

Prof. Dr. Wilfried Erbguth*

Privatrechtliches Handeln der Verwaltung und Privatisierung

Abstract

Der Beitrag beschäftigt sich mit dem privatrechtlichen Handeln der Verwaltung und der Privatisierung von Verwaltungsaufgaben. Im ersten Teil geht es um die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in Form des Privatrechts und um die Fiskalverwaltung; dabei werden ausbildungsrelevante Schwerpunkte, wie die Gewährung von Subventionen und der Zugang zu öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, behandelt. In seinem zweiten Teil richtet sich der Beitrag auf die unterschiedlichen Formen der Privatisierung des Staatshandelns.

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht unter besonderer Berücksichtigung des Verwaltungsrechts und geschäftsführender Direktor des Ostseeinstituts für Seerecht, Umweltrecht und Infrastrukturrecht an der Universität Rostock. Es handelt sich um eine fortgeschriebene Fassung des entsprechenden Kapitels aus *Erbguth Allgemeines Verwaltungsrecht* 3. Auflage (2009). Der Beitrag enthält Passagen in Kleindruck sowie längere Fußnoten mit inhaltlichen Kurzinformationen, welche der Vertiefung des Themengebietes dienen sollen. Für die Aufbereitung in Aufsatzform dankt der Verfasser seiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin *Caroline Podehl*.

I. Privatrechtliches Handeln

Die Verwaltung darf sich sowohl öffentlich-rechtlicher Handlungsinstrumente bedienen als auch in privatrechtlichen Formen tätig werden. Angesichts der ihr grundsätzlich eröffneten Wahlfreiheit¹ stellt sich die Frage, ob bzw. inwieweit privatrechtlichem Verwaltungshandeln Grenzen gesetzt sind. Dabei ist das Verwaltungsprivatrecht von der rein fiskalischen Tätigkeit des Staates zu unterscheiden.²

1. Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in Form des Privatrechts: Verwaltungsprivatrecht

Öffentliche Aufgaben können in der Form des Privatrechts wahrgenommen werden – freilich nicht unbegrenzt.³ Wo der Staat auf die ihm zur Verfügung stehenden Zwangsmittel angewiesen ist, wie im Polizei- oder Abgabenrecht, kann er auf die(se) hoheitlichen Befugnisse nicht verzichten.⁴ Die Möglichkeit, in zivilrechtlicher Form zu handeln, entfällt ferner dann, wenn öffentlich-rechtliches Handeln gesetzlich vorgeschrieben ist (z. B. im Schulrecht, bei der Gewährung von Sozialleistungen, im Strafvollzug oder, wenn ausdrücklich durch Verwaltungsakt gehandelt werden muss).

Auch jenseits dessen lässt sich entgegen der h. M. die Erforderlichkeit und Rechtfertigung der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in Zivilrechtsform dem Grunde nach bezweifeln.⁵

a) Wahlfreiheit

Das Wahlrecht kommt der Verwaltung prinzipiell im Bereich der Leistungsverwaltung zu.⁶ Anwendungsfeld ist vornehmlich das Gebiet der Daseinsvorsorge (Verkehrs-, Wasser-, Energieversorgung), ferner die Zulassung zur Benutzung öffentlicher (vor allem kommunaler) Einrichtungen oder die Vergabe von Subventionen. Das Wahlrecht richtet sich auf zweierlei: Zum einen auf die Wahl der Organisationsform; bei einer Entscheidung für eine privatrechtliche, also regelmäßig gesellschaftsrechtliche Organisation liegt zugleich ein Fall der sog. formellen Privatisierung vor.⁷

1 Vgl. *Erbguth* Allgemeines Verwaltungsrecht 3. Auflage (2009), § 25 Rn. 3.

2 Näher zum Nachfolgenden auch *Stober* Privatisierung öffentlicher Aufgaben NJW 2008, 2301; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* Verwaltungsrecht II 7. Auflage (2010), § 92.

3 Privatrechtliche, auftragslose Geschäftsführung eines Verwaltungsträgers für einen ordnungspflichtigen Privaten als zulässiger Anwendungsfall des Verwaltungsprivatrechts, vgl. *Linke* Privatrechtliche Geschäftsführung ohne Auftrag durch die Ordnungsbehörden? DVBl. 2006, 148 (156).

4 Anhand der Staatsaufgabenlehre näher *Wallerath* Allgemeines Verwaltungsrecht 6. Auflage (2009), § 2 Rn. 4 ff., 22.

5 Vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 9 a.E.

6 BVerwGE 92, 56 (61 ff.); vgl. auch *BGH* NJW 1985, 197 (200); krit. *Unruh* Kritik des privatrechtlichen Verwaltungshandelns DÖV 1997, 653; *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 13; eingehend *U. Stelkens* Verwaltungsprivatrecht 2005.

7 Dazu *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 18.

Zum anderen betrifft es die Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses (Handlungsform);⁸ darum geht es hier.⁹

Beispiel: Kommunen können die Wasserversorgung in eigener Regie betreiben (durch einen Eigenbetrieb)¹⁰ oder mit dieser Aufgabe eine ihr gehörende AG oder GmbH betrauen (Eigengesellschaft).¹¹ Im ersten Fall haben die Gemeinden ihr Wahlrecht zugunsten der öffentlich-rechtlichen Organisationsform ausgeübt. Dann steht ihnen ein weiteres Wahlrecht hinsichtlich der Ausgestaltung des Leistungsverhältnisses gegenüber den Bürgern zu. Dieses kann also öffentlich-rechtlicher (wenn etwa eine Benutzungssatzung gilt) oder privatrechtlicher Natur (wenn ein zivilrechtlicher Wasserlieferungsvertrag geschlossen wird) sein. Im Falle der Entscheidung für eine privatrechtliche Organisationsform verbleibt für die Gestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen dem Privatrechtssubjekt und den zu versorgenden Bürgern allerdings nur die Möglichkeit zivilrechtlichen Handelns.¹²

b) Zwei-Stufen-Theorie

Zur Bestimmung der Rechtsnatur von Maßnahmen im Bereich der Leistungsverwaltung, insbesondere bei einem Gemisch aus öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Elementen, kann die Zwei-Stufen-Lehre herangezogen werden.¹³ Sie ist für das Subventionsrecht entwickelt¹⁴ und später auf weitere Rechtsbeziehungen ausgedehnt worden.¹⁵

aa) Gewährung von Subventionen

Bei Subventionen¹⁶ handelt es sich um vermögenswerte Zuwendungen eines Trägers öffentlicher Verwaltung an Privatpersonen^{17, 18}

Diese Leistungssubventionen können unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten sog. Verschönerungssubventionen (etwa Befreiung von Abgaben: Steuervergünstigungen) gleichgesetzt werden.

8 *Maurer* Allgemeines Verwaltungsrecht 17. Auflage (2009), § 3 Rn. 25.

