

Infrastrukturverwaltung – Zur Entwicklung eines Begriffs und zu seinem Ausgangspunkt im Werk Heiko Fabers

Veith Mehde

I. Einleitung

Die Verwaltung und damit verbunden das Verwaltungsrecht werden traditionell in zwei Kategorien eingeteilt: Unterschieden wird zwischen der Eingriffs- (bzw. Ordnungs-) und der Leistungsverwaltung, und parallel dazu zwischen belastenden und begünstigenden Maßnahmen.¹ Die Eingriffsverwaltung ist dabei geprägt von der Anwendung des Vorbehalts des Gesetzes, und sie ist an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebunden. Der Leistungsverwaltung kann man heutzutage mit guten Gründen die größere Bedeutung zuordnen – eine Einschätzung, die allerdings unter einer unklaren Maßstabsbildung leidet. Als Argument für die These lassen sich insbesondere die praktischen Wirkungen des Sozial- oder des Subventionsrechts anführen. Zu den klassischen Fragestellungen gehört, ob und ggf. inwieweit die Leistungsverwaltung vom Vorbehalt des Gesetzes umfasst ist. Es lassen sich vielfältige Beispiele finden, die belegen, dass diese beiden Begriffe die zum Verwaltungsrecht zugehörigen Rechtsnormen nicht vollständig umschreiben. Sie betreffen Konstellationen, in denen nicht eine außerhalb der Verwaltung stehende Person Adressat belastender oder begünstigender Maßnahmen wird, es vielmehr um ganz andere Fragen geht. Hier kommt nun das Werk *Heiko Fabers* ins Spiel, das die geschilderte Dichotomie begrifflich wie konzeptionell aufgebrochen hat. Der Beitrag will einerseits die entsprechenden Überlegungen nachzeichnen und dabei insbesondere *Fabers* Rolle würdigen, andererseits aber auch nicht verschweigen, dass die weitere Entwicklung die *Faber'sche* Begriffsbildung in gewisser Weise überholt hat.

1 Vgl. dazu etwa *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 10. Aufl., Heidelberg 2022, Rn. 28 ff.

II. Zur Einordnung: Einige persönliche Bemerkungen

Der Verfasser dieses Beitrags hat seinen Lehrstuhl an der Fakultät in Hannover im Jahr 2006 übernommen. Damit war er erst der zweite Inhaber seit der Gründung der Fakultät. Sein Vorgänger, *Faber*, war zunächst Professor in Frankfurt am Main gewesen und hatte im Jahr 1978 an dem seinerzeit noch neuen Fachbereich in Hannover einen „Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht“ übernommen.² Diese Lehrstuhlbezeichnung war nach seiner Emeritierung für die Neuausschreibung im Jahr 2006 nicht verändert worden. Die Erwartung, die Spezialisierung im Bereich des Infrastrukturrechts fortzusetzen, wurde im Berufungsverfahren klar kommuniziert. Die Juristische Fakultät erwartete in diesem Zusammenhang auch eine Mitwirkung in dem auf dieses Rechtsgebiet ausgerichteten Schwerpunktbereich.

In der Tat wurde dies dann in der Folgezeit die zentrale Aufgabe des Lehrstuhls und seines Inhabers. Dass die Juristische Studiengesellschaft Hannover unter ihrem seinerzeitigen Vorsitzenden, dem Hannoveraner Kollegen *Bernd Oppermann*, den Verfasser einlud, Anfang 2008 einen Vortrag zum Thema „Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur“³ zu halten, mag auch als Beleg taugen, wie der Lehrstuhl und die wissenschaftliche Ausrichtung des neuen Lehrstuhlinhabers in der örtlichen Fachcommunity wahrgenommen wurden. Wenn die Lehrstuhlbezeichnung später auf Antrag des Verfassers hin zu „Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaft“ geändert wurde, war das nicht als Abkehr von der Profilbildung zu verstehen. Es folgte vielmehr der Überlegung, dass eine Ausrichtung auf die Verwaltung auch auf diese Weise erhalten bleiben, gleichzeitig aber so eine Öffnung hin zu nichtjuristischen Fragen erfolgen würde. Die Verwaltungswissenschaft wiederum konnte auf diese Weise auch im Fakultätsprofil erhalten bleiben, war hier doch nach der Emeritierung von *Hubert Treiber*, der in der nichtjuristischen „vierten Säule“ der Fakultät einen Lehrstuhl für Verwaltungswissenschaft innegehabt

2 Die Stationen seines Wirkens sind eindrucksvoll nachgezeichnet worden von *B. Faber/Meyerholt*, Stationen des Lebens von Heiko Faber, in: Frank/Langrehr (Hrsg.), Die Gemeinde – Verfassung, Planung, Wirtschaft und das kommunale Selbstverwaltungsrecht – Festschrift zum 70. Geburtstag von Heiko Faber, Tübingen 2007, S. VII f.

3 Veröffentlicht als: *Mehde*, Privatisierung des Rechtsstaats – Staatliche Infrastruktur, Bd. 48 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Baden-Baden 2009.

hatte, eine erhebliche Lücke entstanden – die leider auch nicht durch eine Neuberufung auf den Lehrstuhl geschlossen wurde.

Faber trat seinem Nachfolger als ein ganz besonders freundlicher Kollege gegenüber. Die Hintergründe für die Entwicklung des hier interessierenden Begriffs sind nach der Erinnerung des Verfassers – anders als zahlreiche andere Aspekte des Lehr- und Forschungsprofils – leider nie Inhalt eines der Gespräche zwischen Vorgänger und Nachfolger auf dem Lehrstuhl gewesen. Ihn aus Anlass dieses Beitrags zu den hier dargestellten Einschätzungen und generell zu den Hintergründen seines Werks zu befragen, war leider nicht möglich. Er ist Ende 2019 verstorben.

