

II. Grundlagen

A. Entwicklung des Konzessionsbegriffs

1. Urbegriff

Der Wortursprung der „Konzession“⁴⁾ lässt sich im Lateinischen festmachen: „Concedere“ bedeutet „gestatten, zugestehen“⁵⁾ und meint die Weitergabe einer Sache oder Ausübung einer Tätigkeit an jemanden, dem dieser Gegenstand, dieses Recht, ursprünglich nicht zukommt. Mit der Konzession gibt man wortgemäß etwas her, worauf man selbst Anspruch hat.

Den historischen Ursprung nimmt die Konzession in den „iura regalia“, den königlichen Regalien des Mittelalters. Diese waren Ausschlussrechte, sowohl hoheitlicher als auch privatrechtlicher Natur, die der König, später die Landesherren und Fürsten,⁶⁾ ohne private Konkurrenz ausüben konnten.⁷⁾ Regalien waren übertragbar, konnten somit durch königliche Verleihung an andere weitergegeben werden. Dies geschah zumeist für ein Lehen. Das war auch der Grund, warum es sehr rasch zu einer Ausweitung von vorhandenen Regalien und zur Erfindung von neuen kam: Der Staat sah darin einen finanziellen Nutzen.⁸⁾ Gleichzeitig wollte er sich Aufsichtsrechte in Bereichen schaffen, die dem Allgemeinwohl dienen sollten.⁹⁾

Die Erkenntnis, dass der Staat alleiniger Träger der Staatsgewalt ist, führte zu einer Scheidung von höheren und niederen Regalien. Die Regalia majora waren dem Staat seinem Begriff nach zustehende Hoheitsrechte. Sie waren unvermeidbar mit der Existenz des Staates verknüpft und unveräußerlich. Zu den Regalia minora zählten die vom Staat zufällig erworbenen privaten Rechte, die übertragbar waren.¹⁰⁾ Eine genaue Abgrenzung der beiden Gruppen konnte man jedoch nicht treffen; zu unsicher waren die Begriffe.¹¹⁾ In späterer Zeit wurde die Bezeichnung Regal nur mehr für niedere Regalien ver-

4) Auch „Concession“ – so die ältere Schreibweise.

5) *Stowasser/Petschenig/Skutsch*, Stowasser: Lateinisch-deutsches Schulwörterbuch (1997) 104.

6) *Steindl*, ÖAZ 1987, 840.

7) *Gierke*, Privatrecht II 396 f; *Fleiner*, Institutionen⁸ 341.

8) *Gierke*, Privatrecht II 396 ff.

9) *Gierke* nennt als Bsp das Schulregal; Privatrecht II 398 FN 9.

10) *Gierke*, Privatrecht II 398; *Cantner*, Ausübung 19.

11) ZB wurde im Preußischen Landrecht die Zollgerechtigkeit als nutzbares Regal behandelt, obwohl die Festlegung und Einhebung von Zöllen und Steuern zu den Hoheitsrechten des Staates zu zählen ist; vgl *Gierke*, Privatrecht II 398.

wendet, etwaige Hoheitsrechte wurden aus dem Begriff ausgeschlossen.¹²⁾ Vereinzelte Regale schuf der Gesetzgeber auch neu.¹³⁾

Da der Staat nicht alle ihm zustehenden Rechte selbst ausüben konnte und wollte, setzte er zunehmend Private für deren Ausübung ein und gab diese Tätigkeiten an sie weiter. So musste er die Tätigkeit nicht vollständig aufgeben, sondern konnte sich Aufsichts- und Einflussrechte in den betreffenden Bereichen sichern.

2. Degeneration

Der Begriff der Konzession oder „Verleihung“ bleibt nicht lange so scharf umrissen. Vermischungen, Verwechslungen und Ungenauigkeiten, aber auch schlicht geänderte verfassungsgesetzliche Voraussetzungen tragen zu einer Degeneration des Begriffes bei.

a) Konzession und Beleihung

Das Phänomen, dass der Staat zur Führung der öffentlichen Verwaltung Private einsetzt, gibt es schon lange.¹⁴⁾ Was unter öffentlicher Verwaltung zu verstehen ist, und ob darunter auch wirtschaftliche Tätigkeiten fallen können, wird in der Lit – freilich unter Berücksichtigung verschiedener Prämissen im Laufe der Zeit – unterschiedlich beurteilt. Der Begriff der Konzession hängt entstehungsgeschichtlich sehr stark mit dem Rechtsinstitut der „Beleihung“ zusammen, dessen Systembildung überwiegend in der deutschen Lit stattgefunden hat.

