

§ 3 Formen öffentlichen Verwaltens

I. Die Bedeutung der Form

1

Den verschiedenen Funktionen der Verwaltung entsprechen unterschiedliche Wirkungs- und Handlungsformen im Bereich der öffentlichen Verwaltung. Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns hat nicht nur beschreibende oder systematisierende Bedeutung, sondern entspricht einem durch unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsschutzformen vorgegebenen sachlichen Erfordernis. Die **Form** ist - ähnlich wie die Methodik - „**Feind der Willkür**“¹. Sie liefert damit einen „**Ordnungsrahmen**“ für die nähere rechtliche Beurteilung unterschiedlicher Ausprägungen des Verwaltungshandelns.

2

Dabei ist freilich zu beachten, dass es **keinen abgeschlossenen Kreis** (numerus clausus) zulässiger Formen des Verwaltungshandelns gibt². Das zeigte sich schon frühzeitig an der verschiedenartigen Ausgestaltung von „Plänen“, die die Verwaltung ihren Entscheidungen zugrundelegen hat. Inzwischen geht es vor allem um die zunehmende Bedeutung einer angemessenen rechtlichen Erfassung vielfältiger informationeller (kommunikativer) Beziehungen und von Formen der Regulierung im Rahmen der Gewährleistungsverwaltung. Nicht zuletzt das Phänomen des „**informalen** Verwaltungshandelns“, das namentlich im Wirtschaftsrecht und im Umweltrecht anzutreffen ist³, zeigt, dass es kein geschlossenes Kanon zulässiger Formen des Verwaltungshandelns geben kann. Die Verwaltung muss auf die zunehmend als komplexer wahrgenommene Verwaltungsumwelt in problemadäquater Weise reagieren können. Das informale Verwaltungshandeln bringt dies besonders prägnant zum Ausdruck: Es ist nicht auf eine verbindliche Regelung, sondern auf das einvernehmliche Arrangement mit dem Bürger und damit eine „weiche Steuerung“ angelegt, die durchaus absehbare „Vollzugsdefizite“ einer alternativ denkbaren, formalen Steuerung (etwa durch Rechtsverordnung) mindern kann. Die Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz nach Art. 20 Abs. 3 GG kann damit jedoch nicht unterlaufen werden. Auch das „informale“ Verwaltungshandeln ist deshalb namentlich an die Grundrechte, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Verbot der Verknüpfung von Leistungen, die nicht in sachlichem Zusammenhang miteinander stehen (Kopplungsverbot), gebunden.

Beispiele: Vorklärung der Bedingungen einer Ansiedlung von Freizeitparks oder Golfplätzen, Rekultivierungsabsprachen bei der Genehmigung von Abgrabungen, Absprachen über Werbebeschränkungen in der Zigarettenindustrie oder die Senkung des „Flottenverbrauchs“ von neu hergestellten PKWs.

3

Traditionell findet sich die Unterscheidung zwischen Wirkungs- und Handlungsformen. Damit verbinden sich die überkommenen Kategoriebildungen der **eingreifenden** und der **leistenden** Verwaltung sowie der **öffentlich-rechtlich** und der **privatrechtlich handelnden** Verwaltung einschließlich der rechtsgeschäftlichen Teilnahme des Staates am Markt. Diese bündeln bestimmte rechtliche Fragestellungen unter rechtsstaatlichen Aspekten und stehen nach wie vor im Zentrum der Betrachtung, bestimmen sie doch nach wie vor das Entscheidungsumfeld und damit den maßgeblichen Handlungsrahmen der Verwaltung. Die neuere Verwaltungsrechtslehre stellt zusätzlich auf die jeweils wahrzunehmenden Aufgaben ab⁴ und diffe-

¹ Siehe P. Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 16 im Anschluss an Ihering.

² Zutreffend Bauer, VerwArch 78 (1987), 241, 258.

³ Siehe Bauer, VerwArch 78 (1987), 258; Brohm, DVBl 1994, 133 ff; Morlok, VVDStRL 62 (2003) S. 37, 55 ff.; Schoch, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR III 3. Aufl. 2005, § 37.

⁴ Hierzu bereits § 1 Rn. 64 f.

renziert das Verwaltungshandeln nach Erfüllungsmodalitäten, insbesondere nach dem unterschiedlichen **Grad die Einbindung Privater** in die öffentliche Aufgabenerfüllung⁵. Damit verbinden sich vor allem Begriffe wie kooperative Aufgabenwahrnehmung, Verwaltungshilfe sowie die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private einschließlich der Gewährleistungsverwaltung. Mit einer solchen - zusätzlichen - Perspektive wird dem breiteren Spektrum von Formen des Verwaltungshandelns bei der Wahrnehmung von Gegenwartsfragen differenzierter, als dies in der Vergangenheit der Fall war, Rechnung getragen. Zugleich wird ein neuer Zugang zu den mit einer arbeitsteiligen Aufgabenwahrnehmung verbundenen rechtlichen Problemen unter Einbeziehung verschiedener Akteure (Staat, Verbände, Unternehmen und Private) unter Rückführung auf grundlegende dogmatische Strukturen eröffnet. Im Folgenden werden klassische wie neuere Unterscheidungen überblicksartig dargestellt und an späterer Stelle vertieft⁶.

Daneben sind verschiedene weitere Einteilungen zu finden, die ebenfalls einer primär funktionalen Ausrichtung folgen, so die Unterscheidung in Infrastruktur-, Regulierungs- und Informationsverwaltung. Diese überschneiden sich teilweise mit den Teilgebieten des besonderen Verwaltungsrechts wie auch mit der vorstehend entwickelten Unterscheidung nach dem Grad der Einbindung Privater in die öffentliche Aufgabenerfüllung. Auch haben sie (noch) nicht die gleiche dogmatische Trennschärfe wie die klassischen Unterscheidungen, die sich als unverzichtbar erweisen, um die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundstrukturen zu verstehen.

II. Wirkungsformen

4

Nach den Auswirkungen des Verwaltungshandelns gegenüber dem Bürger unterscheidet man im Allgemeinen zwischen eingreifender und leistender Verwaltung.

1. Die eingreifende Verwaltungstätigkeit

5

Als eingreifende Verwaltung ist jene Verwaltungstätigkeit zu verstehen, die **in die Freiheits- oder Eigentumssphäre** des Bürgers **eingreift**, d. h. mit Befehlen, Entziehung oder Beschränkung von Rechten oder in sonstiger Weise die Handlungs- oder Verfügungsfreiheit des Bürgers beschränkt⁷. Das ist insbesondere im Abgaben- und Steuerrecht, aber auch bei der Wahrnehmung von Ordnungsaufgaben der Polizei- und Ordnungsbehörden sowie der Steuerung von Abläufen der Fall (Verkehrslenkung, Erstellen verbindlicher Pläne).

Typische Beispiele eingreifender Verwaltungstätigkeit sind Abgabenbescheide, Ordnungsverfügungen sowie Verwaltungszwangsmaßnahmen.

6

Die eingreifende Verwaltung unterliegt einmal dem „**Vorrang**“ des Gesetzes, d. h. sie muss sich im Rahmen der Gesetze halten (Art. 20 Abs. 3 GG). Zum anderen gilt für sie – insoweit unstrittig – der „**Vorbehalt**“ des Gesetzes, d.h. die eingreifende Verwaltungstätigkeit ist nur zulässig, sofern ein konkreter Rechtssatz die Verwaltung zum Eingreifen ermächtigt. Aus diesem Grunde ist bei jedem belastenden Verwaltungsakt zunächst danach zu fragen, ob der (zuständigen) Behörde eine Ermächtigungsgrundlage zum Einschreiten zur Verfügung steht. Im übrigen ist der Staat hier grundsätzlich auf hoheitliche Organisations- und Handlungsfor-

⁵ Siehe H. Schulze-Fielitz, in: H-R/S-A/V, Grundlagen I § 12; Wallerath, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht, 1987, S. 64 f, 114 f.

⁶ Siehe § 7 II (für die Wirkungsformen), § 8 (für die Handlungsform des Verwaltungsakts) sowie § 10 (für sonstige Formen des Verwaltens).

⁷ Vgl. Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 18 Rn. 16; § 30 Rn. 17 ff.

men angewiesen, was freilich nicht ausschließt, dass er auch unter bestimmten Voraussetzungen auf eine „Indienstnahme Privater“ zurückgreifen kann⁸.

2. Die leistende Verwaltungstätigkeit

7

Als leistende Verwaltungstätigkeit wird jene Verwaltungsform bezeichnet, die die Rechtsphäre des Bürgers **erweitert** oder **festigt**, oder die Dienstleistungen für den Bürger erbringt. Hierzu zählen insbesondere die Gewährung von Sozialleistungen wie Sozialhilfe, Wohngeld oder Ausbildungsförderung, der Betrieb öffentlicher Einrichtungen wie Badeanstalten, Kindergärten oder Museen sowie die Förderung von Wirtschaft, Landwirtschaft und Kultur durch Subventionen.

8

Auch die leistende Verwaltung untersteht dem „**Vorrang**“ des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG). Soweit also eine gesetzliche Regelung vorhanden ist, darf eine Leistung nur im Einklang mit ihr gewährt werden; so ist Ausbildungsförderung (nur) in dem Umfang zu leisten, der sich aus dem BAföG ergibt, darf ein „baurechtlicher „Dispens“ nur erteilt werden, wenn die Voraussetzungen des § 31 BBauG vorliegen und darf ein Bewerber nur dann zum Beamten „ernannt“ werden, wenn die Voraussetzungen nach den Beamtengesetzen hierfür gegeben sind.

9

Ob für die leistende Verwaltung auch der Grundsatz des „**Vorbehalts**“ des Gesetzes gilt, ist **streitig**⁹. Für den Anwendungsbereich des Sozialgesetzbuches enthält § 31 SGB I eine besondere Ausprägung des Gesetzesvorbehalts; danach dürfen „Rechte und Pflichten“ im Bereich des SGB „nur begründet, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt“. Im Übrigen wird man mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁰ zum „Wesentlichkeitsvorbehalt“ (nur) insoweit eine konkrete gesetzliche Ermächtigung verlangen können, als es sich um „wesentliche“ Entscheidungen zur Teilhabe an Leistungsgewährungen oder zur Ordnung wichtiger Lebensbereiche handelt¹¹.

10

Anders als bei der eingreifenden Verwaltung hat der Verwaltungsträger im Bereich leistender Verwaltungstätigkeit im Allgemeinen die **Wahl** zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen **Organisationsformen**¹² (Anstalt, Regie- und Eigenbetrieb einerseits, AG, GmbH, e. V. andererseits). Entsprechende formelle Privatisierungen (Organisationsprivatisierungen) sind zunächst nichts anderes als ein „Wechsel des Rechtskleides“¹³. Sie lassen sich deshalb auch als „unechte“ Privatisierungen verstehen. Diese sind demokratiethoretisch nicht unproblematisch, da sich so der Einfluss der gewählten Vertretungskörperschaften auf die Geschäftspolitik verdünnt; nicht selten ist freilich eben dies durchaus gewollt¹⁴. Demgegenüber ist die materielle („echte“) Privatisierung durch die teilweise oder vollständige Entlassung einer öffentlichen Aufgabe in den privaten Sektor gekennzeichnet (z.B. private Wasserversorgung oder Arbeitsvermittlung). Soweit der Staat in diesen Bereichen nicht selbst konkurriere-

⁸ Vgl. hierzu § 6 Rn. 72 ff.

⁹ Im einzelnen § 7 Rn. 4 ff.

¹⁰ BVerfGE 33, 1 ff., 303 ff.; 34, 165 ff.; hierzu Schenke, DÖV 1977, 27. S.a. BVerwG, DÖV 2003, 288.

¹¹ Gleiches gilt, wenn das Leistungsziel gerade in der Förderung eines Eingriffs gegenüber Dritten besteht; so für den Fall der Förderung eines Vereins gegen Jugendsekten: BVerwG, NJW 1992, 2499. In den übrigen Fällen ist grundsätzlich die etatmäßige Bereitstellung der Mittel ausreichend, Vgl. BVerwG, DÖV 1977, 606; BayVG, NVwZ 2000, 829; s.a. unten § 7 Rn. 6 mwN.

¹² Vgl. BGH, DVBl. 1984, 1118; Maurer, VerwR § 3 Rn. 9; einschränkend Ehlers, DÖV 1986, 897 ff.; s.a. unten § 7 Rn. 69 f.

¹³ Ossenbühl, VVDStRL 29 (1971), S. 137, 145; Schoch, DÖV 1993, 377, 379; Schuppert, DÖV 1995, 771, 776.

¹⁴ Näher unten § 6 VI

rend tätig bleibt, besteht seine Aufgabe nur noch in einer (Gewährleistungs- und) Überwachungsfunktion¹⁵.

11

Nach überwiegender Auffassung¹⁶ hat der Verwaltungsträger bei leistender Verwaltungstätigkeit überdies eine Wahlfreiheit zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher **Handlungsform**. Die hiergegen gerichtete Kritik¹⁷ will die Verwaltung dort, wo sie „in Erfüllung staatlicher und kommunaler Aufgaben tätig wird und zu Dritten in Leistungsbeziehungen tritt“, ausschließlich auf das öffentliche Recht verweisen; danach ist eine Wahlfreiheit zwischen öffentlichem und privatem Recht ausgeschlossen. Richtig ist, dass die Verwaltung sich nicht der öffentlich-rechtlichen Bindungen durch die Wahl privatrechtlicher Handlungsformen entledigen kann. Daraus folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass sie sich zwar bei der Wahl der Organisationsformen, nicht aber auch bei der Wahl der Handlungsformen des privatrechtlichen Instrumentariums bedienen kann.

12

Verschiedentlich wird – pauschalierend – zwischen „**Eingriffsverwaltung**“ und „**Leistungsverwaltung**“ unterschieden¹⁸. Einer solchen Unterscheidung ist jedoch mit Vorsicht zu begegnen. Soweit sie nicht nur auf eine typisierende Beschreibung der hauptsächlichen Funktionsbereiche der Verwaltung hinzielt, liefert sie allenfalls Anhaltspunkte für die Entwicklung eigenständiger Regeln, die für Rechtsverhältnisse der Leistungsverwaltung einerseits und solche der Eingriffsverwaltung andererseits (z.B. beim Übermaßverbot) Geltung beanspruchen¹⁹. Die Unterscheidung erspart jedoch nicht die Frage, ob sich das **konkrete Verwaltungshandeln** eingreifend (belastend) oder leistend (begünstigend) auswirkt. Dies kann immer nur anhand des jeweiligen Einzelfalles ermittelt werden.

Beispiele: Die Buchausleihe bei einer öffentlichen Bibliothek ist typische Form der „Leistungsverwaltung“, die Rückforderung des Buches unter Androhung von Verwaltungszwang aber eine belastende Maßnahme, die einer konkreten rechtssatzmäßigen (evtl. gewohnheitsrechtlichen) Ermächtigung bedarf. - Auch kann dieselbe Maßnahme sowohl begünstigend wie belastend sein: Baugenehmigung und Subvention können gleichzeitig den jeweiligen Antragsteller begünstigen, während sie den Nachbarn bzw. einen Konkurrenten belasten. Im Hinblick auf den belastenden Effekt unterliegen sie dann den (strengeren) Voraussetzungen der eingreifenden Verwaltung („Vorbehalt“ des Gesetzes)²⁰.

III. Rechtsformen

13

Gibt die Unterscheidung zwischen eingreifender und leistender Verwaltungstätigkeit die jeweiligen Auswirkungen des Verwaltungshandelns gegenüber dem Bürger wieder, so stellt es die Unterscheidung nach den Rechtsformen (Handlungsformen) auf die **Art der jeweiligen Aufgabenwahrnehmung** ab. Herkömmlicherweise unterscheidet man zwischen öffentlich-rechtlichem („hoheitlichem“ i.w.S.) und privatrechtlichem („fiskalischem“ i.w.S.) Verwaltungshandeln.

14

Es hat sich freilich gezeigt, dass eine solche, ausschließliche Zweiteilung der umfassenden Aufgabenstellung einer modernen Verwaltung nicht voll entspricht, insbesondere bestimmte Grenzbereiche eine weitere Differenzierung nahelegen. Schon gar nicht lässt sich das Aufgabenspektrum der Verwaltung

¹⁵ Siehe Kämmerer, JZ 1996, 1042, 1048 sowie oben § 2 Rn. 17 ff.

¹⁶ Vgl. Forsthoff S. 463 f; Ipsen, VerwR § 3 Rn. 195; Maurer, VerwR § 3 Rn. 9; R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik, S. 221; Spannowsky S. 86 ff; s.a. nachfolgend Rn. 28.

