

II. Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten

1. Verantwortungsteilung als „Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit“

Waren bis Ende der 1990-er Jahre die Auseinandersetzungen über Privatisierungen geprägt vom Diskurs über Aufgabenabbau³⁷⁹ und Aufgabenkritik,³⁸⁰ so hat sich mittlerweile sowohl in Deutschland als auch in England der Blickwinkel der Diskussion geändert. Anstelle der Diktion eines angeblichen „Rückzugs des Staates“³⁸¹, der „Entstaatlichung“ und des „Abbaus“ des (Sozial-)Staates trat das Leitbild des „aktivierenden Staates“³⁸² in den Vordergrund. Obgleich vor allem mit der aktivierenden Arbeitsmarktpolitik in Zusammenhang gebracht,³⁸³ geht der Anwendungsbereich dieses Konzepts weit darüber hinaus und zielt auf eine umfassende Neubestimmung der Rollenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft, auf eine stärkere kooperative Aufgabenwahrnehmung, welche den einzelnen Bürger und die Gesellschaft mit eigenverantwortlichen Leistungen in den Produktionsprozeß öffentlicher Leistungen einbindet.³⁸⁴ Diese Ansätze waren nicht nur zentral für die „New Deal“-Politik von New Labour unter Blair,³⁸⁵ sondern wurden auch von der deutschen Bundesregierung unter Schröder aufgenommen. Im Leitbild des „aktivierenden Staates“³⁸⁶, das schon in der Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 20.10.1998 enthalten war³⁸⁷ und das in der Regierungserklärung „Moderner Staat – Moderne Verwaltung“³⁸⁸ konkretisiert wurde, finden sich Privatisierungsgesichtspunkte unter dem zentralen Konzept der „Neuen Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Gesellschaft wieder. Dieses Konzept hebt zum einen die Verpflichtung des Staates, „Freiheit und Sicherheit der Bürgerinnen und Bürger als

379 Zur „Kernaufgabendiskussion“ vgl. etwa Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 764 f.

380 So sah der 1995 unter der Regierung Helmut Kohls eingesetzte Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ die Frage nach den Kernaufgaben des Staates verbunden mit der Nutzbarmachung von bürgerschaftlichem Engagement und Privatisierungen als wesentlichen Aspekt der Staatsmodernisierung, s. Sachverständigenrat „Schlanker Staat“ [Hrsg.], Abschlußbericht. Band 2, S. 41; allgemein zum „Schlanken Staat“ etwa Scholz, Schlanker Staat tut not!, S. 987 ff.

381 Schuppert, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 761 ff.

382 Zum „aktivierenden Staat“ vgl. Schröder, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik, S. 277 ff.; Blanke, Aktivierender Staat, S. 8 ff.; Blanke/von Bandemer, GMH 1999, S. 321 ff.

383 Vgl. etwa Eichhorst/Kaufmann/Konle-Seidl [Hrsg.], Bringing the jobless into work? Experiences with activation schemes in Europe and the US, 2008.

384 Grienberger-Zingerle, Kooperative Instrumente, S. 30 ff.; Blanke, Aktivierender Staat, S. 15. Vgl. auch Hoffmann-Riem, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 52.

385 Vgl. etwa die „New partnerships for welfare“ im Green Paper des Department of Social Security, New ambitions for our country: A new contract for welfare, S. 33 ff.; zur Zunahme der Bedeutung von Public Private Partnerships unter New Labour s. Steadman, Public Private Partnership, S. 19 ff.

386 Vgl. Schröder, Der aktivierende Staat aus der Sicht der Politik, S. 277 ff.

387 Koalitionsvereinbarung zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, S. 40 abrufbar unter <http://www.gruene.de/cms/themen/dokbin/182/182660.koalitionsvertrag_1998.pdf>.

388 Die Bundesregierung, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, 1999.

Kernbereich in seiner alleinigen Verantwortung zu schützen“³⁸⁹ hervor. Andererseits betont es gleichzeitig, daß es daneben „einen großen Bereich anderer, bisher als öffentlich³⁹⁰ angesehener Aufgaben [gibt], die sichergestellt, aber nicht unbedingt durch staatliche Organe selbst durchgeführt werden müssen“³⁹¹, wobei aber in diesem Bereich „der Staat jedenfalls die Erfüllung der Aufgaben gewährleisten“³⁹² müsse.

Der Aspekt der Verantwortungsteilung trat in Folge auch in der rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Einschaltung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben zunehmend in den Vordergrund. *Schmidt-Aßmann* etwa stellte – betrachtet aus der Perspektive des Staates – eine Skala mit den Endpolen der vollen „Erfüllungsverantwortung“ einerseits und der „staatlichen Rahmensetzung für private Aktivitäten“ andererseits auf.³⁹³ *Schuppert* beschrieb die „Verantwortungsteilung“ zwischen Staat und Privaten als „Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor“³⁹⁴, *Hoffmann-Riem* sah in ihr den „Schlüsselbegriff moderner Staatlichkeit“³⁹⁵.

Im Hinblick auf die Eignung des Begriffs, das Zusammenspiel zwischen öffentlichem und privatem Sektor zu beschreiben, wird das Konzept der Verantwortungsteilung als gehaltvoller erachtet als der Staatsaufgabenbegriff.³⁹⁶ Die Staatsaufgabenlogik vermag die vielfältigen Verantwortungsdifferenzierungen nicht nachzuzeichnen, da sie aufgrund der mangelnden Fähigkeit, private Aufgabenbeiträge einzubeziehen, das *Zusammenspiel* von Staat und Privaten in je unterschiedlicher Intensität nicht hinreichend zum Ausdruck bringt.³⁹⁷

Das Erkenntnisziel dieser Arbeit ist darauf gerichtet, die Verantwortungsteilung zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor im Bereich der stationären Langzeitpflege zu beleuchten. Weil aber der Gebrauch übergreifender Ordnungsideen wie „Verantwortung“ oder „Verantwortungsteilung“ – zumal im juristischen Kontext – die Gefahr einer pauschal-deskriptiven und unbestimmten Vorgehensweise birgt, statt die erforderliche analytische Tiefe zu gewährleisten,³⁹⁸ soll im Folgenden auf den Begriff der Verantwortung im Allgemeinen und sodann auf verschiedene Verantwortungsformen mit dem Staat als Verantwortungssubjekt im Besonderen näher eingegangen werden.

389 *Die Bundesregierung*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, S. 2 sowie S. 7 zur Kooperation mit Privaten.

390 Im hier verwendeten Sinn: „staatlich“.

391 *Die Bundesregierung*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, S. 2.

392 *Die Bundesregierung*, Moderner Staat – Moderne Verwaltung, S. 2.

393 *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 44.

394 So der Untertitel des von *Schuppert* herausgegebenen Buches „Jenseits von Privatisierung und ‚schlankem‘ Staat“, 1999.

395 *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 47 ff.

396 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58.

397 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 24.

398 Mit diesem Hinweis etwa *Wilke*, Verantwortungsverantwortung, DÖV 1975, S. 511. Kritisch zur Verwendung des Begriffs in juristischen Kontexten allerdings *Röhl*, Verantwortungsverantwortung als dogmatischer Begriff, DV Beiheft 2 (1999), S. 48; *Schmidt*, Reform, VerwArch 91 (2000), S. 157 f.; *Kämmerer*, Privatisierung, S. 433 ff.

Hieraus sollen schließlich diejenigen Elemente abgeleitet werden, an Hand derer sich die Struktur der staatlichen Verantwortung im Bereich der stationären Langzeitpflege hinreichend differenziert beschreiben läßt.

