

Vortrag Peking, VR China, 20./21. Mai 2006, Chinesisch-Deutsches Wissenschaftszentrum (CDWZ), Fachtagung der chinesischen Deutschlandjuristen („Alumnitreffen Beijing“), Veranstalter: Alexander von Humboldt-Stiftung, Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD), Friedrich-Ebert-Stiftung, Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Hanns-Seidel-Stiftung, InWEnt, Konrad-Adenauer-Stiftung:

**„Die Bedeutung des Verwaltungsrechts für die Gesellschaft“**

mit BM Brigitte Zypries, Berlin, Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Battis, Berlin, VPBVerwG Marion Eckertz-Höfer, Leipzig, Prof. Dr. GAO Xujun, Shanghai, RA Dr. Reiner Geulen, Berlin, Prof. Dr. JI Tao, Hangzhou, Dr. LIU Suhua, Beijing, VRiVG Prof. Dr. Ulrich Ramsauer, Hamburg, Prof. Dr. SHAO Jiandong, Nanjing, Prof. SUN Jun, Xiamen, Prof. WANG Chengyi, Shenzhen, Prof. WANG Weida, Shanghai, und Prof. Dr. YUE Liling, Beijing.

**Abschied vom Obrigkeitsstaat: Kooperation zwischen Verwaltung und Bürger**

Der Begriff „Obrigkeitsstaat“ bezeichnet ursprünglich eine politische Staatsordnung, die die staatliche Führung und eine gesellschaftliche Führungsschicht über das Volk und dessen Beteiligungsmöglichkeiten stellt. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 verstand sich als Grundlage für den Wechsel zum Verfassungs-, Rechts- und Sozialstaat. Das Schlagwort vom „Obrigkeitsstaat“ wird jedoch noch heute in der politischen Diskussion Deutschlands benutzt, um – abhängig vom jeweiligen politischen Standort – als undemokratisch bezeichnete Elemente der Rechtswirklichkeit zu bekämpfen.

In diesem Zusammenhang werden Fragen der **Teilhabe des Einzelnen** an der staatlichen Organisation diskutiert. Zugleich verändert sich das überkommene **Verständnis der Trennung von Staat und Gesellschaft**, der klaren Scheidung von staatlicher Sphäre und gesellschaftlicher Interessen. Danach musste der Staat – auch der demokratisch legitimierte – über der Gesellschaft stehen, um die Rechtsgleichheit aller gegenüber den wirtschaftlichen und sonstigen

Differenzierungen innerhalb der Gesellschaft aufrechtzuerhalten.<sup>1</sup> Zur Darstellung der Veränderung möchte ich auf zwei aktuelle Themen der Rechtsentwicklung in Deutschland, die sich auch in der gesamteuropäischen Diskussion befinden, etwas näher eingehen. Der Bürger, der sich für staatliche Belange interessieren, der Verantwortung übernehmen, der kooperieren soll, muss auch entsprechendes Wissen haben. Als Voraussetzung für Kooperation wird daher auch der Zugang des Bürgers zu amtlichen Informationen angesehen. Hierzu ist Anfang des Jahres ein Bundesgesetz in Kraft getreten.<sup>2</sup>

## I. Informationsfreiheitsgesetz

Der frühere Grundsatz des Aktengeheimnisses hatte sich mit verschiedenen Auskunfts- und Einsichtsregelungen bereits seit langem zu einem **Grundsatz der beschränkten Aktenöffentlichkeit** entwickelt; schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit kann Betroffenen das Recht, Einsicht in die sie betreffenden Behördenakten zu nehmen, grundsätzlich nicht bestritten werden.<sup>3</sup> Der **Ausschluss allgemeinen Zugangs** entsprach durchaus demokratischen Prinzipien; er diene der Sicherung von Unparteilichkeit, entpolitisierender Distanz und Effizienz.<sup>4</sup> Das Leitbild des „aktivierenden Staates“ mit den Prinzipien neue Verantwortungsteilung, mehr Bürgerorientierung, staatliche Vielfalt und effiziente Verwaltung<sup>5</sup> modifiziert dieses Staatsverständnis.<sup>6</sup> Neben das autoritative Handeln des Staates tritt zunehmend eine **konsensorientierte Kooperation** mit dem Bürger,<sup>7</sup> die eine **gleichgewichtige Informationsver-**

---

<sup>1</sup> Forsthoff, VerwR AT, 10. Aufl. 1973, S. 45; vgl. auch Herdegen, in: Blümel (Hrsg.), Ernst Forsthoff, 2003, S. 44. In der früheren DDR wurde der Gegensatz zwischen Staat und Bürger als typisches Merkmal für – dort allemal für überwunden deklarierte – „Ausbeuterordnungen“ angesehen; vgl. Akademie für Staats- und Rechtswissenschaft der DDR (Hrsg.), Verwaltungsrecht, Lehrbuch, 2. Aufl. 1988, S. 19.

