

Inkook Kay

Regulierung als Erscheinungsform der Gewährleistungs- verwaltung

Eine rechtsdogmatische Untersuchung
zur Einordnung der Regulierung
in das Staats- und Verwaltungsrecht

Regensburger Beiträge zum Staats- und Verwaltungsrecht

Herausgegeben von Gerrit Manssen

Kapitel 2: Der Wandel der staatlichen Aufgabenwahrnehmung

A. Einleitung

Privatisierung führt dazu, dass der Staat viele Aufgaben nicht mehr selbst erfüllt. Es handelt sich um eine Form der Aufgabenwahrnehmung, bei der der Staat als Folge der Übertragung einer Aufgabe zusammen mit Privaten erfüllt oder durch Private erfüllen lässt. Dieses Problem wird unter verschiedenen Begriffen und Ausdrücken, wie „öffentliche Unternehmen“, „Verleihung“, „beliebte Unternehmen“ und „öffentliche Verwaltung durch Private“,⁶⁰ schon seit Langem diskutiert. Die bisherige Staatsaufgabenlehre beschäftigt sich vor allem damit, was der Staat tun soll und wie die Rolle des Staates bei der Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung durch Private, nämlich die staatliche Aufsicht, Beleihung, Konzession, Ermächtigung und Verwaltungshilfe, verstanden werden kann.

Mit der Tendenz der Liberalisierung und Privatisierung ist die tradierte Staats- und die Staatsaufgabenlehre in eine Reformphase getreten. In zahlreichen Bereichen ist der Staat sowohl von seiner eigenhändigen Aufgabenerfüllung als auch von seiner klassischen Aufsichtsaufgabe entbunden. Anders als bei der tradierten Aufgabenlehre geht es bei dieser „neuen“ Tendenz darum, wer das Gemeinwohl im Gemeinwesen wie produziert, und welcher Anteil dem Staat dabei eigentlich noch zukommen soll.⁶¹ In der Privatisierungsdiskussion ist zunächst die Debatte um die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft und ihre umgewandelten Zusammenhänge bei der Wahrnehmung der staatlichen und öffentlichen Aufgaben eröffnet.⁶²

Trotz aller Tendenz zum „schlanken Staat“ kann und soll der Staat Einfluss auf die Privatisierungsfolgen nehmen. Im Zuge der Privatisierung kommt man zu der Einsicht, dass so etwas wie eine residuale „Verpflichtung“ des Staates besteht. Es geht daher nicht mehr um die „Privatisierung von Staatsaufgaben“,

60 Dazu näher, *U. Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 17 ff.

61 Vgl. *C. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 28.

62 Vgl. *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 1 ff.

sondern um „Privatisierung und Staatsaufgaben“. ⁶³ Um diese etwas residuale Angelegenheit zu erklären, versucht man zunächst, die formale oder materielle Kernstaatsaufgabe als Grenze der Privatisierung zu finden. Andererseits wird die Vorstellung der Verantwortungsübertragung eingeführt, die eine differenziertere Betrachtung erlaubt als die allgemeine Diskussion über staatliche Aufgaben. ⁶⁴

Es geht bei diesem Wandel darum, ob und wie diese Tendenz mit dem tradierten Staatsbild und seiner Aufgabenlehre angemessen erklärt werden kann und wie dabei die Rolle staatlicher Verwaltung verändert wird. In der tradierten Aufgabenlehre beschränkt sich die Definition der Regulierung so oft auf das Privatisierungsfolgenrecht, das zur Übergangserscheinung in der Liberalisierungstendenz abgewertet ist. Häufig stellt man daher die „Regulierung“ als eine neue Rechtsform in der Privatisierungsfolgephase (sog. Privatisierungsfolgenrecht) dar. ⁶⁵ Aber die Regulierung bleibt nicht bei der Privatisierungsdebatte stehen, sondern führt weiter zur positiven oder negativen Steuerung des Staates. Die Lehre der Verantwortung begründet die Intersubjektivität von Staat und Gesellschaft in der Gemeinwohlverwirklichung, die als Grundlage der arbeitsteiligen Gemeinwohlverwirklichung zu begreifen ist. Die Debatte um die Wahrnehmung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung dreht sich um das zentrale Problem des modernen Staatsbildes und der staatlichen Handlungsstrategie, ⁶⁶ was den theoretischen Unterbau für die Regulierung schafft. ⁶⁷

