Staat, um seine Funktion als Rechtsstaat ausüben zu können, durch die Anhäufung eigener Wirtschaftsmacht sich stärken muß. Ich möchte aber behaupten, daß der Staat diesen Konzernen gegenüber andere Machtmittel in der Hand hat, daß er durch stärkere Ausbildung seiner Aufsicht alles er-

reichen kann, was nötig ist, um sich als Rechtsstaat behaupten zu können.

Schließlich die Einstellung der Bürokratie. Es ist nicht zu leugnen, daß die Bürokratie in der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit der öffentlichen Hand mit Eifer eine neue Betätigungsmöglichkeit aufgegriffen hat, nachdem ihr andere Gebiete mehr oder weniger verschlossen worden sind. Aber es ist festzustellen, daß diese Erweiterungstendenzen der Bürokratie sich nicht gleichmäßig auf alle Ressorts verteilen. So fehlt sie bisher völlig bei dem wichtigsten für die Wirtschaft zuständigen Ressort, dem Reichswirtschaftsministerium, das sich fast ausschließlich auf die vorbereitende und ausführende Tätigkeit hinsichtlich der Gesetzgebung beschränkt hat und nicht einmal über eigene große Fonds verfügt. Wo bei anderen Ressorts eine andere Tendenz festzustellen ist, sind es vielfach politische Motive, die zum mindesten indirekt mitspielen.

Nun die Frage der Grenzziehung gegenüber der Ausdehnung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Ein sehr ernstes Problem, das ja auch bestehen bleibt, wenn man die Vorschläge des 2. Berichterstatters befolgt. Der 1. Berichterstatter hat auf Art. 151 Abs. 3 RV., das Grundrecht der Gewerbefreiheit, und seinen Zusammenhang mit Art. 156 hingewiesen. Die Interpretation von Art. 151 Abs. 3 ist vielleicht am schwersten von allen Artikeln der Grundrechte, zeigt sich doch hier deutlich, daß man in Weimar in Bezug auf die Wirtschaftsverfassung in Deutschland ein Kompromiß zwischen liberalen und sozialistischen Anschauungen zu Stande zu bringen versucht hat. Aber wenn die Grundrechte den Sinn haben. den ihnen Smend gegeben hat, daß sie ein Wert- oder Gütersystem normieren in Bezug auf das die Deutschen einig sein sollen, so ist sicher, daß trotz des Art. 156 eine schrankenlose Zurückdrängung der Gewerbefreiheit druch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand dem durch die Verfassung normierten Wertsystem widersprechen dürfte.

Und nun zu den Ausführungen des 2. Berichterstatters. Ich kann hier nicht auf die rechtsdogmatischen Ausführungen des Berichterstatters über den Begriff der öffentlichen Anstalt eingehen. Auch mir scheint der Begriff der herrschenden Lehre darunter zu leiden, daß er zu unbestimmt ist. Ich glaube, nach dem Eindruck, den ich von den Ausführungen des Berichterstatters hatte, sagen zu können, daß ich dem jetzt gegenüber seiner Antrittsvorlesung modifizierten Standpunkt des Berichterstatters in vielem beipflichten kann, wenn ich mir auch von einer dogmatischen Behandlung der hier erörterten Fragen für die Praxis nicht sehr viel verspreche.

Worauf Herr Köttgen hinaus will, ist, wenn ich ihm richtig

folgen konnte, eine strenge Scheidung zwischen den erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen der öffentlichen Hand und den öffentlichen Anstalten. Er will den ganzen Kreis erwerbswirtschaftlicher Unternehmungen aus der öffentlich-rechtlichen Sphäre überhaupt herausgedrängt wissen. Dafür tritt er für eine schärfere Herausarbeitung des Begriffs der öffentlichen Anstalt mit öffentlicher Nutzungsordnung ein und will das Beamtentum beschränkt sehen auf die Tätigkeit innerhalb der Sphäre der öffentlichen Anstalt, wobei diese Tätigkeit sich nicht nur in Verwaltungsakten erschöpfen, sondern auch auf Realakte sich erstrecken soll. Die öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung will er ganz beseitigen.