<sup>2</sup> Hierzu Schmitz/Jastrow, NVwZ 2005, 984.

<sup>3</sup> Jochum, Verwaltungsverfahrenrecht und Verwaltungsprozeßrecht, 2004, S. 484: Die deutsche Verwaltungsrechtsordnung kennt keinen Grundsatz des Amtsgeheimnisses. Differenzierend („Nichtöffentlichkeit“) auch Masing, VVDStRL 63 (2004), 377, 382.

<sup>4</sup> Vgl. Masing, VVDStRL 63 (2004), 377, 385.

<sup>5</sup> Vgl. Schmitz, NVwZ 2000, 1238, 1241.

<sup>6</sup> Eine „echte Prinzipienwende“ hinsichtlich des Zugangs zu Informationen sieht Schmidt-Preuß, FS Maurer, 2001, S. 777, 798.

<sup>7</sup> Vgl. z. B. zum aktuellen Vorhaben einer Regelung des Kooperationsvertrags im VwVfG Schmitz, DVBl 2005, 17, 21 f. Kritisch zum Begriff der Kooperation zwischen Staat und Gesellschaft Rossen-Stadtfeld, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungskontrolle, 2001, S. 117, 124.

**teilung** erfordert.<sup>8</sup> Der Bürger soll die Aktivitäten des Staates kritisch begleiten, sich mit ihnen auseinandersetzen und versuchen, auf sie Einfluss zu nehmen.<sup>9</sup> Der Gesetzgeber erwartet, dass eine Verbesserung der Informationszugangsrechte – plakativ und unscharf Informationsfreiheit<sup>10</sup> genannt – zugleich demokratische Beteiligungsrechte der Bürger stärkt. Bedenken, den Grundsatz der Vertraulichkeit von Behördenakten zu durchbrechen, hat er als nicht durchschlagend angesehen. Die Bedenken gingen dahin, dass der Informationsanspruch Unbeteiligter zukünftige Verwaltungsverfahren nicht erleichtern wird. Zudem wird das subjektive Rechtssystem tangiert, weil der Anspruch auf Informationszugang gerade nicht im Individualinteresse gewährt wird.<sup>11</sup> Ferner bedeutet das Informationsfreiheitsgesetz einen fundamentalen Wandel für das Wesen der Staatsaufsicht, wenn Behörden nicht mehr allein vom staatlichen System kontrolliert werden, sondern daneben eine parallele Bürgerkontrolle eingerichtet wird.<sup>12</sup>

Nach den Regelungen des neuen Gesetzes hat jeder gegenüber Behörden und Einrichtungen des Bundes auch ohne individuelle Betroffenheit einen Anspruch auf Information. Damit wird auch einem Misstrauen in der Gesellschaft gegenüber staatlichen Institutionen, die manche Bürger wegen ihrer Komplexität als undurchschaubar empfinden, Rechnung getragen. Das Informationsfreiheitsgesetz enthält natürlich auch – notwendige – Einschränkungen: Private, Geschäfts- und Staatsgeheimnisse bleiben geschützt.

Ein weiteres aktuelles Thema ist das der Verlagerung von staatlichen Aufgaben.

---

<sup>8</sup> Kritisch zum Einfluss der Informationsfreiheitsgesetze auf die Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts *Ibler*, FS Brohm, 2002, 405. Eine neue Ausbalancierung des Demokratieprinzips sieht *Masing*, VVDStRL 63 (2004), 377, 394.

<sup>9</sup> So ausdrücklich die Begr. zum IFG in BT-Dr 15/4493 v. 14. 12. 2004, S. 6, unter Bezugnahme auf einen Antrag der Gruppe Bündnis 90/Die Grünen v. 20. 9. 1993.