9 Allgemein *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 13 f.

10 Etwa § 68 KV M-V i. V. m. EigVO M-V. Eingehend zur wirtschaftlichen Betätigung von Gemeinden *Pünder/Dittmar* Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden Jura 2005, 760; zu den kommunalrechtlichen, verfassungsrechtlichen und europarechtlichen Grenzen *Frenz* Kommunale wirtschaftliche Betätigung zwischen GO, GG und EG GewArch 2006, 100; umfassend zur Konkretisierung des öffentlichen Zwecks als „Wesensmerkmal“ kommunal-unternehmerischer Betätigung *Scharpf* Die Konkretisierung des öffentlichen Zwecks VerwArch 96 (2005), S. 485.

11 Vgl. u. a. § 69 KV M-V; § 108 GO NRW; Art. 92 GO Bay; § 109 NdsGO.

12 Vgl. die Beispiele bei *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 25.

13 *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 14.

14 Begründet von *Ipsen* Öffentliche Subventionierung Privater 1956, S. 62 ff.

15 Näher anhand des Wirtschaftsverwaltungsrechts *Weissenberger* Die Zweistufentheorie im Wirtschaftsverwaltungsrecht GewArch 2009, 417 und 465.

16 Zu deren verfassungsrechtlichen Seite (Gesetzesvorbehalt/Haushaltsplan) *Erbguth* (Fn. 2), § 8 Rn. 9.

17 Vornehmlich Darlehen, Bürgschaften u. ä., Realförderungen (bspw. Einheimischen-Modell: Vermittlung preisgünstiger Baugrundstücke an Gemeindeeinwohner durch die Kommune); zu den sog. verlorenen Zuschüssen *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 7 a. E.; zu alldem *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 6 ff.

18 Ausführlich zum Subventionsrecht *Gusy* Subventionsrecht JA 1991, 286 und 327.

Im europäischen Beihilferecht¹⁹ wird ein solcher weiter Subventionsbegriff verfolgt.²⁰ Nach innerdeutschem Recht stellen sich indes unterschiedliche rechtliche Anforderungen an beide Subventionsarten²¹; insbesondere passt die nachfolgend behandelte Zwei-Stufen-Theorie nur auf den Ablauf der Leistungssubventionierung.

Die Zwei-Stufen-Theorie knüpft daran an, dass sich die Vergabe von derartigen Subventionen regelmäßig in zwei Verfahrensabschnitte einteilen lässt: In einem Ersten wird entschieden, ob eine Subvention gewährt wird (wer eine Leistung erhält); der Zweite betrifft die Frage der Abwicklung des Subventionsverhältnisses (Auszahlung, Zinsen, Rückzahlungsmodalitäten), mithin dessen „Wie“. Während die Entscheidung der Behörde über das „Ob“ der Subvention öffentlich-rechtlichen Charakter trägt (und i. d. R. im Erlass eines Zuwendungs- oder Bewilligungsbescheids besteht),²² ist die Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses grundsätzlich privatrechtlicher Art; vielfach wird ein Darlehens- oder Bürgschaftsvertrag (§§ 488, 765 BGB) zwischen dem Bürger und der Behörde oder einer von ihr beauftragten Privatbank abgeschlossen.²³ Für Streitigkeiten im Zusammenhang mit Subventionen können deshalb – je nachdem, welcher Bereich Gegenstand des Streites ist – entweder die Verwaltungsgerichte oder die Zivilgerichte zuständig sein.

In der Literatur stoßen die Zwei-Stufen-Theorie und die ihr zugrunde liegende Aufspaltung eines einheitlichen Vorganges in zwei Rechtsverhältnisse auf Kritik. Die aus der Differenzierung resultierende Zweispurigkeit des Rechtsweges (Verwaltungsgerichte/Zivilgerichte) widerspreche dem Grundsatz der Prozessökonomie.²⁴ Ferner beruhe die Annahme einer Zweistufigkeit subventionsrechtlicher Beziehungen oft nur auf einer Fiktion, weil die privatrechtlichen Darlehensbedingungen vielfach bereits im öffentlich-rechtlichen Bewilligungsbescheid enthalten seien.²⁵ Die Aufspaltung ziehe darüber hinaus zum Teil erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten nach sich. Selbst die Rspr. komme hinsichtlich der Rechtsnatur der konkreten Ansprüche aus zweistufigen Rechtsverhältnissen zu unterschiedlichen Ergebnissen, etwa bei Zinsänderungen und Rückzahlungsansprüchen, die teils privatrechtlich,²⁶ teils öffentlich-rechtlich²⁷ beurteilt würden. Schließlich sei keineswegs abschließend geklärt, ob der Bewilligungsbescheid Wirksamkeitsvoraussetzung für den Darlehens-

19 Dazu am Beispiel der Rücknahme entsprechender Leistungsbescheide *Erbguth* (Fn. 2), § 16 Rn. 34 ff.

20 *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 4, 35.

21 *Ebd.*, § 17 Rn. 4, 35; *Erbguth* (Fn. 2), § 17 Rn. 4.

22 Damit wird Grundrechtsschutz (insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG) und gerichtliche Kontrolle sichergestellt, *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 13.

23 Die Anwendbarkeit der Zwei-Stufen-Theorie wird auch bei sog. verdeckten Subventionierungen bzw. Realförderungen angenommen, wenn z. B. ein gemeindeeigenes Grundstück zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis zwecks Förderung von kinderreichen oder einkommensschwachen Familien veräußert wird, vgl. *OVG Münster* NJW 2001, 698.

24 *Sendler* Subvention in der höchstrichterlichen Rechtsprechung WiVerw 1976, 2 (22).

25 Vgl. *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 14.

26 BGHZ 40, 206; BVerwGE 41, 127.

27 BVerwGE 13, 47.

vertrag ist.²⁸ Als Lösung wird vorgeschlagen, die Vergabe von Subventionen einem einstufigen Rechtsverhältnis zuzuordnen, wofür verschiedene Handlungsformen bereitstünden: Ein Verwaltungsakt, der mit Bedingungen oder Auflagen hinsichtlich der Geldleistung ein Dauerrechtsverhältnis begründet, ein öffentlich-rechtlicher oder ein privatrechtlicher Vertrag.²⁹

Dem ist zuzugeben, dass Subventionsgewährungen in der Praxis tatsächlich nicht selten einstufig ausgestaltet sind. Zweistufigkeit liegt jedenfalls dann vor, wenn die Gewährung der Leistung unter Einschaltung eines privaten Dritten (einer Bank) erfolgt, der die einzelnen Konditionen der Darlehensgewährung mit dem Bürger aushandelt. Zunächst entscheidet die Behörde über die Bewilligung (1. Stufe, „ob“). Mit dem privaten Dritten wird sodann (auf der 2. Stufe, „wie“) ein zivilrechtlicher (Darlehens-)Vertrag abgeschlossen. Auch Bürgschaften des Staates, durch die sich eine Behörde mittels Verwaltungsaktes gegenüber dem Subventionsempfänger bereit erklärt, für dessen Verpflichtungen als Bürge einzustehen, und daraufhin mit dem Gläubiger des Subventionsempfängers einen entsprechenden privatrechtlichen Vertrag schließt, setzen sich aus zwei Stufen zusammen, die unterschiedlichen Rechtsgebieten zugehören.³⁰

Angesichts der Möglichkeit, dass die Behörde bei der Gewährung von Leistungen einstufig oder zweistufig verfahren kann (von deren Zulässigkeit auch § 48 Abs. 2 S. 1 VwVfG ausgeht), ist jeweils sorgfältig zu prüfen, ob die Verwaltung eine einstufige Ausgestaltung gewählt hat oder ob die Rechtsbeziehung zweistufig ist. Ist Letzteres zu bejahen, kann für die Zuordnung der sich daraus ergebenden konkreten Rechtsbeziehungen zum öffentlichen oder privaten Recht auf die Zwei-Stufen-Theorie zurückgegriffen werden.

