

# **Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungsmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf**

Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag

Erstattet von Professor Dr. *Martin Burgi*, Ruhr-Universität Bochum

## **Inhaltsverzeichnis**

<b>A. Herausforderung und Konzeption .....</b>	
I. Thematischer Rahmen.....	
II. Systematisch betriebene Rechtswissenschaft als Rahmen für die Fortentwicklung des Rechts .....	
1. Der Beruf des DJT zwischen Grundsätzlichkeit und Detailverliebtheit.....	
2. Der rote Faden.....	
<b>B. Ausgangslage vor einer Privatisierungsentscheidung .....</b>	
I. Öffentliche Aufgaben, Staatsaufgaben, funktionale Stufung im Aufgabenfeld .....	
1. Die Aufgabenebene .....	
2. Das Aufgabenfeld .....	
II. Rahmenbedingungen staatlicher Aufgabenträgerschaft .....	
1. Der relevante Begriff des Staates .....	
2. Höherrangiges Recht.....	
3. Einfaches Recht.....	
a) Öffentliches Recht und Privatrecht.....	
b) Strafrecht (Amtsträgerstrafbarkeit).....	
III. Rahmenbedingungen privater Aufgabenwahrnehmung .....	
1. Private als Betroffene und als Aufgabenträger .....	
2. Höherrangiges Recht und einfaches Recht .....	
IV. Erwartungen und Befürchtungen .....	
1. Gegenüber der Einbeziehung Privater.....	
2. Gegenüber dem Zusammenwirken von Staat und Privaten .....	
<b>C. Privatisierungsoptionen in relevanten Privatisierungsfeldern .....</b>	
I. Privatisierungstypologie .....	

1. Kritische Diskussion.....
  2. Neuer Ansatz: Problem- und europarechtsorientierte Typologie .....
- II. Die einzelnen Privatisierungsoptionen .....
1. Aufgabenprivatisierung .....
  2. PPP auf Vertragsbasis und andere Formen der funktionalen Privatisierung ....
    - a) Verwaltungshilfe (durchführend und/oder vorbereitend) und Dienstleistungskon-  
zession .....
    - b) Projektbezogene PPP (PPP im engeren Sinne) .....
  3. Institutionalisierte PPP .....
  4. Beleihung und Akkreditierung zur Konformitätsbewertung .....
    - a) Beleihung .....
    - b) Akkreditierung zur Konformitätsbewertung .....
- III. Konsequenzen für die strafrechtliche Beurteilung (und Ausblick auf das Um-  
satzsteuerrecht) .....
1. Vergewisserung: Der verfassungs- und verwaltungsrechtliche Referenzrah-  
men.....
  2. Amtsträgerstrafbarkeit nach Privatisierung .....
    - a) Die Privatisierungsoptionen im Spiegel der gegenwärtigen Strafrechtsdogmatik....
    - b) Anpassung an den erneuerten verwaltungsrechtlichen Referenzrahmen .....
    - c) Prüfauftrag an den Strafrechtsgesetzgeber .....  3. Ausblick auf das Umsatzsteuerrecht

#### **D. Privatisierungsentscheidung .....**

- I. Grenzen .....

  1. Aufgabenbezogene Grenzen: Obligatorische Staatsaufgaben .....
  2. Befugnisbezogene Privatisierungsgrenzen: Gewaltmonopol und Art. 33  
Abs. 4 GG .....

    - a) Gewaltmonopol, Gewaltübertragung und Gewaltermächtigung.....
    - b) Der allgemeine Befugnisvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG .....
    - c) Schließung von Befugnislücken durch Ausbau der Beleihung, Kodifizierung der  
Sicherheitspartnerschaft bei gewaltgeneigten Aufgaben und Allgemeines Akkre-  
ditierungsgesetz .....

  3. Organisationsformbezogene Grenzen im Bereich der Bundesverwaltung .....

- II. Maßstäbe des europäischen Rechts.....

  1. Der gegenwärtige Problemhorizont .....
  2. Das primärrechtliche Konzept.....
  3. Interpretationsstand zur Vergaberechtpflichtigkeit von Privatisierungen.....

4. Fortentwicklungs- und Regelungsbedarf auf europäischer und nationaler Ebene.....
  - a) Auftrag innerhalb einer Verwaltungszusammenarbeit oder Privatisierung .....
  - b) Auftrag an eigenes Unternehmen (ohne private Beteiligung) oder Privatisierung ...
  - c) Auftrag im Zusammenhang mit einer institutionalisierten PPP (Option unechte funktionale Privatisierung).....
  - d) Privatisierungsoption Beleihung.....
  - e) Privatisierungsoption Dienstleistungskonzession .....

### III. Maßstäbe des nationalen Rechts.....

1. Wirtschaftlichkeit: Grundsatz, Untersuchung, Nachweis.....
  - a) Bedeutung als Maßstab und Verfahrenspflicht .....
  - b) Regelungsbedarf.....
2. Subsidiaritätsklauseln (v.a. zulasten der Kommunen) .....

### IV. Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung .....

## **E. Privatisierungsgestaltung .....**

### I. Bewirken .....

1. Der Privatisierungsakt.....
2. Rechtsfragen bei der Gestaltung des Übergangs.....

### II. Grundlagen und Inhalte staatlicher Gewährleistungsverantwortung .....

1. Begriff und Auftrag.....
2. Die wichtigsten Inhalte.....
  - a) Materielle Elemente .....
  - b) Organisations- und verfahrensbezogene Elemente.....
  - c) Wettbewerbssicherung als Element staatlicher Gewährleistungsverantwortung.....
3. Der Grundsatz der Privatisierungstransparenz.....

### III. Instrumente der Gewährleistungsverwaltung .....

1. Vergaberecht .....
  2. Vertragsrecht (Gewährleistungsvereinbarung bzw. Gewährleistungsmaßnahmen nach Beleihung/Akkreditierung) .....
  3. Gesellschaftsrecht – modifiziert oder ergänzt? .....
- a) Problemstellung .....
  - b) Entwicklung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts? .....
  - c) Verbund von Gesellschaftsrecht und Gewährleistungsvereinbarung .....

### IV. Vorschlag eines Allgemeinen PPP-Gesetzes auf Bundes- und auf Landesebene.....

1. Charakter und Bewertung anderer Vorschläge.....
2. Inhalte.....

## Thesen

### A. Herausforderung und Konzeption

#### I. Thematischer Rahmen

Die Gemeinsamkeit der nachfolgend untersuchten Privatisierungsoptionen besteht darin, dass zwischen dem Staat und einzelnen Privaten bei der Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen eine freiwillig eingegangene<sup>1</sup> Arbeitsteilung stattfindet. Entscheidend ist also nicht ein zeitliches, sondern ein sachliches, aufgabenbezogene Moment. Vorgänge dieser Art finden auf allen staatlichen Ebenen in Deutschland statt, wobei der Anteil der privatisierungsträchtigen Aufgaben und mithin das Potenzial für einen Wandel oder gar Verlust des eigenen Charakters bei den Kommunen besonders groß ist. Der EU-Ebene entstammen Maßstäbe und sie gestaltet wichtige Rahmenbedingungen. Privatisierungsphänomene in den Funktionsbereichen Rechtsetzen und Rechtsprechen können nicht verfolgt werden<sup>2</sup>.

Von den Privatisierungsoptionen sind die Privatisierungsfelder zu unterscheiden. Sie liefern das Anschauungsmaterial und enthalten zugleich das jeweilige Fach-Privatisierungsrecht. Als hoffentlich repräsentative Auswahl werden im Verlauf der Untersuchung immer wieder einbezogen die Aufgabenfelder der Gefahrenabwehr (Sicherheit im öffentlichen Raum, Flugsicherheit, Umwelt- und Produktüberwachung, Wirtschaftsüberwachung), der Infrastruktur und Versorgung (Bundesfernstraßen, Streitkräftebedarf, Schul- und Verwaltungsgebäude, Wasserversorgung und Abwasserentsorgung, weitere öffentliche Einrichtungen, Wohnungswesen) und des Voll-

---

<sup>1</sup> Zur Beurteilung von Erscheinungsformen der zwangsweisen Einbeziehung Privater (bekanntestes Beispiel: Lohnsteuereinzug durch den Arbeitgeber; vgl. als Einstieg zu diesem und zu weiteren Beispielen *Burgi*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR IV, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 23) kann in vielfacher Weise an die nachfolgenden Erkenntnisse angeknüpft werden.

<sup>2</sup> Insoweit kann verwiesen werden auf *Burgi*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 75 Rn. 33 ff.; zur „privaten Rechtserzeugung“ *Köndgen*, AcP 206 (2006), 477 (479 ff.).

zugs sowie der Vollstreckung (Straf- und Maßregelvollzug<sup>3</sup>; Rechtsdurchsetzung, konkret Gerichtsvollzieherwesen<sup>4</sup>).

## II. Systematisch betriebene Rechtswissenschaft als Rahmen für die Fortentwicklung des Rechts

### 1. Der Beruf des DJT zwischen Grundsätzlichkeit und Detailverliebtheit

Musste man dieses Thema nach insgesamt drei Staatsrechtslehrertagungen, einer Handvoll Habilitationsschriften, über ein Dutzend Dissertationen und ungezählten Aufsätzen auf die Agenda des DJT setzen? Diese Frage kann erst nach Abschluss der Beratungen beantwortet werden, aber schon jetzt sei darauf hingewiesen, dass der bisherige thematische Zugriff ganz eindeutig literaturlastig ist: Dies wird nachfolgend ebenso belegt werden wie die Feststellung, dass es wenig Rechtsprechung und wenig explizite gesetzliche Regelungen gibt. Die Erkenntnisse, nach denen Politik und Wirtschaft, Rechtsanwendung und Rechtsberatung mit unveränderter Intensität suchen, sind demzufolge in nur geringem Maße kanonisiert. Dies verschärft die Gefahr, das Recht am Zeitgeist auszurichten, welcher über viele Jahre stark privatisierungsfreundlich war, nun aber von einem bereits demoskopisch<sup>5</sup> und in abwehrenden Bürgerbegehren belegten Wandel erfasst worden ist. Dass aber weder Vorurteile pro („die“ Verwaltung sei – ungeachtet erheblicher Reformanstrengungen – schwerfällig, „die“ Wirtschaft effizient) noch Vorurteile contra Privatisierung („die“ Verwaltung sei integer, „die“ Wirtschaft korrupt) in die rechtliche Auseinandersetzung gehören, sollte selbstverständlich sein (wohl aber müssen rational begründete Erwartungen und Befürchtungen erfasst werden).

Unverzichtbar ist m. E. die Selbstbeschränkung dahingehend, dass die Grundsatzfrage danach, was allgemein und im Einzelfall des Staates ist (respektive: „Wann ist

---

<sup>3</sup> Zur Situation in der Bewährungshilfe vgl. einerseits *Steindorfner*, Bewährungshilfe 2006, 3; andererseits *Ostendorf*, ebenda, 26.

<sup>4</sup> Lediglich hingewiesen sei auf die Diskussion zum Feld der Verwaltungsvollstreckung (zuletzt *Hagemann*, KKZ 2006, 69 f.).

<sup>5</sup> In einer Zeit-Umfrage (dokumentiert in „Die Zeit“ Nr. 33 v. 9. 8. 2007, 3; vgl. ferner *Geue*, Die Zeit Nr. 46 v. 8. 11. 2007, 10) haben sich 67 % der Befragten für „Staatsbesitz“ bei wichtigen Infrastruktur- und Versorgungsunternehmen ausgesprochen.

des Guten zu viel?“<sup>6</sup>), politisch, d. h. nicht rechtlich entschieden und verantwortet werden muss. Ordnungs- bzw. staatspolitische Überzeugungen, Privatisierungseuphorie wie –schwarzseherei<sup>7</sup> müssen deutlich vom rechtlichen Zugriff getrennt bleiben und können mithin auch nicht den roten Faden innerhalb dieses Gutachtens bilden. Auch der Blick auf Erfahrungen in anderen Ländern ist gerade bei diesem so stark durch vorhandene Gegebenheiten und verfassungsrechtliche Grundentscheidungen geprägten Rechtsthema kaum weiterführend; dies gilt ebenso für das häufig verwendete Pro-Beispiel „PPP in England“ wie für das Contra-Beispiel „Wasserprivatisierung in Bolivien“. So gut wie der, der „eine Überzeugung hat“ und daher „mit allem fertig (wird)“, haben es die Juristen nicht. „Überzeugungen sind der beste Schutz vor dem Lebendig-Wahren“ (*Max Frisch*)<sup>8</sup> – genau darauf aber sollte das Privatisierungsrecht zielen!

Dieses Herausforderungsprofil deckt sich mit dem Satzungszweck des DJT, „die Notwendigkeit von Änderungen und Ergänzungen der deutschen und der europäischen Rechtsordnung zu untersuchen, der Öffentlichkeit Vorschläge zur Fortentwicklung des Rechts vorzulegen (und ) auf Rechtsmissstände hinzuweisen“ (§ 2 Abs 1), zumal zu einem Zeitpunkt des Nachdenkens über Reformen im Bereich mehrerer privatisierungsrelevanter Materien (u. a. im europäischen Vergaberecht und bei den sog. Public Private Partnerships; fortan PPP). Der rechtssystematische, jahrzehntelang das Zentrum rechtswissenschaftlichen Arbeitens bildende Ansatz ist freilich gerade bei diesem Thema mit zwei zentrifugalen Entwicklungen konfrontiert. Die eine besteht in der zu Großformeln neigenden, die Dogmatik als bloßes Handwerk missverstehenden Theoretisierung, welche das Aufgehen des Staates in Netzwerkstrukturen diagnostiziert; richtigerweise kann namentlich der vielbeschworene „Governance-Ansatz“ nur ein Analyserahmen, nicht etwa ein rechtlich relevanter Paradigmenwechsel sein<sup>9</sup>. Die andere Entwicklung ist durch die direkte Hochzoning einzelallge-

---

<sup>6</sup> So der auf die Privatisierung bezogene Untertitel des von *Ernst Ulrich v. Weizsäcker u.a.* verantworteten Berichts an den Club of Rome „Grenzen der Privatisierung“ (2006).

<sup>7</sup> In Anknüpfung an den Titel des von *Reimon/Felber* verfassten „Schwarzbuch(es) Privatisierung“, 2003.

<sup>8</sup> Tagebuch 1946-1949, 1950, 292.

<sup>9</sup> Vgl. zu diesem Ansatz zuletzt *Schuppert*, DV 40 (2007), 463 (505 ff., teilweise passim); zurückhaltend *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 272 f. Vor einem „Theorieüberhang“ warnend bereits *Schmidt*, VerwArch 91 (2000), 149 (168); zutreffend für eine primär im Analytischen liegende

sättigter Rechtsanwendungs-Praxis auf die Ebene der Gesetzgebung gekennzeichnet. Sie ist insbesondere im PPP-Bereich zu beobachten und wird durch vielköpfige Beraterteams bewirkt, die teilweise bereits den Gesetzgeber unterstützen, wenn nicht ersetzen<sup>10</sup>; naturgemäß nicht immer ohne Eigeninteressen in Gestalt der Schaffung von Märkten für die Partnership-Wirtschaft.

## 2. Der rote Faden

Allgemein gesprochen ermöglicht die systematische Erarbeitung des Gefüges der juristischen Begriffe, Institutionen und Regeln, die als Bestandteil der positiven Rechtsordnung Anerkennung gefunden haben, die Entlastung der Rechtsanwendung und die Rationalisierung der Argumentation im Einzelfall. Durch die Kennzeichnung gemeinsamer Strukturen und die Erarbeitung allgemeiner Grundsätze wird die Notwendigkeit einzelner dogmatischer Fortentwicklungen und ggf. des gesetzgeberischen Tätigwerdens (Regelungsbedarf) sichtbar<sup>11</sup>. Dass bei all dem die Lebens- und Rechtswirklichkeit (zahlreicher Fachmaterien) einzubeziehen und neben der klassischen Funktion der Disziplinierung staatlicher Gewalt i.w.S. auch auf die Effektivierung staatlichen Gestaltungswillens (Steuerungsansatz) zu achten ist, wurde von der sog. Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft zuletzt mit hinreichender Deutlichkeit hervorgehoben<sup>12</sup>. Gerade die Aufgabenebene, auf der das Privatisierungs-Thema angesiedelt ist, verdient nach Jahrzehnten der Fixierung auf die Handlungsformen

---

Ergänzung, nicht Ersetzung des systematischen Ansatzes *Seckelmann*, *VerwArch* 98 (2007), 30; *Schoch*, DV, Beiheft 7, 2007, 177 (203 ff.).

<sup>10</sup> Anstelle der Vertiefung und Bewertung dieses Privatisierungsphänomens auf der hier ausgeblendeten Rechtsetzungsebene sei auf die Schilderung der Abläufe bei der Erarbeitung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes v. 1.9.2005 (BGBl. I, 2676) durch die daran beteiligten Autoren *Bürsch und Funken*, in: dies., Kommentar zum ÖPP-BeschleunigungsgG, 2007, 7 ff., verwiesen; in vergleichbarer Weise wird seither an einem „ÖPP-Vereinfachungsgesetz“ gearbeitet.

<sup>11</sup> Besonders prägnant *Brohm*, *VVDStRL* 30 (1971), 245 (246); *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rdnr. 2 ff. erinnert sei ferner an das zuletzt von *Ehlers* neu mobilisierte Wort von *Hans-Julius Wolff*, „Rechtswissenschaft ist zuerst systematisch oder sie ist nicht“ (in: *Erichsen/Ehlers*, *Allg. Verwaltungsrecht*, 13. Aufl. 2006, § 3 Rdnr. 94).

<sup>12</sup> Stellv. *Voßkuhle*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2006, § 1 Rdnr. 16 ff. m.w.N.; treffliche Warnung vor Überschätzungen: *Schoch* (Fn. 11), 203 ff.

staatlichen Handelns besondere dogmatische Aufmerksamkeit, beginnend mit der Erfassung der Ausgangslage (B) und der problemorientierten Unterscheidung der verschiedenen Privatisierungsoptionen einschließlich sich daraus unweigerlich ergebender, also nicht gestaltbarer Privatisierungsfolgen<sup>13</sup>(C).

Im Mittelpunkt steht dabei das Allgemeine Verwaltungsrecht bzw. als dessen Teil das Allgemeine Privatisierungsrecht in seinem verfassungs- und – selbstverständlich – europarechtlichen Kontext und mit seinen Bestandteilen Öffentliches Recht und Privatrecht<sup>14</sup>; dass beide Regimes gerade hier im Verbund zu betrachten sind, liegt auf der Hand. Auf dieser Ebene des Allgemeinen Verwaltungsrechts müssen die Antworten gefunden werden, an die dann in den weiteren betroffenen Rechtsgebieten ggf. angeknüpft werden kann; für das Strafrecht und für einen Teilausschnitt des Steuerrechts soll dies exemplarisch aufgezeigt werden. Die aus Platzgründen notwendige Problemauswahl erfolgt anhand der Maßstäbe von Grundsätzlichkeit und Repräsentativität, die Anmerkungen sind auf das Nötigste, insbesondere das Aktuellste, beschränkt. Als roter Faden können die beiden nachfolgend skizzierten Fragen dienen:

(1) Wie sehen die rechtlichen Vorgaben für das Ob und Wer (D) und für das Wie und die Gestaltung des Danach (E) aus? Besteht Konformität mit dem jeweils höherrangigen Recht?

(2) Halten die gefundenen Ergebnisse der Überprüfung anhand der Trias Funktionsgerechtigkeit (wird das Regelungsziel erreicht?), Verallgemeinerungs- bzw. Vereinfachungswürdigkeit (namentlich im Interesse der Rechtssicherheit) und schließlich Aufgaben- und Situationsgerechtigkeit stand? Diese letzte Prüffrage zielt auf den Beitrag des Rechts zur Ermöglichung richtiger Entscheidungen in Anbetracht kom-

---

<sup>13</sup> Das anfangs bisweilen unterschätzte sog. Privatisierungsfolgenrecht (*Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (279); *Burgi*, NVwZ 2001, 601) soll in diesen und einen weiteren, das Gestaltbare betreffenden Teil (E) unterteilt werden.

<sup>14</sup> Das Recht der Verwaltung ergibt sich aus der Anwendung der jeweils einschlägigen Rechtssätze des Öffentlichen Rechts und des Privatrechts (vgl. *Schmidt-Aßmann* [Fn. 11], 6. Kap. Rn. 12 ff.), welche gerade in Ansehung von Vorgängen der Arbeitsteilung nicht aus einer Trennungsperspektive, sondern als „wechselseitige Auffangordnungen“ (*Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht, 1996) bzw. (gleichsinnig) als „Verbund“ begriffen werden müssen (weiterführend *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen [Fn. 12], § 12 Rn. 118 f.; *Burgi*, aaO, § 18).



plexer politischer und ökonomischer Faktoren – und zwar im Einzelfall, nicht etwa in Gestalt ordnungspolitischer Systemwechsel<sup>15</sup>.

## **B. Ausgangslage vor einer Privatisierungsentscheidung**

Am Anfang der rechtssystematischen Analyse muss eine möglichst präzise, dabei freilich nicht spitzfindige Beschreibung der Akteure und der Rahmenbedingungen staatlicher Aufgabenträgerschaft einerseits, privater Aufgabenwahrnehmung andererseits, erfolgen. Sie bildet den Vergleichsmaßstab für die nachfolgenden Feststellungen dazu, wie sich welche Parameter durch die sodann bewirkte Privatisierung verändern werden. Das Thema darf mithin nicht auf den (Fort-)Bestand der *Bindungen* (des Staates) reduziert werden. Selbstverständlich gibt es die „Flucht“<sup>16</sup> aus bestimmten Bindungen, aber erkenntnis- oder gar systemleitend können derartige Vorstellungen aus den Anfangszeiten der rechtswissenschaftlichen Beschäftigung mit Privatisierung nicht mehr<sup>17</sup> sein.

### **I. Öffentliche Aufgaben, Staatsaufgaben, funktionale Stufung im Aufgabenfeld**

#### **1. Die Aufgabenebene**

Das Objekt, auf das sich die hier untersuchten Veränderungen beziehen, ist jeweils eine Staatsaufgabe. Darunter versteht man in weitgehend unumstrittener Anknüpfung an eine Sentenz des BVerfG diejenigen Tätigkeitsbereiche, die der Staat (im sogleich bestimmten Sinne) im Einklang mit den kompetenzrelevanten Verfassungsbestimmungen und bei Vorliegen eines öffentlichen Interesses<sup>18</sup> (also aus dem grö-

<sup>15</sup> In diesem Sinne jüngst auch *Stürmer*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, 230.

<sup>16</sup> Vorstellung und Begriff zurückgehend auf *Fleiner*, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, 326 (dort bezogen auf die Wahl des privatrechtlichen Regimes).

<sup>17</sup> Durchaus andere Akzentuierung bei *Kämmerer*, JZ 1996, 1042 ff., noch prononcierter jüngst *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 ff.: „Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bindungen“. Das im Gegenzug auch etwas gewonnen werden könnte (unterstellt, es kommt überhaupt zu Lockerungen und Loslösungen) wird so von vornherein ausgeblendet.

<sup>18</sup> Stellv. *Ehlers*, Gutachten E zum 64. DJT, 2002, 34; *Grzeszick*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 78 Rn. 34 m.w.N. zu modifizierenden Ansichten.

ßeren Kreis der öffentlichen Aufgaben stammend) wahrnimmt, und zwar im Umfang ihrer Wahrnehmung (sog. formaler Staatsaufgabenbegriff)<sup>19</sup>. Diese Aufgaben bilden eine einheitliche Kategorie<sup>20</sup>, während teilweise (gerade in der Privatisierungsdiskussion) behauptete Unterkategorien wie „Hoheitsaufgaben“<sup>21</sup> einschließlich „Daseinsvorsorgeaufgaben“ bzw. „erwerbswirtschaftlich-fiskalische Aufgaben“ nicht allgemein, d.h. nicht als bereichsübergreifende rechtliche Kategorie anerkannt sind. Die Rechtsordnung knüpft zwar – teilweise, und auf ganz unterschiedlichen Ebenen – besondere Rechtsfolgen an den Einsatz öffentlich-rechtlicher Befugnisse, also an die Wahl jenes Regimes (z. B. in § 35 VwVfG bei der Kennzeichnung des Verwaltungsakts) oder an den Modus der „wirtschaftlichen Betätigung“ (so etwa die Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts) bzw. des „Unternehmerischen“ (so Art. 81 f. EG)<sup>22</sup>, ausschlaggebend ist aber stets die Interpretation dieser und ggf. weiterer Einzelbestimmungen, und nicht schon der Charakter als Hoheitsaufgabe etc.

## 2. Das Aufgabenfeld

Das Aufgabenfeld (z. B. Wasserversorgung oder Strafvollzug) bildet den Rahmen für eine Vielzahl von Aufgaben mit einem gemeinsamen thematischen Bezug. Dass der Staat innerhalb eines Aufgabenfeldes tätig ist, heißt aber nicht, dass er für das gesamte Feld die alleinige Verantwortung trüge und es heißt vor allem nicht, dass die Privatisierung einzelner Aufgaben innerhalb des Feldes ausgeschlossen wäre. Viel-

---

<sup>19</sup> BVerfGE 12, 205 (243); vgl. nur *Isensee*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 73 Rn. 12 ff., 17 ff.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, 41 ff.; *Mayen*, DÖV 2001, 110. Damit wird die verfassungsrechtliche Hybris wie Realitätsferne eines materialen Verständnisses, das alle Staatsaufgaben deduktiv aus dem GG ableiten wollte (in diese Richtung aber *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, 53 ff.) vermieden.

<sup>20</sup> Ebenso deutlich *Burmeister*, VVDStRL 52 (1993), 208 (222); *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 45 f.; *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 3 Rn. 72, 81.

<sup>21</sup> So zuletzt wieder *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 12 Rn. 24 u. 125 ff., sowie passim die in der vorherigen Fn. genannten Beiträge. Richtigerweise sollte der Hoheitsbegriff im Verwaltungsrecht wenn nicht aufgegeben, dann ganz auf die Ebene des Handelns beschränkt werden, wo er als Kürzel für die Zuordnung zum Regime des Öffentlichen Rechts (so etwa in § 35 VwVfG, Art. 34 GG (vgl. BGHZ 110, 253 [255])) dienen mag; krit. im Hinblick auf die Uneinheitlichkeit des Begriffsverständnisses auch *Grzeszick*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 78 Rn. 5.

<sup>22</sup> Vgl. nur *Weiß*, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 81 Rn. 25 ff.; zuletzt u. a. EuGH, Rs. C-205/03, Slg. 2006, I-6295 (FENIN); Rs. C-284/04, EuZW 2007, 433 (UMTS).

mehr muss die „Leistungstiefe“<sup>23</sup> des staatlichen Beitrags bei der Gemeinwohlverwirklichung differenziert betrachtet werden. Es geht daher fehl, wenn über die Privatisierbarkeit „der“ Lebensmittelversorgung, „des“ Strafvollzugs oder „des“ Straßenbaus diskutiert wird. Worum es geht, ist die Privatisierbarkeit einzelner Aufgaben (z.B. Brötchenbacken, Anstaltsbetrieb bzw. Unterhaltung von Straßenabschnitten). Dabei sind die Aufgaben der eigenhändigen Erledigung von denen der Überwachung, der Förderung oder der Sicherstellung zu unterscheiden, die funktional auf das Tätigwerden der Privaten im nämlichen Aufgabenfeld bezogen sind. In dem Umfang, in dem der Staat überwacht, fördert oder sicherstellt, handelt es sich im Sinne der o. g. formalen Begriffsbestimmung um eine Staatsaufgabe, also um die Übernahme der Erfüllungsverantwortung. Zusätzlich wird dabei eine abgestufte Verantwortung in bezug auf das private Tätigwerden übernommen, was als Überwachungs- bzw. Förder- bzw. Sicherstellungsverantwortung etc. bezeichnet werden kann. Dabei handelt es sich wohlgerne nicht um rechtlich begründete Pflichtenzuweisungen, sondern um heuristische Begriffe<sup>24</sup>, verwendet zur Veranschaulichung des Umstandes der funktionalen Stufung innerhalb ein und desselben Aufgabenfeldes.

## II. Rahmenbedingungen staatlicher Aufgabenträgerschaft

### 1. Der relevante Begriff des Staates

Die gegenüber dem Wirkungsbereich der Gesellschaft abzugrenzende Organisationseinheit „Staat“ (der Bundesrepublik Deutschland)<sup>25</sup> ist das Zurechnungsendsubjekt<sup>26</sup>,

---

<sup>23</sup> Begriff und Gedanke nach *Reichard*, Umdenken im Rathaus, 1994, 43.

<sup>24</sup> Zur (mithin begrenzten) Leistungsfähigkeit des Verantwortungsbegriffs vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), 3. Kap. Rn. 109 ff.; *Eifert*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 19 Rn. 8; *Butzer*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 74 Rn. 11 f.; kritischer *Röhl*, DV, Beiheft 2, 1999, 33 ff.; *Klement*, Verantwortung, 2006, 110, 464 ff.

<sup>25</sup> Nicht untersucht werden Privatisierungsvorgänge im Bereich anderer Staaten oder im Bereich der von den Organisationseinheiten der Europäischen Union wahrgenommenen Aufgaben.

<sup>26</sup> Dieser Terminus geht zurück auf *Wolff*, Organschaft und juristische Person I, 1933, 203 f., und *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl. 1991, 82 u.ö.

der Träger der soeben näher bestimmten „Staatsaufgaben“<sup>27</sup>, welche wiederum den Gegenstand der relevanten Privatisierungsvorgänge bilden. Die Benennung der Aufgabenträger ist für eine rechtssystematische Auseinandersetzung unverzichtbar<sup>28</sup>, weil das Grundgesetz zwischen der Konstituierung des Staates und der Gewährleistung privater Autonomie unterscheidet, mithin die Trägerschaft dem zu ermittelnden Gesamtrechtsregime für die Aufgabenwahrnehmung vorausliegt. Als „Staat“ in diesem Sinne sind jedenfalls der Bund, die Länder, die kommunalen Gebietskörperschaften sowie all diejenigen Organisationseinheiten anzusehen, die einer dieser Körperschaften institutionell zuzurechnen sind. Dies ist wiederum unstreitig bei den öffentlich-rechtlich organisierten selbständigen Rechtsträgern<sup>29</sup>, d. h. bei den auf allen Verwaltungsebenen anzutreffenden Körperschaften (u. a. Kammern), den Anstalten und den Stiftungen des öffentlichen Rechts der Fall, ungeachtet der hier teilweise (bei den Selbstverwaltungsträgern) bestehenden Wurzeln in der gesellschaftlichen Selbstorganisation<sup>30</sup>. Namentlich die Organisationsform der Anstalt hat sich auf der kommunalen Ebene in den vergangenen Jahren zu einer ernsthaften Alternative<sup>31</sup> zwischen der bis dato allzu schroff betonten Entgegensetzung von hoheitsfixierter Behörde/Eigenbetrieb und flexibilitätsverheißender PPP entwickelt.

Größere Schwierigkeiten bereitet die Zuordnung von natürlichen oder juristischen Personen des Privatrechts. Um sie gleichsam als staatliche Stellen in Privatrechtsform institutionell dem Staat zurechnen zu können, muss ihr Unternehmensgegens-

---

<sup>27</sup> Gemeint ist, dass hier die letzte Verantwortung für die betreffende Aufgabe liegt (*Schulze-Fielitz*, in: Grimm, Wachsende Staatsaufgaben – Sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, 11 [16]; *Horn*, DV 35 [1993], 545 [557]).

<sup>28</sup> Ebenso *Heintzen*, VVDStRL 62 (2002), 220 (235).

<sup>29</sup> Vgl. nur *Remmert*, Private Dienstleistungen im staatlichen Verwaltungsverfahren, 2003, 20; *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 6 Rn. 10 jeweils m.w.N.

<sup>30</sup> *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, 19.

<sup>31</sup> Die meisten Länder haben diese Organisationsform in jüngerer Zeit ausgebaut (vgl. z.B. § 114a GO NRW) oder neu eingeführt (u.a. Niedersachsen und Sachsen-Anhalt); Gesamtüberblick bei *Gruneberg*, Abwasserbeseitigung durch kommunale Unternehmen, 2007, 205 ff. Zum Rechtsrahmen vgl. *Ehlers*, ZHR 167 (2003), 546; *Mann*, Die öffentlich-rechtliche Gesellschaft, 2002. In den Handbüchern für die Gestaltungspraxis ist die Anstaltsform ganz selbstverständlich Bestandteil der jeweils vergleichend angelegten Darstellungen (vgl. *Schraml*, in: Wurzel/Schraml/Becker, Rechtspraxis der kommunalen Unternehmen, 2005, D Rn. 118 ff.; *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz, Handbuch kommunale Unternehmen, 2. Aufl. 2007, § 7 Rn. 20 ff.).

tand zugleich Gegenstand staatlicher Aufgabenwahrnehmung sein. Das ist eindeutig (und unstreitig) der Fall bei privaten Organisationseinheiten, die dem Staat vollständig gehören bzw. vollständig von ihm finanziert werden<sup>32</sup>. Diese sog. publizistischen Privatrechtsvereinigungen sind Funktionäre des Staates, ohne in einem Dienst- oder Beschäftigungsverhältnis zu stehen. Sie kommen in der Praxis vor allem in den Formen des Kapitalgesellschaftsrechts daher, weswegen man sie auch „Eigengesellschaften“<sup>33</sup> nennt. Dadurch ändert sich nichts an der institutionellen Zuordnung zur jeweiligen Gebietskörperschaft<sup>34</sup>, denn private Rechtsträger bleiben hier ganz außen vor. Es findet keine Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten statt, sondern es wird eine Organisationsform aus dem Regime des Privatrechts gewählt. Die daraus erwachsenden Probleme wurzeln in anderen Umständen, nämlich im Stattfinden einer u.U. schwer kontrollierbaren Verselbständigung und in der Wahl des Jedermann-Rechtsregimes (dem Privatrecht)<sup>35</sup>. Aus der nachfolgenden Untersuchung wird die Einbeziehung publizistischer Privatrechtsvereinigungen in die Aufgabenerledigung daher herausgehalten.

---

<sup>32</sup> Zu den im Einzelnen hinsichtlich der Finanzierung maßgeblichen Kriterien vgl. *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, 6 f.; *Krebs*, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 346 ff.

<sup>33</sup> Zu den Erscheinungsformen vgl. *John-Koch*, Organisationsrechtliche Aspekte der Aufgabenwahrnehmung im modernen Staat, 2005, 223 ff.; *Hellermann*, in: Hoppe/Uechtritz (Fn. 31), § 7 Rn. 94 ff.

<sup>34</sup> Auch Gesellschaften, die mehreren Gebietskörperschaften gemeinsam gehören (sog. gemischt-publizistische Privatrechtsvereinigungen), sind dem „Staat“ im hier zugrunde gelegten Sinne zuzuordnen.

<sup>35</sup> Nähere Analyse bei *Ehlers*, Verwaltung (Fn. 32), 251 ff., sowie noch E III 3 a; vertiefend zu den Vor- und Nachteilen der Schaffung verselbständigter Verwaltungseinheiten *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), 5. Kapitel Rn. 36 ff.; zu den Kriterien der Rechtsformenwahl vgl. zuletzt *Uechtritz*, in: Hoppe/Uechtritz (Fn. 31), § 16.

Üblicherweise wird sie der sog. Organisationsprivatisierung zugerechnet<sup>36</sup>, und zwar gemeinsam mit der Einbeziehung von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen (nachfolgend: institutionalisierte PPP)<sup>37</sup>. Im Interesse einer problemorientierten Unterscheidung von Privatisierungsoptionen, wie sie im nächsten Abschnitt zugrunde gelegt werden soll<sup>38</sup>, ist aber zu betonen, dass bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen „echte“ Private involviert sind. Zu Verselbständigung und Wahl des Privatrechtsregimes tritt als eigentlich privatisierungsbegründender Umstand das Entstehen einer Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten hinzu. Dies indiziert eine gesonderte Untersuchung, mithin die Einbeziehung in unsere Themenstellung.

## 2. Höherrangiges Recht

Die einleitend getroffene Feststellung, dass mit dem Auftreten des Staates (mit der Wahrnehmung einer Staatsaufgabe) die rechtliche „Tonart“ wechselt, gilt mit großer Eindeutigkeit für das höherrangige Recht. Dem Europarecht liegt nicht nur ebenfalls die Unterscheidung zwischen (National-)Staat und Gesellschaft zugrunde<sup>39</sup>, es knüpft auch wichtige Konsequenzen unmittelbar an die staatliche Aufgabenwahrnehmung. Genannt seien deren Bindung an die europäischen Grundrechte („bei der Durchführung des Rechts der Union“; vgl. Art. 51 Grundrechte-Charta) und vor allem

---

<sup>36</sup> *Kämmerer* (Fn. 30), 41 f., liefert hierfür die Begründung, wenn er feststellt, dass auch im Falle der Schaffung von Eigengesellschaften eine Abgabe von Rechtsmacht zugunsten anderer Personen (des Privatrechts) vorliege (37); die in der vorliegenden Untersuchung vorgenommene Weichenstellung besteht demgegenüber darin, nicht bereits in der Abgabe von Rechtsmacht, sondern im Hinzutreten von Einzelpersonen des privaten Rechts (als Anteilseigner, Verwaltungshelfer etc.) das entscheidende Merkmal für die Einbeziehung in die Privatisierungsdiskussion sehen zu wollen.

<sup>37</sup> Gemischtwirtschaftliche Unternehmen sind Organisationseinheiten in den Rechtsformen des Privatrechts, deren Kapitalanteile sowohl von staatlichen bzw. kommunalen Trägern als auch von Privaten gehalten werden (jüngst *Berger*, Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, 2006, 23); ausführlich zu ihnen und ihrer Einordnung in die Privatisierungstypologie C II 3.

<sup>38</sup> B I.

<sup>39</sup> Jedenfalls im Grundsatz, schon deswegen, weil die EU ja im Zusammenwirken der Mitgliedsstaaten gründet; zu Relativierungen der Unterscheidung *Masing*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 7 Rn. 90.

an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages<sup>40</sup>; das überaus wirkmächtige Beihilferegime der Art. 87 f. EG betrifft explizit „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte“ Unterstützungsleistungen. Ähnlich sieht es unter dem Grundgesetz aus, welches den Staat bei der Ausübung aller drei Funktionen an die Grundrechte bindet (vgl. Art. 1 Abs. 3 GG), und zwar auch dann, wenn er privatrechtsförmig handelt<sup>41</sup> bzw. als Anbieter oder Nachfrager am Wirtschaftsverkehr teilnimmt<sup>42</sup>. Grundlage staatlicher Aufgabenwahrnehmung können immer nur Kompetenzen bzw. Befugnisse sein, nicht jedoch die Grundrechte, die „ihrem Wesen nach“ (vgl. Art. 19 Abs. 3 GG) auf die Personenmehrheit „Staat“ im o. g. Sinne nicht anwendbar sind. Einige verfassungsrechtliche Konsequenzvorschriften greifen nicht bei jeglicher staatlichen Aufgabenwahrnehmung ein, sondern jeweils nur in einem Ausschnitt, so z.B. die finanzverfassungsrechtlichen Vorschriften, welche der Erhebung von Steuern und nichtsteuerlichen Abgaben Grenzen setzen, aber jedenfalls nicht unmittelbar auf die privatrechtliche Entgelterhebung (wohlgemerkt: durch den Staat)<sup>43</sup> anwendbar sind.

### 3. Einfaches Recht

#### a) Öffentliches Recht und Privatrecht

Nochmals differenzierter wird das Bild auf der Ebene des einfachen Rechts. Überhaupt nicht an die staatliche Aufgabenwahrnehmung angeknüpft wird dort im Privat-

---

<sup>40</sup> Vgl. den strukturierten Rechtsprechungsüberblick bei *Ehlers*, in: ders., Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2. Aufl. 2005, § 7 Rn. 43 ff.).

<sup>41</sup> Gefestigte Einschätzung in der Verfassungsrechtswissenschaft; vgl. *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 1 Rn. 38. In die Grundrechtsbindung einbezogen sind auch Eigengesellschaften der Verwaltung.

<sup>42</sup> Vgl. wiederum *Jarass*, in: Jarass/Pieroth (Fn. 41), Rn. 39; ferner *Röhl*, *VerwArch* 86 (1995), 531 (575 ff.). Der BGH (BGHZ 29, 76 [80], BGHZ 52, 325 [327 ff.]; BGH, NJW 2003, 1658; NJW 2004, 1031, differenziert hier unverändert zwischen erwerbswirtschaftlich-fiskalischem und „verwaltungsprivatrechtlichem“ Handeln. Bedauerlicherweise hat es das BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungsmäßigkeit der Rechtsschutzsituation im Vergabewesen unterhalb der Schwellenwerte (NJW 2007, 3701 [3702]) unterlassen, diese Einschätzung zurückzuweisen. Es hat aber in jener Entscheidung ohne weiteres eine Grundrechtsbindung nach Art. 3 Abs. 1 GG für die staatliche Nachfolgetätigkeit angenommen und Art. 12 Abs. 1 GG gleichsam hilfsweise eingehend geprüft.

<sup>43</sup> Dabei sollen lediglich bestimmte „Grundsätze des öffentlichen Finanzgebarens“ beachtlich sein (BGHZ 91, 83 [95 f.]; BGHZ 115, 311 [317 f.]).

recht, dem Jedermann-Regime. Wenn der Gesetzgeber es angeordnet hat (z. B. per §§ 97 ff. GWB für die Vertragsabschlüsse im Beschaffungswesen), oder wenn die Verwaltung sich in Ausübung ihrer entsprechenden Kompetenz (sog. Formenwahl-freiheit) sich dafür entschieden hat (wie z. B. mit der Schaffung einer Eigengesell-schaft in GmbH- Form), dann sind staatliche Aufgabenträger „lediglich“ an jene sonst nur für Private geltenden Vorgaben gebunden<sup>44</sup> – ganz ohne Privatisierung! Der ein-zige Unterschied zwischen Staat und Privaten besteht in diesem Bereich darin, dass die Handlungsgrundlage für die privaten Akteure durch die Privatautonomie (letztlich durch die Grundrechte) gebildet wird, auf die sich die staatlichen Aufgabenträger nicht berufen können<sup>45</sup>. Dass für diese das privatrechtliche Regime anwendbar ist, stellt freilich nicht den Normalfall dar. Haben Gesetzgeber oder Verwaltung keine explizite Zuordnung vorgenommen, dann ist das in der deutschen Rechtsordnung eigens für sie konzipierte Sonderrecht, das Öffentliche Recht, anwendbar. Anknüp-fend an die dortige Grund-Tatbestandsmerkmal der staatlichen Aufgabenwahrneh-mung<sup>46</sup>, greifen zahllose Pflichten ein, allerdings in Abhängigkeit davon, was jeweils geschieht. So ist z. B. das so wichtige VwVfG nicht auf jegliche staatliche Aktivität anwendbar, sondern nur dann, wenn am Ende ein Verwaltungsakt oder ein Verwal-tungsvertrag stehen soll (vgl. § 9 VwVfG). Außer Grenzen und Pflichten enthält das Öffentliche Recht schließlich auch diejenigen Befugnisse zulasten der privaten Be-troffenen (zur Überwachung, Anordnung, Leistungsverweigerung etc.), die auf privat-autonomer Basis nicht entstehen könnten.

#### b) *Strafrecht (Amtsträgerstrafbarkeit)*

Das Strafrecht kennt eine ganze Reihe von Tatbeständen, die nicht von jedem belie-bigen Täter verwirklicht werden können, sondern nur von „Amtsträgern“ bzw. von „für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten“. Dies gilt insbesondere für die bei-

---

<sup>44</sup> Vgl. nur *Burgi*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 18 Rn. 56 ff.

<sup>45</sup> Ebenso *Röhl*, *VerwArch* 86 (1995), 531 (537); *Gurlit*, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, 245.

<sup>46</sup> Freilich ausschließlich bei Agieren einer öffentlich-rechtlichen Organisationseinheit des Staates. Die Realisierung der soeben erwähnten Befugnis zur Wahl des Privatrechtsregimes auf der Or-ganisationsebene bewirkt zugleich das Nicht-Eingreifen der öffentlich-rechtlichen Handlungs-maßstäbe; dem privatrechtlichen Organisations-Rechtsregime ist dann das privatrechtliche Handlungs-Rechtsregime nachgefolgt.



den zentralen Korruptionsstraftatbestände, die Vorteilsannahme (§ 331 StGB) und die Bestechlichkeit (§ 332 StGB). Wer als „Amtsträger“ anzusehen ist, ist in § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB legaldefiniert. Neben den Beamten oder Richtern (lit. a) kommen diejenigen in Betracht, die „sonst dazu bestellt (sind), bei einer Behörde oder bei einer sonstigen Stelle oder in deren Auftrag Aufgaben der öffentlichen Verwaltung unbeschadet der zur Aufgabenerfüllung gewählten Organisationsform wahrzunehmen“ (lit. c). Schon bei der ersten Lektüre fällt ins Auge, dass der bloße Umstand der Beschäftigung als Angestellter für den Staat nicht ausreichend ist; die Zuordnung einer bestimmten Stelle zum Staat führt im Strafrecht mithin nicht schon zu einem Wechsel der Tonart. Vielmehr enthält § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB mehrere zusätzliche Tatbestandsmerkmale, die überdies allesamt in der Rechtsprechung (trotz allein fünf seit 2003 ergangenen Entscheidungen des BGH)<sup>47</sup> einerseits, im strafrechtlichen Schrifttum andererseits<sup>48</sup>, umstritten sind. Gegenstand disparater Interpretationen ist dabei nicht erst die Situation nach dem Hinzutreten Privater innerhalb von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, als Verwaltungshelfer oder Beliehene<sup>49</sup>, sondern bereits die Qualifizierung von Beschäftigten bei öffentlich-rechtlichen oder publizistischen Organisationseinheiten, die als solche unzweifelhaft dem Staat zuzurechnen sind, mit Ausnahme allerdings der Beamten, welche nach § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) umstandslos als Amtsträger anzusehen sind (unabhängig von der Organisationsform der zuständigen Organisationseinheit oder vom Charakter der wahrgenommenen Aufgabe).

Während die „besondere Verpflichtung“ für den öffentlichen Dienst gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB den eindeutig abgrenz- und feststellbaren Ausnahmefall der förmlichen Verpflichtung von primär nachgeordneten Mitarbeitern auf Grund des Verpflichtungs-

---

<sup>47</sup> BGH, StV 2005, 322 mit Anm. *Krehl* (Fernwärmeversorgung); BGH, StV 2006, 126 mit Anm. *Noltensmeier* (Abfallentsorgung); BGH, NStZ 2006, 628 (Energieversorgung); BGH, NStZ 2007, 211 (Abfallentsorgung); BGH, NJW 2007, 2932 (Wohnungsbau).

<sup>48</sup> Vgl. neben den Kommentierungen von *Radtko*, in: Joecks/Miebach, MüKo StGB, Band 1, 2003, § 11 Rn. 16 ff.; *Eser*, in: Schönke/Schröder, StGB, 27. Aufl. 2006, § 11 Rn. 14 ff.; *Tröndle/Fischer*, StGB, 54. Aufl. 2007, § 11 Rn. 12 ff., u. *Kühl*, StGB, 26. Aufl. 2007, § 11 Rn. 3 ff.; *Bernsmann*, StV 2005, 685; *Radtko*, NStZ 2007, 57; *Möhrenschlager*, in: Dölling, Hdb. Korruptionsprävention, 2007, 387 (391 ff.).

