

Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?

I. Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts

1. Der „Gewährleistungsstaat“ als neues Leitbild

In der aktuellen rechtswissenschaftlichen Diskussion (jedenfalls zum Öffentlichen Recht) wird vermehrt mit sog. *Leitbildern* gearbeitet¹. Sie vermitteln im wissenschaftlichen Diskurs (Grob-)Orientierungen, übernehmen nicht selten auf der Ebene der Deskription und der Analyse eine Art Bündelfunktion zur Markierung signifikanter (oft neuer) Entwicklungen im Rechtssystem, üben mitunter aber auch eine Suggestivkraft aus, die sie rasch zu „Schlüsselbegriffen“ werden lässt², deren Nähe zu Rechtsbegriffen und zu rechtsdogmatischen Begriffen nicht übersehen und vor allem nicht unterschätzt werden sollte³.

Gegen die Verwendung von Leitbildern in der wissenschaftlichen Debatte ist an sich nichts einzuwenden. Man muss sich allerdings Klarheit über ihren Stellenwert verschaffen und vor allem – insbesondere aus rechtsdogmatischer Sicht – nicht nur ihr Leistungspotential sehen, sondern auch die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit erkennen. Werden Leitbilder im Sinne begrifflicher Bündelung als Analyseinstrument verwendet⁴, ermöglichen sie Reflexionen jenseits eines konkreten Normtextes auf einer abstrakte(re)n Ebene über allgemeine Entwicklungen in der Rechtsordnung (und im politischen System), die Aufschluss geben können über Neuerungen ebenso wie über Friktionen, Defizite und Gefährdungen fundamentaler Rechtswerte⁵. So gesehen erlauben es Leitbilder – wie es der wissenschaftliche Leiter dieser 50. Bitburger Ge-

¹ Näher dazu *Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 223 (232 ff.).

² Vgl. *Vofskuhle*, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, *VerwArch* 92 (2001), 184 ff.

³ Ein markantes Beispiel insoweit ist die „gute Verwaltung“, die nun in Art. 41 EU-Grundrechtecharta im „Recht auf eine gute Verwaltung“ einen positivrechtlichen Niederschlag gefunden hat; vgl. dazu (m. w. Nachw.) *Hoffmann-Riem*, *Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Vofskuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2006, § 10 Rn. 35; *Ruffert*, in: *Callies/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/EGV*, 3. Aufl. 2007, Art. 41 GRCh Rn. 10 ff.

⁴ *Hoffmann-Riem*, *Das Recht des Gewährleistungsstaates*, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 89 (90): „Der Begriff des Gewährleistungsstaates soll den analytischen Zugriff auf den Befund moderner Staatlichkeit erleichtern, Reflexionen über den Sinn und die Möglichkeit staatlicher Steuerung provozieren und eine Aufforderung zur Entwicklung der gegenwärtigen Realität angepasster normativer Konzepte sein.“

⁵ Weiterführend *Franzius*, *Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vofskuhle* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band I, 2006, § 4 Rn. 23 ff.

sprache formuliert hat –, „einen Blick hinter den Vorhang zu tun, vor dem der juristische Harlekin seine Sprünge macht“⁶.

Das mir gestellte Thema weist eine starke Prägung durch Leitbilder auf. Durch die Begriffe „Gewährleistungsverwaltung“ und „Privatrechtsgesellschaft“ wird Bezug genommen auf die breit angelegte Diskussion zum Wandel moderner Staatlichkeit, der spätestens seit den 1990er Jahren unübersehbar in Gang gekommen ist und mit dem Terminus „Gewährleistungsstaat“ auf den Begriff gebracht wird⁷. Dieses Leitbild bringt eine Tendenz zum Ausdruck, die eine bemerkenswerte Veränderung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben markiert: Der Staat (einschließlich seiner Untergliederungen) sieht in immer weiteren Bereichen (vornehmlich der Daseinsvorsorge) davon ab, die ihm obliegenden Aufgaben selbst wahrzunehmen, sondern ermöglicht Privaten im Rahmen hoheitlich gesetzter regulativer Vorgaben (z. B. Zielsetzungen, Verfahrensregeln, Organisationsmodellen) die Aufgabenerledigung; an die Stelle der „eigenhändigen“ staatlichen Leistungserbringung tritt die private Aufgabenerfüllung, allerdings nicht im Wettbewerb des „reinen Marktes“, sondern im Rahmen staatlicher Vorkehrungen zur Verwirklichung (auch) von Gemeinwohlzielen durch Private, so dass der „Gewährleistungsstaat“ unter Rückbau des traditionellen Wohlfahrts- und Interventionstaates in vielen Bereichen (z. B. Telekommunikation, Post, Abfallwirtschaft) private Initiative ermöglicht und dennoch Gemeinwohlbelange (z. B. Versorgungssicherheit, Verbraucherschutz, Umweltschutz) schützt⁸.

Völlig neu ist diese Entwicklung nicht. Schon immer wurde das Angebot zur Deckung vieler Grundbedürfnisse (z. B. Lebensmittel, Kleidung, Wohnung) in Westeuropa und auch in Deutschland nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs ausschließlich oder überwiegend vom Markt geregelt⁹; und dennoch nahm der Staat auch in diesen Bereichen eine gewisse Gewährleistungsverantwortung wahr¹⁰. Tendenziell neu ist aber im vorliegenden Zusammenhang, dass sich der Staat nun auch dort von der Aufgabenwahrnehmung immer stärker zurückzieht, wo er bislang hoheitlich oder schlichthoheitlich agierte, und damit auf jenen Aufgabenfeldern Privaten die Leistungserbringung ermöglicht¹¹. Die Beispiele reichen von der Versorgung mit lebensnotwendigen Gütern (z. B. Wasserversorgung¹²) bis zur Entsorgung, wo Umweltbe-

⁶ Stürmer, Markt und Wettbewerb über alles? – Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie, 2007, S. V.

⁷ Näher zur Begrifflichkeit Franzius, Der „Gewährleistungsstaat“ – Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003), 493 f.

⁸ Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung – Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, 2005, S. 195 (197); ausführlich Knauff, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 59 ff., 74 ff.

⁹ Instrukтив zu „Binnenmarkt“ und „Leistungen der Daseinsvorsorge“ EU-Kommission, Mitteilung der Kommission – Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM (2000) 580 endg., Tz. 14 ff.

¹⁰ Vgl. dazu nur etwa am Beispiel der Verantwortungsverteilung für die Lebensmittelsicherheit Schliesky, Kosten und Gebühren. Wer zahlt für die neue Sicherheit? – Systematik der finanziellen Verantwortungsverteilung im neuen Lebensmittelrecht, ZLR 2004, 283 (285 ff.).

¹¹ Hoffmann-Riem, Gewährleistungsstaat (Fn. 4), S. 91.

¹² Emmerich-Fritsche, Privatisierung der Wasserversorgung in Bayern und kommunale Aufgabenverantwortung, BayVBl 2007, 1 ff.; Kabl, Die Privatisierung der Wasserversorgung, GewArch 2007, 441 ff.

lange auf dem Spiel stehen (z. B. Abfallentsorgung und Abwasserbeseitigung¹³), von der Wahrnehmung sicherheitsempfindlicher Aufgaben (z. B. Flugsicherung¹⁴, Strafvollzug¹⁵ und Betrieb von Bundeswehrkasernen¹⁶) bis hin zu staatlichen Infrastrukturen (z. B. Post und Telekommunikation¹⁷, Fernstraßenbau¹⁸), von der Kontrolle der Produktsicherheit¹⁹ bis hin zur Wahrung des Jugendschutzes im Medienrecht²⁰.

2. Kennzeichen des „Gewährleistungsstaates“

Wenn im vorliegenden Zusammenhang von „Gewährleistungsstaat“ gesprochen wird²¹, ist damit selbstverständlich nicht die organisierte Staatlichkeit im institutionellen Sinn gemeint. Es geht vielmehr um die – durchaus plakative – Benennung bestimmter Entscheidungsformen derjenigen Staatstätigkeit, die die Art und Weise der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben ohne staatliche Erfüllung betrifft. Markiert wird also der Rückzug des Staates von der „eigenhändigen“ Aufgabenerledigung, gepaart mit dem Einrücken Privater in die Leistungserbringung, wofür der Staat über seine „Gewährleistungsverantwortung“ eine Art „Ergebnissicherung“ übernimmt.