¹⁷ Siehe insbesondere Ossenbühl, DVBl. 1974, 541 m. w. N.

¹⁸ Vgl. etwa Ipsen, VerwR § 1 Rn. 52; Maurer, VerwR § 2 Rn. 5; Obermayer, Grundzüge S. 113.

¹⁹ Hierzu insbes. Krause, VVDStRL 45 (1987) S. 212, 222 f.; s.a. Lecheler, Verwaltungslehre S. 176 f. (zu Art. 33 IV GG).

²⁰ Näher zur Subvention § 7 Rn. 16.

auf die „Herstellung verbindlicher Entscheidungen“ reduzieren²¹. Neben den verschiedenen Formen verbindlicher „Regelung“ ist der Staat in vielfacher Weise auf „Handlungen“ angewiesen, um Wirklichkeit zu beeinflussen²². Stellt man die (in einen eigenen systematischen Zusammenhang gehörenden) generell-abstrakten Regelungen durch Rechtssatz sowie die durch mancherlei Besonderheiten gekennzeichneten „Pläne“ zunächst zurück²³, so lässt sich bei den **öffentlich-rechtlichen** Handlungsformen zwischen dem obrigkeitlichen, dem einvernehmlich (durch öffentlich-rechtlichen Vertrag) regelnden²⁴ und dem schlicht hoheitlichen Verwaltungshandeln unterscheiden. Zusätzlich wird innerhalb des **privatrechtlichen Handelns** zwischen dem verwaltungsprivatrechtlichen und dem fiskalischen (i.e.S.) Verwaltungshandeln differenziert.

1. Öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln

15

a) Als traditionelle Form des Verwaltungshandelns im „Über- und Unterordnungsverhältnis“ zwischen Staat und Bürger hat sich die **obrigkeitliche** Verwaltung (hoheitliche Verwaltung i.e.S.) herausgebildet. Die Verwaltung wird obrigkeitlich tätig, wenn sie eine einseitige Regelung in Form des Verwaltungsaktes gegenüber einem anderen Rechtssubjekt trifft, die dessen Rechtsstellung einschränkt, erweitert oder verbindlich konkretisiert. Das ist z. B. der Fall bei Steuerbescheiden und Ordnungs-(Polizei-)Verfügungen, aber auch bei der negativen oder positiven Entscheidung über einen Antrag auf Gewährung von Leistungen (Genehmigungen, Erlaubnisse, verbindliche Bescheinigungen, Geld- oder Sachleistungen).

16

Die **hoheitliche** Handlungsform i.e.S., also das Handeln in Form des Verwaltungsaktes, wird teilweise als wenig zeitgemäßes Überbleibsel des Obrigkeitsstaates empfunden²⁵. Das ist durchaus vordergründig. Die Möglichkeit zur verbindlichen hoheitlichen Einzelfallregelung ist auch in einer modernen Verwaltung unverzichtbar²⁶. Viele Angelegenheiten insbesondere der Massenverwaltung ließen sich gar nicht anders als mit Hilfe des Verwaltungsaktes bewältigen. Im Übrigen ist dieser nach Verfahren und inhaltlichen Anforderungen wie kaum eine andere Form des Verwaltungshandelns rechtsstaatlich diszipliniert. In der Vergangenheit wurde das Handeln in Form des Verwaltungsaktes grundsätzlich als zulässig angesehen; die Begründungen hierfür waren allerdings unterschiedlich: Teils wurde angenommen, nur der Eingriff als solcher, nicht aber das „Wie“ bedürfe einer besonderen Ermächtigung²⁷, teils wurde der Verwaltungsakt als „typische Handlungsform“ der Verwaltung aufgrund einer ungeschriebenen „Generalzulassung“ für zulässig angesehen²⁸.

17

Mit Recht wird heute überwiegend²⁹ auch für das „**Wie**“ des staatlichen Eingriffs regelmäßig eine gesetzliche **Ermächtigung** verlangt: Das Handeln in Form des Verwaltungsaktes stellt für den Adressaten eine eigenständige Belastung dar, die die Grundlage für anschließende Vollstreckungsmaßnahmen durch die Behörde ohne Inanspruchnahme der Gerichte bildet. Etwas anderes gilt nur dort, wo ein Antragsteller eine „begünstigende“ Entscheidung begehrt, die auch inhaltlich nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegt (nur so ist z.B. die Zulässigkeit der Subventionsgewährung durch Verwaltungsakt ohne gesetzliche Ermächtigung zu erklären)³⁰,

²¹ In dieser Richtung aber Luhmann, Theorie der Verwaltungswissenschaft, 1966, S. 67 ff. (anders S. 64).

²² Zutreffend Krause S. 55; Robbers, DÖV 1987, 272 mwN.

²³ Näher hierzu § 4 sowie § 10 Rn. 67 ff.

²⁴ Die einvernehmliche Regelung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag wird unter § 10 Rn. 22 ff gesondert dargestellt.

²⁵ Hierzu und zum folgenden: Bachof, VVDStRL 45 (1987) S. 279; Frotscher ebda. S. 277.

²⁶ Beispielhaft: OVG NW, NVwZ 1990, 1193 (Auskunftsverlangen nach § 99 SGB 10).

²⁷ So insbes. OVG NW, DVBl 1963, 187 ff.

²⁸ So z. B. BVerwGE 18, 285 f.; 28, 9; Meyer/Borgs, VwVfG § 35 Rn. 47 ff.; Appel/Melchinger, VerwArch (84) 1993, 370 f.

²⁹ Vgl. BVerwGE 72, 265; OVG NW, NJW 1990, 2901; Osterloh, JuS 1983, 283.

³⁰ Im Einzelnen str., s. a. § 2 Rn. 5 ff. sowie BVerfGE 8, 155; BVerwGE 13, 307; Bleckmann, Subventionsrecht, 1978, S. 98 ff.; Wallerath (Fn. 5) S. 404.

oder wo es sich um die verbindliche Feststellung über entscheidungserhebliche Vorfragen oder Teilelemente gesetzlicher Genehmigungstatbestände handelt³¹: Hier enthält die Entscheidung in Form des Verwaltungsaktes entweder keine eigenständige Belastung oder sie ist von der Ermächtigung zur endgültigen Entscheidung mit abgedeckt.

18

Im Übrigen ist zweifelhaft, ob eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung erforderlich ist, oder ob ggf. auch eine „**stillschweigende**“ Ermächtigung für ein Handeln in Form des Verwaltungsaktes ausreicht³².

So vertritt das Bundesverwaltungsgericht³³ die Auffassung, ein Handeln in Form des Verwaltungsaktes sei auch ohne konkrete gesetzliche Ermächtigung zulässig, wenn das **Rechtsverhältnis insgesamt** so **obrigkeitlich** ausgestaltet sei, dass hieraus die Befugnis der Behörde zu einer einseitig hoheitlichen Regelung folge; dies sei insbesondere beim Wehrdienstverhältnis und beim Beamtenverhältnis der Fall. Darüber hinaus sei die Rückforderung von Leistungen durch Verwaltungsakt stets dann zulässig, wenn auch die „Bewilligung“ der Leistung durch Verwaltungsakt erfolgt sei („**Kehrseitentheorie**“)³⁴. In der Tat erscheint es angesichts der Einheitlichkeit des Rechtsverhältnisses angebracht, dass die Behörde dort, wo sie berechtigt ist, die Leistung durch Verwaltungsakt festzusetzen und auch durch Verwaltungsakt festgesetzt hat, im Falle der Rücknahme des Verwaltungsaktes auch die einseitig gewährte Leistung in der gleichen Weise zurückfordern kann. Demgemäß bestimmt § 49a Abs. 1 Satz 2 VwVfG, dass die zu erstattende Leistung durch (schriftlichen) Verwaltungsakt festzusetzen ist. Ähnlich geht die Rechtsprechung³⁵ vor, wenn sie das Recht zum Ausschluss eines Benutzers von der anstaltlichen Nutzung durch Verwaltungsakt als Annex des Rechts zur Schaffung und zum Betrieb einer öffentlichen Einrichtung versteht.

19

b) Die **schlichte Hoheitsverwaltung** ist diejenige Handlungsform, in der ein Verwaltungsträger aufgrund öffentlichen Rechts tätig wird, ohne sich der Regelungsinstrumente „Verwaltungsakt“ oder „öffentlich-rechtlicher Vertrag“ zu bedienen³⁶. Die schlicht hoheitliche Verwaltung weist eine Fülle unterschiedlicher Handlungstypen auf, die weder dem „obrigkeitlichen“ noch dem privatrechtlichen Verwaltungshandeln zuzurechnen sind, und die im Hinblick auf die Besonderheiten des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wie auch im Hinblick auf mögliche Abwehr- und Ersatzansprüche des Bürgers als eigenständige öffentlich-rechtliche Handlungsform von den anderen Formen des Verwaltungshandelns unterschieden werden muss. „Schlicht hoheitliches“ Verwaltungshandeln kann in rechtsgeschäftlichen, verwaltungsrechtlichen „Willenserklärungen“³⁷, in bloßen „Wissenserklärungen“, in steuernden Beeinflussungen ohne Befehlscharakter oder in „Realakten“ äußern

20

Die schlicht hoheitliche Handlungsform findet als solche ihre **Legitimation** in der verfassungsrechtlich einwandfreien Aufgabenzuweisung an die jeweilige Behörde³⁸. Sofern das Handeln – insbesondere im Sinne einer wirtschaftslenkenden Maßnahme – einen Eingriff in die Freiheits- oder Eigentums-sphäre des Bürgers bedeutet, ist allerdings eine gesetzliche Ermächtigung erforderlich³⁹. Sonstige tat-

³¹ Siehe BVerwG, NJW NVwZ 1991, 267; BayVGH, NJW 1981, 2177 (abw. NVwZ 1988, 944); OVG Berl, NVwZ 2000, 649 f; Osterloh, JuS 1983, 282; zu weitgehend VGH BW, DÖV 1982, 703.

³² Zur Frage der „analogen“ Heranziehung einer Ermächtigungsgrundlage siehe unten § 7 Rn. 11.

³³ BVerwGE 27, 245; 28, 1.

³⁴ BVerwGE 18, 314; 40, 85; BVerwG, DÖV 1977, 606; ebenso BerIOVG, NJW 1972, 1386.

³⁵ VGH BW, NVwZ 1987, 701; OVG NW, DÖV 1995, 515; s. a. OVG NW, NWVB1 1989, 91 für das „Hausrecht“.

³⁶ Siehe Achterberg, Allg. VerwR § 20 III; Robbers, DÖV 1987, 272; weitergehend W. Jellinek S. 21 f., 305 ff., Püttner, VerwR S. 99 ff.; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 40.

³⁷ In der Systematik ähnlich W/B/Stober, VerwR I § 57 Rn. 4, § 36 Rn. 7 f. Anders – beschränkend auf „Realakte“ – Püttner, VerwR S. 99 f; die dadurch entstehende Lücke verlangt freilich eine zusätzliche Kategorie öffentlich-rechtlichen Handelns; zum ganzen Krause, S. 56, 235.

³⁸ BVerfG, NJW 1989, 3270; BVerwG, NJW 1989, 2273; NVwZ 1994, 163.

³⁹ BVerwG, NJW 1992, 2498; BVerwG, NJW 1996, 3161.

sächlich beeinträchtigende Nebenwirkungen halten dem Rechtmäßigkeitsurteil nur stand, wenn sie den materiellen Grenzen der Grundrechte, insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, entsprechen⁴⁰.

21

Der schlicht hoheitlichen Verwaltung unterfallen namentlich:

(a) Verwaltungsrechtliche **Willenserklärungen**. Diese sind auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtete Willensäußerungen, deren Wirkung auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts sich aus dem geäußerten, gesetzlich sanktionierten Willen ergibt⁴¹.

Beispiele: Um verwaltungsrechtliche Willenserklärungen handelt es sich bei der Aufrechnung mit einer öffentlich-rechtlichen oder bei dem Verzicht auf eine öffentlich-rechtliche Forderung⁴², bei dem Ersuchen um Amtshilfe wie auch bei der „Zusage“ eines bestimmten Verwaltungshandeln. Verwaltungsrechtliche Willenserklärungen sind auch die auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichteten Erklärungen. Sie münden jedoch in den Vertragsabschluß und erlangen von daher ihre rechtliche Bedeutung. Der Vertrag kann die vereinbarte Rechtsfolge auch dann herbeiführen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen im Einzelfall fehlen. Deshalb wird der öffentlich-rechtliche Vertrag heute mit Recht von dem schlicht-hoheitlichen Verwaltungshandeln abgehoben⁴³. Mahnung, Aufrechnung etc. erzeugen im Gegensatz zum Verwaltungsakt und öffentlich-rechtlichen Vertrag nur dann Rechtswirkung, wenn sie die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen⁴⁴.

22

Auf verwaltungsrechtliche Willenserklärungen von Verwaltungsträgern finden, soweit sie nicht auf eine obrigkeitliche Anordnung gerichtet sind, die Bestimmungen über privatrechtliche Willenserklärungen (§§ 116 ff., 133 ff. BGB) entsprechende Anwendung, sofern das öffentliche Recht keine abweichenden oder inhaltlich entsprechenden Regelungen trifft⁴⁵.

23

(b) **Informationelles Verwaltungshandeln**. Für die Herstellung von Entscheidungen ist der Staat auf vielfältige Informationen angewiesen. Umgekehrt erfordert deren Transformation in die Gesellschaft eine entsprechende Kommunikation, die ihrerseits - auf Seiten des Bürgers - auf staatliche Informationen über rechtliche Randbedingungen und Fördermöglichkeiten angewiesen ist. Das erklärt nicht nur, weshalb über die traditionellen Formen informationellen Verwaltungshandelns (wie Wissensklärungen in einem öffentlich-rechtlichen Sachzusammenhang, Auskünfte, Mitteilungen, Belehrungen, Beratungen oder gutachterliche Stellungnahmen) hinaus die Bereitstellung von Informationssystemen wie „e-government“ und die Schaffung des Informationszugangs zunehmende Bedeutung erfahren haben, sondern auch, weshalb sich das Informationsverwaltungsrecht inzwischen als selbständiges Teilgebiet des Allgemeinen Verwaltungsrechts etabliert hat⁴⁶.

24

Verwaltungsrechtliche **Wissenserklärungen** sind bloße Wissensbekundungen über Sach- oder Rechtslagen auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts ohne unmittelbare Bindungswirkung. Hierzu zählen z. B. Gutachten⁴⁷, Mitteilungen, Untersuchungsberichte⁴⁸, Veröffentlichungen sowie Auskünfte. Eine Sonderform informationellen Handelns stellen **nicht-**

⁴⁰ BVerwG, NJW 1989, 2274; Wallerath (Fn. 5) S. 440.

⁴¹ Vgl. Krause, S. 66 f.; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 36 Rn. 8; siehe auch Larenz, Allgem. Teil des dt. bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1975, § 7 II.

⁴² Näher unten § 8 Rn. 113, 118 ff.

⁴³ Achterberg, Allgem. VerwR § 20 III; Robbers, DÖV 1987, 272.

⁴⁴ Siehe Robbers, DÖV 1987, 274.

⁴⁵ Im einzelnen § 8 Rn. 105 ff.

⁴⁶ Näher unten § 10 I Rn. 2 ff.

⁴⁷ BVerwG, DVBl. 1973, 371; Krause, S. 343 ff.

⁴⁸ BVerwGE 14, 323; 32, 21.

imperative Beeinflussungen (d. h. steuernde Einflussnahmen ohne unmittelbaren Befehlscharakter) wie Warnungen, Empfehlungen und Androhungen dar⁴⁹.

Beispiele: Warnungen des Bundesgesundheitsamtes vor bestimmten Arzneimitteln, öffentliche Fahnung nach ergangenem Haftbefehl, Warnungen des Bundesministers für Familie, Jugend und Gesundheit vor Jugendsekten.

Entsprechende Informationen stehen unter dem Gebot der Anlassbezogenheit sowie der Sachlichkeit und des Vorbehalts verhältnismäßiger Grundrechtseinschränkung⁵⁰. Soweit der Informationsgehalt eingreifende Qualität aufweist, ist eine gesetzliche Ermächtigung geboten. Ausnahmsweise kann sich die Befugnis zu entsprechendem Verwaltungshandeln auch aus dem Zusammenhang mit einer Erfüllung der staatsleitenden Aufgabe „Öffentlichkeitsarbeit“ ergeben. So bejaht das Bundesverfassungsgericht⁵¹ die Befugnis der Bundesregierung zur Warnung vor „Jugendsekten“ aufgrund einer entsprechenden „ausnahmsweisen verfassungsunmittelbaren Eingriffsermächtigung“, während für die finanzielle Förderung eines Vereins, der sich die Warnung vor bestimmten Sekten zum Ziel gesetzt hat, eine besondere Ermächtigungsgrundlage verlangt wird: Hierbei handle es sich um echte „Verwaltungstätigkeit“, die einen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 4 GG intendiere⁵².

