### Zweiter Beratungsgegenstand: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

# Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

1. Bericht von Prof. Dr. Markus Heintzen, Berlin\*

#### Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	222
	1. Der Befund im Verfassungs- und im allgemeinen	
	Verwaltungsrecht	222
	2. Die tatsächliche Bedeutung	224
	3. Defizite und Erforderlichkeit juristischer Ordnung	226
II.	Juristische Fragestellung	227
	1. Begrifflichkeit	227
	a) Öffentliche Aufgabe	227
	b) Privater	231
	c) Beteiligung	232
	2. Ziel und mögliche Ergebnisse	233
	3. Abgrenzung insbesondere zu Fragen der Privatisierung.	234
III.	Staatstheoretische Grundlagen	235
	1. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft	235
	2. Verantwortung und Gemeinwohl	237
IV.	Überblick über die Beteiligungsformen	239
V.	Befugnisbeteiligung – die Beleihung	240
VI.	Organisationsbeteiligung	243
	1. Eingliederung Privater in staatliche Organisationen	244
	a) Kondominialverwaltung	244
	b) Funktionale Selbstverwaltung	245
	c) Exkurs: An-Organisationen	246
	•	

<sup>\*</sup> Der vorliegende Text stimmt mit dem in St. Gallen gehaltenen Vortrag bis auf redezeitbedingte Kürzungen der mündlichen Fassung überein und ist auf dem Stand vom 2. Oktober 2002.

	2. Eingliederung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung	
	in ein privatrechtliches Umfeld	246
	a) Konzernierung öffentlicher Anstalten	246
	b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen	247
VII.	Verfahrensbeteiligung	251
	1. Der Berater	251
	2. Der Zuarbeiter	253
VIII.	Aufgabenbeteiligung	254
	1. Verwaltungshilfe im Sinne einer Einbindung von	
	Privaten in die Staatsorganisation	254
	2. Verwaltungshilfe im Sinne einer Indienstnahme des	
	Privaten für die Verwaltung	255
	3. Der Private als Inhaber öffentlicher Aufgaben	256
IX.	Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben als Teil privater	
	Tätigkeit	256
X.	Nichtbeteiligung und Nichtbeteiligte	257
XI.	Abschließende Überlegungen	258

#### I. Einleitung

#### 1. Der Befund im Verfassungs- und im allgemeinen Verwaltungsrecht

Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erscheint als erklärungsbedürftige Anomalie.<sup>1</sup> Der demokratische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Normalfall ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand selbst.<sup>2</sup>

Im Verfassungsrecht hat die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben wenig ausdrücklichen Niederschlag gefunden. Im 8. Abschnitt des Grundgesetzes finden sich nur<sup>3</sup> vereinzelte neuere Hinweise auf die privatrechtliche Organisationsform staatlicher Einrichtungen, auf andere private Anbieter und auf dem Bund in den Bereichen Eisenbahn und Luftverkehr. Post und Telekommunikation verbleibende Aufgaben.<sup>4</sup> Die einzige Regelung des Grundgesetzes, die seit 1949 von Privaten spricht, gilt der Errichtung von Privatschulen (Art. 7 Abs. 4 und 5),5 Obwohl sie eine Beteiligung Privater nicht explizit erwähnen, sind schließlich die Regelungen über das Gesetzgebungsverfahren zu nennen, auf das Private als Berater und als Lobbyisten einwirken; ihnen ist aber wegen des Fehlens plebiszitärer Elemente und wegen des Initiativmonopols von Bundestag, Bundesrat und Bundesregierung trotz Bürgerpartizipation und Verbändebeteiligung ein fast etatistischer Grundzug eigen. Die Parteien, die bei der politischen Willensbildung mitwirken, sind ein Thema für sich.

Während das Grundgesetz das Thema eher unter den Gesichtspunkten Organisation und Verfahren anzugehen scheint, stehen im allgemeinen

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Gallwas VVDStRL 29 (1971), 211 ff. nennt den "privaten Verwalter", dem man "auf Schritt und Tritt begegne" (213), eine "fragwürdige Erscheinung" (211).

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Definition der das Thema bestimmenden Begriffe "öffentliche Aufgabe" und "Privater" unter II. 1. a) und b).

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Zur Folgenlosigkeit dieses Schweigens für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private schon *Ossenbühl* VVDStRL 29 (1971), 137, 163 f.

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Art. 87d Abs. 1 Satz 2, 87e Abs. 3, 87f Abs. 2 GG. Qualifikation der dort vorgesehenen Privatisierungsmodelle gebündelt bei *Schmidt-Preuβ* VVDStRL 56 (1997), 160, 170f.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Art. 12 Abs. 2 GG spielt wegen seines eng gefassten Schutzbereichs für das Thema fast keine Rolle; dazu *Breuer* in: HStR VI, 1989, § 147 Rn. 90; *Gubelt* in: von Münch/Kunig (Hrsg.) Grundgesetz, 5. Aufl., Bd. 1, 2000, Art. 12 Rn. 81; *Manssen* in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 1, 1999, Art. 12 Rn. 290; *Rittstieg* AK-GG, Art. 12 Rn. 149 (Stand 2001); *Scholz* in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 12 Rn. 478 (Stand September 1981); *Tettinger* in: Sachs (Hrsg.) Grundgesetz, 2. Aufl. 1999, Art. 12 Rn. 149.

Verwaltungsrecht<sup>6</sup> die Kategorien Aufgabe und Befugnis im Vordergrund. An ihnen orientieren sich die terminologisch und inhaltlich wenig gefestigten Kernfiguren der Beleihung, der Verwaltungshilfe, der Indienstnahme und des selbstständigen Unternehmers.7 Sie nehmen in den Lehrbüchern<sup>8</sup> einen Raum ein, der hinter der tatsächlichen Bedeutung der Beteiligung Privater an der öffentlichen Verwaltung zurückbleibt. Organisationsrechtliche Fragen werden im Verwaltungsrecht anders zugeordnet: Das Verwaltungsprivatrecht wird aus der Blickrichtung einer "Flucht des Staates aus öffentlich-rechtlichen Bindungen", nicht unter dem gegenläufigen Aspekt einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, etwa in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen<sup>10</sup>, betrachtet. Weitere Beteiligungsformen, wie die Kondominialverwaltung, haben es schwer, sich im allgemeinen Verwaltungsrecht mit einem Begriff festzusetzen. Im Bereich der Selbstverwaltung schließlich führt die funktionale Selbstverwaltung auf das "Feld zwischen Staat und Gesellschaft".11

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben weder für das Verfassungs- noch

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Zu Rechtsebenen zwischen Allgemeinem und Besonderem Verwaltungsrecht insoweit u.a. Ruffert AöR 124 (1999), 237, 246.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Figuren wie Delegation, Mandat oder Amtshilfe betreffen dagegen nur den Binnenbereich der staatlichen Zuständigkeitsordnung; hierzu klassisch *Wolff/Bachof* Verwaltungsrecht II, 4. Aufl. 1976, § 72 IV b) und § 77 VI.

<sup>&</sup>lt;sup>8</sup> Zur Beleihung: Battis Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 70, 125; Bull Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2000, Rn. 1024 und 1066; Detterbeck Allgemeines Verwaltungsrecht, 2002, 53; Erichsen in: ders. (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 12 Rn. 18; P.M. Huber Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1997, 162, 169; Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn. 56; Peine Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2002, § 2 Rn. 38; Wolff/Bachof/Stober Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl. 1999, § 23 Rn. 31. Zur Indienstnahme Privater: Badura in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, 3. Abschnitt, Rn. 78; Battis, wie zuvor, 70f.; Huber, wie zuvor, 162; Maurer, wie zuvor, Rn. 62. Zum Verwaltungshelfer Huber, wie zuvor, 162; Maurer, wie zuvor, Rn. 60; Wolff/Bachof/Stober, wie zuvor, § 22 Rn. 61.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Zu Recht zurückhaltend gegenüber dieser schlagwortartigen Formel: Schmidt-Aβ-mann/Fromm Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, 115f. Urheber ist wohl Fleiner Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 326.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Zu diesem Begriff Gersdorf Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie- und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, 136ff.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Zitat: W. Weber Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl. 1967, 153. Über die beiden Richtervorlagen BVerwGE 104, 64 und BVerwG NVwZ 1999, 870, ist noch nicht entschieden. Vgl. jüngst Muckel NZS 2002, 118 ff. Zur funktionalen Selbstverwaltung umfassend die gleichnamige Arbeit von Kluth (1997).

für das allgemeine Verwaltungsrecht ein einheitliches Thema darstellt. Sie scheint vielmehr ein Thema des Besonderen Verwaltungsrechts zu sein, wohl mit einem statistischen Übergewicht des Umweltschutz-<sup>12</sup> und Städtebaurechts.

#### 2. Die tatsächliche Bedeutung

In einem Kontrast dazu steht ihre praktische Relevanz. Man kann ohne Übertreibung sagen, dass ohne private Beteiligung die öffentlichen Aufgaben nicht vollständig erfüllt werden könnten, und sollte gleich hinzufügen, dass dies im Grundsatz erstens nichts Neues und zweitens kein Mangel ist. Die tatsächliche Bedeutung des Themas hat durch funktionale Privatisierungen vormals vom Staat allein wahrgenommener Aufgaben, durch Organisationsprivatisierungen<sup>13</sup> sowie durch Staatsaufgabenkritik und Verschlankungen des Staatsapparates<sup>14</sup> zugenommen. Seine tatsächliche Bedeutung steigt weiter dadurch, dass die Staatsverschuldung dem Anscheine nach wirklich abgebaut werden soll.<sup>15</sup> Hinter diesen Entwicklungen steht kein bestimmtes politisches Motiv. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist wegen ständiger Verschiebungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft ein Dauerthema.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Das von seinem Regelungsgegenstand in besonderer Weise auf eine Kooperation des Staates mit Privaten angelegt ist; vgl. etwa Waechter Der Staat 38 (1999), 279, 283 f. Zum umweltrechtlichen Kooperationsprinzip s. nur Kloepfer Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, 185 ff. Liste von Beispielen bei Schmidt-Preuß (Fn. 4), 162.

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Zu den inzwischen verfestigten Privatisierungsbegriffen – statt vieler – *Bauer* VVDStRL 54 (1995), 243, 251 ff.; *Hengstschläger* VVDStRL 54 (1995), 165, 170; *Huber* (Fn. 8), 164 ff.; *Kämmerer* Privatisierung, 2001, 16 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> Kritisch zu dem Begriff "Verschlankung" Voβkuhle in: Schuppert (Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und "schlankern" Staat, 1999, 47, 85 f.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> Zu Versuchen, Verschuldungsgrenzen öffentlicher Haushalte durch Beteiligung Privater, insbesondere im Rahmen sogenannter Leasing-Modelle, zu umgehen, zusammenfassend Henneke Öffentliches Finanzwesen. Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rn. 599 bis 603. Zu diesem Umgehungsproblem allgemein von Danwitz AöR 120 (1995), 595, 602. Zur generellen Neigung demokratischer öffentlicher Gewalt zu finanzieller Überforderung Di Fabio VVDStRL 56 (1997), 235, 239f.; R. Schmidt NJW 1980, 160ff. Zur Finanzierungsprivatisierung Osterloh VVDStRL 54 (1995), 204, 217f.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> Das erklärt wohl, warum die Begriffe "Privater", "Privatisierung" und "Gesellschaft" in den letzten 30 Jahren viermal im Titel von Berichten vorgekommen sind, die der Staatsrechtslehrervereinigung gegeben worden sind: Ossenbühl/Gallwas Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 ff., 211 ff.; Burmeister/Krebs/Autexier/Hengstschläger/Schweizer Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190 ff., 281 ff., 285 ff., 298 ff., 314 ff.; Hengstschläger/Osterloh/Bauer/Jaag Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995),

Die Antwort auf die Frage, warum es sich lohnt, sich mit diesem Thema erneut zu beschäftigen, ist einfach: Das Thema gibt keine Ruhe. Aktuelle Formeln wie "aktivierender Staat"<sup>17</sup>, "Zivilgesellschaft" oder "Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten" geben davon einen Eindruck.

Die tatsächliche Bedeutung des Themas sei – die einleitenden Überlegungen abschließend - mit einem Beispiel verdeutlicht, das einem Rechtsgebiet entnommen ist, in dem der Staat typischerweise hoheitlich. nicht kooperativ auftritt. Das Beispiel ist die Steueranmeldung. 18 Hier hat der Steuerpflichtige, nicht notwendig der Steuerschuldner und de lege lata nie der Steuerträger<sup>19</sup>, in einem amtlich vorgeschriebenen Vordruck nach Maßgabe des geltenden Rechts, auch unter Beachtung der einschlägigen Verwaltungsvorschriften, die geschuldete Steuer selbst zu berechnen. Seine Steueranmeldung hat die Wirkung einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung und macht diese, sofern der Vorbehalt nicht aktiviert wird, entbehrlich. Die Steueranmeldung steht bei der Steuererhebung einem Steuerbescheid gleich. Betrachtet man die Steuern, die so von der Staatskasse vereinnahmt werden, ohne dass eine Finanzbehörde regelnd tätig geworden sein muss, kommt einiges zusammen: Umsatzsteuer, Lohnsteuer, Kapitalertragsteuer, Mineralölsteuer und sonstige Verbrauchsteuern, selbst bei vorsichtiger Schätzung mindestens die Hälfte des Steueraufkommens, in

<sup>165</sup> ff., 204 ff. [dort auf S. 218 f. zur Veränderung der Problematik seit 1969], 243 ff., 287 ff.; Schmidt-Preuß/Di Fabio Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 ff., 235 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> So in der Koalitionsvereinbarung der 1998 die deutsche Bundesregierung stellenden politischen Parteien. Zusammenstellung weiterer politischer Zugänge zum vorliegenden Thema, die allerdings nicht selten schon nach kurzer Zeit veraltet sind, bei *Bauer* (Fn. 13), 245 ff.; *Voβkuhle* VerwArch 92 (2001), 184, 187 ff.

<sup>18</sup> Zu ihr Heuermann DStR 1998, 959ff.; Trzaskalik StuW 1973, 374ff. Zur ebenfalls in das Themenfeld Beteiligung Privater bei der Besteuerung gehörenden öffentlichen Funktion der Wirtschaftsprüfer Schulze-Osterloh ZGR 1976, 411 ff.; ferner Icking Die Rechtsnatur des Handelsbilanzrechts, 2000. Von ihren Rechtswirkungen her ähnliche Mechanismen finden sich im Baugenehmigungsrecht, wo ein qualifizierter Bauantrag eine Baugenehmigung erübrigt, nur dass die Behörde dort an dem Antrag kein eigenes Interesse hat und dessen Erfolg den Antragsteller begünstigt; dazu Di Fabio (Fn. 15), 242 f.; Schmidt-Preuβ in: Bauer u.a. (Hrsg.) 100 Jahre Allgemeines Baugesetz Sachsen, 2000, 585 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Steuerpflichtig, ohne Steuerschuldner zu sein, ist z.B. der Arbeitgeber für den lohnsteuerpflichtigen Arbeitnehmer oder die Bank für ihren kapitalertragsteuerpflichtigen Kunden. Hierzu Trzaskalik DStJG 12 (1989), 157ff.; zum österreichischen Recht Hengstschläger (Fn. 13), 175 Fn. 38. Zu vergleichbaren Differenzierungen zwischen Eigen- und Fremdüberwachung Di Fabio (Fn. 15), 243 f.

den Zahlen für das Jahr 2002 in Deutschland geschätzt 225 Mrd. Euro.<sup>20</sup> Dies passt schlecht zu dem Bild einer Finanzverwaltung, die eine ausschließliche Staatsaufgabe sei.

#### 3. Defizite und Erforderlichkeit juristischer Ordnung

Beispiele zu verallgemeinern, fällt schwer. Ein juristisches System der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben gibt es nicht. Weit verbreitet ist die Einschätzung, es handele sich um einen unübersichtlichen und heterogenen Komplex.<sup>21</sup> Verwaltungswissenschaftliche Einteilungen fragen danach, ob die private Beteiligung die Formulierung der Maßstäbe für staatliches Handeln, seine Vorbereitung, weiterhin Verfahren, Implementation, Kontrolle, oder die Realisation und die Folgen betrifft<sup>22</sup> – oder ob der Staat die Erfüllungsverantwortung behält oder sich auf eine Gewährleistungs- oder Auffangverantwortung zurückzieht.<sup>23</sup> Diese Kriterien ordnen den Rechtsstoff; sie selbst sind aber nicht rechtlicher Natur. Insbesondere die Vorstellung, es gebe "Verantwortungsstufen", denen sich Beteiligungsformen zuordnen ließen, führte in juristisches Niemandsland; jedenfalls suggerierte das Bild von der "Stufe" eine Exaktheit, die mit dem Begriff der Verantwortung nicht zu erzielen ist.

Rechtliche Kriterien sind aber erforderlich. Die staatliche Verwaltung muss, vor allem im Hinblick auf ihre demokratische Legitimation durch Rückbindung an das Volk, im Kern hierarchisch strukturiert sein.<sup>24</sup> Die

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Vgl. http://www.bundesfinanzministerium.de. Diese Zahl, die Steuerschätzung für 2002, musste wegen der konjunkturellen Entwicklung und wegen der Hochwasserkatastrophe in Sachsen und in Sachsen-Anhalt im Laufe des Jahres 2002 nach unten korrigiert werden.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 58; Krebs in: HStR III, 1988, § 69 Rn. 10; Lerche in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 86 Rn. 68 (Stand: Dezember 1989); Steiner Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 3 Fn. 8. Die Forderung nach einer Typologie ist bereits auf der Staatsrechtslehrertagung des Jahres 1970 erhoben worden; vgl. die Diskussionsbeiträge von Vogel und Wagener VVDStRL 29 (1971), 257.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Zu dieser Reihung – statt vieler – Schoch DVBI. 1994, 962, 975. Für Schmidt-Aβ-mann in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann/Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. 1, 1993, 11, 43 f., haben diese Einteilungen vorrangig eine heuristische Aufgabe.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Schuppert Verwaltungswissenschaft, 2000, 408 f. Diese Formulierungen haben in erster Linie die Leistungsverwaltung im Blick.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Grundlegend: *Dreier* Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, insb. 137 ff. Zur Ministerialverwaltung als demokratischem Regeltyp *Jestaedt* (Fn. 21), 302 ff.; zur Rigidität des Demokratieprinzips ebd., 363. Zu Enthierarchisierungen der Verwal-

Klarheit dieser Struktur nähme Schaden, wenn an der staatlichen Verwaltung in einem erheblichen Umfang Private beteiligt wären, die sich solcher Strukturierung verweigern. Ihre Beteiligung muss sich darum in ein Gesamtkonzept einfügen, für das der Staat verantwortlich ist.

#### II. Juristische Fragestellung

Zu Beginn einer juristischen Bearbeitung des Themas ist zweierlei geboten. Erstens gilt es, die zahlreichen komplexen Rechtsbegriffe in ihrer Formulierung einzugrenzen. Zweitens sollte das Erkenntnisinteresse einer solchen Bearbeitung und damit zugleich ihr möglicher Ertrag aufgezeigt werden.

#### 1. Begrifflichkeit

#### a) Öffentliche Aufgabe

Mit dem vieldeutigen, positiv-rechtlich nicht festgelegten, das Thema als mitunter ärgerliche Fehlerquelle durchwirkenden Begriff der öffentlichen Aufgabe<sup>25</sup> ist hier in der Hauptsache eine Staatsaufgabe gemeint. In Bezug auf wichtige andere Aufgaben, die unter diesen Begriff gefasst zu werden pflegen, wie das Pressewesen, lässt sich von einer bloßen Beteiligung Privater und einer staatlichen Verantwortung schlecht sprechen<sup>26</sup>;

tung durch Zielvereinbarungen im Rahmen des Neuen Steuerungsmodells Mehde Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, Diss., 1999; Nettesheim Repräsentative Demokratie und Verfassung (Manuskript), 563 ff.; Wallerath DÖV 1997, 57 ff. Zur Bedeutung des Demokratieprinzips für das vorliegende Thema auch Di Fabio (Fn. 15), 263 ff. Zum Prinzip der Einheit der Staatsgewalt vgl. den Nachweis unten in Fn. 200.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Die zum Verhältnis beider Begriffe vertretenen Ansichten fasst übersichtlich zusammen: Isensee in: HStR III, 1988, § 57 Rn. 136 Fn. 227. Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe grundlegend Peters FS Nipperdey, Bd. 2, 1965, 877 ff. Zu dem Begriff des öffentlichen Interesses in seinem Verhältnis zu "öffentliche Aufgabe" und "staatliches Interesse" Uerpmann Das öffentliche Interesse, 1999, 32 ff., 40 ff.; zu dem Begriff "öffentliches Amt": W. Leisner in: ders., Beamtentum, hrsg. von Isensee, 1995, 3 ff. Begriffsbestimmung aus der Sicht des Privatisierungsthemas bei Bauer (Fn. 13), 249 f.; Di Fabio JZ 1999, 585 ff.; Ossenbühl (Fn. 3), 151 ff., 192 Fn. 248, 197 f. und Osterloh (Fn. 15), 207 f., 224.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Zu diesem Problem auch Burgi Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 44. Eine – seltene – Ausnahme betrifft die Indienstnahme von Medien für staatliche Zwecke; zu Verlautbarungspflichten öffentlich-rechtlich organisierter Rundfunkveranstalter im Notstand z.B. § 3 Abs. 3 der Satzung des Senders Freies Berlin (Berl. GVBI. 1975, 146; 1995, 678); zu Verlautbarungspflichten privatrechtlich organisierter Rundfunkveranstalter z.B. § 59 Abs. 1 und 3 des Staatsvertrags über die Zusammenarbeit zwischen

solche Aufgaben, für die der sektorale Staat nicht verantwortlich ist, fallen nicht in das Thema. Staatsaufgabe ist jede öffentliche Aufgabe, mit der sich der Staat in rechtlicher Form befasst und von Verfassungs wegen befassen darf oder muss.<sup>27</sup> Private sind dabei an Aufgaben aller drei Staatsgewalten beteiligt<sup>28</sup>, bei keiner der drei Staatsgewalten aber an wesentlichen Entscheidungen.

Bei einer Staatsaufgabe sind der erste Zugriff und die Ausgestaltung als Aufgabe, wobei vor dem Zugriff mit "Aufgabe" ein Recht und danach in der Regel eine Pflicht gemeint ist, Sache des Staates. Diese Begriffsbestimmung ist formal und anerkennt, dass es nur punktuell möglich ist, die Staatsaufgaben auf Verfassungsebene materiell zu bestimmen.<sup>29</sup> Ihr positiver Gehalt liegt – bei aller inhaltlichen Leere – darin, dem Staat ein einseitiges Bestimmungsrecht zu geben.<sup>30</sup> Einem Privaten eine Staatsaufgabe als solche zu übertragen, ist wegen der mit diesem Begriff verbundenen, nur für den Staat passenden, gesetzlich nicht einzeln formulierbaren Bindungen nicht möglich.<sup>31</sup> Um eine Aufgabe zur Staatsaufgabe zu machen, sind öffentlich-rechtliche Organisation, Verfahren oder Befugnisse erforderlich.

Die Begriffe öffentliche Aufgabe und Staatsaufgabe werden hier nicht gleichgesetzt. Es gibt öffentliche Aufgaben, die keine Staatsaufgaben sind, für deren Wahrnehmung der Staat aber gleichwohl verantwortlich ist. Dazu gehören erstens Aufgaben, die Privaten vom Staat im öffentlichen

Berlin und Brandenburg im Bereich des Rundfunks (Berl. GVBl. 1999, 130; 2001, 185). Zur Kategorie "pluralistischer Gemeinwohlaufgaben" aus Sicht des Steuerrechts *Isensee/Knobbe-Keuk* in: Gutachten der Unabhängigen Sachverständigenkommission zur Prüfung des Gemeinnützigkeits- und Spendenrechts, 1988, 351 ff. Bei diesen Aufgaben kann man eher von einer Beteiligung des Staates an ihrer nicht-staatlichen Wahrnehmung sprechen.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Isensee (Fn. 25), Rn. 137. Vgl. schon Ossenbühl (Fn. 3), 155 Fn. 77. Wohl enger Hengstschläger (Fn. 13), 172 f.

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Aktueller Überblick bei *Dreier* DÖV 2002, 537 ff. Zur Schlüsselstellung des Verwaltungsvollzugs *Di Fabio* (Fn. 15), 241.

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Womit nicht ausgeschlossen werden soll, dass das Grundgesetz Staatsaufgaben voraussetzt, so für die Infrastrukturverantwortung des Staates zutreffend Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 353 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> Anders wohl *Hermes* (Fn. 29), 137, der – mit dem relativierenden Zusatz "im Grunde" – von einer "banalen Feststellung" spricht.

<sup>&</sup>lt;sup>31</sup> Ebenso Burgi (Fn. 26), 84ff., in Auseinandersetzung mit Steiner (Fn. 21); zuvor schon 65 Fn. 90: Unmöglichkeit der Wahrnehmung von Staatsaufgaben durch nicht dem Staat zurechenbare Private über den Fall der Beleihung hinaus; anders wohl Di Fabio (Fn. 15), 273; Ossenbühl (Fn. 3), 155ff., dessen Unterscheidung von Verwaltungspflichten und Verwaltungsobliegenheiten sich nicht durchgesetzt hat; vgl. ferner Osterloh (Fn. 15), 225 Fn. 77.

Interesse auferlegt sind und bei denen von einer privaten Beteiligung gesprochen werden kann, weil sie im Umfeld einer Staatsaufgabe liegen und auf diese bezogen sind und weil der Staat diese Aufgaben sonst in eigener Regie und auf eigene Rechnung zu erfüllen hätte.<sup>32</sup> Hier können, wenn die genannten Kriterien erfüllt sind, die Kategorien der staatlich veranlassten gesellschaftlichen Selbstregulierung<sup>33</sup> und der hoheitlich regulierten<sup>34</sup>, materiell privatisierten Aufgaben<sup>35</sup> eingeordnet werden, weiterhin das Beauftragtenwesen, wenn ein staatlicherseits Privaten<sup>36</sup> vorgeschriebener Beauftragter im öffentlichen Interesse tätig werden soll.<sup>37</sup> Zweitens ist der Beitrag Privater z.B. zum öffentlichen Gesundheitswesen<sup>38</sup> oder zum öffentlichen Schulwesen nur mit der Kategorie der öffentlichen Aufgabe zu erfassen; dort gibt es, staatlich reguliert<sup>39</sup> und neben, zum Teil in Wettbewerb mit gewichtigen staatlichen Erfüllungsbeiträgen private Beiträge, in den Beispielsfällen des Vertragsarztes oder der Privatschule, die eine staatliche Zulassung voraussetzen und denen ein Pflichtmoment eigen ist. 40 Die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des staatlich geordneten und zum Teil verwalteten Gesamtsystems liegt beim Staat. Was

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Letzteres Kriterium bei *Schuppert* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, 140. Es geht über eine Gewährleistungsverantwortung hinaus, weil es eine subsidiäre Pflicht zur Selbstvornahme beinhaltet.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Dazu *Burgi* (Fn. 26), 87 ff.; *Di Fabio* (Fn. 15), 241 ff. (Definition auf 241). Beispiele bei *Schmidt-Preuβ* DB 2002, 775 ff. (Selbstentsorgungsgemeinschaften) und bei *Voβkuhle* (Fn. 17), 214 f.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Definition dieses Begriffs, die über den Bereich des TKG hinausweist, in § 3 Nr. 13 TKG. Näheres bei *Kämmerer* (Fn. 13), 479 ff.; *Ruffert* (Fn. 6), 237 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Über die Regulierung erreicht die Themenstellung auch die dieser zugeordnete materielle Privatisierung, bei der eine Aufgabe aus der Staatlichkeit, nicht notwendig aber der Öffentlichkeit entlassen ist. Zu dem Zusammenhang von Regulierung und materieller Privatisierung Ruffert (Fn. 6), 248.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> Zu Beauftragten in der Verwaltung *Brohm* in: HStR II, 1987, § 36 Rn. 4. Exemplarisch: *Zöllner* Der Datenschutzbeauftragte im Verfassungssystem, 1995.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Zu der sich in diesem Kontext exemplarisch stellenden Frage, ob bei den Beauftragten im Sinne von § 52 BImSchG oder § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG eine Beleihung vorliegt: *Di Fabio* DB 1996, Beilage Nr. 16, 8; *Jarass* BImSchG, 4. Aufl. 1999, § 52 Rn. 17; *Paetow* in: Kunig u.a., Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1998, § 40 Rn. 10.

<sup>38</sup> Zu diesem Beispiel auch Di Fabio (Fn. 15), 250f.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Zwischen den beiden im Text genannten Gruppen gibt es Überschneidungen. In der ersten Gruppe wird ein Privater anstelle des Staates, in der zweiten neben dem Staat tätig.

<sup>40</sup> Was in Bezug auf den Privaten den Gebrauch des Wortes "Aufgabe" rechtfertigt und es als zweckmäßig erscheinen lässt, Beschränkungen, denen der Private unterliegt, nicht bloß als Grundrechtseinschränkungen aufzufassen. Damit das Wort "zweckmäßig" hier seine Berechtigung behält, ist darauf zu achten, dass aus der bloßen Qualifikation als "öffentliche Aufgabe" keine Rechtsfolgen abgeleitet werden.

beide Fallgruppen nicht-staatlicher öffentlicher Aufgaben untereinander und mit Staatsaufgaben vergleichbar macht, ist die Möglichkeit des staatlichen Zugriffs, nicht notwendig einer weiteren Verstaatlichung.<sup>41</sup>

Ausgegrenzt bleiben die staatliche Anregung<sup>42</sup> und Förderung privaten Handelns im öffentlichen Interesse<sup>43</sup>, die staatliche Anerkennung oder Kontrolle solchen Verhaltens<sup>44</sup> und die steuerliche Anerkennung gemeinnützigen Handelns privater Körperschaften.<sup>45</sup> Ausgegrenzt bleibt der Bereich privater Grundpflichten<sup>46</sup> und sie konkretisierender öffentlichrechtlicher Verhaltenspflichten.<sup>47</sup> Ausgegrenzt wird schließlich das erwerbswirtschaftliche Staatshandeln<sup>48</sup>, das sich an öffentlichen Zwecken, nicht unmittelbar an öffentlichen Aufgaben ausrichtet.<sup>49</sup>

Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ist grundsätzlich gleichzusetzen mit der Ausübung von staatlicher Gewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG. Allerdings bedarf nicht jede Äußerung von Staatsgewalt in derselben

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Schmidt-Preuß (Fn. 4), 174, spricht von einer Zugriffsoption. Zu deren vertraglicher Ausgestaltung Bauer (Fn. 13), 275 ff. Das Wort "grundsätzlich" stellt einen Vorbehalt für eine grundrechtliche Einzelfallprüfung dar.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Zu Modellen ökonomischer Verhaltenssteuerung im Umweltrecht: *Schmidt-Preuβ* in: Dolde (Hrsg.) Umweltrecht im Wandel, 2001, 309, 315 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Fallgruppe bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 149. Der Unterschied zur privaten Beteiligung bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe soll darin liegen, dass der Private dort in einem staatlich geprägten Gesamtsystem tätig wird. Beispiele wären Insolvenzverwaltung oder Vormundschaft.

<sup>44</sup> Zum Befähigungswesen auch Schmidt-Preuß (Fn. 4), 167 Fn. 18.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Zu Letzterem den Band "Gemeinnützigkeit" der 27. Jahrestagung der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, i.E. Zu einem Sonderfall Seer/Wolsynski Steuerrechtliche Gemeinnützigkeit der öffentlichen Hand, 2002; zur zuerst von Isensee und Knobbe-Keuk vertretenen Gegenthese der Gemeinnützigkeitsunfähigkeit des Staates ebd., 52 ff. – Das Gemeinnützigkeitsrecht befasst sich nur mit Körperschaften, nicht mit natürlichen Personen, weil nur Körperschaften als Rechtsgeschöpfe Individualinteressen zurückstellen und satzungsmäßig auf gemeinnützige Zwecke ausgerichtet werden können.

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> Hierzu Götz, Hofmann VVDStRL 41 (1983), 7ff., 42ff.; Merten, Berka, Depenheuer VVDStRL 55 (1996), 7ff., 48ff., 90ff. Beispiele aus der Abfallgesetzgebung, die nur hier eingeordnet werden können, bei Di Fabio (Fn. 15), 241.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Zur Eigensicherung vgl. die Nachw. bei *Di Fabio* (Fn. 15), 258 Fn. 92; allgemein *ders*. (Fn. 25), 587.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Umfassend jetzt *Storr* Der Staat als Unternehmer, 2001. Ferner die Beratungen der Abteilung Öffentliches Recht des 64. Deutschen Juristentages; dazu *Püttner* DÖV 2002, 731 ff.; *Stober* NJW 2002, 2357 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> Zu der sowohl hinsichtlich der Unterscheidung von Aufgaben und Zwecken als auch hinsichtlich des Unmittelbarkeitskriteriums der schwierigen Abgrenzung von Verwaltungsprivatrecht und erwerbswirtschaftlichem Staatshandeln *W. Leisner* in: *ders.* Staat, hrsg. von Isensee, 1994, 819 f.; *Lerche* (Fn. 21), Rn. 55 f.; *Ronellenfitsch* in: HStR III, 1988, § 84 Rn. 47.

Weise und in demselben Umfang demokratischer Legitimation. Die Anforderungen des Demokratieprinzips an den privatrechtlich handelnden Staat sind geringer als bei der Beleihung, dem Tätigwerden Privater in öffentlich-rechtlichen Gremien oder Unternehmen sowie der funktionalen Selbstverwaltung.<sup>50</sup> Dieses Minus macht sich erst recht bei der gesetzlich geschuldeten oder vertraglich zugesagten Erbringung privater Beiträge zur Erfüllung oder im Umfeld<sup>51</sup> einer Staatsaufgabe bemerkbar. Geringere Anforderungen stellt das Demokratieprinzip weiter, wenn Private in einem staatlichen Verfahren vorbereitende Aufgaben ohne Mitentscheidungsanteil wahrnehmen.<sup>52</sup> Auf diese Differenzierungen ist zurückzukommen.

#### b) Privater

Den Privaten kann man definieren als nicht-staatliches Subjekt in einer staatlichen Rechtsordnung. Privater kann sodann jeder Grundrechtsträger sein. Der erste dieser Definitionsansätze behandelt als Privaten jede natürliche Person, soweit sie kein staatliches Amt innehat<sup>53</sup>, und jede Organisation in Formen des Privatrechts. Der zweite Definitionsansatz behandelt als Privaten jeden Grundrechtsträger, was im Kern, aber nicht auf ganzer Linie auf dasselbe hinausläuft. Der erste Ansatz erfasst den in Organisationsformen des Privatrechts handelnden Staat, geht insoweit nicht konform mit der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft<sup>54</sup> und leidet an den grundsätzlichen Problemen negativ gefasster Definitionen. Der grundrechtliche Definitionsansatz hat Abgrenzungsprobleme bei ge-

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Wie hier Ehlers JZ 1987, 218, 222, der auf einen Widerspruch zwischen den Regeln über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer und dem Erfordernis personeller demokratischer Legitimation hinweist.

<sup>51</sup> Unterscheidung zwischen Aufgabe und Aufgabenfeld bei Burgi (Fn. 26), 62f.

<sup>52</sup> BVerfGE 47, 253, 273; 83, 60, 74; 91, 228, 244; 93, 37, 70ff.; diese Rechtsprechung systematisiert Mehde (Fn. 24), 168ff. Aus der Literatur: Böckenförde in: HStR I, 1987, § 22 Rn. 13; Emde Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 214f.; Jestaedt (Fn. 21), 261; Oebbecke VerwArch 81 (1990), 349, 355f.; Schmidt-Aβmann AöR 116 (1991), 329, 342; Gegenposition etwa bei Brohm (Fn. 36), Rn. 31, 38; Kunig/ Rublack Jura 1990, 1, 8.

<sup>53</sup> Plakativ: Dagtoglou Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, 1964, 21: "Privater ist jeder, der nicht Beamter ist." Zwar sind die Inhaber staatlicher Ämter auch Private, doch wird zwischen diesen Rollen rechtlich sorgfältig geschieden. Zu atypischen öffentlichen Ämtern unten VIII.1.

<sup>54</sup> Vgl. aber unten III.1. zu dem gemeinsamen Kern der Unterscheidung von Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsbindung, Staat und Gesellschaft sowie öffentlichem und privatem Recht.

mischtwirtschaftlichen Unternehmen<sup>55</sup> und der Grundrechtsfähigkeit öffentlich-rechtlicher Einheiten und, unabhängig davon, mit Ausländern und ausländischen juristischen Personen, deren Grundrechtsstatus von Deutschenvorbehalten oder Art. 19 Abs. 3 GG geschmälert oder aufgehoben wird.<sup>56</sup> Im Weiteren werden beide Ansätze kombiniert, so dass Staat und Private sich notwendig gegenüber stehen. Fragen des Verwaltungsprivatrechts sind damit nicht vollständig ausgegrenzt, weil an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen auch "echte" Private beteiligt sind.<sup>57</sup>

#### c) Beteiligung

Das Kriterium der "Beteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben" ist, passend zu der Heterogenität und Unübersichtlichkeit des Phänomens, weit gefasst. Der Begriff kann auf die Aufgabenträgerschaft und auf die Aufgabenwahrnehmung bezogen, also organisatorisch oder funktionell verstanden werden.<sup>58</sup> In beiden Fällen muss weiterhin zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht unterschieden werden, was auf die schon vorgestellten Einteilungen führt, weiterhin zwischen förmlicher und informeller Beteiligung.

In drei Hinsichten sind auch bei diesem Kriterium Ausgrenzungen möglich. Die Frage staatlicher Verantwortung stellt sich, wenn privates Handeln solches des Staates ersetzen<sup>59</sup> oder ergänzen soll; damit ist insbesondere der Antrag auf behördliche Entscheidung aus dem Thema ausgegrenzt. Das verallgemeinernd fallen Verfahrensbeiträge Privater aus dem Thema heraus, die nicht öffentliche Aufgaben, sondern das Tätig-

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Umfassend hierzu Barden Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen. Eine verfassungs- und europarechtliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Deutschen Post AG, 2002, insb. 27 ff.; Gersdorf (Fn. 10); Poschmann Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; Wirth Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>56</sup> Wobei dieses Problem sich durch Diskriminierungsverbote des europäischen Gemeinschaftsrechts verkleinern, aber wegen dessen begrenztem Anwendungsbereich nicht beseitigen lässt. Zu diesen Problemen in einem anderen Kontext *Heintzen* Auswärtige Beziehungen privater Verbände, 1988, 26f. – Zu einem weiteren Problem des grundrechtlichen Definitionsansatzes *Hengstschläger* (Fn. 13), 174.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Kriterien für die Unbeachtlichkeit von Minimalbeteiligungen bei von Danwitz (Fn. 15), 620.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> Verwendung dieses Begriffes in der Rechtssprache etwa in § 65 BHO oder im kommunalen Wirtschaftsrecht der Bundesländer; zu Letzterem Kämmerer (Fn. 13), 238ff.

<sup>59</sup> Zum Begriff des Verwaltungsvollzuges insoweit Di Fabio (Fn. 15), 241.

werden des Staates in eigenen Angelegenheiten des Privaten betreffen.<sup>60</sup> Eine dritte Ausgrenzung betrifft den Privaten, der ohne oder gar gegen den Willen des Staates auf den Staat einwirkt oder sich, wie z.B. ein kommerzieller juristischer Repetitor, in die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe einschaltet.<sup>61</sup>

Die Ausgrenzungen sind nicht nur begrifflich. "Beteiligung" impliziert die Möglichkeit privaten Einflusses auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und, umgekehrt, öffentlich-rechtlicher Bindungen grundrechtlicher Freiheit.<sup>62</sup> Auch deshalb ist es wichtig, zwischen Beteiligung und Nicht-Beteiligung zu unterscheiden.<sup>63</sup>

#### 2. Ziel und mögliche Ergebnisse

Das Ziel einer grundsätzlichen juristischen Analyse der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben muss angesichts der Unübersichtlichkeit und Heterogenität des Phänomens primär sein, ihm – auch durch Unterscheidung verschiedener Beteiligungsformen – Struktur zu geben, rechtliche Anforderungen allgemein zu formulieren und Grenzlinien zu verdeutlichen. Begriffe wie Verantwortungsteilung oder kooperative Verwirklichung des Gemeinwohls haben zwar einen gewissen Charme, bergen aber auch Gefahren, indem sie Zuordnungen und damit Verantwortlichkeiten unklar machen können, die im Hinblick vor allem auf die demokratische Legitimation und auf die grundrechtlichrechtsstaatliche Bindung der Staatsgewalt erforderlich sind.<sup>64</sup> Diese Gefahren werden deutlicher, wenn man "Verantwortung" durch das präzi-

<sup>60</sup> Einen strafrechtlichen Begriff aufgreifend könnte man hier von einer notwendigen Beteiligung sprechen (hierzu Cramer/Heine in: Schönke/Schröder, StGB, 26. Aufl. 2001, Vor § 25 Rn. 46ff.; Jescheck/Weigend Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, 687ff.; Osamu Jura 1999, 246ff.; Roxin LK, 10. Aufl. 1985, Vor § 26 Rn. 27ff.). Das Beispiel der Steueranmeldung ist von dieser Ausgrenzung nicht betroffen, weil der Private hier mehr leistet, als einen Beitrag zu erbringen, er vielmehr das Verfahrensergebnis grundsätzlich allein herbeiführt und es keinen Sinn macht, zwischen Steueranmeldungen in trotz Abwälzungsmöglichkeit eigener Sache und Steueranmeldungen für Dritte zu unterscheiden.

<sup>&</sup>lt;sup>61</sup> Zu den Kriterien für ein staatliches Monopol, etwa einen kommunalen Anschlussund Benutzungszwang: *Jarass* in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rn. 53.

<sup>&</sup>lt;sup>62</sup> Zu der Argumentationsschablone, die Letzterem regelmäßig zugrunde liegt, Di Fabio (Fn. 25), 586.

<sup>63</sup> Zur Nichtbeteiligung s. unten X.

<sup>64</sup> Pietzcker JZ 1985, 209: "Geteilte Verantwortung ist also unklare Verantwortung."

sere und begrenzte "Zuständigkeit"65 ersetzt und, statt von Verantwortungsteilung, von Zuständigkeitsteilung spricht.66

Ähnlich wie die Grundrechtsbindung des Staates in dem Maße abnimmt, wie er in Formen des Privatrechts und der Sache nach nicht mehr hoheitlich, sondern insbesondere gewerblich tätig wird, könnte man umgekehrt die These aufstellen, ein Privater werde öffentlich-rechtlichen Bindungen allmählich und in dem Maße unterworfen, wie er sich an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben beteilige.<sup>67</sup> Verbreitet ist die Vorstellung von einem halbstaatlichen oder nicht-staatlich öffentlichen Bereich, zum Teil einem Non-profit-Sektor. Ein solcher Sektor würde den Dualismus der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufsprengen. Die These ist gefährlich; sie leistet weiterer und diffuser Regulierung Vorschub.

#### 3. Abgrenzung insbesondere zu Fragen der Privatisierung

Das hier zu behandelnde Thema setzt klassische Figuren des Verwaltungsrechts, wie Beleihung und Verwaltungshilfe, in eine Relation zu modernen Erscheinungen, wie Privatisierung oder Regulierung. Die für die Privatisierung charakteristische prozesshafte<sup>68</sup> Unterscheidung zwischen dem Vorher und dem Nachher fehlt.<sup>69</sup> Es werden zwei Privatisierungsformen berührt, die Organisations- und die funktionale Privatisierung. Die Aufgabenprivatisierung führt dagegen aus dem Thema heraus; auch Re-

<sup>65</sup> Vgl. den Vorschlag der Expertenkommission zur Vorbereitung einer Totalrevision der Schweizer Bundesverfassung, Bericht, 1977, 110, 113. Dazu *Pernthaler* Kompetenzverteilung in der Krise, 1989, 13 ff., 141 ff.; *Saladin* in: Schweizerischer Aufklärungs-Dienst (Hrsg.), Totalrevision der Bundesverfassung, 1978, 192 ff.; *Stettner* Grundfragen einer Kompetenzlehre, 1983, 257 ff., 275 ff.

<sup>66</sup> Letzteres macht, da es ersichtlich nur auf den staatlichen Anteil passt, deutlich, dass "Verantwortung" für den Staat etwas anderes bedeutet als für Private; ebenso Schmidt-Preuβ (Fn. 4), 166. S. auch III.2.

<sup>67</sup> In diese Richtung Röhl Beiheft 2 zu Die Verwaltung, 1999, 33, 46; vgl. auch Di Fabio (Fn. 15), 273 ff. Beispiel: die Frage einer Bindung der drei vormals staatlichen Postunternehmen an das Petitionsgrundrecht; dazu Brenner in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 1, 1999, Art. 17 Rn. 65 ff.; Schefold NVwZ 2002, 1085 f. Zu solch gleitenden Übergängen in Bezug auf die demokratische Legitimation und Kontrolle Ossenbühl (Fn. 3), 160; Gallwas (Fn. 1), 216 f. Zu ihren Gefahren eindringlich Leisner (Fn. 25), 11 – 13.

<sup>&</sup>lt;sup>68</sup> So ein Gliederungsprinzip des Vortrags von *Bauer* (Fn. 13), insb. 254. In der Schwebe bleibt die Frage, wann dieser Prozess beendet sein soll, wenn nicht mit der Privatisierungsentscheidung.

<sup>&</sup>lt;sup>69</sup> Zur Figur eines Privatisierungsfolgenrechts Kämmerer (Fn. 13), 426ff., das in Teilen ein Beschäftigungsprogramm für unkündbar beim Staat verbleibendes Personal ist.

gulierung macht privat(wirtschaftlich)e Tätigkeit nicht zur Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe.

#### III. Staatstheoretische Grundlagen

#### 1. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft

Das Thema setzt mit der Gegenüberstellung von Privaten einerseits und öffentlichen Aufgaben und staatlicher Verantwortung andererseits die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft voraus. Diese Unterscheidung, noch vor 20 Jahren umstritten, ist, dies dürfte ein Nebenergebnis der Privatisierungsdiskussion sein, wieder weitgehend unangefochten. Sie ist staatstheoretisch, so dass aus ihr selbst keine Rechtsfolgen abgeleitet werden können, wird aber vom Grundgesetz vorausgesetzt, das eben nur grundrechtliche Freiheit und demokratisch verfasste Staatlichkeit kennt und Konstruktionen "dritter Wege" damit eine Absage erteilt. "Dritte Wege" könnten bei aller Komplexität letztlich nur Mischungen von beiden sein und hätten keine neuartige Qualität. Keine rechtliche Qualität haben im Übrigen Staatsbilder<sup>73</sup>, die auf das Verhältnis des Staates zur Gesellschaft bezogen sind, wie das vom aktivierenden Staat oder vom Dienstleistungsstaat.

Von den beiden Polen ist nur der Staat rechtlich organisiert und eine reale Größe.<sup>74</sup> Der Staat ist selbstständiges Gegenüber und nicht bloßes

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Zu dem Zusammenhang zwischen der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und der Unterscheidung von staatlichen und öffentlichen Aufgaben Böckenförde in: ders. Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 185, 200f.

<sup>71</sup> S. etwa Bauer (Fn. 13), 251; Gallwas (Fn. 1), 233; Hermes (Fn. 29), 139 ff., 147 ff.; Kämmerer (Fn. 13), 525 ff.; Ossenbühl (Fn. 3), 150 ff.; Schmidt-Preuβ (Fn. 4), 164 f.; Di Fabio (Fn. 15), 237 (und passim, mit Zweifeln); ders. (Fn. 25), 585. Rupp hat schon 1987 festgestellt, dass die Diskussion um das Verhältnis von Staat und Gesellschaft abgeebbt bzw. abgeflacht sei, dies freilich, ohne dass die Streitfragen sich erledigt oder geklärt hätten (ders. in: HStR I, 1987, § 28 Rn. 1). Zu Schwachstellen der Unterscheidung, die außerhalb des vorliegenden Themas liegen, kurz Hofmann JZ 1999, 1065, 1074.

<sup>72</sup> Nachweise verwaltungswissenschaftlicher Literatur hierzu: Mehde VerwArch 91 (2000), 540, 544f., der angesichts der verfassungsrechtlichen Dichotomie die Gefahr eines massiven Komplexitätsdefizits sieht. – Das schließt nicht aus, dass der sogenannte "Nonprofit"-Sektor der Gesellschaft einfachrechtlich von anderen Sektoren abgeschirmt wird, wie insbesondere durch § 61 Abs. 3 AO.

<sup>73</sup> Zu deren Nutzen und Gefahren Voßkuhle Der Staat 40 (2001), 495 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>74</sup> Dazu mit Nachweisen zur Staatsdiskussion *Hermes* (Fn. 29), 147 ff.; *Pauly* ARSP 85 (1999), 112 ff.

Subsystem der Gesellschaft<sup>75</sup>, die auf ihn angewiesen ist<sup>76</sup>; zahllose Todsagungen, die im Übrigen merkwürdig mit Klagen über eine übermäßige Bürokratie kontrastieren, hat er unangefochten überstanden.<sup>77</sup> Trotzdem bleibt der Staat auf die Gesellschaft angewiesen, aktuell auch, weil sein Beamtentum sich in einer Professionalitätskrise befindet<sup>78</sup> und Private jedenfalls den Eindruck erwecken, öffentliche Aufgaben besser zu erfüllen. Indem die Verwaltung durch Stärkung von internem Wettbewerb reformiert werden soll<sup>79</sup>, versucht der Staat, sich das wichtigste Funktionsprinzip der Gesellschaft zu eigen zu machen.

Die Gesellschaft als die Summe der Privaten bildet mit dem Staat ein Gemeinwesen, auf das das Gemeinwohl bezogen wird. Sie ist intern fragmentiert, hat keine Aufgaben und ist innerhalb des verfassungshomogenen Kreises westlicher Verfassungsstaaten inzwischen international und damit ein Stück weit aus dem jeweiligen Gemeinwesen gelöst. Diese Herauslösung lässt das Modell eines Gemeinwesens nicht inkonsistent werden, weil auch das Gemeinwohl in dem Sinne internationalisiert ist, dass es inhaltlich, vor allem ökonomisch, in den verflochtenen Gemeinwesen konvergiert und von ihnen kooperativ, nicht mehr antagonistisch verwirklicht wird und weil "die Gesellschaft" rechtlich relevant durch den Kontakt zu zumeist nationalen Rechtsordnungen wird. Als ein Beispiel für die Probleme, die aus der Diskrepanz zwischen nationaler Staat-

<sup>&</sup>lt;sup>75</sup> Luhmann Staat und Politik. Zur Selbstbeschreibung politischer Systeme, in: ders. Soziologische Aufklärung 4, 2. Aufl. 1994, 74ff.; ders. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, ebd., 67ff.; ders. Die Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, 845f., 1063ff. Zu dem Begriff "Subsystem" auch, in kritischer Auseinandersetzung mit Willke, Schuppert Der Staat 28 (1989), 91, 99f.

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Auch für Nicht-Soziologen verständliche Fundamentalkritik an der Systemtheorie bei *Lepsius* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, insb. 35 ff.

<sup>77</sup> Dazu etwa Hofmann (Fn. 71), 1069 ("Fraglos wirksamer Zentralbegriff ist der Staat jedenfalls nicht mehr"). Wer an die Stelle des Staates die Verfassung setzen will, muss sich als Verfassungsrechtler allerdings fragen, ob er den Gegenstand der eigenen wissenschaftlichen Beschäftigung nicht in einer Weise überhöht, die etwa einem Wirtschaftswissenschaftler nicht mehr vermittelbar ist.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Darauf weist im vorliegenden Zusammenhang auch Di Fabio (Fn. 15), 266, hin.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Als Beispiel das Dritte Gesetz zur Reform der Berliner Verwaltung vom 17. 5. 1999, geändert durch Gesetz vom 22. 7. 1999 (GVBl. 172, 422), Verwaltungsreform-Grundsätze-Gesetz. Zum Übergang von der Kameralistik zur Doppik: Modellprojekt "Doppischer Kommunalhaushalt in NRW" (Hrsg.) Neues Kommunales Finanzmanagement, 2002. Zu solchen Entwicklungen, die bis hin zu Albernheiten wie der Bezeichnung einer Baugenehmigung als "Produkt" reichen, kritisch Di Fabio (Fn. 15), 265 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>80</sup> Zu Letzterem Heintzen (Fn. 56), 59ff. Aktuell die Vortragssammlung von Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001.

lichkeit und internationaler Gesellschaft im Hinblick auf die Beteiligung Privater an der Rechtsetzung erwachsen können, sei auf § 292a Abs. 2 Nr. 2 a) HGB verwiesen. Bi Diese für die internationalen Kapitalmärkte wichtige Vorschrift befreit deutsche Unternehmen von der Pflicht, einen Konzernabschluss und einen Konzernlagebericht nach dem durch EG-Richtlinien harmonisierten deutschen Bilanzrecht aufzustellen, sofern, so die wesentliche Voraussetzung, Abschluss und Lagebericht nach "international anerkannten Rechnungslegungsgrundsätzen" aufgestellt werden. International anerkannt sind die IAS, hinter denen als Rechtsetzer das International Accounting Standards Comitee, eine internationale non-gouvernementale Organisation, steht, und die US GAAP, case law, hinter denen US-amerikanische Berufsverbände von Wirtschaftsprüfern und die SEC, die US-Börsenaufsicht, stehen.

Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft erfüllt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht mit Sinn. Zwar scheinen die beiden Unterscheidungen sich insoweit nicht zu decken, als der Staat sich auch der Organisations- und Handlungsformen des Privatrechts bedienen kann. Doch tritt der Staat eben aus seiner Sonderrolle heraus, wenn er sich zulässigerweise privatrechtlicher Organisationsformen bedient, so dass hier kein Systembruch vorliegt, sondern sich rechtlich das wichtigste Forum für Kooperation mit Privaten eröffnet. Die Annahme einer Kongruenz beider Unterscheidungen reibt sich weiter mit dem Anliegen, durch eine Mischung privat- und öffentlich-rechtlicher Normen die Handlungsrationalitäten beider Teilrechtsordnungen ebenfalls zu mischen. Die Reibung entsteht dann durch die Mischung von grundsätzlich Verschiedenem. Dem geschilderten Anliegen ist mit der gleichen Skepsis zu begegnen, wie dem Versuch, Staat und Gesellschaft zu mischen.

#### 2. Verantwortung und Gemeinwohl

Das Gemeinwohl fällt nicht ausschließlich in die Zuständigkeit des Staates, sondern wird von Staat und Gesellschaft zusammen verwirklicht.<sup>83</sup> Insbesondere schließen Gemeinwohl und Gewinnstreben einan-

<sup>&</sup>lt;sup>81</sup> Vgl. Ebert Private Normsetzung für die Rechnungslegung, 2002; Heintzen BB 1999, 1050ff.; ders. KoR 2001, 150ff.; ders. BB 2001, 825ff.; P. Kirchhof ZGR 2000, 681 ff.; Schuppert/Bumke in: Kleindiek/Oehler (Hrsg.) Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, 2001, 72ff.

<sup>82</sup> Ebenso Di Fabio (Fn. 15), 275. Es sollten hier Zweifel an der Fähigkeit moderner Gesetzgebung hinzukommen, sich in schwierigem Terrain sicher zu bewegen.

<sup>83</sup> Vgl. nur Isensee (Fn. 25), Rn. 78ff.; aus Sicht von Art. 20 Abs. 2 GG: Britz VerwArch 91 (2000), 418, 425 ff.

der nicht aus<sup>84</sup>: zwischen Gemeinwohl und der enger gefassten, durch das Merkmal der Selbstlosigkeit konstituierten Gemeinnützigkeit muss unterschieden werden. Es gibt kaum öffentliche Aufgaben, an deren Wahrnehmung Private generell nicht beteiligt werden dürfen.85 Der Vorbehaltsbereich des Staates gegenüber der Gesellschaft beschränkt sich auf das Gewaltmonopol im Inneren<sup>86</sup> wie im Äußeren und auf die Befugnis zu allgemein verbindlicher Entscheidung durch Norm und Einzelakt. Letzteres wird auch als Leit- oder Letztverantwortung bezeichnet, dies im Sinne einer sich auf alle Aufgabengebiete erstreckenden, an den Zwecken und Zielen der Staatstätigkeit ausgerichteten Gewährleistungszuständigkeit. Der Vorbehaltsbereich des Staatlichen<sup>87</sup> zeigt sich, bildhaft gesprochen, nicht in der Breite, sondern er liegt in der Tiefe der Staatstätigkeit,88 Das soll nicht heißen, Staatsaufgaben ließen sich - unterhalb der Verfassungsebene - inhaltlich nicht umschreiben; es heißt wohl, dass solche Umschreibungen bei der Art und Weise der Aufgabenerledigung wenig Ausgrenzungswirkung im Verhältnis zu Privaten haben.

Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordert in einem Rechtsstaat rechtliche Konkretisierung; insoweit gilt das rechtsstaatliche Verteilungsprinzip.<sup>89</sup> Rechtlich begründete Verantwortung Privater für

<sup>84</sup> Ebenso Hermes (Fn. 29), 132f.

<sup>85</sup> Sorgfältige, nach ausschließlichen und obligatorischen Staatsaufgaben unterscheidende Analyse, die sich auf den Bereich der Verwaltung beschränkt, bei Burgi (Fn. 26), 175 ff. Zur Rechtsetzung F. Kirchhof Private Rechtsetzung, 1987, 107 ff. (Rechtsetzungsmonopol). Unter dem Gesichtspunkt der Privatisierungsfähigkeit Bauer (Fn. 13), 255. Zu privaten Konfliktmittlern Schmidt-Preuβ (Fn. 4), 182 f. Zu ehrenamtlichen Richtern Voβ-kuhle/Sydow JZ 2002, 673, 680 f.

<sup>86</sup> Hierzu Jeand'Heur AöR 119 (1994), 107 ff.; Schulte DVBI. 1995, 130 ff.; Weiner Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2001. Zum Strafvollzug: Kruis ZRP 2000, 1 ff.; Wagner ZRP 2000, 169 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> Zu der hier besonders im Hinblick auf die Beleihung interessierenden Frage, welche Grenzen sich aus Art. 33 Abs. 4 GG für die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ergeben, etwa *Di Fabio* (Fn. 25), 590f. Die Antwort stimmt mit den Ausführungen im Text in der Sache überein. Zur geringen Bedeutung von Art. 33 Abs. 4 GG für das vorliegende Thema schon *Ossenbühl* (Fn. 3), 161 f.

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Zu Kernaufgabenkonzepten *Schuppert* DÖV 1995, 761, 764ff. Die These des BVerwG, die öffentliche Wasserversorgung sei eine letztlich auch nicht privatisierbare Staatsaufgabe, geht, sofern man dem Wort "letztlich" nicht nötige Relativierungen entnimmt, wohl zu weit (BVerwGE 106, 64, 77).

<sup>89</sup> Grundlegend C. Schmitt Verfassungslehre, 1928, 126f. Im Ergebnis wie hier schon Schmidt-Preuß (Fn. 4), 166 Fn. 13; Di Fabio (Fn. 15), 258: "Grundrechte schützen auch vor hoheitlich auferlegter "Eigenverantwortung"." Zum Verantwortungsprinzip als Kompetenz und Aufgabe allgemein Michael Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, i.E., 294ff.

das Gemeinwohl setzt also staatliche Veranlassung voraus, wofür alle staatlichen Handlungsformen in Betracht kommen. Die staatliche Veranlassung begründet eine mitlaufende staatliche Verantwortung, die sich auf die wahrzunehmende öffentliche Aufgabe bezieht und, damit verbunden, auf den beteiligten Privaten. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist dann nicht nur eine Frage verwaltungswissenschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Effizienz<sup>90</sup>, sondern hinsichtlich ihrer staatlichen Veranlassung und der staatlichen Aufsicht<sup>91</sup> auch eine Rechtsfrage. Diese Unterschiede zwischen staatlicher und privater Gemeinwohlverantwortung dürfen in dem Begriff "Verantwortungsteilung" nicht kurzgeschlossen werden. Die notwendige Anknüpfung privaten Handelns an den Bereich des Staatlichen wird vermittelt durch öffentliche Aufgaben, staatliche Befugnisse, Organisation und Verfahren.