Es ist klar, daß der Standpunkt des Berichterstatters, wenn er sich realisieren ließe, von großem Vorteil für das Steuerrecht sein würde. Ich würdige auch die Gründe des Verfassers. die ihn unter beamtenpolitischen Gesichtspunkten zu seinen Forderungen veranlaßt haben. Aber ich weiß nicht, ob es richtig ist, so weit zu gehen, wie der Berichterstatter. Die rechtspolitischen Konsequenzen, die sich aus seinen Forderungen ergeben, würden im starken Gegensatz zu den Entwicklungstendenzen stehen, welche wir auf den in seinen Erörterungen behandelten Gebieten beobachten. Hier trete ich den Ausführungen des ersten Berichterstatters bei, daß die Dinge noch zu sehr im Fluß sind. Ich glaube auch, daß die Konsequenz der Befolgung der Ausführungen des Berichterstatters sein würde, daß das öffentlich-privatrechtliche Zwischengebilde, das auch er noch für notwendig hält, wenn er auch die öffentliche Anstalt mit privatrechtlicher Nutzungsordnung ablehnt, durch sehr zahlreiche Unternehmungen verwirklicht werden würde. Daß für dieses Zwischengebilde ein Bedürfnis nicht nur bei den öffentlichen Kreditinstituten vorhanden ist, beweist die Deutsche Reichsbahngesellschaft, die auch, wie sich aus ihrer ganzen Entwicklungsgeschichte ergibt, nach Aufhebung der Dawes-Gesetze vermutlich in einer ähnlichen Rechtsform wie die, in die sie jetzt gekleidet ist, weiterbestehen dürfte. Vor allem aber darf man nicht daran vorübergehen, daß immer deutlicher Strukturwandlungen in der Privatwirtschaft sich vollziehen, die die Unterschiede gegenüber der öffentlichen Wirtschaft verwischen. In den großen Konzernen ist unzweifelhaft gleichzeitig mit dem Aufkommen einer Bürokratie bei den Führern und dieser Bürokratie die Tendenz festzustellen, den Konzern nicht nur unter dem Gesichtspunkt privatwirtschaftlichen Gewinnstrebens, sondern auch im Hinblick auf seine gemeinnützige Bedeutung, seine Stellung innerhalb der Nationalwirtschaft zu führen, wie überhaupt in der Haltung des Unternehmertums gegenüber dem Staat ein ethisch bestimmtes Verantwortlichkeitsgefühl festzustellen ist. Es vollzieht sich also ein Angleichungsprozeß in der Betriebsführung bei den großen Konzernen der privaten Hand und den großen Unternehmungen der öffentlichen Hand, den man nicht stören sollte. Zweifel habe ich auch, ob die beamtenpolitischen Folgerungen des Berichterstatters ganz ohne Bedenken sind. Ich bin ein Gegner einer allzu scharfen Trennung der Laufbahn der Beamten der Hoheitsverwaltungen von denen der wirtschaftlichen Verwaltungen. Es besteht dann nämlich die Gefahr, daß die Beamten, die die wirtschaftspolitischen Gesetze vorbereiten und über ihre Ausführung wachen, vor allem aber die Aufsicht über die wirtschaftlichen Verwaltungen führen sollen, ohne Fühlung mit dem praktischen Leben an ihre Aufgabe herantreten.

Bühler-Münster: Die Ausführungen der Referenten über den Zusammenhang zwischen Staatsform und Betätigung des Staates in der Wirtschaft hätten nicht weiter und nicht einmal so weit geführt, wie Göpperts ausgezeichnete Schrift "Staat und Wirtschaft" (1925). Der von ihm hervorgehobene Grundgedanke, daß die Demokratie für öffentliche Wirtschaftstätigkeit weniger geeignet sei, weil sie die Wirtschaft ebenso wie alles andere im Staat dem Einfluß der Parteien ausliefern würde, sei in der Tat der entscheidende. Das sei ja bei uns unter der Herrschaft des Sozialisierungsgedankens zunächst völlig verkannt worden, nach Festigung der Währung und Wiederkehr geordneter Verhältnisse habe es sich aber sofort geltend gemacht und in der nun eingetretenen Überführung vieler öffentlicher Betriebe in Gesellschaftsform sei doch so etwas wie eine Entsozialisierung zu sehen.

Freilich seien die Dinge in Reich und Ländern z. T. anders gegangen als in den Gemeinden, und das zeige sich auch im Charakter der Anstalten dieser verschiedenen Körperschaften. Der Anstaltscharakter der Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung habe ebenso wie der Anstaltscharakter der zunächst bei der Reichsbahn da war und jetzt noch bei der Reichspost vorhanden sei, den Sinn einer gewissen Abriegelung der Anstaltsführung gegenüber den parlamentarischen Einflüssen. Dennoch seien ja diese Anstalten in gewisser Beziehung Behörden geblieben, wie bzgl. der heutigen Reichsbahnstellen der Reichsfinanzhof mehrfach ausgesprochen habe (dessen Rechtsprechung leider zu wenig herangezogen sei). Bei den Gemeinden stehe es ganz ähnlich mit den Sparkassen, die auch kein von der Gemeinde verschiedenes Rechtssubjekt und doch von ihr zwecks Wahrung ihrer eigenen Wirtschaft einigermaßen selbständig gehalten würden. Die Gesellschaftsform bei anderen Gemeindeanstalten verfolge dagegen wieder andere Ziele; u. a. sei zu beachten, daß bei dieser Form

des Betriebes Preiserhöhungen für Gas, Strom usw. vorgenommen werden könnten, die das Verbot der kommunalen Verbrauchssteuern umgehen.

Redner sprach schließlich den Wunsch aus, die Referenten möchten das von ihnen zusammengebrachte Material doch möglichst weitgehend veröffentlichen.