Ausgangspunkt sind die Lehren *Otto Mayers* iZm dem von ihm geprägten Begriff des „beliehenen öffentlichen Unternehmers“. Verleihung oder Konzession bedeutet für *O. Mayer*, dass „dem Beliehenen rechtliche Macht gegeben wird über ein Stück öffentlicher Verwaltung zur Ausübung eigenen Namens“. ¹⁵⁾ Gegenstand soll also „ein Stück öffentlicher Verwaltung“ sein, das „von Haus aus nicht im Machtbereich des Einzelnen“ liegt.¹⁶⁾ Als Bsp für eine solche Verleihung von Verwaltungsgegenständen nennt er Straßen und Wege, Schifffahrtskanäle, Brücken und Fähranstalten, die Eisenbahn¹⁷⁾ und Straßen-

¹²⁾ *Gierke*, Privatrecht II 398f. *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I² 480, meint staatliche Monopole, wenn er von „Regalen“ spricht.

¹³⁾ *E.R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I² 481.

¹⁴⁾ Dies tat er schon zu Beginn des 20. Jh (vgl *Herrnritt*, Grundlehren 185; *O. Mayer*, Verwaltungsrecht I³ 112) und tut es auch heute noch in verstärktem Ausmaß; vgl die Auffassung der Lit zu dieser Entwicklung bei *Pöschl* in FS *Mayer* 515f; dies in *Fuchs et al* 1 (FN 2) mwN.

¹⁵⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 243. IdS definiert auch *W. Jellinek* den Akt als staatliche Übertragung von öffentlicher Verwaltung; *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 526.

¹⁶⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 244.

¹⁷⁾ AA *Holstein*, Eigentumsbeschränkung 94, der der Meinung ist, die Eisenbahngesellschaft werde durch die Verleihung nicht zu einem Träger eines Stücks öffentlicher Verwaltung, weil die Eisenbahnkonzession nichts anderes als die Genehmigung eines gewerblichen Unternehmens sei.

bahnen.¹⁸⁾ Sind Sachen oder Tätigkeiten dem Staat eigen, so sind sie nach seiner Ansicht also der öffentlichen Verwaltung zuzurechnen. Bei den Telegraphenanstalten macht er darauf aufmerksam, dass diese Tätigkeit genauso von Privaten durchgeführt werden könne,¹⁹⁾ jedoch zur öffentlichen Verwaltung zähle, weil das Gesetz es so bestimme.²⁰⁾ Sieht das Gesetz kein Regal vor, kommt es für ihn darauf an, ob Unternehmungen „öffentlichen Zwecken und dem Dienste der Allgemeinheit gewidmet sein soll[en]“. Verfolgen sie ein solches Anliegen, könne man von Verleihung sprechen.²¹⁾ Verliehen werden können nach *O. Mayer* zusammenfassend also öffentliche Sachen sowie durch Gesetz dem Staat vorbehalten, und im Zweifel auch Unternehmungen, deren Zweck dafür spricht.²²⁾ Die Übertragung von (Hoheits-)Befugnissen ist aus seiner Sicht für das Institut der Verleihung nicht begriffswesentlich.²³⁾

O. Mayer definiert Verleihung bzw. Konzession somit über den materiell erst auszufüllenden Begriff der öffentlichen Verwaltung: Mit der Verleihung werden Verwaltungsaufgaben übertragen.²⁴⁾ Dabei steht für *O. Mayer* zwar die Übertragung von Betriebsrechten – und damit von wirtschaftlichen Agenden – im Vordergrund.²⁵⁾ Als Verwaltung lässt er aber auch alles gelten, was öffentlichen Zwecken, somit dem öffentlichen Interesse dient. Was ein öffentlicher Zweck und was ein individueller Zweck ist, lässt sich freilich nicht scharf abgrenzen.²⁶⁾ Indem er „Wirtschaftskonzessionen“ in seinen Verleihungsbegriff einbezieht, rechnet er der öffentlichen Verwaltung jedenfalls Sachverhalte zu, die nach der jüngeren Lehre keine Fälle öffentlicher Verwaltung mehr darstellen.²⁷⁾ Die Zuordnung eines Privaten zur öffentlichen Verwaltung passiert heute nach anderen Kriterien.²⁸⁾

In der Schweiz definiert *Fritz Fleiner* die Verleihung anders, gelangt aber zu einem ähnlichen Ergebnis wie *O. Mayer*. Er spricht nicht vom Begriff der „öffentlichen Verwaltung“, sondern unterscheidet zwei Gruppen von Rechten, die verliehen werden können: Zum einen Hoheitsrechte i.e.S., die schon begriff-

¹⁸⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 245 ff; bei *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 526, finden sich außerdem die Bsp der Omnibus- und Leichenbestattungsgesellschaften.

¹⁹⁾ Warum selbige Aussage nicht auch für bspw. Fähranstalten oder Straßenbahnen getroffen werden könnte, geht aus seinen Ausführungen nicht hervor.