#### IV. Überblick über die Beteiligungsformen

Obwohl von den vier Begriffen Aufgabe und Befugnis, Organisation und Verfahren Aufgabe der grundlegendste ist<sup>92</sup>, empfiehlt es sich nicht, eine Systematisierung der Formen privater Beteiligung mit ihm zu beginnen. Das liegt nicht nur an seiner inhaltlichen Unbestimmtheit, sondern auch daran, dass er selbst bei inhaltlicher Bestimmtheit zum Teil keine klaren Zuordnungen im Verhältnis von Staat und Privaten erlaubt. So kann man bei einer GmbH, deren Geschäftszweck im Bereich der Daseinsvorsorge liegt, dann, wenn eine Kommune die Mehrheits- und ein Privater die Minderheitsbeteiligung hält, sagen, hier nehme ein Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen teil. Dreht man die Mehrheitsverhältnisse um und kappt eventuell vorhandene Einwirkungsrechte des vormaligen Mehrheitsgesellschafters, so wird trotz identisch bleibendem Geschäftszweck keine öffentliche Aufgabe mehr wahrgenommen.93 Der Geschäftszweck der GmbH ist dann vielmehr aus der Sicht des öffentlichen Rechts überhaupt keine Aufgabe mehr, sondern grundrechtliche Freiheit. Für

<sup>90</sup> Was sich auch in Begriffen wie Public Private Partnership niederschlägt.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Zu den durch die Beteiligung Privater insoweit notwendigen Änderungen Schuppert DÖV 1998, 831 ff.; zur Staatlichkeit der Aufsicht Di Fabio (Fn. 15), 262 f.

<sup>92</sup> Vgl. nur Schuppert VerwArch 71 (1980), 309ff.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 12, 205, 243: "Die Veranstaltung von Rundfunksendungen ist nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Aufgabe. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befaßt, wird sie zu einer "staatlichen Aufgabe"..."

Art. 20 Abs. 2 GG heißt das: Die Beteiligung Privater kann in der beispielhaft geschilderten Konstellation nicht gegen diese Norm verstoßen, weil die Norm nur anwendbar ist, solange die Beteiligung ein zulässiges Maß nicht überschreitet. Diese mit dem notwendig formalen Aufgabenbegriff einher gehenden Unsicherheiten und gleitenden Übergänge verringern sich, wenn man die Beteiligung Privater zunächst auf staatliche Befugnisse, Organisationen und Verfahren als juristisch festere Größen bezieht, die eindeutig dem Bereich des Staatlichen zugeordnet werden können.

Die Einteilung in Befugnis-, Organisations-, Verfahrens- und Aufgabenbeteiligung dient darstellerischen Zwecken. Ebenso könnte man unterscheiden zwischen der selbstständigen Wahrnehmung staatlicher Befugnisse durch vom Staat organisatorisch geschiedene Private, der organisatorischen Verschmelzung von Staat und Privaten und schließlich Beiträgen zur Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch vom Staat organisatorisch getrennte Private. Bei Befugnis-, Organisations- und Verfahrensbeteiligung steht immer eine Aufgabe im Hintergrund, und die Kategorie der Aufgabenbeteiligung ist nicht auf eine Staatsaufgabe bezogen, die einem Privaten übertragen wäre, sondern entweder auf ein öffentliches Amt, das einem Privaten übertragen ist (Verwaltungshelfer), oder auf eine vom Staat selbst wahrgenommene (staatliche) oder gewährleistete (öffentliche) Aufgabe, zu deren Wahrnehmung der Private beiträgt.

#### V. Befugnisbeteiligung - die Beleihung

Die Beleihung ist die älteste<sup>95</sup>, dogmatisch ausgeformteste und intensivste Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben. Durch oder auf der Grundlage eines Gesetzes, nicht durch (vertragliche) Begründung eines Amtswalterverhältnisses, werden bei ihr nicht nur staatliche Aufgaben auf Private<sup>96</sup> zur selbstständigen Ausübung übertragen, sondern auch hoheitliche Befugnisse.<sup>97</sup> Die Übertragung von

<sup>&</sup>lt;sup>94</sup> Aus diesem Grund liegt kein Widerspruch zu der im weiteren Text aufgestellten These vor, auf die Verteilung von Kapital- und Stimmrechtsanteilen im Verhältnis von Staat und Privaten komme es nicht an. Art. 20 Abs. 2 GG ist auf den staatlichen Anteil an einer privatrechtlichen Organisation, nicht auf die Organisation selbst zu beziehen.

<sup>95</sup> Umfassende Nachweise älterer Literatur bei Ossenbühl (Fn. 3), 138 Fn. 1.

<sup>&</sup>lt;sup>96</sup> Zu der Frage, ob der Begriff "Privater" hier auch den privatrechtlich organisierten Staat meint, *Ehlers* Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 110ff.; *Steiner* (Fn. 21), 207 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>97</sup> So insbesondere die Definition der Rechtsprechung: BVerwGE 29, 166, 169 f.; 35, 334, 337; 61, 222, 225 f.; BVerwG DVBI. 1970, 735, 736. Zu schlicht-hoheitlichem Han-

Befugnissen, damit des Rechts, sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu bedienen, unterscheidet die Beleihung von Formen bloßer Aufgabenbeteiligung<sup>98</sup>, wie Verwaltungshilfe oder Indienstnahme. Die mit dieser Definition verbundene Einschränkung des Beleihungsbegriffs im Sinne der Befugnistheorie ist erforderlich, um dem Institut einen festen Platz in einem Spektrum von Formen der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben zuzuweisen<sup>99</sup> und um ihm den Vorwurf zu ersparen, bequemes Sammelbecken und manipulative Drehscheibe zu sein.<sup>100</sup>

Die engere Fassung ihres Begriffs ändert nichts daran, dass die Beleihung zur Zeit eine Renaissance erlebt.<sup>101</sup> Ihr Anwendungsbereich ist nicht, vergleichbar Lockerungen des staatlichen Gewaltmonopols, auf Fälle beschränkt, in denen, wie bei Flug- oder Schiffskapitänen, staatliches Handeln nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich wäre.<sup>102</sup> Es gibt auch keinen Grund, den Anwendungsbereich der Be-

deln Krebs (Fn. 21), Rn. 39 Fn. 134; Ossenbühl (Fn. 3), 140 Fn. 2; Stelkens/Schmitz in: Stelkens u.a. (Hrsg.) VwVfG, 5. Aufl. 1998, § 1 Rn. 231; seine Einbeziehung ist wichtig für das Verhältnis des hier Befugnisbeteiligung Genannten zu den anderen Beteiligungsformen; sie gewährleistet, dass Maßnahmen privater Beteiligter, die aus Sicht des Bürgers Eingriffscharakter haben, vollständig dieser Beteiligungsform mit ihren besonderen rechtsstaatlichen Sicherungen zugeordnet werden.

<sup>98</sup> Von der Verwaltungshilfe unterscheidet sie sich notwendig weiter hinsichtlich der Selbstständigkeit, mit der Verwaltungshilfe im engeren Sinne (unten VIII.1.) hat sie gemein die grundrechtsausschließende Integration des Privaten in die Staatsorganisation.

<sup>99</sup> Die von der Aufgabentheorie der Beleihung zugewiesenen Fälle werden hier zum Teil mit den Begriffen Verwaltungshilfe, Indienstnahme und Zuarbeit (zu Letzterem Di Fabio [Fn. 15], 273, der der Aufgabentheorie zuneigt) erfasst. Der Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie (grundlegend Vogel Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, 60ff., 81 ff.) dürfte sich heute, sofern mit der Aufgabentheorie nicht eine hier abgelehnte Publifizierung Privater bezweckt ist, durch die Erweiterung des Spektrums von Formen der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben erledigt haben. Zu den Gründen, warum der Aufgabenbegriff zurückgestellt wird, oben IV.

<sup>100</sup> So Ossenbühl (Fn. 3), 142f., dessen Liste auch Beispiele enthält, die heute nicht mehr mit dem Beleihungsbegriff in Verbindung gebracht würden: Parteien, Tarifpartner, Arbeitgeber, aber auch den minderjährigen Schülerlotsen.

<sup>101</sup> Während W. Jellinek Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, 528, noch von den "an sich recht spärlichen Beispiele(n)" gesprochen hat. Für die Gegenwart ähnliche Einschätzung wie hier bei Burgi (Fn. 26), 79; Voβkuhle (Fn. 17), 215.

<sup>102</sup> Enger der Begriff der Betrauung in Art. 86 Abs. 2 Satz 1 EG, der allerdings die Grundlage für eine Ausnahme von den weit gefassten wettbewerbspolitischen Zielsetzungen der EG eröffnet; dazu *Pernice* in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) Kommentar zur Europäischen Union, Art. 90 EGV Rn. 32 – 34; aus Sicht des vorliegenden Themas *Osterloh* (Fn. 15), 227.

leihung auf Verwaltungsfunktionen zu beschränken. Eine Beleihung mit Rechtsetzungsmacht<sup>103</sup> ist als Subdelegation gemäß Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG<sup>104</sup> konstruierbar und lässt sich mit Beispielen aus dem Sozialversicherungsrecht belegen.<sup>105</sup> Einer Beleihung Privater mit rechtsprechender Gewalt steht dagegen Art. 92 GG entgegen.<sup>106</sup>

Trotz dieses weiten Anwendungsbereichs sind der Beleihung verfassungsrechtlich Grenzen gezogen<sup>107</sup>, die sich, soweit es nicht um grundrechtlich geschützte Belange des Beliehenen geht, sondern um den Schutz staatlicher Belange, aus dem Demokratieprinzip ableiten lassen. Der Beliehene bedarf demokratischer Legitimation, die ihm in personellorganisatorischer Hinsicht durch den Beleihungsakt und in sachlich-inhaltlicher Hinsicht durch die materiellen Vorgaben des Beleihungsgesetzes und sonstiger Gesetze und durch die staatliche Aufsicht vermittelt wird, die als Rechts- oder Fachaufsicht ausgestaltet sein kann. Der Bremische Staatsgerichtshof hat in einer in diesem Jahr ergangenen Entscheidung<sup>109</sup>, auf deren Einzelheiten und Hintergründe hier nicht eingegangen wird, aus dem Demokratieprinzip die Forderung nach einer

<sup>103</sup> Dies im Sinne einer Befugnis zur Setzung objektiven Rechts, im Unterschied etwa zu technischen Regelwerken; zu ihnen §§ 145 ff., insb. § 161 des Professorenentwurfs eines Umweltgesetzbuchs, in: Kloepfer/Rehbinder/Schmidt-Aβmann/Kunig (Mitwirkung) Umweltgesetzbuch. Allgemeiner Teil, 1990; unter dem Gesichtspunkt sachverständiger Beratung Brohm (Fn. 36), Rn. 30, 46, 48. Auf Regelwerke Privater wird hier nicht weiter eingegangen, weil sie erstens an anderer Stelle schon hinreichend behandelt worden sind (vgl. etwa Schmidt-Preuß [Fn. 4], 202 ff.; ders. ZLR 1997, 249 ff.; ders. in: Kloepfer [Hrsg.] Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, 89 ff.) und weil sie zweitens ein aliud im Verhältnis zu staatlicher Rechtsetzung darstellen.

<sup>104</sup> Und der entsprechenden Vorschriften der Landesverfassungen.

<sup>105</sup> Axer Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 33 ff. AA Ossenbühl in: HStR III, 1988, § 64 Rn. 30, mit dem Argument, Art. 80 GG regele nur das Verhältnis von Legislative und Exekutive im Bereich der Staatsfunktionen, nicht aber das Verhältnis von Staat und Gesellschaft; das eine schließt allerdings das andere nicht völlig aus.

<sup>&</sup>lt;sup>106</sup> Dazu Classen in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl., Bd. 3, 2001, Art. 92 Rn. 43 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>107</sup> Zusammenfassend *Bansch* Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973, 91 ff.

<sup>108</sup> Zur auf die Aufsicht reduzierten Einwirkungsbefugnis des Staates als Grund dafür, dass die Beleihung einem Gesetzesvorbehalt unterfällt, die Verwaltungshilfe (im Sinne von VIII.1.) dagegen nicht, Remmert Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, i.E., 548. – Bei der Ausgestaltung der Aufsichtsrechte besteht ein Zielkonflikt. Der Zweck der Beleihung, privaten Sachverstand und private Initiative für die Verwaltung nutzbar zu machen, legt eine schwache Aufsicht nahe, das Anliegen demokratischer Kontrolle und Rückbindung das Gegenteil.

<sup>109</sup> BremStGH, Urt. vom 15. 1. 2002, St 1/01, UA 20ff.

effektiven Aufsicht abgeleitet und dieses Effektivitätsgebot in zwei Richtungen ausgestaltet: Bei einer schwachen gesetzlichen Steuerung des Handelns des Beliehenen reiche eine Rechtsaufsicht nicht, sondern sei eine Fachaufsicht erforderlich.<sup>110</sup> Weiterhin müsse der Staat das erforderliche Personal mit der einschlägigen Sachkunde und die sonst erforderlichen Verwaltungsmittel vorhalten, um von formal bestehenden Aufsichts- und Weisungsrechten wirksam Gebrauch zu machen. Damit ist der Befürchtung, eine zu starke Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben würde die staatliche Verantwortung faktisch aushöhlen<sup>111</sup>, ein verfassungsrechtlicher Platz zugewiesen.

Die Annahme, das Verhältnismäßigkeitsprinzip errichte weitere Schranken, etwa derart, dass Beleihungen nur zulässig seien, wo dies erforderlich sei, ist dagegen abzulehnen, erstens weil die Anwendung dieses Prinzips in der Staatsorganisation ohnehin fragwürdig ist, und zweitens, weil der Zweck dieses Prinzips nicht sein kann, den Staat zu schützen, schon gar nicht gegen sich selbst. Die zutreffende These, durch eine Beleihung dürften keine wesentlichen Zuständigkeiten eingeräumt werden<sup>112</sup>, findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage vielmehr im Demokratieprinzip.

#### VI. Organisationsbeteiligung

Während der Beliehene dem Staat an-, nicht eingegliedert ist und hoheitliche Befugnisse selbstständig ausübt, geht es in der nächsten Gruppe um Fälle organisatorischer Eingliederung teils Privater in die Staatsorganisation, teils des Staates in ein privatrechtliches Umfeld.<sup>113</sup> Bei der ersten Fallgruppe ist wieder das Demokratieprinzip der wichtigste verfassungsrechtliche Maßstab; bei der zweiten wird zu begründen sein, wann und warum das nicht der Fall ist.

<sup>&</sup>lt;sup>110</sup> Zur Aufsicht über Beliehene: Jestaedt (Fn. 21), 62; Krebs (Fn. 21), Rn. 43. Zu der Frage, wer für die Entscheidung über Widersprüche gegen Verwaltungsakte eines Beliehenen zuständig ist, Dolde in: Schoch u.a., VwGO, Losebl., § 73 Rn. 7; Frenz Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, 57; Rengeling Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1986, 32.

<sup>&</sup>lt;sup>111</sup> Burgi (Fn. 26), 172; Di Fabio (Fn. 15), 251 f.; Voβkuhle (Fn. 17), 215. Schönes Beispiel bei Di Fabio (Fn. 25), 592 Fn. 72.

<sup>112</sup> S. nur Britz (Fn. 83), 433 f. (mwN).

<sup>&</sup>lt;sup>113</sup> So auch die Einteilung bei *Mehde* (Fn. 72), 551, mit dem zutreffenden Zusatz, dass sie simplifiziere. Dies wird bei der Konzernierung öffentlicher Anstalten besonders deutlich, die man im Hinblick auf die Einwirkung des Konzerns auf die Anstalt auch der ersten Fallgruppe (Nr. 1a) zuordnen kann, deren rechtliche Problematik sie teilt.

#### 1. Eingliederung Privater in staatliche Organisationen

#### a) Kondominialverwaltung

Im Fall der Kondominialverwaltung sind typischerweise gruppenpluralistisch rekrutierte Private Mitglieder in Kollegialorganen der öffentlichen Verwaltung und haben dort an Entscheidungsbefugnissen teil.<sup>114</sup> Diese Form der Beteiligung Privater stößt im Demokratieprinzip auf verfassungsrechtlichen Widerstand.<sup>115</sup> Dieser Widerstand lässt sich nicht durch eine gesetzliche Zulassung ausräumen, die allein keine ausreichende personelle demokratische Legitimation vermittelt. Dieser Widerstand lässt sich auch nicht durch einen Hinweis auf eine Beleihung ausräumen, denn bei der Beleihung führt das Kriterium der Selbstständigkeit der Ausübung von Hoheitsgewalt zu klaren Zuordnungen, bei denen eine Vermischung eines staatlichen und eines privaten Anteils ausgeschlossen ist.<sup>116</sup>

Freilich erregt es Unbehagen, wenn sechs Wörter des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG über komplexe und gewachsene<sup>117</sup> Verwaltungsstrukturen entscheiden sollen, ohne dass der Verfassunggeber sich 1949 dieser Konsequenzen bewusst war.<sup>118</sup> Insbesondere das Erfordernis personeller demokratischer Legitimation zieht Kritik auf sich.<sup>119</sup> Es entfaltet aber gerade bei der Kondominial- und der funktionalen Selbstverwaltung eine wichtige Schutzwirkung für die Allgemeinheit und für nicht beteiligte Dritte, weil es nicht legitimierte Private ausschließt. Auch wenn es nur darauf ankommt, dass die verschiedenen Formen demokratischer Legitimation in ihrem

<sup>&</sup>lt;sup>114</sup> Begriff am klarsten bei *Jestaedt* (Fn. 21), 26f., 77f. Das Kriterium der Entscheidungsbefugnis dient der Abgrenzung zur sachverständigen Beratung; dazu VII.1. Zu aktuellen Entstaatlichungsproblemen im Hochschulbereich, wo Hochschul- und Stiftungsräte eingeführt werden, *Geis* FS Brohm, 2002, 197ff.; zu in diesem Sachbereich im Hintergrund stehenden Finanzierungsfragen: *Mlynek* (Hrsg.) Die Zukunft der Hochschulfinanzierung, 2002. Aus Sicht der Problematik gesellschaftlicher Selbstregulierung *Di Fabio* (Fn. 15), 264f.

<sup>115</sup> Zu ihrer Vergleichbarkeit Jestaedt (Fn. 21), 64ff.; Kluth (Fn. 11), 29.

<sup>116</sup> AA wohl Britz (Fn. 83), 432ff.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Vgl. auch *Böckenförde* (Fn. 52), Rn. 19. Politisch umstritten sind besonders die Fälle, in denen Gewerkschaften sich auf diesem Wege besonderen Einfluss auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verschaffen wollen.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Es ist das aber kein Spezifikum von Art. 20 Abs. 2 GG. Für den Begriff "öffentliche Aufgabe" gilt letztlich nichts anderes.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Vgl. die Nachw. etwa bei *Britz* (Fn. 83), 432 ff.; *Mehde* (Fn. 72), 552 ff.; *Muckel* (Fn. 11), 120. Soweit die Kritik sich gegen die Länge mancher Legitimationsstränge richtet, ist ihr entgegenzuhalten, dass erstens Personalentscheidungen in der öffentlichen Verwaltung eben auch langfristig wirken und dass einer der Haupteffekte dieses Legitimationskriteriums trotzdem erreicht wird: den Zugriff gesellschaftlicher Gruppen, in der Praxis zumeist Parteien und Gewerkschaften, auf den öffentlichen Dienst zu erschweren.

Zusammenwirken ein bestimmtes Legitimationsniveau erreichen, kann das vollständige Fehlen personeller Legitimation nicht kompensiert werden. Inzwischen hat sich in dieser Frage eine mittlere Linie durchgesetzt: Einerseits müssen nicht alle Mitglieder entscheidungsbefugter Kollegialorgane über personelle demokratische Legitimation verfügen. Andererseits muss die abstrakte Mehrheit der Mitglieder so legitimiert sein und überdies die konkrete Entscheidung von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen werden (Prinzip der doppelten Mehrheit).<sup>120</sup>

#### b) Funktionale Selbstverwaltung

Funktionale Selbstverwaltung als Selbstverwaltung durch Private zu bezeichnen, ist wegen der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung überspitzt.<sup>121</sup> Immerhin werden, im Unterschied zur kommunalen Selbstverwaltung, Personen, die nicht als Teil des Staatsvolkes<sup>122</sup> aufgefasst werden können und nach dem oben gebildeten, insoweit spiegelbildlichen Begriff Private sind, vom Gesetzgeber in einem öffentlich-rechtlichen Verband zusammengefasst ("verkammert") und mit Selbstverwaltungsbefugnissen zur Regelung ihrer typischerweise wirtschaftlichen und sozialen<sup>123</sup> Angelegenheiten ausgestattet. 124 Dies kann man als "Akt kollektiver personeller Legitimation" auffassen.<sup>125</sup> Die Gemeinsamkeit mit der Kondominialverwaltung zeigt sich eben bei dem Problem demokratischer Legitimation, über welches das BVerfG, auf Vorlagen des BVerwG<sup>126</sup>, in Bälde zu entscheiden haben wird. Die staatliche Verantwortung kommt auf zwei Ebenen ins Spiel: verfassungsrechtliche Schranken, die einer Ausdehnung der funktionalen Selbstverwaltung in sachlicher und in persönlicher Hinsicht gezogen sind<sup>127</sup>, sowie die - kompensatorisch stärkere - Gesetzesbindung dieses Selbstverwaltungstyps, verbunden mit einer staatlichen Aufsicht.

<sup>120</sup> BVerfGE 93, 37, 72; BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 101 f.

<sup>&</sup>lt;sup>121</sup> Aus dem gleichen Grund ist es abzulehnen, gesellschaftliche Selbstregulierung als mittelbare Selbstverwaltung zu qualifizieren, denn auch dadurch wird die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft aufgehoben, ohne dass ein Nutzen erkennbar wäre (wie hier im Ergebnis *Di Fabio* [Fn. 15], 269 f.).

<sup>122</sup> Zur Kategorie des Teilvolkes Jestaedt (Fn. 21), 210 ff., 525 ff.

<sup>123</sup> Dazu schon Scheuner DÖV 1952, 609ff.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Begriff bei *Jestaedt* (Fn. 21), 71 f. Zu Mindestanforderungen an einen Rechtsbegriff der funktionalen Selbstverwaltung auch *Kluth* (Fn. 11), 24 f.

<sup>125</sup> So Khuth (Fn. 11), 376ff.; aA, wie hier, Axer (Fn. 105), 298f. Darstellung und Kritik der Verzichtstheorie bei Emde (Fn. 52), 307ff.; Jestaedt (Fn. 21), 348ff.

<sup>&</sup>lt;sup>126</sup> BVerwGE 106, 64; BVerwG NVwZ 1999, 870.

<sup>&</sup>lt;sup>127</sup> Deren Verlauf im Streit ist; vgl. etwa *Böckenförde* (Fn. 52), Rn. 25; *Dreier* (Fn. 24), 135; *Jestaedt* (Fn. 21), 425 ff.; *Oebbecke* Weisungs- und unterrichtungsfreie Räume in der Verwaltung, 1986, 139.

#### c) Exkurs: An-Organisationen

Kein verfassungsrechtliches Problem werfen Private auf, die, ohne in die Staatsorganisation integriert zu sein, mit dieser organisationsrechtlich verbunden sind und sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben unterstützen. Beispiele für private Organisationen, auf die dies zutrifft, sind im Hochschulbereich das An-Institut, der Förderverein oder die Stiftung. Dass das An-Institut in den Hochschulgesetzen eine doch recht komplizierte Regelung erfahren hat, dürfte auf inzwischen abgebaute Berührungsängste zurückzuführen sein.

## 2. Eingliederung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung in ein privatrechtliches Umfeld

#### a) Konzernierung öffentlicher Anstalten

Wird ein Verwaltungsträger, typischerweise eine Anstalt, in einem Konzern vertraglich einer juristischen Person des Privatrechts unterstellt, der mitunternehmerische Rechte eingeräumt sind<sup>128</sup>, so setzt das Demokratieprinzip privatem Einfluss ähnliche Schranken wie bei einem Tätigwerden Privater in der Staatsorganisation.<sup>129</sup> Die Entscheidung über die Erteilung von Weisungen an den konzernierten Verwaltungsträger muss letztlich in der Hand des Gewährträgers verbleiben; dessen demokratisch legitimierte Vertreter müssen die letztentscheidende Einflussmöglichkeit behalten. Die gesellschaftsrechtliche Umsetzung dieser verfassungsrechtlichen Vorgabe nötigt zu komplizierten Gestaltungen<sup>130</sup>, so dass Zweifel berechtigt sind, ob diese Form der Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben praktikabel ist.<sup>131</sup> Wichtige Beispiele, wie die

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Zu einer rein kapitalmäßigen Beteiligung: BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 103. Ferner Gärtner Finanzielle Beteiligung Privater an Anstalten des öffentlichen Rechts, 1994.

<sup>129</sup> Zu dieser Gestaltung Bezzenberger ZGR 1996, 481 ff.; Fett Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000; Raiser ZGR 1996, 458 ff. Zu ähnlichen Formen mitunternehmerischer Beteiligung Privater an öffentlich-rechtlichen Unternehmen Becker DÖV 1998, 97 ff.; Hecker VerwArch 92 (2001), 261 ff.; Riedmayer/Schraml Das Kommunalunternehmen, 2001; Schuster FS Müller, 2001, 135 ff.; Wolfers/Kaufmann DVBI. 2002, 507 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>130</sup> Zu weiteren Problemen, die sich ergeben, weil die Aufgabenwahrnehmung dem öffentlichen oder dem Verwaltungsprivatrecht folgt, BerlVerfGH LVerfGE 10, 96, 112 ff., dort zur Gebührenberechnung. Zu dieser Entscheidung Schmehl JuS 2001, 233 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Britz (Fn. 83), 420, spricht zwar von einer verbreiteten Gesetzgebungspraxis, unterscheidet in Fn. 12 aber nicht zwischen Körperschaften (bei denen nach hiesiger Terminologie ein Fall von funktionaler Selbstverwaltung vorliegt) und Anstalten (bei denen

Berliner Wasserbetriebe oder die Bankgesellschaft Berlin, sind wenig geeignet, solche Zweifel zu entkräften; öffentlich-rechtliche Gestaltungen sind zudem national radiziert und eignen sich weniger für eine internationale Kooperation.

Neben der demokratiebedingten Kompliziertheit der vertraglichen Gestaltungen führt der institutionelle Gesetzesvorbehalt, dem Verwaltungsträger unterliegen, zu weiteren Flexibilitätseinbußen. Jedenfalls Letztere vermeiden privatrechtliche Lösungen. Jach Ersteres ist bei ihnen schwächer ausgeprägt. Insbesondere ist der Staat in einer privatrechtlichen Organisationsform nicht zu einer Mehrheitsbeteiligung verpflichtet. Das Demokratieprinzip verbietet kein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen in privater Rechtsform, an dem der Staat nur eine Minderheitsbeteiligung hält, dies auch dann nicht, wenn, wie z.B. das kommunale Wirtschaftsrecht der Bundesländer dies vorschreibt, ein öffentlicher Zweck in den Statuten dieses Unternehmens festgeschrieben ist. Für sog. Private Public Partnerships der weisen sich Organisationsformen des Privatrechts mithin als geeigneter als Organisationsformen des öffentlichen Rechts.

#### b) Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen

Ein weiterer Grund für ein Prae für das Privatrecht ist schnell gefunden. Der Grundsatz der Gleichheit von Gesellschaftern ist – mit dem Rang einfachen Gesetzesrechts<sup>135</sup> – der wichtigste Grundsatz des Gesellschaftsrechts. Er gewährleistet auch ein gleichberechtigtes Miteinander von Staat und Privaten in seinen Organisationsformen<sup>136</sup> und vermeidet eine Privilegierung einzelner Privater, die unvermeidbar ist, wenn diese mit dem Staat öffentlich-rechtlich zusammenarbeiten. Wenige Sonderbe-

nach ihren Nachweisen von einer verbreiteten Gesetzgebungspraxis wohl nicht gesprochen werden kann).

<sup>&</sup>lt;sup>132</sup> Dies auch, wenn Organisationsprivatisierungen dem Grunde nach einem Gesetzesvorbehalt unterliegen (dazu *Bauer* [Fn. 13], 267 Fn. 122), denn dieser beeinträchtigt die Freiheit gesellschaftsvertraglicher Gestaltung in der Regel nur geringfügig.

<sup>&</sup>lt;sup>133</sup> Ebenso, in Auseinandersetzung mit einer Gegenposition, Mehde (Fn. 72), 559f. Strenger hinsichtlich privatrechtlicher Gestaltungen Löwer VVDStRL 60 (2001), 416, 440ff.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Zur juristischen Unergiebigkeit dieses Begriffs Burgi (Fn. 26), 98f.; Kämmerer (Fn. 13), 56ff.

<sup>&</sup>lt;sup>135</sup> Zu Gefahren für diesen Grundsatz durch sog. Privatisierungsfolgenrecht Kämmerer (Fn. 13), 237.

<sup>&</sup>lt;sup>136</sup> Zur Überbrückung anderer Kompetenzgrenzen, nämlich zwischen öffentlich-rechtlichen Verbänden, durch Kooperation in Organisationsformen des Privatrechts: Ossenbühl (Fn. 3), 147.

stimmungen im Aktiengesetz über eine Beteiligung von Gebietskörperschaften<sup>137</sup> ändern an diesem Befund nichts. Das gleichberechtigte Nebeneinander setzt voraus, dass die vom staatlichen Partner wahrgenommene Aufgabe keine ausschließliche Staatsaufgabe ist, weil die Angelegenheit nur dann zugleich Gegenstand privater Grundrechtsausübung sein kann.<sup>138</sup>

Die Mischung von privaten und staatlichen Elementen sorgt bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen dort für Probleme, wo ein Entweder/Oder gefordert ist, so deutlich bei der Frage ihrer Grundrechtsberechtigung, bei der die Annahme eines Kontinuums zwischen der grundrechtsunfähigen Eigengesellschaft und der nach Art. 19 Abs. 3 GG grundrechtsfähigen privaten Gesellschaft, in dem nur Momentaufnahmen des Einzelfalls möglich sein sollen, juristisch unbrauchbar ist. Das BVerfG hat in einer Kammerentscheidung<sup>139</sup> die Grundrechtsfähigkeit einer Aktiengesellschaft verneint, an der zu 72% ein Bundesland und im Übrigen Private beteiligt waren und die öffentliche Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnahm. Gegen dieses Ergebnis spricht nicht nur, dass die Verteilung von Kapitalanteilen und Stimmrechten ein instabiles Kriterium und die Begriffe "öffentliche Aufgabe" und "Daseinsvorsorge" unbestimmt und im Verhältnis von Staat und Grundrechtsträgern ohne klare Ausgrenzungswirkung sind. Dagegen spricht vor allem die Bedeutung der Privatrechtsform. Der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht ist keine Frage der Rechtstechnik, sondern hat rechtliche Substanz. 140 Ein Privatrechtssubjekt kann, auch wenn es vom Staat beherrscht wird, nicht mittelbarer Staatsverwaltung gleichgestellt werden,

<sup>137 §§ 394</sup>f. AktG; zu ihnen von Danwitz (Fn. 15), 617 – 619. Diese Vorschriften betreffen die Diskretionspflichten von Personen, die seitens einer Gebietskörperschaft mit der Verwaltung einer Beteiligung betraut sind. Vgl. weiter § 53 HGrG (zu ihm Ernst/Heitel Beiheft 3 zu "Die Verwaltung". Zum Gedenken an Ernst Heuer, 2000, 101 ft.). Zum Problem staatlichen Sonderrechts aus Sicht der österreichischen Privatwirtschaftsverwaltung Hengstschläger (Fn. 13), 180 ff.

<sup>138</sup> Es ist denkbar, dass das geltende Recht eine Angelegenheit zur ausschließlichen Staatsaufgabe erklärt, bei ihrer Wahrnehmung aber privatrechtliche Gestaltungen zulässt. Dies ist ein dogmatischer Systembruch. Z.B. würde die mit der Privatrechtsform einhergehende Insolvenzfähigkeit (vgl. § 12 InsO) dann nicht "passen". – Ein umgekehrter Systembruch liegt vor bei einem Handeln in Formen des öffentlichen Rechts, wenn aus Wettbewerbsgründen die staatliche Gewährträgerschaft eingeschränkt werden muss. Zu der Frage der Anstaltslast und Gewährträgerhaftung bei öffentlichen Finanzinstituten vgl. den mit der EG-Kommission am 17. Juli 2001 und am 28. Februar 2002 erzielten Kompromiss; dazu Kluth Bitburger Gespräche 2001 (im Erscheinen).

<sup>139</sup> BVerfG NJW 1990, 1783.

<sup>140</sup> Oben III.1.

sondern hat eigene Interessen und die beim Vorstand einer Aktiengesellschaft von § 76 Abs. 1 AktG bundesgesetzlich geschützte Befugnis, diese Interessen eigenverantwortlich zu konkretisieren. Das gilt selbst dann. wenn eine Gesellschaft, wie im kommunalen Wirtschaftsrecht zumeist vorgeschrieben, durch Gesellschaftsvertrag, Satzung oder ein ähnliches Organisationsstatut auf einen öffentlichen Zweck ausgerichtet wird. Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass die Grundrechtsfähigkeit einer privatrechtlichen Organisation trotz staatlicher Beteiligung zu beiahen ist und dass die Grundrechtsbindung sich auf den staatlichen Anteil richtet. 141 Die Grundrechtsfähigkeit des Unternehmens ändert dann auch nichts an der Grundrechtsunfähigkeit des staatlichen Mitunternehmers. Diese Grundrechtsunfähigkeit ist kein rechtliches Abstraktum, das außer einigen Verfassungsrechtlern an Universitäten niemanden zu interessieren bräuchte. Aus ihr folgt schlicht, dass der Staat, auch wenn er Private beteiligt, nicht wie ein Unternehmer wirtschaften darf. Die größere Selbstständigkeit jeder privatrechtlichen Organisationsform ruft weiterhin den Gesetzesvorbehalt auf den Plan. Ein Träger mittelbarer Staatsverwaltung darf privatrechtliche "Trabanten" nur gründen oder sich daran beteiligen, soweit das gesetzlich zugelassen ist. 142

Einem gleichberechtigten Miteinander von Staat und Privaten würde ein Verwaltungsgesellschaftsrecht zuwiderlaufen, d.h. Ausnahmen vom privaten Gesellschaftsrecht oder zusätzliche Bindungen, die bei öffentlichen Unternehmen erforderlich sein sollen. 143 Ein solches Sonderrecht für den Staat, der in den Organisationsformen des Privatrechts seine Aufgaben verfolgt, ist abzulehnen, und zwar unabhängig davon, ob es ein Machtungleichgewicht zwischen staatlichem und privatem Partner zugunsten des Staates noch verstärkt und ob praktische Bedürfnisse für eine solche Konstruktion geltend gemacht werden können. 144 Ein Verwaltungsgesellschaftsrecht würde, im Unterschied zum Verwaltungsprivat-

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Anders *Hengstschläger* (Fn. 13), 192. Zu der Unterscheidung zwischen dem Innenverhältnis von Staat und seinen Repräsentanten in einer Gesellschaft und deren gesellschaftsrechtlicher Stellung vgl. auch OVG Münster DB 2002, 1877 (Abberufung eines kommunalen Aufsichtsratsmitgliedes).

<sup>&</sup>lt;sup>142</sup> Im Ergebnis ebenso *Bauer* (Fn. 13), 247; *Löwer* (Fn. 133), 433; *Osterloh* (Fn. 15), 233 Fn. 117.

<sup>&</sup>lt;sup>143</sup> Zur Erforderlichkeit richterrechtlicher Konkretisierung: von Danwitz (Fn. 15), 608f. – Weiteres, öffentliches und privates Recht umgreifendes Verständnis von Verwaltungsgesellschaftsrecht bei Krebs in: Schmidt-ABmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 342ff.

<sup>144</sup> Aus praktischer Sicht könnte gegen ein solches Sonderrecht sprechen, dass es öffentliche Unternehmen im allgemeinen Rechtsverkehr suspekt machen muss, weil möglicherweise föderal unterschiedliches Sonderrecht dort wenig bekannt ist.

recht, Private, nämlich mögliche Mitgesellschafter und den allgemeinen Rechtsverkehr, belasten<sup>145</sup>. Weiterhin würde übersehen, dass jedes privatrechtliche Unternehmen nicht von einer Aufgabe her konstruiert ist, sondern vom Kapital.<sup>146</sup> Dies alles gilt nicht nur für gemischt-wirtschaftliche Unternehmen, sondern auch für Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, in denen aktuell keine privaten Gesellschafter vertreten sind.<sup>147</sup> Eine Differenzierung nach Anteilsbesitz ist auch hier abzulehnen; die Eigengesellschaft ist wegen der Verkehrsgängigkeit von Anteilen an privatrechtlichen Gesellschaften<sup>148</sup> potentiell ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen.<sup>149</sup>

Die Gleichstellung von öffentlichen und anderen Unternehmen des privaten Rechts<sup>150</sup> schwächt die staatliche Verantwortung für die dort wahrgenommenen Aufgaben.<sup>151</sup> Ein privatrechtliches Unternehmen steht in größerer Distanz insbesondere zu Volksvertretungen und unterliegt grundsätzlich keiner Staatsaufsicht, vergleichbar etwa der Aufsicht über Träger mittelbarer Staatsverwaltung.<sup>152</sup> Ein Einwirkungsrecht des – seinerseits in die staatlichen Aufsichtsstrukturen eingebundenen – Aufgabenträgers ist privatrechtlich über dessen Anteil vermittelt. Zu einer Ausgestaltung der privatrechtlichen Beziehungen, die eine solche Einwirkung

<sup>&</sup>lt;sup>145</sup> Zu Unterschieden von Verwaltungsprivat- und Verwaltungsgesellschaftsrecht auch Kämmerer (Fn. 13), 234. In der Tendenz anders Osterloh (Fn. 15), 232f.

<sup>&</sup>lt;sup>146</sup> Zum Verhältnis von Aufgabe und Kapital bei Verwaltungsträgern einerseits und privatrechtlichen Gesellschaften andererseits Burmeister/Becker Die Fusion öffentlicher Banken als Akt der Verwaltungsorganisation, 2000, 25 ff. Zum Grenzfall des konkursreifen Staates: A. Leisner Die Leistungsfähigkeit des Staates, 1998, 47 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>147</sup> Auf sie beschränkt sich von Danwitz (Fn. 15), insb. 614 – 616.

<sup>&</sup>lt;sup>148</sup> Dazu, dass ein Privater wegen dieser Verkehrsfähigkeit auch gegen seinen Willen in die Position des Gesellschafters eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens geraten kann, Scholz FS Lorenz, 1991, 227f. – Die Verkehrsgängigkeit der Anteile steht auch der Annahme entgegen, ein kommunales Unternehmen genieße Bestandsschutz, nachdem der es rechtfertigende öffentliche Zweck entfallen ist; in diesem Fall muss die Kommune sich von ihrem Unternehmen trennen, indem sie es entweder schließt oder verkauft.

<sup>&</sup>lt;sup>149</sup> Oder, was hier nicht interessiert, ein Unternehmen ohne staatliche Beteiligung.

<sup>&</sup>lt;sup>150</sup> Auf spezialgesetzliche Regelungen, etwa des Energiewirtschaftsrechts, kann hier nicht eingegangen werden. Zu ihm etwa *Osterloh* (Fn. 15), 226ff. Ebenso wenig auf Transformationsprobleme der neuen Bundesländer; einschlägige Beobachtung insoweit bei *Bauer* (Fn. 13), 252 Fn. 64.

<sup>151</sup> Die Insolvenzfähigkeit ist zwar bei privatrechtlichen Verwaltungstrabanten gegeben (dazu H.-P. Kirchhof Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung, 2. Aufl. 2001, § 12 Rn. 6f.; Kuhl/Wagner ZIP 1995, 433 ff.; Ott Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, Bd. 1, 2001, § 12 Rn. 16); eine Insolvenz würde den Verpflichtungsgehalt einer hinter ihnen stehenden staatlichen Aufgabe aber nicht aufheben.

<sup>152</sup> Vgl. nur Krebs (Fn. 21), Rn. 43.

ermöglicht, ist der Träger verpflichtet. 153 Die Organisations- und die Einwirkungspflicht können aufsichtlich eingefordert werden. Sollte die Wahl einer privatrechtlichen Organisationsform für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben trotzdem auf rechtliche Probleme stoßen, dann ist die Konsequenz die Unzulässigkeit dieser Formenwahl, nicht die Veränderung der Form (Grundsatz der Integrität des Privatrechts). 154

#### VII. Verfahrensbeteiligung

Bezieht man die Beteiligung Privater nicht auf Organisationsformen staatlichen Handelns, sondern auf staatliche Verfahren, so ergibt sich eine weitere Perspektive. 155 Die Beteiligung Privater spielt dann im Vorfeld einer das Verfahren abschließenden, nicht immer nach außen gerichteten staatlichen Entscheidung. 156 Von einer Beteiligung, welche die Frage der staatlichen Verantwortung aufwirft, kann gesprochen werden, wenn der Private die staatliche Entscheidung beeinflusst, was insbesondere beim (externen)<sup>157</sup> Berater der Fall ist, oder wenn er Vorbereitungshandlungen ersetzt. Ersteres betrifft, dies als statistische Aussage, alle Staatsfunktionen, auch Normsetzung und Rechtsprechung, Letzteres primär den Verwaltungsvollzug.

#### 1. Der Berater

Die Position des Beraters hängt von seinem öffentlichen Auftraggeber und dem rechtlichen Kontext seines Auftrags ab. Der Sachverständige im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren<sup>158</sup> wird als Gehilfe der Behörde bzw. des Richters qualifiziert<sup>159</sup>, unterliegt bei amtlicher Bestellung deren Wei-

<sup>153</sup> Zu einem Vorrang der Organisationsform der GmbH vor der AG wegen der bei ihr stärkeren Einwirkungsmöglichkeiten des Staates: Brenner AöR 127 (2002), 222ff.

<sup>154</sup> Zu diesem Grundsatz Kämmerer (Fn. 13), 236f.

<sup>155</sup> Zu Verfahrensprivatisierungen als Prozess, der zu dem hier behandelten Ergebnis führt: Hoffmann-Riem DVBI. 1996, 225 ff.; Pietzcker in: Hoffmann-Riem/Schneider (Hrsg.) Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, 284ff. Zur Terminologie Schmidt-Preuß (Fn. 4), 168 Fn. 20.

<sup>156</sup> Zur Problematik der Unterscheidung der Entscheidung von ihrer Vorbereitung: Brohm (Fn. 36), Rn. 30ff.

<sup>&</sup>lt;sup>157</sup> Zu der Unterscheidung von interner und externer Beratung Brohm (Fn. 36), Rn. 4ff.

<sup>158</sup> Insbesondere §§ 402 ff. ZPO und 26 VwVfG. Zur öffentlichen Bestellung von Sachverständigen ferner § 36 GewO.

<sup>159</sup> Freilich in einem anderen Sinne als der sogleich zu behandelnde Verwaltungshelfer (unten VIII.1.). Vgl. BVerfGE 75, 318, 327; BGH NJW 1994, 802; 1998, 355, 356; BVerwG

sungen und den Befangenheitsvorschriften, steht in einem öffentlichrechtlichen Verhältnis<sup>160</sup>, bleibt aber Privater.<sup>161</sup> Der Berater der Staatsleitung und des Gesetzgebers steht ebenfalls in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis<sup>162</sup> und hat grundsätzlich kein öffentliches Amt inne, es sei denn, seine Position ist gesetzlich ausnahmsweise so ausgestaltet, wie beim Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung.<sup>163</sup> Einen Gesetzesvorbehalt, durch den staatliche Verantwortung sichergestellt werden könnte, gibt es insoweit nicht.<sup>164</sup>

Der Berater wirft keine Probleme demokratischer Legitimation auf, weil er keine Entscheidungsbefugnisse besitzt, sondern nur bei der Vorbereitung von Entscheidungen beteiligt ist, die ihrerseits Ausübung staatlicher Gewalt sind. Die Beteiligung Privater setzt in dieser Variante eine Trennung der Entscheidung, die allein staatlich zu verantworten ist, und ihrer Vorbereitung, auf die sich die Beteiligung Privater bezieht, voraus. Diese Trennung sieht sich zwar vielfältigen Einwendungen ausgesetzt. Entscheidungen hätten einen prozesshaften Charakter, so dass sie mit den zu ihnen führenden Verfahren untrennbar verbunden seien. Solche Einwände sind für einfache Verwaltungs- und für Normsetzungsverfahren aber abzulehnen. Es gibt keinen Grund, warum dort Arbeitsteilung nicht möglich sein sollte.

Werden Private an der Entscheidungsvorbereitung beteiligt, muss der Staat, um die Entscheidung verantworten zu können, deren Vorbereitungsmaßnahmen durch eigenes Personal nachprüfen und darf sie nicht unbesehen übernehmen. Diese Pflicht ist jeder sachlichen Zuständigkeit inhärent. So steht den zur Wahl eines Beigeordneten berufenen Mitgliedern eines Gemeinderates das Recht zu, sich über den Kreis aller Bewerber um das Amt vor der Wahl zu informieren; dies auch, wenn zur Vorbereitung der Wahl ein privates Personalberatungsunternehmen aus Gründen höherer Vertraulichkeit hinzugezogen worden ist. Ist mit diesem

NJW 1986, 2268; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO, 60. Aufl. 2002, § 402 Rn. 5. Pointiert den Richter als bloßen Erfüllungsgehilfen des Sachverständigen bezeichnend: Lamprecht DRiZ 1989, 4ff.

<sup>160</sup> BGHZ 59, 310, 311 f., zum gerichtlichen Sachverständigen.

<sup>&</sup>lt;sup>161</sup> Was sich insbesondere an der Frage seiner Haftung zeigt, wenn sein Gutachten fehlerhaft ist und eine Fehlentscheidung von Behörde oder Gericht verursacht; dazu BVerfGE 49, 304; BGHZ 62, 57. Zusammenfassend zur deliktischen Haftung: Stein/Jonas – Leipold Kommentar zur ZPO, 21. Aufl. 1999, Bd. 4, Teil 2, Vor § 402 Rn. 45 ff.

<sup>162</sup> Dazu Brohm (Fn. 36), Rn. 48ff.

<sup>163</sup> Errichtungsgesetz vom 14. 8. 1963 (BGBl. I, S. 685); zur persönlichen Stellung der Mitglieder des Rates insb. § 7. Zur Strahlenschutz- und zur Reaktorsicherheitskommission insoweit *Schmidt-Preuβ* (Fn. 4), 182.

<sup>164</sup> Brohm (Fn. 36), Rn. 42.

Unternehmen vereinbart, dass die Bewerber – mit Ausnahme des einen vorgeschlagenen Kandidaten – gegenüber dem Rat geheim gehalten werden, so muss notfalls das Ausschreibungsverfahren wiederholt werden. 165

#### 2. Der Zuarbeiter

Diese Aussagen und der Beispielsfall lassen sich verallgemeinern. Sie treffen nicht nur auf den Berater zu, sondern auf jeden Privaten, der zur Vorbereitung staatlicher Entscheidungen beiträgt, insbesondere auf solche, die staatliches Handeln ersetzen, indem sie etwa für eine Gemeinde einen Bauleitplan entwerfen. Für sie wird hier der zusammenfassende Begriff des Zuarbeiters vorgeschlagen. Sein dogmatischer Sinn soll darin liegen, die Rolle eines Privaten in einem staatlichen Verfahren neben den zuständigen Stellen, seinen zulässigen Verfahrensanteil und dessen Grenzen zu umschreiben. 166 Die Ausgestaltung dieser Rolle ist Sache des einfachen Gesetzgebers<sup>167</sup>, der z.B. vorsehen kann, dass im Verfahren der Bauleitplanung die Bürgerbeteiligung von einem privaten Projektmanager durchgeführt wird, der aber gegen rechtsstaatliche Schranken prallen würde, wenn er auch die planerische Abwägung Privaten überantworten wollte. 168 Das eingangs gegebene Beispiel der Steueranmeldung ist hier einzuordnen; bei ihm würden möglicherweise Grenzen aus den Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Gleichmäßigkeit der Besteuerung überschritten, wenn der Gesetzgeber das Anmeldungsverfahren auf die Körperschaftsteuer ausdehnen wollte.

Allgemein lässt sich sagen, dass Zuständigkeit<sup>169</sup> keine Pflicht zur vollständigen Eigenvornahme bedeutet<sup>170</sup>, sondern die Pflicht, soviel selbst zu tun, dass die Entscheidung staatlich verantwortet werden kann.<sup>171</sup> Damit besteht Spielraum für eine Beteiligung Privater<sup>172</sup>, den mit allgemei-

<sup>165</sup> Beispielsfall: OVG Münster DÖV 2002, 705.

<sup>&</sup>lt;sup>166</sup> Warnung vor "modischen Neuetikettierungen" in diesem Bereich bei *Di Fabio* (Fn. 25), 589.

<sup>&</sup>lt;sup>167</sup> Zu verfassungsrechtlichen Grenzen Kunig/Rublack (Fn. 52), 7ff.

<sup>168</sup> In der Praxis der Bauleitplanung kommt die gemeindliche Verantwortung in einem umfangreichen Kommunikationsprozess zwischen Gemeinde und Zuarbeiter zum Ausdruck, der die Entlastungswirkung solcher Zuarbeit freilich mindert. Zur Bedeutung der Abwägungsentscheidung grundlegend BVerwGE 45, 309.

<sup>169</sup> Genauer: Der positive Gehalt einer Zuständigkeitsnorm. Ihr negativer, andere staatliche Stellen ausschließender Gehalt erfasst dagegen auch die Zuarbeit.

<sup>170</sup> Anders Remmert (Fn. 108), 4. Kapitel B. I.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Schmidt-Preuß (Fn. 4), 175 ff., spricht insoweit von "Verfahrensherrschaft". Zur Planungsprivatisierung vgl. auch Osterloh (Fn. 15), 238 f.

<sup>172</sup> Gallwas (Fn. 1), 214, spricht von einer Mediatisierungskompetenz der Verwaltung.

nen Aussagen zu bestimmen nicht möglich ist. Im Bereich der Rechtsetzung ist er tendenziell am größten, weil der Staat sich hier auf einen voluntativen Akt zurückziehen kann. Je förmlicher ein Verfahren in Verwaltung und Gerichtsbarkeit ist, um so geringer sind die privater Beteiligung bleibenden Spielräume. Der Grundsatz der Nichtförmlichkeit von einfachen Verwaltungsverfahren (§ 10 VwVfG) eröffnet Ermessen zur Beteiligung Privater.

#### VIII. Aufgabenbeteiligung

Zu systematisieren bleiben drei Begriffe des allgemeinen Verwaltungsrechts: "Verwaltungshelfer", "Indienstgenommener" und "selbstständiger Unternehmer". Diese Begriffe liegen entweder auf zwei unterschiedlichen Ebenen oder die Verwaltungshilfe erfasst die beiden anderen Formen mit.

### Verwaltungshilfe im Sinne einer Einbindung von Privaten in die Staatsorganisation

Als Verwaltungshelfer kann eine natürliche Person<sup>173</sup> bezeichnet werden, der Hilfstätigkeiten in der Verwaltung zugewiesen sind und deren Verhalten der Verwaltung als eigenes zugerechnet wird; Beispiele wären der Schülerlotse oder der Lehrbeauftragte. Der Verwaltungshelfer ist bei diesem Verständnis nicht Privater, sondern Inhaber eines atypischen staatlichen Amtes: Es handelt sich um einen Begriff des öffentlichen Dienstrechts, der aus dem Thema herausfällt und – nebenbei – keinen großen Anwendungsbereich hat.<sup>174</sup> Ersteres gilt auch für Ehrenämter und ehrenamtliche Tätigkeiten, z.B. eines Schöffen oder eines Wahlhelfers. Wie bei der Verfahrensbeteiligung gibt es also Übergänge zwischen privater Tätigkeit und atypischem Amt, weiterhin zwischen Handeln im öffentlichen und Handeln im privaten Interesse.<sup>175</sup>

Um das Wort "Verwaltungshilfe" für das Thema zu erhalten, ist ein anderes Verständnis erforderlich, das sich in der neueren Literatur durchzusetzen scheint und für das der Grundrechtsstatus des Verwaltungshelfers und die Nutzung seiner Fähigkeiten und Interessen für Aufgaben der Verwaltung, aber auch seine Unterordnung unter diese Aufgaben konsti-

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Der Ausschluss juristischer Personen erklärt sich daraus, dass Inhaber eines Amtes nur eine natürliche Person sein kann.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Umfassendste und aktuellste Zusammenfassung bei *Remmert* (Fn. 108), 5. Kapitel A. II.

<sup>175</sup> Beispiel für einen Grenzfall: der Bewährungshelfer.

tutiv sind.<sup>176</sup> Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben ist darum der eine Grundtyp der Aufgabenbeteiligung. Auch hierauf passt der Begriff des Verwaltungshelfers. Der andere Grundtyp ist die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in einem staatlich geprägten System, beispielsweise der Betrieb einer Privatschule.<sup>177</sup> Trotz des fehlenden Bezugs im Konkreten ist diese Aufgabe als öffentlich anzusehen, weil das gesamte Schulwesen gemäß Art. 7 Abs. 1 GG der Aufsicht des Staates untersteht. Nicht ohne Grund gibt es für diesen zweiten Grundtyp aber keine einheitliche Bezeichnung; er ist zu vielgestaltig, und das Kriterium der öffentlichen Aufgabe ist als solches beschreibend und juristisch folgenlos.

## 2. Verwaltungshilfe im Sinne einer Indienstnahme des Privaten für die Verwaltung

Ob die Indienstnahme Privater für den Staat, die das Ergebnis einer funktionalen Privatisierung sein kann, einem Gesetzesvorbehalt unterfällt, oder – sei es öffentlich-rechtlich, sei es privatrechtlich – auf vertraglicher Grundlage<sup>178</sup> vonstatten geht, hängt maßgeblich von deren Freiwilligkeit ab. Dieses Kriterium hat trotz der nachvollziehbaren Zweifel an privater Kompromissbereitschaft bei hoheitlichem Druck<sup>179</sup> rechtliche Bedeutung. Die vertragliche Indienstnahme Privater dürfte mit der Kategorie des selbstständigen Unternehmers aus der Lehrbuchliteratur übereinstimmen, die allerdings primär für staatshaftungsrechtliche Zwecke gebildet worden ist. Ob ein Gesetzesvorbehalt eingreift, richtet sich im Ergebnis nach den allgemeinen Kriterien.<sup>180</sup> Es ist nicht erforderlich, für die Beteiligung Privater eine besondere Ausprägung des institutionellen Gesetzesvorbehalts zu postulieren. Hat der Gesetzgeber sich zur – unentgeltlichen – Indienstnahme Privater entschlossen, so hat grundrechtlicher Widerstand wenig Aussicht auf Erfolg, wenn es sich, wie zumeist, um

<sup>&</sup>lt;sup>176</sup> Insbesondere Burgi (Fn. 26); zu dessen Terminologie die Rezension von Bull DÖV 2000, 654f. Vgl. auch den "selbstständigen Verwaltungshelfer" im Sinne Di Fabios (Fn. 15), 273; ferner Osterloh (Fn. 15), 223 Fn. 70. Weiteres Begriffsverständnis schon bei Ossenbühl (Fn. 3), 159 ff. und 203 (Leitsatz 1).

<sup>177</sup> Zu dem Privatschulbeispiel schon Ossenbühl (Fn. 3), 187 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>178</sup> Zu der Alternative zwischen verwaltungsrechtlichem und privatrechtlichem Vertrag insoweit *Burgi* (Fn. 26), 164ff. Beides unter dem Begriff "Verwaltungsvertrag" zusammenfassend *Krebs* (Fn. 16), 250ff.

<sup>179</sup> Vgl. Schmidt-Preuß (Fn. 4), 185 ff., 212 ff. Zu normersetzenden und normprägenden Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, die auch auf hoheitlichen Druck zustande kommen, Michael (Fn. 89), 96 ff., 320 ff.

<sup>180</sup> Vgl. schon Ossenbühl (Fn. 3), 168ff.

eine Berufsausübungsregelung handelt, zu deren Rechtfertigung jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls reicht.<sup>181</sup> Die Grenzen gesetzesfreier Heranziehung Privater für die Erfüllung von Staatsaufgaben dürften denjenigen bei der "Verfahrensbeteiligung" entsprechen<sup>182</sup>, wo sie sich wegen der juristischen Finalisierung von Verfahren freilich besser konturieren lassen.

#### 3. Der Private als Inhaber öffentlicher Aufgaben

Beteiligt der Private sich an der Wahrnehmung nicht einer staatlichen, sondern einer nicht-staatlichen, aber staatlich verantworteten öffentlichen Aufgabe<sup>183</sup>, ergibt sich kein grundsätzlicher Unterschied.<sup>184</sup> Denn in beiden Fällen ist der Private als Grundrechtsträger beteiligt<sup>185</sup> und liegt hierin auch der Sinn der Beteiligung. Der – für die Beurteilung der Zulässigkeit der Beteiligung nicht maßgebende – Unterschied liegt darin, dass im ersten Fall der private Beitrag dienend auf eine Staatsaufgabe bezogen ist und im zweiten Fall selbstständiger Beitrag in einem staatlich geprägten und gewährleisteten Gesamtsystem (wie dem Gesundheitsoder dem Schulwesen) ist.

#### IX. Die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben als Teil privater Tätigkeit

Ist die Wahrnehmung staatlicher Aufgaben, in welcher Form auch immer, nur ein Teil privater Tätigkeit<sup>186</sup>, so stellt sich die Frage ihres Verhältnisses zu anderen Teilen. Diese Frage ist nach keinen anderen Grundsätzen zu beantworten, als sie das Beamtenrecht für Nebentätigkeiten und das Verhältnis von dienstlicher und privater Sphäre entwickelt hat. Gegen

<sup>&</sup>lt;sup>181</sup> Zu diesem Fragenkreis dürfte sich nach Ossenbühl (Fn. 3), 175 ff. (dort auch zu Art. 12 Abs. 2 und Art. 14 Abs. 1 GG) nichts grundsätzlich Neues sagen lassen. Zu Art. 12 Abs. 1 GG vgl. noch dens. AöR 115 (1990), 1 ff. Wie hier im Ergebnis auch Burgi (Fn. 26), 224.

<sup>182</sup> Dazu oben VII. Burgi (Fn. 26), 287f. verweist insoweit auf das "Staatsaufgabengesetz", also die im Einzelfall einschlägigen gesetzlichen Regelungen, was bedeutet, dass eine pauschale Antwort auf die Frage nicht möglich ist; vgl. auch Osterloh (Fn. 15), 234ff.

<sup>183</sup> Erläuterung des Begriffs oben bei II.1.a).

<sup>184</sup> Vgl. hierzu schon Ossenbühl (Fn. 3), 158f.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Einfachgesetzliche Anerkennung seiner Selbstständigkeit in § 10 Abs. 2 BSHG und in § 17 Abs. 3 Satz 2 SGB I.

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Dazu, dass Indienstnahmen typischerweise an eine schon ausgeübte berufliche Tätigkeit anknüpfen, s. *Manssen* (Fn. 5), Rn. 290.

eine Übersicherung staatlicher Belange, etwa durch gesellschaftsrechtliche Einwirkungsrechte, die sich auch auf erwerbswirtschaftliche Betätigung beziehen, soweit diese Einfluss auf die Erfüllung staatlicher Aufgaben haben kann<sup>187</sup>, hat der Private Grundrechtsschutz.

Ist die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dagegen ausschließlicher Inhalt privater Tätigkeit, so drohen rechtlich zunächst schwer greifbare Gefahren einer Kommerzialisierung, einer Abhängigkeit der Privaten, zugleich einer Günstlingswirtschaft.

#### X. Nichtbeteiligung und Nichtbeteiligte

So schwierig die Abgrenzung und Zuordnung unterschiedlicher Formen der Beteiligung Privater ist, so klar ist dagegen die Abgrenzung von Beteiligung und Nichtbeteiligung. Im besonders sensiblen Bereich der Finanzen verhindern die Gegenleistungsfreiheit der Steuer und das haushaltsrechtliche Prinzip der Nonaffektation<sup>188</sup>, dass Zahlungen Privater bestimmten öffentlichen Aufgaben zugeordnet werden können. Im Personalbereich ist es das öffentliche Dienstrecht, das Privates und Amtliches voneinander trennt. Und im Beschaffungswesen sorgt ein immer strengeres Vergaberecht für eine Neutralisierung sachfremden privaten Einflusses. 189 Diesen inhaltlich so verschiedenen Rechtsmaterien lässt sich der Grundgedanke entnehmen, dass es eine "aufgedrängte" Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht geben soll, sondern dass "Beteiligung" eine staatliche Zulassung voraussetzt. 190 Dieser Grundgedanke kommt in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag zum Ausdruck<sup>191</sup>, wobei "öffentlichrechtliche Geschäftsführung" hier im Kern gleichzusetzen ist mit "Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben".