Jellinek-Heidelberg: Den Dank für die belehrenden und tiefschürfenden Berichte glaube ich am besten durch Mitteilung der durch sie in mir angeregten Gedankengänge erstatten zu können. Ich darf mich dabei an die Überschriften der beiden Berichte: "Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt" halten und mehr das eigentlich Verwaltungsrechtliche des Anstaltsrechts betonen als dies in den Berichten zum Ausdruck kam. Dies geschieht zweckmäßig durch den Versuch der Zeichnung eines anschaulichen Bildes dessen, was man bei öffentlichen Anstalten finden kann. Bei der öffentlichen Anstalt aber findet man dreierlei Anschauliches: die sie nutzenden Personen, den sachlichen Bestand und den persönlichen Bestand. Dahinter steht der Träger der Anstalt.

Um mit diesem zu beginnen, so können Träger öffentlicher Anstalten das Reich, der Staat, Kommunalverbände und sonstige juristische Personen des öffentlichen Rechts sein; ob auch sog. öffentliche Unternehmer, sei hier nicht entschieden, da diese Frage, wie auch Herr Richter angedeutet hat, umstritten ist.

Betrachtet man dann die drei Elemente, so hat keines an sich etwas Öffentlich-Rechtliches an sich. Höchstens bei den Gefängnissen kann man sagen, daß die Art des Gebäudes auf eine öffentlich-rechtliche Einrichtung hinweist. Sonst sind es die Rechtsverhältnisse, die die öffentliche Anstalt von einer privaten unterscheiden.

1. Für den Benutzer gilt typischerweise das Recht auf Zulassung, bei einigen Anstalten findet man den Benutzungszwang. Das Rechtsverhältnis wird nicht durch Vertrag begründet. Auch ohne vertragliche Bindung muß z. B. Gebühren bezahlen, wer eine öffentliche Anstalt in Anspruch genommen hat.

Durch Eintritt in die Anstalt unterwirft sich der Benutzer einer gegenüber dem Privatrecht gesteigerten Anstaltsgewalt. So kann der körperliche Widerstand gegenüber Anstaltsorganen bei Ausübung des Hausrechts Widerstand gegen die Staatsgewalt sein, die Anstaltsordnung kann insbesondere bei der Androhung von Anstaltsstrafen über das Privatrechtliche hinausgehen, die öffentliche Anstalt kann Verwaltungszwang ausüben oder wenigstens eine Verwaltungsbehörde um Vollstreckung ohne vorangegangenes Urteil ersuchen.

Für diese Schlechterstellung im Verhältnis zum bürgerlichen Recht wird der Benutzer in anderen Beziehungen besser behandelt. Man denke an die Vorschrift des preußischen Kommunalabgabengesetzes, daß die Gebühren nicht mit rückwirkender Kraft bestimmt werden dürfen. Wer sich der Gebührenzahlung durch Täuschung entzieht, wird nicht wegen Betrugs, sondern wegen Hinterziehung bestraft. Gegen Übertretungen der Anstaltsordnung, wie bei Laiengrabreden, fährt man nach richtiger Ansicht nicht gleich das grobe Geschütz der Strafverfolgung wegen Hausfriedensbruches auf; Anstaltsstrafen genügen.

- 2. Der sachliche Bestand der öffentlichen Anstalt genießt einen erhöhten Schutz. Ich persönlich verneine allerdings die Zulässigkeit besonderer allgemeinpolizeilicher Maßnahmen zugunsten öffentlicher Anstalten. Wer aber, wie Herr Fleiner, derartige anstaltspolizeiliche Maßnahmen zuläßt, tut dies nur für öffentliche Anstalten, nicht für private. Bei beweglichen Anstaltssachen, wie Büchern einer Seminarbibliothek, besteht eine gesteigerte Sicherung gegen Wegnahme, etwa durch Anwendbarkeit der Strafrechtsbestimmungen über den Bruch amtlichen Gewahrsams (StGB. § 133). Jener entpflichtete Professor, Direktor eines Universitätsinstituts, durfte also nicht kurzerhand mit Standortsnummer versehene Bücher aus dem Institut mit der Behauptung mitnehmen, sie gehörten ihm, er hätte sie dem Institut seinerzeit nur leihweise überlassen. Bei nach Hause mitgenommenen Büchern ist die Bibliothek nicht auf den ordentlichen Rechtsweg beschränkt, kann sie vielmehr kraft unmittelbaren Verwaltungszwanges nach Ablauf der Leihfrist, bei unerlaubt mitgenommenen Büchern sofort, aus der Wohnung wegnehmen lassen.
- 3. Der persönliche Bestand der Anstalt ergibt sich harmonisch aus ihren obrigkeitlichen Befugnissen. An irgendeiner Stelle müssen Beamte sitzen, schon deshalb, weil das Beamtenstrafrecht strenger ist als das für Angestellte geltende und so das Gegenstück zu den einschneidenden Befugnissen der öffentlichen Anstalt bildet. Außerdem erfordern diese gesteigerten Befugnisse eine schärfere Amtshaftung, die nur RV. Art. 131 im Gegensatz zu den mancherlei Einschränkungen des bürgerlichen Rechtes gewährt.