²⁰⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 249.

²¹⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 250.

²²⁾ IdS auch *Pöschl* in FS Mayer 518.

²³⁾ Vgl. *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 35 FN 36, der auf *Steiner*, Private 18 f, verweist; *Pöschl* in FS Mayer 18 f.

²⁴⁾ So auch *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 35.

²⁵⁾ *Steiner*, Private 23.

²⁶⁾ Das stellt *Pöschl* in FS Mayer 528 fest; vgl. zur Abgrenzung von Öffentlichem und Privatem auch schon *Kelsen*, Reine Rechtslehre (1960) 285 ff.

²⁷⁾ *Steiner*, Private 22.

²⁸⁾ *Steiner*, Private 25 f, hingegen sieht das Problem nicht in einer materiell unzulässigen Begriffsbestimmung der Verwaltungsaufgabe, sondern erkennt die Verleihung als Lückenschluss; siehe dazu sogleich.

lich dem Staat zustehen und nur ausnahmsweise verliehen werden, wie etwa die Bahnpolizei an Eisenbahngesellschaften, und zum anderen wirtschaftliche oder technische Betätigungen, für die sich der Staat eine Monopolstellung geschaffen hat.²⁹⁾ *Fleiner* unterscheidet also die eingeschränkt mögliche Übertragung hoheitlicher Befugnisse des Staates auf Private von der Auslagerung wirtschaftlicher Tätigkeiten auf dieselben.

Er nennt als wichtigste Bsp für nicht-hoheitliche Tätigkeiten i.e.S. den Betrieb und die Anlegung öffentlicher Verkehrswege und das Volksschulwesen.³⁰⁾ Den Grund für die Monopolisierung formuliert er wie folgt: „Auf Verkehr und Volkserziehung beruht ein gut Teil der nationalen Wohlfahrt. Ihre Regelung gehört daher zu den obersten Aufgaben jedes Staates. Durch das staatliche Monopol wird hier das Gemeininteresse geschützt.“³¹⁾ Das Abstellen auf das Allgemeininteresse deckt sich mit den Vorstellungen *O. Mayers* vom öffentlichen Zweck der Unternehmung, den dieser dann heranzieht, wenn das Gesetz kein ausdrückliches Regal vorsieht.

Während *Fleiner* eine Einteilung vornimmt, die an die Zweiteilung der Regalien in *majora* und *minora* erinnert,³²⁾ subsumiert *O. Mayer* die „wirtschaftlichen und technischen“ Betätigungsmonopole unter die weit gefasste „öffentliche Verwaltung“.

Vergleicht man das mit der Entwicklung der Begriffsbedeutung der Regalien, erinnert die Definition *O. Mayers* an den frühen Einheitsbegriff der Regalien als Ausschlussrechte hoheitlicher und privatrechtlicher Natur, während *Fleiner* kategorisiert. Trotzdem ist auch bei *Fleiner* nicht wesentlich, ob mit einer dem Staat vorbehaltenen Aufgabe hoheitliche Befugnisse mitübertragen werden oder nicht, vielmehr sieht er die Verleihung schon bei einer alternativen Übertragung von Aufgaben (die auch wirtschaftlich sein können) oder Befugnissen als gegeben an.

Einen stärkeren Akzent erhält die Übertragung von Befugnissen bei *von Köhler*. Er erkennt das Typische der „Beleihung“³³⁾ in einer „Angliederung“ an den staatlichen Verwaltungsorganismus durch die Übertragung eines Stückes öffentlicher Gewalt zur Ausübung durch den Privaten.³⁴⁾ Ebenso stehen bei *E.R. Huber* Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung bei der Ver-

²⁹⁾ *Fleiner*, Institutionen⁸ 341 f; idS auch *Bühler* in FS *Fleiner* 45.

³⁰⁾ *Fleiner*, Institutionen⁸ 342 ff.

³¹⁾ *Fleiner*, Institutionen⁸ 345.

³²⁾ Siehe zu dieser Zweiteilung schon unter II.A.1.

³³⁾ Laut *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 39, verwendet *von Köhler* erstmals den Begriff der Beleihung für die sonst als Konzession bezeichneten Phänomene, um den Unterschied zur Berechtigung zu einer Sondernutzung an einer öffentlichen Sache deutlich zu machen.