Prägend für das Modell des „Gewährleistungsstaates“ ist die *Aktivierung privater Kräfte*, die allerdings gekoppelt ist an den rechtlichen Rahmen *gemeinwohlsichernder Regelungsstrukturen*²². Schon hier deutet sich an, dass die systematische Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts ein anspruchsvolles Unterfangen ist, weil die klassische Dichotomie zwischen den überkommenen Ordnungsprinzipien des staatlichen Hoheitskonzepts einerseits und des gesellschaftlichen bzw. wirtschaftlichen Wettbewerbskonzepts andererseits²³ überwunden und fortentwickelt wird. Die Verknüpfung zweier an sich antinomischer Modelle lässt nicht erwarten, dass das eine Modell (z. B. Marktmodell) vollständig „obsiegt“ und das andere Konzept (z. B. staatliche Hoheitsverwaltung) als „Auslaufmodell“ der Vergangenheit angehört. Für die Verabsolutierung einseitiger Theoreme und die Propagierung „reiner Systeme“ ist im

¹³ *Fenzel/Biesecke*, Konzessionsmodelle als materielle Privatisierungsform in der Abwasserbeseitigung?, LKV 2007, 296 ff.

¹⁴ Zu einem möglichen erneuten Versuch nach dem am Bundespräsidenten gescheiterten (vgl. BT-Drs. 16/3262) „Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung“ (BT-Drs. 16/240, 16/1161) vgl. *Giemulla*, Flugsicherung und Verfassungsrecht, DVBl 2007, 719 ff.

¹⁵ *Gusy*, Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung des Jugendstrafvollzugs, JZ 2006, 651 ff.; *Mösinger*, Privatisierung des Strafvollzugs, BayVBl 2007, 417 ff.

¹⁶ Zum ersten PPP-Projekt vgl. die Mitteilung im DVBl 2006, A 375; allg. ferner *Gramm*, Privatisierung bei der Bundeswehr, DVBl 2003, 1366 ff.

¹⁷ *Löhr*, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag, 2006, S. 141 ff.

¹⁸ *Burgi*, Vergaberechtliche Probleme der Privatfinanzierung von Fernstraßen, DVBl 2007, 649 ff.

¹⁹ *Weiß*, Die rechtliche Gewährleistung der Produktsicherheit, 2008, S. 265 ff., 346 ff.

²⁰ *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsverwaltungsrecht, 2008, S. 100 ff., 139 ff.

²¹ Rechtsdogmatisch vorzugswürdig ist der Begriff „Gewährleistungsrecht“, vgl. *Schoch*, Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: *Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7, 2007, 177 (207).

²² *Franzius*, Der Gewährleistungsstaat, Vortrag am 01.02.2007 an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Manuskript S. 11.

²³ Näher dazu *Grzeszick*, Hoheitskonzept – Wettbewerbskonzept, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 2006, § 78 Rn. 2 ff.

„Gewährleistungsstaat“ kein Raum²⁴. Dieser Staat verlangt vielmehr intelligenter und vor allem bereichsspezifisch differenzierende Lösungen. Darauf hat sogar – aus dem Blickwinkel der „Daseinsvorsorge in Europa“ – die EU-Kommission hingewiesen²⁵. Konsequenz: Die Privatisierung z. B. der Telekommunikation mit ihrer komplexen rechtlichen Verfasstheit hat keineswegs automatisch Vorbildwirkung für die Klärung der Frage, ob etwa nun auch die Wasserversorgung der Bevölkerung flächendeckend privatisiert werden sollte.

Die *Attraktivität* des „Gewährleistungsstaates“ wird in der Kombination der beiden (puristisch betrachtet: inkompatiblen) Rationalitäten des wirtschaftlich-gesellschaftlichen Sektors einerseits und des staatlichen Sektors andererseits gesehen²⁶: Überlastung des Staates, Überforderung der Staatsfinanzen, Aufbau zusätzlicher Bürokratien, Anwachsen behördlicher Vollzugsdefizite, Zunahme immer neuer Informationsdefizite und Wissensprobleme des Staates etc. können vermieden werden; nutzbar gemacht werden demgegenüber private Initiative, individueller Sachverstand, privates Kapital und private Innovation, die größere Nähe und Flexibilität privater Leistungserbringer gegenüber den Kunden; gewahrt werden dennoch der sozialgestalterische Anspruch des Staates, seine Fähigkeit zum Ausgleich zwischen Freiheit und Gleichheit als den beiden Grundantinomien menschlicher gesellschaftlicher Organisation, was jedenfalls in Kontinentaleuropa und in Sonderheit in Deutschland ein wesentliches Element gesellschaftlicher Kultur darstellt²⁷; gesichert wird in vielen Bereichen auch die Letztentscheidung demokratisch legitimierter Herrschaft an Stelle der alleinigen Maßgeblichkeit unsichtbarer und nur schwer zur Verantwortung zu ziehender „Marktkräfte“. Kurzum: Der „Gewährleistungsstaat“ kann als Ausdruck dessen begriffen werden, was die EU-Kommission „Europäisches Gesellschaftsmodell“ nennt²⁸.

3. Notwendigkeit rechtlicher Fundierung

Vor Einseitigkeiten und Überhöhungen sei jedoch sogleich gewarnt. Der „Gewährleistungsstaat“ wird im Bereich der öffentlichen Verwaltung keineswegs zu einer kompletten Umformung exekutiver Staatstätigkeit führen. Die klassischen Bereiche der Ordnungsverwaltung und der Leistungsverwaltung wird es auch in Zukunft geben (müssen). Eine genauere Analyse der Funktionsbedingungen des Gewährleistungs-verwaltungsrechts wird sogar zeigen, dass neben neuen Steuerungsinstrumenten bekannte und bewährte Vollzugselemente des klassischen Verwaltungsrechts unver-

²⁴ Gegen Verabsolutierungen theoretischer Modelle in der Rechtsordnung auch *Stürmer*, Markt und Wettbewerb (Fn. 6), S. 149 ff.

²⁵ *EU-Kommission* (Fn. 9), KOM (2000) 580 endg., Tz. 8 ff.

²⁶ Näher zum Folgenden *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 3 ff.

²⁷ Speziell zu diesem Aspekt *Stürmer*, Markt und Wettbewerb (Fn. 6), S. 87 f., 170 ff.

²⁸ *EU-Kommission*, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 endg.: „In einer Welt des Wandels bleiben Leistungen der Daseinsvorsorge eines der wesentlichen Fundamente des Europäischen Gesellschaftsmodells“ (Tz. 1). Bekräftigend *EU-Kommission*, Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., S. 4 ff.; *EU-Kommission*, Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM (2007) 725 endg., S. 4.

zichtbar sind. Es geht im vorliegenden Zusammenhang um Evolution, nicht um Revolution. Um wissenschaftlich anschlussfähig zu bleiben und praktisch brauchbar sowie handhabbar zu werden, muss das Leitbild des „Gewährleistungsstaates“ in bestehende Rechtsstrukturen übersetzt und mit genauem rechtlichen Inhalt gefüllt werden; notwendig ist also seine Fundierung im geltenden Recht²⁹.

Um dies leisten zu können, muss man sich Klarheit über die beiden wirkungsmächtigsten Entwicklungsfaktoren verschaffen, die zugleich Auskunft geben über die wesentlichen bereichsspezifischen Erscheinungsformen des „Gewährleistungsstaates“: Haupttriebfedern waren und sind die Privatisierung von Staatsaufgaben und die Europäisierung der innerstaatlichen Rechtsordnung³⁰.