<sup>&</sup>lt;sup>187</sup> So das mit dem Wort "kann" weit gefasste Kriterium des StGH Bremen, Urteil vom 15. 1. 2002, St 1/01, UA, 24; wohl restriktiver § 5 des bremischen Beleihungsgesetzes, welches dieser Entscheidung zugrunde lag, hinsichtlich der Rechnungshofkontrolle.

<sup>&</sup>lt;sup>188</sup> Das auch für nichtsteuerliche Einnahmen des allgemeinen Haushalts gilt (*P. Kirchhof* in: HStR IV, 1990, § 88 Rn. 208). Zu ihm mwN: *Tipke/Lang* Steuerrecht, 17. Aufl., 2002, § 3 Rn. 14. Im Zusammenhang mit dem vorliegenden Thema auch *Di Fabio* (Fn. 15), 267.

<sup>189</sup> Zu ihm auch Burgi (Fn. 26), 147 ff.; Puhl VVDStRL 60 (2001), 456 ff.

<sup>190</sup> Zur sachverständigen Beratung ebenso Brohm (Fn. 36), Rn. 38.

<sup>&</sup>lt;sup>191</sup> Zu dessen dogmatischen Problemen Maurer (Fn. 9), § 28 Rn. 10 ff. Beispiel einer gesetzlichen Regelung: § 121 BSHG.

Eine Beteiligung Privater setzt eine staatliche Zulassung voraus, durch die staatliche Verantwortung geltend gemacht werden kann. 192 Diese "Zulassung" ist an keine bestimmte Handlungsform gebunden;193 staatliche Verantwortung muss sich nicht in den Formen traditioneller Staatsaufsicht geltend machen. Die Zulassung ermöglicht dem Staat, die Problematik von Dritten - von übergangenen Beteiligungsinteressenten, von Außenstehenden<sup>194</sup> - zu steuern und einer Gewährleistungsverantwortung für eine öffentliche Aufgabe<sup>195</sup> nachzukommen. Rechtsgrund für das Zulassungserfordernis können grundrechtliche Schutzpflichten sein; aber ob ein Grundrechtsgut konkret gefährdet ist, lässt sich pauschal nicht sagen. 196 Punktuell sind verfassungsrechtliche Aufgaben- und Gewährleistungsfestschreibungen dieser Rechtsgrund. Aufs Ganze gesehen ist der Rechtsgrund derselbe wie für die staatliche Verantwortlichkeit: die Staatlichkeit einer Aufgabe bzw. die Staatlichkeit eines Systems, in dem Private öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Die Begriffe Aufgabe, Verantwortlichkeit und Zuständigkeit liegen auf einer Linie, insofern sie eine Garantenpflicht für ihren Gegenstand begründen. Das Begriffspaar Erfüllungs- und Gewährleistungsverantwortlichkeit hat somit doch einen rechtsdogmatischen Gehalt.<sup>197</sup>

## XI. Abschließende Überlegungen

Eine rechtspolitische Bewertung steht vor dem Problem der Ungewissheit wichtiger empirischer Grundlagen. Dies betrifft insbesondere die Alternative, ob die Beteiligung Privater ein "Ausfransungsprozess des öf-

<sup>&</sup>lt;sup>192</sup> Zu ihr, für den Fall der Privatisierung, wohl notwendig im Abstrakten bleibend: Bauer (Fn. 13), 268 ff., 277 ff. Die Vagheit des Verantwortungskriteriums nutzt sowohl Privatisierungsbefürwortern als auch -gegnern, indem sie klare Festlegungen vermeiden läset

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> Zur Frage eines Zulassungsanspruchs Kunig/Rublack (Fn. 52), 10f. Wichtigste verfassungsrechtliche Anspruchsgrundlage dürfte Art. 3 Abs. 1 GG sein.

<sup>194</sup> Zu Letzterem auch die Überlegungen von Schmidt-Preuß (Fn. 4), 198. Kunig/Rublack (Fn. 52), 9f., sprechen von "Viertschutz".

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Gallwas hat insoweit schon früh von einer Garantenstellung gesprochen (Fn. 1), 226 ff., 229 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>196</sup> Ein manchmal ubiquitärer Gebrauch des Rechtsinstituts der grundrechtlichen Schutzpflicht wirkt wie eine verfassungsrechtliche Verbrämung sozialstaatlicher Vollkaskomentalität. Klar konturiert dagegen *Isensee* in: HStR V, 1992, § 111 Rn. 88ff.

<sup>&</sup>lt;sup>197</sup> Die als dritte zu nennende Auffangzuständigkeit liegt auf einer juristisch nur verfassungsrechtlich denkbaren Metaebene, weil sie die Schaffung von Aufgaben usw. betrifft. Zu diesen Begriffen oben I.3.

fentlichen Sektors"<sup>198</sup>, ja ein Eindringen Privater in den staatlichen Bereich, ein Entstaatlichungsprozess ist oder ob sie eine Folge der entgegengesetzten Entwicklung ist, einer Ausdehnung staatlicher Aufgaben und Regulierung, die – soll sie nicht zu einer freiheits- und wohlstandsgefährdenden weiteren Ausdehnung der Staatsquote führen – die Einschaltung Privater unumgänglich macht. Eine rechtspolitische Bewertung sieht sich weiter dem Problem gegenüber, dass wichtige Gründe für eine Beteiligung Privater an anderen Stellen zu suchen sind: in einer Krise des Berufsbeamtentums<sup>199</sup> und in einer Normsetzungsflut, die in Umfang und Hektik auf die Arbeitskapazität staatlicher Vollzugsorgane wenig Rücksicht nimmt.

Von den Rechtsinstituten des allgemeinen Verwaltungsrechts haben sich die Beleihung und die Indienstnahme bewährt, während die Verwaltungshilfe zum einen von einem speziellen, staatshaftungsrechtlichen Kontext, zum anderen von den Unklarheiten des Begriffs "öffentliche Aufgabe" beeinflusst ist. Es fällt auf, dass Organisationsfragen im Verwaltungsrecht weniger unter dem Gesichtspunkt einer Beteiligung Privater als unter dem Gesichtspunkt der Integrität der Staatsgewalt diskutiert werden. Es fällt weiter auf, dass Grundrechte für das Thema eine geringere Rolle spielen als bei anderen Themen üblich.

Nachdenken über eine Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben führt auf den Staat, nicht zentral auf die Verfassung, und lässt den Staat durch den Kontrast zu privaten, gesellschaftlichen Kräften neue Kontur<sup>200</sup> als die zentrale Größe gewinnen, die die Öffentlichkeit von Aufgaben konstituiert und deren Wahrnehmung gewährleistet.<sup>201</sup> Wie dies im Einzelnen geschieht, ist eine pragmatisch zu beant-

<sup>&</sup>lt;sup>198</sup> Im Original "Ausfransungsprozess"; *Schuppert* in: Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 72, 92.

<sup>199</sup> Wenn in Teilen der Verwaltung nur mäßig qualifiziertes Personal beschäftigt wird, nimmt es nicht Wunder, dass auch der Staat selbst sie meidet und nach privaten Alternativen sucht, was aber die Schwierigkeit, besseres Personal zu rekrutieren, für den betroffenen Verwaltungszweig nur weiter erhöht. Zur Staatshochbauverwaltung insoweit schon Laux in: Biernat u.a. (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, 283, 284. – Zum grundsätzlichen Problem im Ansatz wohl ebenso Osterloh (Fn. 15), 215.

<sup>&</sup>lt;sup>200</sup> In der oben zitierten Entscheidung des StGH Bremen (vom 15. 1. 2002, St 1/01) ist (UA 15) von einem "Prinzip der Einheit der Staatsorganisation" die Rede. Paradigmatisch der Titel eines Literaturberichts von *Schuppert* Zur Neubelebung der Staatsdiskussion. Entzauberung des Staates oder "Bringing the state back in", Der Staat 28 (1989), 91 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>201</sup> Im Verhältnis von Staat und Gesellschaft die Akzente etwas anders setzende abschließende Bemerkungen bei *Ossenbühl* (Fn. 3), 201 f. Heute droht weder eine Gefahr totaler Inpflichtnahme Privater noch liberalistischer Teilnahmslosigkeit. Im Verhältnis

wortende Frage; von einem an einem Verantwortungsprinzip orientierten allgemeinen Verwaltungskooperationsrecht<sup>202</sup> sollte man sich keine Hilfe erwarten.<sup>203</sup> Werden Private an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligt, so kann staatliche Verantwortung sich nicht wie gegenüber nachgeordneten Behörden geltend machen. Es ist ein Widerspruch, freilich auch eine nahe liegende Versuchung, wenn der Staat private Fähigkeiten und Interessen für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nutzen und zugleich die volle Kontrolle darüber behalten möchte; zwischen beidem muss ein Ausgleich gefunden werden.

von Staat und Gesellschaft erscheint "die Gesellschaft" zur Zeit als leistungsfähiger und der Staat als ihrer Hilfe bedürftig.

<sup>202</sup> Dessen Schaffung schon aus Gründen föderaler Aufteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten im Bereich des allgemeinen Verwaltungsrechts unwahrscheinlich ist.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> Hierin spiegelt sich die Beobachtung, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ein Thema des Besonderen Verwaltungsrechts zu sein scheint.

#### Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

## Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

#### I. Rechtlicher und tatsächlicher Befund

- 1. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist weder für das Verfassungs- noch für das allgemeine Verwaltungsrecht ein einheitliches Thema. Im Grundgesetz finden sich ausdrückliche Regelungen zur Privatisierung von Bahn und Post und zur Organisation der Flugsicherung sowie zu den Privatschulen. Das allgemeine Verwaltungsrecht ist beteiligt mit den Instituten der Beleihung und der pflichtigen oder freiwilligen Verwaltungshilfe, der Kondominial- und der funktionalen Selbstverwaltung, mit dem Verwaltungsprivatrecht und öffentlich-rechtlichen Organisationsformen einer unternehmerischen Kooperation von Staat und Privaten, schließlich durch Privatisierung und (Selbst-)Regulierung.
- 2. Diese unterschiedlichen Zugänge lassen sich auf der Grundlage eines formalen Staatsaufgabenbegriffs (dazu 4.) um die vier rechtlich ausgestalteten Leitbegriffe Aufgabe und Befugnis, Organisation und Verfahren ordnen. Eine juristisch aussagekräftige Ordnung um ein Verantwortungsprinzip ist nicht möglich; denn ein solches ist wie die Kategorie des Gemeinwohls zu abstrakt.
- 3. Als Beispiel für die tatsächliche Bedeutung des Themas sei die Steueranmeldung genannt, die Berechnung der Steuer durch den Steuerpflichtigen selbst, die einer finanzbehördlichen Steuerfestsetzung unter Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht und alleinige Grundlage für die Steuererhebung sein kann. Auf diese Weise werden mindestens 50% des gesamtstaatlichen Steueraufkommens vereinnahmt, in Deutschland nach der Steuerschätzung für 2002 grob 225 Mrd. Euro.

#### II. Begrifflichkeit und juristische Fragestellung

4. Schlüssel- und zugleich problematischster Begriff ist "öffentliche Aufgabe". Dieser Begriff stimmt im Kern mit dem Begriff der Staatsaufgabe überein. Staatsaufgabe ist alles, womit der Staat sich in rechtlicher Form befasst und von Verfassungs wegen befassen darf oder muss. Nicht-staatliche öffentliche Aufga-

ben, bei denen eine staatliche Verantwortung besteht, sind durch die Möglichkeit staatlichen Zugriffs gekennzeichnet; es kann sich um Aufgaben handeln, die Privaten im Umfeld einer Staatsaufgabe zum Zweck der Staatsentlastung auferlegt sind (Beispiel: Entsorgungspflichten), oder um selbstständige Beiträge Privater in einem staatlich geprägten System (Beispiel: Privatschule).

- 5. Staatsaufgaben ergeben sich grundsätzlich nicht materiell aus der Verfassung. Die inhaltliche Offenheit des Begriffs mag ein Beispiel verdeutlichen. Betreibt eine Kommune aus Gründen der Daseinsvorsorge ein Schwimmbad in der Organisationsform einer GmbH, so ist der Betrieb Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe, ja einer Staatsaufgabe. Werden die Anteile an der GmbH vollständig an einen Privaten veräußert, der den Betrieb des Schwimmbades tatsächlich in gleicher Weise fortführt, so liegt keine Staatsaufgabe, ja auch keine öffentliche Aufgabe mehr vor. Einem Privaten eine Staatsaufgabe als solche aufzuerlegen, ist nicht möglich.
- 6. Privater ist jede natürliche Person, soweit sie kein öffentliches Amt innehat, und jede grundrechtsfähige privatrechtsförmige Organisation. Internationale Bezüge werden bei dieser Definition vernachlässigt.
- 7. "Beteiligung" lässt sich auf die Aufgabenträgerschaft und die Aufgabenwahrnehmung beziehen und setzt eine staatliche Zulassung voraus. Anders als im wirtschaftlichen Verkehr ist "Beteiligung" nicht primär finanziell zu verstehen, weil bei öffentlichen Aufgaben die Finanzierung der Aufgabe nachfolgt.
- 8. Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben steht nicht ohne Grund in dem Ruf, ein unübersichtlicher und heterogener Komplex zu sein. Die Staatsorganisation muss aber, vor allem aus Gründen demokratischer Zurechnung und Verantwortung, klar strukturiert sein. Die Beteiligung Privater muss sich darum in ein Gesamtkonzept der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben einfügen, für das der Staat verantwortlich ist.

#### III. Staatstheoretische Grundlagen

- 9. Die Attraktivität des "Privaten" für das öffentliche Recht ist in der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft begründet. Deren polare Struktur schließt Drittes, was mehr sein soll als eine Mischung von beidem, und gleitende Übergänge aus. Von den beiden Polen ist der Staat rechtlich organisiert und national radiziert. Der Staat ist kein bloßes gesellschaftliches Subsystem, leidet aber an einer Professionalitätskrise seines Beamtentums.
- 10. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft erfüllt die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht mit Sinn. Das Privatrecht bietet Foren, auf denen sich Staat und Private gleichberechtigt an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben beteiligen können.

- 11. Das Gemeinwohl fällt nicht ausschließlich in die Zuständigkeit des Staates, sondern wird von Staat und Gesellschaft zusammen angestrebt. Der Vorbehaltsbereich des Staates beschränkt sich auf das Gewaltmonopol im Inneren wie im Äußeren und auf die Befugnis zu allgemein verbindlicher Entscheidung durch Norm sowie exekutiven und richterlichen Einzelakt. Auch insoweit besteht kein Staatsmonopol.
- 12. Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordert rechtliche Konkretisierung (durch den Staat). Ist von einer "Verantwortungsteilung" zwischen Staat und Privaten die Rede, so darf dieser Unterschied zwischen beiden nicht übersehen werden. "Verantwortungsteilung" birgt eine Gefahr unklarer Zuordnungen, die deutlicher wird, wenn "Verantwortung" durch "Zuständigkeit" ersetzt wird.

#### IV. Befugnisbeteiligung

13. Bei der Beleihung werden einzelne hoheitliche, auch schlicht-hoheitliche Befugnisse auf Private zur selbstständigen Ausübung übertragen. Die staatliche Verantwortung macht sich geltend über Gesetzesvorbehalt und Aufsicht, die Beschränkung auf einzelne Hoheitsrechte und die Selbstständigkeit ihrer Ausübung, die klare Zuordnungen ermöglicht. Die Beleihung erlebt zur Zeit eine Renaissance.

#### V. Organisationsbeteiligung

- 14. Die Beteiligung Privater an öffentlich-rechtlichen Gremien und Organisationen, ihre Verkammerung sowie die Einbindung öffentlich-rechtlicher Organisationen in privatrechtliche Konzernstrukturen stößt im Demokratieprinzip des Grundgesetzes auf enge, für diese Beteiligungsformen gesondert zu begründende, aber auf demselben Grundgedanken beruhende Grenzen (wie das Prinzip der doppelten Mehrheit). Der Grundgedanke lautet, dass Privaten personelle demokratische Legitimation fehlt.
- 15. Einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Organisationsformen des Privatrechts bereiten das Demokratieprinzip und der Gesetzesvorbehalt geringeren Widerstand. Das Verwaltungsprivatrecht sollte nicht nur unter dem Gesichtspunkt einer Flucht des Staates aus öffentlich-rechtlichen Bindungen betrachtet werden, sondern auch unter dem gegenläufigen Gesichtspunkt einer Beteiligung Privater an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen. Der wichtigste Grundsatz des (privatrechtlichen) Gesellschaftsrechts ist der Gleichheitssatz. Er gewährleistet, dass Staat und Private in seinen Organisationsformen gleichberechtigt kooperieren. Ein als

Sonderrecht staatlicher Gesellschafter damit unvereinbares Verwaltungsgesellschaftsrecht ist abzulehnen.

- 16. Adressat öffentlich-rechtlicher Bindungen gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen ist nicht die privatrechtliche Organisation, sondern der staatliche Anteil, dies ohne Rücksicht auf dessen Höhe. Die Organisation ist grundrechtsfähig, auch dies ohne Rücksicht auf die Höhe des staatlichen Anteils. Die Rücknahme staatlicher Verantwortung äußert sich hier auch im Fehlen einer Staatsaufsicht und in der Insolvenzfähigkeit.
- 17. Solche öffentlich-rechtlichen Bindungen müssen in die "Sprache" des Gesellschaftsrechts transformiert werden. Wo dies nicht möglich ist, scheidet die Privatrechtsform für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben aus. Nicht zuletzt wegen der größeren Selbstständigkeit bedarf die Option für das Privatrecht einer gesetzlichen Grundlage.

#### VI. Verfahrensbeteiligung

- 18. Mit Verfahrensbeteiligung sind alle auf staatliche Verfahren bezogenen Maßnahmen Privater gemeint, die staatliches Handeln ersetzen oder beeinflussen, nicht die notwendige Beteiligung insbesondere eines Antragstellers. Hierhin gehört insbesondere die sachverständige Beratung. Verfahrensbeteiligung ist in einfachen Verwaltungsverfahren auch ohne gesetzliche Regelung grundsätzlich zulässig, sofern die zuständige Stelle die das Verfahren abschließende Entscheidung als eigene verantworten kann. Dies setzt eine rechtliche Zäsur zwischen der ein Verfahren abschließenden Entscheidung und ihrer Vorbereitung voraus. Diese Zäsur ist auch im Gesetzgebungsverfahren möglich, weniger in förmlichen Verwaltungs- oder in Gerichtsverfahren.
- 19. Für den privaten Beteiligten an staatlichen Verfahren wird der Begriff des Zuarbeiters vorgeschlagen, der den insbesondere nach den Regeln über die sachliche Zuständigkeit zulässigen Verfahrensanteil von Privaten und die Funktion ihrer Beteiligung umschreiben soll.

#### VII. Aufgabenbeteiligung

20. Soweit man unter Verwaltungshelfer eine natürliche Person versteht, der Hilfstätigkeiten in der Verwaltung zugewiesen sind und deren Verhalten der Verwaltung zugerechnet wird, trägt der Begriff zu dem Thema wenig bei; er ist dann dienstrechtlicher Natur. Anders ist es bei einem Begriffsverständnis, für das der Grundrechtsstatus des Verwaltungshelfers und die Nutzung seiner Fähigkeiten und Interessen für die Verwaltung bei gleichzeitiger Unterordnung unter deren Aufgaben konstitutiv sind.

- 21. Die Aufgabenbeteiligung kann auf eine Staatsaufgabe oder eine davon zu unterscheidende öffentliche Aufgabe (oben 4.) bezogen werden, ohne dass damit grundsätzlich verschiedene Rechtsfragen verbunden wären.
- 22. Die Aufgabenbeteiligung bedarf nach den allgemeinen Kriterien einer gesetzlichen Grundlage oder ist auf der Grundlage eines öffentlich-rechtlichen oder privatrechtlichen Vertrags möglich. Grundrechtlicher Widerstand gegen eine (unentgeltliche) Indienstnahme verspricht wenig Aussicht auf Erfolg, wenn diese sich als bloße Berufsausübungsregelung darstellt.

#### VIII. Beteiligung als Nebentätigkeit, Nichtbeteiligung

- 23. Ist die Beteiligung an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nur ein Teil privater Tätigkeit, so müssen Interessenkonflikte mit anderen, insbesondere erwerbswirtschaftlichen Teilen vermieden werden.
- 24. Kriterium für das Vorliegen einer Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ist eine staatliche Zulassung, die an keine bestimmte Rechtsform gebunden ist und über die staatliche Verantwortung geltend gemacht werden kann. Wie in dem Rechtsinstitut der öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag exemplarisch zum Ausdruck kommt, soll es eine "aufgedrängte Beteiligung" nicht geben. Im besonders sensiblen Bereich der Finanzen verhindern die Gegenleistungsfreiheit der Steuer und das haushaltsrechtliche Prinzip der Nonaffektation, dass Zahlungen Privater bestimmten öffentlichen Aufgaben zugeordnet werden können.

#### IX. Ausblick

25. Eine rechtspolitische Bewertung anhand der Alternative, die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben als Eindringen Privater in den staatlichen Bereich, als Entstaatlichung, aufzufassen oder – konträr – als Folge einer Überdehnung staatlicher Aufgaben und Regulierung, die – soll sie nicht Freiheit und Wohlstand gefährden – die Aktivierung Privater unumgänglich macht, ist zu pauschal. Eine rechtspolitische Bewertung muss weiter die aktuelle Professionalitätskrise des Berufsbeamtentums und eine Normsetzungsflut bedenken, die in Umfang und Hektik auf die Arbeitskapazität staatlicher Vollzugsorgane wenig Rücksicht zu nehmen scheint. Eine rechtspolitische Bewertung führt als zentrale Größe auf den Staat, der die Öffentlichkeit von Aufgaben konstituiert, deren Wahrnehmung gewährleistet und pragmatisch Private beteiligt. Eine allgemeine Regelung dieser Beteiligung in einem Verwaltungskooperationsrecht ist rechtspolitisch nicht geboten und wäre in Deutschland wegen der föderalen Verteilung der Gesetzgebungskompetenzen im Übrigen kaum realisierbar.

### Zweiter Beratungsgegenstand: Öffentliche Gemeinwohlverantwortung im Wandel

# Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

2. Bericht von Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, Freiburg i.Br.\*

#### Inhalt

	Seite
Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas	268
Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im	
Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung	270
	271
•	
<i>v</i> .	271
	273
<del>_</del>	275
•	
•	275
· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	282
•	286
•	
•	286
	291
	· · ·

<sup>\*</sup> Der vorliegende Text stimmt mit dem in St. Gallen gehaltenen Referat überein und ist einschließlich Fußnoten auf dem Stand vom 2. Oktober 2002. Auch Staatsrechtslehrerreferate entstehen nicht ausschließlich in Einsamkeit und Freiheit. Für kritische Diskussionen und Anregungen danke ich besonders C. Bumke, W. Kahl, H. C. Röhl, R. Schmidt, F. Schoch, R. Sparwasser und R. Wahl, sowie meinen Mitarbeitern A.-K. Kaufhold und F. Reimer.

	4. Verwaltungsrechtliche Perspektive	299
	-	299
	b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewähr-	
		304
III.		307
	1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungs-	
		307
	a) Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und	
	Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements	307
	b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur	307
	c) Produktive Verkoppelung privaten und öffentlichen	
		308
	2. Regulierungskonzept	308
		308
	b) Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und	
	Privatem Recht	309
	3. Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungs-	
	verwaltungsrechts	310
	a) Ergebnissicherung	311
		312
	c) Schutz der Rechte Dritter	318
	d) Lenkung und Kontrolle	320
	e) Evaluation und Lernen	325
	· · · · · · · · · · · · · · · · · · ·	326
IV.	Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?	327

#### I. Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas

Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stellt in freiheitlichen Ordnungen eine Alltäglichkeit dar.<sup>1</sup> Die Ursachen hierfür liegen auf der Hand: Der stets an der Grenze zur Überforderung agierende Staat kann sich auf diese Weise selbst entlasten und gleichzeitig das Problemlösungspotential der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Interessen nutzen. Beide Anliegen scheinen am Anfang des 21. Jahrhunderts angesichts der Weite und Tiefe des zu bewältigenden Aufgabenspektrums sowie eines stetigen Komplexitätszuwachses in allen zentralen Handlungsfeldern drängender geworden zu sein. Nicht zuletzt der in jüngerer Zeit deutlich vernehmbare Ruf nach der Entwicklung eines Privatorganisations-<sup>2</sup>, Privatisierungsfolgen-<sup>3</sup>, Verwaltungskoope-

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Exemplarisch J. Isensee Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: HStR III, 1988, § 57 Rn. 78, 81, 138. Dementsprechend hat sich die Vereinigung seit ihrem Bestehen mit dieser Thematik immer wieder aus ganz unterschiedlichen Perspektiven beschäftigt. Nähere thematische Bezüge bestehen zu folgenden Referaten: J. Salzwedel und M. Bullinger Staatsaufsicht in der Verwaltung und der Wirtschaft, VVDStRL 22 (1965), 206ff. bzw. 264ff.; G. Leibholz und G. Winkler Staat und Verbände, VVDStRL 24 (1966), 5ff. bzw. 34ff.; F. Ossenbühl und H.-U. Gallwas Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), 137 ff. bzw. 211 ff.; O. Bachof und W. Brohm Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), 193 ff. bzw. 245 ff.; D. Rauschning, W. Hoppe, K. Wenger und L. Wildhaber Staatsaufgabe Umweltschutz, VVDStRL 38 (1980), 167ff., 211ff., 318ff. bzw. 325ff.; H.-C. Link und G. Ress Staatszwecke im Verfassungsstaat, VVDStRL 48 (1990), 7ff. bzw. 56ff.; J. Burmeister und W. Krebs Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), 190ff. bzw. 248ff.; J. Hengstschläger, L. Osterloh, H. Bauer und T. Jaag Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), 165ff., 204ff., 243 ff. bzw. 287 ff.; D. Merten, W. Berka und O. Depenheuer Bürgerverantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 55 (1996), 7ff., 48ff., 90ff.; M. Schmidt-Preuß und U. Di Fabio Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), 160 ff. bzw. 235 ff.; F. Schoch und H.-H. Trute Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, VVDStRL 57 (1998), 158ff. bzw. 216ff.; W. Löwer, T. Puhl und M. Holoubek Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416ff., 456ff. und 513ff.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> R. Wahl Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 301, 325 ff. Zust. P. M. Huber Die entfesselte Verwaltung, StWStP 9 (1998), 423, 447. In dieselbe Richtung zielt die ältere Forderung nach einem "Verwaltungsgesellschaftsrecht", vgl. erstmals E. T. Kraft Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, 231–260. Aus jüngerer Zeit vgl. T. v. Danwitz Vom Verwaltungsprivat- zum Verwaltungsgesellschaftsrecht, AöR 120 (1995), 595 ff.; W. Krebs Notwendigkeit und Struktur eines Verwaltungsgesellschaftsrechts, Die Verwaltung 29 (1996), 309 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> J. A. Kämmerer Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, 1042, 1047-1050; ders. Privatisierung, 2001, 426-525. Vgl. ferner M. Ruffert Regulierung im System des Verwal-

rations-4 oder Regulierungsverwaltungsrechts<sup>5</sup> deutet darauf hin, dass sich Art und Umfang des Zusammenwirkens zwischen staatlichen und privaten Akteuren gewandelt haben<sup>6</sup> und die rechtliche Bewältigung der damit verbundenen Herausforderungen weiterhin aussteht.<sup>7</sup> Erhärtet werden soll diese Vermutung im ersten Teil meines Berichts durch die kritische Rekonstruktion der bisherigen Diskussion (II.).<sup>8</sup> Die dort ange-

tungsrechts, AöR 124 (1999), 237, 239; Schoch (Fn. 1), 206f.; M. Burgi Kommunales Privatisierungsfolgenrecht, NVwZ 2001, 601 ff. Richtungsweisend Bauer (Fn. 1), 279: "Privatisierungsfolgenverantwortung".

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Der Begriff geht wohl zurück auf E. Schmidt-Aßmann Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktion als wechselseitige Auffangordnungen, in: W. Hoffmann-Riem/ E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, 7, 29, der auch von "Privatverwaltungsrecht" (ebd., 28) spricht. Näher ausgeformt wird das dahinterstehende Konzept bei G. F. Schuppert Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in: C. Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, 72, 111 ff.; ders. Verwaltungswissenschaft, 2000, 443-452; ders. Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001, und H. Bauer Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts, in: G. F. Schuppert (Hrsg.) Jenseits von Privatisierung und "schlankem Staat", 1999, 251 ff.; ders. Public-Private-Partnerships als Erscheinungsformen der kooperativen Verwaltung, in: R. Stober (Hrsg.) Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2001, 21, 29ff. Vgl. ferner W. Kahl Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, 793, 802; R. Pitschas Polizeirecht im kooperativen Staat, DÖV 2002, 221; W. Weiß Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBI. 2002, 1167, 1181 f.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> J. Wieland Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung, Die Verwaltung 28 (1995), 315, 332–335; H.-H. Trute Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, DVBI. 1996, 950, 954; T. Skoczny Stand und Entwicklungstendenzen eines Regulierungsverwaltungsrechts in Polen, und J. Masing Stand und Entwicklung eines Regulierungsverwaltungsrechts, beide in: H. Bauer u.a. (Hrsg.) Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen des Gewährleistungsstaates, 2002, 113 ff. bzw. 161 ff. Ähnlich J.-P. Schneider Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, 35–38, der für die Entwicklung eines "Wirtschaftsregulierungsrechts" plädiert.

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Zu möglichen Ursachen und Erklärungsansätzen vgl. auch Osterloh (Fn. 1), 219f., und A. Voβkuhle Das Kompensationsprinzip, 1999, 1-7 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> Krit. O. Lepsius Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht, 2002, 409-415: "Wiederbelebung traditioneller Debatten".

<sup>8</sup> Aus der Metaperspektive lassen sich mit aller gebotenen Vorsicht drei dominante Diskurse unterscheiden, die zeitlich versetzt und teilweise parallel zueinander verlaufen, letztlich aber dieselben Grundfragen zum Gegenstand haben: (1) Deregulierung und Privatisierung, (2) Reform der Verwaltung und des Verwaltungsrechts, (3) Stärkung bürgerschaftlichen Engagements. Zu Vernetzungen dieser Diskurslinien vgl. etwa G. F. Schuppert Aktivierender Staat und Zivilgesellschaft – Versuch einer Verhältnisbestimmung, in:

stellten Überlegungen münden in die zentrale These von der Notwendigkeit eines eigenständigen Rechts der Gewährleistungsverwaltung, dessen Systemlinien sodann im zweiten Teil näher entfaltet werden (III.).

## II. Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung

Den Ausgangspunkt der Analyse bildet die Frage nach der Verantwortung<sup>9</sup> des Staates im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung. Juristisch präziser<sup>10</sup> geht es um die Frage, in welchem Ausmaß staatliche

Enquete-Kommission "Zukunft des Bürgerschaftlichen Engagements", Deutscher Bundestag (Hrsg.) Bürgerschaftliches Engagement und Zivilgesellschaft, 2002, 185 ff.

10 Verantwortung ist zunächst ein heuristischer Begriff (E. Schmidt-Aβmann Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 3. Kap., Rn. 88). Ein einheitlicher (verfassungs-)rechtlicher Verantwortungsbegriff existiert nicht (Kämmerer [Fn. 3], 435); der Gesetzgeber verwendet den Begriff der Verantwortung nicht von ungefähr in unterschiedlichen Zusammenhängen und mit unterschiedlicher Bedeutung (vgl. D. Wilke Über Verwaltungsverantwortung, DÖV 1975, 509, 510f.; M. Sachs Bürgerverantwortung im Verfassungsstaat, DVBl. 1995, 873, 874-876; Dreier [Fn. 9], 12-17). Dementsprechend

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Der Begriff der Verantwortung ist trotz oder gerade wegen seiner inflationären Verwendung in politischen, philosophischen, moraltheologischen und juristischen Diskursen stark ausfüllungsbedürftig und kontextabhängig geblieben, vgl. statt vieler zuletzt den materialreichen Überblick von H. Dreier Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, ARSP Beiheft 74 (2000), 9ff. Bei näherem Hinsehen lassen sich aber sechs Elemente herauskristallisieren, die Anknüpfungspunkte für die juristische Dogmatik bieten und die zusammen die formale Struktur der Verantwortung kennzeichnen. Damit sinnvoll von Verantwortung gesprochen werden kann, bedarf es (1.) eines handlungsfähigen Subjekts (natürliche oder juristische Person), (2.) das aufgrund eines bestimmten Zurechnungstatbestandes (3.) für etwas (ein Tun, ein Unterlassen, die daraus resultierende Folge, die Erreichung eines Zustands oder die Erfüllung einer Aufgabe) (4.) vor einer anderen Instanz (Gewissen, Gott, Öffentlichkeit, Gericht, Aufsichtsorgan etc.) einstehen muss, was immer nur dann zumutbar ist, wenn für den Verantwortlichen (5.) Handlungsspielräume bestehen und (6.) ein Maßstab existiert, an dem er sich bei seinen Handlungen orientieren kann. Die Zurechnung zwischen Verantwortungssubjekt und Verantwortungsobjekt lässt sich aus dem Begriff der Verantwortung selbst nicht begründen, sondern erfordert eine Wertentscheidung. Diese Wertentscheidung ist aus juristischer Sicht dem Gesetzgeber vorbehalten, der seinerseits an die Verfassung gebunden ist, vgl. A. Voßkuhle Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Fn. 4), 47, 52-56 mwN. Zust. Lepsius (Fn. 7), 403-406. Den Verantwortungsbegriff auf vier Elemente reduzierend U. Di Fabio Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, 106-108. Wieder anders z.B. E. Schmidt-Aβmann Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), 221, 227f. Im Übrigen fällt auf, dass diejenigen, die mit Verantwortungstypologien arbeiten (vgl. unten Fn. 63, 65), den Begriff der Verantwortung i.d.R. selbst nicht weiter definieren.

Hoheitsträger rechtlich verpflichtet sind, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen.<sup>11</sup> Ihr wird im Folgenden aus verschiedenen Perspektiven nachgegangen<sup>12</sup>, um die begrenzte Tragweite der jeweiligen Begründungsstränge besser herauszuarbeiten.

- 1 Staatstheoretische Perspektive
- a) Hierarchie oder Heterarchie: Der Staat als Zurechnungssubiekt von Verantwortung in globalen Netzwerken

Aus staatstheoretischer Sicht ist zunächst zu klären, ob der "Staat" überhaupt noch als sinnvolles Zurechnungssubjekt von Verantwortung angesehen werden kann.<sup>13</sup> Angesichts der Internationalisierung des poli-

sollte seine dogmatische Leistungsfähigkeit nicht überschätzt werden. Sehr weitgehend: P. Saladin Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 99: "Schlüssel zu einer Staatstheorie der Gegenwart und Zukunft"; R. Pitschas Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, 9: "grundlegende und systembildende wie ebenso handlungsanleitende Kategorie der Staats- und Verwaltungswissenschaften"; Di Fabio (Fn. 9), 105: kein "juristischer Begriff im engeren Sinne", aber "Essenz der Verfassungsstaatlichkeit" und "unsichtbare konstitutionelle Grundstruktur"; J. Schubert Das "Prinzip Verantwortung" als verfassungsrechtliches Rechtsprinzip, 1998, 323: "Verantwortung als Schlüssel zu einer neu-orientierten Staatstheorie"; L. Michael Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, 294-317: "normative Kategorie" und "verfassungsrechtlicher Legitimationsbegriff". Nicht unproblematisch auch BVerfGE 98, 106, 121: "Das Zusammenwirken von öffentlicher und privater Hand betont die gemeinsame Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die von Wirtschaft und Gesellschaft nicht nur die Beachtung des Rechts fordert (...)." Krit. zur Verwendung des Begriffs im juristischen Kontext z.B. H. C. Röhl Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 33ff.; R. Schmidt Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht, VerwArch 91 (2000), 149, 157f.; Kämmerer (Fn. 3), 433-439.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> Eine vorrechtliche Verantwortung des Staates existiert in einem freiheitlich-demokratisch verfassten Gemeinwesen ebenso wenig wie eine vorrechtliche, nicht gesetzesmediatisierte Verantwortung des Bürgers, ähnlich Merten (Fn. 1), 16-24; Berka (Fn. 1), 53-55; Dreier (Fn. 9), 26-31 mwN. Unklar Art. 6 BV-Schweiz: "Jede Person nimmt Verantwortung für sich selber wahr und trägt nach ihren Kräften zur Bewältigung der Aufgaben in Staat und Gesellschaft bei." Dazu eingehend Michael (Fn. 10), 301-312 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> Auf diese Weise soll gleichzeitig eine unproduktive Entgegensetzung von Theorie und Dogmatik vermieden werden, näher zu dieser differenziert-integrativen Arbeitsweise A. Voßkuhle Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: H. Bauer u.a. (Hrsg.) Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 171, 188-195.

<sup>13</sup> Hinter dem technisch anmutenden Thema der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben verbirgt sich insofern eine "fundamentale Frage der Staatlichkeit und Staatsstruktur", F. Ossenbühl Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 283, 285. Zust. C. Gramm Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 21-23; Kämmerer (Fn. 3), 525-561.

tischen Systems<sup>14</sup> sowie der vielfältigen kooperativen Verflechtungen und Diffusionen zwischen öffentlichem und privatem Sektor bestehen hier zunehmend Zweifel. So mehren sich Stimmen, denen zufolge die frühliberale Vorstellung einer zentralistischen Staatstheorie ersetzt werden muss durch ein "postmodernes Modell der heterarchischen relationalen Ordnungsbildung im Fluss der Zeit"15. Ihnen mag man von juristischer Seite entgegenhalten, dass die Regelungskonzeption der Verfassung in vielfältiger Weise auf der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft beruht.<sup>16</sup> Eine solche kontrafaktische Argumentationslinie sieht sich indes schnell dem Vorwurf ausgesetzt, keine realitätsgerechte Theoriekonzeption anbieten zu können und auf eine rein symbolische Ebene abzugleiten. Noch wichtiger dürfte daher die Einsicht sein, dass zur Zeit keine Instanz ersichtlich ist, die auch nur annähernd in der Lage wäre, mit derselben Legitimation verbindliche Entscheidungen herzustellen und durchzusetzen wie der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Nationalstaat. Selbst im globalen Netzwerk multipler Akteure verbleibt ihm eine

<sup>14</sup> Vgl. statt vieler *U. Brand u.a.* Global Governance, 2000, insbes. 21-47; *D. Held/A. McGrew* The Great Globalization Debate: An Introduction, in: dies. (Hrsg.) The Global Transformation Reader, 2000, 1-45; *T. Bernauer* Staaten im Weltmarkt, 2000; *A. v. Bogdandy* Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation – 1. Teil: Entkoppelung von Recht und Politik, KJ 2001, 264ff., jeweils mwN. Speziell aus verwaltungsrechtlicher Sicht vgl. die umfassende Bestandsaufnahme bei *C. Tietje* Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001. Vgl. des Weiteren auch das Weißbuch der Europäischen Kommission "Europäisches Regieren", KOM (2001), 428 endg.

<sup>15</sup> T. Vesting Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 21, 34. Vgl. ferner ders. Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, 101, 111-125. In der Stoßrichtung ähnlich K.-H. Ladeur Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Freiheitsrechte, 2000, 171-250. Zum Nationalstaat als "Auslaufmodell" vgl. ferner z.B. H. Willke Entzauberung des Staates, 1983, 9ff., 105ff.; ders. Ironie des Staates, 1992, 175ff.; ders. Supervision des Staates, 1997; K. Ohmae The End of the Nation State, 1995; J. M. Guéhenno Das Ende der Demokratie, 1994; M. Albrow Abschied vom Nationalstaat, 1998; M. van Creveld Aufstieg und Untergang des Staates, 1999, 373 ff.

<sup>16</sup> Eindringlich zuletzt wieder W. Kahl Gewährleistung öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung durch "Staatsaufsicht", in: Bauer (Fn. 5), 188, 190–195. Vgl. auch ders. Die rechtliche Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, Jura 2002, 721 ff., sowie H.-D. Horn Staat und Gesellschaft in der Verwaltung des Pluralismus, Die Verwaltung 26 (1993), 545 ff., und W. Weiβ Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 13–21. Zur Genese der Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft und den unterschiedlichen Positionen vgl. nur die Beiträge bei E.-W. Böckenförde (Hrsg.) Staat und Gesellschaft, 1976, und H.-H. Rupp Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft, in: HStR I, 1987, § 28.

unersetzbare "Sonderrolle"17, die es rechtfertigt, von staatlicher Verantwortung zu sprechen.

#### b) Der unendliche Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben

Worauf sich diese Verantwortung genau bezieht<sup>18</sup> und was sie bedeutet, ist damit freilich noch offen. Der konturlose Begriff der "öffentlichen Aufgabe" stellt lediglich klar, dass nicht alle im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben durch den Staat selbst wahrgenommen werden müssen.<sup>19</sup> Versuche, den Gegenstand staatlicher Verantwortung über die wiederentdeckten Kategorien des Gemeinwohls<sup>20</sup> oder der Staatsauf-

<sup>17</sup> So überzeugend G. Hermes Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 148. An einer modifizierten Form von Staatlichkeit halten so unterschiedliche Autoren fest wie: P. Saladin Wozu noch Staaten?, 1995, 16-37; H. Siekmann Staat und Staatlichkeit am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Stern, 1997, 341 ff.; Schoch (Fn. 1), 212; S. Breuer Der Staat, 1998, 272-300; N. Luhmann Der Staat des politischen Systems, in: U. Beck (Hrsg.) Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, 345, 373-380; S. Hobe Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, 183 ff.; Di Fabio (Fn. 9), 33 f.; A. Benz Der moderne Staat, 2001, 223-287, und R. Schmidt Der Verfassungsstaat im Wandel, FS Brohm, 2002, 535, 545. Zur "neuen Wertschätzung des Staates" vgl. auch A. Dehnhard Der Staat: Auslauf- oder Zukunftsmodell?, in: C. Butterwege u.a. (Hrsg.) Herrschaft des Marktes – Abschied vom Staat?, 1999, 11, 13-25.

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Den Zusammenhang zwischen Verantwortung und Staatsaufgaben betonen *P. Sala-din* Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, 77, und *T. Würtenberger* Wandlungen in den privaten und öffentlichen Verantwortungssphären, in: E. Lampe (Hrsg.) Verantwortlichkeit und Recht, 1989, 308, 322 Fn. 22.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Treffend C. Möllers Staat als Argument, 2000, 317-323. Nicht von ungefähr wurde der Begriff von Hans Peters Mitte der 1960er Jahre, in der Hochblüte des Wohlfahrtsstaates, wieder stärker in die Diskussion eingebracht, vgl. H. Peters Öffentliche und staatliche Aufgaben, FS Nipperdey, Bd. I, 1965, 877 ff. Zumindest missverständlich BVerfGE 73, 301, 315 f.; 91, 186, 206. Zur umstrittenen Abgrenzung von der Staatsaufgabe vgl. überzeugend Isensee (Fn. 1), Rn. 136 f., und U. Bumke Die öffentliche Aufgabe der Landesmedienanstalten, 1995, 57-68, jeweils mwN. Zuletzt wieder für eine Gleichsetzung von öffentlichen Aufgaben und Staatsaufgaben plädierend U. Di Fabio Privatisierung und Staatsvorbehalt, JZ 1999, 585, 587 f., der aber nicht immer hinreichend zwischen der Aufgabe und den hoheitlichen Mitteln zur Erfüllung dieser Aufgabe trennt. Umgekehrt für ein aliud-Verhältnis zwischen Staatsaufgaben und öffentlichen Aufgaben plädierend P. Häberle Verfassungsrechtliche Staatsaufgabenlehre, AöR 111 (1986), 595, 604; ders. Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 1970, 213 f.; W. Kahl Die Staatsaufsicht, 2000, 370 f., 532 f.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Nach Wahl (Fn. 2), 326, ist der Begriff des Gemeinwohl (bezug)s "in dem Maße erforderlich, wie sich der Begriff der (öffentlichen und staatlichen) Aufgabe als wenig – oder nur mit beträchtlichen Einschränkungen versehen – tauglich erweist". Zur Renaissance der Gemeinwohldebatte vgl. insbes. die Ergebnisse der interdisziplinären Arbeitsgruppe "Gemeinwohl und Gemeinsinn" der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften, die in vier Bänden zusammengefasst sind: H. Münkler/H. Blum (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn I. Historische Semantiken politischer Leitbegriffe, 2001;

gabe<sup>21</sup> präziser zu erschließen, haben ebenfalls nur einen begrenzten Ertrag zutage gefördert.<sup>22</sup> Gewiss fällt es nicht schwer, einzelne Gemeinwohlbelange zu identifizieren, ihre Gewichtung untereinander bleibt aber der Abwägung vorbehalten.<sup>23</sup> Die dadurch implizierte Offenheit des Ergebnisses spiegelt den Erkenntnisstand der Staatsaufgabenlehre wider: Praktisch iede Aufgabe kann im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben vom

H. Münkler/K. Fischer (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn II. Rhetoriken und Perspektiven sozial-moralischer Orientierung, 2002; H. Münkler/K. Fischer (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht III. Konkretisierung und Realisierung öffentlicher Interessen, 2002; H. Münkler/H. Blum (Hrsg.) Gemeinwohl und Gemeinsinn IV. Zwischen Normativität und Faktizität, 2002. Vgl. ferner z.B. U. v. Alemann/R. G. Heinze/U. Wehrhöfer (Hrsg.) Bürgergesellschaft und Gemeinwohl, 1999; P. Koslowski (Hrsg.) Das Gemeinwohl zwischen Universalismus und Partikularismus, 1999; W. Brugger Gemeinwohl als Ziel von Staat und Recht, FS Quaritsch, 2000, 45 ff.; H. H. v. Arnim Wer kümmert sich um das Gemeinwohl?, ZRP 2002, 223 ff.; G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.) Gemeinwohl – Auf der Suche nach der Substanz. 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> Zuletzt hat *Gramm* (Fn. 13), den beachtenswerten Versuch unternommen, über die Grenzen der Bereitstellung öffentlicher Güter durch Private eine Theorie notwendiger Staatsaufgaben zu entwickeln. Eher unergiebig dagegen *Weiβ* (Fn. 16), 53–205, der über den Schutz der Menschenwürde als Staatszweck und grundrechtliche Gewährleistungspflichten den Bereich der Staatsaufgaben erschließen will. Grundlegende Vorarbeiten durch *H. P. Bull* Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl. 1977, und *Isensee* (Fn. 1). Zur Unterscheidung zwischen Staatszwecken, Staatszielen, Staatsaufgaben und Verfassungsdirektiven vgl. etwa *Link* (Fn. 1), 17–19, und *H.-P. Sommermann* Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 364f. Auf die Verwaltungsaufgabe als Unterfall der Staatsaufgabe abstellend *Osterloh* (Fn. 1), 222–226.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> Statt vieler vgl. R. Schmidt Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben als Problem des Staats- und Verwaltungsrechts, in: S. Biernat u.a. (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, 210, 219–221; Hermes (Fn. 17), 128–139; S. Storr Der Staat als Unternehmer, 2001, 103–106; Kämmerer (Fn. 3), 157–166. Grundsätzliche Kritik bei Möllers (Fn. 19), 192–213 mwN. Zust. Lepsius (Fn. 7), 406–415, ebenfalls mwN. Dogmatische Funktion übernimmt der formale Begriff der Staatsaufgabe dagegen bei M. Burgi Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 20–99. Burgi gibt jedoch keine Kriterien an, woran zu erkennen ist, ob sich der Staat eine bestimmte Aufgabe, an deren Wahrnehmung Private beteiligt sind, als eigene zugeschrieben hat, sondern behilft sich hier mit der zeitgebundenen Unterscheidung zwischen "Vor-der-Privatisierung-Szenarien" und "Nach-der-Privatisierung-Szenarien". Zu diesem Einwand bereits O. Bachof und V. Götz Diskussionsbeitrag, VVDStRL 29 (1971), 249, 251 bzw. 261 f.

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Zur Abwägung von Gemeinwohlbelangen vgl. statt vieler *H. Hofmann* Verfassungsrechtliche Annäherungen an den Begriff des Gemeinwohls, in: H. Münkler/K. Fischer III (Fn. 20), 25, 33–36; *G. F. Schuppert*, Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: G. F. Schuppert/F. Neidhardt (Hrsg.) Auf der Suche nach der Substanz, 2002, 19, 42–50, sowie *R. Uerpmann* Das öffentliche Interesse, 1999, 269–315. Hier bewahrheitet sich einmal mehr das Diktum von *T. Würtenberger* Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln?, VVDStRL 58 (1999), 139, 141: "Der moderne Staat ist ein Abwägungsstaat".

Gesetzgeber zu einer "staatlichen" gemacht werden.<sup>24</sup> Umgekehrt sind kaum Aufgaben vorstellbar, die der Staat zwingend mit eigenen "Bordmitteln" erfüllen müsste.<sup>25</sup> Selbst Kernaufgaben des Staates, wie z.B. die Gewährleistung der inneren Sicherheit<sup>26</sup>, sind der Mitwirkung Privater, etwa in Gestalt privater Sicherheitsdienste, keineswegs verschlossen.<sup>27</sup> Spätestens an dieser Stelle wird ein weiteres grundlegendes Defizit jeder gegenstandsbezogenen Betrachtungsweise sichtbar: Sie erlaubt keine nähere Aussage über die *Modalitäten* der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.<sup>28</sup>

- 2. Verwaltungswissenschaftliche Perspektive
- a) Ordnung der Vielfalt arbeitsteiliger Prozesse:
  Typologisierungen und Skalierungen

Es gehört sicherlich zu den Verdiensten der Verwaltungswissenschaft, durch eine Bestandsaufnahme des vorhandenen Rechtsstoffes und der Verwaltungspraxis den Blick für die Vielfalt und Unterschiedlichkeit ar-

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> Zur virtuellen Allzuständigkeit des Staates vgl. nur *Bull* (Fn. 21), 3 ff. und *Burgi* (Fn. 22), 48-61.

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Schmidt-Aβmann (Fn. 10), 3, Kap., Rn. 62.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Zur notwendigen Staatsaufgabe Sicherheit vgl. *Gramm* (Fn. 13), 395ff.; *G. Nitz* Private und öffentliche Sicherheit, 2000, 51–52, und *M. Möstl* Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, 44–73. Die schwache Determinationskraft der Verfassung bei der Bestimmung obligatorischer Staatsaufgaben wird herausgearbeitet bei *Bull* (Fn. 21), 211–400; *H. Schulze-Fielitz* Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: D. Grimm (Hrsg.) Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 11, 25–30, und *R. Wahl* Staatsaufgaben im Verfassungsrecht, in: T. Ellwein/J. J. Hesse (Hrsg.) Staatswissenschaften. Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?, 1990, 29, 37–40. Zur Staatsaufgabenkritik vgl. den Abschlussbericht der Expertenkommission "Staatsaufgabenkritik" v. 23. 11. 2001 (abrufbar unter www.berlin.de), vorgestellt bei *R. Scholz* Staatsaufgabenkritik in Berlin, FS Brohm, 2002, 741 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Vgl. C. Gusy Rechtsgüterschutz als Staatsaufgabe, DÖV 1996, 573, 581; R. Pitschas Polizei- und Sicherheitsgewerbe, 2000, 34ff., 117ff., 177ff.; F. Huber Wahrnehmung von Aufgaben der Gefahrenabwehr durch das Sicherheits- und Bewachungsgewerbe, 2000, 127–178; Nitz (Fn. 26), 313–334; Möstl (Fn. 26), 290–363. Zu den rechtspolitischen Vorstellungen in diesem Bereich vgl. z.B. B. Weiner Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2001, 211–218. Aufgabenbereich und Modalitäten der Aufgabenwahrnehmung werden auch vom BVerwG nicht hinreichend getrennt, wenn es feststellt: Beim "Erhalt und Schutz des Wassers" handelt es sich um eine "lebensnotwendige und letztlich auch nicht "privatisierbare' Staatsaufgabe. (...) Der demokratisch legitimierte Staat darf sich seiner Verantwortung für derart originäre wie auch essentielle Staatsaufgaben nicht – auch nicht teilweise – entziehen." (BVerwGE 106, 64, 77f.).

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> Statt vieler vgl. *Isensee* (Fn. 1), Rn. 138, und *R. Herzog* Ziele, Vorbehalte und Grenzen der Staatstätigkeit, in: HStR III, 1988, § 58 Rn. 32. Dagegen jetzt *Gramm* (Fn. 13), 340-394.

beitsteiliger Arrangements geschärft und diese im Wege verschiedener Typen- und Modellbildungen in eine erste Ordnung gebracht zu haben. Eine allgemein konsentierte Terminologie oder Typologie fehlt jedoch weiterhin.<sup>29</sup> Jenseits aller Differenzierungen und begrifflichen Abgrenzungen wird man indes folgende Feststellungen treffen können:

- Unter die unspezifische Formulierung "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlichen Aufgaben" lassen sich alle Fälle subsumieren, in denen natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die als Grundrechtsträger nicht dem Staat zuzuordnen sind, Aufgaben wahrnehmen, für deren Erfüllung der Staat aus Gründen des Gemeinwohls in einem gewissen Umfang einstehen muss oder will.<sup>30</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> Frühere Untersuchungen konzentrierten sich auf die organisatorische Stellung des Privaten, vgl. etwa die Systematisierungen bei M. Krautzberger Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, 1971, 16-36, 115-123; U. Steiner Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 106-200; F. Koja Die Erfüllung hoheitlicher Verwaltungsaufgaben durch Private, FS Antoniolli, 1979, 439ff., und S. v. Heimburg Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, 30-148. Später dominieren unterschiedliche Privatisierungsbegriffe als Zuordnungskriterien, die vom Begriff der Staatsaufgabe ausgehen, vgl. A. v. Hagemeister Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1992, 33-43; F. Schoch Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, 962f.; R. Wahl Privatisierung im Umweltrecht, in: C. Gusy (Hrsg.) Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien - Grenzen - Folgen, 1998, 260, 263-268, und zuletzt wieder Kämmerer (Fn. 3), 16-53, und Weiß (Fn. 16), 28-52. Andere Autoren stellen dagegen die Regulierungsstrategie bei der Ordnungsbildung in den Vordergrund der Betrachtung, vgl. W. Hoffmann-Riem Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen - Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), 261, 300-303; Trute (Fn. 5), 952-954; Schmidt-Preuß (Fn. 1), 175ff.; Di Fabio (Fn. 1), 242-251; Voβkuhle (Fn. 9), 68-83, und Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 277-452. Wieder anders ders. Grundzüge (Fn. 4), 4-65; J. Ziekow Verankerung verwaltungsrechtlicher Kooperationsverhältnisse (Public Private Partnership) im Verwaltungsverfahrensgesetz, Wiss. Gutachten im Auftrag des BMI, Juni 2001, 72-99. Mitunter hat die deskriptiv-typologische Betrachtungsweise zu einer Vernachlässigung materieller Verwaltungsrechtsstrukturen geführt, vgl. Voßkuhle (Fn. 6), 83-86.

<sup>30</sup> So auch v. Heimburg (Fn. 29), 20. Nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören daher die Konstellationen, in denen der Staat als Privatrechtssubjekt handelt, also bei fiskalischen Tätigkeiten, und jene Fälle, in denen er Verwaltungsaufgaben in der Form des Privatrechts erledigt, etwa nach der Organisationsprivatisierung. AA Ossenbühl (Fn. 1), 144, dessen rechtstechnisch-formale Betrachtungsweise die unterschiedlichen Problemlagen verkennt. Dagegen sind an gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen im Gegensatz zu gemischt-öffentlichen Unternehmen (vgl. G. Spatz Zulässigkeit von gemischt-öffentlichen Unternehmen unter staatlichen Aspekten, 1996), die ausschließlich der öffentlichen Hand gehören, deren Anteile aber von verschiedenen Trägern der öffentlichen Gewalt gehalten werden, zumindest auch private Grundrechtsträger beteiligt, vgl. nur Storr (Fn. 22), 49-51 mwN. Deshalb gehören sie systematisch zum "gesellschaftlichadministrativen Kooperationsbereich", Schmidt-Aβmann (Fn. 10), 5. Kap., Rn. 53. Auf

Beteiligung ist nicht gleichzusetzen mit Kooperation: Der Staat kann Private zur Erbringung von Dienstleistungen im öffentlichen Interesse zwangsweise verpflichten, sie indirekt dazu veranlassen oder lediglich entsprechende Angebote unterbreiten. Zur ersten Gruppe gehört die sog. "Indienstnahme Privater"<sup>31</sup>, die man trotz reichhaltigem Anschauungsmaterial<sup>32</sup> gemeinhin an den Bevorratungspflichten der Energieversorgungsunternehmen<sup>33</sup> und den unentgeltlichen unternehmerischen Hilfsdiensten beim Steuereinbehalt<sup>34</sup> zu exemplifizieren pflegt. Typische Beispiele der indirekten Veranlassung<sup>35</sup> sind finanzielle Anreize in

die schwierige Frage der Grundrechtsfähigkeit der Unternehmen selbst (vgl. BVerfG, NJW 1990, 1783; E. Schmidt-Aßmann Der Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen nach Art. 19 Abs. 3 GG, BB 1990/Beilage 34, 1; T. Poschmann Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; S. Storr ebd., 238-254; H. D. Jarass Kommunale Wirtschaftsunternehmen und Verfassungsrecht, DÖV 2002, 489, 495 f.) kommt es daher für ihre Zugehörigkeit zur vorliegenden Fallgruppe nicht an.

<sup>31</sup> Zur dogmatischen Einordnung als Pflicht vgl. unten Fn. 139.

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> Vgl. den Überblick bei *M. Jani* Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflichten, 1992, 27-43, sowie aus neuerer Zeit z. B. *K. Waechter* Bereitstellungspflicht für Fernmeldeanlagen, VerwArch 87 (1996), 68ff.; *B. H. Schulte* Schlanker Staat – Privatisierung der Bauaufsicht durch Indienstnahme von Bauingenieuren und Architekten als staatlich anerkannte Sachverständige, BauR 1998, 249ff.; *R. Zuck* Geldwäsche – Die verfassungswidrige Indienstnahme des Rechtsanwalts für die Zwecke der Strafverfolgung, NJW 2002, 1397f.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> In der einschlägigen Entscheidung zum damaligen Gesetz über Mindestvorräte an Erdölerzeugnissen v. 9. 9. 1965, BGBl. I, 1217, hatte das BVerfG auf die Terminologie von H. P. Ipsen (Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, FG E. Kaufmann, 1950, 141 ff.) zurückgegriffen, BVerfGE 30, 292, 311. Bis zur zweiten Gesetzesänderung v. 6. 4. 1998, BGBl. I, 677, waren die Hersteller von Erdölerzeugnissen gehalten, eine Mindestreserve von 15 Tagen anzulegen, §§ 25 ff. des Gesetzes über die Bevorratung mit Erdölerzeugnissen – Erdölbevorratungsgesetz – v. 25. 7. 1978, BGBl. I, 1073, i.d.F. d. Bek. v. 8. 12. 1987, BGBl. I, 2509. Zur jetzigen Organisation über den Erdölbevorratungsverband Hamburg vgl. D. Ehlers/H. Pünder Energiewirtschaftsrecht, in: N. Achterberg/G. Püttner/T. Würtenberger (Hrsg.) Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2000, § 4 Rn. 141. Vorgesehen ist weiterhin eine Bevorratungspflicht für bestimmte Mengen an Brennstoff in der Verordnung über die Brennstoffbevorratung von Kraftwerken v. 11. 2. 1981, BGBl. I, 164, die sich jetzt auch auf § 17 EnWG stützen lässt.