³⁴⁾ *Von Köhler*, Grundlehren 147. Öffentliche Gewalt ist nach der Interpretation von *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 39 FN 59, nicht zwingend als obrigkeitliche Anordnungs- und Zwangsbefugnis zu verstehen, sondern kann auch als schlicht verwaltende Tätigkeit verstanden werden.

leihung im Mittelpunkt; diese müssen seiner Ansicht nach „delegiert“ werden.³⁵⁾ Als Hoheitsbefugnis erkennt er dabei auch die Wahrnehmung von verliehenen Wirtschaftstätigkeiten, die sich durch die „öffentlich-rechtlich gesicherte Ausschließlichkeit“ ausdrücke.³⁶⁾

Wie schon angedeutet, kommt es Mitte des 20. Jh jedoch zu einem Wandel des „Verleihungsbegriffes“, der mit *Vogel* beginnt und mit *Brohm* endet.³⁷⁾ Diesen Wandel kennzeichnet die Eliminierung der Wirtschaftskonzessionen aus dem Begriff. Hoheitliche Maßnahmen sind nach *Vogel* nur mehr Maßnahmen, die alleine der Staat vornehmen kann und die kraft öffentlichen Rechts Rechtsverhältnisse einseitig zu gestalten vermögen.³⁸⁾ Wirtschaftliche Tätigkeiten pauschal als Fälle einer Beleihung zu qualifizieren, und alleine auf die Aufgabe abzustellen, wie dies *O. Mayer* tut, ist nach seiner Theorie nur insoweit möglich, als auch tatsächlich hoheitliche Befugnisse übertragen werden.³⁹⁾ *Brohm* folgt der Auffassung *Vogels* und sieht eine Beleihung nur dann als gegeben, wenn Privaten Hoheitskompetenzen zur eigenverantwortlichen Ausübung anvertraut sind.⁴⁰⁾

Der Begriff der Beleihung ist nach der deutschen Lehre somit von staatlicher Hoheitsgewalt geprägt; Wirtschaftskonzessionen, also die bloße Gestattung der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten, die sich der Staat vorbehalten hat, finden in diesem Begriff keinen Platz mehr.

Die österreichische Lit diskutiert den Verleihungsbegriff hingegen nicht in derselben Intensität:⁴¹⁾ *Ulbrich* kennt die Verleihung noch als „*juris concessio*“ in Form der Übertragung von individuellen Sondernutzungsrechten an öffentlichen Sachen oder in Form der Übertragung eines Betriebs öffentlicher Anstalten auf Privatpersonen.⁴²⁾

Herrnritt und *Petrin* sind sich ihrer Sache hingegen schon sehr sicher: *Herrnritt* beschreibt die Verleihung als „die Übertragung von besonderen Verwaltungsbefugnissen an eine Person oder Unternehmung behufs besserer Verwirklichung bestimmter Verwaltungsaufgaben“.⁴³⁾ Auch *Petrin* spricht von „der Übertragung obrigkeitlicher Befugnisse [...] zwecks Besorgung von sonst der öffentlichen Verwaltung obliegenden Aufgaben [...]“.⁴⁴⁾ Übertragen werden idS immer „Befugnisse“, um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung

³⁵⁾ *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I² 533.

³⁶⁾ *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I² 539.

³⁷⁾ *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 45.

³⁸⁾ *Vogel*, Wirtschaftseinheiten 80 f.

³⁹⁾ *Vogel*, Wirtschaftseinheiten 81 und 83 ff.

⁴⁰⁾ *Brohm*, Wirtschaftsverwaltung 205 ff, 214 ff.

⁴¹⁾ Generell verweist die österreichische Lit sehr häufig auf das bereits erörterte deutsche Schrifttum. Nach *Pöschl* in *Fuchs et al* 13, ist die Konzession in den österreichischen Lehrbüchern – anders als in Deutschland und in der Schweiz – schließlich ohne große Diskussionen „still gestorben“.

⁴²⁾ Als Bsp nennt er die Eisenbahn; *Ulbrich*, Verwaltungsrecht 302 f.

⁴³⁾ *Herrnritt*, Grundlehren 274.

⁴⁴⁾ *Petrin*, Verwaltungsrecht 14 FN 4.

besser wahrnehmen zu können. Auch diese beiden österreichischen Autoren scheinen wie die spätere deutsche Lit also von einem Verleihungsbegriff auszugehen, der die Übertragung von hoheitlichen Befugnissen voraussetzt und damit die Übertragung rein wirtschaftlicher Tätigkeiten aus dem Begriff ausschließt.⁴⁵⁾

