

**Claudio Franzius**

## **Gewährleistungsrecht als Erscheinungsform des Verwaltungsrechts**

*Europäische Union; Gewährleistungsrecht; Öffentliche Dienstleistungen; Privatisierung; Staat und Recht; Vergabe- und Beihilfenrecht*

*Neben die eingriffs- und die leistungsbezogene Schicht des Verwaltungsrechts schiebt sich die neue Dimension des Gewährleistungsrechts. Öffentliches Gewährleistungsrecht thematisiert die Herausforderungen durch fortschreitende Marktliberalisierungen, kann aber nicht einfach auf die Idee eines steuerungsmächtigen Staates zurückbezogen werden. Die Ergänzung des ordnungsrechtlichen Eingriffs- und des wohlfahrtstaatlichen Leistungsregimes hat vielmehr einer Steuerungsnaivität vorzubeugen, die vom Staat der Zukunft mehr erwartet als das Recht der Gegenwart leisten kann.*

### **I. Gewährleistung**

Gewährleistungsrecht soll vorliegend als ein Begriff verstanden werden, der maßgebliche Veränderungen im Verwaltungsrecht bündelt. Er greift die Einsicht in die Unzulänglichkeiten auf, die jüngeren Entwicklungen des Verwaltungsrechts in der Dichotomie von Eingriffs- und Leistungsverwaltung angemessen zu beschreiben.<sup>1</sup> Das ist nicht neu. Schon das in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts entstandene Planungsrecht sprengte den Rahmen, in den das klassische Verwaltungsrecht Otto Mayers gestellt war. Relativ neu ist aber, dass es einen einheitlichen Fokus auch in normativer Hinsicht nicht zu geben scheint.<sup>2</sup> Das bleibt undeutlich, wenn mit dem vielerorts apostrophierten, aber dogmatisch nicht klein gearbeiteten Wechsel von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung des Staates auf ein verstärktes Vertrauen in die selbstregulativen Kräfte der Gesellschaft (Hoffmann-Riem 2005, S. 90) verwiesen wird, das sich – im Ergebnis zutreffend – nicht in einem Aufgabenverzicht, sondern in veränderten Modi der Aufgabenwahrnehmung niederschlägt.<sup>3</sup>

Dennoch ist ein kaum zu unterschätzender Vorteil des Gewährleistungsparadigmas darin zu sehen, den breiten Privatisierungsstrom der jüngeren Zeit (Kirchhof 2007, S. 215) in eine Ordnung zu bringen.<sup>4</sup> Prinzipiell jede Aufgabe erscheint danach privatisierungsfäh-

1 Begrifflichkeit: Schoch 2007, S. 207. Gewährleistungsrecht ist nicht deckungsgleich mit Regulierungsrecht, vgl. in Abgrenzung zu Masing 2003, S. 5 ff. Franzius 2008, §§ 6 ff.

2 Weiterführend der Frankfurter Exzellenzcluster „Die Herausbildung normativer Ordnungen“.

3 Den Versuch einer Klassifizierung unternimmt Schulze-Fielitz 2006, § 12 Rdn. 51 ff., 64 ff., 91 ff.; weiter Voßkuhle 2003, S. 304 ff. Insbesondere wird nicht immer hinreichend deutlich, dass das wie der Aufgabenerfüllung auf das ob der Aufgabenerfüllung zurückwirken kann.

4 Ein knapper zeitgeschichtlicher Abriss bei Wahl 2006, S. 76 ff. mit einer Einordnung der verwaltungsrechtlichen Reformdiskussion.

hig, solange und soweit eine hinreichende Gewährleistungsstruktur für die gesellschaftliche Problemlösung bereitgestellt ist.<sup>5</sup> Privatisierung löse die Gewährleistungsverantwortung in allen Funktionsbereichen hoheitlichen Handelns aus und lasse sich nicht auf die Rechtsanwendung beschränken, sondern erfasse auch die Rechtssetzung und Rechtsprechung (Burgi 2006, § 75 Rdn. 9, 30 f., 35 f., 42). Begrifflich werden darunter die Veränderungen in den Fachgesetzen gebündelt und das Augenmerk auf neue Rechtsgebiete wie das Regulierungsrecht, aber auch das Vergabe- und Beihilfenrecht zur Steuerung privater Leistungserbringung gelenkt.<sup>6</sup> Konzeptionell geht es darum, die Privatisierungsformen nicht länger von den Grenzen (statt vieler Di Fabio 1999) aus zu betrachten, sondern in der Ermöglichung und Strukturierung von Freiheitschancen unter der Verantwortung des Staates für die Folgen (Franzius 2006, § 4 Rdn. 67 ff.).

Damit erhält das neue Leitbild des Gewährleistungsstaates eine Politik anleitende Funktion, die Maßstab und Grenze im Recht findet. Insbesondere jener Bereich wird erfasst, der weder als formelle Privatisierung noch als materielle Privatisierung ausgestaltet ist, sondern in der Form funktionaler Privatisierung zum Kern der Gewährleistungsverwaltung<sup>7</sup> avanciert. Hier ist der komplexe Zwischenbereich<sup>8</sup> zu verarbeiten, der über die Organisationsprivatisierung hinausweist, aber keine vollständige Aufgabenprivatisierung (Zweifel am Begriff: Vesting 2000, S. 119; Kämmerer 2001, S. 29 ff.) sein darf. Insoweit kommt dem Leitbild eine innovative Funktion zu, die zwei Fragen schärft: Zum einen, inwieweit sich die Verwaltung in einem bestimmten Aufgabenfeld auf die Formulierung von Zielvorgaben beschränken kann, um Problemlösungen durch detaillierte Mittelvorgaben nicht zu versperren. Das hängt zum anderen davon ab, wie die hoheitlichen Ingerenzrechte in den Governance-Strukturen auszuformen sind, um eine gemeinwohlverträgliche Aufgabenerfüllung insgesamt zu gewährleisten.<sup>9</sup>

## II. Recht als Bastelei?

Recht als Bastelei zu begreifen, ist natürlich eine Provokation. Aber hat die Anlehnung an den französischen Juristen und Ethnologen Claude Lévi-Strauss<sup>10</sup> nicht einen Grund? In dem Maße, wie die Steuerungsperspektive des Rechts auf Kritik trifft, erscheint uns Recht als Ausdruck eines Systems, das sich dem Zugriff des Allgemeinen (ein letzter Versuch: Schmidt-Aßmann 2004) entzieht und an ein Bastelwerk – *bricolage* – erinnert.

5 Zum Bereitstellungsauftrag des Rechts Schuppert 1993, S. 96 ff.; Franzius 2006a, S. 353 ff.

6 In wesentlichen Punkten wie hier Schoch 2008 und rechtsvergleichend Krajewski 2008.

7 Begriff und Konzept Proeller/Schedler 2005. Schulze-Fielitz 2006, § 12 Rdn. 19 definiert die Gewährleistungsverwaltung als die Organisation von Märkten mit den Handlungsformen des Verwaltungsrechts.

8 Als weiterführend haben sich die grundsätzlichen Beiträge von Trute 1999, S. 13 und Voßkuhle 1999, S. 47 erwiesen, wenngleich die Zuordnung der verfassungsrechtlichen Infrastrukturaufträge zu den Privatisierungsformen für die grundrechtliche Bewältigung streitig geblieben ist. Vielfach kommt es auf die Frage der staatlichen oder privaten Trägerschaft nicht an, so etwa bei „trägerneutralen“ Netzzugangspflichten.

9 Das hebt auch Knauff 2004, S. 66 f. hervor, sieht jedoch eine Zurückverwandlung des Staates zum eingreifenden Staat. Das bleibt in der Allgemeinheit ebenso ideologieverdächtig wie die These, der Gewährleistungsstaat erhalte den Wohlfahrtsstaat in neuer Form.

10 Zur Wissenschaft als Bastelei Lévi-Strauss 1968, S. 29 ff. Zur hier bewusst nicht übernommenen Trennung von Recht und Rechtswissenschaft jüngst wieder Jestaedt 2006.

Es gibt keinen göttlichen Plan, nach dem Recht in eine Ordnung zu bringen wäre. Der liberale Rationalismus der Vernunft läuft immer wieder auf und der Ausweg über den Hinweis auf den Pluralismus<sup>11</sup> kann viel, aber nicht alles erklären.

## 1. Staat und Recht

Welche Antworten sind darauf möglich? Ist das Herzstück des Gewährleistungsstaates die Zuweisung einer Gewährleistungsverantwortung, dann kann man das Regime des Gewährleistungsrechts als Lückenbüßer dort zur Entfaltung bringen, wo die herkömmlichen Zuordnungen nicht richtig greifen, also jenseits von Beleihung und Verwaltungshilfe für die Aufgabenprivatisierung reservieren. Dem entspricht die Beschränkung der Gewährleistungsverwaltung auf marktexterne Ziele, der ein Regulierungsregime zur Förderung eines funktionsfähigen Wettbewerbs zur Seite gestellt ist (Röhl 2006, S. 832 f. und zur Rezeption in England Giddens 2003). Vorzugswürdig erscheint demgegenüber eine übergreifende Betrachtung, wonach Gewährleistung unterschiedliche Formen annehmen kann. Diese beschränken sich nicht auf die Regulierung von Marktkräften, erfassen vielmehr auch die Kooperation mit privaten Kräften unter neuen Aufsichtsformen ebenso wie Einwirkungsrechte und -pflichten unter der verbleibenden Erfüllungsverantwortung des Staates. Der Wechsel vom Erfüllungsregime zum Gewährleistungsregime ist fließend, etwa wenn im Zuge der „Kapitalprivatisierung“ eines Bundesunternehmens die Einwirkungsrechte verändert werden, um im Wege der Beleihung nach Maßgabe eines europäischen Zertifizierungssystems die Zusammenarbeit mit anderen Behörden zu ermöglichen.<sup>12</sup>

Jedenfalls wird im apostrophierten Wechsel von der staatlichen Selbstentscheidung zum Erfordernis staatlicher Verantwortung für gemeinwohlverträgliche Entscheidungen nicht-staatlicher Akteure (Schuppert 2001, S. 238 f.) die Mehrdimensionalität der Matrix deutlich, die sich kaum in Beschreibungsangeboten einer zentralen Instanz erschöpfen kann, soll juristischer Gewinn damit verbunden sein. Das Gewährleistungsparadigma beschränkt sich nicht auf die Trennung von Verantwortungsbereichen mit dem Ziel der Freisetzung privater Handlungsrationalität, sondern strebt darüber eine Verschränkung für ihre Nutzbarmachung zugunsten der öffentlichen Aufgabenerfüllung an. Dies kann sehr weit gehen, etwa im Fall der Beleihung privater Akteure mit hoheitlichen Aufgabebefugnissen, womit diese „an die Sphäre des Staates“ herangeführt werden.<sup>13</sup> Weniger gut in dogmatische Formen übersetzen lassen sich die europarechtlich determinierten

11 Zur pluralistischen Staatsrechtswissenschaft Schulze-Fielitz 2007, S. 30 f., 35 f. Größere Konfliktbereitschaft in der Politik fordert Mouffe 2007.

12 So der Gesetzesbeschluss zur Neuregelung der Flugsicherung vom 7. Mai 2006, BR-Drs. 274/06. Der Bundespräsident sah darin einen Verstoß gegen Art. 87d Abs. 1 GG und verweigerte die Ausfertigung, vgl. BT-Drs. 16/3262. Zum Ausgestaltungsbedarf hoheitlicher Ingerenzrechte Schoch 2006, S. 22 ff., 47 ff.; anders Droewe 2006.

13 Plastisch BremStGH, NVwZ 2003, 81 (83), wonach der Beliehene als Verwaltungsbehörde im funktionalen Sinne der Verwaltung im organisatorischen Sinne nicht eingegliedert, jedoch angegliedert ist. Die Renaissance der Rechtsfigur ist beachtlich, zum dogmatischen Anpassungsbedarf Schmidt am Busch 2007.

Strukturentscheidungen, etwa der benannten Stellen im Produktsicherheitsrecht (Merten 2005, S. 121 ff.; Röhl 2000, S. 23 ff.). Vor allem in den Gestaltungsoptionen regulierter Selbstregulierung (jüngst Thoma 2008) kommt es zu neuen Verschränkungen zwischen öffentlichem und privatem Sektor, die weder mit dem Bild des kooperativen Staates<sup>14</sup> noch mit dem Schlagwort des „privaten Staates“<sup>15</sup> hinreichend beschrieben sind.