2. Staatliche Verantwortung

Obgleich sich eine Reihe juristischer Beiträge mit Modellen der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft beschäftigt, finden sich in diesen Abhandlungen doch nur selten genauere Ausführungen zur (staatlichen) Verantwortung.³⁹⁹ Auch ein einheitlicher rechtlicher Begriff der Verantwortung existiert nicht.⁴⁰⁰ Sehr allgemein gefaßt bedeutet Verantwortung, daß ein Akteur die Interessen der von seinem Handeln Betroffenen zu berücksichtigen und hierüber möglicherweise in irgendeiner Form Rechenschaft abzulegen hat.⁴⁰¹ Obgleich der Begriff der Verantwortung in diversen moraltheologischen, philosophischen, politischen wie auch juristischen Kontexten mit jeweils unterschiedlicher Konnotation verwendet wird,⁴⁰² lassen sich sechs Elemente herauskristallisieren, die fast allen Bedeutungsvarianten zugrunde liegen:⁴⁰³

Zunächst muß die Verantwortung einerseits einem *Handlungssubjekt* zugewiesen und andererseits auf ein *Objekt* bezogen sein. Dieses Objekt kann in einem Tun oder Unterlassen bestehen, in einer daraus resultierenden Folge, in der Erhaltung oder Erreichung eines Zustands, in einer Aufgabe. Wenn in dieser Untersuchung von „Verantwortungsbereichen“ die Rede ist, meint dies die Zusammenfassung mehrerer solcher aufeinander bezogener solcher Objekte.

Ferner bedarf Verantwortung der *Zurechnung* zwischen Verantwortungssubjekt und Verantwortungsobjekt. Sie bildet das Ergebnis verschiedener, im Recht primär vom Gesetzgeber getroffener Wertentscheidungen. Voraussetzung für die Zurechenbarkeit ist dabei stets ein *weisungsunabhängiger Entscheidungsspielraum*, der selbständig ausgefüllt und konkretisiert wird und die Freiheit beinhalten muß, das Verhalten (Verantwortungsobjekt) an den betreffenden Maßstäben auszurichten.⁴⁰⁴ Im Bereich vollständig determinierter Handlungen ist demgegenüber kein Raum für die Übernahme eigener Verantwortung.

Des Weiteren kann Verantwortung nur gegenüber einer *anderen Instanz* – dem Verantwortungsadressaten⁴⁰⁵ – bestehen,⁴⁰⁶ der gegenüber das Subjekt der Verantwort-

399 Ausführlich zur „Verantwortung“ als Rechtsbegriff *Klement*, Verantwortung, S. 34 ff.

400 *Kämmerer*, Privatisierung, S. 435 f.

401 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287.

402 Zu verschiedenen Bedeutungsgehalten vgl. *Bovens*, The Quest for Responsibility, S. 24 ff.

403 Zu diesen sechs im Folgenden darzustellenden Elementen s. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 55 ff.; ein ähnlicher, allerdings in lediglich vier Voraussetzungen aufgegliederter Verantwortungsbegriff findet sich bei *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 106 ff.

404 Näher zu diesem Aspekt der Verantwortung *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 31 f.

405 *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 107.

406 Vgl. etwa *Schwartländer*, Verantwortung, S. 1586 ff.

lichkeit für das Verantwortungsobjekt einzustehen⁴⁰⁷ hat. In Betracht kommen insofern etwa das eigene Gewissen oder Gott, aber auch die Öffentlichkeit oder ein Gericht. Nicht erforderlich ist, daß durch diese Instanz eine Sanktion verhängt wird.

Als derivatives Konzept⁴⁰⁸ bedarf Verantwortung eines *Maßstabs*, von dem sich der Verantwortliche bei seiner Entscheidung leiten lassen kann. Dieser hängt mit der Instanz zusammen, gegenüber der die Verantwortung besteht. Entsprechend kann er rechtlicher, religiöser oder moralischer Natur sein.⁴⁰⁹

Übertragen auf den Staat als Verantwortungssubjekt gelangt man zu den Begriffen „staatliche Verantwortung“ und „Verwaltungsverantwortung“. Den Staat als taugliches Subjekt von Verantwortung zu sehen, setzt zunächst voraus, einem weiteren und nicht allein auf den Menschen beschränkten⁴¹⁰ Verantwortungsbegriff zu folgen.⁴¹¹ Dies ist insofern möglich, als dem Staat das an bestimmten Maßstäben orientierte, frei gewollte Tätigwerden der für ihn handelnden Amtsträger zugerechnet und sein Entscheidungsverhalten dadurch auf das natürlicher Personen zurückgeführt werden kann.⁴¹² Die dem Staat hinsichtlich der Ausübung von Hoheitsgewalt nach wie vor zukommende Sonderrolle rechtfertigt es, ihn trotz der festzustellenden Diffusion von nationalstaatlicher und inter- bzw. supranationaler Ebene einerseits und von staatlicher und gesellschaftlicher Sphäre andererseits⁴¹³ als taugliches Zurechnungssubjekt von Verantwortung zu betrachten.⁴¹⁴ Zu bedenken ist ferner, daß die „staatliche Verantwortung“ angesichts der Pluralität der staatlichen Träger gewissermaßen eine von konkreten Staatsorganen herführende, „gebündelte“ Verantwortung beschreibt.⁴¹⁵

Was das Verantwortungsobjekt anlangt, beziehen sich die „staatliche Verantwortung“ und die „Verwaltungsverantwortung“⁴¹⁶ auf Staatsaufgaben.⁴¹⁷ Dabei stellt die

407 Hierin drückt sich die etymologische Bedeutung des Begriffs „Verantwortung“ aus, der erst im Mittelhochdeutschen im Rechtsbereich auftaucht: das Rede und Antwort stehen auf eine Anklage, also das sich verteidigen gegenüber einem Vorwurf durch einen anderen. Dazu *Biller*, Der Begriff der Verantwortung und des Gewissens, S. 146; *Schwartländer*, Verantwortung, S. 1579; *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 29 f.

408 *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287.

409 Vgl. *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 30.

410 So aber etwa *Jonas*, Das Prinzip Verantwortung, S. 185.

411 In diesem Sinne statt vieler etwa *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 54; zur Geeignetheit anderer als natürlicher Personen als Verantwortungssubjekt auch *Bovens*, The Quest for Responsibility, S. 54 ff.

412 Vgl. auch *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 49.

413 Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 271 f.

414 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 148; *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 272 f.

415 Mit dem Hinweis auf die Verortung rechtlicher staatlicher Verantwortung bei den einzelnen Staatsorganen und Staatsfunktionen *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 57, der deswegen die pauschale Frage nach der Verantwortung „des Staates“ nicht für möglich hält.

416 Die Verwaltungsverantwortung wird – als Verantwortung für Verwaltungsaufgaben – auch unter dem Stichwort „Aufgabenverantwortung“ thematisiert, s. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 268; kritisch zum Begriff der Verwaltungsverantwortung *Röhl*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff, DV Beiheft 2 (1999), S. 33 ff.

417 Vgl. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 54.

Verwaltungsverantwortung, die die Verfahren, Zuständigkeiten und Handlungsspielräume der „öffentlichen Verwaltung“ betrifft,⁴¹⁸ lediglich einen Teilbereich aus dem staatlichen Verantwortungsbereich dar. Im Gegensatz zur staatlichen Verantwortung als gesamter verweist die Verwaltungsverantwortung auf ihr sachliches Substrat, das Handeln der Exekutive.⁴¹⁹ Angesichts der Komplexität der staatlichen Aufgaben im Wohlfahrtsstaat läßt sich die staatliche Verantwortung nur jeweils für bestimmte Sachbereiche bzw. nur für einzelne Regelungskomplexe analysieren.⁴²⁰ Daran wird sich auch diese Arbeit orientieren und das Verantwortungsobjekt „stationäre Langzeitpflege“ in verschiedene Unterbereiche und Handlungsaufgaben (wie beispielsweise das Vorhandensein einer hinreichenden Einrichtungsinfrastruktur) untergliedern.