25

(c) **Realakte** sind rein tatsächliche Verwaltungshandlungen in öffentlich-rechtlichem Sachzusammenhang ohne eigenen Regelungsgehalt. Sie kommen in den unterschiedlichsten Ausprägungen vor. Hierzu zählen insbesondere Organisationsakte ohne unmittelbaren Regelungsgehalt (wie Aktenführung, Errichtung und Einrichtung von Spielplätzen, Straßen, Versorgungsbetrieben), schlichte Leistungsgewährungen (wie Zahlungen, freiwillige Schutzimpfungen, Postzustellung, Betrieb öffentlicher Einrichtungen) sowie rein tatsächliche Vollzugshandlungen (wie Fällen von Bäumen, Anbringen von Zäunen, Schusswaffengebrauch durch die Polizei).

Greift ein Realakt, etwa die **Aufbewahrung erkennungsdienstlicher Unterlagen**, rechtswidrig in die Rechtssphäre Dritter ein, so kann der Betroffene einen Unterlassungsanspruch und ggf. einen Anspruch auf Folgenbeseitigung⁵³ vor den Verwaltungsgerichten geltend machen. Verweigert die Behörde zu Unrecht einen „Realakt“, obwohl ein Anspruch darauf besteht, z. B. die Zahlung einer in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag vereinbarten Summe, so kann der Berechtigte zur Durchsetzung seines Anspruchs die allgemeine Leistungsklage erheben. Beruht die **Verweigerung** eines „Realaktes“ allerdings auf einer „ablehnenden Entscheidung“ der Behörde, so stellt diese einen Verwaltungsakt dar. In einem solchen Fall ist die Verpflichtungsklage zu erheben, will man sich nicht zu einer Kopplung von Anfechtungs- und allgemeiner Leistungsklage durchdringen⁵⁴. Schuldhaft rechtswidrige Schädigungen durch Realakte begründen einen Amtshaftungsanspruch nach § 839 BGB i. V. mit Art. 34 GG; im Übrigen können entsprechende Schädigungen – ohne Rücksicht auf ein eventuelles Verschulden – Ansprüche aus „enteignungsähnlichem Eingriff“ oder „Aufopferung“ auslösen.

2. Privatrechtliches Verwaltungshandeln

26

Während die ältere Verwaltungsrechtslehre den privatrechtlich handelnden Staat („Fiskus“) einer beliebigen Privatperson gleichstellt, ohne ihn den allgemeinen Bindungen des öffentlichen Rechts zu unterwerfen, vollzog sich zu Beginn der fünfziger Jahre eine deutliche Kehrtwendung: Im Anschluss an W. Siebert⁵⁵ unterschieden Rechtsprechung und Lehre maßgeblich nach dem mit dem Verwaltungshandeln verfolgten **Zweck**⁵⁶.

⁴⁹ Im Einzelnen § 10 Rn. 22 f.

⁵⁰ Näher § 10 Rn. 23.

⁵¹ BVerfGE 105, 179 ff - Jugendsekten; s.a. BVerfGE 105, 152 ff - mit Glykol versetzter Wein.

⁵² BVerfG, NJW 2002, 2621; BVerwG, NJW 1992, 2499; OVG NW, NJW 1996, 2114 ff.

⁵³ Siehe VG Neustadt, NJW 1965, 1934; zur „Klageart“ bei Ablehnung der Folgenbeseitigung und VGH BW, DÖV 1973, 463 f; Riegel, DÖV 1968, 20.

⁵⁴ Siehe unten § 9 I 3.

⁵⁵ Siebert, in: Festschrift für H. Niedermeyer, 1953, S. 215 ff., 244.

⁵⁶ BGH NJW 1977, 629; 2003, 2451; HessVGH, DÖV 2005, 210 f; Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 331; Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 475 ff; Ossenbühl, DÖV 1971, 522; v.

27

a) Staatliche Aufgabenwahrnehmung in privatrechtlicher Form

Wird ein Träger öffentlicher Verwaltung zur unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben in der Form des Privatrechts tätig, so soll ein besonderes **Verwaltungsprivatrecht** gelten. Die rechtliche Erfassung des Verwaltungsprivatrechts ist gekennzeichnet durch das Auseinanderfallen von Handlungsform und Handlungszweck.

28

Die Anerkennung eines besonderen „Verwaltungsprivatrechts“ setzt zunächst voraus, dass überhaupt zwischen „**öffentlichen**“ und „**nicht öffentlichen**“ **Aufgaben** unterschieden werden kann. Gerade dies wird verschiedentlich⁵⁷ für den Bereich nicht obrigkeitlicher staatlicher Tätigkeit, um den es hier geht, infrage gestellt. Richtig ist, dass der Bereich notwendig staatlicher oder kommunaler Aufgaben im wesentlichen auf Kernaufgaben wie die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit sowie die Abgabenerhebung beschränkt ist, ohne im Bereich der Leistungsverwaltung ausgeschlossen zu sein (z. B. Sozialhilfe, Sozialversicherung, Schulwesen). Daneben besteht freilich eine Vielzahl bedingt notwendiger oder freiwilliger staatlicher und kommunaler Aufgaben, die zwar auch (als „öffentliche Aufgaben“)⁵⁸ von Privathand erledigt werden können (z. B. der Betrieb von Krankenhäusern, Kindergärten), die aber dann, wenn die Privatinitiative nicht ausreicht, von der öffentlichen Hand als staatliche oder als Selbstverwaltungsaufgaben übernommen werden. Dieser vielfach im Anschluss an Forsthoff⁵⁹ als „Daseinsvorsorge“ bezeichnete, notwendige wie freiwillige Aufgaben umfassende⁶⁰ Bereich der Leistungs- und Versorgungsverwaltung wird letztlich negativ abgegrenzt: Eine „unmittelbare“ Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben soll dann nicht vorliegen, wenn das Verwaltungshandeln lediglich auf Gewinnerzielung oder auf die bloße Bedarfsdeckung für die Aufgabenerfüllung gegenüber Dritten gerichtet ist; danach begründet erst die **unmittelbare** Verfolgung staatlicher oder kommunaler Aufgaben gegenüber den Beteiligten die besondere Qualität des „verwaltungsprivatrechtlichen“ Handelns⁶¹.

29

Die Anerkennung eines Verwaltungsprivatrechts bedingt weiterhin, dass die Verwaltung staatliche (kommunale) Aufgaben auch in der Form des „Privatrechts“ wahrnehmen kann, d. h. eine **Wahlfreiheit** zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Handlungsform hat⁶². Die Vorstellung von einem möglichen Rückgriff auf privatrechtliche Handlungsform auch bei öffentlicher Aufgabenwahrnehmung hat eine Weiterentwicklung durch das in jüngerer Zeit ausformulierte⁶³ Bild von öffentlichem und privatem Recht als „wechselseitigen Aufeinanderordnungen“ gefunden. Danach ist es dem Staat erlaubt, Regelungsbedürfnisse, die er im Rahmen des öffentlichen Rechts nicht hinreichend befriedigen kann, durch Rückgriff auf die Gestaltungselemente des Privatrechts zu erfüllen. Auch das wird verschiedentlich⁶⁴ angezweifelt. Zutreffend an dieser Kritik ist, dass das Rechtsregime, dessen sich die Verwaltung zu bedienen hat, vorrangig gesetzgeberischer Entscheidung überantwortet ist. Insofern unterliegt es nicht (mehr) der autonomen Bestimmungsgewalt der Verwaltung, darüber zu entscheiden, welche Rechtsregeln gelten sollen. Enthält das Gesetz jedoch keine Festlegung, in welcher

Danwitz, AöR 120 (1995) S.595, 600.

⁵⁷ Vgl. Erichsen, Staatsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit, 3. Auf. 1982, S. 106; Rüfner, Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 397; Emmerich, JuS 1970, 335.

⁵⁸ Vgl. oben § 2 Rn. 5 f.

⁵⁹ Vgl. hierzu Forsthoff, VerwR S. 342.

⁶⁰ Unzutreffend deshalb BGHZ 52, 327 f in der Beschränkung auf „lebenswichtige“ Bedürfnisse; hiergegen auch Forsthoff, VerwR S. 370.

⁶¹ Siehe Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 484; Schwerdtfeger, Rn. 224; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 19, 29.

⁶² So die ganz h.M., siehe R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik S. 221; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 9 sowie vorsteh. Fn. 42.

⁶³ Siehe Schmidt-Abmann, Ordnungsidee S. 295; Appel, VVDStRL 67 (2008) S. 226, 248 f.

⁶⁴ Abl. z.B. Pestalozza, Formenmißbrauch des Staates, 1973, S. 169; Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986, S. 235 ff; s.a. Bull/Mehde, VerwR § 6 Rn. 247; Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 3 Rn. 52.

Form die Verwaltung in Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben tätig zu werden hat, so bleibt es bei der - die „Eigenständigkeit der Verwaltung“ zum Ausdruck bringenden - Kompetenz zur Wahl des Rechtsregimes⁶⁵. Eben dies ist in nicht wenigen Bereichen der Fall.
30

Von daher ist entscheidend darauf abzustellen, ob das Rechtsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem Bürger **öffentlich-rechtlich geregelt** ist oder ob es sich lediglich um die Wahrnehmung einer Verwaltungsaufgabe handelt, deren Vollzug der Behörde gerade nicht sonderrechtlich vorgegeben ist. Im letzteren Fall können Leistungen der Verwaltung auch in privatrechtlicher Form erbracht werden. Jedenfalls besteht kein Grund für den Ausschluss privatrechtlicher Handlungsformen, wo die „öffentliche Hand“ sich erwerbswirtschaftlich oder bedarfsdeckend betätigt, die öffentliche Zweckverfolgung also lediglich einen außerhalb der eigentlichen Adressaten angesiedelten „Sekundärzweck“ betrifft⁶⁶. Generell bedeutet die Anerkennung der privat-rechtlichen Handlungsform bei der Erfüllung staatlicher oder kommunaler Aufgaben keineswegs der Zubilligung voller „Privatautonomie“, sondern nur die rechtsstaatlich rückzukoppelnde Verwendung des privatrechtlichen „Instrumentariums“, ohne dass deshalb die öffentlich-rechtlichen Bindungen hinfällig würden⁶⁷.

Beispiel: Die Zulässigkeit privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen im Bereich kommunaler Daseinsvorsorge ergibt sich in weitem Umfang aus den Kommunalverfassungen in Verbindungen mit den Eigenbetriebsgesetzen bzw. -verordnungen der Länder⁶⁸ sowie einzelnen Kommunalabgabengesetzen⁶⁹. Auch ist die Befugnis zur Wahl der privatrechtlichen Handlungsform in der Leistungs- und Förderungsverwaltung, namentlich dem Subventionsrecht, weithin anerkannt.

31

Die Rechtsfigur eines besonderen Verwaltungsprivatrechts, das von dem übrigen „privatrechtlichen“ Handeln der Verwaltung begrifflich zu trennen ist, verliert an Bedeutung, wenn man eine unmittelbare öffentlich-rechtliche **Bindung** der Verwaltung auch **bei rein fiskalischer Betätigung** anerkennt, wie dies in zunehmendem Umfang mit guten Gründen geschieht⁷⁰. Die Differenzierung zwischen „verwaltungsprivatrechtlichem“ und „fiskalischem“ Handeln gibt in diesem Fall nur noch einen graduellen, der „Relativität“ der Rechtsbeziehungen Rechnung tragenden, nicht aber einen prinzipiellen Unterschied wieder.

Während die Verwaltung hier nach traditioneller Auffassung den gleichen Rechten und Pflichten wie eine Privatperson unterliegt, wird inzwischen mit Recht betont, dass die Verwaltung den Bindungen des öffentlichen Rechts, insbesondere an die Grundrechte, auch dort unterliege, wo sich die unmittelbare Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht nachweisen lasse: Auch der „fiskalisch“ handelnde Staat ist eine Ausformung „**vollziehender Gewalt**“ i.S. von Art. 1 Abs. 3 GG, greift auf rechtliche Regeln zurück, die letztlich vom Staat selbst gesetzt sind⁷¹. Deshalb unterliegt die Verwaltung nicht nur verschiedenen spezialgesetzlichen Beschränkungen des fiskalischen Verwaltungshandelns, sondern auch den durch die Grundrechte gezogenen Grenzen.

32

Das Auseinanderfallen von Handlungsform und Handlungszweck, das den Bereich des Verwaltungsprivatrechts kennzeichnet, führt zu einer Gemengelage von privatem und öffentlichem Recht⁷². Grundsätzlich gilt, insbesondere für die Art der Durchführung und eventuelle

⁶⁵ Wie hier: BVerwGE 92, 56, 64 f.; BGH NJW 1999, 208, 209; Burgi, Rechtsregime § 18 Rn. 58 ff. Für ein eingeschränktes Wahlrecht v. Danwitz, Jus 1995, 1 ff. Ein (beschränktes) Wahlrecht dürfte auch insoweit anzunehmen sein, als Gemeinschaftsrecht nationales Recht beeinflusst; s. Ehlers, in: Erichsen/ ders., VerwR § 3 Rn. 52 gegen OVG Berlin-Bdg, NVwZ 2006, 104 f.

⁶⁶ Wallerath (Fn. 5) S. 223 f.; Ehlers, DVBl. 1983, 429; Ossenbühl, DVBl 1974, 541; a.A. Braun, BayVBl. 1983, S. 227; Zuleeg, VerwArch 73 (1982), 401 f.

⁶⁷ Vgl. Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 480 ff; v. Danwitz, JuS 1995, 5 f.

⁶⁸ Z.B. § 5 Nr. 5 HessEBG, § 5 V EigBetrVO NW.

⁶⁹ Z.B. Art. 8 I 2 BayKAG, § 6 I 1 KAG MV; §§ 5 I 1 Nds KAG, 6 I 1 KAG NW; 5 IV KAG RP.

⁷⁰ Hierzu nachfolgend Rn. 42 f.

⁷¹ Wallerath (Fn. 5) S. 309 ff.

⁷² Vgl. vorstehend Fn. 43. Siehe aber auch Burgi, Rechtsregime § 18 Rn. 65 ff, der sich in grundsätzlicher Ablehnung der Figur des Verwaltungsprivatrechts für einen Problemlösungszugang in Gestalt einer „Ver-

Leistungsstörungen, **Privatrecht**⁷³. Dieses bestimmt zugleich die Rechtswegfrage, soweit man es hierbei auf das Rechtsverhältnis abstellt. Es wird freilich auf der Maßstabebene durch **öffentlich-rechtlichen Bindungen** durchsetzt ähnlich der Ausübung der Eigentumsrechte an öffentlichen Sachen nach der Lehre vom modifizierten Privateigentum⁷⁴. Insofern besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass sich die Verwaltung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht der Bindung an öffentlich-rechtliche Vorschriften entledigen kann, indem sie sich privatrechtlicher Formen bedient⁷⁵. Die Bindung an das öffentliche Recht ist dem Verwaltungshandeln als Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben immanent, das bloße Auswechseln der Rechtsform ändert also nichts an der spezifischen Verantwortung, die der Wahrnehmung dieser Aufgaben innewohnt⁷⁶. Hieraus folgt, dass die Verwaltung auch bei der Wahl privatrechtlicher Handlungsformen an die allgemeinen öffentlich-rechtlichen Handlungsvoraussetzungen, insbesondere an die Zuständigkeitsregeln, aber auch an die Grundrechte und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁷ sowie die rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätze, wie sie etwa in den §§ 20, 21, 28 VwVfG niedergelegt sind⁷⁸, gebunden ist.

33

Bei Streitigkeiten über das Eingreifen öffentlich-rechtlicher Bindungen bejahen die **Zivilgerichte** durchweg ihre Zuständigkeit⁷⁹. Das ist zumindest insofern problematisch, als ein Anspruch auf Vertragsabschluß aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen, z. B. der gemeindefreihlichen Bestimmungen über die Zulassung zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen⁸⁰, geltend gemacht wird⁸¹. Stellt man auf die Rechtsnatur des geltend gemachten Anspruchs ab, so wird man den **Verwaltungsrechtsweg** als zulässig ansehen⁸².