Adamovich sen. behält den Begriff der Verleihung bzw Konzession hingegen der Führung gemeinnütziger Wirtschaftsbetriebe durch „beliehene Unternehmungen“ vor und führt damit die Gedanken *O. Mayers* – entgegen der österreichischen und deutschen Lit seiner Zeit – fort: Er versteht Betätigungen, die sich der Staat in Fortwirkung der früheren Regale vorbehalten hat, als einen Ausschnitt der öffentlichen Verwaltung.⁴⁶⁾ Diese vorbehaltenen Tätigkeiten dürften grundsätzlich nur von staatlichen Organen geführt werden, könnten aber durch einen Akt staatlicher Hoheitsverwaltung auch auf private Rechtssubjekte übertragen werden. Da es sich um gemeinnützige Betriebe von lebenswichtigem Interesse für die Bevölkerung handle, gingen damit jedoch entscheidende Einfluss- und Kontrollrechte der staatlichen Verwaltung einher. Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private will er mit der Konzession nicht zwingend verknüpft wissen, doch würde den Betroffenen „regelmäßig eine Reihe besonderer Begünstigungen eingeräumt“.⁴⁷⁾

Unsicher in Bezug auf die Übertragung hoheitlicher Befugnisse scheint *Antoniolli*. Bezugnehmend auf *W. Jellinek* spricht er bei beliehenen Unternehmern zunächst von Privaten, die unmittelbar andere als staatliche Zwecke, etwa Gewinnabsichten, verfolgen, die aber der Staat mit hoheitlichen Befugnissen ausstattet.⁴⁸⁾ Wenige Zeilen später taucht die Übertragung von Hoheitsbefugnissen allerdings als fakultatives Element der Beleihung auf.⁴⁹⁾ Erst die von ihm angeführten Bsp (Kolonialgesellschaften, der mit Gerichtsbarkeit beliehene Grundeigentümer, der Steuerpächter, die mit hoheitlichen Aufgaben beliehene Eisenbahnunternehmung) zeigen, dass er wohl doch von der Übertragung hoheitlicher Befugnisse ausgeht.

Letztere Auffassung hat sich in der österreichischen Lehre und Lit bis heute durchgesetzt, sodass die Übertragung von Hoheitsmacht heute als „Schlüsselkriterium“⁵⁰⁾ gilt und damit das Erkennungsmerkmal der Beleihung

⁴⁵⁾ Vgl *Petrin*, Verwaltungsrecht 26 FN 11.

⁴⁶⁾ *Adamovich sen.*, Handbuch I⁵ 68 f. „Die Form der beliehenen Unternehmungen bietet die Möglichkeit, Wirtschaftsbetriebe, die für die Allgemeinheit von lebenswichtigem Interesse sind, nicht unmittelbar durch den Staat als staatliche Betriebe, sondern von privaten Unternehmern [...] unter der Aufsicht der zuständigen staatlichen Behörden führen zu lassen.“

⁴⁷⁾ Als Bsp nennt *Adamovich sen.* den Anspruch auf Enteignung und die Befugnis polizeiliche Anordnungen zu treffen; vgl *Adamovich sen.*, Handbuch I⁵ 69.

⁴⁸⁾ *Antoniolli*, Verwaltungsrecht 160.

⁴⁹⁾ „Außerdem kann der Unternehmer mit Hoheitsbefugnissen ausgestattet werden.“ *Krajcsir*, Hoheitsverwaltung 47, kritisiert die uneindeutige Position *Antoniollis*.

⁵⁰⁾ *Pöschl* in FS Mayer 530.

darstellt.⁵¹⁾ Nichts anderes zeigt die Rsp des VfGH, die das heutige Institut der Beleihung wesentlich mitgeprägt hat.⁵²⁾

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Begriff der Konzession ursprünglich mit dem der Verleihung gleichgesetzt und für die Übertragung von Hoheitsrechten verwendet wurde sowie für die Gestattung der Ausübung wirtschaftlicher Tätigkeiten, die der Staat aus verschiedenen Gründen für sich beanspruchte.⁵³⁾ Der jüngere Begriff der Beleihung umfasst hingegen die Übertragung rein wirtschaftlicher Tätigkeiten nicht mehr, auch wenn der Staat darauf ein Monopol hat. Der Begriff der Konzession kann deshalb nicht mehr mit dem herrschenden Verständnis der Beleihung gleichgesetzt werden, für welche die Übertragung von Hoheitsbefugnissen ausschlaggebend ist.

b) Konzession und Privileg

Ab dem 19. Jh kam es auch zu begrifflichen Vermischungen der Konzession mit anderen Rechtsinstituten. Gesetzgebung und Lit verwendeten den Begriff „Konzession“ vor allem auch für die (Polizei-)Erlaubnis⁵⁴⁾ und das Privileg. Diese beiden Rechtsinstitute haben allerdings einen anderen Bedeutungsinhalt als die echte Konzession.

Unter einem Privilegium versteht man „[...]eine spezielle Anordnung der Gesetzgebung oder des von ihr hiezu berufenen Organs, wodurch, abweichend von jenen Rechtssätzen, die ohnedies einzutreten hätten, ein individuelles Rechtsverhältnis geregelt wird.“⁵⁵⁾ Das Privileg taucht vorwiegend in der zivilrechtlichen Lit auf, da das ABGB von 1811 in seinem § 13 eine Bestimmung zu den Privilegien vorsieht.