<sup>10</sup> Informationsfreiheit ist verfassungsrechtlich Teil der Meinungsfreiheit, Art. 5 I GG. Erfasst sind allgemein zugängliche Quellen. Behördenakten sind aber verfassungsrechtlich gerade nicht allgemein zugänglich. Eine verfassungsrechtliche Pflicht zur Schaffung eines IFG besteht nicht. Vgl. hierzu nur *Bethge*, in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2003, Art. 5 Rn. 59a f. (h.M.). Ein subjektives Informationszugangsrecht nimmt wohl nur *Scherzberg*, Die Öffentlichkeit der Verwaltung, 2000, S. 383 u. 403, an, der dabei die Entstehungsgeschichte von Art. 5 GG sowie dessen Merkmal der „Allgemeinzugänglichkeit“ außer Acht lässt; vgl. *Bull*, ZG 2002, 201, 207; *Schoch*, FS Erichsen, 2004, S. 247, 250 f.

<sup>11</sup> Zu den Grundkategorien des deutschen Rechtssystems gehört das subjektive öffentliche Recht. Dabei handelt es sich um die dem Einzelnen kraft öffentlichen Rechts zuerkannte Rechtsmacht, zur Verfolgung eigener Interessen vom Staat ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können. Vgl. nur *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2004, § 8 Rn. 2; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, 2005, § 71 Rn. 1.

<sup>12</sup> Zu den Bedenken ausführlich *Ibler*, FS Brohm, 2002, S. 405, 408 ff.

## II. Kooperationsvertrag

### 1) *Beteiligung Privater an bisher staatlich wahrgenommenen Aufgaben*

Unbefriedigende volkswirtschaftliche Entwicklung und knappe öffentliche Finanzmittel haben eine Diskussion darüber angefacht, wie sich der Staat von bisher wahrgenommenen Aufgaben entlasten kann. Das deutsche Bundesrecht enthält eine Pflicht zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.<sup>13</sup> Für eine Privatisierung wird regelmäßig geltend gemacht, dass die jeweilige Aufgabe, die bisher der Verwaltung oblag, **von Privaten schneller, besser, flexibler und wirtschaftlicher** wahrgenommen werden kann. Der Staat solle Dynamik, Know-how, Effizienz und Initiative der privaten Akteure im Interesse des Gemeinwohls nutzen; in diesem Sinne sei von einem Postulat größtmöglicher Aktivierung selbstregulativer Eigenbeiträge zu sprechen.<sup>14</sup> Vielfach lassen die Bemühungen um Privatisierung ein tiefes Misstrauen gegen Kraft und Fähigkeit von Staat und Verwaltung erkennen oder sind von eigenen wirtschaftlichen Interessen nicht frei.<sup>15</sup> Demgegenüber besorgen **Kritiker** einer Privatisierung, dass die **Zuverlässigkeit der Aufgabenwahrnehmung**, der **Schutz von Drittbetroffenen**, die **Umweltverträglichkeit** der Aufgabenerledigung, die **Sozialverträglichkeit** des Entgelts u. a. nicht gewährleistet seien. Fundamentale Kritik sieht eine allgemein im Staatsverständnis Platz greifende Privatisierung des Öffentlichen. Dadurch werde eine sachorientierte Wahrnehmung staatlicher Aufgaben nicht gefördert, sondern zurückgenommen und die Absage an politische Verantwortung sowie Gemeinwohlgedanken legitimiert.<sup>16</sup> Mit dieser Entwicklung einher geht eine zunehmende Verwendung des Dienstleistungsvokabulars: Der Staat wird zum Servicebetrieb, der Bürger zum Kunden, der Hoheitsakt zur Dienstleistung.<sup>17</sup> Dabei wird übersehen, dass die Pflicht des Beamten, dem ganzen Volk zu dienen,<sup>18</sup> weit mehr ist als das Erbringen von Dienstleistungen im

---

<sup>13</sup> § 7 Abs. 1 Satz 2 BHO. Hierzu auch *Sanden*, Die Verwaltung 38 (2005), 367.

<sup>14</sup> So *Schmidt-Preuß*, DÖV 2001, 45, 49; *ders.*, VVDStRL 56 (1997), 160, 170 f.

<sup>15</sup> Hierzu *Heuer*, DÖV 1995, 85, 86; *Unruh*, DÖV 1997, 653, 654ff.

<sup>16</sup> *Enders*, Der Staat 35 (1996), 351, 387. Differenzierend *Schmidt-Aßmann*, VBIBW 2000, 45, 46 f.: Regulierungsrecht als Ausdruck gegenläufiger Publizierung privatisierter Rechtsgebiete.

<sup>17</sup> Dem haftet etwas vom Ruch des Etikettenschwindels an, so *Bertram*, NJW 1998, 1842, 1843, mit Hinweis auf eine Umfrage, nach der die Erwartungen der Bevölkerung an die staatlichen Amtsträger in folgende Werteskala zu bringen sind: zunächst Unbestechlichkeit, Gleichbehandlung, Gesetzlichkeit, dann erst Raschheit und Freundlichkeit.