<sup>49</sup> Vgl. C II.

gesetzes<sup>50</sup> betrifft (z.B. Reinemachfrauen, die Geheimnisträger sein können), hängt im Regelfall der erhöhte Strafraum vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB ab. Unabhängig davon, ob der Betroffene bei einer öffentlich-rechtlichen oder einer privatrechtlichen Organisationseinheit tätig ist, bedarf es zum einen der „Bestellung“<sup>51</sup>, sodann ist nach dem Gesetzeswortlaut in beiden Fällen<sup>52</sup> eine Einbeziehung in die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erforderlich. Die Annahme des Vorliegens dieses Tatbestandsmerkmals fällt der Rechtsprechung und dem strafrechtlichen Schrifttum leichter, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Organisationseinheit (etwa eine Anstalt des öffentlichen Rechts) handelt<sup>53</sup>, wobei auch hier nicht mit letzter Sicherheit geklärt ist, ob bei Aufgaben „erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Charakters“<sup>54</sup> eine Qualifizierung als Amtsträger ausscheidet. In aller Deutlichkeit offenbaren sich die im Umgang mit diesem Tatbestandsmerkmal seit Jahren bestehenden Unsicherheiten vor allem im Hinblick auf privatrechtliche Organisationseinheiten. Nach mittlerweile gefestigter Rechtsprechung des BGH soll es hier kumulativ auf die Wahrnehmung von „öffentlichen Aufgaben“ und um das Unterworfenensein unter eine staatliche bzw. kommunale Steuerung ankommen, die bei einer „Gesamtbewertung der sie kennzeichnenden Merkmale“ die Einordnung der betreffenden Organisationseinheit als „verlängerter Arm“ des Staates erlaubt<sup>55</sup>. Hiermit eröffnet der BGH eine Prüfung der (namentlich gesellschaftsrechtlichen) Umstände des jeweiligen Einzelfalls. Diese Prüfung kann im Ergebnis auch dazu führen, dass das Tätigwerden für eine publizistische Privatrechtsvereinigung trotz Erfüllung aller anderen Tatbestandsmerkmale nicht zur Qualifizierung als Amtsträger führt<sup>56</sup>.

---

<sup>50</sup> V. 2.3.1974 (BGBl. I, 469, 547).

<sup>51</sup> Zu den sich bereits mit diesem Tatbestandsmerkmal verbindenden, im Rahmen dieses Gutachtens nicht vertieften Problemen vgl. nur *Tröndle/Fischer* (Fn. 48), § 11 Rn. 20; *Rausch*, Die Bestellung zum Amtsträger, 2007, 75 ff., 133 ff.

<sup>52</sup> Die Unbeachtlichkeit der Organisationsform ist durch das Korruptionsbekämpfungsg v. 13.8.1997 (BGBl. I, 2038) ausdrücklich in den Gesetzeswortlaut aufgenommen worden.

<sup>53</sup> Vgl. wiederum nur *Tröndle/Fischer* (Fn. 48), § 11 Rn. 25.

<sup>54</sup> Vgl. zu dieser Kategorie und ihrer Irrelevanz in verwaltungsrechtlicher Sicht B I.

<sup>55</sup> Im Anschluss an BGHSt 43, 370 (377), über BGH, NJW 2001, 3062, fortgeführt über alle in Fn. 47, genannten Entscheidungen, ungeachtet zwischendurch erfolgter Rechtsänderungen.

<sup>56</sup> So im Falle eines für die Deutsche Bahn AG Tätigen (BGH, NJW 2004, 3129); anders dagegen für den Angestellten einer städtischen Fernwärme-GmbH (StV 2005, 322).

### III. Rahmenbedingungen privater Aufgabenwahrnehmung

#### 1. Private als Betroffene und als Aufgabenträger

Eine „Privatisierung öffentlicher Aufgaben“ impliziert natürlich nicht nur Veränderungen bei dem bislang alleinzuständigen staatlichen Aufgabenträger, sondern auch bei den in Frage kommenden Privaten. Dies zu betonen ist wichtig, weil die juristische Privatisierungsrhetorik der vergangenen Jahre ausweislich der Termini „Gewährleistungsverantwortung“<sup>57</sup> oder „Regulierung“ durch eine gewisse Präponderanz der staatlichen Perspektive gekennzeichnet ist. Richtet man den Blick auf den privaten Wirkungsbereich, dann steht nichts weniger als ein Wechsel des Handlungsmodus vor Augen<sup>58</sup>. Bislang, d. h. vor einer Privatisierungsentscheidung, haben die fraglichen Privaten aus eigenem Antrieb und zu primär eigenem Nutzen Dienstleistungen erbracht. Die nun erfolgende Arbeitsteilung ist wesensmäßig getrennt vom bloßen Ausbau privater Eigenverantwortung<sup>59</sup>, d. h. von anderer Qualität als die Verschärfung von Überwachungs- oder Sicherungspflichten im Umwelt- oder Sicherheitsrecht bzw. die Erweiterung von Gestaltungsmöglichkeiten der jeweils Betroffenen (wie zuletzt in den sog. business improvement districts oder zuvor beim Vorhaben –und Erschließungsplan nach § 12 BauGB)<sup>60</sup>; Maßnahmen dieser Art werden somit nicht weiter erfolgt.

Den Ausgangspunkt bzw. Vergleichsmaßstab bilden auch hier die rechtlichen Rahmenbedingungen der privaten Betätigung vor Privatisierung, d. h. in dem Stadium, in dem eine primär von Individualinteressen (wirtschaftlicher und/oder idealistischer Na-

---

<sup>57</sup> E II.

<sup>58</sup> Ähnlich *Kämmerer* (Fn. 30), 31.

<sup>59</sup> Hierbei geht es außerhalb von klassischen Mitwirkungspflichten aus der eigenen Sphäre vor allem um Meß-, Informations- und Verfahrenspflichten, insbesondere im Bereich der Anlagenüberwachung (ausführlicher *Burgi*, Privatisierung [Fn. 19], 92 f.). Die Einschaltung von Sachverständigen (durch den Betroffenen) führt erst dann zur Zuordnung zur Privatisierung, wenn jene zugleich in den staatlichen Normenvollzug implementiert sind, also mehr als nur technische Unterstützung leisten (vgl. C II 4).

<sup>60</sup> Zahlreiche aktuelle Beispiele bei *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 12 Rn. 78 und 82; *Eifert*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 19 Rn. 38 f., 99, jeweils m.w.N. Speziell zu dem die Bewohner des betroffenen Gebiets mobilisierenden Konzepts der „business improvement districts“ vgl. *Huber*, DVBl. 2007, 466.

tur)<sup>61</sup> geleitete<sup>62</sup> Einzelperson oder eine private Organisationseinheit noch nicht in eine PPP, namentlich nicht in ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen, einbezogen oder noch nicht beliehen worden ist. Von vornherein ausgeblendet werden die beim Staat beschäftigten Personen, d. h. die Angehörigen des öffentlichen Dienstes, sowie diejenigen Privaten, die in die unmittelbare Staatsverwaltung (etwa in dort gebildete Gremien)<sup>63</sup> oder in eine öffentlich-rechtliche Organisationseinheit der mittelbaren Staatsverwaltung respektive der funktionalen Selbstverwaltung<sup>64</sup> institutionell eingegliedert sind. Bei ihnen handelt es sich zumeist (man denke an die in der Ärzte- oder Anwaltskammer zusammengeschlossenen privaten Freiberufler) um Betroffene, die sodann primär sich selbst und ihresgleichen verwalten sollen; die „Privaten“, von denen nachfolgend die Rede sein soll, wirken dagegen an der Wahrnehmung der allgemeinen Verwaltungsaufgaben mit. Dabei gelangen sie unmittelbar oder mittelbar in Kontakt mit „betroffenen“ Privaten, d. h. mit denjenigen, die im Handlungsmodus der Privatheit verblieben sind. Diese hatten es bislang mit einem staatlichen Aufgabenträger im o. g. Sinne zu tun und sind nun überdies mit Verwaltungshelfern, Beliehenen oder gemischtwirtschaftlichen Unternehmen konfrontiert. Es muss daher strikt unterschieden werden zwischen privaten Aufgabenträgern und privaten Betroffenen.

## 2. Höherrangiges Recht und einfaches Recht

Vor einer Privatisierungsentscheidung sind private Akteure als Betroffene staatlicher Aktivitäten Träger der europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten sowie der Grundrechte des Grundgesetzes. Ihre „Tonart“ ist mithin die der Freiheit. Ihre Orga-

---

<sup>61</sup> Auch die Non-Profit-Organisationen des sog. Dritten Sektors (vgl. etwa *Walz*, JZ 2002, 268) sind Private in diesem Sinne, zumal sie im Wettbewerbsrecht mit nicht-gemeinnützigen Privaten auch wirtschaftliche Interessen zu verfolgen haben.

<sup>62</sup> Von vornherein ausgeschlossen werden Private, die als Vertreter organisierter Interessen handeln, wie insbesondere die Verbände (zu den damit zusammenhängenden Problemen ausführlich *Dederer*, *Kooperative Staatsgewalt*, 2004, 36 ff. u.ö.).

<sup>63</sup> Beispielhaft genannt seien die privaten Mitglieder in Kommissionen wie der Zentralen Kommission für die biologische Sicherheit gemäß § 4 Abs. 1 GenTG (weitere Erscheinungsformen der „Eingliederung Privater in staatliche Organisationen“ bei *Heintzen*, *VVDStRL* 62 [2002], 244 f., sowie bei *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen* [Fn. 12], § 12 Rn. 83 f.).

<sup>64</sup> Hier geht es im Kern um die Aktivierung von Betroffenen und deren Interessen zugunsten der Aufgabenerfüllung im Sinne einer Betroffenenverwaltung (weiterführend *Groß*, *DVBl.* 2002, 1182; *Oebbecke*, *VVDStRL* 62 [2002], 366 [370]).

nisation richtet sich nach dem Vereins- oder Gesellschaftsrecht (Teilmaterien des Privatrechts), spezifische Verfahrenspflichten gibt es regelmäßig nicht. Das Öffentliche Recht richtet ihnen gegenüber keine Bindungen auf, sondern es schützt sie vor gesetzeswidrigen und unverhältnismäßigen Beeinträchtigungen ihrer Freiheitsausübung. In weiten Teilen herrscht hier Privatautonomie, sprich lose konditionierte Gestaltungsfreiheit<sup>65</sup>, auch in der Entgeltkalkulation, der Auswahl der Vertragspartner oder im Wettbewerbsverhalten. Durchsetzungsbefugnisse unter Privaten bedürfen der Mitwirkung des Betroffenen bzw. der staatlichen Justiz. Anknüpfend an die Ausführungen zum Staat (II 3 b) kann zum strafrechtlichen Amtsträgerbegriff festgestellt werden, dass Private vor einer Privatisierung, d. h. solange sie schlicht als Aufgabenbetroffene agieren, unumstritten nicht als „Amtsträger“ i. S. d. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB zu qualifizieren sind. Im Vergleich des Straftatbestandes „Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr“ (§ 299 StGB) mit dem des Amtdeliktes der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) bedeutet dies, dass der Strafraum „bis zu drei Jahre“ und nicht gleich „von sechs Monate(n) bis fünf Jahre“ umfasst.

#### IV. Erwartungen und Befürchtungen

Der systematisierende Blick auf die außerrechtlichen Aspekte für und wider Privatisierung hilft nicht nur zur Begründung der im Einzelfall zu treffenden Entscheidung, sondern dient darüber hinaus als Fundus für etwaige Rechtsprobleme. So würde etwa das Argument der angeblich größeren Effizienz der privaten Aufgabenwahrnehmung den Rechtsgrundsatz der Wirtschaftlichkeit des Staatshandelns auf den Plan rufen, während das Argument der angeblich fehlenden Kontrollierbarkeit privater Aufgabenträger an das Gebot demokratischer Legitimation denken ließe. Bezieht man die Geschichte der Privatisierung seit dem Anfang des 20. Jahrhunderts mit all ihren Wellenbewegungen, aber auch Brüchen ein<sup>66</sup>, so werden einige „Klassiker“ erkennbar, wie die Erwartung einer effizienteren Aufgabenerfüllung durch Private oder die Befürchtung übermäßiger Einflussnahme einzelner Privater auf staatliche Ent-

<sup>65</sup> Vgl. nur *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, § 1 Rn. 4 f., § 32 Rn. 472 ff.

<sup>66</sup> Ausführliche Darstellung bei *Kämmerer* (Fn. 30), 61 ff.; vgl. ferner v. *Loesch*, Privatisierung öffentlicher Unternehmen, 2. Aufl. 1987, 15 ff., sowie die Arbeit des Historikers *Ambrosius*, Der Staat als Unternehmer, 1984; v. *Weizsäcker*, in: ders. u.a. (Fn. 6), 250 ff., wirft einige Schlaglichter auf die internationale historische Dimension.

scheidungen. Die deutlichste Konstante besteht aber darin, dass sich solche funktional oder instrumental fundierten Argumente immer wieder mit ordnungspolitischen Einschätzungen getroffen haben und sodann durch diese gebündelt und verstärkt worden sind. Als Beispiele mögen die sog. Popularprivatisierung per Aktienverkauf an breite Bevölkerungsschichten (VEBA etc.) in den Adenauer-Jahren einerseits<sup>67</sup>, die eher staatszentrierte Planungseuphorie<sup>68</sup> in der Zeit der ersten Großen Koalition ab 1966 andererseits, genügen. Das besondere Kennzeichen der gegenwärtigen Epoche liegt nun darin, dass sich die Grundtendenz zugunsten der Privatisierung parteiübergreifend (siehe allein auf der Bundesebene die Regierungsprogramme „Schlanker Staat“ [CDU/FDP, bis 1998], „Aktivierender Staat“ [Rot-Grün, bis 2005]; „Moderner Staat“ [Große Koalition, seit 2005]) verfestigt hat (zumal nach der Wiedervereinigung) und im fortschreitenden Prozess der Europäisierung sowie, zunehmend, der Globalisierung<sup>69</sup>, eine weitere Stärkung, jedenfalls eine Stabilisierung erfährt. Dies bestätigt die eingangs getroffene Feststellung<sup>70</sup>, dass es sich nicht um eine Modeerscheinung handelt.

## 1. Gegenüber der Einbeziehung Privater

Die in ein „mehr Privat“ respektive „weniger Staat“ gesetzten *Erwartungen* lassen sich in drei Gruppen einteilen, denn sie betreffen aufgabenbezogene, finanzbezogene oder ordnungspolitische Aspekte. So zielt der „Zukauf privater Handlungsrationali-

---

<sup>67</sup> Näher geschildert bei *Hirche*, Die Komödie der Privatisierung, 1959, 111 ff.

<sup>68</sup> Ähnliche Einschätzung dieser Zeit bei *Kämmerer* (Fn. 30), 76.

<sup>69</sup> Die Internationalisierung des politischen Systems bewirkt ganz allgemein Einbußen an Staatlichkeit, vor allem aber einen weiteren Schub für „kooperative Verflechtungen und Diffusionen zwischen öffentlichem und privatem Sektor“ (*Voßkuhle*, VVDStRL 62 [2003], 271 f.; *Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, 47 ff.), wie das Beispiel der zugleich internationalisiert wie privatisiert erfolgenden Standardsetzung bei der Rechnungslegung veranschaulicht [vgl. hierzu nur *Bauer*, in: ders. u.a., Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, 69 (80 ff.)].

<sup>70</sup> Treffliche Darstellungen u.a. bei *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht III, 5. Aufl. 2004, Vor § 90 Rn. 25 ff.; *Voßkuhle*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 1 Rn. 59; populärwissenschaftlich: v. *Weizsäcker u.a.*, in: ders. u.a. (Fn. 6), 14 ff., 330 ff. Bündig: Grünbuch der EG-Kommission zu öffentlich-privaten Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen v. 30.4.2004 (KOM [2004] 327 endg., Ziffer 3).

tät“<sup>71</sup> zum ersten auf die Fachkompetenz, die technisch-administrative oder auch nur servicebezogene Leistungsfähigkeit, kurz auf das know-how bestimmter Privater, und zwar in Situationen, die durch wachsende Komplexität (etwa bei naturwissenschaftlich geprägten Aufgaben) und/oder (etwa bei der Sicherheitsgewährleistung im öffentlichen Raum) steigende Zahl der Vorgänge gekennzeichnet sind. Der hierdurch „überforderte Staat“<sup>72</sup> erwartet durch eine Privatisierung die Aufrechterhaltung bzw. den Ausbau der betroffenen Aufgabenerledigung, um sich selbst auf andere Aufgaben konzentrieren zu können. Zum zweiten schwingen eigentlich immer finanzielle Überlegungen mit. Teilweise werden Private einbezogen, weil sie „frisches“ Kapital einbringen (bei Investitionsvorhaben), teilweise deshalb, weil man sich hierdurch kurz- und/oder langfristige Kapitalersparnisse zugunsten der klammen staatlichen Haushalte erhofft, und zwar infolge einer für effizienter erachteten, zumindest „empfundenen“<sup>73</sup> Herangehensweise der Privaten. Diese Hoffnung speist sich wiederum aus Einschätzungen hinsichtlich von deren Leistungsfähigkeit, mehr oder weniger unverhohlen aber auch aus der fehlenden Bindung Privater an öffentlich-rechtliche Vorgaben. Schließlich knüpfen sich ordnungspolitische Überlegungen an die Entstehung eines Wettbewerbs „um den Markt“ der privaten Aufgabenträgerschaft, befeuert durch die Aussicht auf mehr Freiheit, mehr Wertschöpfung und (per saldo) mehr Arbeitsplätze, zum Wohle der begünstigten Unternehmen wie der Wirtschaft und des Wirtschaftsstandorts insgesamt.

Ordnet man die *Befürchtungen* nach dem gleichen Muster, dann stehen auch hier die aufgabenbezogenen Aspekte am Anfang. Mit dem Rückzug des Staates verbindet sich die Furcht vor der Entpolitisierung, d. h. vor einer Erfüllung unverändert gemeinwohlwichtiger Aufgaben mit schwindender Gesetzesbindung, demokratischer Kontrolle und rechtsstaatlicher Verantwortung bei schwächerer Gemeinwohlorientierung, namentlich zulasten sozialer oder ökologischer Zielsetzungen. Finanzieller Natur ist sodann die Befürchtung, dass infolge der Gewinnerorientierung der Privaten und des möglichen Entstehens von Garanten- und Rückholpflichten die aufgemachten Rechnungen langfristig nicht aufgehen, zumal nicht zugunsten der Aufgabenbetroffenen, welche mit höheren Entgelten konfrontiert sein könnten. In ordnungspoliti-

---

<sup>71</sup> Burgi, Privatisierung (Fn. 19), 381.

<sup>72</sup> Ellwein/Hesse, Der überforderte Staat, 1997.

<sup>73</sup> Vgl. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, 18.

scher Hinsicht steht die Gefahr des Entstehens oligo- oder monopolistischer Strukturen im Raum, d.h. die Ablösung von Bund, Ländern oder Kommunen nicht durch eine Schar von Mittelständlern, sondern durch ein Konglomerat einiger weniger Großkonzerne<sup>74</sup>. Bezogen auf die jeweils konkret betroffene Verwaltungseinheit, deren „Kunden“ und Mitarbeiter treten die übergangstypischen Sorgen um den Fortbestand gewachsener Strukturen, Standorte und vor allem Arbeitsplätze hinzu.

## 2. Gegenüber dem Zusammenwirken von Staat und Privaten

Ob sich an den Umstand des Zusammenwirkens von Staat und Privaten spezifische Erwartungen oder Befürchtungen knüpfen, ist bislang nicht thematisiert worden. Dabei gibt es selbstverständlich Aspekte jenseits des schlichten „Mehr Privat/Weniger Staat“. So wäre es positiv zu beurteilen, wenn der entstehende Mix aus staatlicher und privater Handlungsrationalität durch kluge Dosierung einen qualitativen wie finanziellen Mehrwert erzeugte (wenn es z. B. gelänge, Vorteile des Staates bei Kreditfinanzierung und Besteuerung mit privaten Potenzialen bei der Effizienz zu kombinieren). Negativ zu beurteilen und oftmals unterschätzter Gegenstand von Befürchtungen ist das Entstehen eines verdeckten privaten Machtzuwachses, wobei Macht im politischen Sinne von überlegener Entscheidungsgewalt zu verstehen ist. Ein solcher Machtzuwachs kann sich im vorliegenden Zusammenhang einmal in der Einflussnahme auf staatliche Träger äußern, wenn diese zwar formal entscheidungszuständig bleiben, in der Sache aber in ungebührlichem Maße den Vorstellungen bestimmter Privater Raum geben, sei es durch blinde Rezeption von Entscheidungsvorschlägen (namentlich von Beratern)<sup>75</sup>, sei es gar im Wege korruptiven Verhaltens, welches seit jeher mit dem staatlich-privaten Zusammenwirken assoziiert worden ist<sup>76</sup>. Davon zu unterscheiden ist die Usurpation von Entscheidungsgewalt per Über-

---

<sup>74</sup> Darauf hat bemerkenswerter Weise die Monopolkommission in ihrem Elften Hauptgutachten 1994/95 (BT-Drucks. 13/5309, S. 27) aufmerksam gemacht.

<sup>75</sup> Vgl. vorerst nur *Voßkuhle*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR III, 3. Aufl. 2005, § 43.

<sup>76</sup> Zur Reichweite des insoweit wissenschaftlich Belastbaren v. *Maravic*, VerwArch 97 (2006), 89 ff.; zur Korruptionsprävention bei der vielfach der Privatisierung vorausgehenden öffentlichen Auftragsvergabe *Portz*, in: Dölling (Fn. 48), 352 ff. *Theobald*, Zur Ökonomik des Staates, 2000, 161, hat die These aufgestellt, dass es nach erfolgter Privatisierung weniger korruptiv zuginge, da weniger hoheitliche und daher beeinflussbare staatliche Entscheidungen getroffen würden.



dehnung derjenigen Befugnisse, die bei der Privatisierung in Erweiterung des ursprünglichen Rechtskreises zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben eingeräumt worden sind, etwa bei Kontroll- oder Zwangsmaßnahmen im Sicherheitswesen.

## C. Privatisierungsoptionen in relevanten Privatisierungsfeldern

### I. Privatisierungstypologie

Die nachfolgende Unterscheidung von vier Privatisierungsoptionen orientiert sich im Ausgangspunkt an der vorherrschenden Typologie von Aufgaben- und Organisationsprivatisierung sowie funktionaler Privatisierung<sup>77</sup>. Im Unterschied zu dieser soll sie aber die Privatisierungswirklichkeit und die rechtlichen Problemhorizonte zutreffender abbilden. Ferner gilt es, Anschluss an die europäische Terminologie zu halten und der bereits anzutreffenden Balkanisierung der Rechtsdiskussion infolge der Unterscheidung von neun<sup>78</sup>, zehn<sup>79</sup> oder gar dreizehn<sup>80</sup> verschiedenen Typen entgegenzuwirken.

#### 1. Kritische Diskussion

Die gängige Dreiteilung ist gekennzeichnet durch die Benennung zweier Pole (Aufgabenprivatisierung und Organisationsprivatisierung in Gestalt der Schaffung einer Eigengesellschaft) und die Aufnahme der lange Zeit unentdeckten bzw. unterschätzten Zwischenform der funktionalen Privatisierung. Trotz entsprechender Versuche ist es aber nicht gelungen<sup>81</sup>, ihr eine dogmatische Bedeutung beizumessen, in dem Sinne, dass sich mit der Zuordnung eines konkreten Privatisierungsvorgangs bestimmte

---

Das eigentliche Problem, dass überhaupt Entscheidungen (mit Gemeinwohlrelevanz) in unlauterer Weise beeinflusst werden, besteht aber jedenfalls fort.

<sup>77</sup> Vgl. etwa *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 243 (251); *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 75 ff., mit Nachw. aus der älteren Literatur auf S. 75; *Mayen*, DÖV 2001, 110 (111); *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 487 (488); *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 23 Rn. 61 f.

<sup>78</sup> *Ronellenfitsch*, in: Hoppe/Uechtritz (Fn. 31), § 2 Rn. 14 f.

<sup>79</sup> *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), Vor § 90 Rn. 11 ff.

<sup>80</sup> *Kirchhof*, AöR 132 (2007), 215 (230 f.).

<sup>81</sup> Dies gilt auch für die auf die funktionale Privatisierung bezogenen Überlegungen des *Verf.*, Privatisierung (145 ff. u.ö.).

Rechtsfolgen verbinden würden (etwa nach dem Schema: Fortbestand aller Bindungen nach Organisationsprivatisierung, Verlust aller Bindungen nach Aufgabenprivatisierung). Dazu ist das Spektrum der Rechtsfolgen schlichtweg zu bunt. Wie im vorigen Abschnitt gezeigt<sup>82</sup>, sind schon vor der Einbeziehung Privater beispielsweise die Bindungsvorschriften nicht durchgehend anwendbar und nach erfolgter Privatisierung wird die Rechtslage ja nicht einfacher; die bloße Zuordnung zu einem Privatisierungstyp vermag die hier erforderlichen Ableitungen nicht zu ersetzen. Hinzu kommt, dass hinsichtlich aller drei Typen seit jeher Erscheinungsformen der Teilprivatisierung anerkannt waren<sup>83</sup>. Die nachfolgend vorgeschlagene Typologie ist daher von vornherein ohne dogmatischen Anspruch, sondern versteht sich als problemorientierte Ordnungsstruktur.

In der Sache sprechen mehrere Gründe dafür, nicht mehr an der herkömmlichen Typologie festzuhalten. Der erste Grund ist, dass die ja immer wichtiger gewordene Beleihung nicht integriert werden kann. Die mit dieser verbundene Ermächtigung zur Inanspruchnahme öffentlich-rechtlicher Handlungsbefugnisse (vgl. II 4 a) ist sowohl ein *aliud* gegenüber der Wahl des Organisations-Rechtsregimes als auch ein Mehr gegenüber den Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung<sup>84</sup>. Zweitens weist die Beleihung, wie sich zeigen wird, einige Ähnlichkeiten mit der Akkreditierung Privater als Stellen zur Bewertung der Normkonformität des Handelns von ihrerseits privaten Betroffenen auf, ohne dass deren Erscheinungsformen von der allgemeinen Privatisierungsdogmatik bislang überhaupt wahrgenommen worden wären; hier bestehen Erkenntnislücken, die rasch geschlossen werden müssen. Drittens: Vergleichsweise gut erforscht sind die Erscheinungsformen der Verwaltungshilfe (freilich mit bis heute ungeklärter Inhaltsbestimmung) und – neuerdings – der Dienstleistungskonzession (freilich außerhalb des Vergaberechts vielfach unbekannt) als Ergebnisse einer funktionalen Privatisierung. Wie sich in den vergangenen Jahren gezeigt hat, decken diese beiden Figuren den Bereich der funktionalen Privatisierung aber nicht vollständig ab<sup>85</sup>. Ihnen zur Seite stehen bzw. mit ihnen einher gehen viel-

---

<sup>82</sup> B II.

<sup>83</sup> Klarsichtig: *Schoch*, DVBl. 1994, 973 f.

<sup>84</sup> Anders noch *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 9 Rn. 9 f. (Zuordnung der Beleihung zur Organisationsprivatisierung) bzw. *Schoch*, DV, Beiheft 6, 2006, 28.

<sup>85</sup> Vgl. B II 1.

mehr die projektbezogenen PPP auf Vertragsbasis, die infolge ihrer Dauerhaftigkeit und Komplexität heute zu recht als ebenfalls namensgebend in die Typbeschreibung aufgenommen werden müssen.

Sachlich falsch ist schließlich (viertens) die Zusammenfassung der Schaffung von Eigengesellschaften und von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen in der Kategorie der Organisationsprivatisierung. Wie bereits festgestellt<sup>86</sup>, handelt es sich hierbei um eine reine Rechtsregimewahl, nicht um eine Arbeitsteilung<sup>87</sup>. Das Hinzutreten echter Privater reißt im freiheitlichen Verfassungsstaat einen gleichermaßen tiefen wie leicht erkennbaren Graben zwischen der Eigengesellschaft und dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Dieser Graben kann durch das Zusammenziehen in einem gemeinsamen Typ nicht überbrückt werden<sup>88</sup>, was durch den seit Jahrzehnten geführten Streit um die Grundrechtsberechtigung bzw. –gebundenheit der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen belegt wird; beide Rechtsfolgen sind im Hinblick auf Eigengesellschaften eindeutig, weil diese als Teil des Staates nicht Grundrechtsträger sind, sondern an der Grundrechtsbindung jeder staatlichen Gewalt teilhaben<sup>89</sup>. Diesen und weiteren Rechtsfragen sollte es gut tun, die Schaffung gemischtwirtschaftlicher Unternehmen, welche überdies vermehrt im Kontext von PPP stattfindet oder eine Zwischenstation auf dem Weg zur Aufgabenprivatisierung darstellt, einem eigenen, durch die spezifisch gesellschaftsrechtliche Verbundenheit gekennzeichneten Privatisierungstyp zuzuordnen und die Probleme von Eigengesellschaften ganz auszublenzen<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> Vgl. B II 1.

<sup>87</sup> Treffend *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), 5. Kapitel Rn. 63: „Systematisch gehören gemischtwirtschaftliche Unternehmen zum gesellschaftlich-administrativen Kooperationsbereich“ und mithin nicht ausschließlich und ohne weiteres zum Organisationsbereich der staatlichen Verwaltung.

<sup>88</sup> Vgl. ferner *Gramm*, DVBl. 2003, 1366. Anders noch *Burgi*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 75 Rn. 8.

<sup>89</sup> Vgl. BGHZ 52, 325 (328); BVerwGE 113, 208 (211); *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 3 Rn. 86. Zur demgegenüber ungeklärten Rechtslage bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen vgl. vorerst nur die Kammerentscheidung BVerfG, NJW 1990, 1783 (Versagung der Grundrechtsgeltung) einerseits, BVerwGE 114, 160 (189); BVerwGE 118, 226 (238, betreffend die Deutsche Telekom AG; NVwZ 2004, 745, 746 f.) andererseits; zur ersten Orientierung vgl. *Ehlers*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 3 Rn. 87.

<sup>90</sup> Wie bereits bei B II 1 begründet.

Einige abschließende Bemerkungen betreffen das Stichwort „Vermögensprivatisierung“. Die Veräußerung von Vermögensbestandteilen, seien es Immobilien, Sachgegenstände oder Aktien, ist für sich betrachtet kein aufgabenbezogener, zu einer neuen Arbeitsteilung führender Vorgang, und er wird daher nachfolgend auch nicht für sich, d. h. mit seinen etwaigen finanz- bzw. haushaltsrechtlichen<sup>91</sup> Problemen erörtert. Eine Vermögensveräußerung geht jedoch stets einher mit einer der anderen Privatisierungsformen<sup>92</sup>, was konkret bei der Aufgabenprivatisierung leicht übersehen wird. Wenn sich eine Kommune beispielsweise von ihrem Wohnungsbestand trennt, dann zieht sie sich zugleich von der Aufgabe der Wohnraumversorgung zurück und das ist im vorliegenden Zusammenhang relevant. Die Titulierung als „Vermögensprivatisierung“ darf also nicht zum vorschnellen Schließen der privatisierungsdogmatischen Akten verleiten.

## **2. Neuer Ansatz: Problem- und europarechtsorientierte Typologie**

Die nachfolgend entwickelte Typologie erhebt den Anspruch, die Privatisierungsoptionen nach ihrem jeweiligen Problemhorizont zu ordnen. Dieser Problemhorizont ergibt sich aus den in einzelnen Privatisierungsfeldern entstandenen fachrechtlichen und den felderübergreifend erkennbaren allgemeinen Rechtsfragen und er wird zusätzlich gespeist aus den jeweils bestehenden Erwartungen bzw. Befürchtungen. Diejenigen Erscheinungsformen, die einen vergleichbaren Problemhorizont besitzen, können jeweils anhand einiger gemeinsamer Merkmale charakterisiert werden, wobei sich Figuren, die (wie etwa die Verwaltungshilfe) schon einen bestimmten Grad der rechtlichen Anerkennung erreicht haben, integrieren lassen.

Angesichts der Bedeutung, die dem Recht der EU, den Judikaten des EuGH und den Stellungnahmen der mit seiner Anwendung und Weiterentwicklung befassten EG-Kommission gerade auch im Bereich der Privatisierung zukommt, muss bereits bei der Bildung der Privatisierungstypen zur Kenntnis genommen werden, dass es ein

---

<sup>91</sup> Nach BVerfGE 12, 354 (363) liegt es grundsätzlich im politischen Ermessen des Staates, sein Finanzvermögen (vielfach „Tafelsilber“ genannt) zu veräußern (vgl. auch *Isensee*, in: ders./Kirchhof, HdbStR V, 3. Aufl. 2007, 122 Rn. 115 f.). Das Haushaltsrecht enthält u.a. Bestimmungen, die einen Verkauf der Veräußerung unter Wert verhindern sollen (vgl. etwa § 90 GO NRW).

<sup>92</sup> Vgl. II.

einschlägiges „Grünbuch“<sup>93</sup> nebst „Mitteilung“<sup>94</sup> der Kommission gibt, dass unmittelbar auf „öffentlich-private Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen“ zielt und sodann zwischen „PPP auf Vertragsbasis“ und „Institutionalisierten PPP“ differenziert. Dies indiziert das Bestehen von getrennten, wenn auch benachbarten Problemhorizonten. Wenn eine Typologie die Erschließung dogmatischer Erkenntnisse vorbereiten soll, dann muss die zu erwartende Europäisierung auf der dogmatische Ebene auf die Typologie vorwirken. Konkreter formuliert: Seitdem auf EU-Ebene teilweise ein bindender Rahmen für die Erscheinungsformen der PPP besteht, kann die nationale Privatisierungstypologie die beiden PPP-Begriffe nicht länger für unbrauchbar erklären<sup>95</sup>, erst recht nicht, seitdem auch der nationale Gesetzgeber ein (erstes) „ÖPP-Gesetz“<sup>96</sup> verabschiedet hat.

## II. Die einzelnen Privatisierungsoptionen

### 1. Aufgabenprivatisierung

Seit langem anerkannt und gerade in jüngerer Zeit vermehrt, nicht selten aus Finanznot praktiziert ist die Option der Aufgabenprivatisierung<sup>97</sup>. Sie ist charakterisiert durch den vollständigen Rückzug eines bestimmten staatlichen oder kommunalen Trägers von einer bestimmten Aufgabe, vielfach begleitet von der Privatisierung der hierfür benötigten Vermögensgegenstände. Die hiervon betroffene Aufgabe wird in der Folgezeit entweder von einem oder mehreren Privaten aufgegriffen, oder sie liegt brach. Übernehmen sie Private, so handelt es sich zunächst zwar um den äußerlich mit der vormaligen Staatsaufgabe identischen Tätigkeitsbereich, aber rechtlich sind

---

<sup>93</sup> Grünbuch (Fn. 70).

<sup>94</sup> Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen v. 15.11.2005, KOM (2005) 569 endg.

<sup>95</sup> So aber noch *Kämmerer* (Fn. 30), 58; *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1; offener *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 92 Rn. 4 f.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 285 f.

<sup>96</sup> Fn. 10. Hierbei handelt es sich um ein Artikelgesetz, durch das Änderungen in verschiedenen anderen Gesetzen, die im Rahmen dieser Arbeit jeweils einbezogen werden, bewirkt werden.

<sup>97</sup> Zu Begriff und Problemhorizont vgl. *Weiß* (Fn. 19), 29 ff., 53 ff., 291 ff.; *Dederer* (Fn. 62), 61 f.

diese Privaten nicht für den Staat oder im Zusammenwirken mit ihm tätig, sondern im Normalmodus jeglicher privaten Betätigung, d.h. als Betroffene, nicht als Aufgabenträger. Eine Arbeitsteilung im engeren Sinne entsteht gerade nicht. Neben den im größeren Kontext der jüngsten Liberalisierungen erfolgten und von spektakulären Aktienverkäufen begleiteten Privatisierungen in den Bereichen Telekommunikation oder Stromversorgung<sup>98</sup> sind die diesbezüglich relevanten Privatisierungsfelder vor allem auf der kommunalen Ebene zu finden, namentlich im Bereich kultur- und sportbezogene Infrastruktur. Auf Landesebene sei das Programm „Offensive Zukunft Bayern“<sup>99</sup> genannt, in dessen Vollzug Beteiligungen in mehrfacher Milliardenhöhe veräußert wurden, um Innovationsprojekte fördern zu können.

Der Blick auf das Spektrum der betroffenen Aufgaben deutet bereits an, was im Mittelpunkt des gemeinsamen Problemhorizonts steht, nämlich die Frage nach dem Bestehen einer Pflicht zur Aufgabenfortführung, d. h. nach dem Recht als etwaiger Privatisierungsgrenze: Darf das einzige Hallenschwimmbad oder gar Krankenhaus am Ort<sup>100</sup> geschlossen oder der gesamte Mietwohnungsbestand an Investoren veräußert werden (wie gegenwärtig in großem Stil praktiziert)<sup>101</sup>? Kann die Stadt- oder Kreissparkasse verkauft werden<sup>102</sup>? Die bei den anderen drei Privatisierungsoptio-

---

<sup>98</sup> Die jeweils mit einem Programm der Liberalisierung des jeweiligen Marktes verbunden waren und in der Folgezeit zur Herausbildung intensiver Regulierungsstrukturen geführt haben, was Gegenstand der Beratungen des 66. DJT (2006) war (vorbereitet durch das von *Masing* erstattete Gutachten D).

<sup>99</sup> Näher geschildert bei *Jooß*, in: Hill, Aufgabenkritik, Privatisierung und Neue Verwaltungssteuerung, 2004, 69 ff.

<sup>100</sup> Bzw., wie in dem Fall, der dem Nichtannahmebeschluss des BVerfG v. 21.9.2005 (GewArch 2005, 475) zugrundegelegt hat, sämtliche Landeskrankenhäuser; zu den diesbezüglichen Optionen vgl. *Siebig*, in: Henneke, Öffentlicher Auftrag bei sich wandelnden Marktbedingungen, 2007, 112 ff.

<sup>101</sup> *Gern*, NVwZ 2007, 12.

<sup>102</sup> Hierüber ist aus Anlass der Anfang 2004 geplanten Veräußerung der Sparkasse Stralsund Streit ausgebrochen (vgl. nur *Meyer*, NJW 2004, 1700). Seit dem Kompromisschluss mit der EU-Kommission v. 6.12.2006, der die Billigung des Deutschen Bundestags gefunden hat (BT-Drucks. 16/3805), steht fest, dass es im Ermessen der Mitgliedstaaten steht, Sparkassen zu privatisieren, und dass der Bezeichnungsschutz für Sparkassen nach § 40 KWG zwar die weitere Fortführung des Namens „Sparkasse“ auch nach einer Privatisierung erlaubt, jedoch nur bei gleichzeitiger Fortführung bestimmter Gemeinwohlverpflichtungen; hierdurch ist die zuvor teil-

nen entstehenden Probleme der spezifischen Gestaltung des Danach (des Gewährleistens) stellen sich bei der Aufgabenprivatisierung nur in Ausnahmefällen (wenn für die Fortführung der Aufgabe finanziell eine Unterstützung gewährt werden oder wenn eine Veräußerung mit sozialen Folgeverpflichtungen verbunden werden soll). Der Rückzugsvorgang wirft zudem die soeben ausgeblendeten finanzrechtlichen Fragen auf, die mit jeder Vermögensprivatisierung verbunden sein können.

## 2. PPP auf Vertragsbasis und andere Formen der funktionalen Privatisierung

Die funktionale Privatisierung ist als Kategorie seit längerem anerkannt, es herrscht aber Unklarheit über die einzelnen Erscheinungsformen. Der kleinste gemeinsame Nenner besteht darin, dass der Staat die betroffenen Aufgaben hier nicht aus der Hand gibt, sondern Teilbeiträge („Funktionen“) abspaltet und sie Privaten überträgt. Diese sind fortan nicht anstelle oder neben dem Staat tätig, sondern für ihn, d. h. sie erbringen den jeweiligen Teilbeitrag mit funktionalem Bezug zu einer Staatsaufgabe<sup>103</sup>. Das Zusammenwirken erfolgt auf vertraglicher Basis, ohne dass es zur Gründung einer gemeinsam getragenen juristischen Person käme (wie bei der institutionalisierten PPP)<sup>104</sup>. Vorgang und Ergebnis einer funktionalen Privatisierung sind treffend mit dem Begriff „PPP auf Vertragsbasis“ umschrieben, den die EU-Kommission geprägt hat für die nichtinstitutionalisierten „Formen der Zusammenarbeit zwischen öffentlichen Stellen und Privatunternehmen zwecks Finanzierung, Bau, Renovierung, Betrieb oder Unterhalt einer Infrastruktur oder die Bereitstellung einer Dienstleistung“<sup>105</sup>. Innerhalb der funktionalen Privatisierung gibt es zum einen die primär auf einzelne Dienstleistungen bezogenen Formen der Verwaltungshilfe und der Dienstleistungskonzession und zum anderen die projektbezogenen PPP. Aus der Sicht der

---

weise entstandene Veräußerungseuphorie gedämpft worden (vgl. zuletzt *Geerlings*, in: *Ennuschat u.a.*, GS Tettinger, 2007, 231 [247 f.]).

<sup>103</sup> Vgl. im Anschluss an *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 145 ff., u.a. *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), Vor § 90 Rn. 16; *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen* (Fn. 12), § 12 Rn. 110.

<sup>104</sup> Wenn ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen als „Privater“ agiert, dann kann man von einer „unechten funktionalen Privatisierung“ sprechen.

<sup>105</sup> Grünbuch (Fn. 70), Ziffer 1.1 (S. 3). Dass die herkömmlichen Kategorien der Verwaltungshilfe sowie der Dienstleistungskonzession nur Teilbereiche umfassen, wurde bereits festgestellt (I 1); gleichsinnig: *Schulze-Fielitz*, in: *Grundlagen* (Fn. 12), § 12 Rn. 114 f.

dienstleistungsbereiten Wirtschaft besteht die zentrale Gemeinsamkeit all dieser Erscheinungsformen darin, dass Staat bzw. Kommune mit der Entscheidung zugunsten einer funktionalen Privatisierung einem neuen Marktgeschehen Raum geben. Dadurch entsteht Wettbewerb, und zwar ein Wettbewerb „um den Markt“<sup>106</sup> (der verschiedenen Partnerships). Dies bewirkt natürlich auch auf Verwaltungsseite einen Wandel, und zwar von der Leistungs- zur Ausschreibungs-<sup>107</sup> bzw. Bestellungsverwaltung (so die Terminologie der EG-Kommission)<sup>108</sup>.

a) *Verwaltungshilfe (durchführend oder/und vorbereitend) und Dienstleistungskonzession*

Innerhalb der ersten Gruppe werden Private mit Teilbeiträgen durchführenden oder/und vorbereitenden Charakters betraut, und zwar zumeist als Verwaltungshelfer, zunehmend auch als Dienstleistungskonzessionäre. Teilbeiträge *durchführenden* Charakters sind beispielsweise die technisch-wirtschaftliche Betriebsführung bei einer kommunalen Abfallentsorgungsanlage, das Abschleppen von Fahrzeugen nach polizeilicher Anordnung oder die Unterhaltung öffentlicher Einrichtungen, vom Jahrmarkt bis zur Internet-Plattform<sup>109</sup>. Ein weites Feld bilden auch diejenigen Gefahrenabwehraufgaben, für die gewerbliche Sicherheitsunternehmen ihre Dienste anbieten: Überwachung des ruhenden bzw. fließenden Straßenverkehrs, Unfalluntersuchung,

<sup>106</sup> Formulierung u.a. im Anschluss an den Rat von Sachverständigen für Umweltfragen, Umweltgutachten 2000, 147; *Reuter*, NVwZ 2005, 1246 (1247).

<sup>107</sup> Begriff erstmals verwendet bei *Burgi*, DVBl. 2003, 949, zur Kennzeichnung der sich auf Verwaltungsseite vollziehenden Veränderungen in organisatorischer, verfahrensmäßiger und personeller Hinsicht.

<sup>108</sup> Das Verständnis namentlich von kommunalen Stellen als Besteller bestimmter Infrastruktur- bzw. Versorgungsleistungen, als deren Träger sie bislang fungiert haben, ist durch die Mitteilung der Kommission zu den Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa v. 20.9.2002, KOM (2000), 580 endg. und sodann durch das Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse v. 21.5.2003, KOM (2003), 270 endg., bzw. das Weißbuch v. 15.5.2004, KOM (2004), 374 endg., geprägt worden; vgl. noch D II 2.

<sup>109</sup> Die hier zum Einsatz kommenden Modelle werden herkömmlich in verschiedene Typen unterteilt: (v.a.) Betriebsführungsmodell, Betreibermodell sowie primär durch Finanzierungselemente geprägte Modelle. *Schulte-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 12 Rn. 121, hat zuletzt 12 verschiedene Untertypen aufgelistet und diese Aufzählung noch als „grob“ bezeichnet. Entscheidend für die Zuordnung zur funktionalen Privatisierung ist, dass der Staat bzw. die Kommune weiterhin Trägerin der betroffenen öffentlichen Einrichtung bleibt.



Fluggast- und Gepäckkontrolle oder Streifengänge im öffentlichen Raum<sup>110</sup>. In vielen dieser Konstellationen, besonders prominent aber auch bei den verschiedenen Tätigkeiten in Strafvollzugsanstalten<sup>111</sup>, ist oft schwer zu erkennen, ob noch eine Zuarbeit vorliegt, oder ob der Private die betreffende Verwaltungsleistung gleichsam aus einer Hand erbringt. Mit der Einbeziehung Privater in Aufgabenfeldern der Gefahrenabwehr und des Vollzuges verbinden sich zusätzliche Rechtsprobleme, und zwar dann, wenn der Einsatz physischer Gewalt in Frage steht (verdächtige Personen festhalten, Angreifer niederschlagen etc.).

Teilbeiträge *vorbereitenden* Charakters liegen vor, wenn Private planerische Entwürfe fertigen (etwa in der Bauleitplanung), wenn sie staatliche Stellen sachverständig beraten<sup>112</sup>, oder wenn sie einzelne Schritte innerhalb eines Verfahrens managen, was teilweise mit dem Begriff „Verfahrensprivatisierung“<sup>113</sup> zu erfassen versucht worden ist. Hierher gehören auch die vielfältigen Mess- und Prüftätigkeiten privater Labore in der Umwelt- und Lebensmittelüberwachung, wobei Vorbereitung (die gewonnenen Ergebnisse bilden die Grundlage behördlicher Entscheidungen) und Durchführung (die Behörde umschreibt den Überwachungsauftrag und ermöglicht das Betreten von Grundstücken etc.) miteinander verflochten sind<sup>114</sup>. Die Entscheidung darüber, welche Schlüsse nun zu ziehen sind oder ob etwa ein geprüftes Verhalten

---

<sup>110</sup> Ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen zuletzt zusammengestellt bei *Stober*, Gesetzlich normierte Kooperation zwischen Polizei und privaten Sicherheitsdiensten, 2007, 79 ff.

<sup>111</sup> Vgl. dazu zuletzt *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 m.w.N.

<sup>112</sup> Übergreifend zur „Sachverständigen Beratung des Staates“ vgl. *Voßkuhle*, in: HdbStR III (Fn. 75), § 43; zur Ausdifferenzierung der Zusammenarbeit mit Sachverständigen vgl. noch 4 b.

<sup>113</sup> Im Anschluss an *Hoffmann-Riem/Schneider*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, 1996, 20 ff.; v.a. mit den hierher gehörenden Phänomenen beschäftigt sich die ausführliche, auch verwaltungswissenschaftliche Untersuchung von *Remmert* (Fn. 29).