Was Bilder vom Staat bezwecken sollen, ist ungeachtet ihrer hohen Suggestionskraft – man denke nur an den Frontispiz des hobbeschen Leviathan – unklar. Begrenzten Gewinn liefern analytische Entsprechungen, die vom Gewährleistungsstaat auf ein Gewährleistungsrecht schließen, untergründig aber den Primat des Politischen in der Sphäre des Rechts zu sichern versuchen. Theoretisch sollte man um Unterscheidungen bemüht sein und normativ die hoheitlichen Stellen zugewiesene Ergebnisverantwortung (Schoch 2008, S. 245) nicht als Erfüllungsverantwortung, sondern als Gewährleistungsverantwortung ausweisen. Wo sie besteht, kann nicht ohne Grund zurückgeschaltet werden.<sup>16</sup>

Weil das so ist, kommt der Staat seiner Gewährleistungsverantwortung vorrangig durch Rechtsetzung nach (Gusy 1998, S. 191; Voßkuhle 2003, S. 327): Die Gewährleistungsverantwortung ist eine Bereitstellungsverantwortung für die Statuierung von Regeln, für die jedoch der Staat kein Monopol beanspruchen kann.<sup>17</sup> Die Rechtserzeugung ist horizontal pluralisiert und wird – nicht nur in Randbezirken (Fischer-Lescano/Teubner 2006; zur Entstaatlichung und Pluralisierung der Normproduktion Schuppert 2005, S. 393) – vertikal entstaatlicht, mag hinter transnationalen Erosionsprozessen auch die Staatenwelt hervorluchen.<sup>18</sup> In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass der Gesetzgeber seiner Rechtsetzungsverantwortung nicht allein durch materielle Programmierung nachkommt. Gewährleistungsrecht akzentuiert das Verfahrensrecht als Richtigkeitsgaranten der Entscheidung und rückt das Verwaltungsorganisationsrecht als Governance-Ressource in den Vordergrund (Lobel 2004, S. 342; Schuppert 2006, § 16 Rdn. 20 ff.). Darüber wird die Normproduktion einer strukturellen Steuerung unterworfen, was in legitimatorischer Hinsicht indes nur überzeugen kann, wenn man keinen linearen Nachvollzug aller Details von der politischen Spitze fordert und eine Pluralität legitimationsstiftender Faktoren anzuerkennen bereit ist (Hoffmann-Riem 2005, S. 105 f.; i. S. einer strukturellen Europäisierung Röhl 2006a, S. 1078 f. und Franzius 2008, § 5).

---

14 Grundlegend Ritter 1979. Im Vergleich zum kooperativen Staat zeichnet sich der Gewährleistungsstaat durch eine größere Distanz gegenüber den Leistungserbringern aus.

15 Der Spiegel 34/2006, S. 40 ff. mit einer Schilderung der Übertragung einer britischen Kommunalverwaltung auf ein Tochterunternehmen der Bertelsmann AG im Rahmen einer öffentlich-privaten Partnerschaft; ausf. Immenga/Lübben/Schwintowski 2007.

16 Das ist nicht im Sinne eines Verbots, sondern im Sinne einer Rechtfertigungslast gemeint, die in der verwaltungswissenschaftlichen Literatur als Auffangverantwortung des Staates bezeichnet wird. Darauf ist noch zurückzukommen (unten IV.).

17 Das ist nicht neu, wird im Gewährleistungsstaat aber aus der rechtsstaatlichen Grauzone geholt: Müller 2001, S. 234 f. und entdramatisierend Möllers 2008, S. 217 f.

18 Siehe etwa Ladeur/Viellechner 2008 und zum transnationalen Verwaltungsrecht Fischer-Lescano 2008. Eingeschränkten Nutzen der Governance-Perspektive sieht Möllers 2008a.

## 2. Strukturgewährleistungsrecht

Aber vielleicht müssen wir noch weiter gehen und den Primat des Politischen in Frage stellen. Es wäre allerdings ein Missverständnis, dem eine stabile Rationalität des Rechts gegenüberstellen zu wollen. Recht und Politik sind zu unterscheiden ohne voneinander getrennt werden zu können, müssen aber wechselseitig die funktionale Autonomie des jeweils anderen wahren. Es geht um Zonen der Autonomie, worüber Bastelein des Rechts in kein System zu pressen sind. Was unter dem Vernunftideal der Moderne noch möglich war, erscheint heute vergeblich. Politisch gesetztes Recht folgt keiner tieferen Logik, sondern ist zu einem guten Teil eben Flickwerk und erhält seine Legitimation durch die Struktur in der Differenz zur Politik<sup>19</sup> und Moral.<sup>20</sup>

Im Kern mag sich der Gewährleistungsstaat in der Bereitstellung eines Strukturgewährleistungsrechts (Franzius 2001, S. 512) realisieren. Aber erst die Umkehrung der Perspektive führt uns weiter. Strukturgewährleistungsrecht wirft die Frage nach dem Koordinationsmodus auf, der anzugeben vermag, wodurch der Gewährleistungsverantwortung des Staates in der Verwirklichung der verfassungsrechtlichen Vorgaben nähere Konturen verliehen werden. Folke Schuppert hat diesen Modus in einer begrifflichen Abgrenzung zu Hierarchie und Kooperation als Struktursteuerung ausgemacht (Schuppert 2004, S. 287; ähnlich Schulze-Fielitz 2006, § 12 Rdn. 52). Um den Gefahren des Korporatismus vorzubeugen, müsse es um die Koordination der Gemeinwohlbeiträge von staatlichen und nicht-staatlichen Akteuren unter der Wahrung der jeweiligen Eigenrationalität gehen. Der Staat könne die Erfüllung bestimmter Aufgaben privaten Akteuren überlassen, bleibe aber für die Funktionsfähigkeit dieser Art der Problemlösung verantwortlich. Deshalb liege es nahe, die staatliche Gewährleistungsverantwortung als eine private Kräfte einbeziehende Steuerungsverantwortung des Staates zu begreifen, die auf die Bereitstellung von bestimmten, insbesondere rechtlichen Strukturen für die Leistungserbringung durch gesellschaftliche Kräfte gerichtet ist. Es geht dann nicht um die detaillierte Vorgabe der Mittel, sondern um den Zuschnitt der Programmierungsformen, die in ihrem Zusammenspiel<sup>21</sup> die Ziele der Freiheits- und Sicherheitsgewährleistung verwirklichen. Wirkungen entfaltet Gewährleistungsrecht in Regelungsstrukturen (Franzius 2005, S. 60). Die dogmatische Ausformung bereitet indes nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Das gilt auch dann, wenn man sich von den traditionellen, aber mit Ausnahme der Beleihung schon in grundsätzlichen Fragen umstrittenen Kategorien der verwaltungsrechtlichen Beteiligungsdogmatik (näher Burgi 1999; Weisel 2003) löst und anerkennt, dass moderne Verwaltung nicht länger in der Dichotomie von Ordnungs- oder Leistungsverwaltung beschrieben werden kann, sondern für eine Reihe von Aufgaben als Gewährleistungsverwaltung auf die Überdetermination privater Gemeinwohlbeiträge umgestellt wird

19 Zum Erhalt der Leidenschaft in der Politik Mouffe 2007, S. 40 f. Für ein expressives Verständnis von Demokratie auch Möllers 2008c, S. 28 f.

20 Zur Moralisierung des Rechts Volkmann 2008. Kein Widerstand bei Voßkuhle 2006a.

21 Die Überbetonung des materiellen Rechts ist Legion. Aber umgekehrt machen Organisations- und Verfahrensrecht inhaltliche Vorgaben nicht entbehrlich. Umkämpft ist das Verhältnis zueinander, das sich nicht auf die Frage nach „hartem“ oder „weichem“ Recht beschränken lässt. Hier hat vor allem das Umweltrecht für eine differenzierte Perspektive gesorgt: Kloepfer 2004, § 5.

(Trute 1999, S. 21 f.; Voßkuhle 2003, S. 307 ff.; abl. Heintzen 2003, S. 364 f.). Es ist kein Zufall, dass hier mit „großen“ Worten gearbeitet wird, geht es doch um nicht weniger als die Neuausrichtung der Verwaltungsrechtswissenschaft, vergleichbar mit den Ursprüngen der rechtsschutzfixierten Begrenzung und seiner Fortentwicklung der bewirkungsorientierten Ermöglichung hoheitlicher Aufgabenerfüllung. Die überkommene Dogmatik – so lässt sich auch formulieren – tritt in eine produktive Spannung zur Praxis, die ihrerseits einen Bedarf nach theoretischer Reflektion der Prämissen überkommener Einteilungen erkennen lässt. Weite Teile der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft (Voßkuhle 2006) sind von dem Bemühen getragen, den Steuerungsauftrag des Rechts unter den Bedingungen des Gewährleistungsstaates zu reformulieren. Dabei wird ein unscharfes Verhältnis zur Politik in Kauf genommen (Wahl 2006, S. 91 f.) und der Traum juristischer Rechtserzeugung (Jestaedt 2006, S. 57 ff.) weitergeträumt.<sup>22</sup>

Konkret: Um den verfassungsrechtlichen Rahmen für die Übernahme von Gewährleistungsverantwortung abzustecken, wird man der Beobachtung kaum widersprechen können, dass die grundgesetzlichen Strukturprinzipien auf das politische Ziel einer neuen Verantwortungsteilung nicht eingestellt sind, sie deshalb aber kaum verbieten. Phänomene, die sich dem verfassungsrechtlichen Zugriff entziehen, sind aus diesem Grund aber nicht unproblematisch. Nicht, weil die Verfassung auf jede Rechtsfrage eine Antwort haben muss. Die Antwort kann in der Überweisung an den Gesetzgeber liegen, der sich „sachverständig“ beraten lassen mag (Voßkuhle 2005, § 43 Rdn. 54 ff.). Vielmehr liegt das Problem darin, dass die Rechtspositionen häufig unklar bleiben, nicht immer Maßstäbe für die Pflichtenstellung privater Akteure verfügbar sind und das Öffentliche zwischen Staat und Gesellschaft schwimmt.<sup>23</sup>

Erschwert wird die Absteckung eines hinreichend sicheren Rahmens durch das Unionsverfassungsrecht, das vielfach einer anderen Grenzlogik folgt, jedenfalls nicht immer die überkommenen Grenzziehungen des nationalen Rechts übernimmt. Auch sind mit Blick auf das Europarecht aufgabenbezogene Polarisierungen zu hinterfragen. So wenig Daseinsvorsorge und Wettbewerb sich ausschließen, können Sicherheit und Wettbewerb in einen unversöhnlichen Widerspruch gestellt werden. Widersprüchlich kann es vielmehr sein, eine Vermischung von Aufsicht und Leistung hinzunehmen und dadurch europarechtliche Trennungsgebote zu unterlaufen. Diese sind keiner neoliberalen Logik geschuldet, sondern zielen auf eine Verbesserung der Qualität von Sicherheitsanforderungen in einem transnationalen Verwaltungsraum, der eine Vernetzung der Behörden nicht nur für Wettbewerbsziele, sondern auch für europäische Sicherheitsanliegen erfordert (Schöndorf-Haubold 2007). Insoweit kann die Internalisierung öffentlicher Zwecke in unternehmerische Zielsetzungen die Qualität der Leistungserbringung erhöhen. Der Vor-

22 Demgegenüber hätten bescheidenere Ansätze auf die Entwicklung eines neuen Kollisionsrechts abzustellen, das die territoriale Logik staatlichen Rechts um die funktionale Differenz von Recht und Politik ergänzt: Franzius 2008a.

23 Statt vieler Di Fabio 1997, S. 235 mit dem Topos der Abbürdung von Verantwortung. Pöcker/Michel 2006, S. 449 sehen eine Überschreibung der durch die Grenze der juristischen Person markierten Trennung „öffentlicher“ und „privater“ Organisiertheit durch eine Binnenökonomisierung der Verwaltung. Der Preis, der mit der prinzipiellen Eröffnung des europarechtlich sanktionierten Kartellvergaberechts zu zahlen ist, wird als sehr hoch eingeschätzt: Pietzcker 2007, S. 1230 f.

behalt des Gesetzes mag deshalb in seiner formellen Ausrichtung um die Dimension der Qualitätsgewährleistung (im Anschluss an Scherzberg 2004, S. 257; Hoffmann-Riem 2005a, S. 45 ff.; krit. Reimer 2006, § 9 Rdn. 54) für ein abgestuftes und vernetzungsfähiges Aufsichtsregime zu ergänzen sein. Allerdings ist der Verzicht auf unmittelbar kontrollierte Eigengesellschaften folgenreich. Er begründet die prinzipielle Verpflichtung zur Ausschreibung der vertraglichen Festsetzung von Dienstleistungspflichten.<sup>24</sup> Will man den Anforderungen des Vergaberechts (Ziekow 2006, S. 585) entgegen, ist zur Erfüllung des grundfreiheitlichen Transparenzgebotes<sup>25</sup> nicht Widerstand oder Resignation, sondern Kreativität gefragt.<sup>26</sup>

Hier besteht ein wichtiger Anknüpfungspunkt von Gewährleistungsrecht. Der Staat reagiert nicht nur auf den Wettbewerb im Markt, sondern will auch den Wettbewerb um den Markt<sup>27</sup> einrichten. Er beschränkt sich nicht auf die Regulierung von Märkten, sondern vergibt Marktchancen unter Knappheitsbedingungen, die ein faires und gerechtes Verteilungsverfahren erfordern (Voßkuhle 2002, S. 306 ff.). Das hat Konsequenzen. So ist das Vergaberecht nicht mehr haushaltsrechtliches Innenrecht, das sich auf technische Beschaffungsvorgänge erstreckt, sondern bildet den rechtlichen Rahmen für die Realisierung politischer Steuerungsziele. Insoweit erfasst die gewährleistungsrechtliche Ordnung vor allem die Auswahl des vertraglich mit einer Dienstleistung zu betrauenden Akteurs. Zwar wird man hier ohne Typisierungen nicht auskommen können. Aber die vergaberechtlichen Schwellenwerte erweisen sich als grobe Einteilung, die über wirtschaftliche Schicksale entscheiden und den faktischen Ausschluss des Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich<sup>28</sup> problematisch erscheinen lässt. Ob das auf Dauer hingenommen werden kann, ist unter dem Leitbild des Gewährleistungsstaates als einer europatauglich zu entfaltenden Kategorie zweifelhaft (krit. auch Frenz 2007).