Solcher Art also sind die Rechtsverhältnisse einer in jeder Beziehung öffentlich-rechtlich gestalteten Anstalt, wobei keineswegs gesagt sein soll, daß sie alle zum Wesen der öffentlichen Anstalt gehören; vielmehr sollte hier aus Gründen der Anschaulichkeit ein Idealtypus dargestellt werden. Sind aber die geschilderten Rechtsverhältnisse ausgesprochen öffentlich-rechtlich, so ist die gegebene Art des Rechtsschutzes die

durch Verwaltungsbehörden und namentlich durch Verwaltungsgerichte. Dies bedeutet Ausschaltung der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Darüber hinaus bedeutet die Öffentlich-Rechtlichkeit einer Anstalt Ausschaltung des ganzen bürgerlichen Gesetzbuchs, eine Erkenntnis, die namentlich für das Landesrecht wichtig ist, da dieses dann, auch ohne Vorbehalt im EG.BGB., vom BGB. abweichende Normen erlassen kann.

Diese meine Ausführungen sind zunächst rechtsdogmatischer Natur und können vielleicht im Einzelfalle die Beantwortung der Frage, ob eine Einrichtung eine öffentliche Anstalt im Sinne eines bestimmten Gesetzes ist, erleichtern. Darüber hinaus fügen sie sich aber auch wohl ungezwungen in die beiden Referate ein. Sie zeigen, welche Werte man aufgibt, wenn man eine Anstalt auf den Boden des Privatrechts stellt. geben also die Grundlage für rechtspolitische Erwägungen ab und ermöglichen eine sichere Erkenntnis von Entwickelungstendenzen. Aber auch für die statistisch-tatsächliche Forschung. von der uns der erste Herr Berichterstatter eine solch aufschlußreiche Probe gegeben hat, ist eine Darstellung der Eigentümlichkeiten der öffentlichen Anstalt wohl nicht ganz unwichtig, da sie zugleich den Wunsch enthält, man möge bei der Sammlung und Sichtung der Tatsachen auf iene Eigentümlichkeiten achten.

Kaufmann-Berlin. Wir stehen in einer Zeit der Strukturwandlung des Staates, die gekennzeichnet ist durch die Abkehr von Liberalismus. Der Staat kann sich nicht mehr mit einer rein politischen Tätigkeit begnügen. Aus innerer Notwendigkeit heraus muß er Wirtschaftssubjekt werden. Die Notwendigkeit ist — was im Gegensatz zu Göppert betont werden muß — von der Staatsform unabhängig. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist an sich kein Novum; bis zum 19. Jahrhundert war sie durchaus üblich.

Bemerkenswert ist die Bevorzugung privatrechtlicher Organisationsformeln. Dafür sprechen verschiedene Gründe, vor allem der der Anonymität. Charakteristisch sind die kommunalen Gründungen interterritorialer Art, vor allem auf dem Gebiet der Versorgungsbetriebe (RWE, Gasfernversorgung). Das Problem des Hamburger Hafens hat erst durch Schaffung einer Gesellschaft privaten Rechts gelöst werden können. Eine andere, in diesem Zusammenhang bedeutsame Erscheinung, sind die Zwillingsgesellschaften.

Die hier erörterten Probleme reichen auch in das Völkerrecht hinein. Mehrfach hatten sich im Falle der Staatsukzession Schiedsgerichte mit der Frage zu beschäftigen, ob der Völkerrechtsgrundsatz, daß das Eigentum des zedierenden Staates auf den Zessionar übergeht, auch für das Staatseigentum an privatwirtschaftlichen Betrieben gilt. Im Falle der Tanganyika-Eisenbahn wurde dahin entschieden, daß eine Liquidation der vom Deutschen Reich betriebenen Eisenbahn stattzufinden habe.

In dieser Entwicklung gibt es kein Zurück zum klassischen Verwaltungsstaat. Gefahren können allerdings aus einem Formenmißbrauch und einer Monopolstellung von Wirtschaftsbetrieben der öffentlichen Hand erwachsen. Aufgabe der ordentlichen Gerichte und der Wissenschaft ist es, diesen Gefahren zu begegnen. In die ordentlichen Gerichte darf das Vertrauen gesetzt werden, daß sie dieser Aufgabe gerecht werden.

Gerber-Marburg: Es erscheint gewagt, nach den ebenso weitgreifenden wie tiefgründigen Ausführungen des Herrn Kaufmann in der Besprechung fortzufahren. Wenn es trotzdem geschieht, so aus der Hoffnung heraus, eine Ergänzung getan und eine — vielleicht notwendige — Korrektur an diesen Ausführungen vornehmen zu können.

