



Verwaltung durch Private: Ordnungskonzepte in Deutschland

Vortrag beim 2. Symposium der Arbeitsgemeinschaft
„Staatliche Aufgaben, private Akteure“
12./13. Mai 2016, Innsbruck

Professor Dr. Martin Burgi



A. Stand der Arbeitsteilung und der rechtlichen Aufarbeitung

I. Blick in Politik und Praxis

- Zwischen Privatisierungseuphorie und Rekommunalisierung
- Große föderale, teilweise durch politische Grundeinstellungen, noch mehr aber durch die unterschiedliche Stärke der eigenen Verwaltungskraft bedingte Unterschiede.
- Teilweise damit „konkurrierend“: Starker Sektor der öffentlichen Unternehmen in vollständig staatlicher bzw. kommunaler Hand
- In Politik und Praxis fehlt der gebündelte Blick auf das Ganze und ebenso eine diesen Blick wahrnehmende Zuständigkeit



II. Erreichen eines gewissen dogmatischen Sättigungsgrades

III. Aktuelle Sachfragen im Überblick

- Vielfach wird die Frage nach der Statthaftigkeit stärker betont denn je, teilweise durch die Rechtsprechung (Bundesverwaltungsgericht: Garantie der kommunalen Selbstverwaltung als Privatisierungsgrenze!), teilweise durch Autoren (paradigmatisch: *Broß*, Privatisierung staatlicher Infrastrukturbereiche in der „sozialen Demokratie“ 2015: *„Ein Infekt hat die Gesellschaft in Deutschland und Europa erfasst. Er zerstört die soziale Demokratie und öffentliche Infrastruktur durch das Primat von wirtschaftlicher Liberalisierung und Privatisierung.“* (Vorwort des Auftraggebers „Hans-Böckler-Stiftung“))



- Betonung und nähere Entfaltung des Privatisierungsfolgenrechts; zuletzt mit dem Vorschlag der Etablierung einer eigenen Aufsichtskategorie „Gewährleistungsaufsicht“ (*Schmidt am Busch*, Die Verwaltung Heft 2/2016 i.E.), u.a. durch verstärkte Mobilisierung der „Dritten“
- Arkanpolitik als Preis der Privatisierung?
- Datenschutz und Privatisierung



IV. Wachsende Skepsis gegenüber „Ordnungskonzepten“ in der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht

- „Überdogmatisierung“ als deutsch/österreichischer Sonderweg?
- Kritischer Mix aus Rechtserzeugungs- und Rechtserkenntnisquelle
- Gefahr von Wahrnehmungsverlust
- (bezogen auf die politische Dynamik und die Kontexte).



B. Vertretene Ordnungskonzepte

I. Beleihung

- Zum Zwecke der rechtsvergleichenden Information nur vergrößernder Überblick. Konzepte mit deutlich geringerem Anerkennungsgrad sind Inpflichtnahme und Konzession
- Privatrechtssubjekte, die dazu befugt sind, Staatsaufgaben in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts (v.a. durch Verwaltungsakt) selbstständig wahrzunehmen. Sie werden zugleich als Verwaltungsträger und Behörde angesehen. Zahlreiche Rechtsfragen sind geklärt, einige andere nicht.



- Aufgrund des hier bestehenden Erfordernisses einer gesetzlichen Grundlage flüchtet die Politik vielfach aus der Beleihung in die Verwaltungshilfe oder andere („faktische“, treffender: rechtswidrige) Formen der Beleihung.



II. Verwaltungshilfe, Dienstleistungskonzession, institutionalisierte und projektbezogene PPP (jeweils: nach funktionaler Privatisierung)

- Gemeinsames Merkmal: Keine Befugnis zu öffentlich-rechtlichem Handeln, funktionaler Teilbeitrag zu einer Staatsaufgabe
- Differenzierungen danach, ob entgeltlich (Verwaltungshilfe) oder über Refinanzierung bei den Dritten (Dienstleistungskonzession) bzw. danach, ob obligatorisch oder institutionalisiert. Die projektbezogene PPP unterscheidet sich lediglich durch ein besonders intensives Maß an vertraglicher Verdichtung.



- Sehr großzügige Beurteilung der Statthaftigkeit, daher in Politik und Praxis außerordentlich beliebt
- Das Vergaberecht stellt mittlerweile fast durchgehend immerhin einen Rechtsrahmen für die Auswahl und damit (prospektiv) für die Gestaltung der Privatisierungsfolgen bereit.