III. Das Infrastrukturrecht und die Rolle Heiko Fabers

Stolleis sieht *Faber* als „für das Verwaltungsrecht und speziell Kommunalrecht in Hannover bis 2005 prägend“.⁴ Dabei fällt die besondere Verbindung von Theorie und Praxis auf:⁵ Diese Verbindung hatte sich nicht nur die einstufige Juristenausbildung in Hannover, in der *Faber* wirkte, auf die Fahnen geschrieben. Schon im Jahr nach der Übernahme des Lehrstuhls begann *Faber* auch seine Tätigkeit am Oberverwaltungsgericht in Lüneburg.

1. Infrastrukturverwaltung im Werk Heiko Fabers

Quellen für die Beschäftigung mit dem Begriff der „Infrastrukturverwaltung“ im Werk *Fabers* sind im Wesentlichen zwei: Weniger im Einzelnen durchdekliniert, aber dafür klar zugespitzt finden sich Überlegungen unter der Überschrift „Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft“, die *Faber* in der Festschrift für Ridder veröffentlicht hat.⁶ Ausführlich entwickelt wird das damit verbundene Konzept im Lehrbuch „Allgemeines Verwaltungsrecht“, das im Mohr Sie-

4 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Vierter Bd.: Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in West und Ost 1945 - 1990, München 2012, S. 434.

5 Dazu auch das Vorwort in: Frank/Langrehr (Hrsg.), FS *Faber* (Fn. 2), S. V sowie *B. Faber/Meyerholt*, Stationen (Fn. 2), S. VIII.

6 *Faber*, Vorbemerkungen zu einer Theorie des Verwaltungsrechts in der nachindustriellen Gesellschaft, in: Stein/*Faber* (Hrsg.), Auf dem Dritten Weg – Festschrift für Helmut Ridder zum 70. Geburtstag, Neuwied 1989, S. 291 ff.

beck Verlag erschien. Es liegt in vier Auflagen vor, die in einem Abstand von gerade einmal acht Jahren erschienen sind (1987, 1989, 1992, 1995). Schon diese schnelle Abfolge der Neuauflagen zeigt, dass das Werk eine in Anbetracht der Vielzahl konkurrierender Produkte erstaunliche Resonanz gefunden hat. *Faber* hat schon in der ersten Auflage dieses Buches⁷ – unter der Überschrift „Die Theorie des Allgemeinen Verwaltungsrechts“⁸ – die Infrastrukturverwaltung klar neben die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung gestellt.⁹ In dem genannten Beitrag für die Festschrift *Ridder* beschreibt er dann die Eingriffs- und die Leistungsverwaltung „als Grenzfälle der Infrastrukturverwaltung“.¹⁰ Zugrunde liegt dabei die Wahrnehmung, dass die Verwaltung durch diese Dichotomie nicht hinreichend präzise umschrieben¹¹ ist: „Maßnahmen der Planung, Lenkung und Gestaltung lassen sich mit den Kategorien der Eingriffs- oder Leistungsverwaltung nicht erschöpfend erfassen“.¹²

Für *Faber* müssen die Gegenüberstellung durch einen weiteren Begriff ergänzt und damit drei Typen der Verwaltung umschrieben werden. Er meint in diesem Zusammenhang, Infrastrukturverwaltung könne „mehr umfassen (...) als die Summe von Rechtsverhältnissen zu den Bürgern, aus denen das Publikum besteht“ und setze folglich „als Rechtsbegriff die Möglichkeit von sinnvollen rechtlichen Pflichten der Verwaltung außerhalb von Rechtsverhältnissen voraus“.¹³ Als „Kern des materiellen Verwaltungsbegriffs“ charakterisiert er die Verwaltung, die „im Rahmen der Gesetze die Randbedingungen des gesellschaftlichen und insbesondere des wirtschaftlichen Handelns“ setzt.¹⁴

Besonders aufschlussreich ist die Darstellung der nunmehr drei Typen (Eingriffs-, Leistungs- und Infrastrukturverwaltung) in einem Schaubild, in dem bestimmte Kategorien für alle durchdekliniert werden:¹⁵ Als „Modellfall“ werden in der genannten Reihenfolge der drei Typen die Polizeiverfü-

7 Sofern nicht anderweitig dargestellt, ist dies auch in der aktuellsten – der vierten Auflage aus dem Jahr 1995 – noch so geblieben.

8 *Faber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1. Aufl., Tübingen 1987, S. 28 ff.

9 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 33.

10 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292.

11 Zur Einordnung in die Theorie des Verwaltungsrechts vgl. *Waechter*, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, Tübingen 2008, S. 56 ff.

12 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 294.

13 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 390.

14 *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292.

15 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 33; in der 4. Aufl. (1995) des Werks: S. 35.

gung, die Sozialhilfe und schließlich für die Infrastrukturverwaltung der Stadtentwicklungsplan genannt. Als „Rechtstheorie“ werden das Abwehrrecht und der Leistungsanspruch des Bürgers und für die Infrastrukturverwaltung die objektive Rechtspflicht gesehen.¹⁶ Beim Rechtsbehelf fehlt ein Äquivalent zu Anfechtungs- und Verpflichtungsklage. Hinsichtlich der „Grundrechtstheorie“ steht für die Infrastrukturverwaltung in der ersten Auflage noch ein Fragezeichen (bei Eingriffsverwaltung der status negativus, bei der Leistungsverwaltung der status positivus), in der vierten Auflage entschließt sich *Faber* dann, ihr die institutionelle Garantie zuzuordnen.