Für eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit spricht die **unterschiedliche Funktion von Privatautonomie und behördlichem Ermessen**. In der Sache geht es nicht um eine Begrenzung der „Privatautonomie“ des Staates, sondern um seine immanente Bindung bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, die hier nicht anders zu beurteilen ist als bei der schlicht hoheitlichen Verwaltungstätigkeit⁸³. Demgemäß ist auch für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form die Ausrichtung am Gemeinwohl maßgeblich, geht es letztlich um Ermessensbindung der Verwaltung. Ebenso, wie ein privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt „hoheitlicher“ Akt bleibt, auch wenn er privatrechtliche Rechte und Pflichten zur Entstehung bringt, bleibt die öffentlich-rechtliche Zweckbindung der Verwaltungstätigkeit eben dieser Natur, mag sie auch einem im übrigen privatrechtlichen Rechtsverhältnis „vorgelagert“ oder in dieses „eingebettet“ sein.

34

Demgegenüber haben es die Zivilgerichte stets auf den Gesamtcharakter des (angestrebten) **Rechtsverhältnisses** als „privatrechtlich“ abgestellt und die Geltendmachung eines öffentlich-rechtlichen **Anspruchs** lediglich als - für den Rechtsweg nicht entscheidende „Vorfrage“

bundlösung“ ausspricht, die eine größere Rationalität der Zuordnung der verschiedenen Rechtsgebiete versprechen soll. Das findet u.a. in einer Stärkung der Zwei-Stufen-Theorie Ausdruck findet. Es bleibt abzuwarten, ob dies tatsächlich zu einer Befreiung von dem strukturellen Ansatz des Verwaltungsprivatrechts führt. Die Kritik ist im übrigen nicht neu, siehe nur Schröder S. 226 mwN.

⁷³ Damit findet auch das AGB-Gesetz im Bereich des Verwaltungsprivatrechts Anwendung; vgl. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 352 f.; Bullinger, DÖV 1977, 814; Stober, DÖV 1977, 400.

⁷⁴ Vgl. hierzu unten § 13 Rn. 16 ff.; s.a. Hermes, Schlichtes Verwaltungshandeln § 39 Rn. 85 f.

⁷⁵ Vgl. Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 2 Rn. 78; Hermes (Fn. 68) Rn. 86; Emmerich, JuS 1970, 335.

⁷⁶ Forsthoff, VerwR S. 342; s. a. BGH, DVBl. 1984, 1119.

⁷⁷ BVerfGE 12, 244; BGHZ 29, 80; Evers, NJW 1961, 289; Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 2 Rn. 78; s.a. Hermes (Fn. 68) Rn. 86.

⁷⁸ Ehlers, DVBl. 1983, 426 f.; s. a. v. Zezschwitz, NJW 1983, 1881.

⁷⁹ BGZ 29, 76 ff.; 52, 325 ff.; ebso OVG RP, NVwZ 1982, 380.

⁸⁰ Vgl. z. B. § 18 I GO NW, § 14 II GO RP.

⁸¹ Siehe auch Wallerath, Die Selbstbindung der Verwaltung, 1968, S. 116 ff.

⁸² BVerfGE 34, 213 ff.; 96, 73; ebso OVG NW, NJW 2001, 698; Kopp/Schenke, VwGO § 40 Rn. 30.

⁸³ Vgl. Martens, JuS 1963, 395; Wallerath (Fn. 5) S. 117 mwN.

betrachtet⁸⁴. Dem sind inzwischen der gemeinsame Senat der obersten Bundesgerichte und das BVerwG⁸⁵ gefolgt: Die öffentlich-rechtlich Bindung ändere nichts an der den Rechtsweg bestimmenden Maßgeblichkeit des **Zivilrechts als „Basisrecht“**.

Ein anderer Ansatz zur Begründung dieses Ergebnisses wäre, die Ansprüche aus Art. 3 Abs. 1 GG, § 5 PartG als „**akzessorisch**“ anzusehen und jeweils dem Rechtsgebiet zuzurechnen, auf das sich der geltend gemachte Anspruch bezieht (z. B. Mietvertrag oder öffentlich-rechtliche Sondernutzung)⁸⁶.

35

Neben der Lehre vom Verwaltungsprivatrecht, das durch eine Gemengelage von öffentlichem und privatem Recht gekennzeichnet ist, hat sich für einzelne Bereiche der Leistungsverwaltung ein anderer Lösungsansatz durchgesetzt, der zu einer Trennung von öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Ebene gelangt. Nach der durch das Bundesverwaltungsgericht begründeten und von Ipsen weiter verfeinerten „**Zweistufentheorie**“⁸⁷ sind in zwei Ebenen zu unterscheiden: Auf der 1. Stufe wird über das „Ob“ der Leistung nach Maßgabe des öffentlichen Rechts (durch Verwaltungsakt) entschieden; die 2. Stufe umfasst das „Wie“ der Leistungsgewährung, genauer: Die Gewährung und Abwicklung der auf der 1. Stufe grundsätzlich zugestanden Leistung in den Formen des Privatrechts (Darlehensvertrag, Mietvertrag u. a.). Die Zweistufentheorie ist insbesondere in den Bereichen der Subventionsgewährung⁸⁸, der Wohnungsbauförderung sowie der Benutzung von öffentlichen Einrichtungen anerkannt⁸⁹ und hatte ihren gesetzlichen Niederschlag in § 102 Abs. 1 und 2 des (inzwischen aufgehobenen) Zweiten Wohnungsbaugesetzes vom 27.6.1956⁹⁰ gefunden.

36

Die **Zuordnung** einer bestimmten Streitigkeit zur ersten oder zur zweiten Stufe ist nicht selten problematisch und kann keineswegs aufgrund eines allgemeinen Prinzips beantwortet werden. Sie hängt wesentlich davon ab, wie das konkrete Rechtsverhältnis im einzelnen ausgestaltet ist⁹¹, insbesondere auch davon, ob die an sich nach öffentlichem Recht zu beantwortende Frage der grundsätzlichen Leistungsgewährung oder ihrer Änderung auch im späteren Abwicklungsstadium einer besonderen (öffentlich-rechtlichen) Entscheidung vorbehalten sein soll oder eventuelle Änderungen unmittelbar aufgrund der zivilrechtlichen Vereinbarungen (im Rahmen der 2. Stufe) Berücksichtigung finden sollen. Die hierzu ergangenen Entscheidungen kommen vornehmlich aus diesem Grunde zu teilweise unterschiedlichen Ergebnissen, ohne dass dem stets eine andere Rechtsauffassung zugrunde liegt.

Beispiele: Als öffentlich-rechtlich sind angesehen worden: Der Streit über die Einhaltung einer mit einer Bewilligung eines Wohnbaudarlehens verbundenen Auflage⁹², der Streit um die Pflicht zur Rückzahlung eines Aufbaudarlehens nach dem LAG bei Zahlungsverzug⁹³ sowie die Entscheidung über eine Hermes-Bürgschaft für Exportgeschäfte⁹⁴. Dagegen wurde im Falle der nachträglichen Kürzung eines Wiederaufbaudarlehens und gleichzeitiger Zinserhöhung⁹⁵ ebenso wie bei der nachträgli-

⁸⁴ Ehlers (Fn. 61) S. 286; Götz, VerwR § 7, Pietzcker, NVwZ 1983, 103; s.a. Bethge, JR 1972, 142 ff.

⁸⁵ GmS OBG, BGHZ 97, 312, 313 f; 108, 284, 286; BVerwGE 97, 71, 73; BVerwG, DÖV 2007, 844;

⁸⁶ Siehe auch (in anderem Zusammenhang) VGH BW, NJW 1984, 75.

⁸⁷ BVerwGE 1, 308 ff; H.P. Ipsen, DVBl. 1956, 603.

⁸⁸ Zum Begriff der (wirtschaftlichen) Subvention vgl. § 264 VI StGB; s.a. „Subventionsgesetz“ vom 29. 7. 1976 — BGBl. I S. 2037.

⁸⁹ BVerwGE 38, 283; BGHZ 57, 131; OVG NW, NJW 1976, 821; Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 2 Rn. 37; Püttner, VerwR S. 84 ff; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 22 Rn. 67.

⁹⁰ BGBl. I S. 523; Neubek. vom 11. 7. 1985 — BGBl. I 1284.

⁹¹ Vgl. etwa BGH, DVBl 2000, 557 ff (Rückforderung einer von der Investitionsbank NW bewilligten Subvention durch ein genossenschaftliches Kreditinstitut als privatrechtlich).

⁹² BVerwGE 1, 308 ff.

⁹³ BVerwGE 7, 307 ff; s.a. BVerwGE 13, 47 ff (Zinsherabsetzung bei einem Wohnbaudarlehen nach endgültiger Wirtschaftlichkeitsberechnung)

⁹⁴ BGH, ZIP 1996, 2124; Bull/Mehde, VerwR § 6 Rn. 251.

⁹⁵ BGHZ 40, 206 ff.; vgl. auch SaarlOVG., DVBl 1972, 616.

chen Erhöhung des Zinssatzes eines Wohnungsbaudarlehens nach § 18 b WoBindG⁹⁶ eine der 2. Stufe zugehörige privatrechtliche Streitigkeit angenommen. Als privatrechtliche Streitigkeiten wurden ebenfalls angesehen: Die Frage der Rechtmäßigkeit der Kündigung eines Darlehens aus Wohnungsfürsorgemitteln für Angehörige des öffentlichen Dienstes⁹⁷ sowie der Streit um die Zahlung von „Strafzinsen“ nach § 25 Abs. 1 WoBindG bei bestimmungswidriger Verwendung des geförderten Wohnraumes⁹⁸.

37

Nach der Zweistufentheorie beurteilt werden auch Streitigkeiten über die **Zulassung zu öffentlichen Einrichtungen**, sofern ein im öffentlichen Recht gründender spezieller Zulassungsanspruch (z. B. § 18 GO NW, § 5 PartG)⁹⁹ geltend gemacht wird, das Benutzungsverhältnis als solches aber privatrechtlich ausgestaltet ist¹⁰⁰.

Eine zweistufige Konstruktion wird teilweise¹⁰¹ auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge angenommen, für die eine **bevorzugte Berücksichtigung** bestimmter Personenkreise vorgesehen ist¹⁰². Die Entscheidung über die Bevorzugung soll hier als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren sein, während im übrigen von einem privatrechtlichen Rechtsverhältnis auszugehen sein soll. Das ist nicht zwingend. Selbst wenn man die Bevorzugungsnorm als öffentlich-rechtlich qualifiziert, ist damit der Charakter des Streits um die Vergabe, d.h. die Rechtswegfrage, nicht präjudiziert¹⁰³. Entsprechendes gilt für die Auswahlentscheidung über den Käufer eines Gemeindegrundstücks, aber auch die Konstellation, dass ein privater Unternehmer einen Anspruch auf gewerbliche Nutzung von Räumen oder Flächen geltend macht, die in anstaltlicher Nutzung stehen¹⁰⁴.

38

Die Deutung eines Rechtsverhältnisses i. S. der Zweistufentheorie entspricht einer typisch juristischen **Zweckschöpfung**, die einheitliche Lebensverhältnisse verschiedenen rechtlichen Ebenen zuordnet, um eine jeweils gesonderte, rechtlich angemessene Beurteilung der einzelnen „Stadien“ zu ermöglichen. Sie wirft damit freilich auch neue Zweifelsfragen auf und dürfte sich kaum durch besondere „Lebensnähe“ auszeichnen. Mit Recht ist deshalb gefordert worden, dass dort, wo die einheitliche öffentlich-rechtliche Ausdeutung eines Rechtsverhältnisses möglich sei, ein einheitliches öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis angenommen werden solle¹⁰⁵. Die neuere Rechtsprechung versucht dem Rechnung zu tragen, indem sie nach Möglichkeit einen Rückgriff auf die Zweistufentheorie vermeidet und stattdessen von einem einheitlichen (i. d. R. rein öffentlich-rechtlichen) Rechtsverhältnis ausgeht¹⁰⁶.

39

Zu beachten ist allerdings, dass die **vertragliche Begründung** eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses nach § 57 VwVfG die Schriftform voraussetzt. Die naheliegende „Ersatzlösung“ zur Vermeidung einer zweistufigen Konstruktion in Form des öffentlich-rechtlichen Vertrages wird nicht selten hieran scheitern. Versuche, § 57 VwVfG insoweit einschränkend auszulegen¹⁰⁷, sind überwiegend

⁹⁶ OVG NW, NVwZ 1988, 452.

⁹⁷ BVerwGE 41, 127 ff.

⁹⁸ BGH, DÖV 1974, 355.

⁹⁹ S. a. BVerwGE 32, 333; Ossenbühl, DVBl. 1973, 295 sowie vorstehend Rn. 35 f.

¹⁰⁰ BVerwGE 32, 333 ff; BayVGH, NVwZ-RR 2002, 465; s.a. BVerwG, NJW 1990, 134.

¹⁰¹ Das soll nach SächsOVG, NZBau 2006, 393 sogar dann gelten, wenn es nicht um die Anwendung von Bevorzugungsregeln geht; s.a. OVG RP, NZBauR 2005, 411. Abl. BVerwG, DÖV 2007, 845..

¹⁰² Siehe Rennert, in: Eyermann, VwGO § 40 Rn. 48; Schlette, S. 148 ff; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 22 Rn. 35; a.A. Gurlit, in: H-R/S-A/V, Grundlagen II § 29 Rn. 6, s.a. BVerwG, DÖV 2007, 843.

¹⁰³ Hierzu vorstehend Rn. 34; s.a. nachfolgend Rn. 44.

¹⁰⁴ Vgl. BVerwG 14, 65, 67; OVG MV, NVwZ 2001, 447; OVG NW, NJW 2001, 698.

¹⁰⁵ Siehe etwa Ossenbühl, DVBl. 1973, 293; v. Zezschwitz, NJW 1983, 1875.

¹⁰⁶ Vgl. BVerwG, NJW 1969, 809; BGHZ 57, 130; OVG NW, NVwZ 1984, 522; s. aber auch Rn. 36.

¹⁰⁷ Maurer, VerwR § 14 Rn. 29.

auf Ablehnung gestoßen¹⁰⁸. Demgegenüber lässt sich im Rahmen anstaltlicher Nutzung ein öffentlich-rechtliches Benutzungsverhältnis auch aufgrund „faktischer Inanspruchnahme“ begründen¹⁰⁹.

40

Ohnehin **versagt** die Zweistufentheorie in den Fällen, in denen sich ein Verwaltungsträger privatrechtlicher Organisationsformen (insbes. AG, GmbH) bedient. Da es hier i. d. R. an einem Belehungsverhältnis fehlt, ist für die Annahme eines zweistufigen Rechtsverhältnisses mit einer Entscheidung über das „Ob“ der Leistung durch Verwaltungsakt kein Raum¹¹⁰. Insofern bleibt lediglich die Figur des Verwaltungsprivatrechts.

Die Frage der **Durchsetzung** der öffentlich-rechtlichen Bindungen wird dadurch jedoch nicht unbedingt einfacher. Man wird hier eine Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen das Unternehmen selbst für zulässig ansehen können, sofern es um das Geltendmachen eines im öffentlichen Recht wurzelnden Anspruchs geht (z. B. § 5 PartG)¹¹¹. Der Klage gegen die Verwaltungsträger, seiner „Einwirkungspflicht“ gegenüber dem Unternehmen nachzukommen¹¹², bedarf es damit nicht. Eine Klage vor den Zivilgerichten käme nur dann in Betracht, wenn ein öffentlich-rechtlicher Anspruch gegenüber privatrechtlichen Unternehmen in einen solchen privatrechtlicher Art „umschlagen“ würde¹¹³; für einen solchen konstruktiven Umweg besteht jedoch kaum Anlass, da die Wahl privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen die öffentlich-rechtlichen Bindungen grundsätzlich nicht verändern kann.

41

b) Beteiligt sich der Staat am Privatrechtsverkehr, ohne unmittelbar öffentliche Aufgaben zu erfüllen, indem er am allgemeinen Wirtschaftswettbewerb teilnimmt oder Rechtsgeschäfte tätigt, um so mittelbar die Voraussetzungen für die Durchführung öffentlicher Aufgaben zu schaffen (**allgemeine Marktteilnahme**), so tritt er als „Fiskus“ auf. Fiskalische Tätigkeit (i.e.S.) kann sich demnach auf zweifache Weise vollziehen: Einmal in Form der „**erwerbswirtschaftlichen** Betätigung“, bei der sich der Staat mit Gewinnabsicht am Privatrechtsverkehr beteiligt (z. B. die Beteiligung an und der Betrieb von erwerbswirtschaftlich orientierten Unternehmungen, der Verkauf auszusondernden Inventars oder die Bewirtschaftung staatlicher Besitzungen); zum anderen in der Form der „**fiskalischen Hilfgeschäfte**“, die dazu dienen, die Voraussetzungen für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegenüber Dritten zu schaffen (z. B. der Kauf von Büromaterial durch die Behörde, die Auftragsvergabe im Bereich öffentlicher Investitionen).