Mag dem gehetzten Staat auch prospektive Regelungsmacht im Gestrüpp der Interdependenzen<sup>29</sup> verloren gehen, so bedeutet das noch keine Anpassung an die neuen Mitgliedstaaten, welche die Europäische Union mehr verändern, als den alten und nicht selten

24 Nach der Rechtssprechung – vgl. EuGH Rs. C-458/03 Parking Brixen, Slg. 2005, I-8612 Rdn. 61 befreit die Gemeinde weder die Dienstleistungskonzession noch die Beauftragung eines Unternehmens, das sich nicht vollständig im öffentlichen Eigentum befindet, von europarechtlichen Ausschreibungszwängen; krit. Franzius 2006b, S. 567 f., S. 570 f. Korrigiert wird diese Rechtsprechung durch die neue ÖPNV-Verordnung. Danach unterfallen Dienstleistungskonzessionen einem vergaberechtlichen Sonderregime, das nach Art. 5 die inhouse-Vergabe auch an gemischt-wirtschaftliche Unternehmen zulässt.

25 EuGH Rs. C-410/04 Comune di Bari, Slg. 2006, I-3303 Rn. 24 ff.

26 Zu kommunalen Gestaltungsspielräumen zwischen staatlicher Eigenerstellung und privater Fremderstellung: Libbe/Trapp/Tomerius 2004. Schon lange wird ein stärkerer Schutz der Kommunen gegenüber der Europäisierung angemahnt und im europäischen Reformvertrag als Ausdruck der nationalen Identität aufgenommen. Dogmatisch mag dies in einem „Vergaberecht light“ für Dienstleistungskonzessionen verarbeitet werden können, deren Einsatz nicht nur ökonomische Vorteile bringt, sondern auch politischen Zielen dient: Burgi 2005.

27 Die Unterscheidung wird Demsetz 1968, S. 55 ff. zugeschrieben. Am Beispiel der Diskussion über die Privatisierung der Wasserwirtschaft Masing 2004, S. 156 ff. Hier hat sich die Diskussion inzwischen auf das Konzessionsmodell im Rahmen von öffentlich-privaten Partnerschaften verschoben: Schalast 2005, S. 110.

28 Bestätigt in BVerfGE 116, 135. Der historische Abriss und Duktus der Begründung lassen erkennen, dass die Rechtfertigung der Zweiteilung als grundlegend empfunden wird. Ob das bei den Verwaltungsgerichten eine Kehrtwende einleitet, im Unterschwellenbereich angemessenen Rechtsschutz – grundlegend OVG Koblenz, NZBau 2005, 411 – zu gewähren, blieb zunächst unsicher. Das BVerwG hat die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs abgelehnt: BVerwG, NVwZ 2007, 820; krit. Burgi 2007, S. 737 jeweils m. w. N.

29 Staaten können immer weniger nach Kaufmann 1994, S. 15 als „Interdependenzunterbrecher“ wirksam werden.

reformunfähigen Mitgliedstaaten lieb sein kann. Insoweit werden die Konflikte über die Dienstleistungsrichtlinie unter umgekehrten Vorzeichen in den Auseinandersetzungen über eine Rahmenrichtlinie zu öffentlichen Dienstleistungen eine Fortsetzung finden.<sup>30</sup> Dadurch wird deutlich, dass wesentliche Entscheidungen über die Ausgestaltung des gewährleistungsstaatlichen Modells auf Unionsebene zu treffen sind. Wo vertragliches Handeln das Instrument der Wahl ist, wird europäisches Recht durch den öffentlich-rechtlichen Charakter des Rechtsverhältnisses (Voßkuhle 2003, S. 314 mit Fn. 206) nicht gesperrt. Liegt dem Vertrag eine in besonderer Weise demokratisch legitimierte Entscheidung zugrunde, ist diese im Rahmen europäischer Rechtsanwendung indes zu respektieren.<sup>31</sup>

Der gegenwärtig juristische Aufmerksamkeit bündelnde Gewährleistungsstaat bleibt eine rhetorische Floskel, werden den öffentlichen Aufgabenträgern nicht auch geeignete Instrumente zur Wahrnehmung ihrer Verantwortung in die Hand gegeben (Knauff 2004, S. 277 ff.; Britz 2004, S. 161 f.; Schoch 2006, S. 47 ff.). Solche Instrumente mögen von der Frage aus zu entwickeln sein, unter welchen personellen und organisatorischen Bedingungen vorgreifliche Steuerungsleistungen erwartet werden können. Die Ergänzung des ordnungsrechtlichen Eingriffs- und wohlfahrtstaatlichen Leistungsregimes hat einer Steuerungsnaivität vorzubeugen, die vom Staat der Zukunft mehr erwartet als das Recht der Gegenwart leisten kann.

Vor allem betrifft das verbleibende Spannungsverhältnis von Wettbewerbsermöglichung und Gemeinwohlsicherung kein schlichtes Übergangsphänomen, das in der alteuropäischen Vorstellung eines Zusammenfindens von Recht und Politik in der juristischen Person des Staates aufgelöst werden könnte oder einfach entbetteten Märkten zu überlassen wäre. Die Dichotomie von Staat oder Markt liefert kein taugliches Raster für die Verarbeitung der wechselseitigen Bezugnahmen. So wie der Staat in Märkte eindringt, belagert die Marktlogik den Staat und seine Einrichtungen.<sup>32</sup> Die ökonomischen Theorien des Markt- oder Staatsversagens mögen insoweit Erklärungen bieten, sind aber keine übergreifenden Rechtfertigungskategorien für das Maß der im Einzelfall gebotenen Intervention. Grundlegend für das hier in den Vordergrund gestellte Strukturgewährleistungsrecht ist die normative Verschränkung der Handlungslogiken.

---

30 Das ist schon mit der neuen Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße deutlich geworden, die 2009 in Kraft tritt. Art. 5 Abs. 2 sieht ausdrücklich die Möglichkeit öffentlicher Stellen zu Direktvergaben vor, soweit der interne Betreiber der hoheitlichen Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle verfügt und seine Tätigkeit auf das Territorium des öffentlichen Eigentümers beschränkt bleibt. Dazu Otting/Scheps 2008.

31 Das folgt für öffentliche Dienstleistungen bereits aus Art. 86 Abs. 2 EG, der im Betrauungserfordernis eine rechtsformunabhängige Legitimationsfunktion formuliert, lässt sich aber generell für das Vergaberecht konstatieren: Pöcker/Michel 2006, S. 450 ff. mit der Unterscheidung zwischen ökonomischer und demokratischer Rationalität für die Bewältigung von inhouse-Vergaben. Borchardt 2002, O 21 zufolge trete der Staat bei der Vergabe gemeinwohlorientierter Dienstleistungen nicht als Erwerber, sondern als „Organisator“ dieser Leistungen auf, welche der Bürger nachfrage.

32 Die Logik des Verwaltens und die Logik des Marktprinzips lassen sich praktisch kaum noch trennen: Schulze-Fielitz 2006, § 12 Rdn. 122.

### III. Öffentliche Dienstleistungen

Was bedeutet das für öffentliche Dienstleistungen, also den Bereich, den wir in Deutschland traditionell der Daseinsvorsorge zuweisen? Zunächst spricht vieles dafür, die Frage nach funktionsadäquaten Ergebnissicherungen zum Anforderungsprofil der Gewährleistungsverwaltung zu erklären, die nicht mehr im etatistischen Bild der Daseinsvorsorge beschrieben werden sollte. Dass der Markt gesetzlich definierte Gemeinwohlziele hervorbringen soll, bedeutet in der Regel nicht, dass private Akteure von sich aus die erwarteten Leistungen erbringen. Entgegen einem verbreiteten Eindruck erkennt deshalb auch das Europarecht hoheitliche Verpflichtungen zur Sicherung öffentlicher Dienstleistungen an, wobei die Kommission die mitgliedstaatliche Verantwortung für die Wahl des Erbringungsmodus hervorhebt.<sup>33</sup> Das erlaubt unterschiedliche Wege der Sicherstellung, dass die Leistung in einer bestimmten Quantität und Qualität<sup>34</sup> erbracht wird. Und die behördliche Festlegung von Leistungsstandards schließt nicht aus, die privaten Leistungserbringer an den Produktdefinitionen zu beteiligen (so Voßkuhle 2003, S. 312; abl. Knauff 2004, S. 272). Hieran schließen zwei Fragenkomplexe an.

#### 1. Organisation und Finanzierung der Leistungserbringung

Schon das telekommunikationsrechtliche Regime der Universaldienste weist mit den Regeln zur Organisation und Finanzierung der Leistungserbringung auf das zentrale Problem des Gewährleistungsrechts hin. Vielfach besteht das Problem weniger darin, dass es keinen, sondern mehrere Anbieter von Dienstleistungen gibt. Sollen private Akteure mit der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen betraut werden, verbindet sich mit der Frage nach der Auswahl eines hinreichend qualifizierten Leistungserbringers die Frage nach dem finanziellen Ausgleich für Dienstleistungen, deren Marktrentabilität bestritten wird. Weil der Gewährleistungsstaat einen Bedarf nach Regeln für die Auswahl und den Ausgleich hat, avancieren das Vergabe- und das Beihilfenrecht zu den zentralen Referenzgebieten des um allgemeine Aussagen bemühten Gewährleistungsrechts. Dabei kann eine funktionale Äquivalenz von öffentlichen Aufträgen und Beihilfen festgestellt werden, wobei das Europarecht eine strukturelle Begünstigung der Auftragsvergabe gegenüber der missbrauchsanfälligen Beihilfenvergabe erkennen lässt (Bultmann 2004, S. 139 ff.). In diesem Minenfeld lässt sich eine maßgebliche Wegscheide in Art. 86 Abs. 2 EG ausmachen. Die Norm enthält eine ungewöhnlich weite Rechtsfolge, indem es den Mitglied-

33 Die Kommission sieht in Dienstleistungen von allgemeinem, nicht notwendig wirtschaftlichem Interesse ein europäisches Gesellschaftsmodell, wobei es Sache der zuständigen nationalen, regionalen und lokalen Behörden sei, die Leistungen zu definieren, zu organisieren, zu finanzieren und zu kontrollieren: Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 v. 12. Mai 2004 Rdn. 2.3. In Ermangelung einer Harmonisierung auf Unionsebene stehe es den öffentlichen Stellen in der Regel frei, darüber zu befinden, ob die Leistung von ihnen selber oder von einem Dritten erbracht werden soll. Als Unternehmen unterliegen die Leistungserbringer jedoch den europäischen Wettbewerbsbestimmungen der Art. 81 ff. EG.

34 EuGH Rs. C-393/92 *Almelo*, Slg. 1994, I-1477 Rdn. 48 sieht die Charakteristika für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die in Deutschland unter den Begriff der Daseinsvorsorge subsumiert werden, in der Universalität, Kontinuität, Qualität und Erschwinglichkeit.

staaten erlaubt wird, sich zur Realisierung öffentlicher Dienstleistungen auf wirtschaftliche Gründe für die Befreiung von allen Vertragsvorschriften zu berufen (Pernice/Wernicke 2003, Art. 86 Rdn. 3 ff.; in wesentlichen Punkten anders Koenig/Kühling 2003, Art. 86 Rdn. 62 ff.). Dafür ist ein hinreichend transparenter Betrauungsakt (Götz 2001; zum Kontext Baquero Cruz 2005, S. 169 ff.) erforderlich, worüber die Mitgliedstaaten in den Stand gesetzt werden, die Wahl des Rechtsregimes zu steuern. So schließt die vertragliche Betrauung des Leistungserbringers mit einer Dienstleistungskonzession die Anwendung des Kartellvergaberechts aus (Art. 17 VKR) und stellt für staatliche Ausgleichszahlungen eine zentrale Voraussetzung für den Wegfall einer Begünstigung im Sinne des Beihilfenrechts dar.<sup>35</sup> Die Betrauung hat freilich nicht nur eine rechtsstaatliche, sondern auch eine demokratische Dimension, was für die Frage nach der Erforderlichkeit der Privilegierung und deren Kontrolle nicht ohne Konsequenzen bleiben kann. So wird man von den Mitgliedstaaten kaum den objektiven Nachweis verlangen können, dass keine wettbewerbskompatible Erbringung der Dienstleistung möglich ist.<sup>36</sup> Ein dieser Auffassung zugrundeliegender Vorrang bestimmter Gemeinwohlbelange lässt sich weder der Norm entnehmen noch kann seine Feststellung der Rechtsprechung obliegen, die insofern die Einschätzungsprärogative der Mitgliedstaaten und Unionsorgane in der Ausbalancierung des Mehrebenengemeinwohls (Schuppert 2002, S. 27, 38) zu wahren hat. Damit verlagern sich die rechtlichen Strukturierungsbemühungen auf die Sicherstellung von Transparenz- und Verfahrensanforderungen einer in erster Linie politisch zu treffenden Abwägungsentscheidung (Franzius 2006b, S. 556 ff.).

Um Missverständnissen vorzubeugen: Es geht weniger um Souveränitätsvorbehalte der Mitgliedstaaten, sondern um die Frage, ob ein grundlegender Umbau des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft (Überblick: Schmidt-Aßmann/Dolde 2005, S. 11) durch den faktischen Druck zu einer am Vergaberecht orientierten Ausschreibungsverwaltung (grundlegend Burgi 2003) politisch verantwortet werden kann. Denn es ist eine Sache, ob der europäische Gesetzgeber die Organisation regulierten Wettbewerbs<sup>37</sup> übernimmt, aber eine andere Sache, wenn in der Rechtsprechung des Gerichtshofs die gewollten Unterschiede zwischen Auftragsvergabe und Dienstleistungskonzession<sup>38</sup> unter dem Hinweis auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz eingegeben werden (Nettesheim 2007). Ob das in Art. 97 Abs. 7 GWB normierte Kriterium der Entgeltlichkeit des Auftrags ein taugliches Abgrenzungsmerkmal bildet, unter-

35 EuGH Rs. 280/00 *Altmark Trans*, Slg. 2003, I-7747 Rdn. 89. Zur Verlagerung der Wertungen Colneric 2005, S. 429 ff. und für diesen prozeduralen Ansatz Joerges 2007, S. 739 f.