<sup>114</sup> Näher beschrieben und mit Beispielen belegt bei *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 137 f.; vgl. *Scherzberg*, NVwZ 2006, 377 (378 f.). Die Einschaltung privater Beratungs-Helfer ist zu unterscheiden vom Tätigwerden gleichfalls sachverständiger privater Normkonformitätsbewertungsstellen (vgl. 4 b). Im Unterschied zur Beleihung ist für die Verwaltungshilfe eine gewisse Durchsetzungsschwäche kennzeichnend, die sich dann äußert, wenn etwa der von Überwachungsmaßnahmen betroffene Grundstückseigentümer (obwohl z.B. nach § 40 Abs. 2 Satz 2 KrW-/AbfG duldungspflichtig) sich weigert, die von der Behörde gesandten privaten Messingenieure einzulassen; in diesem Fall muss die Behörde den Privaten durch eine explizite Duldungsverfügung gleichsam die Tür öffnen.

normkonform ist bzw. unterbunden werden muss, liegt in allen Fällen der funktionalen Privatisierung beim Staat. Dieser ist freilich nicht immer in der Lage, die unterbreiteten Vorschläge zu hinterfragen oder zu verwerfen.

Als immerhin teilweise (im Amtshaftungsrecht) anerkannte dogmatische Kategorie besteht zum einen die *Verwaltungshilfe*. Dieser Begriff wurde früher verwendet zur Umschreibung „unselbständig tätiger Privater, die Hilfstätigkeiten im Auftrag und nach Weisung der Behörde“ wahrnehmen. Mit Hilfe der Qualifizierung als „Werkzeuge“ sollte die Zurechnung des Verhaltens jener Privaten zum Staat, und damit das Eingreifen des Amtshaftungsanspruchs nach Art. 34 GG, § 839 BGB begründet werden<sup>115</sup>. Mittlerweile hat sich der BGH von der Werkzeugtheorie gelöst und aus der Sicht des Allgemeinen Verwaltungsrechts spricht ohnehin alles dafür, den Begriff „Verwaltungshelfer“ losgelöst vom Merkmal der Unselbständigkeit zur Kennzeichnung von Privaten zu verwenden, die mit funktionalem Bezug zu einer Staatsaufgabe und gegen Entgelt, jedoch außerhalb der staatlichen Verwaltungsorganisation und ohne öffentlich-rechtliche Befugnisse tätig sind<sup>116</sup>. Die Reduzierung auf das Merkmal der Unselbständigkeit entsprach zu keiner Zeit den tatsächlichen Verhältnissen (der Abschleppunternehmer entscheidet eben eigenverantwortlich über den gesamten technischen Ablauf des Abschleppvorgangs); der Wortbestandteil „Hilfe“ ist letztlich eine treffende Verkürzung der Elemente „Durchführung staatlicher Entscheidungen“ bzw. „Vorbereitung staatlicher Entscheidung“.

Einen von vornherein europäischen Rechtsbegriff bildet schließlich die *„Dienstleistungskonzession“*. Gemäß Art. 1 Abs. 4 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (VKR)<sup>117</sup> geht es hierbei um funktionale Privatisierungen, bei denen „die Gegenleistung für die Erbringung von Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung“ besteht<sup>118</sup>. Der Umstand, dass sich der Konzessio-

---

<sup>115</sup> Vgl. etwa *Maurer* (Fn. 77), § 23 Rn. 6. Mit der Entscheidung BGHZ 121, 161 hat sich der BGH von der Werkzeugtheorie gelöst.

<sup>116</sup> Im Anschluss an *Burgi*, *Privatisierung* (Fn. 19), 71 ff., 145 ff., u.a. *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, 840 ff.; *Mehde*, *VerwArch* 91 (2000), 543; *Schmidt-Aßmann*, *DV*, Beiheft 4, 2001, 253 (261); *Stelkens/Schmidt*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, *VwVfG*, 6. Aufl., 2001, § 1 Rn. 114.

<sup>117</sup> V. 31.3.2004 (ABl. Nr. L 134, 114).

<sup>118</sup> Oder „in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises“. Geht es um Bauleistungen, so konstituiert Art. 1 Abs. 3 hierfür die (ebenfalls rein vergaberechtlich zu verstehende) Kategorie

när somit bei den Aufgabenbetroffenen refinanziert, anstatt vom Staat ein Entgelt zu erhalten, führt zur Nichtanwendbarkeit der europäischen Sekundärrechtsvergaberegeln, was wiederum eine intensive Diskussion um den primär- und nationalverfassungsrechtlichen Vergaberahmen ausgelöst hat. Angesichts der größeren Handlungsspielräume, die die privaten Konzessionäre schon aufgrund der Finanzierungssituation im Vergleich mit Verwaltungshelfern genießen<sup>119</sup>, der zumeist längeren Vertragsdauer und in Anbetracht des enormen Potenzials dieser Privatisierungsoption (in der Wasserversorgung<sup>120</sup> vielleicht auch in der Abwasserentsorgung<sup>121</sup> sowie im Rettungsdienstwesen<sup>122</sup>) wird in diesem Gutachten<sup>123</sup> daher nach dem Vergabegesetzgeber gerufen werden. Auf der Ebene des Verwaltungsrechts wird die „Dienstleistungskonzession“ bislang unterschätzt bzw. übersehen<sup>124</sup>, obgleich sie in Vorschriften wie § 18a Abs. 2a WHG oder § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG Niederschlag gefunden hat, und zwar als eine besonders weitreichende Form der funktionalen Privatisierung<sup>125</sup>.

---

der sog. Baukonzession. Ausführlich *Ruhland*, Die Dienstleistungskonzession, 2006, 47 ff., allerdings unter Hinzurechnung zur Kategorie der Aufgabenprivatisierung (S. 114); *Ortner*, Vergabe von Dienstleistungskonzessionen, 2007, 59 ff.

<sup>119</sup> Der Unterschied zum Verwaltungshelfer wird am deutlichsten beim Betrieb einer Abfallentsorgungsanlage. Während der Verwaltungshelfer die Betriebsführung der Anlage übernimmt und u.U. für die zuständige kommunale Behörde auch die Gebührenbescheide vorbereitet, die diese allerdings sodann den Benutzern gegenüber erlässt, gehört zum Leistungsumfang eines Dienstleistungskonzessionärs auch die Gestaltung der Entgeltbeziehungen gegenüber den Nutzern, die somit von ihm (und nicht von der Behörde) eine Rechnung (über ein privatrechtliches Entgelt) erhalten.

<sup>120</sup> Eingehend zu den dort bestehenden Privatisierungsoptionen zuletzt *Forster*, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung in Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika, 2007, 332 ff.; *Nisipeanu*, ZfW 2007, 204; *Kahl*, GewArch 2007, 438.

<sup>121</sup> Vgl. nur *Burgi*, Die Dienstleistungskonzession ersten Grades, 2004, 33 ff.; *Bohne/Heinbuch*, NVwZ 2006, 489.

<sup>122</sup> Zum Rettungsdienst: *Ruhland* (Fn. 119), 168.

<sup>123</sup> Vgl. D II 4 e.

<sup>124</sup> Etwa im Unterschied zum Schülerlotsen.

<sup>125</sup> Namentlich in der Wasserversorgung stehen vielfach Verträge mit einer Laufzeit von 30 Jahren oder mehr im Raum. Darauf, dass zwischen der Verwaltungshilfe und der Dienstleistungskonzession eine graduelle, und keine kategoriale Unterscheidung geboten ist, hat zutreffend *Eifert*,

b) *Projektbezogene PPP (PPP im engeren Sinne)*

Nach der Intensität der Zusammenarbeit und der Komplexität der von beiden Partnern erbrachten Beiträge kann mit den projektbezogenen PPP schließlich eine dritte Erscheinungsform unterschieden werden (zugleich PPP im engeren Sinne)<sup>126</sup>, die im Einzelfall durchaus eine Kombination der Elemente „Verwaltungshilfe“ und „Dienstleistungskonzession“ plus der sogleich (3) vorgestellten institutionalisierten PPP darstellen kann. Jedenfalls versteht man unter einer PPP im engeren Sinn nach übereinstimmender Definition in den zahlreich vorhandenen Leitfäden und Handbüchern „die langfristige, vertraglich geregelte Zusammenarbeit zwischen öffentlicher Hand und Privatwirtschaft zur wirtschaftlichen Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wobei die erforderlichen Ressourcen (z. B. Know-how, Betriebsmittel, Kapital) von den Partnern in einen gemeinsamen Organisationszusammenhang eingestellt und vorhandene Projektrisiken entsprechend der Risikomanagementkompetenz der Projektpartner angemessen verteilt werden“<sup>127</sup>. Überhaupt spielt der Finanzierungsaspekt eine größere Rolle als bei den anderen Erscheinungsformen.

Neben Schulen<sup>128</sup> und Verwaltungsgebäuden<sup>129</sup> sind Straßen und Krankenhäuser<sup>130</sup> wichtige gegenwärtige bzw. potenzielle Einsatzbereiche. Bis 2013 wird ein Anstieg

---

in: Grundlagen (Fn. 12), § 19 Rn. 114 in Fn. 262, aufmerksam gemacht (teilweise anders noch *Burgi*, NZBau 2005, 610).

<sup>126</sup> Zutreffend *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann, Praxishandbuch PPP, 2006, 2 f.

<sup>127</sup> *Alfen/Fischer*, in: Weber/Schäfer/Hausmann (Fn. 126), 3, im Anschluss an das Gutachten der Beratergruppe „PPP im öffentlichen Hochbau“, Gutachten im Auftrag des Lenkungsausschusses beim BMVBS, Kapitel 2. Als weitere Handbücher seien (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) genannt: *Littwin/Schöne*, Public Private Partnership im öffentlichen Hochbau, 2006; *Meier-Hofmann/Riemenschneider/Weihrauch*, Public Private Partnership, 2005; *Buschner/Theurer/Meyer*, PPP-Projekte für den Mittelstand, 2007). Bei der Koordinierung der zwischenzeitlich publizierten verschiedenen Leitfäden waren namentlich die PPP Task Forces im Bundesbau- und -verkehrsministerium bzw. im Finanzministerium NRW aktiv.

<sup>128</sup> Vgl. hierzu den Bericht aus dem insoweit besonders ausgewiesenen Landkreis Offenbach von *Walter*, Der Landkreis 2007, 392.

<sup>129</sup> Vgl. zuletzt *Brinktrine*, IR 2007, 291.

<sup>130</sup> Vgl. hierzu *Strohe u.a.*, KH 2006, 112.

des Anteils von Kommunen mit PPP-Erfahrung von 17% auf 40 % erwartet<sup>131</sup>; die Bundesregierung hat als politisches Ziel den „in anderen Industrieländern“ (gemeint ist v.a. Großbritannien) angeblich erreichten Wert von 17 % des Gesamtvolumens der öffentlichen Investitionen ausgegeben<sup>132</sup>. An vorderster Front der auch rechtlich diskutierten Probleme stehen Maßstab und Ermittlung der Wirtschaftlichkeit im Rahmen der Privatisierungsentscheidung, erst recht nach der Risikowarnung der Rechnungshöfe aus dem Jahr 2006<sup>133</sup>.

### 3. Institutionalisierte PPP

Im Sinne des EU-Grünbuchs beinhalten institutionalisierte PPP „die Einrichtung eines gemeinsam vom öffentlichen und vom privaten Partner unterhaltenen Wirtschaftsgebildes mit eigener Rechtspersönlichkeit“<sup>134</sup>. In Deutschland werden diese Einheiten seit langem als gemischtwirtschaftliche Unternehmen bezeichnet und vielfach zusammen mit Eigengesellschaften als Ergebnis einer Organisationsprivatisierung<sup>135</sup> charakterisiert. Richtigerweise handelt es sich um eine Kombination von Elementen der Organisations- und der Aufgabenprivatisierung, weil das entstandene Gebilde gezielt zwischen Staat und Wirtschaft platziert worden ist. Eine a priori-Zuordnung zum „Staat“ im Sinne der Verfassung ist anders als bei den Eigengesellschaften daher nicht möglich, vielmehr ist die Staatseigenschaft gemischtwirtschaftlicher Unternehmen relativ, d. h. sie hängt von Einzelvorschriften ab und besteht nur dann, wenn diese Vorschriften jene Unternehmen zum Zurechnungsendsubjekt einer Zuständig-

---

<sup>131</sup> Ausführliches Zahlenmaterial findet sich in der von der Beratungsgesellschaft Ernst & Young AG hrsg. Studie „Privatisierungen und ÖPP als Ausweg? Kommunalfinanzen unter Druck“ – Handlungsoptionen für Kommunen (Autor: *Michael Jannischek*).

<sup>132</sup> Rede des Bundesministers der Finanzen *Peer Steinbrück* beim Deutschen Verkehrs-Forum am 25.4.2004.

<sup>133</sup> Pressemitteilung v. 5.5.2006, beruhend auf den Grundsätzen, die auf der Konferenz der Präsidentinnen und Präsidenten der Rechnungshöfe des Bundes und der Länder am 3./4.5.2006 in München verabschiedet worden sind ([www.ORH.Bayern.de](http://www.ORH.Bayern.de)).

<sup>134</sup> Grünbuch (Fn. 70), Rn. 53 u. 54.

<sup>135</sup> Wie bereits (I 1) kritisiert.

keit bestimmen<sup>136</sup>. Umstandslos staatliche Tätigkeit ist nur die Verwaltung des staatlichen Anteils, nicht das, was das Unternehmen tut.

Die Verbindung von Staat und privaten Einzelpersonen in einer neuen Rechtsperson, die zudem dem für flexibler erachteten Privatrechtsregime entstammt, nährt die Hoffnung auf mehr private Handlungsrationalität (gegenüber der Eigengesellschaft) bei dennoch mehr Steuerungspotenzial als im Rahmen einer Vertrags-PPP<sup>137</sup>. Umgekehrt birgt gerade die besondere Intensität des Zusammenwirkens die Gefahr der Vermischung bis zur Unkenntlichkeit der jeweiligen Beiträge, d. h. den Verlust der jeweiligen Handlungsrationitäten im Inneren und der Transparenz nach außen. Die häufigste Erscheinungsform ist die GmbH oder AG mit gemischt staatlich-privater Kapitalstruktur<sup>138</sup> bei staatlicher Beherrschung oder zumindest Kontrollmacht; Minderheitsgesellschaften<sup>139</sup> werden nicht weiter verfolgt. Diese können übrigens (ebenso wie beherrschte bzw. kontrollierte Unternehmen) außerdem dadurch in den Privatisierungskontext rücken, dass sie vertraglich (etwa als Verwaltungshelfer) oder als Beliehene<sup>140</sup> verpflichtet werden. Man kann dann von einer „unechten“ Variante jener jeweils anderen Privatisierungsoption sprechen. Neben den Kapitalgesellschaften prägen sich zunehmend kompliziertere Formen aus, von der Anstalt des öffentlichen Rechts unter dem Dach einer Privatrechtsgesellschaft (sog. Holding, praktiziert etwa bei den Berliner Wasserbetrieben)<sup>141</sup> bis zur Übertragung von Anteilen am Dotationskapital einer Anstalt auf Private<sup>142</sup>, wie sie vereinzelt im Bereich des Landesbankwesens anzutreffen ist.

---

<sup>136</sup> Eingehend und überzeugend zuletzt *Berger* (Fn. 37), 94 f., 114 f. u.ö., und schon zuvor *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 276 in Fn. 30; *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), 5. Kapitel Rn. 63; für eine Zurechnung zum Staat dagegen *Ehlers*, Verwaltung (Fn. 32), 6 f.; *Groß*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 13 Rn. 91 ff.

<sup>137</sup> Bündig: *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 91 Rn. 48 ff.

<sup>138</sup> Vgl. zuletzt *Berger* (Fn. 37), 23 m.w.N. Die Unterscheidung zwischen verwaltungsbeherrschten und verwaltungskontrollierten Unternehmen geht auf *Ehlers*, Verwaltung (Fn. 32), 7 ff., zurück.

<sup>139</sup> Vgl. nur *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 6 Rn. 11 und § 9 Rn. 14; hierher gehört auch die stille Beteiligung (näher hierzu *Mayen*, DÖV 2001, 116).

<sup>140</sup> Wie bei dem dem Bundespräsidenten Ende 2006 ursprünglich vorgelegten Modell für die Flugsicherung (eingehend geschildert bei *Schoch*, DV, Beiheft 6, 2006, 11 ff.), ferner D I 3.

<sup>141</sup> Vgl. VerfGH Berlin, NVwZ 2000, 794; NJW-RR 2006, 203; *Ochmann*, Rechtsformwahrende Privatisierung von öffentlich-rechtlichen Anstalten, 2005.

<sup>142</sup> Näher geschildert bei *Mayen*, DÖV 2001, 117; *Helmrigh/Schick*, BKR 2003, 882.

Diejenigen Felder, in denen institutionalisierte PPP am häufigsten vorkommen, sind in der Gruppe „Infrastruktur und Versorgung“ anzutreffen: In Kombination mit vertragsbasierten PPP bei Planung und Betrieb von Straßen, Schulen oder Mehrzweckhallen<sup>143</sup>, in der Versorgung mit Wasser<sup>144</sup> oder in der Entsorgung von Abfall und Abwasser. Die von Siemens, IBM und der Bundeswehr gegründeten Gemeinschaftsunternehmen zur Modernisierung der IT bei der Bundeswehr („Herkules“) gelten als voluminösestes PPP-Projekt in ganz Europa<sup>145</sup>. Auch das in mehrfacher Hinsicht, v.a. wegen des sachlich (vielleicht nicht politisch-rechtlich) untrennbaren Bezugs zu einem Netz (und damit zum Regulierungs-Thema der öffentlich-rechtlichen Abteilung des 66. DJT) als Sonderfall anzusehende Privatisierungsvorhaben bei der Bahn besteht primär im Übergang zu einem bzw. mehreren gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, verknüpft mit einer je teilweisen Vermögensprivatisierung (bis zu 49,9 % der Anteile), was aber im Netzbereich das Eigentum des Bundes unberührt lassen soll<sup>146</sup>. Thematisch gleichsam übergreifend würde die geplante „Partnerschaften Deutschland Gesellschaft GmbH“ (PDG) tätig<sup>147</sup>, die PPP promoten und im Einzelfall beratend fungieren soll (mithin im Wege einer unechten Verwaltungshilfe). Wie das Beispiel der Flugsicherung zeigt und das Beispiel einzelner Sicherheits- und Service-

---

<sup>143</sup> Als Übersicht zum sog. „PPP-Gesellschaftsmodell“: *Schede/Pohlmann*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Fn. 126), § 3, Ziffer 8. Zur besonders wichtigen kommunalen Ebene: *Cronauge/Westermann*, *Kommunale Unternehmen*, 5. Aufl. 2006, 239. Zur Empirie: *Killian/Richter/Trapp*, *Ausgliederung und Privatisierung in Kommunen*, 2006.

<sup>144</sup> Vgl. hierzu *Jennert*, *WRP* 2004, 1011; *Lauruschkus*, *IR* 2007, 286.

<sup>145</sup> Vgl. den Bericht im *Behörden-Spiegel* Januar 2007, 29.

<sup>146</sup> Eingehende Schilderung des bis November 2007 verfolgten sog. Eigentumssicherungsmodells bei *Ehlers*, *Die verfassungsmäßige Beurteilung des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuorganisation der Eisenbahnen des Bundes*, *Rechtsgutachten im Auftrag der Verkehrsministerkonferenz der Länder*, 2007, D I.

<sup>147</sup> Zum Stand der Überlegungen im Herbst 2007: *Drey*, *Behörden-Spiegel*, Oktober 2007, 30. Diese Gesellschaft soll gemeinsam von Gebietskörperschaften und Unternehmen (insbesondere Banken) gehalten werden. An dieser Stelle muss es mit dem Hinweis sein Bewenden haben, dass die föderal-verfassungsrechtlichen Grenzen, die der sog. Mischverwaltung allgemein gezogen sind, durch die Hinzunahme privater Dritter nicht überwunden werden könnten (vgl. nur *Trute*, in: *v. Mangoldt/Klein/Starck*, *GG*, 5. Auflage 2005, Art. 83 Rn. 48 u. 28 ff.).

Unternehmen in Bahnhofs- oder Innenstadtbereichen bestätigt<sup>148</sup>, kommen gemischtwirtschaftliche Unternehmen auch bei der Erledigung von Aufgaben gefahrenabwehrenden Charakters vor.

#### 4. Beleihung und Akkreditierung zur Konformitätsbewertung

##### a) *Beleihung*

Während bei der institutionalisierten PPP private und staatliche Akteure in einer neu entstehenden juristischen Person (i.d.R.) des Privatrechts zusammentreffen, ist die Beleihung dadurch gekennzeichnet, dass private Einzelpersonen oder Personengruppen<sup>149</sup> in die „ganz normale“ öffentlich-rechtlich strukturierte Verwaltungsorganisation integriert und dort selbst zur Behörde<sup>150</sup> werden. Bei keiner der anderen Privatisierungsoptionen wird ein solches Maß an Machtzuwachs erreicht, dafür ist die Beleihung aber auch die Option mit der weitaus intensivsten dogmatischen Verfestigung<sup>151</sup>. Die Begriffsbestimmung, wonach Private dazu befugt werden, aus einer Hand in den Handlungsformen des Öffentlichen Rechts (v. a., aber nicht nur, durch

---

<sup>148</sup> So sind in verschiedenen Städten etwa die Stadtwerke als Träger der U-Bahn gleichzeitig Mehrheitseigner eines Sicherheitsunternehmens (vgl. *Jungk*, Private Police Partnership, 2002, 18; vergleichbar damit ist auch die „Bahnschutz- und –service GmbH“ der DB).

<sup>149</sup> Die ungeachtet aller Bindungen ihre private Handlungsrationalität einbringen sollen (weswegen die Beleihung zu Recht zur Privatisierung gezählt wird; anders jüngst *Kirchhof*, AöR 132 [2007], 222 f.). Zu den Einzelheiten hinsichtlich der Frage, ob Einzelpersonen oder Personengruppen beliehen werden vgl. *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers (Fn. 11), § 9 Rn. 25. Wird ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen beliehen, dann kann man von einer unechten Beleihung (vgl. zu einem solchen Fall OVG Frankfurt/Oder, NVwZ 1997, 608; näher *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 537) sprechen.

<sup>150</sup> Vgl. zum Ganzen *Ehlers*, in: Erichsen, FS Menger, 1985, 379; *Frenz*, Die Staatshaftung in den Beleihungstatbeständen, 1992, 57 f.

<sup>151</sup> Zum heute erreichten Stand der Verfestigung vgl. *Burgi*, in: Geis/Lorenz, FS Maurer, 2001, 518; *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005; *Steiner*, in: Annuß u.a., FS Richardi, 2007, 979, u. *dens.*, in: Bauer u.a., FS Schmidt, 2006, 293; zuletzt *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533. Als letztes Beispiel: Das als Stiftung des privaten Rechts mit Befugnissen bei der Nutzenbewertung von Arzneimitteln beliehene „Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen“ (vgl. *Kingreen*, PharmaRecht 2007, 353). Grundsatz-Kritik bei *Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, 2005, 238 ff., mit dem Hauptargument einer Verletzung des „demokratischen Prinzips der Republik“. Dies unterschätzt die Zurechnungs- und Aufsichtsmechanismen außerhalb von Gebietskörperschaften und es überschätzt das republikanische Prinzip.



Verwaltungsakt) zu agieren (also nicht nur durchzuführen oder vorzubereiten), ist ebenso allgemein anerkannt wie das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für jeden einzelnen Anwendungsfall. Weil hier Privaten die Berechtigung zum Einsatz des von Rechts wegen ausschließlich dem Staat vorbehaltenen Instrumentariums eingeräumt wird (ggf. einschließlich der Befugnis zum Einsatz physischer Gewalt), besteht ferner Einigkeit darin, in ihrem Tätigwerden einen Fall der Erfüllung von Staatsaufgaben zu sehen.

Aktuelle Anwendungsbeispiele finden sich in allen drei hier einbezogenen Aufgaben-  
gruppen (und darüber hinaus)<sup>152</sup>: Bei der Gefahrenabwehr (Bewachung militärischer Anlagen, teilweise in der Umweltüberwachung, künftig u.U. Bestreifung des öffentlichen Raums)<sup>153</sup>, beim Straf- oder Maßregelvollzug<sup>154</sup> bzw. als Gerichtsvollzieher<sup>155</sup> (jeweils nach Erlass gegenwärtig diskutierter Gesetze) und schließlich bei der Be-  
mautung von Infrastrukturen (vgl. § 2 FStrPrivFinG)<sup>156</sup> bzw. bei der Verwaltung hier-  
für benötigter Fördermittel (auf der Grundlage des § 44 Abs. 3 BHO)<sup>157</sup>. Die Ein-  
schätzung, dass der Klassiker „Beleihung“ in der Moderne angekommen ist und an  
Bedeutung kräftig zugelegt hat, ist mittlerweile Allgemeingut.

#### b) Akkreditierung zur Konformitätsbewertung

In zahlreichen Beleihungskonstellationen prüfen private Aufgabenträger (z. B. Schornsteinfeger) mit Hilfe ihres Sachverständes, ob private Betroffene (z. B. Haus-  
eigentümer) sich normkonform verhalten haben, woraufhin sie in der einen oder der  
anderen Richtung eine Entscheidung treffen. Jene sachverständigen Beliehenen sind  
wiederum zu unterscheiden von Sachverständigen, die als Verwaltungshelfer agieren

---

<sup>152</sup> Nach h.M. ist die Inanspruchnahme eines privaten Börsenbetreibers mit der Trägerschaft der Anstalt des öffentlichen Rechts „Börse“ eine Beleihung (*Schuster/Sohns*, ZBB 2006, 342 [351]; a.A. *Christoph*, Börsenkooperationen und Börsenfusionen, 2007, 174 ff. [Verwaltungshilfe]).

<sup>153</sup> Eine besonders wichtige Beleihungsgrundlage in diesem Kontext bildet § 1 Abs. 3 UZwGBw betreffend die Bewachung militärischer Anlagen.

<sup>154</sup> Vgl. vorerst nur *Willenbruch/Bischoff*, NJW 2006, 1776; *Scherer*, in: Gornig/Kramer/Volkman, FS Frotscher, 2007, 617.

<sup>155</sup> Vgl. zum Stand der politischen Beratungen vorerst *Heister-Neumann*, ZRP 2007, 140; zu rechtlichen Problemen *Roth-Karpenstein*, ZVI 2004, 442.

<sup>156</sup> Zu der im Einzelnen nicht ganz unkomplizierten Einordnung vgl. *Burgi*, DVBl. 2007, 649 (652, Fn. 31).

<sup>157</sup> Zur Einordnung als Beleihung vgl. *Burgi*, NVwZ 2007, 383.

(vorbereitend; vgl. II 2 a) und von Sachverständigen, die im Auftrag der privaten Betroffenen agieren<sup>158</sup>. In den vergangenen Jahren ist daneben, von der breiten Fachöffentlichkeit vielfach unbemerkt<sup>159</sup>, eine weitere Kategorie von sachverständigen Konformitätsbewertern (oftmals auch Zertifizierungsstellen genannt)<sup>160</sup> entstanden, die nach Akkreditierung (= staatliche<sup>161</sup> Anerkennung der Qualität einer privaten Stelle als Zertifizierungsstelle) seitens des Staates in die Überwachung der Qualität von Produkten und vermehrt auch von Dienstleistungen eingeschaltet sind. Diese Privaten agieren innerhalb einer komplizierten, regelmäßig europaweiten Verantwortungs-

---

<sup>158</sup> Treffliche Systematisierungen der verschiedenen Modi der Einbeziehung von Sachverständigen bei *Seidel*, Privater Sachverstand und staatliche Garantenstellung im Verwaltungsrecht, 2000, 195 ff.; *Scholl*, Der private Sachverständige im Verwaltungsrecht, 2005, 205 ff.; *Scherzberg*, NVwZ 2006, 378 f.

<sup>159</sup> Vgl. aber *Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, 2002, 277 (318 ff.), der in den „Qualitätssicherungsverfahren“ einen wichtigen Prototyp neuer Strukturen und Bauformen von Verwaltungsverfahren erblickt.

<sup>160</sup> Bedauerlicherweise ist bislang die Terminologie in diesem Bereich (sowohl im Verhältnis zwischen dem europäischen und dem nationalen Recht als auch innerhalb der verschiedenen Einsatzbereiche) uneinheitlich. Ferner weicht sie ab von der Terminologie in dem besonders populären Hochschulbereich, wo Studiengänge „akkreditiert“ werden müssen (vgl. dazu *Lege*, JZ 2005, 609; *Heitsch*, DÖV 2007, 770), d.h. in diesem Bereich wird der Akkreditierungsbegriff für das verwendet, wofür im allgemeinen der Zertifizierungsbegriff steht (ebenso *Voßkuhle*, aaO, 318 in Fn. 220; *Pünder*, ZHR 170 [2006], 567 [592]). Der vorliegend vorgeschlagene Sprachgebrauch liegt jedenfalls im Interesse der Gewinnung bereichsübergreifender Struktur- bildung (ebenso *Voßkuhle*, aaO, 318 ff.; *Pünder*, ZHR 170 [2006], 586; ausführlich auch *Röhl*, Konformitätsbewertung in Deutschland, vorgelegt im Rahmen des Projekts Nr. 57/03 für das Bundesministerium für Wirtschaft und Terminologie im April 2006. Für die zertifizierenden Privaten wird teilweise der Begriff „Verifikateure“ (*Scholl*, Sachverständige [Fn. 158], 279 ff.) vorgeschlagen.

<sup>161</sup> Neben staatlichen Akkreditierungsstellen agieren teilweise auch private Institutionen, und zwar insbesondere im sog. nichtgeregelten Bereich (Bereiche, in denen der Inhalt des Konformitätsbewertungsverfahrens und die Anforderungen an die Stellen nicht durch Rechtsvorschriften vorgegeben sind [im Anschluss an *Röhl*, Konformitätsbewertung [Fn. 160], 28 f.]). Gegenwärtig bestehen im sog. geregelten Bereich Anerkennungsstellen der Länder (z.B. die Zentralstelle der Länder für Sicherheitstechnik, ZLS, mit Sitz in München) und des Bundes (z.B. die Deutsche Akkreditierungs- und Zulassungsgesellschaft für Umweltgutachten mbH, DAU, der die Zulassung und Überwachung der Umweltgutachter im EMAS obliegt, welche interessanterweise wiederum ihrerseits das Produkt einer Privatisierung ist, und zwar in Gestalt der Beleihung (nach der UAG-Beleihungsverordnung v. 18.12.1995 [BGBl. I, 2013])).

und Verfahrensstruktur zwar ohne die der Beleihung eignenden öffentlich-rechtlichen Letztentscheidungsbefugnisse, jedoch unter Ausübung von zumindest „freiwilligem Zwang“<sup>162</sup>, zur Verfolgung staatlicher Regelungsziele und nach einmal erfolgter Akkreditierung lediglich unter einer eher schattenhaften staatlichen Begleitkontrolle.

Ob gegenüber den sog. benannten (bzw. zugelassenen; vgl. § 2 Abs. 15 Geräte- und ProduktsicherheitsG) Stellen im Produktsicherheitsrecht, von deren Votum letzten Endes die Anbringung des „CE-Zeichens“ abhängt (ohne das wiederum Produkte nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen)<sup>163</sup>, oder gegenüber dem Umweltgutachter im EMAS-System (Environmental Management and Audit Scheme; sog. Öko-Audit<sup>164</sup>) an dessen Durchführung u.a. nach der EMAS-Privilegierungsverordnung<sup>165</sup> bestimmte Erleichterungen im Rahmen der späteren behördlichen Überwachung geknüpft sind – stets<sup>166</sup> sind die privaten Betroffenen mehr oder weniger unausweichlich mit einem Überwachungsmechanismus konfrontiert, bei dem Verantwortungsvermischung, Intransparenz und Rechtsschutzdefizite drohen. Hierauf im Rahmen

---

<sup>162</sup> Gemeint ist, dass die gesetzten Anreize so stark sind, dass das Absehen von der Teilnahme an der Konformitätsbewertung zu einem erheblichen Wettbewerbsnachteil führt, wenn nicht von vornherein die Zertifizierung als zwingende Voraussetzung für den Marktzutritt ausgestaltet ist (wie im Produktsicherheitsrecht); vgl. *Voßkuhle*, in: *Verwaltungsverfahren* (Fn. 159), 327. Als ein Beispiel für die erste Variante sei § 7a Nr. 5 Abs. 2 VOL/A genannt, wonach öffentliche Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in ökologischer Hinsicht die Vorlage von EMAS-Zertifikaten verlangen können.

<sup>163</sup> Die Einzelheiten ergeben sich aus einem komplizierten Zusammenspiel von europäischen Vorgaben, dem GPSG und dazu ergangenen Durchführungsverordnungen, weswegen die Angabe konkreter Bestimmungen im vorliegenden Rahmen nicht möglich ist (vgl. die ausführliche Darstellung bei *Pünder*, ZHR 170 [2006], 567 ff.; *Röhl*, *Konformitätsbewertung* (Fn. 160), 114 ff., und noch früher: *Scheel*, *Privater Sachverstand im Verwaltungsvollzug des Europäischen Rechts*, 1999; zum Medizinprodukterecht vgl. *Merten*, *Private Entscheidungsträger und Europäisierung der Verwaltungsrechtsdogmatik*, 2005). Für die erste Orientierung hilfreich ist ferner die Darstellung von *Eifert*, in: *Grundlagen* (Fn. 12), § 19 Rn. 80 ff.

<sup>164</sup> Beruhend auf der sog. EMAS-Verordnung Nr. 761/2001 v. 19.3.2001 (ABl. L 114, 1), umgesetzt im Umwelt-Audit-Gesetz (UAG); eingehende Schilderung m.w.Nachw. bei *Röhl*, *Konformitätsbewertung* (Fn. 160), 199 ff.; *Langerfeldt*, *Das novellierte EMAS-II und sein Potenzial zur Privatisierung der umweltrechtlichen Betriebsüberwachung in Deutschland*, 2007, 141 ff.

<sup>165</sup> V. 24.6.2002 (BGBl. I, 2247).

<sup>166</sup> Weitere Anwendungsbereiche werden referiert bei *Voßkuhle*, in: *Verwaltungsverfahren* (Fn. 159), 310 ff.; *Eifert*, in: *Grundlagen* (Fn. 12), § 19 Rn. 82 ff.; *Scholl* (Fn. 158), 279 ff.

dieses Gutachtens einen Blick zu werfen, erscheint gerechtfertigt, weil im Zuge der Umsetzung der EG-Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG<sup>167</sup> Maßnahmen zur Qualitätssicherung in Gestalt des Ausbaus der Zertifizierung durch akkreditierte Einrichtungen voraussichtlich zunehmen werden (Art. 26 Abs. 1 lit a) und weil im Produktsicherheitsrecht an einem gemeinsamen europäischen Rechtsrahmen (bestehend aus einer Verordnung zur Einführung von Akkreditierung und Marktüberwachung sowie einem Beschluss, der den Aufbau künftiger Rechtsakte vorgibt) gearbeitet wird<sup>168</sup>. Diese und weitere Bestimmungen auf EU-Ebene bilden wichtige Etappenschritte bei der seit den 1980er Jahren verfolgten „neuen Konzeption“ (new approach) zur Verwirklichung des europäischen Binnenmarkts<sup>169</sup>.

Neben dem ubiquitären Ziel der Staatsentlastung ist es das Interesse an hochspezialisierten Wissensbeständen, die zu dieser neuartigen Mischung aus privatisierter Gewerbe- bzw. Umweltüberwachung einerseits, publiziertem Marktbewertungsgeschehen andererseits, führt<sup>170</sup>. Sie entzieht sich regelmäßig der Qualifizierung als Beleihung<sup>171</sup>, und zwar nicht nur, weil die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse jenseits der nationalen Grenzen gar nicht möglich wäre (die Zertifikate sollen aber europaweit Gültigkeit beanspruchen)<sup>172</sup>, sondern weil mit einer primär etatistischen Deutung dieser Vorgänge deren Eigenart verfehlt würde: Vertrauen auf die Mitwirkung der Hersteller bzw. Dienstleister und Mobilisierung privaten Wissens sowie marktlicher Sanktionsmechanismen, jedoch innerhalb eines staatlich definierten

---

<sup>167</sup> V. 12.12.2006 (ABl. L 376, 36).

<sup>168</sup> Der gegenwärtige Stand des Vorschlags für eine Verordnung über die Vorschriften für eine Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit dem Vermarkten von Produkten kann anhand KOM (2007) 37, nachvollzogen werden. der Vorschlag für einen Beschluss über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für die Vermarktung von Produkten anhand KOM (2007), 53.

<sup>169</sup> Die Entwicklungsgeschichte wird ausführlich geschildert bei *Di Fabio*, Produktharmonisierung durch Normen und Selbstüberwachung, 1996, 7 ff.; *Merten* (Fn. 163), 37 ff.

<sup>170</sup> Bündig: *Schmidt-Aßmann* (Fn. 11), 5. Kapitel Rn. 55.

<sup>171</sup> Letzten Endes ist dies abhängig von den jeweils gegebenen normativen Bedingungen. Als Einschätzung auf der bereichsübergreifenden Ebene hat sich die Nicht-Zuordnung zur Beleihung aber mittlerweile durchgesetzt (näher *Voßkuhle*, in: *Verwaltungsverfahren* [Fn. 159], 313; *Pünder*, ZHR 170 [2006], 578 f.; *Scholl* (Fn. 158), 279 ff.; vgl. ferner bereits *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 [1997], 161 [167]).

<sup>172</sup> Darauf hat *Merten*, DVBl. 2004, 1211 (1213) hingewiesen.

Rahmens und unter dem Vorbehalt des Eingreifens herkömmlicher Überwachungsmechanismen bei Systemversagen. Die vorrangig zu bewältigende Herausforderung<sup>173</sup> (auf die sich das Gutachten beschränken muss) lautet: Ist die Schaffung eines Allgemeinen Akkreditierungsgesetzes auf Bundesebene aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten oder zumindest im Interesse einer geordneten Weiterentwicklung dieser wuchernden Verwaltungslandschaften sinnvoll?

### **III. Konsequenzen für die strafrechtliche Beurteilung (und Ausblick auf das Umsatzsteuerrecht)**

#### **1. Vergewisserung: Der verfassungs- und verwaltungsrechtliche Referenzrahmen**

In der Summe der bisherigen Überlegungen kann bei der Bewältigung von Rechtsproblemen aus anderen Rechtsgebieten, für die das Verfassungs- bzw. Verwaltungsrecht Vorfragen beantwortet (für die es mithin als Referenzrahmen fungiert) von Folgendem ausgegangen werden: Staatsaufgaben sind diejenigen Aufgaben, die der Staat wahrnimmt. Für die Übernahme einer bestimmten Aufgabe als Staatsaufgabe ist stets ein öffentliches Interesse nötig, weswegen es weder eine allgemeingültige rechtliche Unterkategorie „hoheitliche Aufgaben“ noch eine Unterkategorie „erwerbswirtschaftliche“ Aufgaben gibt, allenfalls können sie in bestimmten normativen Kontexten gebildet worden sein. Eine allgemeine Unterkategorie „Aufgaben der Daseinsvorsorge“ gibt es von Rechts wegen ebenfalls nicht. Das arbeitsteilige Zusammenwirken mit Privaten lässt sich jeweils einer von vier verschiedenen Privatisierungsoptionen zuordnen. Dabei ist davon auszugehen, dass allein die Beleihung den Staatsaufgabencharakter unberührt lässt, während es bei allen anderen Optionen, auch bei der institutionalisierten PPP, zu einer – freilich abgestuften – materiellen

---

<sup>173</sup> Weitere Probleme beziehen sich auf das Verfahren der Akkreditierung, die Anforderungen an die akkreditierten Zertifizierer (vgl. hierzu *Eifert*, in: Grundlagen [Fn. 12], § 19 Rn. 96 f.; *Röhl*, Konformitätsbewertung [Fn. 160], 184 ff.; insoweit ist das Problemprofil vergleichbar mit dem des Einsatzes von vorbereitend tätigen Verwaltungshelfern; vgl. II 2 a). Erörterungsbedürftig wären auch die Aspekte Haftung und Rechtsschutz (zu letzterem vgl. neben den bereits genannten Beiträgen von *Eifert*, *Merten*, *Röhl* und *Pünder* auch *Voßkuhle*, in: HdbStR III [Fn. 75], § 43 Rn. 81 f.; *Eifert*, DV 39 [2006], 309 [317 ff.]).

Privatisierung kommt. Alles Weitere muss innerhalb des jeweils relevanten rechtlichen Kontexts (Grundrechte, Verwaltungsverfahrenrecht, Strafrecht etc.) ermittelt werden.

## 2. Amtsträgerstrafbarkeit nach Privatisierung

### a) Die Privatisierungsoptionen im Spiegel der gegenwärtigen Strafrechtsdogmatik

Die im Abschnitt B konstatierte Unsicherheit hinsichtlich der Amtsträgerstrafbarkeit von Nicht-Beamten<sup>174</sup> setzt sich nach erfolgter Privatisierung nicht nur fort, sondern ist einem Maße gesteigert, dass es den potenziell Betroffenen (namentlich dem im Strafrecht noch gar nicht wahrgenommenen Normenkonformitätsbewerter oder dem Privaten innerhalb einer vertragsbasierten PPP-Struktur<sup>175</sup>) kaum mehr möglich ist, ihren eigenen Status zu erkennen. Die Geschäftsführer derjenigen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, bei denen die privaten Anteilseigner über keine Sperrminorität verfügen, müssen sich seit dem Müllentsorgungs-Urteil des BGH vom 2. 12. 2005 („jedenfalls“ bei der Wahrnehmung von Daseinsvorsorgeaufgaben“) darauf einstellen, als Amtsträger bestraft zu werden<sup>176</sup>, obwohl jenen Unternehmen von der Verwaltungsrechtslehre zutreffend bescheinigt wird, zum „gesellschaftlich-administrativen Kooperationsbereich“ (*Schmidt-Aßmann*)<sup>177</sup> zu gehören. Angesichts der enormen Konsequenzen für die Bestimmung des Strafrahmens<sup>178</sup> und des qualifizierten Bestimmtheitsgrundsatzes nach Art. 103 Abs. 2 GG hat man es hier durchaus mit einem verfassungsrechtlich relevanten Problem zu tun. Es entfällt immerhin nach einer Aufgabenprivatisierung, die unbestrittenermaßen das Ende der Amtsträgerstrafbarkeit bedeutet<sup>179</sup>, und es entfällt auch im Falle der Beleihung, weil der Belehene definitionsgemäß dazu bestellt ist, Staatsaufgaben wahrzunehmen (vgl. § 11

---

<sup>174</sup> B II 3 b.

<sup>175</sup> Der BGH hat in einem älteren Urteil (BGHSt 43, 96 [103 f.]) die Amtsträgereigenschaft eines in der Vorbereitung tätigen Verwaltungshelfers (Prüfingenieur) verneint; *Radtko*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 40, gelangt insoweit zum gegenteiligen Ergebnis.

<sup>176</sup> BGH, StV 2006, 126; a.A. *Bernsmann*, StV 2005, 685 ff.; krit. auch *Radtko*, NStZ 2007, 57 ff.

<sup>177</sup> (Fn. 11), 5. Kapitel Rn. 63.

<sup>178</sup> Vgl. B III 2.

<sup>179</sup> Ebenso *Radtko*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 40; *Bernsmann*, StV 2005, 688.

Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB) und dabei überdies das öffentlich-rechtliche Handlungsinstrumentarium einsetzen darf; seine Amtsträgerschaft ist mithin unumstritten<sup>180</sup>.

*b) Anpassung an den erneuerten verwaltungsrechtlichen Referenzrahmen*

Die Amtsträgerstrafbarkeit soll im Bereich der hier relevanten §§ 331 ff. StGB dem Zweck dienen, das „Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen und damit zugleich in die Sachlichkeit staatlicher Entscheidungen“ zu schützen<sup>181</sup>. Dieses Vertrauen würde durch die Erfahrung der Käuflichkeit enttäuscht. Dabei ist einerseits klar, dass nicht nur Beamte und nicht nur Stellen mit Behördenqualität einbezogen sind, andererseits soll insbesondere jenseits der per Beschäftigungsvertrag relativ eindeutig zurechenbaren Angestellten keine uferlose Ausdehnung erfolgen<sup>182</sup>. Dem entspricht die oben geschilderte<sup>183</sup> zweistufige Herangehensweise des BGH, der zum Ersten eine bestimmte Aufgabe und - bei Verwendung privatrechtlicher Organisationsformen bzw. bei Hinzutreten einzelner Privater – ein Zugehörigkeits- oder Auftragsverhältnis nach Art eines „verlängerten Armes“ verlangt<sup>184</sup>; der fragliche Private muss den Staat „für jedermann erkennbar gegenüber dem Bürger repräsentieren“<sup>185</sup>.

Geht man mit dem BGH<sup>186</sup> und der Strafrechtslehre<sup>187</sup> davon aus, dass bei der Ausfüllung der relevanten Begriffsmerkmale („Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnehmen“, Organisationsform“) eine Orientierung an den Einschätzungen des Staats- und Verwaltungsrechts stattfindet, dass also zwar keine vollständige, aber

---

<sup>180</sup> BGHSt 38, 199 (201); *Radtko*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 37; *Kühl*, StGB (Fn. 48), § 11 Rn. 9; *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 48), § 11 Rn. 21.

<sup>181</sup> Anerkannt seit BGHSt 15, 88 (96); vgl. zuletzt BGH, StV 2005, 322 (324).

<sup>182</sup> Vgl. im Näheren *Radtko*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 31.

<sup>183</sup> B II 3b.

<sup>184</sup> Die hieran von *Radtko*, NStZ 2007, 58 f., geübte Kritik ist berechtigt, soweit sie sich gegen die Gefahr der Herausbildung einer unkalkulierbaren Einzelfallbetrachtung anhand der jeweils spezifischen gesellschaftsrechtlichen Umstände richtet. Sie ist unberechtigt, soweit sie sich gegen dieses zweite Merkmal der Zurechnung als solches richtet.

<sup>185</sup> Formulierung nach *Kühl* (Fn. 48), § 11 Rn. 6.

<sup>186</sup> BGHSt 43, 370. Eine vollständige Verwaltungsrechtsakzessorietät besteht hingegen bezüglich des Begriffs des „Beamten“ in § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. a) StGB.

<sup>187</sup> Vgl. nur *Radtko*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 34.

doch eine dosierte Verwaltungsrechtsakzessorietät besteht<sup>188</sup>, dann geht es darum, dem Strafrecht den aktuellen verwaltungsrechtlichen Stand mitzuteilen. Begriffsverständnisse, die sich im Verwaltungsrecht als ungeeignet erwiesen haben oder weiterentwickelt worden sind, können nicht mehr als Referenzrahmen für weitreichende strafrechtliche Entscheidungen dienen.