Während die fiskalischen Hilfgeschäfte als Bestandsaufgabe von dem allgemeinen Verwaltungsauftrag eines Verwaltungsträgers gedeckt sind¹¹⁴, ist die Berechtigung zur **erwerbswirtschaftlichen Betätigung**, soweit sie über eine bloße Randnutzung vorhandener Ressourcen hinaus reicht, nicht unproblematisch. Die überwiegende Auffassung¹¹⁵ hat eine solche stets angenommen und einschränkende gesetzliche Regelungen gerade als Ausnahme von der grundsätzlichen Befugnis der Beteiligung des Staates an erwerbswirtschaftlichen Aktivitäten gedeutet. Jedenfalls dient die erwerbswirtschaftliche Betätigung nur mittelbar einem öffentlichen Interesse (nämlich der Mehrung von Einnahmen) und bedarf von daher einer zusätzlichen Legitimation¹¹⁶. Die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte

¹⁰⁸ Bonk, in: St/B/S, VwVfG § 57 Rn. 2, 12; Gurlit, in: Erichsen/Ehlers, VerwR § 31 Rn. 14.

¹⁰⁹ Siehe BVerwG, NJW 1977, 162 ff.; 1984, 2304.

¹¹⁰ Vgl. demgegenüber § 85 IV GO RP. Zu gemischtwirtschaftlichen Unternehmen: Erichsen/Ebber, Jura 1999, 373 ff.

¹¹¹ BGHZ 52, 325, 328; v. Danwitz, JuS 1995, 5 f; Krebs, DV 1996, 317 ff; Ossenbühl, DVBl. 1973, 294; W. Schmidt, Rn. 226. s.a. Ehlers, in: Erichsen/ders., VerwR § 3 Rn. 85, der zugleich ein Wahlrecht des Betroffenen im Hinblick auf den Rechtsweg annimmt (Rn. 89).

¹¹² So aber BVerwG, NJW 1990, 135; Herdegen, DÖV 1986, 908.

¹¹³ So Püttner, VerwR S. 30; s.a. BVerwG, DÖV 1990, 978; Götz, VerwR S. 81 (öffentlich-rechtliche „Vorfrage“); vgl. auch vorsteh. Rn. 36.

¹¹⁴ Vgl. § 2 Rn. 15, § 6 Rn. 15.

¹¹⁵ Vgl. etwa Hellermann, Örtliche Daseinsvorsorge und gemeindliche Selbstverwaltung, 2000, S. 208 f; Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 466 ff, s.a. Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 11 ff, 23.

¹¹⁶ Diese findet sich - mit unterschiedlich formulierten Voraussetzungen - in den Haushaltsordnungen (z.B. §§ 65 BHO, 65 LHO NW) sowie den Gemeindeordnungen (hierzu nachfolg. Rn. 43 sowie § 6 Rn. 91); s.a.

zielt denn auch eher auf die Überlassung wirtschaftlicher Betätigung an Private, was in dem Bild des „**Steuerstaates**“, der seine Einnahmen in erster Linie aus Abgaben erzielt, seinen Ausdruck findet¹¹⁷.

42

Nach traditioneller, letztlich auf die „Fiskustheorie“ zurückgehender Auffassung¹¹⁸ hat der Staat hier die gleichen Rechte und Pflichten wie eine private Person; danach gilt insoweit ausschließlich Privatrecht ohne unmittelbare Bindung an das öffentliche Recht. Diese Auffassung von der „Doppelgesichtigkeit“ des Staates ist mit Recht auf Kritik gestoßen; nach einer verbreiteten, von ihren Ausgangspositionen her freilich keineswegs einheitlichen Gegenmeinung¹¹⁹ unterliegt die Verwaltung auch dort, wo sich die unmittelbare Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben nicht nachweisen lässt, grundsätzlich den Bindungen des öffentlichen Rechts, insbesondere an die Grundrechte („**Fiskalgeltung**“ der Grundrechte).

43

Eine unmittelbare Bindung (auch) des „Fiskus“ an die Grundrechte ergibt sich zwangsläufig, sofern man eine unmittelbare Mobilisierung der Grundrechte im Privatrechtsverkehr („unmittelbare Drittwirkung“) nicht nur des Fiskus annimmt¹²⁰. Die ganz überwiegende Auffassung¹²¹ betont demgegenüber mit Recht die Konkretisierungs- und Ausformungsfunktion des einfachen Gesetzgebers, die nicht überspielt werden darf, auch wenn sie auf eine rückkoppelnde Betrachtung im Hinblick auf ein mögliches Zurückbleiben des einfach-gesetzlichen Konfliktlösung hinter dem verfassungsrechtlich gebotenen Mindeststandard nicht verzichten kann. Mit diesem Vorbehalt wird eine Bindung (auch) des Fiskus an die Grundrechte überwiegend aus Art. 1 Abs. 3 GG hergeleitet¹²², weil das rechtliche Können des Staates auch im privatrechtlichen Bereich nur durch die „Staatsgewalt“ begründet und damit auch privatrechtliches Handeln des Staates „**vollziehende Gewalt**“ i. S. des Art. 1 Abs. 3 GG sei. Das kann zu einer gegenüber Privatrechtssubjekten gesteigerten Grundrechtsbindung führen, die methodisch über die Generalklauseln des bürgerlichen Rechts vermittelt wird¹²³. Teilweise¹²⁴ wird eine Grundrechtsbindung nur für den Bereich der „Bedarfsverwaltung“ angenommen, die als Voraussetzung für die Erledigung öffentlicher Aufgaben auch an deren öffentlich-rechtlicher Bindung teilnehme. Die Annahme einer **generellen**, inhaltlich aber nach der Wahrnehmungsmodalität zu **differenzierenden Grundrechtsbindung** kommt dem historischen Verfassungsverständnis am nächsten¹²⁵; ihr Vorteil liegt in der relativ unproblematischen Ermöglichung sachgerechter Lösungen. Für sie spricht eine systematische Grundrechtsinterpretation wie auch die Berücksichtigung der überlegenen rechtlichen Ausgangslage der „öffentlichen Hand“ gegenüber Privaten¹²⁶.

44

Unabhängig von der Frage der Bindung des fiskalisch handelnden Staates an die allgemeinen Normen des öffentlichen Rechts unterliegt das fiskalische Handeln teils allgemeinen, teils besonderen rechtlichen **Beschränkungen**. So schafft das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff BGB) einen angemessenen Interessenausgleich auch dann, wenn es sich um die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben in Leistungsaustauschverhältnissen, an denen ein Verwaltungsträger beteiligt ist, handelt¹²⁷. Den Gemeinden ist eine wirtschaftliche

Badura, VVDStRL 60 (2001) S. 599, 600.

¹¹⁷ Siehe Löwer, VVDStRL 60 (2001) S. 416, 418 ff, 428 ff; s.a. Isensee, HStR V § 122 Rn. 115; P. Kirchhof ebda. § 118 Rn. 1, 6 ff.; Ronellenfitsch, HStR IV, § 98 Rn. 3, 35 ff.

¹¹⁸ BGHZ 36, 91 ff; Forsthoff S. 118. Zur Fiskustheorie: § 1 Rn. 43 ff.

¹¹⁹ 1. Vergabekammer des Bundes, BauR 1999, 1284, 1286; OLG Brandenburg, BB 1999, 1942 f; Ehlers, in: Erichsen/ders., VerWR § 3 Rn. 81 f; Pestalozza (Fn. 50) S. 169; Puhl, VVDStRL 60 (2001) S. 477.

¹²⁰ So z. B. Leisner, Grundrechte und Privatrechte, 1960, S. 201 ff.

¹²¹ Statt vieler: Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 505 ff; Schröder S.226 f.

¹²² Insbes. Erichsen (Fn. 43) S. 109; Mallmann, VVDStRL 19 (1961) S. 194 ff.

¹²³ Dürig, in: Mauz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 501.

¹²⁴ Zeidler, VVDStRL 19 (1961), S. 232; vgl. auch Dürig, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 I Rn. 490

¹²⁵ Ossenbühl, DVBl 1971, 522 ff.

¹²⁶ Vgl. Wallerath (Fn. 5) S. 309, 317 ff.

¹²⁷ Siehe Schröder S. 227 mwN.

Betätigung überwiegend nur unter besonderen Voraussetzungen erlaubt¹²⁸. Öffentliche Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie Postdienste mit Beförderungsvorbehalt sind aufgrund des § 453 HGB, § 14 AEG, §§ 11 ff. PostG einem besonderen „Kontrahierungszwang“ unterworfen¹²⁹. Das Recht der Energiewirtschaft kennt eine Anzahl von Allgemeinen Versorgungsbedingungen, die unabhängig davon, ob der Anbieter dem öffentlichen oder dem privaten Sektor zuzuordnen ist, Geltung beanspruchen¹³⁰. Grundsätzlich ist wettbewerbsbeschränkendes oder diskriminierendes Verhalten gegenüber anderen Wettbewerbern auch für Unternehmen der öffentlichen Hand ausgeschlossen¹³¹. Namentlich ist es der öffentlichen Hand untersagt, eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit unter Ausnutzung ihrer öffentlich-rechtlichen Monopolstellung sowie durch Einsatz hoheitlicher Befugnisse auszuüben¹³².

Die Vergabe **öffentlicher Aufträge** muss an dem durch europarechtliche Richtlinien und Rechtsprechung geprägten Vergaberecht ausgerichtet werden. Dadurch unterliegt das Vergabewesen einem nach Auftragwert differenzierten, wenig übersichtlichen Rechtsregime, das einerseits durch ein Zusammenspiel von GWB, Vergabeverordnung und Verdingungsordnungen, andererseits durch das Haushaltsrecht und die Verdingungsordnungen geprägt ist¹³³.

45

Anders als im Rahmen unmittelbarer öffentlicher Aufgabenerfüllung ist der Staat („Fiskus“) als Träger von Vermögensrechten wie jeder andere Vermögensträger **steuer- und polizeipflichtig**¹³⁴, d.h. er kann zu Abgaben herangezogen¹³⁵ oder durch eine Polizei-(Ordnungs-)Verfügung bei störendem Verhalten in Anspruch genommen werden¹³⁶. Dagegen kann sich ein Hoheitsträger nach der Rechtsprechung des BVerfG¹³⁷ auch nicht in seiner Eigenschaft als Inhaber von Vermögensrechten auf den grundrechtlich gewährten Eigentumsschutz berufen. Dem ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als die Eigentumsbeeinträchtigung lediglich Folge einer organisationsrechtlichen Kompetenzregelung ist, die juristische Person also in ihrer „Funktion“ als Träger staatlicher oder kommunaler Aufgaben trifft¹³⁸.

Beispiele: Die Höherstufung einer Gemeindestraße zur Bundesstraße nach § 6 FStrG begründet den entschädigungslosen Wechsel des Eigentums (BGH, NJW 1975, 1118). Die mögliche Beeinträchtigung des Grundeigentums einer Gemeinde durch die Genehmigung eines Atomkraftwerks begründet kein Abwehrrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG (BVerfGE 61, 82). Der Verlust umfangreichen Waldbesitzes einer Gemeinde infolge kommunaler Neugliederung löst keinen Anspruch auf Entschädigung aus (LG Köln, NJW 1976, 426).

IV. Erfüllungsformen - Staatliche Aufgabenwahrnehmung unter Einbeziehung privater Akteure

46

Die neuere Verwaltungsrechtslehre fragt zusätzlich nach dem **Maß der Beteiligung Privater** an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und sucht von hier aus spezifische rechtliche Anforderungen zu entwickeln. Es geht um die Frage, inwieweit Hoheitsträger rechtlich verpflich-

¹²⁸ Siehe Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, S. 798 ff; Scharpf, VerwArch 96 (2005), 585 ff sowie § 6 Rn. 91.

¹²⁹ Vgl. auch §§ 22 PBefG 35 TKG sowie § 6 EnWG.

¹³⁰ Siehe Schröder S: 227 mwN.

¹³¹ Vgl. §§ 25, 26, 98 GWB.

¹³² BGH, DÖV 2003, 249 mwN.

¹³³ §§ 97 ff GWB, Vergabeverordnung vom 9.1.2001 (BGBl. I S. 110), VOB/A, VOL/A, VOF. Näher unten § 10 Rn. 143 ff, 158 ff.

¹³⁴ BVerwGE 29, 52; 47, 249; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 27; s.a. § 35 StVO.

¹³⁵ Vgl. aber auch § 2 I GKG, § 2 GebG NW.

¹³⁶ Vgl. HessVGH, NVwZ 1997, 304; VGH BW, ZUR 2001, 408; Schenke/Schenke, in: Steiner, Bes. VerwR, 8. Aufl. 2007, II Rn. 150 mwN. Vgl. aber auch § 12 Rn. 5 zur Frage der Vollstreckbarkeit.

¹³⁷ Siehe BVerfGE 61, 82 ff, 75, 192, 199; BVerfG, NZS 2005, 139 ff; a.A. BGH, DVBl. 1982, 1091.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 70, 1; 75, 179; BGH, NJW 1975, 158; Stober, in: W/B/S/K, VerwR I § 23 Rn. 28.

tet sind, „mit eigenen Bordmitteln“ die Erfüllung bestimmter Aufgaben sicherzustellen¹³⁹. Die unterschiedliche **Wahrnehmungstiefe** staatlicher Aufgabenerfüllung entspricht dem unterschiedlichen Maß der jeweiligen Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten. Die damit korrespondierenden, unterschiedlichen Wahrnehmungsmodalitäten spiegeln die ständigen Verschiebungen im Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft wieder¹⁴⁰. Diese folgen teils externen Antrieben (wie der zunehmenden Komplexität von Problemlagen), teils den sich wandelnden Auffassungen über die Rolle des Staates und Teilen der Gesellschaft bei der Erledigung von Aufgaben, die Gemeinschaftsinteressen berühren. Das erklärt, weshalb das „öffentliche Interesse“ an einer bestimmten Aufgabe nicht identisch damit ist, dass - und ggfls in welchem Umfang - der Staat sich der Wahrnehmung dieser Aufgabe selbst annimmt¹⁴¹.

In der Geschichte finden sich zahlreiche Beispiele umfänglicher eigener Aufgabenerledigung (etwa durch den Polizeystaat oder in Notstands- oder Kriegszeiten)¹⁴², ständischer Aufgabenerledigung¹⁴³ und neuzeitlicher Sozialstaatlichkeit (mit einem Ausbau von sozialer, funktionaler und kommunaler Selbstverwaltung). Die heutige sog. „Postmoderne“ setzt verstärkt auf die Selbstregulierung durch den Markt oder sonstige gesellschaftliche Koordinationsformen und damit auf ein breites Spektrum von **Zwischenformen**, in denen sich der Staat gesellschaftlicher Kräfte zur Erreichung seiner Ziele bedienen kann¹⁴⁴. Demgemäß schiebt sie die Koordination und Kooperation des Staates mit Privaten in den Vordergrund.

1. Eigene Aufgabenwahrnehmung durch den Staat

47

Im Zentrum des klassischen Verwaltungsrechts stand die eigene Produktion von Verwaltungsleistungen durch den Staat und seine Untergliederung. Diese sind als Adressaten des Öffentlichen Rechts „**geborene Verwaltungsträger**“. Sie werden durch das öffentliche Recht konstituiert und erfahren von hierher ihre spezifische Rationalität, d. h. die konkrete Maßstäblichkeit für die Verwirklichung von Gemeinwohlzielen unter Sicherung von Freiheitlichkeit. Das gilt unbeschadet aller gesellschaftlichen und sozialen Veränderungen auch heute noch: Der mit der Errichtung einer Verwaltungseinrichtung verbundene „allgemeine Verwaltungsauftrag“ wird durch den auf die Ausführung einer bestimmten, gesetzlich wahrzunehmenden Aufgabe gerichteten Amtsauftrag konkretisiert. Er umfasst den regelmäßigen Auftrag, diese durch die dafür bestellten Organe mit eigenen Mitteln und in Verantwortung gegenüber den Volksvertretungen wahrzunehmen¹⁴⁵. Eine die Erfüllungsverantwortung¹⁴⁶ nicht unwesentlich einschränkende Ausnahme hiervon bedarf gesetzlicher Regelung. Grundsätzlich bildet der durch eigene Leistungserstellung erzielbare Grad von Gemeinwohlverwirklichung und Freiheitssicherung das entscheidende Maß für Abweichungen von der Regel..