36 So aber Koenig/Kühling 2002, S. 677 f., 683 mit Kritik an der Rechtsprechung, die sich erkennbar um eine Ausgleichslösung bemüht; EuGH verb. Rs. C-83/01 P, C-93/01 P und C-94/01 P *Chronopost*, Slg. 2003, I-6993 Rdn. 36. Zur Verteilung der Beweislastanforderungen Schneider 2000, S. 1253 f.

37 So das Leitbild der Kommission für die Reform des Verkehrssektors, vgl. Verordnungsvorschlag über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Straße und Schiene vom 20. Juli 2005, KOM (2005) 319 mit den Erwägungsgründen 4 und 14. Darauf bezieht Knauff 2004, S. 84 ff., 277 ff. das Modell des Gewährleistungsstaates mit den Elementen der Vertragsvergabe und der Regulierung.

38 Zumeist wird darauf abgestellt, dass hier, anders als beim Dienstleistungsauftrag, das Nutzungs- und Refinanzierungsrisiko in die horizontale Rechtsbeziehung zum Leistungsempfänger verschoben wird; näher zum Differenzierungsbedarf Burgi 2005 und Ruhland 2006.

liegt Zweifeln<sup>39</sup> und die primärrechtliche Aufladung der inhouse-Vergaben<sup>40</sup> stellt die demokratische Entscheidung für den Einsatz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen unter europäische Effizienzmaßstäbe.

Was folgt daraus für das Gewährleistungsrecht? Der Staat nutzt die Auftragsvergabe nicht nur zur Beschaffung, sondern kommt darüber – vor allem im Bereich komplexer Infrastrukturprojekte – verfassungsrechtlichen Bindungen nach. Statt in eine Opposition zum kalten Wind des Europarechts (Masing 2004a, S. 399) zu treten, empfiehlt es sich, wettbewerbskonforme Gestaltungsmöglichkeiten des öffentlichen Auftragsgebers<sup>41</sup> in einem Gewährleistungsvergaberecht zu verarbeiten (Steinberg 2005, S. 171 ff.; von einem „Vergabegewährleistungsrecht“ spricht Wollenschläger 2006, S. 110). Das setzt ein geschärftes Verständnis dafür voraus, dass den Mitgliedstaaten nicht nur die Entscheidung über den Einsatz eines Dritten für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, sondern auch die Definition des Auftragsgegenstandes verbleibt. Hier scheint jedenfalls noch Potential zu bestehen, die Leistungsbeschreibung als neues Forum politischer Gestaltungskraft (Burgi 2003, S. 955) zu nutzen. Dies hängt weniger von einem abstrakten – in seiner Allgemeinheit kaum überzeugenden – Verbot der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien<sup>42</sup> als davon ab, wie das Verfahren unter den Steuerungszielen des Auftraggebers ausgestaltet wird. Für die Konturierung des Gewährleistungsrechts sind drei Aspekte von Bedeutung:

Erstens spricht vieles dafür, dass die Auswahl des privaten Partners in Zukunft durch den neuen Verfahrenstyp des wettbewerblichen Dialogs bestimmt wird. Dieses in der Praxis mit einer gewissen Skepsis betrachtete, durch Art. 29 VKR eingeführte und in § 101 Abs. 5 GWB umgesetzte Verfahren sucht der Komplexität der Vergabe vor allem für Kooperationsmodelle gerecht zu werden. Der Auftraggeber tritt in einen Dialog mit den für geeignet befundenen Unternehmen, um gemeinsam entwickelte Lösungsmöglichkeiten zur Bestimmung des Auftragsgegenstandes (Pünder/Franzius 2006, S. 24) zu nutzen. Darüber wird der typischerweise in Partnerschaftsprojekten angelegte Rationalitätskonflikt zu lösen versucht, der auf der einen Seite durch einen erhöhten Formalisierungsbedarf zur Zurückdrängung sachwidriger Einflussnahmen und auf der anderen Seite durch

39 Die Kommission verlangt für den Entgeltcharakter des in Rede stehenden Vertrags nicht unbedingt die direkte Zahlung eines Preises durch den öffentlichen Partner, sondern sieht das Entgelt auch in wirtschaftlichen Gegenleistungen zugunsten des privaten Partners: Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen vom 30. April 2004, KOM (2004) 327 Rdn. 10.

40 Die Rechtsprechung zusammenfassend Söbbecke 2006. Für eine gesetzliche Regelung des inhouse-Begriffs hat sich der Wissenschaftliche Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (2007, S. 207) ausgesprochen; s. jetzt auch den Referentenentwurf zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 20. Februar 2008.

41 Zu den Schwierigkeiten seiner Bestimmung Crass 2004. Das hat mit dem „Formalismus der juristischen Person“ zu tun, der auftretende Rationalitätskonflikte nicht angemessen verarbeiten kann. Pöcker/Michel 2006 suchen den Anwendungsbereich des Vergaberechts daher mit guten Gründen über die demokratische Entscheidung einer ökonomischen Leistungsaustauschbeziehung zu bestimmen. Demgegenüber auf die Grundrechtsbindung abstellend: Battis/Kersten 2005.

42 Zur Berücksichtigung sozial- und umweltpolitischer Ziele bei der Auswahlentscheidung EuGH Rs. 31/87 Beentjes, Slg. 1988, I-4635 Rdn. 30; Rs. 255/98 Nord-Pas-de-Calais, Slg. 2000, I-7445 Rdn. 52 stellt klar, dass es sich dabei auch um Zuschlagskriterien handeln kann, bestätigt in Rs. 513/99 Concordia, Slg. 2002, I-7213 Rdn. 55 und Rs. 448/01 Wienstrom, Slg. 2003, I-14527 Rdn. 32; aus der Literatur statt vieler Meyer 2002.

die Bereitstellung von Spielräumen für kreative und innovative Lösungen gekennzeichnet ist.<sup>43</sup> So wird die unter dem prognostischen Nutzenkalkül des Auftraggebers wertende, aber intersubjektiv nachvollziehbare Angebotsbeurteilung zu einer zentralen Herausforderung der Vergabestelle, deren organisatorischer und personeller Zuschnitt der Optimierung<sup>44</sup> bedarf, um der Governance-Struktur auch unter Rechtsschutzaspekten gerecht zu werden.<sup>45</sup>

Zweitens ist nicht zu übersehen, dass eine Verschärfung der Ausschreibungspflichten den Druck zur staatlichen Eigenerbringung öffentlicher Dienstleistungen erhöht. Denn die Vorteile, die sich der Aufgabenträger durch private Beteiligungen an öffentlichen Unternehmen verspricht, sind nicht umsonst zu haben. Zwar wird in der Regel eine verfahrensrechtliche Formalisierung der Anforderungen die Aufgabenerfüllung als solche nicht gefährden. Aber das Vergaberecht könnte den Staat zwingen, zu den klassischen Steuerungsformen hoheitlichen Verwaltungshandelns zurückzukehren, um den Anwendungsbereich des Vergaberechts auszuschließen. Richtigerweise wird man es dem Besteller der Leistung schon aus europarechtlichen Gründen nicht verwehren können, sich zur Vermeidung des offenen Vergabeverfahrens auf die Besonderheiten der Aufgabenerfüllung zu berufen, wozu der Einsatz öffentlicher Unternehmen gehören kann.<sup>46</sup> Das schließt schärfere Transparenzanforderungen an die Betrauung nicht aus.<sup>47</sup> Wohl aber sind die staatlichen Überwachungskosten der privaten Leistungserbringung in Rechnung zu stellen, was die pauschale Annahme von Effizienzgewinnen durch Ausschreibungswettbewerb verbietet. Denn eine Forcierung des Ausschreibungsmodells droht nicht nur den Ausschluss potentiellen Wettbewerbs im Markt zu zementieren, sondern umgekehrt auch einen Markt für Güter zu simulieren, die gegebenenfalls effizienter von öffentlichen Unternehmen mit ausschließlichen Rechten bereitzustellen sind. Kommt das spezielle oder allgemeine Vergaberecht nicht zur Anwendung, ist das kein Freibrief für das gewerberechtliche Modell des bekannten und bewährten Unternehmens. Vielmehr verschiebt sich die Last rechtlicher Rationalisierungsleistung auf die typengerechte Ausdifferenzierung des Gewährleistungsvertrags.

Drittens bleibt das Verhältnis zum Beihilfenrecht problematisch (Biondi/Eeckhout/Flynn 2004; Winter 2004). Geht es nicht mehr darum, privatisierungsfeste Bestände der Daseinsvorsorge dem Wettbewerb zu entziehen, sondern die Dienstleistung mit Gemeinwohlpflichten zu verknüpfen, so trifft den Gewährleistungsstaat eine besondere Finanzie-

43 Deshalb für einen Vorrang gegenüber dem Verhandlungsverfahren Schenke/Klimpel 2006, S. 1495; zu öffentlich-privaten Partnerschaften als einer intermediären Innovationsebene Ziekow 2006, S. 631 ff.

44 Für eine personelle „Auffrüstung“ der Vergabestellen auch Knauff 2004, S. 90; allg. zum Steuerungsfaktor des Personals Voßkuhle 2008, § 43 und Schuppert 2000, S. 625 ff.

45 Dabei mag die Unterscheidung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht überbetont sein. Doch mit der Rechtswegzuweisung wird die Streitentscheidung einer Instanz mit einer gewachsenen Rechtskultur zugeordnet, die sehr wohl Unterschiede zwischen der Verwaltungsgerichten und Zivilgerichten erkennen lässt. Der Gewährleistungsstaat wird sich im Bereich der Auftragsvergabe kaum einer Auffangzuständigkeit der Verwaltungsgerichtsbarkeit verschließen können, was die bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte namentlich im Unterschwellenbereich stützte.

46 Schneider 2000, S. 1250 unter Hinweis auf Art. 86 Abs. 1 EG und Linder 2004, S. 251 f. in einer extensiven Interpretation von Art. 86 Abs. 2 EG.

47 Das ist auch das Ergebnis von Storr 2001, S. 537 ff.; mit Blick auf die Transparenzstrategie der Kommission für die Direktvergabe von Verkehrsdiensten Baumeister/Klinger 2005, S. 608 f.

rungsverantwortung.<sup>48</sup> Weil öffentliche Dienstleistungen nicht immer zu kostendeckenden Preisen anzubieten sind, wird die hoheitliche Verpflichtung des privaten Anbieters mit einer Kostenübernahme verbunden und ein finanzieller Ausgleich aus dem Staatshaushalt gewährt.<sup>49</sup> Der Steuerstaat aber findet seine Grenze im europäischen Beihilfenrecht. Zwar ist anerkannt, dass ein offenes Ausschreibungsverfahren begünstigungsaus-schließende Wirkungen entfaltet<sup>50</sup> und das Vorliegen einer Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EG entfallen lässt. Unsicher ist jedoch, ob es eine beihilferechtliche Pflicht zur Ausschreibung gibt, was eine Konvergenz der Maßstäbe nahelegen würde. Das ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht der Fall. Soweit lediglich die Nettomehrkosten ausgeglichen werden, die einem durchschnittlich gut geführten Unternehmen entsprechen, liegt bereits tatbestandlich keine Beihilfe vor.<sup>51</sup> Aus dem bloßen Umstand, dass aus staatlichen Mitteln ein Ausgleich für die Erbringung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen gewährt wird, lässt sich das Vorliegen einer Beihilfe nicht länger vermuten. Öffentlichen Stellen bleibt die Wahl, ob sie durch eine transparente Ausgestaltung des Vergabeverfahrens die Qualifizierung als Beihilfe ausschließen oder die Ausgleichszahlung notifizieren lassen.<sup>52</sup> Der Kommission steht keine exklusive Kontrollkompetenz zu (Rodi 2004, S. 494 f.) und der Kostenmaßstab variiert. So bleibt es den Mitgliedstaaten überlassen, auf die Etablierung effizienter Kostenstrukturen hinzuwirken.<sup>53</sup> Demgegenüber ist öffentlichen Stellen der beihilferechtliche Ausgleich der tatsächlichen Kosten versperrt,