– Die *Privatisierung*, in den 1990er Jahren auf breiter Front in Gang gesetzt³¹, hat zu einem Rückzug staatlicher Leistungserbringung auf vielen Gebieten geführt³². Da es „die“ Privatisierung jedoch nicht gibt, sondern zumindest die vier anerkannten Grundformen (Aufgabenprivatisierung, Vermögensprivatisierung, Organisationsprivatisierung, funktionale Privatisierung) zu unterscheiden sind³³, ist es zu einem einseitigen Rückzug des Staates vielfach gar nicht gekommen. Das hat bisweilen politische Gründe, beruht in vielen für das Gemeinwesen wichtigen Bereichen aber auch – was leicht übersehen wird – auf verfassungsrechtlichen Vorgaben³⁴. Im Ergebnis jedenfalls mutiert der vormalige „Leistungsstaat“ auf zahlreichen Aufgabefeldern zu einem „Gewährleistungsstaat“, der sich vornehmlich in einem „Regulierungsstaat“ manifestiert. Dies führt allenfalls begrenzt zu einer Stärkung der „Privatrechtsgesellschaft“. Die Praxis zeigt, dass mit der Privatisierung in nicht wenigen Fällen eine neue Regulierung einhergeht³⁵. Von daher lässt sich das Gewährleistungsverwaltungsrecht ohne weiteres als „Privatisierungsfolgenrecht“ deuten³⁶.

²⁹ Dazu mit Blick auf die „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“ *Schoch* (Fn. 21), *Die Verwaltung*, Beiheft 7, 2007, 177 (209 f.).

³⁰ Ausführlich dazu *Franzius* (Fn. 7), *Der Staat* 42 (2003), 493 (499 ff.).

³¹ *Schoch*, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, DVBl 1994, 962 ff.; ferner Referate zu diesem Thema auf der Staatsrechtslehrertagung 1994 in Halle/Saale von *Hengstschläger*, *Osterloh*, *Bauer* und *Jaag*, VVDStRL 54 (1995), 165 ff., 204 ff., 243 ff. und 287 ff.

³² Von der Rechtsprechung durchgehend gebilligt; vgl. BVerfG-K, NJW 1995, 514 (Privatisierung der Hamburger Feuerkasse); BayVerfGH, BayVBl 1996, 590 und 626 (Zulassung von Feuerbestattungsanlagen in privater Trägerschaft); BayVerfGH, NJWE-VHR 1997, 2 (Privatisierung öffentlichrechtlicher Versicherungsanstalten in Bayern); VerfGH Berlin, DVBl 2000, 51 = NVwZ 2000, 794 (Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe), dazu: Bespr. von *Bechtolsheim/Abend*, LKV 2000, 337, und *Wolfers*, NVwZ 2000, 765, sowie *Schmebl*, JuS 2001, 233; BVerwGE 111, 259 (Privatisierung der Eisenbahn-Wohnungsgesellschaften); BVerwG, DVBl 2006, 840 = DÖV 2006, 651 = NVwZ 2006, 829 (Überwachung der Entsorgung besonders überwachungsbedürftiger Abfälle durch Privatrechtssubjekt).

³³ Einzelheiten dazu (m. umfangr. Nachw.) bei *G. Kirchhof*, *Rechtsfolgen der Privatisierung*, AöR 132 (2007), 215 (224 ff.).

³⁴ Vgl. dazu unten II. 1.

³⁵ *Baumann*, *Private Sicherheitsgewähr unter staatlicher Gesamtverantwortung – Zum Wandel vom Leistungs- zum Regulierungsstaat am Beispiel der Luftfahrtverwaltung*, DÖV 2003, 790 (796); empirisch (am Beispiel der Telekommunikation und des Rundfunks) *Fliedner/Hadamik*, *Weniger Gesetze durch Privatisierung öffentlicher Aufgaben?*, ZG 2007, 289 ff.

³⁶ *Badura*, *Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung*, in: *Festschrift für Starck*, 2007, S. 153 (160 ff.).

- Die *Europäisierung* hat nicht in einem direkten Sinne rechtlich verpflichtend innerstaatliche Privatisierungsmaßnahmen ausgelöst. Schon aus Kompetenzgründen (Art. 295 EGV) ist die EG daran gehindert, derartige Maßnahmen anzuordnen³⁷. Die Liberalisierung und die Entwicklung des Binnenmarktes haben jedoch zu einer „Sogwirkung“ des Marktmodells geführt, von der mittelbar ein gewisser Privatisierungsdruck ausgeht. Zugleich hat die EG jedoch – nicht zuletzt auf Grund der Aufnahme des Art. 16 EGV („Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“) in das primäre Gemeinschaftsrecht durch den Vertrag von Amsterdam³⁸ – die Prozesse der Liberalisierung und Privatisierung durch Rahmenvorgaben für ein Privatisierungsfolgenrecht flankiert³⁹. In Teilbereichen hat die EG in den vergangenen zehn Jahren das Leitbild einer „Gewährleistungsgemeinschaft“ angenommen⁴⁰.

Der kurze Blick auf „Privatisierung“ und „Europäisierung“ zeigt, dass der Rückzug des Staates aus einer jahrzehntelang wahrgenommenen Vollzugsverantwortung nicht zu einer schlichten „Entstaatlichung“ des betreffenden Bereichs führt⁴¹. Pointiert ist formuliert worden, die dem sozialen Rechtsstaat abzuverlangenden Garantien für Freiheit und Wohlfahrt ließen es nicht zu, daseinsnotwendige Infrastruktur- und Versorgungsleistungen der privatwirtschaftlichen Darbietung überhaupt oder ohne aufsichtliche Regulierung zu überlassen⁴². Das mag in dieser Form eine etwas überspitzte Aussage sein, trifft allerdings den Kern des Problems in den privatisierten Bereichen ziemlich genau. Hinzuzufügen ist überdies, dass das Gewährleistungsrecht nicht einmal auf die Gebiete der Privatisierung staatlicher Daseinsvorsorge beschränkt ist, sondern hier nur besonders augenfällig wird⁴³. Das Beispiel des Produktsicherheitsrechts zeigt, dass sich die staatliche Gewährleistungsverantwortung längst auf Bereiche erstreckt, die seit jeher durch privatwirtschaftliches Handeln gekennzeichnet sind⁴⁴.

II. Konzept einer staatlichen Gewährleistungsverantwortung

1. Verfassungsrechtliche Verankerung

Wendet man zwecks genauer rechtlicher Verankerung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung den Blick auf das geltende Recht, darf das *Verfassungsrecht* nicht

³⁷ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 295 Rn. 11.

³⁸ Vgl. Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, 334 (336 f.).

³⁹ Franzius (Fn. 7), Der Staat 42 (2003), 493 (503).

⁴⁰ Hoffmann-Riem, Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, DVBl 1999, 125.

⁴¹ Burgi, Die Umsetzungsebene der Gewährleistungsverantwortung: Leistungsbeschreibung und Qualitätsprüfung, ZSE 2007, 46.

⁴² Badura, FS Starck (Fn. 36), S. 154, mit der ergänzenden These, die Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung könne nicht dem Grundsatz nach als ein Gebot wirtschaftlicher Freiheit und der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb (Art. 4 EGV) betrachtet werden.

⁴³ Schulze-Fielitz, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 12 Rn. 53.

⁴⁴ Näher dazu Weiß, Gewährleistung der Produktsicherheit (Fn. 19), S. 58 ff.

kurzerhand übersprungen werden, um unvermittelt in rechtspolitischen Debatten landen zu können. Konkrete Beispiele der jüngsten Vergangenheit und der Gegenwart geben Zeugnis von der Direktionskraft der Verfassung in Bezug auf ein wirksames Gewährleistungsrecht. Als Beispiele seien die Erbringung von Postdienstleistungen, die (gescheiterte) Kapitalprivatisierung der Flugsicherung und die (vom Scheitern bedrohte) Bahnprivatisierung herausgegriffen.