<sup>18</sup> § 35 Abs. 1 BRRG.

günstigen Preis-Leistungs-Verhältnis.<sup>19</sup> Dienstleistungs- und Kundenorientierung können den Kommunikations- und Koordinierungsaufwand, Auslagerung öffentlicher Aufgaben die Transaktions- und Überwachungskosten erhöhen und damit neue Bürokratietendenzen entwickeln.<sup>20</sup> Für eine Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben sind also rechtliche Kriterien erforderlich, die einem Gesamtkonzept folgen, für das der Staat verantwortlich ist.<sup>21</sup>

## 2) Grenzen der Privatisierung

Der Begriff Privatisierung umfasst rechtlich verschieden zu bewertende Sachverhalte, auf die hier nicht im Einzelnen eingegangen werden kann.<sup>22</sup> Die begonnene Privatisierung wird einen gravierenden Wandel der Staatsfunktion<sup>23</sup> mit sich bringen. Festzuhalten ist, dass es **Grenzen der Privatisierung** gibt. Bestimmte Staatsaufgaben sind nicht privatisierungsfähig. Dazu zählen die klassischen Staatsaufgaben wie z. B. die Selbstorganisation des Staates und der Justizgewährungsanspruch.<sup>24</sup> Der prinzipiell hoheitliche Charakter der Staatsaufgabe „Gewährleistung der inneren Sicherheit“ ist zwar noch unbestritten. Indes mehren sich Stimmen, die auch hier keine ausschließliche Staatsaufgabe mehr sehen, sondern die Übertragung der Ausübungsverantwortung auf private Sicherheitsunternehmen zulassen wollen, ggfs. im Wege der Beleihung.<sup>25</sup> Bei derartigen Überlegungen wird allerdings nicht klar, wie verhindert werden

---

<sup>19</sup> Ronellenfitsch, DÖV 1999, 705, 708. Entsprechend für den Justizbereich Schoch, VBIBW 2000, 41, 42. Zur Privatisierung im Strafvollzug vgl. Kruis, ZRP 2000, 1; Bonk, JZ 2000, 435.

<sup>20</sup> Vgl. Hill, DÖV 2004, 721, 728.

<sup>21</sup> P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 1 Rn. 108; s. auch Heintzen, VVDStRL 62 (2003), 220, 226 f.

<sup>22</sup> Zusammenstellung der unterschiedlichen Beteiligungstypen bei Wolff/Bachof/Stober Verwaltungsrecht 3, 5. Aufl. 2004, Rn. 10 ff. vor § 90; König, VerwArch 79 (1988), 241; Gramlich, BB 1990, 1493; Stober, NJW 1984, 449; Goerlich/Hegele, in: Stober (Hrsg.), Handbuch des sächsischen Staats- und Verwaltungsrechts, 1996, § 3 Rn. 35 ff.; Gusy, DÖV 1984, 872; v. Heimburg, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982; Peine, DÖV 1997, 353, 354 f.; kritisch: Ehlers, JZ 1990, 1089, 1094; Schachtschneider, Staatsunternehmen und Privatrecht, 1986; Steiner, NJW 1994, 1712; Brohm, NJW 1994, 281; Schneider, DVBl 1995, 837; vgl. auch P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 21), § 1 Rn. 230, 238, 240.

<sup>23</sup> Prinzipienwende von imperativer Gestaltung hin zu gesellschaftlicher Selbstregulierung; so Schmidt-Preuß, VVDStRL 56 (1997), 160, 169; Wandel des bisherigen ordnungsrechtlichen Steuerungskonzepts hin zu einer „Verantwortungsgemeinschaft“ von Risikoproduzenten und Staat für Risikovorsorge und -bekämpfung unter gleichzeitiger Rückverlagerung der Risikoschutz- und -vorsorgefunktionen aus der öffentlichen Verwaltung auf die Wirtschaft, so Pitschas, Öffentlich-rechtliche Risikokommunikation, in: Di Fabio u. a. (Hrsg.), Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts 1996, S. 175, 177.

<sup>24</sup> Peine, DÖV 1997, 353, 357; s. auch P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 21), § 1 Rn. 103.