Ein einstufiges Rechtsverhältnis ist immer bei sog. verlorenen Zuschüssen anzunehmen. Dabei handelt es sich um nicht zurückzahlende Subventionen (etwa Förderprämien des Staats im kulturellen Bereich). Derartige Subventionsverhältnisse sind gänzlich öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Die Subvention wird durch Verwaltungsakt bewilligt und daraufhin ausbezahlt. Dabei handelt es sich nicht um einen zweistufigen Entscheidungsprozess; die Auszahlung ist keine zweite Stufe, sondern die Erfüllung der Bewilligung.³¹

28 Dafür, aber zugleich mit Hinweisen auf denkbare andersartige Sichtweisen *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 19.

29 Vgl. etwa *Menger* Zu den Handlungsformen bei der Vergabe von Subventionen *VerwArch* 69 (1978), S. 93; dazu auch *Detterbeck* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht 8. Auflage (2010), Rn. 914 f. Die Abgrenzung zwischen privatrechtlichem und öffentlich-rechtlichem Vertrag wird danach vorgenommen, was die Behörde wollte, vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 21 Rn. 8; im Ergebnis für Verwaltungsakt bei breiter gestreuten Subventionen und für Verwaltungsvertrag bei komplexe(re)n Sachverhalten *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 27.

30 Gilt auch für sog. Hermes-Bürgschaften der Bundesrepublik (Ausfuhrbürgschaften zugunsten deutscher exportierender Unternehmen), *BGH ZIP* 1996, 2124 (2125).

31 Subventionen in Form verllorener Zuschüsse sind auch dann einstufig öffentlich-rechtlich geregelt, wenn die Auszahlung durch ein Kreditinstitut bewirkt wird, hierzu *BGH NVwZ* 1985, 517; an die Stelle des Bewilligungsbescheids kann allerdings ein Verwaltungsvertrag treten, *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 29.

bb) Zugang zu kommunalen öffentlichen Einrichtungen

Um den Zugang zu und die Benutzung von kommunalen Einrichtungen geht es ebenfalls häufig in zwei Verfahrensstufen. Kommunale öffentliche Einrichtungen werden von Gemeinden im öffentlichen Interesse errichtet (sowie unterhalten) und durch Widmung ihren Einwohnern zugänglich gemacht.³² Dazu gehören Schwimmbäder, Museen, Theater, Bibliotheken. Wie bei der Vergabe von Subventionen lassen sich für Streitigkeiten um die Benutzung solcher öffentlicher Einrichtungen zwei Ebenen unterscheiden: Auf erster Stufe geht es um die Entscheidung, ob eine Benutzung gewährt wird. Die(se) Frage, ob überhaupt ein Zulassungsanspruch zu einer öffentlichen Einrichtung besteht, ist stets öffentlich-rechtlicher Natur. So bestimmt sich denn auch der Zugang zu kommunalen Einrichtungen³³ nach den Vorschriften der Gemeindeordnungen (bspw. § 14 Abs. 2 KV M-V)^{34, 35}. Die zweite Stufe betrifft hingegen Streitigkeiten über das Benutzungsverhältnis, das „Wie“ der Benutzung (z. B. Dauer, Entgelt für die Benutzung). Hier steht der Gemeinde ein Wahlrecht zu; sie kann das Benutzungsverhältnis privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ausgestalten. Maßgeblich ist also der Wille der Verwaltung. Anhaltspunkte für eine öffentlich-rechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses sind die Geltung einer Satzung als Benutzungsordnung und das Erheben von Benutzungsgebühren. Ein privatrechtliches Benutzungsverhältnis ist dagegen anzunehmen, wenn ein zivilrechtlicher Vertrag über die Nutzung abgeschlossen wird, allgemeine Benutzungsbedingungen (AGB) gelten und ein privatrechtliches Nutzungsentgelt erhoben wird.³⁶

Im Übrigen gilt: Das Postbenutzungsverhältnis ordnet sich seit der Poststrukturreform³⁷ bürgerlich-rechtlich ein³⁸; Abweichendes gilt nur, wenn die Post im Rahmen förmlicher Zustellung tätig wird, § 33 PostG. Durchweg privatrechtlich stellt sich das Bahnbenutzungsverhältnis dar (zivilrechtlicher Beförderungsvertrag mit der Deutschen Bahn AG)^{39, 40}.

32 Dazu *Erbguth* (Fn. 2), § 29 Rn. 1.

33 Zum Anspruch von Parteien gegen eine Gemeinde auf Überlassung von Räumlichkeiten für die Durchführung von Parteiveranstaltungen BVerwGE 32, 333; *VGH München* BayVBl. 1993, 567; *VGH Kassel* NJW 1993, 2331. Zu Entscheidungs- und Gestaltungsspielräumen der Gemeinde im Rahmen des Zulassungsanspruchs auf Benutzung öffentlicher Einrichtungen vgl. *Fügemann* Der Anspruch zur Benutzung öffentlicher Einrichtungen – Entscheidungs- und Gestaltungsspielräume der Gemeinde SächsVBl. 2005, 57.

34 Vgl. auch Art. 21 Abs. 1 GO Bay; § 8 Abs. 2 GO NRW; § 22 Abs. 1 NdsGO.

35 Ein gegen die Gemeinde zu richtender Anspruch auf Zugang zu einer öffentlichen Einrichtung besteht auch dann, wenn diese privatrechtlich betrieben wird. Dann wandelt sich der kommunalrechtliche Zulassungsanspruch in einen Verschaffungsanspruch; die Gemeinde muss den Zugang zur kommunalen Einrichtung durch Einwirkung auf das von ihr beherrschte Unternehmen verschaffen, vgl. *Hendler* Allgemeines Verwaltungsrecht 3. Auflage (2001), Rn. 501. Eine Klage gegen die juristische Person des Privatrechts wäre dagegen grundsätzlich privatrechtlicher Art und vor den Zivilgerichten zu erheben, *BVerwG* NJW 1990, 134; *BVerwG* NJW 1991, 59; allgemein *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 14.

36 *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 3.

37 Poststrukturgesetz v. 8.6.1989 (BGBl. I S. 1026); Postneuordnungsgesetz v. 14.9.1994 (BGBl. I S. 2325).

38 *BGH* NJW 1995, 875.