Zentral für den Begriff ist der Gesichtspunkt der Planung.¹⁷ Das Abwägungsgebot als „Grundnorm des Planungsrechts“¹⁸ bilde „den Kristallisationspunkt für die systematische Erfassung der Erscheinungsnormen gestaltender und planender Verwaltung unter dem Sammelbegriff ‚Infrastrukturverwaltung‘“.¹⁹ Sie unterscheide sich „durch ihre Multilateralität von den zweiseitigen Rechtsverhältnissen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung“, wobei *Faber* einen „Rückstand der Theorie im Vergleich zur Eingriffs- und Leistungsverwaltung“ für „sehr deutlich“ hält.²⁰

2. Die Umsetzung in der Praxis und der Lehre in Hannover

Nach der Reform der Juristenausbildung, die zu einer Ausweitung des Schwerpunktstudiums mit einer universitären Abschlussprüfung geführt hatte, wurde an der Fakultät ein Schwerpunkt speziell für die Fragen des Infrastrukturrechts – gekoppelt mit dem Wirtschaftsverwaltungsrecht – geschaffen. Die prominente Rolle, die *Faber* für diese Begriffsbildung gespielt hatte, lieferte einen naheliegenden Anknüpfungspunkt. Es handelte sich um einen ambitionierten Ansatz, der überzeugend an die Konjunktur des Themas anknüpfte und den Absolventinnen und Absolventen vielfältige Berufsperspektiven eröffnete. Gleichzeitig war man damit aber natürlich ein Stück weit entfernt von den aus dem Pflichtfach bekannten Fächern.

16 Vgl. dazu den Hinweis von *Waechter* (Gewährleistungsstaat [Fn. 11], S. 61), „(o)b die Infrastrukturverwaltung keine subjektiven Rechte“ kenne, hänge „natürlich davon ab, wie weit man den Kreis dieser Rechte“ ziehe.

17 Vgl. *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 292; kritisch zur „Zuweisung eigener Handlungsformen“ „bei der Kennzeichnung der Infrastrukturverwaltung“: *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 60.

18 Siehe auch *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 299, wo das Abwägungsgebot als „die Grundnorm der Infrastrukturverwaltung“ bezeichnet wird.

19 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 387.

20 *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 387.

Aufgrund mangelnder Nachfrage wurde daher diese Spezialisierung aufgegeben und ein eher „klassischer“ verwaltungsrechtlicher Schwerpunktbereich eingeführt.

3. Kommunalrecht als Anwendungsbeispiel

Müsste man ein von *Faber* besonders in den Mittelpunkt seiner Überlegungen gestelltes Referenzgebiet nennen, so wäre es zwar wohl das Planungsrecht.^{21 22} Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass das Kommunalrecht zu den Gebieten gehört, auf welche die Umschreibung als „Infrastrukturrecht“ im dargestellten Sinne besonders zu passen scheint. Schließlich handelt es sich um eines, bei dem es um die Zuständigkeiten und die Organisation von Körperschaften geht, die Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 S.1 GG ausüben. Die subjektiven Rechte, die der Kommune aus Art. 28 Abs. 2 GG und den einschlägigen Vorschriften der Landesverfassungen – aber auch aus dem einfachen Recht – zukommen, führen ebenso wenig zu einer Zuordnung zur Leistungs- oder Eingriffsverwaltung im engeren Sinne wie jene subjektiven Rechte, die Organen oder Organteilen durch das Kommunalverfassungsrecht verliehen werden.

Es ist vor diesem Hintergrund auch nicht überraschend, dass *Faber*, wie nicht zuletzt das oben genannte²³ Zitat von *Stolleis* zeigt, ganz besonders im Bereich des Kommunalrechts ausgewiesen war.²⁴ Beleg dieser Spezialisierung ist – neben seiner Kommentierung der Garantie kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG)²⁵ und dem entsprechenden Beitrag in dem von ihm und seinem Hannoveraner Kollegen Hans-Peter Schneider herausgegebenen Buchs „Staats- und Verwaltungsrecht Niedersachsen“²⁶ – etwa die kleinere Schrift „Die Macht der Gemeinden“, die auf einem Vortrag

21 Vgl. dazu die Nachweise bei Fn. 17 bis 20.

22 Vgl. dazu auch die Auseinandersetzung mit Fabers Ausführungen unter der Überschrift „Planung als Handlungsform der Infrastrukturverwaltung“ bei *Köck*, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 3. Aufl., München 2022, § 36 Rn. 22 ff.

23 Siehe Fn. 4.

24 Vgl. dazu das Verzeichnis der Veröffentlichungen von Heiko Faber in: Frank/Langrehr (Hrsg.), FS Faber (Fn. 2), S. 413 ff.

25 *Faber*, in: Denninger/Hoffmann-Riem/Schneider/Stein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., Neuwied 2001, S. 225 ff.

