

fahrtsverbände.²²¹ Der Dritte Sektor ist – jedenfalls in der Terminologie dieser Arbeit – als Teil des privaten Sektors einzuordnen, der nicht auf diejenigen Träger beschränkt ist, die rein private Ziele verfolgen, sondern lediglich in Abgrenzung zur staatlichen Sphäre, die hoheitliche Funktionen ausübt, zu sehen ist.

Die konkrete Zuordnung eines Akteurs zur staatlichen oder zur gesellschaftlichen Ebene kann jedoch nur einzelfallbezogen²²² erfolgen. Soweit sich die Zuordnung einzelner Akteure der stationären Langzeitpflege in England oder Deutschland als nicht eindeutig erweist, wird in den Länderberichten eine Einordnung anhand der hier dargelegten Grundsätze erfolgen.

C. Verantwortungsteilung im Gewährleistungsstaat

Diese Arbeit untersucht verschiedene Aspekte der staatlichen Verantwortung in der stationären Langzeitpflege. Die Rolle des Staates im verantwortungsteilenden Koagieren staatlicher und privater Akteure hängt dabei wesentlich von der Ausgestaltung des Zusammenwirkens beider Sektoren in dem betreffenden Aufgabengebiet ab. Vor diesem Hintergrund soll zunächst kurz das allgemeine Kooperationspektrum zwischen Staat und Privaten, dabei insbesondere die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher und staatlicher Aufgaben, erläutert werden.

I. Aufgabenteilung zwischen Staat und Privaten

1. Private, öffentliche und staatliche Aufgaben

Die Ausführungen zur staatlichen Verantwortung und zur arbeitsteiligen Aufgabenerfüllung zwischen Staat und Privaten setzen zunächst die Klärung der Begriffe „private Aufgabe“, „öffentliche Aufgabe“ und „Staatsaufgabe“ voraus.

Überwiegend wird bei diesen Begrifflichkeiten danach differenziert, daß öffentliche

221 Damit werden üblicherweise die sechs in der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtsverbände zusammengeschlossenen Spitzenverbände der freien Wohlfahrtsverbände (Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Caritasverband, Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk der Evangelischen Kirche in Deutschland und Zentralwohlfahrtsstelle der Juden in Deutschland) bezeichnet. Daneben existieren aber eine Vielzahl weiterer, nicht immer als Verband organisierter Einrichtungen der freien Wohlfahrtspflege wie beispielsweise die Deutsche Lebensretungsgesellschaft oder die Anonymen Alkoholiker. Zu Funktion und Bedeutung der freien Wohlfahrtspflege vgl. Goll, Wohlfahrtspflege, S. 23 ff. Freigemeinnützig sind alle nichtstaatlichen Träger, die planmäßig zum Wohl der Allgemeinheit und nicht des Erwerbs wegen pflegebedürftige Menschen betreuen, wobei die Mitgliedschaft in einem der sechs etablierten Spitzenverbänden unerheblich ist, s. Neumann, in: Schulzin [Hrsg.], HdbSV-PfIV, § 20 Rn. 25.

222 Zur Notwendigkeit der einzelfallbezogenen Abgrenzung vgl. Schuppert, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 187 f.

Aufgaben im Unterschied zu privaten solche sind, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit maßgeblich interessiert ist.²²³ Öffentliche Aufgaben können sowohl von staatlichen als auch – in aller Regel staatlich in einer bestimmten Weise beeinflusst – von privaten Akteuren wahrgenommen werden. Sie sind also nicht schon wesentlich dem Staat zur ausschließlichen Wahrnehmung vorbehalten.²²⁴

Demnach bilden Staatsaufgaben einen Unterfall der öffentlichen Aufgaben und umfassen diejenigen Funktionen, auf die der Staat zugreift, indem er sie durch seine unmittelbare oder mittelbare Verwaltung wahrnimmt,²²⁵ d.h. sich in irgendeiner Form mit ihnen befaßt.²²⁶ Entscheidend ist der (gleichwie zum Ausdruck kommende) staatliche Kurationsakt, d.h. die Tatsache, daß der Staat eine Aufgabe nach der jeweils geltenden Verfassungsordnung zulässigerweise für sich in Anspruch nimmt.²²⁷ Der Staatsaufgabenbegriff wird so verstanden, daß ein Aufgabenbereich, d.h. ein Ausschnitt aus der Lebenswirklichkeit, nicht im Ganzen zur staatlichen Aufgabe wird, wenn ihn der Staat lediglich unter einem bestimmten Gesichtspunkt berührt.²²⁸ Beispielsweise läßt die staatliche Wahrnehmung der Aufsicht über eine private Einrichtung nicht etwa deren Betrieb zur staatlichen Aufgabe werden. Die Verwendung der Begriffe ist allerdings weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur einheitlich. Zum Teil werden öffentliche Aufgaben und Staatsaufgaben gleichgesetzt,²²⁹ zum Teil werden sie in dem Sinne gegensätzlich verstanden, als allein die nicht vom Staat übernommenen Aufgaben als öffentliche bezeichnet werden.²³⁰ Bisweilen haftet dem Umgang mit den Begrifflichkeiten auch eine gewisse Inkonsistenz an.²³¹ Für die Zwecke dieser Arbeit soll der eingangs dargestellten Abgrenzung gefolgt werden.

223 Grundlegend *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Dietz/Hübner, FS Nipperdey zum 70. Geburtstag, S. 879 f.; aus neuerer Zeit etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 47 ff., 97 ff.; *Gogos*, Verselbständigte Verwaltungseinheiten, S. 28; *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 2.

224 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 136.

225 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 137; *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 118 ff.; *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 137, der allerdings das Faktum der Wahrnehmung allein nicht genügen läßt, sondern darüber hinaus die Legalität des staatlichen Zugriffs als Kriterium der Staatsaufgabe betrachtet. Ebenso *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 46; *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 228.

226 BVerfGE 12, 205, 243 u. 246; 41, 205, 218; 52, 63, 85; 53, 366, 401.

227 *Ossenbühl*, Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 153 f. mit ausführlichen Nachweisen in Fn. 76.

228 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn.

229 Vgl. z.B. BVerfGE 20, 56, 113; 21, 362, 369; BVerwG, Urt. v. 26. Februar 1997, NJW 1997, S. 2694.

230 Für eine Exklusivität von öffentlichen und staatlichen Aufgaben etwa *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, S. 14 f.

231 So etwa das BVerfG, das im Zusammenhang mit der Energieversorgung einerseits von der „Gemeinwohlbezüglichkeit“ der Aufgabe, von einer „öffentlichen Aufgabe von größter Bedeutung“ und von einer „öffentlichen Aufgabe“, die privaten Energieversorgern zugewiesen ist, andererseits aber von einer „dem Staat oder den Gemeinden obliegenden Angelegenheit“ spricht (BVerfGE 66, 248, 257 f.). In anderen Entscheidungen gebraucht das Gericht dann wiederum den Begriff „Staatsaufgabe“, vgl. etwa BVerfGE 56, 266, 693. Zur Kritik hieran *Löwer*, Energieversorgung zwischen Staat, Gemeinde und Wirtschaft, S. 160 ff.