39 BVerwGE 64, 202 (205).

40 Zum Vorstehenden *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 40.

c) Geltung der Grundrechte

Zu beachten bleibt, dass sich die Verwaltung bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die Wahl privatrechtlicher Rechtsformen nicht bestehenden öffentlich-rechtlichen Bindungen entziehen darf. Eine „Flucht ins Privatrecht“ ist unzulässig. Deshalb finden die Grundrechte in vollem Umfang Anwendung;⁴¹ im Vordergrund steht dabei das Willkürverbot des Art. 3 Abs. 1 GG.⁴² Darüber hinaus gelten substanzielle Grundsätze des Verwaltungsrechts (insbesondere das Verhältnismäßigkeitsprinzip).⁴³ Diese Überlagerung des Privatrechts durch das öffentliche Recht wird Verwaltungsprivatrecht genannt;⁴⁴ der rechtsdogmatischen Konstruktion nach ähnelt sie dem Dualismus des öffentlichen Sachenrechts.⁴⁵

Der nicht unkomplizierten Konstruktion wird mit Berechtigung entgegengehalten, es bedürfe der Überprüfung, ob ein Handeln in (Verwaltungs-)Privatrechtsform überhaupt erforderlich ist oder gerechtfertigt werden kann; denn zivilrechtliche Vorschriften können auch im Rahmen öffentlich-rechtlich verbleibender Aufgabenerfüllung analog herangezogen werden.⁴⁶

2. Fiskalverwaltung

Kennzeichnendes Element der Fiskalverwaltung ist, dass die Verwaltung in diesem Bereich nicht unmittelbar öffentliche Aufgaben erfüllt, sondern sich erst die dafür erforderlichen Gegenstände, Finanzmittel und Dienstleistungen beschafft, also nur mittelbar zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben tätig wird.⁴⁷

a) Geschäfte zur Bedarfsdeckung/fiskalische Hilfsgeschäfte (Staat als Kunde)

Die Beschaffung der für die Verwaltung erforderlichen Sachgüter wie Büromaterial, Fahrzeuge oder Grundstücke einerseits sowie des Personals andererseits (Ausnahme: Beamte) erfolgt durch privatrechtliche Verträge (Kaufvertrag, Mietvertrag, Anstellungsvertrag).⁴⁸ Derartige Rechtsgeschäfte werden auch als fiskalische Hilfsgeschäfte

41 Aus neuerer Rspr. *BGH DVBl.* 2003, 942.

42 Die Freiheitsrechte erweisen sich regelmäßig als weniger relevant, weil im privatrechtlichen Verhältnis von Seiten der Verwaltung nicht einseitig befehlend vorgegangen werden kann, *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 28; anders sieht es aus, wenn Marktmacht ausgespielt wird, vgl. dazu *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 15.

43 *LG Braunschweig NJW* 1974, 800. Für die Geltung grundlegender Prinzipien der öffentlichen Finanzwirtschaft *BGHZ* 91, 84 (96 f.); der staatlichen Kompetenzordnung *BVerfGE* 12, 206; des Verbots sachwidriger Koppelung von Leistungen der Verwaltung mit Gegenleistungen des Bürgers *BVerwGE* 92, 56 (65).

44 Ausführlich zum Verwaltungsprivatrecht *Unruh* (Fn. 7), S. 653.

45 Vgl. dazu *Erbguth* (Fn. 2), § 26 Rn. 6 f.

46 *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 46.

47 *Hendler* (Fn. 36), Rn. 493; auch *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 13; die Abgrenzung zum Verwaltungsprivatrecht schwimmt zunehmend, vgl. *Knauff* Vertragsschließende Verwaltung und verfassungsrechtliche Rechtsschutzgarantie *NVwZ* 2007, 546 (546).

48 *Bull/Mehde* Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsrechtslehre 8. Auflage (2009), Rn. 31.

bezeichnet. Die Verwaltung tritt wie ein Kunde und damit wie ein Privater auf; dem Staat stehen in diesem Bereich keine Hoheitsbefugnisse zu. Die sich aus den Verträgen ergebenden Streitigkeiten sind vor den Zivilgerichten zu klären.

Fraglich ist, ob die Verwaltung bei fiskalischem Handeln rechtliche Bindungen (insbesondere an die Grundrechte), denen sie bei ihrer öffentlich-rechtlichen Tätigkeit und im Bereich des Verwaltungsprivatrechts unterworfen ist, beachten muss. Mit dem Argument, fiskalische Hilfsgeschäfte dienen nur mittelbar der Erledigung von Verwaltungsaufgaben, findet sich eine unmittelbare Bindung an die Grundrechte abgelehnt.⁴⁹ In Betracht komme lediglich die für das Zivilrecht geltende mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, also eine solche auf die Auslegung und Anwendung von bürgerlich-rechtlichen Generalklauseln u. ä. (wie § 242 BGB).⁵⁰

Dabei bleibt schon übersehen, dass der Vergabe öffentlicher Aufträge in einem modernen Industriestaat ein besonderer Steuerungsmechanismus gegenüber der Wirtschaft zukommt; das erweist schon das diesbezügliche Gesamtvolumen von circa 250 Milliarden Euro pro Jahr.⁵¹ Um sachwidrige Ungleichbehandlungen zu vermeiden, muss deshalb gerade bei der Auftragsvergabe Art. 3 Abs. 1 GG unmittelbar Anwendung finden.⁵² Demzufolge liegt ein Verstoß gegen das hierin verankerte Gleichbehandlungsgebot vor, wenn ein Beamter das benötigte Büromaterial nicht mehr beim bisherigen Händler bestellt, weil er eine andere politische Ansicht vertritt. Weitergehend spricht sich die Literatur unter zutreffendem Hinweis auf Art. 1 Abs. 3 GG, der die vollziehende Gewalt unabhängig davon, ob sie privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich tätig wird, an die Grundrechte bindet, ganz überwiegend für eine unmittelbare Geltung der Grundrechte aus.⁵³

Exkurs

Besonderen materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Anforderungen unterliegen solche öffentlichen Aufträge, die einen bestimmten (finanziellen) Schwellenwert überschreiten⁵⁴ und damit im Gefolge europarechtlicher Vorgaben u. a. dem Anwendungsbereich des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen⁵⁵ und der Vergabeverordnung⁵⁶ (vgl. § 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV) unterfallen. Die Grundsätze, nach denen die Auswahl zu erfolgen hat, richten sich auf Wettbe-

49 BGHZ 36, 91 (95).

50 Vgl. BVerfGE 7, 198 (205 f.); 73, 261 (269).

51 Maurer (Fn. 9), § 3 Rn. 21.

52 BGH NJW 1977, 628 (630).

53 Cremer Gewinnstreben als öffentliche Unternehmen legitimierender Zweck: Die Antwort des Grundgesetzes DÖV 2003, 921 (923 f).

54 Etwa Bauaufträge: über 5 Mio. Euro, Lieferungen und Dienstleistungen: über 200.000 Euro; etwa *Thieme/Correll* Deutsches Vergaberecht zwischen nationaler Tradition und europäischer Integration DVBl. 1999, 884.

55 Die Aufnahme von Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge (§§ 97 ff. GWB) beruht auf europarechtlichen Vorgaben.