- Geradezu als „Mustermodell“ für das Leitbild vom Gewährleistungsstaat gelten das *Postwesen* und die *Telekommunikation*. Dienstleistungen in diesen Bereichen sind als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter zu erbringen (Art. 87 f Abs. 2 S. 1 GG). Dennoch hat der Bund (nach Maßgabe eines Bundesgesetzes, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf) im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten (Art. 87 f Abs. 1 GG). In seiner Entscheidung zur Exklusivlizenz der Deutschen Post AG für die Briefbeförderung hat das BVerfG betont, die Verfassung lege die Erbringung von Postdienstleistungen nicht uneingeschränkt auf das Wettbewerbsprinzip fest; vielmehr bewirke das von Art. 87 f GG vorgesehene Regelungsregime keine völlige Freigabe der Dienstleistungen an den marktwirtschaftlichen Wettbewerb, sondern nur eine Freigabe im Rahmen der Einbettung dieses Wettbewerbs in das Gewährleistungskonzept des Art. 87 f Abs. 1 GG⁴⁵.
- Die vom Bundespräsidenten verweigerte Ausfertigung des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung, durch welches eine Kapitalprivatisierung i. H. v. 74,9 % der Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS) ermöglicht werden sollte, stellt ebenfalls ein Beispiel für die Wirksamkeit des Gewährleistungsrechts dar. Selbst wenn Art. 87 d Abs. 1 GG nicht nur eine Organisationsprivatisierung sondern auch eine *Kapitalprivatisierung der Flugsicherung* erlaubte, wurden „die im Gesetz vorgesehenen Regelungen über die Beaufsichtigung einer privatisierten Flugsicherungsorganisation nicht der Gewährleistungsverantwortung gerecht, die der Staat für die hoheitliche Aufgabe der Flugsicherung trägt“⁴⁶.
- Der geplanten *Bahnprivatisierung* droht eventuell dasselbe Schicksal wie der gescheiterten Kapitalprivatisierung der Flugsicherung. Auch zum Eisenbahnwesen statuiert das Verfassungsrecht ein Gewährleistungsregime (Art. 87 e Abs. 3 und Abs. 4 GG)⁴⁷. Der Bund muss danach mindestens Mehrheitsanteilseigner der als

⁴⁵ BVerfGE 108, 370 (393) mit Hinweisen auf den sachlichen Grund: Der staatliche Infrastruktursicherungsauftrag solle verhindern, „dass es bei und nach der Privatisierung und Liberalisierung des Postwesens zu einer Unterversorgung mit Dienstleistungen kommt, weil der Wettbewerb (noch) nicht funktioniert oder sich auf lukrative Bereiche beschränkt“.

⁴⁶ So zutreffend der Bundespräsident in seinem Schreiben vom 23.10. 2006 an die Präsidenten von Bundestag und Bundesrat sowie an die Bundeskanzlerin, BT-Drs. 16/3262 S. 2; zu Einzelheiten *Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87 d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, 47 ff.

⁴⁷ Man muss sich keine Illusionen darüber machen, welche betriebswirtschaftlichen Rationalitäten ohne ein entsprechendes rechtliches Gewährleistungssystem vorherrschten: Die Deutsche Bahn Netz AG hatte auf Grund fehlender Wirtschaftlichkeit (wegen unzureichender Trassenerlöse) die Unterhaltung einer bestimmten Bahnstrecke aus eigenem Entschluss eingestellt und die Strecke gesperrt. Die behördliche Anordnung, die

Wirtschaftsunternehmen in privatrechtlicher Form zu führenden Eisenbahnen des Bundes bleiben und die ihm zustehenden Ingerenzbefugnisse eines Mehrheitsaktionärs auch nutzen; zugleich muss der Bund interne und externe Einflussnahmerechte in Anspruch nehmen (können), um dem ihm auferlegten Gewährleistungsauftrag zum Wohl der Allgemeinheit gerecht zu werden. Nach einer vorliegenden Expertise wird der gegenwärtige Entwurf des Gesetzes zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes – als Versuch einer „Quadratur des Kreises“ – den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht⁴⁸.

Die drei ausgewählten Bereiche markieren sicherlich exponierte Problembereiche. In ihrer rechtlichen Substanz sind sie dennoch exemplarisch, weil wichtige und zudem unterschiedliche Bereiche angesprochen sind: staatliche Gewährleistung von Sicherheitsaufgaben (Flugsicherung), von Dienstleistungen (Postdienste) und von Infrastruktureinrichtungen (Eisenbahnen). Jenseits der bereichsspezifischen verfassungsrechtlichen Gewährleistungskonzepte (Art. 87 d, Art. 87 e, Art. 87 f GG) bilden vor allem *grundrechtliche Schutzpflichten* die Basis für das – jeweils gebietsbezogene – Gewährleistungsrecht. Mit ihrer objektrechtlichen Schutzpflichtdimension wirken Grundrechte vielfach als Gewährleistungspflichten des Staates⁴⁹. Dass bei der Ausgestaltung (also dem „Wie“ der Wahrnehmung von Schutzpflichten) Gestaltungsspielräume bestehen, versteht sich. Eine Grundaussage kann gleichwohl getroffen werden: Je stärker sich der Staat bei der Leistungserbringung auf Private verlässt, desto größer muss im Schutzpflichtenmodell deren Gewähr für die ordnungsgemäße Funktionserfüllung sein⁵⁰. Aktuelle Untersuchungen bestätigen diesen Befund am Beispiel des Produktsicherheitsrechts (insbesondere in Bezug auf die Marktzugangskontrolle und die Marktüberwachung)⁵¹ sowie am Beispiel des mittlerweile teilprivatisierten Jugendmedienschutzes⁵².

Nur als Merkposten sei zur verfassungsrechtlichen Fundierung des Gewährleistungsrechts notiert, dass auch *Staatsstrukturbestimmungen* (Art. 20, 28 Abs. 1 S. 1 GG) als Vorgaben für den Gesetzgeber (insbesondere Demokratieprinzip, aber auch Rechtsstaats- und Sozialstaatsgebot) nicht übersehen werden dürfen. Ihre Direktionskraft ist mitunter gering; dann wirken sie vornehmlich als Ziel- und Rahmenvorgaben. Sie vermögen aber auch durchschlagende verfassungsrechtliche Kraft zu entfalten. Für das Demokratieprinzip ist dies am Beispiel der funktionalen Privatisierung, die mit

betreffende Strecke in einen betriebssicheren Zustand zu versetzen und in diesem Zustand für den Eisenbahnverkehr vorzuhalten, wurde wegen der gesetzlichen Unterhaltungspflicht der Bahn (§§ 4, 11 AEG) gerichtlich bestätigt. BVerwG, DVBl 2008, 380 (mit Anm. Kramer).

⁴⁸ Ehlers, Die verfassungsmäßige Beurteilung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes, Rechtsgutachten erstattet im Auftrag der Verkehrsministerkonferenz der deutschen Länder, September 2007, S. 49 ff.

⁴⁹ Franzius (Fn. 7), Der Staat 42 (2003), 493 (509); Hoffmann-Riem, Gewährleistungsstaat (Fn. 4), S. 93 f.; Badura, FS Starck (Fn. 36), S. 154.

⁵⁰ Eifert, Die geteilte Kontrolle – Die Beteiligung Privater an der Rechtsverwirklichung, Die Verwaltung 39 (2006), 309 (319), am Beispiel des Produktsicherheitsrechts.

⁵¹ Weiß, Gewährleistung der Produktsicherheit (Fn. 19), S. 71 ff.

⁵² Thoma, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 20), S. 304 ff. (ferner zur Produktsicherheit S. 312 ff., zum Umweltrecht S. 316 ff., zum Bilanzierungsrecht S. 319 ff.).

einer Beileihung (zwecks Ausübung auch von Hoheitsrechten durch das Privatrechtssubjekt) verknüpft war, verfassungsgerichtlich durchexerziert worden⁵³.

2. Stufung staatlicher Verantwortung bei der Aufgabenwahrnehmung

Die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird bezüglich ihrer genaueren rechtlichen Verortung deutlich, wenn die auf die Gemeinwohlsicherung ausgerichtete *Verwaltungsverantwortung* in ihre bekannten und anerkannten Facetten aufgefächert wird. Zu unterscheiden sind danach die Erfüllungsverantwortung, die Gewährleistungsverantwortung und die Auffangverantwortung⁵⁴.

- Der Begriff der *Erfüllungsverantwortung* beschreibt die Eigenwahrnehmung von Verwaltungskompetenzen, -befugnissen und -pflichten der Exekutive beim Gesetzesvollzug und der sonstigen Verwirklichung der Verwaltungszwecke.
- Die *Auffangverantwortung*, Gegenpol zur Erfüllungsverantwortung, steht für eine administrative Reservefunktion, die in den privatisierten Sozialbereichen im Falle privater Schlechterfüllung oder Nichterfüllung aktiviert werden soll.
- Die *Gewährleistungsverantwortung*, gleichsam zwischen den beiden anderen Typen angesiedelt, steht für das Recht und die Pflicht der Verwaltung, im Rahmen gesetzlicher Vorgaben darauf hinzuwirken, dass öffentliche Aufgaben von Privaten gemeinwohlorientiert wahrgenommen werden.