Praktisch jede Aufgabe kann innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben vom Gesetzgeber zu einer Staatsaufgabe gemacht werden.²³² Ausmaß und Umfang der Staatsaufgaben sind deshalb zuvörderst das Ergebnis politischer Programmatik,²³³ was in England jedenfalls in der Zeit vor New Labour Ausdruck fand in Sätzen wie „*Vote Tory and for the Private Sector. Vote Labor and for the Public Sector*“.²³⁴ Die Abhängigkeit vom politischen Willensbildungsprozeß gilt in gleicher Weise auch für die Modalitäten der Wahrnehmung von Staatsaufgaben.²³⁵ Das – konkretisierungsbedürftige – Sozialstaatsgebot etwa mag in Verbindung mit der Pflicht zur Achtung der Menschenwürde den Staat zur Wahrnehmung lebensnotwendiger Ver- und Versorgungsaufgaben zugunsten der Bevölkerung verpflichten,²³⁶ ob und in welchem Umfang der Staat diese Aufgaben aber eigenhändig wahrnehmen muß oder ob er sie mittels der Heranziehung Privater erfüllen kann, ist nicht vorgegeben,²³⁷ da der gegenstandsbezogene Begriff der Staatsaufgabe hierzu keine Aussage trifft.²³⁸ Weil zudem die tradierte Rolle des Staates nicht zuletzt im Geflecht inter- und supranationaler Beziehungen mehr denn je verschwimmt, fehlt es trotz intensiver Bemühungen²³⁹ bislang an aussagekräftigen Kriterien zur Bestimmung von obligatorischen staatlichen, fakultativen staatlichen und genuin privaten Aufgaben.²⁴⁰ Mittlerweile scheint im Gegenteil Einigkeit darüber zu bestehen, daß Staatsaufgaben normativ weder abschließend vorgegeben noch aus dem Wesen oder Zweck des Staates als solchem abgeleitet werden können.²⁴¹ Auch eine verfassungsstaatliche Staatsaufgabenlehre²⁴² führt nur zu wenig konkreten Ergebnissen, weil die Verfassung hinsichtlich der Entscheidung über die vom Staat wahrzunehmenden Aufgaben grundsätzlich auf den durch sie strukturierten parlamentarischen Willensbildungsprozeß verweist.²⁴³

Der Verzicht auf Spekulationen über Kriterien zur Bestimmung eines vorgegebenen Bündels an Staatsaufgaben impliziert, daß sich der Staat von Aufgaben, die er einmal

232 Zur grundsätzlichen Allzuständigkeit des Staates vgl. etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 3 ff.

233 *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167; *Grande*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, S. 577; *König*, Entwicklung der Privatisierung, *VerwArch* 79 (1988), S. 249.

234 *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 157.

235 Vgl. *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater, *VVDStRL* 62 (2003), S. 275.

236 Vgl. etwa zuletzt *BVerfGE* 125, 175; 115, 25.

237 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *DVBl.* 1994, S. 970. Dies ergibt sich ferner auch nicht aus einer dem Staat bereits eingeräumten Zuständigkeit, s. *Heintzen*, Beteiligung Privater, *VVDStRL* 62 (2003), S. 253.

238 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58.

239 Vgl. etwa *Bull*, Staatsaufgaben, S. 99 ff.; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, S. 23 ff., 190 ff.; *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 53 ff., 97 ff.

240 *Vofßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 58; kritisch gegenüber der Bestimmung eines Kerns notwendiger Staatsaufgaben unter Verweis auf die graduelle Abstufung der Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft auch *Burgi*, *HdbStR* IV, § 75 Rn. 2.

241 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 158.

242 S. *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung, S. 11 ff.

243 *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 159.

übernommen hat, grundsätzlich²⁴⁴ auch ganz oder zum Teil wieder trennen kann.²⁴⁵ Hierdurch eröffnet sich ein breites Spektrum für das Tätigwerden Privater bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sei es, daß sich der Staat einer Aufgabe bislang gar nicht selbst angenommen hat, sei es, daß er in dem betreffenden Bereich zwar tätig ist, ohne jedoch gleichzeitig Private von diesem Feld auszuschließen oder sei es, daß er den privaten Sektor aktiv in die Erfüllung seiner eigenen Aufgaben einbezieht.

Auf Möglichkeiten der Beteiligung des privaten Sektors an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben soll im Folgenden insoweit genauer eingegangen werden, als dies für das Verständnis des Konzepts der Verantwortungsteilung, insbesondere mit Blick auf den konkret zu betrachtenden Bereich der Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen von Relevanz ist.

2. Aufgabenteilung

Die begriffliche Trennung zwischen Staatsaufgaben und öffentlichen Aufgaben darf nicht mit einer strikten Alternativität der Aufgabenerfüllung durch staatliche oder private Träger assoziiert werden. Festlegungen des Staates auf bestimmte Aufgaben schließen gleichartig orientierte private Tätigkeiten nichtstaatlicher Aufgabenträger keineswegs aus.²⁴⁶ In einer freiheitlichen Ordnung ist es der Regelfall und nicht etwa die Ausnahme, daß staatliche und private Akteure in bestimmten Bereichen der Lebenswirklichkeit gleichzeitig tätig werden.²⁴⁷ Öffentliche Gemeinwohlaufgaben können daher vom Staat allein, in rechtlich gesteuerten, differenziert abgestuften Formen des Zusammenwirkens zwischen Staat und Privaten oder aber von Privaten allein erledigt werden.²⁴⁸ Gerade der Wandel vom liberalen Ordnungsstaat des 19. Jahrhunderts hin zum auf Daseinsvorsorge, sozialen Ausgleich und soziale Umverteilung zielenden Wohlfahrts-, Interventions- und Verteilungsstaat des späten 20. und des beginnenden 21. Jahrhunderts führte zu vielfältigen Verschränkungen von Staat und Gesellschaft.²⁴⁹

244 Für nicht privatisierungsfähig werden allerdings die jeweiligen *Kernbereiche* von Justiz, Polizei, Militär, Auswärtigen Angelegenheiten und der Finanzverwaltung gehalten, vgl. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 963; *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 355. Enger hingegen *Wallerath*, Der ökonomisierte Staat, JZ 2001, S. 215 f., unter Nennung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und innere Sicherheit. Ähnlich, nämlich dem Staat vorbehalten das Gewaltmonopol im Inneren und Äußeren sowie die Befugnis zur Letztentscheidung, *Heintzen*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 238. Außerhalb der Kernbereiche ist eine Aufgabenteilung durchaus denkbar, was *Pitschas*, Verantwortungsteilung in der inneren Sicherheit, S. 135 ff., etwa anhand sog. Sicherheitspartnerschaften nachweist. Zur Frage, inwieweit der Funktionsvorbehalt der Art. 33 Abs. 4 GG Privatisierungen entgegensteht, vgl. *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 21 ff.

245 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962.

246 *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 53.

247 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 139

248 *Schulze-Fielitz*, Staatsaufgabenentwicklung, S. 17; *Hermes*, Infrastrukturverantwortung, S. 153.

249 Ausführlich zu diesen Verschränkungen *Böckenförde*, Staat und Gesellschaft, S. 395 ff.; vgl. auch *Schuppert*, Erfüllung öffentlicher Aufgaben, S. 130 ff.