Zeiller beschreibt die Privilegien 1811 wie folgt: „Privilegien waren ursprünglich [...] Gesetze, die zu einem besonderen Schutze (oder wohl auch zu einer ungewöhnlich strengen Bestrafung) gewisser Personen gegeben wurden.“ Es handle sich um Rechte, die einzelnen Personen oder ganzen Körpern verliehen würden.⁵⁶⁾ Charakteristikum des Privilegs ist, dass dieses eine Ausnahme-

⁵¹⁾ *Schäffer* in *Wissenschaftliche Abteilung der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft* 71; *Rill* in FS Antonioli 51, 55 f; *Koja* in FS Antonioli 442; *Antonioli/Koja*, *Verwaltungsrecht*³ 18, 399 ff; *Holoubek*, *ÖZW* 2000, 34; *Korinek*, *ÖZW* 2000, 46; *Adamovich/Funk/Holzinger/Frank*, *Staatsrecht IV* Rz 46.040; *Kahl/Weber*, *Verwaltungsrecht*⁶ Rz 271; *Raschauer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*⁵ Rz 115 und 117; *Grabenwarter/Holoubek*, *Verfassungsrecht – Verwaltungsrecht*³ Rz 859, 861; *Gotthard*, *Private im Umweltrecht* 44 ff.

⁵²⁾ Vgl bspw VfSlg 14.473/1996; 16.400/2001; vgl zu den Beileihungskriterien und den Ungereimtheiten iZm den Begriffsmerkmalen auch *Wiederin* in *Fuchs et al* 41 ff.

⁵³⁾ Die Konzession soll aber nicht nur den Verwaltungsakt, sondern auch das dadurch Erworbene bezeichnen, sodass man den Vorgang des Verwaltungsaktes auch als „Konzession einer Konzession“ bezeichnen kann; vgl *O. Mayer*, *Verwaltungsrecht II*³ 243 FN 1.

⁵⁴⁾ Siehe dazu unter II.A.2.c).

⁵⁵⁾ *Pfaff/Hofmann*, *Commentar I*² 306.

⁵⁶⁾ *Zeiller*, *Commentar I* 88.

regelung von einem allgemeinen oder besonderen Gesetz schafft.⁵⁷⁾ Das Privileg ist grundsätzlich ein Individualgesetz, das unmittelbar Entstehungsgrund eines bestimmten subjektiven Rechts ist.⁵⁸⁾ Gesetz und subjektives Recht entstehen und bestehen also zugleich.⁵⁹⁾ Später können Privilegien auch von gesetzlich ermächtigten Landesherren oder Behörden verliehen werden.⁶⁰⁾

Privilegien sind somit Rechte, die durch individuellen Hoheitsakt verliehen,⁶¹⁾ und im Ergebnis immer auf ein Gesetz zurückgeführt werden können.⁶²⁾ Der Inhalt eines Privilegs kann ein privat- oder öffentlich-rechtlicher sein.⁶³⁾ Würde im Josephinischen⁶⁴⁾ sowie im Westgalizischen Gesetzbuch noch normiert, dass Privilegien eine eigene Kategorie von Rechten begründeten, die sich von anderen in Erwerb, Ausübung und Verlust unterschieden,⁶⁵⁾ so legt der auch heute noch geltende § 13 ABGB fest, dass Privilegien „gleich den übrigen Rechten zu beurtheilen“ sind.⁶⁶⁾ An der Natur und der Beschaffenheit des erhaltenen Rechts verändert sich also nichts: Das Recht ist gleich zu behandeln, als wäre es nicht durch ein individuelles Gesetz erlangt worden; alleine die Entstehung ist unterschiedlich.⁶⁷⁾

Die Terminologie ist auch hier schwankend. Ältere Gesetze verwenden die Begriffe *concessiones*, *privilegia*, *exemptiones*, Gnaden und Freiheiten synonym.⁶⁸⁾ Das Josephinische Gesetzbuch spricht von Begünstigungen und enthält, anders als das ABGB, noch Regelungen zu Verleihung und Verlust derselben.⁶⁹⁾

Als Privilegien bezeichnete man zusammengefasst die besondere Form einer Ausnahmebestimmung vom geltenden Recht. Der Begriff ist weiter gefasst als die Konzession. Eine Konzession kann ein solches Privileg sein, sie muss es aber nicht. Die Konzession zum Bau einer Eisenbahn wird ausdrücklich als Privileg bezeichnet und auch die Gebrauchsrechte an öffentlichen Straßen und Gewässern sind Privilegien, weil sie über den gesetzlich festgelegten öffentlichen Gebrauch hinausgehen.⁷⁰⁾ Bei der Konzession steht hingegen nicht die Begründung von Sondernormen im Vordergrund, sondern die Erfüllung

⁵⁷⁾ *Ulbrich in Mischler/Ulbrich* 999.