- 
- 48 Für eine eigenständige Kategorie Knauff 2004, S. 76. Zum umstrittenen Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Gewährleistung öffentlicher Dienstleistungen Jennert 2005.
- 49 Nettesheim 2002, S. 253 erkennt darin ein neues Modell der Daseinsvorsorge; zurückhaltender Kämmerer 2004, S. 28.
- 50 Allerdings ist nicht abschließend geklärt, welche Anforderungen an das Vergabeverfahren zu stellen sind, um diese Neutralisierungswirkung zu erzielen. Im Schrifttum wird darauf hingewiesen, dass es nicht um die Ermittlung des Marktpreises gehe, sondern auf die Durchführung eines Verfahrens ankommt, das eine reale Wettbewerbssituation schaffe: Britz 2005, S. 399.
- 51 EuGH Rs. 280/00 Altmark Trans, Slg. 2003, I-7747 Rdn. 93; zust. Franzius 2006b, S. 571 ff.; krit. Britz 2005, S. 389 ff.; zu den Schwierigkeiten der Kostenanalyse Boysen/Neukirchen 2007, S. 158 ff. BVerwG, DVBl. 2007, S. 307 zufolge soll die Rechtmäßigkeit etwaiger Zuschüsse nicht im Genehmigungsverfahren eigenwirtschaftlicher Verkehre nach § 13 PBefG zu prüfen sein.
- 52 So auch Bultmann 2004, S. 32 mit Fn. 53 und Dörr 2005, S. 621 ff. In der Prozeduralisierung der Erbringung öffentlicher Dienstleistungen wird zu Recht eine Europäisierung der nationalen Aufsichtsstrukturen gesehen: Gromnicka 2005, S. 460 f.; zur Transformation nationaler Governance-Strukturen durch das europäische Wettbewerbsrecht Schepel 2002, S. 31.
- 53 Eine Erfolgskontrolle des Beihilfeneinsatzes sieht auch das Konsultationpapier der Kommission vom 7. Juni 2005 für den „Aktionsplan Staatliche Beihilfen – Weniger und besser ausgerichtete staatliche Beihilfen – Roadmap zur Reform des Beihilfenrechts 2005 bis 2009“ vor, vgl. KOM (2005) 107. Ähnlich wie der für die Anwendung des Kartellrechts favorisierte *more economic approach* stoßen Bemühungen um eine verbesserte Effizienz der Aufgabenerfüllung auf Kritik, vgl. Stellungnahme des Bundesrates v. 23. September 2005, BR-Drs. 509/05 Nr. 2. Soweit ein Unternehmen aber unter einer staatlichen Ausgleichsgarantie unwirtschaftlicher Kosten im Wettbewerb agiert, wirkt sich das prinzipiell marktverzerrend aus. Diesen Wirkungen zu begegnen, wird der Union kaum mit dem Hinweis darauf abzusprechen sein, dass es nicht zu den Kompetenzen der Union gehöre, gegen innerstaatliche Ineffizienz vorzugehen.

soweit diese von der Anmeldung bei der Kommission nicht freigestellt<sup>54</sup> oder zur Aufgabenerfüllung im Einzelfall gerechtfertigt sind.<sup>55</sup>

## 2. Wissen und Kontrolle im Gewährleistungsrecht

Gesetzgeber und Verwaltung gehen davon aus, dass es auf eine bestimmte Qualität von Produkten und Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr ankommt. Stellt der Staat die Leistungen bereit, erzeugt er damit auch eine Verbundenheit (Bullinger 2003, S. 597) zu dem Gemeinwesen, das im Verfassungsstaat hervorgebracht wurde. Doch die normativen Zumutungen gehen inzwischen weiter und die Zugehörigkeitsverhältnisse sind komplexer geworden. Vielleicht basiert der Erfolg des modernen Staates ja gerade darauf, dass er im Alltag immer weniger unmittelbar wahrgenommen werden muss. Das gilt auch für die Qualitätssicherung von Leistungen, die von privaten Akteuren nicht nur angeboten, sondern auch kontrolliert werden, dabei aber in ein staatlich verantwortetes Gewährleistungs- und Überwachungsregime gestellt sind.

### a) Beispiel: Produktsicherheitsrecht

Wegweisend ist das Produktsicherheitsrecht für die Einhaltung von Qualitätsstandards. Diese Kontrolle wird von privaten Zertifizierungsstellen übernommen, die ihrerseits einer staatlichen Akkreditierung bedürfen. Zertifizierung ist ein Konformitätsbewertungsverfahren, das über nationales Recht auf europäisches Sekundärrecht verweist. Dieses legt nur abstrakt die grundlegenden Sicherheitsanforderungen fest und überlässt die Konkretisierung harmonisierten Normen, die im Auftrag der Kommission von europäischen Normungsorganisationen erarbeitet werden. Entspricht ein Produkt der technischen Norm, so wird die Erfüllung der Sicherheitsanforderungen vermutet (§ 4 Abs. 1 S. 2 GPSG). Die Aufsicht konzentriert sich auf eine Kontrolle der Kontrolle, indem die privaten Kontrolleure einer behördlichen Zulassung bedürfen, um als benannte Stellen die Produktkonformität nach bestimmten Verfahrensformen festzustellen. Angesichts der enormen Bedeutung für die Praxis überrascht die Regelungsarmut der Gesetze. Es fehlt an Regelungen für den vom Hersteller mit einer europäischen Prüfstelle abzuschließenden<sup>56</sup> Vertrag über die konkrete Prüftätigkeit, aber auch eine gesetzliche Anordnung des Kontrahie-

54 Freistellungsentscheidung nach Art. 86 Abs. 3 EG für nicht notifizierte Beihilfen durch die Entscheidung 2005/842/EG über die Anwendung von Art. 86 Abs. 2 EG auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gewährt werden, ABl. L 312 vom 29. November 2005, S. 67.

55 Gemeinschaftsrahmen für notifizierte, aber von der Kommission nach Art. 86 Abs. 2 EG für mit dem Gemeinsamen Markt für vereinbar zu erklärende Beihilfen, ABl. C 297 vom 29. November 2005, S. 4. Die Maßstabdifferenz – krit. Bauer 2006, S. 10 f. – ist dem sekundärrechtlichen Ausgestaltungspotential der Norm geschuldet, aber nicht mit Bindungslosigkeit gleichzusetzen (Baquero Cruz 2005, S. 208 ff.).

56 Es bestehen keine territorialen Zuständigkeitsgrenzen. Der Hersteller kann jede Prüfstelle wählen, die von einem Mitgliedstaat der Europäischen Union benannt ist: § 2 Abs. 15 Nr. 2 GPSG. Auch hier besteht grundrechtlich eine Dreieckskonstellation, die nicht einseitig zugunsten der Freiheitschancen des Kontrolleurs aufgelöst werden kann, sondern in eine Balance zu den Interessen des Herstellers gebracht werden muss.

rungszwangs, um Vermarktungsmöglichkeiten eines Produkts nicht allein zivilrechtlichen Bindungen der Zertifizierungsstelle zu unterlegen (zurückhaltender Pünder 2006, S. 572 f.).

Versteht man die benannten Stellen als europäisches Vollzugsorgan gesetzlicher Anforderungen, so rücken die Akkreditierungsvoraussetzungen und behördlichen Überwachungsbefugnisse (§ 8 Abs. 4 GPSG) in den Vordergrund. Öffentliches Recht und Privatrecht treten in ein Verzahnungsverhältnis, worüber mit der Etablierung transparenter und mehrstufig kontrollierter Qualitätssicherungsverfahren eine Vertrauensinfrastruktur aufzubauen ist.<sup>57</sup> Normativ wird hier mehr als das „Vertrauen in die eigene Rechtsordnung“ (BVerfGE 113, 273 Europäischer Haftbefehl) erwartet. Letztlich muss der Verbraucher vertrauen können, dass dem Recht die Verarbeitung seiner Entterritorialisierung gelingt. Daher zielen europäische Verwaltungsstrukturen auf vertikale und horizontale Vernetzungen, um behördliche Entscheidungen aus fremden Rechtsordnungen einer stärkeren Belastbarkeit in der eigenen Rechtsordnung auszusetzen.<sup>58</sup> Das erschwert die dogmatische Einordnung privater Fremdkontrolle. Zwar schließt ein europaweiter Qualitätswettbewerb private Kontrollinstanzen als Beliehene nicht prinzipiell aus. Lehnt man dies für die benannten Stellen (Schmidt-Preuß 1997, S. 167 f.; anders Scheel 1999, S. 442; unsicher Burgi 2001, S. 586) aber ab, so ist damit nicht gesagt, dass es sich materiell um eine privatrechtlich zu beurteilende Tätigkeit handeln müsse.<sup>59</sup> Allein die Vermutung, dadurch europarechtlich induzierte Grenzüberschreitungen leichter verarbeiten zu können, rechtfertigt nicht die Freistellung der Prüfstellen von öffentlichen Bindungen für Verteilungsentscheidungen.<sup>60</sup>

Ogleich die Terminologie uneinheitlich ist, wird in der geteilten Kontrolle (Eifert 2006a, S. 309) eine Grundstruktur deutlich, um die Beachtung spezifischer Qualitätsstandards durch private Akteure zu gewährleisten. Die Zertifizierung betrifft die Qualität eines Produkts oder einer Dienstleistung, die Akkreditierung die Qualität der Prüfstelle. An die Stelle hoheitlicher Dezision tritt ein kontinuierlicher Lernprozess von Aufsichtsbehörden, Zertifizierungsstellen und betroffenen Unternehmen, wobei die Sogwirkung des europäischen Rechts beachtlich ist (Pünder 2006, S. 596 f.). Was der neue Ansatz mit der Verfahrensprivatisierung im Produktsicherheitsrecht bewirkte, hat beispielsweise längst das Umweltrecht erreicht, etwa mit der Zertifizierung als Entsorgungsfachbetrieb durch eine behördlich anerkannte Entsorgungsgemeinschaft (§ 52 KrW-/AbfG). Das Modell von Zertifizierung und Akkreditierung ist auch im europäischen Hochschulraum bedeutsam – etwa

57 Zum Recht als Infrastruktur Bachmann 2006; aufgegriffen bei Schuppert 2006, § 16 Rdn. 13 ff.; bezogen auf die staatliche Bereitstellung eines hohen Informationsniveaus Eifert 2006, § 19 Rdn. 151 f.

58 Darin wird ein Kernelement der Verwaltungslegitimation des Verbundes gesehen: grundlegend Röhl 2000, S. 44 ff.; David 2005, S. 252, 263 f.; Schneider 2005, S. 147. Demgegenüber stärker auf den Staat abstellend Voßkuhle 2002, S. 328 f.

59 Die Diskussion bleibt im traditionellen Konzept des Nationalstaates. Übersehen wird leicht, dass die benannten Stellen in ein europäisches Verwaltungskonzept eingebunden werden und deshalb nicht in der Dichotomie von Öffentlichem Recht und Privatrecht zu verarbeiten sind: Röhl 2000, S. 26 ff.; Voßkuhle 2002, S. 313. Dagegen für eine konsequent privatrechtliche Lösung: Pünder 2006, S. 581 mit der Einordnung der Prüfstelle als Erfüllungsgehilfen des Herstellers.

60 Zum Differenzierungsbedarf bei der Einrichtung privater Fremdkontrolle: Eifert 2006, § 19 Rdn. 80 ff. und ders. 2006a, S. 330 mit dem Hinweis auf erhöhten Überwachungsbedarf.

mit der Qualitätssicherung von Studiengängen durch staatlich akkreditierte Agenturen (Lege 2005; zur Qualitätssicherung im Bereich von Wissenschaft und Technik allgemein Trute 2006, § 88 Rdn. 36 ff.) – und erfasst nicht nur die Steuerung neuer Risiken wie den elektronischen Rechtsverkehr, sondern inzwischen auch sensible Bereiche wie die Flugsicherheit (Droege 2006). Das erlaubt Sicherungsmechanismen unter einer intensiven oder weniger intensiven Aufsicht zu entwickeln, deren Ausübung auf eigenverantwortliche Selbstkontrollen in den Unternehmen abgestimmt werden kann.

## b) Wissensprobleme und institutionelles Lernen

Ist der Gewährleistungsstaat für Ergebnissicherungen verantwortlich, so erweist sich der gewährleistungsrechtliche Umgang mit den Wissensproblemen des modernen Staates als zentral. Kontrolle setzt Wissen voraus. In dem Maße aber, wie der Staat mit der Beteiligung privater Akteure an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gezwungen wird, auf private Wissensbestände zurückzugreifen, drohen Konzeptionen zu scheitern, die alle Aufsichtsformen normativ an einen umfassenden Wissensbestand des Staates knüpfen, um eine effektive Steuerung konstruieren zu können. Sehr schön hat Beate Weber vom Verlust an Bereitstellungswissen gesprochen (Weber 2006).

Es ist unsicher, ob sich moderne Staatlichkeit unter dem Wissensparadigma rekonstruieren lässt.<sup>61</sup> Zwar wird in der Schaffung einer wissensbasierten Infrastruktur eine neue Staatsaufgabe gesehen (Willke 2002, S. 174 ff.) Auch kann darin eine Innovationsfunktion für die Verkopplung von öffentlicher und privater Handlungskompetenz<sup>62</sup> erkannt werden, was vom Staat – wenn man so will – ein lebenslanges Lernen abverlangt. Verstanden als reflexiv organisierte Veränderung von Wissensbeständen in der Zeit (Willke 1997, S. 152) muss das Lernen aber stärker auf das Recht bezogen werden, was etwa durch Monitoring, Evaluation oder Berichtspflichten geschehen kann.<sup>63</sup> Das Plädoyer für ein Lernen im Recht (näher Franzius 2006, § 4 Rdn. 97 ff.) folgt der Einsicht in die Vorläufigkeit und Begrenztheit jeden Wissens. Recht ist einer verbreiteten Auffassung zufolge auf Kommunikation umzustellen und hat die Organisation des Wissenserwerbs zu gestalten. Jenseits der konsentierten Forderung nach der Schaffung lernfähiger Strukturen<sup>64</sup> bleibt zu fragen, wie das auf Stabilität angelegte Verwaltungsrecht diese Lernfähigkeit erlangen kann. Einiges spricht dafür, insoweit von einem Systemlernen auszugehen. Da-

61 Im Anschluss an Collin/Horstmann 2004 etwa Voßkuhle 2008a.

62 Scherzberg 2004, S. 232 ff. Das kommt in jüngerer Zeit vermehrt in der Statuierung von Beobachtungspflichten zum Ausdruck, etwa BVerfGE 107, 150 (179 f.); krit. Huster 2003, S. 17 ff.