Die Beiträge von staatlicher und gesellschaftlicher Seite können entweder aufeinander bezogen und miteinander verzahnt sein – dies wird häufig mit dem Begriff des „kooperativen Verwaltungsstaats“ zum Ausdruck gebracht²⁵⁰ –, oder aber eine allein äußere Funktionsgleichheit aufweisen und in einem mehr oder weniger unbeeinflussten Nebeneinander stehen.²⁵¹ Dieses Agieren sowohl gesellschaftlicher als auch staatlicher Akteure in einem Aufgabenbereich wird in der vorliegenden Arbeit als Aufgabenteilung beschrieben. Allerdings ist sogleich anzumerken, daß sich eine Aufgabenteilung stets nur auf einen bestimmten Aufgabenbereich beziehen kann. Eine staatliche Aufgabe *als solche* kann aufgrund des formalen Staatsaufgabenbegriffs nicht mit einem Privaten geteilt oder auf ihn übertragen werden.²⁵²

Der Begriff der Aufgabenteilung als solcher sagt zudem noch nichts über das Verhältnis aus, in dem die staatlichen und privaten Teilbeiträge zueinander stehen. Hierfür bedarf es weiterer Differenzierungen, die unter verschiedenen Gesichtspunkten denkbar sind: *Isensee* etwa beleuchtet die Aufgabenteilung aus der Perspektive des Staates und nennt fünf durch jeweils unterschiedliche Grade des staatlichen Einsatzes gekennzeichnete Stufen:²⁵³ (1) die vollständige Wahrnehmung der öffentlichen Aufgabe durch die Staatsverwaltung selbst; (2) die Teilnahme des Staates an der Aufgabenerfüllung in Kooperation mit freien Leistungsträgern oder in Konkurrenz zu ihnen; (3) die Steuerung der Tätigkeit Privater durch Interventionen; (4) die Schaffung und die Durchsetzung der rechtlichen Rahmenordnung mit den Mitteln des allgemeinen Gesetzes; und (5) die Anregung und Förderung privater Tätigkeit in gemeinwohlwichtigen Bereichen, die sich der staatlichen Regelungs- und Organisationsmacht entziehen.

Wie sich das Zusammenwirken staatlicher und privater Akteure in der stationären Langzeitpflege in Deutschland und England im Vergleich zueinander darstellt, wird in den jeweiligen Länderberichten untersucht. An dieser Stelle sollen zunächst noch einige Formen der Kooperation des Staates mit privaten Leistungsträgern bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben näher beschrieben werden. Weil sich der Gesichtspunkt der Verantwortungsteilung, der im Fokus dieser Untersuchung steht, aus der Privatisierungsdiskussion entwickelt hat und weil in England zu Beginn der 90-er Jahre des letzten Jahr-

250 Aus der umfangreichen Literatur über das kooperative Verwaltungshandeln vgl. etwa *Ritter*, Der kooperative Staat, AöR 104 (1979), S. 389 ff.; *Bulling*, Kooperatives Verwaltungshandeln, DÖV 1989, S. 277 ff.; *Schrader*, Das Kooperationsprinzip, DÖV 1990, S. 326 ff.; *Brohm*, Rechtsgrundsätze für normersetzende Absprachen, DÖV 1992, S. 1025 ff.; *Dose*, Kooperatives Recht. Defizite einer steuerungsorientierten Forschung zum kooperativen Verwaltungshandeln, DV 27 (1994), S. 91 ff.; *Dose/Voigt*, Kooperatives Recht, S. 11 ff.; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 565; zu einer spieltheoretischen Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns s. *Benz*, Beitrag der Spieltheorie, S. 297 ff.

251 Die unspezifische Formulierung „Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben“ ist daher nicht automatisch mit Kooperation gleichzusetzen, vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 276 f.

252 Vgl. *Voßkuhle*, Beteiligung Privater, VVDStRL 62 (2003), S. 228. Die Beleihung sowie die Aufgabenerfüllung durch ein gemischt-wirtschaftliches, staatlich dominiertes Privatrechtssubjekt stellen nur scheinbar Ausnahmen hiervon dar, weil es sich hierbei nicht um „echte“ Private im Sinne der in dieser Arbeit verwendeten Begriffsbildung handelt.

253 *Isensee*, HdbStR III, § 57 Rn. 139.

hunderts ein Großteil der Leistungserbringung in der kommunalen Sozialdienste (*community care*), zu der auch die stationäre Langzeitpflege zählt,²⁵⁴ auf den privaten Sektor verlagert wurde,²⁵⁵ wird die Einbeziehung Privater im Zusammenhang mit der Privatisierung staatlicher Aufgaben dargestellt werden. Wenngleich die stationäre Langzeitpflege in Deutschland nicht Gegenstand einer Privatisierung im engeren Sinne war, sind die hier angestellten Ausführungen dennoch auch für den deutschen Länderbericht von Relevanz: weil sich Privatisierung nicht im eigentlichen (und in Deutschland in der stationären Langzeitpflege in dieser Weise fehlenden) Privatisierungsakt erschöpft, sondern vielmehr als Prozeß zu begreifen ist,²⁵⁶ schließt sich an die Aufgabenverlagerung die Stufe der „*after-privatization*“²⁵⁷ an. Auf dieser kann der Staat – abhängig vom jeweiligen Privatisierungsziel – überwachend und kontrollierend tätig werden,²⁵⁸ gerade auf dieser sind auch – umgesetzt etwa im „Privatisierungsfolgenrecht“²⁵⁹ – diejenigen Kooperations- und Steuerungsbeziehungen angesiedelt, die für die Charakterisierung der staatlichen Verantwortung im Zusammenwirken mit privaten Akteuren bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben von Relevanz sind.

Die auf dieser Ebene angesiedelte Einflußnahme des Staates stimmt in weiten Bereichen mit der Steuerung in denjenigen Konstellationen überein, in denen der Staat – wie etwa bei stationären Pflegeleistungen in Deutschland – auf private Leistungserbringer zurückgreift, ohne daß dem in der Vergangenheit ein Privatisierungsakt im eigentlichen Sinne vorausgegangen wäre. Weil jedoch die Verantwortungs- und Steuerungsdiskussion primär aus der Privatisierungsfolgen-Perspektive geführt²⁶⁰ und „Regulierung als Zwinging staatlicher Privatisierungspolitik“²⁶¹ gesehen wird, soll im Folgenden die Aufgabenprivatisierung kurz thematisiert werden. Damit soll gleichzeitig auch das staatlich-private Kooperationsspektrum beleuchtet werden, das allerdings nicht umfassend, sondern mit Blick auf die Relevanz der jeweiligen Erscheinungsformen für die stationäre Langzeitpflege erörtert werden wird.

254 Ausführlich zur *community care* unten, S. 146 ff.

255 Hierzu unten, S. 189 ff.

256 Vgl. *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 254.

257 Vgl. etwa *Trute*, The after privatization, *Revue Européenne de Droit Public/European Review of Public Law*, Sonderheft 1994, S. 211 ff.

258 Zu diesen Stufen der Privatisierung *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff.; *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 168.

259 Allgemein dazu etwa *Kämmerer*, JZ 1996, S. 1042 ff.; *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 71 f.

260 Siehe nur etwa *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 28 ff.

261 *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 564.

3. Aufgabenprivatisierung

a. Begriff, Entwicklung und Gründe für die Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben

Kooperationen von Staat und Privaten können zustande kommen, indem der Staat eine bislang von ihm erfüllte Aufgabe in einem bestimmten Umfang der gesellschaftlichen Sphäre rücküberantwortet. Dieser Aufgabentransfer wird als Privatisierung bezeichnet.²⁶² Hinter dem Privatisierungsbegriff verbirgt sich jedoch kein einheitliches Phänomen,²⁶³ er dient vielmehr als „Chiffre für Umverteilungsprozesse“²⁶⁴ hin zum privaten Sektor.