<sup>25</sup> Vgl. Pitschas, DÖV 1997, 393, 399; ders., DÖV 2002, 221, 223 ff.; ders., NVwZ 2002, 519, 521 ff. (insb. zu europäischen Perspektiven); auch Scholz, NJW 1997, 14, 16f.; ders., FS Friauf, S. 439, 447; Peilert, DVBl 1999, 282; Stober, ZRP 2001, 260. Zur Beleihung P. Stelkens/Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (o. Fußn. 21), Rn. 231 ff., 238, auch Rn. 240. Zur Privatisierung der Sicherheitsverantwortung in Fußgängerzonen durch Überführung öffentlicher Straßen in private Trägerschaft des Einzelhandels Krölls, NVwZ 1999, 233.

kann, dass private Sicherheitsdienste als staatlich anerkannte Privatpolizei tätig werden.<sup>26</sup> Die demokratisch und rechtsstaatlich legitimierte Einschaltung Privater zur faktischen Erfüllung öffentlicher Aufgaben setzt jedenfalls voraus, dass die Verwaltung ihrer **Aufgabenverantwortung** jederzeit nachkommen kann; die Verwaltung bleibt für die pflichtgemäße Aufgabenerfüllung verantwortlich.<sup>27</sup> Durch den Vorgang der Privatisierung wandelt sich die Rechtsstellung des Staates von einer staatsrechtlichen zu einer gesellschaftsrechtlichen Position.<sup>28</sup> Auch die Verbindung von Elementen der Mitbestimmung mit staatlicher Tätigkeit kann hier das grundsätzliche Problem der **demokratischen Legitimation staatlichen Handelns** aufwerfen.<sup>29</sup> Sind überragende Gemeinwohlbelange und Angelegenheiten Dritter wahrzunehmen (z. B. lebenswichtige Aufgaben der Daseinsvorsorge), scheidet jede Art von Privatisierung, bei der sich private gegen öffentliche Interessen durchsetzen können, aus.<sup>30</sup> In eingriffstypischen Handlungsfeldern, wo einseitig Rechte und Pflichten des Bürgers festgelegt und notfalls unter Einsatz des Gewaltmonopols durchgesetzt werden, muss die Verwaltung eine tatsächliche Sachherrschaft behalten.<sup>31</sup> Dies gilt insbesondere im Bereich des Strafvollzugs. Können z. B. Bauunterhaltung von Justizvollzugsanstalten, Verpflegung der Gefangenen und Organisation von Arbeitsplätzen Privaten übertragen werden,<sup>32</sup> so müssen die Kernfunktionen des Haftvollzugs wie Bewachung oder Durchsetzung von Resozialisierungsmaßnahmen unmittelbar in staatlicher Hand bleiben.<sup>33</sup> Denn das Niveau demokratischer Legitimation hat mit der Intensität möglicher Grundrechtsrelevanz amtlichen Handelns zu wachsen.<sup>34</sup> Gegenüber Formen der Privatisierung, bei denen der Staat die Aufgaben weitgehend oder ganz Privaten

---

<sup>26</sup> A. A. Pitschas, DÖV 1997, 393, 400 f., der eine gesetzliche Grenzziehung für tauglich hält.

<sup>27</sup> Vgl. Spannowsky, DVBl 1992, 1072; von Danwitz, AöR 120 (1995), 595, 603 f.; auch Scholz, NJW 1997, 14, 18; Borgmann, BayVBl 1997, 654, 655. Zusammenfassend zur demokratischen Legitimation (bei ö. Körperschaft) vgl. BVerfGE 93, 37 = NVwZ 1996, 574; BVerwGE 106, 64 = Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 161; NVwZ 1999, 870; nachfolgend BVerfGE 107, 59 = NVwZ 2003, 974 m. Anm. Becker, DÖV 2004, 910; ferner Berl-VerfGH, NVwZ 2000, 794 m. Anm. Wolfers, NVwZ 2000, 765; Britz, VerwArch 91 (2000), 418.

<sup>28</sup> Gusy, ZRP 1998, 265, 267.

<sup>29</sup> Vgl. Pabst/Schwartzmann, DÖV 1998, 315, 322.

<sup>30</sup> BVerwGE 106, 64 = Buchholz 11 Art. 20 GG Nr. 161.

<sup>31</sup> KG, NJW 1997, 2894, 2896; Di Fabio, JZ 1999, 585, 592. Dies schließt auch eine „Bundeswehr AG“ aus; Gramm, DVBl 2003, 1366, 1369. Zur Veränderung der Vorstellung vom Umfang des privatisierungsfesten Bereichs Hardraht, SächsVBl 2003, 53, 56.

<sup>32</sup> Hiervon zu unterscheiden ist die Tätigkeit vertraglich verpflichteter Personen gem. § 155 Abs. 1 S. 3 StVollzG, die Amtsträger i. S. v. § 11 Abs. 1 VerpflG sind; vgl. Bonk, JZ 2000, 435, 441.