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> Ausführlich hierzu jetzt O. Geißler Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaates, 2001, 26–73. Die Qualifikation des Lohnsteuerabzugs des Arbeitgebers als Indienstnahme ist aber nicht unbestritten, für die hM vgl. J. N. Stolterfoth Einwirkungen des Lohnsteuerrechts auf das Arbeitsverhältnis, in: ders. (Hrsg.) Grundfragen des Lohnsteuerrechts, 1986, 175, 191 ff. AA B. Heuermann Steuern erheben durch Beleihen?, StuW 1999, 349, 350f.; Burgi (Fn. 22), 115–117.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> Zur indirekten Steuerung vgl. zuletzt wieder *C. Franzius* Die Herausbildung der Instrumente indirekter Verhaltenssteuerung im Umweltrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2000.

Form von Subventionen, aber auch das Inaussichtstellen bestimmter gesetzlicher Regelungen als Motivationsfaktor für normvermeidende Absprachen und Selbstverpflichtungen der Wirtschaft.<sup>36</sup> Bei der öffentlichen Auftragsvergabe im Rahmen des "Contracting-Out"<sup>37</sup> oder der

<sup>36</sup> Übersichtliche Bestandsaufnahme über normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft bei J. Knebel/L. Wicke/M. Gerhard Selbstverpflichtungen und normersetzende Umweltverträge als Instrument des Umweltschutzes, 1999, 291-303; T. Köpp Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, 21-63, und Michael (Fn. 10), 47-83, jeweils mwN, Auch andere Formen der gesellschaftlichen Selbstregulierung im Bereich der Presse, des Films und Fernsehens, des Internets, der Werbewirtschaft oder der sog. freien Berufe (vgl. dazu den Überblick bei A. Faber Gesellschaftliche Selbstregulierungssysteme im Umweltrecht - unter besonderer Berücksichtigung der Selbstverpflichtungen, 2001, 18-28 mwN) sind regelmäßig staatlich induziert, da latent gesetzliche Regelungen drohen. Folglich belässt die indirekte Veranlassung den privaten Akteuren zwar Handlungsoptionen, es besteht hier aber tendenziell ein "struktureller Zwang zur Kooperation", so zutreffend Di Fabio (Fn. 1), 254f.; ders. Selbstverpflichtungen der Wirtschaft - Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, in: M. Kloepfer (Hrsg.) Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, 119ff. Deutlich herausgearbeitet ist dieser Umstand bereits bei K. Biedenkopf Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 1966, 1113 ff., und J. H. Kaiser Industrielle Absprachen im öffentlichen Interesse, NJW 1971, 585 ff. Vgl. aus neuerer Zeit etwa C. Engel Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung, StWStP 1998, 535ff., sowie insbes, die differenzierte Analyse bei Michael (Fn. 10), 94-125. Nicht überzeugend dagegen W. Frenz Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, 2001, der einerseits Freiwilligkeit als "Kerngedanken" der Selbstverpflichtungen bezeichnet (ebd., 44), andererseits aber feststellt, dass fast alle Selbstverpflichtungen staatlich veranlasst sind (ebd., 49-57). Der Gesetzgeber kann Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft auch nachträglich in Gesetzesform gießen, vgl. zu solchen normprägenden Absprachen am Beispiel des Energiekonsenses U. Büdenbender Möglichkeiten und Grenzen einer Deregulierung in der leitungsgebundenen Energiewirtschaft, DÖV 2002, 375ff.; B. Pasemann/S. Baufeld Verfassungsrecht und Gesetzgebung auf Grundlage von Konsensvereinbarungen, ZRP 2002, 119ff.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> Nach G. F. Schuppert Privatisierung und Regulierung – Vorüberlegungen zu einer Theorie der Regulierung im kooperativen Verwaltungsstaat, in: M. Nettesheim/P. Schiera (Hrsg.) Der integrierte Staat, 1999, 41, stellt das sog. Contracting-Out den "shooting star" innerhalb des "Megatrends von Ausgliederung und Privatisierung" dar. Im Mittelpunkt des "Contracting-Out" stehen die Submission und Konzessionierung (zu weiteren Formen vgl. die Übersicht bei Schuppert ebd., 43). Als prominente Beispiele kann hier etwa auf die Vergabe rettungsdienstlicher Leistungen (vgl. dazu H. Hausner Mitwirkung Privater am Rettungsdienst, Diss. Regensburg 1993; M. Schulte Rettungsdienst durch Private, 1999; J. Iwers Die Ausschreibung rettungsdienstlicher Leistungen, LKV 2002, 164ff.) und die Konzessionsmodelle im ÖPNV (vgl. § 13a PBefG i.V.m. der Verordnung zur Anwendung von § 13a Abs. 1 S. 3 des PBefG v. 15. 12. 1995, BGBl. I, 1705) verwiesen werden. Weiteres interessantes Beispiel: Die Beteiligung von Versicherungsunternehmen an der Beihilfeaktenführung und der Beihilfebearbeitung (vgl. A. Rapsch Übertragung von Beihilfeaufgaben auf Private, ZBR 1987, 168ff.; U. Battis/J. Kersten Das Outsourcing der

Einbeziehung privaten Kapitals bei der Finanzierung staatlicher Infrastrukturvorhaben (sog. Finanzierungsprivatisierung)<sup>38</sup> nehmen Private dagegen Angebote des Staates zur Beteiligung an öffentlichen Aufgaben aus eigenem wirtschaftlichem Kalkül wahr.

 Der Formalisierungsgrad der Zusammenarbeit reicht von informellen Kooperationsformen<sup>39</sup>, etwa zwischen Polizei, Bürgern und Kommunen in sog. Präventionsräten<sup>40</sup>, über den Verwaltungsvertrag<sup>41</sup> und den

Beihilfebearbeitung, ZBR 2000, 145 ff.; abl. im Hinblick auf die abschließende Regelung in §§ 13, 15 BVO NW OVG Münster, NJW 1998, 1809).

<sup>38</sup> Hinzuweisen ist hier z.B. auf die private Finanzierung von Straßen nach dem Gesetz über den Bau und die Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private v. 30. 8. 1994. BGBI, I, 2243, zuletzt geändert durch Gesetz v. 1, 9, 2002, BGBI, I, 3442. Aus der Lit, vgl. K. Grupp Rechtsprobleme der Privatisierung von Verkehrsprojekten, DVBI. 1994, 140ff.; W. Höfling Private Vorfinanzierung öffentlicher Verkehrsinfrastrukturprojekte - ein staatsschuldenrechtliches Problem?, DÖV 1995, 141 ff.; O. Reidt Verfassungsrechtliche Aspekte der Mautfinanzierung von Fernstraßen, NVwZ 1996, 1156ff.; H.-J. Pabst Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, 1997, 184-219; A. Bucher Die Privatisierung von Bundesfernstraßen, 1996, 64-79, 176-196. Die private Vorfinanzierung soll jetzt teilweise auf eine Nutzerfinanzierung durch Gebühren und das sog. Betreibermodell umgestellt werden, vgl. M. Uechtritz Mautfinanzierung des Albaufstiegs -Einstieg in die Nutzerfinanzierung des Fernstraßenbaus, VBIBW 2002, 317 ff. Weitere Beispiele der Finanzierungsprivatisierung aus dem kommunalen Bereich bei T. Schweisfurth Privatwirtschaftliche Formen kommunaler Investitionsfinanzierung, 1991. Vgl. ferner die Beiträge von R. Wendt Haushaltsrechtliche Probleme der Kapitalbeteiligung Privater, H. Rehm Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, S. Reichstein/J.-K. Fromme Private Finanzierung von Investitionen in der kommunalen Praxis, in: J. Ipsen (Hrsg.) Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1994, 37ff., 93ff., 115ff., 127ff., sowie den Bericht der Arbeitsgruppe "Private Finanzierung öffentlicher Infrastruktur", Bonn 1991; R. Odenwald Privatfinanzierung staatlicher Bauaufgaben, in: D. Budäus/P. Eichhorn (Hrsg.) Public Private Partnership, 1997, 145ff.; C. Zeiss Privatfinanzierung staatlicher Infrastruktur, Diss. Bonn 2000, und S. Meder Public Private Partnership zur Finanzierung von Flughafenprojekten in Europa, 2000.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> Anschaulich H. Hill Partnerschaften und Netzwerke, BayVBI. 2002, 321 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> Vgl. M. Schuler-Harms Regulierte Selbstregulierung im Polizei- und Versammlungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 159, 173–175. Zum sog. Brandenburger Modell vgl. Nitz (Fn. 26), 92 f. mwN. Zur Einordnung in andere Formen des sog. "Police Private Partnership" übersichtlich Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 39–41. Der dahinterstehende Begriff der "Sicherheitspartnerschaft" geht wohl zurück auf G. Köhler Sicherheitsaufgaben durch private Unternehmen, Die Polizei 1994, 49, 54. Zu seiner Verbreitung hat R. Pitschas (Gefahrenabwehr durch private Sicherheitsdienste?, DÖV 1997, 393 ff., sowie ders. Verantwortungsteilung in der inneren Sicherheit, in: Schuppert [Fn. 4], 135 ff.) maßgeblich beigetragen.

<sup>41</sup> Klassische Referenzgebiete sind hier das Baurecht, das Umweltrecht und das Sozialrecht. Im Vordergrund stehen sog. "Beleihungsverträge", "Verwaltungshelferverträge",

- Zusammenschluss öffentlicher und privater Akteure in gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen<sup>42</sup> bis hin zur Inkorporierung des Privaten in die Verwaltungsorganisation durch Beleihung<sup>43</sup>.
- Zwischen den privaten Akteuren und der jeweiligen öffentlichen Aufgabe besteht hinsichtlich der Interessenlage ein unterschiedliches Näheverhältnis<sup>44</sup>: Während etwa die Vertreiber von Verpackungen beim Auf-

<sup>&</sup>quot;öffentliche Aufträge" sowie vertragliche Übertragungen von Verwaltungsaufgaben "zur Durchführung", vgl. V. Schlette Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, 158–164, 266–295, 305 f., 312, 317 f., 363. H. C. Röhl Verwaltung durch Vertrag, Heidelberger Habilitationsschrift, 2001, § 3 A II 2, C, schlägt für Verträge, die die "Einbeziehung Privater in die Erledigung von Verwaltungsaufgaben" zum Gegenstand haben, den Begriff des "Strukturvertrages" vor, um Komplexität und Dauerelement solcher Verträge hinreichend zu erfassen.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> Gemischt-wirtschaftliche Unternehmen (vgl. zum Begriff oben Fn. 30) existieren vor allem im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge (vgl. die empirische Bestandsaufnahme von D. Bös/F. Schneider Public Private Partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 1996, 519ff.). Aufmerksamkeit auf sich gezogen hat zuletzt die Übertragung nicht-hoheitlicher Sicherheits- und Kontrollaufgaben auf eine "Sicherheits- und Servicegesellschaft GmbH", an der 51 % der Anteile die Stadt Dresden und 49 % der Anteile private Dienstleistungsunternehmen halten (dazu A. Peilert Police Private Partnership, DVBl. 1999, 282, 285). - Eine verwandte Form des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses stellen sog, private Projektgesellschaften auf kommunaler Ebene dar, in denen sich Kommunen, Wirtschaftsunternehmen, Verbände und andere Akteure zusammenschließen, um gemeinsame Projekte (Flughafen, Parkhaus, Tourismus, Kulturzentrum) zu verwirklichen, vgl. die empirische Studie zur Stadtentwicklung im Kasseler Raum von W. Gerstlberger Public Private Partnerships und Stadtentwicklung, 1999, sowie B. Böhm Öffentlich-rechtliche Partnerschaften in der kommunalen Stadtentwicklung, 1999. - Bei einer neuen Variante des gesellschaftsrechtlichen Zusammenschlusses wird die öffentlichrechtliche Rechtsform der Anstalt dagegen beibehalten und der Private an dem öffentlichen Unternehmen im Rahmen einer privaten Holding beteiligt, vgl. zur Zulässigkeit solcher hybriden Konstruktionen am Beispiel der Berliner Wasserbetriebe BerlVerfGH, NVwZ 2000, 794ff., und dazu B. Wolfers Privatisierung unter Wahrung der öffentlich-rechtlichen Rechtsform - Das "Berliner Modell", in: M. Oldiges (Hrsg.) Daseinsvorsorge und Privatisierung - Wettbewerb und staatliche Gewährleistung, 2001, 105 ff.; L. Hecker Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts, VerwArch 92 (2001), 261 ff. Vorbild war hier die Zusammenführung der Bankbeteiligungen des Landes Berlin an der Berliner Bank AG, der Berliner Hypotheken- und Pfandbriefbank AG sowie der Landesbank Berlin, Anstalt des öffentlichen Rechts (LBB) unter dem Dach der Bankgesellschaft Berlin AG (BBG), ausführlich dazu T. Fett Öffentlich-rechtliche Anstalten als abhängige Konzernunternehmen, 2000, 89-189. Vgl. auch die Nachw. in Fn. 152.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> Zu den Voraussetzungen der Beleihung unten Fn. 137.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> "Die natürliche Interessenbindung Privater darf insoweit nicht nur als Unparteilichkeitsrisiko gedeutet werden. Vielmehr steht hinter der partiellen Aufgabenverlagerung auf Private oftmals gerade die Erwartung, privaten Eigennutz und privates Gewinnstre-

bau des Dualen Systems im Abfallrecht<sup>45</sup> oder der private Investor bei der Vorhaben- und Erschließungsplanung<sup>46</sup> als *Betroffene* agieren, nehmen Gutachter und Sachverständige idealiter die Position eines *neutralen Dritten* ein.<sup>47</sup> Mitglieder pluralistisch besetzter Gremien wie etwa der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften<sup>48</sup> *repräsentieren* dagegen ebenso wie die Mitglieder privater Normungsvereine<sup>49</sup> oder

ben als Anreize für eine möglichst effiziente Aufgabenwahrnehmung instrumentalisieren zu können.", M. Fehling Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe, 2001, 354.

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Vgl. A. Finckh Regulierte Selbstregulierung im Dualen System, 1998, und unten Fn. 214.

<sup>46</sup> Vgl. § 12 BauGB. Näheres dazu etwa bei J. Pietzcker Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 1993; H.-J. Birk Der Vorhaben- und Erschließungsplan, NVwZ 1995, 665 ff.; M. Maslaton Privatisierungstendenzen im Baurecht unter besonderer Berücksichtigung des Vorhaben- und Erschließungsplans, und H.-J. Koch (Verfahrens-)Privatisierung im öffentlichen Baurecht, beide in: W. Hoffmann-Riem/J.-P. Schneider (Hrsg.) Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, 125 ff., 170 ff.; J.-P. Schneider Kooperative Verwaltungsverfahren, VerwArch 87 (1996), 38, 41 ff., 56 ff.; A. Faber Selbstregulierung und Kooperation bei der Bauleitplanung (Vorhaben- und Erschließungsplan § 12 BauGB), FS Hoppe, 2000, 425 ff.; T. Burmeister Der Durchführungsvertrag zum vorhabenbezogenen Bebauungsplan, VBIBW 2002, 245 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Zu den verschiedenen Formen von Sachverständigen vgl. nur *W. Brohm* Sachverständige Beratung des Staates, in: HStR II, 2. Aufl. 1998, § 36 Rn. 12–29; *A. Seidel* Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, 195–285.

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Vgl. § 9 Abs. 1 und Abs. 2 GjS und dazu BVerfGE 83, 130, 149 ff. – Mutzenbacher; BVerwG, NJW 1997, 602 f. – Rosa Autostop. Krit. z.B. S. Vlachopoulos Kunstfreiheit und Jugendschutz, 1996, 241 ff. mwN. Grundsätzliche Kritik an der Kondominialverwaltung bei M. Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, 369-424.

<sup>49</sup> Die Literatur zu diesem Thema ist Legion, vgl. nur I. Lamb Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995, 71 ff.; P. Marburger/T. Gerhard Gesellschaftliche Umweltnormierungen, in: A. Endres/P. Marburger (Hrsg.) Umweltschutz durch gesellschaftliche Selbststeuerung, 1993, 1 ff., und H. Voelskow Private Regierungen in der Techniksteuerung, 1996, insbes. 219 ff. und 261 ff. Zur europarechtlichen Perspektive vgl. R. Rönck Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1995; U. Di Fabio Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996; H.-W. Rengeling (Hrsg.) Umweltnormung, 1998; S. Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 320–325; T. Zubke-von Thünen Technische Normung in Europa, 1999. Eine neuere Form der maßstabsorientierten self-regulation stellen die nach angelsächsischem Vorbild in der Bundesrepublik eingeführten sog. codes of best practice dar, vgl. dazu unten Fn. 250. Nicht in den vorliegenden Zusammenhang gehören die Normenverträge im Sozialversicherungs- und Vertragsarztrecht, zu ihnen P. Axer Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, 56–95; A. Wahl Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, 1999, 346–357.

die in der Jugend- und Sozialhilfe tätigen Wohlfahrtsverbände<sup>50</sup> bestimmte Gesellschafts- und Interessengruppen.<sup>51</sup>

 Leitideen und Schlüsselbegriffe des Zusammenwirkens zwischen öffentlichem und privatem Sektor

Angeleitet wird der Prozess der Ordnungsbildung durch Leitideen<sup>52</sup> und Schlüsselbegriffe.<sup>53</sup> Die methodische Sprengkraft<sup>54</sup> solcher zwischen soziologischer Analyse und juristischer Dogmatik angesiedelter Großformeln lässt sich an der Wirkungsgeschichte der Forsthoffschen Daseinsvorsorge gut ablesen.<sup>55</sup> Dennoch greift der Einwand, es handele sich

<sup>&</sup>lt;sup>50</sup> Zur Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht vgl. z.B. *J. Schmitt* Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht, 1990; *E. Goll* Die freie Wohlfahrtspflege als eigener Wirtschaftsfaktor und Empirie ihrer Verbände und Einrichtungen, 1991; *V. Neumann* Freiheitsgefährdungen im kooperativen Sozialstaat, 1992; *Röhl* (Fn. 41), § 1 B III 2 a), § 3 C II.

<sup>&</sup>lt;sup>51</sup> Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen (zu ihr zuletzt R. Walz Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, JZ 2002, 268 ff. mwN) ändert nichts an dem Umstand, dass solche Organisationen zunehmend dem Wettbewerb mit anderen gemeinnützigen Organisationen ausgesetzt sind und dabei auch wirtschaftliche Interessen durchsetzen wollen. In der Literatur wird im Übrigen zutreffend darauf aufmerksam gemacht, dass die Übertragung von Verantwortung auf Private nicht selten mit einem Kollektivierungsdruck verbunden ist, vgl. Engel (Fn. 36), 551 f.; ders. Regulierung durch Organisation und Verfahren, FS Mestmäcker, 1999, 119, 123–125. Krit. "zur Zulässigkeit sog. Selbstentsorgergemeinschaften als Alternative zum Dualen System" im Abfallrecht der gleichnamige Beitrag von M. Schmidt-Preuß DB 2002, 775 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> Zu ihrer Funktion vgl. statt vieler *T. Groβ* Die Beziehungen zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 2 (1999), 57, 74-77 mwN. Zu den davon zu unterscheidenden *Leitbildern* vgl. S. Baer Der "Bürger" im Verwaltungsrecht zwischen Obrigkeit und aktivierendem Staat, Berliner Habilitationsschrift, Manuskript 2001, I C., III; J. Karstens Rechtliche Steuerung von Umweltinnovationen durch Leitbilder: Leitbilder als materieller Kern von regulierter Selbstregulierung, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Innovation und rechtliche Regulierung, 2002, 50ff. Speziell zu Gefahren und Nutzen von *Staatsbildern A. Voβkuhle* Der Dienstleistungsstaat, Der Staat 40 (2001), 495 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>53</sup> Krit. Bestandsaufnahme zuletzt bei *A. Voβkuhle* Schlüsselbegriffe der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), 184ff. Zum Arbeiten mit Schlüsselbegriffen vgl. auch *W. Hoffmann-Riem* Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, 433, 438–442; *Schuppert* Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 46–48.

<sup>&</sup>lt;sup>54</sup> Grundsätzliche Kritik bei *Röhl* (Fn. 10), 33 ff.; *C. Möllers* Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, VerwArch 93 (2002), 22, 34–38, 44–46, und *Lepsius* (Fn. 7), 402: "Synkretismus von Heuristik, Deskription und Normativität"; *ders.* Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 18–20. Diffr. *M. Jestaedt* Selbstverwaltung als "Verbundbegriff", Die Verwaltung 35 (2002), 293 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>55</sup> Vgl. zuletzt die krit. Aufarbeitung der Diskussion um die Daseinsvorsorge bei Hermes (Fn. 17), 94-118, und Storr (Fn. 22), 109-115, jeweils mwN. Zur Unterscheidung zwi-

lediglich um "juristische Feuilletonistik" und "ästhetisierende Wortspiele"56, zu kurz. In ihnen kommen übergeordnete Grundvorstellungen zum Ausdruck, die notwendig sind, um das bestehende Repertoire an Rechtsinstituten und Regelungsmodellen im Hinblick auf veränderte Realbedingungen neu zu durchdenken und fortzuentwickeln.<sup>57</sup> Das sagt freilich noch nichts aus über die konkrete Tauglichkeit einzelner Konstrukte und ihre dogmatische Anschlussfähigkeit.<sup>58</sup> Während sich im vorliegenden Zusammenhang das "Kooperationsprinzip"<sup>59</sup> und die Bezeichnung "Public-Private-Partnership"<sup>60</sup> als eher konturschwach erwiesen haben,

schen dem Begriff des "service public" und dem der Daseinsvorsorge vgl. ferner G. Püttner Daseinsvorsorge und service public im Vergleich, in: H. Cox (Hrsg.) Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, 2000, 45–55, und J.-C. Pielow Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, 353–400, der ebenfalls für eine Aufgabe des Begriffs und seine Ersetzung durch "öffentliche Versorgung" plädiert, ebd., 399f.

<sup>56</sup> Masing (Fn. 5), 161.

<sup>&</sup>lt;sup>57</sup> Vgl. neben den in Fn. 53 Genannten auch *H. Schulze-Fielitz* Rationalität als rechtsstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, FS Vogel, 2000, 311, 312–319; *W. Kahl* Der Nachhaltigkeitsgrundsatz im System der Prinzipien des Umweltrechts, in: Bauer (Fn. 12), 111, 139f. Zur Bildung von Institutionen ausgehend von übergreifenden Wertvorstellungen und Leitideen vgl. ferner *Schuppert* Grundzüge (Fn. 4), 99–108, unter Rückgriff auf die Arbeiten von *M. Hauriou* und *R. M. Lepsius*.

<sup>&</sup>lt;sup>58</sup> "Begriffe, auch juristische Begriffe, werden oftmals zur Diskussion gestellt, wachsen in der Zeit' (vielleicht) heran, verdichten sich oder auch nicht, und mit einigem Glück können sie am Ende der Entwicklung zur dogmatischen Kategorie mit mehr oder weniger weitreichenden Konsequenzen für die praktische Rechtsanwendung avancieren.", Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 25.

<sup>&</sup>lt;sup>59</sup> Was sich hinter dem allgegenwärtigen Kooperationsparadigma genauer verbirgt, ist trotz der Adelung durch das BVerfG (BVerfGE 98, 83, 98ff.; 98, 106, 121 f., 126ff.) weiterhin unklar, vgl. eingehend H. Rossen Vollzug und Verhandlung, 1999, 285-338, sowie D. Murswiek Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, 7, 11 ff., und A. Voβkuhle Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, 23 ff. Krit. zum Begriff des "kooperativen Rechts" (dazu die Beiträge in: N. Dose/R. Voigt [Hrsg.] Kooperatives Recht, 1995) auch H. Schulze-Fielitz Kooperatives Recht im Spannungsfeld von Rechtsstaatsprinzip und Verfahrensökonomie, in: Dose/Voigt, ebd., 225; Schuppert Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 420f.

<sup>60</sup> Während manche Autoren jegliche Form des kooperativen Zusammenwirkens von Hoheitsträgern und Wirtschaftssubjekten als "Public Private Partnership" verstanden wissen wollen (vgl. etwa C. Strünck/R. Heinze Public Private Partnership, in: B. Blanke u.a. [Hrsg.] Handbuch der Verwaltungsreform, 2. Aufl. 2001, 127, 129; P. J. Tettinger Die rechtliche Ausgestaltung von Public Private Partnership, DÖV 1996, 764; H. Schröder Vergaberechtliche Probleme bei der Public-Private-Partnership in Form der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung, NJW 2002, 1831; vgl. auch Bericht der EG-Kommission für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001, KOM [2001], 598 endg., Rn. 37), versuchen andere, bestimmte inhaltliche Anforderungen zu formulieren, etwa die Verfol-

kann auf das Leitbild des "Gewährleistungsstaates"<sup>61</sup> und die mit ihm verbundenen Schlüsselbegriffe der "regulierten Selbstregulierung"<sup>62</sup> und der

gung komplementärer Ziele und die vertragliche Formalisierung der Zusammenarbeit (vgl. z.B. D. Budäus/G. Grüning Public Private Partnership, in: D. Budäus/P. Eichhorn [Hrsg.] Public Private Partnership, 1997, 25, 46ff.). Präziser Überblick über die verschiedenen Definitionen bei Ziekow (Fn. 29), 76-80 mwN. Zu Grundformen und Anwendungsbereichen vgl. neben den Genannten W. Heinz/C. Scholz Public Private Partnership im Städtebau, 1996; H. Bauer Verwaltungsrechtliche und verwaltungswissenschaftliche Aspekte der Gestaltung von Kooperationsverträgen bei Public Private Partnership, DÖV 1998, 89ff.; S. Roggenkamp Public Private Partnership, 1999, 31 ff.; C. Baron Public-private-partnership-Konzepte für den IT Markt, 1999; C. Konegen-Gremier/M. A. Winde Public Private Partnership in der Hochschullehre, 2000: B. Vogel/B. Stratmann Public Private Partnership in der Forschung, 2000; R. Kyrein Baulandentwicklung in Public Private Partnership, 2000; G. Freiherr von und zu Franckenstein Public Private Partnership in der Bauleitplanung - Möglichkeiten und Grenzen, UPR 2000, 288ff.; Stober (Fn. 4). Krit. zur wissenschaftlichen Brauchbarkeit dieses Begriffs Kämmerer (Fn. 3), 58: "Insgesamt ist der Begriff, Public-Private-Partnership' von Unklarkeit, ja Polyvalenz geprägt; ihn terminologisch zu fassen, ist der Rechts- und rechtspolitischen Lehre bislang nicht gelungen und dürfte ihr auch künftig nicht gelingen." Vgl. ferner Burgi (Fn. 22), 98f.; F. Schoch Public-Private-Partnership, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.) Kommunale Verwaltung im Wandel, 1999, 101, 103; T. Mayen Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, 110, 111; M. Dreher Public-Private-Partnerships und Kartellvergaberecht, NZBau 2002, 245, 247. Positiver dagegen zuletzt wieder Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 24-27.

61 M. Eifert Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, 18-22, 139 ff.; G. F. Schuppert Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat, in: K. König/A. Benz (Hrsg.) Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, 539 ff.; ders. Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, FS Wollmann, 2001, 399 ff.; Kämmerer (Fn. 3), 474-525; W. Hoffmann-Riem Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, 24-34 und passim. Synonyme dafür sind "Steuerungsstaat" (F-X. Kaufmann Diskussionen über Staatsaufgaben, in: D. Grimm [Hrsg.] Staatsaufgaben, 1994, 15, 28-33) oder "Regulierungsstaat" (G. Majone/A. La Spina Lo Stato Regolatore, Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione, 1991, 3-62; E. Grande Vom produzierenden zum regulierenden Staat: Möglichkeiten und Grenzen von Regulierung und Privatisierung, in: König/Benz ebd., 576 ff.; Schuppert [Fn. 40], 59 ff.). Zum "Gewährleistungsmodell" aus Sicht der Public Choice Theory vgl. auch C. Reichert Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, 1998, 121, 122-125.

62 Zur Verbreitung des Begriffs hat vor allem W. Hoffmann-Riem beigetragen, vgl. die Nachw. bei A. Voβkuhle Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 197, 198, Fn. 6. Vgl. ferner Schmidt-Preuβ (Fn. 1) und Di Fabio (Fn. 1), sowie D. Weinreich Recht als Medium gesellschaftlicher Selbststeuerung, 1995; Finckh (Fn. 45); W. Schulz/T. Held Regulierte Selbst-Regulierung als Form modernen Regierens, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 7, 2001, und die Beiträge in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001).

"Verantwortungsteilung"63 im Rahmen der Ordnungsbildung mit Ertrag zurückgegriffen werden. Alle drei Topoi richten die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass sich die staatliche Steuerung zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung beschränkt.<sup>64</sup> An die Stelle der ehemals vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung treten damit die staatliche Regulierungs-, Überwachungs-, Beobachtungs- und Auffangverantwortung.<sup>65</sup> Ihre normative Absiche-

<sup>63</sup> Unterschiedliche Ansätze und Systematisierungen bei Schuppert Vorüberlegungen (Fn. 4), 72ff.; H.-H. Trute Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich ändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Fn. 4), 13 ff.; Voßkuhle (Fn. 9), 47 ff.; W. Hoffmann-Riem Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit, FS Vogel, 2001, 47ff.; Ziekow (Fn. 29), 2-5. Vgl. ferner die Beiträge in: K. Lange (Hrsg.) Gesamtverantwortung statt Verantwortungsparzellierung im Umweltrecht, 1997, und jüngst wieder Weiß (Fn. 16), 297-300. Krit. neben den in Fn. 54 Genannten z.B. auch Seidel (Fn. 47), 15f., und Pitschas (Fn. 4), 226, da eine Abteilung partieller gesellschaftlicher Verantwortungssphären nicht möglich sei. Man müsse daher von "kooperativer Verantwortung" oder dem "Verbund der Verantwortung" sprechen, vgl. auch ders. Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, 1990, 276ff., 280. Warum aber der Gesetzgeber nicht die Verantwortung für bestimmte Objekte auf private Akteure verlagern soll, bleibt unklar, vgl. G. Sommer Institutionelle Verantwortung, 1997, 41-45, und Voβkuhle (Fn. 9), 56. Vgl. auch die Forderung der Europäischen Kommission, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Umweltbeihilfen vom 3. 2. 2001, ABI.EG Nr. C. 37/3, 5: "Angesichts der Umweltprobleme gilt es, den Begriff der geteilten Verantwortung klarzumachen ...", sowie z.B. § 79 Abs. 1 SGB VIII.

<sup>&</sup>lt;sup>64</sup> Krit. Rossen (Fn. 59), 280: "heikler Balanceakt zwischen pragmatischer Selbstaufgabe und empirieferner – gewissermaßen "neonominalistischer" – Rechtsbehauptung".

<sup>65</sup> Mittlerweile existiert eine Vielzahl von Verantwortungstypologien. Der maßgebliche Impuls ging hier aus von E. Schmidt-Aßmann Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Reformbedarf und Reformansätze, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/G. F. Schuppert (Hrsg.) Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, 1993, 11, 43 f.: Erfüllungsverantwortung, Beratungsverantwortung, Überwachungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Einstandsverantwortung; zusammenfassend ders. (Fn. 10), 3. Kap., Rn. 88-91. Daran anknüpfend mit Erweiterungen und Modifikationen: G. F. Schuppert Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in: Ipsen (Fn. 38), 17, 26-32; ders. Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung. Zum Denken in Verantwortungsstufen, Die Verwaltung 31 (1998), 415 ff.; ders. Verwaltungswissenschaft (Fn. 4), 400-419; Bauer (Fn. 1), 277-280; H.-H. Trute Verzahnungen von öffentlichem Recht und privatem Recht - anhand ausgewählter Beispiele, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 4), 117, 198-206; W. Hoffmann-Riem Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, in: ders./Schneider (Fn. 46), 9, 22-30; E.-H. Ritter Organisationswandel durch Expertifizierung und Privatisierung im Ordnungs- und Planungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 231-233; Hermes (Fn. 17), 337-340; C. Gusy Der Wandel präventiver Schutzgewährung in der staatlichen Finanz-

rung und weitere dogmatische Ausformung stehen freilich erst am Anfang.

- 3. Europa- und verfassungsrechtliche Perspektive
- a) Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht

Konkrete Ansätze zu einer Neujustierung staatlicher Verantwortung finden sich auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts. Unter seiner Ägide und zur Verwirklichung des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 2, 3 Abs. 1 lit. g, 4 Abs. 1, 98, 105 Abs. 1 S. 3 EG)<sup>66</sup> wurden seit Anfang der 1980er Jahre bekanntlich viele Bereiche der ehemals staatlichen Daseinsvorsorge schrittweise liberalisiert<sup>67</sup>; zu nennen sind hier der Telekommunikations-<sup>68</sup>, Post-<sup>69</sup>, Energie-<sup>70</sup> und Verkehrssektor<sup>71</sup>. Als Begleitmaßnahme zur ange-

krise, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 175, 190 ff.; Kahl (Fn. 19), 534-536, vgl. ferner die in Fn. 63 Genannten. Der häufig verwendete Begriff der Verantwortungsstufung erscheint insofern missverständlich, als zwischen den meisten Verantwortungstypen gerade kein irgendwie geartetes Stufenverhältnis besteht, sondern sie erst in der Zusammenschau ein bestimmtes staatliches Verantwortungsniveau garantieren.

<sup>66</sup> Aus dem deutschsprachigen Schrifttum vgl. statt vieler *E.-J. Mestmäcker* Offene Märkte im System unverfälschten Wettbewerbs in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, FS Böhm, 1965, 345 ff.; *J. Basedow* Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, 26 ff.; *P.-C. Müller-Graff* Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, EuR 1997, 433, 439 ff. Zur verbleibenden hoheitlichen Verantwortung vgl. die Bestandsaufnahme von *E. Steindorff* Markt und hoheitliche Verantwortung in der EG, ZHR 164 (2000), 223 ff.

<sup>67</sup> Zu den "Privatisierungshebeln" im Gemeinschaftsrecht R. Schmidt Privatisierung und Gemeinschaftsrecht, Die Verwaltung 28 (1995), 281, 291 ff., sowie Bauer (Fn. 1), 259–263; W. Kahl Die öffentlichen Unternehmen im Gegenwind des europäischen Beihilferegimes, NVwZ 1996, 1082 ff.; T. Helm Rechtspflicht zur Privatisierung, 1999, 82–131, und Kämmerer (Fn. 3), 90–152. Zum Einfluss des Sekundärrechts vgl. auch den Überblick bei Weiβ (Fn. 16), 390–404.

Vgl. Eifert (Fn. 61), 139 ff.; T. Vesting Prozedurales Rundfunkrecht, 1997, 256-262.
 Vgl. Pfeffermann Einführung, in: P. Badura u. a. (Hrsg.) Beck'scher PostG-Kommen-

<sup>69</sup> Vgl. Pfeffermann Einführung, in: P. Badura u.a. (Hrsg.) Beck'scher PostG-Kommentar, 2000, 1–53.

<sup>&</sup>lt;sup>70</sup> Vgl. Hermes (Fn. 17), 14-127; Schneider (Fn. 5), 384-440; Pielow (Fn. 55), 31-39, 566-624.

<sup>&</sup>lt;sup>71</sup> Vgl. M. Ronellenfitsch Privatisierung und Regulierung des Eisenbahnwesens, DÖV 1996, 1028 ff.; ders. Die Umsetzung des Eisenbahninfrastrukturpakets, DVBI. 2002, 657 ff.; W. Frotscher/U. Kramer Sechs Jahre nach der Bahnreform – Das Allgemeine Eisenbahngesetz auf dem Prüfstand, NVwZ 2001, 24 ff.; M. Fehling Zur Bahnreform – eine Zwischenbilanz im Spiegel erfolgreicher "Schwesterreformen", DÖV 2002, 793 ff.

strebten Öffnung der bisher staatlich kontrollierten und monopolisierten Märkte sehen neuere Verordnungen und Richtlinien durchgehend die Möglichkeit vor, private Anbieter zur Erbringung bestimmter gemeinwohlorientierter Dienstleistungen<sup>72</sup> zu verpflichten, um auf diese Weise die Grundversorgung der Bevölkerung sicherzustellen.<sup>73</sup> Als "zukunftsweisend"<sup>74</sup> gilt insofern das sog. *Universaldienstmodell.*<sup>75</sup> Es soll "allen Benutzern den Zugang zu einem festgelegten Minimaldienst mit einer spezifizierten Qualität zu einem erschwinglichen Preis, basierend auf den

<sup>72</sup> Die Europäische Kommission versteht unter "Leistungen der Daseinsvorsorge" einerseits marktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden und daher von den Mitgliedstaaten mit besonderen Gemeinwohlverpflichtungen verbunden werden (sog. "Dienste" bzw. "Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" iSv Art. 16 bzw. Art. 86 Abs. 2 EG), und andererseits nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht werden. Nichtmarktbezogene Leistungen unterliegen aber nicht dem europäischen Wettbewerbsrecht (vgl. Mitteilung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften "Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa" v. 20. 9. 2000, KOM [2000], 580 endg., ABl.EG 2001 Nr. C 17, Rn. 28–30 mwN). Zur Definition der einzelnen Begriffe vgl. Anlage II der Mitteilung v. 20. 9. 2000, sowie F. Löwenberg Service public und öffentliche Dienstleistungen in Europa, 2001, 33–36.

<sup>&</sup>lt;sup>73</sup> Sehr klar nachgezeichnet ist die Entwicklung z.B. bei *Löwenberg* (Fn. 72), 186-207.

<sup>74</sup> Trute (Fn. 1), 252f.

<sup>75</sup> Ausdrücklich vorgesehen sind Universaldienstleistungen im Postsektor (Art. 3 RL 97/67/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. 12. 1997 über gemeinsame Vorschriften für die Entwicklung des Binnenmarktes der Postdienste der Gemeinschaft und die Verbesserung der Dienstequalität, ABI.EG 1998 Nr. L 15/14) und im Telekommunikationssektor. Die dort bisher auf mehrere Richtlinien verteilten Bestimmungen (vgl. die Nachw. bei J. Scherer Die Umgestaltung des europäischen und deutschen Telekommunikationsrechts durch das EU-Richtlinienpaket - Teil III, K&R 2002, 385 Fn. 3) sind nun zusammengefasst und präzisiert in RL 2002/22/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. 3. 2002 über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten. ABI.EG 2002 Nr. L 108/51. Explizit ermöglicht wird die Auferlegung von gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen ferner im Verkehrssektor (Art. 1 Abs. 4, 14 Verordnung [EWG] Nr. 1191/69 des Rates vom 28. 6. 1969 über das Vorgehen der Mitgliedstaaten bei mit dem Begriff des öffentlichen Dienstes verbundenen Verpflichtungen auf dem Gebiet des Eisenbahn-, Straßen- und Binnenschiffverkehrs, ABI.EG Nr. L 156/1, geändert durch Verordnung [EWG] Nr. 1893/91 des Rates vom 20. 6. 1991, ABI.EG Nr. L 169/1; Art. 4 Abs. 1a Verordnung [EWG] Nr. 2408/92 des Rates vom 23. 7. 1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABI.EG L 240/8) und im Energiesektor (Art. 3 Abs. 2 und 3 RL 96/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. 12. 1996 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt, ABI.EG 1997 Nr. L 27/20; Art. 3 Abs. 2 RL 98/30/EG des Parlaments und des Rates vom 22. 6. 1998 betreffend gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt, ABI.EG 1998 Nr. L 204/1).

Grundsätzen der Allgemeinheit, Gleichheit und Kontinuität"<sup>76</sup> gewährleisten. Soweit der Markt diese Grundversorgung nicht von sich aus bereitstellt, können Universaldienstverpflichtungen entweder allen oder nur einzelnen Anbietern<sup>77</sup> am Markt auferlegt werden<sup>78</sup>, wobei die damit jeweils verbundenen besonderen Lasten in der Regel auszugleichen sind<sup>79</sup>. Entgegen mancher Befürchtungen, die aus der plakativen Gegenüberstellung von Markt und Staatsmonopol herrühren, führt die europäische Liberalisierungspolitik folglich nicht zu einer Verflüchtigung staatlicher Infrastrukturverantwortung<sup>80</sup>, sondern lediglich zu veränderten Modi ihrer Wahrnehmung unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen.<sup>81</sup> Wel-

<sup>&</sup>lt;sup>76</sup> Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über die Liberalisierung der Telekommunikationsstruktur und der Kabelfernsehnetze (Teil 2), KOM (94), 682 endg., 133. S. auch Mitteilung der Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 14, 39, und Anlage II. Ausführlich zur US-amerikanischen Herkunft und zum Inhalt des Begriffs des Universaldienstes, der über das Europarecht in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingeflossen ist, K. Windthorst Der Universaldienst im Bereich der Telekommunikation, 1998, insbes. 112–118, 144–147, 168–188; ders. Regulierungsansätze im deutschen und US-amerikanischen Telekommunikationsrecht (II), CR 1998, 340, 343–345 mwN. Vgl. ferner H. Kubicek Universaldienstregelungen in den USA und in Deutschland, CR 1997, 1ff.; M. A. Pohl Universaldienst in der Telekommunikation, 1998, 35–77.

<sup>77</sup> Krit. zu der damit einhergehenden Durchbrechung des Marktprinzips z.B. E.-J. Mestmäcker Daseinsvorsorge und Universaldienst im europäischen Kontext, FS Zacher, 1998, 635, 645-651; M. Herdegen Die Regulierung des Postuniversaldienstes: Abschied vom Markt?, ZRP 1999, 63 ff. Die teilweise vorgesehene Koppelung der Universaldienstverpflichtung mit einem Bieterverfahren (vgl. § 14 PostG, § 19 Abs. 5 TKG) ändert im Übrigen nichts daran, dass es sich bei dem Universaldienstmodell um einen Markteingriff handelt; das verkennt C. Koenig Daseinsvorsorge durch Wettbewerb!, EuZW 2001, 481.

<sup>&</sup>lt;sup>78</sup> Vgl. Art. 8 UniversaldienstRL (Fn. 75). Speziell zu den verschiedenen denkbaren Vergabemodi bei Universaldienstleistungen *H. Cox* Das Angebot von Universaldienstleistungen und Probleme ihrer Vergabe im öffentlichen Bieterwettbewerb, in: ders. (Fn. 55), 73, 82–92.

<sup>&</sup>lt;sup>79</sup> Die Finanzierung dieser "Entschädigungen" kann nach Art. 13 Abs. 1 UniversaldienstRL (Fn. 75) durch öffentliche Mittel oder durch Aufteilung der Nettokosten unter den Betreibern im Rahmen von sog. Fondslösungen erfolgen. Krit. zur Universaldienstabgabe nach § 16 PostG und § 21 TKG z.B. R. Schütz/M. Cornils Universaldienst und Telekommunikation, DVBI. 1997, 1146, 1152–1155; Masing (Fn. 5), 183 f. mwN.

<sup>80</sup> Begriffsprägend Hermes (Fn. 17), 334-342 und passim.

<sup>81</sup> So auch J. Schwarze Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbs, EuZW 2001, 334, 335. Vgl. ferner P. Badura "Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse" unter der Aufsicht der Europäischen Gemeinschaft, FS Oppermann, 2001, 571, 572 f. Durchaus zutreffend spricht z.B. M. Nettesheim Europäische Beihilfeaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, EWS 2002, 253, von einem "neuen Modell der Daseinsvorsorge". Cox (Fn. 78), 81, erkennt sogar weltweit einen "Paradigmenwechsel vom klassischen öffentlichen Unternehmen weg und hin zur aufgabenregulierten bzw. öffentlich gebundenen Privatunternehmung". Prägnant ferner M. Bullinger Von der admi-

chen zentralen Stellenwert das Gemeinschaftsrecht den Diensten der Daseinsvorsorge mittlerweile einräumt<sup>82</sup>, zeigt der durch den Vertrag von Amsterdam eingeführte Art. 16 EG<sup>83</sup>, mit dem eine positive Verpflichtung von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zur Gewährleistung funktionierender Grundstrukturen der Daseinsvorsorge in den EG-Vertrag aufgenommen wurde.<sup>84</sup> Sie wird dogmatisch abgesichert<sup>85</sup> durch eine neuerdings sehr extensive Interpretation des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG<sup>86</sup>, der damit eine

nistrativen Daseinsvorsorge zu privatwirtschaftlicher Leistung unter staatlicher Rahmengarantie, FS Zacher, 1998, 85 ff.

<sup>82</sup> Die Europäische Kommission spricht von einem "Schlüsselelement des europäischen Gesellschaftsmodells" (Mitteilung v. 20. 9. 2000 [Fn. 72], 1) und bezeichnet Leistungen der Daseinsvorsorge als "eines der wesentlichen Fundamente des Europäischen Gesellschaftsmodells" (Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. 10. 2001 [Fn. 60], Rn. 1). Vgl. auch Vertrag von Amsterdam, Fassung vom 2. 10, 1997, 13. Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu Art. 16 EG, ABI.EG 1997 Nr. C 340/1, 133, 137; Erklärung zur Schlussakte, Erklärung zu öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten in Deutschland, ABI.EG 1997 Nr. C 340/1, 138. Dementsprechend gehört die Daseinsvorsorge zu den zentralen Fragen des Europarechts in den letzten Jahren, vgl. nur die Sammelbände von Cox (Fn. 55); J. Schwarze (Hrsg.) Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; H. Brede (Hrsg.) Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2001, und R. Hrbek/M. Nettesheim (Hrsg.) Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002, sowie die monographische Aufarbeitung durch S. Rumpff Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?, 2000; Löwenberg (Fn. 72) und J. Harms Daseinsvorsorge im Wettbewerb, 2001. Weitere Nachw. bei Nettesheim (Fn. 81), 253 Fn. 2.

<sup>83</sup> Der rechtsdogmatische Gehalt dieser Kompromissformel (zur Entstehungsgeschichte vgl. nur P. J. Tettinger Maastricht II – Vertragsergänzung zur Sicherung der Daseinsvorsorge in Europa?, DVBl. 1997, 341 ff.; W. Frenz Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, EuR 2000, 901–903) ist unklar, krit. z. B. Pielow (Fn. 55), 98–100; S. Magiera Gefährdungen der öffentlichen Daseinsvorsorge durch EG-Beihilfenrecht, FS Rauschning, 2001, 269, 273; R. Schmidt Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 41 (2002) i.E., II. 2. d). Vgl. auch A. Hatje in: J. Schwarze (Hrsg.) EU-Kommentar, 2000, Art. 16 EGV Rn. 7; C. Jung in: C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.) EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 16 EGV Rn. 13.

<sup>&</sup>lt;sup>84</sup> Deutlich *Pielow* (Fn. 55), 100 f.; *Badura* (Fn. 81), 579. Eine eigenständige Kompetenz der EU zur Förderung der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse lässt sich Art. 16 EG aber nicht entnehmen, so statt vieler *Hatje* (Fn. 83), Art. 16 EGV Rn. 8; *Nettesheim* (Fn. 81), 254.

<sup>&</sup>lt;sup>85</sup> Art. 16 EG verweist auf Art. 86 EG und sieht selbst keine "Auflockerung der Wettbewerbsregeln" vor. Der dort niedergelegte Grundsatz kann aber bei der systematischen Vertragsauslegung des Art. 86 Abs. 2 EG herangezogen werden, vgl. *Frenz* (Fn. 83), 915 f.; *Magiera* (Fn. 83), 271; *Badura* (Fn. 81), 578; zögernd *Jung* (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 49.

<sup>86</sup> Die Wende wurde eingeleitet durch EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533 (Corbeau), und EuGH, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 (Almelo). Vgl. ferner EuGH, Rs. C 159/94, Slg. 1997, I-5815 (Kommmission/Frankreich); EuGH, Rs. C-157/94, Slg.

zentrale Stellung im Gefüge des Gemeinschaftsrechts erhält.<sup>87</sup> Auf Unternehmen, die mit der Erbringung marktbezogener Tätigkeiten im Interesse der Allgemeinheit betraut<sup>88</sup> sind, finden danach die gemeinschaftsrechtlichen Wettbewerbsregeln keine Anwendung, soweit dadurch die "Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich behindert wird". Die "Definitionshoheit"<sup>89</sup> darüber, welche Unternehmen unter diese "Escape-Klausel"<sup>90</sup> fallen, liegt nach Auffassung der Kommission<sup>91</sup> und des EuGH<sup>92</sup> im wesentlichen bei den Mitgliedstaaten; ihre Entscheidung kann von den Gemeinschaftsorganen nur auf "offenkundige Fehler" überprüft werden.<sup>93</sup> Eine Bestandsgarantie für öffent-

<sup>1997,</sup> I-5699 (Kommission/Niederlande); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789 (Kommission/Italien); EuGH, Rs. C-209/98, Slg. 2000, I-3743 (Sydhavnens Sten&Grus); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109 (TNT Traco/Poste Italiane); EuGH, Rs. C-475/99, EuZW 2002, 25 (Ambulanz Glöckner); EuGH, Rs. C-53/00, NVwZ 2002, 193 (Ferring/Acoss). Die Forderung, Art. 86 Abs. 2 EG sei als Ausnahmevorschrift restriktiv auszulegen (statt vieler Jung [Fn. 83], Art. 86 EGV Rn. 35 mwN), findet in dieser Entscheidungspraxis keinen Niederschlag mehr. Folgerichtig für die Fortentwicklung des Art. 86 Abs. 2 EG zu einem "von den Mitgliedstaaten nach ihrer eigenen Tradition auszufüllenden "service-public'-Vorbehalt" plädierend F. v. Burchhard in: Schwarze (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 55; M. Fehling Zu Möglichkeiten und Grenzen identischer Wettbewerbsbedingungen für öffentliche Unternehmen der Daseinsvorsorge und private Konkurrenten, in: Schwarze (Fn. 82), 195, 205.

<sup>&</sup>lt;sup>87</sup> So auch GA S. Alber Schlussantrag zu EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 94 (TNT Traco/Poste Italiane): "grundlegende Wertentscheidung des Gemeinschaftsrechts"; R. Dohms Die Vorstellung der Kommission zur Daseinsvorsorge, in: Schwarze (Fn. 82), 41, 57: "das zentrale Instrument der Konfliktlösung und Konfliktvermeidung"; Pielow (Fn. 55), 75: "schlechthin 'die' thematische Zentralnorm auf dem Gebiet der öffentlichen Versorgung".

<sup>&</sup>lt;sup>88</sup> Zu den geringen Anforderungen an das Merkmal der Betrauung vgl. zuletzt EuGH, Rs. C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rn. 98-111 (Albany). Vgl. auch *V. Götz* Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, FS Maurer, 2001, 921, 931-933.

<sup>&</sup>lt;sup>89</sup> H. Lecheler/J. Gundel Die Rolle von Art. 90 Abs. 2 und 3 EGV in einem liberalisierten Energiemarkt, RdE 1998, 92, 93; S. Albin Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht, DÖV 2001, 890, 894f. Krit. Schmidt (Fn. 83), II. 2 a) a.E. unter Hinweis auf die von der Kommission unterstrichene Option eines gemeinsamen Konzepts der Daseinsvorsorge.

<sup>90</sup> V. Emmerich in: Dauses (Hrsg.) HdbEuWR, H II Rn. 142.

<sup>&</sup>lt;sup>91</sup> Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 22. Vgl. ferner RL 2000/52/EG der Kommission v. 26. 7. 2000 zur Änderung der RL 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, ABI.EG 2000 Nr. L 193/75, 4. Erwägungsgrund.

<sup>92</sup> Vgl. die Nachw. in Fn. 86.

<sup>&</sup>lt;sup>93</sup> Zu Einzelheiten der Interpretation des Art. 86 Abs. 2 EG vgl. neben den einschlägigen Kommentaren z.B. *Pielow* (Fn. 55), 75-95; *Kämmerer* (Fn. 3), 120-138.

liche Monopolunternehmen folgt daraus freilich nicht.94 Im Gegenteil: Die Befreiung von den wettbewerbssichernden Vorschriften des EG-Vertrags ist als ultima ratio nur dann gerechtfertigt, wenn andere technisch mögliche und wirtschaftlich wie rechtlich zumutbare Wege, die im allgemeinen Interesse liegende Aufgabe zu erfüllen, nicht ersichtlich sind.95 Der Dispens darf in Intensität und Umfang nicht weitergehen als unbedingt erforderlich.96 Dementsprechend besteht weiterhin ein grundsätzlicher Vorrang des regulierten Wettbewerbs<sup>97</sup> vor einer einseitigen Privilegierung einzelner (privater oder öffentlicher) Unternehmen.98

#### Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewährleistungsstaates

Die durch das Gemeinschaftsrecht in die Wege geleitete Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge hat auch Eingang in das Grundgesetz gefunden. 99 Dort ist das Gewährleistungsparadigma für den Bereich

<sup>94</sup> So aber wohl Schmidt (Fn. 83), II 2 d) unter Hinweis auf Art. 16 EG.

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C 159/94, Slg. 1997, I-5815, Rn. 52, 59, 96, 101, 102 (Kommmission/ Frankreich); EuGH, Rs. C-157/94, Slg. 1997, I-5699, Rn. 53 (Kommission/Niederlande); EuGH, Rs. C-158/94, Slg. 1997, I-5789, Rn. 53, 54 (Kommission/Italien). Ähnlich bereits EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 16 (Corbeau), Vgl. neuerdings EuGH, Rs. C-147 u. 148/97, Slg. 2000, I-825, Rn. 49-52 (Deutsche Post AG/GZS u. Citicorp); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 54 (TNT Traco/Poste Italiane); EuGH, Urt. v. 25. 10. 2001, Rs. C-475/99, EuZW 2002, 25, Rn. 57f. (Ambulanz Glöckner). Aus der Lit. vgl. nur Jung (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 46 mwN.

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-320/91, Slg. 1993, I-2533, Rn. 14 (Corbeau); EuGH, Rs. C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rn. 56-58. (TNT Traco/Poste Italiane); EuG, Rs. T-106/95, Slg. 1997, II-229, Rn. 175-178. Vgl. ferner Mitteilung der Europäischen Kommission v. 20. 9. 2000 (Fn. 72), Rn. 23. Aus der Lit, vgl. G. Wilms Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996, 139-141; J. Basedow Dienstleistungsmonopole und Netzzugang in der europäischen Wirtschaftsverfassung, Jahrb. für neue politische Ökonomie 15 (1997), 121, 131 f.; I. Pernice in: Grabitz/Hilf, EU, Art. 90 EGV Rn. 54; Jung (Fn. 83), Art. 86 EGV Rn. 47. Speziell zur Erforderlichkeit von Ausgleichsmaßnahmen auch Europäische Kommission Bericht für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001 (Fn. 60), Rn. 12-32. Übersichtliche Analyse der Rechtsprechung ferner bei Nettesheim (Fn. 81), 257-263 mwN.

<sup>97</sup> Zu unterschiedlichen Regulierungsmodellen aus ökonomischer Sicht vgl. vor diesem Hintergrund C. B. Blankart Modell der Daseinsvorsorge aus EG-rechtlicher und ökonomischer Sicht, WuV 2002, 340, 345ff.

<sup>98</sup> Wie hier S. Storr Zwischen überkommener Daseinsvorsorge und Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, DÖV 2002, 357, 360.

<sup>99</sup> Übersichtlich zu den europarechtlichen Einflüssen H. Gersdorf in: v. Mangoldt/ Klein/Starck (Hrsg.) GG, 4. Aufl. 2001, Art. 87e Rn. 5-10; Art. 87f Rn. 3-12. Indes wäre es verfehlt, z.B. die Postreform als reinen Vollzug gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben zu verstehen. Die EU hat vielmehr den Trend zur Privatisierung in Deutschland verstärkt, so zutreffend J. Wieland in: H. Dreier (Hrsg.) GG III, 2000, Art. 87f Rn. 6.

der netzbasierten Daseinsvorsorge jetzt in Art. 87e Abs. 4, 87f Abs. 1 und Art. 143b Abs. 2 GG verankert. Über diese speziellen und ihrerseits konkretisierungsbedürftigen Vorschriften<sup>100</sup> hinaus lassen sich dem Grundgesetz jedoch nur wenige gehaltvolle Aussagen über Art und Ausmaß der verbleibenden staatlichen Verantwortung in arbeitsteiligen Strukturen entnehmen.<sup>101</sup> Ursächlich dafür ist nicht allein der Rahmencharakter der Verfassung, sondern diese ist schon vom Ansatz her auf ein "Mixtum von Staat und Gesellschaft nicht eingerichtet"<sup>102</sup>. Das heißt nicht, dass sich die Verfassung im Grundsatz gegen arbeitsteilige Arrangements sperrt.<sup>103</sup> Die notwendige Umstellung ihrer Schutzmechanismen von der Abwehr in zweipoligen Staat-Bürger-Beziehungen auf die Gewährleistung eines gemeinwohlorientierten Interessenausgleichs in komplexen multipolaren Beziehungsgefügen bedingt aber einen deutlichen Verlust an Direktionskraft<sup>104</sup>, der durch neue dogmatische Konstruktionen nur begrenzt aufgefangen werden kann.<sup>105</sup>

Das Kernproblem<sup>106</sup> besteht darin, dass die vielfältigen Bindungen der Verfassung, die aus dem Erfordernis der demokratischen Legitima-

<sup>100</sup> Zu den verbleibenden Auslegungsschwierigkeiten vgl. neben den einschlägigen Kommentierungen in den jeweiligen Grundgesetzkommentaren nur *P. Lerche* Infrastrukturelle Verfassungsaufträge, FS Friauf, 1996, 251 ff.; *E. Schmidt-Aβmann/H. C. Röhl* Grundpositionen des neuen Eisenbahnverfassungsrechts (Art. 87e GG), DÖV 1994, 577 ff.; *K. Stern* Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBI. 1997, 309, 312 ff.; *Windthorst* (Fn. 76), 247–387; *F. Brosius-Gersdorf* Wettbewerb auf der Schiene?, DÖV 2002, 275 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>101</sup> Das könnte der Grund sein, warum die Existenz einer staatlichen "Garantenstellung" weithin unbestritten ist, ihre dogmatische Ableitung aber oft im Dunkeln bleibt, so auch *Seidel* (Fn. 47), 38.

<sup>&</sup>lt;sup>102</sup> D. Grimm Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaats, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 9, 19.

<sup>&</sup>lt;sup>103</sup> So aber in der Tendenz *Di Fabio* (Fn. 1), 264: "entweder effektive parlamentarische Kontrolle (...) oder (...) klare Separierung zwischen gesellschaftlicher Freiheit und staatlichem Herrschaftsanspruch".

<sup>&</sup>lt;sup>104</sup> Das Bild der "dirigierenden Verfassung" prägend *P. Lerche* Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999 (1961), 61–96.

<sup>&</sup>lt;sup>105</sup> Kämmerer (Fn. 3), 463, spricht von einem "privatisierungsbedingten Grundrechtsschwund".

<sup>106</sup> Zu weiteren verfassungsrechtlichen Direktiven vgl. im Überblick Voβkuhle (Fn. 9), 63–68 mwN. Insbesondere bieten die Grundrechte der Privaten, für die sich die Übertragung von öffentlichrechtlichen Pflichten regelmäßig als Eingriff darstellt, keine durchschlagende Abwehr; an dem Befund von Ossenbühl (Fn. 1), 175–185, hat sich insofern wenig geändert, vgl. auch Burgi (Fn. 22), 253–271, und Pielow (Fn. 55), 456–458. Gleichwohl dürfte gerade im Bereich der gesetzlichen Indienstnahme Privater die Grenze der Zumutbarkeit mittlerweile erreicht sein (zur ökonomischen Belastungswirkung vgl. z.B.

tion, dem beamtenrechtlichen Funktionsvorbehalt (Art. 33 Abs. 4 GG), den Grundrechten und rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien resultieren, nur dort unmittelbare Wirkung entfalten, wo die jeweiligen Akteure Staatsgewalt ausüben.<sup>107</sup> Dazu reicht es nicht aus, dass sie eine wichtige öffentliche Aufgabe wahrnehmen<sup>108</sup> oder gesellschaftliche Macht nutzen<sup>109</sup>, vielmehr muss ihr Handeln dem Staat jeweils als eigenes

die Analyse von S. Halldorn Der Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Staates, 1996, 62-226). Das gilt insbesondere, aber nicht nur für die steuerrechtlichen Pflichtdienste kleinerer und mittlerer Unternehmen (so auch das Ergebnis der differenzierten verfassungsrechtlichen Aufarbeitung der Problematik vor dem Hintergrund des sog. Halbteilungsgrundsatzes [BVerfG 93, 121, 138] durch Geißler [Fn. 34], 224). Für verfassungsmäßig erachtet wurden bisher von den Gerichten die Mitwirkungspflicht von Arbeitnehmern beim Lohnsteuereinbehalt (BFH BStBl III 1996, 468, 469) und beim Kirchenlohnsteuereinbehalt (BVerfGE 44, 103 ff.; krit. G. Felix Unentgeltliche private Steuervollstreckungshilfe für entgeltliche staatliche Steuervollstreckung zugunsten der Kirchen?, BB 1995, 1929ff.) sowie die Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung und Abführung der Kuponsteuer (BVerfGE 22, 280ff.). Vom Gesetzgeber wieder beseitigt wurde dagegen u.a. wegen der Belastungswirkung die Inanspruchnahme der Arbeitgeber für die Auszahlung des Kindergeldes (§ 73 EStG a.F.) durch das Steuerentlastungsgesetz v. 19. 12. 1998, BGBl. I, 3779 (vgl. die berechtigte Kritik von O. Depenheuer Arbeitgeber als Zahlstelle des Sozialstaats, BB 1996, 1218 ff.; J. Pelka/F. Balmes Kindergeldauszahlungspflicht durch die Arbeitgeber, DStR 1997, 1309ff.).