Historisch gesehen spielte England in der Privatisierung eine Vorreiterrolle.²⁶⁵ Die 1979 gewählte konservative Regierung unter *Thatcher* bekannte sich nicht zuletzt angesichts einer sehr angespannten Haushaltslage zu einer Politik der Privatisierung,²⁶⁶ so daß in England zu Beginn der 1980-er Jahre ein rapider Anstieg der Erbringung vormals von den Kommunalbehörden erbrachten Dienstleistungen (*local services*) durch private Träger zu verzeichnen war.²⁶⁷ Gleichzeitig brachte die konservative Regierung die Ausgliederung der *nationalised industries*²⁶⁸ aus der unmittelbaren Staatsverwaltung und ihre Übertragung auf private Anteilseigner auf den Weg.²⁶⁹ In Deutschland hingegen setzte die „Privatisierungswelle“ erst Ende der 1980-er Jahre ein.²⁷⁰

-
- 262 Remmert, Private Dienstleistungen, S. 189; Potocki, The inevitable privatisation, PPLR 2001, 303. Der Begriff „Privatisierung“ geht zurück auf Drucker, der bereits im Jahre 1969 im Zusammenhang mit der „systematic policy of using the other, the nongovernmental institutions of the society [...] for performance, operations, execution“ von „reprivatization“ sprach, s. Drucker, Age of Discontinuity, S. 234. Allgemein zur Privatisierung aus der äußerst umfangreichen Literatur etwa König, Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland, VerwArch 79 (1988), S. 241 ff.; Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 28 ff.
- 263 Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 250; Ascher, Privatisation, S. 4, spricht von einem „umbrella term“.
- 264 Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 251.
- 265 S. Moran, British Regulatory State, S. 2 f.
- 266 Vgl. Ridley, Verwaltungsmodernisierung in Großbritannien, S. 251 ff.
- 267 Ascher, Privatisation, S. 3 f.
- 268 Zur Rolle der *nationalised industries* vgl. Prosser, Nationalised Industries And Public Control, S. 1 ff.; Craig, Administrative Law, S. 112 ff.
- 269 Als frühe Beispiele für diese Ausgliederungen seien genannt der Civil Aviation Act 1980 (chapter 60), der British Aerospace Act 1980 (chapter 26), der British Telecommunications Act 1981 (chapter 38), der Telecommunications Act 1984 (chapter 12) und der Gas Act 1986 (chapter 44); bis 1985 wurden auf diese Weise ca. 400.000 Arbeitsplätze in die Privatwirtschaft verlagert, s. Ascher, Privatisation, S. 4. Ausführlicher zur britischen Privatisierungspolitik von 1979 bis 1985 vgl. Abromeit, Veränderung ohne Reform, PVS 27 (1986), S. 271 ff.
- 270 Der Verkauf der bundeseigenen Salzgitter AG an die Preussag AG beispielsweise erfolgte im Jahre 1989. Während in Großbritannien in der Zeit von 1979 bis 1992 Privatisierungserlöse in Höhe von 120 Mrd. DM erzielt wurden, stand dieser Summe in Deutschland bezogen auf denselben Zeitraum lediglich ein Privatisierungsvolumen von 12 Mrd. DM gegenüber, s. Schmidt, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 346.

Die zu Gunsten einer Einbeziehung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben angeführten Gründe variieren in Abhängigkeit vom jeweils betroffenen Aufgabenbereich. Nichtsdestotrotz lassen sich einige gemeinsame Hauptmotive benennen. Vor dem Hintergrund der mit der Entwicklung der modernen Sozialstaatlichkeit verbundenen Zunahme der Staatsaufgaben und deren stetig gestiegener Komplexität einerseits sowie den Sparzwängen der öffentlichen Haushalte andererseits²⁷¹ werden zugunsten von Privatisierungen immer wieder die Aspekte der Arbeitsentlastung,²⁷² der Kostenersparnis²⁷³ und der Effizienzsteigerung²⁷⁴ angeführt,²⁷⁵ die die Nutzbarmachung der technischen und betrieblichen Mittel sowie des Sachverständes²⁷⁶ Privater mit sich bringen soll.²⁷⁷ Für eine Einbeziehung Privater wird ferner häufig auf deren größere Flexibilität im Hinblick auf Anpassungen an Veränderungen des sozialen und wirtschaftlichen Umfeldes verwiesen²⁷⁸. Hinter diesen Überlegungen steht die – jedenfalls in dieser Pauschalität kritisch zu sehende²⁷⁹ – weitverbreitete Überzeugung, daß private Organisationen in ihrer Leistungsfähigkeit öffentlichen Institutionen überlegen sind.²⁸⁰ Schließ-

271 Zu diesen beiden Motiven etwa *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 10.

272 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 968; *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50 (dort unter dem Stichwort „Verantwortungsteilung“).

273 Etwa *Ogus*, Regulation, S. 288; *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246; *Nitz*, Neuere Rechtsprechung zur Privatisierung der Verkehrsüberwachung, NVZ 1998, S. 11. Ein – keineswegs zwingend gegebener (zu Beispielen für einen Kostenanstieg vgl. z.B. *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 85 f.) – Kosteneinsparungseffekt auf Seiten des Staates muß nicht gleichermaßen auch den Bürgern gegenüber bestehen: durch die Einbeziehung eines Entgelts für den Verwaltungshelfer können dem Bürger als Endnutzer der Verwaltungsleistung im Einzelnen mitunter höhere Kosten entstehen, als dies bei der Eigendurchführung seitens des Staates der Fall wäre. Zu unter gebührenrechtlichen Aspekten problematischen Fällen dieser Art aus dem Bereich der Abfallentsorgung vgl. etwa *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 113 m.w.N.

274 *Schmidt*, Liberalisierung, Privatisierung und Regulierung der Wasserversorgung, LKV 2008, S. 194 f.

275 In dieses Bild paßt auch § 7 Abs. 1 S. 2 BHO (Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969, BGBl. I S. 1284, zuletzt geändert durch G. vom 22. September 2005, BGBl. I S. 2809), der als Ausprägung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung staatliche Verwaltungsträger zur Prüfung verpflichtet, inwieweit staatliche Aufgaben durch Entstaatlichung, Ausgliederung oder Privatisierung erfüllt werden können.

276 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 57, 62; *Tettinger*, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 968; *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50; zur sachverständigen Beratung vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 130 ff. Hinsichtlich des Rückgriffs auf privates Know-how wird sogar behauptet, ein im Rechtsstaatsprinzip zu verortendes „Gebot sachverständiger Entscheidung“ setze einen „verfassungsrechtlichen Impuls“ in Richtung der Nutzbarmachung qualifizierten Sachverständes, vgl. *Di Fabio*, Verwaltungsentscheidung durch externen Sachverstand, VerwArch 81 (1990), S. 210 ff.

277 Kritisch gegenüber der oftmals fast schon unreflektiert wirkenden Gleichsetzung von Privatisierung und Effizienzsteigerung aber etwa *Müller*, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 41 ff., am Beispiel von Sale-and-lease-back-Geschäften bei kommunalen Immobilien.

278 *Müller*, Rechtsformenwahl, S. 113; *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 50.

279 Kritisch hinsichtlich der Privatisierung als „Patentlösung“ etwa *Osborne/Gaebler*, Reinventing Government, S. 45 ff.

280 *Reichard*, Institutionelle Wahlmöglichkeiten bei der öffentlichen Aufgabenwahrnehmung, S. 121.

lich wird mit der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenbewältigung auch ein Zuwachs an Legitimität und Akzeptanz der zu treffenden Entscheidungen erwartet.²⁸¹

Die ordnungspolitischen Ansätze des Ordoliberalismus sehen in der Aufgabenverlagerung auf den privaten Sektor demgegenüber vor allem ein Mittel zur Stärkung des Freiheitsinteresses privater Träger.²⁸²

b. Formen der Einbeziehung Privater in die Erfüllung von Staatsaufgaben

Unter dem Begriff der Privatisierung werden sehr unterschiedliche Erscheinungsformen zusammengefaßt. Obgleich die Terminologie nicht immer einheitlich ist,²⁸³ unterscheidet das neuere deutsche rechtswissenschaftliche Schrifttum²⁸⁴ im Wesentlichen zwischen der formellen (oder Organisationsprivatisierung), der materiellen, der funktionalen sowie der Finanzierungs-²⁸⁵, Vermögens-²⁸⁶ und Verfahrensprivatisierung²⁸⁷. Die vier erstgenannten Formen werden in Folgenden näher beleuchtet.