Bei der staatlichen Verantwortung geht es zunächst um die Frage, inwiefern staatliche Organe rechtlich verpflichtet sind, für die Erledigung bestimmter Aufgaben einzustehen.⁴²¹ Weil in einem freiheitlich-demokratisch verfaßten Gemeinwesen aber grundsätzlich keine vorrechtliche juristische Verantwortung des Staates existiert,⁴²² ist diese Verpflichtung „eine normative, aus der Verfassung und den gesetzlichen Aufgaben- und Befugniszuweisungen abgeleitet[e].“⁴²³ In Deutschland ist die damit angesprochene normative Verankerung in ihrer allgemeinsten Form in den Verfassungsprinzipien des sozialen⁴²⁴ und demokratischen Rechtsstaats sowie in der Verpflichtung des Staates zum Schutz der Grundrechte zu finden.⁴²⁵ Konkrete Aussagen zum Umfang der Verantwortung trifft das deutsche Grundgesetz nur selten,⁴²⁶ etwa im Eisenbahn- und Postverfassungsrecht der Art. 87e Abs. 4 und 87f Abs. 1 GG, die dem Gedanken der Gewährleistungsverantwortung Ausdruck verleihen.⁴²⁷

In erster Linie ist es daher Sache des einfachen Gesetzgebers und – im Rahmen der Spielräume, die die Rechtsordnung beläßt – der Verwaltung, Inhalt und Ausmaß der

418 *Scholz*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 149; s. auch *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsverfahren, S. 10; *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 232 ff., unterscheidet in einer Typologie der Verwaltungsverantwortung weiter zwischen den Modalitäten der Vollzugsverantwortung, Entfaltungsverantwortung, Verantwortung für Programmverwirklichung, Initiativverantwortung und Gesamtverantwortung (im Sinne einer Einordnung von Einzelmaßnahmen in einen Gesamtkontext).

419 *Pitschas*, Verwaltungsverantwortung, S. 10.

420 So zutreffend *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 146 f.

421 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 270 f.

422 *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 271 Fn. 11 m.w.N. sowie S. 327. Auch die Verantwortung Privater erfordert im Rechtsstaat eine rechtliche Konkretisierung, s. *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 238 f.

423 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

424 Zur staatlichen Gesamtverantwortung für eine gerechte Sozialordnung s. BVerfGE 22, 180, 204.

425 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 269.

426 Vgl. jedoch *Schubert*, Prinzip Verantwortung, S. 271 ff. zur Verankerung der sehr universellen, auf die Sicherung der Existenz der Menschheit als solcher gerichteten Verantwortung im Sinne eines objektiv und unbedingt geltenden Rechtsprinzips in der Verfassung.

427 Zu diesen Normierungen der Infrastrukturverantwortung vgl. *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 118.

staatlichen Verantwortung im Einzelnen zu bestimmen.⁴²⁸ Der Gesetzgeber verteilt die Verantwortung für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zwischen Staat und Gesellschaft.⁴²⁹ In Verbindung mit der grundsätzlich bestehenden Kompetenz des Staates, Aufgaben zu seinen eigenen zu machen,⁴³⁰ führt dies dazu, daß sich der Umfang der Staatsverantwortung vor allem in den staatlicherseits übernommenen Aufgaben manifestiert und die „Lehre der Staatsverantwortung [...] notwendig eine Lehre der Staatsaufgaben“⁴³¹ ist. Die staatliche Verantwortung ist somit in starkem Maße selbst-determiniert,⁴³² was den Staat von anderen Verantwortungssubjekten unterscheidet.⁴³³ Indem insbesondere der Gesetzgeber fortlaufend über die konkrete Ausgestaltung der staatlichen Verantwortung für Verwaltungsaufgaben entscheidet, wird die Verantwortung gleichzeitig an den demokratischen Prozeß rückgebunden.⁴³⁴

Staatliche Verantwortung wird zwar auch „als Abbeviatur [...] staatlicher Verpflichtungen“⁴³⁵ beschrieben. Allerdings kann dies angesichts der soeben beschriebenen, auf Handlungskompetenzen⁴³⁶ abstellenden Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Gesellschaft nicht bedeuten, daß in einem strikten Sinne nur dort von staatlicher Verantwortung gesprochen werden könnte, wo staatliche Organe konkrete objektive Handlungspflichten haben. Es geht grundlegender um die generelle Rollenverteilung zwischen den Sektoren. Für die Frage, ob der Staat in irgendeiner Weise Verantwortung für einen bestimmten Lebensbereich übernimmt, wird nach dem dieser Arbeit zugrundeliegenden Verantwortungsbegriff daher vor allem auf das faktische Gebrauchmachen von staatlichen Kompetenzen abgestellt, ohne daß es spezifisch auf das Vorhandensein einer rechtlichen Verpflichtung hierzu ankäme.⁴³⁷ Die im jeweiligen Bereich existierenden Kompetenzen und Befugnisse sowie die vorgelagerte Entscheidung, in diesem Ausschnitt der Lebenswirklichkeit aktiv zu werden, vermitteln dabei den erforderlichen Entscheidungsspielraum, der es rechtfertigt, von Verantwortung zu sprechen.⁴³⁸

428 Vgl. dazu, bezogen speziell auf das Sozialrecht, auch *Becker*, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 65 (2010), S. 612 ff.

429 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 47.

430 Vgl. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58; *Bull*, Staatsaufgaben, S. 3 ff.

431 *Saladin*, Verantwortung, S. 77.

432 Hierin unterscheidet sich die so verstandene staatliche Verantwortung etwa von einem moralisch-ethischen, auf den Menschen bezogenen Verantwortungsbegriff, nach dem es diesem nicht selbst möglich ist zu bestimmen, wofür er verantwortlich ist. Vgl. *Frankl*, Anthropologische Grundlagen der Psychotherapie, S. 232 f., 305 f.

433 *Murswiek*, Staatliche Verantwortung, S. 57.

434 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 270.

435 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

436 Zur Zuweisung von Verantwortung an verschiedene Verantwortungssubjekte durch die Aufteilung von Handlungskompetenzen s. *Krawietz*, Theorie der Verantwortung – neu oder alt, S. 186, 193.

437 Nach der in dieser Arbeit verwendeten Begrifflichkeit kann sich der Staat etwa durch die Bereitstellung von Informationen an die Öffentlichkeit für die Erreichung eines bestimmten Ziels „verantwortlich“ zeigen, auch wenn er hierzu im Einzelnen nicht verpflichtet gewesen wäre.

438 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 55; vgl. auch *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 106; *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 20 f.

Hinsichtlich des Verantwortungsmaßstabs wird Verantwortung in dieser Arbeit nicht als ethische Kategorie der Moral,⁴³⁹ sondern einem pragmatischen Verständnis folgend als Entstehen für eine am Gemeinwohl orientierte Zielverwirklichung verstanden.⁴⁴⁰ Diese Verantwortlichkeit des Staates für das Gemeinwesen⁴⁴¹ besteht gegenüber dem Volk.⁴⁴² Weil das für den Verantwortungsbegriff charakteristische Entstehenmüssen einer anderen Instanz gegenüber nicht zwingend auch in Sanktionen resultieren muß,⁴⁴³ reicht das Konzept der staatlichen Verantwortung weit über den Bereich hinaus, in dem Bürgern dem Staat gegenüber in irgendeiner Form erzwingbare Rechte zustehen. Eine in diesem Sinn verstandene staatliche Verantwortung läßt überdies die Grenzen zwischen rechtlicher und politischer⁴⁴⁴ Betrachtung verschwimmen. Das Entstehenmüssen einer anderen Instanz gegenüber kann daher auch in politischen „Sanktionen“ gesehen werden, beispielsweise indem Bürger eine nicht hinreichend am Gemeinwohl orientierte Wahrnehmung staatlicher Verantwortung durch ein entsprechendes Wahlverhalten mißbilligen.