107 Damit ist gleichzeitig gesagt, dass sich aus den genannten Bestimmungen kein Privatisierungsverbot ergibt; diese setzen staatliche Hoheitstätigkeit voraus, schreiben aber keine staatlichen Aufgaben fest. Zumindest in Bezug auf Art. 33 Abs. 4 GG ist dieser Befund freilich nicht unbestritten, wie hier StGH Bremen, NordÖR 2002, 60, 64, sowie R. Schmidt Rechtliche Möglichkeiten für Privatisierungen im Bereich der Deutschen Bundespost, FS Lerche, 1993, 965, 976-978; G. Lübbe-Wolff in: H. Dreier (Hrsg.) GG II, 1998, Art. 33 Rn. 55; Gramm (Fn. 13), 74; A. Bree Die Privatisierung der Abfallentsorgung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 1998, 220f.; Huber (Fn. 27), 152-155; T. Strauβ Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, 199-206; Nitz (Fn. 26), 397-399 mwN in Fn. 479. AA zB A. Krölls Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen, NVwZ 1999, 233, 235; V. Haug Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum als Privatisierungsschranken, NVwZ 1999, 816, 817. Zur Polarität von Staatsgewalt und grundrechtlicher Freiheit vgl. J. Isensee Grundrechte und Demokratie -Die polare Legitimation im grundgesetzlichen Gemeinwesen, 1981, sowie Jestaedt (Fn. 48), 238-247, und daran anschließend H. Gersdorf Öffentliche Unternehmen im Spannungsfeld zwischen Demokratie und Wirtschaftlichkeitsprinzip, 2000, 60-63 mwN in Fn. 136.

<sup>108</sup> Statt vieler zuletzt *Gersdorf* (Fn. 107), 105-108 mwN. Vgl. aber zB Art. 35 Abs. 2 BV-Schweiz: "Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an die Grundrechte gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen."

<sup>109</sup> Vgl. W. Martens Öffentlich als Rechtsbegriff, 1969, 125 f.; L. Mahlberg Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, 1988, 90; Huber (Fn. 27), 165. Anders aber W. Hoffmann-Riem Übergang der Polizeigewalt auf Private, ZRP 1977, 277, 278 f.

zugerechnet werden können.<sup>110</sup> Das ist unschwer zu bejahen im Fall der Beleihung.<sup>111</sup> Eine breite Palette von Beteiligungsformen entzieht sich aber einer eindeutigen Zuordnung.<sup>112</sup> Außer an verschiedene Varianten der sachverständigen Beratung und privater Teilbeiträge in Planungsverfahren<sup>113</sup> ist hier etwa an den Einsatz behördlicher Verfahrensbevollmächtigter<sup>114</sup>, Normsetzungsakte privater Normungsver-

<sup>110</sup> Nach der Rspr. des BVerfG fällt unter den Begriff der Staatsgewalt "jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter" (BVerfGE 83, 60, 73; 93, 37, 68). Dem Gebot demokratischer Legitimation unterliegt aber auch das privatrechtliche und fiskalische staatliche Handeln. Von der ganz hM wird ein umfassender Begriff der Staatsgewalt zugrunde gelegt, der sich auf das gesamte Handlungsinstrumentarium bezieht, unabhängig von den Entscheidungsqualitäten im juristischen Sinne, vgl. E.-W. Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, 1987, § 22 Rn. 12f.; E. Schmidt-Aβmann Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329, 338–347; H. Dreier in: ders. (Hrsg.) GG II, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 79–82 mwN. Ausführlich zur Problematik zuletzt wieder am Beispiel öffentlicher Unternehmen Gersdorf (Fn. 107), 47–166.

<sup>111</sup> Zur Sicherung der demokratischen Legitimation bei der Beleihung vgl. jüngst StGH Bremen, NordÖR 2002, 60, 61-62. Der Regelvorbehalt in Art. 33 Abs. 4 GG setzt einer Beleihung Privater ebenfalls nur bescheidene Grenzen, vgl. überzeugend Nitz (Fn. 26), 399-431, sowie Huber (Fn. 27), 155-161. Enger dagegen B. Remmert Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren, Berliner Habilitationsschrift, Manuskript, Jan. 2002, 504-513; M. Burgi Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, FS Maurer, 2001, 581, 590f.

<sup>112</sup> Statt vieler vgl. W. Krebs Verwaltungsorganisation, in: HStR III, 1988, § 69 Rn. 10, sowie zuletzt M. Burgi Privat vorbereitete Verwaltungsentscheidungen und staatliche Strukturschaffungspflicht, Die Verwaltung 33 (2000), 183 ff.; G. Britz Die Mitwirkung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Einrichtungen des öffentlichen Rechts, VerwArch 91 (2000), 418, 425-430; V. Mehde Ausübung von Staatsgewalt und Public Private Partnership, VerwArch 91 (2000), 540, 541-545; Weiβ (Fn. 16), 319-322.

<sup>113</sup> Zur Vorbereitung der Standortauswahl durch private Projektplanungsbüros im Rahmen von Planungsentscheidungen vgl. zB B. Bender/R. Pfaff Zur Standortproblematik im Recht der Abfallentsorgung, DVBI. 1992, 181 ff.; W. Hoppe Rechtsprobleme bei Standortauswahlverfahren für Abfallentsorgungsanlagen durch private Auftragnehmer, DVBI. 1994, 255 ff.; H. Bleicher Standortauswahlverfahren bei der Planung von Abfallentsorgungsanlagen durch private Gutachter, 1996. Zu Planungsvorarbeiten im Rahmen des Straßenbaus vgl. § 16a Abs. 1 S. 1 FStrG sowie Bucher (Fn. 38), 59-64. Eingehend zu diesem Problemkreis jetzt unter Einbezug eigener empirischer Erhebungen zum Bauleitplanverfahren in Brandenburg Remmert (Fn. 111), 38-41, 73-75 u. passim mwN.

<sup>114</sup> Vgl. § 4b BauGB und §§ 35 ff. der Verordnung über die Honorare für Leistungen der Architekten und Ingenieure i.d.F. v. 4. 3. 1991, BGBl. I, 533, zuletzt geändert durch Gesetz vom 10. 11. 2001, BGBl. I, 2992 (dazu O. Reidt § 4b BauGB – Die Einschaltung Dritter in die Bauleitplanung, NVwZ 1998, 592 f.; G. Schmidt-Eichstaedt Der Dritte im Baugesetzbuch, BauR 1998, 899 ff.; F. Stollmann Die Einschaltung Dritter im neuen Städtebaurecht, NuR 1998, 578 ff.; B. Köster Die Privatisierung des Bauleitplanverfahrens und der Einsatz von Mediation in den Beteiligungsverfahren, 2002, 55–57; Remmert [Fn. 111], 42–51); § 2 Abs. 2 S. 3 Nr. 5 der 9. BImSchVO (dazu M. Böckel Projektmanagement in Verwaltungs-

bände<sup>115</sup> oder die Beteiligung von Privaten im Rahmen der Überwachung von Anlagen im Umwelt- und Technikrecht<sup>116</sup> zu denken. Formal gesehen bleibt in den genannten Konstellationen die Letztentscheidungskompetenz bei der staatlichen Verwaltungsbehörde; realistisch betrachtet verfügen die jeweiligen Amtsträger aber regelmäßig weder über das notwendige Wissen noch die erforderlichen personellen und zeitlichen Ressourcen, die privaten Aufgabenbeiträge zu überprüfen und - wenn nötig zu korrigieren. 117 Der Sache nach erscheint es deshalb geboten, den privaten Akteuren ebenfalls bestimmte inhaltliche, organisatorische und verfahrensrechtliche Pflichten aufzuerlegen. 118 Die verfassungsrechtliche Herleitung dieser Pflichten stößt aber auf nicht unerhebliche Schwierigkeiten.<sup>119</sup> Plädiert man für die möglichst vollständige Etatisierung der privaten Aufgabenträger<sup>120</sup>, hat dies zur Konsequenz, dass die auf die klassische Vollzugsverwaltung zugeschnittenen Anforderungen an das Handeln staatlicher Organisationseinheiten eins zu eins auf diese übertragen werden müssen. Folge wäre nicht nur ein erheblicher Verlust an individueller Freiheit, der in der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Bürgers kulminieren würde<sup>121</sup>; auch die durch diese Freiheit ermöglichte

verfahren, DÖV 1995, 102, 106ff.; R. Schwarz "Entliehene" Rechtsanwälte in der staatlichen Immissionsschutzverwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schneider [Fn. 46], 188, 194–200; F. Ludwig Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz, 1998, 198–215) und § 71c Abs. 2 S. 2 VwVfG. Vgl. ferner § 98 UGB-KomE und dazu BMU (Hrsg.) Umweltgesetzbuch (UGB-KomE), 1998, 640ff.

<sup>115</sup> Vgl. Fn. 49.

<sup>&</sup>lt;sup>116</sup> Vgl. z.B. M. Reinhardt Die Überwachung durch Private im Umwelt- und Technikrecht, AöR 118 (1993), 617, 626-634; Ludwig (Fn. 114), 165-263, jeweils mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>117</sup> Den Finger in die Wunde gelegt hat hier sehr früh *Brohm* (Fn. 1), 292. Vgl. zuletzt wieder *H. C. Röhl* Staatliche Verantwortung in Kooperationsstrukturen, Die Verwaltung 29 (1996), 487, 497–499; *Burgi* (Fn. 112), 194f.

<sup>&</sup>lt;sup>118</sup> Darauf und auf die Notwendigkeit der "Begründung einer konkreten 'Garantenstellung' des Staates" hat in aller Klarheit bereits *Gallwas* (Fn. 1), 225–232, hingewiesen.

<sup>&</sup>lt;sup>119</sup> Burgi (Fn. 112), 196f., sieht hier zu Recht eine "Begründungslücke zwischen den abstrakten Verfassungsgeboten und der Postulierung konkreter Formalanforderungen."

<sup>&</sup>lt;sup>120</sup> So etwa im Hinblick auf die Sachverständigenbeteiligung *Brohm* (Fn. 1), 292; *ders.* (Fn. 47), Rn. 38; *U. Di Fabio* Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, VerwArch 81 (1990), 193, 217–219.

<sup>121</sup> Für eine unmittelbare Grundrechtsverpflichtung faktisch einflussreicher privater Akteure, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, plädieren etwa W. Däubler Privatisierung als Rechtsproblem, 1980, 126f.; R. Scholz/J. Aulehner Grundfragen zum Dualen System, BB 1993, 2250, 2252ff.; K. Kiethe/H.-D. Sproll Die Privatisierung der Abfallentsorgung am Beispiel der Verpackungsentsorgung, ZIP 1994, 275, 280f., und H. Meyer Diskussionsbeitrag VVDStRL 56 (1997), 333f. Vgl. auch Ossenbühl (Fn. 1), 192f., der aus der Staatsfunktion des Verwaltungshelfers seine Grundrechtsbindung herleitet. Zu Recht ablehnend unter Hinweis auf die state action doctrine des amerikanischen Supreme

und gerade erwünschte gesellschaftliche Handlungsrationalität ginge verloren. 122 Mehr Überzeugungskraft besitzen deshalb solche Ansätze, die auf eine Eingliederung des Privaten in das staatliche Handlungsgefüge verzichten und auf den verbleibenden hoheitlichen Anteil an der Aufgabenerfüllung abstellen, um im Sinne einer vor- und nachwirkenden "Legitimationsverantwortung" des Staates 123 und einer damit einhergehenden "staatlichen Strukturschaffungspflicht" 124 das Rechtsfolgenregime zu erweitern. Für die Bereiche der funktionalen Privatisierung lässt sich auf diesem Wege eine verfassungsrechtliche Verpflichtung begründen, den Mangel an tatsächlicher inhaltlicher Entscheidungsbeherrschung durch entsprechende Sicherungsvorkehrungen adäquat auszugleichen. Diese Verpflichtung trifft bei einer nicht ganz unerheblichen und auf Dauer angelegten Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben wegen der faktischen Auswirkungen auf das verfassungsrechtliche Verantwortungsgefüge den Gesetzgeber. 125

Court Trute (Fn. 63), 42f., sowie Burgi (Fn. 22), 331-335 mwN, Von einer unmittelbaren Drittwirkung der Grundfreiheiten geht aber neuerdings der EuGH aus. Zunächst war diese Rspr. auf "kollektive" Regelungen beschränkt, vgl. EuGH, Rs. 36/74, Slg. 1974, 1405, Rn. 17f. (Walrave); EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921, Rn. 80f.; EuGH, Rs. C-176/96, Slg. 2000, I-2681, Rn. 35 (Lethonen); EuGH, Rs. C-51/96 und C-191/97, Slg. 2000, I-2549, Rn. 60ff. (Deliège). Weitergehend nun EuGH, Rs. C-281/98, Slg. 2000, I-4139, Rn. 36 (Angonese). Zust. i. E. T. O. Ganten Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000, 94-119; D. Schiek Differenzierte Gerechtigkeit - Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht, 2000, 87-89; C. Tsiliotis Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, 704-706. Vgl. ferner S. Wernicke Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, 225-270, der die unmittelbare Bindung Privater an das Primärrecht aus der Ergebnisverpflichtung des EG-Vertrages herleitet. Die Grundfreiheiten haben eine andere Funktion als die Grundrechte. Insofern lassen sich die berechtigten Einwände gegen die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte auf diese Diskussion nicht unmittelbar übertragen, vgl. aber Kritik an der Rspr. des EuGH durch C.-W. Canaris Drittwirkung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten, in: Bauer u.a. (Fn. 12), 29, 42-54, sowie ferner W. Kluth Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, AöR 122 (1997), 557, 581; T. Kingreen Die Struktur der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1999, 195-200; R. Streinz/S. Leible Die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, EuZW 2000, 459ff., und T. Körber Innerstaatliche Anwendung und Drittwirkung von Grundfreiheiten?, EuR 2000, 932ff.

<sup>122</sup> Krit. Gallwas (Fn. 1), 222.

<sup>&</sup>lt;sup>123</sup> Grundlegend dazu Trute (Fn. 5), 955 f.; ders. Funktion der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-ABmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 288-294, und Röhl (Fn. 117), 500-503. Zust. Michael (Fn. 10), 346-352; Fehling (Fn. 44), 360 f.

<sup>&</sup>lt;sup>124</sup> Burgi (Fn. 22), 378-385; ders. (Fn. 112), 200-206.

<sup>&</sup>lt;sup>125</sup> Die Notwendigkeit einer ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage für die Beteiligung von Verwaltungshelfern verneinen dagegen z.B.: Ossenbühl (Fn. 1), 163 f.; W. Rudolf Ver-

Entgegen übertriebener Hoffnung in der Literatur<sup>126</sup> dürfte es aber angesichts des weiten gesetzgeberischen Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraums außerordentlich schwer fallen, handhabbare Kriterien zu entwickeln, die es erlauben würden, das gesetzgeberische Tun oder Unterlassen im konkreten Fall auch dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit auszuliefern. Nicht zuletzt die vom Bundesverfassungsgericht aus den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte entwickelte Schutzpflichtendogmatik mahnt hier zu Recht zur Zurückhaltung. Zwar obliegt dem Gesetzgeber danach die Aufgabe, möglichen Verletzungen und Gefährdungen individueller Rechtspositionen entgegenzuwirken<sup>127</sup>, die sehr leicht dort entstehen, wo Bürger von gemeinwohlrelevanten Erfüllungsbeiträgen mächtiger privater Organisationen abhängig sind.<sup>128</sup> Wie der Gesetzgeber diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag aber konkret nachkommt, ob durch handverlesene Auswahl der Privaten, detaillierte gesetzliche Ausgestaltung ihrer Betätigungsfelder oder inten-

waltungsorganisation, in: H.-U. Erichsen (Hrsg.) Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 52 Rn. 26; Bauer (Fn. 1), 267; G. Lübbe-Wolff Modernisierung des Umweltordnungsrechts, 1996, 32; C. Gramm Schranken der Personalprivatisierung bei der inneren Sicherheit, VerwArch 90 (1999), 329, 335. Wie hier mit unterschiedlichen Nuancierungen: W. Erbguth Die funktionale Privatisierung im Genehmigungsrecht, DÖV 1995, 369, 375f.; Pitschas (Fn. 40), 398ff.; M. König Privatisierung im Landesorganisationsrecht, DÖV 1999, 322, 324f., und Burgi (Fn. 22), 289-291.

<sup>126</sup> Exemplarisch Trute (Fn. 63), 43: "Zudem sind Grundrechte als objektiv-rechtliche Normen wirksam genug, um (...) Maßstäbe für die Gestaltung von Regelungsstrukturen abzugeben, die sicherstellen, daß keine verfassungsrechtlich unzuträglichen Asymmetrien der Interessenwahrnehmung entstehen." Vgl. ferner Schmidt-Preuß (Fn. 1), 172; C. Groß Die Privatisierung ordnungsrechtlicher Genehmigungs- und Aufsichtsverfahren auf der Grundlage des Öko-Audit-Systems, 2000, 89–93; Weiß (Fn. 4), 1179, 1181.

<sup>127</sup> Das BVerfG leitet die verfassungsrechtliche Schutzpflicht aus der Funktion der Grundrechte als objektive Wertordnung ab, vgl. BVerfGE 39, 1, 41 f.; 52, 214, 220 f.; 53, 30, 57; 56, 54, 78; 77, 170, 214 f.; 77, 381, 403; 79, 174, 201; 92, 26, 46. In anderen Entscheidungen wird (zusätzlich) auf den Schutz der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG abgestellt, siehe BVerfGE 46, 160, 164; 49, 89, 132; 90, 145, 195. Für eine rein abwehrrechtliche Konstruktion treten dagegen ein: J. Schwabe Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, 231 ff.; D. Murswiek Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 1985, 62 ff.; G. Lübbe-Wolff Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, 178 ff. u. passim; M. Holoubek Grundrechtliche Gewährleistungspflichten, 1997, 251-265. Berechtigte Kritik dazu bei R. Alexy Theorie der Grundrechte, 2. Aufl. 1985, 415-420, sowie J. Dietlein Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten, 1992, 38 f., und J. Isensee Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: HStR V, 1992, § 111 Rn. 118 f.

<sup>&</sup>lt;sup>128</sup> Reiches Anschauungsmaterial bietet hier der Bereich des Medienrechts, vgl. nur Schoch (Fn. 1), 178–181, und B. Holznagel Regulierte Selbstregulierung im Medienrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 81, 90 ff.

sive nachträgliche staatliche Kontrollen, bleibt ihm weitgehend selbst überlassen. <sup>129</sup> Die getroffenen Regelungen und Maßnahmen dürfen lediglich nicht "gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich" sein, das Schutzziel zu erreichen. <sup>130</sup> Allenfalls <sup>131</sup> dem *Rechtsstaatsprinzip* <sup>132</sup> sind nähere Vorgaben hinsichtlich der Erfüllungsmodalitäten zu entnehmen. Aus dem dort beheimateten *Gewaltenteilungsprinzip* resultiert das Gebot einer rationalen, effizienten und vor allem transparenten Staatsorganisation. <sup>133</sup> Diese Anforderungen verlangen gerade in den Bereichen Beachtung, in denen die vom Staat selbst bewirkte Übertragung bestimmter Aufgabenteile auf private Akteure der Verflüchtigung staatlicher Verantwortung Vorschub leistet, weil die disziplinierenden Vorgaben des Grundgesetzes für die staatliche Binnenorganisation nicht mehr unmittelbar greifen. Zumindest die *Offenlegung* und *Dokumentation* der Zusammenarbeit dürfte dementsprechend aus Sicht des Grundgesetzes zwingend sein. <sup>134</sup>

<sup>129</sup> Die geringe Direktionskraft der Schutzpflichten betonen im vorliegenden Zusammenhang z.B.: Burgi (Fn. 22), 201–204; Seidel (Fn. 47), 83–88; Nitz (Fn. 26), 334–396; Kämmerer (Fn. 3), 449–459; Möstl (Fn. 26), 84–118.

<sup>130</sup> Vgl. BVerfGE 79, 175, 202; ähnlich BVerfGE 46, 160, 164; 56, 54, 80f.; 77, 170, 215; 85, 191, 212. Enger dagegen auf den ersten Blick BVerfGE 88, 202, 254. Die dort aufgenommene Figur des sog. Untermaßverbots hat aber in der Folge zu keiner höheren verfassungsrechtlichen Kontrolldichte geführt, vgl. BVerfGE 92, 26, 46, und zuletzt wieder BVerfG, NJW 1995, 2343; NJW 1996, 651, 652; NJW 1997, 2509; UPR 1998, 145; DÖV 2002, 521 f. Eingehend dazu M. Ruffert Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, 210-237; C. Calliess Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, 322-325. Krit. zum dogmatischen Ertrag des Untermaßverbots A. Scherzberg Grundrechtsschutz und Eingriffsintensität, 1989, 208 ff.; ders. Risiko als Rechtsproblem, VerwArch 84 (1993), 484, 509; J. Dietlein Das Untermaßverbot, ZG 10 (1995), 131, 139 f.; Voβkuhle (Fn. 6), 384 f.; E. Denninger Vom Elend des Gesetzgebers zwischen Übermaßverbot und Untermaßverbot, FS Mahrenholz, 1994, 561 ff.; C. Bumke Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 78 f., und Lepsius (Fn. 7), 394-398.

<sup>&</sup>lt;sup>131</sup> Auch aus dem *Sozialstaatsprinzip* folgt lediglich die generelle Verpflichtung des Staates, eine ausreichende soziale Infrastruktur sicherzustellen, nicht aber, auf welche Weise diese Pflicht realisiert werden muss, vgl. nur *Osterloh* (Fn. 1), 208; *Bauer* (Fn. 1), 269 Fn. 130 mwN.

<sup>132</sup> Dazu Trute (Fn. 5), 956f.

<sup>133</sup> Statt vieler K. Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 484-499, und A. Voβkuhle Rechtsschutz gegen den Richter, 1993, 34-50 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>134</sup> Abl. zur amtlichen Publikationspflicht von normativen Absprachen jüngst aber *Michael* (Fn. 10), 480–483, der indes nur auf Art. 82 Abs. 1 GG abstellt. AA die hM, vgl. *W. Brohm* Rechtsgrundsätze für normvertretende Absprachen, DÖV 1992, 1025, 1031; *U. Dempfle* Normvertretende Absprachen, 1994, 139; *Knebel/Wicke/Michael* (Fn. 36), 266.

#### 4. Verwaltungsrechtliche Perspektive

# a) Leistungsfähigkeit tradierter dogmatischer Institute

Angesichts der insgesamt schwachen Determinationskraft des Verfassungsrechts obliegt die rechtliche Domestizierung der Arbeitsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor im nationalen Recht weiterhin in erheblichem Umfang den tradierten dogmatischen Instituten des Verwaltungsrechts.<sup>135</sup> Neben der kooperativen Handlungsform des Verwaltungsvertrags<sup>136</sup> verdienen hier namentlich die Rechtsfiguren der Beleihung<sup>137</sup>, der Verwaltungshilfe<sup>138</sup> und der Indienstnahme Priva-

<sup>135</sup> Vgl. Di Fabio (Fn. 1), 269, und die Diskussionsbeiträge von P. Badura VVDStRL 56 (1997), 303, 304, und Hufen VVDStRL 56 (1997), 326, 327. Deutlich ferner Pielow (Fn. 55), 467: "Auch unter den Vorzeichen eines nach unterschiedlichen Verantwortungsebenen differenzierenden Staatsaufgabenverständnisses erscheint die Konzentration auf die skizzierten Grundtypen staatlich-gesellschaftlicher Kooperation – Beleihung, Verwaltungshilfe und Indienstnahme – durchaus geeignet, als Orientierungsraster für die weitere Entwicklung fallgruppenbezogener und funktionsadäquater Unterformen staatlich-gesellschaftlichen Zusammenwirkens einschließlich des hierauf im Einzelfall anzuwendenden Rechtsregimes zu dienen."

 $<sup>^{136}\,\</sup>mathrm{Zu}$  seiner Bedeutung im vorliegenden Zusammenhang vgl. die Nachw. oben in Fn. 41.

<sup>137</sup> Die Voraussetzungen der Beleihung und ihre Abgrenzung zu anderen Instituten waren lange Zeit umstritten, vgl. K. Vogel Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, 1959, 46-90; R. Michaelis Der Beliehene, 1969; E. V. Heyen Das staatstheoretische und rechtstheoretische Problem des Beliehenen, 1973; F. Bansch Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem, 1973; Steiner (Fn. 29); J. Stuible-Treder Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss. Tübingen 1986. Zusammenfassend zum alten Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie v. Heimburg (Fn. 29), 31-34; W. Frenz Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, 23-31. Mittlerweile hat sich die Rechtsstellungstheorie (teilweise in Kombination mit der Aufgabentheorie) weitgehend durchgesetzt. Danach liegt eine Beleihung vor, wenn der Private (1) Verwaltungsaufgaben erfüllt und ihm zu diesem Zweck (2) spezielle hoheitliche Befugnisse durch einen anderen Hoheitsträger übertragen wurden, was durch Auslegung der entsprechenden Gesetze zu ermitteln ist, vgl. zuletzt BVerwGE 97, 117, 119; 97, 282, 285f.; 98, 280, 297; 106, 272, 274; BVerwG, NJW 1999, 882, 883; OVG Münster, BauR 2000, 1322, 1323 f.

<sup>138</sup> Während z. B. Ossenbühl (Fn. 1), 147 f. und passim, diesen Terminus noch als Oberbegriff für alle denkbaren Formen der privaten Mitwirkung an Verwaltungsaufgaben einschließlich der Beleihung verwendete, reift die Verwaltungshilfe langsam zu einer relativ fest umrissenen Organisationsform heran. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass der Private (1) freiwillig, (2) im hoheitlichen Auftrag und (3) ohne Einräumung von Hoheitsbefugnissen die Verwaltung bei der (4) Wahrnehmung der ihr gesetzlich weiterhin zugewiesenen Aufgaben unterstützt. Das in der Literatur häufig zusätzlich bemühte Kriterium der Unselbstständigkeit (vgl. statt vieler H. Maurer Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 23 Rn. 60; F. Stollmann Aufgabenerledigung durch Dritte im öffentlichen Gesundheitsdienst, DÖV 1999, 183, 186 f.; H. Fertig Die Aufgabenwahrnehmung

ter<sup>139</sup> besondere Aufmerksamkeit. Ihre – trotz verbleibender Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall<sup>140</sup> – unverminderte Praxistauglich-

durch Dritte in der Tierkörperbeseitigung, DÖV 1994, 99, 102-104) bleibt dagegen inhaltlich vage und ist weder für die Abgrenzung zu anderen Instituten (Tatbestandsebene) noch zur Sicherung der Einflussmöglichkeiten des hoheitlichen Aufgabenträgers auf den Verwaltungshelfer (Rechtsfolgenebene) nötig. Insofern bedarf es auch keiner Erweiterung der bestehenden Beteiligungsformen um ein Institut der "Verwaltungssubstitution" (v. Heimburg [Fn. 29], 139-146; daran anknüpfend z.B. J. Kloweit Die Beteiligung Privater an der Abfallentsorgung, 1995, 100f., 116f.) oder um die Figur des "Verwaltungsmittlers" (C. Brüning Der Verwaltungsmittler - eine neue Figur bei der Privatisierung kommunaler Aufgaben, NWVBI. 1997, 286ff.). Ähnlich im Ergebnis Burgi (Fn. 22), 145-174, demzufolge die Verwaltungshilfe das Ergebnis einer funktionalen Privatisierung darstellt, bei der die Vorbereitungs- und/oder Durchführungsverantwortung für eine Aufgabe abgespalten wird, die Leistungsverantwortung indes beim Staat bleibt. Vgl. ferner auch Schoch (Fn. 29), 963; Osterloh (Fn. 1), 223 f.; Wahl (Fn. 29), 283-285; Pielow (Fn. 55), 448 f.; Röhl (Fn. 41), § 3 C I. 1. Zu potentiellen Einsatzfeldern der Verwaltungshilfe vgl. ferner A. Kumanoff/A. Schwarzkopf/A. Fröse Die Verwaltungshilfe als Variante der Hoheitsverwaltung durch die Gemeinde, SächsVBl. 1997, 73, 77.

139 Das Institut der "gesetzlichen Indienstnahme Privater" geht auf Ipsen zurück (Fn. 33) und bezeichnet letztlich nichts anderes als die Auferlegung öffentlicher Pflichten zur Sicherung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so H. Dreier Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 248 mwN. Vgl. ferner nach eingehender Aufarbeitung der bisherigen Diskussion Jani (Fn. 33), 175-177. Damit ist aber nicht geklärt, was die Indienstnahme von Pflichten des Betroffenen in eigenen Angelegenheiten unterscheidet (vgl. bereits Ossenbühl [Fn. 1], 155f.). Von einer Indienstnahme im öffentlichen Interesse sollte nur dann gesprochen werden, wenn dem Privaten (1) gegen seinen Willen (2) anlässlich einer grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung die (3) Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Pflicht auferlegt wird, (4) deren Beachtung die Freiheitsbetätigung als solche nicht notwendig erfordert. Zu den verschiedenen Formen der gesetzlichen Indienstnahme vgl. oben Fn. 32. In der neueren Literatur wird zutreffend darauf hingewiesen, dass diese Fallgruppe einen Ausschnitt aus dem heute als staatlich veranlasste gesellschaftliche Selbstregulierung bezeichneten Spektrum darstellt, vgl. Burgi (Fn. 22), 90-96. Zust. Pielow (Fn. 55), 451 f. In Anbetracht der Vielgestaltigkeit und der verschiedenen Abstufungen regulierter Selbstregulierung (vgl. Fn. 62) folgen aus dieser Einordnung aber noch keine dogmatischen Konsequenzen.

140 Umstritten ist z.B. die rechtliche Einordnung folgender arbeitsteiliger Arrangements: Aufbau und Verwaltung von "Juris" (vgl. J. Berkemann Juris als öffentlich-rechtlicher "beliehener Unternehmer", VerwArch 97 [1996], 362 ff.), die Rechtsstellung der Vertrags(zahn)ärzte (vgl. H. Sodan Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, 102–136), die Übertragung der Abfallbeseitigungspflicht auf Dritte nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG (vgl. W. Kahl Die Privatisierung der Entsorgungsordnung nach dem Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, DVBI. 1996, 1327, 1329; N. Pippke Die Übertragung von Entsorgungspflichten auf Dritte nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG, ZUR 1999, 309–314; W. Frenz Privatisierung in der Abfallwirtschaft, in: J. Ziekow [Hrsg.] Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, 2000, 137, 146–148), die Übertragung der Abwasserbeseitigung auf Dritte nach § 18a

keit<sup>141</sup> lässt sich gerade anhand der Beleihung anschaulich demonstrieren, die wie Phönix aus der Asche<sup>142</sup> zum neuen Hoffnungsträger für die dogmatische Bewältigung staatlich-gesellschaftlicher Kooperation aufgestiegen ist. 143 Der Grund für diese Entwicklung dürfte die gelungene Verschmelzung von privatem Status und staatlicher Funktion sein, die eine Nutzbarmachung privater Ressourcen erlaubt, ohne auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und Einflussmöglichkeiten sowie eindeutige Zuordnungen innerhalb der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Systemzäsuren verzichten zu müssen. 144 Beliehene agieren mittlerweile in so unterschiedlichen Aufgabenfeldern<sup>145</sup> wie der Betreuung von Zi-

Abs. 2a WHG (vgl. P. Nisipeanu § 18a Abs. 2a WHG - Oder: Alles ist anders, aber nichts ändert sich wirklich!, NuR 1998, 467ff.; C. Brüning Steht das alte Rechtsinstitut der Beleihung vor einer neuen Zukunft?, SächsVBl. 1998, 201 ff.; P.-M. Schulz Privatisierung der kommunalen Abwasserbeseitigung durch Beleihung?, ZfW 37 [1998], 277 ff.), die Tätigkeit von "Benannten Stellen" im Produktsicherheitsrecht (vgl. K.-C. Scheel "Benannte Stellen": Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarktes, DVBI. 1999, 442ff.; Seidel [Fn. 47], 172, 269-271), die Unfalluntersuchungen im Bereich der Eisenbahn (vgl. M. Ronellenfitsch Schranken einer Privatisierung der staatlichen Untersuchung im Bereich der Eisenbahn, NVwZ 1998, 1021, 1023), die Stellung des Sachverständigen für Altautoverwertung (vgl. U. Numberger Der Sachverständige für Altautoverwertung, UPR 2000, 11-15).

<sup>&</sup>lt;sup>141</sup> Kein dogmatisch eigenständiges Profil hat das Institut der "Beauftragung" erlangt (vgl. die Systematisierungen bei M. Fuchs "Beauftragte" in der öffentlichen Verwaltung, 1985).

<sup>142</sup> Lange Zeit schien die Beleihung lediglich von akademischem Interesse, vgl. z.B. die Einschätzung von Ossenbühl (Fn. 1), 138-143.

<sup>143</sup> Dieser Befund ist in der neueren Literatur weitgehend unstreitig, vgl. U. Steiner Fragen der Beleihungsdogmatik aus österreichischer und deutscher Sicht, FS Koja, 1998, 603, 607: "gewaltiger Anwendungsschub"; Wahl (Fn. 29), 285: "großer Bedeutungszuwachs"; R. Stober Police-Private-Partnership aus juristischer Sicht, DÖV 2000, 261, 268: "... ist die Beleihung ein Zukunftsmodell"; ders. Private Sicherheitsdienste als Dienstleister für die öffentliche Sicherheit?, ZRP 2001, 260, 266: "wichtigste Entwicklungsperspektive innerhalb von Sicherheitspartnerschaften"; Burgi (Fn. 22), 79: "Renaissance"; ders. (Fn. 111), 581: "Breitband-Institut"; Britz (Fn. 112), 432-434. Zurückhaltende Einschätzung dagegen noch bei R. Schmidt Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1990, 416.

<sup>&</sup>lt;sup>144</sup> Ähnlich das Resümee von Steiner (Fn. 143), 617: "Denn der Staat, der hier wie dort in Zukunft mehr steuern als rudern will (David Osborne/Ted Gabler), hat in der Beleihung eine pragmatische Alternative zur behördlichen und körperschaftlichen Erfüllung von Verwaltungsaufgaben entdeckt. Sie kommt seinen Vorstellungen von der Entlastung öffentlicher Ressourcen ohne gleichzeitigen Verlust der verfassungsrechtlich und politisch unverzichtbaren Standards der Aufgabenerfüllung in vielen Fällen entgegen." Zu den Motiven der Beleihung vgl. auch prägnant F.-J. Peine Grenzen der Privatisierung - verwaltungsrechtliche Aspekte, DÖV 1997, 353, 361 mwN.

<sup>145</sup> Weitere Beispiele bei G. Stadler Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, 2002, 39-131, und D. Ehlers in: F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner (Hrsg.) VwGO,

vildienstleistenden<sup>146</sup>, der förmlichen Zustellung von Schriftstücken<sup>147</sup>, der Errichtung von Anlagen zur Endlagerung radioaktiver Abfälle<sup>148</sup>, der Fluggastkontrolle<sup>149</sup> oder der Überwachung von Kasernen<sup>150</sup>. Im

Loseblattkommentar. § 40 Rn. 440. Diskutiert wird der Einsatz von Beliehenen darüber hinaus zur Zeit zB in folgenden Bereichen: Durchführung von Häftlingstransporten und Übernahme von Überwachungstätigkeiten im Strafvollzug (vgl. dazu A. Kulas Privatisierung hoheitlicher Verwaltung - Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, 2. Aufl. 2001, 25-31; J. Nibbeling Die Privatisierung des Haftvollzugs, 2001, 249-253, 259-262; M. Burgi Statement "Beleihung" im Strafvollzug, in: R. Stober [Hrsg.] Privatisierung im Strafvollzug?, 2001, 43 ff.; C. Wagner Privatisierung im Justizvollzug - Ein Konzept der Zukunft, ZRP 2000, 169, 170f.; M. Lange Privatisierungspotentiale im Strafvollzug, DÖV 2001, 898, 901-903; C. Waldhoff Der Verwaltungszwang, Münchner Habilitationsschrift, Manuskript 2002, D. III. 3 c), aa) (2), 966. Abl. z.B. Gramm [Fn. 125], 342f.; A. Krölls Die Privatisierung der inneren Sicherheit, GewArch 1997, 445, 453; K. Kruis Haftvollzug als Staatsaufgabe, ZRP 2000, 1, 2, 4; H.-J. Bonk Rechtliche Rahmenbedingungen einer Privatisierung im Strafvollzug, JZ 2000, 435, 441 f.; allgemein zu diesem Problemkreis auch A. Augustin Gefängnisse als Privatbetrieb und Staatsverständnis, ARSP Beiheft 83 [2002], 109 ff.: W. Hoffmann-Riem Justizleistungen im kooperativen Staat, in: Schuppert [Fn. 4]. 159, 184-188), Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten im Zusammenhang mit der Überwachung des ruhenden Verkehrs (Parkraumüberwachung) und fließenden Verkehrs (Geschwindigkeitskontrolle); zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Schaffung einer Beleihungsgrundlage im StVG vgl. bejahend R. Scholz Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, 14, 17; R. Stober Staatliches Gewaltmonopol und privates Sicherheitsgewerbe, NJW 1997, 889, 893; F. Schnekenburger Rechtsstellung und Aufgaben des privaten Sicherheitsgewerbes, 1999, 117f.; G. Nitz Neuere Rechtsprechung zur Privatisierung der Verkehrsüberwachung, NZV 1998, 11, 14f.; C. Waldhoff ebd., D. III. 3 c), aa) (1), 961. Abl. AG Alsfeld, NJW 1995, 1503, 1506; AG Berlin-Tiergarten, DAR 1997, 326f., sowie U. Steiner Möglichkeiten und Grenzen kommunaler und privater Parküberwachung, DAR 1996, 272, 275; C. Steegmann Verkehrsüberwachung durch Private, NJW 1997, 2157, 2159; M. Ronellenfitsch Allgemeine Betrachtungen zur Verkehrsüberwachung durch Private, DAR 1997, 147, 151.

<sup>146</sup> Die Anerkennung einer privaten Beschäftigungsstelle für Zivildienstleistende nach § 4 ZDG stellt einen Akt der Beleihung dar, vgl. BGHZ 118, 304, 307; BVerwGE 90, 320, 329; 106, 272, 274; BSG, NJW 1994, 77, 78. Zur Beleihung mit der Ausübung von Dienstherrenbefugnissen nach Art. 143b Abs. 3 GG vgl. BVerwGE 103, 375, 377; 108, 274, 278, und H. Benz Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Beleihung einer Aktiengesellschaft mit Dienstherrenbefugnissen, 1995.

<sup>147</sup> § 33 Abs. 1 PostG. Zur Diskussion im Vorfeld und zur verfassungswidrigen Privilegierung der Deutschen Post AG durch den neu in § 195 Abs. 2 ZPO eingefügten Satz 3 vgl. *P. Badura* in: Beck'scher PostG-Kommentar (Fn. 69), § 33 Rn. 10–13 mwN.

<sup>148</sup> § 9a Abs. 3 AtG. Vgl. dazu ausführlich *J. K. Menzer* Privatisierung der atomaren Endlagerung, 1998, sowie *M. Schmidt-Preuβ* Das neue Atomrecht, NVwZ 1998, 553, 557. Zur alten Rechtslage *H.-W. Rengeling* Erfüllung staatlicher Aufgaben durch Private, 1986, 23–59. <sup>149</sup> Vgl. § 29c Abs. 1 S. 3 LuftVG. Krit. *Gramm* (Fn. 125), 333–339: Verwaltungshelfer. Dagegen *Burgi* (Fn. 111), 582, 589 Fn. 56.

Zuge dieser Entwicklung hat sich das Spektrum der übertragungsfähigen Hoheitsbefugnisse, das lange Zeit auf den Erlass von Verwaltungsakten konzentriert schien<sup>151</sup>, deutlich erweitert, wie nicht zuletzt die im Zusammenhang mit der Teilprivatisierung der öffentlich-rechtlichen Landesbanken in Bayern vorgesehene Beleihung einer Aktiengesellschaft mit der Trägerschaft einer öffentlich-rechtlichen Anstalt belegt.<sup>152</sup>

Selbst wenn man daher davon ausgeht, dass sich das Gros arbeitsteiliger Arrangements über das herkömmliche Arsenal an Beteiligungsformen einfangen lässt<sup>153</sup>, bleiben diese aber doch in ganz erheblichem Umfang auf weitere rechtliche Ausgestaltung angewiesen. Der schlichte Hinweis (im Gesetz) auf die Möglichkeit der Beleihung, der Verwaltungshilfe oder des Abschlusses eines Verwaltungsvertrags<sup>154</sup> hilft in der Praxis

<sup>150</sup> Nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die Anwendung des unmittelbaren Zwanges und die Ausübung besonderer Befugnisse durch Soldaten der Bundeswehr und zivile Wachpersonen vom 12. 8. 1965, BGBl. I, 796 (UZwGBw) können Personen, die nicht Soldaten sind und mit militärischen Wachaufgaben der Bundeswehr beauftragt sind (zivile Wachpersonen), die Befugnisse nach diesem Gesetz übertragen werden. 1996 stammten ca. 13 % des Umsatzvolumens des deutschen Sicherheitsgewerbes aus Aufträgen der Bundeswehr zur Bewachung ihrer Kasernen und militärischen Anlagen, vgl. Huber (Fn. 27), 56. Krit. zur Erlaubnis des Schusswaffengebrauchs Gramm (Fn. 125), 329, 356.

<sup>151</sup> Zu möglichen Gründen vgl. nur die krit. Analyse von W. Brohm Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969, 210-216. Das Di Fabio ([Fn. 1], 271-273) zufolge herrschende enge Beleihungsverständnis, das schlicht-hoheitliches Handeln von der Beleihung ausschließt, findet in der neueren Rspr. und Literatur keine Stütze mehr, vgl. nur BVerwG, DÖV 1972, 500, 501; OVG Lüneburg, GewArch 1983, 85, 87, sowie v. Heimburg (Fn. 29), 34; Frenz (Fn. 137), 32; Steiner (Fn. 143), 604; Wahl (Fn. 29), 286; Schnekenburger (Fn. 145), 110. Der Streit zwischen Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie (vgl. Fn. 137) wirkt hier nicht präjudizierend.

<sup>&</sup>lt;sup>152</sup> Vgl. Art. 3 des Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bayerischen Landesbank Girozentrale v. 25. 7. 2002, GVBl. Nr. 17, 332, und dazu *B. Wolfers/M. Kaufmann* Private als Anstaltsträger, NVwZ 2002, 507 ff.

<sup>153</sup> Skeptisch: Trute (Fn. 63), 31; Gusy (Fn. 65), 194; Schoch (Fn. 1), 209 mit Fn. 257; E. Schmidt-Aβmann Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 253, 265; Bauer Public-Private-Partnerships (Fn. 4), 25, 48.

<sup>154</sup> Die bisherige Verwaltungsvertragsdogmatik wird zu stark von den rechtlichen Grenzen her entwickelt, vgl. nur die Arbeiten von W. Spannowsky Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; Schlette (Fn. 41), 371-579, und E. Gurlit Verwaltungsvertrag und Gesetz, 2000, 245-406. Die Notwendigkeit einer "gesetzesdirigierten Vertragsgestaltung" betont dagegen zu Recht E. Schmidt-Aβmann Verwaltungsverträge im Städtebaurecht, FS Gelzer, 1991, 117, 122-124. Weiterführend ferner Krebs (Fn. 1), 277-279, und H. Bauer Die negative und positive Funktion des

bei der Entscheidung über die Auswahl des privaten Akteurs oder der Sicherung von Qualitätsstandards wenig weiter, sofern nicht gleichzeitig auf ein entsprechendes Rechtsregime zurückgegriffen werden kann, das sich aus europa- und verfassungsrechtlichen Vorgaben eben nicht ohne weiteres ergibt.<sup>155</sup>

### b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts

Die damit in den Vordergrund rückende Regulierungsperspektive<sup>156</sup> sensibilisiert einmal mehr für den Umstand, dass eine langfristige Koordina-

Verwaltungsvertragsrechts, FS Knöpfle, 1996, 11, 14–21. Zur nur beschränkten Entlastungsfunktion von Privatisierungsmusterverträgen in der Praxis vgl. ders. Privatisierungsimpulse und Privatisierungspraxis in der Abwasserversorgung, VerwArch 90 (1999), 561, 572 f.

<sup>155</sup> So auch Osterloh (Fn. 1), 235 f. Sehr weitgehende Normierungen bestehen bereits im Sozialrecht, programmatisch § 3 Abs. 1 SGB VIII und § 4 SGB VIII; vgl. ferner §§ 78a-f SGB VIII, §§ 10, 93-93d BSHG. Vorbildlich vom Regulierungsansatz her zB auch der Entwurf der Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums für Umwelt und Landwirtschaft über die Übertragung der Wasserversorgungs- und der Abwasserbeseitigungspflicht (WPÜbVO) vom 19. 2. 2001, abgedruckt in: Oldiges (Fn. 42), 205-217.

<sup>156</sup> Eine konsentierte Definition von "Regulierung" fehlt bisher (vgl. Schmidt [Fn. 143], 48f.; Kämmerer [Fn. 3], 479-489 mwN). Vorliegend wird unter Regulierung eine spezifische Form rechtlicher Steuerung gesellschaftlicher Prozesse verstanden, mit der ein über den Einzelfall hinausgehender Ordnungszweck verfolgt wird. Andere fassen den Begriff enger und reservieren ihn für "alle staatlichen Instrumente zur Beeinflussung oder Konstituierung von Märkten, die nicht allein der Festlegung und Durchsetzung allgemein gültiger Spielregeln der Marktwirtschaft dienen, sondern spezifische öffentliche Bindungen der konkret ausgeübten Wirtschaftstätigkeit vermitteln" (Schneider [Fn. 5], 37. Ähnlich Skoczny [Fn. 5], 146-155; Masing [Fn. 5], 163-166). An ein solches Begriffsverständnis knüpfen offensichtlich auch § 2 PostG und §§ 2, 3 Nr. 13 TKG an, vgl. nur Ruffert (Fn. 3), 242f. Nicht identisch damit ist der aus den USA stammende und ebenfalls nicht eindeutige Begriff der "Regulation", mit dem zumindest ursprünglich eher wettbewerbsbeschränkende Maßnahmen gegenüber monopolartigen Privatunternehmen bezeichnet wurden (vgl. J. Müller/I. Vogelsang Staatliche Regulierung, 1979, 21-29; E. Kaufer Theorie der öffentlichen Regulierung, 1981; K. Kühne Die Regulierungsdebatte in den USA in ihrer Bedeutung für die Bundesrepublik Deutschland, in: T. Thiemeyer/C. Böhret/ G. Himmelmann [Hrsg.] Öffentliche Bindung von Unternehmen, 1983, 97ff.). Erst aus dieser ökonomisch inspirierten Begriffstradition heraus wird das politische Ziel der "Deregulierung" richtig verständlich. So kennzeichnet die Deregulierungskommission (Marktöffnung und Wettbewerb, 1991, Nr. 1) Deregulierung als "jede wohlbegründete Veränderung der Spielregeln, die der wirtschaftlichen Freiheit dient". Näheres zur Deregulierungsdebatte bei R. Stober Rückzug des Staates im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1996, 1-16 mwN.

tion von öffentlichen Aufgaben und privater Interessenverfolgung allein durch vereinzelte dogmatische Anbauten kaum zu bewältigen sein wird. Weder das auf Gefahrenabwehr ausgerichtete klassische Ordnungsrecht noch die dem modernen Leistungsstaat verpflichteten Rechtsinstitute einschließlich der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht beiten hier eine hinreichende Entwicklungsperspektive. Welmehr bedarf es als "dritter Säule" der systematischen Entfaltung eines eigenständigen Rechts der Gewährleistungsverwaltung 262, das ausgehend von den bestehenden Beteiligungsformen in der Lage ist, den Prozess arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung in jeder Phase unter dem Blickwinkel größtmöglicher Gemeinwohlrealisierung anzuleiten, und das nicht nur der Verwaltung, sondern auch dem Gesetz- und Verordnungsgeber bei der

<sup>157</sup> Eindringlich K.-H. Ladeur Privatisierung öffentlicher Aufgaben und die Notwendigkeit der Entwicklung eines neuen Informationsverwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 15), 225, 251.

<sup>158</sup> Zu ihnen hier nur Brohm (Fn. 151), 257-263.

<sup>&</sup>lt;sup>159</sup> Neuere Kritik etwa bei *H. C. Röhl* Verwaltung und Privatrecht – Verwaltungsprivatrecht?, VerwArch 86 (1995), 531, 573-578.

<sup>160</sup> Die "dogmatische Unterbilanz", die F. Ossenbühl (Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, 513, 515) ehedem für das Recht der Leistungsverwaltung rügte, offenbart sich heute bezogen auf das Recht der Gewährleistungsverwaltung.

<sup>161</sup> Zur Bedeutung der Systembildung vgl. nur E. Schmidt-Aβmann Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, in: D. Ehlers/W. Krebs (Hrsg.) Grundfragen des Verwaltungsrechts und des Kommunalrechts, 2000, 1ff. Den "Modellcharakter" des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Unterschied zum Besonderen Verwaltungsrecht hebt hervor M. Schmidt-Preuβ Das Allgemeine Verwaltungsrecht, FS Maurer, 2001, 777, 778. Zur Entstehung des Allgemeinen Verwaltungsrechts vgl. übersichtlich zuletzt Groß (Fn. 52), 58-64 mwN.

<sup>162</sup> Zur Abgrenzung eines Rechts der Gewährleistungsverwaltung von bestehenden Ordnungskonzepten vgl. auch Masing (Fn. 5), 185–187. Für H. Faber Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, FS Ridder, 1989, 291, 292, geht die "Entwicklung vom Zwang (Eingriffverwaltung) über den Konsens (Leistungsverwaltung) zur Planung (Infrastrukturverwaltung)". Zum letzten dieser von ihm sog. "Funktionskreise" der Verwaltung grundlegend ders. Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 1995, 347–398. Dagegen ergänzt Schmidt-Aβmann (Fn. 10), 3. Kap., Rn. 79–87, den Typus der Ordnungs- und Leistungsverwaltung um die "Lenkende" und "Vermittelnde Verwaltung". Bereits die "strukturelle Eigentümlichkeit" von Ordnungs- und Leistungsverwaltung, die maßgeblich von E. Forsthoff herausgearbeitet wurde (ders. Rechtsfragen der leistenden Verwaltung, 1959, 22–30; ders. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1973, 368–373), verneint indes Bachof (Fn. 1), 227f. Dass bei der hier vorgenommenen Typenbildung fließende Übergänge bestehen, versteht sich freilich von selbst.

Auswahl<sup>163</sup> zwischen verschiedenen Lösungsstrategien<sup>164</sup> Orientierung bietet.<sup>165</sup>

163 Diese Auswahlentscheidungen zu erleichtern ist insbes. Aufgabe der ("Public", "Institutional" und "Regulatory") Choice Theory, vgl. dazu im vorliegenden Kontext G. F. Schuppert Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 201, 223–247, sowie allgemein ders. Institutional Choice im öffentlichen Sektor, in: Grimm (Fn. 61), 647 ff.; C. Reinhard Institutionelle Wahlmöglichkeiten, in: F. Naschold u.a. (Hrsg.) Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, 1996, 101 ff.

<sup>164</sup> Anschaulich der nunmehr in der "Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien" vom 20. 7. 2000 in Anlage 7 aufgenommene:

"Prüfkatalog zur Feststellung von Selbstregulierungsmöglichkeiten

Bei der Abwägung nach § 43 Abs. 1 Nr. 3 GGO dient der folgende Fragenkatalog als Hilfestellung:

- 1. Welches Regulierungssystem ist dem Problem angemessen? Reicht eine gesellschaftliche Selbstregulierung aus etwa durch Selbstbeschränkungsabkommen oder Selbstverpflichtungen? Welche Strukturen oder Verfahren sollten staatlicherseits bereitgestellt werden, um Selbstregulierung zu ermöglichen? Besteht die Möglichkeit, eine gesellschaftliche Selbstregulierung vorzuschreiben?
- 2. Sofern die Aufgabe von nicht-staatlichen Trägern oder Privaten erfüllt werden kann:
  - Wie wird sichergestellt, daß die nicht-staatlichen Leistungsanbieter ihre Leistungen gemeinwohlverträglich erbringen (flächendeckendes Angebot etc.)?
  - Welche Regulierungsmaßnahmen und welche Regulierungsinstanzen sind dafür erforderlich?
  - Wie kann im Falle der Schlechterfüllung sichergestellt werden, dass die Aufgabe auf staatliche Stellen rückübertragen werden kann?
- 3. Kann das Problem in Kooperation mit Privaten gelöst werden? Welche Anforderungen sind an die rechtliche Ausgestaltung solcher Kooperationsbeziehungen zu stellen? Welche praktische Ausgestaltung ist geeignet und erforderlich, um solche Kooperationsbeziehungen organisatorisch zu ermöglichen oder zu begleiten?
- 4. Wenn nur eine Zweck- oder Programmsteuerung dem Problem angemessen erscheint: Welche rechtsstaatlich gebotenen Mindestgehalte der rechtlichen Regelung sind zu beachten? (z.B. Vorgaben über Zuständigkeit, Ziel, Verfahren etc.)."

165 In dieselbe Richtung zielen die Beiträge in Fn. 2-5. Der Begriff "Gewährleistungsverwaltungsrecht" erscheint gegenüber den dort verwendeten Termini einerseits präziser, weil er den Kerngedanken der Regelungsstrategie aufnimmt, und anderseits umfassender. So teilt der Begriff des "Privatisierungsfolgenrechts" mit der Umverteilungschiffre der Privatisierung nicht nur deren unscharfen Konturen (vgl. Fn. 29), er umfasst vor allem nicht den Bereich der (Re-)Publifizierung. Von "Verwaltungskooperationsrecht" wiederum wird man nur in solchen Konstellationen sinnvoll sprechen können, in denen die gemeinsame Aufgabenerfüllung tatsächlich auf der Grundlage freiwilliger Kooperation beruht (so auch Ziekow [Fn. 29], 82); damit sind wichtige Beteiligungsformen wie die Indienstnahme oder das Universaldienstmodell aber von vornherein nicht umfasst. Ganz abgesehen davon wurde der Begriff in einem anderen Kontext eingeführt, nämlich in Bezug auf die Zusammenarbeit der nationalen mit der europäischen Verwaltungsebene (vgl. E. Schmidt-Aβmann Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der

# III. Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Versucht man vor diesem Hintergrund die Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts näher herauszuarbeiten, so bietet es sich an, sich zunächst seiner Funktion (1.) und im Anschluss daran dem zugrunde liegenden Regulierungskonzept zu versichern (2.). Erst in einem dritten Schritt sollen dann die Grundbausteine der Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts näher konturiert werden (3.).

- 1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungsverwaltungsrechts
- Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements

Von seiner Funktion her ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht darauf angelegt, die endogenen Potentiale der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen. 166 Soll die hierzu angestrebte Parallelschaltung von privaten und öffentlichen Interessen dauerhaft gelingen, müssen die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft sowie die Eigenrationalität beider Subsysteme erhalten bleiben. 167 Damit scheidet eine durchgehende Etatisierung privater Akteure ebenso aus wie die weitreichende Publifizierung privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen. 168

# b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur

Anders als das Ordnungsrecht zielt das Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht auf die am Einzelakt orientierte Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Intendiert sind vielmehr die Verwirklichung eines Gesamtkonzepts<sup>169</sup> und der Aufbau einer permanent wirkenden Gewährleistungsstruktur, die über verfahrensrechtliche Anforderungen, organisa-

Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, 270 ff.; T. v. Danwitz Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996, 493-516; J. Ziekow Wirtschaft und Verwaltung vor den Herausforderungen der Zukunft, in: ders. [Fn. 140], 9, 22-27). Der Begriff "Regulierungs(verwaltungs)recht" schließlich bewegt sich nahe an der Tautologie, da Regulierung, Steuerung und Regelung im Deutschen häufig als Synonyme gebraucht werden (erhellend zu Sprachgebrauch und bestehenden Distinktionen W. Schulz Regulierte Selbstregulierung im Telekommunikationsrecht, Die Verwaltung, Beiheft 4 [2001], 101-105 mwN). Vgl. ferner oben Fn. 156.

<sup>166</sup> Zu diesen und anderen Zielen Voßkuhle (Fn. 9), 49-51 mwN.

<sup>167</sup> Schmidt-Aβmann (Fn. 153), 264.

<sup>168</sup> Ähnlich in der Tendenz Gallwas (Fn. 1), 222-225.

<sup>169</sup> In diesem Sinne auch Lübbe-Wolff (Fn. 125), 28f.

torische Elemente und inhaltliche Vorgaben staatliche und private Aufgabenbeiträge dauerhaft vernetzt. 170

## c) Produktive Verkoppelung privaten und öffentlichen Wissens

Die wohl größte Herausforderung besteht dabei in der Bewältigung des Wissensproblems.<sup>171</sup> In dem Maße, in dem der Staat auf privates Wissen zurückgreift und die Vorteile einer dezentralen Informationsverarbeitung nutzt<sup>172</sup>, verliert er selbst an Handlungswissen, das er aber weiterhin benötigt, um den Regelungsrahmen zu formulieren, Ergebnisse zu beurteilen und um im Fall der "gesellschaftlichen Schlechterfüllung" (E. Schmidt-Aßmann) selbst die Aufgabe wahrnehmen zu können.<sup>173</sup> Zwingend erforderlich ist folglich die Entwicklung geeigneter Informations- und Kommunikationsregeln, die es ermöglichen, privates und öffentliches Wissen auf Dauer produktiv zu verkoppeln und Prozesse kollektiven Lernens zu institutionalisieren.<sup>174</sup>

### 2. Regulierungskonzept

### a) Kontextsteuerung und Prozeduralisierung

Die Nutzung des so gewonnenen gemeinsamen Wissens setzt voraus, dass es gelingt, ausreichende *Handlungsspielräume*, *Optionen*<sup>175</sup> und *Flexibilitätsreserven* in die Verwaltungsrechtsordnung zu integrieren. <sup>176</sup> Als

<sup>&</sup>lt;sup>170</sup> Zur Netzwerkbildung in diesem Zusammenhang vgl. auch K.-H. Ladeur Von der Verwaltungshierarchie zum administrativen Netzwerk?, Die Verwaltung 26 (1993), 137, 152–165; ders. Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer Logik der Netzwerke, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 59, 64–69.

<sup>&</sup>lt;sup>171</sup> Die "unhintergehbaren Wissensprobleme" moderner Regulierung betonen *M. Eifert* Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), 137, 138 ff.; *Ladeur* (Fn. 170), 62–76, und *Vesting* (Fn. 15).

<sup>&</sup>lt;sup>172</sup> Zu ihnen statt vieler V. Vanberg Kulturelle Evolution und die Gestaltung von Regeln, 1994.

<sup>&</sup>lt;sup>173</sup> Diese Informationsasymmetrien kennzeichnen das klassische Principal-Agent-Problem, vgl. für den vorliegenden Kontext statt vieler *A. Benz/K. König* Privatisierung und staatliche Regulierung – eine Zwischenbilanz, in: dies. (Fn. 61), 606, 632–639.

<sup>&</sup>lt;sup>174</sup> Weiterführend W. Hoffmann-Riem Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht, in: ders./E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.) Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 9, 63–66; Eifert (Fn. 171), 142–157.

<sup>175</sup> Zum optionalen Recht vgl. W. Hoffmann-Riem Verwaltungsreform, in: ders/Schmidt-ABmann (Fn. 65), 115, 131 f.; Voßkuhle (Fn. 6), 88-90, 174-176, 206 f., 312 f.