281 *Voßkuhle*, Regelungsstrategien, S. 51. Darüber darf jedoch nicht vergessen werden, daß je nach Ausgestaltung der Einbeziehung Privater in die staatliche Aufgabenerfüllung Demokratiedefizite gerade auch neu entstehen können. Zu den Vorgaben des Demokratieprinzips für die Ausgestaltung der Verantwortungsteilung vgl. z.B. *Voßkuhle*, Regelungsstrategie, S. 64 f.

282 Etwa *Möschel*, Privatisierung als ordnungspolitische Aufgabe, S. 914 f.; *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 9; vgl. auch *ders.*, HdbStR IV, § 75 Rn. 22.

283 Zu diesem Befund vgl. etwa *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 250.

284 Statt vieler etwa *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 542 ff.; *Burgi*, HdbStR IV, § 75 Rn. 6; *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 131 f., benennt demgegenüber elf verschiedene Privatisierungsformen.

285 Der Schwerpunkt der Finanzierungsprivatisierung (in England als „*Public Finance Initiative*“ bezeichnet – dazu *Badcoe*, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 283, 285 ff.; s. auch *Bonk*, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], VwVfG, § 54 Rn. 43 b), liegt in der Erschließung privater Finanzierungsmittel zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, vgl. *Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167. Sie weist jedoch keine feste Struktur auf, sondern umfaßt verschiedenste Gestaltungsmöglichkeiten wie etwa Fonds- und Leasingkonzepte, diverse Varianten von Betreibermodellen (z.B. dem Gebühren-Factoring), Projektfinanzierungen (eines der bekanntesten Beispiele hierfür ist der Bau des Kanaltunnels zwischen Frankreich und England) und Konzessionsmodelle. Einen guten Überblick bietet etwa *Rehm*, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, in: Ipsen [Hrsg.], Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung kommunaler Investitionen, S. 93 ff.

286 Unter einer Vermögensprivatisierung ist die Übertragung staatlichen Eigentums, insbesondere von Grundstücken und Beteiligungen an Wirtschaftsunternehmen, auf Private zu verstehen, s. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 64.; *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 198; *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 347; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 543. Sie spielt in Deutschland seit einigen Jahren vor allem auf Bundesebene eine Rolle, wo sich der Bund sukzessive von einem großen Teil seiner Industriebeteiligungen (wie etwa an den Konzernen Veba, Viag, Volkswagen und Salzgitte) trennt. Unter dem Aspekt der Aufgaben- und Verantwortungsteilung weist diese Privatisierungsform allerdings keine Besonderheiten auf, vgl. *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

287 Bei der vor allem im Bau- (vgl. etwa § 12 BauGB) und Umweltrecht (siehe etwa das Scopingverfahren nach § 5 UVP) stattfindenden Verfahrensprivatisierung werden bisher behördlich durchgeführte Teile eines Verwaltungsverfahrens auf Private übertragen (vgl. *Hoppe/Bleicher*, Rechtsprob-

aa. Organisationsprivatisierung

Im Bereich der Organisationsprivatisierung, die zum Teil als formelle Privatisierung²⁸⁸ oder als eine Unterform²⁸⁹ davon bezeichnet wird, errichtet der Staat zur Wahrnehmung bestimmter Aufgaben der Leistungsverwaltung von ihm beherrschte privatrechtliche Organisationen.²⁹⁰ Eine solche Beherrschung ist gegeben bei Organisationen, an denen der Staat entweder ausschließlich (sog. Eigengesellschaften oder publizistische Privatrechtssubjekte) oder neben anderen Anteilseignern mehrheitlich²⁹¹ (sog. gemischtwirtschaftliche Unternehmen)²⁹² beteiligt ist oder die der Staat extern – d.h. anders als durch Beteiligung – maßgeblich beeinflusst.²⁹³ Aufgrund dieser Beherrschung fehlt es jedoch an einer Aufgabenübertragung an einen Privaten im funktionalen

leme bei der Verfahrensprivatisierung, NVwZ 1996, S. 421 ff.), etwa durch verfahrensentlastende Eigenbeiträge des Antragstellers, durch privates Verfahrensmanagement seitens privater Projektmanager oder dadurch, daß Prüf- und Planungsvorgänge in die Hände privater Sachverständiger gegeben werden. Zur Verfahrensprivatisierung allgemein s. *Hoffmann-Riem*, Verfahrensprivatisierung als Modernisierung, DVBl. 1996, S. 225 ff.; zu ihrer Bedeutung im Umweltrecht vgl. *Laskowski*, Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht, NVwZ 1995, S. 977 ff.; zu einer dualen Verteilung der Verantwortung im Umweltrecht zwischen Staat und Gesellschaft s. *Kloepfer*, NuR 1993, S. 353 ff.

288 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 61.

289 *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 354.

290 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 11, 14. Beispiele für eine solche Organisationsprivatisierung bilden etwa die Gründung der Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mbH, die Beschaffungs- und Betriebstätigkeiten der Bundeswehr ausführt, und die zur Abwicklung von Schuldaufnahme und -tilgung durch den Bund gegründete Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH, vgl. *Dreher*, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246 sowie *ders.*, Privatisierung, NZBau 2001, S. 360 ff.

291 Dabei darf eine Mehrheitsbeteiligung des Staates nicht darüber hinwegtäuschen, daß mitunter auch der private Minderheitsgesellschafter faktisch den maßgeblichen Einfluß besitzen kann. Zu daraus resultierenden rechtsstaatlichen Problemen vgl. etwa die Urteile des VG Schleswig, Die Gemeinde SH 1998, S. 190 ff. und des OVG Schleswig-Holstein, Die Gemeinde SH 1998, S. 304 ff.

292 Die Zuordnung der Bildung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen zur Organisationsprivatisierung ist nicht unumstritten. *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 76, sieht in ihnen einen Mischfall aus entweder funktionaler und materieller Privatisierung oder funktionaler und formeller Privatisierung, abhängig davon, ob auch die Verantwortlichkeit auf das neu gegründete Unternehmen übertragen wird; hingegen (ohne nach Mehrheitsverhältnissen zu differenzieren) für eine Teilprivatisierung in Form einer echten materiellen Privatisierung *Habersack*, Private Public Partnership, ZGR 1996, S. 545. Für die hier vorgenommene Zuordnung spricht, daß nach dem funktionalen Staatsbegriff ein staatlich dominiertes gemischt-wirtschaftliches Unternehmen, das öffentliche Aufgaben wahrnimmt, der Sphäre des Staates zuzurechnen ist und die von ihm wahrgenommene Aufgabe damit weiterhin Staatsaufgabe bleibt. Im Ergebnis wie hier auch *Schoch*, Public Private Partnership, S. 113 f.; *Schmidt*, Der Übergang öffentlicher Aufgabenerfüllung in private Rechtsformen, ZGR 1996, S. 347, weist zutreffend darauf hin, daß es sich um eine Kombination aus Organisations- und Teilvermögensprivatisierung handelt, wenn ein privater Minderheitsgesellschafter erst nachträglich an einer privatrechtlichen staatlichen Eigengesellschaft beteiligt wird; zu dieser Kombination vgl. auch *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 252.

293 Zur Zurechnung dieser „externen privaten Organisationseinheiten“ zum Staat vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 78 f.