63 Auf ein Lernen ist auch die offene Methode der Koordinierung angelegt, wie sie in Art. 128 f. EG für die europäische Beschäftigungspolitik als Modell zur Verfügung steht, im Zuge des Lissabon-Prozesses für die Verwirklichung der Unionsziele aber erheblich an Bedeutung gewonnen hat. Der neue Vertrag von Lissabon sieht von einer allgemeinen Kodifizierung ab, erlaubt jedoch in einer Reihe von Politikfeldern Leistungsvergleiche und gegenseitige Prüfungen, mit Hilfe derer ein wechselseitiges Lernen aus den Erfahrungen der Mitgliedstaaten ermöglicht werden soll; krit. Joerges 2008; offener Sabel/Zeitlin 2008.

64 Nachdrücklich Ladeur 1998, S. 40 ff.; Calliess 1999, S. 121 f. Als „Grundbaustein einer Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts“ ausgewiesen bei Voßkuhle 2003, S. 307 f.

runter kann die methodisch disziplinierte Rückkoppelung neuen Wissens in die Rechtsordnung verstanden werden, um die Rationalität von Entscheidungen zu erhöhen.<sup>65</sup> Häufig können die instrumentellen Wirkungen noch nicht abgesehen werden und es bleibt unklar, wer das erforderliche Wissen zu generieren hat. Auszugehen ist nicht bloß von einer Temporalisierung der Rechtskontrolle, sondern von der theoretischen Unmöglichkeit vollständigen Wissens. Recht ist darauf einzustellen, dass Entscheidungen regelmäßig auf unsicherer Wissensgrundlage getroffen werden müssen.<sup>66</sup> Umgekehrt sind die Grenzen für eine Abwälzung des Wissensproblems – etwa als Informationsbebringungs-pflicht – auf private Akteure zu beachten. Daraus folgt die Aufgabe, die Verwaltung in den Stand zu versetzen, nicht mehr nur das eigene Wissen zu rezipieren und zu aktualisieren, sondern ein behördliches Wissensmanagement zur produktiven Kopplung der Wissensbestände (Eifert 2001, S. 146 f. und als „wohl größte Herausforderung“ hervorgehoben von Voßkuhle 2003, S. 308) einzurichten. Nimmt man das ernst, dann kann Lernen nur als wechselseitiger Vorgang (Benz 1994, S. 130 f., 137, 145) und damit als interaktiver Prozess verstanden werden. Lernen setzt auf ein Zusammenspiel der Akteure, das es vor diesem Hintergrund zu strukturieren gilt.

### c) Jenseits von Staats- und Wirtschaftsaufsicht: Gewährleistungsaufsicht

Nimmt man den Wissenstransfer in den gesellschaftlichen Bereich ernst, so findet man darin eine Erklärung für neue Aufsichtsformen, die eine effektive Kontrolle gewährleistungsrechtlicher Überformungen ermöglichen sollen.<sup>67</sup> Als Obergriff dient hier der – eine Distanz zur Zweiteilung der Kontrolle herstellende (Kahl 2008) – Begriff der Gewährleistungsaufsicht, auf deren gesetzgeberischer Ausformung manche Hoffnung ruht (Schuppert 1999, S. 312 ff.; für eine Ergänzung der dualen Aufsichtsdogmatik auch Voßkuhle 2003, S. 321 f.). Zwar mag eine Tendenz der Verlagerung von der verwaltungsin-ternen Staatsaufsicht zur verwaltungsexternen Regulierungsaufsicht als „Übergangsaufsicht“ zugunsten der Wirtschaftsüberwachung (skeptisch Schmidt-Abmann 2001, S. 29) ausgemacht werden können. Und es mehren sich die Stimmen, welche die Figur der Fachaufsicht (Groß 2002) hinterfragen, zumal gerade im Regulierungssektor der politische Zugriff des Ministers die fachliche Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde nicht unterlaufen soll. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass sich staatliche Kontrolle auf die Wirtschaftsaufsicht im klassischen Sinne beschränken kann. Es bleibt offen, ob ein allgemeines Überwachungsregime in der Entsprechung grundrechtlicher Freiheitswahrnehmung<sup>68</sup> für die Kontrolle arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung adäquat ist (in dieser Richtung aber Huber 2008, § 45).

65 Sehr weit Fehling 2004, S. 470: „Im Gegensatz zur rein intuitiven Abwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung ist die Kosten-Nutzen-Analyse ein lernfähiges methodisches System.“

66 Am Beispiel der TK-Regulierung Ladeur 2000, S. 57 ff. Dabei geht es um mehr als ein Risikomanagement, richtig I. Spiecker gen. Döhmman 2004, S. 76 f., 83 ff. und allg. Somek 2006.

67 Darauf hat bereits Gallwas 1971, S. 211 und erneuernd ders. 2003, S. 336 f. hingewiesen. Zur Vielschichtigkeit des Kontrollbegriffs Kahl 2008, § 47.

68 Gröschner 1992, S. 52: „Aufsicht ist Selbstverwaltungskorrelat, Überwachung Freiheitskorrelat“.

Dies hängt vom Sachbereich ab. Schon die Regulierungsaufsicht kann die „Einwirkungsaufsicht“ (Kahl 2000, S. 386 ff.) nicht immer zur Gänze verdrängen. Das gilt jedenfalls dort, wo eine vollständige Aufgabenprivatisierung nicht stattgefunden hat und Gewährleistungspflichten öffentliche Eigentümerbefugnisse konkretisieren. Der Kontrollbegriff franst aus und wird typologisch aufgefächert, wobei der Differenzierungsbedarf kaum auf die Ordnungsmaxime der Trennung von Staat und Gesellschaft zurückbezogen werden kann. Hervorzuheben sind etwa der Ausbau der Eigenüberwachung und die Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure in die Fremdüberwachung einerseits, die organisatorische Verselbständigung der Aufsicht führenden Verwaltungseinheiten durch Regulierungsbehörden wie die Bundesnetzagentur andererseits. Ergänzend und diese Aufsichtsstrukturen gewissermaßen verklammernd treten Kommunikationspflichten hinzu.

#### **d) Konfliktbewältigung durch Gewährleistungsrecht**

Knapp sei auf die Konfliktbewältigung durch Gewährleistungsrecht (Hoffmann-Riem 2006) eingegangen. Zunächst gilt es zu betonen, dass der Wandel des modernen Staates das vertragliche Handeln der Verwaltung stärkt. Die Vertragsgestaltung unter der Sicherung behördlicher Einfluss- und Kontrollrechte dürfte ein wesentliches Kriterium guter Verwaltung sein, wenn es darüber gelingt, der Behörde den Erhalt einer Wissensbasis zu ermöglichen, die sie zur effektiven Wahrnehmung der Gewährleistungsverantwortung benötigt. Insoweit ist Dritten eine Verfahrensposition zuzusprechen, die es ihnen erlaubt, frühzeitig Einwände gegen die Wirksamkeit einer Vertragslösung zu formulieren. Allerdings dürfte dem Schutz der Rechte durch ein Interessenmanagement der Behörde – gegebenenfalls unter Einschluss eines privaten Konfliktmittlers – angemessener als durch das rigide Zustimmungserfordernis des § 58 Abs. 1 VwVfG begegnet werden können. Auf dieser Linie würde es liegen, die Einwände von Drittbetroffenen speziellen Präklusionsregeln zu unterwerfen (Voßkuhle 2003, S. 318 f.).

Allerdings bleibt eine Publizierung der Regelungsstrukturen nicht unproblematisch. So ist zumindest in Teilen des Umwelt- und Technikrechts der ordnungsrechtliche Ausschluss zivilrechtlicher Abwehransprüche in jüngerer Zeit als ein Hindernis für innovative Lösungen betrachtet worden. Allein die Erklärung zur Staatsaufgabe gewährleistet noch keine Problemlösung, zumal deren Effektivität vielfach von nicht erzwingbaren Verhaltensmustern der Gesellschaft abhängt, die gegebenenfalls besser im Privatrecht und deren Anreizwirkungen zu verarbeiten sind (näher Kloepfer 2002, S. 17 ff.). Das wirft die Frage auf, ob einer Entstaatlichung der Konfliktschlichtung nicht langfristig eine Vergesellschaftung des Grundrechtsschutzes korrespondieren müsste. Wenn und weil die Privatrechtsform für die Grundrechtsfähigkeit der Person spricht, schließt dies die Grundrechtsbindung „einer anderen Person“ nicht aus. Ob das eine Zurechnung zum Staat verlangt, müsste unter dem Strukturgewährleistungsrecht erst begründet werden (Franzius 2008a). Allerdings wird der Regelungsbedarf nicht allein durch die Grundrechte gesteuert. Unabhängig davon, ob eine übergreifende Regelung der Netzregulierung

oder des Gewährleistungsvertrags in Rede steht: Der Gewährleistungsstaat erfordert ein Nachdenken über die auf europäische Lösungen auszurichtende Regelungstiefe.

#### IV. Reservefunktion des Staates?

Gewährleistungsrecht thematisiert den Wandel von der unmittelbaren Gemeinwohlbe-  
wirkung zur durch mittelbare Einwirkungen steuernden Gemeinwohlsicherung. Daran  
schließt die Frage an, ob dieser Wandel im klassischen Instrumentarium der institutionel-  
len Spielregeln des politischen Prozesses und der Implementation seiner Ergebnisse noch  
zutreffend abgebildet wird.<sup>69</sup> Dem öffentlichen Gewährleistungsrecht (Begrifflichkeit:  
Schoch 2007, S. 207) muss es darum gehen, die Zurückdrängung von Erfüllungsverant-  
wortung prospektiv aufzufangen und vorgreiflich abzusichern. Ob die privaten Leis-  
tungserbringer unter der behördlichen Aufsicht die gesetzlich vorgeschriebenen oder ver-  
traglich vereinbarten Ziele dauerhaft erfüllen, bleibt notwendig unsicher. Das wirft die  
Frage nach der Reservefunktion des Staates (Waldhoff 2002) durch Rückholoptionen auf.  
Ob es ein „Gewährleisten durch Zurückholen“ (Wollenschläger 2006, S. 141) geben  
kann, ist aus mehreren Gründen zweifelhaft. Zunächst mag in einer theoretischen Per-  
spektive der staatliche Bezugspunkt in Frage gestellt werden können. Natürlich können  
die Privatisierungsziele verfehlt werden und ein Fall gesellschaftlicher Schlechterfüllung  
vorliegen. Einer Aufgabenrückholung dürften auch nicht immer subjektive Rechte der  
Leistungsanbieter erfolgreich entgegengestellt werden können. Aber Nachsteuerungs-  
instrumente verlangen in der Regel eine gesetzliche Grundlage, worüber die Bewältigung  
der Interessenkonflikte zwischen dem Leistungsanbieter und dem Leistungsempfänger zu  
strukturieren ist. Vielfach reicht das Regelungsbedürfnis weiter und kann eine staatliche  
Ersatzvornahme nahelegen. Das hat beispielsweise das – nicht in Kraft getretene – Flugs-  
sicherungsgesetz innerhalb eines ausgeprägten Rückholregimes getan, wengleich die ge-  
sellschaftsrechtlichen Ingerenzrechte deutlicher akzentuiert hätten werden können.<sup>70</sup>

Der abstrakte Verstaatlichungsverdacht erscheint in der Regel unbegründet. Wo der Ge-  
setzgeber auf Selbstregulierung setzt, kann und darf das kein *anything goes* bedeuten,  
zumal der Ruf nach gesetzlichen Regelungen oft gerade von denen kommt, die zuvor die-  
se abgelehnt haben (Zypries 2007). Und es ist auch nicht so, dass eine hoheitliche Reser-  
vefunktion stets strangulierend wirkt. Die Aussicht auf Nachsteuerung kann die privaten  
Akteure entlasten, aber auch stimulieren, es nicht darauf ankommen zu lassen (Hoff-  
mann-Riem 2005, S. 101). Naturgemäß gehen die Einschätzungen darüber, was der Staat  
an eigenen Kräften überhaupt reaktivieren kann, wenn er eine Sache aus der Hand gege-  
ben hat, auseinander. Nicht immer bieten sich duale Leistungsstrukturen wie im Rund-

69 Darauf weist mit Recht Trute 2002, S. 331 im Anschluss an Offe 2001, S. 486 hin.

70 Auf die fehlende Kompatibilität mit dem Gesellschaftsrecht zur Durchsetzung effektiver Kontroll- und Steue-  
rungsrechte des Bundes stellt Schoch 2006, S. 49 ff. („praktisch jederzeit durchsetzbarer Bundeswille“) im An-  
schluss an BremStGH, NVwZ 2003, 81 (84) ab. Der Hinweis auf einen Letztentscheidungswillen – welcher In-  
stanz auch immer – erscheint freilich nicht unproblematisch und provoziert die historisch belastete Frage nach  
dem Hüter der Verfassung. Dass es auch anders geht, zeigte die juristische Bewältigung der auflösungsgerich-  
teten Vertrauensfrage unter Beteiligung mehrerer Staatsorgane, BVerfGE 114, 121 (149 ff.).

funk an, die aus dieser Sicht das Problem des Wissenserhalts entschärfen.<sup>71</sup> Normativ ist aber im Einzelfall zu klären, ob die Gewährleistungsverantwortung, soweit sie besteht, auch effektive Rückholoptionen für den Fall gesellschaftlicher Schlechterfüllung beinhaltet.