In steuerungswissenschaftlicher Perspektive beschreibt der Begriff „Gewährleistungsverantwortung“ ein breites Spektrum von Kooperationsbeziehungen zwischen dem Staat und dem privaten Sektor⁵⁵, was indes den Einsatz von Hoheitsbefugnissen nicht ausschließt⁵⁶. Faktisch erfolgt im Bereich der Gewährleistungsverwaltung aus dem Blickwinkel des Öffentlichen Rechts eine gemeinsame Gemeinwohlspezifisierung zwischen Staat und Privaten. Rechtlich liegt dennoch keine „Verantwortungsteilung“ vor⁵⁷, weil sich die privaten Akteure in unternehmerischer Interessenverfolgung an der Eigenrationalität des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs orientieren (dürfen)⁵⁸.

⁵³ BremStGH, NVwZ 2003, 81 ff. (am Beispiel eines mehrere Sachgebiete umfassenden Beileihungsgesetzes). – Erst recht gelten die Anforderungen des Demokratieprinzips, wenn eine rechtsfähige Anstalt des Öffentlichen Rechts im Rahmen eines Holding-Modells in einen privatrechtlichen Konzern eingebunden wird; VerfGH Berlin, DVBl 2000, 51 ff. = NVwZ 2000, 794 ff. (am Beispiel der Wasserversorgung und Abwasserbe-
seitigung in Berlin).

⁵⁴ Einzelheiten zu dieser Typologie bei *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff moder-
ner Staatlichkeit, in: Festschrift für K. Vogel, 2000, S. 47 (52 ff.); *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000,
S. 402 ff., 898 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004,
3/109 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: GVwR I (Fn. 43), § 12 Rn. 148 ff.

⁵⁵ Beispiele (nebst Nachweisen dazu) bei *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 9 mit Fn. 26 (Duales System im
Abfallrecht, Umweltaudit mit Entlastung von ordnungsrechtlichen Kontrollen, Vorhaben- und Erschließungs-
plan im Baurecht, Eigenüberwachungspflichten im Immissionsschutzrecht, Risikomanagement und -control-
lingsysteme für die Bankenaufsicht).

⁵⁶ Zu Instrumenten des Gewährleistungsverwaltungsrechts unten III. 2.

⁵⁷ So aber z. B. *Hoffmann-Riem*, FS Vogel (Fn. 54), S. 48, 52, 56; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft,
S. 408 ff.

⁵⁸ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 54), 3/114, 116; *Schulze-Fielitz*, in: GVwR I (Fn. 43), § 12 Rn. 161,
162.

Praktisch bedeutet dies, dass Privatisierungsmaßnahmen jenseits der bloßen Organisationsprivatisierung zu einer Preisgabe unternehmerischer Verantwortung der öffentlichen Hand im Bereich der Daseinsvorsorge führen und mit der Entlassung privatisierter Leistungen in den privaten Sektor die „Gesetzlichkeiten privatwirtschaftlichen Erwerbstrebens und betriebswirtschaftlicher Kosten- und Preiskalkulation“ greifen⁵⁹. Man muss – ohne dies sofort beklagen zu wollen – nüchtern sehen, dass die vermehrte Einschaltung und Nutzbarmachung privater Handlungsrationalität in die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben trotz des Festhaltens an der staatlichen (Gewährleistungs-)Verantwortung zu einem Verlust an staatlicher Steuerung(smöglichkeit) führt⁶⁰.

3. Gewährleistungsverantwortung als Pflicht zur Ergebnissicherung

Trotz des rechtlichen Steuerungsverlustes bleibt der Staat nach dem Konzept der Gewährleistungsverantwortung voll in der Pflicht. Normativ ergibt sich die Pflicht je nach Sachgebiet aus dem jeweils einschlägigen (Verwaltungs-)Gesetz⁶¹. In der Sache selbst hat der Staat – da es nicht um die eigene Erfüllungsverantwortung geht – für die ordnungsgemäße Aufgabenerledigung durch die einbezogenen privaten Akteure zu sorgen. Die Gewährleistungsverantwortung des Staates stellt sich danach als Pflicht zu *Ergebnissicherung* dar⁶².

Dieses Konzept ist folgenreich. In seiner konkreten rechtlichen Ausgestaltung kann es sich nicht mit einem Regulierungsregime zur punktuellen Einspeisung bestimmter marktexterner Ziele in einen ansonsten funktionsfähigen Wettbewerb begnügen; gefordert ist vielmehr ein das jeweilige Sachgebiet übergreifender staatlicher Zugriff, der neben der Regulierung von Marktkräften auch z. B. klassische staatliche Aufsichts- und Eingriffsbefugnisse enthalten kann⁶³. Der Wettbewerb ist kein Wert an sich, er wird nicht um seiner selbst willen geschützt; denn die Erfüllung von – bisweilen ökonomisch nicht attraktiven – Aufgaben der Daseinsvorsorge kann nicht blind auf den marktwirtschaftlichen Wettbewerb als ergebnisoffenes Entdeckungsverfahren vertrauen⁶⁴. Im Konzept des Gewährleistungsverwaltungsrechts wird dem Wettbewerb viel-

⁵⁹ So *Badura*, FS Starck (Fn. 36), S. 160.

⁶⁰ *Franzius*, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, Der Staat 45 (2006), 547 (549); ebenso zur Organisationsprivatisierung *Badura*, FS Starck (Fn. 36), S. 162, wegen des Gebrauchs des Gesellschaftsrechts.

⁶¹ Inhalt und Reichweite der für ein bestimmtes Sachgebiet konkret bestehenden Gewährleistungsverantwortung sind durch Analyse der maßgeblichen Gesetzesvorschriften zu ermitteln. Exemplarisch hierzu am Beispiel der Gewährleistungsverantwortung der Kommunen für (1) Abfallentsorgung und Abfallbeseitigung, (2) ÖPNV, (3) Energieversorgung *Britz*, „Kommunale Gewährleistungsverantwortung“ – Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, Die Verwaltung 37 (2004), 145 (151 ff.).

⁶² *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 34; skeptisch *Stürner*, Markt und Wettbewerb (Fn. 6), S. 312: „der übertriebenen Tendenz zur Privatisierung unter den Rahmenbedingungen bloßer Gewährleistungsverwaltung sollte Einhalt geboten werden, weil eine faktische Entmachtung der nach wie vor mit ihrer ‚Auffangverantwortung‘ belasteten öffentlichen Hand droht“.

⁶³ *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 7 f.

⁶⁴ Dies zu Art. 81, 82 EGV gegen eine leicht veränderte Wettbewerbspolitik der EU-Kommission fordernd *Basedow*, Konsumentenwohlfaht und Effizienz – Neue Leitbilder der Wettbewerbspolitik?, WuW 2007, 712 ff.

mehr eine instrumentelle Funktion zugewiesen; marktwirtschaftlicher Wettbewerb wird als Instrument der Gemeinwohlverwirklichung eingesetzt⁶⁵. Die Konsequenzen hieraus sind fassbar bis hin zum Vergaberecht. Es gibt – da das Vergaberecht ohnehin nur das von Menschen geschaffene Recht eines künstlich gestalteten Wettbewerbs darstellt – keine per se („natürlichen“) vergabefremden Zwecke; in Verfolgung demokratisch legitimierter Ziele kann das Vergaberecht sehr wohl z. B. Mittelstandsschutz, Frauenförderung, Lehrlingsausbildung, Tariftreue, Umweltbelange etc. als Vergabekriterien vorsehen⁶⁶. Im Gewährleistungs(verwaltungs)recht stößt der „reine“ Wettbewerbsgedanke an seine Grenzen. Ausgeschlossen ist unter den Bedingungen des Gewährleistungs(verwaltungs)rechts auch der Schutz der von der Daseinsvorsorge abhängigen Marktteilnehmer durch ein bloßes „Informationsmodell“, das von der mitunter etwas wirklichkeitsfremden Hypothese lebt, der informierte Verbraucher sei schon durch hinreichende Information geschützt; vonnöten ist immer – auch – eine inhaltliche Regulierung⁶⁷.