Zunächst aber möchte ich darauf aufmerksam machen, daß mir in den Ausführungen des Herrn Berichterstatters Köttgen ein Widerspruch zu stecken scheint, und zwar an sehr wichtiger Stelle. Herr Köttgen glaubt feststellen zu müssen, daß im modernen Rechte sich wichtige Begriffe auflösen, und zwar so, daß man das entgegenzunehmen hat, ohne es ändern zu können oder übersehen zu dürfen. Insbesondere meint er, stehen die Begriffe öffentlich-rechtlich und privatrechtlich in diesem Auflösungsprozesse. Andererseits aber findet der Herr Berichterstatter keinen anderen Weg, das von ihm behandelte Problem zu lösen, als die Herausarbeitung eines scharfen Begriffes "öffentlich-rechtlich". Das bedeutet einen inneren Widerspruch in seinen Ausführungen. Zugegeben ist gewiß, daß unsere Zeit die Neigung zeigt, Begriffen ihre Schärfe zu nehmen, sie zu verwischen. Aber dieser Neigung muß, gerade in der Rechtswissenschaft, entschieden begegnet werden, denn das Rechtsleben ist notwendig und wesensmäßig auf scharfe Begriffe angewiesen. Deswegen ist es begrüßenswert, wenn der Herr Berichterstatter doch selbst auch den Versuch macht, den Begriff "öffentlich-rechtlich" wieder zu klären. Ob allerdings dem Ergebnis seiner Untersuchung zuzustimmen ist, ist eine andere Frage; ich möchte sie verneinen. Der angestellte Versuch möchte alle Wertung bei der Bestimmung des Begriffes öffentlich-rechtlich ausschalten; dagegen wird auf etwas Organisationstechnisches, auf die öffentliche Nutzungsordnung abgestellt. Das muß ich für unrichtig erklären. Zur Begründung möchte ich zwei Beispiele von Vorfällen aus der Verwaltungspraxis anführen, die sich allerwärts immer wieder ereignen.

Es handelt sich — im Gegensatz zu den eindrucksvollen Beispielen, die Herr Kaufmann aus der auswärtigen Verwaltung anführte — um zunächst ganz unscheinbar anmutende Ereignisse aus der Praxis der untersten Verwaltungsbereiche der inneren Verwaltung: die Stadt Marburg baute ein großes Sommerbad außerhalb des Flußlaufs der Lahn. Am Tage, nachdem es in Betrieb genommen war, erging eine Verordnung, der Ortspolizeibehörde (Bürgermeister!), welche das freie Baden in der Lahn im Gesamtbereiche der Stadt Marburg bei Strafe verbot mit dem ausdrücklichen Hinweis "Nachdem das städt. Sommerbad eröffnet ist, . . . usw." - Zum anderen: Der Polizeipräsident von Kassel beabsichtigt den Erlaß einer Polizeiverordnung über die Zulassung von Kraftwagenlinien und legt den Entwurf dem Magistrat Kassel zur Genehmigung vor. Der Magistrat wünscht Abänderung der vorgesehenen Bestimmung. daß die Stadtgemeinde vor der Erteilung jeder einzelnen Zulassungsgenehmigung zu hören sei, dahin, daß sie in jedem einzelnen Falle zuzustimmen habe. Die Stadt Kassel ist Hauptaktionär der Kasseler Straßenbahn. Der von ihr gemachte Einwand ist durchsichtig! - In beiden Fällen ist ohne weiteres klar, daß ein vollendeter oder versuchter Mißbrauch der Polizeigewalt zur Stärkung der Ergiebigkeit einer kommunalen Anstalt vorliegt. (Der erste Fall unterstützt übrigens den Zweifel, ob es wünschenswert ist, den Kommunalverwaltungen die Polizei selbst nur als Auftragsangelegenheit zu belassen.) Es ließen sich leicht auch Beispiele anführen, bei denen die Polizeiverordnungen unmittelbar dazu dienten, die öffentlichrechtliche Nutzungsordnung einer Anstalt zu ermöglichen und dabei das Wesen der Polizei gröblichst verletzt wird, indem mit der Polizeiverordnung die freie wirtschaftliche Konkurrenz unterbunden und trotzdem für die Anstalt Einnahmen im rein erwerbswirtschaftlichen Sinne sichergestellt werden. In diesen Fällen ist nun mit organisationstechnischen Maßnahmen nicht abzuhelfen; man findet keinen Ausweg, wollte man die Meinung des Herrn Berichterstatters Köttgen annehmen, das Kriterium für die öffentliche Anstalt sei die öffentlich-rechtliche Nutzungsordnung. Abgesehen davon, daß bei dieser Begriffsbestimmung das zu Definierende mit in die Definition aufgenommen worden ist, wird übersehen, daß wir im Recht scharf zwischen Gestaltungs- und Wertungsbegriffen unterscheiden müssen. Gewiß ist alles Recht, sowahr es "ausrichtet" im Sinne der Unbedingtheit Wertung. Aber diese wertende Ausrichtung bezieht sich einmal auf die verschiedenen Einsichten möglicher Lebensgestaltung, zum anderen auf die Verschiedenartigkeit der Wertungen, die unter denselben Voraussetzungen von den verschiedenen, zur Gemeinschaft verbundenen Menschen vor-