Dies bedeutet für das Kriterium der „Aufgabe der öffentlichen Verwaltung“, dass nur Staatsaufgaben (Aufgaben, die der Staat wahrnimmt), nicht auch öffentliche Aufgaben erfasst sind<sup>189</sup>, dass aber innerhalb der Staatsaufgaben eine Differenzierung danach, ob es sich um erwerbswirtschaftliche oder um Daseinsvorsorgeaufgaben handelt, nicht mehr stattfinden kann<sup>190</sup>. Denn dem StGB sind keine Anhaltspunkte für eine solche Differenzierung zu entnehmen und im allgemeinen Verwaltungsrecht existiert sie nicht mehr<sup>191</sup>. Des Weiteren muss es irrelevant sein, ob die Aufgabenerledigung im Wettbewerb mit anderen Einheiten erfolgt bzw. ob eine (heute kaum mehr gegebene) Monopolstellung<sup>192</sup> besteht. Denn das Vertrauen in die Integrität von Trägern staatlicher Funktionen bildet sich unabhängig von solchen Umständen: Auch wenn ein kommunales Wohnungsbauunternehmen nur einer von mehreren Anbietern ist, werden die Bürger von ihm mehr Sachlichkeit bei der Entscheidungsfindung erwarten als von seinen Mitbewerbern<sup>193</sup>. In sämtlichen Erscheinungsformen der PPP sowie in den Fällen der Beteiligung Privater am Normvollzug werden somit die

---

<sup>188</sup> Weiterführend und mit Nachweisen zur Figur der Verwaltungsrechtsakzessorietät zuletzt *Burgi*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 18 Rn. 94 f.; sachlich weitergehend *Rausch*, Bestellung (Fn. 51), 105 ff., 113 ff.

<sup>189</sup> Explizit auch *Becker*, StV 2006, 263 (264).

<sup>190</sup> Erst recht sind weitere Binnendifferenzierungen zu verwerfen (ebenso *Becker*, StV 2006, 264 f.; anders dagegen *Radtke*, in: MüKo (Fn. 48), § 11 Rn. 42 f.). Somit bringt die Begründung der letzten Gesetzesänderung zu § 11 StGB die Dinge auf den Punkt, wo es explizit heißt, dass auch die „erwerbswirtschaftlich-fiskalische Tätigkeit einzubeziehen“ sei (BT-Drucks. 7/55, 208 [209]).

<sup>191</sup> Vgl. B I 1.

<sup>192</sup> Ebenso *Eser*, in: Schönke/Schröder (Fn. 48), § 11 Rn. 22, gegen *Heinrich*, Der Amtsträgerbegriff im Strafrecht, 2001.

<sup>193</sup> Unzutreffend daher BGH, NJW 2007, 2932 (2940), wonach auf Grund des Auftretens weiterer Anbieter (neben dem kommunalen Unternehmen) nicht deutlich werde, dass „öffentliche Aufgaben“ erfüllt würden.



involvierten Bediensteten des *staatlichen* Partners grundsätzlich vom Amtsträgerbegriff erfasst; aufgabenbezogene Aspekte kommen ihnen jedenfalls nicht zugute<sup>194</sup>.

Um auch die *privaten* Partner (ob Verwaltungshelfer, Infrastrukturbetreiber oder Geschäftsführer eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens) erfassen zu können, bedarf es, wie dargestellt, zusätzlich der Qualifizierung als „verlängerter Arm“, d. h. eines spezifischen Zugehörigkeits- oder Auftragsverhältnisses zu einer staatlichen Stelle, das der BGH anhand der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse des konkreten Einzelfalls bestimmt. Dem ist nun aus verwaltungsrechtlicher Sicht entgegenzutreten. Auf der Ebene des Allgemeinen Verwaltungsrechts verläuft die Trennlinie zwischen den publizistischen Privatrechtsvereinigungen einerseits, den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sowie allen vertragsbasiert tätigen Privaten (nebst den zur Normkonformitätsbewertung akkreditierten Privaten) andererseits. Auf die konkreten gesellschaftsrechtlichen oder gar vertragsrechtlichen Machtgegebenheiten kommt es nicht (mehr) an: Die 100 %-Tochter ist in diesem Sinne „Staat“, alle anderen privatrechtsförmigen Einheiten sind es nicht, weil echte Private mit ihrer grundrechtlich geschützten Handlungsrationalität mitmischen<sup>195</sup>. Diese sind nicht der verlängerte Arm eines staatlichen Kopfes, sondern bilden einen eigenständigen Organismus, der sich mit dem des Staates verbindet. Ob und inwieweit die Einbeziehung solcher Einheiten durch den Staat zulässig ist, ist anhand der Maßstäbe des Verfassungs- und Verwaltungsrechts zu beurteilen. Das Strafrecht darf nicht als Ventil eines Unbehagens gegenüber staatlichen Rückzugsaktivitäten missbraucht werden.

Dass die einschlägigen strafrechtlichen Vorschriften eine andere Trennlinie ziehen wollten, ist nicht erkennbar. Vielmehr wird auch aus strafrechtlicher Sicht Kritik an der gesellschaftsrechtlichen Sichtweise des BGH geübt, und zwar unter Hinweis auf den Zweck der Amtsträgerschaft (Schutz des Vertrauens in die Integrität staatlicher Aufgabenerfüllung): Wo eine staatlich-gesellschaftliche Zwittergesellschaft oder gar ein

---

<sup>194</sup> Das gilt natürlich auch ohne Privatisierung, d.h. in den zu B II 1 referierten Fällen des Tätigwerdens von Mitarbeitern öffentlich-rechtlicher Organisationen bzw. von publizistischen Privatrechtsvereinigungen.

<sup>195</sup> Zu diesem Ergebnis gelangen auch LG Köln, NJW 2004, 2173 (erstinstanzlich) und *Bernsmann*, StV 2005, 691 f.; letzterer allerdings auf anderem Wege, nämlich über die sog. Inhouse-Kategorie des Kartellvergaberechts (näher dazu D II 3). M.E. besteht freilich keine Akzessorietät des Strafrechts gegenüber dem doch eher periphere Fragen regelnden Vergaberecht, sondern es besteht eine dosierte Akzessorietät gegenüber dem Verwaltungsrecht.

nur vertraglich einbezogener Privater agiert, entsteht ein diesbezügliches Vertrauen erst gar nicht<sup>196</sup>; den Bürgern ist von Anfang an bewusst, dass sie es mit einem aliud zu tun haben (während ihnen die vom BGH für maßgeblich erachteten Umstände gar nicht bekannt sind). Das Ergebnis lautet: Die Geschäftsführer von Eigengesellschaften sind grundsätzlich Amtsträger, die Geschäftsführer von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen sind es grundsätzlich nicht, ebenso wenig wie die Privaten in vertraglichen PPP-Strukturen oder bei der Normkonformitätsbewertung.

c) *Prüfauftrag an den Strafrechtsgesetzgeber*

Aus dem Vorstehenden folgt, dass mit Ausnahme der Beleihung in keiner Privatisierungskonstellation eine Bestrafung der einbezogenen Privaten als Amtsträger in Betracht kommt. Vielmehr sind sie so zu behandeln wie Private in der gewerblichen Wirtschaft außerhalb einer Privatisierung. Jedenfalls im Geltungsbereich der Korruptionsstraftatbestände erscheint dies unbefriedigend, weil wiederum die verwaltungsrechtlichen Verhältnisse nicht zutreffend abgebildet werden. Denn obwohl jene Privaten nach erfolgter Privatisierung nicht auf eine Stufe mit den Beamten gestellt werden können, stehen sie doch in einer deutlich engeren Verbindung mit dem Staat und ihnen dürfte daher ein höheres Maß an Vertrauen in die Integrität ihrer Entscheidungen entgegengebracht werden als ihren Kollegen in der allgemeinen Wirtschaft. Die Gleichbehandlung mit diesen ist daher ebenso inadäquat wie die Größe der Kluft, die sich dadurch gegenüber den ja als Amtsträger zu bestrafenden Bediensteten des staatlichen Partners öffnet. Jedenfalls für die Fälle des besonderen intensiven Zusammenwirkens im Rahmen einer institutionalisierten PPP, namentlich bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, sollte daher ein mittlerer Weg in Erwägung gezogen werden. Dieser könnte in einer tatbestandlichen Ergänzung (nur) der Korruptionsstraftatbestände (und nicht des Allgemeinen Teils des StGB) bestehen, bei einem Strafraum zwischen dem des § 299 StGB („Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr“) einerseits, des § 322 StGB („Bestechlichkeit“) andererseits. Das Nähere muß freilich der strafrechtlichen Diskussion überlassen bleiben<sup>197</sup>, die auch

---

<sup>196</sup> Darauf hat *Noltensmeier*, StV 2006, 135, aufmerksam gemacht. Zur Irrelevanz der subtilen gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse auch *Radtke*, NStZ 2007, 61; *Rausch*, Bestellung (Fn. 51), 63 f.

<sup>197</sup> Insofern ist es bedauerlich, dass sich der Entwurf der Bundesregierung für ein Strafrechtsänderungsgesetz v. 4.10.2007 (BT-Drucks. 16/6558) auf eine Reaktion auf die Europäisierung der

dann wünschenswert wäre, wenn man in diesem Bereich unter dem geltenden Recht mit dem BGH unter bestimmten (unsicheren) Voraussetzungen eine Amtsträgerstrafbarkeit annehmen möchte.

### 3. Ausblick auf das Umsatzsteuerrecht

Wie anderenorts ausführlich entfaltet<sup>198</sup>, führt die soeben praktizierte Vorgehensweise auch in der vieldiskutierten Frage einer etwaigen Umsatzbesteuerung kommunaler Dienstleistungsunternehmen des öffentlichen Rechts im Aufgabenfeld der Abwasserentsorgung<sup>199</sup> zu eindeutigen Antworten: Die Steuerbefreiung als sog. Hoheitsbetriebe i.S.v. § 2 Abs. 3 UStG i.V.m. § 4 Abs. 1 bis 4 KStG wird diesen solange zu recht gewährt, bis durch den zuständigen Wasser-Gesetzgeber nicht nur auf der Durchführungsebene (als unechte Verwaltungshelfer unterliegen auch die öffentlich-rechtlichen Unternehmen der Umsatzbesteuerung), sondern auch auf der Trägerebene der Markt um die entsprechenden Dienstleistungen (als Träger der Abwasserentsorgungspflicht) eröffnet worden ist. Auch das Umsatzsteuerrecht, erst recht in seinem europarechtlichen Kontext der Mehrwertsteuer-SystemRiLi 2006/112/EG<sup>200</sup>, ist nämlich durch eine dosierte Verwaltungsrechtsakzessorietät gekennzeichnet: Es stellt auf ein „potenzielles Wettbewerbsverhältnis“ ab<sup>201</sup>, über dessen Bestehen im jeweiligen Landeswassergesetz nebst Verordnung, mithin hoffentlich aufgaben- und situationsgerecht entschieden wird; bis zum Erlass des UGB im Rahmen des § 18a Abs. 2a WHG (vgl. II 2 a)<sup>202</sup>, danach unmittelbar<sup>203</sup> – in beiden Fällen in Gestalt der

---

Korruptionssachverhalte beschränkt (u.a. mit der Schaffung des Begriffs „Europäischer Amtsträger“ in § 11 Abs. 1 Nr. 2a StGB n.F.).

<sup>198</sup> In: Kluth, FS Stober, (Juni) 2008, i.E.

<sup>199</sup> Hierzu zuletzt *Funk/Eiferting*, IR 2006, 242; *Zugmaier*, in: FS Schmidt (Fn. 151), 2006, 757; *Gruneberg* (Fn. 31), 329 ff.

<sup>200</sup> V. 28.11.2006 (ABl. Nr. L 347, 1): Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2.

<sup>201</sup> St. Rspr., zuletzt BFH, BSteuBl. II 2004, 431; vgl. ferner u.a. *Seer/Wendt*, DStR 2001, 825. Explizit auf das Bestehen gesetzlicher Marktzutrittsschranken abstellend auch der Bundesrechnungshof (*Engels*, Umsatzsteuerliche Behandlung der öffentlichen Hand, 2004, 18 f.: „Die Annahme einer Wettbewerbssituation setzt allerdings voraus, dass die Aufgabe rechtlich auch von einem privaten Unternehmen wahrgenommen werden darf ... Solange die Schranken allerdings geschlossen bleiben, dürfte ein [potenzieller] Wettbewerb insoweit nicht möglich sein“).

<sup>202</sup> Als Rahmengesetz i.S.v. Art. 75 GG in der bis zur Föderalismusreform 2006 geltenden Fassung (vgl. nur *Knopp*, NJW 1997, 417 [420]; *Nickel/Kopp*, ZUR 2003, 401 [404]). Gesetzliche Er-

(fakultativen) Zulassung der Dienstleistungskonzessionierung im betroffenen Land. Im Umsatzsteuerrecht selbst ist mithin kein Regelungsbedarf indiziert, der Ball liegt vielmehr im Fall der Landeswassergesetzgeber, deren Entscheidung rechtlich frei, d.h. nur von politisch-ökonomischen Erwägungen bestimmt ist.

## D. Privatisierungsentscheidung

Täglich werden in der Bundesrepublik Privatisierungsentscheidungen getroffen bzw. nach entsprechender Reflexion unterlassen. Rechtlich sind diese Entscheidungen in zweifacher Hinsicht determiniert: Zum ersten durch Aussagen über das „Ob“ der Privatisierung und zum zweiten durch Aussagen über das „Wer“, d.h. über die Kompetenz für die jeweilige Entscheidung (IV). Die Frage nach dem Ob einer Privatisierung (bzw. der Nicht-Privatisierung) zielt zunächst auf das Bestehen von Grenzen<sup>204</sup>, die gegen die Privatisierung als solche oder zumindest gegen einzelne Privatisierungsoptionen gerichtet sein können (I). Selbstverständlich bedeutet das Fehlen einer Grenze nicht, dass dann privatisiert werden müsste (vgl. noch III 2). Von den Gren-

---

mächtigungen gibt es bislang in BW, Sachsen und Sachsen-Anhalt (wie bei *Reinhardt*, WHG, 2007, § 18a Rn. 23 f., berichtet und nachgewiesen wird), allerdings fehlen noch die erforderlichen Verordnungen. Hierin liegt übrigens der maßgebliche Unterschied zur Trinkwasserversorgung, wo seit jeher die sog. Fremdversorgung (durch private Konzessionäre) möglich ist, weil die gesetzliche Aufgabenzuweisung an die Kommunen nicht die Versorgungsleistung, sondern die „Gewährleistung“ der Versorgungssicherheit zum Gegenstand hat (vgl. hierzu nur *Brüning*, Der Private bei der Erledigung kommunaler Aufgaben, 1997, ferner etwa auch die Gemeinsame Bekanntmachung der zuständigen bayerischen Staatsministerien v. 20.3.2001 [AllgMBI 2001, 184], sowie die die Löschwasserversorgung betreffende Entscheidung BGH, ZMR 1998, 215; ferner *Burgi*, Dienstleistungskonzession [Fn. 121], S. 49. Abgesehen davon hat das UStG insofern eben explizit [in § 2 Abs. 3; vgl. noch § 4 Abs. 3 KStG] eine Umsatzsteuerpflicht statuiert).

<sup>203</sup> Der Referentenentwurf v. 19.11.2007 verzichtet auf die Option einer Vollregelung und will die Privatisierungsentscheidung vollständig den Ländern überlassen (§ 48 UGB II - Wasserwirtschaft).

<sup>204</sup> Hierüber wurde im Laufe der Jahrzehnte immer mehr Übereinstimmung erzielt; vgl. *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 137; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, 251 ff.; *von Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, 22 ff., *Osterloh* und *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), 204 (206 ff.), bzw. 243 (263 ff.); *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 175 ff.; *Kämmerer* (Fn. 30), 152 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266 (273 ff.); *Dreier*, DÖV 2002, 637; *Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, 2005, 412 f.; *Burgi*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 75 Rn. 16 ff.

zen zu unterscheiden sind rechtliche Aussagen, die europarechtliche (II) bzw. nationalrechtliche (III) Maßstäbe für die Privatisierungsentscheidung bilden, indem sie ihr nach den konkret gegebenen Umständen entweder entgegenstehen oder aber sie erzwingen bzw. nahe legen können.

## I. Grenzen

### 1. Aufgabenbezogene Grenzen: Obligatorische Staatsaufgaben

Aus Verfassungsaussagen, die den Staat dazu verpflichten, sich einer bestimmten öffentlichen Aufgabe anzunehmen, ergeben sich obligatorische Staatsaufgaben<sup>205</sup>. Die Zuordnung einer bestimmten Staatsaufgabe zu dieser Kategorie würde sich gegenüber der Option der Aufgabenprivatisierung und gegenüber der Option der Akkreditierung als unüberwindbare Privatisierungsgrenze auswirken. Nicht relevant ist die Privatisierungsgrenze „obligatorische Staatsaufgabe“ gegenüber der Option der Beleihung, weil diese ja als ein Fall der Erfüllung von Staatsaufgaben zu verstehen ist. Hinsichtlich der verschiedenen Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung ist die intendierte Einschaltung privater Helfer, Konzessionäre oder Partner regelmäßig mit den jeweiligen verfassungsrechtlichen Pflichtenbestimmungen vereinbar. Denn ungeachtet aller Handlungs- und Entscheidungsspielräume, die den Privaten in diesen Fällen eingeräumt sind, bleibt ihr Tun ja stets auf den Staat bezogen, sei es, dass dessen Tätigwerden vorbereitet, sei es, dass staatlich verantwortete Aktionen durchgeführt werden sollen. Als Beispiel sei das Bundesfernstraßenwesen genannt, bei dem die staatliche Verpflichtung zur Aufrechterhaltung der Infrastruktur aus Art. 90 Abs. 2 GG der Realisierung von vertragsbasierten<sup>206</sup> und institutionalisierten PPP nicht entgegensteht, welche sogar die Erfüllung jener Verpflichtung auch

---

<sup>205</sup> Zu Begriff und Spektrum ausführlich *Isensee*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 73 Rn. 29 f.; *Butzer*, e-benda, § 74 Rn. 7.

<sup>206</sup> Vgl. *Pabst*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung im Fernstraßenbau, 1997; *Schmitt*, Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung von Bundesfernstraßen durch Private nach dem FStrPrivFinG, 1999, und zuletzt *Bartlsperger*, Das Fernstraßenwesen in seiner verfassungsrechtlichen Konstituierung, 2006, 206 ff.; *Uerpmann-Witzack*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 89 Rn. 35; aktuell zum sog. A- und zum sog. F-Modell zuletzt *Burgi*, DVBl. 2007, 649 ff. Zu den durch Art. 90 Abs. 1 GG zusätzlich auferlegten Beschränkungen der Vermögensprivatisierung vgl. nur *Ibler*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 147), Art. 90 Rn. 1 ff.

künftig ermöglichen helfen können. Allerdings muss der Staat auch nach funktionaler Privatisierung der ihm auferlegten Verfassungspflicht entsprechen, und zwar durch verschiedene Maßnahmen der Leitung gegenüber den eingeschalteten Privaten. Die jeweilige verfassungsrechtliche Pflichtenbestimmung determiniert in diesen Fällen das „Danach“ der Aufgabenwahrnehmung und ist somit Teil des Privatisierungsfolgenrechts<sup>207</sup>.

Hinsichtlich der Aufgabenprivatisierung und der Akkreditierung ist zunächst festzustellen, dass es bei der Suche nach etwaigen Verfassungspflichten nicht um ganze Aufgabenfelder, sondern um einzelne, konkrete Aufgaben (im B I 2 geschilderten Sinne) geht (Beispiel: Bau und Vermietung von Wohnungen, nicht: Wohnraumversorgung). Bei der Suche nach Verfassungsaussagen über Verpflichtungen des Staates zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben ist unbedingt zu beachten, dass die Verfassung der Bundesrepublik – ungeachtet ihres normativen Charakters – keinesfalls alle Bereiche von Staat und Gesellschaft durchdringt, sondern eine Rahmenordnung ist. Das Verwaltungsrecht erweist sich demzufolge nicht etwa durchgehend als konkretisiertes Verfassungsrecht (im Sinne von unmittelbar im Wege der Verfassungsauslegung gewonnenen Rechts)<sup>208</sup>. Die Gestaltungsmacht des Gesetzgebers wächst in dem Maße, in dem die Direktionskraft der Verfassung nachlässt. In den meisten Fällen ist jedenfalls die Festlegung von Staatsaufgaben (und mithin auch von diesbezüglichen Wahrnehmungspflichten) kein subsumtions-, sondern ein situationsabhängiger gestalterischer Vorgang<sup>209</sup>. Bei der Prüfung der sonach relevanten Umstände des Einzelfalls ist jeweils auch zu bedenken, dass die Alternative der staatlichen Eigenwahrnehmung seit Jahrzehnten ihrerseits mit dem nicht unberechtigten Vorwurf der Verursachung erheblicher Vollzugsdefizite infolge finanzieller Minderausstattung und eines Verlusts an notwendiger Sachkompetenz zu kämpfen hat<sup>210</sup>.

---

<sup>207</sup> Vgl. bereits *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 208 f., näher E II.

<sup>208</sup> Vgl. *Badura*, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR VII, 1992, § 159 Rn. 1 ff.; *Schuppert/Bumke*, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung, 2000, 39 ff.

<sup>209</sup> Vgl. bereits *Butzer*, in: HdbStR IV (Fn.1), § 74 Rn. 48; *Burgi*, ebenda, § 75 Rn. 16.

<sup>210</sup> Deutlich herausgearbeitet durch *Lübbe-Wolff*, NuR 1993, 217; vgl. ferner *Scherzberg*, NVwZ 2006, 384 f.; *Scholl* (Fn. 158), 332 f.; und früher *Hoffmann-Riem*, DV 28 (1995), 424 (430 f.), und zuletzt, mit spezifischem Blick auf die Alternative eines Ausbaus des EMAS-Systems, *Langerfeldt* (Fn. 164), 538 ff., 736 ff.

Eine weitere verfassungstheoretische Erkenntnis tritt hinzu. Sie lautet dahingehend, dass jeder Rückgriff auf Erkenntnisse und Aussagen außerhalb des Verfassungsgesetzes einer Anknüpfung im Verfassungsgesetz selbst bedarf. Wenngleich es erforderlich ist, bei der Interpretation der zahlreichen Einzelvorschriften und der Ermittlung eines Gesamtbildes hinter das geschriebene Verfassungsrecht, und d.h. auf die von ihm normative verfestigte materielle Verfassung zu blicken<sup>211</sup>, kann es eine Kategorie „notwendige“ oder „wesensmäßige“ Staatsaufgaben, d.h. eine ausschließlich staats-theoretisch abgeleitete Zuordnung einzelner Staatsaufgaben (und mithin von Privatisierungsgrenzen) nicht geben<sup>212</sup>. Dies gilt auch im Hinblick auf den immer wieder behaupteten Vorbehaltsbereich „Aufgaben der Daseinsvorsorge“ (vgl. hierzu bereits B I 1). Erst kürzlich hat das BVerfG<sup>213</sup> festgestellt, dass sich namentlich aus dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG *nicht* entnehmen lasse, dass „Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge ... allein deshalb zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen wären, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwohl sind“. Die Verfassung steht demnach einem Rückzug von der Stufe der eigenhändigen staatlichen Dienstleistungserbringung innerhalb eines Aufgabenfeldes in den gegenwärtig diskutierten Feldern der Versorgung und der Infrastruktur (Kultureinrichtungen, Bäder, Krankenhäuser, Zurverfügungstellen von Wohnungen [nicht: Sicherstellung der Wohnraumversorgung], Landesbanken<sup>214</sup>) kaum einmal entgegen. Ein Rückzug von zweifelsfrei obligatorischen Staatsaufgaben wird politisch von keiner Seite propagiert<sup>215</sup>. Sowohl aus den Staatszielbestimmungen des Art. 20 Abs. 1 (Soziales)

---

<sup>211</sup> Ausführlich dargestellt bei *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, HdbStR II, 3. Aufl. 2004, § 15 Rn. 166 ff.

<sup>212</sup> Zu den Leistungsgrenzen der allgemeinen Staatslehre grundlegend *Lepsius*, EuGRZ 2004, 370 ff.; in die kritisierte Richtung aber *Ronellenfitsch*, DVBl. 2005, 65 (66 f.); *Lämmerzahl*, Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben, 2007, 121 ff. („dynamisch verstandener Staatsaufgabenkern“); wie hier u.a. *Kämmerer* (Fn. 30), 157 ff. (164 ff.); *Butzer*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 74 Rn. 7.

<sup>213</sup> BVerfGE 107, 59 (93), sowie *Masing*, VerwArch 95 (2004), 151 (160 ff.); vgl. auch BVerfGE 66, 248 (257 f.; Energieversorgung).

<sup>214</sup> Explizit *Mayen*, DÖV 2001, 112.

<sup>215</sup> Die etwaige Nicht- oder Schlechterfüllung obligatorischer Staatsaufgaben (z.B. in den Bereichen Polizei und Justiz) durch finanzielle Minderausstattung (vgl. bereits bei Fn. 210) ist nicht Thema dieses Gutachtens, verdiente aber eigentlich mehr Aufmerksamkeit als jene vermeintlichen Privatisierungsgrenzen.

bzw. des Art. 20a GG (Umweltschutz) nebst landesverfassungsgesetzlichen Ergänzungen<sup>216</sup> als auch aus den grundrechtlichen Schutzpflichten<sup>217</sup> (etwa bei der Wasserversorgung: aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie aus den Art. 87 ff. GG<sup>218</sup> folgen nicht Pflichten zur Übernahme konkreter Einzelaufgaben. Dies hat in der Formulierung des BVerfG, wonach es dem Staat freistehe, bei der Verwirklichung des Sozialstaatsgebots „auch die Mithilfe Privater nutzbar zu machen“<sup>219</sup> trefflich Niederschlag gefunden. In der Regel lässt sich der Verfassung „nur“ die Pflicht zur Sicherstellung eines hinreichend breiten, zugänglichen und erschwinglichen Dienstleistungsangebots entnehmen<sup>220</sup>. Zu weit ginge es allerdings wieder, außerhalb der expliziten Bestimmungen für die Bereiche Bahn (Art. 87e GG)<sup>221</sup>, Postwesen und Telekommunikation (Art. 87f GG) von einer allgemeinen, nicht im Einzelfall begründungsbedürftigen Sicherstellungspflicht des Staates auszugehen<sup>222</sup>. Insbesondere ist vor einer

---

<sup>216</sup> Z.B. die auf die Wohnraumversorgung zielenden Art. 47 Verf Bbg, 28 Abs. 1 BerlVerf.

<sup>217</sup> Ausführlicher und mit zahlreichen Nachweisen entfaltet bei *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 201 f. Zur Aufgabenrelevanz von Staatszielbestimmungen vgl. *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, 326 ff.

<sup>218</sup> Ausführlich (am Beispiel der in Art. 87 Abs. 1 GG genannten Aufgabenfelder) entfaltet bei *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 147), Art. 87 Rn. 21 f., 64, 96 f.

<sup>219</sup> BVerfGE 22, 180 (204). Konkret zum Sozialstaatsprinzip auch *Butzer*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 74 Rn. 30 ff.

<sup>220</sup> Zuletzt zu diesem Sicherstellungsauftrag ausführlich *Butzer*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 74 Rn. 38 ff. Zu politischen Aspekten eines Rückzugs von der „Daseinsvorsorge“ in Eigenerbringung vgl. *Broß*, NZBau 2004, 465.

<sup>221</sup> Obligatorische Staatsaufgabe ist gemäß Art. 87e Abs. 4 GG die Gewährleistungsaufgabe, nicht die Aufgabe des Betriebs einzelner Verkehrs- oder Logistikunternehmen. Hinsichtlich der Aufgaben des Baus, des Unterhalts und des Betreibens von Schienenwegen (kurz: die Aufgaben als Netzunternehmer) wird nicht nur die Gewährleistung, sondern die Betriebsaufgabe selbst als obligatorische Aufgabe des Staates (des Bundes) konstituiert, und zwar indem Art. 87e Abs. 3 Sätze 2 u. 3 festlegen, dass Netzunternehmen „im Eigentum des Bundes“ stehen müssen, was bedeutet, dass „die Mehrheit der Anteile an diesen Unternehmen“ beim Bund verbleiben muss. In Bezug auf diese Aufgaben ist somit die Aufgabenprivatisierung ausgeschlossen, die Vermögensprivatisierung begrenzt und die institutionalisierte PPP konditioniert (zur verfassungsrechtlichen Beurteilung der seit dem Beschluss des Bundestags v. 24.11.2006 [BT-Drucks. 16/3493] diskutierten Konzepte vgl. *Möstl*, in: Pitschas/Uhle, FS Scholz, 2007, 833 m.w.N.; *Windthorst*, in: Sachs, GG, 4. Aufl. 2007, Art. 87e Rn. 50 f.; *Ehlers*, Eisenbahnen [Fn. 146], D u. E).

<sup>222</sup> In dieser Richtung aber *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, 323 ff., 354.



Überdehnung des Verantwortungsbegriffs zu warnen<sup>223</sup>. Gegenwärtig sind die wichtigsten Ver- und Entsorgungsaufgaben den Kommunen auf der einfachgesetzlichen Ebene als sog. Pflichtaufgaben auferlegt. Das entspricht der verfassungsrechtlichen Grenze, wenn nur die „Sicherstellung“ der jeweiligen Aufgabe zum Gegenstand der kommenden Verpflichtung gemacht wird (wie in einigen Landeswassergesetzen; vgl. z.B. § 46a LWG Rh.-Pf.), geht aber (legitimerweise) darüber hinaus, wenn die kommunale Trägerschaft bei den einzelnen Einrichtungen vorgeschrieben wird. Auch dann ist jedenfalls die funktionale Privatisierung möglich<sup>224</sup>.

## **2. Befugnisbezogene Privatisierungsgrenzen: Gewaltmonopol und Art. 33 Abs. 4 GG**

Sowohl die Lehre vom Gewaltmonopol als auch Art. 33 Abs. 4 GG, wonach „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ... als ständige Aufgabe in der Regel Beamten zu übertragen ist“ entfalten Wirkungen auf der Ebene der Mittel. Während die Lehre vom Gewaltmonopol die Befugnis zum Einsatz des Mittels physischer Gewalt betrifft, geht es bei dem fälschlicherweise herkömmlich als „Funktionsvorbehalt“ bezeichneten<sup>225</sup> Art. 33 Abs. 4 GG um die Befugnis zum Handeln in den durch das öffentlich-rechtliche Regime zur Verfügung gestellten Formen.

### *a) Gewaltmonopol, Gewaltübertragung und Gewaltermächtigung*

Die Erfüllung zahlreicher Aufgaben in den Feldern der Sicherheit, der Vollstreckung und des Straf- und Maßregelvollzuges sind mit dem Einsatz von Mitteln physischer Gewalt<sup>226</sup> verbunden. Angesichts von deren Intensität und der überragenden Bedeutung der Schutzgüter von Leben und körperlicher Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1

<sup>223</sup> Kritisch auch *Röhl*, DV, Beiheft 2, 1999, 33 (48); *Klement* (Fn. 24), 116; vgl. ferner E II 1.

<sup>224</sup> Vgl. OVG Rh.-Pf., DVBl. 1985, 176; *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (971); *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 487 (491 f.). Ausführlich zum wichtigen Beispielfeld der Abwasserentsorgung *Gruneberg* (Fn. 31), 46 f.

<sup>225</sup> Vgl. statt vieler *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 41), Art. 33 GG Rn. 34 f. Diese Titulierung ist unzutreffend, weil mit „Funktionen“ üblicherweise die Funktionsbereiche von Legislative, Exekutive und Judikative unterschieden werden, um die es in Art. 33 Abs. 4, welcher zudem selbst explizit von „Befugnissen“ spricht, nicht geht.

<sup>226</sup> Der insoweit maßgebliche Begriff von Gewalt umfasst vis, nicht potestas (bündig: *Isensee*, in: *HdbStR II* (Fn. 211), § 15 Rn. 86.

GG) im Verfassungsstaat erfordert schon die Aufrechterhaltung bisheriger, erst recht aber die Schaffung zusätzlicher „Sicherheitspartnerschaften“ bzw. „Police-Private-Partnerships“<sup>227</sup>, eine Auseinandersetzung mit der Lehre vom Gewaltmonopol des Staates, wobei es wiederum nicht um verfassungsrechtliche Allgemeinplätze, sondern um eine nach konkreten Verfassungsaussagen und konkret in Frage stehenden Befugnissen differenzierende Problembewältigung geht<sup>228</sup>. Die nachfolgenden Ausführungen zielen auf sämtliche Aufgaben, bei deren Wahrnehmung mit dem Einsatz des Mittels der Gewalt zu rechnen ist (künftig „gewaltgeneigte Aufgaben“ genannt). Fehlt hier die erforderliche Gewaltbefugnis, müssten private Träger unverrichteter Dinge wieder abziehen, so beispielsweise wenn ein Anlageninhaber den Zutritt auf die Betriebsgrundstücke verweigert oder Fluggäste sich nicht abtasten lassen wollen. Freilich gibt es auch bei der Wahrnehmung von gewaltgeneigten Aufgaben zahlreiche Teilbeträge rein durchführenden oder insbesondere vorbereitenden Charakters, die nicht mit dem Einsatz von Gewaltmitteln verbunden sein sollen. Ist aber eine erfolgreiche Aufgabenwahrnehmung nur dann gewährleistet, wenn die vor Ort agierenden Personen notfalls auch zum Einsatz von Gewaltmitteln befugt sind, dann erhebt sich vor dem Einsatz der Privatisierungsoptionen Beleihung und Verwaltungshilfe die Frage nach Inhalt und Bedeutung der Lehre vom staatlichen Gewaltmonopol. Als staatliche Partner kommen dabei entweder Polizei- und Ordnungsbehörden oder die Verwalter von öffentlichen Einrichtungen (U-Bahnhöfe, Flughäfen etc.) in Betracht. Die heute im Grundsatz unangefochtene Lehre vom Gewaltmonopol des Staates besagt zutreffend, dass der Einsatz von Zwangsmitteln dem Staat vorbehalten ist, also ein Gewaltverbot also *inter privatos* besteht, solange der Staat keine Ausnahmen in Gestalt von Gewaltübertragungen oder Gewaltermächtigungen zulässt. Als verfassungsrechtlicher Ankerplatz fungiert in erster Linie das Rechtsstaatsprinzip, hinzu treten die Grundrechte, weil die aus ihrem objektiv-rechtlichen Gehalt abgeleitete

---

<sup>227</sup> Vgl. zuletzt *Stober* (Fn. 110); zur rechtstatsächlichen und rechtspolitischen Entwicklung des hier kooperierenden Sicherheitsgewerbes vgl. die Beiträge in den Abschnitten A und B des von *Stober/Olschok* hrsg. Handbuch des Sicherheitsgewerberechts, 2004, sowie *Nitz*, Private und öffentliche Sicherheit, 2000; ferner *Pitschas*, DÖV 2004, 231.

<sup>228</sup> Auch hier finden sich teilweise wiederum Formulierungen wie die, „dass in eingriffstypischen Handlungsfeldern der Verwaltung eine tatsächliche Sachherrschaft erhalten bleiben“ müsse bzw. dass der „Strafvollzug einen Kernbereich hoheitlicher Gewalt“ (*Wagner*, ZRP 2000, 169 [171]; vgl. ferner *Burgi*, Privatisierung [Fn. 19], 183 *passim*) darstelle.

Schutzpflicht des Staates in ihrem Kerngehalt dessen Gegenleistung für den Gewaltverzicht seiner Bürger darstellt<sup>229</sup>. Der Grundsatz vom staatlichen Gewaltmonopol ist demnach befugnisbezogen. Um hieraus eine Privatisierungsgrenze ableiten zu können, bedarf es eines Schlusses von der Mittel- auf die Aufgabenebene. Dieser Schluss lautet dahingehend, dass Aufgaben, die aller Voraussicht nach erfolgreich nur unter Einsatz physischer Gewalt erledigt werden können (eben gewaltgeneigte Aufgaben), nur dann privatisierbar sind, wenn entweder der private Träger mit den erforderlichen Gewaltbefugnissen beliehen wird (Gewaltübertragung) oder wenn ihm (als Verwaltungshelfer) die erforderlichen Gewaltermächtigungen der Jedermann-Vorschriften (vgl. dazu sogleich) zur Verfügung stehen<sup>230</sup>. Beides darf nicht zur Regel werden.

Die erste Ausnahme vom Gewaltmonopol des Staates bilden mithin staatliche Gesetze, durch die Privaten Gewaltbefugnisse übertragen werden. Dies ist nicht in allen, aber doch in zahlreichen Beleihungskonstellationen der Fall<sup>231</sup>, etwa in § 1 Abs. 2 UZwGBw. Immer dann, wenn ein solches Beleihungsgesetz besteht, bildet das staatliche Gewaltmonopol keine Privatisierungsgrenze, und zwar solange, wie das soeben erwähnte Regel-Ausnahmeverhältnis nicht durchbrochen wird.

Neben der Gewaltübertragung (per Beleihung) sind Gewaltermächtigungen für Situationen vorgesehen, in denen der Staat die Aufrechterhaltung der Friedenspflicht nicht zu gewährleisten vermag und es daher den Bürgern ermöglicht werden soll, selbst für den erforderlichen Schutz zu sorgen. Dies erfolgt wiederum auf gesetzlicher Grundlage, und zwar auf der Basis der Nothilfebefugnisse im BGB, im StGB und in der StPO<sup>232</sup>. Nun wird in der Privatisierungsdiskussion seit längerem die These vertreten, dass diese Jedermann-Vorschriften im Falle eines Auftretens professioneller privater Sicherheitsdienstleister nicht die erforderliche Ermächtigung zum Gewaltein-

---

<sup>229</sup> Vgl. nur *Merten*, Rechtsstaat und Gewaltmonopol, 1975, 35 ff.; *Isensee* in: Müller u.a., FS Eichenberger, 1982, 23 ff.; *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 185 ff., jeweils m.w.N.

<sup>230</sup> Zu den Einzelheiten *Möstl*, Die staatliche Garantie der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, 2002, 290 ff.; *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, 2004, 129 ff.

<sup>231</sup> Bündige Zusammenstellung bei *Klüver*, Zur Beleihung des Sicherheitsgewerbes mit Aufgaben der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, 2004, 55 ff.

<sup>232</sup> Zu deren Bestand: *Schünemann* bzw. *Peilert*, in: Stober/Olschok (Fn. 227), Abschnitte G I und G II.

satz bieten könnten<sup>233</sup>. Bei dieser sich auf die Teleologie der ausnahmsweisen Durchbrechung des Gewaltmonopols berufenden Argumentation, die freilich im Wortlaut des Grundgesetzes keine Stütze findet und (seit einigen Jahren) überdies durch § 34a Abs. 5 GewO widerlegt wird, welcher ganz selbstverständlich davon ausgeht, dass die privaten Sicherheitsdienste sich auf die Jedermann-Rechte berufen können, wird übersehen, dass sich das jeweilige Opfer der vom Staat aktuell nicht zu verhindernden Gewalt (etwa der überfallene U-Bahn-Benutzer) unverändert in der Ausnahmesituation befindet, derentwegen der Dispens vom Gewaltverbot geschaffen wurde. Für dieses Opfer bedeutet das, was für den Sicherheitsbediensteten Routine sein mag, Gefahr, Not und Angst. Seinen Schutz von der Leistungsfähigkeit der Nothilfe abhängig machen zu wollen, erscheint zynisch. Solange es keine gesonderten Ermächtigungsvorschriften gibt (vgl. c) geht der Schluss von der Sonderstellung der professionellen Helfer auf das Nichteingreifen der gegenwärtig vorhandenen Gewaltermächtigungen fehl, weil er die legitimen Bedürfnisse der eigentlichen Opfer und den Vorrang der Rechtsbewahrung missachtet<sup>234</sup>.

*b) Der allgemeine Befugnisvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG*

*aa) Bedeutung und Kriterien.* Allein gegenüber der Beleihung, nicht gegenüber den anderen Privatisierungsoptionen, wirkt der Befugnisvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums in Art. 33 Abs. 4 GG als Grenze<sup>235</sup>. Denn die dort „in der Regel“ den Beamten anvertraute „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ setzt – bei allem Streit im übrigen - jedenfalls die Erledigung von Staatsaufgaben voraus<sup>236</sup>. Art. 33

---

<sup>233</sup> Seit *Hoffmann-Riem*, ZRP 1977, 277; vgl. ferner *Jeand'Heur*, AöR 119 (1994), 107 (127 f.); *Schulte*, DVBl. 1995, 130, zuletzt *Mösinger*, BayVBl. 2007, 422.

<sup>234</sup> Wie hier u.a. *Mahlberg*, Gefahrenabwehr durch gewerbliche Sicherheitsunternehmen, 1988, 124; *Stober*, NJW 1997, 889 (894); *Lange*, Privates Sicherheitsgewerbe in Europa, 2002, 41 ff.; *Peilert*, in: *Stober/Olschok* (Fn. 227), G II Rn. 11 f.; *Möstl* (Fn. 230), 356 ff.

<sup>235</sup> Vgl. *Di Fabio*, JZ 1999, 585 ff.; *Mackeben* (Fn. 230), 193 f., ferner *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (85 f.).

<sup>236</sup> Vgl. bereits *Kirchhof*, Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse nach Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, 1968, 10; seither *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000; *Burgi*, in: *Stober/Olschok* (Fn. 227), J II Rn. 19. Umstritten ist, ob Art. 33 Abs. 4 GG nur bei Aufgaben der Eingriffsverwaltung oder auch bei der sog. Leistungsverwaltung eingreift. Als herrschend und m.E. zutreffend kann die Auffassung gelten, dass das Handeln in den vom Regime des Öffentlichen Rechts bereitgestellten Formen (Verwaltungsakt, hoheitliches Handeln, Ver-

Abs. 4 GG entfaltet damit Wirkungen, wenn Privaten durch ein Gesetz die sonst dem Staat vorbehaltenen öffentlich-rechtlichen Handlungsbefugnisse übertragen worden sind bzw. übertragen werden sollen. Das, was Private nach Aufgabenprivatisierung oder nach funktionaler Privatisierung tun<sup>237</sup>, liegt außerhalb der Staatsaufgaben und erfolgt gerade unter Verzicht auf hoheitsrechtliche Befugnisse. Die Beleihung darf daher als „ständige“ Option nur dann eingesetzt werden, wenn es hierfür legitime Gründe in den Gegebenheiten der betroffenen Aufgabe geht<sup>238</sup> und wenn das Schwergewicht hoheitlicher Aufgabenerledigung innerhalb des betroffenen Aufgabenfeldes unverändert bei Angehörigen des öffentlichen Dienstes liegt. Nicht immer fällt die Beurteilung so leicht wie hinsichtlich des in East Riding (GB) praktizierten Steuereinzugs durch ein privates Dienstleistungsunternehmen<sup>239</sup> (was in Deutschland gegen Art. 33 Abs. 4 GG verstieße) einerseits, des in Würzburg durch das gleiche Unternehmen (statthafterweise) elektronisch-logistisch unterstützten (weiterhin) kommunalen Bürgerbüros andererseits.

Wichtige Kriterien bei der hier anzustellenden bereichsspezifischen Prüfung sind die Intensität der eingesetzten Befugnisse und das etwaige Vorliegen eines Sanktionscharakters<sup>240</sup>. Dabei kann an die eingangs (B I 2) vorgenommene Unterscheidung zwischen Aufgabe (z.B.: Wachdienst innerhalb einer Strafvollzugsanstalt) und Aufgabenfeld (z.B.: Strafvollzug) angeknüpft werden. Insgesamt beweist sich Art. 33 Abs. 4 GG als im Hinblick auf die Schaffung von Beleihungs- und damit auch Ge-

---

waltungsvertrag) durchgehend „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ ist (zur Dokumentation des Meinungsstandes *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth [Fn. 41], Art. 33 Rn. 41; *Masing*, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Band 2, Art. 33 Rn. 62).

<sup>237</sup> Ebenso *Scherer*, in: FS Frotzcher (Fn. 154), 26 f. Dies gilt auch für das Tätigwerden von akkreditierten Privaten (vgl. *Scherzberg*, NVwZ 2006, 384).

<sup>238</sup> Nach h.A. reichen hierfür die allgemein zugunsten von Privatisierungen (einschließlich Beleihungen) angeführten Gründe, auch wenn sie im Einzelfall primär fiskalischer Natur sein sollten, aus (vgl. *Bonk*, JZ 2000, 435; *Burji*, in: Stober/Olschok [Fn. 227], J II Rn. 20). Nach BVerwGE 52, 59, verfügt der Staat wegen des organisatorischen (nicht: grundrechtlichen) Kontextes über einen Einschätzungs- und Konkretisierungsspielraum.

<sup>239</sup> Vgl. hierzu *Buch*, in: Immenga u.a., PPP-Moving Ahead, 2007, 20 (Vorstandsmitglied jenes Unternehmens).

<sup>240</sup> Ausführlicher *Burji*, in: Stober, Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2000, 65 (89 ff.); strenger *Remmert* (Fn. 29), 445 ff.; weiter dagegen *Landau/Steinkühler*, DVBl. 2007, 1332 (1343).

waltübertragungstatbeständen als die gegenüber dem Gewaltmonopol konkretere verfassungsrechtliche Aussage<sup>241</sup>. Ziel des Befugnisvorbehalts ist es, „zum Schutz des Bürgers die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse in die Hand eines fachlich besonders qualifizierten und sachkundigen Bedienstetentypus zu legen“<sup>242</sup>. Wie kürzlich treffend festgestellt wurde, können Beamte „nach der Vorstellung des Grundgesetzes besonders gut und besonders zuverlässig mit Rechtsnormen umgehen!“<sup>243</sup>

*bb) Einzelne Aufgabenfelder.* Prüft man die gegenwärtig existierenden Beleihungstatbestände an diesem Maßstab, so ergeben sich durchweg keine Bedenken. Aber auch die Realisierung der Privatisierungsoption der Beleihung bei zusätzlichen Aufgaben bzw. mit zusätzlichen Befugnissen wäre mit dem beamtenrechtlichen Befugnisvorbehalt vereinbar. Dies gilt für zahlreiche Überwachungstätigkeiten im *Umweltrecht*<sup>244</sup>, vor allem bei der Prüfung, Messung, Durchsuchung etc., jedenfalls soweit daraus abgeleitete Sanktionsmaßnahmen (Betriebsschließung, Aufhebung von Genehmigungen etc.) weiterhin durch Beamte erfolgen. Bei *Sicherheitsaufgaben* stieße namentlich die Heranziehung Privater als Beliehene zur Überwachung des fließenden sowie des ruhenden Verkehrs einschließlich der erforderlichen ordnungsrechtlichen Befugnisse noch nicht an die durch Art. 33 Abs. 4 GG gezogene Privatisierungsgrenze<sup>245</sup>. Auch Maßnahmen der Identitätsfeststellung in öffentlichen Verkehrsmitteln wären verfassungsrechtlich akzeptabel<sup>246</sup>, weil diese Tätigkeiten innerhalb des Aufgabenfelds der Gefahrenabwehr in und um Verkehrsmittel lediglich einen verhältnismäßig kleinen und eben wenig prägenden Teil einnehmen. Entsprechendes gilt für die Beleihung mit Befugnissen zur Verweisung und zum Festhal-

---

<sup>241</sup> Ebenso Möllers, Staat als Argument, 2000, 278 ff.

<sup>242</sup> Lecheler, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR V (Fn. 91), § 110 Rn. 15.

<sup>243</sup> Remmert, JZ 2005, 53 (55 f.).

<sup>244</sup> Von BVerwG, NVwZ 2006, 829, wurde die Beleihung bei der Überwachung abfallentsorgungspflichtiger Privater bereits für mit Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar erklärt.

<sup>245</sup> Ebenso Scholz, NJW 1997, 17; Schnekenburger, Rechtsstellung und Aufgabe des Privaten Sicherheitsgewerbes, 1999, 118; Stober, DÖV 2000, 261 (265); zurückhaltender Nitz, NZV 1998, 15; Mackeben (Fn. 230), 207 ff.; weiterführend Mohrdieck, Privatisierung im Bereich öffentlicher Verkehrsräume, 2004, 167.