Umgekehrt bildet das Maß der Fähigkeit „der Gesellschaft und ihrer Märkte zur selbstregulierten Gemeinwohlfindung“ den Indikator für den staatlichen Anteil an der Erledigung von Aufgaben, an deren Erfüllung ein **öffentliches Interesse** besteht. Diese sind „um so eher als staatliche vom Staat und seinen Machtbefugnissen“ wahrzunehmen, je weniger die gesellschaftlichen Kräfte und die ihr zu Gebote stehenden Koordinationsmechanismen (wie Märkte oder Verhandlungen) sich solcher Aufgaben erfolgreich annehmen können¹⁴⁷.

¹³⁹ Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 263, 270, 275.

¹⁴⁰ Heintzen, VVDStRL 62 (2003) S. 220, 224.

¹⁴¹ Vgl. oben § 1 Rn. 66 f.

¹⁴² Wallerath, DV 20 (1987), 137, 140 ff, 157 ff

¹⁴³ Siehe Wallerath (Fn. 5) S. 109; ders., DV 20 (1987), 142 ff

¹⁴⁴ Hierzu Ehlers (Fn. 6) § 1 Rn. 72 f; Schmidt-Preuß sowie di Fabio, VVDStRL 56 (1997) S. 160 ff, 235 ff, Wallerath (Fn. 5) S. 71 ff, 81 ff. Zur Systematisierung: Heintzen, VVDStRL 62 (2003) S. 239.

¹⁴⁵ Siehe BVerfG, NVwZ 2008, 183 ff (Rn. 151); Wallerath (Fn. 5) S. 197 ff.

¹⁴⁶ Vgl. oben § 2 Rn. 19.

¹⁴⁷ Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 257 ff.

48

Manche Aufgaben setzen auf ein bestimmtes Verfahren, dass sich gerade auf staatliche Organe und deren spezifische Legitimation stützt (so der Erlass von Gesetzen)¹⁴⁸, brauchen „Distanz“ und deshalb zu Neutralität verpflichtete, eigene staatliche Organe (so die Rechtsprechung) oder sind auf die Reserve der zwangsweisen Durchsetzung angewiesen (so die punktuelle Gefahrenabwehr, die Aufbringung der Finanzmittel oder die Enteignung). Nur in wenigen Fällen finden sich ausdrückliche **grundgesetzliche Vorgaben** für eine eigene Wahrnehmung von Aufgaben durch staatliche Organe (Art 87a, 87b, 87d, 87e Abs. 1 und 4 GG, 87f Abs. 2 S.2 GG). Selbst in diesen Fällen ist die Auslagerung von Randaufgaben, vor allem Annexaufgaben, auf Private nicht grundsätzlich ausgeschlossen¹⁴⁹.

49

Im übrigen geht Art. 34 Abs. 4 GG davon aus, dass die „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“ als ständige Aufgabe „regelmäßig von Angehörigen des öffentlichen Dienstes“ (und damit von in die öffentliche Verwaltung integrierten Personen) wahrzunehmen ist. Daraus wird - im Sinne eines entsprechenden „Staatsvorbehalts“ - gefolgert, dass öffentliche Gemeinwesen in der Bundesrepublik Verwaltungsprodukte mit **hoheitsrechtlichem** Charakter¹⁵⁰ als „staatspezifische“ Leistungen regelmäßig selbst (und damit nicht in einer durch Private mediatisierten Form) zu erbringen haben¹⁵¹. Außerhalb dieses Bereichs geht die Verpflichtung des Staates indessen lediglich dahin sicherzustellen, dass gemeinschaftswichtige Leistungen überhaupt zuverlässig und ggf. zu bestimmten Bedingungen zur Verfügung gestellt werden, ohne dass damit die Erbringung in eigener Regie (einschließlich einer bestimmten Organisationsform) und in jeder Hinsicht, insbesondere auch in etwaigen Randbereichen, vorausgesetzt wird¹⁵².

2. Die Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung

50

Gemeinwohlverwirklichung ist nicht bei Staat monopolisiert. In einer durch Freiheitlichkeit geprägten Rechtsordnung entspricht die Summe autonomer Entfaltung der Individuen und der dadurch freigesetzten Produktivkräfte den Vorstellungen von einer zugleich das gemeine Wohl verwirklichenden Koordination der gesellschaftlichen Kräfte¹⁵³. Der **Rückgriff auf private Ressourcen** liegt insbesondere dort nahe, wo dieser wegen der größeren Sachkunde oder Problemnähe Privater eine bessere Zielerreichung oder mehr Effizienz der Verwaltungshandeln verspricht¹⁵⁴.

51

Das hat zu **zahlreichen Formen** geführt, in denen sich der **Staat gesellschaftlicher Kräfte zur Erreichung seiner Ziele bedient**¹⁵⁵. Diese reichen von einer Inpflichtnahme Privater für staatliche Zwecke über Formen der Koordination mit Privaten bei der staatlichen Aufgabenerfüllung, die arbeitsteilige Aufgabenwahrnehmung von Staat und Privaten bis hin zur regulierenden Gemeinwohlsicherung von Infrastrukturen, die von den Marktteilnehmern allein nicht zu leisten ist. Zu betonen ist, dass die

¹⁴⁸ Dies unbeschadet möglicher Delegationsbefugnisse (s. Art. 80 I.1, 4 GG) oder einer besonderer Rechtfertigung bedürftiger Beteiligung Privater (näher: § 4 Rn. 66 f)

¹⁴⁹ Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 95; s. aber auch Battis/Kersten, ZBR 2000. 145 ff.

¹⁵⁰ Das Bundesverfassungsgericht (E 83, 60,73; 93, 37,68) zählt hierzu „jedenfalls alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“.

¹⁵¹ So Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 261 ff; di Fabio, JZ 1999, 592; Haug, NVwZ 1999, 816 f; Reinhard, AöR 118 (1993), 617, 620 ff; a.A. Burgi, Rechtsregime § 18 Fn.160; Peine, DÖV 1997, 353, 355; Scholz; NJW 1997, 14 f..

¹⁵² Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee 3 Rn. 63, Schoch, DVBl 1994, 963; Voßkuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 275 mwN; s.a. Wallerath (Fn. 5) S. 114, 216 Fn. 76.

¹⁵³ Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 21; Lepsius, EuGRZ 2004, 370, 379.

¹⁵⁴ Siehe Lange DV 40 (2007), 135, 136.

¹⁵⁵ Ehlers (Fn. 6) § 1 Rn. 72 f; Schmidt-Preuß und di Fabio, VVDStRL 56 (1997) S. 160 ff, 235 ff, Wallerath (Fn. 5) S. 71 ff, 81 ff; s.a. Tettinger, in: HStR V § 111 zu den zahlreichen Formen des „Beauftragen“.

nachfolgend beschriebene Inpflichtnahme Privater keine Form der arbeitsteiligen Wahrnehmung „staatlicher“ Aufgaben darstellt - sie führt lediglich zur staatlich gebundenen Wahrnehmung eigener (privater) Aufgaben, mag diese sich auch staatsentlastend auswirken¹⁵⁶. Gleiches gilt für die Eröffnung eines eigenständigen, bisher verschlossenen Betätigungsfeldes für privates Handeln (z.B. die private Arbeitsvermittlung), auch wenn diese Koordinationspflichten auslösen kann.

a) Inpflichtnahme Privater

52

Die **Inpflichtnahme Privater** zur Verwirklichung von Gemeinwohlzwecken gehört zum klassischen Arsenal des Verwaltungshandelns. Sie reicht von der Auferlegung der Pflicht zur Abführung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen¹⁵⁷ über die Pflicht zur Erdölbevorzugung, die Statuierung von Eigensicherungspflichten wie den Einsatz von Betriebs- und Störfallbeauftragten (bei gefährlichen Anlagen)¹⁵⁸ oder von Aktuaren (in der Versicherungswirtschaft) und die Pflicht zur Warnung vor Gesundheitsgefahren bei Tabakwaren¹⁵⁹ bis hin zu der Abwälzung von Wegereinigungspflichten an Anlieger (durch welche die Erfüllungsverantwortung für die Wegereinigung endgültig auf diese übertragen wird)¹⁶⁰. Der Inpflichtgenommene erfüllt in diesen Fällen eine eigene Pflicht gegenüber dem Staat und hat keinen Anteil an Staatlichkeit. Inpflichtnahmen bedürfen als belastende Regelungen gesetzlicher Ermächtigung. Diese ist ihrerseits auf ein öffentliches Interesse angewiesen, das vor den grundrechtlichen Freiheitsgarantien Bestand haben muss. Die Reichweite der Inanspruchnahme ist durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit begrenzt¹⁶¹.

53

Auf den Einsatz von Zwang wird verzichtet, wenn der Staat sich „weicher Formen“ der Beeinflussung privaten Verhaltens bedient, um auf diese Weise bestimmte öffentliche Zwecke zu verfolgen, die über die allgemeinen Bürgerpflichten hinaus reichen. Hierzu zählen insbesondere **finanzielle Anreize** durch Subventionen oder Steuervergünstigungen., auf die der Staat namentlich im Wirtschafts- und Umweltrecht zurückgreift¹⁶². Nutzen Private solche Angebote, so bleibt es dennoch bei einem rein privaten Beitrag zur Verwirklichung bestimmter öffentlicher Interessen, ohne dass damit ein Anteil an Staatlichkeit verbunden wäre.

b) Koordination mit Privaten

54

Formen der **Koordination** zwischen Staat und Privaten sind ebenfalls nicht neu, auch wenn sie in jüngster Zeit zunehmend - und über die traditionell diskutierten Fälle hinaus - Aufmerksamkeit gefunden haben. Sie folgen unterschiedlichen Antrieben: Teils geht es um Akzeptanzsicherung, teils um die Absicherung der Entscheidungsgrundlagen und die Effektuierung der Entscheidung durch Informationsgewinnung. Auch spielt der Gedanke der damit zu erreichenden Staatsentlastung eine Rolle.

¹⁵⁶ Das Beispiel, dass der Staat den Bauherrn bei einem Bauvorhaben in die Pflicht nimmt, bestimmte Sachverständige bei der Entwurfserstellung einzuschalten, zeigt nicht nur, wie sich der Staat verfahrensmäßig entlasten, sondern auch, wie er - nicht unproblematisch - das Risiko auf Private überwälzen kann. S. Weiß, Privatisierung S. 46 f mwN auch für die Gegenmeinung („Verwaltungshilfe“)

¹⁵⁷ Drittnützige Abführungspflichten begründen einen erhöhten materiellen Rechtfertigungsdruck; hierzu Geißler, Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaates, 2001, S. 26 ff Streitig ist, ob es insoweit zugleich um eine erzwungene Form der Verwaltungshilfe („Einzug“) handelt; bejah. Burgi, Funktionale Privatisierung S. 115 ff; abl. Weiß, Privatisierung S. 48 mwN.

¹⁵⁸ Hierzu Weiß, Privatisierung S. 44 f; Tettinger, in: HStR V, § 111 Rn. 67 ff.

¹⁵⁹ Siehe BVerfGE 95, 173, 187.

¹⁶⁰ Wallerath (Fn. 5) S. 82 ff., 104 f, 112 f jew. mwN.

¹⁶¹ Siehe Burgi (Fn. 153) S. 175 ff; Wallerath (Fn. 5) S. 253 ff. Vgl. insoweit auch - in einer Gesamtschau - Vosskuhle VVDStRL 62 (2003), S. 277, 292, nach dem „im Bereich der gesetzlichen Indienstnahme Privater die Grenze der Zumutbarkeit mittlerweile erreicht sein“ dürfte.

¹⁶² Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 277 f mwN.

55

So hat das moderne Verwaltungsrecht mit dem Rückgriff auf privat erstellte **Vorhaben- und Erschließungspläne** nach § 12 BauGB¹⁶³, private **Akkreditierungsagenturen** oder **Sicherheitsdienste** sowie normvermeidenden Absprachen und **Selbstverpflichtungen** des Wirtschaft, die unter dem Druck alternativer staatlicher Regelung zustande kommen¹⁶⁴, höchst heterogene Erscheinungsformen der Staatsentlastung hervorgebracht, die unterschiedliche Probleme der Legitimation und Qualitätssicherung bereit halten¹⁶⁵.

56

Daneben finden sich als **klassische Beispiele** einer Koordination der Verwaltung mit Privaten (sowie der - in einem anderen Zusammenhang gehörenden¹⁶⁶ - zwischenbehördlichen Koordination). Institute wie der „mitwirkungsbedürftige“ Verwaltungsakt, bei dem die Zustimmung des Betroffenen Wirksamkeits- oder Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Entscheidung ist¹⁶⁷, oder die Beteiligung von Betroffenen im Verwaltungsverfahren oder die Anhörung von Verbänden in besonderen Verwaltungsverfahren. Sie stellen i.d.R. besondere Ausformungen der Betroffenenpartizipation dar, ohne sich hierin zu erschöpfen. Sie zielen entweder auf die Möglichkeit des Bürgers, sich mit seinen Vorstellungen in das Verfahren einzubringen oder gar sein Einverständnis mit einer zu treffenden Regelung zu sichern, lassen aber die Verantwortung der Verwaltung für die ausschließlich ihr zurechenbare Entscheidung unberührt: Sie begründen damit jedenfalls keinen Fall kooperativer Entscheidungsfindung.

c) Arbeitsteilige Aufgabenwahrnehmung durch Staat und Private

57

Die **kooperative Aufgabenwahrnehmung** durch Staat und Private ist vor allem von dem Ziel geleitet, sich privaten Engagements und Sachverstands bei der Erfüllung staatlicher Aufgaben zu versichern und so die Grenzen staatlicher Handlungsmöglichkeiten durch die Mitarbeit betroffener oder sonstiger interessierter Privater zu überwinden¹⁶⁸. Zugleich haben sie staatsentlastende Funktion, in dem sie **Private** punktuell **in Verwaltungsabläufe integrieren** oder sich **externer Dienstleistungen** bedienen und diese mit behördlichen Entscheidungsprozessen **verknüpfen**. Die Folge ist ein unterschiedliches Maß der Verschmelzung von Staat und Privaten¹⁶⁹.

58

aa) Auch wenn Formen der Kooperation von Staat und Bürger eine lange Tradition aufweisen, haben gerade sie in jüngster Zeit verstärkt Aufmerksamkeit erfahren. Für den Bereich der Abfallbeseitigung¹⁷⁰ wie den des Versammlungsrechts¹⁷¹ hat des Bundesverfassungsgericht eigenständige **Pflichten** der Behörden **zur Kooperation** mit privaten Anbietern bzw. den Demonstranten formuliert. Im übrigen weisen sie ein breites Spektrum auf: Klassische Beispiele finden sich in der Beleihung und der Verwaltungshilfe.

59

¹⁶³ Es handelt sich nicht um einen Fall der „Verwaltungshilfe“ (hierzu nachfolgend Rn. 56 f), sondern um eine gesetzlich eröffnete private Vorleistung, die deshalb nicht weniger problematisch ist; siehe Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 281 Fn. 46; J.P. Schneider, VerwArch 87 (1996) 38, 41, 56 f.

¹⁶⁴ Di Fabio, VVDStRL 56 (1997) S. 254 f; Köpp, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft 2001, S. 21 ff; Michael, Rechtsetzende Gewalt im kooperierenden Verfassungsstaat, 2002, S. 47 ff; Wallerath (Fn. 5) S. 91 f.

¹⁶⁵ Zum Baugenehmigungsverfahren: Vosskuhle VVDStRL 62 (2003) S. 294 f mwN; zur Akkreditierung: Lege, DÖV 2005, 698 ff; Heitsch, DÖV 2007, 770 ff. Zu privaten Sicherheitsdiensten: Stober, in W/B/S, VerwR III, 5. Aufl. 2004, § 90a Rn 40, 66 mwN.

¹⁶⁶ Siehe § 5 V.

¹⁶⁷ Näher hierzu § 8 II 3; s.a. Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 73

¹⁶⁸ Schulze-Fielitz, Grundmodi § 12 Rn. 65.

¹⁶⁹ Heintzen, VVDStRL 62 (2003) S. 240.

¹⁷⁰ BVerfGE 98, 83, 98 ff; 98, 106, 121 f, 126 ff; krit. Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 283.