63 R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, S. 156.

64 Vgl. R. Uerpman, *Das öffentliche Interesse*, S. 33

65 Ausführlich, siehe unten, 3. Kap., C. III. 2. (3) und C. IV. 2. (3) (a)

66 Vgl. G. F. Schuppert, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge*, in: von Arnim/Sommermann (Hrsg.), *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*, S. 269 (293); A. Voßkuhle, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (306).

67 Demensprechend, R. Schröder, *Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel*, S. 148.; C. Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, S. 28 ff.; W. Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 1 ff.

B. Die staatliche Aufgabenwahrnehmung

I. Problemstellung

Das rechtsdogmatische Thema der Aufgabenlehre ist die staatliche Aufgabe, es umfasst aber auch die gesellschaftliche Aufgabe. Nach der tradierten Dichotomie von Staat und Gesellschaft wird sichtbar, dass beiden Bereiche ihre jeweiligen Funktionen haben. Und der Bereich des „Öffentlichen“ wird als Zwischenbereich betrachtet, wenn man die tradierte Dichotomie von Staat und Gesellschaft voraussetzt. Die Typisierung der staatlichen, öffentlichen und gesellschaftlichen Aufgaben bezieht sich tatsächlich auf die Modi der Gemeinwohlverwirklichung eines bestimmten Gemeinwesens. Nach den jeweiligen Umständen eines Gemeinwesens, nämlich nach den raum- und zeitspezifischen, wirtschaftlichen und rechtlichen Kontexten, ist die Rolle der Akteure der Gemeinwohlverwirklichung unterschiedlich zu verstehen. Im konkreten Fall bietet die vorausgesetzte Dichotomie von Staat und Gesellschaft jedoch keinen trennscharfen Maßstab an,⁶⁸ welche Rolle einem Akteur, insbesondere dem Staat, als ein traditionelles Subjekt der Gemeinwohlverwirklichung zugeteilt werden soll und wie er diese wahrzunehmen hat. Dies ist aber der Kern der Debatte um die Typisierung der Aufgabenbereiche. Und die Typologie der Aufgaben ist schließlich nur eine bewusste Abgrenzung, um das Staatsbild zu erklären.

Es ist daher richtig, dass die Definition und die Kategorisierung von staatlichen und öffentlichen Aufgaben im konkreten Fall ebenfalls umstritten sind. Die Fragen, ob die Trägerschaft als ein einziger Maßstab funktionieren kann, ob das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft neu zu beschreiben ist, führen zu einer endlosen - aber nur wenig sinnvollen - Debatte. Wegen der unklaren und offenen Begriffsbestimmung ist es erforderlich, die Begriffe der staatlichen und öffentlichen Aufgabe nicht nur nach ihrem eigenen Inhalt, Sinngehalt und Geltungsbereich, sondern auch anhand ihres Verhältnisses zueinander zu bestimmen. Es handelt sich dann auch um die Frage, wie das Verhältnis der jeweiligen Aufgaben zueinander zu verstehen ist.

Heute ist problematisch, dass der Staat nicht nur in die Gesellschaft interveniert, sondern auch mit den gesellschaftlichen Kräften zusammenwirkt, um seine

68 Vgl. G. Manssen, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt, S. 113.

Aufgabe wahrzunehmen.⁶⁹ Mit verschiedenen Stichwörtern,⁷⁰ wie „Krise des Sozialstaates“, „Überforderung des Staates“, „Staatsversagen“ oder „der müde und gestresste Leviathan“⁷¹ werden die Grenzen der bestehenden Handlungsstrategie des Staates beschrieben. Die Expansion der staatlichen Aufgaben und die „sinkende Steuerungsfähigkeit“ des Staates suggerieren das Zusammenwirken mit der Gesellschaft.⁷² *P. Häberle* hat zutreffend das gemischte Zusammenwirken beschrieben: „Die Vermehrung der Staatsaufgaben, die sozialgestaltend in die Gesellschaft hineinwirken, bestätigt die „Osmose“ von Staat und Gesellschaft“.⁷³ Aus rechtswissenschaftlicher Sicht stellt sich hier die Frage, wie der Staat und die Gesellschaft bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zusammenspielen können. Schließlich kommt es im Bereich der Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgabe darauf an, anhand welcher Maßstäbe Staatsaufgaben und öffentliche Aufgaben ins Verhältnis zu setzen ist.