<sup>33</sup> So auch Bonk, JZ 2000, 435, 441; Wagner, ZRP 2000, 169; ferner Hoffmann-Riem, JZ 1999, 421, 428; Lange, DÖV 2001, 898.

<sup>34</sup> Vgl. auch Kruis, ZRP 2000, 1.

überlässt, sind deshalb in vielen Fällen auf den jeweiligen Einzelfall **abgestimmte Kooperationsvereinbarungen** vorzuziehen. Idealtypisch sollte dem Privaten Spielraum zur wirtschaftlichen und flexiblen Aktion eingeräumt werden, dem Staat aber seine demokratisch legitimierte Steuerungsverantwortung bleiben. Zwei Hauptziele muss ein evtl. Regelwerk verfolgen: Zum einen soll die Gemeinwohlkompetenz privater und halbstaatlicher Akteure nutzbar gemacht werden; zum anderen bedarf es zur Gemeinwohlsicherung der Begrenzung von Kooperation durch Normierung von Informationsrechten, Steuerungsrechten, Rückholrechten der Verwaltung sowie von Regelungen zum Drittschutz.<sup>35</sup> insbesondere auch zum Datenschutz.<sup>36</sup>

### 3) *Rechtliche Regelungen*

Gewandeltem Staatsverständnis (kooperativer Staat) muss das passende rechtliche Instrumentarium zur Verfügung stehen. **Rechtlicher Rahmen** für die Kooperation von Bürger und Verwaltung kann der **öffentlich-rechtliche Vertrag** sein, dessen Regelung im Verwaltungsverfahrensgesetz demnächst weiterentwickelt werden soll.<sup>37</sup> Das verwaltungsrechtliche Denken war lange von dem von Otto Mayer geprägten Grundsatz „Der Staat paktiert nicht“ beeinflusst; danach gibt es grds. nur einseitiges Handeln in Form des Verwaltungsakts, während der öffentlich-rechtliche Vertrag atypisch ist.<sup>38</sup>

Dieses Denken ist in der Wissenschaft wohl überwunden, in Teilen der Verwaltungspraxis aber noch lebendig, obwohl auch dort bestimmte Bereiche der Verwaltung bereits heute auch öffentlich-rechtliche Verträge nutzen, um ihre Aufgaben in Zusammenarbeit auch mit Privaten zu erfüllen.<sup>39</sup> Zur Klarstellung: Wenn Verhandlung und Konsens als „moderne“ Formen des Verwaltungshandelns dargestellt werden, soll damit die hoheitliche, einseitige Rechtsdurchsetzung nicht als überholt abgetan werden.<sup>40</sup> Der Verwaltungsakt ist weiterhin ein taugliches Instrument zur rechtmäßigen und sachrichtigen Erledigung von Verwaltungsaufga-

---

<sup>35</sup> Zur notwendigen Entwicklung eines Verwaltungskooperationsrechts *Schuppert*, *Die Verwaltung* 31 (1998), 415, 442 ff.

<sup>36</sup> Vgl. für datenschutzrechtlich besonders sensible „Sicherheitspartnerschaften“ von Polizei und privaten Sicherheitsdienstleistern *Pitschas*, *DVBf* 2000, 1805 m. w. N.

<sup>37</sup> Zu Einzelheiten *Schmitz*, *DVBf* 2005, 17.

<sup>38</sup> *O. Mayer*, *AöR* 3 (1888), 3, 42.

<sup>39</sup> Vgl. etwa §§ 11, 12 BauGB betr. die städtebaulichen Verträge. Näher *Birk*, *Städtebauliche Verträge*, 4. Aufl. 2002, Rn. 9 ff., 16 ff.

<sup>40</sup> S. auch *Bull*, *FS Thieme* 80, 2003, S. 9, 16.

ben.<sup>41</sup> Auch beim Verwaltungsakt ist der Entscheidungsprozess nach den Verfahrensregeln des Verwaltungsverfahrensgesetzes ausreichend flexibel und in der Lage, Kooperation, Konsens und Akzeptanz zu fördern.<sup>42</sup> Verwaltungsrecht ist aber nicht nur Kollisionsrecht zwischen öffentlichen und privaten Interessen; vielmehr geht es zunehmend um die Regulierung privater Belange unter öffentlicher Verwaltung.<sup>43</sup> Hier kann der öffentlich-rechtliche Vertrag ein besonders taugliches Instrument zum gerechten Interessenausgleich sein. Die Konzentration auf das Ziel gemeinsamen Interessenausgleichs ermöglicht Feinabstimmungen, die als Vorzug konsensualer Gestaltung gelten. Gegenüber Bedenken, die die verhandelnde Verwaltung mittels gedanklichen Kurzschlusses zu informellem Handeln<sup>44</sup> in die Nähe des Irregulären drängen, ist festzuhalten, dass der Verwaltung die umfassende Verantwortung für die Angemessenheit des Verhandlungsergebnisses und damit für deren Gemeinwohlfähigkeit und demokratische Legitimation verbleiben muss.<sup>45</sup>