26 *Faber*, in: ders./Schneider (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Niedersachsen, Frankfurt a.M. 1985.

beruht, den *Faber* im Jahr 1981 vor der Juristischen Studiengesellschaft Hannover hielt.²⁷ In diesem Text „schwimmt“ er in gewisser Weise „gegen den Strom“:²⁸ Der auch seinerzeit schon verbreiteten Klage über die geringen und immer geringer werdenden Spielräume der Kommunen – *Faber* selbst spricht von der „Erosionsthese“²⁹ – setzt er eine Betrachtung ihres großen Einflusses in der Praxis entgegen: „Die angeblich ausgebluteten, ausgezehrten und ausgehöhlten Selbstverwaltungskörper“ seien „Zentren lebendiger Politik und eine Säule staatspolitischer Stabilität“; sie bildeten „neben Gewerkschaften, Industrie, Handwerk, Landwirtschaft und öffentlichem Dienst die mächtigsten Interessengruppen unseres politischen Systems“.³⁰ Die Schrift ist zudem Ausdruck der Verbindung *Fabers* zur Praxis³¹ und der Bereitschaft, sich mit nichtjuristischen Studien und Erkenntnissen³² auseinanderzusetzen. Die Festschrift, mit der *Faber* zu seinem 70. Geburtstag geehrt wurde, trägt dann auch den vor diesem Hintergrund nicht überraschenden, sich in den Themen der Beiträge bemerkenswert klar spiegelnden Titel „Die Gemeinde“.³³

27 *Faber*, Die Macht der Gemeinden, Bd. 8 der Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Hannover, Bielefeld 1982.

28 Vgl. dazu die Bemerkung von *Stein* (in: Frank/Langrehr [Hrsg.], FS *Faber* [Fn. 2], S. 3), nach dem *Faber* in Vortrag und Schrift „der herrschenden ‚Erosionsthese‘ entgegen“ getreten sei, „wonach die kommunale Selbstverwaltung von einer schleichenden Aushöhlung bedroht sei“; siehe auch die Ausführungen von *Kühne* (a.a.O., S. 35) sowie *Saipa* (a.a.O., S. 117), der auch darauf hinweist, es sei seit dem Erscheinen der Schrift „ein Vierteljahrhundert vergangen, ohne daß Behauptungen von der vermeintlichen Bedrohung der kommunalen Selbstverwaltung durch die von *Faber* genannten Symptome aufgehört hätten“.

29 *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), passim; als Begriff eingeführt a.a.O., S. 8.

30 *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), S. 9.

31 Wenn er etwa erhebt, dass nur 20 von 155 Abgeordneten des Niedersächsischen Landtags in der neunten Wahlperiode 1978 keine kommunalpolitischen Bindungen hatten (*Faber*, Gemeinden [Fn. 27], S. 44) und schlussfolgert: „Ein solches Parlament wird kaum die Auszehrung der kommunalen Selbstverwaltung betreiben“.

32 Vgl. *Faber*, Gemeinden (Fn. 27), S. 20 ff.; die Ausführungen werden eingeführt mit der Diagnose einer Notwendigkeit „empirischer Überprüfung“ der zuvor referierten Auffassungen (a.a.O., S. 20).

33 Herausgegeben von Frank/Langrehr (Fn. 2).

IV. Die Karriere des Begriffs seit den 1990ern

Der Begriff des „Infrastrukturrechts“³⁴ und damit natürlich auch der „Infrastrukturverwaltung“ erlebte eine besondere Konjunktur praktisch genau in dem Zeitraum, in dem die vier Auflagen des Lehrbuchs im Allgemeinen Verwaltungsrecht erschienen. Schon die 1980er, spätestens aber dann die 1990er Jahre waren gekennzeichnet von zahlreichen Entwicklungen, die das Thema der „Infrastruktur“ zwingend auf die Tagesordnung³⁵ brachten. Die Entwicklung wird besonders klar durch eine Verfassungsänderung zum Ausdruck gebracht:³⁶ Das Gesetz, mit dem Art. 87e als Grundlage für die Privatisierung der seinerzeitigen Bundesbahn in das Grundgesetz eingefügt wurde, datiert vom 20.12.1993.³⁷ Das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, das Art. 87f GG und damit die Privatisierung der Deutschen Bundespost brachte, wurde am 30.8.1994³⁸ verabschiedet.

1. Der gedankliche Hintergrund

Hintergrund dieser Entwicklung war die Tatsache, dass die für bestimmte staatliche bzw. kommunale Leistungen erforderliche Infrastruktur lange Zeit als „natürliches Monopol“ angesehen wurde,³⁹ also als das zentrale Hindernis für eine Erbringung im Markt: Ein Wettbewerb im Bahnsektor bestand nicht, weil die für ein zweites Bahnnetz erforderlichen Aufwendungen jeden Markteintritt weiterer Anbieter faktisch ausschlossen.⁴⁰ Dasselbe ließ sich sagen über das Elektrizitäts-, das Gas- und das Telefonnetz (das seinerzeit noch das Festnetz war). Die entscheidende Idee für die Abkehr von dieser Wahrnehmung – ausgehend von der Trennung von Netz und

34 Vgl. dazu auch Mehde, Infrastruktur (Fn. 3), S. 17 ff.

35 Hermes widmet in seiner 1998 erschienenen Habilitationsschrift („Staatliche Infrastrukturverantwortung“, Tübingen) ein Abschnitt dem Thema „Infrastruktur als entstehender Rechtsbegriff“ (S. 170) und bezieht sich dabei auch auf das Buch Heiko Fabers (S. 170 f.).

36 Vgl. Voßkuhle, Staatsaufgabe Infrastruktur, in: Habersack/Huber/Spindler (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Stolz zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 675 (681 f.).

37 BGBl. I S. 2089.

38 BGBl. I S. 2245.

39 Vgl. Theobald, Aktuelle Entwicklungen des Infrastrukturrechts, NJW 2003, 324 (324 f.).

40 Zu den „sunk costs“, die für einen Marktzutritt erforderlich, im Misserfolgsfall aber ohne positive Wirkungen bleiben, vgl. etwa Theobald (Fn. 39), NJW 2003, 325.