II. Die staatliche Aufgabe und Gemeinwohlverwirklichung

Es ist nicht immer klar, wie sich die Begriffe „Aufgabe“, „Zweck“, „Funktion“ und „Ziel“ unterscheiden. Trotz aller Unklarheit der Begriffsbestimmung ist der zentrale Anhaltspunkt für die staatsrechtliche Aufgabenlehre das Gemeinwohl und seine Verwirklichung.⁷⁴

69 Die Ausdrücke der „Intervention“ oder der „Zusammenwirken“ setzen schon die begriffliche Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft voraus. vgl. *M. Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, S. 172 f.

70 Vgl. *G. Teubner*, Verrechtlichung - Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: *F. Kübler* (Hrsg.) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität, S. 289 (325).

71 *A. Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: *G. F. Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, S. 47 (90).

72 *D. Grimm* (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, passim.

73 *P. Häberle*, Grundrechte im Leistungsstaat, *VVDStRL* 30 (1972), S. 43 (61).

74 Vgl. *J.-C. Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, S. 293.

1. Staatliche Gemeinwohlverwirklichung

Die Frage, was der Staat tun soll, führt zur griechischen Philosophie zurück,⁷⁵ und wurde noch nicht gelöst. Man kann als spontane Antwort vorbringen, dass der Staat auf die Gemeinwohlverwirklichung abzielen soll.⁷⁶ Aber es besteht noch keine allgemein anerkannte Definition, was das Gemeinwohl ist. Die vorliegende Arbeit untersucht eher die Gemeinwohlverwirklichung im modernen Verfassungsstaat, als die „endlose“ Debatte um die präzise Definition des Gemeinwohls.⁷⁷

(1) Gemeinwohl und Staat

Ganz allgemein gesagt ist das Gemeinwohl als das „Wohl“ eines bestimmten „Gemeinwesens“ zu verstehen. Der Staat im weiteren Sinne ist als das Gemeinwesen zu verstehen, das alle Bürger, Verbände und Gesellschaft umgreift.⁷⁸ So ist das substantielle Wohl des Staates als das Gemeinwohl zu verstehen. Dieses „Wohl“ des Gemeinwesens bezieht sich daher auf das Ganze des Lebens in allen seinen Dimensionen, vor allem auf das „gute Leben“ des Menschen.⁷⁹ Dieses lässt sich zwar nicht abschließend definieren,⁸⁰ aber die Rechtfertigung des

75 Dazu näher, *E.-W. Böckenförde*, Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: *Münkler/Fischer* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, S. 43 ff.; *J. Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, § 71; *ders.*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, S. 265 ff.; *S. Fisch*, Der Wandel des Gemeinwohlverständnisses in der Geschichte, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 43 ff.

76 Vgl. *J. Isensee*, Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), HStR IV, § 71, Rn. 1.; *A. Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 380.

77 Vgl. *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62(2003), S. 266 (273 ff.).

78 Vgl. *J. Isensee*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, S. 265 (270).

79 Dazu näher, *E.-W. Böckenförde*, Gemeinwohlvorstellungen bei Klassikern der Rechts- und Staatsphilosophie, in: *Münkler/Fischer* (Hrsg.), Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht, S. 43 (45 ff.); *J. Isensee*, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, S. 265 (268).