56 Aufgrund der in §§ 7 Abs. 6, 127 GWB enthaltenen Ermächtigung erlassene Verordnung.

werbsfreiheit und sind in § 97 GWB geregelt. Maßgebliche Auswahlkriterien bilden insbesondere Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit der Bewerber und die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots, § 97 Abs. 4 und 5 GWB.⁵⁷ Die Auswahl eines Bieters erfolgt durch Zuschlag, § 97 Abs. 5 GWB. Der über die Durchführung des öffentlichen Auftrags abzuschließende Vertrag zwischen der Behörde und dem Privaten kommt durch den Zugang der Zuschlagsentscheidung beim erfolgreichen Bieter zustande. Die Vergabeentscheidung unterliegt der Nachprüfung durch Vergabekammern, § 102 GWB, bei denen es sich um Verwaltungsbehörden und nicht um Gerichte handelt. Gegen Entscheidungen der Vergabekammern, die in Form eines Verwaltungsaktes (§ 114 Abs. 1 S. 1 GWB) ergehen, kann sofortige Beschwerde zum Oberlandesgericht erhoben werden, § 116 GWB. Der (zivil)gerichtliche Rechtsschutz nach §§ 116 ff. GWB betrifft sowohl den primären Rechtsschutz, also etwa auf Feststellung der Unwirksamkeit einer Zuschlagserteilung, als auch denjenigen sekundärer Art, nämlich auf Schadensersatz wegen Verstoßes gegen die Vergabegrundsätze. Bei der sog. „unterschwellig“ Vergabe öffentlicher Aufträge wird, weil das GWB nicht anwendbar ist, teilweise für den Rechtsweg anhand einer Zweistufentheorie⁵⁸ unterschieden:⁵⁹ Richtet sich der Streit auf die Zuschlagserteilung als solche, soll wegen haushalts- und vergaberechtlicher Bindungen des Staates⁶⁰ der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein, bei Auseinandersetzungen über den abgeschlossenen Vertrag hingegen der Zivilrechtsweg. Dem wird mit Recht entgegengehalten, dass der Staat im Vergabebereich trotz öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen als Nachfrager im privaten Wirtschaftsmarkt auftritt, nicht aber in seiner hoheitlichen Funktion.⁶¹ Deshalb ist auch in Vergabestreitigkeiten unterhalb der Schwellenwerte allein der Zivilrechtsweg als eröffnet anzusehen.⁶² Nicht zuletzt diese Auseinandersetzung verdeut-

57 Zur Zulässigkeit bzw. Integration sog. Sekundärzwecke im Sinne allgemeiner politischer Lenkungsziele *Raasch* Die Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument des Verwaltungshandelns JA 2009, 199 (204).

58 Dazu allgemein *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 4 ff.

59 So teilweise die oberverwaltungsgerichtliche Rspr., etwa *OVG Koblenz* DVBl. 2005, 988; zu dieser Sicht *Eblers* in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner VwGO 20. Lief., § 40 Rn. 278, 282, 296 f. m. w. N.; auch *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 23: jedenfalls bei gewichtigen Vergaben mit Auswahlentscheidung.

60 Diese folgen im unterschweligen Bereich aus dem (allgemeinen) Haushaltsrecht (etwa § 55 BHO) und speziellen Anforderungen der Verdingungsverordnungen (VOB: Bedingungsverordnung für Bauleistungen/VOF: für freiberufliche Leistungen/VOL: für sonstige Leistungen); zu Verdingungsverordnungen als privatrechtliche Normierungen von Sachverständigen und deren Übernahme als Verwaltungsvorschriften *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 32; BVerfGE 116, 135 (153 f.).

61 *Detterbeck* (Fn. 30), Rn. 922, unter Hinweis auf BVerfGE 116, 135 (149 f.); dem lassen sich allerdings die bei der „unterschweligen“ Vergabe im Vordergrund stehenden haushaltsrechtlichen Prinzipien der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit entgegensetzen, dazu *Maurer* (Fn. 9), § 17 Rn. 32.

62 *BVerwG* DVBl. 2007, 969; eingrenzend *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 23: bei Alltagsgeschäften des Vergabebereichs; zur regelmäßigen Reduzierung auf Schadensersatzansprüche und damit auf Sekundärrechtsschutz vgl. *ders.* (Fn. 9), § 17 Rn. 34; BVerfGE 116, 135 (153 ff.).

licht, dass eine abgestimmte gesetzliche Regelung des Vergaberechts insgesamt vonnöten ist.⁶³

b) Erwerbswirtschaftliche Geschäfte (Staat als Unternehmer)

Darüber hinaus beteiligt sich der Staat mit eigenen unternehmerischen Tätigkeiten oder über Handelsgesellschaften (insbesondere Aktiengesellschaften), die ganz oder teilweise in staatlicher Hand sind, am Wirtschaftsleben.⁶⁴ Beispiele bilden Sparkassen und Industriebetriebe (Anteilseignerschaft des Landes Niedersachsen an der Volkswagen AG). In diesen Fällen erwerbswirtschaftlicher Betätigung handelt der Staat wie ein privater Unternehmer nach wirtschaftlichen Grundsätzen. Er unterliegt deshalb der Zivilrechtsordnung.

Gleichwohl ist die erwerbswirtschaftliche Betätigung angesichts ihrer staatlichen Trägerschaft nicht unbeschränkt zulässig. Auf gesetzlicher Ebene stellen die jeweiligen Gemeindeordnungen (Selbst-)Verwaltungszwecke als Grenzen der wirtschaftlichen Betätigung von Kommunen auf;⁶⁵ die Rspr. verfährt freilich bei der Annahme solcher öffentlichen Zwecke recht großzügig.⁶⁶ Eine entsprechende, wenn auch zurückhaltendere Rückbindung gilt nach dem Haushaltsrecht für Bund und Länder.⁶⁷

Fraglich bleibt, ob auch die Grundrechte gegenüber staatlichen oder staatlich beeinflussten Unternehmen Anwendung finden. Zwar schützen Art. 12 und 14 GG nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand; sie sollen vielmehr einen freien Wettbewerb gewährleisten. Die Grenze freier wirtschaftlicher Betätigung durch die Verwaltung wird aber dort gezogen, wo sie ihre Machtstellung missbraucht, etwa weil ihr eine Monopolstellung zukommt oder ein von ihr ausgehender Verdrängungswettbewerb stattfindet.⁶⁸ Im Übrigen lehnt wohl noch überwiegende Auffassung eine unmittelbare Verpflichtung auf die Grundrechte ab; diese sollen nur über die Rechtsfigur der Drittwirkung von Grundrechten⁶⁹ mittelbar Einfluss erlangen können.⁷⁰ Dem steht besagte Bindung an öffentliche, nämlich Verwaltungszwecke entgegen,

63 *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 23.

64 Zur wirtschaftlichen Betätigung kommunaler Unternehmen *Schink* Wirtschaftliche Betätigung kommunaler Unternehmen NVwZ 2002, 129. Sofern sich nicht sämtliche Anteile des Unternehmens in öffentlicher Hand befinden, spricht man von sog. gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen; auch *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 23.