III. Indienstnahme

- Gekennzeichnet durch den zwangsweisen Zugriff auf die Privaten, anknüpfend an eine bestimmte „Sach- und Verantwortungsnahe“ (d.h. einer teilweise nur angeblich bestehenden Eigenverantwortung)
- In den klassischen Fällen der Erdölbevorratung und der Mitwirkung beim Steuereinzug, mittlerweile ausgedehnt auf das Modell des Erneuerbare-Energien-Gesetzes und weiter Teile der Überwachung von datengestützten Kommunikationsvorgängen.



IV. Staatlich veranlasste gesellschaftliche Selbstregulierung

- Die vom Staat gestützte bzw. induzierte Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interesse durch Private, vielfach im Zuge von Liberalisierungsmaßnahmen, dann erfasst durch das weitere Ordnungskonzept der „Regulierung“.
- Viele Erscheinungsformen gehen auf europäische Anstöße zurück, etwa die Konformitätsbewertungen, die Öko-Audit-Aktivitäten, teilweise auch das Beauftragtenwesen.
- V.a. negative Abgrenzung gegenüber der schlichten Aufgabenprivatisierung durch die Einbettung in ein neues, gemeinsames Ordnungssystem.



C. Funktionen der Ordnungskonzepte

I. Dogmatische Funktion (Bündelung von Rechtsfolgen)

- Zuordnung von Begriffen zu Rechtsfolgen
- Dadurch Entlastung der Rechtsanwendung im Einzelfall
- Dadurch Einbettung in das Gesamtsystem der Rechtsordnung, ferner Rationalisierungs- und Orientierungsfunktion



II. Weitere Funktionen

- Theoretische Funktion?
- Interdisziplinäres Arbeiten ermöglichende Brückenbegriffe?
- Internationalen Diskurs ermöglichende bzw. erleichternde Ansätze?



D. Gegenwärtige Leistungsgrenzen und Lücken der Ordnungskonzepte

I. Aufgrund externer Umstände

1. Uneinheitliche Verwendung

- Zwischen Praxis und Wissenschaft.

Beispiel: Aus der Gesetzesbegründung zum Gesetz über die Akkreditierung von Studiengängen in NRW heißt es:

„Die Akkreditierung erfolgt im Weg der Beleihung staatsfern durch die Stiftung für ...“; einige Seiten weiter hinten ist davon die Rede, dass die Agenturen *„privatrechtlich organisiert und handelnd“* sind (zitiert nach BVerfG, BV. 17.02.2016, 1 BvL 8/10, Rn. 71).



- Im nationalen Recht und im EU-Recht (vgl. zuletzt EuGH C-168/14, Stationen zur technischen Überwachung von Kraftfahrzeugen) und C-293/14 (Rauchfangkehrer in Österreich), jeweils ohne Bezugnahme auf Ordnungskonzepte und mit zum Beleihungskonzept jedenfalls querliegendem Verständnis von „Ausübung öffentlicher Gewalt“ i.S.v. Art. 51 AEUV.
- In intradisziplinären Zusammenhängen



2. Zögern und Unehrllichkeit im politischen Umgang

- Ausbau und Unterhaltung der Bundesautobahnen einerseits
- Unterbringung von Flüchtlingen andererseits

3. Asymmetrischer Zugriff durch Gesetzgebung und Judikative

- Gesetzgebung: Einerseits kleinteilige Normierung von Ausschnitten (Vergaberecht) bei weitgehend völligem Fehlen einer Normierung der gesamten Vertragsphase jenseits des allgemeinen Zivilrechts (im Unterschied hierzu gibt es etwa in den USA ein „Government Contracts Law“).
- Auf der Ebene der Justiz insgesamt vergleichsweise geringe, vielfach verspätete Zugriffsmöglichkeit.



II. Im jeweiligen Ordnungskonzept selbst begründet liegend

1. Unterschätzung der institutionalisierten Formen von Arbeitsteilung

- Wenn Private mit dem Staat nicht einzelvertraglich, sondern gesellschaftsrechtlich verbunden sind, handelt es sich richtigerweise um eine „institutionalisierte PPP“. Dies bedeutet, dass zu einem erheblichen Teil private Handlungsrationalität obwaltet.
- Angeführt vom BVerfG wird in Deutschland aber vielfach eine schlichte Zuordnung zum Staat nach Maßgabe des beherrschenden Einflusses angenommen (seit der sog. Fraport-Entscheidung; BVerfG 22.2.2011, 1 BvR 699/06)



- Die mit dem Auftreten solcher Unternehmen auftretenden Rechtsfragen werden folglich vielfach ganz außerhalb der o.g. Ordnungskonzepte thematisiert, d.h. diese werden hierfür überhaupt nicht fruchtbar gemacht. Dies trägt den sich gerade aus dem Umstand des Zusammenwirkens ergebenden Gefahren der Intransparenz und des übermäßigen Machtzuwachses Privater nicht Rechnung. Abhilfe könnte eine neben den Gesellschaftsvertrag tretende sog. Gewährleistungsvereinbarung bieten.