III. Grundstrukturen des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Damit ist die Frage nach den Konturen eines wirksamen Gewährleistungsverwaltungsrechts aufgeworfen. Es ist hier nicht möglich und im vorliegenden Zusammenhang auch nicht nötig, die normativen Gehalte des bestehenden Gewährleistungsverwaltungsrechts auszubreiten⁶⁸. Unverzichtbar sind aber einige Hinweise zur staatlichen Regulierung, zu Instrumenten der Gewährleistungsverwaltung und zur staatlichen Auffangverantwortung.

1. Regulierung als Kernelement der Gewährleistungsverwaltung

Gewährleistungsverwaltungsrecht ist in erster Linie *Regulierungsrecht*⁶⁹. Dieses Recht begrenzt nicht nur Freiheit, sondern schützt und ermöglicht ebenso Freiheit. „Regulierung“ meint in diesem Kontext jede gewollte staatliche Beeinflussung gesellschaftlicher bzw. wirtschaftlicher Prozesse, die einen spezifischen und über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt und dabei im Recht sowohl das zentrale Medium als auch die verbindliche Grenze findet⁷⁰. „Regulierung“ ist demnach ein

– Dass das Konzept „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ (von Hayek) nur eine von mehreren Theorien des Wettbewerbs aufgreift, sollte nicht übersehen werden; vgl. Grzeszick (Fn. 23), in: HStR IV, § 78 Rn. 10.

⁶⁵ Burgi, Das subjektive Recht im Energie-Regulierungsverwaltungsrecht, DVBl 2006, 269 (271).

⁶⁶ Pietzcker, Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2007, 1225 (1226 f.).

⁶⁷ Stürner, Markt und Wettbewerb (Fn. 6), S. 90 ff., 254 ff.

⁶⁸ Grundlegend in rechtsdogmatischer Hinsicht Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (310 ff.).

⁶⁹ Franzius (Fn. 7), Der Staat 42 (2003), 493 (510 ff.); Knauff, Regulierungsverwaltungsrechtlicher Rechtsschutz, VerwArch 98 (2007), 382 (383 f.).

⁷⁰ Burgi (Fn. 65), DVBl 2006, 269 (271 Fn. 13); zu unterschiedlichen, funktionsabhängigen Bedeutungsgehalten des „Regulierung“-Begriffs Eifert, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 19 Rn. 7 ff.

Zentralbegriff des „Gewährleistungsstaates“⁷¹. Sie tritt in zwei Erscheinungsformen auf: zunächst durch Rechtsetzung und sodann durch Reglementierung im Einzelfall⁷².

Das Gewährleistungsverwaltungsrecht

- umfasst Handlungsformen des Öffentlichen Rechts und privatrechtliche Gestaltungsmittel,
- enthält Instrumente der Qualitäts- und Ergebnissicherung privater Leistungserbringung,
- stellt Verfahren zur Qualifikation und Auswahl privater Kooperationspartner der Verwaltung zur Verfügung,
- sieht drittschützende Vorschriften zum Schutz der Rechte Dritter (private Konkurrenten, Nutzer, Verbraucher) vor,
- hält Lenkungs- und Kontrollinstrumente bereit (z. B. Aufsicht, Eigenüberwachung, Publizitäts- und Informationspflichten),
- bietet Mechanismen zur Evaluierung und Förderung der Lernbereitschaft an und
- sorgt, soweit möglich, für effektive staatliche Rückholoptionen⁷³.

Inhaltlich achtet das Gewährleistungsverwaltungsrecht darauf, dass die jeweilige Eigenrationalität der Subsysteme (Staat, Gesellschaft/Wirtschaft) erhalten bleibt; eine Etatisierung privater Akteure scheidet grundsätzlich ebenso aus wie die Publizierung privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen⁷⁴. Die *Gewährleistungsverwaltung* reguliert Märkte jedenfalls in den Fällen gemeinwohlschädigenden Marktversagens, was im konkreten Fall selbstverständlich anhand der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben festgestellt werden muss⁷⁵.

2. Instrumente des Gewährleistungsverwaltungsrechts

Damit stellt sich die Frage nach den *Instrumenten* des Staates zur Bewerkstellung der ihm obliegenden Ergebnissicherung (oben II. 3.). Die tatsächlich wirksame Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung kann nur gelingen, wenn die Rechtsordnung die Mittel zur Verfügung stellt, die zur Durchsetzung der ordnungsgemäßen Aufgabenwahrnehmung durch das jeweilige Privatrechtssubjekt erforderlich sind.

Zur Ermittlung der detailscharfen Steuerungsinstrumente ist eine bereichsspezifische Analyse mit einer sorgfältigen Durchforstung einzelner (Verwaltungs-)Gesetze angezeigt. Derartiges kann und soll hier nicht geleistet werden. Zur Entfaltung der Reichhaltigkeit des Instrumentariums kann jedoch auf einer gewissen Abstraktionshöhe ein Überblick zu staatlichen Befugnissen gegeben werden, die bereichsspezifisch in unterschiedlichen Sektoren zu verorten sind. Dabei bleiben die Optionen des klassischen Verwaltungsrechts, die überaus zahlreich vorhanden sind (z. B. Zulassungs-

⁷¹ *Badura*, FS Starck (Fn. 36), S. 159.

⁷² Vgl. auch die Darstellung unterschiedlicher Regulierungsbegriffe bei *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 20), S. 35 ff.; ferner in Bezug auf die Netzinfrastrukturen von *Danwitz*, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, 977 ff.

⁷³ *Vofskuhle* (Fn. 68), VVDStRL 62 (2003), 266 (311 ff.); *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 54), 3/117.

⁷⁴ *Vofskuhle* (Fn. 68), VVDStRL 62 (2003), 266 (307).

⁷⁵ Näher dazu *Schulze-Fielitz*, in: GVwR I (Fn. 43), § 12 Rn. 51 ff.

einschließlich Marktzugangskontrolle, Wirtschaftsaufsicht, Verwaltungsvertragsrecht, Fachplanung, räumliche Gesamtplanung) außer Betracht. Zur Sprache kommen sollen lediglich Akte, die typisch sind für den „Gewährleistungsstaat“, weil sie allein oder doch vornehmlich der Praktizierung der Gewährleistungsverantwortung gewidmet sind. Fünf Beispiele mögen den Befund verdeutlichen:

- *Funktionale Privatisierung*: Die – rechtssystematisch zwischen der Aufgabenprivatisierung und der Organisationsprivatisierung angesiedelte – funktionale Privatisierung belässt die Aufgabenzuständigkeit und damit die Aufgabenverantwortung beim Hoheitsträger; die Aufgabenwahrnehmung (Leistungserbringung) hingegen wird einem Privaten übertragen⁷⁶. Dieses Modell findet sich vor allem auf kommunaler Ebene (Beispiel: § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG). Das Privatrechtssubjekt fungiert in der Regel als Verwaltungshelfer, soll es auch Hoheitsbefugnisse wahrnehmen können, muss es die Rechtsstellung eines Beliehenen erhalten⁷⁷.
- *Universaldienstmodell*: Bei der Aufgabenprivatisierung, also der echten Verlagerung einer Leistung der Daseinsvorsorge in den privaten Sektor, kann die Grundversorgung gegenüber der Allgemeinheit seitens der im Wettbewerb stehenden privaten Konkurrenten durch sog. Universaldienstleistungsverpflichtungen sichergestellt werden⁷⁸. Das Leitbild gleichwertiger Lebensverhältnisse (vgl. Art. 72 Abs. 2 GG) wird gewahrt, Wettbewerb im Marktmodell dennoch ermöglicht und der Angewiesenen des Einzelnen auf bestimmte Leistungen der Daseinsvorsorge gleichwohl Rechnung getragen. Im geltenden Recht sind Universaldienstleistungen z. B. beim Postdienst (§§ 11 ff. PostG) und bei Leistungen der Telekommunikation (§§ 78 ff. TKG) vorgesehen. Das Modell ist überdies europarechtskonform, insbesondere ist es mit Art. 86 Abs. 2 EGV (Betrachtung von Unternehmen mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse) vereinbar⁷⁹.
- *Ausgleichsleistungen*: Fehlt es in einem bestimmten Bereich (z. B. weil ein lukrativer Markt nicht vorhanden ist) an privaten Anbietern, kann ein Unternehmen mit der Erbringung einer Leistung der Daseinsvorsorge betraut werden (Art. 86 Abs. 2 EGV) und der zuständige Hoheitsträger darf unter bestimmten Voraussetzungen ohne Verstoß gegen das Beihilfeverbot (Art. 87 Abs. 1 EGV) einen finanziellen Aus-

⁷⁶ Schuppert, Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2006, § 16 Rn. 83.