Die konkrete Ausgestaltung der staatlichen Verantwortung kann sich in gegenständlicher, inhaltlicher Hinsicht allerdings derart unterschiedlich darstellen, daß zur näheren Beschreibung aussagekräftigere Begriffe erforderlich sind.⁴⁴⁵ Eine größere analytische Präzision wird etwa vom Konzept der Verantwortungsteilung erwartet, das im Folgenden vorgestellt wird.

3. Verantwortungsteilung

a. Vorbemerkungen

Wie die vielfältigen Erscheinungsformen gerade der funktionalen Privatisierung zeigen, geht eine Aufgabenverlagerung auf private Akteure nicht notwendig mit einem „Rückzug des Staates“ aus dem jeweiligen Aufgabenbereich einher. Die unmittelbare staatliche Aufgabenerfüllung wird regelmäßig durch unterschiedlichste Formen der Einflußnahme, Überwachung, Reglementierung und Regulierung abgelöst, um die private

439 Dazu etwa *Bayertz*, Verantwortung, S. 3 ff.

440 Vgl. zu diesem Begriffsverständnis auch *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 23; *Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, S. 392 („wirksame Wahrnehmung des Gesamtwohls“).

441 Zur umfassenden Verantwortlichkeit des Staates für das Gemeinwesen s. *Isensee*, HdbStR III, § 59 Rn. 1 f.

442 *Di Fabio*, Verfassungsstaat, S. 107.

443 S. oben, S. 79.

444 Zu den Elementen politischer Verantwortung vgl. *Scheuner*, Verantwortung und Kontrolle im demokratischen Rechtsstaat, S. 392; *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 23 ff.

445 Vgl. *Krawietz*, Theorie der Verantwortung, S. 200.

Aufgabenwahrnehmung sicherzustellen.⁴⁴⁶ Der „erfüllende Staat“ wird zum „Gewährleistungsstaat“⁴⁴⁷.

Mit einer solchen *Aufgabenteilung* ist zugleich eine „Publizierung“⁴⁴⁸ von Verantwortung verbunden, die zu einer von Staat und Privaten „gemeinsam getragenen Verantwortung“⁴⁴⁹, also einer *Verantwortungsteilung* zwischen diesen Sektoren führt. Das Konzept der Verantwortungsteilung geht zurück zum einen auf *Ossenbühl*, der 1971 die Rolle des Staates im Zusammenhang mit dem Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure darlegte⁴⁵⁰ und vom „staatlich-privaten Kondominium“ sprach, in dem Staat und Private „verantwortungs- und entscheidungsteilend verwalten“⁴⁵¹. Zum anderen beschrieb *Schmidt-Aßmann* im Jahre 1976 – zunächst für den staatsinternen Bereich – die gemeinsame Verantwortung für das Recht durch die Verwaltung und die Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁴⁵² Angewendet auf das Verhältnis zwischen Staat und Privaten lenkt das Denken in den Kategorien der Verantwortungsteilung den Blick auf die Rollenteilung beider Sektoren bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und beleuchtet das Verhältnis von staatlicher Verantwortung und gesellschaftlicher Selbstverantwortung. Zugleich wird die verbleibende Rolle des Staates nach der Einschaltung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben betont.⁴⁵³

Die Verantwortungsteilung wird – wenngleich diese Fokussierung begrifflich nicht indiziert ist – von der verwaltungs- und steuerungswissenschaftlichen Literatur primär aus der staatlichen Perspektive geschildert. Dies geschieht, indem den unterschiedlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten der verantwortungsteilenden Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben verschiedene Grundtypen der *staatlichen* Verantwortungsverantwortung zugeordnet werden.⁴⁵⁴ Hierzu wurde ein Modell mit verschiedenen (staatlichen) Verantwortungsstufen⁴⁵⁵ entwickelt,⁴⁵⁶ bei dem es um die Standortbe-

446 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 277.

447 Ausführlich zum Leitbild des Gewährleistungsstaates s. unten, S. 92.

448 *Giddens*, Neoprogressivism, S. 7, beschreibt die Zuweisung von Verantwortungsanteilen an die Gesellschaft als „*publicisation*“, durch die sich der Staat von alten Staatsbildern wie dem bürokratischen Regulierungsstaat oder dem schlanken, privatisierenden Staat unterscheidet.

449 So die EU-Kommission in ihrer Empfehlung über Umweltvereinbarungen zur Durchführung von Richtlinien der Gemeinschaft vom 9. Dezember 1996 (96/733/EG), ABl. Nr. L 333, S. 59.

450 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 145 ff.

451 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 149.

452 *Schmidt-Aßmann*, Verantwortungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, VVDStRL 34 (1976), S. 237 ff.

453 Vgl. *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 430; *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 15; zur Verantwortungsteilung aus der spieltheoretischen Perspektive vgl. *Suchanek*, Institutionenökonomik, S. 287 ff.

454 Hierzu sogleich auf S. 84.

455 Zu Recht weist *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 286 Fn. 65, darauf hin, daß der Begriff der *Verantwortungsstufung* insofern mißverständlich ist, als zwischen den meisten Verantwortungstypen vielfach kein Stufenverhältnis besteht und ein bestimmtes Verantwortungsniveau erst aus einer Gesamtschau der Verantwortlichkeiten ablesbar ist.

456 Zum „Denken in Verantwortungsstufen“ *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 419 ff.; kritisch zu diesem Konzept *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 226.

stimmung und Rollenzuweisung der öffentlichen Verwaltung im Verhältnis zu privaten Funktionsträgern geht,⁴⁵⁷ das also ausdrückt, mit welcher „Leistungstiefe“⁴⁵⁸ der Staat in einem bestimmten Aufgabenfeld agiert. So verwendet stellt der „heuristische Begriff der staatlichen Verantwortung [...] eine Chiffre für die Intensität staatlicher Aufgabewahrnehmung in Bezug auf die eigenhändige Zielverwirklichung durch den Staat“ dar.⁴⁵⁹

Trotz der Fokussierung auf den Staat als Verantwortungssubjekt darf nicht übersehen werden, daß die Verantwortungsstufenmodelle ihre Grundlage gerade in der Verantwortungsteilung zwischen Staat und Gesellschaft finden und sie somit auch den privaten Sektor als Träger von Verantwortung einbeziehen. Verantwortungskonzeptionen, die allein im Bereich der Verwaltung ansetzen, laufen Gefahr, diesen Aspekt aus dem Auge zu verlieren. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie lediglich pauschal im Wege einer Subtraktion auf den der gesellschaftlichen Sphäre verbliebenen Verantwortungsteil schließen.⁴⁶⁰ Die Rechtsstellung des in die Aufgabenerfüllung einbezogenen Privaten ist keineswegs stets das Spiegelbild staatlicher Verantwortungsrücknahme.⁴⁶¹ Die starke Zunahme der staatlichen Regulierungstätigkeit, die die Privatisierungswelle der 80-er und 90-er Jahre des letzten Jahrhunderts begleitete,⁴⁶² zeigt vielmehr, daß Verantwortungsteilungen in aller Regel Anlaß zu einer qualitativen Neuordnung von Verantwortungsstrukturen geben, die über eine bloß quantitative Aufteilung bisher bestehender Strukturen hinausreicht. Wenn in den folgenden Ausführungen allerdings trotz des grundsätzlich also gleichermaßen erörterungswürdigen Verantwortungsanteils gesellschaftlicher Akteure das Hauptaugenmerk auf die Rolle des Staates gelegt wird, ist dies lediglich dem Umstand geschuldet, daß auch die Themenstellung dieser Untersuchung und das mit ihr verfolgte Erkenntnisinteresse diese Ausrichtung erfordern.

b. Modelle gestufter Verantwortungsverantwortung

War bislang verkürzend von *dem* Modell der Verantwortungsstufung die Rede, so bedarf dies insofern der Klarstellung, als bislang weder ein einheitliches Verständnis der Verantwortungsbegrifflichkeiten entwickelt wurde geschweige denn Konsens über ein bestimmtes Modell der Verantwortungsteilung herrscht.