<sup>176</sup> Zu Instrumenten und Möglichkeiten vgl. z.B. Hoffmann-Riem (Fn. 174), sowie R. Schmidt Flexibilität und Innovationsoffenheit im Bereich der Verwaltungsmaßstäbe, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 174), 67 ff.

übergreifende Regulierungsstrategie des Gewährleistungsverwaltungsrechts bietet sich insofern die Kontextsteuerung an.<sup>177</sup> Vorzugswürdig gegenüber einer permanent-weichen rechtlichen Steuerung durch Aufgabenbeschreibungen, Leitlinien und Optimierungsgebote<sup>178</sup> erscheint dabei aus der Sicht des Vollzugs eine selektiv-harte Programmierung, mithin die Konzentration auf einige subsumtionsstarke Regelungen, die zusammen einen festen Rahmen vorgeben, die privaten Akteure im Übrigen aber von rechtlichen Vorgaben weitgehend freistellen. Den Kern bilden insofern prozedurale Normen, mit denen die Art und Weise der Zusammenarbeit gelenkt werden kann.<sup>179</sup> Das gilt für vertragliche Vereinbarungen ebenso wie für die Anerkennung von Selbstverpflichtungserklärungen der Wirtschaft oder die Rezeption privater Normbestände.<sup>180</sup>

# b) Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und Privatem Recht

Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts wirken Öffentliches Recht und Privatrecht<sup>181</sup> vielfältig zusammen; die spezifischen

 $<sup>^{177}</sup>$  Zusammenfassend zu diesem Steuerungskonzept Schmidt-Preuß (Fn. 1), 185–192 mwN.

<sup>178</sup> Zu ihren Erscheinungsformen vgl. nur Würtenberger (Fn. 23), 143-147.

<sup>179</sup> Nach E. Hagenah Neue Instrumente für eine neue Staatsaufgabe: Zur Leistungsfähigkeit prozeduralen Rechts im Umweltschutz, in: Grimm (Fn. 61), 487, 492, liegt das Spezifikum prozeduraler Regelungen darin, "mittels Verfahren, mit verringerten inhaltlichen Vorgaben oder gänzlich ohne Vorgaben, Entscheidungen zu konstituieren und dabei die Inhalte der Entscheidungen mit zu determinieren". Die spezifische Leistung des prozeduralen Rechts stellt insofern "die Lösung der Koordination individueller bzw. kollektiver Akteure in einer sich differenzierenden und zunehmend antagonistischen Welt" dar, so K. Eder Prozedurales Recht und Prozeduralisierung des Rechts, in: Grimm (Fn. 26), 155, 156. Auch insofern bleiben inhaltliche Bindungen aber unverzichtbar, vgl. Voßkuhle (Fn. 6), 7, 65f., 80-83, 88-90.

<sup>&</sup>lt;sup>180</sup> Dazu bereits *Voßkuhle* (Fn. 6), 404–406. Eine Rücknahme rechtlicher Optimierungsgebote befürwortet vor dem Hintergrund ihrer entscheidungstheoretischen Problematik auch *Würtenberger* (Fn. 23), 168–170.

<sup>181</sup> Die Geschichte der Entwicklung von Öffentlichem Recht und Privatrecht (übersichtlich zuletzt M. Stolleis Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann [Fn. 4], 41-61 mwN; vgl. ferner J. Schröder Privatrecht und öffentliches Recht – zur Entwicklung der modernen Rechtssystematik in der Naturrechtslehre des 19. Jahrhunderts, FS Gernhuber, 1993, 961 ff.) zeigt, "dass es sich bei der Unterscheidung nicht um eine zeitlos gültige, allem Recht vorgegebene Zweiteilung handelt, sondern um den zeitbedingt wechselnden Ausdruck sehr verschiedener, begrenzter Sachanliegen"; so immer noch grundlegend M. Bullinger Öffentliches Recht und Privatrecht, 1968, 75. Zu den bestehenden Abgrenzungstheorien vgl. etwa D. Schmidt Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, 1985.

Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen<sup>182</sup> stehen in einem *Ergänzungsverhältnis*.<sup>183</sup> Das Recht der Gewährleistungsverwaltung entzieht sich deshalb einer einheitlichen Qualifikation. Aufgrund der verbleibenden hoheitlichen Anteile an der Aufgabenerfüllung ist aber eine gewisse *Dominanz des Öffentlichen Rechts* nicht zu übersehen.<sup>184</sup>

# 3. Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Nähere dogmatische Konturen gewinnt das Gewährleistungsverwaltungsrecht, wenn man sich die eingangs aufgezeigten verfassungsrechtlichen Zielvorgaben und die daraus resultierenden grundsätzlichen Regelungsbedürfnisse<sup>185</sup> erneut vergegenwärtigt. Aus ihnen lassen sich zusammen mit dem bereits vorhandenen Fundus an einfachgesetzlichen Normen und einschlägigen Judikaten in einem Wechselspiel aus Deduktion und Induktion systemprägende Grundbausteine destillieren<sup>186</sup>, die

<sup>&</sup>lt;sup>182</sup> Zu ihnen D. Ehlers Die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht, Die Verwaltung 20 (1987), 373, 378-385; M. Bullinger Die funktionelle Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht als Beitrag zur Beweglichkeit von Verwaltung und Wirtschaft in Europa, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann (Fn. 4), 239 ff., und Schmidt-Aβmann (Fn. 10), 6. Kap., Rn. 13-19.

<sup>183</sup> Als Idee der "Auffangordnungen" (W. Hoffmann-Riem) näher entfaltet in den Beiträgen von Schmidt-Aßmann (Fn. 4), Trute (Fn. 65) und Hoffmann-Riem (Fn. 29). Schon von Haus aus ist dem Privatrecht der Schutz öffentlicher Interessen keineswegs fremd, vgl. nur C. Joerges Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in: D. Simon (Hrsg.) Rechtswissenschaft in der Bonner Republik, 1994, 311, 345-363 mwN.

<sup>184</sup> Die Vorrangfrage sollte indes nicht ideologisch aufgeladen werden, vgl. aus neuerer Zeit aber einerseits F. Rittner Über den Vorrang des Privatrechts, FS Müller-Freienfels, 1986, 509 ff.; E.-J. Mestmäcker Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, Rechtshistorisches Journal 10 (1991), 177 ff., und andererseits T. Vesting Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts?, in: H. Schlosser (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch 1896–1996, 1997, 183 ff. Privatrecht ist wie Öffentliches Recht staatliches Recht. Der Gesetzgeber hat also unter pragmatischen Gesichtspunkten darüber zu entscheiden, welche Regelungstechnik er verwendet, um ein bestimmtes Ziel zu erreichen, so auch Möllers (Fn. 19), 302 f.

<sup>&</sup>lt;sup>185</sup> Auf den Zusammenhang zwischen öffentlicher Aufgabe und der Herausbildung bestimmter Verwaltungsstrukturen weisen zu Recht hin: G. F. Schuppert Die öffentliche Aufgabe als Schlüsselbegriff der Verwaltungswissenschaft, VerwArch 71 (1980), 309, 337–344, und R. Wahl Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 65), 177, 180–187.

<sup>&</sup>lt;sup>186</sup> Nicht behandelt werden im weiteren Rechtsschutz- und vor allem Haftungsfragen, die sich zwar auch bei der Beteiligung Privater in besonderer Weise stellen (vgl. z. B. *Frenz* [Fn. 137]; *Burgi* [Fn. 22], 388-409), die aber nur im Zusammenhang mit einer Reform des Staatshaftungsrechts sinnvoll diskutiert werden können, vgl. dazu die Analysen von

handlungsanleitende Kraft besitzen<sup>187</sup>, ohne sachbereichsspezifische Differenzierungen zu versperren. 188

### Ergebnissicherung

Als erstes<sup>189</sup> müssen die Privaten rechtlich verpflichtet werden, Leistungen in einer bestimmten Quantität und Qualität zu erbringen. Dieser Ergebnisverantwortung<sup>190</sup> können Gesetzgeber und Verwaltung je nach Sachbereich auf verschiedene Weise gerecht werden:

- durch gesetzliche Überleitung bestehender hoheitlicher Leistungspflichten auf einen Beliehenen<sup>191</sup>,
- durch gesetzliche Auferlegung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten, wie sie etwa im Rahmen des Universaldienstmodells bestehen<sup>192</sup>,

F. Schoch Effektivierung des Sekundärrechtsschutzes zur Überwindung des Entwicklungsrückstands des deutschen Staatshaftungsrechts, Die Verwaltung 34 (2001), 261 ff., und W. Höfling Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 260, 263-284.

<sup>187</sup> Es wäre wohl verfrüht, von "allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts" zu sprechen (zu ihrer Rechtsnatur statt vieler F. Ossenbühl Rechtsquellen und Rechtsbindungen der Verwaltung, in: Erichsen [Fn. 125], § 6 Rn. 87-94 mwN); die Entwicklung geht aber in diese Richtung.

<sup>188</sup> Die Notwendigkeit sachbereichsspezifischer Regelungsstrategien wird auch hervorgehoben von Lepsius (Fn. 7), 429-436.

<sup>189</sup> Vorgelagert ist die Entscheidung, ob Private überhaupt an Aufgaben, die bisher der Staat alleine wahrgenommen hat, beteiligt werden sollen. Ihre Beantwortung hängt von einem Bündel unterschiedlichster Motive, Faktoren und Einschätzungen ab, das sich, wie die Privatisierungsdebatte gezeigt hat (vgl. die Nachw. in Fn. 29), einer vollständigen rechtlichen Determinierung nicht selten entzieht. Das mitunter aus der Verfassung destillierte Postulat einer größtmöglichen Aktivierung gesellschaftlicher Handlungsressourcen (vgl. zuletzt Schmidt-Preuß [Fn. 1], 171 u. H. auf J. Isensee Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, 1968, 220ff., 295ff.) vermag hier jenseits des auf wirtschaftliche Betätigungen beschränkten gemeinschaftsrechtlichen Zieles des freien Binnenmarkts (vgl. oben II. 3. a)) nur eine sehr grobe Leitlinie vorzugeben, wenngleich ein tendenzieller Rückzug des Staates aus dem "operativen Geschäft" unverkennbar ist. Schon aus Gründen des Gesetzesvorbehalts und zur Klarstellung bedarf es aber in jedem Fall der gesetzlichen Regelung der Zulässigkeit der Beteiligung Privater an staatlichen Aufgaben.

<sup>190</sup> Masing (Fn. 5), 181, sieht hierin zu Recht ein "zentrales Strukturelement" des von ihm sog. "Regulierungsverwaltungsrechts". Die "Ergebnisverantwortung" setzt keine Erfüllung der Aufgabe in eigener Regie voraus und ist insofern von der sog. "Erfüllungsverantwortung" klar zu unterscheiden, wie hier Fehling (Fn. 44), 355 Fn. 17. Unscharf dagegen Schuppert Kooperationsspektrum (Fn. 65), 423.

<sup>191</sup> Vgl. z.B. § 4 Abs. 4 TierKBG.

<sup>192</sup> Vgl. §§ 18f. TKG i.V.m § 1 Telekommunikations-Universaldienstleistungsverordnung (TUDLV) v. 30. 1. 1997, BGBl. I, 141, sowie §§ 12f. PostG i.V.m. §§ 1-4 Post-Uni-

- durch Vereinbarung bestimmter Leistungsverpflichtungen in gesetzlich<sup>193</sup> vorstrukturierten Verwaltungsverträgen<sup>194</sup>, oder
- durch Gründung eines gemischt-wirtschaftlichen Unternehmens bzw. der Beteiligung an einem bestehenden, dessen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck<sup>195</sup> auf die Erbringung bestimmter Leistungen der Daseinsvorsorge gerichtet ist.

Im Hinblick auf den kontextbezogenen Steuerungsansatz des Gewährleistungsverwaltungsrechts sollte es den privaten Leistungserbringern möglichst selbst überlassen werden, wie sie das vorgegebene Leistungsziel realisieren. Gleichzeitig sollten sie selbst an der "Produktdefinition" in gewissem Umfang beteiligt sein, da der Leistungserbringer in der Regel sein Leistungsvermögen bzw. das der Branche am besten einschätzen kann.<sup>196</sup>

### b) Qualifikation und Auswahl privater Akteure

Ob die vorgegebenen Leistungsstandards erfüllt werden, hängt maßgeblich von der Qualifikation der ausgewählten privaten Akteure ab, mit-

versaldienstleistungsverordnung (PUDLV) v. 15. 12. 1999, BGBl. I, 2418. Vgl. ferner die Nachw. in Fn. 75.

<sup>&</sup>lt;sup>193</sup> Vgl. z.B. § 93a Abs. 1 BSHG, §§ 78b Abs. 1 Nr. 1 und 2, 78c Abs. 1 SGB VIII. Vgl. auch Ziekow (Fn. 29), 192f.; Schuppert Grundzüge (Fn. 4), 125.

<sup>&</sup>lt;sup>194</sup> Zu ihrem notwendigen Inhalt am Beispiel der Übertragung der Abwasserentsorgung auf Dritte vgl. *C. Brüning* Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, 1997, 163–165, und *Bauer* Kooperationsverträge (Fn. 60). Zur Ausgestaltung der Einwirkung auf Verwaltungshelfer im Gesundheitswesen vgl. *Stollmann* (Fn. 138), 188–190. Für den Fall des Vertragsschlusses können die öffentlichrechtlichen Leistungspflichten auch gesetzlich auf den Privaten übergeleitet werden, vgl. z.B. § 11 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

<sup>&</sup>lt;sup>195</sup> Vgl. nur *M. Habersack* Private public partnership: Gemeinschaftsunternehmen zwischen Privaten und der öffentlichen Hand, ZGR 25 (1996), 544, 551-554 mwN; *R. Becker* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, 1997, 100-107.

<sup>196</sup> Auf dieser Überlegung basiert auch das sog. Neue Steuerungsmodell. Als zentraler Informations- und Kostenträger bildet die Produktdefinition das Herzstück der Zielvorgabe in den Leistungsvereinbarungen zwischen übergeordneter und nachgeordneter Einheit und die unentbehrliche Grundlage für die darin vorgenommene Budgetzuweisung, das anschließende Controlling und die Einführung von Wettbewerbselementen, vgl. A. Hoffan/C. Junga Produkte als Kernelemente des Neuen Steuerungsmodells, Verwaltung & Management 1996, 43 ff.; J.-P. Schneider Das Neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 2), 103, 128–130; V. Mehde Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000, 93–95, 153 f.

hin von ihrer fachlichen Kompetenz, ihrer Zuverlässigkeit und ihrem Leistungsvermögen. Die diesbezüglichen Regelungen bilden ein weiteres konstituierendes Strukturelement des Gewährleistungsverwaltungsrechts.197

Vertraut sind personenbezogene Anforderungen seit längerem aus dem Öffentlichen Wirtschaftsrecht<sup>198</sup> und aus einzelnen Beleihungstatbeständen<sup>199</sup>. Die dort vorgesehenen Qualifikationsnachweise beschränken sich aber in der Regel auf eher pauschale Vorgaben.<sup>200</sup> So vermisst man in den jeweiligen Gesetzen zB häufig aufgabenspezifische Regelungen über Prüfungserfordernisse, die Notwendigkeit von Fortbildungen oder den Einsatz von weiterem Personal.<sup>201</sup> Als wegweisend für eine nachhaltige Qualifikationssicherung darf insofern die differenzierte gesetzliche Ausge-

<sup>197</sup> Statt vieler Peine (Fn. 144), 357f.; Gramm (Fn. 13), 430f.

<sup>198</sup> Vgl. z.B. § 13 Abs. 1 PBefG; § 31d LuftVG; § 16 Abs. 2 Nr. 1 KrW-/AbfG.

<sup>199</sup> Vgl. z.B. § 9a Abs. 3 S. 2 AtG; § 44 Abs. 3 S. 1 BHO; § 29c Abs. 1 S. 3 LuftVG; § 1 Abs. 2 S. 2 UZwGBw.

<sup>200</sup> Treffend Osterloh (Fn. 1), 235: "Über das situationsgerechte Maß seiner öffentlichrechtlichen Sorgfaltspflichten bei Auswahl oder auch Kontrolle des Verwaltungshelfers wird er [der Verwaltungsträger] im Zweifel in nachträglichen Amtshaftungsprozessen informiert werden." Zum Beurteilungsspielraum der Behörde bei der Beurteilung der Eignung eines Beliehenen vgl. VG Augsburg, AgrarR 2001, 81 f.

<sup>201</sup> Vgl. auch § 18a Abs. 2a Nr. 1 WHG; § 4b BauGB; § 9a Abs. 3 S. 2 AtG; § 4 Abs. 1 S. 2 TierKBG. Beispielhaft kann hier ferner auf die aktuelle Qualifizierungsdebatte im Bereich der privaten Sicherheitsdienstleistungen hingewiesen werden, die zurückgeht auf die negativen Erfahrungen mit privaten Sicherheitsdienstleistern in der Vergangenheit, die häufig ihr nur unzureichend ausgebildetes Personal untertariflich bezahlten und auf dem Arbeitsmarkt der nur schwer vermittelbaren Kräfte rekrutierten (vgl. statt vieler H. Bernhardt Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit von Polizei/Behörden mit privaten Sicherungsdiensten - aus Sicht der Polizei, in: R. Stober [Hrsg.] Jahrbuch des Sicherheitsgewerberechts, 1999/2000, 23, 31). Im Zuge der Novellierung des § 34a der Gewerbeordnung durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28. 10. 1994, BGBl. I, 3475, wurde daher zunächst ein Unterrichtungsnachweis eingeführt (§ 34a Abs. 1 Nr. 3 GewO), dessen nähere Ausgestaltung in der Verordnung über das Bewachungsgewerbe (BewachVO) v. 7. 12. 1995, BGBl. I, 1602, erfolgte, die auch verschiedene Grundsätze der Berufsausübung enthält (vgl. dazu Huber [Fn. 27], 95-114; Schnekenburger [Fn. 145], 53-77). Diese Anforderungen werden ganz überwiegend als nicht ausreichend eingestuft (vgl. nur B. Jeand'Heur Von der Gefahrenabwehr als staatliche Angelegenheit zum Einsatz privater Sicherheitskräfte, AöR 119 (1994), 107, 124-127; Stober [Fn. 143], 267; Bauer Public-Private-Partnerships [Fn. 4], 47 mwN. AA F. Hammer Private Sicherheitsdienste, staatliches Gewaltmonopol, Rechtsstaatsprinzip und "schlanker Staat", DÖV 2000, 613, 621). Das Bundeswirtschaftsministerium hat nun am 25. 7. 2001 einen Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bewacherrechts vorgelegt, der u.a. die Einführung einer differenzierten Sachkundeprüfung und die fortlaufende Überprüfung der Zuverlässigkeit vorsieht, vgl. dazu diffr. R. Stober Die Qualifizierung der privaten Sicherheitsdienste, GewArch 2002, 129ff.

staltung des Akkreditierungsverfahrens<sup>202</sup> im Produktsicherheits-<sup>203</sup> und im Sachverständigenrecht<sup>204</sup> gelten.<sup>205</sup>

Noch nicht geklärt ist damit die Auswahl des privaten Akteurs in solchen Konstellationen, in denen aufgrund der Liberalisierung der Daseinsvorsorge eine Überzahl von nicht-staatlichen Bewerbern um die Übertragung einer wirtschaftlich lukrativen öffentlichen Aufgabe konkurriert. Der Staat selbst tritt hier als regulierender Nachfrager von gemeinwohlrelevanten Dienstleistungen auf, der knappe Ressourcen in Form von Marktchancen verteilt.<sup>206</sup> Neben speziellen Verteilungsverfahren wie das

<sup>&</sup>lt;sup>202</sup> Instruktiv H. C. Röhl Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, 70ff. Vgl. ferner A. Voβkuhle Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aβmann (Hrsg.) Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 277, 310–317 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>203</sup> Vgl. z.B. § 9 Abs. 2 S. 3 GSG. Allgemein zur europarechtlich geprägten Konzeption des Produktsicherheitsrechts vgl. neben den in Fn. 202 Genannten übersichtlich *T. Klindt* Der "new approach" im Produktrecht des europäischen Binnenmarktes: Vermutungswirkung technischer Normung, EuZW 2002, 133 ff. Dort auch eine erste Einschätzung zu RL 2001/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 3. 12. 2001 über die allgemeine Produktsicherheit, ABI. EG L 11/4 v. 15. 1. 2002.

<sup>&</sup>lt;sup>204</sup> Näher dazu Seidel (Fn. 47), 171-180. Im Mittelpunkt des Interesses steht zur Zeit die Akkreditierung von Umweltgutachtern im Zusammenhang mit dem Umwelt-Audit-Verfahren. Die einschlägigen Akkreditierungsvoraussetzungen ergeben sich aus Art. 4 Abs. 1, Art. 5 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 761/2001 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) vom 19. 3. 2001 (EG-UAVO) i.V.m. §§ 4ff. UAG, sowie der Verordnung über das Verfahren zur Zulassung von Umweltgutachtern und Umweltgutachterorganisationen sowie zur Erteilung von Fachkenntnisbescheinigungen nach dem Umweltauditgesetz (UAGZVV) v. 18. 12. 1995, BGBl. I, 2200. Vgl. ausführlich dazu T. Erbrath Der Umweltgutachter nach der EMAS-Verordnung als Vollzugsorgan des europäischen und nationalen Umweltrechts, 2001, 151-172; U. Kämmerer Die Umsetzung des Umwelt-Audit-Rechts, 2001, 49-51.

<sup>&</sup>lt;sup>205</sup> Vorbildlich auch § 10 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

<sup>&</sup>lt;sup>206</sup> Wie hier M. Burgi Verwalten durch öffentliche Unternehmen im europäischen Institutionenwettbewerb, VerwArch 93 (2002), 255, 269-271 mwN. Aus diesem Grund sind die den Vergabevorschriften unterliegenden Rechtsverhältnisse dem Öffentlichen Recht zuzuordnen. Entweder findet die Zwei-Stufen-Theorie Anwendung, oder man sieht den öffentlichen Auftrag als öffentlichrechtlichen Vertrag an, so überzeugend Kadelbach (Fn. 49), 360-365. Vgl. auch F. v. Zezschwitz Rechtsstaatliche und prozessuale Probleme des Verwaltungsprivatrechts, NJW 1983, 1873, 1877; M. Zuleeg Rechtsschutz und Grundrechtsbindung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, WuV 1984, 112, 113 ff.; Burmeister (Fn. 1), 229, und G. Hermes Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, 909, 915. AA die hM, vgl. BVerwGE 14, 65, 68; 38, 281; F. Rittner Rechtsgrundlagen und Rechtsgrundsätze des öffentlichen Auftragswesens, 1988, 46ff.; M. Dreher Perspektiven eines europa- und verfassungsrechtskonformen Vergaberechtsschutzes, NVwZ 1996, 345, 346; J. Pietzcker Die neue Gestalt des Vergaberechts, ZHR

der Versteigerung knapper Funkfrequenzen nach dem TKG<sup>207</sup> verlangt insoweit insbesondere<sup>208</sup> das kartellrechtliche Vergabeverfahren Beachtung.<sup>209</sup> dem bei der Bewältigung der Privatisierungsfolgen mehr und mehr eine Schlüsselrolle zuwächst. 210 Mit ihm verbinden sich qualifizierte Anforderungen an die materiellen Vergabevoraussetzungen sowie vor allem neutralitäts- und wettbewerbssichernde Verfahrenspflichten<sup>211</sup>, auf

<sup>208</sup> Umstritten ist auch nach wie vor, ob bei Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages mit einem privaten Anbieter von öffentlichen Dienstleistungen auf die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes zurückgegriffen werden kann. Da das öffentliche Auftragswesen insgesamt als öffentlichrechtlich zu qualifizieren ist (vgl. oben Fn. 206), sind die Grundsätze des Verwaltungsverfahrens zumindest analog heranzuziehen, vgl. auch D. Ehlers Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 226-232; Röhl (Fn. 159), 559; Stober (Fn. 143), 266.

<sup>209</sup> Nach der tief greifenden Reform des deutschen Vergaberechts aufgrund verschiedener europäischer Richtlinien (vgl. jetzt auch den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge v. 30. 8. 2000 KOM [2000], 275 endg.) ist lediglich die Vergabe von Aufträgen oberhalb der EG-rechtlich festgelegten Schwellenwerte (vgl. §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 1 f. VgV) im vierten Teil des GWB und in der am 1, 2. 2001 in Kraft getretenen neu gefassten Vergabeverordnung (VgV) geregelt, die ihrerseits auf die von den Verdingungsausschüssen erarbeiteten Verdingungsordnungen verweisen (sog. Kaskadenprinzip), vgl. zur Situation des Vergaberechts nach Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes zum 1. 1. 1999 statt vieler Pietzcker (Fn. 206), 456ff.; Puhl (Fn. 1), 457ff., und E. Pache Der Staat als Kunde - System und Defizite des neuen Vergaberechts, DVBI. 2001, 1781 ff. Unterhalb der Schwellenwerte können sich vergaberechtliche Anforderungen in den hier interessierenden Konstellationen unter Umständen aus dem Gemeindehaushaltsrecht ergeben.

<sup>162 (1998), 427, 457</sup> f.; H. J. Wolff/O. Bachof/R. Stober Verwaltungsrecht I, 11. Aufl. 1999, § 23 Rn. 25.

<sup>&</sup>lt;sup>207</sup> Vgl. § 57 Abs. 5 S. 2 TKG i.V.m. § 11 Abs. 4 TKG. Obwohl die Liberalisierung der verschiedenen Infrastrukturbereiche (Energie, Post, Telekommunikation etc.) zu einem "Wettbewerb im Markt" führen soll, konkurrieren die Bewerber hier zunächst auch "um den Markt" (diese Unterscheidung geht wohl zurück auf H. Demsetz Why Regulate Utilities?, Journal of Law and Economics, Vol. 11, 1968, 55-65). Zum Ablauf des Versteigerungsverfahrens und den damit zusammenhängenden Rechtsfragen vgl. nur Ruffert (Fn. 3), 259-265; O. Klöck Rechtliche Probleme der Versteigerung von UMTS-Lizenzen, RTkom 2000, 280ff.; F. Schuster/U. Müller Rechtliche Grundlagen und Praxis der Frequenzzuteilung durch die RegTP, MMR 2000, 26ff.; C. Koenig/A. Neumann Telekommunikationsrechtliche Optimierung künftiger Lizenz- und Frequenz-Versteigerungen, ZRP 2001, 252 ff.; R. Breuer Verfassungsrecht und Versteigerungsverfahren nach § 11 Telekommunikationsgesetz, FS Maurer, 2001, 24ff.; K. Ritgen Versteigerung von Funkfrequenzen und Vergabe von Telekommunikationslizenzen. AöR 127 (2002), 351 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>210</sup> Ähnlich Burgi (Fn. 3), 604. Vgl. auch zuletzt die breit angelegte Analyse bei Dreher (Fn. 60), 247-257.

<sup>&</sup>lt;sup>211</sup> Zentrale Bedeutung kommt insofern § 13 Vergabeverordnung n.F. zu, der eine Informationspflicht des Auftraggebers gegenüber Bietern vorsieht, deren Angebote im Verga-

deren Einhaltung ein subjektiver Anspruch des Bieters besteht.<sup>212</sup> Auch die Beauftragung privater Verwaltungshelfer fällt grundsätzlich in den Anwendungsbereich des Vergaberechts.<sup>213</sup> Wird dem Dritten aber mit der Übertragung der öffentlichen Aufgabe zusätzlich die Möglichkeit eingeräumt, selbst mit den Nutzern der zu erbringenden Dienstleistung abzurechnen, wie z.B. im Rahmen der Übertragung der Abfall- und Abwasserwasserbeseitigung<sup>214</sup>, so soll das Vergaberecht mangels entgeltlichen Auftrags<sup>215</sup> nach ganz h.M. keine Anwendung finden.<sup>216</sup> Das stößt auf

beverfahren nicht berücksichtigt werden sollen, damit diese rechtzeitig um Rechtsschutz nachsuchen können. Der Gesetzgeber reagierte mit dieser Regelung auf die Münzplättchen-II-Entscheidung der Vergabekammer des Bundeskartellamtes, NJW 2000, 151, und das Alcatel-Urteil des EuGH, Rs. C-81/98, Slg. 1999, I-7671. Zu Einzelheiten E. Putzier Die Informationspflicht nach dem neuen § 13 Vergabeverordnung, DÖV 2002, 517ff.

<sup>&</sup>lt;sup>212</sup> Vgl. § 97 Abs. 7 GWB.

<sup>&</sup>lt;sup>213</sup> Vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1999, 1129; W. Frenz/A. Kafka Vergaberechtliche Grenzen bei der Einbeziehung Privater in die Abfallentsorgung, GewArch 2000, 129, 131 mwN; Burgi (Fn. 3), 604. Zur Anwendung des Vergaberechts bei Beauftragung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen vgl. OVG Schleswig, NordÖR 1998, 314; Vergabekammer Düsseldorf, NZBau 2001, 46f.; Vergabekammer Lüneburg, NZBau 2001, 51; S. Tomerius Kommunale Abfallwirtschaft und Vergaberecht, NVwZ 2000, 727, 731; W. Jaeger Public Private Partnership und Vergaberecht, NZBau 2001, 6, 7; Burgi (Fn. 3), 606.

<sup>&</sup>lt;sup>214</sup> Vgl. § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG bzw. § 18a Abs. 2a WHG und dazu F. Schoch Rechtsfragen der Privatisierung von Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung, DVBl. 1994, 1ff.; Bree (Fn. 107); N. Pippke Öffentliche und private Abfallentsorgung, 1999; Bauer (Fn. 154), 561 ff.; D. Zacharias Privatisierung der Abwasserbeseitigung, DÖV 2001, 454ff.; W. Kahl Privatisierung der Abfallentsorgung: Rahmenbedingungen, Konfliktfelder und Perspektiven, i. E. Zum Spezialfall der Tierkörperbeseitigung vgl. § 4 Abs. 1 S. 2 TKG und Fertig (Fn. 138), 99 ff.

<sup>215</sup> Vgl. § 99 Abs. 1 GWB.

<sup>&</sup>lt;sup>216</sup> Vgl. Frenz/Kafka (Fn. 213), 132; H.-P. Kulartz/F. Niebuhr Sachlicher Anwendungsbereich und wesentliche Grundsätze des materiellen GWB-Vergaberechts, NZBau 2000, 6, 9; T. Stickler in: O. Reidt/T. Stickler/H. Glahs, Vergaberecht, 2000, § 99 Rn. 33; Burgi (Fn. 3), 604. Zur Anwendung der Vergabevorschriften bei Beleihungsverträgen vgl. diffr. Dreher (Fn. 60), 254-257 mwN. Zur Nichtanwendbarkeit des Vergaberechts bei der Beauftragung Privater mit Rettungsdienstleistungen vgl. OVG Lüneburg, NdsVBl. 1999, 285; OLG Celle, NZBau 2000, 2999ff.; Iwers (Fn. 37), 165f. mwN. Krit. OVG Frankfurt (Oder), VerwRR 1998, 18ff. Aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht handelt es sich in diesen Fällen um sog. Dienstleistungskonzessionen, die nach Auffassung des EuGH (EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745, Rn. 57f. [Telaustria]) und der Kommission (Mitteilung der EG-Kommission zu "Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht" vom 12. 4. 2000, Nr. 2.4, abgedruckt in: NZBau 2000, 413 ff., 458 ff.) von den gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe ausgenommen sind, weil nicht über öffentliche Finanzmittel verfügt wird, vgl. auch H. Ullrich Dienstleistungskonzessionen und europäisches Vergaberecht, ZVgR 2000, 85, 88; OLG Brandenburg, ZVgR 2002, 45, 47f. Konzeptionell in gewissem Widerspruch dazu steht freilich der

grundsätzliche Bedenken. Bei realistischer Einschätzung erscheint es mehr als fraglich, ob es gelingt, ohne rechtlich vorformulierte und verfahrensrechtlich abgesicherte rationale Auswahlkonzepte den geeignetsten Anbieter für eine öffentliche Dienstleistung auszuwählen. Aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 4 GG resultiert des weiteren ein verfassungsrechtlicher Anspruch des Anbieters von öffentlichen Dienstleistungen auf "grundrechtssichernde Mangelverwaltung".<sup>217</sup> Will man diesen Anspruch nicht dauerhaft leer laufen lassen und zugleich marktwidrigen Privilegierungen Tür und Tor öffnen, dann besteht trotz der damit einhergehenden Verkomplizierung der Abläufe zur durchgehenden Etablierung eines fairen, transparenten und wettbewerbsorientierten Verteilungsverfahrens<sup>218</sup> keine Alternative.<sup>219</sup>

aktuelle Vorschlag der EG-Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Maßnahmen der Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit Anforderungen des öffentlichen Dienstes und der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für den Personenverkehr auf der Schiene, der Straße und auf Binnenschifffahrtswegen v. 26. 7. 2000, KOM (2000), 7 endg. In Art. 6 des RL-Entwurfs werden die Mitgliedsstaaten bis auf wenige Ausnahmen (vgl. Art. 7f. RL-Entwurf) verpflichtet, die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen auf fünf Jahre befristet auszuschreiben und sodann dem "siegreichen" privaten Bieterunternehmen zu übertragen, vgl. dazu D. Meyer Hoffnung auf mehr Wettbewerb im ÖPNV, ZögU 2001, 53ff.; M. Fehling Zur Reform der Daseinsvorsorge am Beispiel des öffentlichen Personennahverkehrs, Die Verwaltung 34 (2001), 25 ff., und M. Ronellenfitsch Der ÖPNV im europäischen Binnenmarkt - 2. Teil, VerwArch 92 (2001), 293, 310ff. Auch die Auswahl von Unternehmen, denen die Erbringung von Universaldienstleistungen im Bereich der Telekommunikation obliegt, soll nach Art. 8 Abs. 2 Universaldienst-RL (Fn. 75) "unter Anwendung eines effizienten, objektiven, transparenten und nicht diskriminierenden Benennungsverfahrens" erfolgen, wobei kein Unternehmen von vornherein von der Benennung ausgeschlossen werden darf. Schließlich betont die Kommission im Bericht für den Europäischen Rat in Laeken v. 17. 10. 2001 (Fn. 60), Rn. 36, dass die Vergabe von Aufträgen, die nicht unter das öffentliche Auftragswesen fallen, nach den Grundsätzen der Transparenz, Gleichbehandlung, Verhältnismäßigkeit und gegenseitigen Anerkennung zu erfolgen habe. Voraussetzung dafür sei ein angemessener Grad von Öffentlichkeit, die Öffnung des Dienstleistungsmarktes für den Wettbewerb und die Möglichkeit der Nachprüfung, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde.

217 A. Voßkuhle "Wer zuerst kommt, mahlt zuerst!" - Das Prioritätsprinzip als antiquierter Verteilungsmodus in einer modernen Rechtsordnung, Die Verwaltung 32 (1999), 21, 34-36,

<sup>218</sup> Zum Auswahlverfahren bei staatlicher Beauftragung privater Krankentransportunternehmen vgl. BVerwGE 97, 79, 88. Vgl. ferner zur Auswahl von Notaren BVerfGE 78, 280, 287; BVerfG, NJW 2002, 3090f. Zu den wesentlichen Strukturelementen eines solchen Verteilungsverfahrens vgl. Voßkuhle (Fn. 202), 306-309.

<sup>219</sup> Das zeigt auch der Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155). Dort sind die Auswahl der Pflichtenübernehmer für die Wasserversorgung und die Abwasserbeseitigungspflicht in Anlehnung an das Vergabekartellrecht detailliert geregelt (§ 9 des Entwurfs).

#### c) Schutz der Rechte Dritter

Auch unabhängig von der Frage der Auswahl des Privaten verlangt der Schutz der Rechte Dritter bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts besondere Aufmerksamkeit. Zum einen muss sichergestellt sein, dass die Verwaltung selbst bei der Kooperation mit Privaten Rechte Dritter wahrt.<sup>220</sup> Das ist keine Selbstverständlichkeit, denn jeder Form von Kooperation wohnt die Tendenz inne, die "Kosten" der Einigung zu externalisieren. Freilich dürfen die Anforderungen an den Drittschutz auch nicht zu hoch geschraubt werden, ansonsten verlieren kooperative Handlungsformen schnell ihren praktischen Wert. So hat sich z.B. § 58 Abs. 1 VwVfG, demzufolge ein verwaltungsrechtlicher Vertrag, der in Rechte Dritter eingreift<sup>221</sup>, schwebend unwirksam ist, solange der Dritte nicht zustimmt, für die Realisierung komplexer Beleihungs- oder Verwaltungshelferverträge als eher hinderlich erwiesen.<sup>222</sup> Dem prozeduralen Charakter des Gewährleistungsverwaltungsrechts würde es mehr entsprechen, Konflikten mit Dritten im Vorfeld durch die Pflicht zu Transparenz und aktivem Interessenmanagement unter Leitung der zuständigen Behörde oder privater Konfliktmittler zu begegnen.<sup>223</sup> Es läge in der

<sup>&</sup>lt;sup>220</sup> Vgl. nur A. Benz Kooperative Verwaltung, 1994, 96–99, und zuletzt wieder V. Mehde Vertragliche Absprachen im Baurecht – Rechtliche Perspektiven eines privat-öffentlichen Interessenausgleichs. BauR 2002, 876, 880.

<sup>&</sup>lt;sup>221</sup> Allgemein dazu C. Staudenmayer Der Verwaltungsvertrag mit Drittwirkung, 1997. Durch eine restriktive Auslegung des Eingriffsbegriffs kann der Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 VwVfG deutlich eingeschränkt werden, vgl. zu dieser trotz ihrer weitreichenden praktischen Folgen bisher kaum erörterten Rechtsfrage W. Krebs in: E. Schmidt-Aβ-mann/W. Krebs Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 2. Aufl. 1992, 227–229, und eingehend nun Röhl (Fn. 41), § 6 C III.

<sup>&</sup>lt;sup>222</sup> So zutreffend Ziekow (Fn. 29), 144. Vgl. auch Schlette (Fn. 41), 435f. Zust. Beirat Verwaltungsverfahrensrecht beim Bundesministerium des Innern, NVwZ 2002, 834, 835.

<sup>&</sup>lt;sup>223</sup> Ansätze in diese Richtung enthalten etwa § 71c Abs. 2 S. 2 VwVfG und § 5 S. 4 UVPG, die eine Vorfeldkommunikation mit Dritten in größeren Genehmigungs- und Planungsverfahren vorsehen, vgl. dazu aus der übergeordneten Perspektive der Entwicklung eines "Verwaltungskommunikationsrechts" A. Voβkuhle Der Wandel von Verwaltungsrecht und Verwaltungsprozessrecht in der Informationsgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Fn. 15), 349, 367f. mwN. Verfehlt ist aber der Vorschlag, die im formalen Verwaltungsverfahren gewährleisteten Verfahrensrechte Dritter (vgl. § 13 Abs. 2 VwVfG) auf den gesamten Kooperationsprozess auszudehnen (vgl. U. Beyerlin Schutzpflichten der Verwaltung gegenüber dem Bürger außerhalb des formellen Verwaltungsverfahrens, NJW 1987, 2713, 2720; E. Bohne Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, VerwArch 75 [1984], 343, 352ff.). Die für eine einvernehmliche Lösung notwendige Vertraulichkeit und Beschränktheit der Zahl der Beteiligten wäre auf diese Weise nicht mehr gewährleistet, was zu neuen Vor-Vorverhandlungen führen würde, vgl. nur W. Brohm Verwaltungsverhandlungen mit Hilfe von

Konsequenz einer solchen Lösung<sup>224</sup>, dem Drittbetroffenen bestimmte Kooperationslasten aufzuerlegen, indem er z.B. durch Präklusionsregelungen gezwungen wird. Einwände gegen eine vertragliche Lösung innerhalb einer bestimmten Frist geltend zu machen.<sup>225</sup>

Andere Gefährdungslagen entstehen in solchen Situationen, in denen nicht-staatliche Leistungserbringer dem Bürger bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der Form des Privatrechts gegenübertreten. Da die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen Hoheitsträger unterliegen, hier nicht unmittelbar greifen<sup>226</sup>, muss der verfassungsrechtlich gleichwohl weiterhin gebotene Schutz der Rechte Dritter indirekt über den Einfluss der öffentlichen Hand auf den privaten Leistungserbringer realisiert werden. Analog zur Ergebnissicherung bestehen hier wieder verschiedene Lösungswege, nämlich:

- die gesetzliche Verpflichtung privater Unternehmen zur Gewährung von Zugangsrechten<sup>227</sup>, zum Abschluss von Verträgen zu bestimmten Konditionen<sup>228</sup> und zur Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahrensstandards<sup>229</sup>,
- entsprechende Vereinbarungen in Verwaltungsverträgen<sup>230</sup> oder
- die Einwirkung auf gemischt-wirtschaftliche Unternehmen mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts. Allerdings stoßen die insofern vorgesehenen Möglichkeiten zB bei einer Aktiengesellschaft aufgrund der

Konfliktmittlern, DVBI. 1990, 321, 323; G. Dauber Möglichkeiten und Grenzen kooperativen Verwaltungshandelns, in: Becker-Schwarze u.a. (Hrsg.) Wandel der Handlungsformen im öffentlichen Recht, 1991, 67, 86.

<sup>&</sup>lt;sup>224</sup> Vgl. auch § 10 Abs. 3 BImSchG; §§ 71d Abs. 2, 73 Abs. 4 S. 3 VwVfG, sowie H. C. Röhl/ C. Ladenburger Die materielle Präklusion im raumbezogenen Verwaltungsrecht, 1997.

<sup>&</sup>lt;sup>225</sup> In diesem Sinne auch der Vorschlag von Staudenmeyer (Fn. 221), 172, und Ziekow (Fn. 29), 146-150, zur Änderung des § 58 VwVfG. Zust. Beirat Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 222), 835.

<sup>&</sup>lt;sup>226</sup> Vgl. oben II. 3. b).

<sup>&</sup>lt;sup>227</sup> Vgl. § 17 Abs. 1 TKG, § 11 Abs. 1 PostG. Weiterführend dazu W. Hoffmann-Riem Medienregulierung als objektiv-rechtlicher Grundrechtsauftrag, M & K 2002, 173, 184ff.

<sup>&</sup>lt;sup>228</sup> Zum Kontrahierungszwang als zentrales Regulierungsinstrument im Energiewirtschaftsrecht vgl. z.B. G. Hermes Die Regulierung der Energiewirtschaft zwischen öffentlichem und privatem Recht, ZHR 166 (2002), 433, 441 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>229</sup> Im Produktsicherheitsrecht sind diese Verfahrensrechte häufig lediglich in den technischen Normen der Europäischen Normungsorganisationen vorgesehen, vgl. zB zur Beratungspflicht der privaten Zertifizierungsstellen im Vorfeld der Antragstellung Nr. 8.1.2. und 8.1.4. DIN EN 45011; zur Festlegung einzelner Verfahrensregeln Nr. 4.6. DIN EN 45011 und zur Verpflichtung, den Datenschutz zu wahren Nr. 4.10 DIN EN 45011. Zur Begründungspflicht bei ablehnenden Entscheidungen vgl. auch zB Anh. II Nr. 3.3. und 3.4. RL 93/42/EWG (Medizinprodukte) v. 14. 6. 1993, ABI.EG Nr. L 169; zur Anhörungspflicht vgl. ferner zB § 4 Abs. 3 MPV.

<sup>230</sup> Vgl. oben Fn. 41.

Weisungsunabhängigkeit des Vorstandes (§ 76 AktG) schnell an Grenzen<sup>231</sup>, die im Hinblick auf die gerade angestrebten Vorteile einer eigenverantwortlichen privatwirtschaftlichen Bewältigung öffentlicher Aufgaben nicht über ein vorrangiges "Verwaltungsgesellschaftsrecht" eingeebnet werden dürfen.<sup>232</sup>

### d) Lenkung und Kontrolle

Als eigentliche Achillesferse des Gewährleistungsverwaltungsrechts erweist sich damit die organisatorische und verfahrensrechtliche Absiche-

<sup>&</sup>lt;sup>231</sup> Zu Möglichkeiten und Grenzen der Steuerung öffentlicher Unternehmen am Beispiel unterschiedlicher Gesellschaftsformen vgl. Ehlers (Fn. 208), 132-151; W. Spannowsky Die Verantwortung der öffentlichen Hand für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben und die Reichweite ihrer Einwirkungspflicht auf Beteiligungsunternehmen, DVBI. 1992, 1072 ff.: R. Schmidt Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsform, ZGR 1996, 345, 356-363, und ausführlich nunmehr wieder Gersdorf (Fn. 107), 267-353 mwN. Aus den begrenzten externen Einwirkungsmöglichkeiten auf die AG folgt nach hM ein "Vorrang der GmbH", vgl. nur M. Paschke Die kommunalen Unternehmen im Lichte des GmbH-Konzernrechts, ZHR 152 (1988), 263, 265f.; T. Koch Der rechtliche Status kommunaler Unternehmen in Privatrechtsform, 1994, 167; R. Schmidt ebd., 358; M. Brenner Gesellschaftliche Ingerenzmöglichkeiten von Kommunen auf privatrechtlich ausgestaltete kommunale Unternehmen, AöR 127 (2002), 222, 237-250. Zu Einschränkungen bei der mitbestimmten GmbH vgl. nur R. Schmidt Mitbestimmungsvereinbarungen in öffentlichen Unternehmen, FS Knöpfle, 1996, 303 ff., und H.-J. Pabst/R. Schwartmann Privatisierte Staatsverwaltung und staatliche Aufsicht, DÖV 1998, 315, 321-323. Ausführlich zu dem gesamten Fragenkreis jetzt wieder D. Ehlers Empfiehlt es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?, Gutachten E zum 64. DJT 2002; R. Stober Neuregelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen?, NJW 2002, 2357ff.; bei gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen verstärken sich die Steuerungsprobleme erheblich, vgl. z.B. §§ 103, 103a, 105, 106 GO BW; Art. 92, 94 BayGO; §§ 108, 111 f. GO NW, sowie Becker (Fn. 195), 95-107, und Storr (Fn. 22), 88 f.

<sup>&</sup>lt;sup>232</sup> Gegen eine Modifizierung des Gesellschaftsrechts durch ein aufgrund verfassungsrechtlicher Bindungen vorrangiges "Verwaltungsgesellschaftsrecht" (dazu die Nachw. oben in Fn. 2) auch Ehlers (Fn. 208), 144; Habersack (Fn. 195), 555f.; Schmidt (Fn. 231), 351; Schmidt-Aβmann (Fn. 10), 5. Kap. Rn. 53; Kahl (Fn. 19), 388f.; Gersdorf (Fn. 107), 259-266, und Brenner (Fn. 231), 234-236. Aus demselben Grund bieten Konzernlösungen keine funktionsadäquate Alternative zur Aktiengesellschaft, da aufgrund des Beherrschungsvertrages (§ 291 AktG) die Eigen- und Beteiligungsgesellschaften eine den Eigenbetrieben im kommunalen Wirtschaftsrecht vergleichbare Stellung einnehmen. Es besteht dann aber kein Grund, warum die Gemeinde diese Aufgabe nicht gleich in eigener Regie ausführen sollte, so auch W. Leisner Der Vorrang des Gesellschaftsinteresses bei den Eigengesellschaften der öffentlichen Hand, WiVerw 1983, 212, 220. Vgl. ferner statt vieler Gersdorf (Fn. 107), 352 mwN. Im Übrigen verbietet die Rechtsstellung der privaten Miteigentümer eine Modifikation des Gesellschaftsrechts, vgl. BGHZ 69, 334, 340f., und J. Hellermann Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, 241f.

rung der Einhaltung der einschlägigen Vorgaben durch die privaten Akteure. Ihre Beteiligung an öffentlichen Aufgaben führt unweigerlich zu staatlichen Lenkungs- und Kontrollverlusten<sup>233</sup>, deren Abbau aber in der Regel mit den ursprünglichen Zielen der Zusammenarbeit kollidiert. Dieses Dilemma tritt vollends zutage, wenn der Private nicht als Beliehener<sup>234</sup> in die staatliche Verwaltungsorganisation eingebunden ist und folglich nicht der Staatsaufsicht unterliegt<sup>235</sup>. Allein mit dem herkömmlichen, primär am Ziel der Gefahrenabwehr und -vorsorge<sup>236</sup> ausgerichteten Instrumentarium der Wirtschaftsaufsicht<sup>237</sup> lässt sich eine gemeinwohlsichernde Einflussnahme kaum bewerkstelligen. Dementsprechend sollte die bisherige duale Aufsichtsdogmatik<sup>238</sup> um eine dritte Grundkategorie der "Gewährleistungsaußsicht" ergänzt werden, die den Besonderheiten arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung Rechnung trägt.<sup>239</sup> Neben der "Einwirkungsaufsicht"240 über gemischtwirtschaftliche Unternehmen und "Ver-

<sup>&</sup>lt;sup>233</sup> Anschaulich statt vieler Gallwas (Fn. 1), 220, und zuletzt wieder H. Dreier Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung, DÖV 2002, 537, 543.

<sup>&</sup>lt;sup>234</sup> Der Beliehene unterliegt nicht zwingend der Fachaufsicht, vgl. Krebs (Fn. 112), Rn. 42f.; Kahl (Fn. 16), 197f.; Wolff/Bachof/Stober (Fn. 145), § 104 Rn. 7. AA aber BVerwG, VerwRspr. 28, 214, 220; U. Steiner Der "beliehene Unternehmer", JuS 1969, 69, 71; Pabst/Schwartmann (Fn. 231), 317-321.

<sup>235</sup> Mit Maurer (Fn. 138), § 23 Rn. 19-20a, lassen sich im Rahmen der Rechtsaufsicht drei Gruppen unterscheiden: (1) Information, (2) repressive Aufsichtsmittel (Beanstandung, Anordnung, Ersatzvornahme, Bestellung eines Staatskommissars), (3) präventive Aufsichtsmittel (Genehmigungsvorbehalt, Anzeigenvorbehalt).

<sup>&</sup>lt;sup>236</sup> Zu ihnen D. Ehlers Ziele der Wirtschaftsaufsicht, 1997, 33-67.

<sup>&</sup>lt;sup>237</sup> Zur Entwicklung R. Gröschner Das Überwachungsrechtsverhältnis, 1992, 52ff. Vgl. ferner Bullinger (Fn. 1), 264ff., 285ff.: H. Mösbauer Staatsaufsicht über die Wirtschaft. 1990, und Schmidt (Fn. 143), 338-344.

<sup>&</sup>lt;sup>238</sup> Zur "Staatsaufsicht" und "Wirtschaftsaufsicht" als Grundtypen der Aufsicht vgl. eingehend Kahl (Fn. 19), 349-422; ders. (Fn. 16), 195-201 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>239</sup> Ähnlich G. F. Schuppert Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: ders. (Fn. 4), 299, insbes. 326-329, der aber anders differenziert zwischen "klassischer Staatsaufsicht", "Steuerungsaufsicht" und "Gewährleistungsaufsicht", unterteilt in "Regulierungsaufsicht" und "Überwachungsaufsicht", sowie "Wirtschaftsaufsicht". Für eine Reformulierung der Aufsichtsdogmatik auch W. Hoffmann-Riem Diskussionsbeitrag, VVDStRL 56 (1997), 291, 293 f.; R. Pitschas Struktur- und Funktionswandel der Aufsicht im Neuen Verwaltungsmanagement, DÖV 1998, 907, 911; Trute (Fn. 63), 37f., und Kahl (Fn. 19), 393f., der aber an der dualen Konzeption zwischen Staats- und Wirtschaftsaufsicht festhalten möchte. Zust. E. Schmidt-Aßmann Verwaltungskontrolle: Einleitende Problemskizze, in: ders./W. Hoffmann-Riem (Hrsg.) Verwaltungskontrolle, 2001, 9, 13 f., 29 f., der jedoch ebenfalls einräumt, dass die funktionale Privatisierung "neue Kontrollformen" notwendig macht.

<sup>240</sup> Kahl (Fn. 19), 386-389.

waltungshelfer"<sup>241</sup> kann unter die Gewährleistungsaufsicht insbesondere auch die sog. Regulierungsaufsicht in privatisierten Infrastrukturbereichen rubriziert werden.<sup>242</sup> Die Mittel der Gewährleistungsaufsicht divergieren je nach Sachbereich und Gefährdungspotential der Aufgabe. Dessen ungeachtet sind prägende Gemeinsamkeiten und übergreifende Entwicklungslinien unverkennbar, die größtenteils auf den Einfluss des Europarechts zurückgehen. Hingewiesen sei hier nur auf:

- die Verstärkung präventiver und begleitender Aufsichtselemente, etwa durch die obligatorische Einführung von Vorfeldkonsultationen, die Einrichtung von Beiräten<sup>243</sup> oder die Auferlegung von Konzeptpflichten<sup>244</sup>,
- den Ausbau der unternehmerischen Eigenüberwachung<sup>245</sup> durch Auditierungsverfahren<sup>246</sup>, Betriebsbeauftragte<sup>247</sup> sowie<sup>248</sup> die Einführung

<sup>&</sup>lt;sup>241</sup> Vgl. Stollmann (Fn. 138), 188-190.

<sup>&</sup>lt;sup>242</sup> Für die Qualifikation als Wirtschaftsaufsicht dagegen *P. Badura* Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich der Post und der Telekommunikation, FS Großfeld, 1999, 35, 40, und *Kahl* (Fn. 16), 205 f., der aber zugleich den "relativen Selbststand der Regulierungsaufsicht" betont. In dieselbe Richtung gehend *H. Gramlich* Entwicklung der staatlichen Wirtschaftsaufsicht: Das Telekommunikationsrecht als Modell?, VerwArch 88 (1997), 598, 624–642. Zu den typischen Elementen der Regulierungsaufsicht vgl. *ders.* ebd., 636–640 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>243</sup> Zum Beirat nach § 67 TKG vgl. Ruffert (Fn. 3), 278. Ähnliche Funktionen kommen dem Umweltgutachterausschuss zu, vgl. §§ 21–27 UAG und eingehend dazu W. Ewer Der Umweltgutachterausschuß, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>244</sup> Vgl. z.B. § 16 Abs. 3 KrW-/AbfG, demzufolge der entsorgungspflichtige Dritte ein Abfallwirtschaftskonzept vorzulegen hat. Instruktiv auch am Beispiel des Gemeindewirtschaftsrechts *M. Ruffert* Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch 92 (2001), 27, 37f., 46f., 49, 55f. Allgemein zu Konzeptpflichten ferner *Schmidt-Aβmann* (Fn. 4), 39f.; *Ritter* (Fn. 65), 233f.

<sup>&</sup>lt;sup>245</sup> Materialreicher Überblick bei S. R. Laskowski Duale Verantwortungsstrukturen in Umweltrecht und Umweltpolitik: Privatisierungstendenzen im Recht der Anlagenüberwachung, in: Schuppert (Fn. 4), 93 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>246</sup> Zur Übertragbarkeit des Öko-Audit-Systems auf weitere Bereiche der staatlichen Wirtschaftsüberwachung vgl. z. B. *Groβ* (Fn. 126), 142–230.

<sup>&</sup>lt;sup>247</sup> Allgemein dazu *R. Weber* Der Betriebsbeauftragte, 1988; *F. Fischer* Der Betriebsbeauftragte im Umweltschutzrecht, 1996. Für den vorliegenden Kontext vgl. auch *Fehling* (Fn. 44), 375–379 mwN.

<sup>&</sup>lt;sup>248</sup> Dabei ist insbes. zu beachten, dass außerhalb des öffentlichen Sektors häufig ebenfalls größere Organisationseinheiten agieren. Jenseits gesellschaftsrechtlicher Vorgaben muss hier sichergestellt sein, dass Handlungspflichten auf bestimmte Organe und individuelle Personen zurückgeführt werden können. So sind etwa Kapitalgesellschaften gem. § 52a BImSchG verpflichtet, gegenüber der Aufsichtsbehörde einen Geschäftsführungs-

von Qualitätsmanagementsystemen<sup>249</sup>, die kombiniert werden können mit branchenspezifischen "Codes of best practice"<sup>250</sup>,

die Ausweitung von Publizitätsgeboten<sup>251</sup> sowie Dokumentations-<sup>252</sup>, Informations-<sup>253</sup> und Berichtspflichten<sup>254</sup>,

befugten zu benennen, der für die Einhaltung der immissionsschutzrechtlichen Pflichten zuständig ist. Auf diese Weise soll die Eigenverantwortlichkeit von Unternehmen gestärkt werden, indem diese gezwungen werden, durch betriebsinterne Verantwortungsstrukturen Reaktionsmechanismen für Gefahrensituationen zu schaffen, vgl. M. Kloepfer Betrieblicher Umweltschutz als Rechtsproblem, DB 1993, 1125, 1127, sowie H. D. Jarass BImSchG, 5. Aufl. 2002, § 52a Rn. 1, 5. Weitergehend wird z. B. die gesetzliche Einführung eines Umweltschutzdirektors für Kapitalgesellschaften als gleichberechtigtes Mitglied der vertretungsberechtigten Organe gefordert, der für die Leitung der umweltbezogenen Betriebsorganisation und die Mitwirkung an der Entwicklung und Einführung umweltrechtlicher Verfahren und Produkte verantwortlich ist, vgl. BMU(Hrsg.) Umweltgesetzbuch (Fn. 114), 735 ff. mwN. Erst auf diese Weise erhält private Verantwortung ein konkretes Gesicht.

<sup>249</sup> Vgl. z.B. § 78b Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Allgemein zu ihrer Bedeutung R. Stober Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 12. Aufl. 2000, 316f.

<sup>250</sup> Vgl. z.B. Art. 8 Abs. 2 Hs. 1 RL 2001/95/EG (Fn. 203), der die Förderung der Ausarbeitung privater "Verhaltenskodizes" im Rahmen des Produktsicherheitsrechts unterstützt. Allerdings ist darauf zu achten, dass über solche Formen der privaten Standardsetzung nicht demokratische Anforderungen überspielt werden, vgl. zu diesem Problemkreis F. Kirchhof Private Rechtsetzung, 1987, 124-126; E. Denninger Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990, 136ff.; G. F. Schuppert/C. Bumke Verfassungsrechtliche Grenzen privater Standardsetzung, in: D. Kleindiek/W. Oehler (Hrsg.) Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts, 2000, 71, 113-126, und die Vorschläge der Sachverständigenkommission zum UGB (Fn. 114) in §§ 17 ff., §§ 31 ff. UGB-KomE. Krit. zur Einbeziehung privater Standards der Rechnungslegung im Konzernbilanzrecht nach §§ 292a Abs. 2 Nr. 2 a), 342 HGB z.B. P. Kirchhof Gesetzgebung und private Regelungssetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten, ZGR 2000, 681 ff.; J. Hellermann Private Standardsetzung im Bilanzrecht - öffentlich-rechtlich gesehen, NZG 2000, 1097, 1100-1103 mwN. AA M. Heintzen Zur Verfassungsmäßigkeit von § 292a Abs. 2 Nr. 2a) HGB, BB 1999, 1050, 1054. Krit. zum geplanten Corporate Governance-Kodex für Aktiengesellschaften M. Wolf Corporate Governance, ZRP 2002, 59ff.

<sup>251</sup> Vgl. z.B. § 6 NetzzugangsVO. Für ein Publizitätsgebot im Hinblick auf die Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben bereits Gallwas (Fn. 1), 231; Brohm (Fn. 47), Rn. 47; Trute (Fn. 63), 37. Diffr. Burgi (Fn. 22), 382f., der nur den Übertragungsakt, nicht aber den Vorgang der Erfüllungshilfe und die gewonnenen Ergebnisse der Publikationspflicht unterwerfen will. Er verkennt insofern aber die allgemeine Tendenz zur Ausweitung der verwaltungsrechtlichen Publizitätsgebote, vgl. Voβkuhle (Fn. 223), 378–386, sowie A. Scherzberg Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, 385–405.

<sup>252</sup> Vgl. z.B. § 15 Abs. 2 UAG; § 10 Abs. 1 SiG.

<sup>&</sup>lt;sup>253</sup> Vgl. z.B. § 4 NetzzugangsVO.

<sup>254</sup> Vgl. z.B. § 22 TKG.