Diensten⁴¹ – dürfte dabei gewesen sein, dass man einen Wettbewerb auch anders denken kann, namentlich auf zwei Arten:⁴² Erstens kann man – nicht zuletzt aufgrund veränderter technischer Möglichkeiten⁴³ – die Inhaberschaft des Netzes abkoppeln von den auf diesem erbrachten Leistungen, zweitens ist es möglich, bestimmte Aufgaben wettbewerblich zu vergeben. In beiden Fällen besteht der Markt also nicht von selbst, sondern bedarf erheblicher behördlicher Gestaltungen. Dies ist der Punkt, an dem die sogenannte „Regulierung“ als neue Form staatlicher Aufgabenerfüllung ins Spiel kommt.⁴⁴ Mit Blick auf Leitbilder spricht man in diesem Zusammenhang von einem Wandel vom „Leistungsstaat zum Gewährleistungsstaat“.⁴⁵ Auch wenn „die Rede vom Gewährleistungsstaat freilich nicht dazu verführen“ darf, „die Vergangenheit in ein übergreifendes ‚Von-zu‘-Schema (...) zu pressen“, taugt die Infrastrukturgeschichte“ doch nicht „(a)ls Stoff für eine ‚große Erzählung‘“.⁴⁶ Der Begriff des „Gewährleistungsstaats“ selbst kann schon deswegen als etabliert gelten, weil der Begriff „gewährleistet“ ausdrücklich zur Beschreibung der Rolle des Bundes verwendet wird – in Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG mit Blick auf die Schienenwege und den Fernverkehr auf diesen, gemäß Art. 87f Abs. 1 GG hinsichtlich der Dienstleistungen im Bereich Post und Telekommunikation.

Nannte man die vor diesem Hintergrund geschaffene Verwaltungseinheit⁴⁷ nach den Gegenständen der Aufgabe noch ursprünglich „Regulierungsbehörde Post und Telekommunikation“, so firmiert die Behörde seit der Übernahme weiterer Aufgaben (Eisenbahnen, Elektrizität, Gas) in anderen Bereichen nunmehr als „Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen“.⁴⁸ Das „Netz“, das dabei in Bezug genommen ist, verweist wiederum auf den Begriff der „Infrastruktur

41 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung (Fn. 35), S. 330 ff.

42 *Theobald* (NJW 2003, 324 [Fn. 39]) unterscheidet sogar drei, wenn er vom Wettbewerb „in der Infrastruktur“ (a.a.O., 325 f.), „um die Infrastruktur“ (a.a.O., 326 ff.) sowie „zwischen Infrastrukturen“ (a.a.O., 328 ff.) spricht (Anführungszeichen jeweils bei *Theobald*).

43 Vgl. *Hermes*, Infrastrukturverantwortung (Fn. 35), S. 332 f.

44 Dazu noch unter IV.3.

45 Siehe etwa *Theobald* (Fn. 39), NJW 2003, 324; zum „Leitbild des Gewährleistungsstaates“ vgl. auch *Voßkuhle*, Infrastruktur (Fn. 36), S. 685 f.

46 *Voßkuhle*, Infrastruktur (Fn. 36), S. 686.

47 Zur Regulierungsverwaltung vgl. *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 29 ff.

48 Umbenennung durch Art. 2 des Zweiten Gesetzes zur Neuordnung des Energiewirtschaftsrechts vom 7.7.2005, BGBl. I S. 1970 (2009).

tur“.⁴⁹ Die Begrifflichkeit ist Ausweis der Gemeinsamkeit der thematisch durchaus unterschiedlich erscheinenden Regelungsbereiche. Durch die verschiedenen sektorspezifischen Ausgestaltungen im nationalen, vor allem aber im europäischen Recht hat die Unübersichtlichkeit des Rechtsgebiets ganz erheblich zugenommen.⁵⁰

2. Infrastruktur – Infrastrukturrecht – Infrastrukturverwaltungsrecht

Als Konsequenz der hier beschriebenen Entwicklungen erlebte das „Infrastrukturrecht“ „innerhalb kurzer Zeit eine bemerkenswerte Begriffskarriere“, die eine Reihe von so bezeichneten wissenschaftlichen Einrichtungen, Publikationen und Veranstaltungen nach sich gezogen hat.⁵¹

Die deutsche Sprache ist für ihre Komposita⁵² bekannt. Insofern ist auch die Verbindung von „Infrastruktur“, „Verwaltung“ und „Recht“ nichts Ungewöhnliches. Daher sind auch die Kombinationen von „Infrastruktur“ mit jeweils einem der beiden anderen Begriffe durchaus gebräuchlich.⁵³ *Faber* knüpfte, wie gezeigt, an die Art der Verwaltungstätigkeit an und konnte somit gerade von der Leistungs- und Eingriffsverwaltung abgrenzen. Umgekehrt ist auch, wenn man nicht auf die Handlungen der Verwaltung abstellt, sondern das Rechtsgebiet mit allen Facetten betrachtet, von Infrastrukturrecht die Rede. In der Tat „firmiert mittlerweile“ das Infrastrukturrecht „(b)egrifflich ungleich prominenter als die ‚Infrastrukturverwaltung‘“.⁵⁴ Dabei handelt es sich dann im Ausgangspunkt schlicht um jenen Teil des Verwaltungsrechts, der auf Infrastrukturen bezogen ist.⁵⁵

49 *Kühling* (Die Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, DVBl 2013, 1093 [1094]) spricht davon, „(t)eilweise“ werde „der Begriff der Infrastruktur gleichgesetzt mit dem der Netzinfrastuktur“ und hält „(f)ür eine rechtswissenschaftliche Analyse (...) diese Gleichsetzung aber ebenso wie die Einbeziehung sämtlicher auf Infrastrukturen erbrachter Dienste“ für „problematisch“.