Sinne.²⁹⁴ Die Organisationsprivatisierung hat damit keine grundlegende Bedeutung für die Veränderung des Verhältnisses von staatlichem und privatem Sektor²⁹⁵ und wird an dieser Stelle deshalb nicht vertieft behandelt.

bb. Materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung)

Anders verhält es sich bei der auch als Aufgabenprivatisierung²⁹⁶ bezeichneten materiellen Privatisierung. Bei dieser Privatisierungsform zieht sich der Staat aus einer bislang von ihm selbst wahrgenommenen Aufgabe zurück und überläßt deren Erledigung dem gesellschaftlich-wirtschaftlichen Bereich.²⁹⁷ Weil dies mit dem Wegfall der entsprechenden Staatsaufgabe verbunden ist, weist das private Tätigwerden keinen funktionalen Bezug zu einer Staatsaufgabe auf. In der Praxis spielt dieses vollumfängliche „take over“ durch den privaten Sektor eine nur geringe,²⁹⁸ im Bereich der Langzeitpflege letztlich gar keine Rolle.

cc. Funktionale Privatisierung

Relevanter für die Erbringung stationärer Langzeitpflegeleistungen in England und – aus der Privatisierungsfolgenperspektive – Deutschland ist demgegenüber die sog. funktionale Privatisierung.²⁹⁹ Bei ihr zieht der Staat Akteure des privaten Sektors so zu seiner Unterstützung heran, daß diese einen Teilbeitrag mit funktionalem Bezug auf eine Staatsaufgabe erbringen,³⁰⁰ ohne daß dieses Tätigwerden selbst (ungeachtet einer möglichen Zurechenbarkeit des Handelns im Verhältnis nach außen³⁰¹) als hoheitliches Tätigwerden (wie etwa beim Beliehenen³⁰²) oder als Staatsaufgabe klassifiziert werden

294 Zur Zurechnung des Beliehenen zur staatlichen Organisation vgl. *Krebs*, HbdStR III, § 69 Rn. 39. Statusbezogen handelt es sich bei den Beliehenen demgegenüber bereits definitionsgemäß um echte Privatrechtssubjekte, s. *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 56. Aufgrund des Fehlens einer Aufgabenübertragung auf Private im funktionalen Sinn wird die Organisationsprivatisierung mitunter auch als „unechte“ Privatisierung oder „Scheinprivatisierung“ bezeichnet, s. *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 973.

295 Vgl. *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

296 S. *Stelkens/Schmitz* in: *Stelkens/Bonk/Sachs* [Hrsg.], VwVfG, § 1 Rn. 109 f.; anders als hier faßt *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 974, unter dem Oberbegriff „Aufgabenprivatisierung“ die materielle und die funktionale Privatisierung zusammen.

297 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 63; *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 962 f.; *Schuppert*, Rückzug des Staates?, DÖV 1995, S. 767.

298 *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationsspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 417.

299 *Pietzcker*, Staatsauftrag, S. 339 ff., spricht statt von funktionaler Privatisierung von „Auslagerung“.

300 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100.

301 Vgl. *von Heimburg*, S. 112, 139 ff., der das Kriterium der Abhängigkeit bei der von ihr so bezeichneten „Verwaltungssubstitution“ gerade dazu dient, die Zurechnung des privaten Beitrags zur Staatsaufgabe zu bewirken.

302 Im Unterschied zu Beliehenen können Verwaltungshelfer bei der Ausübung ihrer Tätigkeit nicht auf den Einsatz hoheitlicher Mittel zurückgreifen, *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 147.

könnte.³⁰³ Vielmehr findet eine Aufspaltung der Staatsaufgabe statt.³⁰⁴ Die Aufgabe der Erledigung bleibt in der Zuständigkeit des staatlichen Trägers, lediglich die Erfüllung der Aufgabe geschieht durch Private.³⁰⁵ Der durch Private erbrachte Teilbeitrag ist als „Verwaltungshilfe“ (oder in bestimmten Fällen als „technische Erfüllungshilfe“³⁰⁶) zu qualifizieren.³⁰⁷ Vom Erfordernis einer gewissen Unselbständigkeit³⁰⁸, also der Bindung an staatliche Vorgaben und Weisungen,³⁰⁹ ist die Verwaltungsrechtslehre hierbei inzwischen wieder abgerückt.³¹⁰ Die Verwaltungshilfe kann etwa in planenden, vorbereitenden, durchführenden oder kontrollierenden Tätigkeiten innerhalb eines bestimmten Aufgabenbereichs bestehen.³¹¹ Die grundsätzliche Zuständigkeit und Verantwortung für die jeweilige Aufgabe verbleiben bei der staatlichen Verwaltung,³¹² der das private Handeln des Verwaltungshelfers zugerechnet wird.³¹³ Typusprägend ist der funktionale Bezug des privaten Teilbeitrags zur Staatsaufgabe, wofür es nicht genügt, daß der Teilbeitrag lediglich auf einen öffentlichen Zweck gerichtet ist.³¹⁴ Nicht zwingend erforderlich ist demgegenüber, daß der Verwaltungshelfer in fremdem Namen handelt, das Bestehen einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zu Dritten steht der Charakterisierung als Verwaltungshilfe nicht entgegen.³¹⁵

Genaueren Hinsehens bedarf die „untere Schwelle“ dieser Art der Aufgabenteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor. Damit ist derjenige Grenzbereich gemeint, bei dem es sich noch nicht um funktionale Privatisierung bzw. Verwaltungshilfe,³¹⁶ sondern um bloße Bedarfsdeckung³¹⁷ seitens des Staates im privaten Sektor handelt.

-
- 303 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100, 156 ff., der zu Recht darauf hinweist, daß es in den Fällen der funktionalen Privatisierung gerade um die Hereinnahme „echt“ privater Initiative und Leistungskraft geht. Allgemein zur Verwaltungshilfe s. *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 59 Rn. 55 ff., sowie *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60.
- 304 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 65.
- 305 *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, *GewArch* 1995, S. 138.
- 306 *Steiner*, Öffentliche Verwaltung, S. 106 ff.
- 307 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 100; *ders.*, *HdbStR* IV, § 75 Rn. 7.
- 308 Die von *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht, *VVDStRL* 56 (1997), S. 273, verwendete Figur des „selbständigen Verwaltungshelfers“ ist demgegenüber in den Kontext der gesellschaftlichen Selbstverwaltung einzuordnen. Der von *Di Fabio* verwendete Begriff des selbständigen Verwaltungshelfers wird angesichts des fehlenden funktionalen Bezugs des privaten Beitrags zu einer Staatsaufgabe kritisiert, vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 161.
- 309 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 154; vgl. auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60.
- 310 Vgl. *Burgi*, in: *Erichsen/Ehlers* [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 32.
- 311 *Lee*, Privatisierung als Rechtsproblem, S. 167 ff., nennt die Planung, die Durchführung, die Finanzierung und die Kontrolle als funktional privatisierungsfähige Phasen.
- 312 *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62; *Strauß*, Funktionsvorbehalt, S. 197 f.; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 544; *ders.*, Rückzug des Staates?, *DÖV* 1995, S. 767.
- 313 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 59 Rn. 57.
- 314 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 146.
- 315 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 153 f.; anders etwa *Arnim*, Rechtsfragen, S. 15, *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 60; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 113.
- 316 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.
- 317 Allgemein zur Bedarfsdeckung durch den Staat *Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung, S. 19 ff.