65 Z. B. §§ 68, 69 KV M-V; § 102 Abs. 1 GO BW.

66 BVerwGE 39, 329; *BVerwG* DÖV 1978, 851; bereits *OVG Münster* NVwZ 1986, 1045.

67 Vgl. etwa § 65 BHO sowie die Regelungen der Landeshaushaltsordnungen: „wichtiges Interesse“ des Bundes bzw. des jeweiligen Landes.

68 BVerfGE 21, 245 (248); *Cremer* (Fn. 54), S. 921; dazu auch *Erbguth/Schlacke* Zur gemeindefirtschaftlichen Zulässigkeit kommunaler Wirtschaftsförderung in Nordrhein-Westfalen NWVBl. 2002, 258; zur Einschlägigkeit der Grundrechtspositionen – Gleichheitsrecht und Freiheitsrechte – in den hier fraglichen Bereichen vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 9 m. w. N.

69 Vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 12.

70 *Hendler* (Fn. 36), Rn. 491.

die das erwerbswirtschaftliche Handeln des Staates in die Nähe des Verwaltungsprivatrechts⁷¹ rückt.⁷²

c) Verwaltung von Vermögensgegenständen (Staat als Eigentümer)

Der Staat ist ferner Eigentümer von Vermögensgegenständen.⁷³ Die Verwaltung bzw. Nutzung dieser Gegenstände erfolgt privatrechtlich; ein Beispiel bildet die Vermietung von Werbeflächen auf Außenwänden von Bussen, die einer Gemeinde gehören. Zur Bindung an die Grundrechte im Rahmen der Verwaltung von Vermögensgegenständen gilt das zu den erwerbswirtschaftlichen Geschäften Dargestellte entsprechend.

II. Privatisierung

Entscheidet sich der Staat, die Erfüllung von (öffentlichen) Aufgaben (ganz oder teilweise) auf Private zu übertragen, spricht man von Privatisierung.⁷⁴ Die Gründe für derartige Privatisierungen sind vielfältig. Angesichts knapper Kassen können damit die öffentlichen Haushalte entlastet werden. Privatisierung führt ferner zur Entbürokratisierung und zu einer Stärkung der Eigenverantwortung von Wirtschaft und Bürgern. Effektivitätsgesichtspunkte sprechen dafür, dass sich die Verwaltung privaten Sachverstand zu Nutze macht; denn nicht selten kann die jeweilige Aufgabe von Privaten besser, schneller und wirtschaftlicher ausgeführt werden. Privatisierung kommt in verschiedenen Erscheinungsformen vor; eine allgemeingültige Definition fehlt bislang.⁷⁵ Anerkannt ist, dass ein generelles Privatisierungsverbot nicht besteht.⁷⁶ Nur soweit eine Aufgabe ausschließlich durch die öffentliche Verwaltung zu erfüllen ist, ergibt sich Abweichendes.⁷⁷

71 Vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 9.

72 Deutlich(er) *Maurer* (Fn. 9), § 3 Rn. 24: Bereich des Verwaltungsprivatrechts; auch *ders.*, § 3 Rn. 28.

73 Andere Zuordnung (erwerbswirtschaftliche Betätigung) bei *Detterbeck* (Fn. 30), Rn. 908.

74 Zur Privatisierung der öffentlichen Verwaltung näher *Dreier* Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung DÖV 2002, 537; *Gersdorf* Einspeisung öffentlich-rechtlicher Rundfunkprogramme in die Kabelnetze JZ 2008, 831; *Peine* Grenzen der Privatisierung – Verwaltungsrechtliche Aspekte DÖV 1997, 353; *Schoch* Privatisierung von Verwaltungsaufgaben DVBl. 1994, 962; *Mayen* Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, 110; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (Fn. 3), § 89 Rn. 10 ff., § 94; zur Privatisierung auf kommunaler Ebene *Burgi* Kommunales Privatisierungsfolgenrecht NVwZ 2001, 601.

75 Vgl. die Aufzählung bei *Wolff/Bachof/Stober* Verwaltungsrecht III 5. Auflage (2004), Vor § 90 Rn. 11 ff.

76 *Sproll* Allgemeines Verwaltungsrecht I 1997, § 2 Rn. 88.

77 Es gelten im Wesentlichen die bereits unter dem Punkt „Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben in Form des Privatrechts: Verwaltungsprivatrecht“ aufgeführten Grundsätze.

1. Formelle Privatisierung

Die oben⁷⁸ beschriebene Konstellation der Ausführung von Verwaltungsaufgaben durch Privatpersonen stellt sich als formelle oder Organisationsprivatisierung dar. Hier bedient sich die Verwaltung organisationsrechtlich zivilrechtlicher Formen.⁷⁹ Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben wird juristischen Personen des Privatrechts übertragen, deren Anteile/Beteiligungen ganz in öffentlicher Hand verbleiben (Eigengesellschaften) oder zumindest überwiegend (gemischt-wirtschaftliche Unternehmen).⁸⁰ Viele Kommunen betreiben seit längerem und inzwischen verstärkt diese Art der Privatisierung zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben, insbesondere aus dem Bereich der Daseinsvorsorge (Stadtwerke AG, Straßenbahn GmbH).⁸¹

Eine besondere Form der formellen Privatisierung ist die Beleihung.⁸² Im Unterschied zu den vorgenannten Privatisierungsformen handeln beliehene Privatrechtssubjekte nicht privatrechtlich, sondern nehmen hoheitliche Befugnisse in Anspruch und werden damit öffentlich-rechtlich tätig.⁸³

2. Funktionelle Privatisierung

Bei der funktionellen oder funktionalen Privatisierung wird der Vollzug, d. h. die Durchführung einer Aufgabe, auf ein Privatrechtssubjekt übertragen, an dem die Verwaltung nicht beteiligt ist. Sie behält aber die Verantwortung für die Aufgabenerledigung und übt i. d. R. Aufsicht über die private Stelle aus.⁸⁴ Erfüllungsverantwortung.⁸⁵ Typische Form dieser Art der Privatisierung stellt die Verwaltungshilfe dar. Verwaltungshelfer sind Hilfsorgane der Verwaltung, die bei der Erledigung von Verwaltungsaufgaben Unterstützung leisten (etwa § 4b BauGB).⁸⁶ Möglich ist auch die Einschaltung eines selbstständigen Unternehmers.⁸⁷ So bedienen sich z. B. Polizeibehörden im Rahmen des ihnen obliegenden Vollzugs des Straßenverkehrs- und Ordnungsrechts privater Abschleppunternehmer.⁸⁸ Hier verbleibt die Aufgabenverantwortung ebenfalls bei der Behörde. Trotz Einschaltens des Privaten wird sie dem Bürger gegenüber öffentlich-rechtlich tätig.

78 Vorstehend unter dem Punkt „Wahlfreiheit“.

79 *Battis* Allgemeines Verwaltungsrecht 3. Auflage (2002), S. 58.

80 *Maurer* (Fn. 9), § 23 Rn. 61.