80 Vgl. *J. Isensee*, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (104).

Staates ergibt sich im Grunde aus der des Gemeinwohls. Diese hoch abstrakten Rechtfertigungsgründe für den Staat sollten durch das positive Recht konkretisiert und optimiert werden.⁸¹ Der Staat im engeren Sinne bezieht sich daher auf die sich aus dem Willen des Volks legitimierende Staatsgewalt, die gemeinnützig handeln und eigennützige Tätigkeit der Privaten sichern darf, und damit der Gewährleistung individueller Freiheit und Rechte dienen soll.⁸² Auf dieser Ebene unterscheidet sich der Staat deutlicher von der Gesellschaft.

Es besteht keine Gemeinschaft, die kein ihr gemeinsames *bonum commune* begründet und sich auf daraus abgeleitete gemeinsame Ziele ausrichtet. „Jedes Gemeinwesen hat sein Gemeinwohl.“⁸³ Durch das Gemeinwohl kann der Staat seine Existenz erkennen und seine Rechtfertigung darauf gründen.⁸⁴ Zugleich ist die gemeinnützige Tätigkeit des Staates (im engeren Sinne) zu erklären. Sicher ist, dass der Begriff des Gemeinwohls erforderlich ist.⁸⁵ Der Begriff des Gemeinwohls ist nicht leer oder unbestimmbar, sondern offen zu halten und die Gemeinwohlverwirklichung ist als offene Zielsetzung zu begreifen.⁸⁶ Die Gemeinwohlverwirklichung als offene Zielsetzung bedarf sowohl einer situationsgebundenen Konkretisierung als auch einer Optimierung. Nach den jeweiligen Interessen und den zeitlichen, örtlichen oder kulturellen Umständen ist die Gemeinwohlverwirklichung mit unterschiedlichem Inhalt zu ergänzen.

(2) Gemeinwohlverwirklichung durch den Staat oder durch die Gesellschaft?

Die Debatte um die Akteure der Gemeinwohlverwirklichung nimmt ihren Ausgang beim Staat im engeren Sinne. Es liegt dann auf der Hand, dass staatli-

81 Vgl. *J. Isensee*, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (105).

82 Vgl. *A. Musil*, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 381.

83 *J. Isensee*, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (106).

84 Als eine „materielle Grundlage“ des Staates betrachtet, *C. Gröpl*, Staatsrecht I, Rn. 555b.

85 Vgl. *R. Wahl*, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Verwaltungsorganisation als Steuerungsressource, S. 301 (326).

86 Vgl. *C. Kirchner*, Privates Wettbewerbsrecht und Gemeinwohlverwirklichung, in: *P. Kirchhof* (Hrsg.), Gemeinwohl und Wettbewerb, S. 45 (51).

ches Handeln grundsätzlich die Bemühung zum Ziel des Gemeinwohls ist⁸⁷ und der Staat als das Mittel zur Gemeinwohlverwirklichung anzusehen ist. Sowohl aus der antiken und der modernen Staatsphilosophie als auch aus der Grundidee des *Sozialvertrags* kann man dies schnell herleiten. Die sich daraus ergebenden Elemente des Staates haben zwar die Gemeinwohlverpflichtung des Staates konkretisiert und dadurch die Rolle des Staates in der allgemeinen Auffassung geprägt. Aber diese Rolle des Gemeinwohls und der Gemeinwohlverwirklichung ist je nach Staatsbild - wie Nachtwächterstaat, Wohlfahrtsstaat, Kooperationsstaat oder Umweltstaat - unterschiedlich zu bestimmen.⁸⁸ Trotz aller Wandlungen moderner Staatlichkeit gehört es zu den tradierten und Orientierung vermittelnden Gewissheiten, dass der Staat und die staatliche Verwaltung primär dem Gemeinwohl verpflichtet sind.⁸⁹

Demgegenüber kann die Gesellschaft grundsätzlich als eigennützig gekennzeichnet werden. Aber das „Wohl“, das die Gesellschaft verfolgt, ist nicht immer gleichzusetzen mit dem Eigen- oder Partikularinteresse. Die Gesellschaft bzw. Private können auch der Gemeinwohlverwirklichung dienen.⁹⁰ Gegebenenfalls kann die eigennützige Tätigkeit von Privaten als ein gemeinwohlorientiertes Handeln qualifiziert werden,⁹¹ wenn die private Handlungsrationalität mit der Gemeinwohlverwirklichung kompatibel oder für das Gemeinwohl einsetzbar ist.⁹² Bei der Gemeinwohlverwirklichung hat der Staat daher kein Monopol und keine Allzuständigkeit.⁹³ Die staatliche Gemeinwohlverwirklichung