¹⁷¹ Siehe BVerfG 69, 315, 362; BVerfG (K) NVwZ 2002, 982.

Die **Beleihung** zählt - trotz einer wechselvollen Geschichte - schon lange zum anerkannten Arsenal von Kooperationsformen. In ihrer klassischen Form war sie dadurch gekennzeichnet, dass Private zu einem Handeln in obrigkeitlicher Form (also mit der Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten) in eigenem Namen ermächtigt waren (so der Jagdaufseher, der technische Sachverständige bei der Kraftfahrzeug- oder Anlagenüberwachung, Flug- oder Schiffskapitane in bestimmten Funktionen)¹⁷². Heute wird zunehmend eine weite Begriffsbestimmung zugrunde gelegt. Danach genügt es, wenn der Private zu einem öffentlich-rechtlichen Handeln im eigenen Namen ermächtigt ist

So die Aufgaben des Notars nach §§ 20 ff BNotO, die förmliche Zustellung nach § 33 PostG, die Luftsicherung nach §§ 31a, b und d LuftVG, die Erstellung von „Öko-Audit-Gutachten“ durch dafür nach § 28 UAG bestellte Sachverständige) oder die „Beleihung“ des Verbandes der privaten KV durch § 12 Abs. 1d VAG mit der Aufgabe der Normsetzung im Hinblick auf basistarifliche Leistungen.

60

Die Beleihung ist nur **durch Gesetz** oder auf der Grundlage einer **gesetzlichen Ermächtigung** zulässig. Grundsätzlich muss sich der Staat bei der Beleihung Aufsichtsrechte vorbehalten¹⁷³. Das Institut der Beleihung erlebt zur Zeit eine bemerkenswerte Renaissance, welche auf die zunehmende Vielfalt von verwandten Erscheinungsformen hinweist¹⁷⁴. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Beliehenen und Dritten ist öffentlich-rechtlich, soweit sich der Beliehene im Rahmen der übertragenen öffentlichen Aufgabenwahrnehmung bewegt¹⁷⁵.

61

Die **Verwaltungshilfe** ist durch eine funktionale Integration natürlicher Personen in die Leistungserstellung eines Verwaltungsträgers gekennzeichnet. Auch hier ist eine expansive Entwicklung zu verzeichnen: Während die Verwaltungshilfe ursprünglich auf unselbständige Beiträge Privater zur staatlichen Aufgabenerfüllung begrenzt wurde¹⁷⁶, werden inzwischen auch Formen selbständig erbrachter Teilbeiträge zur staatlichen Aufgabenerfüllung in die Figur des Verwaltungshelfers einbezogen¹⁷⁷. Demgemäß weist die Verwaltungshilfe ein außerordentlich weites Spektrum auf.

Traditionell werden als Formen der (unselbständigen) Verwaltungshilfe angeführt: Schulhelfer und Schülerlotsen, Hilfspolizisten und Nothelfer bei Unfällen, die die Wartung und Reparatur einer Ampelanlage durch ein privates Unternehmen oder das Abschleppen eines Kfz im Rahmen der Ersatzvornahme durch ein privates Abschleppunternehmen¹⁷⁸. Neuartige Formen selbständiger Verwaltungshilfe - in Form der vorbereitenden **Verfahrenshilfe** - kennen namentlich das Baurecht und das Umweltrecht. So kann die Gemeinde „insbesondere zur Beschleunigung des Bauleitplanverfahrens die Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten nach den §§ 2a bis 4a BauGB einem Dritten übertragen (§ 4b BauGB). Ebenso kann sich die Gemeinde - auf der Durchführungsebene - bei der Abwasserbeseitigung Privater bedienen (§ 18a Abs. 2 S. 3 WHG¹⁷⁹) sowie bei der Abfallbeseitigung private Abfallwirtschaftsunternehmen einsetzen (§§ 16 Abs.1 S. 1, 17 Abs. 1 KrW/AfG)¹⁸⁰.

62

Die Beispiele zeigen, dass gerade die Grenzen der „Selbständigkeit“ fließend sind. Diese ist also kaum als Abgrenzungskriterium zur Entscheidung über das Vorliegen einer Verwaltungshilfe geeignet. Maßgebend ist vielmehr die **arbeitsteilige Einbeziehung Privater in den**

¹⁷² Vgl. die Übersicht bei Stober (Fn. 162) Rn. 6 ff vor § 90.

¹⁷³ Näher Stober (Fn. 162) § 90 Rn. 46 mwN.

¹⁷⁴ Siehe Heintzen, VVDStRL 62 (2003) S. 240 f. Näher § 5 Rn. 26 ff

¹⁷⁵ BVerwG, DÖV 1984, 1025.

¹⁷⁶ Z.B. Koch/Rubel/Heselhaus, VerwR Rn. 138; Maurer, VerwR § 23 Rn.60

¹⁷⁷ Siehe Burgi (Fn. 153), S. 155 ff; Callies, DV 34 (2001), 200, Osterloh, VVDStRL 54 (1955), 223; di Fabio, JZ 1999, 585, 589.

¹⁷⁸ Z.B. Stober § 90a Rn. 3, 7, 11. Zu letzterer auch: BGHZ 121, 161 ff; Würtenberger, JZ 1993, 1003 ff.

¹⁷⁹ BGH, NVwZ 2002, 893. Anders § 18 Abs. 2a WHG, der eine Beleihungsbefugnis enthält; zutreffend Stober (Fn. 162) § 90a Rn. 10.

¹⁸⁰ BGH, NVwZ 2002, 893 f; s.a. Huber, DVBl 2001, 239, 240 zu § 9a III 2 AtG.

Prozess der Leistungserstellung bei Erfüllung einzelner staatlicher Aufgaben **ohne Änderung von Zuständigkeiten**. Die dem jeweiligen gesetzlichen Amtsauftrag folgende Erfüllungsverantwortung der Behörde bleibt trotz unterschiedlichen Erfüllungsmodus bestehen und äußert sich in entsprechenden Leitungs- und Kontrollpflichten¹⁸¹. Der private Teilbeitrag zur Aufgabenerfüllung wird regelmäßig durch Realakte, ausnahmsweise - soweit rechtsgeschäftliches Handeln gefordert ist - in der Form des Privatrechts erbracht. Wichtig ist, dass dem Verwaltungshelfer keine abschließende Entscheidungsbefugnis zusteht. Das Handeln des Verwaltungshelfers wird dem Verwaltungsträger zugerechnet, obwohl er nicht organisatorisch in den Verwaltungsbetrieb eingegliedert ist¹⁸².

63

Die Verwaltungshilfe ist eine Form der Bedarfsdeckung, erschöpft sich jedoch nicht hierin, sofern die Hilfestellung zu einer der Behörde obliegenden externen Aufgabe erfolgt¹⁸³. Die **Rechtsform** des Beteiligungs-(Veranlassungs-)vertrages ist **akzessorisch** zu derjenigen, in der die dadurch ermöglichte Aufgabe erfüllt wird. Sind die Hilfeleistungen in eine öffentlich-rechtlich geregeltes Rechtsverhältnis der Verwaltung zum Bürger eingebettet, so bezieht sich die Mitwirkungsvereinbarung auf einen öffentlich-rechtlichen Gegenstand¹⁸⁴, im anderen Falle folgte er dem allgemeinen (Privat-)Recht. Damit ist eine beträchtliche Zahl von entsprechenden Verträgen, die bisher überwiegend als privatrechtlich angesehen wurden, nach öffentlichem Recht zu beurteilen¹⁸⁵.

64

Die Verwaltungshilfe ist auf eine **gesetzliche Regelung** angewiesen, wenn sie auf eine nicht unerhebliche oder dauerhafte Teilnahme Privater an der staatlichen Aufgabenerfüllung angelegt ist und deshalb einen zusätzlichen Legimitationsbedarf auslöst¹⁸⁶: Führt die Einbeziehung Privater in den behördlichen Entscheidungsprozeß zu einer Verlagerung oder faktischen Präjudizierung einzelner Entscheidungselemente (z. B. wegen eines fachlichen „Kompetenzgefälles“), so bedarf auch eine solche „Verfahrenshilfe“ der gesetzlichen Ermächtigung.

65

Das gilt namentlich, soweit es sich nicht nur um vorbereitende Dienstleistungen handelt, sondern um die **Beteiligung** an Ausgleichs- und/oder **Optimierungsentscheidungen** des zuständigen Verwaltungsträgers oder unmittelbare Bürgerkontakte (der Private als „Ersatzansprechpartner“ für den Bürger), darin eingeschlossen sind¹⁸⁷. Dagegen fehlt es hieran bei der bloß „**technischen Erfüllungshilfe**“ durch Private, z. B. die Beauftragung privater Unternehmen im Rahmen kommunaler Abfallbeseitigung oder die Wartung und Reparatur einer Ampelanlage durch ein privates Unternehmen.

66

cc) Eine besondere Form arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung ist die **Verwaltungs substitution** (-ersetzung), bei welcher einzelne Aufgabenteile Privaten zur eigenen Wahrnehmung übertragen werden, ohne die grundsätzliche Pflichtenlage des öffentlichen Aufgabenträgers zu beseitigen. Deren wichtigster Anwendungsfall ist der Erschließungsvertrag nach

¹⁸¹ Beispielhaft: § 97 SGB X. Die Begrifflichkeit ist nicht einheitlich (s. § 2 Rn. 19). Von einer anderen, auf Teilaufgaben beschränkten Bedeutung der Erfüllungsverantwortung geht z.B. Burgi (Fn. 153), S. 161, 381 ff (bei im wesentlichen gleichen Ergebnis) aus. Vgl. demgegenüber Rn. 46.

¹⁸² Deshalb handelt es bei dem Einsatz von Lehrbeauftragten in Hochschulen oder von freien Mitarbeitern in öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten nicht um Fälle der Verwaltungshilfe. Hier ist die Qualitätssicherung in Anlehnung an die Anforderungen für das hauptamtliche Personal zu entwickeln.

¹⁸³ Burgi (Fn. 153) S. 147 ff.

¹⁸⁴ So die Leistungserbringungsverträge in der Gesetzlichen Krankenversicherung, s. § 69 SGB V.

¹⁸⁵ Zutreffend Burgi (Fn. 153) S. 168

¹⁸⁶ Siehe Rn. 46. Teilweise weiter Trute, DVBl 1996, 950, 955 f; Vosskuhle, VVDStRl 62 (2003) 296.

¹⁸⁷ Z.B. § 45 VI 2 StVO für die Kennzeichnung von Straßenbaustellen, § 115 I 2 StVollZG für den Einsatz privater Sicherheitskräfte. Teilweise enger Bleicher, Standortauswahlverfahren bei der Planung von Abfallentsorgungsanlagen durch private Gutachter, 1996, S. 109 ff.; Wahl, Die Einschaltung privat-rechtlich organisierter Verwaltungseinrichtungen in den Straßenbau; in: Blümel (Hg.), Einschaltung Privater beim Verkehrswegebau – Innenstadtverkehr, 1993, S. 24, 36 ff.; Peine, JZ 1996 S. 355 f.

§§ 123 ff BauGB¹⁸⁸, durch den die öffentlich-rechtliche Erschließungslast vorbehaltlich ordnungsgemäßer Erfüllung ersetzt wird. Es handelt sich damit um eine Kopplung der Erfüllungsverantwortung der Staates mit einer Ausfallverantwortung. Diese kann sich auf die notwendige gesetzliche Verlagerungsermächtigung stützen..

67

Einen ähnlichen Effekt hat der Rückgriff auf den sog. dritten Sektor (etwa in der **Jugendhilfe** oder im **Rettungswesen**), der die grundsätzliche Erfüllungsverantwortung des zuständigen öffentlichen Trägers nicht tangiert, sowie die Leistungsmittlung im Bereich der **gesetzlichen Krankenversicherung** über private Leistungserbringer: Hier wird der Anspruch des Versicherten unter Rückgriff auf die in den kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen zusammengeschlossenen, einem gemeinsamen Versorgungsauftrag mit den Kassen nach § 72 SGB V nachkommenden Vertragsärzte (im Sinne einer „Dienstverschaffungspflicht“) oder über die in Verbänden zusammengeschlossenen privaten Leistungserbringer (wie Apotheker, Physiotherapeuten oder Lieferanten von Hilfsmitteln) erfüllt.

68

dd) Als besondere, organisatorisch verfestigte Kooperationsform lässt sich Eingliederung öffentlicher Aufgaben in ein privatrechtliches Umfeld in Form von „**gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen**“ oder die „Konzernbildung“ öffentlicher Anstalten unter Einbeziehung privatrechtlicher Unternehmensteile verstehen¹⁸⁹. Derartige Formen einer Public-Private-Partnership¹⁹⁰ sind teilweise kommunalrechtlich privilegiert, dennoch sind durchaus konfliktreich und nicht zuletzt unter Steuerungsaspekten problematisch¹⁹¹.

69

Dagegen dürften die organisatorische Einbindung Privater in Verwaltungen (oder Gerichte) im Rahmen von **Ehrenämtern** oder **ehrenamtlicher Tätigkeit** (Wahlhelfer, Schöffen,)¹⁹² sowie die gruppenspezifischer Wahrnehmung von öffentlichen Aufgaben im Rahmen der **funktionalen Selbstverwaltung** nicht der kooperativen Aufgabenwahrnehmung von Staat und Privaten zurechnen lassen: Mit der Einbindung in eine öffentlich-rechtliche Trägerschaft sind die privaten Akteure entweder Mitglieder oder - in der Wahrnehmung von Aufgaben - Amtswalter. Sie unterliegen damit dem für die jeweilige Funktion geltenden besonderen Rechtsregime¹⁹³.

V. Gemeinwohlsicherung durch Infrastruktur und Gewährleistung

70

Staatliche Verantwortung zur Sicherung des Gemeinwohls äußert sich nicht zuletzt in der **Sicherung von Räumen und Strukturen** zur freiheitlichen Entfaltung der Individuen. Während bei realen Räumen - neben der tatsächlichen Schaffung von Einrichtungen - die rechtliche Gestaltung und Ordnung der jeweiligen Nutzbarkeit im Vordergrund steht, geht es bei funktionalen Räumen wie **Märkten**¹⁹⁴, die sich auf die Koordination von Angebot und Nachfrage stützen, um die Formulierung von institutionellen Randbedingungen, die Märkte überhaupt erst ermöglichen, wettbewerbliche Marktstrukturen sichern und Marktteilnehmer in einer schwächeren Ausgangsposition schützen. Tatsächlich sind weder Räume in ihrer rechtlichen Bedeutung noch Märkte in ihrer konkreten Verfasstheit „Naturgewächse“. Vielmehr

¹⁸⁸ Von Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982, S. 60, 139 ff.; Wallerath (Fn. 5) S. 81 f.. Dagegen sieht Stober (Fn. 162) § 90a Rn. 23 keinen Anwendungsbereich mehr für diese Rechtsfigur.

¹⁸⁹ Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) 276 Fn. 30, 280 Fn. 42

¹⁹⁰ Hierzu namentlich Tettinger, DÖV 1996, 764.

¹⁹¹ Näher § 6 Rn. 73 f mwN.

¹⁹² Abweich. Heintzen VVDStRL 62 (2003) S. 254.

¹⁹³ Zur speziellen Problematik gruppenpluralistisch rekrutierter Mitglieder in Kollegialorganen der öffentlichen Verwaltung (z.B. der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Schriften) siehe BVerfGE 83,130, 149 ff; Heintzen, VVDStRL 62 (2003) S. 244; Vosskuhle VVDStRL 62 (2003) S. 281 mwN; s.a. § 6 Rn. 47.

¹⁹⁴ Sinnbild ist hier der „Marktplatz“, der Marktgeschehen in sich auf nimmt.

sind sie vielfach strukturiert, fachlich wie regional differenziert und durch institutionelle Randbedingungen vorgeformt.¹⁹⁵

71

Gemeinsam ist der - auf den Raum oder raumbezogene Projekte bezogenen - **Infrastrukturverwaltung** wie auch der - auf die Strukturierung von Märkten bezogenen - **Gewährleistungsverwaltung**¹⁹⁶, dass es sich nicht in erster Linie um die Erfassung der „bilateralen“ Individual-Rechtsbeziehung Staat-Bürger handelt, sondern um „multilaterale“ Rahmensetzungen¹⁹⁷ für die Entfaltung von Individuen durch staatliche Planung oder die Gewährleistung und Sicherung von marktmäßigen Strukturen sowie die Sicherung der Funktionsfähigkeit von Märkten durch Regulierung.