Der Bereich der Verwaltungshilfe ist so lange noch nicht betreten, als sich der Beitrag des Privaten in der Bedarfsdeckung erschöpft und zwischen dieser und der anschließenden Erfüllung der (den Bedarf verursachenden) Staatsaufgabe durch den Staat eine Zäsur liegt.³¹⁸ Umgekehrt ist dann von Verwaltungshilfe auszugehen, wenn die Leistung des Privaten *uno actu* mit der Mitwirkung an der betreffenden Staatsaufgabe erfolgt, der private Akteur also zugleich in einen funktionalen Bezug zur Erfüllung der jeweiligen Staatsaufgabe tritt.³¹⁹ Im ersten Fall wird der Staat bedarfsdeckend, im zweiten veranlassend tätig.³²⁰

Bislang nicht abschließend geklärt ist, wie sich die Kategorie der funktionalen Privatisierung zu den anderen Privatisierungsformen verhält. Teilweise wird sie als Unterfall der Organisationsprivatisierung verstanden,³²¹ nach anderer Ansicht der Aufgabenprivatisierung zugerechnet.³²² Weil die Verwaltungshilfe als Erbringung von Teilbeiträgen mit funktionalem Bezug zu einer Staatsaufgabe aufgrund des trägerorientierten Staatsaufgabenbegriffs gerade keine Wahrnehmung von Staatsaufgaben darstellt,³²³ unterscheidet sich die funktionale Privatisierung qualitativ von der Organisationsprivatisierung.³²⁴ Auch als Unterfall der materiellen Privatisierung ist die funktionale Privatisierung nicht zutreffend erfaßt.³²⁵ Zwar wird ein Teilbereich einer vormals vom Staat erfüllten Aufgabe nun nicht mehr als Staatsaufgabe erbracht, in der zwischen dem privaten Teilbeitrag einerseits und der verbliebenen Staatsaufgabe andererseits bestehenden funktionalen Verschränkung liegt jedoch ein qualitativer Unterschied zur materiellen Privatisierung, die durch einen vollständigen Rückzug des Staates aus dem betreffenden Aufgabenbereich gekennzeichnet ist.³²⁶

318 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

319 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 149.

320 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 151.

321 *Vitzthum*, AöR 104 (1979), S. 587; *Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung, S. 16; *Peine*, Grenzen der Privatisierung, DÖV 1997, S. 354 ff.

322 *Schoch*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, DVBl. 1994, S. 974; *Krölls*, Rechtliche Grenzen der Privatisierungspolitik, GewArch 1995, S. 131.

323 *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers [Hrsg.], Allgemeines Verwaltungsrecht, § 9 Rn. 32; denkbar ist allerdings eine Kombination aus Verwaltungshilfe und Beleihung, die etwa im Bereich des Baus und der Erhaltung von Fernstraßen herangezogen wird, wenn dem privaten Betreiber zugleich im Wege der Beleihung das Erheben der Mautgebühren übertragen ist, vgl. *Burgi*, Der Beliehene, S. 582. Näher besehen handelt es sich jedoch um eine Kombination aus funktionaler und Organisationsprivatisierung, bei der die Mauterhebung nach wie vor als Staatsaufgabe wahrgenommen wird.

324 Vgl. *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 158; *ders.*, HdbStR IV, § 75 Rn. 8; die Einwirkungsmacht des Staates auf die Privaten unterscheidet sich bei den verschiedenen Privatisierungsformen demgegenüber nur graduell, vgl. *Osterloh*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 234.

325 So aber *Schuppert*, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 417, der die funktionale Privatisierung als Teilaufgabenprivatisierung versteht, damit aber nicht zum Ausdruck bringt, daß der Vollzug der Aufgabe nunmehr keine Staatsaufgabe mehr darstellt.

326 *Burgi*, Funktionale Privatisierung, S. 158 f.; auch *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 23 Rn. 62, nennt die funktionale Privatisierung daher als eigenständige Kategorie zwischen formaler und materieller Privatisierung.

Gerade bei der funktionalen Privatisierung ergeben sich „interessante und nicht nur periphere Verschiebungen der sich ständig verändernden Überlappung und Verzahnung von öffentlicher und privater Aufgabenerfüllung.“³²⁷ Auf sie wird unter dem Aspekt der Verantwortungsteilung zurückzukommen sein.

dd. Finanzierungsprivatisierung

Anders gelagert ist die Einbindung Privater im Falle der sog. Finanzierungsprivatisierung. Bei dieser Privatisierungsform steht die Erschließung finanzieller Mittel des privaten Sektors im Vordergrund.³²⁸ Der Rückgriff auf den privaten Sektor muß sich allerdings nicht auf diesen Aspekt beschränken, in der Praxis sind oftmals Kombinationen aus Finanzierungs- und funktionaler Privatisierung anzutreffen. Die Gestaltungsmöglichkeiten für die private Finanzierungsbeteiligung reichen von Fonds- und Leasingkonzepten über diverse Varianten von Betreibermodellen und Projektfinanzierungen³²⁹ bis hin zu Konzessionsmodellen.³³⁰

ee. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum gebräuchliche Begrifflichkeiten

Im anglo-amerikanischen Rechtsraum ist die aufgezeigte, an die Staatsaufgabendogmatik anknüpfende Unterscheidung zwischen formaler, materieller und funktionaler Privatisierung nicht gebräuchlich.³³¹ Teils wird pauschal von *privatisation* gesprochen, teils orientieren sich die Bezeichnungen an den eingesetzten Handlungsinstrumenten oder den beteiligten Akteuren, etwa wenn von *contracting-out* oder der Bildung von *Public Private Partnerships*, einem inzwischen auch in Deutschland gebräuchlichen Ausdruck – gesprochen wird.

(1) *Privatisation*

Privatisation wird oftmals – wie der deutsche Begriff „Privatisierung“ – pauschal zur Beschreibung der Übertragung bisher vom Staat ausgeführter Aufgaben auf den priva-

327 Schuppert, Privatisierung als Veränderung, S. 544.

328 Vgl. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 167.

329 Eines der bekanntesten – wenngleich nicht sonderlich erfolgreichen – Beispiele ist der Bau des Kanaltunnels zwischen Frankreich und England.

330 Einen guten Überblick bietet etwa Rehm, Modelle zur Finanzierung kommunaler Investitionen durch Private, S. 93 ff. Die Finanzierungsprivatisierung findet längst nicht mehr nur im kommunalen Bereich, sondern mittlerweile auch auf Landes- oder Bundesebene Anwendung, wo beispielsweise § 1 des Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetzes (Gesetz v. 20. Januar 2003, BGBl. I S. 98, neubekanntgemacht am 6. Januar 2001, BGBl. I S. 49) die Übertragung von Bau, Erhaltung, Betrieb und Finanzierung gebührenpflichtiger Bundesfernstraßen auf private Betreiber ermöglicht.

331 Der Aufsatz von Priess, Privatisations And The E.C. Public Procurement Rules, PPLR 1998, S. 1 ff., der zwischen *material* und *formal privatisation* unterscheidet, stellt nur eine scheinbare Ausnahme hiervon dar. Er wurde von einem deutschen Autor der deutschen Rechtstradition folgend verfaßt. Für einen (keineswegs abschließenden) Überblick über Privatisierungsformen in England s. Greenwood/Pyper/Wilson, New Public Administration in Britain, S. 215 ff.

ten Sektor verwendet.³³² Häufig wird dieser Ausdruck allerdings auch mit einer etwas engeren Bedeutung verwandt. Er bezeichnet dann die Ausgliederung der *nationalised industries*³³³ aus der unmittelbaren Staatsverwaltung und ihre Umwandlung in eigenständige Unternehmen,³³⁴ wie sie vor allem von der im Jahr 1979 gewählten konservativen Regierung unter *Thatcher* auf den Weg gebracht wurde.³³⁵ Von einer *full* oder *true privatisation* wird dabei nur dann gesprochen, wenn sich der Staat vollständig von seinen Anteilen am ausgegliederten Unternehmen trennt.³³⁶

(2) *Contracting-out*

Contracting-out,³³⁷ handlungsformneutral auch als *outsourcing* bezeichnet,³³⁸ bedeutet, daß eine vormals vom Staat eigenhändig erbrachte (Dienst-)Leistung durch Vertrag einem privaten Träger zur Ausführung übertragen wird, wobei der Staat für deren Erbringung verantwortlich bleibt.³³⁹ In der weiter oben dargestellten Begrifflichkeit wäre das *contracting-out* der funktionalen Privatisierung zuzuordnen,³⁴⁰ weil der privat erbrachte Teilbeitrag einen unmittelbaren Bezug zur fortbestehenden Staatsaufgabe des Angebots einer bestimmten Leistung aufweist.