genommen werden. Der Herr Berichterstatter hat den Begriff "öffentlich-rechtlich" als einen Gestaltungsbegriff zu entwickeln gesucht; er hat es ausdrücklich abgelehnt, Wertungsmomente zu seiner Erklärung zu benutzen. Und es wurde auch der Grund hierfür klar: Das Streben nach einem "objektiven" Kriterium, die Ablehnung alles Subjektiven. Aber hier scheint er mir einen bedeutsamen Irrtum zu teilen: nämlich den, daß. aller Wert, so wahr er nur als persönliche Wertung in die Erscheinung treten kann, "subjektiv", also brüchig, mit Willkür behaftet sei. Gewiß: kein Mensch ist in der Lage, Kunde vom Wertvollen "an sich" zu geben. All unser Streben ist ein Ringen um den Wert, ein Stammeln vom Unbedingten. Damit verliert es aber nicht seine Beziehung zum unbedingten Grunde. es bleibt, wenn es sich nur überhaupt verantwortlich ausrichtet. "objektiv", trotz seiner "Subjektivität"! Und nur dadurch erhält und behält unser Leben überhaupt Sinn, bleibt es Leben der Persönlichkeit.

Nun ist, das läßt sich nachweisen, der Begriff des "Öffentlichen" selbst ein Wertungsbegriff. Das ganze Problem der öffentlichen Anstalt ist also letztlich ein Wertungs-, ein Gesinnungsproblem. Das hat der Herr Berichterstatter Köttgen selbst in seiner Parallele mit dem Beamtenrecht anerkannt.

Aber auch in den Ausführungen des Herrn Kaufmann glaubte ich eine Bestätigung dieser Auffassung finden zu können. Wenn er sagte, der Staat müsse selbst wirtschaften. um den Geist des Liberalismus zu überwinden, wenn er in den großen modernen Wirtschaftsorganisationen den kollektiven Geist, eine wahre Gesamtverantwortlichkeit glaubte anerkennen zu können, so liegt auch hier der Schwerpunkt der Problemerfassung im Gesinnungsmäßigen, nicht im Organisationstechnischen. Nun aber meine Korrektur bzw. Ergänzung: In den Anstalten der unteren Verwaltungszweige ist von dieser kollektivistischen Geisteshaltung, von dieser Gesamtverantwortlichkeit nichts zu spüren. Wenn sich da Umbildungen im besprochenen Sinne zeigen, so ist - wie das auch die angeführten Beispiele ausweisen — der Grund vielmehr gerade darin zu suchen, daß sich die liberalistische Auffassung in der Verwaltung erst durchsetzt, daß sie einbricht in Bereiche des Staatslebens, die davon bisher frei waren. Das ist eine beachtliche Gefahr für den Staatsbestand, gegen die ernsthafte Abwehr geboten ist. Aber auch diese kann nur durch Gesinnungsbildung, durch Einwirkung auf das Wertbewußtsein geschehen. Es gilt hier in ganz besonderer Weise die Idee des Staates zu retten!

Tatarin-Tarnheyden-Rostock: Wir haben zwei sehr lehrreiche Referate gehört. Trotzdem frage ich mich, ob nicht gerade weitergehende juristische Aufschlüsse möglich sind.