⁵⁸⁾ Im Sprachgebrauch wird, ähnlich wie bei der Konzession, sowohl das Gesetz als auch die Rechtsstellung als Privileg bezeichnet.

⁵⁹⁾ *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I² 310; Bsp bei *Unger*, System I² 592.

⁶⁰⁾ *Ulbrich in Mischler/Ulbrich* 999.

⁶¹⁾ *Püttner*, Wirtschaftsverwaltungsrecht 45.

⁶²⁾ Dazu ausführlich bei *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I² 310 ff; die deutsche Lit bezeichnet das Privileg ieS als ein Sondergesetz, vgl mwN *Vogel*, Wirtschaftseinheiten 73.

⁶³⁾ *Ulbrich in Mischler/Ulbrich* 1001.

⁶⁴⁾ Patent vom 1. November 1786 JGS 1786/591 (Josephinisches Gesetzbuch).

⁶⁵⁾ Vgl *Unger*, System I² 593 f.

⁶⁶⁾ § 13 ABGB wird heute keine Bedeutung mehr zugemessen, weil es Privilegien in dieser Form nicht mehr gibt; vgl *Bydlinski in Rummel* I³ § 13.

⁶⁷⁾ *Unger*, System I² 592 f; *Pfaff/Hofmann*, Kommentar I² 332 f.

⁶⁸⁾ *Ulbrich in Mischler/Ulbrich* 998.

⁶⁹⁾ §§ 15–23, § 27 Josephinisches Gesetzbuch.

⁷⁰⁾ *Ulbrich in Mischler/Ulbrich* 1000.

der Zwecke der öffentlichen Verwaltung.⁷¹⁾ Umgekehrt muss ein Privileg nichts mit der Verleihung von Aufgaben, die dem Staat vorbehalten sind, zu tun haben. Unter den Begriff des Privilegs fallen weit mehr Verwaltungsakte als unter jenen der Konzession. Ein Privileg kann zB eine Steuerbefreiung oder ein Forderungsrecht sein;⁷²⁾ von einer Konzession ist in diesen Fällen wohl nicht zu sprechen.

Die Apothekenkonzession war grundsätzlich kein Privileg. Es gab jedoch auch privilegierte Apothekenunternehmen: Deren Konzessionen waren frei veräußerlich und vererblich, anstatt – wie im Normalfall – höchstpersönliche Rechte darzustellen.⁷³⁾ Vom Privileg stammt auch der Begriff der „k. k. privilegierten Unternehmen“ in § 61 GewO 1859, der genauso wenig mit der Konzession zu tun hat. § 61 leg cit zufolge konnte Gewerbeunternehmen, die von hervorragender Bedeutung für die Entwicklung der nationalen Industrie und Belebung des Handels waren, das Vorrecht verliehen werden, den kaiserlichen Adler im Schilde und Siegel und die Bezeichnung „k. k. privilegiert“ in der Firma zu führen. Die Nachfolgebestimmung findet sich heute in § 68 GewO 1994, demgemäß der zuständige BM eine Auszeichnung an Gewerbeunternehmen verleihen kann, im geschäftlichen Verkehr das Wappen der Republik, mit einem entsprechenden Hinweis auf den Auszeichnungscharakter, als Kopfaufdruck auf Geschäftspapieren, auf Druckschriften und Verlautbarungen sowie in der äußeren Geschäftsbezeichnung und in sonstigen Ankündigungen führen zu dürfen. Auch hier geht es um die Verschiedenbehandlung einzelner Unternehmen durch hoheitlichen Akt.

c) Konzession und Polizeierlaubnis

Noch wichtiger als die eben erörterte Abgrenzung ist nach *O. Mayer* die Unterscheidung zwischen Konzession und Erlaubnis⁷⁴⁾, denn zwischen ihnen bestehe eine „tiefgreifende Verschiedenheit“.⁷⁵⁾ „Die Polizeierlaubnis ist die rechtssatzmäßig vorgesehene, besondere polizeiliche Bewilligung zu einer bestimmten Tätigkeit, durch welche vielleicht eine Gefährdung öffentlicher Interessen entstehen könnte und deren Ausübung daher im öffentlichen Interesse erst nach Erhalt einer besonderen Bewilligung statthaft ist.“⁷⁶⁾ Sinn und Zweck der Polizeierlaubnis ist die Gefahrenabwehr, die dadurch verwirklicht werden soll, dass vor der Ausübung bestimmter Tätigkeiten überprüft wird, ob die erforderlichen Befähigungen vorhanden sind. *Fleiner* spricht idZ von „polizeilicher Vorbeugungsmaßregel“.⁷⁷⁾ Auch für *Rehm* schafft die Polizeierlaubnis einen Kompromiss zwischen dem öffentlichen Interesse an der Gefahrenab-

⁷¹⁾ *Cantner*, Ausübung 60.