Das Problem wird durchaus gesehen und häufig dahingehend beantwortet, dass der Gewährleistungsstaat die Erfüllungsverantwortung nicht restlos verdränge, sondern mit der Aktivierung der Gewährleistungsverantwortung in eine residuale Auffangverantwortung verwandele. Hierfür wird die Sprache des Fußballs bemüht. Schuppert sieht den Staat als Spieler auf der Reservebank. Er werde eingewechselt, wenn das Spiel nicht richtig läuft (Schuppert 2003, S. 291; Hoffmann-Riem 2005, S. 96 f.). Spieler dürfen sich aber nicht selbst einwechseln und so wird man den Trainer gewissermaßen im Recht zu sehen haben (Franzius 2005, S. 56). Das erfordert einen gewissen Weitblick und es bleibt zweifelhaft, ob dem Staat, der vielleicht nicht ohne Grund auf der Bank saß, von rechtlicher Seite das erforderliche Wissen und die politische Kraft zugetraut werden kann, das Spiel nach einem längeren Zeitraum der Abstinenz wieder umzudrehen (Schoch 2006, S. 57).

Vielleicht liegt hier das eigentliche, wenngleich schmale Ergebnis. Statt in eine unsichere Zukunft des Staates zu treten, der, nachdem er jeden Zauber verloren hat, wieder vermisst wird (Möllers 2008b), sollten relativ harte Strukturen des Rechts dafür sorgen, dass er sich nicht ungewollt verabschiedet und damit niemandem dient.<sup>72</sup> Gewährleistungsrecht kann und muss dann auch Grenzen formulieren, welche der Verflüssigung echter Erfüllungspflichten vorzubeugen helfen. Den Privatisierungselan hat die Verwaltung längst verloren, das Verwaltungsrecht muss nachziehen.

## Abstract

*Claudio Franzius; Ensuring Law as Administrative Law*

*Ensuring Law; European Union; Privatization; Public Procurement and State Aid Law; Public Services; State and Law*

*In addition to the aspects of administrative law related to state interference and state provision a new dimension of ensuring law is emerging. Public ensuring law is concerned with the challenges resulting from the increasing liberalization of the market. Yet it does not correspond merely to the idea of the state as a potent steering actor. Rather, complementing the administrative law regime of state interference and the welfare state regime of state provision must guard against naïve governance expecting more from the state in the future than the present legal order can provide.*

---

71 Womit über die Entwicklungsgarantie der „staatlichen Säule“ nichts gesagt ist, dazu ohne Rückgriff auf die Gewährleistungssemantik BVerfG, NVwZ 2007, 1287.

72 Zum renvoi an gesellschaftliche Normalitätserwartungen Ladeur/Viellechner 2008, S. 56 ff. Das schränkt das „reine“ Verständnis von Normativität ein und kann hier als Wiederentdeckung des Staates gelesen werden.

## Literaturverzeichnis

- Bachmann, Gregor (2006), *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen.
- Baquero Cruz, Pedro (2005), *Beyond Competition: Services of General Interest and European Community Law*, in: *EU Law and the Welfare State*, edited by Gráinne de Búrca, Oxford, pp. 169-212.
- Battis, Ulrich und Jens Kersten (2005), *Die Deutsche Bahn AG als staatliches Wirtschaftsunternehmen zwischen Grundrechtsverpflichtung, Gemeinwohlaufrag und Wettbewerb*, in: *Wirtschaft und Wettbewerb*, 55. Jg., Heft 5, S. 493-501.
- Bauer, Stefan (2006), *Rechtssicherheit bei der Finanzierung gemeinwirtschaftlicher Leistungen? Zum Verhältnis zwischen Art. 87 I EG und Art. 86 II EG nach der Altmark-Entscheidung des EuGH*, in: *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 19. Jg., Heft 1, S. 7-11.
- Baumeister, Hubertus und Daniela Klinger (2005), *Perspektiven des Vergaberechts im straßengebundenen ÖPNV durch die Novellierung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69*, in: *Neue Zeitschrift für Baurecht*, 6. Jg., Heft 11, S. 601-609.
- Benz, Arthur (1994), *Kooperative Verwaltung*, Baden-Baden.
- Biondi, Andrea, Piet Eeckhout and James Flynn (2004), *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford.
- Boysen, Sigrid und Mathias Neukirchen (2007), *Europäisches Beihilfenrecht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge*, Baden-Baden.
- Britz, Gabriele (2004), „Kommunale Gewährleistungsverantwortung“ – Ein allgemeines Element des Regulierungsrechts in Europa?, in: *Die Verwaltung*, 36. Jg., Heft 2, S. 145-164.
- Britz, Gabriele (2005), *Finanzielle Direkthilfen für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse*, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 169. Jg., Heft 3, S. 370-403.
- Bullinger, Martin (2003), *Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge*, in: *Juristen-Zeitung*, 58. Jg., Heft 12, S. 597-604.
- Bultmann, Piet (2004), *Beihilfenrecht und Vergaberecht*, Tübingen.
- Burgi, Martin (1999), *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen.
- Burgi, Martin (2001), *Der Beliehene – Ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht*, in: *FS Hartmut Maurer*, München, S. 581-594.
- Burgi, Martin (2003), *Die Ausschreibungsverwaltung*, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 118. Jg., Heft 15, S. 949-958.
- Burgi, Martin (2005), *Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen: Verfahren, Vergabekriterien, Rechtsschutz*, in: *Neue Zeitschrift für Baurecht*, 6. Jg., Heft 11, S. 610-617.
- Burgi, Martin (2006), *Privatisierung*, in: *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 4, 3. Aufl., hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Heidelberg, § 75.
- Burgi, Martin (2007), *Von der Zweistufenlehre zur Dreiteilung des Rechtsschutzes im Vergaberecht*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 26. Jg., Heft 7, S. 737-742.
- Calliess, Graf-Peter (1999), *Prozedurales Recht*, Baden-Baden.
- Collin, Peter und Thomas Horstmann (2004), *Das Wissen des Staates*, Baden-Baden.
- Colneric, Ninon (2005), *Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*, in: *FS Manfred Zuleeg*, Baden-Baden, S. 429-438.
- Crass, Norman (2004), *Der öffentliche Auftraggeber*, Baden-Baden.
- David, Antje (2005), *Inspektionen als Instrument der Vollzugskontrolle im Europäischen Verwaltungsverbund*, in: *Der Europäische Verwaltungsverbund*, hrsg. von Eberhard Schmidt-Aßmann und Bettina Schöndorf-Haubold, Tübingen, S. 237-264.
- Demsetz, Harold (1968), *Why Regulate Utilities?*, in: *Journal of Law and Economics*, vol. 11, no. 1, pp. 55-65.
- Di Fabio, Udo (1997), *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 56. Jg., S. 235-282.
- Di Fabio, Udo (1999), *Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe*, in: *Juristen-Zeitung*, 54. Jg., Heft 12, S. 585-592.
- Dörr, Oliver (2005), *Infrastrukturförderung (nur) nach Ausschreibung?*, in: *Neue Zeitschrift für Baurecht*, 6. Jg., Heft 11, S. 617-623.
- Droege, Michael (2006), *Bundeseigenverwaltung durch Private?*, in: *Die Öffentliche Verwaltung*, 59. Jg., Heft 20, S. 861-867.
- Eifert, Martin (2001), *Regulierte Selbstregulierung und die lernende Verwaltung*, in: *Die Verwaltung*, Beiheft 4, S. 137-157.
- Eifert, Martin (2006), *Regulierungsstrategien*, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 19.
- Eifert, Martin (2006a), *Die geteilte Kontrolle. Die Beteiligung Privater an der Rechtsverwirklichung*, in: *Die Verwaltung*, 39. Jg., Heft 3, S. 309-334.
- Fehling, Michael (2004), *Kosten-Nutzen-Analysen als Maßstab für Verwaltungsentscheidungen*, in: *Verwaltungsarchiv*, 95. Jg., Heft 4, S. 443-470.

- Fehling, Michael und Katja M. Niehnus (2008), Der europäische Fahrplan für einen kontrollierten Ausschreibungswettbewerb im ÖPNV, in: *Die Öffentliche Verwaltung*, 61. Jg., Heft 16, S. 662-670.
- Fischer-Lescano, Andreas (2008), Transnationales Verwaltungsrecht, *Juristen-Zeitung*, 63. Jg., Heft 8, S. 373-383.
- Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner (2006), *Regime-Kollisionen*, Frankfurt a. M.
- Franzius, Claudio (2001), Technikermöglichkeitsrecht, in: *Die Verwaltung*, 34. Jg., Heft 4, S. 487-516.
- Franzius, Claudio (2005), Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 53-61.
- Franzius, Claudio (2006), Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle München, § 4.
- Franzius, Claudio (2006a), Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungswissenschaft, in: *Die Verwaltung*, 39. Jg., Heft 3, S. 335-371.
- Franzius, Claudio (2006b), Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, in: *Der Staat*, 45. Jg., Heft 4, S. 547-581.
- Franzius, Claudio (2008), Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen, Tübingen (i. V.).
- Franzius, Claudio (2008a), Horizontalisierung als Governance-Struktur, in: *Governance als Prozess*, hrsg. von Sebastian Botzem, Jeanette Hofmann, Sigrid Quack, Gunnar Folke Schuppert und Holger Straßheim, Baden-Baden (i. V.).
- Gallwas, Hans-Ullrich (1971), Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 29. Jg., S. 211-233.
- Giddens, Anthony (2003), Neoprogessivism: A New Agenda for Social Democracy, in: *The Progressive Manifesto*, edited by Anthony Giddens, Oxford, pp. 1-34.
- Götz, Volkmar (2001), Die Betrauung mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (Art. 86 Abs. 2 EG) als Akt der öffentlichen Gewalt, in: *FS Hartmut Maurer*, München, S. 921-933.
- Gröschner, Ralf (1992), Das Überwachungsrechtsverhältnis, Tübingen.
- Gromnicka, Ewa (2005), Services of General Economic Interest in the State Aids Regime: Proceduralisation of Political Choices, in: *European Public Law*, vol. 11, no. 4, pp. 429-461.
- Groß, Thomas (2002), Was bedeutet Fachaufsicht?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 117. Jg., Heft 11, S. 793-800.
- Gusy, Christoph (2000), Der Wandel präventiver Schutzgewährung in der staatlichen Finanzkrise, in: *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem und Eberhard Schmidt-Aßmann, Baden-Baden, S. 175-203.
- Heintzen, Markus (2003), Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 62. Jg., S. 222-265.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2005), Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, 130. Jg., Heft 1, S. 5-70.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2005a), Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 89-108.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang (2006), Gewährleistungsrecht und Gewährleistungsrechtsprechung am Beispiel regulierter Selbstregulierung, in: *FS Reiner Schmidt*, München, S. 447-466.
- Huber, Peter M. (2008), Überwachung, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem und Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 45 (i. V.).
- Huster, Stefan (2003), Die Beobachtungspflicht des Gesetzgebers. Ein neues Instrument zur verfassungsrechtlichen Bewältigung des sozialen Wandels?, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 24. Jg., Heft 1, S. 3-26.
- Immenga, Ulrich, Natalie Lübben und Hans-Peter Schwintowski (2007), *PPP – Moving Ahead. Neue Anwendungsbereiche für öffentlich-private Kooperationen*, Baden-Baden.
- Jennert, Carsten (2005), *Zum Verhältnis von europäischem Beihilfenrecht und mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge*, Berlin.
- Jestaedt, Matthias (2006), *Das mag in der Theorie richtig sein ...*, Tübingen.
- Joerges, Christian (2007), Europarecht als ein Kollisionsrecht neuen Typs: Wie eine europäische unitas in pluralitate verfasst werden kann, in: *FS Eckard Reh binder*, Berlin, S. 719-747.
- Joerges, Christian (2008), Integration durch Entrechtlichung?, in: *Governance in einer sich wandelnden Welt*, PVS Sonderheft 41, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn, Wiesbaden, S. 213-237.
- Kämmerer, Jörn Axel (2001), *Privatisierung*, Tübingen.
- Kämmerer, Jörn Axel (2004), Strategien zur Daseinsvorsorge, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23. Jg., Heft 1, S. 28-34.
- Kahl, Wolfgang (2000), *Die Staatsaufsicht*, Tübingen.
- Kahl, Wolfgang (2008), Begriff, Funktionen und Konzepte von Kontrolle, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 3, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 47 (i. V.).
- Kaufmann, Franz-Xaver (1994), *Diskurse über Staatsaufgaben*, in: *Staatsaufgaben*, hrsg. von Dieter Grimm, Baden-Baden, S. 15-41.