Tatsächlich führt die formelle Privatisierung zu schleichendem **Kompetenzverlust der öffentlichen Verwaltung**, deren Einfluss zu mindern gerade auch Motiv für die Organisationsänderung ist.<sup>46</sup> Verbunden mit der Schwächung der Einwirkungsmöglichkeiten der Exekutive auf das öffentliche Unternehmen ist zwangsläufig eine Minderung der Reichweite parlamentarischer Kontrolle.<sup>47</sup> Nach längerer Aufgabenabstinenz wird der Staat auch nicht mehr in der Lage sein, eine **Rückholoption** effektiv wahrzunehmen. Deshalb sind hier **Überleitungspflichten** zu vereinbaren, die den Privaten zwingen, nach Beendigung seiner Tätigkeit für einen Übergangszeitraum Betriebsmittel und Know-how zur Verfügung zu stellen.<sup>48</sup>

---

<sup>41</sup> Zur besonderen Eignung des Verwaltungsakts für die Erledigung von „Alltagsgeschäften“ und der des öffentlich-rechtlichen Vertrags für komplexe Problemlagen vgl. *Bauer*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, S. 245, 266 f.; *U. Stelkens*, *Die Verwaltung* 37 (2004), 193, 223; *Reicherzer*, *ZRP* 2004, 112, 113.

<sup>42</sup> Vgl. *P. Stelkens/U. Stelkens*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 21), § 35 Rn. 6; *Schoch*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (o. Fußn. 41), S. 199, 207; *R. Schmidt*, *VerwArch* 91 (2000), 149, 158.

<sup>43</sup> *R. Schmidt*, *VerwArch* 91 (2000), 149, 150 f.

<sup>44</sup> Zur Grenze zwischen Informalität und Vertrag vgl. *Ziekow*, *VwVfG*, 2006, § 54 Rn. 10, 15; *ders./Siegel*, *VerwArch* 94 (2003), 593, 596 f.

<sup>45</sup> So zutreffend *Schmidt-Aßmann*, *FS Brohm*, 2002, S. 547, 555, 557.

<sup>46</sup> *Schoch*, *DÖV* 1993, 377, 382; auch *Bull*, *VerwArch* 86 (1995), 621, 629.

<sup>47</sup> *Gusy*, *ZRP* 1998, 265, 267; *Isensee*, *ZBR* 1998, 295, 303. Zur Aufsichtspflicht in privatrechtlich organisierten Verwaltungseinheiten ferner *John*, *Verwaltungsorganisation im Reformprozeß*, 1998, S. 181 ff.

<sup>48</sup> *Vofßkuhle*, *VVDStRL* 62 (2003), 266, 326.



Für auf den Einzelfall zugeschnittene Kooperationsformen ist inzwischen der Begriff **Public Private Partnership – P. P. P.**<sup>49</sup> zu einem gängigen Terminus in Verwaltungslehre<sup>50</sup> und Verwaltungsrecht geworden. P. P. P. ist ein Sammelbegriff für unterschiedliche Kooperationsmodelle<sup>51</sup> zwischen Hoheitsträgern und Privaten bei der Gewährleistung, Finanzierung<sup>52</sup> und Durchführung öffentlicher Dienstleistungen. Kooperatives Handeln ermöglicht gezielte Dialoge und wechselseitige Einflussnahmen. Es schafft durch den mitgestaltenden Einfluss der Betroffenen zusätzliche Bindung an die erzielte Verhandlungslösung. Der Spielraum für Verhandlungslösungen wird von gesetzlichen Regelungen<sup>53</sup> und Verfassungsprinzipien unmittelbar begrenzt. Um Lockerungen der Gesetzesbindung auszuschließen, kann einvernehmliches Handeln sich nur in den Grenzen des gesetzlich festgelegten Ordnungsrahmens bewegen. Zu vermeiden ist, dass durch Verhandlungslösungen partikulare Interessen Vorrang gewinnen vor Gemeinwohlinteressen, deren Wahrung insbesondere den staatlichen Organen obliegt. Deshalb sollen rechtliche Rahmenbedingungen für kooperative Vertragsverhältnisse geschaffen werden. Der Staat kann dabei darauf hinwirken, dass gesellschaftliche Kooperationsgewinne erzielt werden.<sup>54</sup>