- die Etablierung paralleler privater Kontrollstrukturen<sup>255</sup>, z.B. durch die Verpflichtung der privaten Akteure, eine private Haftpflichtversicherung abzuschließen<sup>256</sup>,
- die Einbeziehung Dritter<sup>257</sup> in die Überwachung, etwa durch Informationszugangsrechte<sup>258</sup>, und
- die organisatorische Verselbständigung der aufsichtsführenden Verwaltungseinheiten, z.B. durch die Errichtung spezieller Regulierungsbehörden, die sich durch besondere Unabhängigkeit und Sachverstand auszeichnen<sup>259</sup>, oder durch die Übertragung der Aufsicht auf Beliehene.<sup>260</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>255</sup> Vgl. *H. Schulze-Fielitz* Zusammenspiel von öffentlich-rechtlichen Kontrollen der Verwaltung, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Fn. 239), 291, 317; *Pitschas* (Fn. 239), 100

<sup>&</sup>lt;sup>256</sup> Vgl. z.B. § 12 SigG; § 9 Abs. 2 S. 2 Nr. 4 GSG; §§ 10f. BewachVO (Fn. 201). Die Versicherungsgesellschaften versichern die Unternehmen i.d.R. nur nach sorgfältiger Risikoprüfung. Um eine Erhöhung des Versicherungsbeitrags zu vermeiden, wird das Unternehmen darauf achten, dass kein Haftungsfall eintritt, vgl. zu diesem aus dem Umweltrecht bekannten ökonomisch begründeten Kontrollkonzept z.B. E. Bohne Versicherungsmodell zur Investitionsbeschleunigung und zum Abbau von Vollzugsdefiziten im Anlagenzulassungsrecht, DVBl. 1994, 195, 200ff.; C. Herbst Risikoregulierung durch Umwelthaftung und Versicherung, 1996, 135ff.; P. Döring Haftung und Haftpflichtversicherung als Instrument einer präventiven Umweltpolitik, 1999.

<sup>&</sup>lt;sup>257</sup> Zusätzlich unterstützt wird dieses Konzept durch die unmittelbare Drittwirkung der Grundfreiheiten, vgl. oben Fn. 121.

<sup>&</sup>lt;sup>258</sup> Vgl. zuletzt Art. 16 Abs. 1 RL 2001/95/EG (Fn. 203). Vgl. auch Art. 10 Abs. 2 UniversaldienstRL (Fn. 75), der Universaldienstunternehmen bestimmte technische Pflichten auferlegt, damit die Kunden die Leistungen überwachen können. Allgemein zu dieser "Mobilisierung Dritter" (J. Masing) für öffentliche Belange durch Informationszugangsrechte M. Kloepfer Informationsrecht, 2002, 400–402, 410 ff.; F. Schoch/M. Kloepfer Informationsfreiheitsgesetz, 2002, 35–41.

<sup>259</sup> Zur Zeit existiert lediglich die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post, §§ 66, 71-84 TKG, vgl. dazu Ruffert (Fn. 3), 277 f.; J.-P. Schneider Flexible Wirtschaftsregulierung durch unabhängige Behörden im deutschen und britischen Telekommunikationsrecht, ZHR 164 (2000), 513 ff., sowie ausführlich K. Oertel Die Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nach §§ 66 ff. TKG, 2000. Geplant ist die Umgestaltung des ebenfalls neu geschaffenen Eisenbahn-Bundesamtes (zu seinen Aufgaben S. Studenroth Aufgaben und Befugnisse des Eisenbahn-Bundesamtes, VerwArch 87 [1996], 97 ff.; K. Grupp Eisenbahnaufsicht nach der Bahnreform, DVBl. 1996, 591 ff.) in eine Regulierungsbehörde für Bahnfragen (vgl. Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung eisenbahnrechtlicher Vorschriften, BT-Drs. 14/6929 v. 20. 9. 2001; Fehling [Fn. 71], 7f.) und die Einrichtung einer Regulierungsbehörde für leitungsgebundene Energiewirtschaft (vgl. U. Büdenbender Die Entwicklung des Energierechts seit In-Kraft-Treten der Energierechtsreform von 1998, DVBl. 2001, 952, 954f.; H. Lecheler/J. Gundel Staatliche Regulierung des Energiemarktes?, EWS 2001, 249 ff.). Zu dieser Entwicklung auch C. Koenig/J. Kühling Institutionelle Regulierung in der Eisenbahn- und Energiewirtschaft – sektor-

Verfehlt wäre es freilich, jedes einzelne dieser Instrumente auf seine funktionelle Äquivalenz hin am Idealbild der Fachaufsicht<sup>261</sup> als Archetypus staatlicher Vollaufsicht zu überprüfen. Erst zusammen mit den dargelegten Anforderungen an Qualifikation und Auswahl der privaten Akteure sowie bei sektorspezifisch angepassten Kombinationen ergibt sich ein angemessenes Kontrollniveau.

#### e) Evaluation und Lernen

Nichtsdestotrotz können sich im Laufe der Zeit Anzeichen für Schwachstellen in der konkreten Aufgabenbewältigung ergeben, die nicht nur auf ein individuelles Versagen der privaten Leistungserbringer zurückzuführen sind, sondern auf "Fehler im System". Um diese Schwachstellen herauszufinden, um sie abstellen zu können und um die Gesamtfunktionsfähigkeit des Beteiligungskonzepts zu gewährleisten, bedarf es seiner periodischen Evaluierung, die in die Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts integriert werden muss. <sup>262</sup> Dazu ist es u.a. notwendig, alle beteiligten Akteure zu verpflichten, am Anfang der Zusammenarbeit Methoden und Maßstäbe der Leistungsmessung festzulegen. <sup>263</sup> Ferner müssen ausreichende Möglichkeiten bestehen, im Hinblick auf die gewonnenen Erkenntnisse die rechtlichen Grundlagen der Beteiligung zu modifizieren, etwa durch die Befristung der Zusammenarbeit<sup>264</sup> oder die

spezifische Regulierungsbehörden oder Bundeskartellamt?, WuV 2001, 810ff. In ihrem 14. Hauptgutachten v. 8. 7. 2002 fordert die Monopolkommission jetzt die Schaffung einer allgemeinen Regulierungsbehörde für alle Netzbranchen, vgl. FAZ v. 9. 7. 2002, 9. Allgemein zur "Steuerung durch Organisation" zuletzt der gleichnamige Beitrag von M. Schmidt-Preuß DÖV 2001, 45 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>260</sup> So obliegt z.B. die Aufsicht über die im Umweltauditverfahren tätigen privaten Umweltgutachter der Zulassungsstelle, deren Aufgaben wiederum auf Beliehene übertragen werden können, vgl. § 28 UAG i.V.m. der Verordnung über die Beleihung der Zulassungsstelle nach dem Umweltauditgesetz (UAG-Beleihungsverordnung – UAGBV) v. 18. 12. 1995, BGBl. I, 2013, geändert durch VO v. 13. 9. 2001, BGBl. I, 2427.

<sup>&</sup>lt;sup>261</sup> Auch ihre Konturen sind freilich nicht einheitlich, vgl. jüngst *T. Groβ* Was bedeutet "Fachaufsicht"?, DVBl. 2002, 793 ff.

<sup>&</sup>lt;sup>262</sup> Weiβ (Fn. 4), 1181, spricht in diesem Zusammenhang von einer "Marktbeobachtungspflicht".

<sup>&</sup>lt;sup>263</sup> Vgl. z. B. § 78b Abs. 1 Nr. 3 SGB VIII. Die Schwierigkeiten der "Produktdefinition" sollen damit nicht bestritten werden (vgl. auch oben Fn. 196). Gerade Leistungen der Daseinsvorsorge zeichnen sich dadurch aus, dass (rechtlich) vorgegebene Maßstäbe und "objektive" Qualitäten jenseits absoluter Minimalstandards kaum existieren. Deshalb kann die Produktdefinition sinnvoll nur politisch und unter Mitwirkung der Leistungserbringer erfolgen.

<sup>&</sup>lt;sup>264</sup> Vgl. § 7 Abs. 1 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

Verpflichtung, Nachverhandlungsklauseln in Erfüllungsverträgen vorzusehen<sup>265</sup>.

# f) Effektive staatliche Rückholoptionen

Sollte sich herausstellen, dass die ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung durch den jeweiligen privaten Leistungserbringer in der vorgesehenen Weise dauerhaft nicht gesichert ist, lebt die unmittelbare Erfüllungsverantwortung des Staates wieder auf. Für diese Situation hat das Gewährleistungsverwaltungsrecht ebenfalls geeignete dogmatische Lösungen anzubieten. Einerseits muss rechtlich sichergestellt sein, dass die Zusammenarbeit mit dem privaten Leistungserbringer, der in der Regel größere Investitionen getroffen hat, wieder beendet werden kann. Dieses Ziel lässt sich über Widerrufsvorbehalte<sup>266</sup> oder bei Verwaltungsverträgen durch Vereinbarung von Rückfallklauseln<sup>267</sup> und Kündigungsrechten<sup>268</sup> erreichen. Die Beendigung der Zusammenarbeit bleibt indes eine gänzlich unrealistische Handlungsoption, wenn der Staat nicht notfalls aus dem Stand heraus in der Lage ist, die Aufgabe selbst zu erfüllen, was bei längerer Aufgabenabstinenz indes kaum zu erwarten ist. Abhilfe können hier zB gesetzlich auferlegte oder vertraglich vereinbarte Überleitungspflichten schaffen, durch die der private Leistungserbringer gezwungen wird, für einen bestimmten Zeitraum nach Beendigung seines Engagements weiter Betriebsmittel und Know-how zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus ist an eine gesetzliche Verpflichtung des originären staatlichen bzw. kommunalen Aufgabenträgers zu denken, sich an zentralen privaten Daseinsvorsorgeunternehmen in einem gewissen Umfang finanziell zu beteiligen; dadurch bleibt die Nähe zum operativen Geschäft erhalten. Schließlich dient auch der Aufbau dualer Daseinsvorsorgestrukturen, wie sie gegenwärtig etwa im Bereich des Rettungsdienstes, der Krankenhausvorsorge und der universitären Ausbildung bestehen, dem Zweck, die unabdingbare Reservefunktion des Staates<sup>269</sup> zu erhalten.

<sup>&</sup>lt;sup>265</sup> Vgl. § 7 Abs. 2 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

<sup>266</sup> Vgl. §§ 36 Abs. 2 Nr. 3, 49 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG.

<sup>&</sup>lt;sup>267</sup> Vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 3 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

<sup>&</sup>lt;sup>268</sup> Vgl. § 8 Sächs. WPÜbVO-Entwurf (Fn. 155).

<sup>&</sup>lt;sup>269</sup> Zur Erhaltung dieser Reservefunktion vgl. auch Waldhoff (Fn. 145), D III. 3. d), 977-986.

## IV. Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?

Damit komme ich zum Ende meiner Ausführungen und zu einer letzten, rechtspolitisch motivierten Frage: Sollten die vorgestellten Bauelemente eines Gewährleistungsverwaltungsrechts nicht zumindest teilweise kodifiziert werden? Staatliche Verantwortung realisiert sich im freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaat in erster Linie durch Rechtsetzung.<sup>270</sup> Neben der Schaffung eines eigenständigen Rahmengesetzes zur Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben<sup>271</sup>, für das es wohl noch zu früh sein dürfte, würde sich insbesondere eine entsprechende Ergänzung der Verwaltungsverfahrensgesetze anbieten, die zur Zeit unter dem etwas verengten Blickwinkel der Modifikation der Vorschriften des öffentlichrechtlichen Vertrages diskutiert wird<sup>272</sup>. Zu denken wäre ferner an sektorspezifische Teilkodifikationen, etwa im Rahmen eines Umweltgesetzbuches, dessen vorläufiges politisches Scheitern nicht gegen die Sinnhaftigkeit des Vorhabens spricht.<sup>273</sup> Ebenfalls aus dem Blick geraten, aber

<sup>&</sup>lt;sup>270</sup> Deutlich Gusy (Fn. 65), 191: "Staatliche (Mit-)Verantwortung ist zunächst Rechtssetzungsverantwortung"; W. Hoffmann-Riem Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl. 1999, 125, 126: "Die dem Staat verbliebene Gewährleistungsverantwortung ist zunächst Regelungsverantwortung."; Schuppert (Fn. 163), 221: "Der moderne Gewährleistungsstaat ist also (...) Regulierungsstaat." Für eine grundsätzliche Neuorientierung der Rechtsetzungslehre vor dem Hintergrund der dargelegten Entwicklungstendenzen vgl. neben G. F. Schuppert ebd. z. B. H. Schulze-Fielitz Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, ZG 2000, 295, 301 ff.; Schulz (Fn. 165), 108–121.

<sup>&</sup>lt;sup>271</sup> Die Schaffung eines "Verwaltungskooperationsgesetzes" zieht z.B. der Beirat Verwaltungsverfahrensrecht (Fn. 222), 834, in Betracht.

<sup>&</sup>lt;sup>272</sup> Der *Beirat Verwaltungsverfahrensrecht* (Fn. 222), 834, hat sich gegen die allgemeine Regelung von Kooperationsverhältnissen im Verwaltungsverfahrensgesetz ausgesprochen, wie sie von *Schuppert* (Fn. 4), 124–133, vorgeschlagen wurde. Vgl. auch *Ziekow* (Fn. 29), und *J. Becker* Rechtsrahmen für Public Private Partnership, ZRP 2002, 303 ff. Grundsätzlich zu den Möglichkeiten einer Kodifikation heute *A. Voβkuhle* Kodifikation als Prozeß, in: Schlosser (Fn. 184), 77 ff.; *W. Kahl* Das Verwaltungsverfahrensgesetz zwischen Kodifikationsidee und Sonderrechtsentwicklungen, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aβmann (Fn. 202), 67 ff.

<sup>273</sup> So auch R. Schmidt Einführung in das Umweltrecht, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 41; B. Bender/R. Sparwasser/R. Engel Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, I, Rn. 27; M. Kloepfer Umweltrecht, 2. Aufl. 1998, § 1 Rn. 40. Der damals gegen den Entwurf der Sachverständigenkommission (Fn. 114) vorgebrachte Einwand des BMI und des BMJ, der Bund verfüge nicht über die entsprechende Gesetzgebungskompetenz, vermag letztlich nicht zu überzeugen, vgl. nur H.-W. Rengeling Die Bundeskompetenz für das Umweltgesetzbuch I, DVBI. 1998, 997 ff.; M. Kloepfer ebd., § 1 Rn. 43, § 3 Rn. 86. Damit sollen die kompetenzrechtlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung integrativer Steuerungsansätze im Umweltrecht freilich nicht bestritten werden, vgl. nur E. Rehbinder/R. Wahl Kompetenzprobleme bei der Umsetzung von europäischen Richtlinien, NVwZ 2002, 21 ff. mwN.

weiterhin angezeigt erscheint z.B. eine Kodifizierung des Rechts des Privaten Sicherheitsgewerbes.<sup>274</sup> Wie auch immer der Gesetzgeber sich entscheidet, eines steht jedenfalls schon jetzt fest: Die Fortentwicklung der Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts wird der "Beruf unserer Zeit" bleiben!

<sup>&</sup>lt;sup>274</sup> Der vom BMWi am 25. 7. 2001 vorgelegte Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bewacherrechts muss wohl als Absage an das ursprünglich in der Koalitionsvereinbarung zwischen SPD und Bündnis 90/Die Grünen aus dem Jahre 1998 vorgesehene sog. Aufgaben- und Befugnisgesetz gewertet werden, so Stober (Fn. 201), 132. Zur rechtspolitischen Diskussion vgl. die Beiträge in: ders. (Hrsg.) Empfiehlt es sich, das Recht des Privaten Sicherheitsgewerbes zu kodifizieren?, 2000. Krit. zu einer Kodifikation auch Huber (Fn. 27), 120f.; Hammer (Fn. 201), 621; Waldhoff (Fn. 145), D. III. 3 b), bb) (4), 945f.; P. Beinhofer Brauchen wir ein Gesetz über private Sicherungsdienste?, BayVBl. 1997, 481, 483. AA aber Pitschas (Fn. 40), 393, 396f.

## Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

## Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

- I. Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas
- (1) Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben stellt in freiheitlichen Ordnungen eine Alltäglichkeit dar.
- (2) Art und Umfang des Zusammenwirkens zwischen staatlichen und privaten Akteuren haben sich gewandelt. Die rechtliche Bewältigung der damit verbundenen Herausforderungen steht weiterhin aus.
- II. Auf der Suche nach der staatlichen Verantwortung im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung
- (3) Hinter der heuristischen Frage nach der "staatlichen Verantwortung" im Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung verbirgt sich die juristische Frage nach dem verbleibenden Ausmaß der rechtlichen Verpflichtung staatlicher Hoheitsträger, für die Erfüllung bestimmter Aufgaben einzustehen.
- 1. Staatstheoretische Perspektive
- a) Hierarchie oder Heterarchie: Der Staat als Zurechnungssubjekt von Verantwortung in globalen Netzwerken
- (4) Zur Zeit ist keine Instanz ersichtlich, die auch nur annähernd in der Lage wäre, mit derselben Legitimation verbindliche Entscheidungen herzustellen und durchzusetzen wie der mit dem Gewaltmonopol ausgestattete Nationalstaat. Selbst im globalen Netzwerk multipler Akteure verbleibt ihm eine unersetzbare Sonderrolle, die es rechtfertigt, weiterhin von staatlicher Verantwortung zu sprechen.
- b) Der unendliche Diskurs über Gemeinwohl und Staatsaufgaben
- (5) Versuche, Gegenstand und Ausmaß staatlicher Verantwortung über die wiederentdeckten Kategorien des Gemeinwohls oder der Staatsaufgaben präziser zu erschließen, haben nur begrenzten Ertrag zutage gefördert.

- 2. Verwaltungswissenschaftliche Perspektive
- a) Ordnung der Vielfalt arbeitsteiliger Prozesse: Typologisierungen und Skalierungen
- (6) Unter die unspezifische Formulierung "Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben" lassen sich alle Fälle subsumieren, in denen natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die als Grundrechtsträger nicht dem Staat zuzuordnen sind, Aufgaben wahrnehmen, für deren Erfüllung der Staat aus Gründen des Gemeinwohls in einem gewissen Umfang einstehen muss oder will.
- (7) Die praktizierten Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichem und privatem Sektor weisen hinsichtlich des Verpflichtungs- und Formalisierungsgrades sowie hinsichtlich der ihnen zugrunde liegenden Interessenlagen deutliche Unterschiede auf.
- b) Leitideen und Schlüsselbegriffe des Zusammenwirkens zwischen öffentlichem und privatem Sektor
- (8) Der Prozess der Ordnungsbildung ist auf Leitideen und Schlüsselbegriffe angewiesen.
- (9) Während sich das "Kooperationsprinzip" und die Bezeichnung "Public-Private-Partnership" als eher konturschwach erwiesen haben, kann auf das Leitbild des "Gewährleistungsstaates" und die mit ihm verbundenen Schlüsselbegriffe der "regulierten Selbstregulierung" und der "Verantwortungsteilung" im Rahmen der Ordnungsbildung mit Ertrag zurückgegriffen werden. Alle drei Topoi richten die Aufmerksamkeit auf den Umstand, dass sich die staatliche Steuerung zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung beschränkt.
- 3. Europa- und verfassungsrechtliche Perspektive
- a) Neukonzeption der staatlichen Daseinsvorsorge durch das Europarecht
- (10) Entgegen mancher Befürchtungen führt die europäische Liberalisierungspolitik nicht zu einer Verflüchtigung staatlicher Infrastrukturverantwortung, sondern lediglich zu veränderten Modi ihrer Wahrnehmung unter wettbewerblichen Rahmenbedingungen.
- (11) Ungeachtet des Art. 16 EG und trotz der extensiven Interpretation des Art. 86 Abs. 2 S. 1 EG durch den EuGH und die Europäische Kommission besteht weiterhin ein grundsätzlicher Vorrang des regulierten Wettbewerbs vor einer einseitigen Privilegierung einzelner (privater oder öffentlicher) Unternehmen.

## b) Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewährleistungsstaates

- (12) Die Verfassung ist schon im Ansatz auf ein "Mixtum von Staat und Gesellschaft" nicht eingerichtet. Das führt zu einem deutlichen Verlust an Direktionskraft, der durch neue dogmatische Konstruktionen nur begrenzt aufgefangen werden kann.
- (13) In den Bereichen der funktionalen Privatisierung lässt sich über den Gedanken der "vor- und nachwirkenden staatlichen Legitimationsverantwortung" und die damit einhergehende "staatliche Strukturschaffungspflicht" eine verfassungsrechtliche Pflicht der staatlichen Hoheitsträger begründen, den Mangel an tatsächlicher inhaltlicher Entscheidungsbeherrschung der Verwaltung durch entsprechende Sicherheitsvorkehrungen adäquat auszugleichen.
- (14) Aufgrund der Schutzpflichtdimension der Grundrechte trifft den Gesetzgeber zwar die Pflicht, möglichen Verletzungen und Gefährdungen individueller Rechtspositionen durch private Aufgabenwahrnehmung entgegenzuwirken; wie er diesem verfassungsrechtlichen Handlungsauftrag aber konkret nachkommt, ob durch handverlesene Auswahl der Privaten, detaillierte gesetzliche Ausgestaltung ihrer Betätigungsfelder oder intensive nachträgliche Kontrollen, bleibt ihm weitgehend selbst überlassen.

#### 4. Verwaltungsrechtliche Perspektive

#### a) Leistungsfähigkeit tradierter dogmatischer Institute

- (15) Für die rechtliche Domestizierung der vielfältigen Phänomene der Arbeitsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor kommt der Handlungsform des Verwaltungsvertrages sowie
- der Beleihung (Privaten werden [1] zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben
  [2] spezielle hoheitliche Befugnisse durch einen Hoheitsträger übertragen),
- der Verwaltungshilfe (Private unterstützen [1] freiwillig, [2] im hoheitlichen Auftrag und [3] ohne Einräumung von Hoheitsbefugnissen die Verwaltung bei der [4] Wahrnehmung der ihr gesetzlich weiterhin zugewiesenen Aufgaben) und
- der Indienstnahme Privater im öffentlichen Interesse (Privaten wird [1] gegen ihren Willen [2] anlässlich einer grundrechtlich geschützten Freiheitsbetätigung die [3] Erfüllung einer gemeinwohlbezogenen Pflicht auferlegt, [4] deren Beachtung die Freiheitsbetätigung als solche nicht notwendig erfordert)

weiterhin zentrale Bedeutung zu.

(16) Die unverminderte Praxistauglichkeit dieser Institute lässt sich am Beispiel der Beleihung anschaulich demonstrieren, die eine Nutzbarmachung privater Ressourcen erlaubt, ohne auf hoheitliche Handlungsbefugnisse und

Einflussmöglichkeiten sowie eindeutige Zuordnungen innerhalb der herkömmlichen verfassungsrechtlichen Systemzäsuren verzichten zu müssen.

- (17) Das bestehende Arsenal an Beteiligungsformen bleibt aber in ganz erheblichem Umfang auf weitere rechtliche Ausgestaltung angewiesen.
- b) Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts
- (18) Weder das auf Gefahrenabwehr ausgerichtete klassische Ordnungsrecht noch die dem modernen Leistungsstaat verpflichteten Rechtsinstitute der Leistungsverwaltung bieten im Hinblick auf eine langfristige Koordination von öffentlichen Aufgaben und privater Interessenverfolgung eine hinreichende Entwicklungsperspektive.
- (19) Vielmehr bedarf es als "dritter Säule" der systematischen Entfaltung eines eigenständigen Rechts der "Gewährleistungsverwaltung", das ausgehend von den bestehenden Beteiligungsformen in der Lage ist, den Prozess arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung in jeder Phase unter dem Blickwinkel größtmöglicher Gemeinwohlrealisierung anzuleiten, und das nicht nur der Verwaltung, sondern auch dem Gesetz- und Verordnungsgeber bei der Auswahl zwischen verschiedenen Lösungsstrategien Orientierung bietet.

#### III. Systemlinien des Gewährleistungsverwaltungsrechts

- 1. Funktion und Eigenarten des Gewährleistungsverwaltungsrechts
- a) Erhaltung der Eigenrationalität von Staat und Gesellschaft in arbeitsteiligen Arrangements
- (20) Die Funktion des Rechts der Gewährleistungsverwaltung besteht im Grundsatz darin, die endogenen Potentiale der Gesellschaft für die Verfolgung öffentlicher Zwecke nutzbar zu machen. Das kann nur gelingen, wenn die Funktionsfähigkeit von Staat und Gesellschaft sowie die Eigenrationalität beider Subsysteme erhalten bleiben.

#### b) Aufbau einer Gewährleistungsstruktur

(21) Anders als das Ordnungs- und Leistungsrecht zielt das Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht auf die am Einzelakt orientierte Regelung eines konkreten Rechtsverhältnisses. Intendiert sind die Verwirklichung eines Gesamtkonzepts und der Aufbau einer permanent wirkenden Gewährleistungsstruktur, die über verfahrensrechtliche Anforderungen, organisatorische Elemente und inhaltliche Vorgaben staatliche und private Aufgabenbeiträge vernetzt.

## c) Produktive Verkoppelung privaten und öffentlichen Wissens

(22) Zur Bewältigung des Wissensproblems bedarf es geeigneter Informations- und Kommunikationsregeln, die es ermöglichen, privates und öffentliches Wissen auf Dauer produktiv zu verkoppeln und Prozesse kollektiven Lernens zu institutionalisieren.

## 2. Regulierungskonzept

## a) Kontextsteuerung und Prozeduralisierung

(23) Vorzugswürdig gegenüber einer permanent-weichen rechtlichen Steuerung durch Aufgabenbeschreibungen, Leitlinien und Optimierungsgebote erscheint als Regulierungsstrategie eine selektiv-harte Programmierung, mithin die Konzentration auf einige subsumtionsstarke Regelungen, die einen festen äußeren Rahmen bilden, die privaten Akteure im Übrigen aber weitgehend von rechtlichen Vorgaben freistellen.

## b) Ergänzungsverhältnis zwischen Öffentlichem und Privatem Recht

(24) Bei der Ausgestaltung des Gewährleistungskonzepts wirken Öffentliches Recht und Privatrecht vielfältig zusammen; die spezifischen Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen stehen in einem Ergänzungsverhältnis.

#### 3. Grundbausteine einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts

(25) Aus den verfassungsrechtlichen Zielvorgaben einerseits und mit dem bereits vorhandenen Fundus an einfachgesetzlichen Normen und einschlägigen Judikaten andererseits lassen sich in einem Wechselspiel aus Deduktion und Induktion systemprägende Grundbausteine des Gewährleistungsverwaltungsrechts destillieren, die handlungsanleitende Kraft besitzen, ohne sachbereichsspezifische Differenzierungen zu versperren.

#### a) Ergebnissicherung

- (26) Ihrer Ergebnisverantwortung können Gesetzgeber und Verwaltung je nach Sachbereich auf verschiedene Weise gerecht werden:
- durch gesetzliche Überleitung bestehender hoheitlicher Leistungspflichten auf einen Beliehenen,
- durch gesetzliche Auferlegung öffentlich-rechtlicher Leistungspflichten (wie z.B. beim Universaldienstmodell),
- durch Vereinbarung bestimmter Leistungsverpflichtungen in gesetzlich vorstrukturierten Verwaltungsverträgen, oder

 durch Gründung bzw. Beteiligung an einem bestehenden gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen, dessen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck auf die Erbringung bestimmter Leistungen der Daseinsvorsorge gerichtet ist.

## b) Qualifikation und Auswahl privater Akteure

- (27) Als wegweisend für eine nachhaltige Qualifikationssicherung darf die differenzierte gesetzliche Ausgestaltung des Akkreditierungsverfahrens im Produktsicherheits- und im Sachverständigenrecht gelten.
- (28) Im Rahmen der Auswahl des privaten Akteurs bei einer Überzahl von Bewerbern tritt der Staat als regulierender Nachfrager von gemeinwohlrelevanten Dienstleistungen in spezifischen Märkten auf. Das verfassungsrechtliche Gebot "grundrechtssichernder Mangelverwaltung" verlangt im Grundsatz die durchgehende Etablierung eines fairen, transparenten und wettbewerbsorientierten Verteilungsverfahrens.

#### c) Schutz der Rechte Dritter

- (29) Um zu vermeiden, dass die Kooperation der Verwaltung mit Privaten zu Lasten Dritter geht, bedarf es besonderer Vorkehrungen. Zu rigide Anforderungen, wie z.B. in § 58 Abs. 1 VwVfG, führen aber zu einer Entwertung kooperativer Handlungsformen.
- (30) Soweit der Private dem Dritten in der Form des Privatrechts gegenübertritt, muss der verfassungsrechtlich weiterhin gebotene Schutz der Rechte Dritter indirekt über den Einfluss der öffentlichen Hand auf den privaten Leistungserbringer realisiert werden. Hier bestehen verschiedene Lösungswege analog zur Ergebnissicherung (Ziff. 26).

#### d) Lenkung und Kontrolle

- (31) Die duale Aufsichtsdogmatik aus Staats- und Wirtschaftsaufsicht ist um eine dritte Grundkategorie der "Gewährleistungsaufsicht" zu ergänzen, die den Besonderheiten arbeitsteiliger Aufgabenerfüllung Rechnung trägt.
- (32) Ein angemessenes Kontrollniveau lässt sich nur durch die Kombination einer Vielzahl verschiedener Instrumente gewährleisten.

#### e) Evaluation und Lernen

(33) Zur Sicherung der Gesamtfunktionsfähigkeit des Beteiligungskonzepts ist eine periodische Evaluierung notwendig, die in die Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts integriert werden muss.

## f) Effektive staatliche Rückholoptionen

- (34) Für den Fall der Schlechterfüllung der Aufgabe durch Private, die in der Regel größere Investitionen getroffen haben, muss sichergestellt sein, dass ihre Mitwirkung beendet werden kann.
- (35) Die Auflösung der Zusammenarbeit bleibt eine unrealistische Handlungsoption, wenn der Staat nicht notfalls aus dem Stand in der Lage ist, die Aufgabe selbst zu erfüllen, was bei längerer Aufgabenabstinenz auf ganz erhebliche Schwierigkeiten stößt. Abhilfe können hier z.B. Überleitungspflichten, staatliche Beteiligungspflichten und der Aufbau von dualen Daseinsvorsorgestrukturen schaffen.

## IV. Ausblick: Kodifizierung oder Rechtsfortbildung?

(36) Die vorgestellten Bauelemente eines Gewährleistungsverwaltungsrechts sollten zumindest teilweise kodifiziert werden.

## 3. Aussprache und Schlussworte

# Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung

Vorsitzender (Schuppert): Verehrte Kolleginnen und Kollegen! Bevor wir mit der Diskussion der beiden Referate von Herrn Heintzen und Herrn Voβkuhle beginnen, möchte ich noch drei Dinge kurz ansprechen. Zunächst einmal möchte ich der Freude Ausdruck geben, dass Herr Kollege Papier zu uns gestoßen ist und trotz seiner gestrigen Teilnahme am Tag der Deutschen Einheit in Berlin den Weg zu uns gefunden hat. Zweitens möchte ich noch einmal auf unser knapp bemessenes Zeitbudget hinweisen und in diesem Zusammenhang folgendes bemerken: Wenn sogar dem Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland und - wem diese Bezugsperson lieber ist - dem Ministerpräsidenten des Freistaates Bayern in einem Fernsehduell angesonnen wird, einen Gedankengang in anderthalb Minuten darzustellen, sollte es einem Mitglied unserer Vereinigung möglich sein, in den zur Verfügung stehenden vier Minuten sein Argument zu entfalten und abzuschließen. Ich möchte Sie daher bitten. die unvermeidliche Zeitbegrenzung weiterhin nicht als lästige Beschränkung, sondern als Herausforderung zu betrachten. Drittens schließlich möchte ich anmerken, dass auch der Vorstand zum sparsamen Umgang mit der knappen Ressource der Diskussionszeit etwas beitragen will und deswegen alle Diskutanten davon entbindet, den Vorstand wegen seiner Themen- und Referentenwahl zu loben; wir haben uns - dessen mögen Sie versichert sein - mit beidem viel Mühe gegeben. - Nunmehr möchte ich Herrn Gallwas bitten, die Diskussion zu eröffnen.

Gallwas: Herr Voßkuhle, Sie haben dankenswerter Weise eine breite Konkretisierung für das geliefert, was schon auf der Speyerer Tagung eine Rolle gespielt hat, nämlich die Garantenstellung des Staates bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private. Ich habe meinem aus naheliegendem Grund besonderen Dank dafür allerdings einen Wermutstropfen beizufügen, nämlich: Ich möchte meinen, dass Ihrer letzten These, man solle den Bereich der Gewährleistungsverwaltung durchkodifizieren, zu widersprechen ist. Und zwar deswegen, weil dem Gedankengebilde und den Instrumenten der Garantenstellung damit die gerade heute angestrebte Flexibilität genommen wird. Ich wäre im Übrigen dafür, an

einer früheren Stelle Ihrer Darlegungen, und zwar beim Aufbau einer Gewährleistungsstruktur, ein zusätzliches Element einzubauen, nämlich die Organisation entsprechender Wahrnehmungskompetenzen des Staates. Sie haben mit Recht in einer der späteren Thesen den Rettungsdienst angesprochen. Eben dieser liefert ein eindrucksvolles Beispiel für eine Gewährleistungsstruktur ohne entsprechende Wahrnehmungskompetenz: Der Staat überlässt den Rettungsdienst als Sicherstellungsaufgabe den Rettungszweckverbänden, sieht vor, dass die Aufgabe von den sog. "Durchführenden" erfüllt werden soll, und kümmert sich dann überhaupt nicht mehr um das, was geschieht, u.a. nicht um die Erfüllbarkeit seiner eigenen Vorgaben. Dies führt unter anderem wegen der aktuellen Spannung zwischen Beitragsstabilität und flächensicherndem Rettungsdienst zu ausgemachten Defiziten bei den Trägern des Rettungsdienstes. weil was für den Rettungsdienst vorgegeben und erforderlich ist angesichts der Gebote der Beitragsstabilität von den Kassen nicht mehr bezahlt wird. Konsequenz: Ich stimme Ihren Ausführungen weitgehend zu, allerdings mit der Bitte, vielleicht doch auf die Wahrnehmungskompetenz, auf Ausbau und Gestaltung der Wahrnehmungskompetenz, etwas mehr Rücksicht zu nehmen. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Gallwas! Vorbildlich mit dem Zeitbudget!

Wahl: Herr Vorsitzender, sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen! Die Schwierigkeit des heutigen Themas liegt darin, dass es als Thema des allgemeinen Verwaltungsrechts die ganze Fülle der Erscheinungsformen erfasst und gleichzeitig aktuelle Probleme von heute zur Sprache bringen soll. Die beiden Referenten haben diese vorgegebene Schwierigkeit in unterschiedlicher und eindrücklicher Weise gelöst. Herr Heintzen ist dem allgemeinen Aspekt nachgegangen und hat das Thema der Einschaltung Dritter in den verschiedenen Anwendungsbereichen systematisierend entfaltet; er hat sich der Fülle und der Breite des Themas angenommen. Herr Voßkuhle hat typisiert, und zwar hat er eine exemplarische Typisierung angestrebt und einen neuen aktuellen Typ zu entwickeln versucht. Nun ist es in den letzten Jahren im theoretisch orientierten Verwaltungsrecht üblich geworden, dass man neue Überlegungen mit dem Begriff des "Referenzgebiets" versieht. Dahinter steckt die richtige Vorstellung, dass sich Neuerungen an bestimmten Sachbereichen entwickeln, dort ihre erste Form finden, und dass man daraus auch die neueren Strukturen entnehmen kann. Der Begriff ist heute nicht gefallen; Herr Voßkuhle hat seinen neuen Typ eines Gewährleistungsverwaltungsrechts anders abgeleitet und begründet. Meine erste kleine Frage an Herrn Voßkuhle ist: Ist

dieser Begriff deshalb weggeblieben, weil es vielleicht den klaren Sachbereich nicht gibt, der typbildend ist, so dass Sie eine mittlere Art der Typisierung gegangen sind, was aber wiederum heißt, dass ein Teil des Sachbezugs dann nicht so stark ausgeprägt war?

Wenn ein neues Gebiet vorgestellt wird, drängt sich die Frage auf, warum etwas Neues vorgestellt wird und warum die alten Konzepte nicht ausreichen? Im Ausgangspunkt scheint es mir sicher zu sein, dass die neuen Überlegungen zur Beteiligung Dritter durch die Privatisierungsvorgänge ausgelöst und verknüpft sind. Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung als solcher ist durch die Privatisierung veranlasst worden. Ich habe es immer so verstanden, dass er ein rechtspolitischer Begriff, oder ein rechtspolitisches Postulat war und ist, um den Staat zu ermahnen, dass er etwas behalten und zurückbehalten muss. Das alles hatte eine klare rechtspolitische Stoßrichtung. Herr Voßkuhle hat heute einen weiteren und notwendigen Schritt getan, indem er ausdrücklich den rechtlichen Status und Gehalt zu klären unternahm. Sein Ergebnis war. dass Gewährleistungsverantwortung auch ein verfassungsrechtlicher Begriff sein kann, wenn auch mit einer sehr schwachen Direktionskraft. Er hat dabei im vergleichenden Blick auf die Schutzpflichtdogmatik auch gezeigt, dass mit dem - verfassungsrechtlichen - Begriff der Gewährleistungsverantwortung wenig ausgesagt oder gesteuert ist. Daran knüpft sich nun meine weitere Frage: Was macht den neuen verwaltungsrechtlichen Typ der Gewährleistungsverwaltung aus, warum erklärt und begreift man die neuen Erscheinungsformen nicht als Wirtschaftsverwaltungsrecht alter Vorstellung mit einer neuen inhaltlichen Zielsetzung etwa der Regulierung? Wo ist das Besondere und Typische des Gewährleistungsverwaltungsrechts? Der Hintergrund meiner Überlegungen ist die Frage: Ist das Post-Privatisierungsrecht was völlig Neues als bekannte Formen des Wirtschaftsverwaltungsrecht oder ist das Post-Privatisierungsrecht das Prä-Privatisierungsrecht mit neuen Beispielen und neuen Zielen? Sind die Beispiele der Privatisierung nur neue Beispiele für ein Wirtschaftsverwaltungsrecht alter Art oder wirklich etwas Neues, und wenn es wirklich etwas Neues ist, wie Sie gesagt haben, warum ist das nicht ein Teil von Regulierungsverwaltungsrecht? Dies erschiene mir als ein Typ, vielleicht auch ein neuer, aber ein Typ, der sich auch in den Gesetzen und Sachaufgaben findet.

Ich mache einen Sprung und frage: Ist das Besondere des Gewährleistungsverwaltungsrechts gegenüber anderen Formen der Beteiligung Dritter an Verwaltungsaufgaben, dass es dort zu einem der Dauerkontakte zwischen Verwaltung und dem Privaten kommt, anstelle von mehr punktuellen Kontakten in anderen Beispielen? Daran schließt sich die letzte Frage an: Wird es in Zukunft genug Gebiete geben, wo dieser Dauerkon-

takt stattfinden wird, oder gibt es nicht eine Reihe von Gebieten, wo das als Gewährleistungsverwaltung Beschriebene ein Übergangsstadium zu Formen ist, wo die Privaten die eigentliche Tätigkeit viel stärker allein in die Hand nehmen und nicht mit dem Staat zusammen handeln und dann endgültig als Private für sich handeln?

Pernice: Ich habe eigentlich nur eine Frage, und zwar eine eher rhetorische: Ist bei beiden Referenten das Problem nicht zu sehr vom Staat her gedacht und vom Staat her behandelt worden? Ich möchte es kurz erläutern. Herr Voßkuhle sprach davon: Der Staat kann sich selbst entlasten, etwa durch die Privatisierung, und Herr Heintzen sprach davon, dass es möglicherweise eine Ausgrenzung der öffentlichen Verantwortung oder ein Eindringen Privater in Aufgaben des Staates gebe. Ich möchte nun vorschlagen: Sollte man nicht die ganze Geschichte stärker vom Bürger her aufziehen in dem Sinne, dass es doch der Bürger ist, der durch die Verfassung, letztlich dann auch durch den Gesetzgeber, bestimmt, welches öffentliche Aufgaben sein sollen und was eben private Aufgabe oder privater Bereich bleibt. Und wenn öffentliche Aufgaben und die Art ihrer Wahrnehmung bestimmt werden, kann man sich vorstellen, dass da nicht iede öffentliche Aufgabe durch Träger öffentlicher Verwaltung wahrgenommen werden muss, sondern eben auch zum Teil durch Private in einer bestimmten Art und Weise. Der Bürger bestimmt ja auch, ob Aufgaben auf nationaler oder auf europäischer Ebene wahrgenommen werden. Und dann gibt es von der europäischen Ebene wieder Rückwirkungen, wie sie Herr Voßkuhle mit Blick auf Art. 86 EG schon dargestellt hat. Meine Frage richtet sich darauf, ob dieser Perspektivwechsel in Ihren Augen irgendwelche anderen, neuen Konsequenzen oder Einsichten befördern könnte etwa für den Begriff und die Gestaltung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts. Nur zwei Stichworte dazu: Zum einen die Public-Private-Partnership, wo auch die Finanzierung in gemeinsamer Verantwortung steht. Zum anderen das öffentliche Auftragswesen, das Sie auch angesprochen haben. In beiden Fällen ist der Bürger als Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen. Auch sonst könnte in unterschiedlicher Weise stärker auf die Eigenverantwortung des Bürgers geachtet werden. Beispiel könnte die Schweiz sein. Ich denke, hier wird der Bürger viel mehr beteiligt und der Staat mit seinen Aufgaben viel weniger als vorgegeben betrachtet, sondern nur als Instrument für Gemeinwohlaufgaben, und die Eigenverantwortung des Bürgers ist m.E. stärker betont. Vielen Dank!

Hermes: Meine Damen und Herren, ich will nur ganz kurz auf eine mir doch ziemlich groß erscheinende Lücke hinweisen, die nach meiner Einschätzung in dem Gesamtkonzept der Gewährleistungsverantwortung und des Gewährleistungsverwaltungsrechts noch klafft. Und zwar betrifft diese Lücke m.E. den Status desjenigen, der unter staatlicher Kontrolle, unter staatlicher Regulierung, in staatlichem Auftrag, aber als Privater öffentliche Aufgaben wahrnimmt. Dazu drei Beispiele: Die Stadt Frankfurt beabsichtigt, die größte Einkaufsstraße an die anliegenden Geschäftsleute zu verpachten, und es steht zu erwarten, dass anschließend nicht mehr jeder diese Geschäftsstraße so benutzen kann, wie er das will und wie es ihm das Institut des Gemeingebrauchs mit seinen grundrechtlichen Überlagerungen erlaubt. Es lässt sich leicht vorstellen, dass diese Straße sauberer und ein attraktives Einkaufszentrum werden soll. Die Konsequenz wird sein, dass der private Aufgabenträger sich von grundrechtlichen Bindungen - hier insbesondere Art. 3 GG - befreit. Zweites Beispiel: Ein Energieversorgungsunternehmen möchte eine neue Leitung bauen. Die Frage, ob diese Leitung erforderlich ist oder nicht, beurteilt das private Unternehmen nicht oder jedenfalls nicht allein nach einer nationalen oder regionalen Energieversorgungskonzeption, sondern danach, wie es sich selber am besten im Wettbewerb behaupten kann. Und dennoch will dieses Energieversorgungsunternehmen fremdes Eigentum mit Zwang in Anspruch nehmen. Es will zur Realisierung dieser Leitung enteignen und tritt deshalb als Garant des Allgemeinwohls auf. Drittes Beispiel: Die Postunternehmen setzen sich mit Unterstützung aus unserer Zunft dagegen zur Wehr, dass sie nach dem von Herrn Voßkuhle erläuterten Modell zur Finanzierung des Universaldienstes dann herangezogen werden, wenn sich herausstellt, dass irgendwo auf dem Land die ausreichende Versorgung nicht mehr gewährleistet ist. Sie berufen sich auf ihren Status als private Unternehmen und fragen, warum sie zur Mitfinanzierung einer Allgemeinwohlaufgabe herangezogen werden sollen, anstatt diese Aufgabe aus Steuermitteln zu finanzieren. Die Konsequenz aus diesen drei Beispielen ist die Grundsatzfrage nach dem Status desjenigen, der in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einbezogen wird, nach einer genaueren Standortbestimmung dieser privaten Erfüller öffentlicher Aufgaben zwischen Staat und Wirtschaft, zwischen Gemeinwohlbindung und unternehmerischer Freiheit. Diese Grundsatzfrage muss auf der Ebene des Verfassungsrechts beantwortet werden. Das Gewährleistungsverwaltungsrecht wird ohne verfassungsrechtliche Begleitung nicht auskommen. Nun hat Herr Voßkuhle in These 12 die vorläufige Antwort gegeben, dass die Verfassung auf ein Mixtum zwischen Staat und Privat nicht eingestellt sei. Das ist sicher richtig. Richtig erscheint mir allerdings auch, dass wir bei dieser Feststellung nicht stehen bleiben können, sondern die Lücke füllen müssen.

Bullinger: Herr Heintzen hat uns einen guten Überblick über die geltende Rechtslage gegeben, Herr Voßkuhle über die künftige Rechtslage. Fragen wirft natürlich das zweite mehr auf als das erste. Herr Voßkuhle, Sie haben im Ausmalen der Regelungsmöglichkeiten des Gewährleistungsverwaltungsrechts den Eindruck erweckt, als gehe es nur darum, eine Aufgabe anderes zu regeln als bisher, aber auf allen Stufen das Gemeinwohl genauso gut wahrend. Ist das nicht eine Überforderung? Ist die Gesamtheit noch eine öffentliche Aufgabe, oder nur ein Teil, in dem bestimmte Anliegen zur Geltung gebracht werden sollen, und genügt es nicht, dafür Vorkehrungen zu treffen? In den Mitgliedstaaten der EU gibt es Versuche. einen in den Markt entlassenen service public im Ganzen durch Gewährleistungs-Regulierungen zu umarmen, und das kann meines Erachtens nicht gut gehen. Wenn dem so ist, dann ergibt sich auch die Frage, ob nicht etwas mit der Marktfunktion Unvereinbares als Gewährleistung verbunden werden soll. Das zeigt sich, wenn der Staat ein Unternehmen, das nunmehr im Wettbewerb tätig werden soll, verkaufen will. Er erhält dafür umso weniger, je mehr marktfremde Regulierung er sich vorbehält.

Fromont: Herr Vorsitzender, ich möchte zuerst zum Begriff des Gewährleistungsstaates Stellung nehmen. Dieser Begriff ist notwendig, um neue Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung zu bezeichnen, wie z.B. Förderung von Privatwirtschaft, makroökonomische Entscheidungen usw. Die traditionelle Unterscheidung zwischen Polizei- bzw. Ordnungsverwaltung bzw. Regulierung einerseits und Leistungsverwaltung andererseits ist heute obsolet. In Frankreich wurde schon etwa seit den 60er Jahren der Begriff des "État promoteur" entwickelt, der zum großen Teil ähnlich ist. Aber mit dem neuen Begriff des Gewährleistungsstaates wird auch die traditionelle Unterscheidung von Staat und Gesellschaft obsolet, was wiederum zum Verzicht auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe führt, der sowieso unbestimmt und grenzenlos war.

Zweitens möchte ich mich zu den Mitteln des Gewährleistungsstaates äußern. Selbstverständlich sind zuerst die Mittel der Regulierung zu nennen, nämlich Auswahl von privilegierten Privaten und polizeilichen Mitteln (Rechtsetzung, Aufsicht, Sanktionen). Aber meines Erachtens gibt es noch weitere zahlreiche Mittel. Zu nennen sind zuerst Privilegien, wie Enteignungen zugunsten Privater, Zubilligung von Monopolstellungen (ich denke an das deutsche Duale Entsorgungssystem), dann finanzielle Hilfen wie Subventionen. In Frankreich z.B. können Privatschulen Subventionen erhalten, aber wenn sie Subventionen erhalten wollen, müssen sie mit dem Staat einen "Assoziierungsvertrag" (contrat d'association) schließen, der ihnen besondere Verpflichtungen hinsichtlich des Lehrbetriebs auferlegt. Zu nennen sind auch weitere finanzielle Hilfen wie Betei-

ligungen an privatwirtschaftlichen Gesellschaften; hier sei der ganze Bereich der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen erwähnt, wie manche Unternehmen der kommunalen Daseinsvorsorge und die Landesbanken in Deutschland.

Drittens eine kurze Bemerkung zum Privatrecht. Das Privatrecht ist nicht nur, wie es gesagt wurde, ein Recht der Gleichstellung; es ist auch ein Recht der Beherrschung, der Verteilung der Macht (Verbraucherrecht, Mietrecht, Arbeitsrecht, Gesellschaftsrecht usw.). Gerade deshalb kann der Staat seinen Einfluss mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts ausüben. Zu diesem Zweck kann sogar das Privatrecht transformiert werden, wie das Beispiel des Volkswagengesetzes zeigt. Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Engel: Ich möchte Ihrer Ausgangsthese widersprechen, Herr Voßkuhle. Ich habe sie so gehört: Der Gemeinwohldiskurs ist für unser Thema irrelevant. Das entscheidende Argument lautete: Er lässt jedenfalls keine Aussage über die Modalitäten der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben zu. Sie sagen also: Über Funktionalität brauchen wir nicht nachzudenken. Dem möchte ich an einem Beispiel widersprechen. Ich will das Beispiel dann auch gleichzeitig als Testfall für die Elemente der Dogmatik nutzen, die Sie uns vorgetragen haben.

Das Beispiel ist eines, das bei Ihnen häufig vorkommt, nämlich der Universaldienst nach dem Telekommunikationsgesetz. Zunächst können wir hier, glaube ich, sehr genau sagen, was der staatliche Zweck ist. Man will in einer bestimmten Hinsicht die Ergebnisse des Marktes gerade nicht. Stattdessen möchte man das, was man Versorgungssicherheit nennen kann. Ein privates Unternehmen soll also Leistungen ohne Rücksicht auf Zahlungsbereitschaft erbringen. Dass der Staat dieses Ziel prinzipiell verfolgen darf, scheint mir nicht zweifelhaft. In welchen Arrangements kann er das tun? Zunächst fällt auf, dass das staatliche Gewaltmonopol für sich allein wirkungslos wäre. Versorgungssicherheit kann man nicht befehlen. Man braucht dazu Unternehmen, die die Leistung erbringen. Was helfen würde, ist die alte Lösung. Dann müsste der Staat wieder selbst unternehmerisch tätig werden, also ein öffentliches Unternehmen errichten. An dieser Stelle kann ich gleich testen, was Sie so stark gemacht haben und was auf den ersten Blick auch so überzeugend wirkt: den Selbstwahrnehmungsvorbehalt. Er ist in unserem Beispielsfall völlig illusorisch. Wenn die Telekommunikation einmal privatisiert ist, müsste der Selbstwahrnehmungsvorbehalt bedeuten, dass der Staat eine Zweit-Telekommunikation errichtet. Das wäre blanker wirtschaftlicher Unsinn. Der Vorbehalt wäre nur noch durch Verstaatlichung zu realisieren. Das zweite, was Sie vorschlagen, ist ein privates Unternehmen unter Ge-

währleistungsverantwortung. Ich versuche einmal, diesen Vorschlag zu übersetzen. Sie plädieren also für privates Handeln unter staatlichem Lenkungsvorbehalt oder, noch etwas deutlicher, für eine staatliche Mitdefinition des Unternehmenszwecks. Das mag man theoretisch wollen. Praktisch schießt man bei aber kräftig über das Ziel hinaus. Der Staat müsste sich dann ja permanent in die unternehmerische Entscheidungsfindung einmischen. Das schafft ein Prinzipal-Agent-Problem, das er niemals bewältigen könnte. Kontextsteuerung haben Sie als nächstes vorgeschlagen. Sie nützt in unserem Zusammenhang aber gar nichts, weil der vorgefundene Kontext zu starr ist, in dem die Telekommunikationsunternehmen agieren. Es ist ein scharfer unternehmerischer Wettbewerb. Solange der Staat nicht zuvor den Wettbewerbsdruck erheblich abmildert. werden Versuche der Kontextsteuerung wirkungslos bleiben. Um des Wettbewerbsdrucks willen ist die Telekommunikation ja aber gerade privatisiert worden. Damit bleibt nur ein ganz altmodischer Weg. Der Staat muss den privaten Unternehmen mit Befehl und Zwang eine Betriebspflicht auferlegen. In diesem Verwaltungsakt muss er dann auch noch festlegen, zu welchem Preis und zu welchen Konditionen die Unternehmen ihre Leistungen künftig abgeben müssen. Anschließend muss er überlegen, wie das finanziert werden soll. Da mag man einen Universaldienstfonds vorsehen. Oder man mag es stattdessen aus der Staatskasse finanzieren. Das ist aber sekundär. Zum Schluss bleibt also nur etwas übrig, wofür man die neue Kategorie des Gewährleistungsverwaltungsrechts gar nicht braucht.

Auch dabei können wir allerdings bestenfalls verhalten optimistisch sein. Die Vorschriften über den Universaldienst haben den Praxistest ja noch nicht bestanden. Aus theoretischer Perspektive ist mehr als zweifelhaft, ob die vorhandenen Regeln ihr Ziel erreichen würden. Denn der Staat muss ja dafür sorgen, dass die verpflichteten Telekommunikationsunternehmen den Universaldienst auch wirklich erbringen. Die Gefahr eines drastischen Vollzugsdefizits ist groß. Denn auch hier gibt es ein Prinzipal-Agent-Problem. Die verpflichteten Unternehmen hätten eine Fülle von Möglichkeiten, um den staatlichen Befehl zu unterlaufen.

Vorsitzender: Vielen Dank! Ich bin froh, dass ich diese Fragen nicht beantworten muss. Eine kurze Intervention von Herrn Gallwas!

Gallwas: Herr Engel, ich glaube, dass sie damit das Problem verlagern, nämlich in die Frage des Entschließungsermessens. Sie können das natürlich mit Befehl und Zwang machen, aber sie müssen dann eine Dogmatik des Entschließungsermessens eröffnen, und dann sind wir wieder bei Voßkuhle.

Schmidt-Preuß: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Der Befund, der dem Beratungsgegenstand und auch den beiden ausgezeichneten Referaten zugrunde liegt, scheint mir doch der zu sein: Der Staat bedient sich auf immer mehr Feldern der privaten Initiative und des Know-Hows privater Akteure, um öffentliche Aufgaben effizient zu erfüllen. Das kann man auf vielfältigen Gebieten verfolgen. Ein Paradebeispiel ist das Bauordnungsrecht, wo bis zur Hochhausgrenze - ich brauche das hier nicht auszuführen - eine Kontrollerlaubnis entfallen ist, weil private Akteure nunmehr die Kontrolle übernehmen und nicht staatliche Beamte. Der Ausgangsbefund einer Mobilisierung selbstregulativer Beiträge zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben lässt sich über das Beispiel des Bauordnungsrechts hinaus in einer wachsenden Zahl von Sektoren nachweisen. Das reicht etwa vom Produktsicherheitsrecht über das Öko-Audit und die Normung bis hin zum Telekommunikationsrecht. Die Frage ist zwar nicht an mich gestellt worden, aber Herr Wahl hatte gesagt, das sei vielleicht nur ein "Übergangsphänomen". Da würde ich schon meinen, dass wir es mit einem Prozess von struktureller Natur zu tun haben. Und es geht ja auf vielen Feldern - wie etwa dem Multimediarecht - offenkundig auch noch weiter. Ich kann das jetzt aus Zeitgründen nicht ausführen. Insgesamt scheint es mir - mit den beiden Referenten - so zu liegen, dass die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben grundsätzlicher Art ist. Und hier würde ich den Impetus der Selbstregulierung, wenn ich das so sagen darf, nachhaltig unterstreichen. Es trifft zu, dass sich der Staat auch entlastet - und bei knappen Ressourcen und leeren Haushaltskassen ist das ja durchaus nachvollziehbar. Rechtlich gebilligt werden kann dieser Prozess, wenn und soweit bestimmte Kautelen gewahrt sind, und darum geht's! Deshalb gefiel mir gut, dass Herr Voßkuhle - und in der Sache kam das bei Herrn Heintzen ebenso zum Tragen - von der Aufgabe an unsere Zunft gesprochen hat. eine Art - wie immer man es nennen will - Gewährleistungsverwaltungsrecht zu entwickeln. Es geht um die Herausbildung von rechtlichen Rahmenbedingungen, innerhalb derer sich der Staat bei der Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben in der Tat legitimerweise der Initiative und des Know-Hows der privaten Akteure bedienen darf. Und in dieser Hinsicht sind in beiden Referaten wertvolle Bausteine genannt worden. Ich erinnere nur an Schutzpflichten, Demokratieprinzip, Legitimationsgebot und Rechtsstaatsprinzip. Das erscheint mir alles sehr wichtig. Ich will das mit einem Stichwort benennen. Die Letztentscheidungskompetenz - ich glaube da gehen wir auch konform - muss beim Staat bleiben! Er hat eine Beobachtungspflicht, und er muss durch die Zugriffsoption sicherstellen, dass er bei Schlechterfüllung der privaten Akteure sozusagen das Mandat wieder an sich ziehen und notfalls das Ordnungsrecht reinstallieren kann. Dies alles muss gewährleistet sein. Wenn dies der Fall ist, dann trage ich keine Sorge, hier auch strukturell dem Staat die Möglichkeit einzuräumen, sich zu seiner Entlastung der Privaten bei der Aufgabenerfüllung zu bedienen, aber eben auch im Interesse der Privaten selber. Denn Selbstregulierung ist ja nichts anderes als die Wahrnehmung von privaten Interessen auf der Grundlage grundrechtlicher Freiheiten zum legitimen Eigennutz. In dieser Weise kombiniert sich beides glücklich. Es geht immer nur darum, die Rahmenbedingungen so auszutarieren, dass die notwendige Balance gewahrt ist. Und die Kontextsteuerung ist ja nichts anderes als ein Versuch, die normativen Vorgaben so zu justieren, dass hinreichend private Initiative induziert wird, aber umgekehrt auch sichergestellt ist, dass – falls die Privaten die Gemeinwohlerwartungen nicht bestätigen – der Staat selbstverständlich jederzeit Zugriff nehmen kann. Herzlichen Dank!

Gröschner: Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen - wie ich im Geiste helvetischer Kommunikationskultur sagen möchte, ohne die deutsche Distanz des "Sie" zu unterschreiten! Ich habe eine Frage zum Verhältnis der Leitsätze 2, 11 und 12 des ersten Referates. In Leitsatz 2 heißt es: Die Kategorie des Gemeinwohls sei "zu abstrakt" für eine juristisch aussagekräftige Dogmatik; in Leitsatz 11: "das" Gemeinwohl werde "von Staat und Gesellschaft zusammen angestrebt". Leitsatz 12 schließlich lautet: Eine Verantwortung Privater für das Gemeinwohl erfordere "rechtliche Konkretisierung" durch den Staat. Da die Leitsätze 11 und 12 unter der Überschrift "staatstheoretische Grundlagen" stehen, erlaube ich mir eine auf diese Grundlagen bezogene kritische Rückfrage. Beweist nicht die Notwendigkeit einer Konkretisierung des Gemeinwohls die Notwendigkeit der Voraussetzung und der Verwendung eines abstrakten Gemeinwohlbegriffs? Immerhin ist ein solchermaßen abstrakter Gemeinwohlbegriff ein Begriff des Grundgesetzes, prominent in Artikel 14 Abs. 2 Satz 2, und ein Begriff der ständigen Rechtsprechung des BVerfG. exemplarisch seit dem Apothekenurteil. Dieser Gemeinwohlbegriff ist gerade in jüngster Zeit in der staatsrechtlichen und insbesondere staatstheoretischen Literatur wiederentdeckt worden, wie Herr Voßkuhle in Leitsatz 5 zu Recht sagt. In dieser Situation kommt alles darauf an, den Status eines solchen abstrakten Begriffs - Herr Voßkuhle spricht von "Leitidee" - näher zu bestimmen.