81 Vgl. auch *Erbguth* (Fn. 2), Fall 7; Beispiele bei § 25 Rn. 3 und bei *Detterbeck* (Fn. 30), Rn. 89.

82 *Burgi* in *Erichsen/Ehlers* Allgemeines Verwaltungsrecht 13. Auflage (2006), § 54 Rn. 11 ff.; *Schoch* Rechtliche Steuerung der Privatisierung staatlicher Aufgaben *Jura* 2008, 672 (677); allgemein zur Beleihung *Erbguth* (Fn. 2), § 6 Rn. 22.

83 Vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 6 Rn. 22.

84 Vgl. *Bull/Mehde* (Fn. 49), Rn. 368; *Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht 6. Auflage (2009), Rn. 274; *P. Stelkens/H. Schmitz* in *Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG* 7. Aufl., § 1 Rn. 134.

85 Etwa *Wallerath* (Fn. 5), § 2 Rn. 19.

86 *Erbguth* (Fn. 2), § 6 Rn. 22.

87 Allgemein dazu *Erbguth* (Fn. 2), § 6 Rn. 23.

88 Vgl. *Ebd.*, § 6 Rn. 23.

3. Materielle Privatisierung

Schließlich kann die Wahrnehmung von Aufgaben, die bislang der Verwaltung oblagen, gänzlich auf Private verlagert werden, an denen der Staat nicht oder nicht mehrheitlich beteiligt ist. Dann spricht man von materieller oder Aufgabenprivatisierung,⁸⁹ die zu einer Verringerung des Aufgabenbestandes der Verwaltung führt. Dies kann aber nur solche Aufgaben betreffen, zu deren Erfüllung der Staat nicht verpflichtet ist.⁹⁰ Dem Staat obliegen zwingend – und damit einer materiellen Privatisierung entzogen – Aufgaben, die Ausfluss des staatlichen Gewaltmonopols sind, d. h. Maßnahmen der klassisch hoheitlichen Eingriffsverwaltung.⁹¹ Im Gegensatz dazu ist die sog. Daseinsvorsorge grundsätzlich einer materiellen Privatisierung zugänglich.⁹² Mit der Ausgliederung aus den Verwaltungsaufgaben entfällt auch die Bindung an Grundrechte; es liegt kein Verwaltungsprivatrecht vor. Vielfach verbleiben beim Staat – trotz der Entscheidung für materielle Privatisierung – Aufsichts- und Gewährleistungspflichten; ihn trifft eine Gewährleistungsverantwortung⁹³ dahingehend, das Gemeinwohl unter veränderten Rahmenbedingungen zu verwirklichen.⁹⁴

Das wird vom Bundesverwaltungsgericht insbesondere im kommunalen Bereich bei der Privatisierung (freiwilliger) Selbstverwaltungsaufgaben mit kulturellem, sozialem und traditionsbildendem lokalen Hintergrund (Weihnachtsmarkt) eingefordert: Grundlegende Entscheidungsbefugnisse müssen sich die Gemeinden bewahren.⁹⁵

Bekanntes Beispiel für eine Aufgabenprivatisierung bildet die Post.⁹⁶ Die ehemals zur bundeseigenen Verwaltung gehörende und damit in öffentlich-rechtlicher Form betriebene Bundespost wurde privatisiert und in Aktiengesellschaften umgewandelt – Post AG, Postbank AG und Telekom AG. Verfassungsrechtlich war dies durch eine Änderung des Grundgesetzes mit Einführung von Art. 87f und Art. 143b GG abge-

89 Vertieft *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth* (Fn. 3), § 94.

90 *Ipsen* (Fn. 85), Rn. 276. Zu Grenzen der Privatisierung *Mayen* (Fn. 75), S. 110 ff.; *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 2.

91 Zur Eingriffsverwaltung *Erbguth* (Fn. 2), § 5 Rn. 13.

92 *Mayen* (Fn. 75), S. 110, 112; allgemein im Sinne gestufter staatlicher Verantwortung *Wallerath* (Fn. 5), § 2 Rn. 17 ff.

93 Etwa *Wallerath* (Fn. 5), § 2 Rn. 19.

94 Näher *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 25 f.; zum kommunalen Privatisierungsfolgenrecht *Burgi* (Fn. 75), S. 601.

95 *BVerwG NVwZ* 2009, 1305; krit. *Schoch* Das gemeindliche Selbstverwaltungsrecht gemäß Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Privatisierungsverbot? DVBl. 2009, 1533 (1534); *Waldhoff* Gemeindliche Aufgabenverantwortung aus Art. 28 II 1 GG JuS 2010, 375 (376); auch *Kabl/Weißberger* Die Privatisierung kommunaler öffentlicher Einrichtungen Jura 2009, 194; anders mit bedenkenswerten Gründen *Katz* Verantwortlichkeiten und Grenzen bei „Privatisierung“ kommunaler Aufgaben NVwZ 2010, 405.

96 Einen weiteren Fall der Aufgabenprivatisierung stellt die Privatisierung der Bundesbahn dar (Art. 87e, 143a GG; zum diesbezüglichen Stand der Marktöffnung *Gersdorf* Marktöffnung im Eisenbahnverkehr ZHR 168 (2004), S. 576; zur Flugsicherung insoweit näher *Droege* Bundeseigenverwaltung durch Private? – Die Reform der Flugsicherung und die Verfassungsgrenzen der Privatisierung DÖV 2006, 861; Beispiele bei *Detterbeck* (Fn. 30), Rn. 898.

deckt.⁹⁷ Die Kapitalmehrheit der Unternehmen stand zunächst dem Bund zu. Somit fand im ersten Schritt eine formelle bzw. Organisationsprivatisierung statt. Zwischenzeitlich besitzt der Bund nicht mehr die Anteilsmehrheit an den Unternehmen, so dass nunmehr eine materielle, nämlich Aufgabenprivatisierung vorliegt.⁹⁸ Indes hat sich der Staat nicht ganz aus der Aufgabenerfüllung zurückgezogen. Hoheitsaufgaben, die insbesondere der Aufsicht und Gewährleistung von Post- und Telekommunikationsdiensten dienen, verbleiben in bundeseigener Verwaltung. Sie werden von der Bundesnetzagentur, einer der unmittelbaren Bundesverwaltung zugehörigen Bundesoberbehörde, wahrgenommen, vgl. Art. 87f Abs. 2 S. 2 GG.⁹⁹

4. Vermögensprivatisierung

Von Vermögensprivatisierung spricht man schließlich, wenn der Staat seine erwerbswirtschaftlichen Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen (Aktien, GmbH-Anteile aus formeller Privatisierung) oder Grundstücke an private Rechtsträger veräußert.¹⁰⁰ Wichtige Beispiele für Vermögensprivatisierungen des Bundes bilden die Veräußerungen der Industriekonzerne VEBA, VIAG oder Volkswagen.