<sup>246</sup> Ebenso Gramm (Fn. 73), 440; Burgi, in: Stober/Olschok (Fn. 227), J II Rn. 22.

ten<sup>247</sup>. Weitere statthafte Beleihungstatbestände könnten die Aufnahme von Bagatellunfällen, die Entstempelung von Kfz-Kennzeichen oder die Videoüberwachung an Kriminalitätsschwerpunkten bilden. Hinsichtlich der Durchführung von City-Streifgängen fehlt es m.E. hingegen bereits an einem sachlichen Grund, wenn diese gemeinsam mit einem Polizeibeamten erfolgen soll. Denn dann würde der Vorteil der Einsparung eines zweiten Polizeibeamten durch den Nachteil der Notwendigkeit von Abstimmungs- und Koordinierungsvorkehrungen wieder zunichte gemacht werden. Darüber hinaus müsste ein ganzes Bündel von Hoheitsbefugnissen übertragen werden; die Streifentätigkeit ist ein Paradebeispiel für ein das Aufgabenfeld der Gefahrenabwehr im öffentlichen Raum äußerlich wie sachlich prägende Tätigkeit, die somit, erst recht wenn sie eigenständig (d.h. ohne polizeilichen Begleiter) erfolgen soll, nur von Beamten ausgeübt werden kann<sup>248</sup>.

Im Aufgabenfeld des *Strafvollzuges* sind die Intensität der eingesetzten Befugnisse und das Vorliegen des Sanktionscharakters evident. Sämtliche im Zusammenhang mit der unmittelbaren Bewachung in Vollzugsanstalten stehenden Aufgaben (z.B. Aufnahme, Entlassung, Vollzugsplanung, Anordnung und Durchführung von Sicherungsmaßnahmen, Kontrolle der Außenkontakte etc.) sind als prägend für das Aufgabenfeld anzusehen und deshalb einer Beleihung im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG nicht zugänglich. Dies ist weitgehend unumstritten<sup>249</sup>. Entsprechendes gilt im Grundsatz auch für das Aufgabenfeld des Jugendstrafvollzugs<sup>250</sup>, obgleich die dortigen Zielsetzungen inhaltlich teilweise anders sind, indem neben die bewachenden in stärkerem Maße erzieherische Elemente treten und bezüglich darauf bezogener Tätigkeiten u.U. eine andere Beurteilung ermöglichen. Die Strafvollzugspolitik hat auch in den Bundesländern, in denen Schritte in Richtung einer stärkeren Einbeziehung Privater bei Bau und Betrieb von Strafanstalten unternommen worden sind (als Pa-

---

<sup>247</sup> Anhand dieser Kriterien können zahlreiche Aufgaben zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durchgeprüft werden, wie es aktuell *Stober* (Fn. 110), 79 ff. (mit zahlr. Nachw.) getan hat.

<sup>248</sup> Ebenso *Stober* (Fn. 110), 121 u. 122.

<sup>249</sup> Ausführlicher *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421 (428); *Burgi*, in: *Stober*, Public-Private-Partnerships (Fn.240), 65 (89 ff.); *Jachmann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 147), Art. 33 Rn. 38; *Mösinger*, BayVBl. 2007, 425; deutlich großzügiger aber *Lange*, DÖV 2001, 898.

<sup>250</sup> Eingehend hierzu *Gusy*, JZ 2006, 651 (657 f.).

radebeispiel kann die hessische JVA Hünfeld gelten)<sup>251</sup>, keine Beleihungsgesetze verabschiedet. Die bislang praktizierten Formen der Einbeziehung Privater konzentrieren sich auf die Dienst- und Serviceleistungen, vielfach ohne unmittelbaren Kontakt zu den Strafgefangenen (Haus- und Versorgungsmanagement, Gesundheitsfürsorge, Betreuungsmanagement etc.) und können der Verwaltungshilfe zugeordnet werden. In detaillierten Vertragswerken ist jeweils festgelegt worden, in welchen Situationen und bei welcher Handlungsintensität die unverändert zahlreich vorhandenen Staatsbediensteten hinzuzuziehen bzw. von vornherein ins Handlungs- und Entscheidungszentrum zu setzen sind. Auf Grund der räumlich-funktionellen Überschaubarkeit der Verhältnisse in der einzelnen Strafvollzugsanstalt kann diesem Konzept (im Unterschied zu anderen Erscheinungsformen der Zusammenarbeit von Staat und Privaten bei der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit; dazu sogleich) die Vereinbarkeit mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben attestiert werden.

Ob diese Konzepte überhaupt eingesetzt bzw. innerhalb des noch verbleibenden äußerst knappen Rahmens weiter ausgebaut werden sollen, ist somit eine politisch zu entscheidende Frage<sup>252</sup>. Dass im Aufgabenfeld des *Maßregelvollzugs*, d.h. bei der Unterbringung und Behandlung psychisch kranker und suchtkranker Straftäter (§§ 63, 64 StGB) bereits Beleihungsgesetze erlassen worden sind<sup>253</sup>, die im Grundsatz auch mit Art. 33 Abs. 4 vereinbar sind<sup>254</sup>, liegt an der deutlich anderen, stärker durch medizinisch-therapeutische Umstände geprägten Aufgabenstellung des Maßregelvollzugs, und mithin einer deutlich schwächeren Prägekraft der bewachenden Tätigkeiten als im Aufgabenfeld des Strafvollzuges.

Wiederum anders gelagert ist das Aufgabenfeld des *Gerichtsvollzieherwesens*, in dem ebenfalls Art. 33 Abs. 4 die wichtigste verfassungsrechtliche Beleihungshürde

---

<sup>251</sup> Vgl. hierzu Meyer, *Bewährungshilfe* 2004, 272 (277 f.); Kirsch, *KrimJournal* 37 (2005), 128 ff.

<sup>252</sup> Diesbezügliche Orientierungen geben Meyer, *Bewährungshilfe* 2004, 272 ff., und Best, in: Feltes/Pfeiffer/Steinhilper, *FS Schwind*, 2006, 3 ff. (unter Einbeziehung der Situation in den USA).

<sup>253</sup> Vgl. etwa § 3 Abs. 1b MVollZG SH v. 19.1.2000, zuletzt geändert durch G. v. 24.9.2004 (GVOBl., 350); der aus Anlass dieses Gesetzes geführte Rechtsstreit vor dem OLG Schleswig, *NJOZ* 2006, 907 (909 f.), führte zu der Feststellung, dass aus Art. 33 Abs. 4 GG nicht „klar und ausnahmslos“ ein Verbot der Privatisierung des Maßregelvollzugs abzuleiten sei.

<sup>254</sup> Ausführlich zuletzt Scherer, in: *FS Frotscher* (Fn. 154), 617 ff.; a. A. Willenbruch/Bischoff, *NJW* 2006, 1776.



bildet<sup>255</sup>. Deutschland gehört bislang zu den ganz wenigen Ländern in Europa, in denen die Gerichtsvollzieher justizeigene Beamte sind. Seit langem werden (auch von den Gerichtsvollziehern selbst) strukturelle Probleme und eine finanzielle Minderausstattung angesichts eines ständig wachsenden Geschäftsanfalls beklagt. Dies hat den Bundesrat dazu veranlasst, am 20.06.2007 den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Gerichtsvollzieherwesens<sup>256</sup> zu verabschieden. Darin ist mit dem Ziel der Verbesserung „der Effizienz der Zwangsvollstreckung“ eine detaillierte Beleihungskodifikation enthalten, mit zahlreichen Bestimmungen über die Bestellung zum Gerichtsvollzieher, die Amtspflichten, die Amtstätigkeit, die Bildung einer Gerichtsvollzieherkammer sowie die Ausübung der Aufsicht. In § 2 des Entwurfes sind detailliert die dem Gerichtsvollzieher obliegenden Aufgaben nebst den ihm hierbei eingeräumten Befugnissen normiert. Die Bundesregierung lehnt den Gesetzentwurf ab, weil das Vorhaben „nach eingehender Prüfung nicht für sachgerecht“ erachtet werde, da „die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen ... eine hoheitliche Aufgabe“ sei, welche auch die Anwendung unmittelbaren Zwangs, d.h. die Anwendung von körperlicher Gewalt, umfasse. An dieser Einschätzung konnte auch der bewusst „zur Vermeidung verfassungsrechtlicher Risiken“<sup>257</sup> zusätzlich verabschiedete Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes<sup>258</sup> nichts ändern. Danach soll im Wege einer Ausnahme zu Art. 33 Abs. 4 „die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen und die Ausübung sonstiger Befugnisse der Gerichtsvollzieher“ durch Beliehene ermöglicht werden (Art. 98a GG n.F.).

In Anknüpfung an die soeben (aa) entwickelten allgemeinen Kriterien kommt es letzten Endes darauf an, inwieweit das Tätigwerden der Gerichtsvollzieher innerhalb des Aufgabenfeldes „Durchsetzung der Rechte Privater“ prägend ist. Mit Blick auf den Gesamtkreislauf der Entstehung privatrechtlicher Ansprüche, ihrer Absicherung in

---

<sup>255</sup> Das durch Art. 92 GG normierte sog. Rechtsprechungsmonopol ist nicht einschlägig, weil den Gerichtsvollziehern nicht die letztverbindliche Streitentscheidung als unabhängige Instanz obliegt, sondern sie vielmehr als Teil der Justizverwaltung anzusehen sind; zur Begriffsbestimmung vgl. nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, Band 3, 2000, Art. 92 Rn. 27.

<sup>256</sup> BR-Drucks. 16/5727. Zur Ausgangslage und den verschiedenen politischen wie ökonomischen Aspekten vgl. *Scholz*, Deutsche Gerichtsvollzieherzeitung (DGVZ) 2003, 97 ff., und zuletzt *Heiser-Neumann*, ZRP 2007, 140.

<sup>257</sup> Explizit *Heiser-Neumann*, ZRP 2007, 141.

<sup>258</sup> BR-Drucks. 149/07.

Verträgen, der Durchführung des Erkenntnisverfahrens vor dem staatlichen Gericht und schließlich der Durchführung des Vollstreckungsverfahrens, in dem auch künftig an zentraler Stelle Richter und Rechtspfleger agieren würden, ist es m.E. richtig, in den von Gerichtsvollziehern ausgeübten Tätigkeiten einen zwar wichtigen, aber das Aufgabenfeld nicht insgesamt prägenden Ausschnitt zu sehen, so dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG mit einer Beleihung der Gerichtsvollzieher nicht in unstatthafter Weise durchbrochen würde. Würde sich die Politik nach endgültiger Bewältigung sämtlicher politischer und finanzieller Aspekte für ein Beleihungssystem entscheiden, sollte daher keine Änderung des Grundgesetzes in Gang gesetzt werden<sup>259</sup>. Dem hinter dem Befugnisvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG stehenden rechtsstaatlich-legitimatorischen Konzept würde mit der Aufnahme einer so deutlich einzelfallbezogenen Ausnahmeklausel eher geschadet als mit der Etablierung des bislang im Entwurf vorliegenden Beleihungskonzepts des Bundesrats, welches nach Inhalt und Umfang der rechtlichen Durchdringung als mustergültig angesehen werden kann.

c) *Schließung von Befugnislücken durch Ausbau der Beleihung, Kodifizierung der Sicherheitspartnerschaft bei gewaltgeneigten Aufgaben und Allgemeines Akkreditierungsgesetz*

aa) *Ausbau der Beleihung.* Zahlreiche Aufgaben der Umweltüberwachung sind ebenso wie viele Kontrollaufgaben bei der Gewährleistung von Sicherheit und Ordnung im öffentlichen Raum oder im Straßenverkehr durch finanz- und personalbedingte Kapazitätsdefizite bei den hierfür zuständigen staatlichen Trägern gekennzeichnet<sup>260</sup>. Teilweise liegen die dort ja vorhandenen Handlungsbefugnisse in einem Maße brach, dass im Einzelfall durchaus an eine Nichterfüllung der u. U. obligatorischen jeweiligen Überwachungs- oder Kontrollaufgabe gedacht werden muß. Die betroffenen Tätigkeiten sind vielfach durch Ablaufroutinen geprägt und implizieren den Einsatz technischer Hilfsmittel nebst Dokumentation bzw. Auswertung und sodann Prüfung am Maßstab von Normen mit vielfach überschaubarer Regelungskomplexität. Oft geht es darum, dass ein Kontrolleur einfach da ist (Verkehr) bzw. dass

---

<sup>259</sup> Zur Vereinbarkeit mit Art. 33 Abs. 4 GG gelangen (nach jeweils ausführlicher Begründung) Scholz, DGVZ 2003, 97 (105 f.); Roth/Karpenstein, ZVE 2004, 444 ff.

<sup>260</sup> Vgl. bereits bei Fn. 215.

einfach eine Nachschau erfolgt (emittierende Anlagen). In der Privatwirtschaft sind in den jeweils in Frage kommenden Branchen zweifelsohne große Potenziale vorhanden bzw. ausbaufähig, konkret bei Sachverständigen, Umweltingenieuren, Sicherheitsdienstleistern<sup>261</sup>. Im Bereich der Umweltüberwachung wäre zudem in erheblichem Umfang eine Finanzierung über Gebühren möglich.

Trotz alledem gibt es in beiden Aufgabenfeldern, insbesondere bei den Sicherheitsaufgaben, immer noch relativ wenige, meist zufällig entstandene Beleihungstatbestände. So sieht beispielsweise das UzwGBw die Beleihung bei der Bewachung von Kasernen vor, während es bei der Bewachung von Botschafts- oder Regierungsgebäuden an entsprechenden Bestimmungen fehlt. Vieles geschieht unter der Überschrift „Verwaltungshilfe“, die als Option oftmals überreizt wird. Sie stößt jedenfalls in zwei wichtigen Konstellationen an Grenzen: Erstens, wenn eben doch der Einsatz von Gewaltmitteln notwendig wird und die Jedermannvorschriften nicht taugen (die z. B. keine Befugnisse zur Identitätsfeststellung oder zum Betreten von Grundstücken vermitteln)<sup>262</sup>; es kommt dann entweder zu einer rechtswidrigen Befugnisanmaßung oder die Aufgabenerfüllung bleibt ohne Erfolg. Zweitens, wenn die für die funktionale Privatisierung kennzeichnende Abspaltung von Teilbeiträgen nicht möglich, sondern ein Tätigwerden aus einer Hand notwendig ist, wie etwa im Anwendungsbereich der Zuständigkeitsvorschriften zur Verfolgung von Verkehrsordnungswidrigkeiten<sup>263</sup>.

Die Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit bilden überhaupt eine rechtsstaatlich fundierte, ebenfalls befugnisbezogene Privatisierungsgrenze<sup>264</sup>. Ihnen darf freilich nicht durchgehend eine Pflicht zur vollständigen Aufgabenwahrnehmung entnommen werden, erst recht nicht mit der Konsequenz, stets die Zurechnung des Tätigwerdens Privater als kompetenzwahrender Teil der staatlichen Verwaltungsorgani-

---

<sup>261</sup> Ähnliche Einschätzung bei *Pitschas*, DÖV 2004, 231 (232 f.); *Storr*, DÖV 2005, 101 (102 f.); Zahlenangaben bei *Rixen*, DVBl. 2007, 221 (223).

<sup>262</sup> Vgl. *Gramm*, VerwArch 90 (1999), 329 (347 f.); *Möstl* (Fn. 230), 361.

<sup>263</sup> Vgl. § 35 OWiG; AG Tiergarten, NStZ-RR 1996, 277; KG, NZV 1997, 48; BayObLG, NZV 1997, 486 (ruhender Verkehr); OLG Frankfurt a.M., NJW 1995, 2570; BayObLG, DÖV 1997, 601; NJW 1999, 2200 (fließender Verkehr); vgl. ferner *Steiner*, DAR 1996, 274; *Mackeben* (Fn. 230), 233. Ein weiteres Beispiel bildet die vom OVG NRW, NJW 1998, 1809, für nicht abspaltungsfähig erklärte Bearbeitung von Beihilfeanträgen.

<sup>264</sup> Vgl. *Heintzen*, VVDStRL 62 (2002), 252; weiterführend zu Bedeutung und Reichweite des „Amtes“ *Deppenheuer*, in: HdbStR III (Fn. 75), § 36 Rn. 26 f.

sation zu fordern, mit anderen Worten, diese Privaten in die Ausübung des „Amtes“ einzubeziehen<sup>265</sup>. Normalerweise ist der Zuschreibung einer sachlichen Zuständigkeit an eine bestimmte Behörde auch dann noch entsprochen, wenn diese sich von Privaten zuarbeiten lässt, sofern sie nur selbst ein hinreichendes Maß an Sach- und Verfahrensherrschaft behält, und ihr mithin die abschließend getroffene Entscheidung noch als eigene zugerechnet werden kann<sup>266</sup>. Dies zu bewerkstelligen ist wiederum ein Auftrag für das Privatisierungsfolgenrecht. Bereits auf der Ebene der Privatisierungsgrenzen erscheint aber die Diagnose, dass die Gefahr von Befugnislücken in erheblichem Ausmaß und mit wachsender Tendenz besteht, nicht unberechtigt.

Mit einem jeweils aufgabengerecht dosierten Ausbau von Beleihungstatbeständen, also auf der Ebene des Fach-Privatisierungsrechts, könnten diese Lücken reduziert werden. Dass dies unter bestimmten Voraussetzungen mit Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar (bzw. unvereinbar, so im Strafvollzug) wäre, wurde soeben (b) festgestellt. Ein „allgemeines“, d. h. fachübergreifendes Beleihungsgesetz“ wäre hingegen schon aus kompetenziellen Gründen schwierig und wegen der einheitlichen Anknüpfung der Verwaltungsverfahrensgesetze an das Handeln der „Behörde“ Beliehener auch nicht erforderlich<sup>267</sup>. Den geeigneten Ort für die Schaffung von Beleihungstatbeständen würde das jeweilige Aufgaben-, Befugnis- und Zuständigkeitsgesetz bilden, etwa das Landes-Ausführungsgesetz zu dem künftig die „Überwachung“ nach erteilter „integrierter Vorhabengenehmigung“ regelnden „Umweltgesetzbuch (UGB) – Erstes Buch“<sup>268</sup> oder das für Kontrollmaßnahmen im öffentlichen Raum einschlägige Landes-Ordnungsbehörden- bzw. Polizeigesetz.

*bb) Kodifizierung der Sicherheitspartnerschaft bei gewaltengeneigten Aufgaben.* Bei den durchgehend als gewaltgeneigt einzustufenden Sicherheitsaufgaben und im

---

<sup>265</sup> So aber in letzter Konsequenz *Remmert* (Fn. 29), 181 ff., 199 ff.; wie hier *Scherzberg*, NVwZ 2006, 384.

<sup>266</sup> Ebenso *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (175); *Heintzen*, VVDStRL 62 (2002), 253; *Scherzberg*, NVwZ 2006, 384.

<sup>267</sup> Ebenso *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 542.

<sup>268</sup> Dort fehlt leider eine diesbezügliche, zumindest die Option andeutende Beleihungsgrundlage im Kapitel 2 Abschnitt 7 (Stand des Referentenentwurfs v. 19.11.2007). Im Anwendungsbereich des Art. 84 GG hat das „Land“ dafür Sorge zu tragen, dass es trotz Beleihung den Vollzug der Bundesgesetze sicherstellen kann, worauf *Lindner*, NVwZ 2005, 907, aufmerksam gemacht hat.

Strafvollzug wird gegenwärtig der Großteil der Zusammenarbeit mit privaten Sicherheitsdienstleistern über die Option der Verwaltungshilfe abgewickelt. Das ist umso problematischer, je enger die Privaten mit der gänzlich anders ausgestatteten Polizei zusammenarbeiten sollen, etwa bei gemeinsamen Streifengängen. Wer genau nun über welche Befugnisse verfügt, dürfte oftmals weder den Beteiligten noch den betroffenen Dritten klar sein<sup>269</sup>; Befugnismaßnahmen, und mithin die eingangs (B IV 2) beschriebenen Gefahren gerade aus dem Zusammenwirken von Staat und Privaten, liegen fast schon auf der Hand. Hinzu kommen in allen Fällen die bereits geschilderten Rechtsunsicherheiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der Jedermannvorschriften und hinsichtlich der Abgrenzung zwischen Verwaltungshilfe und de facto-Beleihung<sup>270</sup>. Anders als bei der Beleihung fehlt es jedenfalls an einem Ermächtigungsgesetz, das VwVfG greift nicht ein und die gewerberechtlichen Vorschriften um § 34a GewO<sup>271</sup> betreffen allein die wirtschaftsüberwachungsrechtliche Seite und gelten unabhängig davon, ob ein privater Sicherheitsdienstleister im staatlichen Auftrag oder im Auftrag privater Schutzbedürftiger handelt. Knapp resümiert dürften diese Gründe ausschlaggebend dafür sein, dass die Sicherheitspartnerschaften bis heute keine breite politische Anerkennungsbasis gefunden haben; vielfach wird pejorativ von „Schwarzen Sheriffs“ und nicht von „Partnern“ gesprochen.

In dieser Situation werden vermehrt Forderungen nach einer die Privatisierungsoptionen Beleihung und Verwaltungshilfe umschließenden Kodifikation eines „Sicherheitspartnerschaftsgesetzes“ bzw. eines „Polizeikooperationsgesetzes“<sup>272</sup> laut. Ihnen zu folgen besteht aus rechtlicher Sicht, und zwar im Interesse einer Reduzierung der Gefahr von Befugnislücken, Anlass. Dabei sollte allerdings die Abgrenzung zur Beleihung nicht eingeebnet<sup>273</sup>, sondern deutlich konturiert werden, und zwar dadurch, dass als Grundlage des Einsatzes von Gewaltmitteln bei der Verwaltungshilfe unver-

---

<sup>269</sup> Rixen, DVBl. 2007, 226 f., spricht von Konfusionsgefahren „im lotteriehaften Wechselspiel“ der unterschiedlichen Befugnisquellen.

<sup>270</sup> Dies hebt auch Gusy, VerwArch 92 (2001), 344 (356), hervor.

<sup>271</sup> Eingehend hierzu Schönleiter, in: Stober/Olschok (Fn. 227), E I.

<sup>272</sup> Pitschas, in: ders./Stolzlechner, Auf dem Weg in einen „neuen Rechtsstaat“, 2004, 17 (20). Dieser Begriff ist m.E. zu sehr auf die Zusammenarbeit mit nur einem Teil der staatlichen Sicherheitsbehörden fixiert.

<sup>273</sup> Wie in dem von Stober (Fn. 110), 205 f., vorgelegten Entwurf, der beide Optionen einfach nebeneinander stellt.

ändert (lediglich) die Jedermannvorschriften fungieren. Die Schaffung eigenständiger Gewaltbefugnisse für Verwaltungshelfer würde deren Handeln letztlich publizieren<sup>274</sup> und dem in allen Privatisierungskontexten so wichtigen Anliegen der Transparenz (vgl. noch E II 3) und Rollenklarheit schaden.

Hinsichtlich der Verwaltungshilfe wird daher kein Ausbau der Befugnisse vorgeschlagen, aber auch nicht deren Einschränkung durch ein Erforderlichkeitsgebot<sup>275</sup>, weil sich die Pflicht zur Beachtung des „Grundsatzes der Erforderlichkeit“ bei der Durchführung von Bewachungsaufgaben gegenüber Dritten bereits aus § 34a Abs. 5 Satz 2 GewO (der damit über seinen wirtschaftsrechtlichen Rahmen hinausweist) ergibt. Was geboten erscheint, ist die gesetzgeberische Anerkennung des Umstandes der Zusammenarbeit staatlicher bzw. kommunaler Träger mit den privaten Sicherheitsdienstleistern, sprich, die Ausgestaltung der „Schnittstelle“<sup>276</sup>. Primärer Adressat wären die Polizei-, Ordnungs- und Strafvollzugsbehörden sowie die Einrichtungsträger, d. h. diejenigen staatlichen Einheiten, die bei gewaltgeneigten Aufgaben mit privaten Sicherheitsdienstleistern zusammenarbeiten wollen. Der richtige Standort für solche Regelungen wäre dasjenige Fachgesetz, das den Handlungsrahmen für die jeweils betroffenen staatliche Einheit enthält (z. B. das Landespolizeigesetz, das Hafensicherheitsgesetz etc.)<sup>277</sup>. Inhaltlich wären die zu übertragenden Teilbeiträge (nochmals: ohne zusätzliche Befugnisse) und sodann vor allem das Verhältnis zu dem bei E IV vorgeschlagenen jeweiligen Allgemeinen PPP-Gesetz unter Einschluss insbesondere der wechselseitigen Informationspflichten zu regeln. Mit solchen Bestimmungen über die Verwaltungshilfe bei den besonders heiklen gewaltgeneigten Aufgaben würden Rechtssicherheit und Rechtsstaatlichkeit erhöht und ein wichtiger Beitrag zur Steigerung der politischen Akzeptanz geleistet. Sie könnten je nach vorhandenem politischen Willen mit einem Ausbau der Beleihungsoption innerhalb des gleichen Gesetzes räumlich (nicht sachlich) verbunden werden.

---

<sup>274</sup> Ähnlich *Möstl* (Fn. 230), 311 f.; unklar in diesem m.E. zentralen Punkt sowohl *Stober*, aaO, 205 ff., als auch *Rixen*, DVBl. 2007, 230.

<sup>275</sup> In den Jedermannvorschriften findet es sich jedenfalls nicht (zuletzt *Mösinger*, BayVBl. 2007, 417 [421 f.]).

<sup>276</sup> Trefflich *Rixen*, DVBl. 2007, 229 f.

<sup>277</sup> Weiterführend zu den kompetenziellen Aspekten *Stober* (Fn. 110), 135 f.; *Rixen*, DVBl. 2007, 230.

cc) *Allgemeines Akkreditierungsgesetz*. Infolge der oben<sup>278</sup> beschriebenen Gegebenheiten besteht die Gemeinsamkeit von Akkreditierung und Beleihung darin, dass einem Privaten auf fachgesetzlicher Grundlage (in Gestalt des jeweiligen Akkreditierungsgesetzes) die Befugnis zum eigenständigen Treffen von Entscheidungen anhand von Rechtsnormen<sup>279</sup> eröffnet wird, freilich ohne Zuordnung dieser Entscheidungen zum Regime des Öffentlichen Rechts (weswegen Art. 33 Abs. 4 GG nicht eingreift). In der Befugnis zum eigenständigen Bewerten der Normkonformität und zum Treffen relevanter Entscheidungen unter einer kaum sichtbaren und nur ausnahmsweise aktualisierten behördlichen Begleitung liegt zugleich ein wichtiger Unterschied gegenüber der Verwaltungshilfe. Dieser Unterschied und die Gemeinsamkeit mit der Beleihung, bei der ja die Folgeaspekte zu einem erheblichen Teil durch das VwVfG geregelt sind, rechtfertigt m. E. die Forderung<sup>280</sup> nach einem allgemeinen, d. h. fachübergreifend wirkenden Gesetz zur Anerkennung jener neuartigen Überwachungsstruktur. Neben der breiteren Anerkennung und damit der Stimulierung einer Ausweitung der Überwachungsstruktur auf zusätzliche Überwachungsfelder (v. a. im Dienstleistungsbereich) zielt diese Forderung auf eine verbesserte Transparenz und auf die Bekämpfung der Gefahr einer rechtsstaatlich nicht domestizierten Ausstattung Privater mit verwaltungsähnlichen Entscheidungsbefugnissen. Zudem würde das Berufsbild der Zertifizierungsstellen und der involvierten Sachverständigen konkretisiert und gegen bloße Anmaßungen geschützt<sup>281</sup>.

Der Erlass eines Allgemeinen Akkreditierungsgesetzes könnte kompetenziell auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG gestützt werden<sup>282</sup> und sollte von Beginn an jedenfalls die Akkreditierungsstrukturen in den Feldern der Produktsicherheit umfassen (nach dem Vorbild des in Österreich schon seit langem bestehenden „Akkreditierungsgesetzes“<sup>283</sup>). Obgleich die meisten nationalen Fach-Akkreditierungsregelungen auf einer Vorgabe im jeweiligen europäischen Fachkontext beruhen, ist die Option der Akkre-

---

<sup>278</sup> C II 4 b.

<sup>279</sup> In Anlehnung an die Formulierung von *Remmert*, JZ 2005, 55 (betr. Art. 33 Abs. 4 GG); hieran anknüpfend *Scherzberg*, NVwZ 2006, 384.

<sup>280</sup> Vgl. die Nachw. bei C II 4 b.

<sup>281</sup> Vgl. *Scherzberg*, NVwZ 2006, 385; *Bleutge*, GewArch 2007, 190.

<sup>282</sup> Ebenso *Pünder*, ZHR 170 (2006), 567 (597); ausführlich zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes *Röhl* (Fn. 160), 213 ff.

<sup>283</sup> Systematisch bewertet bei *Röhl* (Fn. 160), 306 ff.

ditierung als solche eben auch ein Instrument der allgemeinen europäischen Wirtschaftspolitik („new approach“; C II 4 b), was sich auf der nationalen Ebene auch in einem bundesweit geltenden Allgemeinen Wirtschafts-Gesetz niederschlagen können muss. Inhaltlich ginge es um eine Rahmenregelung mit Begriffsbestimmungen und Aussagen zur Struktur des Zusammenwirkens von staatlichen Stellen und privaten Zertifizierungsstellen sowie zu deren (privatrechtlich fundierten) Verhältnis zu den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern, jeweils mit Verfahrensregeln – kurz: um die zentrale Elemente des Privatisierungsfolgenrechts. In Fachgesetzen auf Bundes- bzw. (je nach Kompetenz) Landesebene könnte dann hieran angeknüpft und den Fachspezifika sowie etwaigen sektoralen europarechtlichen Vorgaben entsprochen werden.

### **3. Organisationsformbezogene Grenzen im Bereich der Bundesverwaltung**

Art. 87 ff. GG sind nach allgemeiner Meinung mehr als reine Kompetenznormen, d.h. sie betreffen nicht lediglich die Verteilung der Verwaltungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern, sondern sie können auch organisationsrechtliche Gehalte besitzen<sup>284</sup>. Wenn das GG in einer der Zuordnungsnormen (zum Bereich der Bundesverwaltung) der Art. 87 ff. GG den Organisationstyp „bundeseigene Verwaltung“ mit einem bestimmten Gegenstand (z.B. den Aufgaben „der unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte“ in Art. 87b Abs. 1 Satz 2 GG) verbindet, legt es fest, dass diejenigen Aufgaben, die für die jeweilige Materie typusprägend sind, in einer Weise verwaltet werden müssen, die der allgemein anerkannten Beschreibung der „bundeseigenen Verwaltung“ entspricht, wohingegen neuere Aufgaben, aber auch bisherige Aufgaben, die nicht (mehr) als typusprägend anzusehen sind, unter bestimmten Voraussetzungen auch unter Verwendung anderer Organisationsformen verwaltet werden können. Diese Erkenntnisse haben sich im Zuge der umfangreichen Vorbereitung und Aufarbeitung der Reformen bei Bahn und Post herausgebildet, zusammen mit der Einschätzung, dass angesichts des auch hier anzuerkennenden Rahmencharakters des Grundgesetzes keine zu weitreichenden Schlussfolge-

---

<sup>284</sup> Grundlegend *Pestalozza*, *Der Staat* 11 (1972), 161 (183 f.); ferner *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Stand: 1989, Art. 86 Rn. 2, 10; *Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, 448 ff.; zur Irrelevanz gegenüber der Aufgaben- und der funktionalen Privatisierung vgl. *Burgi*, *Privatisierung* (Fn. 19), 218 f.; *Krebs*, in: *HdbStR V* (Fn. 91), § 108 Rn. 69.



rungen gezogen werden dürfen. Das meint auch das BVerfG, wenn es insoweit von einem „weiten organisationsrechtlichen Gestaltungsbereich“ zugunsten der zuständigen Organe spricht<sup>285</sup>.

Im Laufe der Zeit haben sich drei Prüfungsfaktoren herauskristallisiert: Erstens, das Bestehen eines sachlichen Grundes, zweitens, die Qualifizierung der betroffenen Aufgaben als abgrenzbare, eben nicht typusprägende Teilaufgaben innerhalb des betroffenen Verwaltungsbereiches sowie drittens, die fortdauernde Anbindung an den Staat. Das letzte Erfordernis ergibt sich schon daraus, dass anderenfalls nicht mehr von einem Getragensein durch den „Bund“ die Rede sein kann<sup>286</sup>. Unter diesen Voraussetzungen kann der Einsatz von Eigengesellschaften, von gemischtwirtschaftlichen Organisationseinheiten (institutionalisierte PPP) sowie von Beliehenen gerechtfertigt sein<sup>287</sup>. Die bislang realisierten Privatisierungsprojekte im Feld der „*Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte*“ i.S.v. Art. 87b Abs. 1 S. 2 GG dürften diesen Maßstäben noch entsprechen, wobei die jedenfalls unüberwindbare Schwelle der für die militärischen Logistik unmittelbar relevanten Aufgaben allerdings immer näher rückt<sup>288</sup>. Einen Sonderfall innerhalb der von Art. 87 ff. GG erfassten Aufgabenfelder stellen die Aufgaben der *Flugsicherung* dar, weil Art. 87d Abs. 1 Satz 1, wonach die Luftverkehrsverwaltung „in bundeseigener Verwaltung geführt“ wird, im Jahr 1993 um die Formulierung ergänzt worden ist: „Über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform wird durch Bundesgesetz entschieden“. Seither ist umstritten, ob jede über den Einsatz von Eigengesellschaften hinausgehende Option, d.h. namentlich die mit einer teilweisen Vermögensprivatisierung einhergehende Zuweisung an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen (institutionalisierte PPP) oder gar die

---

<sup>285</sup> BVerfGE 63, 1 (34, 40 f.); BVerfGE 97, 198 (217). Vgl. im näheren *Burgi*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Fn. 147), Art. 86 Rn. 23 f., Art. 87 Rn. 21 f., und aus jener Diskussion *Schmidt-Aßmann/Fromm*, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, 116 ff.

<sup>286</sup> Vgl. zu diesem Prüfungsraster *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG (Fn. 41), Art. 87 Abs. 2; weiterführend *Traumann*, Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, 1998, 293 ff.

<sup>287</sup> Explizit zu deren Statthaftigkeit hinsichtlich einer Teilaufgabe im Aufgabenfeld des Schifffahrtswesen BVerwG, VerwRSpr 28 (1997), 214; ferner *Kämmerer* (Fn. 30), 208 f.

<sup>288</sup> Zu den Einzelheiten vgl. *Gramm*, DVBl. 2003, 1366 (1370 f.); *Durner*, VerwArch 96 (2005), 18 (34 ff.).

vollständige Vermögensprivatisierung (jeweils nebst zur Ermöglichung von Zwangsbefugnissen erforderlicher Beleihung) ausgeschlossen, oder ob einzelne oder sogar alle der genannten Optionen unter bestimmten Voraussetzungen möglich sind<sup>289</sup>. Unterstellt, das politische Ziel einer Vermögensprivatisierung zwecks Entstehung einer institutionalisierten PPP oder sogar einer Gesellschaft, die mehrheitlich nicht mehr vom Staat beherrscht wird, soll auch nach der Entscheidung des Bundespräsidenten Ende 2006<sup>290</sup> verfolgt werden, wird jedes konkret entwickelte Modell sich einer eingehenden Prüfung dahingehend unterziehen müssen, ob die durch die Zuordnung zur „bundeseigenen Verwaltung“ notwendigen Ingerenzrechte des Bundes konkret gegeben sind. Der Grund hierfür liegt letzten Endes in der terminologisch wie systematisch verunglückten Verfassungsänderung des Jahres 1993, mit ihrer unveränderten Beibehaltung der Zuordnung zur „bundeseigenen Verwaltung“ bei gleichzeitiger expliziter Ermöglichung des Einsatzes der privatrechtlichen Organisationsform und damit (infolge der Zwischenschaltung einer eigenständigen juristischen Person) eines Sondertyps der mittelbaren Bundesverwaltung<sup>291</sup>. An dieser Stelle erscheint daher (bei fortbestehendem politischen Reformwillen) eine Verfassungsänderung indiziert<sup>292</sup>. Zur Vermeidung erneuter Auslegungsschwierigkeiten, die weitere Verfassungsänderungen nach sich ziehen könnten, sollte eine Regelung getroffen werden, die dem Charakter des Grundgesetzes als Rahmenordnung entspricht, keine neuen Organisationstypen einführt und schließlich dem Umstand Rechnung trägt, dass die Aufgaben der Flugsicherung (bei aller Bedeutung) sachlich doch weniger komplex sind als die in Art. 87e und 87f jeweils sehr ausführlich geregelten Aufgaben des Bahn- und Kommunikationswesens. Ausreichend wäre mithin der Austausch des Merkmals „in bundeseigener Verwaltung“ in Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG durch das

---

<sup>289</sup> Vgl. *Baumann*, DVBl. 2006, 332; *Tams*, NVwZ 2006, 1226; *Droege*, DÖV 2006, 861 f.; *Giemulla*, DVBl. 2007, 719 (20); im erstgenannten Sinne *Hermes*, in: *Dreier*, GG (Fn. 236), Art. 87d Rn. 23.

<sup>290</sup> Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drucks. 16/3262, 1; vgl. ferner das für den Bundespräsidenten erstattete Gutachten von *Schoch*, DV, Beiheft 6, 2006.

<sup>291</sup> Trefflich analysiert durch *Lerche*, in: *Kirchhof u.a.*, FS Klein, 1994, 527 (537).

<sup>292</sup> Eine ausführliche Untersuchung der verschiedenen Optionen im Hinblick auf die verschiedenen Flugsicherungsdienste bei *Wieland*, Zur zukünftigen Ausgestaltung der Flugsicherung in Deutschland, Gutachten im Auftrag der DFS Deutsche Flugsicherung GmbH, Februar 2007.

Merkmal „Bundesverwaltung“<sup>293</sup>. Dies würde eine Beschränkung des Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG auf den föderalen und aufgabenbezogenen Gehalt einer Kompetenzvorschrift bedeuten.

## II. Maßstäbe des europäischen Rechts

### 1. Der gegenwärtige Problemhorizont

Nachdem die großen Liberalisierungswellen qua europäischer Richtlinienggebung in den Feldern Telekommunikation, Post und Energie nebst den durch sie ausgelösten institutionalisierten PPP (z. B. gemischtwirtschaftliche Stadtwerke-AG) bzw. Aufgaben- und Vermögensprivatisierungen (z. B. Telekom AG) in die geordneten Bahnen des Regulierungsrechts gelenkt worden sind<sup>294</sup>, hat die Privatisierungsrelevanz des Europarechts an Konkretheit und Tiefendimension verloren. Dafür ist es in den Aufgabenfeldern von Versorgung, Entsorgung und Infrastruktur (dort in so unterschiedlichen Bereichen wie Fernstraßenbau und IT) über die subtilen Mechanismen des Beihilfe- und des Vergaberechts umso breitenwirksamer, was näherer Beschäftigung bedarf. Dass das Akkreditierungswesen zu einem erheblichen Teil aus europäischen Quellen gespeist wird, wurde bereits festgestellt<sup>295</sup>.

Die seit mehreren Jahren in Praxis und Schrifttum weitaus am intensivsten erörterten Privatisierungsprobleme lauten: Muss allein dadurch, das eine Zusammenarbeit mit einem anderen Verwaltungsträger oder mit einem zu 100 % eigenen Unternehmen – (also kein Zusammenwirken mit Privaten) intendiert ist, europaweit ausgeschlossen und die betroffene Dienstleistung bei Erfolg eines privaten Bieters im Vergabeverfahren somit zwangsprivatisiert werden? Diese Frage betrifft in erster Linie die interkommunale Zusammenarbeit, wird aber mittlerweile auch im Hinblick auf die horizontale (Land/Land) oder vertikale (Bund/Land) Kooperation im Bundesstaat disku-

---

<sup>293</sup> Ebenso *Windthorst*, in: Sachs, GG (Fn. 221), Art. 87d Rn. 33.

<sup>294</sup> Zum Privatisierungsdruck qua Gemeinschaftsrecht vgl. *Schmidt*, DV 28 (1995), 281 (291 ff.); *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, 309 ff.; *Weiß*, AöR 128 (2003), 91.

<sup>295</sup> C II 4 b.

tiert<sup>296</sup>. Das Europarecht zielt hier auf das Ob der Privatisierung. In einer Reihe weiterer Konstellationen, in denen der Entschluss zur Privatisierung autonom gefasst worden ist, determiniert es die Auswahl unter den verschiedenen Privatisierungsoptionen: Kann nach einer Aufgabenprivatisierung dem im öffentlichen Interesse tätigen privatwirtschaftlichen Unternehmen eine finanzielle Unterstützung gewährt werden? Ist die Beleihung vergaberechtspflichtig, obwohl der Beliehene als staatliche Behörde agieren soll? Wie steht es mit der Partnerwahl bei der institutionalisierten PPP und bei der Dienstleistungskonzession? Dass dort jeweils der siegreiche Bieter als Zwangs-Partner aufgedrängt würde, könnte den Impuls, überhaupt eine Privatisierung ins Auge zu fassen, deutlich abschwächen. Gänzlich rechtssicher erscheinen nur die Eigenwahrnehmung durch nichtrechtsfähige Untereinheiten und natürlich die Optionen Verwaltungshilfe sowie vertragsbasierte PPP. Sie sind umstandslos den Regeln der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR) 2004/18<sup>297</sup> (umgesetzt in den § 97 ff. GWB und der VergabeVO<sup>298</sup>) unterworfen.

## 2. Das primärrechtliche Konzept

Der EG-Vertrag statuiert keinen Privatisierungszwang, sondern er überläßt es den Mitgliedstaaten, den Verlauf der Trennlinie zwischen Staat und Wirtschaft festzulegen (vgl. Art. 295), ebenso die Entscheidung für eine wirtschaftliche Betätigung nebst dem Einsatz öffentlicher Unternehmen<sup>299</sup>. Infolge der Verpflichtung auf den „Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. 4 Abs. 1) und einer stärker funktions- denn trägerbezogenen Sichtweise reglementiert das Gemeinschaftsrecht die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ (Art. 16)<sup>300</sup>

---

<sup>296</sup> Ausweislich des Fragenkatalogs für die Sachverständigenanhörung im Rahmen der Föderalismusreform II (Fn. 202), Fragen 287 ff., 309 ff.; zu den Formen der interkommunalen Zusammenarbeit vgl. *Burgi*, Kommunalrecht, 2006, § 18.

<sup>297</sup> Fn. 117.

<sup>298</sup> I.d.F.d.B.v. 11.2.2003 (BGBl. I, 169), zuletzt geändert durch VO v. 23.10.2006 (BGBl. I, 2334).

<sup>299</sup> Bündig: *Gundel*, in: MüKo, Europ. u. Dt. Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), Band 1, 2007, Art. 86 Rn. 2.

<sup>300</sup> Instruktive Beschreibungen des Gesamtkontexts u.a. bei *Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001, und *dems.*, Europäisches Wirtschaftsrecht, 2007, Rn. 207 ff.; *Burgi*, VerwArch 93 (2002), 255; *Pielow*, JuS 2006, 692, 780; an der funktionsbezogenen

aber in dem Augenblick, in dem ein staatlicher oder kommunaler Träger sie (nicht) mehr eigenhändig erbringen will, sondern ein Unternehmen hiermit beauftragen oder hierbei finanziell unterstützen will. Dieser Rollenbeschreibung als Besteller bzw. Mitfinanzierer hat die Kommission in verschiedenen Papieren immer schärfere Konturen verliehen<sup>301</sup> und sie impliziert eine Abschichtung von politischer Zieldefinition und marktmäßiger Leistungserbringung. Als normative Basis fungiert Art. 86 Abs. 1 EG, wonach die Mitgliedstaaten „in Bezug“ auf die mit solchen Dienstleistungen betrauten öffentlichen oder privatwirtschaftlichen Unternehmen keine Maßnahmen treffen dürfen, die gegen die Grundfreiheits- oder die Wettbewerbsbestimmungen verstoßen. Eine Ausnahme ist nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 86 Abs. 2 GG möglich<sup>302</sup>.

Die Verweisungsnorm des Art. 86 Abs. 1 EG führt zu den Grundfreiheiten, die insbesondere die kompetenzielle Basis der VKR bilden<sup>303</sup>, sofern nicht die Ausnahme zugunsten von „Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt“ nach Art. 45 EG eingreift oder in die Kompetenz der Mitgliedstaaten für ihre Staatsorganisation übergegriffen wird. Das europäische Vergaberecht bildet den zentralen europäischen Maßstab für Privatisierungsentscheidungen, was sich nicht zuletzt daran zeigt, dass sich die Kommission in ihrem ÖPP-Grünbuch nebst Mitteilung<sup>304</sup> allein hiermit auseinandersetzt. Daneben kann teilweise das Beihilferecht (ausgehend von Art. 87 u. 88 EG)

Sichtweise hat sich auch durch den am 13.12.2007 unterzeichneten Vertrag von Lissabon (vgl. noch bei Fn. 325) nichts geändert.

<sup>301</sup> Vgl. Grünbuch (Fn. 108), Rn. 22, 77 ff.; Weißbuch (Fn. 108), Ziffer 4.2. und 4.3; zuletzt Mitteilung v. 20.11.2007, KOM (2007) 725 endg. zu „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement“, Ziffer 2.2; vgl. auch EuGH, Rs. C-66/76, Slg. 1989, 803 Rn. 54 ff.; *Eifert*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 19 Rn. 160. Zur dadurch bewirkten funktionalen Vergleichbarkeit von Vergabe- und Beihilferecht ausführlich *Bultmann*, Beihilferecht und Vergaberecht, 2004.

<sup>302</sup> Zu dessen Bedeutung bei der Rechtfertigung von Beihilfen vgl. *Frenz*, Handbuch Europarecht, Band 3: Beihilfe- und Vergaberecht, 2007, Rn. 476 ff.; *Gundel* (Fn. 299), Art. 86 Rn. 141 ff.; Commission Staff Working Document v. 20.11.2007, SEC (2007), 1516.

<sup>303</sup> Vgl. Erwägungsgrund 2 der VKR (Fn. 117); EuGH, Rs. C-199/85, Slg. 1987, 1039 (1058), Rnr. 12.

<sup>304</sup> Fn. 70.

privatisierungsrelevant sein<sup>305</sup>, und zwar in zweifacher, jeweils mittelbarer Weise<sup>306</sup>: Einmal, indem es Unterstützungsleistungen an eigene Unternehmen rechtfertigungspflichtig macht und dadurch die Fortsetzung der Eigenwahrnehmung u. U. in Frage stellt<sup>307</sup>, und sodann dadurch, dass die finanzielle Unterstützung von Unternehmen, die nach einer Aufgabenprivatisierung gemeinwohlbezogene Dienstleistungen erbringen, nach den im „Altmark Trans“ Urteil entwickelten Grundsätzen<sup>308</sup> nur dann nicht als Beihilfe anzusehen ist (sog. Tatbestandslösung), wenn die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen und die Parameter für den finanziellen Ausgleich klar und transparent definiert sind, die Ausgleichszahlung der Höhe nach erforderlich ist und dies entweder in einem vergabeähnlichen Verfahren oder per Vergleichsberechnung festgestellt worden ist. Betroffen hiervon sind mithin nicht die eigentlichen Privatisierungsentscheidungen, sondern bestimmte finanzielle Modalitäten.

### 3. Interpretationsstand zur Vergaberechtspflichtigkeit von Privatisierungen

Ausgehend von dem normativen Befund, dass „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen“, mithin zwischen zwei verschiedenen

---

<sup>305</sup> Lediglich hingewiesen sei auf die auf Vereinbarungen und Absprachen zielenden Wettbewerbsregeln der Art. 81 und 82 EG, welche jedenfalls nicht unmittelbar privatisierungsrelevant sind.