457 Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 421.

458 Der Begriff „Leistungstiefe“ beschreibt, wie viele Teilaspekte der Leistungserstellung (wie Zielsetzung, Planung, Finanzierung, Produktion, Betrieb oder Vertrieb, Evaluation, Kontrolle) zur staatlichen Eigenleistung vorgesehen sind. Dazu im einzelnen Naschold u.a. [Hrsg.], Leistungstiefe im öffentlichen Sektor, 1996.

459 Trute, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 198.

460 Voßkuhle, Regelungsstrategien, S. 81.

461 So bezogen auf den Indienstgenommenen Trute, Verantwortungsteilung, S. 38 f.

462 S. etwa für Großbritannien Hogwood, Developments in Regulatory Agencies in Britain, International Review of Administrative Sciences 56 (1990), S. 598 ff.

Nachdem *Schmidt-Aßmann* das Konzept der Verantwortungsteilung für den staatsinternen Bereich beschrieben hatte,⁴⁶³ machte er 1993 das Denken in Verantwortungsstufen schließlich auch im Verhältnis Staat-Gesellschaft fruchtbar. Er zeigte das Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung auf, indem er einzelne Modalitäten staatlicher Verantwortungswahrnehmung unterschied und diese in eine die staatliche Leistungstiefe ausdrückende Abstufung brachte. Zwischen den beiden Polen der *staatlichen Rahmensetzung* für private Aktivitäten auf der einen und der *vollen staatlichen Erfüllungsverantwortung* auf der anderen Seite siedelte er die Stufen der *Beratungsverantwortung*, der *Überwachungsverantwortung*, der *Organisationsverantwortung* und der *Einstandsverantwortung* in den Fällen gesellschaftlicher „Schlechterfüllung“ an,⁴⁶⁴ ohne die Begrifflichkeiten allerdings näher zu umschreiben. Später erweiterte er dieses Modell um die Förderungs- und die Finanzierungsverantwortung.⁴⁶⁵

Dieses Ausgangsmodell *Schmidt-Aßmanns* wurde von *Schuppert* verfeinert. In einer aufgabenbezogenen Typologie unterschied er zwischen der *unmittelbaren Erfüllungsverantwortung*, der *mittelbaren Erfüllungsverantwortung*⁴⁶⁶, der *Überwachungsverantwortung* durch Aufsichtsbehörden, der *Förderungs- und Finanzierungsverantwortung*⁴⁶⁷, der *Beratungsverantwortung*, der *Organisationsverantwortung*⁴⁶⁸, der *Einstandsverantwortung* in Fällen gesellschaftlicher Schlechterfüllung, der *staatlichen Rahmensetzung*⁴⁶⁹ für private Aktivitäten und der *sozialen Abfederungsverantwortung* bei einer Überlassung der Aufgabe an den Markt.⁴⁷⁰

Schoch wiederum erweiterte dieses Modell um die *Privatisierungsfolgenverantwortung*⁴⁷¹ und – als spezielle Ausprägung hiervon – um die *Regulierungsverantwortung*.⁴⁷² Anders als die vorgenannten, vom jeweiligen Modus der Verantwortungswahr-

463 S. oben, S. 83.

464 *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 43 f.

465 *Ders.*, Verwaltungsorganisationsrecht, S. 42

466 Wie z.B. der Substitution einer staatlichen Forschungsbürokratie durch die Deutsche Forschungsgesellschaft.

467 Etwa bei Agrarsubventionen oder der Filmförderung.

468 Beispielsweise im Rahmen der Organisation des Rundfunks oder der Hochschulen.

469 Sog. „Bereitstellungsfunktion“ des Rechts. Näher zu diesem Begriff s. *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 96 ff.

470 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 29.; *ders.*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 768.

471 Dieser Begriff bringt vor allem zum Ausdruck, daß mit der Privatisierung kein vollständiger Rückzug des Staates aus seiner Verantwortungsposition stattgefunden haben muß; *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 279, bezieht in diese Verantwortungskategorie die Verantwortlichkeit für vorhandenes Personal sowie fortbestehende Haftungsverantwortlichkeiten des Staates wie etwa die Gewährträgerhaftung ein. Indes wird der Begriff der Privatisierungsfolgenverantwortung häufig in einem umfassenderen Sinne als eine Art Sammelbegriff für die auf der Privatisierungsfolgenebene fortbestehenden staatlichen Verantwortlichkeiten verwendet. Die Privatisierungsfolgenverantwortung kann – je nach Art und Umfang der Privatisierung – sehr unterschiedlich gelagert sein. Der Begriff ist sehr offen und umfaßt – mit Ausnahme der Erfüllungsverantwortung – eine Vielzahl der an Wahrnehmungsmodalitäten orientierten Verantwortungsarten.

472 *Schoch*, Verantwortungsteilung, S. 238 f.; *ders.*, Public Private Partnership, S. 112.; diese um die Privatisierungsfolgenverantwortung erweiterte Systematik verwendet auch *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

nehmung abgeleiteten Modelle stellt die Privatisierungsfolgenverantwortung eine auf eine bestimmte Phase bezogene Verantwortungsart dar.

Diese Ausrichtung weist auch der Systematisierungsansatz von *Voßkuhle* auf. Er beschreibt verschiedene Verwirklichungsphasen arbeitsteiliger Gemeinwohlkonkretisierung, indem er zwischen der *Maßstabs-*, der *Vorbereitungs-*, der *Verfahrensleitungs-*, der *Implementations-*, der *Kontroll-*, der *Realisations-* und der *Folgenverantwortung* differenziert.⁴⁷³ Ein ähnliches, den Prozeßcharakter von Privatisierungen betonendes Konzept abgestufter Verantwortungsarten von *Schuppert*, das dieser neben dem oben genannten und bestimmte Wahrnehmungsmodalitäten bezeichnenden Stufenmodell entwickelte, umfaßt die vier Verantwortungsstufen *Erfüllungs-*, *Kontroll-*, *Privatisierungs-* und *Beobachtungsverantwortung*.⁴⁷⁴

Andere Autoren wie etwa *Trute*⁴⁷⁵ oder *Bauer*⁴⁷⁶ fügten der „Inflation“⁴⁷⁷ der Verantwortungsbegriffe weitere hinzu, so daß *Di Fabio* schließlich konstatierte: „Das begriffliche Feuerwerk beginnt bei der Initiativverantwortung, reicht über Beratungs-, Stimmigkeits- und Ausgleichsverantwortung, Regulierungs- und Kontinuitätsverantwortung bis hin zur Auffang- und schließlich zur Gesamtverantwortung und kennt auch eher exotische Paarungen wie die ‚Entfaltungsverantwortung‘ und die ‚soziale Abfederungsverantwortung‘.“⁴⁷⁸ Der Gebrauch der Begrifflichkeiten wird darüber hinaus dadurch verkompliziert, daß verschiedenen Autoren diesen häufig unterschiedliche Bedeutungsinhalte beimaßen.⁴⁷⁹

Um die unterschiedlichen Verantwortungsstrukturen stärker in den Vordergrund zu rücken, führten *Hoffmann-Riem* und *Schuppert* die Verantwortungsarten sodann auf drei Grundtypen zurück, die sie in den Abstufungen *Erfüllungsverantwortung*, *Gewährleistungsverantwortung* und *Auffangverantwortung* sahen.⁴⁸⁰ Erweitert um die *Finanzierungsverantwortung*, die auf einen zusätzlichen, von den anderen Verantwortungsarten nicht angesprochenen Aspekt der Verantwortungsteilung verweist, sollen diese Begriffe im Folgenden näher dargestellt werden.