⁷⁷ Dies war z. B. im Rahmen der gescheiterten Kapitalprivatisierung der Flugsicherung bezüglich der DFS GmbH vorgesehen; vgl. Schoch, Neuregelung der Flugsicherung (Fn. 46), S. 21 f.

⁷⁸ Näher dazu Franzius (Fn. 22), Manuskript S. 35 ff.

⁷⁹ Seit dem Urteil „Corbeau“ (EuGHE 1993, 2533 Tz. 14 ff.) ist geklärt, dass die Anbieter im Universaldienstmodell verpflichtet sind, ihre Dienste sämtlichen Nutzern im gesamten Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zu einheitlichen Gebühren und in gleichmäßiger Qualität sowie ohne Rücksicht auf Sonderfälle und auf die Wirtschaftlichkeit des einzelnen Vorgangs zur Verfügung zu stellen. Zur Vermeidung des „Herauspickens“ rentabler Bereiche ist im Bereich des Universaldienstes auch ein Monopol erlaubt. Kennzeichnend für die Dienstleistungen sind Universalität, Kontinuität, Qualität und Erschwinglichkeit (EuGHE 1994, 1477 Tz. 48 – „Almelo“). Die EG-Mitgliedstaaten haben die Definitionskompetenz zum „allgemeinen wirtschaftlichen Interesse“, sie nehmen den Betrauungsakt vor und verfügen über Ermessen zur Erforderlichkeit der Wettbewerbsbeschränkung. Ausführliche Darstellung und Kritik zur Handhabung des Art. 86 Abs. 2 EGV bei Séché, Die Vereinbarkeit freiberuflicher Regulierungen mit dem EGV unter besonderer Berücksichtigung des Art. 86 Abs. 2 EGV, Diss. Freiburg 2007, S. 206 ff.

gleich für die ohne Marktrentabilität erbrachten Dienstleistungen gewähren⁸⁰. Dies hat der EuGH am Beispiel des wenig lukrativen ÖPNV entschieden⁸¹, nachdem zuvor bereits Abgabenvergünstigungen für Arzneimittelgroßhändler, denen gemeinwirtschaftliche Pflichten (Arzneimittelvorratshaltung) zur Gesundheitsversorgung der Bevölkerung auferlegt sind, gebilligt worden waren⁸².

- *Vergaberecht*: Ambivalent ist aus dem Blickwinkel der Gewährleistungsverwaltung die Geltung des Vergaberechts zu bewerten. Oberhalb des sog. Schwellenwertes bei Dienstleistungen (etwa 200.000,- Euro⁸³ bzw. 500.000,- Euro⁸⁴) gelten das europäische Vergaberecht⁸⁵ und das innerstaatliche Kartellvergaberecht (§§ 97 ff. GWB)⁸⁶. Es regelt den Wettbewerb *um* den Markt (nicht: *im* Markt)⁸⁷. Als Vorzüge des formalisierten Vergabeverfahrens gelten vor allem der Druck auf die effiziente Verwendung öffentlicher Mittel und die Vermeidung der beim freihändigen Einkauf leicht möglichen Entfaltung unsachlicher Einflüsse auf die Vergabeentscheidung; als Nachteile werden insbesondere der große Aufwand auch für Vorhaben von nur begrenzter Bedeutung für den Binnenmarkt und der relativ große Verlust politischer Eigenständigkeit bei der Gestaltung der Aufgabenwahrnehmung auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge angesehen⁸⁸. Aktuell kommt hinzu, dass die Rechtsprechung (in erster Linie des EuGH) zu einer starken Verunsicherung beiträgt: In-house-Geschäfte (Auftrag eines Verwaltungsträgers an seine Eigengesellschaft, z. B. Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung) sind dem Vergaberecht entzogen⁸⁹, bei Auftragsvergaben an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen gilt das Vergaberecht⁹⁰; ob die interkommunale Zusammenarbeit (z. B. Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung, Abfallentsorgung durch einen kommunalen Zweckverband)

⁸⁰ *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 39 ff.

⁸¹ EuGHE 2003, 7747 Tz. 83 ff. („Altmark Trans“) = DVBl 2003, 1206 (m. Anm. *Sellmann*) = NVwZ 2003, 1101 (m. Bespr. *Kühling/Wachinger*, S. 1202) = NJW 2003, 2515 (m. Bespr. *Franzius*, S. 3029) = EuZW 2003, 496 (m. Anm. *Werner/Köster*) = RiW 2003, 710 (m. Anm. *van Ysendyck/Zühlke*) = SächsVBl 2003, 262 (m. Bespr. *Lehr* S. 253).

⁸² EuGHE 2001, 9067 („Ferring“) = EuZW 2002, 48 (m. Anm. *Ruge*) = NVwZ 2002, 193 (m. Bespr. *Bar-tosch*).

⁸³ Art. 7 RL 2004/18/EG (Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge): 162.000,- Euro bzw. 249.000,- Euro, bei öffentlichen Bauaufträgen 6.242.000,- Euro.

⁸⁴ Art. 16 RL 2004/17/EG (Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste): 499.000,- Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, bei öffentlichen Bauaufträgen 6.242.000,- Euro.

⁸⁵ Dazu *Mader*, Das neue EG-Vergaberecht, EuZW 2004, 425 ff.; *Holowbek*, Das neue Richtlinienpaket der EU, in: *Pünder/Priefß* (Hrsg.), Vergaberecht im Umbruch, 2005, S. 7 ff.; *Dageförde/Dross*, Reform des europäischen Vergaberechts, NVwZ 2005, 19 ff.

⁸⁶ Vgl. dazu nur etwa *Byok*, Die Entwicklung des Vergaberechts seit 2004, NJW 2006, 2076 ff.

⁸⁷ *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 29.

⁸⁸ Instrukтив *Pietzcker* (Fn. 66), NVwZ 2007, 1225 (1226 f.).

⁸⁹ EuGHE 1999, 8121 Tz. 50 („Teckal“) = EuZW 2000, 246 (m. Anm. *Wagner*) = EuR 2000, 983. – Zur weiteren Entwicklung *Söbbeke*, In-house quo vadis?: Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigenschaften nach den EuGH-Urteilen „Stadt Halle“ und „Carbotermo“, DÖV 2006, 996 ff.; *Rubland*, Vergaberechtsfreie Inhouse-Geschäfte – Zulässigkeit und Grenzen, ThürVBl 2007, 177 ff.

⁹⁰ EuGHE 2005, 1 Tz. 48 ff. („Stadt Halle“) = DVBl 2005, 365 = EuZW 2005, 87 = NVwZ 2005, 187; dazu Besprechungen von *Müller-Kabisch/Manka*, GemHH 2005, 158 ff.; *Gabriel*, LKV 2005, 285 ff.; *Werner*, LKV 2005, 293 ff.; *Hausmann/Bultmann*, NVwZ 2005, 377 ff.; *Vetter/Bergmann*, EuZW 2005, 589 ff.; *Zeiss*, DÖV 2005, 819 ff.; *Pape/Holz*, NJW 2005, 2264 ff.

dem Vergaberecht unterfällt, ist umstritten und abschließend nicht geklärt⁹¹; die Dienstleistungskonzession (Übertragung eines Nutzungsrechts, z. B. Betrieb eines Parkhauses zur Finanzierung) ist kein Anwendungsfall des Vergaberechts⁹², wohl aber der Dienstleistungsauftrag (Tragung der Einnahmeausfälle durch den Auftraggeber der Dienstleistung)⁹³. Im Ergebnis ist die verworrene Rechtslage vielfach durch Umgehungsstrategien geprägt, aber auch durch eine Rückkehr zur staatlichen (vor allem kommunalen) Eigenerbringung öffentlicher Dienstleistungen⁹⁴.