<sup>306</sup> Sieht man ab von der rein vermögensbezogenen Wirkung, dass das Beihilferecht die Veräußerung von Vermögensanteilen bzw. Grundstücken ohne marktübliche Gegenleistung reglementieren bzw. verhindern will (zum ähnlichen Anliegen einzelner Bestimmungen des nationalen Haushaltsrechts bei Fn. 91). Die diesbezüglichen (beachtlichen) Anforderungen aus Mitteilungen bzw. Leitlinien der Kommission sind dokumentiert und bewertet bei *Frenz* (Fn. 302), Rn. 269 ff., 288 ff.; zuletzt *Kristoferitsch*, *EuZW* 2006, 428; *Jaeger*, *EuZW* 2007, 499; *Prieß/Gabriel*, *NZBau* 2007, 617. Zu der davon zu unterscheidenden Problematik, dass sich eine Vermögensveräußerung mit einem Vergabevorgang verbinden kann, vgl. sogleich 3.

<sup>307</sup> Vgl. *Ehlers*, 64. DJT (Fn. 18), 50 f. Dies kann so weit gehen, dass die Beihilfe nur gegen die Verpflichtung, sich von dem eigenen Unternehmen zu trennen, genehmigt wird, wie im Falle der Umstrukturierungsbeihilfe zugunsten der Bankgesellschaft Berlin (geschildert bei *Soltész/Bielez*, *EuZW* 2004, 391).

<sup>308</sup> *EuGH*, Rs. C-280/00, Slg. 2003, I-7747; näher erläutert bei *Dörr*, *NZBau* 2005, 619; *Frenz* (Fn. 302), Rn. 423 ff.; *Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 22), Art. 87 Rn. 12 ff., sowie zur Entwicklung dieser Rechtsprechungslinie *Schwarze* (Fn. 300), Rn. 233 f. Durch das sog. Altmark-Paket v. 28.11.2005 (ABl. L 312, 67; ABl. C 297, 4) hat die Kommission die hier geltenden Regeln vereinfacht und präzisiert.

Rechtsträgern, vergaberechtpflichtig sind<sup>309</sup>, hat sich durch eine Reihe (naturgemäß einzelfallbezogener) Entscheidungen des EuGH, teilweise auch im Dialog mit deutschen Gerichten, ein Gesamtbild entwickelt, innerhalb dessen sich freilich abschließende mit offenen Aussagen mischen<sup>310</sup>. Gleichsam als Rahmen fungiert seit dem Auftakt-Urteil „Teckal“<sup>311</sup> die im Hinblick auf Verträge mit eigenen Unternehmen getroffene Feststellung, dass die Nicht-Anwendung des Vergaberechts (die Annahme der sog. Inhouse-Ausnahme) voraussetze, dass der Verwaltungsträger über das Unternehmen „eine Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen“ und dieses überdies seine Tätigkeit „im Wesentlichen für“ jenen Verwaltungsträger ausübt.

Im Hinblick auf diese beiden Merkmale kann mittlerweile als gefestigt gelten, dass jede private Minderheitsbeteiligung (unabhängig von der Höhe des Anteils) mangels hinreichender Kontrollierbarkeit der Inhouse-Ausnahme entgegensteht (seit „Stadt Halle“<sup>312</sup>), während die Annahme des Kontroll-Merkmals bei rein staatlich bzw. kommunal getragenen Unternehmen grundsätzlich (also nicht pauschal) möglich ist, dies auch dann, wenn mehrere solche Träger beteiligt sind (seit „Carbotermo“)<sup>313</sup>. Fest steht ferner, dass der reine Gründungsakt<sup>314</sup> bzw. der reine Anteilsverkauf<sup>315</sup> vergaberechtsfrei sind, nicht aber, wenn sie in einem sachlich und/oder zeitlich näher spezifizierten Zusammenhang mit einem Auftrag stehen (sog. Umgehungstatbestände; seit „Mödling“<sup>316</sup> und „ANAV/Bari“<sup>317</sup>). Alles weitere soll laut EuGH von den Umstän-

---

<sup>309</sup> So der Wortlaut der Umsetzungsvorschrift des § 99 Abs. 1 GWB.

<sup>310</sup> Dieses Bild erschließt sich über die Kommentierungen zu § 99 GWB sowie u.a. bei *Hüser*, Ausschreibungspflichten bei der Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 2005; *Hardraht*, In-House-Geschäfte und europäisches Vergaberecht, 2006; *Säcker/Wolf*, WRP 2007, 282; *Frenz* (Fn. 302), Rn. 2324 ff.; *Orlowski*, NZBau 2007, 80

<sup>311</sup> EuGH, Rs. C-107/98, Slg. 1999, I-8121 (8154).

<sup>312</sup> EuGH, Rs. C-26/03, Slg. 2005, I-1 (48 f.).

<sup>313</sup> EuGH, Rs. C-340/04, Slg. 2006, I-4137. Auch eine indirekte Konstruktion (Beauftragung nicht der Tochter, sondern der Enkelin) schließt das Kontrollkriterium nicht grundsätzlich aus, allerdings spielten dann die Umstände des Einzelfalls (vgl. sogleich im Text) eine (noch) größere Rolle.

<sup>314</sup> Vgl. *Kleine/Flöther/Bräuer*, NVwZ 2002, 1046; *Schimanek*, NZBau 2005, 304 (306 ff.).

<sup>315</sup> Vgl. nur *Dietlein*, NZBau 2004, 472.

<sup>316</sup> EuGH, Rs. C-29/04, Slg. 2005, I-9705; hier betont der EuGH die Notwendigkeit einer Zusammenschau getrennter Vorgänge im Interesse der Verhinderung von Umgehungstatbeständen.

den des Einzelfalls („unter Einbeziehung aller Rechtsvorschriften und maßgeblichen Umstände“)<sup>318</sup> abhängen: Die Verneinung des Kontrollmerkmals trotz fehlender privater Beteiligung (seit „Parking Brixen“<sup>319</sup>) und die Bestimmung des Wesentlichkeitsmerkmals (seit „Carbotermo“; mit „Asemfo“<sup>320</sup> reicht jedenfalls ein 90 %-Tätigwerden für den Verwaltungsträger aus.

Zu dem Bereich jenseits der Verträge mit einem eigenen Unternehmen verhält sich bislang allein das Urteil „Kommission/Spanien“ vom 13. 1. 2005<sup>321</sup>, wonach die pauschale Freistellung sämtlicher „Kooperationsvereinbarungen“ unter Gebietskörperschaften der VKR widerspreche. Zur Beleihung existiert keine explizit einschlägige Judikatur und für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ist die VKR wegen fehlender Entgeltlichkeit definitiv nicht anwendbar (dadurch ist dieser Privatisierungstyp ja gerade charakterisiert; vgl. C II 2 a). Insoweit werden aus dem Primärrecht einige Anforderungen an die Vergabe abgeleitet (vgl. sogleich), die wiederum dann nicht eingreifen sollen, wenn ein eigenes Unternehmen konzessioniert wird und die (gleichsam im Umkehrschluß) anerkannte Inhouse-Ausnahme eingreift<sup>322</sup>.

#### **4. Fortentwicklungs- und Regelungsbedarf auf europäischer und nationaler Ebene**

Der Zeitpunkt, die bestehende Rechtslage – allerdings unter Wahrung des primärrechtlichen Rahmens – auf den eingangs vorgestellten Prüfstand von Funktions- und Situationsgerechtigkeit sowie Vereinfachungs- bzw. Klarstellungsbedürftigkeit zu stel-

---

<sup>317</sup> EuGH, Rs. C-410/04, Slg. 2006, I-3303; weiterführend zu der hier nicht verfolgten (da eine typische Rechtsprechungsaufgabe darstellenden) Umgehungsthematik bei *Frenz* (Fn. 302), Rn. 2425 ff.; *Säcker/Wolf*, WRP 2007, 290. Die korrekte Vorgehensweise ist in dem v. 6.6.2007 stammenden Papier der *Kommission* „Mögliche Inhalte einer Kommissionsmitteilung zur Anwendung des Vergaberechts auf institutionalisierte ÖPP“, Ziffer I 1 2, beschrieben.

<sup>318</sup> Seit EuGH, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8612, Rn. 65.

<sup>319</sup> EuGH, Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8612.

<sup>320</sup> Rs. C-295/05, NZBau 2007, 381 mit Anm. *Jennert*; anders noch OLG Celle, NZBau 2007, 126, das eine Betätigung im Umfang von 92,5 % für den eigenen Träger als nicht ausreichend angesehen hatte.

<sup>321</sup> EuGH, Rs. C-107/98, Sgl. 1999, I-8121 (8154).

<sup>322</sup> Ebenso *Kommission*, Papier zu institutionalisierten ÖPP (Fn. 317), Ziffer I 1.3.6. So betraf die Entscheidung in der Rechtssache „Parking Brixen“ (Fn. 319) die Vergabe einer Dienstleistungskonzession.



len, erscheint außerordentlich günstig. Denn sowohl auf der europäischen<sup>323</sup> als auch auf der nationalen Ebene<sup>324</sup> gibt es Reformpläne im politischen Raum, die nicht zuletzt von der Einschätzung getragen sind, dass die bloße Entgegennahme immer neuer Gerichtsentscheidungen auf Dauer weder den Sachproblemen noch dem EuGH gerecht wird, welcher für die Rolle als ständige Vergaberevisionsinstanz doch eher eine Überbesetzung darstellt. Zusätzlichen Rückenwind dürfte Art. 1 des „Protokolls über Dienste von allgemeinem Interesse“ (das dem im Dezember 2007 feierlich unterzeichneten Lissabonner Vertrag beigefügt worden ist)<sup>325</sup> erzeugen, wird hierin doch der „weite Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden“ betreffend jene Dienste betont. Nachfolgend wird jeweils zunächst der etwaige Fortentwicklungsbedarf ermittelt und dann ggf. für ein gesetzgeberisches Handeln (auf Richtlinien-<sup>326</sup> oder auf GWB-Ebene) plädiert.

a) *Auftrag innerhalb einer Verwaltungszusammenarbeit oder Privatisierung*

Diesbezüglich herrscht große Rechtsunsicherheit, seitdem einige OLGs Vereinbarungen zwischen Nachbargemeinden in Gestalt der sog. Mandatierung (Übertragung der Durchführungszuständigkeit) und das OLG Naumburg auch eine Aufgabendelegation (Übertragung der Aufgabenzuständigkeit; vgl. zu beidem z. B. § 23 Abs. 1

---

<sup>323</sup> Beginnend mit dem ÖPP-Grünbuch nebst Mitteilung (Fn. 70), und fortgeführt über das soeben dokumentierte Papier zu institutionalisierten ÖPP (Fn. 317) sowie das paper der Kommission v. 8.6.2007 („Preliminary considerations and key contents of a possible initiative on concessions“) betreffend Dienstleistungskonzessionen. Als einflussreich kann schließlich die EntschlieÙung des Europäischen Parlaments zu öffentlich-privaten Partnerschaften v. 26.10.2006 (INI/2006/2043) gelten.

<sup>324</sup> Initiiert durch die Koalitionsvereinbarung v. CDU/CSU und SPD v. 11.11.2005, S. 25, 63.

<sup>325</sup> Zur Vorgeschichte des Lissabonner Vertrages und zur Diskussion um den (hierdurch nur geringfügig veränderten Art. 16) vgl. v. *Danwitz*, in: Schwarze, Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004, 251; *Schwarze* (Fn. 300), Rn. 223 ff.

<sup>326</sup> Gegenüber dem gerade im Vergaberecht seit einiger Zeit nicht unbeliebten Instrument der bloÙen Mitteilung ist aus kompetenziellen Gründen Zurückhaltung geboten. Die bisher verabschiedeten Mitteilungen haben eher neuen Streit erzeugt (so ist gegen die sog. Unterschwellen-Mitteilung v. 26.7.2006 [ABl. C 179, 2] gegenwärtig eine Klage der Bundesrepublik anhängig; vgl. *Marx*, WiVerw 2007, 193) als Rechtssicherheit hergestellt.

KGAG NRW) für vergaberechtspflichtig erklärt haben<sup>327</sup>. Die EU-Kommission hat auf Betreiben privater Konkurrenten verschiedenenorts Vertragsverletzungsverfahren gegen Vereinbarungen der (kommunalen) Zusammenarbeit eingeleitet<sup>328</sup> und nutzt das Vergaberecht mithin als Privatisierungshebel. Immerhin sieht sie auf politischer Ebene Klärungsbedarf und hält eine Auslegungs-Mitteilung für sinnvoll<sup>329</sup>. M. E.<sup>330</sup> kann das europäische Sekundärrecht keine Regelungen über die Strukturen der Verwaltungsorganisation auf nationaler Ebene treffen. Denn die Gemeinschaft besitzt keine Kompetenz für die Festlegung einer eher zentralistischen oder einer föderal geprägten Struktur nebst kommunaler Selbstverwaltung, sie muss daher den der letztgenannten Struktur immanenten Koordinierungsbedarf in den föderal-kommunal verfassten Mitgliedstaaten hinnehmen. Sämtliche Vereinbarungen, deren Gegenstand<sup>331</sup> eine verwaltungsorganisationsgesetzlich<sup>332</sup> geregelte Zuständigkeitsverschiebung bildet, können von Primärrechts wegen somit nicht als Beschaffungsvorgänge eingeordnet werden; weder wird etwas an Private „vergeben“ noch wird in ei-

---

<sup>327</sup> OLG Düsseldorf, NZBau 2004, 398; OLG Frankfurt a.M., NZBau 2004, 692; OLG Naumburg, NZBau 2006, 58 mit Anm. *Brohm*; aus der Literatur: *Ziekow/Siegel*, VerwArch 96 (2005), 124; *Hattig/Ruhland*, VergabeR 2005, 425 (433 f.).

<sup>328</sup> Vgl. etwa die mit Gründen versehene Stellungnahme der Kommission im Vertragsverletzungsverfahren 2000/4433 gegen Deutschland zur Entscheidung v. 30.3.2004, C-2004,1202, betreffend die Gemeinde *Hinte*.

<sup>329</sup> In der ÖPP-Mitteilung (Fn. 94), Ziffer 4.2, wonach auch geklärt werden müsste, „inwieweit das Gemeinschaftsrecht auf die Übertragung von Aufgaben unter öffentliche Einrichtungen anzuwenden ist und für welche Form der Zusammenarbeit die Binnenmarktvorschriften nicht gelten“; deutlich kooperationsfreundlicher: Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 323), Ziffer 42 f.

<sup>330</sup> Ausführlich begründet (in Fortführung der Überlegungen in NZBau 2005, 212) bei *Burgi*, ZG 2006, 189 ff. Damit inhaltlich sympatisierend u.a. *Portz*, VergabeR 2006, 103 f.; *Potthast/Klöck*, NZBau 2007, 496; *Pietzcker*, NVwZ 2007, 1230.

<sup>331</sup> Insoweit besteht m.E. zwischen Delegation und Mandatierung kein Unterschied, da beide eine Verschiebung der Zuständigkeit (in einem Fall für die Trägerschaft, im anderen Fall für die Durchführung einer bestimmten Aufgabe) betreffen.

<sup>332</sup> Damit wäre ein eindeutiger Anknüpfungspunkt gefunden, welcher nicht wieder zu neuen Streitigkeiten Anlass geben würde. Vergaberechtspflichtig wären (und sind es bereits bislang) schlichte Beschaffungsverträge über Waren oder Dienstleistungen (etwa über die Netzwerkpflege zwischen Datenzentralen einzelner Länder oder über den PC-Kauf bei der Nachbargemeinde).

nem Markt agiert. In der Konsequenz dieser Überlegungen ist bereits de lege lata ein primärrechtlich fundierter Ausnahmetatbestand „Gesetzlich vorgesehene Form der Verwaltungszusammenarbeit ohne private Beteiligung“ anzuerkennen<sup>333</sup>. Er erfasst die nichtinstitutionalisierten Formen der Zusammenarbeit ebenso wie den Zweckverband. Angesichts der enormen Rechtsunsicherheit und der situationswidrigen Konsequenz des Unterbleibens von sachlich vielfach sinnvollen nachbarschaftlichen Kooperationen erscheint eine (aus hiesiger Sicht klarstellende) Ergänzung der VKR, hilfsweise die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in das GWB sinnvoll.

*b) Auftrag an eigenes Unternehmen (ohne private Beteiligung) oder Privatisierung*

Dass der EuGH (wie geschildert) mittlerweile trotz fehlender privater Beteiligung an einer Anstalt oder (noch häufiger) an einer Eigengesellschaft die Befürwortung der Inhouse-Ausnahme ablehnt, erzeugt ebenfalls einen Privatisierungszwang und überzeugt nur teilweise. So ist vor dem primärrechtlichen Hintergrund nachvollziehbar, dass mit der „Parking Brixen“-Entscheidung<sup>334</sup> das Kontroll-Merkmal um den Missbrauchs-Umstand „keine baldige Öffnung für Fremdkapital“ ergänzt wurde; ebenso zutreffend – da wettbewerbsbezogen – ist die Anwendung des zweiten Merkmals, betreffend die Wesentlichkeit des Tätigwerdens für den Auftraggeber. Zu ihm muss richtigerweise auch der (vom EuGH fälschlicherweise zum Kontrollmerkmal gezählte) Umstand „keine Ausweitung von Gesellschaftszweck und Tätigkeitsfeld vorgesehen“ gerechnet werden. Dass aber mit zunehmender Intensität<sup>335</sup> auf das „Maß der rechtlichen und tatsächlichen Selbstständigkeit“, konkret auf die gewählte Gesellschaftsform und die internen Einflusstrukturen abgestellt wird und namentlich die Form der

---

<sup>333</sup> So nun auch offenbar OLG Düsseldorf, NZBau 2006, 662, das zutreffend den Zweckverband und (ohne dies explizit auszusprechen) wohl auch die Delegation herausnehmen möchte und dies nicht allein mit der (bezüglich des Zweckverbandes ja eingreifenden; vgl. sogleich) Inhouse-Ausnahme begründet, sondern mit umfangreichen kompetenzrechtlichen Überlegungen.

<sup>334</sup> Fn. 319.

<sup>335</sup> EuGH (Fn. 313), Rn. 36 ff. So müssten berücksichtigt werden: Die Interessenlage der Anteilseigner, die fragliche Gesellschaftsform, die mögliche Öffnung einer Gesellschaft für Fremdkapital, der Einfluss auf die Ernennung des Verwaltungsrats und die Geschäftsführung von Tochter- und Enkelgesellschaften, die Befugnisse des Verwaltungsrats und schließlich die Möglichkeit zur Gründung von Niederlassungen im Ausland. Auf dieser Linie fortfahrend: Schlussantrag von Generalanwalt Bot v. 20.9.2007 in der Rs. C-220/06.

AG als tendenziell „schädlich“ angesehen wird<sup>336</sup>, verdient Kritik. Durch dieses Vorgehen werden vergabefremde Aspekte eingeführt, da insoweit weder etwas „vergeben“ wird noch die Wettbewerbsverhältnisse verändert werden. In der Praxis wird dadurch die eigentlich am Maßstab der Situations- und Sachgerechtigkeit (sowie natürlich an Vorgaben des nationalen Rechts) zu treffende Formenwahl von der Furcht vor vergaberechtlichen Konsequenzen geleitet. Auf diese Interpretation des ersten Inhouse-Merkmals sollte daher verzichtet werden<sup>337</sup>, und zwar durch eine Ergänzung der VKR dahingehend, dass Verträge mit Unternehmen „unbeschadet von deren Rechtsform“ vergaberechtspflichtig sind (oder eben nicht). Wünschenswert wäre des Weiteren eine Konkretisierung des an sich akzeptablen Wesentlichkeitsmerkmals. Zusammenfassend gesagt, sollte die rechtsunsichere und vielfach zufällige Einzelfallbetrachtung durch die Orientierung an den beiden klaren Kategorien „Beteiligung Privater“ und „Teilnahme am externen Wettbewerb“ (mit diesbezüglicher expliziter Erklärungspflicht)<sup>338</sup> treten.

c) *Auftrag im Zusammenhang mit einer institutionalisierten PPP (Option unechte funktionale Privatisierung)*

Dass die Beauftragung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens<sup>339</sup> oder etwa einer Anstalt, an der Private beteiligt sind, vergaberechtspflichtig ist, begegnet keinen Bedenken. Hieran sollte auch im Hinblick auf die zunehmende Bedeutung der Beteiligung „bloßer“ Finanzinvestoren<sup>340</sup> festgehalten werden. Mit der Einbeziehung Privater zu einem noch so kleinen Anteil werden diesen unternehmerische Chancen eröffnet, auf die Wettbewerber verzichten müssen. Regelungsbedarf (etwa in Gestalt der Festschreibung einer „unschädlichen Beteiligungsgrenze“) besteht m.E. weder aus

---

<sup>336</sup> Weiterführend *Säcker/Wolff*, WRP 2007, 285. Die naheliegende Assoziation, hierin eine Bestätigung der sich aus dem nationalen Verfassungsrecht (vgl. E III 3 a) ergebenden Vorbehalte gegenüber dieser Gesellschaftsform zu sehen, ist zurückzuweisen, weil diese Vorbehalte nichts mit dem der EU allein anvertrauten Binnenmarkt- und Wettbewerbskonzept zu tun haben.

<sup>337</sup> Im Anschluss an die Überlegungen von *Pietzcker*, NVwZ 2007, 1229 f.

<sup>338</sup> Ähnlich *Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft*, Ausschreibung oder Direktvergabe, 2007, 30.

<sup>339</sup> Auch die „stille Beteiligung“ ist insoweit grundsätzlich „schädlich“ (näher *Dabringhausen/Meyer*, NZBau 2007, 417).

<sup>340</sup> Im Kommissions-Papier zur institutionalisierten ÖPP (Fn. 317), Ziffer II, werden Fragen in Richtung diesbezüglicher Sonderregelungen gestellt, die m.E. mit „nein“ beantwortet werden sollten.

primärrechtlicher Sicht noch aus einem Klarstellungsinteresse heraus. Vielmehr erscheint die durch die EuGH-Rechtsprechung letztlich bewirkte Gleichstellung von institutionalisierter PPP und vertragsbasierter PPP überzeugend. Die betroffenen (v. a. kommunalen) Verwaltungsträger hätten es nach den Vorschlägen zu b) jedenfalls selbst in der Hand, durch die räumliche Domestizierung ihrer Unternehmen bzw. durch die Nicht-Hinzunahme privater Partner die Vergaberechtspflichtigkeit zu vermeiden. Demgegenüber bildet die Direktvergabe-Vorschrift des Art. 5 Abs. 2, 4 u.5 der „Verordnung über den Wettbewerb im ÖPNV“<sup>341</sup>, die Erleichterungen beim Kontrollkriterium (einschließlich private Minderheitsbeteiligung) im Gegenzug für den Verzicht auf eine externe Betätigung des beauftragten Unternehmens vorsieht, keine verallgemeinerungswürdige Alternative. Das Konzept „Beteiligung Privater oder Teilnahme am externen Wettbewerb = Vergaberechtspflicht“ entspricht jedenfalls in höherem Maße den primärrechtlichen Vorgaben.

d) *Privatisierungsoption Beleihung*

Die Wahl dieser Option könnte dann eine Vergaberechtspflicht auslösen, wenn sie nicht unmittelbar durch Gesetz oder per Verwaltungsakt, sondern durch einen (öffentlich-rechtlichen) „Vertrag“ i. S. v. § 99 Abs. 1 GWB realisiert wird<sup>342</sup>. Ist dies der Fall, rückt der primärrechtliche Ausnahmetatbestand des Art. 45 EG in den Mittelpunkt, wonach „Tätigkeiten in Ausübung öffentlicher Gewalt“ nicht vom Regime der Grundfreiheiten und damit auch nicht von dem auf dieses gestützte Sekundärrecht nebst wiederum primärrechtskonform auszulegendem GWB<sup>343</sup> erfasst werden. Art. 45 EG drückt ebenso wie die Parallelvorschrift des Art. 39 Abs. 4 EG den Respekt der EU gegenüber der nationalen Souveränität bei diesen besonders staatlich ge-

<sup>341</sup> Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße i.d.F. des Parlamentsbeschlusses v. 23.10.2007 (ABl. L 315, 1); zum Inhalt *Pünder*, EuR 2007, 537. Hierin eine Vorbildfunktion erblickend: *Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft* (Fn. 338), 28 f.

<sup>342</sup> Vgl. zuletzt *Braun/Buchmann*, NZBau 2007, 691 (693 f.); zum Umgang mit Umgehungskonstellationen vgl. *Freitag* (Fn. 151), 131; *Burgi*, NVwZ 2007, 383 (385 f.).

<sup>343</sup> Dazu, dass die Grundfreiheiten die kompetenzielle Grundlage der Europäischen Vergaberichtlinien bilden, vgl. EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745; OLG Celle, NZBau 2000, 299 (300); zur daraus folgenden Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung des § 99 Abs. 1 GWB vgl. *Dreher*, NZBau 2002, 256; *Prieß*, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, 3. Aufl. 2005, 122; a.A. *Zeiss*, DVBl. 2003, 435.

prägten Dienstleistungen aus<sup>344</sup>. Nach dem letzten Stand der EuGH-Rechtsprechung kommt es bei der Inhaltsbestimmung darauf an, ob die betroffene Tätigkeit „eine unmittelbare und spezifische Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt“ beinhaltet, was jedenfalls dann der Fall sei, wenn die Tätigkeit die „Ausübung originärer Zwangsbefugnisse“ oder „den Erlaß abschließender Entscheidungen“ beinhaltet<sup>345</sup>.

Für die Beurteilung der Rechtsfigur Beleihung bedeutet dies, dass alle mit dem Erlass von Verwaltungsakten zusammenhängenden Tätigkeiten als „Ausübung öffentlicher Gewalt“ anzusehen sind. Denn hierbei wird einseitig Recht gestaltet und durchgesetzt. Das gilt gleichermaßen in der sog. Eingriffsverwaltung wie in der sog. Leistungsverwaltung (z. B. beim Erlass von Subventionsbescheiden), weil auch dort andere Private negativ betroffen sind und die Entscheidungen akzeptieren müssen<sup>346</sup>. Weil der Verwaltungsakt mit dem Verfahren vor und nach seinem Erlass eine untrennbare Einheit bildet - gerade im noch stärker verfahrensorientierten Verständnis des europäischen Verwaltungsrechts - sind auch die sog. schlichthoheitlichen Handlungen rund um einen durch den Beliehenen erlassenen Verwaltungsakt in den Ausnahmetatbestand einbezogen (z. B. das u.U. in eine Stilllegungsverfügung mündende Messen von Grenzwerten). Lediglich in dem deutlich selteneren Fall, dass ein Beliehener in keiner Weise mit dem Erlass von Verwaltungsakten befasst sein sollte, wäre die Berufung auf Art. 45 EG als nicht rechtssicher anzusehen. Regelungsbedarf besteht durchgehend nicht, vielmehr bildet die abschließende Klärung jener Fragen eine typische Rechtsprechungsaufgabe.

---

<sup>344</sup> EuGH, Rs. 152/73, Slg. 1974, 153 (157); Rs. 149/80, Slg. 1980, 3881.

<sup>345</sup> Beginnend mit EuGH, Rs. 2/74, Slg. 1974, 631 (655), über Rs. C-42/92, Slg. 1993, I-4047 (4073) bis zu Rs. C-114/97, Slg. 1998, I-6717 (6742). Verneint wurde die Anwendbarkeit des Art. 45 wenn die in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben einbezogenen Privaten „lediglich eine vorbereitende Rolle oder Hilfsrolle“ übernommen hatten (EuGH, Rs. C-3/88, NVwZ 1991, 356, Rn. 13; Rs. C-451/03, Slg. 2006, I-2941, Rn. 46 f.). Aus diesem Grund überzeugt die gleichzeitige Qualifizierung von Rettungsdienstunternehmern als Verwaltungshelfer und ihre Zuordnung zu Art. 45 EG durch das OLG Düsseldorf (NZBau 2006, 595) nicht. Ausführliche Dokumentation der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung nebst Sekundärliteratur bei *Burgi*, NVwZ 2007, 386 f.

<sup>346</sup> Ebenso *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 90 Rn. 37; *Freitag* (Fn. 151), 124 ff.; *Burgi*, NVwZ 2007, 387; a.A. *Dreher*, NZBau 2002, 256 f.

e) *Privatisierungsoption Dienstleistungskonzession*

Diesbezüglich steht fest, dass die VKR nicht anwendbar ist (vgl. C II 2 a), dass aber das Primärrecht zu Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und zu einem Rechtsschutzminimum verpflichtet, was mehreren EuGH-Entscheidungen<sup>347</sup> entnommen werden kann. In der Konkretisierung dieser Standards bildet sich seit langem in einer für die Anwendungspraxis schwer nachvollziehbaren Weise eine Art „Vergaberecht light“<sup>348</sup> heraus. Blickt man aus der Privatisierungs-Perspektive auf diese Entwicklung, so ist zweierlei wichtig: Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession wird einem Privaten typischerweise ein Mehr an Handlungsmöglichkeiten und unternehmerischen Chancen eröffnet als bei der Verwaltungshilfe (die der VKR unterfällt). Zugleich besteht aus der Sicht der vergebenden Verwaltungsträger in mindestens gleichem Umfang ein Bedarf nach einer rational strukturierten Leistungsbeschreibung, nach gegenstandsbezogenen Kriterien jenseits der (hier mangels Entgelt ja nicht möglichen) primären Preisorientierung sowie nach klaren Verfahrensabläufen. Anders gesagt: Auch hier ist das Vergaberecht das zentrale Instrument für die Realisierung der staatlichen Verantwortung nach erfolgter Privatisierung (vgl. noch E III 1). Es ist nach alledem nicht einzusehen, warum die Anwendbarkeit kodifizierter Vergaberegeln davon abhängen soll, ob (beispielsweise) das Entgelt für die Ganztagesversorgung unmittelbar von der Schulverwaltung oder mittelbar über die teilnahmeverpflichteten Eltern entrichtet wird.

Das sekundärrechtliche Schweigen gegenüber der Dienstleistungskonzessionierung ist m. E. daher nicht länger zu akzeptieren<sup>349</sup>. Vielmehr ist die ursprüngliche Forderung der Kommission nach einer „klar(en) Fassung der Grundsätze für die Vergabe von Dienstleistungs- und auch von Baukonzessionen in einer gemeinschaftlichen

---

<sup>347</sup> EuGH, Rs. C-324/98, Slg. 2000, I-10745 (10794; Telaustria); Rs. C-458/03, Slg. 2005, I-8585 (Parking Brixen) Rs. C-231/03, Slg. 2005, I-7287 (Coname).

<sup>348</sup> Näher entfaltet bei *Ruhland* (Fn. 119), 189 ff.; *Frenz* (Fn. 302), 2554 f., im Anschluss an *Burgi*, NZBau 2005, 610 ff. Das jüngste Papier der Kommission (Fn. 323), geht insoweit in die richtige Richtung (Ziffer 4.5.6).

<sup>349</sup> Die seinerzeit gegebene Begründung des Bestehens großer Unterschiede in den Regelungsstrukturen und Vergabemodalitäten in den Mitgliedstaaten (näher geschildert bei *Ullrich*, ZVgR 2000, 85 [93]) überzeugt jedenfalls nicht mehr; gegen ein gesetzgeberisches Tätigwerden *Nettesheim*, EWS 2007, 145 (150 f.).

Rechtsvorschrift<sup>350</sup>, am besten in einem eigenen Abschnitt innerhalb der VKR, aufzugreifen. Neben der Verbesserung von Rechtssicherheit und Funktionsgerechtigkeit könnte damit auch das Ziel der Vermeidung langwieriger Abgrenzungsprozesse erreicht werden, wie sie sich etwa beim Fernstraßenbau<sup>351</sup> zeigen. Solange auf EU-Ebene die politische Kraft fehlt, böte sich dem deutschen Gesetzgeber die Chance zur Schaffung einer prototypischen Regelung. Die Privatisierungsoption der Dienstleistungskonzession, über deren Einsatz (Ob) weiterhin autonom und auf der lokalen Ebene entschieden würde, wäre den Schweiß der Edlen wert!

### III. Maßstäbe des nationalen Rechts

#### 1. Wirtschaftlichkeit: Grundsatz, Untersuchung, Nachweis

##### a) Bedeutung als Maßstab und Verfahrenspflicht

Die Vorgabe, einen bestimmten öffentlichen Zweck möglichst effizient, d. h. mit möglichst wenig Haushaltsmitteln zu verwirklichen<sup>352</sup>, hat sich in wenigen Jahren zu einem in Politik und Beratungspraxis zentralen Maßstab für die vertragsbasierten PPP entwickelt, und zwar in dem Maße, in dem die Finanznot von Staat und Kommunen zur wichtigsten Triebfeder für Privatisierungsüberlegungen geworden ist. Fungiert „Wirtschaftlichkeit“ somit zumeist als ausschlaggebendes Argument zugunsten der Einbeziehung Privater, ist als neuere Entwicklung (bis zur Ebene der Rechnungshöfe)<sup>353</sup> aber auch zu beobachten, dass Privatisierungsvorhaben vorgeworfen wird, sie würden langfristig höhere Kosten verursachen, zumal wenn man die im Allgemeinen günstigeren Finanzierungsbedingungen der öffentlichen Hand (über Kommunalkredite etc.) einbeziehe; Finanzierungsfragen spielen überhaupt eine zentrale und hier

<sup>350</sup> So ÖPP-Mitteilung (Fn. 94), Ziffer 3.3; dies aufgreifend (aus der Sicht anderer Mitgliedstaaten) Neergard, Public Procurement Law Review (PPLR) 2007, 386 (409). In dem im Juni 2007 vorgelegten Papier (Fn. 323) ist zurückhaltender von „initiative“ die Rede (Ziffer 4.2.2.2.).

<sup>351</sup> Vgl. hierzu Byok/Jansen, NZBau 2005, 241 (245), einerseits, Roth, NVwZ 2003, 1059, andererseits. Bei Burgi, DVBl. 2007, 651 (653 f.) sind die hierzu erstellten ausführlichen Gutachten dokumentiert. Ein weiteres Beispiel für Abgrenzungsprobleme bildet das Feld der Altpapierverwertung (vgl. zuletzt Pietzcker, NVwZ 2007, 1231).

<sup>352</sup> Vgl. statt vieler v. Arnim, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, 1988, 28; Gröpl, in: HdbStR V (Fn. 91), § 121 Rn. 9 ff.

<sup>353</sup> Fn. 133.



nicht weiter verfolgte Rolle namentlich bei der Entscheidung für oder gegen eine projektbezogene PPP<sup>354</sup>. Mittlerweile ist jedenfalls die Bildung eines Vergleichswertes für die Eigenerbringung inkl. konventioneller Beschaffung von Planungs- und Bauleistungen fester Bestandteil der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung mit der Bezeichnung „Public Sector Comparator“ (PSC)<sup>355</sup> und infolge der Einführung des sog. Neuen kommunalen Finanzmanagements (NKF)<sup>356</sup> ist die Quantifizierung von Verwaltungsleistungen überhaupt erleichtert worden. Angesichts all dessen verwundert freilich die unverändert magere normative Ausprägung des Wirtschaftlichkeitsmaßstabes nebst Unabgestimmtheit mit Vorschriften jenseits des Haushaltsrechts. Bei der Auseinandersetzung hiermit soll differenziert werden zwischen dem Grundsatz als solchem und den auf ihn bezogenen Verfahrenspflichten, nämlich der Pflicht zur Durchführung von Wirtschaftlichkeits-Untersuchungen und der Pflicht zur Erbringung des Wirtschaftlichkeits-Nachweises.

#### b) *Regelungsbedarf*

Die ranghöchste Grundlage des Wirtschaftlichkeitsdenkens bildet der haushaltsverfassungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, der sich in Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG explizit niedergeschlagen hat<sup>357</sup>. Er verpflichtet zur Herstellung einer Zweck-Mittel-Relation, setzt also die Definition des verfolgten öffentlichen Zwecks voraus. In der Sache geht es bei diesem „Grundsatz“ um die Verpflichtung zum Einsatz einer höchst voraussetzungsvollen Methode, nicht um die optimale Verwirklichung eines materiellen Belangs. Orientiert man sich naheliegender Weise an dem aus dem Pla-

---

<sup>354</sup> Vgl. zu den bei vertragsbasierten PPP eingesetzten Finanzierungsmodellen *Bunsen/Sester*, ZfIR 2005, 81; *Weber u.a.*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Fn. 126), § 12; zur kommunalen Kreditaufnahme *Fromme*, in: *Henneke/Pünder/Waldhoff*, *Recht der Kommunalfinanzen*, 2006, § 31 Rn. 29 ff.; zur Abbildung im Neuen Kommunalen Finanzmanagement *Reuter/Polley*, NVwZ 2007, 1345. Der Entwurf eines Investment-ÄnderungsG (BT-Drucks. 16/5576) will „Infrastrukturfonds (ÖPP-Fonds)“ erleichtern.

<sup>355</sup> Ausführlich erläutert im Leitfaden „PPP. Wirtschaftlichkeitsuntersuchung bei PPP-Projekten“, April 2007 (hrsg. vom Finanzministerium NRW, PPP-Task Force).

<sup>356</sup> Zu den Charakteristika des sog. NKF, zu der u.a. die Orientierung der Haushaltswirtschaft an den Verwaltungsleistungen gehört, vgl. nur *Pünder*, in: *Henneke/Pünder/Waldhoff* (Fn. 354), § 5 Rn. 18 f.

<sup>357</sup> Eingehend zuletzt *Schmidt-Jortzig*, in: *Butzer*, *Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Verfahrensrecht*, 2004, 17 ff.; *Gröpl*, in: *HdbStR V* (Fn. 91), § 121 Rn. 12 ff.

nungsrecht bekannten Abwägungsgebot, dann gelangt man zur Unterscheidung von Vorgang und Ergebnis: Auf der Vorgangsebene liegt die (im GG nicht geregelte) Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nebst Nachweiserbringung und auf der Ergebnisebene kann es aufgrund der inhaltlichen Offenheit des Grundsatzes und der Komplexität der Kostenfaktoren "lediglich" darum gehen, dass die letztlich getroffene Entscheidung „nicht schlechterdings unvertretbar“ ist, so der Stand der oberverwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung<sup>358</sup>.

Alles Nähere muss auf der Ebene der Haushaltsgesetze gesucht werden, findet sich dort aber nur teilweise. In § 7 Abs. 2 Satz 1 BHO und in einigen LHO (im Rahmen des § 6 Abs. 2 HGrG) ist eine Pflicht zur Durchführung „angemessener Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen“ normiert, wobei § 7 Abs. 2 Satz 2 BHO i. d. F. des ÖPP-BeschleunigG<sup>359</sup> überdies konkret mit Blick auf die Option PPP zur Berücksichtigung der mit den Maßnahmen verbundenen „Risikoverteilung“ auffordert. Beides sollte in alle LHO und in die entsprechenden Normen des kommunalen Haushaltsrechts bzw. in ein zu schaffendes Allgemeines PPP-Gesetz (vgl. E IV) aufgenommen werden. Um jede Einseitigkeit bei der Zuweisung jenes Untersuchungsauftrages zu vermeiden, sollte ferner ausdrücklich auch zur Berücksichtigung der mit der PPP-Variante typischerweise einhergehenden Transaktionskosten (für Vergabe, Vertragsmanagement etc.) verpflichtet werden. Dass sich die mittlerweile übliche Unterteilung der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung in die vier Phasen PPP-Eignungstest, Quantifizierung der Beschaffungsvarianten, Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes per Vergabeverfahren und schließlich Controlling nach Projektstart aus dem Zusammenspiel von (nicht überall vorhandenen) Verwaltungsvorschriften<sup>360</sup> und Praxis-Leitfäden der PPP-Task Forces<sup>361</sup> ergibt, ist im Interesse der Flexibilität akzeptabel. Unmittelbar in das jeweilige Haushaltsgesetz bzw. Allgemeine PPP-Gesetz aufgenommen werden sollte aber m. E. eine Pflicht zur Berichterstattung gegenüber dem für die eigentliche Privatisierungsentscheidung zuständigen Organ (auf kommunaler

---

<sup>358</sup> OVG Rh.-Pf., DVBl. 1980, 767 (768); OVG NRW, NVwZ-RR 1991, 501; BayVGH, BayVBl. 1992, 628 (630); ferner *Peters*, DÖV 2001, 749 (754).

<sup>359</sup> Fn. 10. Zu dieser Ergänzung vgl. *Hetzel/Früchtl*, BayVBl. 2006, 649 (656).

<sup>360</sup> Vgl. für die Bundesebene die VV-BHO (§ 7), abgedruckt in *Engels/Eibelshäuser*, Kommentar zum Haushaltsrecht, Stand November 2007; ferner zu den vier Stadien *Hertwig*, NZBau 2007, 543 (546 f.).

<sup>361</sup> Als aktuellstes Dokument: Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung“ (Fn. 355), 14 ff.

Ebene regelmäßig der Rat), und zwar nach Abschluss der Phase II, wenn feststeht, dass die PPP-Option (un-)wirtschaftlicher zu sein verspricht und daher ein Vergabeverfahren (nicht) eingeleitet werden soll. Sinn der Berichterstattung wäre es zum Ersten, Rechenschaft über die Realisierbarkeit der bereits ganz zu Beginn politisch festgelegten öffentlichen Zwecke abzulegen. Dies würde der Tendenz des Wirtschaftlichkeitsdenkens, die ökonomischen Aspekte absolut zu setzen (mithin die Staatstätigkeit zu entpolitisieren), entgegenwirken<sup>362</sup> und die politisch Verantwortlichen zur Klarheit über den Wert des geplanten Projekts (z. B. einer mit bestimmtem personellen und ökologischem Standard zu realisierenden Schule) zwingen; eine situations- und aufgabengerechte Entscheidungsfindung würde erleichtert. An dieser Stelle könnte zudem ein Bewusstsein für die oftmals PPP-typische lange Laufzeit, d. h. für die Dauer und ggf. Sinnhaftigkeit der Entäußerung kommunalpolitischer Gestaltungsrechte über teilweise mehrere Ratsperioden hinweg geschaffen werden<sup>363</sup> (keine Reaktionsmöglichkeiten bei sinkenden Schülerzahlen? etc.) Zum Zweiten würde die Transparenz erhöht und könnte später ggf. erhobenen Vorwürfen ein Stück weit der Wind aus den Segeln genommen werden. Die bisher (auch nur teilweise) in den Verwaltungsvorschriften zum § 7 der jeweiligen Haushaltsordnung enthaltene Pflicht, über das Untersuchungsergebnis einen Vermerk zu fertigen und diesen „zu den Akten zu nehmen“, ist jedenfalls zu schwach.

Das Anliegen, die Anwendung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes seiner Bedeutung gemäß zu effektuieren (allgemeiner gesprochen: die Funktionsgerechtigkeit zu verbessern), löst des Weiteren einen Regelungsbedarf bei Gesetzen außerhalb des Haushaltsrechts aus, und zwar in erster Linie im *Vergaberecht* und im *Förderecht*. Das Vergabeverfahren bildet die Phase III der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung und basiert auf der nach Abschluss von Phase II getroffenen Annahme, dass die Option PPP realisierungswürdig ist. Stellt sich nun im Vergabeverfahren heraus, dass die Angebote aller privaten Bieter unwirtschaftlicher sind als das Ergebnis der PSC-Berechnung (also die Eigenrealisierung), dann sollte die Aufhebung der Ausschrei-

---

<sup>362</sup> Gleichsinnig *Hüsken/Mann*, DÖV 2005, 143 (144); *Sanden*, DV 38 (2005), 367 (388 ff.); *Schliesky*, DVBl. 2007, 1453 (1454).

<sup>363</sup> Darauf hat *Thormann*, in: FS Frotscher (Fn. 154), 747 (756 f.) aufmerksam gemacht; vgl. auch noch E III 2.

bung erfolgen und die PPP-Option unterbleiben. Dieser häufig gegebene Rat<sup>364</sup> setzt freilich voraus, dass einer der in § 26 Nr. 1 VOB/A bzw. § 26 Nr. 1 VOL/A genannten – eng auszulegenden – Aufhebungs-Tatbestände gegeben ist<sup>365</sup>, worüber trotz vorherigem Hinweis in den Vergabeunterlagen jederzeit Streit entstehen kann. Die beiden Vorschriften sollten daher dahingehend ergänzt werden, dass die Ausschreibung aufgehoben werden kann, „wenn sie kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat, auch im Vergleich mit dem Ergebnis der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung für die Eigenrealisierung.“

Die Abrufbarkeit der verschiedenen projektbezogenen *Fördermittel* im Infrastrukturbereich<sup>366</sup> ist zum einen ein wichtiges Element der Verbesserung von Chancengleichheit zwischen den Optionen PPP und Eigenwahrnehmung, weswegen eine stärker vorhaben- statt bau- und trägerbezogene Ausrichtung der Fördermechanismen Sinn macht<sup>367</sup>. Zum anderen sollte das Förderrecht aber auch in seiner Rolle als Sanktionsinstrument (bezogen auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz) gestärkt werden. Das bedeutet, in sämtlichen Fördervorschriften und –richtlinien (auch auf EU-Ebene) sicherzustellen, dass die Erbringung des Wirtschaftlichkeitsnachweises (nach erfolgter Wirtschaftlichkeitsuntersuchung) als notwendige Fördervoraussetzung formuliert ist<sup>368</sup>. Dennoch ergangene Förderbescheide wären dann rechtswidrig und könnten nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden.

## 2. Subsidiaritätsklauseln (v.a. zulasten der Kommunen)

Während der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz voraussetzt, dass ein bestimmter öffentlicher Zweck weiterhin durch den Staat verfolgt wird (allein oder eben in einer PPP),

---

<sup>364</sup> Vgl. etwa Leitfaden „Wirtschaftlichkeitsuntersuchung“ (Fn. 355), 44 f.

<sup>365</sup> Vgl. BGH, NJW 2001, 3698, und zuletzt OLG Düsseldorf, NZBau 2007, 462 (Angebote deutlich unter vorher durchgeführter ordnungsgemäßer Kostenschätzung); *Hertwig*, NZBau 2007, 548 f., der überdies die Notwendigkeit der Zugrundelegung identischer Zuschlagskriterien betont.

<sup>366</sup> Zusammenstellung bei *Braune*, in: Littwin/Schöne (Fn. 127), Rn. 466 ff., sowie im Leitfaden „PPP und Förderrecht“ (hrsg. vom Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, November 2006).

<sup>367</sup> Vgl. auch *Nickel/Kopf*, ZfBR 2004, 9 (13 f.).