473 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 68 ff.; S. dort auch näher zu den einzelnen Begrifflichkeiten. *Ders.*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 285, verwendet daneben auch ein zwischen Erfüllung-, Regulierungs-, Überwachungs-, Beobachtungs- und Auffangverantwortung unterscheidendes Modell.

474 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 569 f.

475 *Trute*, Verantwortungsteilung, S. 15, 34, z.B.: „Legitimationsverantwortung“.

476 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1996), S. 277 ff., etwa: „Haftungsverantwortlichkeit“.

477 Deswegen vor einer Entwertung und politischen Instrumentalisierung des Begriffs warnend *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, S. 11.

478 *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat, S. 112.

479 Zum uneinheitlichen Gebrauch des Begriffs „Erfüllungsverantwortung“ s. etwa unten, S. 87.

480 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 441 f.; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 423 ff.

aa. Erfüllungsverantwortung

Von staatlicher Erfüllungs- oder auch Ergebnisverantwortung⁴⁸¹ wird gesprochen, wenn der Staat selbst für die Erfüllung bestimmter Aufgaben verantwortlich zeichnet, und zwar in der Weise, daß er diese Aufgaben in eigener Regie durch die unmittelbare oder die mittelbare Staatsverwaltung wahrnimmt⁴⁸² und sie nicht an Dritte delegiert.⁴⁸³ Unter Aufgabenwahrnehmung ist in diesem Zusammenhang das tatsächliche Erfüllungshandeln gegenüber dem Leistungsnachfrager zu verstehen.⁴⁸⁴ In diesem Sinne wird der Begriff auch in dieser Arbeit verwendet werden.

In der verwaltungswissenschaftlichen Literatur wird der Begriff teilweise allerdings auch mit einem abweichenden Bedeutungsgehalt gebraucht: *Bauer*⁴⁸⁵ etwa bezieht ihn auf die staatliche Verantwortung auch nach der Heranziehung eines Privaten zur Erledigung von Staatsaufgaben, also bezogen auf die Situation nach einer funktionalen Privatisierung. Nach diesem Verständnis stellt die Erfüllungsverantwortung eine volle Einstandspflicht für die Aufgabenerledigung dar, die von der Einschaltung Privater unberührt bleibt, dann jedoch durch entsprechende Vorkehrungen bis hin zu Rückholoptionen abzusichern ist.⁴⁸⁶ Um dies auszudrücken, wird von anderer Seite der Begriff der Aufgabenverantwortung vorgeschlagen.⁴⁸⁷ Diese beschreibt die Letztverantwortung eines Aufgabenträgers für die tatsächliche Erbringung der Leistung gegenüber dem Nachfrager, ist aber im Bezug auf den die Erfüllungsleistung erbringenden Akteur neutral, weil sie – anders als die Erfüllungsverantwortung im hier verstandenen Sinn – ein Auseinanderfallen von Aufgabenwahrnehmung und Aufgabenverantwortung erlaubt.⁴⁸⁸ Auch der von *Voßkuhle* verwendete Begriff der *Realisationsverantwortung*⁴⁸⁹ scheint nicht auf die eigenhändige Aufgabenerfüllung beschränkt zu sein.

481 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442, verwendet Erfüllungs- und Ergebnisverantwortung synonym.

482 *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 442; *Schmidt-Aßmann*, Reform, S. 44; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 404; *ders.*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 29 f.; *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 160; *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216; *Freund*, Infrastrukturgewährleistung, NVwZ 2003, S. 409 sowie *Masing*, Regulierungsverantwortung und Erfüllungsverantwortung, VerwArch 95 (2004), S. 153.

483 *Schuppert*, Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 313.

484 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73.

485 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

486 *Bauer*, Privatisierung, VVDStRL 54 (1995), S. 278; näher am hier vertretenen Begriff der Erfüllungsverantwortung liegt *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442, der auch eine Leistungserstellung durch vom Staat beherrschte Dritte außerhalb der unmittelbaren oder mittelbaren Staatsverwaltung unter die die Erfüllungsverantwortung kennzeichnende staatliche Leistungserstellung in eigener Regie subsumiert und den Bereich der Gewährleistungsverantwortung erst dort beginnen läßt, wo ein Handeln selbständiger Dritter in die Leistungserstellung zwischengeschaltet ist.

487 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73.

488 *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 73; vgl. auch *König/Benz*, Privatisierung und Regulierung, S. 30.

489 Dieser Begriff wird von *Voßkuhle* im Zusammenhang mit dem an verschiedenen Verwirklichungsstufen orientierten Modell der Verantwortungsstufung verwendet, vgl. *ders.*, Regelungsstrategien, S.

Bisweilen wird anstelle von Erfüllungsverantwortung auch von *Vollzugsverantwortung* gesprochen, die diejenige Institution gegenüber dem Abnehmer der Leistung trägt, die diese tatsächlich selbst produziert.⁴⁹⁰

Die Erfüllungsverantwortung ist durch eine volle Einstandspflicht des Verwaltungsträgers für die Aufgabenerledigung gekennzeichnet.⁴⁹¹ Sie ist am ehesten im Bereich der staatlichen „Kernaufgaben“ wie Verteidigung, Justiz⁴⁹² oder Polizei vorzufinden.⁴⁹³ Die Erfüllungsverantwortung des Staates ist durch die Reichweite der staatlich wahrzunehmenden Aufgabe begrenzt.⁴⁹⁴ In Zusammenhang gebracht mit verschiedenen Privatisierungsformen bleibt die staatliche Erfüllungsverantwortung in einem Aufgabenbereich, der Gegenstand lediglich einer Organisationsprivatisierung ist, vollumfänglich bestehen,⁴⁹⁵ während bei einer funktionellen Privatisierung Teile dieser Erfüllungsverantwortung abgespalten werden.

bb. Gewährleistungsverantwortung und Gewährleistungsstaat

Anders als die mit der Leistungserbringung in Eigenregie einhergehende Erfüllungsverantwortung eröffnet die Gewährleistungsverantwortung die Möglichkeit der Zusammenarbeit mit nicht-staatlichen Akteuren.⁴⁹⁶ Damit ist sie für diese Arbeit von besonderem Interesse.