- *Akkreditierung und Zertifizierung*: Europarechtlich inspiriert („Neue Konzeption“) ist im „Gewährleistungsstaat“ ein Modell sog. regulierter Selbstregulierung, in dem auf eine hoheitliche Präventivkontrolle verzichtet wird und die Zulassung eines Produkts oder einer Dienstleistung durch Zertifizierung in einem Konformitätsbewertungsverfahren durch einen privaten Unternehmer („benannte Stelle“) erfolgt, während sich der Staat auf die Akkreditierung und Kontrolle dieser Zertifizierungsstellen zurückzieht; außerdem verbleiben dem Staat die üblichen (Markt-) Aufsichtsbefugnisse. Der bekannteste Anwendungsfall dieses Modells ist das Produktsicherheitsrecht⁹⁵. Ein weiteres Beispiel stellen die anerkannten Einrichtungen der Freiwilligen Selbstkontrolle im Jugendmedienschutzrecht dar, die die Einhaltung der maßgeblichen Jugendschutzvorschriften der bei ihnen angeschlossenen Anbieter überprüfen⁹⁶. Neuerdings wird für eine Verallgemeinerung dieses Modells plädiert⁹⁷.

Die Übersicht zu einigen wenigen Rechtsfiguren, die für das Gewährleistungsverwaltungsrecht prägend sind, soll nicht den Eindruck eines geschlossenen Konzepts vermitteln; ein solches gibt es (noch) nicht, da die spezifischen Erfahrungen zu den verschiedenartigen Gebieten des Besonderen Verwaltungsrechts bislang nicht in eine umfassende und stimmige Dogmatik eines Allgemeinen Gewährleistungsverwaltungsrechts übersetzt werden konnten. Vielleicht kann ein solches Unternehmen auf Grund objektiv vorhandener Disparitäten auch nur schwer gelingen. Einen Versuch wäre die Entwicklung des „Allgemeinen Teils“ des Gewährleistungsverwaltungsrechts gleichwohl wert.

⁹¹ Vgl. *Bergmann/Vetter*, Interkommunale Zusammenarbeit und Vergaberecht, NVwZ 2006, 497 ff.; *Hattig/Ruhland*, Kooperationen zwischen Kommunen und öffentlichen oder privaten Partnern im Visier des Vergaberechts, ThürVBl 2007, 73 ff.; *Kobout*, Kartellvergaberecht und interkommunale Zusammenarbeit, 2008, Kapitel 3.

⁹² EuGHE 2005, 7287 Tz. 9 („Coname“) = EuZW 2005, 529 (m. Bespr. *Braun/Hauswaldt*, EuZW 2006, 176) = NVwZ 2005, 1052 = EuR 2005, 505; EuGHE 2005, 8585 Tz. 41 ff. („Parking Brixen“) = NVwZ 2005, 1407. – Anwendbar sind die Grundfreiheiten; vgl. insoweit EuGHE 2005, 9315 Tz. 24 ff. („Contse“) = NVwZ 2006, 187 = JZ 2006, 304 (m. Anm. *Burgi*); EuGHE 2006, 3303 Tz. 18 ff. („ANAV“) = DVBl 2006, 833 = EuZW 2006, 415 = NVwZ 2006, 555 = JZ 2006, 964 (m. Anm. *Kämmerer*).

⁹³ Zur (unsicheren) Abgrenzung *Pietzcker* (Fn. 66), NVwZ 2007, 1225 (1231).

⁹⁴ Zu verbliebenen Spielräumen des öffentlichen Auftraggebers vgl. *Kersting/Siems*, Ausschreibungspflicht für staatliche Kooperationen?, DVBl 2005, 477 ff.; *Müller/Brauser-Jung*, Öffentlich-Private-Partnerschaften und Vergaberecht, NVwZ 2007, 884 ff.

⁹⁵ Vgl. dazu *Pünder*, Zertifizierung und Akkreditierung – private Qualitätskontrolle unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung, ZHR 2006, 567 ff.; *Weiß*, Gewährleistung der Produktsicherheit (Fn. 19), S. 265 ff., 345 ff.

⁹⁶ *Thoma*, Regulierte Selbstregulierung (Fn. 20), S. 139 ff.

⁹⁷ *Gesmann-Nuiss/Strübbe*, Privatrechtliche Kontrollmechanismen im Rahmen staatlicher Gewährleistungsverantwortung, DÖV 2007, 1046 ff.

3. Problematik staatlicher Auffangverantwortung

Nur ein kurzer Blick sei abschließend auf die sog. staatliche Auffangverantwortung gerichtet. Umschrieben wird mit diesem Begriff eine Art *Reservefunktion* des Staates, die verhindern soll, dass sich der Staat im Falle des Marktversagens aus seiner Verantwortung für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben (vor allem der Daseinsvorsorge) verabschiedet. Als Handlungsoptionen gelten insbesondere der – vorübergehende – Eintritt des Staates in die Leistungserbringung (Einstandsverantwortung), die Abmilderung unerwünschter sozialer Folgen für Dritte (Abfederungsverantwortung) und die Rückverlagerung der Aufgabe(n)erledigung) in den staatlichen Sektor (Rückholoption)⁹⁸.

Bei aller Sympathie für derartige Auffanglösungen wird man leise Zweifel daran anmelden dürfen, ob sie immer und ggf. in ausreichendem Maße funktionieren (können). Die Bedenken gründen auf rechtlichen Ursachen (Probleme der „Rückverstaatlichung“), vor allem aber auf faktischen Einwänden; wenn z. B. staatliche Infrastrukturen erst einmal aufgegeben worden sind, notwendiger Sachverstand in den privaten Sektor abgewandert ist oder öffentliche Unternehmen (z. B. in „dualen Systemen“) vom Markt verdrängt sind, können leicht tatsächliche Irreversibilitäten auftreten, die das Postulat einer staatlichen Auffangverantwortung rasch zur Chimäre werden lassen können⁹⁹. Man wird feststellen dürfen, dass an diesem Teil des Konzepts vom Gewährleistungsstaat dringend „nachgearbeitet“ werden muss.

IV. Fazit und Ausblick

Die eingangs erwähnten Gründe für Bestand und Entwicklung des „Gewährleistungsstaates“ bestehen unverändert fort. Es wäre unrealistisch, in absehbarer Zeit eine Umkehr der Entwicklung zu erwarten; schon auf Grund der europarechtlichen Einflüsse wird eher eine Verstetigung des Prozesses zu erwarten sein. Daher macht es Sinn, an der Etablierung eines Gewährleistungs(verwaltungs)rechts mitzuarbeiten. Auf der anderen Seite stellte es ebenfalls eine unwahrscheinliche Perspektive dar, wollte man auf einen mehr oder weniger kompletten Rückzug des Staates aus der Daseinsvorsorge – und sei es in Gestalt des regulierenden Staates – setzen; vielfach lässt das geltende Verfassungsrecht eine solche Entwicklung nicht zu.

So zeigt sich, dass der „Gewährleistungsstaat“ kaum als eine Art „Minimalstaat“ in Erscheinung treten wird. Zumindest die Bereitstellung gemeinwohlsichernder Regelsstrukturen und -inhalte wird ihm immer ein Anliegen sein. Eine Rückkehr zur „reinen“ Privatrechtsgesellschaft – falls es eine solche in Deutschland jemals gegeben haben sollte – steht auf absehbarer Zeit nicht auf der Tagesordnung¹⁰⁰.

⁹⁸Zusammenfassende Darstellung hierzu bei *Hoffmann-Riem*, Gewährleistungsstaat (Fn. 4), S. 97; *Schulze-Fielitz*, in: *GVwR I* (Fn. 43), § 12 Rn. 166.

⁹⁹Skeptisch auch *Hoffmann-Riem*, Governance (Fn. 8), S. 206 f., *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 62 ff.; mit Lösungansätzen *Vosßkuhle* (Fn. 68), *VVDStRL 62* (2003), 266 (326).

¹⁰⁰*Hoffmann-Riem*, Governance (Fn. 8), S. 203; *Franzius* (Fn. 22), Manuskript S. 11.