Besonders die zweite Zielsetzung hat durch die weit reichenden **Privatisierungen** der letzten Jahre bei Post, Telekommunikation und Bahn hohe Bedeutung erlangt, ohne in den tradierten Instituten zur Erfassung der ordnenden und leistenden Verwaltung angemessen abgebildet werden zu können. Deshalb wird versucht, die hiermit verbundenen Probleme in einer eigenen Kategorie sog. „Gewährleistungsverwaltungsrechts“ aufzufangen, das die Koordination von öffentlicher und privater Interessenverfolgung insbesondere unter der **Regulierungsperspektive** systematisch zu erfassen sucht¹⁹⁸.

1. Schaffung raumbezogener Strukturen

72

Mit der **Schaffung raumbezogener Strukturen** nimmt der Staat eine klassische gebietskörperschaftliche Aufgabe von substantiellem Gehalt wahr. Der Raum ist nicht nur ein den Staat mit konstituierendes Element („Staatsgebiet“), das Grundlage für die Ausübung von Staatsgewalt ist. Er ist auch von grundlegender Bedeutung für **elementare Funktionen** wie Wohnen, Arbeiten, Freizeit, die Nutzung des Bodens und Sicherung von Ressourcen, die Schaffung der realen Voraussetzungen von Bewegungsfreiheit und damit auch die Möglichkeit arbeitsteiliger Produktion und des Güterauswechsels und persönlicher Begegnung sowie die Vernetzung und Trennung verschiedener untereinander kollidierender Nutzungsmöglichkeiten.

73

Der Staat kommt in verschiedener Weise seiner auf den Raum bezogenen Infrastrukturverantwortung nach: Zum einen sichert er durch den **Bau von Straßen sowie anderen Verkehrswegen** (Eisenbahn und Wasser) sowie Bahnhöfen, Schiffshäfen und Luftverkehrshäfen die Erschließung und Vernetzung unterschiedlicher Gebiete und schafft so die Grundlagen für den Raum übergreifende Aktivitäten.

Insofern hat freilich die Vorstellung, dass der Staat selbst die entsprechenden Strukturen schaffen und bereit halten soll, durch Überlegungen zu einer stärkeren Einbeziehung Privater, die dann eine entsprechende Gewährleistungsverantwortung auslöst, ihre frühere Selbstverständlichkeit verloren¹⁹⁹. Dennoch ist gerade hier zu fordern, dass **alternative Lösungen unbeschadet ihrer prinzipiell freiheitlicheren Tendenz** kritisch auf eine vergleichbare Leistungsfähigkeit hin zu überprüfen sind. Es ist eine regelmäßig verkürzte Vorstellung, durch Überwachungs- und Kontrollfunktionen könnte das gleiche Maß an Qualität gemeinwohlkonformer Nutzung sichergestellt werden wie mit einer ungeteilten Erfüllungsverantwortung.

¹⁹⁵ Z.B. auf elementarer Ebene durch die Vertragsfreiheit und das Eigentum, im Weiteren durch das allgemeine Wettbewerbsrecht.

¹⁹⁶ Vosskuhle VVDStRL 62 (2003), S. 266, 304 ff; s.a. Masing in: H. Bauer u.a.(Hg.), Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Gewährleistungsstaates, 2002, 161, 185 ff. Vgl. weiterhin - zu entsprechenden einfach-gesetzlichen Vorgaben auf Länderebene - Butzer, in: Blanke/v. Bandemer/Nullmeier/Wewer (Hg.), Handbuch zur Verwaltungsreform, 2005, S. 392, 394.

¹⁹⁷ Hierzu namentlich Faber, VerwR S. 33, 337.

¹⁹⁸ Hoffmann/Riem, in: ders. /Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261, 326 f.

¹⁹⁹ Vgl. Vosskuhle, VVDStRL 62 (2003) S. 279 Fn. 38 mwN.

74

Zugleich **ordnet und gestaltet** der Staat den Raum durch rechtliche Vorgaben. Instrumente hierfür sind die räumliche Gesamtplanung durch Raumordnungs- und Bauleitpläne, fachlichsektoral ausgerichtete Pläne (wie Entwicklungspläne, Landschaftspläne, Luftreinhaltepläne) sowie projektbezogene Fachpläne (z.B. für Abfallbeseitigungsanlagen, emittierende Betriebe oder Straßen), in einem weiteren Sinn auch Bedarfspläne (wie Krankenhausbedarfspläne oder Bildungspläne). Durch die Planung werden Räume zu rechtlichen Konstrukten; freilich ist die rechtliche Konstruktion auf den Bezug und die angemessene Verarbeitung der physischen und sozialen Entitäten angewiesen.

Die Planung der **Nutzung des Raumes** ist (neben der Haushaltsplanung) der am stärksten verselbständigte und bedeutsamste Sektor der Planung in der Verwaltung²⁰⁰. Sie folgt im Kern einem **gestuften Modell** von großflächiger Raumplanung über die Regionalplanung bis hin zur gemeindlichen Bauleitplanung (Flächennutzungs- und Bebauungsplan). Der Detaillierungsgrad nimmt umso mehr zu, je kleinteiliger der jeweilige Planungsraum ist. Die anderen Planungen treten ergänzend hinzu, womit sich das Problem der Koordination der verschiedenen Pläne stellt²⁰¹.

75

Der in der Gestaltungsaufgabe der planenden Stelle gründende, **finale Charakter** der Planungsentscheidung erklärt die besonderen Eigenart des Planungsermessens, das den Gestaltungsspielraum der planenden Stelle einerseits mit der Aufgabe der Entscheidung zwischen vielfältigen Ziel- und Mittelkonflikten verknüpft. Planungsentscheidungen sind besonders anspruchsvolle Entscheidungen: Weil sie auf Zukunftsgestaltung gerichtet sind und deshalb prognostische Elemente enthalten, sind sie in besonderer Weise auf die Erlangung und Verarbeitung komplexer Informationen angewiesen²⁰².

76

Daraus folgt eine besondere „**Planungsfehlerlehre**“: Die gerichtliche Überprüfung ist darauf beschränkt, ob die gesetzlichen Grenzen der planerischen Gestaltungsfreiheit eingehalten und von dieser in einer Weise, die den gesetzlich sanktionierten Planungszielen entspricht, Gebrauch gemacht wurde. Hierzu gehört insbesondere auch die Beachtung des für das Baurecht positiv-rechtlich verankerten²⁰³, aber nur dort geltenden „Abwägungsgebots“ zwischen den „öffentlichen und den privaten Belangen“²⁰⁴.

2. Schaffung und Sicherung wettbewerblicher Marktstrukturen

77

Weit reichende Privatisierungen bei Post, Telekommunikation und Bahn in den vergangenen Jahren haben deutlich gemacht, dass die überkommenen verwaltungsrechtlichen Institute die hiermit verbundenen Steuerungsprobleme nicht mehr angemessen abbilden können. Der Gesetzgeber hat darauf mit speziellen Regulierungsgesetzen und der Errichtung eigener Regulierungsbehörden reagiert. Die neuere Verwaltungsrechtswissenschaft bemüht sich darum, die Problematik mit einer eigenen Kategorie sog. „**Gewährleistungsverwaltungsrechts**“²⁰⁵ aufzufangen, das die Koordination von öffentlicher und privater Interessenverfolgung insbesondere unter der Regulierungsperspektive systematisch zu erfassen sucht²⁰⁶. Diese findet in der

²⁰⁰ Püttner (Fn. 14) S. 318.

²⁰¹ Vgl. hierzu insbesondere § 3 ROG sowie Hoppe, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR, Bd. III, 3. Aufl. 2006, Rn.30 ff; Steiner, in: ders., BesVerwR, 7. Aufl., 2003, VI Rn. 45 ff, 71 f

²⁰² Siehe Püttner (Fn. 14) S. 319.

²⁰³ § 1 VI BauGB.

²⁰⁴ BVerwGE 45, 309; BVerwG, DÖV 1978, 806 ff; Ramsauer, DÖV 1981, 38. Näher § 10 Rn. 82.

²⁰⁵ Vosskuhle VVDStRL 62 (2003), 266, 304 ff; s.a. Masing in: H. Bauer u.a.(Hg.), Das öffentliche Recht vor den Herausforderungen der Gewährleistungsstaates, 2002, 161, 185 ff.

²⁰⁶ Zum Regulierungsverwaltungsrecht: J. Masing, Gutachten D zum 66.DJT, 2006, D 9, 161 ff; Trute, in: FS für Brohm, 2002, S. 169, 188 f; Hoffmann/Riem, in: ders. /Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261, 326 f.

Begrifflichkeit der „**regulierten Selbstregulierung**“ als einem Kernbegriff des Gewährleistungsungsverwaltungsrechts bildhaften Ausdruck²⁰⁷.

78

Im Vordergrund steht dabei die Makroebene des Prozesses einer Gemeinwohlfindung durch eine Mehrzahl von Akteuren. Angeknüpft wird an die Idee wettbewerblichen (marktmäßigen) Gütertauschs, der wirtschaftlicher Rationalität folgt. Diese kann allerdings nicht allein öffentliche Interessen sicherstellen. Mehr noch: Bei der Privatisierung staatlicher Unternehmen mit Monopolstellung müssen zunächst einmal marktmäßige Strukturen geschaffen werden. Die entsprechende **Freisetzung von Wettbewerbs** knüpft insbesondere an (privatisierte) leistungsgebundene Versorgungsleistungen oder sonstigen monopol- oder oligopolartigen Strukturen an²⁰⁸. Sodann müssen erreichte wettbewerbliche Marktstrukturen **gesichert** werden. Dabei geht es um die **sektorale Gestaltung** der Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs für bestimmte Sachbereiche, nicht um die Festlegung allgemeiner wettbewerblicher Regeln, die Aufgabe des Kartellrechts ist²⁰⁹. Schließlich sollen Marktteilnehmer in einer schwächeren Ausgangsposition durch **soziale Produktanforderungen** und verbraucherschützende Regelungen bei der Marktteilnahme geschützt werden²¹⁰. Dabei handelt es sich jeweils um eine Vielzahl von Betroffenen - Anbietern wie Nachfragern; es geht also die Regelungen polygonaler Rechtsbeziehungen, die eine Vielzahl von öffentlichen und privaten Interessen zu Ausgleich zu bringen haben²¹¹. Dies soll durch eine rechtliche Rahmenordnung geschehen, die sicherstellt, dass die Gemeinwohlziele auch tatsächlich verwirklicht werden

79

Namentlich bei der **Regulierung** handelt es sich um eine aktive Gestaltungsaufgabe, die der staatlichen „Infrastrukturgewährleistungsverpflichtung“ folgt²¹². Sie ist auf die Schaffung von Strukturen oder auf allgemeine Anforderungen für bestimmte Sektoren gerichtet ist. Über Regulierungsbehörden wird eine **administrative Feinsteuerung** erreicht, das auf ein breiteres Instrumentarium als im sonstigen Wirtschaftsverwaltungsrecht zurückgreifen kann. Dieses sieht sich der Erwartung gegenüber gestellt, dass Gewährleistungs- und Auffangverantwortung „nicht zu reinen Beschwörungsformeln“ werden, andererseits aber auch nicht die grundrechtlichen Freiheiten der Marktteilnehmer „in einem unkontrollierbaren Netz staatlicher Einvernahme verschwinden“²¹³.

Rechtsprechung und Schrifttum

BVerfGE 108, 370, 393 - Postdienstleistungen; *BVerwG*, DÖV 1990, 977 – Klage bei Zutritt zu gemeindlicher Einrichtung bei privatrechtlicher Betriebsgesellschaft; *BVerwG*, NJW 1992, 2499 - Förderung von Initiativen gegen Jugendsekten; *BVerwG*, NJW 1995, 2938 - erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand; *BGH*, MDR 2003, 1389 – Grundsätze privatrechtlichen Verwaltungshandelns; *SächsOLG*, LKV 2001, 142 - Privatrechtlicher Betrieb einer öffentlich-rechtlich betriebenen Abwasserbeseitigungsanlage; *OVG MV*, NVwZ 2001, 446 - Zweistufentheorie ist nicht immer anwendbar; *HessVGH*, DÖV 1993, 206 – Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses für die Wasserversorgung; *HessVGH*, NVwZ 2003, 238 - Rechtsweg bei Vergabe von Räumen im Gebäude einer Kfz-Zulassungsstelle an privaten Schilderprägebetrieb; *OVG RP*, *ArztR* 2003, 187 – Verwaltungsaktsbefugnis; *VGH BW*, NVwZ 2002, 748 – Auskünfte im Rahmen der Abfallüberwachung.

²⁰⁷ Siehe § 2 Rn. 20.

²⁰⁸ Di Fabio, *VVDStRL* 56 (1997) 235 ff; Masing, *DV* 2003, 1, 4 ff.

²⁰⁹ Schulze-Fielitz, *Grundmodi* § 12 Rn. 18.

²¹⁰ Masing, *DV* 2003, 7; Schulze-Fielitz, *Grundmodi* § 12 Rn. 4, 47, aber auch Rn. 56; s.a. § 97 SGB X.

²¹¹ Hierzu namentlich Faber, *VerwR* S. 33, 337; Schulze-Fielitz, *Grundmodi* § 12 Rn. 22, 51

²¹² V. Danwitz, *DÖV* 2004, 977, 984.

²¹³ Lange, *DV* 40 (2007) 140.

Bauer, Hartmut, Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht, *VerwArch* 78 (1987) 241; *Bleckmann, Albert*, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts - Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht, 1989; *Brohm, Winfried*, Erscheinungsformen und rechtsstaatliche Grenzen des informellen Verwaltungshandelns, *DVBf* 1994, 133; *Bull, Hans Peter*, Über Formwahl, Formwahrheit und Verantwortungsklarheit in der Verwaltungsorganisation, *FS Maurer*, 2001, S. 545; *Burgi, Martin*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; ders., Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt -Aßmann, E./Vosskuhle A. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 18; *Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Eigenständigkeit der Verwaltung, ebda. § 10; *Dietlein, Johannes*; Rechtsfragen des Zugangs zu kommunalen Einrichtungen, *Jura* 2002, 445; *Glauben, Paul J.*, Der Staat als Privater- Verfassungsrechtliche Vorgaben und zivilrechtliche Konsequenzen, *DRiZ* 1999, 488; *Gusy, Christoph*, Verwaltung durch Information - Empfehlungen und Warnungen als Mittel des Verwaltungshandelns, *NJW* 2000, 977; *Hecker, Jan*, Wahrnehmung staatlicher Aufgaben durch Kapitalgesellschaften in privatem Anteilsbesitz, *DÖV* 2001, 119; *Heintzen, Markus*, Staatliche Warnungen als Grundrechtsproblem, *VerwArch* 81 (1990), 532; *Hermes, Georg*, Schlichtes Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./ Vosskuhle A. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. II, 2008, § 39; *Höfler, Heiko/ Bert, Birgit*, Die neue Vergabeverordnung; *Ibler, Martin*, Grundrechtseingriff und Gesetzesvorbehalt bei Warnungen durch Bundesorgane, *FS Maurer* (2001), 145; *Mayen, Thomas*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben - rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, *DÖV* 2001, 110; *Renck, Ludwig*, Der Rechtsweg im gerichtlichen Verfahrensrecht- Vertragshandeln und Realakte, *JuS* 2000, 1001; *Robbers, Gerhard*, Schlichtes Verwaltungshandeln, *DÖV* 1987, 272 ff; *Röhl, Hans Christian*, Verwaltung und Privatrecht - Verwaltungsprivatrecht?, *VerwArch* 1995 (Bd. 86), 531; *Rüfner, Wolfgang*, Formen der öffentlichen Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; *Schmidt-Aßmann, Eberhard*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004; *Schröder, Rainer*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007; *Schulte, Martin*, Schlichtes Verwaltungshandeln, 1995; *Schulze-Fielitz, Helmuth*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./ Vosskuhle A. (Hg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2006, § 12; *Siems, U.*, Der Begriff des schlichten Verwaltungshandelns, 1999; *Spannowsky, Willi*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; *Tettinger, Peter J.*, Die Beauftragten, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), *Handbuch der Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV, 3. Aufl. 2007, § 111; *Trute, Hans-Heinrich*, Die Verwaltung und das Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *DVBf* 1996, 950 ff; *Wallerath, Maximilian*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht - Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, 1987; ders., Kontraktmanagement und Zielvereinbarung als Instrumente der Verwaltungsmodernisierung, *DÖV* 1997, 57; *Weiß, Wolfgang*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002; *Unruh, Peter*, Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns, *DÖV* 1997, 653; *Zacharias, Diana*, Privatisierung der Abwasserbeseitigung, *DÖV* 2001, 454.