<sup>368</sup> Allgemein zur Notwendigkeit finanzwirksamer Sanktionen innerhalb der Verwaltung bei Verstößen gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz *Schmidt-Aßmann*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht, 1998, 245 (266 f.).

zielt das Subsidiaritätsdenken weiter, nämlich auf das Ob staatlicher Betätigung, und somit auf die Aufgabenprivatisierung. Strukturell kann man auch hier unterscheiden zwischen materiellem Grundsatz und darauf bezogenen Verfahren (vgl. sogleich). Fest steht heute, dass im Grundgesetz kein Vorrang zugunsten der privaten Betätigung verankert ist<sup>369</sup>; die Vorstellung „Privat vor Staat“ ressortiert ebenso wie die ihr sachlich entgegengesetzte Proklamation „notwendiger Staatsaufgaben“<sup>370</sup> in der staatstheoretischen und natürlich in der politischen Arena. Dies zu ändern, ist mit Blick auf die Symmetrie und angesichts des Rahmencharakters des GG m. E. rechtlich nicht indiziert. Ebenfalls kein Ergänzungs- bzw. Erweiterungsbedarf besteht auf der Ebene der Haushaltsgesetze, die teilweise eine (tatbestandlich oftmals unklare)<sup>371</sup> Privatisierungsprüfpflicht (vgl. z. B. § 7 Abs. 1 S. 2 BHO) bzw. die Option der Durchführung eines sog. Interessenbekundungsverfahrens (vgl. z. B. § 7 Abs. 2 S. 2 BHO), mithin Verfahrensansätze enthalten. Die bisher gemachten Erfahrungen haben den Einwand, dass hier ein schwer operationabler bürokratischer Zusatzaufwand ausgelöst würde, eher bestätigt als widerlegt<sup>372</sup>. Regelungen dieser Art hängen ohne eine materielle Subsidiaritätsklausel buchstäblich in der Luft und eine solche jeweils zu schaffen (auf der Ebene des Haushaltsrechts) ist zwar möglich<sup>373</sup>, würde aber der hier formulierten Anforderung an das allgemeine Privatisierungsrecht zuwiderlaufen,

---

<sup>369</sup> Ebenso u.a. *Kämmerer* (Fn. 30), 222; *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 93 Rn. 7 f.; *Ehlers*, 64. DJT (Fn. 18), 76; *Knauff*, *Der Gewährleistungsstaat*, 2004, 227 ff.; grundlegend zu Bedeutung und Reichweite des Subsidiaritätsprinzips *Isensee*, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, 2. Aufl., 2001. Ebenso wie *Weiβ* (Fn. 19), 97 ff., 207 ff., und *Schachtschneider* (Fn. 151), 67 ff., bleibt auch *Butzer*, in: *HdbStR IV* (Fn. 1), § 74 Rn. 64, 67, den Nachweis dafür schuldig, warum ein „Rechtfertigungszwang“ für die staatliche Aufgabenbetätigung (jenseits der Notwendigkeit eines öffentlichen Zwecks) bestehen soll.

<sup>370</sup> D I 1.

<sup>371</sup> § 7 Abs. 1 Satz 2 BHO reiht aneinander „Ausgliederung, Verstaatlichung oder Privatisierung“ und weist somit offenbar über die Aufgabenprivatisierung hinaus, obwohl insbesondere gegenüber den Formen der funktionalen Privatisierung ja der bereits viel griffigere Wirtschaftlichkeitsgrundsatz einsetzt.

<sup>372</sup> Negative praktische Erfahrungen aus der Prüftätigkeit der Rechnungshöfe sind dokumentiert bei *Sanden*, DV 38 (2005), 391 f., welcher selbst optimistischer ist; ablehnend dagegen *Schliesky*, DÖV 1996, 109.

<sup>373</sup> Dahingehender Vorschlag bei *Ehlers*, 64. DJT (Fn. 18), 153 f. Dem Vernehmen nach werden entsprechende Überlegungen auch innerhalb der Projektarbeitsgruppe ÖPP der Fraktionen von CDU/CSU und SPD für ein ÖPP-Gesetz II angestellt.

möglichst aufgaben- und situationsgerechte Einzelentscheidungen bei möglichst klar definierten Tatbeständen zu ermöglichen.

Soweit Subsidiaritätsklauseln und Privatisierungsprüfpflichten an die Kommunen adressiert sind (als Beispiel für letzteres vgl. § 100 Abs. 3 BbgGO), tritt mit Art 28 Abs. 2 GG eine verfassungsrechtliche Schranke gegenüber Ausbaubestrebungen hinzu. Denn die Entscheidung, Aufgaben fortzuführen, ist Teil des sog. Aufgabengehalts der Selbstverwaltungsgarantie, in die mit gesetzlichen Impulsen zugunsten der Aufgabenprivatisierung<sup>374</sup> eingegriffen würde. Die dem staatlichen Gesetzgeber hierdurch gezogenen Grenzen sind noch nicht erreicht durch die Zweck- und Subsidiaritätsklauseln gegenüber der kommunalen Wirtschaftsbetätigung in den jüngst teilweise verschärften Kommunalgesetzen<sup>375</sup>, welche angesichts der Befassung auf dem 64. DJT<sup>376</sup> hier nicht verfolgt werden sollen. Nicht mehr zu rechtfertigen wäre aber m. E. eine Pflicht dahingehend, die Optionen Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession oder PPP unter bestimmten, allgemein formulierten Voraussetzungen trotz fehlendem kommunalpolitischem Willen und ohne Teilnahmeberechtigung für eigene Unternehmen einsetzen zu müssen. Eine solche allgemeine, weil aufgabenübergreifende Privatisierungspflicht griffe in die gleichfalls von Art. 28 Abs. 2 GG geschützte Eigenverantwortlichkeit beim Wie der Aufgabenerfüllung ein<sup>377</sup>, und es ist kein übergeordneter, aufgabenunabhängiger (mithin ideologiefreier) Gemeinwohlbelang erkennbar, der eine Pflicht von solcher Intensität (wegen der mit jenen Privatisierungsoptionen verbundenen Gestaltungsverlusten) rechtfertigen könnte. Hier zeigt sich, dass der Gedanke der Aufgaben- und Situationsgerechtigkeit in Art. 28 Abs. 2 GG einen Ausdruck im Verfassungsgesetz gefunden hat.

---

<sup>374</sup> Bei Subsidiaritätsklauseln ist dies nur dann der Fall, wenn sie nicht lediglich bei der Übernahme einer (wirtschaftlichen) Betätigung eingreifen, sondern sich aus ihnen ein Zwang zur Prüfung des Fortbestehens der einmal aufgestellten Anforderungen ergibt (vgl. *Ehlers*, 64. DJT [Fn. 18], 75, 137); weitergehende Schutzwirkungen als nachfolgend sind namentlich von *Wieland/Hellermann*, DVBl. 1996, 407 f.; befürwortet worden.

<sup>375</sup> Überblick bei *Burgi*, Kommunalrecht (Fn. 296), § 18 Rn. 37 ff. Als Beispiel für eine jüngst erfolgte Verschärfung von Zweckerfordernis und Subsidiaritätsklausel sei die seit Ende 2007 geltende Neufassung des § 107 GO NRW genannt; hierzu *Wellmann*, NWVBl. 2007, 1.

<sup>376</sup> Fn. 18.

<sup>377</sup> Vgl. zu den Einzelheiten *Burgi*, DVBl. 2003, 956 f.; *Schliesky*, Der Landkreis 2004, 488 f.

#### IV. Kompetenzverteilung zwischen Gesetzgeber und Verwaltung

Anerkanntermaßen unterliegt die *Beleihung* dem ungeschriebenen institutionell-organisatorischen Vorbehalt des Gesetzes für die Verselbstständigung von Verwaltungseinheiten<sup>378</sup>. Aus diesem Grund wurde der im Anschluss an die Erörterung der befugnisbezogenen Grenzen formulierte Ruf nach einem Ausbau der Beleihung (I 2 c) an den Gesetzgeber adressiert. Das bedeutet nicht, dass jeder einzelne Beleihungsvorgang nur legislativ bewirkt werden könnte. Vielmehr genügt eine gesetzliche Grundlage, auf die dann die Beleihung durch konkret-individuelle Maßnahmen, namentlich durch Verwaltungsakt und durch öffentlich-rechtlichen Vertrag gestützt werden kann. Im Interesse der Ermöglichung situationsgerechter Entscheidungen ist das sich dadurch ergebende Zusammenspiel von Gesetzgeber und Verwaltung als die vorzugswürdigere Variante anzusehen. Die jüngeren und ggf. künftig noch hinzukommenden Erscheinungsformen der Beleihung unterscheiden sich hinsichtlich der Komplexität der betroffenen Aufgaben und der übertragenen Befugnisse eben doch deutlich von der klassischen Figur des Flugkapitäns, bei dem die Rechtsfolge der Beleihung schlicht durch das gesetzliche Tatbestandsmerkmal des Führens eines Flugzeugs ausgelöst werden konnte<sup>379</sup>. Allerdings sollten die neueren Beleihungsgesetze für den Fall einer Überantwortung der eigentlichen Beleihungsentscheidung an später erlassene Verwaltungsakte oder abgeschlossene Verwaltungsverträge die Pflicht der künftigen Beliehenen statuieren, im Rahmen ihrer späteren Verwaltungshandlungen auf den Umstand der Beleihung ausdrücklich hinzuweisen<sup>380</sup>.

Das verfassungsrechtliche Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage besteht ferner gegenüber der Privatisierungsoption der *Akkreditierung*, allerdings nicht aus organisationsrechtlichen Gründen, sondern weil das Tätigwerden akkreditierter privater Normkonformitätsbewerter nur innerhalb einer gesetzlich etablierten Gesamtstruktur

---

<sup>378</sup> Vgl. OVG NRW, NJW 1980, 1406; BremStGH, NVwZ 2003, 81; *Ossenbühl*, VVDStRL 29 (1971), 169 f.; *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 90 Rn. 44.

<sup>379</sup> Mittlerweile durch § 12 LuftSiG.

<sup>380</sup> Beispielsweise im Briefkopf eines schriftlichen Verwaltungsakts, und zwar unter Verweis auf den administrativen Beleihungsakt sowie das diesem zugrunde liegende Gesetz. Die Forderung von *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 538 f., in einem Veröffentlichungsorgan wie etwa dem Staatsanzeiger die Beleihung bekannt zu machen, erscheint infolge der geringen Verbreitung dieser Organe bei den Betroffenen demgegenüber weniger geeignet.

möglich ist (vgl. C II 4 b). Dies gilt unbeschadet des hier (I 2 c) gemachten, weitergehenden Vorschlags der Schaffung eines Allgemeinen Akkreditierungsgesetzes; dem Vorbehalt des Gesetzes ist bereits mit den bisher bestehenden Einzelgesetzen Genüge getan. Die *funktionale Privatisierung* einschließlich der vertragsbasierten PPP kann hingegen grundsätzlich<sup>381</sup> durch Verwaltungsentscheidung herbeigeführt werden, da durch sie weder die Organisationsstruktur noch die Aufgabenträgerschaft verändert wird. Um der Gefahr begegnen zu können, dass Parlament und Öffentlichkeit übergangen werden, ist aber auf die zutreffende Qualifizierung des von der Verwaltung eigentlich Geplanten zu achten. Auch die de facto, d.h. ohne gesetzliche Grundlage erfolgende Übertragung von Handlungsbefugnissen, ist eine Beleihung und als solche somit verfassungswidrig, bis der Gesetzgeber entsprechend tätig wird. Nicht zuletzt aus diesem Grund wurde für die Schaffung weiterer Beleihungsgesetze sowie für eine gesetzliche Grundlage zugunsten der Verwaltungshilfe bei gewaltgeneigten Aufgaben plädiert (I 2 c). Bei der *institutionalisierten PPP* wird wiederum überwiegend eine gesetzliche Grundlage gefordert. Dies ist ganz unumstritten, wenn Private in eine öffentlich-rechtliche Organisationseinheit integriert werden sollen (z.B. innerhalb einer Anstaltstruktur)<sup>382</sup>. Für das gemischtwirtschaftliche Unternehmen kann nichts anderes gelten. Freilich genügen nach ganz überwiegender, zustimmungswürdiger Auffassung die in den Bundes- und Landeshaushaltsordnungen (vgl. etwa § 65 BHO) sowie den kommunalwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen auf Landesebene enthaltenen Ermächtigungen dieser Anforderung<sup>383</sup>.

---

<sup>381</sup> Eine gesetzliche Grundlage wird man hier erst dann für erforderlich halten müssen, wenn die Einzel-Privatisierung zur landesweiten, einen bestimmten Aufgabentypus überschreitenden Privatisierungs-Politik wird; näher *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 289 f.; *Remmert* (Fn. 29), 479 f.; *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 70), § 90 Rn. 34 f.

<sup>382</sup> Vgl. nur *Schäfer/Thiersch*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Fn. 126), § 2 Ziffer 1.3.2.

<sup>383</sup> Vgl. nur *Ehlers*, DJT (Fn. 18), 48; *John-Koch* (Fn. 33), 169; großzügiger *Kämmerer* (Fn. 30), 200 ff.



## E. Privatisierungsgestaltung

### I. Bewirken

#### 1. Der Privatisierungsakt

Wie soeben festgestellt, erfolgen Privatisierungen im Regelfall nicht durch Gesetz, sondern durch Verwaltungshandeln im Einvernehmen mit dem ins Auge gefassten privaten Träger. Angesichts der Vielzahl der verhandlungsbedürftigen Gegenstände dominiert dabei die Handlungsform des Vertrages; der (zustimmungsbedürftige) Verwaltungsakt kommt am ehesten bei der Beleihung vor, und zwar alternativ zum öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 54 ff. VwVfG<sup>384</sup>. Infolge der eindeutigen Charakterisierung des Vertragsgegenstandes („Übertragung der Befugnis, öffentlich-rechtlich zu handeln“), besteht insoweit kein Zweifel an der Zuordnung zum Regime des Öffentlichen Rechts – ganz im Unterschied zu den Verträgen zur Bewirkung einer vertragsbasierten PPP (die institutionalisierte PPP wird durch privatrechtlichen Gesellschaftsvertrag bewirkt). Während die Praxis bei der Verwaltungshilfe und bei der projektbezogenen PPP von Anfang an und völlig unbeeindruckt von dem seit Jahren diskutierten BMI-Vorhaben einer Ergänzung des VwVfG um den Vertragstyp des „öffentlich-rechtlichen Kooperationsvertrages“<sup>385</sup> mit privatrechtlichen Verträgen (ge-)arbeitet (hat)<sup>386</sup>, finden sich bei der Dienstleistungskonzession in zahlreichen Bereichen öffentlich-rechtliche Verträge<sup>387</sup>.

Nach allgemeinen Grundsätzen hängt die Zuordnung eines konkreten Vertrages davon ab, ob der Gesetzgeber dessen Gegenstand dem Öffentlichen Recht zugeordnet hatte (wie bei der Beleihung und vielfach bei der Dienstleistungskonzession), oder (bei fehlender gesetzgeberischer Zuordnung) ob die Verwaltung von der ihr anerkanntermaßen zustehenden Regimewahlkompetenz zugunsten des Privatrechts

---

<sup>384</sup> Zu den dortigen Handlungsmöglichkeiten vgl. *Freitag* (Fn. 151), 97 ff.

<sup>385</sup> Der Musterentwurf aus dem Jahre 2004 (abgedruckt bei *Schmitz*, DVBl. 2005, 21) ist bis heute nicht realisiert worden; vgl. noch IV.

<sup>386</sup> In den PPP-Handbüchern (Fn. 127) wird die Rechtsregimefrage erst gar nicht diskutiert. Zum Spektrum öffentlich-rechtlicher Verträge bei der funktionalen Privatisierung vgl. *Bauer*, DÖV 1998, 89; *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 164 ff.

<sup>387</sup> Vgl. etwa OVG NRW, NVwZ 2006, 1083; NVwZ-RR 2006, 842; *Ruhland* (Fn. 119), 80 f.

Gebrauch gemacht hat<sup>388</sup>. Dass sie dies offenbar beinahe flächendeckend tut, ist nicht Ausdruck eines Fluchtverhaltens, sondern dürfte daran liegen, dass das Privatrecht für die zahlreichen regelungstechnischen und finanziellen Aspekte eingespielte Regelungen bereithält. Dem Verwaltungsvertragsrecht fehlen nicht nur diese Regelungen, es bietet gegenwärtig auch keinen staatsrechtlichen Mehrwert, d.h. keine Regelungen zur Realisierung der sogleich beschriebenen Gewährleistungsverantwortung. Das eigentliche Problem liegt nämlich nicht in der Wahl des Rechtsregimes<sup>389</sup>, sondern darin, die verfassungsrechtlichen, verwaltungsgesetzlichen und politischen Anforderungen mittels Privatisierungsgestaltung, und d.h. vor allem mittels des Privatisierungsakts sicherzustellen. Diese Anforderungen bestehen unabhängig davon, welche der beiden Vertragsarten gewählt wird. Das Vorhaben einer Ergänzung des VwVfG um den eigenständigen Typ eines „öffentlich-rechtlichen Kooperationsvertrages“ beließe der Verwaltung zwar erfreulicherweise die – aufgaben- und situationsgerecht auszuübende - Entscheidungsfreiheit zwischen den beiden Rechtsregimes und beschränkte sich somit auf das, was überhaupt im VwVfG geregelt werden könnte<sup>390</sup>. Die am Ende dieses Gutachtens (IV) erörterte Frage nach einem rechtsregimeübergreifenden Allgemeinen PPP-Gesetz jenseits des VwVfG stünde damit aber weiterhin im Raum.

## 2. Rechtsfragen bei der Gestaltung des Übergangs

Lediglich hingewiesen sei darauf, dass der Übergang zu einer Arbeitsteilung mit Privaten oftmals mit einer Umwandlung i. S. d. UmwG verbunden ist, entweder durch Formwechsel nach §§ 190 ff. (etwa von Anstalt zu GmbH) oder durch Ausgliederung nach Maßgabe der §§ 168 ff. UmwG (etwa eines Eigenbetriebs zur Aufnahme durch eine Kapitalgesellschaft)<sup>391</sup>. Bei einem begleitenden Vermögensübergang treten die unter dem Stichwort „Vermögensprivatisierung“ verzeichneten Rechtsfragen (C II 1) hinzu. Aus politischer Sicht am schwierigsten zu lösen sind freilich die das vorhande-

---

<sup>388</sup> Ausführlich und mit zahlr. Nachw. zuletzt *Burgi*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 18 Rdnr. 44 ff.

<sup>389</sup> Ähnlich *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 310.

<sup>390</sup> Ebenso *Bonk*, DVBl. 2004, 141 (147); *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), 121; *Maurer*, in: Spannowsky, FS Püttner, 2007, 52 f.

<sup>391</sup> Eingehend und unter Einbettung in den Privatisierungskontext *Kämmerer*, Privatisierung (Fn. 30), 274 ff.; *Gaß*, Die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen, 2003; *Mann*, Gesellschaft (Fn. 31), 154 f.

ne Personal betreffenden Rechtsprobleme<sup>392</sup>, weil sich hier Chancen mit nicht zu leugnenden Risiken treffen, welche den Moment des Übergangs oft lange überdauern können<sup>393</sup> und dementsprechend vorab schwer einzuschätzen sind.

Dies gilt zum einen bei der Überleitung von Beamten, sei es vermittels (bei Bahn und Post sogar verfassungsrechtlich fundierten; vgl. Art. 143a u. 143b GG) Spezialvorschriften und gewaltigen Personalmanagementprogrammen<sup>394</sup>, sei es über die sog. Zuweisung nach § 123a Abs. 2 BRRG, jedenfalls u. a. unter Beibehaltung des Rechts auf eine amtsangemessene Beschäftigung<sup>395</sup>. Zum anderen (und erst recht) gilt es bei der Überleitung der Beschäftigungsverhältnisse von Angestellten und Arbeitern im Wege des Betriebsübergangs nach § 613a BGB (mit europarechtlichen Bezügen und Zusatzversorgungsproblematik)<sup>396</sup> oder per Arbeitnehmerüberlassung. Umso wichtiger erscheint daher ein sorgsamer Umgang mit den Informations- und Beteiligungsrechten (unterschiedlicher Intensität) der Personalvertretungen nach Maßgabe des jeweiligen Personalvertretungsgesetzes (vgl. als Beispiel einer unspezifischen, da allgemein auf die „Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen“ bezogenen Lösung, §§ 78 Abs. 1 Nr. 2, 75 BPersVG)<sup>397</sup>.

---

<sup>392</sup> Gesamtdarstellungen (für PPP) bei *Willemsen*, in: FS 50 Jahre BAG, 2004, 287; *Schweibert/Benkert*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Fn. 126), § 9; *Schöne/Greth*, in: *Littwin/Schöne* (Fn. 127), Rdnr. 96 ff.; *Schuster/Lorenzen*, in: *Hoppe/Uechtritz* (Fn. 31), § 12 Rn. 13 ff.

<sup>393</sup> Zur Veränderung der Arbeitsbedingungen nach PPP vgl. *Schweibert/Benkert*, aaO, § 9 Ziffern 4 und 6.

<sup>394</sup> Entfaltet bei *Panke*, *Privatisierungsfolgenmanagement im Personalbereich am Beispiel der Deutschen Bahn AG*, 2005.

<sup>395</sup> Hierzu BVerwG, NVwZ 2006, 1291; NVwZ 2007, 101; *Ronellenfitsch/Dorn*, *VerwArch* 97 (2006), 520, und allg. *Pfohl*, ZBR 2006, 300.

<sup>396</sup> Zuletzt *Wolff/Conradi*, ZTR 2007, 290.

<sup>397</sup> Zur Verfassungsmäßigkeit einer weitergehenden Mitbestimmungsregel im vormaligen LPersVG NRW: BVerwG, NZA-RR 2004, 276; ferner *Vogelgesang*, *PersV* 2005, 4; *Krenz*, *PersR* 2007, 367.

## II. Grundlagen und Inhalte staatlicher Gewährleistungsverantwortung

### 1. Begriff und Auftrag

Dass der Staat nach erfolgter Privatisierung nicht gänzlich verschwindet, sondern im Rahmen des Privatisierungsfolgenrechts (vgl. A II 2) in einer neuen Rolle agiert, ist heute unumstritten. Bezogen auf die betroffene Staatsaufgabe ist er von der Erfüllungs- in die Gewährleistungsverantwortung gewechselt<sup>398</sup>. Dieser Begriff bezeichnet freilich nicht mehr als den Auftrag, die rechtlichen Vorgaben unter den nach Privatisierung veränderten Gegebenheiten und differenziert nach den verschiedenen Privatisierungsoptionen dogmatisch neu zu entfalten. Dabei soll zwischen den Grundlagen (Verfassung, Gesetz, politischer Wille) und den Inhalten (z. B.: Schutz der Aufgabebetroffenen) einerseits (2 u.3), den Instrumenten einschließlich etwaiger Vollzugsdefizite andererseits (III), unterschieden werden, jeweils ohne Einzelheiten vertiefen zu können. Ungeachtet der Bedeutung dieser rechtlichen Überlegungen ist der Hinweis darauf wichtig, dass die erfolgreiche Ausübung der Gewährleistungsverantwortung in höherem Maße als vielfach praktiziert bei Staat bzw. Kommune den Einsatz von qualifiziertem Personal nebst finanziellen Mitteln erfordert<sup>399</sup>. Erst durch das Zusammenwirken dieser mit den rechtlichen Anstrengungen kann verhindert werden, dass die staatliche Letztverantwortung<sup>400</sup> für das Gemeinwohl zur leeren Hülse wird.

Der Impuls für die Entfaltung eines Rechts der Gewährleistungsverantwortung entstammt dem Bewusstsein für das Gefährdungspotenzial einer unkoordinierten Überantwortung immer umfangreicherer Teilbereiche der Gemeinwohlverwirklichung an Private. In dem Maße, in dem der Staat (sich selbst) "auf Diät" setzt<sup>401</sup>, entstehen neue Machtstrukturen mit neuen Beeinträchtigungswirkungen<sup>402</sup>, die eingangs (B IV 2) skizziert worden sind. Übersetzt auf die rechtliche Ebene bedeutet dies, dass sich

---

<sup>398</sup> Vgl. zuletzt *Weiß*, DVBl. 2002, 1167 (1181 f.); *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 266 (307 ff.); *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 12 Rn. 118 f.; *Burgi*, in: HdbStR IV (Fn. 1), § 75 Rn. 30. Zur kommunalen Ebene: *Britz*, DV 37 (2004), 145.

<sup>399</sup> Trefflich (wenngleich nur auf die Beleihung bezogen) *BremStGH*, NVwZ 2003, 81 (84).

<sup>400</sup> Begriff nach BVerfG, DVBl. 1995, 1291 (1293).

<sup>401</sup> Begriff nach *Kämmerer*, JZ 1996, 1042.

<sup>402</sup> *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (252 f.)

beispielsweise bei den Grundrechten unter Umständen ein Wechsel von der (dogmatisch eindeutigen) Abwehrfunktion gegenüber staatlichen Eingriffen zu der nach Begründung und Inhalt unberechenbareren Schutzpflicht gegenüber (freilich staatlich veranlassten) Beeinträchtigungen durch private Konzessionäre o.ä. vollzieht; beim Recht der öffentlichen Einrichtungen verwandelt sich bei einer PPP-geführten Einrichtung der Zulassungsanspruch gegen die Kommune (unter Umständen) in einen Verschaffungsanspruch etc. In diesen und in den meisten anderen Fällen geht es mithin um ein spezifisches Regime für das arbeitsteilige Zusammenwirken, nicht etwa um die schlichte Zurechnung des Handelns der privaten Träger zum Staat, um sodann die gewohnten verfassungsrechtlichen Bindungen zur Entfaltung bringen zu können. Derartige Etatisierungsversuche müssen jedenfalls außerhalb der Beleihung scheitern, und zwar sowohl am (nicht beliebig dehnbaren) Inhalt der jeweils betroffenen Norm (vgl. noch sogleich) als auch wegen der Missachtung der zuvor (legaler- und legitimerweise) getroffenen Privatisierungsentscheidung. Wurden eingangs (B II bzw. III) die „Rahmenbedingungen“ einerseits der staatlichen und andererseits der privaten Aufgabenwahrnehmung vor der Privatisierung beschrieben, so geht es nun um die veränderten Rahmenbedingungen danach, d. h. in Anbetracht der staatlichen Gewährleistungsverantwortung.

## **2. Die wichtigsten Inhalte**

### *a) Materielle Elemente*

Als erstes inhaltliches Element ist die Verpflichtung zur Erreichung bestimmter jeweils im öffentlichen Interesse liegender Ziele zu nennen, etwa die Vermeidung von Gefahren, die Versorgung der angeschlossenen Bevölkerungsteile mit Wasser oder der kontinuierliche Betrieb einer Schule. Grundlage solcher Zielfestlegungen kann - bei Vorliegen einer obligatorischen Staatsaufgabe im oben (D I 1) beschriebenen Sinne – die Verfassung sein, häufiger ist es jedoch das jeweils betroffene Fachgesetz. Indem dieses eine bestimmte Behörde für „zuständig“ erklärt, verpflichtet es zur Zielerreichung, entweder per Eigenwahrnehmung oder eben per Inpflichtnahme Privater nebst Kontrolle. Die Gewährleistungsverantwortung leitet sich insoweit unmittelbar aus dem GG bzw. dem betroffenen Fachgesetz ab und zugleich ermöglicht ihr Bestehen, dass der Staat sich trotz Verfassungspflicht bzw. Zuständigkeitszuweisung

teilweise zurückziehen darf<sup>403</sup>. Schließlich kann dem privaten Aufgabenträger die Verwirklichung von Zielen jenseits der gesetzlichen Mindeststandards auferlegt werden, insbesondere auf der kommunalen Ebene, wo die Eigenverantwortlichkeitsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG es den gewählten Mandatsträgern erlaubt, etwa einer Schul-PPP die politisch gewünschte Richtung zu weisen (z.B.: Ausstattung mit Räumen für den Ganztagsunterricht, Verwendung ökologischer Baumaterialien etc.). Das zweite Element bilden all diejenigen Impulse, die auf den Schutz der Aufgabebetroffenen (der Dritten) zielen. Neben dem jeweiligen Fachgesetz, das z. B. zur sorgfältigen Handhabung der Fluggastkontrolle<sup>404</sup> oder zu der bereits erwähnten Zulassung zur Benutzung einer öffentlichen Einrichtung<sup>405</sup> auch dann verpflichtet, wenn Beliehene bzw. private Betreiber eingeschaltet sind, beanspruchen aufgabenübergreifende Schutzgesetze Geltung. So kann beispielsweise zu gewährleisten sein die Erfüllung von Ansprüchen nach den Informationsfreiheitsgesetzen<sup>406</sup>, die Einhaltung bestimmter Datenschutzstandards<sup>407</sup> oder die Orientierung an einer bestimmten Gebührenhöhe (einberechnete Entgelte privater Helfer müssen daher „erforderlich“ sein)<sup>408</sup> bzw. an den „Grundsätzen öffentlichen Finanzgebarens“ bei der Erbringung von Versorgungsleistungen<sup>409</sup>. Zusätzliche Schutzstandards namentlich in sozialer

---

<sup>403</sup> Vgl. bereits D I 1.

<sup>404</sup> VGH BW, GewArch 2007, 258.

<sup>405</sup> Zuletzt: BVerwGE 123, 159 (sogar mit Anschluss- und Benutzungszwang; VG Stuttgart, NVwZ 2007, 614); ausführlich zum Beispiel der Datenbankeinrichtung juris *Albrecht*, Probleme bei der Privatisierung staatlicher Informationspflichten, 2002, 115 f.

<sup>406</sup> Vgl. z. B. § 1 Abs. 1 Satz 3 IFG sowie die diesbezügliche Kommentarliteratur; VG Berlin, Grundeigentum 2006, 787 (Anspruch gegen die Berliner Wasserbetriebe).

<sup>407</sup> Dies ist v.a. bei Sicherheitsaufgaben relevant; vgl. §§ 1 Abs. 2 Nr. 3, 27 ff. BDSG („nicht-öffentliche Stelle“), § 11 Abs. 4 BDSG (Auftragsdatenverarbeitung) und die Spezialregelungen des Landesdatenschutz- bzw. Polizeirechts, ferner § 8 BewachungsVO v. 10.7.2003 (BGBl. I, 1378; weiterführend *Stober* (Fn. 110), 185 f. m.w.N.

<sup>408</sup> Vgl. zuletzt BayVGH, U. v. 28. 8. 2007, 8 BV 05.2493; *Wiesemann*, KStZ 2007, 141. Verstöße gegen das Vergaberecht sollten auch weiterhin nur indizielle Bedeutung entfalten und nicht unmittelbar die Rechtswidrigkeit von Gebührenbescheiden begründen können (ausführlich *Mager*, Vergaberecht und Gebührenrecht, 2007).

<sup>409</sup> Allein dieser Maßstab greift auch im Falle der staatlichen Eigenwahrnehmung bei Wahl des privatrechtlichen Handlungsregimes ein (vgl. Fn. 43), so dass die Einschaltung eines Konzessionärs (vgl. zu dessen Bindung hieran *Brüning* (Fn. 202), 212 f.; *Burgi*, Dienstleistungskonzession [Fn. 121], 52 f.) insoweit keinen Abbau von Standards bewirkt; das ÖPP-Beschleunigungsg

einschließlich entgeltbezogener Hinsicht (z. B. bei einer PPP in der Wohnraumversorgung) können politisch festgelegt werden. Verfassungsrechtlich ist die staatliche Gewährleistungsverantwortung gegenüber den Aufgabenbetroffenen durch die Grundrechte fundiert. Diese entfalten bei der Beleihung ihre gewohnte Abwehrkraft<sup>410</sup>, während bei der Aufgabenprivatisierung und bei der Akkreditierung „lediglich“ die, freilich qua Ingerenz verdichtete Schutzpflichtfunktion<sup>411</sup> ausgelöst wird. Bei der PPP, wo zumeist „nur“ der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG berührt ist, kann der staatliche Partner der Grundrechtsbindung nebst Amtshaftung für seine Aktivitäten einschließlich den hierdurch gleichsam programmierten Beeinträchtigungen nicht entrinnen; die auftragsgemäß autonom erbrachten Beiträge der Privaten werden aber nicht von Art. 1 Abs. 3 GG erfasst<sup>412</sup>. Konkret bei der institutionalisierten PPP ist eine unmittelbare Grundrechtsbindung des Kooperationsunternehmens (neben der seines staatlichen Mitträgers) mit der h.A. abzulehnen<sup>413</sup>, zum Ersten weil es in einer neuen Arena zwischen Staat und Gesellschaft agiert, und zum Zweiten wegen der funktionalen Austauschbarkeit mit der vertragsbasierten PPP.

#### b) *Organisations- und verfahrensbezogene Elemente*

Des Weiteren geht es um die Gewährleistung von Neutralität und Objektivität, um eine die Rechte der Aufgabenbetroffenen respektierende Verfahrensgestaltung (das

(Fn. 10) konnte daher für das Fernstraßenbauwesen unproblematisch ein Wahlrecht zwischen Gebühr und privatrechtlichem Entgelt einführen (§ 1 Abs. 5 FStrPrivFinG; vgl. *Uechtritz/Otting*, NVwZ 2005, 1105).

<sup>410</sup> *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth* (Fn. 41), Art. 1 Rdnr. 30.

<sup>411</sup> Vgl. *Kämmerer* (Fn. 30), 449 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 297 f.; *Eifert*, DV 37 (2006), 303 (319); *Butzer*, in: *HdbStR IV* (Fn. 1), § 74 Rdnr. 41 ff.

<sup>412</sup> Ausführlich *Burgi*, *Privatisierung* (Fn. 30), 342 ff. Zur Zurechnung bestimmter Durchführungsbeiträge von Verwaltungshelfern bei Art. 34 GG, § 839 BGB vgl. BGHZ 121, 161 (Abschleppunternehmer); BGH, DVBl. 2005, 247; NVwZ 2006, 966 (Prüflabor), zuletzt *Wustmann*, BayVBl. 2007, 449.

<sup>413</sup> *Ehlers*, 64. DJT (Fn. 18), 39; *Höfling*, in: *Sachs* (Fn. 221), Art. 1 Rdnr. 104; *Starck*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck* (Fn. 147), Art. 1 Rdnr. 231; *Kempfen*, in: *Merten/Papier*, *Hdb. Grundrechte II*, 2006, § 54 Rdnr. 56. Welchen Einfluss dies auf die bekanntlich vom BVerfG in einem Kammerbeschluss verneinte Frage nach der Grundrechtsberechtigung (NJW 1990, 1783; vgl. demgegenüber BVerwG, NVwZ 2004, 745 [Telekom]) hat, kann und braucht hier nicht vertieft zu werden.

VwVfG greift ja außerhalb der Beleihung<sup>414</sup> nicht ein, übrigens ja auch nicht bei der privatrechtsförmigen Eigenwahrnehmung), vor allem aber um Leitungs- und Kontrollelemente, mit anderen Worten, um die Realisierbarkeit der öffentlichen Interessen nach Privatisierung. Als rechtliche Grundlage für die besonders wichtigen organisatorischen Gestaltungen fungiert im oben (D I 3) beschriebenen Anwendungsbereich der Art. 87 ff. GG das Erfordernis des „Getragenseins“ demnach statthafter Organisationseinheiten durch den Bund, abgesehen davon das Gebot der demokratischen Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG. Dieses greift unbestrittenermaßen und mit der gleichsam klassischen Konsequenz der Staatsaufsicht nach einer Beleihung ein<sup>415</sup>. Ebenso klar ist die Legitimationspflichtigkeit einschließlich parlamentarischer<sup>416</sup> bzw. gemeinderätlicher Kontrolle<sup>417</sup> der jeweils noch stattfindenden staatlichen Aktivitäten und das Bestehen einer sog. Einwirkungspflicht gegenüber Eigengesellschaften. Was dies gegenüber gemischtwirtschaftlichen Unternehmen, d. h. im Rahmen der institutionalisierten PPP bedeutet (Stichwort „Verwaltungsgesellschaftsrecht“), ist hingegen klärungsbedürftig; darauf ist bei der Erörterung des Gewährleistungsinstruments „Gesellschaftsrecht“ (III 3) zurückzukommen.

Besondere Aufmerksamkeit ist in den vergangenen Jahren zu recht der Privatisierung entscheidungsvorbereitender Beiträge (v.a. zugunsten von Sachverständigen oder Planern) und dem Akkreditierungswesen gewidmet worden. Zwar treffen dort staatliche Stellen die abschließenden Entscheidungen über belastende Maßnahmen der Produkt- oder Umweltüberwachung, aber ihre Entscheidungsbeherrschung kann sich bis hin zur bloßen Ratifizierung der privat geleisteten Vorarbeiten reduzieren; vielfach ist ihnen der Nachvollzug der Abläufe gar nicht mehr möglich. Der Verwaltungsrechtsdogmatik ist es durch eine sorgsame Interpretation von Demokratie- und Rechtsstaatsgebot gelungen, dieser Gefährdungslage mit der sog. Strukturschaf-

---

<sup>414</sup> Dort sichert § 21 die Unbefangenheit der Amtsführung, so BayVGH, GewArch 2007, 494.

<sup>415</sup> BremStGH, NVwZ 2003, 81, u. noch III 2.

<sup>416</sup> BayVerfGH, NVwZ 2007, 204. Weiterführend *Gusy*, ZRP 1998, 265; *Schmidt*, Die demokratische Legitimationsfunktion der parlamentarischen Kontrolle, 2007, 431 f.; speziell zu parlamentarischen Informationsbefugnissen gegenüber privatrechtsförmigen Trabanten *Teuber*, Parlamentarische Informationsrechte, 2007, 192 ff.

<sup>417</sup> *Will*, VerwArch 94 (2003), 248.



fungspflicht zu begegnen<sup>418</sup>. Dies bedeutet, dass die eingangs genannten Elemente per vertraglicher Gestaltung bzw. im Kontext der Akkreditierung, u. U. innerhalb eines noch zu schaffenden gesetzlichen Rahmens, in die arbeitseilige Struktur integriert werden müssen.

c) *Wettbewerbssicherung als Element staatlicher Gewährleistungsverantwortung*

In der politischen Auseinandersetzung ist vielfach der Vorwurf zu hören, dass mit einer Privatisierung ein staatlich/kommunales „Monopol“ durch ein privates „Monopol“ ersetzt werde (vgl. B IV 1). In der Tat ist nicht zu leugnen, dass mit dem Rückzug des bisherigen Aufgabenträgers der wirtschaftlichen Betätigung ein attraktives Feld geöffnet wird, das derjenige Private, der es erobert hat, naturgemäß möglichst allein und möglichst lange zu beackern trachten wird. Dies kann die Leistungsbereitschaft erlahmen lassen und würde somit – objektiv betrachtet - ein Stück des gerade erhofften Effizienzvorteils qua Privatisierung wieder zunichte machen. Subjektiv betrachtet stehen die Chancen anderer Aspiranten auf dem Spiel<sup>419</sup>. Es verwundert daher, dass das (strukturbezogene) Element „Wettbewerbssicherung“ bislang nicht als Bestandteil der staatlichen Gewährleistungsverantwortung diskutiert worden ist. Eine rechtliche Grundlage hierfür gibt es immerhin auf der Ebene der „Beschaffung“ der Privaten, weil das EU-Primärrecht ebenso wie die VKR der Auswahlentscheidung zum Schutze des Wettbewerbs ein strukturiertes Vergabeverfahren voranstellt<sup>420</sup>. Das schließt es aber natürlich nicht aus, auch bei der strukturellen Gestaltung der sodann entstehenden Arbeitsteilung die Wettbewerbssicherung als politisches Ziel zu formulieren und es mit Instrumenten wie reglementierter Untervergabe oder Laufzeitbeschränkung (vgl. III 1 u. 2) zu verfolgen suchen.

### 3. Der Grundsatz der Privatisierungstransparenz

In der Summe aller bisher (zu den Grenzen und Maßstäben und zur Gewährleistungsverantwortung) angestellten Überlegungen ergibt sich m. E. die Anerkennung

---

<sup>418</sup> Vgl. *Burgi*, DV 33 (2000), 183; *Voßkuhle*, in: HdbStR III (Fn. 75), § 43 Rn. 61. Zusätzlich mit Blick auf das Akkreditierungswesen *Eifert*, DV 39 (2006), 320 ff.; *Scholl* (Fn. 158), 335 f.; *Scherzberg*, NVwZ 2006, 383 f.; *Pünder*, ZHR 170 (2006), 596.

<sup>419</sup> Während die Interessen der Aufgabenbetroffenen bereits durch die genannten materiellen (u.a. Entgelthöhe) und formellen Elemente aufgefangen sind.

<sup>420</sup> Vgl. D II 2.

eines im Primärrecht und im Verfassungsrecht gleichermaßen verankerten Grundsatzes der Privatisierungstransparenz. Ob durch PPP, Beleihung oder Akkreditierung - es entsteht eine arbeitsteilige Struktur mit grundlegend veränderten tatsächlichen und rechtlichen Rahmenbedingungen. Davon sind die Aufgabenadressaten (die im Fall der Eigenwahrnehmung dank § 11 Abs. 2 u. 3 IFG mittlerweile sogar Behörden-Organigramme im Internet vorfinden) und die gewählten Entscheidungsgremien bei dem jeweiligen staatlichen bzw. kommunalen Träger (Parlament bzw. Rat) betroffen. In einer Zusammenschau<sup>421</sup> von grundfreiheitsrechtlich<sup>422</sup> wie rechtsstaatlich verankertem Publizitätsgebot und demokratisch fundiertem Gebot der Verantwortungsklarheit<sup>423</sup> ergeben sich daraus zwei Vorgaben für die Privatisierungsgestaltung, und zwar als gleichsam übergreifende Elemente der Gewährleistungsverantwortung: Die Pflicht zur Herstellung angemessener Publizität hinsichtlich einer erfolgten Arbeitsteilung und die Pflicht zur Offenlegung (expliziten Formulierung) der jeweils weiterhin für maßgeblich erachteten öffentlichen Zwecke. Im Abschnitt D sind schon zwei Instrumente zur Umsetzung dieses Transparenzgrundsatzes ermittelt worden, nämlich die Notwendigkeit der Bekanntmachung einer Beleihung, wenn diese per Verwaltungsmaßnahme erfolgt ist (D IV), und die Offenlegungspflicht hinsichtlich des öffentlichen Zwecks im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsuntersuchung (D III 1 b). Bei der Akkreditierung wäre hierauf bei der Formulierung des oben (D I 2 c) geforderten allgemeinen Gesetzes zu achten<sup>424</sup>. Nach weiteren Instrumenten im Vergabe-, Vertrags- und Gesellschaftsrecht wird im nachfolgenden Abschnitt zu suchen sein.

---

<sup>421</sup> Vgl. sub specie Privatisierung bereits *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), 231; weitergehend *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 323.

<sup>422</sup> So betont der EuGH in den Entscheidungen zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (Fn. 347) neben dem Diskriminierungsverbot und dem Gleichbehandlungsgebot stets die Verpflichtung zur Transparenz.

<sup>423</sup> In diese Richtung (im Hinblick auf die Ausgliederung eines öffentlichen Unternehmens) und unter zutreffender Betonung der (wiederum auch rechtsstaatlich fundierten; vgl. D I 2 c) Zuständigkeitsordnung *Mann* (Fn. 31), 86; allg. *Huber*, in: 65. DJT, Band I, 2004, 40.

<sup>424</sup> Den Betroffenen gegenüber wird die erforderliche Transparenz hier zumeist durch den Vertragsschluss mit der Zertifizierungsstelle hergestellt.

### III. Instrumente der Gewährleistungsverwaltung

#### 1. Vergaberecht

Zeitlich gesehen, bilden die Regeln des europäischen Vergaberechts, aber auch anderweitig begründete Auswahlregeln<sup>425</sup>, das erste Instrument zur Erfüllung der Gewährleistungsverantwortung und dabei handelt es sich um ein sehr leistungsfähiges und funktionsgerechtes Instrument. Diese Erkenntnis ist relativ neu<sup>426</sup> und sie bedarf dringend der weiteren dogmatischen Verfestigung und Entfaltung, damit das Vergaberecht jene Rolle kraftvoll ausüben kann. Dies gilt umso mehr, wenn man von Seiten des Europarechts und der Wirtschaftspolitik auf ein Konzept der Abschichtung von politischer Definition und effizienter Leistungserbringung, d. h. auf das Bestellerdenken, setzen will. Das Vergaberecht ist mithin nicht „nur“ den Wettbewerbschancen der Bieter, zumal denen aus dem „Mittelstand“ (vgl. v.a. § 97 Abs. 3 GWB) verpflichtet<sup>427</sup> (womit es ja schon ein Instrument zur soeben angesprochenen Wettbewerbssicherung ist), sondern es dient noch zuvor dazu, die Anforderungen, die in materieller und formeller Hinsicht an die späteren Leistungserbringer gestellt werden sollen, zu ermitteln, zu formulieren (Privatisierungstransparenz!) und die Auswahlentscheidung zu strukturieren. Dies Aufgabenfeld für Aufgabenfeld durchzudeklinieren und erforderlichenfalls in fachverwaltungs-, genauer, fachprivatisierungsrechtliche

---

<sup>425</sup> Konkret bei der Beleihung, wo die VKR nicht anwendbar ist (D II 4 d), bei der Auswahl des Privaten aber natürlich erst recht (da stärkere Publizierung und geringe Bedeutung subjektiver Bieterrechte) die Gewährleistungsverantwortung auszuüben ist.

<sup>426</sup> Besonders betont bei *Knauff* (Fn. 369), 84 f.; *Steinberg*, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005, 197 ff.; *Franzius*, Der Staat 45 (2006), 547 (549 ff.); *Burgi*, VergabeR 2007, 457 f. In den sonst so umfassenden PPP-Handbüchern (Fn. 127) ist dieser Aspekt unterbelichtet.

<sup>427</sup> Zu den Instrumenten einer mittelstandsgerechten und nichtdiskriminierenden Vergabe, unter denen die m. E. noch deutlicher zu konturierende Pflicht zur Teilung in Fach- und Teillose herausragt, vgl. *Dreher*, NZBau 2005, 428; *Burgi*, NZBau 2006, 606 ff. Bei der Umsetzung der gegenwärtig erarbeiteten PPP-Mittelstandskonzepte (etwa in Bayern, BW und NRW; vgl. auch *Büscher/Theurer/Meyer* [Fn. 127]) ist freilich darauf zu achten, dass der gerade in der lebenszeitig konzipierten Paketlösung liegende Effizienzvorteil nicht zunichte gemacht wird, weswegen dort weniger die Los-, vielmehr die wettbewerbliche Untervergabe (durch den Paketanbieter) funktionsgerecht erscheint (vgl. dazu sogleich).

Leitfäden, durchaus auch in Verwaltungsvorschriften, zu gießen, ist einer der wichtigsten Handlungsaufträge für die nächsten Jahre.

Die Entfaltung dieses Ausschreibungs*verwaltungsrechts* muss mit der Leistungsbeschreibung nach §§ 8 VOL/A, 8 VOB/A beginnen. Sie ist der Ort, an dem die Weichen für eine gemeinwohlkonforme, und d.h. den Vorgaben des staatlichen Auftraggebers entsprechende spätere Leistungserbringung gestellt werden müssen: Wieviel Bewachungsgänge müssen/sollen unternommen und von in welcher Weise qualifizierten Mitarbeitern<sup>428</sup>? Welche Versorgungsqualität wird von einem Wasserkonzessionär erwartet etc.<sup>429</sup>? Sowohl die Prüfung der (personenbezogenen) Eignung nach § 97 Abs. 4 als auch die der Zuschlagskriterien nach § 97 Abs. 5 GWB wird hierdurch geprägt, weil auf beiden Stufen die Eignung bzw. die „Wirtschaftlichkeit“<sup>430</sup> in Bezug auf den zuvor festgelegten „Auftragsgegenstand“<sup>431</sup> in Frage steht. Dieser ist gleichsam als Produkt der Gewährleistungsverantwortung durch das jeweilige Fachrecht geprägt, woran das Vergaberecht schlicht anknüpft und in Gestalt des Diskriminierungsverbots (z. B. kein Zuschneiden des Gegenstands auf örtliche Anbieter) lediglich die äußerste Grenze zieht. Hinzu kommen die Verfahrensanforderungen und –angebote, namentlich die höchst chancenträchtige Verfahrensart des „wettbewerblichen Dialogs“ nach § 6a VgV<sup>432</sup>. Nach erfolgter Zuschlagserteilung stellt das Vergaberecht mit der teilweise bestehenden Qualifizierung der neuen Aufgabenträger als „Öffentliche Auftraggeber“ nach § 98 Ziffer 2 bis 6 GWB und mit der Option der reglementierten Untervergabe zwei interessante Instrumente der Wettbewerbssicherung zur Verfügung. Hinsichtlich der letzteren Option ist es zwar richtig, im Interesse der Nutzung der privaten Handlungsrationalität keine vollständige Vergaberechtspflichtigkeit im Verhältnis zu Nachunternehmern anzuordnen, aber die in § 10

---

<sup>428</sup> Näher *Stober*, NJW 2007, 2008 (2012 f.).