Inhalt der Gewährleistungsverantwortung des Staates ist es sicherzustellen, daß Leistungen zu politisch erwünschten Standards erbracht werden, nicht aber unbedingt, Verantwortung für deren Vollzug im Sinne eigenhändiger Leistungserstellung zu übernehmen.⁴⁹⁷ Es geht darum, Leistungen anzubieten, ohne sie im Regelfall selbst zu produzieren.⁴⁹⁸ Von der Gewährleistungsverantwortung nicht umfaßt ist demgegenüber, daß der Staat die Erfüllung von Aufgaben in einer bestimmten Weise garantiert.⁴⁹⁹ Aus diesem Grund ist die Wahl des Wortes „Gewährleistung“ mit seiner starken Analogie zum

76 f.; *Voßkuhle*, a.a.O., spricht bei der Aufgabenerfüllung im Dualen System der Abfallentsorgung von Realisationsmitverantwortung des privaten Sektors und scheint damit vom Vorliegen einer Realisationsverantwortung auch auf Seiten des Staates auszugehen.

490 So etwa *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 49.

491 *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 278.

492 Zumindest im Bereich der spruchrichterlichen Tätigkeit, vgl. *Hoffmann-Riem*, Justizdienstleistungen, S. 163.

493 *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 53.

494 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442.

495 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 161; *ders.*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 19; vgl. auch *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 973.

496 *Reinermann*, Die Krise als Chance, S. 26; *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216.

497 *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 48.

498 *Seidmann/Gilmour*, Politics, Position and Power, S. 119 f.

499 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 424; *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 441; *Gretschmann*, Gewährleistungsstaat für Europa, S. 191.

Begriff der Garantie nicht unproblematisch. Umso mehr gilt dies für die Übersetzung ins Englische mit dem Ausdruck „*Guarantor State*“^{500, 501}

Der Begriff der Gewährleistungsverantwortung ist auf einen Rückzug des Staates aus der unmittelbaren Erfüllungsverantwortung bezogen.⁵⁰² Der Staat verläßt den betreffenden Aufgabenbereich jedoch nicht vollumfänglich, sondern übernimmt weiterhin Verantwortung in dem Sinne, daß er den für das Handeln der Privaten maßgeblichen Rahmen beeinflusst und Strukturen bereitstellt, mit deren Hilfe eine rechts- und sozialstaatliche Standards wahrende gesellschaftliche Aufgabenerfüllung und Problemlösung möglich wird.⁵⁰³ Durch das Vertrauen auf gesellschaftliche Problemlösungen entäußert sich der Staat somit nicht seiner Aufgabe der Gemeinwohlsicherung.⁵⁰⁴ Die Ermöglichung und Sicherung gemeinwohlorientierter⁵⁰⁵ Ausübung privater Macht geschieht positiv durch die eben beschriebene Schaffung von Rahmenbedingungen für privates Handeln und negativ durch die Verhinderung des Mißbrauchs privater Macht.⁵⁰⁶

Die Gemeinwohlverantwortung des Staates konkretisiert sich dabei insbesondere in den beiden Varianten der Überwachungs- und der Regulierungsverantwortung, die von *Schuppert* als der „harte Kern“ der Gewährleistungsverantwortung bezeichnet werden.⁵⁰⁷ Während sich die Überwachungsverantwortung darauf bezieht, durch laufende informelle Beobachtung des Strukturrahmens und der Akteure (Beobachtungsverantwortung⁵⁰⁸) oder durch formelle Beaufsichtigung (Kontrollverantwortung⁵⁰⁹) Mög-

500 *Schuppert*, Governance Reflected in Political Science, S. 42; *Reichard*, Strengthening competitiveness of local public service providers in Germany, International Review of Administrative Sciences 72 (2006), S. 481.

501 *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 48.

502 Weiter hingegen *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 116 f., der auch die eigene Leistungserbringung durch den Staat als noch von der Gewährleistungsverantwortung umfaßte Modalität der Gewährleistung sieht.

503 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 424; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 442; *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 53 f.; *ders.*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 441.

504 *Hoffmann-Riem*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 54.

505 Vgl. *Seidmann/Gilmour*, Politics, Position and Power, S. 119 f.: „meeting the community's needs“.

506 *Hoffmann-Riem*, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 95.

507 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 55; vgl. auch *ders.*, Neubestimmung der Staatsaufsicht, S. 314.

508 Die Beobachtungsverantwortung bezieht sich ganz allgemein auf die Pflicht des Staates, die ordnungsgemäße Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Auge zu behalten. Sie umfaßt auch die Verpflichtung zu beobachten, ob die staatliche Rahmensetzung für private Tätigkeiten hinreichend ausgestaltet ist oder Änderungen bedarf, und diese Anpassungen gegebenenfalls vorzunehmen, *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 280. Im Unterschied zur Kontrollverantwortung ist die Beobachtungsverantwortung nicht spezifisch mit dem aufsichtsrechtlichen Instrumentarium verknüpft.

509 Die Kontrollverantwortung bezieht sich auf Aufsichtsbeziehungen zwischen Staat und Privaten, mit denen eine ordnungsgemäße Aufgabenerledigung sichergestellt werden soll, vgl. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 279 mit Bezugnahme auf die Situation nach einer Aufgabenprivatisierung.

lichkeiten des staatlichen Eingriffs zu sichern,⁵¹⁰ zielt die Regulierungsverantwortung darauf ab, gewisse Anforderungen an die Qualitäten des Handelnden zu stellen und sein Tätigwerden einem bestimmten Regelungsrahmen zu unterwerfen. Ferner lassen sich der Gewährleistungsverantwortung weitere Wahrnehmungsmodalitäten wie etwa die Organisationsverantwortung oder die Beratungsverantwortung, mit der der Staat die Verantwortung für das Vorhandensein eines bestimmten Informationsniveaus auf Seite der Privaten sicherzustellen versucht, zuordnen.

Hoffmann-Riem schließlich teilt die Gewährleistungsverantwortung in die Dimensionen der Bereitstellungs-, der Auffangs- und der Abfederungsverantwortung.⁵¹¹ Er betont damit, daß die staatliche Gewährleistungsverantwortung ein Mindestmaß an Ergebnisbeherrschung beinhalten muß und durch Vorkehrungen abzusichern ist, die notfalls bis zu einer Rückholung der Aufgabenwahrnehmung in die staatliche Obhut zu reichen haben.⁵¹²

Während die soeben genannten, modalitätsbezogenen Verantwortungsarten typische Erscheinungsformen des Übergangs von der Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung sind, sind objektbezogene Verantwortungskategorien wie etwa die der *Infrastrukturverantwortung*⁵¹³ zunächst neutrale Kategorien, deren Zuordnung zu einem der Verantwortungsgrundtypen nur einzelfallbezogen geschehen kann: statt Infrastrukturaufgaben selbst wahrzunehmen (Übernahme von Erfüllungsverantwortung), kann der Staat ein flächendeckend angemessenes und ausreichendes Versorgungsniveau an Diensten und Einrichtungen auch „lediglich“ gewährleisten, so daß sich auch die Infrastrukturverantwortung als Subkategorie der Gewährleistungsverantwortung darstellen kann.⁵¹⁴

Was den Zusammenhang der Gewährleistungsverantwortung mit den verschiedenen Privatisierungsformen anbelangt, läßt sie sich zunächst zur funktionalen Privatisierung in Bezug setzen, deren Spezifikum gerade in der Veränderung der Verantwortungsstruktur im Hinblick auf eine fortbestehende Staatsaufgabe liegt.⁵¹⁵ Aufgrund des funktionalen Bezugs des Tätigwerdens des Privaten zur staatlichen Aufgabe liegt eine Verantwortungsteilung zwischen Staat und Privaten vor,⁵¹⁶ in deren Rahmen der Staat eine gewährleistende Rolle einnimmt. Wenn indes teilweise auch im Zusammenhang mit der Aufgabenprivatisierung⁵¹⁷ von staatlicher Gewährleistungsverantwortung die Rede

510 Vgl. zu diesen Beispielen *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 424.

511 *Hoffmann-Riem*, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 96 ff.