⁷²⁾ *Unger*, System I² 592.

⁷³⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 465.

⁷⁴⁾ Anstelle des Ausdrucks Erlaubnis werden auch die Begriffe Genehmigung, gewerbliche Erlaubnis, Polizeierlaubnis oder gewerbliche Konzession verwendet.

⁷⁵⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 244.

⁷⁶⁾ *Petrin*, Verwaltungsrecht 26.

⁷⁷⁾ *Fleiner*, Institutionen⁸ 407.

wehr und unternehmerischen Interessen, indem sie Genehmigungsbedingungen aufstellt.⁷⁸⁾

Nach *O. Mayer* stellt die Erlaubnis „für den Empfänger einfach die natürliche Freiheit wieder her. Sie gibt ihm nichts Neues hinzu, [...]“.⁷⁹⁾ Ebenso ist *W. Jellinek* der Meinung, dass der Begriff Konzession der echten Verleihung vorbehalten sein sollte, „denn die ‚Konzession‘ des mit bahnpolizeilichen Befugnissen verbundenen Eisenbahnbetriebs [...] enthält offenbar mehr als die sog. Gastwirtschaftskonzession, die dem Inhaber der Wirtschaft nur seine natürliche Freiheit wiedergibt [...]“.⁸⁰⁾ Von der Verleihung verlange man ganz einfach „mehr als die Wegräumung eines polizeilichen Hindernisses“.⁸¹⁾ Dieses „Neue“, dieses „Mehr“ ist für *O. Mayer* ein charakteristisches Merkmal der Konzession, das es bei der Erlaubnis eben nicht gebe: Bei der Konzession würde ein subjektives öffentliches Recht übertragen.⁸²⁾ Ob das ausschließlich für die Konzession zutreffen soll, oder in manchen Fällen ebenso für die Erlaubnis,⁸³⁾ sei dahingestellt. Das wesentliche und für diese Arbeit viel wichtigere Unterscheidungsmerkmal scheint ein anderes zu sein: Die gewerbliche Erlaubnis erlässt der Staat rein im Interesse des Antragstellers, wenn auch unter Berücksichtigung öffentlicher Interessen wie der Gefahrenabwehr. Die Verleihung der Konzession erfolgt niemals im ausschließlichen Interesse des Begünstigten. Das spiegelt sich darin wider, dass der Staat sich eine positive Einflussmöglichkeit auf das Unternehmen sichert. „Es darf ihm nicht gleichgültig sein, ob der Beliehene von der Verleihung Gebrauch macht oder untätig bleibt, er muß den Beliehenen zum Tätigwerden anhalten können [...]“.⁸⁴⁾ *O. Mayer* bezeichnet dieses Phänomen als das „Aufsichtsrecht“ des Staates.⁸⁵⁾

Auch bei *Adamovich sen.* kommt die Sonderstellung des durch Konzession beliehenen Unternehmers sehr gut zum Ausdruck. Er erwähnt einerseits sofort die Begünstigungen, die die Privaten als Träger eines Ausschnittes der öffentlichen Verwaltung haben, betont aber sogleich besondere Verpflichtungen, die ihnen im Dienste der Allgemeinheit auferlegt sind und nennt dabei zB die Betriebspflicht, den Vorbehalt der behördlichen Genehmigung der Preise und den Kontrahierungszwang. Durch all diese Einrichtungen treffe „die Gesetzgebung dafür Vorsorge, dass die privaten Unternehmungen den ihnen anvertrauten Ausschnitt der öffentlichen Verwaltung im Einklang mit den Interessen der Allgemeinheit führen“.⁸⁶⁾

⁷⁸⁾ *Rehm*, Gewerbs-Konzession 39.

⁷⁹⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 244.

⁸⁰⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 257.

⁸¹⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 527.

⁸²⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 244; vgl auch *Fleiner*, Institutionen⁸ 346; aA *Holstein*, Eigentumsbeschränkung 94; *Bühler* in FS *Fleiner* 42 ff.

⁸³⁾ So zB *Bühler* in FS *Fleiner* 45; *Herrnritt*, Grundlehren 344 f; *Kulisch*, Gewerbe-recht 382.

⁸⁴⁾ *W. Jellinek*, Verwaltungsrecht³ 527.

⁸⁵⁾ *O. Mayer*, Verwaltungsrecht II³ 257.

⁸⁶⁾ *Adamovich sen.*, Handbuch I⁵ 70.