Mit der Aufnahme einer Grundsatznorm (§ 56a VwVfG)<sup>55</sup> in das Verwaltungsverfahrensgesetz soll die Figur des Kooperationsvertrags als allgemeine Vertragsart neben dem Vergleichsvertrag (§ 55 VwVfG) und dem Austauschvertrag (§ 56 VwVfG) ausdrücklich festgeschrieben werden. Ziel dieser Grundsatznorm ist es nicht, jede – auch informale – Kooperation gesetzlich zu regeln, vielmehr sollen nur solche Kooperationsverhältnisse erfasst werden, die zu einem formellen Abschluss durch Vertrag führen. Damit soll die Verwaltung bestärkt werden, die Handlungsform des öffentlich-rechtlichen Vertrags als Mittel der Aufgabenwahr-

---

<sup>49</sup> Hierzu *Tettinger*, DÖV 1996, 764; *Mehde*, VerwArch 91 (2000), 540; *Schmitz*, VA 2000, 144, 145f.; *ders.*, NVwZ 2000, 1238, 1241 f.

<sup>50</sup> Zur Verwaltungslehre *Bull*, NordÖR 2006, 1.

<sup>51</sup> S. auch *Bonk*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 21), § 54 Rn. 1 ff., 40 ff.; *Henneke*, in: *Knack*, VwVfG, 8. Aufl. 2004, Rn. 12 vor § 54; ferner *P. Stelkens/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (o. Fußn. 21), § 1 Rn. 105.

<sup>52</sup> Teilweise wird hier auch die speziellere Figur der Public Finance Initiatives (P.F.I.) genannt, die auf die (Mit-)Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch Private abzielt; hierzu *Reidt*, NVwZ 1996, 1156.

<sup>53</sup> Etwa in §§ 11, 12 BauGB; vgl. hierzu *Kahl*, DÖV 2000, 793.

<sup>54</sup> *Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 33 (2000), 155, 163 f.: Der Staat kann versuchen, „im Huckepackverfahren auch Gemeinwohlziele zu erreichen“.

<sup>55</sup> „Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag im Sinne des § 54 Abs. 3 kann geschlossen werden, wenn die Behörde sicherstellt, dass ihr ein hinreichender Einfluss auf die ordnungsgemäße Erfüllung der öffentlichen Aufgabe verbleibt. Die Behörde darf nur einen Vertragspartner auswählen, der fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig ist.“

nehmung häufiger zu nutzen. Die Diskussion zu den verwaltungsrechtlichen Kooperationsverhältnissen soll zu einem gewissen normativen Abschluss gebracht und zugleich kanalisiert werden.<sup>56</sup> Das im neuen § 56a VwVfG genannte Merkmal der „**Sicherstellung eines hinreichenden Einflusses**“ ist wesentlich für den Kooperationsvertrag. Es soll der Behörde Rückhol- und Steuerungsmöglichkeiten geben. Rechtsfolge bei Nichterfüllung dieser Anforderung ist Nichtigkeit. Der Begriff „Einfluss“ meint sowohl die Möglichkeit, den Vertragspartner zu beeinflussen, als auch den Einfluss der Behörde auf die objektivierte Erfüllung der öffentlichen Aufgabe, beispielsweise durch Erfüllungsbürgschaften.<sup>57</sup>

Vorgesehen ist, den Entwurf noch in diesem Jahr in das Gesetzgebungsverfahren zu geben.

---

<sup>56</sup> *Schmitz*, DVBl 2005, 17, 21. Gesetzestechnisch soll die Anerkennung des Kooperationsvertrags durch Einfügung eines neuen § 54 Abs. 3 VwVfG ergänzt werden, der den Kooperationsvertrag neben den subordinationsrechtlichen Vertrag stellt. Die Aufteilung der Regelung zum Kooperationsvertrag auf zwei Vorschriften anstatt der Zusammenfassung in einer Norm trägt der Systematik der §§ 54 ff. VwVfG, insb. im Hinblick auf die vergleichbare Regelung zum subordinationsrechtlichen Vertrag (§§ 54 Abs. 2, 55, 56 VwVfG) Rechnung.

<sup>57</sup> *Schmitz*, DVBl 2005, 17, 22.