50 Vgl. *Wißmann*, Referat zu den Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: *Zukunftsgestaltung durch Öffentliches Recht*, Bd. 73 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 2014, S. 369 (372).

51 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, Heidelberg 2021, § 21 Rn. 4.

52 Zur Infrastruktur „als Tatbestandsmerkmal oder als Bestandteil eines Kompositums wie ‚Energieinfrastruktur‘“ vgl. *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 8.

53 Vgl. etwa die Überlegungen zu den Fragen „Gibt es ein und was ist Infrastrukturrecht?“ bei *Kühling* (Fn. 49), DVBl 2013, 1094 f.

54 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 4.

55 *Durner*, *Infrastrukturverwaltung* (Fn. 51), Rn. 4.

3. Infrastrukturrecht – Regulierungsrecht

Wenn man vom Infrastrukturrecht in der hier dargestellten Wortbedeutung spricht, so wirft das die Frage der Abgrenzung vom ebenfalls in diesem Kontext vielfach verwendeten Begriff des Regulierungsrechts⁵⁶ auf. Beschreibt der Begriff der „Infrastruktur“ den zentralen Gegenstand, so geht es bei der „Regulierung“ um die Methode, die Gesetzgeber und Exekutive anwenden. Das Ziel wird damit begrifflich nicht in Bezug genommen: Es geht um die möglichst effiziente Erbringung bestimmter, klassischerweise staatlich bzw. kommunal erbrachter Dienstleistungen. Bezugnehmend auf den Mechanismus, der dies gewährleisten soll, könnte man auch davon sprechen, dass es um die Herstellung von Wettbewerb in einem Bereich geht, der von Strukturen geprägt ist, die von der Ausgangssituation her einen solchen Wettbewerb gerade nicht ermöglichen würden, so dass es der Regulierung bedarf, um dieses zu gewährleisten.⁵⁷ Schlagwortartig ist dies auch mit der Formel „Liberalisierung durch Re-Regulierung“ ausgedrückt worden.⁵⁸

V. Der Faber'sche Begriff im Kontext der neueren Entwicklungen

Für den Hannoveraner Kollegen *Kay Waechter* setzt *Fabers* Lehrbuch „den Bau des Verwaltungsrechts auf dem Problemniveau und auf der Höhe des Reflexionsniveaus, wie es von Forsthoff erreicht worden war, fort“.⁵⁹ Speziell mit Blick auf die „Infrastrukturverwaltung“ bildet *Faber* eine „Ausnahme“ im Schrifttum, in dem ansonsten der Begriff ein „Randdasein“ führt.⁶⁰ Seine Ausführungen tragen zur Systematisierung der Funktionen

56 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 375, 509, 1268; *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 28 f.

57 Vgl. dazu die Definition von *Franzius* (Infrastrukturen zwischen Regulierung und Planung – Herausforderungen des Energie-Infrastrukturrechts, *EnWZ* 2022, 302): „Unter Regulierung lässt sich (...) die Herstellung sozialpflichtigen Wettbewerbs verstehen oder anders formuliert: Gesetz wird auf den Wettbewerb, der nicht vorgefunden, sondern ‚konstruiert‘ wird“; vgl. auch *Mehde*, Infrastruktur (Fn. 3), S. 21 ff.

58 *Theobald* (Fn. 39), *NJW* 2003, 324 (Anführungszeichen bei *Theobald*); vgl. auch *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 45.

59 *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 56; *Waechter* bezieht sich dabei vor allem auf die verschiedenen Auflagen des Lehrbuchs des Verwaltungsrechts von Ernst Forsthoff.

60 So *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 3.

von Verwaltungsrecht bei.⁶¹ Dass es sich nicht um eine einfache oder eindimensionale Bemerkung handelt, mag man auch an der Tatsache ermes- sen, dass das Lehrbuch im Sachverzeichnis⁶² nicht etwa nur auf einzelne Kapitel oder Aspekte verweisen muss, sondern schon durch die Vielzahl der Nachweise zeigt, dass sich dieser Aspekt „durchdeklinieren“, also bei vielen Aspekten gewinnbringend verwenden lässt.

1. Defizite der klassischen Differenzierung

Was die Abgrenzung von der Leistungs- und der Eingriffsverwaltung anbelangt, so bleibt es uneingeschränkt zutreffend, dass Verwaltungshandeln durch die Dichotomie unzureichend abgebildet wird. Für *Wißmann* hat die grundlegend von *Faber* entwickelte und einen „Perspektivwechsel“ einschließende „Betrachtung (...) beachtliche empirische Gründe für sich“.⁶³ Er sieht hier auch die „zentrale Einsicht“, „dass die Frage des Umfangs, der Qualität und des Zugangs zu Infrastrukturen allgemeinverbindlich geklärt werden muss, weil hier über Vorbedingungen von Freiheit entschieden wird, neben denen individuelle Entscheidungen der Eingriffs- und Leistungsverwaltung geradezu als Randfunktion erscheinen“.⁶⁴ Für *Köck* wiederum hat *Faber* „Beobachtungen zu Ansätzen einer pragmatischen Theorie des Verwaltungsrechts verarbeitet“, wobei er besonders auf die Beachtung objektiver Rechtspflichten und die Multilateralität der Aufgaben abstellt.⁶⁵ Trotz eines Vorbehalts hinsichtlich mancher Schlussfolgerungen meint er daher, „Fabers Ansatz“ schärfe „den Blick für die infrastrukturellen Komponenten von Verwaltungsentscheidungen und“ leiste „damit einen wichtigen Beitrag auch für die rechtliche Durchdringung der Handlungsformen“.⁶⁶

61 Vgl. *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26.

62 Vgl. *Faber*, Verwaltungsrecht (Fn. 8) in der 4. Aufl., S. 466, mit nicht weniger als 15 Nachweisen bei dem Begriff „Infrastrukturverwaltung“.