Der erste Herr Referent bot ein reiches Material, er verzichtete aber bewußt auf eine einheitliche juristische Konstruktion der Anstalt, ja auch nur auf eine Typisierung ihrer Erscheinungsformen. Herr Kaufmann hat darin ein Verdienst erblickt, ich möchte ihm jedoch widersprechen, sofern er die Möglichkeit einer Typisierung ablehnt. Ich frage mich zum Beispiel, ob der grundsätzliche Verzicht des ersten Referats auf eine Scheidung des Öffentlich-Rechtlichen vom Privatrechtlichen berechtigt war. Referent erwähnte die kriegswirtschaftlichen Verwaltungsformen, nutzte sie jedoch konstruktiv nicht aus. Gewiß ist diese Art Wirtschaft heute geschwunden, aber die Formen, in denen sie sich vollzog, sind geeignet, auf das Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt auch heute ein klärendes Licht zu werfen. In ihnen trat eine deutliche Scheidung zwischen einer öffentlich-rechtlichen "Verwaltungsabteilung" und einer privatrechtlichen "Geschäftsabteilung" zu Tage. Für die erste war ausschlaggebend der hoheitliche Zwang, wie er sich etwa in der monopolistischen Erfassung von Rohstoffen, in ihrer Rationierung, ihrer Verwaltung und Verwertung nach hoheitlichen Gesichtspunkten durch Beamte und Angestellte des Staats zeigte. Demgegenüber diente die "Geschäftsabteilung" dem kaufmännisch geleiteten auf Erwerbszwecke eingestellten Betrieb, der sich juristisch in die privatrechtlichen Formen der Aktiengesellschaft der G. m. b. H. usw. kleidete, in denen der Staat mit seinem Anteil nur als Gleicher unter Gleichem auftrat. Die rechtliche Verbindung zu einem Ganzen entsprang hauptsächlich aus dem verbindenden Gesamtzweck und der hoheitlichen Aufsicht des Staats, die sich jedoch nach der einen Seite als Dienst-, nach der anderen als Staatsaufsicht im engeren Sinne äußerte. Der Einfluß dieser Formen läßt sich vielfach auch in der Nachkriegswirtschaft aufzeigen, so in der relativen Vergesellschaftung bzw. Zwangsbewirtschaftung von Kohle, Kali, Eisen, Elektrizität usw. Ich möchte hier u. a. auf die Schrift meines Fakultätskollegen Gieseke. Die Rechtsverhältnisse der gemeinwirtschaftlichen Organisationen, 1922, verweisen. Aber eine ähnliche Scheidung ist auch auf dem Gebiete der geistigen oder kulturellen Verwaltung zu verfolgen, nur daß hier die in der wirtschaftlichen Anstaltsverwaltung typische privatrechtliche "Geschäftsabteilung" sich zu einer kulturellen autonomen Selbstverwaltung steigert. Man denke an die Universitäten, in denen sich das Anstaltliche mit dem Körperschaftlichen, die rein hoheitliche Verwaltung mit der eigenständischen Selbstverwaltung mischt. Man kann hier von einem übertragenen und einem eigenen Aufgabenkreis der Universitäten sprechen, zu dem letzteren gehören das Gebiet der Forschung und der rein wissenschaftlichen Lehre. Ich muß mich hier auf diese Andeutungen beschränken. Von hier aus aber wären, wie mir scheint, fruchtbare Ansätze für eine juristische Theorie der öffentlichen Anstaltsverwaltung zu gewinnen.

Der zweite Herr Referent verzichtet auf eine formale Begriffsbestimmung der öffentlichen Anstalt und will sie zum Teil aus ihren Zwecken konstruieren. Er lehnt jedoch eine Konstruktion aus dem allgemeinen Zweck etwa im Sinne von Gemeinnützigkeit ab, will es vielmehr auf eine Spezialität der Zwecke abstellen. So mündete sein Referat in eine geistvolle Umschreibung oder bestenfalls Beschreibung aus. Ob das aber juristisch befriedigen kann? Insbesondere möchte ich die koordinierende Gegenüberstellung von öffentlicher Anstalt und Behörde ablehnen. Die erstere ist juristisch gesehen juristische Person des öffentlichen Rechts, die letztere Organ. Gewiß ist die Anstalt keine Behörde, aber sie kann von einer Behörde verwaltet werden. Bei der Betrachtung dieser Probleme schien mir in beiden Referaten der Name Gierke unberechtigt zu fehlen - Gierke hat für die juristische Lösung der hier in Frage stehenden Probleme bereits wertvollste Handhaben gegeben. Der Gegensatz zwischen Körperschaft und Anstalt ist geeignet, in den gemischtem Rechtscharakter der modernen öffentlich-rechtlichen Anstalt Licht hineinzutragen. Eine öffentlich-rechtliche Anstalt ist dort gegeben, wo ein Komplex sachlicher Mittel sowohl sächlicher als persönlicher Art für eine Erreichung öffentlicher Zwecke zur Verselbständigung im Sinne einer Rechtseinheit gelangt ist. Dadurch erfolgt die relative Loslösung von der Körperschaft des öffentlichen Rechts, die für iede Anstalt wesentlich ist, wenn auch zweifellos darin Otto Mayer zu folgen ist, daß jede öffentliche Anstalt — Anstalt einer Körperschaft des öffentlichen Rechts sein muß. Aber erst durch die selbständige Rechtspersönlichkeit wird iener Komplex sächlicher und persönlicher Mittel zur Anstalt, so z. B. die Reichsanstalt für Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung, und erst dadurch unterscheidet sie sich vom Finanz- und Verwaltungsvermögen einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft. Insofern hatte Herr Jellinek völlig recht, wenn er den Zweifel äußerte, ob ein Gefängnis als öffentliche Anstalt (im engeren Sinn) bezeichnet werden darf. Beim Finanz- oder Verwaltungsvermögen des Staates fehlt die Verselbständigung zur eigenen Rechtspersönlichkeit, die der öffentlichen Anstalt eigen ist. In diesem Sinne konnte das Postfinanzgesetz vom 18. März 1924 noch nicht genügen - hier wurde bloß eine wirtschaftlich ge-