Man braucht kein Kantianer zu sein oder zu werden, um insoweit auf den Unterschied zwischen regulativen und konstitutiven Ideen zu verweisen. Regulativ wirkt eine Idee immer dann, wenn sie – so Kant – nur einen "focus imaginarius" liefert für den richtigen empirischen Gebrauch der Vernunft; und die Rechtsprechung zu den vernünftigen Erwägungen

des Gemeinwohls scheint mir genau dies zu bestätigen, dass eine Leitidee, ein focus imaginarius, vorausgesetzt werden muss, der die Argumentationslast im konkreten Einzelfall auf diesen Focus ausrichtet und damit dessen Abstraktheit zur Bedingung seines Gebrauchs macht. Anders als abstrakt kann das Gemeinwohl, denke ich, gar nicht erfasst werden. Wir brauchen einen solchen abstrakten Focus. Das zeigt ein – natürlich nur metaphorischer, aber eben doch bildhafter – Vergleich mit einem Leitstern. Wie wir bei einer Wanderung in den Schweizer, österreichischen oder deutschen Alpen (seit gestern Abend brauchen wir ja dank des Humors unseres Vorsitzenden nicht mehr besorgt zu sein, dass sie verschwinden!), wie wir uns also bei einer solchen Wanderung an einem Leitstern orientieren können und dabei wissen, dass wir den Leitstern nie erreichen werden, auch auf dem höchsten Alpengipfel nicht, so gibt er uns doch Orientierung. Meine Frage an Herrn Voßkuhle wäre, ob er "Leitidee" etwa in diesem Sinne versteht.

Lege: Ich kann, das ist der erste Punkt, an vieles von dem anknüpfen, was Herr Hermes und Herr Engel schon angesprochen haben. Herr Voßkuhle, Sie haben in den Thesen 23, 26 und 32 - um diese einmal herauszugreifen - einerseits gefordert, dass es eine harte Programmierung geben müsse, andererseits, dass zur Ergebnissicherung eine Vielzahl von Instrumenten zur Verfügung stehen müsse. Meine Frage ist nun, ob man bei diesem Instrumentarium nicht die Sanktionen etwas stärker beleuchten müsste. Herr Engel hat schon darauf hingewiesen, dass es für den Staat kaum möglich ist, Aufgaben, die er einmal abgegeben hat, wieder an sich zu ziehen. Ist es dann aber nicht geradezu nötig, durch Sanktionen sicherzustellen - Sanktionen, die man in einem neuen Rechtsgebiet durchaus phantasievoll entwickeln könnte -, dass die Privaten bei der Aufgabenerfüllung ihre Pflichten nicht vernachlässigen? Man müsste also an Haftungsvorschriften denken, vielleicht auch an eine Art Vertragsstrafenmodell. Derartige Sanktionen würden natürlich dazu führen, dass sich das wirtschaftliche Risiko der Privaten erhöht. Auf der anderen Seite würden dadurch jedoch diejenigen Kosten internalisiert, die aufgrund der Gemeinwohlgebundenheit der Aufgabe entstehen oder entstehen könnten. Und es könnte verhindert werden, dass diese Kosten letztlich dem Staat zur Last fallen, dass er auf den schlechten Risiken sitzen bleibt - das Stichwort "Universaldienstabgaben" hat Herr Hermes schon genannt.

Der zweite Punkt – das ist nur eine kleine Anmerkung zum Stichwort "Evaluation", These 33. Im Hinblick darauf stellt sich doch sehr stark ein Wissensproblem. Denn in Bereichen neuer Verwaltungstätigkeit und neuer Technologien entwickeln sich Handlungsmaßstäbe und damit auch Erfolgskriterien letztlich erst dadurch, dass man das Neue verwirklicht.

Und da wird sich dann der Wissensvorsprung der Privaten, wenn sie von vornherein die Führung übernehmen, kaum je aufholen lassen. Um es auf den Punkt zu bringen: Gründe dafür zu finden, dass Versprechen nicht eingehalten werden können, wird Privaten nicht schwerer fallen als Politikern.

Lorz: Da uns die Komplimente an Vorstand und Referenten untersagt worden sind, möchte ich mich zunächst auf die ganz wertneutrale Feststellung beschränken, dass die Themen der beiden Tage dieser Tagung selten so gut zusammengepasst haben. Denn die Debatte, die wir heute morgen über die Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben führen. erinnert mich von der Struktur her sehr an das, was wir gestern Morgen schon zum Thema Informalisierung und Entparlamentisierung diskutiert haben. Und das Dilemma, in dem wir uns dabei befinden, ist meines Erachtens für unsere Wissenschaft typisch. Wir können die Pole, die Extrempositionen, relativ klar bestimmen. Klar ist, dass der Staat sich nicht völlig aus seiner Verantwortung für Gemeinwohlaufgaben – wie immer er sie definiert - herauslösen kann; klar ist ebenso, dass er nicht alle diese Aufgaben in eigener Verantwortung erfüllen kann. Er braucht die Privaten, und das ist zum Teil auch die wesentlich sinnvollere Lösung. Die Musik aber - das haben die beiden Referenten im Detail herausgearbeitet - spielt in der Mitte zwischen diesen beiden Polen. Und diese Mitte ist dadurch gekennzeichnet, dass dort die Aufstellung klar umrissener Vorgaben auf Schwierigkeiten stößt und dass stattdessen eine hohe Flexibilität benötigt wird. Der Punkt, auf den es mir dabei ankommt, ist der: Worin besteht die Rolle des Gesetzes, und zwar gerade, wenn ich mit Herrn Voßkuhle daran gehe, ein neues Gewährleistungsverwaltungsrecht zu entwickeln? Ich möchte dazu eine These aufstellen, ausgehend von unserer klassischen Vorstellung, dass das Gesetz verbindliche Vorgaben enthält und verbindliche Grenzen zieht. Meine These ist die: Im Bereich der Gewährleistungsverwaltung hat das Gesetz zumindest zusätzlich, vielleicht sogar vorrangig, die Aufgabe, modellhaft Vorgaben zu liefern und Standards zu setzen, nicht im Sinne eines verpflichtenden Korsetts, sondern eher im Sinne eines Maßstab setzenden Angebots. Die Frage, die ich daran knüpfen möchte, lautet: Brauchen wir nicht eine normativ festgelegte Typologie zumindest der immer wiederkehrenden öffentlich-rechtlichen Kooperationsverhältnisse zwischen Staat und Privaten? Um das am Beispiel des Verwaltungsvertragsrechts zu exemplifizieren: Wir leben seit vielen Jahren mit den relativ dürren Paragraphen der §§ 54 ff. VwVfG für den öffentlich-rechtlichen Vertrag. Wir leben damit relativ gut, denn wir haben hierzu eine ausgefeilte Dogmatik entwickelt. Die brauchen wir aber auch dringend, denn wir packen ja immer mehr und immer komplexere Vertragsgestaltungen unter diese Paragraphen. Spezialgesetzliche Kodifizierungen, soweit sie – wie zum Beispiel in § 11 BauGB zu den städtebaulichen Verträgen – überhaupt erfolgen, bleiben rudimentärer und punktueller Natur. Die Frage ist daher die: Müssen wir nicht auch und gerade auf gesetzlicher Ebene darangehen, modellhafte Vorgaben für diese typischerweise immer wiederkehrenden Vertragsgestaltungen zu entwickeln? Zugespitzt formuliert: Brauchen wir ein Besonderes Schuldrecht der Gewährleistungsverwaltung? Danke schön!

Masing: Das Referat von Herrn Voßkuhle hat dem Thema ja eine sehr grundsätzliche Perspektive abgewinnen können und eine weitreichende Verschiebung des modernen Verwaltungshandelns präzise erfasst. Ich glaube in der Tat, dass es wichtig ist, dass wir dieses verwaltungsrechtlich nun aufgreifen und systematisieren. Ich möchte hierzu aber eine grundsätzliche Frage stellen: Ist das Konzept der Rücknahme des Staates auf eine Gewährleistungsverantwortung als Alternative zu begreifen - und damit auch ein großes Programm der Transformation - oder ist es eine Erweiterung des bisherigen Handlungsinstrumentariums des Staates? Diese Frage zielt natürlich zugleich auf die Einflüsse aus dem Europarecht und deren Verarbeitung. Das Europarecht hat mit dem Modell der "Gewährleistungsverwaltung", oder, wie ich es genannt habe, der "Regulierungsverwaltung", sicher neue effiziente Wege aufgezeigt. Soll damit aber umgekehrt das Modell der Erfüllungsverantwortung überhaupt in Frage gestellt werden? Man kann ia praktisch iede Verwaltungsleistung. die gegen Geld erbracht werden kann, einem Gewährleistungsregime unterstellen, d.h. den Prinzipien von Ausschreibung und anschließendem Wettbewerb um Auftragkonzession oder Subvention. Das gilt nicht nur für die Bereiche, in denen man mit einer solchen Umstrukturierung bereits angefangen hat, wie zum Beispiel dem öffentliche Personennahverkehr - auch die Wasserversorgung ist in der Diskussion -, sondern lässt sich weiterdenken: Schwimmbäder, Feuerwehren, Schulen, Universitäten. Soll also das Modell der alten Erfüllungsverantwortung, wo der Staat die Möglichkeit eines unmittelbaren politischen Wirtschaftens wahrnimmt, abgelöst werden, oder soll es als Ergänzung daneben gestellt werden? Das führt zum einen zu Art. 86 Abs. 2 EG. dessen Regelung ich nicht zu schnell als ultima ratio bezeichnen würde, führt aber auch zu Gestaltungsanforderungen an das deutsche Verwaltungsrecht. Ich meine. hier ist es vielleicht tatsächlich an der Zeit, verschiedene Formen verwaltungsrechtlicher Aufgabenwahrnehmung deutlicher zu typisieren, damit bewusste rationale Entscheidungen getroffen werden, nach welchem Regime man verfahren will. Das derzeitige Verwaltungsrecht lässt den Modus der Aufgabenwahrnehmung, insbesondere bei der Erbringung von Dienstleistungen, ja weitestgehend offen – zu offen, denn es bleibt oft unklar, nach welchen Prinzip überhaupt verfahren wird. Gerade deshalb aber erscheint mir eine Systematisierung verschiedener Verantwortungsformen weiterführend, und ich glaube, dass wir hieran noch weiterarbeiten und zu einer größeren Formenklarheit kommen müssen. Danke schön.

Zacher: Herr Vorsitzender, Sie haben untersagt, den Vorstand zu loben. Dem komme ich gerne nach, aber Sie haben nicht untersagt, den Vorstand zu kritisieren. Und davon mache ich Gebrauch, indem ich sage, dass Sie zu Unrecht unterlassen haben, die Referenten zu drängen, in den Bereich des Sozialrechts hineinzugehen, mit den Beispielen, denn dann hätte die Einseitigkeit der Postprivatisierungs-Problematik ein starkes Gegengewicht bekommen. Die Vielfalt der Phänomene könnte auch die Abgrenzungen in Frage stellen, die von den Referenten vorgeschlagen wurden; denn nirgendwo ist der moderne Staat und sein Verwaltungsrecht so sehr mit der Beteiligung Privater aufgewachsen wie im Sozialrecht. Ich will dieses Defizit der Referate hier nicht kompensieren, indem ich mit Beispielen anfange. Lassen Sie mich aber auf ein zentrales Problem aufmerksam machen, das von einem Einzelphänomen her Herr Gallwas schon angesprochen hat und das mit der Gewährleistungspflicht zusammenhängt. Es gibt Situationen, in denen Politik und Gesellschaft Leistungen oder Standards zusagen und auf der anderen Seite Politik und Gesellschaft darin übereinstimmen, sie nicht einzuhalten. So gut wie in allen Bereichen der sozialen Dienste haben wir Programme und Rechte, aber die Gesellschaft und der Staat sind nicht bereit, die Mittel bereit zu stellen, und die Gesellschaft - genauer: die Individuen, Gemeinschaften und Schichten, aus denen sie sich zusammensetzt - ist nicht bereit, die personalen Dienste aufzubringen, weil es die Dienstleister nicht gibt, die die Dienste erbringen sollten. Deshalb bleibt ein großer Graben zwischen dem Zugesagten und dem Erbrachten. Ich möchte hier eine kurze Veteranengeschichte aus meiner sozialrechtlichen Erfahrung skizzieren: Bei den Arbeiten am Sozialgesetzbuch in den 70er Jahren habe ich mit großer Energie für den Satz gekämpst, dass, wenn ein Sozialleistungsträger Aufgaben an Private überträgt, er dem Leistungsempfänger gegenüber verantwortlich bleibt. Dagegen gab es große Widerstände. Und in einer dieser Auseinandersetzungen sagte eine Verbandsvertreterin auf meine drängende Frage, warum Sie denn das nicht will: Wenn wir gegenüber den Aufgabenübernehmern darauf bestehen, dass sie die Leistungen erbringen, wie der Staat sie erbringen müsste, wenn er sie selbst erbringen würde, dann würden wir keine Leistungserbringer mehr finden. Das zeigt die tiefe Kluft, in der die Schizophrenie Wirkung zeigt. Sie wissen, unser Sozialstaat wird seit den 60er Jahren unablässig von der Rede von einem Pflegeproblem begleitet. Es wird und wird nicht gelöst. Das ist sehr weitgehend Ausdruck dieser Schizophrenie. Deshalb ist es sehr verdienstlich, dass über die Gewährleistung gesprochen wird. Aber ich möchte betonen: Diese Notwendigkeit besteht gerade für den Sozialstaat!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Zacher! Ich glaube sagen zu können, dass der Vorstand wegen Ihrer fundamentalen Kritik keine schlaflose Nacht haben wird, weil wir unseren Referenten überhaupt keine Vorgaben gemacht haben; die Aufgabe der Kreation eines Gewährleistungsverwaltungsrechts ist schwer genug. – Jetzt haben sich zwei Kollegen bereit erklärt, das wirklich schwierige Problem zu meistern, uns zu erklären, was vom Begriff der öffentlichen Aufgabe zu halten ist. Das machen Herr Bull und Herr Schachtschneider, und trotz der Größe des Problems nicht länger als vier Minuten.

Bull: Ich bitte um Verzeihung, dass ich die terminologische Frage noch einmal aufwerfe. Der Begriff der Staatsaufgabe wird vielfach in einer Weise verwendet, die von den grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Fragen eher wegführt. Der Begriff sollte nach meiner Vorstellung höher angesiedelt werden, also etwas abstrakter verstanden werden, nämlich ausgerichtet auf Ziele: als Verpflichtung des Staates, auf die Erreichung bestimmter sozialer, wirtschaftlicher und politischer Ziele hinzuwirken und dafür einzustehen. Wenn man diesen Begriff so versteht, ist man schon in ziemlich großer Nähe zu dem als neue Variante erkannten oder bezeichneten Verständnis der zentralen Staatsaufgaben als Gewährleistungsaufgaben. Man braucht nur in Herrn Voßkuhles Thesen ein paar Worte auszutauschen und kommt dann zu dieser, wie ich finde genaueren Bezeichnung, Dann kommt man aber auch nicht dazu, nach Art detaillierter Geschäftsverteilungspläne selbst kleinste Teilschritte der Aufgabenerfüllung bis hin zum Versand von Einladungen oder zur Auszahlung der Sozialhilfe als "Staatsaufgaben" zu bezeichnen, sondern benennt damit umfassende Ziele wie die Sicherung des Existenzminimums und ähnliche Ausprägungen der Sozialstaatlichkeit; nicht die Errichtung und den Betrieb eines Klärwerkes, sondern die Schaffung und Erhaltung einer sauberen Umwelt. Wenn man das auseinander hält, gelingt auch eine klarere Bestimmung der Verantwortlichkeit.

Private haben keine Aufgaben in diesem Sinne. Sie nehmen Freiheiten wahr, Grundrechte und andere Rechte, und es ist fragwürdig, ob man die Kategorie der "öffentlichen Aufgaben" zur Kennzeichnung des "mittleren" Bereichs zwischen staatlichen Aufgaben und rein privater Tätigkeit wirklich beibehalten soll. Es geht bei privater Erfüllung selbstgesetzter,

vereinbarter oder gesetzlich auferlegter "Aufgaben" um etwas anderes als um die Wahrnehmung staatlicher (oder kommunaler) Aufgaben. Das sind ganz verschiedene Dinge, und in der Betonung des Aspektes, dass die Privaten (nur) das Ihre tun, liegt ein Stück Freiheitsgarantie für die Art und Weise der "Aufgaben"-Wahrnehmung. Es ist also nicht verkehrt, wenn man hier mit Herrn Pernice und anderen auf die Grundrechtswahrnehmung abstellt als Gegenpol, als anderen Teil des Themas. Es ist auch nicht so, wie Herr Engel sagt, dass der Staat dann das Unternehmensziel mitdefiniere, sondern das Unternehmensziel ist selbst gestellt, aber seine Erfüllung steht unter der Rechtsordnung. Und ganz ohne Hilfsbegriffe wie "öffentliche Aufgabe" können wir doch sagen: Rechte und Pflichten aus der Rechtsordnung sind zu erfüllen, damit die Verantwortung des Staates für die Erreichung bestimmter Ziele wahrgenommen werden kann. - Die Mittel der Durchführung bilden dann ein anderes Thema, zu dem wir sehr interessante, weiterführende Überlegungen gehört haben.

Schachtschneider: Ich sehe das ganz anders als Herr Bull. Unser aller Aufgabe ist unsere Lebensbewältigung. Das machen wir staatlich oder im Rahmen der Gesetze, die wir uns geben, privat. Alle Tätigkeiten in unserem Gemeinwesen, das letztlich die ganze Welt ausmacht, sind weitestgehend öffentliche Aufgaben. Wenn diese staatlich bewältigt werden sollen. dann bedarf das eines Gesetzes. Durch das Gesetz werden öffentliche zu staatlichen Aufgaben. Auch alles private Handeln vollzieht Gesetze, und mit den Gesetzen verwirklicht alles private Handeln nicht anders als das staatliche Handeln das Gemeinwohl. Wenn die Gesetze dem Staat Aufgaben zuweisen (nur dann hat er Aufgaben, entweder schon durch das Grundgesetz oder durch einfache Gesetze), materialisieren diese Gesetze auch die Befugnisse und die Instrumente des Staates. Nur ein formaler Begriff sowohl des Gemeinwohls als auch der staatlichen Aufgabe kann hilfreich sein, wie wir schon in vielen Tagungen hier erkannt haben. Ich möchte vornehmlich gegen das Institut der Beleihung opponieren. Es gibt von Rechts wegen keine Beleihung. Der Ausgangspunkt der ganzen Beleihungsdoktrin ist der Mythos, jedenfalls der Argumentationstopos, vom Gewaltmonopol. Es gibt kein Gewaltmonopol des Staates. Wir alle üben Gewalt aus. Alles Handeln ist Gewaltausübung. Wir haben alle Gewaltmöglichkeiten. Es geht nur um die Legalität der Gewaltausübung. Ich erinnere an Georg Jellinek, der das noch wusste. Die Hoheitsbefugnisse des Staates können nicht auf Private übertragen werden. Der Staat und das Staatliche können organisiert werden, z.B. europarechtlich organisiert werden. Das ist etwas ganz anderes. Die Hoheit ist letztlich nichts anderes als die gemeinschaftliche Gewalt des Volkes, besser: Die Hoheit ist die Freiheit des Volkes. Staatliche Aufgaben und Befugnisse können nur demokratisch begründet werden und nur demokratisch ausgeübt werden. Wenn Aufgaben von Privaten nicht wahrgenommen werden können, ohne dass bestimmte Private privilegiert werden, dann ist die Privatisierung nicht tragfähig. Solche Aufgaben müssen staatlich bewältigt werden. Im Übrigen ist klar, dass privates Handeln im Interesse des Gemeinwohls bestmöglich durch die Gesetze gesteuert werden und durch den Gesetzesvollzug sichergestellt werden muss. Der Topos der mittelbaren Staatsverwaltung, der mit der privatistischen Erfüllung von staatlichen Aufgaben zusammenhängt, ist verheerend. Herr Zacher hat dankenswert auf einige sozialrechtliche Aspekte hingewiesen. Dass die Kassenärztlichen Vereinigungen als mittelbare Staatsverwaltung eingestuft werden, ist absurd. Das ist ja nun wirklich Hilfe von Privaten. Die freiberuflichen Ärzte sind Private und verwirklichen privatheitlich das Gemeinwohl. Mit dem Topos mittelbarer Staatsverwaltung werden ihnen weitgehend die Grundrechte entzogen. Das ist unter demokratierechtlichen Gesichtspunkten unhaltbar. Danke schön.

Meyer: Herr Schachtschneider, wenn ich ein Haus baue, vollziehe ich weder die Bauordnung noch das Baugesetzbuch, sondern die Verwaltung vollzieht mir gegenüber diese Gesetze. Ich glaube, daran sollten wir doch festhalten.

Sachs: Mein Bedenken richtet sich nur gegen eine These, These 14 von Herrn Voßkuhle. Ich hatte in der Pause schon mit ihm darüber gesprochen, hätte das hier vielleicht sogar weggelassen, wenn nicht in der Zwischenzeit die Schutzpflichtendimension als eine besonders wichtige Basis der weiteren dogmatischen Entwicklung genannt worden wäre. Ich denke, die Grundrechte wirken in dem Bereich, über den wir reden, als Abwehrrechte, weil sich nämlich hier nicht Private gegenseitig Übles antun, sondern der Staat tätig wird, seine privaten Mittler losschickt; und damit sind wir bei den Abwehrrechten. Die sind weniger grobmaschig, stellen höhere Anforderungen als nur die Schutzpflichtendimension, und deswegen meine ich, müsste neu darüber nachgedacht werden, vor allem wenn man an Würzburg zurückdenkt und überlegt, dass aus der abwehrrechtlichen Wirkung ja unmittelbar die Haftung folgen könnte. Vielen Dank!

Wendt: Herr Heintzen, ich beziehe mich auf Ihre These 16. Sie führen dort aus, Adressat öffentlich-rechtlicher Bindungen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen sei nicht die privatrechtliche Organisation, sondern der "staatliche Anteil", und zwar ohne Rücksicht auf seine Höhe. Auf den ersten Blick scheint Ihnen mit dieser Differenzierung die Quadratur des Kreises gelungen zu sein. Man könnte meinen, dass Sie auf der einen

Seite den berechtigten Belangen des Staates, nämlich seinem Interesse am wirksamen Fortbestehen gemeinwohlorientierter Bindungen auch dort, wo er sich in Organisationsformen des Privatrechts in eine Kooperation mit Privaten begibt, ausreichend Rechnung tragen. Auf der anderen Seite scheinen Sie dem Freiheitsinteresse und der Autonomie des Privatrechtssubjekts so weit wie möglich Raum zu lassen. Ich frage mich nur, ob sich diese Trennung, die Sie gleichsam mit der Präzision des Chirurgen vornehmen, wirklich durchhalten lässt. Betrachten wir beispielsweise die öffentlich-rechtlichen Bindungen, die in Gestalt des Haushaltseinschließlich des Haushaltsverfassungsrechts bestehen. So binden etwa Art. 115 GG und entsprechende Bestimmungen der Landesverfassungen die Kreditaufnahme des Staates an eine materielle Obergrenze, nämlich die Summe der im betreffenden Haushaltsjahr vorgesehenen Investitionen. Man könnte nun sagen, diese Schranke gelte für gemischtwirtschaftliche Unternehmen nicht, da es sich bei ihnen um Rechtssubiekte des Privatrechts handele. Als solchen komme ihnen von Haus aus eine prinzipiell unbegrenzte, jedenfalls durch öffentlich-rechtliche Bindungen nicht eingeschränkte Fähigkeit zur Aufnahme von Krediten zu. Konsequenz wäre, dass der Staat, indem er gemischtwirtschaftliche Unternehmen mit größerer oder geringerer Kapitalbeteiligung Privater (mit) aus der Taufe höbe und/oder (mit-)unterhielte, auf dem Kreditwege sehr wohl zusätzliches Kapital, etwa für öffentliche Investitionsmaßnahmen, mobilisieren könnte. Geht Ihnen dies, Herr Heintzen, zu weit? Sie sagen, für den "staatlichen Anteil" an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen bestünden die öffentlich-rechtlichen Bindungen fort. Wie soll das aussehen? Sollen die Vertreter des Staates in den Organen der Gesellschaft des Privatrechts mit "Nein" stimmen müssen, wenn die durch Art. 115 GG und entsprechende Vorschriften der Länder bezeichnete Obergrenze der Kreditaufnahme berührt ist, sich sodann aber von den an der Gesellschaft beteiligten Privaten mit klammheimlichem Vergnügen übereinstimmen lassen? Das ist meine Frage. Danke!

Georg Müller: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren! Sie haben gestern von meinem Namensvetter Jörg Paul Müller gehört, dass die Schweizer Stimmberechtigten vor vierzehn Tagen sämtliche Vorlagen in der Volksabstimmung abgelehnt haben. Darunter befand sich auch ein Elektrizitätsmarktgesetz. Was hätte dieses Elektrizitätsmarktgesetz gebracht? Vor allem Durchleitungsrechte für die Stromversorger, Durchleitungspflichten für die Netzbetreiberinnen, also eine Art Umsetzung des europäischen Rechts, das bekanntlich die Liberalisierung des Strommarktes vorsieht. Für diejenigen unter Ihnen, die das noch nicht wissen: Wir setzen auch in der Schweiz, obwohl wir nicht Mitglied der EU sind, europäisches Recht um, und manchmal pedantischer als die Mitgliedstaaten. Wir sprechen dabei etwas verbrämend vom "autonomen Nachvollzug". Bei diesem Elektrizitätsmarktgesetz wäre es um ein typisches Gewährleistungsgesetz gegangen, denn es sah nicht nur Durchleitungsrechte und -pflichten vor. sondern auferlegte den Netzbetreiberinnen auch Anschlusspflichten. Versorgungspflichten und zahlreiche Auflagen im Interesse des Umweltschutzes, insbesondere Privilegierungen der erneuerbaren Energien. Diese Konzeption ist gescheitert. Warum? Die Analyse des Abstimmungsergebnisses steht noch aus. Ich glaube aber, es war eigentlich nicht der wirkliche Inhalt des Gewährleistungsgesetzes. der zur Ablehnung führte, sondern eine diffuse Angst vor der Privatisierung der Stromwirtschaft, die im Gesetz gar nicht vorgesehen war. Wir haben in der Abstimmungsdiskussion - ich war bei den unterlegenen Befürwortern des Gesetzes – nicht primär darüber gestritten, ob es sich bei der Elektrizitätsversorgung um eine Staatsaufgabe, um eine öffentliche Aufgabe oder um eine Aufgabe der Privaten handeln soll. Die Diskussion lief vielmehr unter dem diffusen Stichwort der Gewährleistung des service public, wohl vor allem deshalb, weil die Opposition hauptsächlich aus dem französischsprachigen Teil der Schweiz kam. Die Frage ist: Was machen wir jetzt nach der Ablehnung des Gesetzes? Auch da gibt es noch keine definitiven Antworten. Wir können sicher nicht einfach weiterfahren wie bisher mit den Netz- und Stromversorgungsmonopolen. welche die heute überwiegend öffentlichrechtlich organisierten Elektrizitätsunternehmungen haben. Das Thema Wettbewerb in der Elektrizitätswirtschaft ist nicht vom Tisch. Wir müssen Formen der Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Unternehmen suchen. Dazu brauchen wir wahrscheinlich privatrechtliche Formen, also Privatisierungen mindestens der Form nach. Da wird es große Probleme politischer Art geben, und wir müssen Sicherungen einbauen, wie uns das von den Referenten aufgezeigt worden ist. Als Sicherung kann zum Beispiel eine Gesetzesbestimmung dienen, welche eine Mehrheitsbeteiligung des Staates bei den Elektrizitätsunternehmungen vorschreibt, so dass man eben materiell nicht privatisieren kann. Es sind auch so genannte Rückkaufsrechte für die Stromverteilungsnetze vorgesehen, welche die öffentlichrechtlichen Elektrizitätsunternehmungen in ein fusioniertes, privatrechtlich organisiertes Grossunternehmen einbringen würden. Das halte ich allerdings mit den Referenten für eine unrealistische Sicherung der Gewährleistungsfunktion: Stellen Sie sich vor, die Netze werden in eine neue Stromholding eingebracht und nach zehn Jahren sagt der Staat dann, so. das hat nicht funktioniert, ich nehme die Netze zurück und betreibe sie selber wieder. Der Staat verfügt nach so langer Zeit nicht mehr über die Fähigkeit, diese Leistungen selbst zu erbringen. Danke.

Pitschas: Meine Damen und Herren! Zwei Punkte erlaube ich mir in allem Respekt vor den Referaten kritisch hervorzuheben. Zu Herrn Voßkuhle würde ich gerne anmerken: Was ist eigentlich der Gewährleistungsstaat, wenn wir ihn als "Leitstern" bezeichnen? Eigentlich müssten wir ja von der Verantwortungsverteilung in der Bürgergesellschaft ausgehen. Dann wären wir aber bei der Eigenverantwortung der Bürger, und wenn wir bei dieser sind, müssen wir begründen, was dann Gewährleistung heißt. Müssten wir das nicht nach Referenzgebieten tun? Müssten wir nicht sagen, Verantwortungsverteilung heißt dann im Sozialrecht etwas anderes als im Wirtschaftsrecht? Interessanterweise tun Sie das offenbar, indem Sie von Rückholoptionen in These 34 sprechen und von einer sehr weitgehenden Wirtschaftslenkung oder Lenkung und Kontrolle. Ich habe den Eindruck, Sie sprechen im Grunde nicht von einem Gewährleistungsverwaltungsrecht, sondern von einem Regulierungsverwaltungsrecht, das uns zurückführt in die Formenwelt der Wirtschaftslenkung,

An dem Referat, wen wird es wundern, von Herrn Heintzen macht mir die These 18 Sorgen. Sie sagen, im einfachen Verwaltungsverfahren wäre die Mitwirkung Privater auch ohne gesetzliche Regelung zulässig. Ich möchte hiergegen opponieren. Stellen Sie sich vor, in die Sachverhaltsermittlung würden Sie Private einschalten, weil die es billiger machen. Dann kommen vielleicht fehlerhafte Ergebnisse mit Eingriffscharakter heraus. Wir können aber nicht von einer Zäsur dieser Ergebnisse, wie Sie es sagen, zum Entscheidungsergebnis ausgehen, sondern es fließt in den einheitlichen Verlauf des einfachen Verwaltungsverfahrens die private Sachverhaltsermittlung in das Schlussergebnis ein. Wie soll ich diese Wirkung unter eine Zäsur stellen?

aber jetzt unter einem anderen Begriff, nämlich dem der Gewährleistung.

Rupp: Herr Vorsitzender, meine Kolleginnen und Kollegen! Ich möchte mich zu zwei Punkten äußern. Erster Punkt: Gewährleistungsverwaltung: Ich teile die Bedenken der Herren Bullinger, Engel und Hermes. Wenn wirklich die Gewährleistungsverwaltung gewährleisten soll, dass die dem Privaten zu eigenem grundrechtlichen Engagement überlassenen öffentlichen Aufgaben ordnungsgemäß durchgeführt und erfüllt werden, muss sie nicht nur intensive Aufsicht ausüben, sondern im Falle des Versagens des Kooperationsmodells wieder voll einspringen, also ständig eine Reservekapazität bereithalten – viel ist dadurch nicht gewonnen. Herr Zacher und Herr Hermes weisen meines Erachtens zu Recht darauf hin, dass das Privatrecht, nach dem die privaten Grundrechtsträger die öffentlichen Aufgaben erfüllen, angereichert ist mit ganz bestimmten Vorgaben, Auflagen und Verfahrensprinzipien, so dass ein Privatrecht mit einem relativ dichten dirigierenden Netzwerk entsteht, das gewiss kein Nährboden

für grundrechtlichen Entfaltungsreichtum und phantasievolle Innovation ist.

Zweiter Punkt: Bisher ist die Frage nach der Außenverantwortlichkeit und Haftung der privaten Kooperationspartner ausgespart worden, obwohl dies ein zentrales Problem ist. Nehmen Sie als Beispiel den Luftverkehr. Nach Art. 87d Abs. 1 GG wird die Luftverkehrsverwaltung als Bundeseigenverwaltung geführt. Ursprünglich hatte der Bund unter dem zuständigen Bundesministerium zwei Institutionen geschaffen, nämlich das Luftfahrtbundesamt und das Bundesamt für Flugsicherung. Die Aufgaben des Bundesamts für Flugsicherung sind durch Rechtsverordnung auf die Flugsicherung GmbH übertragen worden. Dazu war bemerkenswerterweise nicht nur ein einfaches Gesetz, sondern eine förmliche Verfassungsänderung in Gestalt des jetzigen Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG Voraussetzung. Sämtliche Aufgaben des Bundesamtes für Flugsicherung sind damit auf eine GmbH übergegangen. Stellen Sie sich nun bitte vor, die Bürger bestimmter Umlandregionen eines Flughafens fühlen sich durch unerträglichen Fluglärm belastet und wollen sich dagegen zur Wehr setzten. Wie soll das geschehen? Da die genaue Festsetzung der Flugrouten durch das Luftfahrtbundesamt erfolgt, und zwar durch Rechtsverordnung, liegt es nahe, dass die betroffenen Bürger die vom Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgericht kreierte Feststellungsklage gegen die Routenfestlegung vor dem Oberverwaltungsgericht nutzen, aber zu ihrem Erstaunen darauf verwiesen werden, dass Flugsicherheit und Abwägungsverantwortung hinsichtlich der in Betracht stehenden Interessen bei der GmbH lägen. Kämpfen sie dagegen mit der ohnedies höchst problematischen Lärmschutzklage des bürgerlichen Rechts gegen die Flugsicherung GmbH an, riskieren sie, mit dem Hinweis abgefertigt zu werden, die Flugrouten seien durch Rechtsverordnung des Luftfahrtbundesamtes festgelegt, die GmbH habe damit nichts zu tun. Das Resultat ist - anders als bei Beliehenen. In-Dienst-Genommenen oder Verwaltungshelfern - ein heilloser Irrgarten, der nach meiner Meinung eindeutig gegen das Rechtsstaatsprinzip verstößt. Bei der Kooperation von Gewährleistungsverwaltung und grundrechtlich-privater Erfüllung öffentlicher Aufgaben entstehen also Probleme, die kaum zu meistern sind. Vielen Dank.

Streinz: Herr Vorsitzender, meine lieben Kolleginnen und Kollegen! Herr Voβkuhle hat sich ja dankenswerterweise um dieses Gewährleistungsverwaltungsrecht bemüht, und das Problem der Gewährleistungsverantwortung stellt sich ja sowohl bei der sog. Leistungsverwaltung – dass nämlich notwendige Leistungen erbracht werden, als auch bei der sog. Eingriffsverwaltung – dass die notwendige Kontrolle zur Erfüllung

der Schutzpflicht des Staates erfolgt. Nun haben wir im Sozialrecht und im Luftverkehrsrecht gesehen, dass Referenzgebiete auf Probleme hinweisen. Darum möchte ich ein Beispiel aus dem Lebensmittelrecht bringen. Es ist zwar zur Zeit aus den Schlagzeilen: BSE, von Schlagzeile auf Seite eins auf Gemischtes, auf Seite 50, aber es ist nur die Wahrnehmung, die sich geändert hat, nicht die Realität. Ungeachtet des generell tatsächlich hohen Sicherheitsstandards in der Lebensmittelüberwachung stellen sich Probleme, und zwar bei der bereits aus tatsächlichen Gründen notwendigen Privatisjerung, schon angeregt durch die Überwachungsrichtlinie der EG (1989). Wir haben hier zwei Bereiche. Der eine ist die Reduktion auf die Kontrolle der Kontrolle, und der andere Bereich, auf den ich jetzt eingehen möchte, ist die Übertragung von Kontrollaufgaben des Staates auf private Institutionen. Und hier zeigt sich ein Problem, nämlich die mögliche wirtschaftliche Abhängigkeit der Kontrolleure von den Kontrollierten, ein Phänomen, das wir von der Wirtschaftsprüfung von Gesellschaften kennen, wo man sagt, "Prüfst du nicht, wie ich will oder zumindest liberal, so gehe ich zu einem anderen Prüfer", was dann die Tendenz "Keiner prüft mehr genau" evident in sich trägt. Erhöht wird diese Gefahr, wenn wir Verflechtungen haben zwischen den Kontrollierten und den Kontrolleuren, mittelbare oder unmittelbare wirtschaftliche Verflechtungen, und hier ist meines Erachtens die Aufgabe des Staates, die Unabhängigkeit durch zwingende Prüfvorgaben zu regeln, ggf. sogar durch eine Regelung der Gebühren, denn wir hatten Fälle, wo evident war, dass mit der erhobenen Gebühr gar nicht geprüft werden konnte, weil sich das nicht rechnete; dann auch durch Transparenz und wohl auch durch eine Vielfalt, ggf. durch Differenzierung oder durch den Wechsel der Kontrolleure. Warum soll, was für Bauämter erwogen wird, nicht auch für Private gelten? Zugegeben, es stellt sich dann das Problem: Brauchen wir nicht eine größere Kontrollverwaltung als die jetzige Verwaltung? Ist der Entlastungseffekt weg? Aber das ist nur ein Teilbereich der Frage, ob die Regulierung der Deregulierung nicht ein höheres Regulierungsmaß als die Regulierung selbst herbeiführt, aber da muss man den richtigen Weg finden. Danke schön!

Ronellenfitsch: Herr Vorsitzender, ich kann Ihnen nicht recht geben. Es wurde hier kein Gewährleistungsrecht kreiert; es wurde nur die Aufmerksamkeit auf Entwicklungen im Besonderen Verwaltungsrecht gerichtet, das schon immer das Gewährleistungsverwaltungsrecht kannte. Die Entwicklungen sind in so vielen Spezialmaterien zugange, dass jeder sein Exotengebiet in die Diskussion hätte einbringen können. Dankenswerterweise ist das nicht geschehen. Fixiert sind wir freilich auf das Telekommunikationsrecht, wie sich das heutzutage gehört. Deshalb konzent-

rierte sich alles auf die Universaldienstleistung. Aber das ist nur eine Facette der Betrachtung, die schon im ursprünglichen Daseinsvorsorgekonzept Forsthoffs angelegt war, als dieser die Daseinsvorsorge auf die existenznotwendigen Leistungen beschränkt hatte. Später erkannte Forsthoff, dass das zu eng war, und hat sich berichtigt. In diesem Zusammenhang formulierte er: "Daseinsvorsorge und Wettbewerb schließen sich aus." Das hat zu Missverständnissen geführt. Forsthoff wollte nämlich nicht zum Ausdruck bringen, dass Daseinsvorsorge und Wettbewerb sich immer ausschließen, sondern nur, dass Wettbewerb insoweit ausgeschlossen ist, als er die Erfüllung von Daseinsvorsorgeaufgaben gefährdet. Mein Anliegen ist es hier klarzustellen, was Daseinsvorsorge und kontrollierter Wettbewerb bedeuten. Zur Daseinsvorsorge: Wenn wir den Rechtsbegriff Daseinsvorsorge von Anfang an ernst genommen hätten. hätten wird heute viele Schwierigkeiten nicht. Aber dummerweise haben ja manche geglaubt, den Begriff "Daseinsvorsorge" auf einen soziologischen Befund reduzieren zu müssen. Zum Glück hat sich das jetzt durch die Berichte der Europäischen Kommission zur Daseinsvorsorge geändert. Als Reimport ist die Daseinsvorsorge plötzlich als Rechtsbegriff in der Bundesrepublik en vogue, allerdings als Daseinsvorsorge im kontrollierten Wettbewerb. Was soll nun "kontrollierter Wettbewerb" bedeuten? Wettbewerb ist nie unkontrolliert frei. Der Wettbewerb wird um seiner selbst willen durch das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen kontrolliert - einen völlig freien Wettbewerb gibt es nicht. Also kann der durch das GWB reglementierte Wettbewerb nicht der kontrollierte Wettbewerb bei der Daseinsvorsorge sein. Beim kontrollierten Wettbewerb im Zusammenhang mit der Daseinsvorsorge handelt es sich vielmehr um Wettbewerb, der von Hause aus gar kein echter Wettbewerb ist. Das sollte man ehrlicherweise zugeben. Es geht nicht um privatautonome Gewinnmaximierung, es geht nicht um die Verdrängung eines anderen vom Markt, sondern es geht um die Indienstnahme des privaten Wettbewerbs zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben. Wo Daseinsvorsorgeaufgaben, wo öffentliche Aufgaben erfüllt werden, macht sich der Staat den Wettbewerb zunutze. So etwas wird seit langem etwa durch § 13a Personenbeförderungsgesetz vorgesehen. Danach werden im Wettbewerb Verkehre ausgeschrieben. Die Verkehrsleistung ist in der Weise zu erbringen, dass die verkehrlichen und finanziellen Rahmenbedingungen vorgegeben sind. Wer die vorgegebene Leistung am günstigsten erbringt, erhält den Zuschlag. Um es konkret zu sagen: Der Wettbewerb dient dem öffentlichen Aufgabenträger dazu, den Billigsten zu finden. Es geht darum, die staatlichen Kassen zu entlasten und um sonst nichts. Dient der Wettbewerb dazu, die öffentlichen Zuwendungen zu minimieren, sind wir bei Art. 86 Abs. 2 EG angelangt. Dort diskutieren wir gerade, ob es zulässig ist, im Rahmen der Gewährleistungsverwaltung Beihilfen zu leisten. Sind Zahlungen zum Defizitausgleich überhaupt rechtfertigungsbedürftige Beihilfen im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG oder ist der Daseinsvorsorge-, der Gewährleistungsstaat von vornherein berechtigt, Unternehmen zu subventionieren, wenn diese öffentliche Aufgaben erfüllen? Ich wollte Herrn Voßkuhle nur bitten klarzustellen: Wettbewerb ist bei der Daseinsvorsorge nicht, wie man annehmen könnte, privatautonomer Wettbewerb, sondern kontrollierter Wettbewerb. Kontrollierter Wettbewerb bedeutet nicht nur reglementierter und eingeschränkter Wettbewerb, sondern Wettbewerb, um die staatlichen Kassen zu entlasten unter Gewährleistung der öffentlichen Aufgabenerfüllung. Vielen Dank!

von Danwitz: Ich möchte darauf hinweisen, dass wir bereits heute im Recht der Regulierung, namentlich im Telekommunikationsrecht, eine Eingriffstiefe und -intensität feststellen können, welche die hier vorgetragenen Warnungen vor einer übermäßigen Regulierung zu rechtfertigen vermögen. Namentlich geschieht dies über den Rechtsbegriff der "effizienten Leistungsbereitstellung" im Bereich der Entgeltregulierung. Dieser hat ganz konkret zur Folge, dass die Regulierungsbehörde über die Möglichkeit verfügt, Kosten, die ein Unternehmen tatsächlich hat, für die Entgeltberechnung anzuerkennen oder nicht. Das hat natürlich intensive Steuerungseffekte auf die Organisation und das wirtschaftliche Verhalten eines Unternehmens zur Folge. In diesem Zusammenhang möchte ich weitergehend auf These 21 von Herrn Voßkuhle kommen. Ich glaube, wenn Sie dort von einem Gesamtkonzept sprechen, so wäre dies eine erhebliche Weiterentwicklung des bisherigen Regulierungsrechts, in dem solche gesamtheitlichen Effekte lediglich durch Einzelentscheidungen vermittelt werden. Als - vielleicht untypisches - Beispiel ist die Entgeltregulierung im Bereich der Post zu nennen. Mit der Entscheidung, die in diesem Sommer ergangen ist, wurde der einzige Verwaltungsakt erlassen, der für die nächsten fünf Jahre im Bereich der Entgeltregulierung erforderlich ist. Dabei handelte es sich zwar um ein gigantisches Verfahren, jedoch prägt es über fünf Jahre diesen gesamten Markt.

Ein zweiter Punkt, der vielleicht ein Detail ist, betrifft die These 11 von Herrn Voßkuhle. Ich kann zumindest nach Einfügung von Art. 16 EG nicht erkennen, dass der Gerichtshof Art. 86 Abs. 2 EG extensiv auslegen würde, denn immerhin ist Art. 16 EG eine Grundsatznorm, die natürlich auf die Auslegung der Ausnahmevorschrift des Art. 86 Abs. 2 EG ausstrahlt. Ich glaube auch nicht, dass man primärrechtlich einen Vorrang des regulierten Wettbewerbs feststellen kann. Wir gehen eigentlich davon aus, dass es sich beim Art. 86 Abs. 2 EG um eine Bestimmung handelt, die in ein Regel-Ausnahme-Verhältnis eingebettet ist. Wird sie in Anspruch ge-

nommen, gewährt sie natürlich insoweit auch eine vollständige Wettbewerbsausnahme. Das erfolgt durch einen Betrauungsakt der Mitgliedstaaten im Rahmen des Gemeinschaftsrechts. Insofern sind also nur noch die Wettbewerbsbestimmungen des allgemeinen Wettbewerbsrechts, also des GWB auf nationaler Ebene und der Art. 81 und 82 EG auf europäischer Ebene, anzuwenden. Im Übrigen findet aber eine Regulierung nicht statt. Recht haben Sie allerdings, wenn Sie die sekundärrechtliche Ebene einbeziehen, aber unter dem Vorbehalt, dass in dem betroffenen Gebiet entsprechende Regelungen erlassen worden sind. Im Telekommunikationsund Postsektor haben wir derartige Wettbewerbsbestimmungen jedoch nur in einem gewissen Umfang. Selbst dort gibt es Bereiche, in denen keine sekundärrechtlichen Wettbewerbsbestimmungen bestehen. Deshalb sind wir auch dort auf den Art. 86 Abs. 2 EG und seine Inanspruchnahme durch die Mitgliedstaaten zurückgeworfen. Das macht einen feinen, aber in vielen Fällen sehr bedeutsamen Unterschied. Danke schön!

Kämmerer: Ich pflichte beiden Referenten hinsichtlich vieler Teile ihrer Vorträge bei, möchte aber nochmals auf den Begriff der Gewährleistung zurückkommen, mit dem ich doch die eine oder andere Schwierigkeit habe. Insbesondere frage ich mich, ob es möglich ist, die Gewährleistungsverwaltung als konsistentes und einheitliches Modell eines Verwaltungsmodus zu definieren. Ich befürchte, dass der Spagat, zu dem Sie, Herr Voßkuhle, das Verwaltungsrecht hier zwingen, sehr breit und vielleicht deswegen etwas schmerzhaft ist. Wenn ich Sie richtig verstanden habe, sagen Sie, dass die Gewährleistungsverwaltung auch für privatisierte Unternehmen ein Modell sein kann. Diese sind aber kraft grundgesetzlicher Wertung Grundrechtsträger. Ihre Dienstleistungen sind nur in manchen Fällen - etwa im Post- und Telekommunikationsbereich von staatlicher Gewährleistung geprägt. Die Gewährleistungspflichten sind im Grundgesetz bereits angelegt und zeigen damit, dass Gewährleistung schon kraft verfassungsrechtlicher Wertung eine klassische Verwaltungsaufgabe ist. Auf der anderen Seite nennen Sie die Beliehenen, die aber im Rahmen ihrer Beleihung keine Grundrechtsträger, sondern grundrechtsverpflichtet und dem Staat zugewiesen sind. Hier haben wir also im Grunde einen ganz anderen Verwaltungskontext. Meine Frage lautet daher: Wie bringen Sie all das auf einen Nenner?

Zweiter Punkt: Rückfall von Aufgaben. Hier will ich mich kurz fassen, da in der Diskussion darauf bereits eingegangen worden ist. Aufgabenrückfall halte ich in vielen Bereichen nicht für praktikabel, da der Staat sich ja gerade durch die Überantwortung an Private der Dienstleistungsstrukturen entäußert. Müsste anstatt von Rückfall nicht von Erfüllungssicherung die Rede sein?

Dritter und letzter Punkt: Ihr Postulat nach einer Gewährleistungsverwaltung. Verkörpert es nicht das ganze Dilemma der Privatisierung, die im Ergebnis dazu führt, dass ein Zuwachs an Verwaltungstätigkeit an die Stelle dessen tritt, was man sich erhofft hat, nämlich "lean management"? Bereiche, die an sich in die Freiheit entlassen werden sollten, werden durch das Verwaltungsrecht gleichsam an den Staat rückangebunden. Es kommt zu einem Anwachsen der Normenflut. Sehen Sie einen Ausweg aus diesem Dilemma? Vielen Dank.

Vorsitzender: Meine Damen und Herren! Auf meinem kleinen Spickzettel steht jetzt: "Kompliment an die Kollegen". Der Vorstand möchte sich bei Ihnen allen noch sehr herzlich bedanken für Ihre vorbildliche Zeitdisziplin! Von 23 Diskussionsteilnehmern hat nur einer der roten Lampe bedurft, um auf den Weg zurückgebracht zu werden, den wir erhofft haben. Ich finde, das ist ein großartiges Ergebnis. Sie haben es dem Vorstand wirklich leicht gemacht, die neue Tagungsstruktur zu einem Erfolg werden zu lassen. Dafür bedankt sich der Vorstand von Herzen. Da wir zu dritt sind, macht es keinen Sinn, wenn wir viel klatschen - das geht einfach unter. Ich sage es deswegen einfach so. - Jetzt kommen wir zu den Schlussworten - fast die schwierigere Aufgabe als das Referat selbst. denn in diesen wenigen Minuten auf diese doch zum Teil sehr schwierigen und fundamentalen Fragen einzugehen, ist sicher nicht einfach. Wir praktizieren das ja in umgekehrter Reihenfolge, also zunächst Herr Voßkuhle bitte.

Voßkuhle: Sehr verehrter Herr Vorsitzender, sehr verehrte Kollegen! Herzlichen Dank! Leider bin ich in der unglücklichen Lage, nicht auf alle diese vielen Anregungen und Fragen in der gebotenen Breite einzugehen. Ich möchte mich auf vier größere Punkte beschränken. Der erste Punkt ist die Frage: Warum ein Gewährleistungsverwaltungsrecht? Ist das nicht ein altes Regulierungsrecht, ist das nicht ein klassisches Ordnungsrecht. das da lediglich in anderem Gewand daherkommt? Herr Engel und Herr Wahl haben diese Frage aufgeworfen und Herr Masing hat sie zugespitzt. indem er gefragt hat: Ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht eine Alternative zum Bisherigen oder eine Erweiterung? Ich verstehe das Gewährleistungsverwaltungsrecht tatsächlich als dritte Säule. Es stellt keine Alternative dar, sondern es tritt neben die bestehenden Regulierungskonzeptionen; das Ordnungsrecht behält seine Position, und auch das Leistungsverwaltungsrecht mit seinen verschiedenen Instituten wird nur ergänzt um eine dritte Struktur. Diese Struktur ist deshalb notwendig, weil trotz der Vielfalt der Phänomene bestimmte Probleme immer wiederkehren. Das sind die Probleme, die wir mit einem Privaten haben, der zumindest ursprünglich Grundrechtsträger war - auch der Beliehene ist zunächst einmal ein Grundrechtsträger gewesen - und der sich entschlossen hat, an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben mitzuwirken, oder der aufgefordert wird mitzuwirken: Probleme der Kontrolle, Probleme der Auswahl, Probleme der effektiven Rückholoption usw. Herr Engel hat Recht, dass diese Probleme ganz grundsätzlicher Natur sind. Ich konnte nur anreißen, wie problematisch sich in bestimmten Bereichen eine Verlagerung der Aufgabe in den privaten Sektor darstellt, und man kann tatsächlich zweifeln, ob in jedem Fall eine realistische Rückholoption noch besteht. Ein Gewährleistungsverwaltungsrecht wäre der Auftrag. darüber nachzudenken, so etwas zu sichern, und ich glaube insofern, dass die Regulierungsperspektive etwas zu isoliert ist, weil man dort in der Regel nur das Telekommunikationsrecht als Referenzgebiet vor Augen hat. Es war mein Versuch, eine Vielzahl von unterschiedlichen Phänomenen zusammenzufassen und einen Erkenntnisrahmen zu formulieren, der dann wieder weiter ausdifferenziert werden kann. Ich denke, man braucht eine größere Leitidee, einen größeren Blickwinkel, und mir scheint der Gedanke der Gewährleistung und einer Gewährleistungsverwaltung hier die adäquate Perspektive zu sein.

Der zweite Punkt kreist um die Begriffe Gemeinwohl und Staatsaufgaben. Herr Bull hat vorgeschlagen, auf den Begriff der öffentlichen Aufgabe zu verzichten; Herr Gröschner hat gefragt, ob nicht das Gemeinwohl als regulative Idee im Hintergrund des Gewährleistungsverwaltungsrechts steht. Zunächst zu Herrn Gröschner. Ich möchte antworten, sie steht tatsächlich im Hintergrund. Wir brauchen immer das Gemeinwohl als Legitimation für staatliche Eingriffe, und wenn wir nicht sagen können, das ist gemeinwohlrelevant, dann können wir dem Bürger keine Pflichten auferlegen, dann können wir ihn nicht zu einer bestimmten Aufgabe heranziehen. Insofern brauchen wir auch weiter den Begriff der öffentlichen Aufgabe, der aber nichts anderes bedeutet, als dass es Aufgaben gibt, die der Staat nicht selbst wahrnehmen muss, die aber einen Gemeinwohlbezug aufweisen. Der dogmatische Ertrag der Gemeinwohldiskussion bleibt indes relativ gering; letztlich wird das Gemeinwohl im politischen Prozess konkretisiert.

Der dritte Punkt erscheint mir ein ganz wichtiger zu sein, nämlich die Frage nach dem Bürger, nach der Position des Bürgers im Gewährleistungsverwaltungsrecht. Hier hatten verschiedene Kollegen – ich nenne nur die Herren Pernice, Hermes, Sachs, von Danwitz und Kämmerer – angemahnt, man müsste doch das gesamte Gewährleistungsverwaltungsrecht vom Bürger her konstruieren und vom Grundrechtsberechtigten her denken. Nun war es ja zunächst einmal aufgrund der Themenstellung unsere Aufgabe, die staatliche Verantwortung deutlich zu machen. In vie-

len Bereichen haben Sie aber vielleicht bemerkt, dass ich versucht habe, den Bürger immer wieder in die Betrachtung mit einzubeziehen, etwa bei der Kontrolle des Bürgers durch den Bürger. Ferner erleben wir zur Zeit Entwicklungen im Europarecht, das hat Herr *Pernice* angedeutet, die auf eine Grundrechtsbindung Privater herauslaufen. Ich wäre nur vorsichtig mit einer Vermengung der Kategorien Staat und Gesellschaft. Ich glaube, dass wir diese zwei Kategorien weiterhin brauchen, dass wir von diesem Fundament aus überlegen müssen, inwiefern wir dem Bürger als Grundrechtsberechtigtem Pflichten auferlegen können und inwieweit wir ihn einbeziehen können in ein Gewährleistungskonzept.

Der vierte Punkt ist die Frage der Kodifikation. Hier wurde eingangs von Herrn Gallwas freundlich moniert, dass so eine Kodifikation vielleicht doch zu unflexibel sei. Auch Herr Bullinger und Herr Pitschas hatten Sorge, dass der Private zu sehr gegängelt würde und dass wir einer Überregulierung Vorschub leisten würden. Ich denke, wir müssen uns davon verabschieden, dass eine Zeit kommt, in der wir mit wenigen Gesetzen komplexe Gegenstände steuern können. Wir werden weiterhin mit einem komplizierten Recht leben und arbeiten müssen, und wir sollten versuchen, es so zu gestalten, dass es funktioniert. Was wir brauchen, ist wenn sie mir diese am Zeitgeist orientierte Formulierung erlauben - ein intelligentes Recht; das ist unsere Aufgabe. Des Weiteren bin ich der Überzeugung, dass die Kodifikation einen Erkenntnisrahmen darstellt, der auch heute weiterhin sinnvoll ist. Auch der Weg hin zu einer Kodifikation, das hat das Umweltgesetzbuch gezeigt, besitzt rationalisierenden Charakter für die Diskussion und führt dazu, dass einzelne Institute neu ausgebildet werden. Mit aller Vorsicht und mit großem Problembewusstsein würde ich daher weiterhin für eine Kodifikation des Gewährleistungsverwaltungsrechts plädieren. – Jetzt habe ich noch eine knappe Minute auf meiner Uhr. Die möchte ich nutzen, um mich ganz herzlich beim Vorstand zu bedanken für die Möglichkeit, hier vor Ihnen sprechen zu dürfen. Es war für mich sehr bereichernd. Ich habe die Breite des Themas als Möglichkeit gesehen, im letzten Dreivierteliahr mit innerer und äußerer Legitimation all die Bücher zu lesen, die ich immer schon lesen wollte, und dafür bin ich sehr dankbar. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Voßkuhle! Es handelt sich um einen Vorgang gegenseitiger Bereicherung, von der ich nicht weiß, wie man ihn kondiktionsrechtlich auflöst, aber das wollen wir jetzt nicht vertiefen. Herr Heintzen!

Heintzen: Vielen Dank, Herr Schuppert! Sie haben eben gesagt: 23 Diskussionsbeiträge! Wenn ich zu jedem etwas sagen würde, hätte ich jeweils

weniger als 30 Sekunden Zeit. Das geht nicht, darum versuche ich es erst gar nicht. Vielmehr möchte ich mein Schlussstatement in zwei Teile aufteilen. Ich möchte einmal festhalten, was mir als gemeinsam erschienen ist in den Referaten von Herrn Voßkuhle und von mir, und dann, als zweites, auf den Hauptunterschied eingehen, der mit "Gewährleistungsverwaltungsrecht" zu umschreiben ist. Eine erste Gemeinsamkeit sehe ich in der Frage, welche Rolle der Staat spielen soll. Man kann, das ist vielleicht etwas übertrieben, sagen, dass zwei ziemlich etatistische Referate gehalten worden sind, weil beide Referenten dem Staat die maßgebende Rolle bei der Formulierung der öffentlichen Aufgaben zugewiesen haben, bei der Konkretisierung des Gemeinwohls als regulatives Prinzip (Gröschner). Beide Referenten haben wenig vom "Bürger" gesprochen, auf den Herr Pernice hingewiesen hat. Allerdings heißt es in unserem Thema "der Private", und das ist ein Unterschied. Eine zweite Gemeinsamkeit beider Referate sehe ich darin, dass sie aus Verfassungsrecht wenig abgeleitet haben. Das betrifft etwa die Staatsaufgaben, das betrifft grundrechtliche Schutzpflichten. Verfassungsrecht bleibt hier so abstrakt, dass wenig iuristisch Handgreifliches daraus abzuleiten ist. Eine dritte Gemeinsamkeit sehe ich darin, dass beide Referate Staat und Private klar gegenüber gestellt haben und dass eine Vermischung, etwa eine Integration von Privaten in staatliche Gremien, von beiden eher skeptisch eingeschätzt wird. Eine vierte Gemeinsamkeit sehe ich bei der Rolle des Privatrechts - des Privatrechts, das, vielleicht bei mir etwas stärker akzentuiert, ein Forum für Kooperation des Staates mit Privaten ist und in dem grundrechtliche Freiheit und wirtschaftliche Kompetenz zum Ausdruck kommen.

Nach diesen wichtigen Gemeinsamkeiten möchte ich überleiten zum Hauptunterschied beider Referate. Der Hauptunterschied ist das Gewährleistungsverwaltungsrecht. Als ich mein Referat konzipiert habe. habe ich auch überlegt, ob man so etwas fordern solle. Ich habe diese Überlegungen dann verworfen. Sie erscheinen mir schon als nicht praktikabel; man muss hier nur an die föderale Spaltung der Gesetzgebungskompetenzen im Allgemeinen Verwaltungsrecht denken. Sodann habe ich an das sog. Privatisierungsfolgenrecht gedacht, über das vor wenigen Jahren noch so viel geschrieben worden ist; und wenn man heute nachschaut, wird man ein Privatisierungsfolgenrecht als kompaktes, kohärentes Gebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts nicht finden. Der Hauptgrund für mich, ein Gewährleistungsverwaltungsrecht nicht zu fordern, ist ein Leitmotiv, das über der Bearbeitung des gesamten Themas steht. Dieses Leitmotiv lautet schlicht: "Wer A sagt, muss auch B sagen." Wer "Privater" sagt, der kann nicht zugleich volle staatliche Kontrolle verlangen; wer "Private" einbezieht, muss eben in Kauf nehmen, dass die Rolle des Staates kleiner wird und sollte nicht versuchen, dies mit dem dehnbaren Wort "Gewährleistung" zu verdecken. Es besteht bei einem solchen Versuch die Gefahr, dass dem Staat letztlich doch das auferlegt wird, dessen Nichterfüllung eben durch den Staat zur Einschaltung Privater geführt hat. Aus diesen Gründen bin ich optimistisch, dass es ein Gewährleistungsverwaltungsrecht als kohärentes Rechtsgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts in zehn Jahren nicht geben wird. Vielen Dank!

Vorsitzender: Vielen Dank! Damit ist unsere Vormittagssitzung geschlossen.