63 *Wißmann*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Voßkuhle/Eifert/Möllers (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 3. Aufl., München 2022, § 14 Rn. 128; vgl. auch *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26: „eher politikwissenschaftlich orientierte Begriffsbildung“.

64 *Wißmann*, Referat (Fn. 50), S. 385 mit Fn. 55.

65 *Köck*, Planung (Fn. 22), Rn. 23.

66 *Köck*, Planung (Fn. 22), Rn. 23.

2. „Überholende“ Entwicklungen und dogmatische Überforderung

Trotz der hier beschriebenen, außergewöhnlich positiven Resonanz ist zu konzedieren, dass die Rezeptionsgeschichte keine uneingeschränkt positive ist: Insbesondere der Fokus auf den Netzwirtschaften hat es mit sich gebracht, dass andere Aspekte der Infrastruktur immer stärker aus dem Blickfeld geraten sind.⁶⁷ Wenn man so will, wurde der Begriff in der *Faber'schen* Prägung „Opfer“ des Erfolges des gleichen, aber eben anders definierten Modebegriffs des „Infrastrukturrechts“: Als Begriff erweist er sich als so überzeugend, dass er auch für eine Konstellation ohne weiteres gewinnbringend verwendet werden konnte, die *Faber* jedenfalls nicht spezifisch im Blick hatte.

Noch fundamentaler argumentierend zieht *Dörr* eine ernüchternde Bilanz: Er bezieht sich auf „(d)ie von *Faber* eingeführte Kategorisierung der ‚Infrastrukturverwaltung‘“ im Sinne eines „eigenständigen Bereich(s) des Verwaltungshandelns“ und meint, diese habe „sich nicht durchgesetzt“.⁶⁸ *Durner* verbindet seine Schlussfolgerung mit einer Andeutung zur Ursache dieser Diagnose: „In dieser ambitionierten, indes inhaltlich wenig greifbaren Form hat weder der Begriff noch die neu vorgeschlagene Kategorie nachhaltige Resonanz gefunden“.⁶⁹ Für *Wißmann* „verfehlt“ die Betrachtung im *Faber'schen* Sinne „die systemprägenden Vorwirkungen, die die Möglichkeit der individuellen Rechtsverfolgung auch für die Massenverwaltung hat“.⁷⁰ Und auch *Waechter* kommt nach ausführlicher Darstellung und Analyse der theoretischen Überlegungen *Fabers* und insbesondere des Ansatzes der Infrastrukturverwaltung zu dem Ergebnis, es erscheine „als zweifelhaft, ob Infrastrukturentscheidungen neben Eingriffs- und Leistungsverwaltung einen eigenen Rechtskreis bilden, oder ob sie nicht eher Teil dieser Funktionskreise sind und der Begründung von Rechtsverhältnissen vorgehen“.⁷¹

67 Kritisch gegen entsprechende Engführungen: *Dörr*, Referat zu den Anforderungen an ein zukunftsfähiges Infrastrukturrecht, in: VVDStRL (Fn. 50), S. 323 (331); differenzierend *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 9.

68 *Dörr*, Referat (Fn. 67), S. 332, Fn. 43.

69 *Durner*, Infrastrukturverwaltung (Fn. 51), Rn. 3.

70 *Wißmann*, Grundmodi (Fn. 63), Rn. 128.

71 *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 60; zur teilweisen Überschneidung „mit der von den rechtlichen Formen und Wirkungen her gedachten Einteilung in Eingriffe und Leistungen“: *Bull/Mehde*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Fn. 1), Rn. 26.

3. Der fortbestehende Fokus auf Eingriffs- und Leistungsverwaltung

Abgesehen von den speziellen, von Analysen des Regulierungsrechts geprägten Darlegungen bleibt es dabei, dass immer noch die Begriffe der „Eingriffs-“ und der „Leistungsverwaltung“ die Wahrnehmung in Rechtswissenschaft wie -praxis prägen.⁷² Dies dürfte zum einen mit der Parallelität zu den gesetzlich abgebildeten Begriffen des „belastenden“ und „begünstigenden“ Verwaltungshandelns zusammenhängen.⁷³ Gerade das Allgemeine Verwaltungsrecht, das von Bemühungen um eine Systembildung geprägt ist, verlangt eine besondere Anschlussfähigkeit in verschiedenen Dimensionen. Dass dies mit Blick auf die Infrastrukturverwaltung einige Schwierigkeiten bereitet,⁷⁴ daran kann auch die für sich genommen durchaus beeindruckende Deklination entlang unterschiedlicher Kategorien in dem Buch von *Faber* und insbesondere in dem schon angesprochenen Schaubild⁷⁵ wenig ändern.