<sup>429</sup> Näher *Masing*, VerwArch 95 (2004), 167 f.

<sup>430</sup> Das Vergaberecht bildet die Phase III der oben (D III 1 a) beschriebenen Wirtschaftlichkeitsuntersuchung.

<sup>431</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-247/02, NZBau 2004, 685 (Sintesi); Erwägungsgrund 1 der VKR.

<sup>432</sup> Zu dessen Anwendbarkeit und Funktionsgerechtigkeit vgl. *Schenke/Klimpel*, DVBl. 2006, 1492; *Kus*, VergabeR 2006, 851; *Müller/Brauser-Jung*, NVwZ 2007, 884 (887 f.); und zum Beispiel des Fernstraßenbaus *Burgi*, DVBl. 2007, 754 f. Mit zunehmender Standardisierung der PPP-Modelle verengt sich der Spielraum für inhaltlich offenere Verfahren (*Dörmann*, NZBau 2007, 751).

Nr. 1 VOL/A enthaltene Verpflichtung, bei der Vergabe von Unteraufträgen „nach wettbewerblichen Grundsätzen“ zu verfahren, sollte auch auf den Baubereich erstreckt werden<sup>433</sup>.

## 2. Vertragsrecht (Gewährleistungsvereinbarung bzw. Gewährleistungsmaßnahmen nach Beleihung/Akkreditierung)

Nach erfolgter Auswahl bildet bei allen Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung der jeweils abgeschlossene Vertrag das zentrale Instrument der Gewährleistungsverwaltung, und zwar mit je nach gewählter Option (Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession, projektbezogene PPP) sowie je nach gewähltem Modell (Betreibermodell etc.) unterschiedlichem Inhalt<sup>434</sup>. Hierfür wird der Begriff „Gewährleistungsvereinbarung“ vorgeschlagen. Auch bei der Beleihung und bei der Akkreditierung sind die Rechte und Pflichten von Staat und Privatem im jeweiligen Beleihungs- bzw. Akkreditierungsakt geregelt, allerdings normativ stark vorgeprägt durch das jeweilige Fachgesetz. In Gestalt der Rechts- sowie der nur höchst ausnahmsweise verzichtbaren Fachaufsicht<sup>435</sup> hält das Beleihungsrecht dabei das eingespielteste (da vom Falle der Eigenwahrnehmung her vertraute) Instrument bereit. Bei den vertragsbasierten PPP, um die allein es in diesem Abschnitt gehen soll, fehlt ein expliziter gesetzlicher Rahmen, weswegen allein das BGB bzw. (bei öffentlich-rechtlichen Verträgen) die §§ 54 ff. VwVfG (incl. Koppelungsverbot und Zustimmungserfordernissen nach § 58)<sup>436</sup> zur Anwendung gelangen. Daneben können die Vertragspartner vermehrt auf Musterverträge<sup>437</sup> zurückgreifen. Dieser Zustand er-

<sup>433</sup> Wie schon im Referentenentwurf des Bundeswirtschaftsministerium von März 2005 vorgesehen (abgedruckt als Beilage zu Heft 5/2005 der NZBau). Die europarechtliche Legitimation ergibt sich aus Art. 25 VKR i.V.m. Nr. 32 der Erwägungsgründe. Zu dem die Nicht-Vergaberechtpflichtigkeit klarstellenden § 6 Abs. 2 Nr. 3 VgV i. d. F. d. ÖPP-BeschleunigungsgG (Fn. 10) vgl. *Marx/Werner*, in: Bürsch/Funken (Fn. 10), Rn. 22 f.

<sup>434</sup> Danach differenzierte Darstellung bei *Schede/Pohlmann*, in: *Weber/Schäfer/Hausmann* (Fn. 126), § 3.

<sup>435</sup> Hierzu *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 539 f.; zum gesamten „Beleihungsrechtsverhältnis“ *Freitag* (Fn. 151), 188 ff., 205 ff. (zur Entgeltsituation). Als Reaktion auf Fehlverhalten ist u.a der Widerruf des Beleihungs-Verwaltungsakts möglich (VGH BW, *GewArch* 2007, 258).

<sup>436</sup> Vgl. noch IV 2.

<sup>437</sup> Genannt seien die im Juni 2007 von der PPP-Task Force Bund koordinierte „PPP-Schulstudie mit Handlungsleitfäden und Vertragsmustern“ sowie die vom Bundesverkehrsministerium hrsg.

möglichst aufgaben- und situationsgerechte Gestaltungen, birgt aber zugleich die Gefahr eines allzu sorglosen Umgangs mit dem vertraglichen Instrumentarium und damit der Missachtung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung, weshalb abschließend (IV) nach der Notwendigkeit eines Allgemeinen PPP-Gesetzes zu fragen sein wird.

Aus der Sicht der staatlichen Gewährleistungsverantwortung steht einmal der leistungsbezogene Teil der Vereinbarung, d. h. die Gestaltung des arbeitsteiligen Zusammenwirkens im Vordergrund des Interesses<sup>438</sup>. Hierbei geht es zunächst um die Pflichten des privaten Partners: Leistungserbringung, definiert nach Inhalt und Umfang („service-level-Vereinbarung“), Realisierung der vorgegebenen öffentlichen Zwecke (deren Benennung durch das Gebot der Privatisierungstransparenz gefordert wird), Beachtungs- und Verhaltenspflichten gegenüber den Aufgabenbetroffenen, Pflichten in organisatorischer und verfahrensmäßiger Hinsicht. Neben das Recht, die Erfüllung dieser Pflichten verlangen zu können, treten zugunsten des staatlichen Vertragspartners weitere Rechte, gerichtet auf kontinuierliche Information und ad hoc-Auskunft, Einwirkung („Weisung“)<sup>439</sup>, zur Kontrolle und Vertragsanpassung<sup>440</sup>, ferner zur Sanktionierung (z. B. per Vertragsstrafe), bis hin zur Möglichkeit der Beendigung nebst Republifizierung einschließlich „Heimfall“ von Infrastruktur und Personal.

Ebenfalls relevant für die Gewährleistungsverantwortung (wegen des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes<sup>441</sup> und den finanzrechtlichen Vorgaben<sup>442</sup>), vor allem aber im Interesse des privaten Partners liegend, ist die finanzielle Situation, d. h. das ggf. zu zah-

Gutachten zur Erarbeitung von Vertragsmustern im Fernstraßenwesen (dokumentiert bei *Burgi*, DVBl. 2007, 653). Zur Einordnung als AGB vgl. *Kunkel/Weigelt*, NJW 2007, 2433.

<sup>438</sup> Systematisch entfaltet bei *Bauer*, DÖV 1998, 89; *Burgi*, Privatisierung (Fn. 19), 425 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 321 ff.; *John-Koch* (Fn. 33), 334 ff.; *Schulze-Fielitz*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 12 Rn. 120 f. Eher kautelarjuristisch: *Kiethke*, NZG 2004, 993; *Schöne*, in: Littwin/Schöne (Fn. 127), Rn. 131 ff.

<sup>439</sup> Dies kann u.U. zusätzlich (trotz fehlender Gesellschafterstellung) durch gesellschaftsrechtliche Mechanismen erfolgen (BVerwG, DÖV 2001, 124). Zum umgekehrten Fall der Ergänzung des Gesellschafts- durch das Vertragsrecht vgl. III 3 c.

<sup>440</sup> Allerdings nur innerhalb des bereits im Vergabeverfahren bekannt gemachten Rahmens, woraufhin die EG-Kommission in ihrem ÖPP-Grünbuch (Fn. 70), Rn. 47 f., hingewiesen hat.

<sup>441</sup> Vgl. D III 1 a.

<sup>442</sup> Vgl. II 2 a.

lende Entgelt bzw. die Eröffnung von Refinanzierungsmöglichkeiten. Bei den projektbezogenen PPP gilt es dabei, eine hochkomplexe Risikoarchitektur zu entwerfen<sup>443</sup>. Dabei spielt die Laufzeit des Vertrages eine zentrale Rolle, weswegen der bisweilen gezogene Schluss vom wettbewerbsbeschränkenden Effekt langer Laufzeiten auf deren pauschale Reduzierung, etwa auf fünf Jahre, zu kurz greift<sup>444</sup>. Fraglos kann eine Laufzeitbeschränkung ein wichtiges Instrument der Wettbewerbssicherung sein, ihr genauer Umfang ist aber aufgaben- und situationsgerecht, und d.h. auch unter Berücksichtigung der Risiko- und Effizienzstruktur (Stichwort Lebenszyklusgedanke) zu bestimmen.

### 3. Gesellschaftsrecht - modifiziert oder ergänzt?

#### a) *Problemstellung*

Dass das Gesellschaftsrecht bei der Einschaltung eines gemischtwirtschaftlichen Unternehmens infolge der hierdurch bewirkten organisatorischen Verbindung der Partner als Instrument der Gewährleistungsverantwortung wird fungieren müssen, liegt auf der Hand. Strukturell damit vergleichbar sind die organisationsrechtlichen Mechanismen, die das Zusammenwirken von Staat und Privaten in Anstalten, Zweckverbänden o. ä., d. h. bei öffentlich-rechtlich institutionalisierten PPP ausgestalten. Sie werden nachfolgend nicht vertieft, da sie jeweils auf einer spezialgesetzlichen Grundlage beruhen (so etwa im viel diskutierten Fall der Berliner Wasserbetriebe)<sup>445</sup> und somit durch sie kein Fortentwicklungs- oder gar Regelungsbedarf im Allgemeinen Privatisierungsrecht ausgelöst wird.

---

<sup>443</sup> Vgl. zuletzt *Findeisen/Backhaus*, NWVBl. 2007, 93; *Roth*, IR 2007, 299.

<sup>444</sup> Der Beschluß der VK Arnsberg v. 21. 2. 2006 (VK 29/05), der eine Laufzeitbeschränkung aus dem Gebot der wettbewerblichen Vergabe nach § 97 Abs. 1 GWB ableiten will, ist daher zu recht kritisiert worden (*Ziekow*, VergabeR 2006, 702 ff.; *Burgi*, NZBau 2008, 28 [33]); wie sogleich im Text dagegen die EG-Kommission in ihrem ÖPP-Grünbuch (Fn. 70), Rn. 46.

<sup>445</sup> Der mit der dortigen Konstruktion (Unterstellung der Leitung einer Anstalt unter ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen) befasste VerfGH Berlin hat die demokratie- und anstaltsrechtlichen Anforderungen als erfüllt angesehen (NVwZ 2000, 794, u. hierzu *Wolfers*, NVwZ 2000, 765; *Hecker*, VerwArch 92 [2001], 261; *Mayen*, DÖV 2001, 116 f., mit zusätzlichen Überlegungen zur Gesetzgebungskompetenz). Der nachfolgend entwickelte Vorschlag einer Ergänzung des Organisationsrechts durch eine Gewährleistungsvereinbarung dürfte infolge der strukturellen Vergleichbarkeit auch in diesen Konstellationen nutzbar gemacht werden können.

Die zentral betroffene verfassungsrechtliche Grundlage der Gewährleistungsverantwortung in Konstellationen dieser Art bildet das Gebot der demokratischen Legitimation aus Art. 20 Abs. 2 GG (vgl. bereits II 2 b). Ihm entfließen im Falle der Eigenwahrnehmung durch öffentlich-rechtliche Organisationseinheiten die bekannten Weisungs- und Aufsichtsbefugnisse und beim Einsatz von Privatrechtsgesellschaften die sog. Einwirkungs- oder Ingerenzpflicht<sup>446</sup>, die näher konkretisiert wird durch haushaltsrechtliche Vorschriften wie v.a. §§ 53 HGrG, 65 BHO bzw. durch die organisationsbezogenen Vorschriften des kommunalen Wirtschaftsrechts (vgl. z. B. §§ 108 ff. GO NRW)<sup>447</sup>. Danach sind die staatlichen bzw. kommunalen Anteilseigner u. a. dazu verpflichtet, eine Programmierung des Unternehmens auf bestimmte öffentliche Zwecke, einen angemessenen Einfluss bei der Organbildung, Möglichkeiten der Einwirkung auf die Willensbildung in der Gesellschaft (was bei der AG besondere Schwierigkeiten bereitet)<sup>448</sup> und Kontrollmechanismen sicherzustellen<sup>449</sup>. Als Instrument zur Erfüllung der solchermaßen konkretisierten Gewährleistungsverantwortung muss der jeweils abgeschlossene Gesellschaftsvertrag bzw. das sonstige Organisationsstatut zahlreiche abweichende Klauseln (gegenüber dem allgemeinen Gesellschaftsrecht) enthalten, bis hin zur Nutzung der Mechanismen des seinerseits hochkomplizierten Konzernrechts<sup>450</sup>. Von der bis heute h.M.<sup>451</sup> wird dies für grundsätzlich möglich erachtet; lassen sich im Einzelfall öffentlich-rechtliche Vorgaben nicht mit Hilfe des dispositiven Gesellschaftsrechts umsetzen, dann müsse die Wahl der intendierten Gesellschaftsform (respektive Privatisierungsoption) unterbleiben.

---

<sup>446</sup> Vgl. nur *Püttner*, DVBl. 1975, 353; *Ehlers*, Verwaltung (Fn. 32), 124 ff., ferner BVerwG, DÖV 2001, 124.

<sup>447</sup> Vgl. zu ihnen zuletzt *Oebbecke*, in: Hoppe/Uechtritz (Fn. 31), §§ 8 u.9.

<sup>448</sup> Vgl. als Gesamtdarstellung *Hüffer*, AktG, 7. Aufl. 2006, § 394 Rn. 5 ff.

<sup>449</sup> Zuletzt systematisch aufbereitet bei *Mann* (Fn. 31), 182 ff.; *Altmeyden*, NJW 2003, 2561; *Berger* (Fn. 37), 130 ff.; *John-Koch* (Fn. 33), 265 ff.; *Kieth*, NZG 2006, 45 (48 f.).

<sup>450</sup> Vgl. dazu *Mayen*, DÖV 2001, 114; *Mann* (Fn. 31), 214 ff., zuletzt *Siegels*, in: Hoppe/Uechtritz (Fn. 31), § 13.

<sup>451</sup> *Schmidt*, ZGR 1996, 345 (351); *Ehlers*, DVBl. 1997, 137 (139); *Bull*, in: FS Maurer (Fn. 151), 561 ff., sowie aus gesellschaftsrechtlicher Sicht *Habersack*, ZGR 1996, 544 ff.



b) *Entwicklung eines Verwaltungsgesellschaftsrechts?*

Ob in der Praxis stets in der soeben geschilderten Weise verfahren wird, ist freilich zweifelhaft und es verwundert zumal den Öffentlich-Rechtler nicht, dass die Eignung des bundesgesetzlich ja nun mit ganz anderer Zielrichtung konzipierten Gesellschaftsrechts als Instrument staatlicher Ingerenzpflichten immer wieder in Frage gestellt worden ist. Dies gipfelt in Vorschlägen zur Modifizierung des Gesellschaftsrechts in Richtung eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts“, sei es per angeblich verfassungsgebotener Aus- wenn nicht Überdehnung der gesellschaftsrechtlichen Spielräume<sup>452</sup>, sei es de lege ferenda (auf der Ebene des Bundes-Gesellschaftsrechts)<sup>453</sup>. Die Problematik scheint sich außerhalb der Eigengesellschaften, d. h. im Hinblick auf die gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu verschärfen. Denn mit dem Hinzutreten privater Eigner wird der Gegensatz zwischen dem auf das Formalziel der Gewinnmaximierung ausgerichteten Gesellschaftsrecht und der sachzielorientierten staatlichen Aufgabenträgerschaft zusätzlich personalisiert. Rechtlich kommt hinzu, dass die sog. VEBA-Gelsenberg-Rechtsprechung des BGH der Einräumung von Sonderrechten zugunsten des staatlichen bzw. kommunalen Partners de lege lata Grenzen zieht<sup>454</sup>. Eine weitere, selbst für den Gesetzgeber des Bundes-Gesellschaftsrechts nicht ohne weiteres überwindbare Grenze gegenüber staatlichen Sonderrechten (z. B. eine die Anteilsbeteiligung übersteigende Beteiligung an der Aufsichtsratsstätigkeit) hat die neuere EuGH-Rechtsprechung<sup>455</sup> in Gestalt der Vorschriften über die Kapitalverkehrsfreiheit nach Art. 56 ff. EG aufgerichtet. Bleibt mithin nur der Weg des Ausbaus

---

<sup>452</sup> Begriffsprägend *Kraft*, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, 128 ff., seither v.a. *Stober*, NJW 1984, 449 (454 f.); *Krebs*, DV 29 (1996), 309; v. *Danwitz*, AöR 120 (1995), 595 (615, 626 f., 628 f.), und *Ossenbühl*, ZGR 1996, 504 (505 f., 512 f.) konzentrieren ihre Überlegungen auf die Eigengesellschaft; krit. zuletzt *Mann* (Fn. 31), 279 ff.

<sup>453</sup> So teilweise *John-Koch* (Fn. 33), 258 ff., 321 ff.

<sup>454</sup> BGHZ 69, 334 (340 f.); BGHZ 125, 127.

<sup>455</sup> Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731; Rs. C-112/05, EuZW 2007, 697, Rn. 59 ff. (VW-Gesetz), u. zuletzt U. v. 6.12.2007, Rs. C-463/04 u. C-464/04, Rn. 17 ff. Im ÖPP-Grünbuch (Fn. 70), Rn. 62, heißt es, dass dem Staat aus seiner Teilhaberposition „normalerweise keine übermäßigen Privilegien erwachsen“ dürften. Eine etwaige Rechtfertigungsmöglichkeit bietet immerhin Art. 86 Abs. 2 EG (EuGH, Rs. C-463/00, Slg. I-2003, 4581 Rn. 66).

bzw. der Schaffung eigenständiger Rechtsformen für Eigengesellschaft und institutionalisierte PPP (jenseits des Gesellschaftsrechts)<sup>456</sup>?

c) *Verbund von Gesellschaftsrecht und Gewährleistungsvereinbarung*

M.E. ist weder verfassungsrechtlich noch rechtssystematisch für die hier allein interessierenden gemischtwirtschaftlichen Unternehmen (institutionalisierte PPP) ein Regelungsbedarf im Gesellschafts- bzw. Organisationsrecht indiziert. Wie im Verlaufe dieser Untersuchung wiederholt festgestellt, führt das Hinzutreten echter Privater zu einer Änderung der „Tonart“, d. h. zum bewusst (und verfassungsrechtlich ja statthafterweise; vgl. D) praktizierten Mix von staatlicher und privater Handlungsrationalität innerhalb einer hierfür gebildeten Organisationseinheit. Der Umgang hiermit darf wiederum nicht von Fluchtvorstellungen geprägt sein, vielmehr muss der funktionalen Vergleichbarkeit mit der vertragsbasierten PPP Rechnung getragen werden. Infolge der dort wie hier teilweise bewirkten materiellen Privatisierung kann nicht von der Legitimationspflichtigkeit des Handelns des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens ausgegangen werden (ebensowenig wie von deren Grundrechtsgebundenheit; vgl. II 2 a)<sup>457</sup>. „Ausübung von Staatsgewalt“ ist vielmehr „nur“ die Wahrnehmung der staatlichen Anteilseignerschaft, mit der Konsequenz, dass an das (vom BVerfG sowieso immer differenzierter bestimmte) „Legitimationsniveau“<sup>458</sup> geringere Anforderungen zu stellen sind als im Falle der Eigengesellschaft. Ihnen kann mit dem gesellschaftsrechtlichen Instrumentarium jedenfalls entsprochen werden, so dass es insoweit weder dogmatischer Klimmzüge noch legislatorischer Aktivitäten bedarf. Angesichts der uneinholbar erfahrungsgesättigten und täglich weiterentwickelten Gestaltungskraft des Gesellschaftsrechts ist hiergegen auch unter den Blickwinkeln von Funktionsgerechtigkeit sowie von Aufgaben- und Situationsgerechtigkeit nichts einzuwenden. Kurzum: Das Gesellschaftsrecht bedarf über den bisher praktizierten

---

<sup>456</sup> Vgl. zuletzt den Vorschlag von *Mann* (Fn. 31), 297 ff., für ein Recht der „öffentlich-rechtlichen Gesellschaft“.

<sup>457</sup> Ebenso *Ehlers*, JZ 1987, 218 (227); *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 11), 2. Kap. Rn. 100 u. 5. Kap. Rn. 63; *John-Koch* (Fn. 33), 233; a. A. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 257, 294 ff.; *Storr* (Fn. 294), 88 f.

<sup>458</sup> Zuletzt für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung BVerfGE 107, 59 (88 f.); die Entwicklungslinien sind u. a. nachgezeichnet bei *Musil*, DÖV 2004, 116; *Wißmann*, in: Grundlagen (Fn. 12), § 15 Rn. 59.

Stand seiner Nutzung als Instrument der Gewährleistungsverwaltung hinaus keiner Modifizierung.

Durch die jahrzehntelange Diskussion um das Gesellschaftsrecht und die dabei vielfach erfolgte Gleichschaltung der institutionalisierten PPP mit der reinen Organisationsprivatisierung (vgl. bereits C I 1) ist indes eine andere wichtige Dimension der staatlichen Gewährleistungsverantwortung übersehen worden. Sie zielt auf die Vermeidung eines übermäßigen, und d.h. hier eines nicht dem Unternehmensanteil entsprechenden Machtzuwachses auf Seiten des Privaten sowie auf die Schaffung von Privatisierungstransparenz im oben (II 3) beschriebenen Sinne. Die sich gerade aus dem Umstand des Zusammenwirkens ergebenden Gefahren hinsichtlich der öffentlichen Zwecksetzung und der Rechte der Aufgabenbetroffenen gedeihen im Schatten einer gemeinsamen Organisationseinheit besser als im Lichtschein der vertragsbasierten PPP, wo Besteller und Leistungserbringer deutlich abgeschichtet sind. Angesichts der funktionalen Vergleichbarkeit der beiden Privatisierungsoptionen ist es daher naheliegend, auch im Falle der institutionalisierten PPP zusätzlich<sup>459</sup> zum Gesellschaftsvertrag bzw. Organisationsstatut eine Gewährleistungsvereinbarung zwischen dem Staat bzw. der Kommune und dem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen zu verlangen<sup>460</sup>. Demgegenüber ist die teilweise erhobene Forderung nach der Verankerung eines Nachrangs der institutionalisierten gegenüber der vertragsbasierten PPP zurückzuweisen<sup>461</sup>, auch im Interesse der kommunalen Organisationshoheit<sup>462</sup>, die sich primär an den Umständen des Einzelfalls und vor Ort soll orientieren können.

Das Erfordernis des durchgehenden Abschlusses einer funktionell wie inhaltlich „schuldrechtlichen“, nicht organisationsbezogenen<sup>463</sup> Gewährleistungsvereinbarung

---

<sup>459</sup> Also nicht nur in den sowieso erfassten Fällen der unechten funktionalen Privatisierung (vgl. C II 3), wo schon das Vergaberecht einen Vertragsabschluss mit vorhergehender Leistungsbeschreibung impliziert.

<sup>460</sup> In diese Richtung auch *Eifert*, *VerwArch* 93 (2002), 580 u. 582; *Berger* (Fn. 37), 58, 168 ff. Nochmal sei betont, dass es um einen Verbund, nicht um ein „Privatorganisationsrecht“ (Begriff nach *Wahl*, in: *Verwaltungsorganisationsrecht* [Fn. 32], 301 ff.) geht.

<sup>461</sup> So aber *Ehlers*, in: 64. DJT (Fn. 18), 110, 149.

<sup>462</sup> Zutreffend betont bei *Schliesky*, *DV* 38 (2005), 339 (356 f.).

<sup>463</sup> Es handelt sich also nicht um sog. satzungsergänzende Nebenabreden, denen das Gesellschaftsrecht Grenzen zöge (dazu *Hüffer* [Fn. 448], § 23 Rn. 45 ff.).

bewirkt die Ergänzung des gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums durch ein dem Allgemeinen Privatisierungsrecht zugehöriges Instrument, das es künftig zu entfalten bzw. zu verfestigen gilt, und zwar nicht isoliert, sondern im Verbund. Damit wird zugleich der Rechtssicherheit und der Entlastung des Gesellschaftsrechts gedient. Dessen Stärken liegen hier mehr in der Bereitstellung organisatorischer Vorkehrungen und von Kontrollmechanismen, während durch die Gewährleistungsvereinbarung die öffentlichen Zwecke konturenschärfer gezeichnet<sup>464</sup>, die Leistungs- sowie die Beachtungs- und Verhaltenspflichten gegenüber den Aufgabenbetroffenen deutlicher und sichtbarer benannt sowie die Informationsbeziehungen zwischen Staat (Kommune) und Gesellschaft (nicht: innerhalb der Gesellschaft) in zusätzlich geordnete Bahnen gelenkt werden können.

#### **IV. Vorschlag eines Allgemeinen PPP-Gesetzes auf Bundes- und auf Landesebene**

##### **1. Charakter und Bewertung anderer Vorschläge**

Abschließend wird dringend empfohlen, den Allgemeinen Teil der PPP sowohl auf der Ebene des Bundes als auch auf der Ebene der Länder und Kommunen (in einem Landesgesetz<sup>465</sup>) zu kodifizieren, wobei ein Abstimmungsprozedere in der von Änderungen des VwVfG her gewohnten Weise gleichermaßen sinnvoll wie möglich erscheint. Diese Empfehlung beschränkt sich auf die vertragsbasierten und die institutionalisierten PPP, während der Gedanke der Erarbeitung eines optionenübergreifenden, möglicherweise sogar noch die Kooperationen mit Aufgabenbetroffenen (wie z.B. beim städtebaulichen Vertrag) einbeziehenden Privatisierungsgesetzes nicht

---

<sup>464</sup> Im Verbund mit dem Organisationsstatut der Gesellschaft, in das ein entsprechender Vorbehalt aufzunehmen ist (*Habersack*, ZGR 1996, 554); zu den diesbezüglichen Defiziten des (isoliert eingesetzten) gesellschaftsrechtlichen Instrumentariums *John-Koch* (Fn. 33), 296. Damit könnte der (berechtigten) Kritik der EG-Kommission, wonach gerade bei institutionalisierten PPP die übertragenen Aufgaben „nicht klar festgelegt sind und in einigen Fällen noch nicht einmal vertraglich festgelegt waren“ (Grünbuch [Fn. 70], Rn. 61) entsprochen werden.

<sup>465</sup> Das Gesetz über die Zusammenarbeit zwischen Trägern der öffentlichen Verwaltung und Privaten (ÖffPrivZusG) in Schleswig-Holstein (v. 19. 6. 2007 [GVOBl. 328]) böte eine ausgezeichnete Diskussionsgrundlage.

weiter verfolgt werden sollte<sup>466</sup>. Wie die Untersuchung ergeben hat, beruht die Beleihung jeweils auf einer fachgesetzlichen Grundlage (D I 2 c), während für die Fälle der Akkreditierung infolge von deren Neu- und Andersartigkeit ein gesondertes allgemeines Gesetz für sinnvoll zu erachten ist (D I 2 c). Eine optionenübergreifende Privatisierungskodifikation liefe dem Anliegen der Ermöglichung aufgaben- und situationsgerechter, und d.h. auch, jeweils optionsabhängig sachgerechter Entscheidungen zuwider, und zwar genau in dem Maße, in dem über die bloße Formulierung von Floskeln hinaus Aussagen zu den verschiedenen Optionen und ihrer Einsetzbarkeit gemacht würden. Erst recht abzuraten ist daher auch von gesetzlichen Regelungen mit der Zielrichtung, die Arbeitsteilung zwischen Staat bzw. Kommunen und Privaten zu stimulieren oder zu begrenzen. Bei den Beratungen der Föderalismusreform-Kommission II geht es u.a. sogar darum, ob diesbezügliche Regelungen in das Grundgesetz aufgenommen werden sollten<sup>467</sup>. Sowohl auf der Ebene des GG als auch auf der Ebene des einfachen Rechts kämen insoweit voraussichtlich nur ganz allgemeine, letztlich inhaltsleere Regelungen heraus, die Fragen nach dem Verhältnis zu den bereits bestehenden, konkreteren verfassungs- und verwaltungsgesetzlichen Aussagen aufwerfen und einen Wettlauf der Kommentatoren auslösen würden, ohne freilich der Rechtspraxis und der Verwaltungsrechtsdogmatik wirklich Impulse geben zu können.

Worum es geht, ist die Kodifizierung der mittlerweile hinreichend gefestigten Regelungsbestände, die zum großen Teil in der vorliegenden rechtssystematisch angelegten Untersuchung benannt worden sind. Eine Kodifikation<sup>468</sup> würde diese Bestände festigen und dadurch die Funktionsgerechtigkeit einzelner Bestimmungen verbessern, vermittels Verallgemeinerung die Rechtssicherheit erhöhen und den möglichst aufgaben- wie situationsgerecht zu treffenden Entscheidungen in der Praxis einen verlässlichen Rahmen geben. Nicht zuletzt würde die gegenwärtig kaum mehr zu

---

<sup>466</sup> Ebenso *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2002), 327; weitergehender aber Auftrag und Vorschläge der BMI-Gutachter *Ziekow* und *Schuppert*; vgl. sogleich im Text.

<sup>467</sup> Im Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8.11.2007 (Fn. 296) wird verschiedentlich hierauf gezielt (mit den Fragen 17 – 31).

<sup>468</sup> Grundsätzlich begrüßt auch von *Schuppert*, *Ziekow* (sogleich im Text), *Häfner*, LKV 2005, 340; in zeitlicher Hinsicht (noch) zurückhaltend der *Beirat Verwaltungsverfahrenrecht* beim Bundesministerium des Innern (Stellungnahme abgedruckt in NVwZ 2002, 834); *Tettinger*, NWVBl. 2005, 1; generell ablehnend *Stelkens*, NWVBl. 2006, 1.

bewältigende Materialerschließung erleichtert, da kanalisiert. Den Gegenstand der Kodifikation bildete allein der Allgemeine Teil; generell wird dem Allgemeinen Verwaltungsrecht die Fähigkeit zugeschrieben, gleichzeitig stabilisierend und innovationsoffen zu sein sowie überdies eine disziplinierende Wirkung gegenüber fachlichen Sonderinteressen und gegenüber dem Aktionismus der Tagespolitik ausüben zu können<sup>469</sup>. Für die zahlreichen Fachgesetze des Besonderen Verwaltungsrechts würde dies Orientierung und Entlastung bedeuten. Ein solchermaßen konzipiertes PPP-Gesetz würde dem durch seine Benennung ausgelösten Anspruch in erheblich höherem Maße gerecht als das ÖPP-BeschleunigungsgG<sup>470</sup>, welches als typisches Artikelgesetz einer Ordnungsidee ermangelt.

Aufgrund seines Charakters als Produkt einer rechtssystematisch angeleiteten Entwicklung wäre das Allgemeine PPP-Gesetz als eigenständiges Gesetz zu verabschieden. Eine Integration in das VwVfG, das auf die „öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit“ (§ 1 Abs. 1) zugeschnitten und mithin weder für privatrechtliche Verträge noch für institutionelle Aspekte adäquat<sup>471</sup> ist, käme demnach nicht in Betracht. Wer zurecht<sup>472</sup> (wie die 2001 vom Bundesministerium des Inneren beauftragten Gutachter)<sup>473</sup> und unter Überwindung der bislang als Entwurf vorgelegten „kleinen Lösung“ (vgl. E I 1) ein regimeübergreifendes Konzept verwirklichen will, kann nicht gleichzeitig für die Verankerung im VwVfG plädieren. Außerhalb des Allgemeinen PPP-Gesetzes würden die im Gutachten angesprochenen Regelungskomplexe des Straf-, Arbeits- und Personalvertretungsrechts, des Vergabe- und des Gesellschaftsrechts sowie die für gewaltgeneigte Aufgaben vorgeschlagenen Regelungen bleiben, jeweils aufgrund ihrer intensiven Verankerung in den jeweils betroffenen Gesetzen.

---

<sup>469</sup> Zu den Funktionsmerkmalen des Allgemeinen Verwaltungsrechts vgl. nur *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (Fn. 11), 1. Kap. Rn. 9 ff.

<sup>470</sup> Fn. 10.

<sup>471</sup> Ebenso *Lämmerzahl* (Fn. 212), 230 f.

<sup>472</sup> Da in der Praxis die privatrechtlichen Verträge dominieren (vgl. bereits I 1) und bei einer ausschließlich auf öffentlich-rechtliche Verträge nach §§ 54 ff. VwVfG zielenden Regelung eine Spaltung (genauer, ein Zurückbleiben der privatrechtlich bewirkten Arbeitsteilungen) in der Frage der ja einheitlich zu bestimmenden Inhalte der Gewährleistungsverantwortung droht.

<sup>473</sup> *Ziekow*, in: BMI, Verwaltungskooperationsrecht, 2001, VI 11c cc (aaa), und *Schuppert*, ebenda.

## 2. Inhalte

Vorbehaltlich der Untersuchung jeder einzelnen Bestimmung auf ihre Kodifikationsfähigkeit und –bedürftigkeit<sup>474</sup> sollte das Allgemeine PPP-Gesetz die folgenden Regelungsgegenstände enthalten: eine knappe Begriffsbestimmung der beiden PPP-Optionen in Anlehnung an die EU-Terminologie, dies unter Verzicht auf die Benennung von Modelltypen, deren Weiterentwicklung der Praxis überlassen bleiben sollte<sup>475</sup>; die oben (D III 1 b) vorgeschlagene Neuausrichtung des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes, insbesondere im Hinblick auf die Betonung der öffentlichen Zwecksetzung und die Verzahnung mit dem Förderrecht, bei gleichzeitiger Streichung der privatisierungsbezogenen Aussagen in den allgemeinen Haushaltsgesetzen und schließlich die Benennung, inhaltliche Bestimmung<sup>476</sup> und instrumentelle Basisausstattung der staatlichen Gewährleistungsverantwortung. Dabei wären auch das strukturelle Element der Wettbewerbssicherung und der Grundsatz der Privatisierungstransparenz, ergänzt um die Pflicht zur jährlichen Privatisierungsberichterstattung (in Anlehnung an die bereits bestehenden Beteiligungsberichte) zu kodifizieren.

Im Mittelpunkt der instrumentenbezogenen Bestimmungen fände sich zuerst das oben (III 1) beschriebene Scharnier zwischen dem jeweiligen Fachverwaltungsrecht und dem Vergaberecht, d. h. die Betonung und Vorprägung von dessen Funktion als Instrument der Gewährleistungsverantwortung. Demgegenüber stellt die bislang vorgeschlagene Verpflichtung zur Auswahl „fachkundig(er), leistungsfähig(er) und zuverlässig(er)“ Vertragspartner<sup>477</sup> eine verzichtbare Wiederholung der bereits in § 97 Abs. 4 GWB abstrakt umschriebenen Eignungskriterien dar; not tut die nähere inhaltliche Bestimmung dieser Kriterien und diese muss aus dem jeweiligen Fachverwaltungsrecht abgeleitet werden. Hinsichtlich des Instruments der Gewährleistungsvereinbarung (nebst Hinweis auf den Verbund mit dem Gesellschaftsrecht bei der institutiona-

---

<sup>474</sup> Im Anschluss an *Kahl*, in: *Verwaltungsverfahren* (Fn. 159), 101 ff.; *Burgi*, NJW 2006, 2439 (2442).

<sup>475</sup> Schon zu detailliert ist m. E. § 3 ÖffPrivZusG SH (Fn. 465); zurückhaltender *Ziekow* (Fn. 473), VI 11c cc (ccc).

<sup>476</sup> Unter Kodifizierung der oben (II 2) benannten Elemente, also deutlich über die im Bund/Länder-VwVfG-Musterentwurf (Fn. 385) normierte Pflicht zur Sicherstellung eines „hinreichenden (staatlichen) Einflusses“ (§ 56a Satz 1) hinausgehend.

<sup>477</sup> § 56a Satz 2 VwVfG-Musterentwurf (Fn. 385); ebenso § 6 Abs. 1 ÖffPrivZusG SH.

lisierten PPP; vgl. III 3) sollten die wichtigsten Pflichteninhalte knapp, jedoch entwicklungs offen<sup>478</sup>, benannt werden. Neben einer Verweisung auf das BGB bzw. das VwVfG würde schließlich eine eigenständige Fehlerfolgenregelung<sup>479</sup>, differenziert nach Art und Schwere der Missachtung der Gewährleistungsverantwortung Sinn machen.

## Thesen

1. Trotz intensiver Bemühungen von Rechtswissenschaft und Rechtsberatung sind die Erkenntnisse zu den Privatisierungsoptionen, den Grenzen und Maßstäben von Privatisierungsentscheidungen sowie zum Privatisierungsfolgenrecht in nur geringem Maße kanonisiert. Zwischen den beiden Polen Grundsätzlichkeit und Detailverliebtheit bietet ein rechtssystematischer Ansatz die beste Gewähr für eine möglichst vorurteilsfreie, von ordnungs- bzw. staatspolitischen Überzeugungen abgeschichtete Bewältigung der über zahlreiche Privatisierungsfelder verstreuten Rechtsprobleme.
2. Im Mittelpunkt muss das Allgemeine Privatisierungsrecht in seinem verfassungs- und europarechtlichen Kontext und mit seinen Bestandteilen Öffentliches Recht und Privatrecht stehen. Neben der Interpretation der teilweise sehr abstrakten rechtlichen Vorgaben geht es im Interesse der Fortentwicklung des Rechts um die Überprüfung der gefundenen Ergebnisse anhand der Trias Funktionsgerechtigkeit, Verallgemeinerungs- bzw. Vereinfachungswürdigkeit sowie Aufgaben- und Situationsgerechtigkeit.
3. Gegenstand der veränderten Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten sind diejenigen öffentlichen Aufgaben, die der Staat wahrnimmt (Staatsaufgaben). Mehrere Staatsaufgaben sind thematisch in Aufgabenfeldern zusammengefasst und vielfach nach der Intensität des staatlichen Zugriffs, d.h. funktional, gestuft.
4. Erkenntnisleitend können heute nicht mehr Fluchtvorstellungen sein. Vielmehr bildet die nüchterne Beschreibung der Rahmenbedingungen staatlicher Aufgabenträgerschaft bzw. privater Aufgabenwahrnehmung den Vergleichsmaßstab für die Beur-

---

<sup>478</sup> Ebenso *Bonk*, DVBl. 2004, 147 f.; deutlich zu detailliert m. E. *Ziekow* (Fn. 473), VI 11c ee.

<sup>479</sup> Interessante Ansätze in § 8 ÖffPrivZusG und bei *Ziekow* (Fn. 473), VI 11c ee (ddd). In die richtige Richtung geht auch § 59 Abs. 2a, Abs. 4 VwVfG-Musterentwurf (Fn. 385), wonach „anstelle der Rückabwicklung die Anpassung des Vertrages“ in Betracht kommt (befürwortend auch *Maurer*, in: FS Püttner (Fn. 390), 55; *Stelkens*, NWVBl. 2006, 5 f.).



teilung einer intendierten Arbeitsteilung. Durch sie werden bestimmte private Akteure zu Aufgabenträgern, mit denen fortan die von der Aufgabenerledigung betroffenen übrigen Privaten konfrontiert sind. Daran knüpfen sich zahlreiche Erwartungen, aber auch Befürchtungen. Sie können danach unterschieden werden, ob sie auf den Umstand der Einbeziehung Privater oder auf den Umstand des Zusammenwirkens von Staat und Privaten bezogen sind.

5. Die Privatisierungswirklichkeit und der teilweise europäisch determinierte Problemhorizont werden am Zutreffendsten abgebildet mit der Unterscheidung von vier verschiedenen Privatisierungsoptionen: Die Aufgabenprivatisierung, die PPP auf Vertragsbasis nebst anderen Formen der funktionalen Privatisierung (einschließlich Verwaltungshilfe und Dienstleistungskonzession), die institutionalisierte PPP (insbesondere Private in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen) und die Beleihung. Mit dieser verwandt ist die von der breiten Fachöffentlichkeit noch vielfach unbemerkte Kategorie der Akkreditierung, durch die es privaten Zertifizierungsstellen ermöglicht wird, über die Normkonformität von Dienstleistungen oder Produkten privater Betroffener zu entscheiden. Allein die Beleihung lässt den Staatsaufgabencharakter unberührt, während es bei allen anderen Optionen zu einer abgestuften materiellen Privatisierung kommt, indem bewusst die private Handlungsrationalität und die Rahmenbedingungen privater Aufgabenwahrnehmung eingekauft werden.

6. Mit Ausnahme der Beleihung kommt bei keiner Privatisierungsoption eine Bestrafung der einbezogenen Privaten als Amtsträger i.S.v. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c) StGB in Betracht. Sie sind so zu behandeln wie Private in der gewerblichen Wirtschaft außerhalb einer Privatisierung, bis der Gesetzgeber dem Umstand ihrer deutlich engeren Verbindung mit dem Staat Rechnung trägt und namentlich für das Zusammenwirken im Rahmen einer institutionalisierten PPP eine angemessene Bestrafung ermöglicht.

7. Die Interpretation der aufgabenbezogenen Bestimmungen des Grundgesetzes erweist in der Regel nicht das Bestehen einer obligatorischen Staatsaufgabe hinsichtlich der eigenhändigen Dienstleistungserbringung. Eher ist eine Pflicht zur Sicherstellung eines in bestimmter Weise qualifizierten Dienstleistungsangebots nachweisbar. Im Bereich der Bundesverwaltung können sich unter Umständen organisationsformbezogene Grenzen ergeben.

8. Wichtige befugnisbezogene Privatisierungsgrenzen ergeben sich aus dem staatlichen Gewaltmonopol bzw. aus Art. 33 Abs. 4 GG. Sie wirken sich gegenüber be-

stimmten Privatisierungsvorhaben bei Sicherheitsaufgaben und im Strafvollzug aus. Die Privatisierungsoption der Beleihung im Gerichtsvollzieherwesen würde hingegen das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 33 Abs. 4 GG nicht durchbrechen, weswegen es zu ihrer Realisierung auch nicht einer Grundgesetzänderung bedürfte.

9. Bei den Sicherheits- und Vollzugsaufgaben sowie in den Aufgabenfeldern der Umwelt- und Produktüberwachung bestehen Befugnislücken, denen mit einem Ausbau der Beleihung, einer Kodifizierung von Sicherheitspartnerschaften bei gewaltgeneigten Aufgaben und durch den Erlass eines Allgemeinen Akkreditierungsgesetzes begegnet werden kann bzw. muss. Anderenfalls müsste der Anteil der staatlichen Eigenwahrnehmung (wieder) deutlich erhöht werden.

10. Das Europarecht statuiert keinen Privatisierungszwang, aber es impliziert in den Aufgabenfeldern von Infrastruktur und Versorgung insbesondere auf der besonders stark betroffenen kommunalen Ebene eine Abschichtung von politischer Zieldefinition und marktmäßiger Leistungserbringung. Dieses bereits im Primärrecht begründete Konzept wurde durch eine Reihe naturgemäß einzelfallbezogener Entscheidungen des EuGH zu einer weitreichenden Vergaberechtopflichtigkeit von Privatisierungen fortentwickelt. Die europarechtsdogmatische Analyse ergibt, dass diese Entwicklung nicht im konzeptionellen Ansatz, wohl aber hinsichtlich einzelner Auswirkungen, die sich teilweise bereits als privatisierungsfeindlich darstellen, korrigiert werden muss bzw. im Zuge des gegenwärtigen Reformschwungs korrigiert werden sollte. An die Stelle der rechtsunsicheren und vielfach zufälligen Einzelfallbetrachtung würde die Orientierung an den beiden Kategorien „Beteiligung Privater“ und „Teilnahme am externen Wettbewerb“ treten. Als nicht vergaberechtopflichtig anzusehen sind die Realisierung gesetzlich vorgesehener Formen der Verwaltungszusammenarbeit ohne private Beteiligung sowie die Beleihung, soweit sie mit der Vorbereitung, dem Erlass und der Durchführung von Verwaltungsakten zusammenhängt. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen sollte durch eine EU-Richtlinie reglementiert werden.

11. Regelungsbedarf im Haushaltsrecht, im Vergabe- und im Förderrecht besteht im Interesse einer funktionsgerechten Anwendung des politisch überaus bedeutsamen Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit nebst Pflicht zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen.

12. Subsidiaritätsklauseln und Privatisierungspflichten sind kritisch zu beurteilen, weil sie dem Ziel der Ermöglichung aufgaben- und situationsgerechter Einzelentschei-

dungen bei möglichst klar definierten Tatbeständen zuwiderlaufen. Eine aufgabenübergreifende Privatisierungspflicht zulasten der Kommunen wäre mit der Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG nicht vereinbar.

13. Nach getroffener Privatisierungsentscheidung geht es um die Gestaltung des arbeitsteiligen Zusammenwirkens. Hier bezeichnet der Begriff der Gewährleistungsverantwortung die veränderte Rolle des Staates zutreffend. Der Auftrag lautet dahingehend, den Gefahren einer unkoordinierten Überantwortung immer weiterer Teilbereiche der Gemeinwohlverwirklichung an Private entgegenzuwirken, ohne die erhofften Vorteile durch ein Übermaß an Bindungen zunichte zu machen.

14. Inhaltlich ist die staatliche Gewährleistungsverantwortung durch materielle, organisations- und verfahrensbezogene Elemente sowie durch das bislang unterschätzte strukturbezogene Element der Wettbewerbssicherung gekennzeichnet. In der Zusammenschau europa- und verfassungsrechtlicher Determinanten ist überdies der Grundsatz der Privatisierungstransparenz anzuerkennen.

15. Als erstes Instrument der Gewährleistungsverwaltung fungiert das Vergaberecht, das insoweit der weiteren dogmatischen Verfestigung und Entfaltung als Ausschreibungsverwaltungsrecht bedarf.

16. Nach erfolgter Auswahl des Privaten bildet bei allen Erscheinungsformen der funktionalen Privatisierung der jeweils abgeschlossene Vertrag (die Gewährleistungsververeinbarung) das zentrale Instrument der Gewährleistungsverwaltung.

17. Bei der institutionalisierten PPP rückt das Gesellschaftsrecht in den Mittelpunkt. Dabei bedarf es keiner Modifizierung in Richtung eines „Verwaltungsgesellschaftsrechts“, vielmehr kann den diesbezüglichen Anforderungen an die staatliche Gewährleistungsverantwortung mit den bestehenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben und deren Umsetzung durch das in erheblichem Umfang dispositive Gesellschaftsrecht entsprochen werden. Ergänzend ist eine Gewährleistungsververeinbarung zwischen dem Staat und der jeweiligen Gesellschaft abzuschließen. Dies entlastet das bisweilen überstrapazierte gesellschaftsrechtliche Instrumentarium und fördert Privatisierungstransparenz und Rechtssicherheit.

18. Der Allgemeine Teil des Privatisierungsrechts sollte im Hinblick auf die vertragsbasierten und die institutionalisierten PPP auf Bundes- wie auf Landesebene kodifiziert werden.