2. Indienstnahme als nur teilweise ausgebautes Ordnungskonzept

- Fixierung auf den Modus der Privatisierung (zwangsweise statt freiwillig)
- Dadurch fast vollständiges Negieren des Privatisierungsfolgenrechts



3. Staatlich veranlasste gesellschaftliche Selbstregulierung als erst in Ansätzen ausgebautes und von vornherein undifferenziertes Ordnungskonzept

- Nüchtern betrachtet handelt es sich überhaupt nicht um ein Ordnungskonzept, sondern um eine Art Problembeschreibung.
- Als solche erfasst es lediglich negativ die Abgrenzung gegenüber der reinen Aufgabenprivatisierung, stellt aber keine Ordnungsmuster für die erfassten Konstellationen bereit und differenziert diese auch nicht näher.
- Im Grunde genommen handelt es sich hier um eine Aneinanderreihung verschiedener Ordnungskonzepte des jeweils berührten Bereichs aus dem besonderen Verwaltungsrecht.



III. Daraus folgende Aufträge

1. Wissenschaftliche Weiterentwicklung

- Durch Rechtsvergleichung!
- Im Verbund mit dem Wirtschaftsrecht, dem Privatrecht und soweit erforderlich auch dem Strafrecht. Denn in der Sache handelt es sich um mehr als eine „Technik der Verwaltung“. Stärker mitbedacht werden muss künftig von vornherein die Perspektive der Privaten, die immerhin Grundrechtsträger sind und nach dem Grundsatz „in dubio pro libertate“ zunächst eigentlich einen Anspruch auf Übernahme der jeweiligen Aufgaben besäßen.



2. Schaffung gesetzlicher Rahmenbedingungen

a) Teilweise verfassungsrechtlich gefordert

- Bei der Beleihung immerhin ja Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage qua jeweiligem Fachrecht (aber eben keine Normierung des Ordnungskonzepts)



- Der Einsatz von Verwaltungshilfe und Dienstleistungskonzession sollte zumindest dort, wo eine „systematische und auf Dauer angelegte Betrauung“ Privater, also eine Art „Privatisierungspolitik“ stattfindet, dem Gesetzesvorbehalt unterworfen sein. Dies wäre dann der Fall, wenn aufgabenübergreifend gleichsam „Institute“ der Verwaltungshilfe oder der Dienstleistungskonzession etabliert werden (etwa: Sachverständige in der gesamten Umweltüberwachung, Projektmanager in allen Verwaltungsverfahren, Betreibermodelle in der Infrastrukturverwaltung etc.).



- Bei der Tätigkeit von Konformitätsbewertungsstellen (im Hochschulrecht: Akkreditierungsagenturen) hat erfreulicherweise jüngst das BVerfG den Gesetzgeber dazu verpflichtet, über Bewertungskriterien, Verfahren und Organisation zu entscheiden (BVerfG, B.v. 17.02.2016, 1 BvL 8/10, Rn. 67 ff., 71). Dem liegt die bemerkenswerte Feststellung voraus, dass die Pflicht der bewerteten Einheiten (hier: der Universitäten) sich bewerten lassen zu müssen, einen Grundrechtseingriff darstelle. Erstmals werden hier zentrale Rechtsfolgen aus der Betroffenheit der „Dritten“ abgeleitet.



b) Teilweise zwecks verbesserter Anerkennung

- Dies zielt auf ein PPP-Gesetz, etwa nach dem Muster des ÖffPrivZusG SH.
- Mittelfristig dürfte die Aufnahme eines eigenen Abschnitts über die Arbeitsteilung von Verwaltung und Privaten in den VwVfGs unumgänglich sein



3. Weiterentwicklung der die Zusammenarbeit tragenden Verwaltung (Stichwort: Ausschreibungsverwaltung)

- Durch Stärkung der Vertragsverhandlungs- und Gestaltungskompetenzen
- Durch ein verändertes Personalkonzept



E. Fazit

- Nach Jahrzehnten der Entwicklung ist mit den bestehenden Ordnungskonzepten einiges erreicht worden. Weiterhin bestehen aber Leistungsdefizite der Ordnungskonzepte selbst und damit sowie durch externe Umstände verursachte Anerkennungsdefizite der Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten.
- Daher sind in noch stärkerem Maße als bisher die Wissenschaft und die Verwaltung selbst gefordert. Lauter als bislang ist m.E. aber auch nach dem Gesetzgeber zu rufen.



- Die Nutzung der mit einer klug konzipierten Arbeitsteilung verbundenen Vorzüge erfordert ein höheres Maß an rechtlicher Anerkennung als es bislang in Deutschland mit den Ordnungskonzepten erreicht worden ist.