- Kirchhof, Gregor (2007), Rechtsfolgen der Privatisierung, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 132. Jg., Heft 2, S. 215-256.
- Kloepfer, Michael (2002), *Technik und Recht im wechselseitigen Werden*, Berlin.
- Kloepfer, Michael (2004), *Umweltrecht*, 3. Aufl., München.
- Knauff, Matthias (2004), *Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge*, Berlin.
- Koenig, Christian und Jürgen Kühling (2002), Totgesagte Vorschriften leben länger, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 166. Jg., Heft 6, S. 656-684.
- Koenig, Christian und Jürgen Kühling (2003), Art. 86, in: *EUV/EGV*, hrsg. von Rudolf Streinz, München.
- Krajewski, Markus (2008), *The changing framework of public services in Europe (i. V.)*.
- Ladeur, Karl-Heinz (1998), Die liberale Rechtsordnung und die Institutionalisierung des Zwangs zur Selbsterneuerung der Gesellschaft, in: *Rechtswissenschaftliche Innovationsforschung*, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem und Jens-Peter Schneider, Baden-Baden, S. 40-59.
- Ladeur, Karl-Heinz (2000), Innovation der Telekommunikation durch Regulierung, in: *Innovation und Telekommunikation*, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden, S. 57-76.
- Ladeur, Karl-Heinz und Lars Viellechner (2008), Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte, in: *Archiv des Völkerrechts*, 46. Jg., Heft 1, S. 42-73.
- Lege, Joachim (2005), Die Akkreditierung von Studiengängen, in: *Juristen-Zeitung*, 60. Jg., Heft 14, S. 698-707.
- Lévi-Strauss, Claude (1968), *Das wilde Denken*, 1. Aufl., Frankfurt a. M.
- Libbe, Jens und Jan Hendrik Trapp und Stephan Tomerius (2004), Gemeinwohlsicherung als Herausforderung. Umweltpolitisches Handeln in der Gewährleistungskommune, Baden-Baden.
- Linder, Christian (2004), *Daseinsvorsorge in der Verfassungsordnung der Europäischen Union*, Köln.
- Lobel, Orly (2004), The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, in: *Minnesota Law Review*, vol. 89, no. 2, pp. 263-390.
- Masing, Johannes (2003), Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts, in: *Die Verwaltung*, 36. Jg., Heft 1, S. 1-32.
- Masing, Johannes (2004), Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung. Alternativen der Verantwortungsübertragung am Beispiel der Privatisierungsdiskussion zur Wasserversorgung, in: *Verwaltungsarchiv*, 95. Jg., Heft 2, S. 151-171.
- Masing, Johannes (2004a), Die Verfolgung öffentlicher Interessen durch Teilnahme des Staates am Wirtschaftsverkehr. Eine deutsche Perspektive, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, 31. Jg., Heft 13-15, S. 395-403.
- Meyer, Nina (2002), *Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung*, Baden-Baden.
- Möllers, Christoph (2008), *Die drei Gewalten*, Manuskript, Berlin.
- Möllers, Christoph (2008a), Die Governance-Konstellation; Transnationale Beobachtung durch öffentliches Recht, in: *Governance in einer sich wandelnden Welt*, PVS Sonderheft 41, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn, Wiesbaden, S. 238-258.
- Möllers, Christoph (2008b), *Der vermißte Staat*, Frankfurt a. M.
- Möllers, Christoph (2008c), *Demokratie - Zumutungen und Versprechen*, Berlin.
- Mouffe, Chantal (2007), *Über das Politische*, Frankfurt a. M.
- Müller, Georg (2001), Rechtssetzung im Gewährleistungsstaat, in: *FS Hartmut Maurer*, München, S. 227-237.
- Nettesheim, Martin (2002), Europäische Beihilfenaufsicht und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 13. Jg., Heft 8, S. 253-263.
- Nettesheim, Martin (2007), Die Dienstleistungskonzession. Privates Unternehmertum in Gemeinwohlverantwortung, in: *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 18. Jg., Heft 4, S. 145-154.
- Pernice, Ingolf und Stephan Wernicke (2003), Art. 86, in: *Das Recht der Europäischen Union*, hrsg. von Eberhard Grabitz und Meinhard Hilf, München.
- Pöcker, Markus und Jens Michel (2006), Vergaberecht und Organisation der öffentlichen Verwaltung. Vom Formalismus der juristischen Person zur Anpassung an sich verändernde Handlungs- und Organisationsrationalitäten, in: *Die Öffentliche Verwaltung*, 59. Jg., Heft 11, S. 445-453.
- Pietzcker, Jost (2007), Grenzen des Vergaberechts, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 26. Jg., Heft 11, S. 1225-1232.
- Proeller, Isabella und Kuno Schedler (2005), Verwaltung im Gewährleistungsstaat, in: *Handbuch zur Verwaltungsreform*, 3. Aufl., hrsg. von Bernhard Blanke, Stephan von Bandemer, Frank Nullmeier und Götztrik Wewer, Wiesbaden, S. 94-100.
- Pünder, Hermann (2006), Zertifizierung und Akkreditierung – private Qualitätskontrolle unter staatlicher Gewährleistungsverantwortung, in: *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht*, 170. Jg., Heft 5, S. 567-598.
- Pünder, Hermann und Ingo Franzius (2006), Auftragsvergabe im wettbewerblichen Dialog, in: *Zeitschrift für Baurecht*, 29. Jg., Heft 1, S. 20-25.
- Offe, Claus (2001), Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?, in: *FS Jürgen Habermas*, Frankfurt a. M., S. 459-488.
- Otting, Olaf und Carolina Scheps (2008), Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen nach der neuen Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 27. Jg., Heft 5, S. 499-506.
- Reimer, Franz (2006), Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 9.

- Rodi, Michael (2004), Die Beihilfeaufsicht zwischen nationaler Autonomie und europäischer Metakompetenz, in: FS Peter Selmer, Berlin, S. 479-498.
- Röhl, Hans Christian (2000), Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, Berlin.
- Röhl, Hans Christian (2006), Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, in: Juristen-Zeitung, 61. Jg., Heft 17, S. 831-839.
- Röhl, Hans Christian (2006a), Verantwortung und Effizienz im Mehrebenensystem, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 121. Jg., Heft 17, S. 1070-1079.
- Ruhland, Bettina (2006), Die Dienstleistungskonzession, Baden-Baden.
- Sabel, Charles F. and Jonathan Zeitlin (2008), Learning from Difference: The New Architecture of Experimentalist Governance in the EU, in: European Law Journal, vol. 14, no. 3, pp. 271-327.
- Scheel, Kurt-Christian (1999), Benannte Stellen: Beliehene als Instrument für die Verwirklichung des Binnenmarkts, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 114. Jg., Heft 7, S. 442-448.
- Schepel, Harm (2002), Delegation of Regulatory Powers to Private Parties under EC Competition Law: Towards an Procedural Public Interest Test, in: Common Market Law Review, vol. 39, no. 1, pp. 31-51.
- Schenke, Ralf Peter und Stefan Klimpel (2006), Verhandlungsverfahren versus wettbewerblicher Dialog: Neuere Entwicklungen im Vergaberecht Öffentlich Privater Partnerschaften (ÖPP)/Public Private Partnership (PPP), in: Deutsches Verwaltungsblatt, 121. Jg., Heft 23, S. 1492-1497.
- Scherzberg, Arno (2004), Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 63. Jg., S. 214-263.
- Schmidt am Busch, Birgit (2007), Die Beleihung – ein Rechtsinstitut im Wandel, in: Die Öffentliche Verwaltung, 60. Jg., Heft 13, S. 533-542.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2001), Verwaltungskontrolle, in: Verwaltungskontrolle, hrsg. von Eberhard Schmidt-Aßmann und Wolfgang Hoffmann-Riem, Baden-Baden, S. 9-44.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard (2004), Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin.
- Schmidt-Aßmann, Eberhard und Karl-Peter Dolde (2005), Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht: Verfassungsrechtliche Grundlagen, Liberalisierung und Regulierung, öffentliche Unternehmen, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Beiheft 73.
- Schmidt-Preuß, Matthias (1997), Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 56. Jg., S. 160-234.
- Schneider, Jens-Peter (2000), Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 115. Jg., Heft 17, S. 1250-1260.
- Schneider, Jens-Peter (2005), Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, in: Europarecht, Beiheft 2, S. 141-153.
- Schoch, Friedrich (2006), Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, in: Die Verwaltung, Beiheft 6.
- Schoch, Friedrich (2007), Gemeinsamkeiten und Unterschiede von Verwaltungsrechtslehre und Staatsrechtslehre, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, hrsg. von Helmuth Schulze-Fielitz, in: Die Verwaltung, Beiheft 7, S. 177-210.
- Schoch, Friedrich (2008), Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 27. Jg., Heft 3, S. 241-247.
- Schöndorf-Haubold, Bettina (2007), Netzwerke in der deutschen und europäischen Sicherheitsarchitektur, in: Netzwerke, hrsg. von Sigrid Boysen, Ferry Bühring, Claudio Franzius, Tobias Herbst, Anita Kreutz, Kai von Lewinski, Florian Meinel, Jakob Nolte und Sabrina Schönrock, Baden-Baden, S. 149-171.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (2006), Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 12.
- Schulze-Fielitz, Helmuth (2007), Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: Staatsrechtslehre als Wissenschaft, hrsg. von Helmuth Schulze-Fielitz, in: Die Verwaltung, Beiheft 7, S. 11-47.
- Schuppert, Gunnar Folke (1993), Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 65-114.
- Schuppert, Gunnar Folke (1999), Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht, in: Jenseits von Privatisierung und "schlankem" Staat, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 299-329.
- Schuppert, Gunnar Folke (2000), Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden.
- Schuppert, Gunnar Folke (2003), Staatswissenschaft, Baden-Baden.
- Schuppert, Gunnar Folke (2004), Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, in: FS Klaus König, Berlin, S. 287-294.
- Schuppert, Gunnar Folke (2005), Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, in: Governance-Forschung, 1. Aufl., hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 371-469.

- Schuppert, Gunnar Folke (2006), Verwaltung und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 16.
- Söbbeke, Markus (2006), In-house quo vadis?: Zur Konzeption des Kontrollerfordernisses bei vergabefreien Eigengeschäften nach den EuGH-Urteilen „Stadt Halle“ und „Carbotermo“, in: Die Öffentliche Verwaltung, 59. Jg., Heft 23, S. 996-1000.
- Somek, Alexander (2006), Rechtliches Wissen, Frankfurt a. M.
- Spiecker gen. Döhmman, Indra (2004), Staatliche Entscheidungen unter Unsicherheit, in: Recht und Ökonomik, hrsg. von Marc Bungenberg, Stefan Danz, Helge Heinrich, Olaf Hünemörder, Christian Schmidt, Romy Schroeder, Ariane Sickert und Frank Unkroth, Baden-Baden, S. 61-89.
- Steinberg, Philipp (2005), Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, Baden-Baden.
- Storr, Stefan (2001), Der Staat als Unternehmer, Tübingen.
- Trute, Hans-Heinrich (1999), Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation. Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung, in: Umwelt- und Technikrecht, 48. Jg., S. 13-52.
- Trute, Hans-Heinrich (1999), Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichen und privatem Sektor, in: Zwischen Privatisierung und „schlankem“ Staat, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 13-45.
- Trute, Hans-Heinrich (2002), Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert und Friedhelm Neidhardt, Berlin, S. 329-347.
- Trute, Hans-Heinrich (2006), Wissenschaft und Technik, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl., hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Heidelberg, § 88.
- Vesting, Thomas (2000), Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations- und Wissensgesellschaft“, in: Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem und Eberhard Schmidt-Aßmann, Baden-Baden, S. 101-131.
- Volkman, Uwe (2008), Gute polickey oder Das Recht als Vehikel der Mehrheitsmoral, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. April 2008, Nr. 100, S. 9.
- Voßkuhle, Andreas (1999), Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert, Baden-Baden, S. 47-90.
- Voßkuhle, Andreas (2002), Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren, in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem und Eberhard Schmidt-Aßmann, Baden-Baden, S. 277-347.
- Voßkuhle, Andreas (2003), Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 62. Jg., S. 266-328.
- Voßkuhle, Andreas (2005), Sachverständige Beratung des Staates, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 3. Aufl., hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Heidelberg, § 43.
- Voßkuhle, Andreas (2006), Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 1.
- Voßkuhle, Andreas (2006a), Ist das öffentliche Wirtschaftsrecht moralisch?, in: FS Reiner Schmidt, München, S. 609-626.
- Voßkuhle, Andreas (2008), Personal, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 3, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, München, § 43 (i. V.).
- Voßkuhle, Andreas (2008a), Das Konzept des rationalen Staates, in: Governance in und durch Wissen, hrsg. von Gunnar Folke Schuppert und Andreas Voßkuhle, Baden-Baden, S. 13-32.
- Wahl, Rainer (2006), Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, Berlin.
- Waldhoff, Christian (2002), Der Verwaltungszwang, Münchener Habilitationsschrift.
- Weber, Beate (2006), Competition, Co-operation and Conflict in the Field of Public Services, in: Public Administration and Private Enterprise: Co-operation, Competition and Regulation, edited by International Institute of Administrative Sciences, Berlin, S. 18-21.
- Weisel, Klaus (2003), Das Verhältnis von Privatisierung und Beileihung, Baden-Baden.
- Willke, Helmut (1997), Supervision des Staates, Frankfurt a. M.
- Willke, Helmut (2002), Dystopia. Studien zur Krisis des Wissens in der modernen Gesellschaft, Frankfurt a. M.
- Winter, Jan A. (2004), Re(de)fining the Notion of State Aid in Article 81 (1) of the EC Treaty, in: Common Market Law Review, vol. 41, no. 4, pp. 475-504.
- Wissenschaftlicher Beirat der Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft (2007), Ausschreibung oder Direktvergabe öffentlicher Dienstleistungen – Plädoyer für ein Wahlrecht der Gebietskörperschaften, in: Zeitschrift für öffentliche und gemeinwirtschaftliche Unternehmen, 30. Jg., Heft 2, S. 207-229.
- Wollenschläger, Bernward (2006), Effektive staatliche Rückholoptionen bei gesellschaftlicher Schlechterfüllung, Baden-Baden.

- Ziekow, Jan (2006), Public Private Partnership – auf dem Weg zur Formierung einer intermediären Innovationsebene, in: *Verwaltungsarchiv*, 97. Jg., Heft 4, S. 626-638.
- Zypries, Brigitte (2007), *Fabrikation von Recht*, Humboldt Forum Recht 6/2007, Berlin.