Noch wichtiger ist aber wohl ein anderer Aspekt: Die gerichtlich entschiedenen Fälle, die eine wesentliche Quelle für rechtsdogmatisches Denken bilden, beziehen sich naturgemäß vor allem auf die beiden Ausgangslagen, nach denen ein Kläger entweder einen Eingriff abwehren oder aber eine Leistung erhalten möchte.⁷⁶ Dies wiederum bildet sich auch ab in jenen Fällen, die als Anschauungs- und Übungsmaterial in der juristischen Ausbildung herangezogen werden, was wiederum für die Darstellung im Kontext eines Lehrbuchs nicht irrelevant ist. Ein weniger auf die Falllösung zugeschnittenes Studium hätte sehr wahrscheinlich zu einer ganz anderen Resonanz des Begriffs geführt, füllt er doch, wie beschrieben, eine wesentliche Lücke in der systematisierenden Beschreibung des Rechtsgebiets.

72 Auch *Faber* (Vorbemerkungen [Fn. 6], S. 292) hat „die Unterscheidung zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung“ als „(als ‚äußeres System‘) didaktisch und heuristisch sinnvoll“ bezeichnet.

73 Vgl. dazu *Faber*, Vorbemerkungen (Fn. 6), S. 293.

74 Vgl. dazu noch einmal *Waechter*, Gewährleistungsstaat (Fn. 11), S. 59 ff.

75 Dazu oben bei Fn. 15.

76 Für *Faber* selbst (Vorbemerkungen [Fn. 6], S. 300) folgt „(d)ie Haupt-Schwierigkeit eines Infrastrukturverwaltungsrechts (...) daraus, daß es sich zwar dem realen Entscheidungsbedarf nähern, zugleich aber vom herkömmlichen Rechtsschutzsystem (Art. 19 Abs. 4 GG, § 42 Abs. 2 VwGO) entfernen würde“; daher folgert er: „Gegenüber der Infrastrukturverwaltung müßten neue Rechtsschutzformeln entwickelt werden“. Es liegt auf der Hand, dass sich in dieser Richtung auch rund dreieinhalb Jahrzehnte nach dem Erscheinen des *Faber*’schen Beitrags nichts abzeichnet.

VI. Fazit

Die Darstellung hat gezeigt, dass der Begriff der „Infrastrukturverwaltung“ eine erstaunliche Konjunktur erfahren hat. *Faber* war in dieser Entwicklung ein Vorreiter – seine Begriffsprägung datiert aus der Zeit vor dem Beginn dieser Konjunktur. Wie für solche Vorreiter nicht ganz unüblich ist, wurde er später dann aber – um in dem Bild zu bleiben – überholt. Dies wiederum dürfte weniger mit der seinen Überlegungen zugrundeliegenden Analyse zu tun haben, sondern zunächst einmal mit spezifischen, vor allem faktischen, Entwicklungen, die völlig unabhängig von seinen Argumenten – und nicht in Widerspruch zu diesen – auf die Tagesordnung gelangten.

Wenn sich die Beschreibungen *Fabers* nicht immer nahtlos in das bestehende System des Allgemeinen Verwaltungsrechts einfügen, so verlangt dies in der Rezeption eine Entscheidung, ob man bereit ist, diesen Bruch hinzunehmen, um eine zwar fast unstreitig bestehende, im Alltag aber wenige Probleme verursachende Lücke zu schließen. Vielleicht haben sich an diesen Bemühungen der weiteren Systembildung unter den Vorzeichen des *Faber'schen* Begriffs auch wegen dieser Entscheidungssituation nicht so viele Autoren beteiligt, wie dies zweifellos wünschenswert gewesen wäre. Letztlich hat jede Steigerung der Komplexität, mag es im Ausgangspunkt noch so gute Gründe für sie geben, im rechtswissenschaftlichen wie -praktischen Diskurs wohl nur dann eine Chance sich durchzusetzen, wenn sie als für die Rechtsanwendung zwingend erscheint und insbesondere bei der Lösung konkreter Probleme helfen kann. Fällt auch die Rechtsprechung als Treiberin dieser Entwicklung aus, weil bestehende Vereinfachungen wie etwa die Aufteilung in Eingriffs- und Leistungsverwaltung einen klareren Rahmen bieten, innerhalb dessen alle Fälle gelöst werden können, reduziert sich gleichzeitig das Potenzial für die Suche nach Problemlösungen.

Unabhängig davon bleibt es aber ganz außergewöhnlich, dass ein Begriff, der in erster Linie in einem Lehrbuch konzipiert und definiert wurde, eine solch große Resonanz erfährt. Auch wenn man in der Rechtswissenschaft bislang nicht in den formalisierten Kategorien der Zitationsindizes denkt: Dass trotz der geradezu unübersehbaren Vielzahl der einschlägigen Titel auch in der aktuellen Literatur auf ein Lehrbuch des Allgemeinen Verwaltungsrechts verwiesen wird, das in der jüngsten Auflage rund drei Jahrzehnte alt ist, um einen einzigen Begriff zu analysieren, erscheint als eine besondere wissenschaftliche Leistung des Autors dieses Buchs. Zwar mag man zu dem Ergebnis kommen, dass damit die Wahrnehmung die Wirkung übertrifft, das ändert aber nichts an der Tatsache, dass *Faber* mit

der Begriffsbildung einen Reibungspunkt gesetzt hat, der sehr weitgehend als der Auseinandersetzung würdig angesehen wird.

Es bleibt damit der unbestreitbare Verdienst, einen rechtswissenschaftlich ausgerichteten Begriff geprägt zu haben, der auf einen vielfach nicht hinreichend wahrgenommenen Aspekt in der bisherigen Systematisierung des Rechtsgebiets verweist. Die nach wie vor breite Wahrnehmung der Herkunft des Begriffs im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ist Ausweis der Tatsache, dass die ursprüngliche Urheberschaft keinesfalls in Vergessenheit geraten ist, sondern auch in den neuen Diskussionszusammenhängen anerkannt wird.