5. Public-Private-Partnership

In der Praxis werden die zuvor dargestellten Privatisierungsmodelle mitunter variiert und miteinander vermischt. Folge solcher Mischformen ist, dass Kooperationen zwischen öffentlicher Hand und Privaten entstehen, die unter dem Oberbegriff Public-Private-Partnership zusammengefasst werden.¹⁰¹ Dazu gehören gemischt-wirtschaft-

97 Einzelheiten sind im Gesetz zur Neuordnung des Postwesens und der Telekommunikation (PTNeuOG v. 14.9.1994 BGBl. I S. 2325) geregelt.

98 Für die Post AG war bis zum 1.1.2000 aufgrund von Art. 143b Abs. 2 GG nur eine eingeschränkte Aufgabenprivatisierung möglich. Bei der Postbank AG bestand gem. § 3 Abs. 2 Postumwandlungsgesetz (PostumwG v. 14.9.1994, BGBl. I S. 2325) eine befristete Verpflichtung für den Bund, eine Sperrminorität zu halten, die inzwischen weggefallen ist (Art. 1 Erstes Gesetz zur Änderung des Postumwandlungsgesetzes v. 18.1.2002, BGBl. I S. 416). Bei der Telekom bestehen keine gesetzlichen Beschränkungen für die Veräußerung der Unternehmensanteile.

99 Vgl. dazu *Windthorst* in *Sachs GG* 5. Aufl., Art. 87f Rn. 29 ff.; *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 24.

100 *Maurer* (Fn. 9), § 23 Rn. 64.

101 Näher und differenzierend zu den Möglichkeiten und Grenzen von Public-Private-Partnership *Fisahn/Viotto* Privatisierung und Public-Private-Partnership *KritV* 2008, 265; *Tettinger* Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht *NWVBl.* 2005, 1; *Mann* Bewältigung komplexer Verwaltungsaufgaben mit Hilfe der Public-Private Partnerships in *FS für Püttner*, 2006, S. 109; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (Fn. 3), § 93; zur vergaberechtlichen Problematik *Storr* Public-Public-Partnerships *LKV* 2005, 521; vgl. auch *BGH NVwZ-RR* 2007, 47: Sittenwidrigkeit diesbezüglich Verträge, wenn „offenkundig Gemeindevermögen verschleudert und der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit der Haushaltsführung in besonders großem Maße“ verletzt wird; dazu *Roth* Sittenwidrigkeit von PPP-Verträgen? *NVwZ* 2007, 301.

liche Unternehmen im kommunalen Sektor, an denen Kommunen und Private beteiligt sind (etwa Entsorgungs-GmbH).¹⁰²

6. Regulierung

Der Staat trägt im Bereich der formellen und funktionellen Privatisierung entweder per definitionem oder von Gesetzes wegen die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit des Handelns derjenigen Privaten, derer er sich zur Aufgabenerfüllung bedient. Abweichendes gilt für die materielle Privatisierung; hier trifft ihn eine Gewährleistungsverantwortung¹⁰³ hinsichtlich der nunmehr Privaten obliegenden (nach wie vor öffentlichen)¹⁰⁴ Aufgaben.¹⁰⁵

So hat sich vornehmlich im Zusammenhang mit besagter Privatisierung materieller Art¹⁰⁶ als Kehrseite des staatlichen Rückzugs die Notwendigkeit der Regulierung ergeben, um den Wettbewerb sicherzustellen und die Unterversorgung bestimmter Gebiete sowie (Preis-)Absprachen zu verhindern. Dergestalt wird Regulierung allgemein als hoheitliche Regelung der Voraussetzungen für Wirtschaftstätigkeit in bestimmten Sektoren verstanden.¹⁰⁷ Für die Netzwirtschaft (Post, Telekommunikation, Bahn, Energieunternehmen) ist zu diesem Zweck 2005 die Bundesnetzagentur geschaffen worden,¹⁰⁸ deren Handeln jedenfalls außerhalb des energiewirtschaftlichen Bereichs (EnWG)¹⁰⁹ verwaltungsrechtlich geprägt ist.¹¹⁰ Letzteres zeigt sich u. a. daran, dass die Agentur durch ihre Beschlusskammern Verwaltungsakte¹¹¹ i. S. v. Regulierungsverfügungen erlässt, und zwar über den Netzzugang für Netzbetreiber bzw. Antragsteller, ferner in Form der Genehmigung von (Zugangs-)Entgelten, der Vergabe von Frequenzen, schließlich über Sanktionen. Dementsprechend wird Rechtsschutz über den Weg zu den Verwaltungsgerichten¹¹² gewährleistet.

102 Zur weiteren Typisierung von Public-Private-Partnership *Wolff/Bachof/Stober* (Fn. 76), § 92 Rn. 1 ff.; auch *Schoch* (Fn. 83), S. 677.

103 Dazu *Schoch* Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft? NVwZ 2008, 241 ff.; zu Grenzen und Regelungsbedarf im Rahmen der Privatisierung *Gersdorf* (Fn. 75), 831 ff.; *Sellmann* Privatisierung mit oder ohne gesetzliche Ermächtigung NVwZ 2008, 817 ff.; *G. Kirchhof* Rechtsfolgen der Privatisierung AÖR 132 (2007), S. 215 ff.; *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 20.

104 *Burgi* in *Isensee/Kirchhof HStR* IV 3. Aufl. (2007), § 75 Rn. 2.

105 Dazu und zum Nachfolgenden näher *Wolff/Bachof/Stober/Kluth* (Fn. 3), § 95.

106 Vgl. *Erbguth* (Fn. 2), § 25 Rn. 20 f.

107 Dazu etwa *v. Danwitz* Was ist eigentlich Regulierung? DÖV 2004, 977; auf verfassungsrechtlicher Ebene etwa Art. 87e Abs. 4, 87f Abs. 1 GG.

108 Insbesondere durch das Gesetz über die Bundesnetzagentur v. 7.7.2005 (BGBl. I S. 1970).

109 Der eine wettbewerbsrechtliche und damit stark zivilrechtliche Orientierung aufweist, vgl. nachfolgende Fn.

110 Dazu *Frenzel* Das Regulierungsverwaltungsrecht als öffentliches Recht der Netzwirtschaften JA 2008, 868 (870, 871) auch zum Nachfolgenden.

111 Allgemein zu den begrifflichen Voraussetzungen *Erbguth* (Fn. 2), § 12, zu den Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen § 14.

112 Zum gerichtlichen Rechtsschutz allgemein *Ebd.*, § 19a, § 21.

Die grundlegende rechtliche Problematik rührt aus der teilweise oder vollständig (Bahn) fortbestehenden staatlichen Anteilseignerschaft in den Unternehmen. Das macht einerseits die verfassungsrechtlich gebotene demokratische Legitimation der Bundesnetzagentur anfällig für politische Einflussnahmen und stellt auf der anderen Seite die Grundrechtsberechtigung und damit auch den (Geschäfts-)Geheimnisschutz der privatisierten Unternehmen potentiell in Frage. In seiner näheren Ausprägung und Entwicklung handelt es sich bei dem Regulierungsverwaltungsrecht um ein Referenzgebiet des (öffentlichen) Wirtschaftsrechts.¹¹³

113 Vgl. *Frenzel* (Fn. 111), S. 874.