sonderte Rechnungsführung für einen Zweig der Reichsverwaltung durchgeführt, man darf hier höchstens von Anstalt im weiteren Sinne sprechen. Wohl aber wurden selbständige Anstalten begründet durch das Reichsbankgesetz vom 30. August 1924 und durch die Vorläuferin des Reichsbahngesetzes vom 30. August 1924 — die Verordnung vom 12. Februar 1924. Andrerseits aber mischen sich in der verselbständigten Rechtseinheit der öffentlichen Anstalt selber, wie etwa die Universitäten oder die erwähnten Kriegsgesellschaften zeigen, nur zu oft anstaltliche mit korporativen Elementen, indem ein Teil der anstaltlichen Verwaltung sich zu körperschaftlicher Verselbständigung steigert, womit der Gegensatz der echten Selbstverwaltung zum verwaltenden Staat konzipiert ist. Vom privatwirtschaftlichen Unternehmen des sei es Staats- sei es Kommunalfiskus (öffentliche Hand) aber unterscheidet sich anstaltliche Verwaltung bzw. Selbstverwaltung, abgesehen von der Verselbständigung allemal durch den hoheitlichen Gemeinschaftszweck. dem sie dient. Wann ein solcher gegeben ist, ist natürlich quaestio facti, wobei dann das von Herrn Gerber aufgeworfene Problem der Bewertung zu Worte kommt. Darin hat gewiß Herr Köttgen recht, daß es auf Erwerbszweck, Nutzbarkeit hier nicht ankommt — auch diese hindern nicht die Anerkennung einer öffentlichen Anstalt. Auch hier konnte ich nur Anregungen geben.

Endlich noch ein Wort zu Herrn Glums Ausführungen. Unter Wirtschaftsdemokratie sollte nur eines verstanden werden — die organische Demokratie auf dem Gebiete der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, d. h. dasjenige, was zum Teil in Art. 165 RV. gestaltet bzw. vorgezeichnet ist.

Wolgast-Königsberg: Zur Klärung des Begriffs der öffentlichen Anstalt und ihres Verwaltungsrechts dürfte mit Nutzen auf das kanonische Recht zurückgegriffen werden können. Eine für diese Fragen interessante Studie ist kürzlich in der Arbeit des Schweden V. A. Rinander, Kanonisk rätt och nutida offentlig rätt; klerus och offentlig tjänst (Kanonisches Recht und modernes öffentliches Recht; Klerus und öffentlicher Dienst), Stockholm, 1927, erschienen. Eine Besprechung dieses Werkes gedenke ich im "Archiv für katholisches Kirchenrecht", herausg. v. Hilling, demnächst zu veröffentlichen und darf darauf hier verweisen.

Waldecker-Breslau bringt zwei Beispiele aus der Königsberger Verwaltungspraxis.

Apelt-Leipzig: Ich möchte in diesem Zusammenhang nur ein interessantes Beispiel erwähnen, wohin wirtschaftliche Betätigung eine öffentliche Körperschaft führen kann, das mir gerade zurzeit in meiner Praxis vorgekommen ist. Die durch ihre Uhrenindustrie bekannte Stadt Glashütte hatte in der Zeit der Deflation größere Darlehen aufgenommen, angeblich um durch Weitergabe an private Unternehmungen das Wirtschaftsleben der Stadt anzukurbeln, hatte aber tatsächlich den größten Teil der Beträge in ihre eigenen Betriebe und in solche, an denen sie beteiligt war, hineingesteckt. Da das Geld verloren worden ist und die Gemeinde nicht in der Lage ist, die Zinsen aufzubringen, geschweige denn die gekündigten Kapitalien zurückzuzahlen, steht sie unmittelbar vor der Eröffnung des Konkurses. Es wird also voraussichtlich zum ersten Male in Deutschland das Konkursverfahren über eine Gemeinde durchzuführen sein. Nach dem sächsischen Ausführungsgesetz zur Zivilprozeß- und Konkursordnung hat das Ministerium des Innern die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit der Gemeinde festzustellen sowie die Objekte zu bezeichnen, die mit Rücksicht auf die weiter zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben nicht zur Konkursmasse gezogen werden dürfen. Diese Feststellung kann von den Gläubigern noch vor dem Oberverwaltungsgericht angefochten werden

Die Gläubiger drohen aber, den Staat als haftpflichtig in Anspruch zu nehmen, da sie sich auf die Staatsaufsicht verlassen hätten und die Darlehnsaufnahme durch ein Staatsorgan, den zuständigen Bezirksausschuß, genehmigt worden sei. Diese Konsequenz ist aber m. E. abzulehnen. Es müßte zu unabsehbaren Folgen führen, sollte der Staat in dieser Weise für die wirtschaftliche Betätigung der seiner Aufsicht unterliegenden Korporationen verantwortlich gemacht werden können.

Lutz Richter spricht zugleich im Namen Köttgens das Schlußwort, in dem er für die in der Aussprache gegebenen Anregungen dankt und auf die Schwierigkeiten hinweist, die sich bei der Verwendung psychologischer Begriffe und Fragestellungen in der Rechtslehre infolge der eigenen Lage der wissenschaftlichen Psychologie ergeben.