512 Vgl. *Schuppert*, Der moderne Staat, S. 411.

513 Ausführlich dazu *Hermes*, Infrastrukturverantwortung; *Eifert*, Grundversorgung, S. 175 ff.

514 Eingehend *Freund*, Infrastrukturgewährleistung, NVwZ 2003, 408 ff.; vgl. auch *Schuppert*, Gewährleistungsstaat, S. 16.

515 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 146; *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 340, spricht von einer dogmatisch nur schwer faßbaren Verantwortungsverschiebung.

516 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 160, spricht betreffend die Situation nach einer funktionalen Privatisierung allerdings nicht von Gewährleistungsverantwortung, sondern von der beim Staat verbliebenen *Leistungsverantwortung* im Gegensatz zu der auf den Privaten übergegangenen *Durchführungsverantwortung*.

517 S. oben S. 67.

ist,⁵¹⁸ so ist dies insofern gerechtfertigt, als sich der Staat auch bei dieser Privatisierungsform zwar von der konkreten Aufgabe, nicht jedoch zwingend auch gänzlich aus dem betreffenden Aufgabenfeld zurückgezogen haben muß. Dies ergibt sich daraus, daß die verschiedenen Verantwortungsstufungen und Wahrnehmungsmodalitäten staatlicher Verantwortung jeweils ein Aufgabenfeld durchziehen und dieses in Teilbeiträge zerlegen, nicht jedoch die einzelne vom Staat wahrgenommene Aufgabe aufspalten.⁵¹⁹ Dabei dürfte erst dann, wenn der Staat allein den allgemeinen nicht weiter aufgabenspezifizierten Rahmen für eigenverantwortliches gesellschaftliches Tätigwerden setzt (z.B. durch das Bereithalten zivilrechtlicher Organisations- und Handlungsformen, sog. „Bereitstellungsfunktion des Rechts“⁵²⁰), wenn der Staat also einer bloßen, d.h. für den betreffenden Lebensbereich unspezifischen *Rahmenverantwortung* nachkommt, der Bereich der Verantwortungsteilung verlassen sein.⁵²¹

Auf den Staat als Träger der Gewährleistungsverantwortung, den sogenannten Gewährleistungsstaat, wird, nachdem kurz auch die „Auffangverantwortung“ und die „Finanzierungsverantwortung“ vorgestellt wurden, nochmals zurückzukommen sein.

cc. Auffangverantwortung

Die *Auffangverantwortung* ist durch das ihr innewohnende Element der Subsidiarität von der Erfüllungsverantwortung zu unterscheiden: sie kommt dann zum Tragen, wenn ein gemeinwohlrelevantes Steuerungsdefizit zu konstatieren ist, wenn sich also die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben durch Private nicht (mehr) mit den vom Staat gewünschten, gemeinwohlorientierten Zielen deckt.⁵²² Die Mittel, mit denen der Staat seine Gewährleistungsverantwortung im Verhältnis zum privaten Sektor umsetzt, können kein Garant dafür sein, daß die Privaten das gewünschte Verhalten zeigen, daß die angestrebten Zielsetzungen erreicht werden oder daß unerwünschte Nebenwirkungen ausbleiben.⁵²³ Ist dies nicht der Fall, kommt die auch als Einstandsverantwortung⁵²⁴ bezeichnete Auffangverantwortung zum Tragen. Als latente, subsidiäre Verantwortung bedarf sie erst der Aktualisierung, nämlich dahingehend, daß der Staat selbst korrigierend bzw. substituierend tätig wird oder indem der Staat die Aufgabenwahrnehmung durch Dritte zwar nicht korrigiert, jedoch für nachteilig Betroffene Hilfen bereitstellt.⁵²⁵ Während sich in den ersten beiden Fällen die Auffangverantwortung als *latente Erfüllungsverantwortung* darstellt, ist sie im letzten Fall als *Abfederungsverantwortung* aus-

518 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 10.

519 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 64 f.

520 Dazu *Schuppert*, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft, S. 98 ff.

521 *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 505.

522 Vgl. *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 426 f.

523 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442.

524 *Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht, S. 199.

525 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 55. Vgl. auch *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 216.

gestaltet.⁵²⁶ Die beiden Arten zugrundeliegende Subsidiarität staatlichen Einschreitens zeigt den Zusammenhang mit der Gewährleistungsverantwortung, weswegen manche Autoren die Auffangverantwortung – inhaltlich zutreffend – als Subkategorie der Gewährleistungsverantwortung darstellen.⁵²⁷

dd. Finanzierungsverantwortung

Als weitere, in der bisherigen Einteilung nicht berücksichtigte Verantwortungskategorie ist die Finanzierungsverantwortung zu nennen. Liegt die Finanzierungsverantwortung beim Staat, bedeutet dies allerdings lediglich, daß der Staat die betreffende Leistung finanziert. Die Finanzierungsverantwortung sagt jedoch nichts darüber aus, wer die Leistung erbringt.⁵²⁸ Obgleich von *Schuppert* nicht zu den Grundtypen der Verantwortungsverantwortung gezählt,⁵²⁹ beleuchtet doch auch diese Verantwortungskategorie in grundlegender Weise die in einem bestimmten Lebensbereich vorzufindende Verteilung von Verantwortungspositionen zwischen staatlicher und privater Sphäre.

III. Der Gewährleistungsstaat

Häufiger noch als von der staatlichen Gewährleistungsverantwortung⁵³⁰ ist von deren Träger, dem „Gewährleistungsstaat“, die Rede.⁵³¹ Dieser Begriff wurde 1998 erstmals von *Eifert* näher beschrieben,⁵³² um mit ihm einen Wandel des Staates hinsichtlich der Form der Erfüllung seiner Aufgaben auszudrücken. Der aus dem sozialwissenschaftlichen Jargon stammende Ausdruck des „*enabling state*“⁵³³ bzw. die Metapher des Staates, der sich auf das „*steering rather than rowing*“⁵³⁴ verlegt, bringt den vielbe-

526 *Hoffmann-Riem*, Verwaltungsrechtsentwicklung, DÖV 1997, S. 442; *ders.*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff, S. 55.

527 So etwa *Hoffmann-Riem*, Recht des Gewährleistungsstaates, S. 96 ff.

528 *Reichard*, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S.49.

529 *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 404 ff.

530 Zur Problematik des Begriffs der "Gewährleistungsverantwortung" *Klement*, Verantwortung, S. 237.

531 Aus der zahlreichen Literatur statt vieler *Franzius*, Gewährleistung im Recht, S. 76 ff.; *Eifert*, Grundversorgung, S. 18 ff., 293 ff.; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung, S. 24 ff.; *Schuppert*, Gewährleistungsstaat, S. 11 ff.; *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 493 ff.; s. auch *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State, S. 163 ff.; *Ruffert*, in: Fehling/Ruffert [Hrsg.], Regulierungsrecht, S. 348 ff.

532 Vgl. *Eifert*, Grundversorgung, S. 18 ff.; ihm folgend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, S. 934, sowie *Franzius*, Der Staat 42 (2003), S. 494.

533 Statt vieler etwa *Gilbert/Gilbert*, The Enabling State, 1989; *Gilbert*, The „Enabling State“, 2005; vgl. auch *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 24. *Schuppert*, The Ensuring State, S. 54 ff., 57, verwendet demgegenüber den Ausdruck „*ensuring state*“ um die Fortbestehende staatliche Verantwortlichkeit „*after enabling*“ zu betonen.

534 *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 25, 34 f.