87 Vgl. *U. Palm*, Die Berücksichtigung von Gemeinwohlbelangen im europäischen Wettbewerbsrecht, in: *P. Kirchhof* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Wettbewerb*, S. 101 (103); *J. Isensee*, *Gemeinwohl im Verfassungsstaat*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), *HStR IV*, § 71, Rn. 1.

88 Vgl. *G. F. Schuppert*, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge*, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*, S. 269 (270); *A. Musil*, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, S. 381 ff.

89 Vgl. *G. F. Schuppert*, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung von Gemeinwohlvorsorge*, in: *von Arnim/Sommermann* (Hrsg.), *Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung*, S. 269.

90 Dazu näher, *W. Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 23 ff.

91 Vgl. *J. Isensee*, *Gemeinwohl im Verfassungsstaat*, in: *ders./Kirchhof* (Hrsg.), *HStR IV*, § 71, Rn. 78 ff.

92 Vgl. *A. Musil*, *Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung*, S. 384.; Konkreter Beispiele, vgl. *W. Weiß*, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, S. 23 ff.; *M. Heise*, *Das Verhältnis von Regulierung und Kartellrecht im Bereich der Netzwirtschaften*, S. 126 ff.

93 Vgl. *K. Stern*, *Staatsrecht*, Bd. II, S. 746.; *M. Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, S. 26 ff.; *G. F. Schuppert*, *Möglichkeiten und Grenzen der Privatisie-*

ist vielmehr als ausschließlich am Gemeinwohl orientiert darzustellen. Der Staat dient nur der Gemeinwohlverwirklichung, aber keinen Eigen- oder Sonderinteressen, die er um seiner selbst willen verfolgen soll.⁹⁴

Diese alternative oder kumulative Möglichkeit zur Gemeinwohlverwirklichung kann auch Konflikte zwischen dem Gemeinwohl und den Eigenbelangen verursachen. Aufgrund der Dichotomie von Staat und Gesellschaft ist die Strategie zum gesellschaftlichen Selbstausgleich und staatlichen Ausgleich zu teilen. Der Staat soll die widerstreitenden Belange gemeinverträglich ausgleichen,⁹⁵ zudem den fairen Prozess des gesellschaftlichen Ausgleichs rechtlich gewährleisten, um den Interaktions- und Aushandlungsprozess multipler Akteure funktionsfähig mitzuwirken.⁹⁶ Vor allem soll der staatliche Ausgleich des Konflikts im modernen Verfassungsstaat durch die demokratisch legitimierten Organe erreicht werden.⁹⁷ Diese staatliche Letztverantwortung für die *salus publica* indiziert die rechtsstaatliche Distanz zum Interessenkampf der Gesellschaft und die innere Souveränität.⁹⁸

(3) Arbeitsteilige Gemeinwohlverwirklichung von Staat und Gesellschaft

Es liegt auf der Hand, dass das Gemeinwohl nicht ausschließlich durch den Staat, sondern auch durch Private verwirklicht werden kann. Im modernen Ver-

regung von Gemeinwohlvorsorge, in: von Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 269 (292).; J. Isensee, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: von Arnim/Sommermann (Hrsg.), a. a. O. S. 95 (106).; ders. Gemeinwohl im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, § 71, Rn. 110.

94 Vgl. A. Musil, Wettbewerb in der staatlichen Verwaltung, S. 382.; auch „Wohl aller Bürger“, BVerfGE 44, 125 (141).

95 Vgl. J. Isensee, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: von Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (106).

96 Vgl. W. Kahl, Die Staatsaufsicht, S. 368 f.

97 Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 7.

98 Vgl. J. Isensee, Konkretisierung des Gemeinwohls in der freiheitlichen Demokratie, in: von Arnim/Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, S. 95 (109).