Der Begriff „*contracting-out*“ findet in England vor allem im Zusammenhang mit der Privatisierung kommunaler Dienstleistungen wie etwa der Müllabfuhr und Müllentsorgung, der Straßen- und der Gebäudereinigung,³⁴¹ aber auch im Rahmen der Erbrin-

332 S. etwa *Sah/Daintith*, Privatisation, PL 1993, S. 465; *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 303; *Ascher*, Privatisation, S. 4; vgl. auch *Harden*, The Contracting State, S. 30.

333 Hierzu etwa *Prosser*, Nationalised Industries And Public Control, S. 1 ff.; *Craig*, Administrative Law, S. 112 ff.

334 Vgl. neben den oben in Fn. 269 genannten Beispielen aus den frühen 1980-er Jahren auch den *Electricity Act 1989* (chapter 29), den *Water Act 1989* (chapter 15), den *Railways Act 1993* (chapter 43), den *Coal Industry Act 1994* (chapter 21) oder den *Postal Services Act 2000* (chapter 26).

335 Vgl. etwa *Phillips/Jackson/Leopold*, Constitutional and Administrative Law, Rn. 28-013. *Ascher*, Privatisation, S. 4. In diesem Sinne auch *Craig*, Administrative Law, S. 114 ff., sowie *Cane*, Administrative Law, S. 309.

336 *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, 304. *Privatisation* primär auf den Wechsel von staatlichem in privates Eigentum beziehend auch *Hemming/Mansoor*, Privatisation and Public Enterprises, S. 6; *Trebilock/Prichard*, Crown Corporations, S. 86. Die *full privatisation* entspräche in der deutschen, von der Staatsaufgabendogmatik geprägten Terminologie einer mit einer materiellen oder funktionalen Privatisierung verbundenen Vermögensprivatisierung, abhängig davon, welche Aufgaben der Staat im betreffenden Aufgabenfeld nach der Privatisierung noch wahrnimmt. Behält der Staat hingegen alle Anteile am Unternehmen (wie etwa im Falle der *Post Office Ltd*, einer 100%-igen Tochtergesellschaft der *Royal Mail Group plc*, deren Anteile vollständig vom Staat gehalten werden), stünde dies einer Organisationsprivatisierung gleich.

337 Allgemein zum *contracting-out* statt vieler *Craig*, Administrative Law, S. 125 ff.; *Ascher*, Privatisation, S. 7 ff.

338 Vgl. etwa *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 304.

339 *Cane*, Administrative Law, S. 309 f.; *Craig*, Administrative Law, S. 129; *Potocki*, The inevitable privatisation, PPLR 2001, S. 304.

340 So auch *Ziekow*, Verwaltungskooperationsrecht, S. 75; *Schuppert*, Privatisierung als Veränderung, S. 541 f.

341 *Leigh*, Local Democracy, S. 311.

gung sozialer Dienste Verwendung. Obwohl dort die Möglichkeit für staatliche Stellen, die Erbringung bestimmter Leistungen vertraglich auf den privaten Sektor zu übertragen, schon früher bestand,³⁴² gewann das *contracting-out* erst mit der Einführung des *Compulsory Competitive Tendering*³⁴³ (CCT), einem zwingenden Ausschreibungsverfahren, durch den Local Government Act 1988³⁴⁴ wesentlich an Bedeutung. Wollten Kommunalbehörden Leistungen selbst, d.h. durch eigenes Personal oder eigene Betriebe erbringen, waren sie nunmehr gesetzlich gezwungen, zuvor ein sog. *market testing*³⁴⁵ vorzunehmen, also den Nutzen der Eigenerbringung mit dem bei einem *contracting-out* erwarteten zu vergleichen.³⁴⁶ Um auch staatlicherseits eine Vergleichsbasis zu schaffen, mußte innerhalb der Kommunalbehörden ein sog. *purchaser/provider-split*³⁴⁷ vorgenommen und organisatorisch und finanziell eigenständige Leistungserbringer, die *Direct Service Organisations*, eingerichtet werden. Nur wenn sich die Eigenerbringung gegenüber dem Angebot des privaten Erbringers durchsetzte, durfte die Leistung von der Kommunalbehörde selbst erbracht werden, anderenfalls mußte sie nach außen vergeben werden. Speziell auf das *contracting-out* in der stationären Langzeitpflege wird im englischen Länderbericht zurückzukommen sein.

Vom *contracting-out* zu unterscheiden ist das Konzept des „*contracting state*“³⁴⁸, dessen Handeln häufig auch mit den Schlagwörtern „*contractualism*“³⁴⁹ oder „*contractualisation*“ bezeichnet wird. Wesentliches Merkmal des *contracting state* ist das Verwaltungshandeln durch Vertrag. Während aber das *contracting-out* stets mit einer Einbeziehung des privaten Sektors verbunden ist, geht *contractualisation* darüber hinaus und bezieht auch vertragliche Absprachen innerhalb des Staates mit ein.³⁵⁰ Zu solchen kommt es etwa aufgrund des soeben beschriebenen *purchaser/provider-split*: obgleich mittlerweile mit der Abschaffung des CCT die Pflicht zum *market testing* wieder entfiel,³⁵¹ blieb die organisatorische Trennung zwischen *purchaser* und *provider-units*

342 Das *contracting-out* stellte bereits unter der 1979 gewählten konservativen Regierung ein wichtiges Politikelement dar, vgl. etwa die Empfehlungen im Treasury-Report „Using Private Enterprise in Government: report of a multi-departmental review of competitive tendering and contracting for services in government departments“ aus dem Jahr 1986. Zur Geschichte des *contracting-out* s. Leigh, Local Democracy, S. 309 ff.

343 Hierzu sowie zum *Competitive Tendering* vgl. Harden, The Contracting State, S. 17 ff.

344 1988 chapter 9.

345 S. dazu Harden, Defining The Range Of The Public Sector Procurement Directives In The United Kingdom, PPLR 1992, S. 369 ff.

346 S. dazu Leigh, Local Democracy, S. 217, 309 ff.

347 Dieser Begriff oder auch der „*contractor/provider-split*“ findet sich als „Auftraggeber/Auftragnehmermodell“ in der deutschen Literatur wieder, s. Reichard, Das Konzept des Gewährleistungsstaates, S. 54 f.

348 Grundlegend etwa Harden, The Contracting State, S. 1 ff.

349 Dazu etwa Eichenhofer/Westerveld, Contractualism, S. 21 ff.

350 So etwa im *NHS internal market*, dazu Harden, The Contracting State, S. 14 ff.; vgl. auch Vincent-Jones, Regulation, PL 1999, S. 304; ders., Responsive Law, MLR 61 (1998), S. 362, Fn. 1.

351 S. 21 des Local Government Act 1999.

bestehen. Zur eigenhändigen Leistungserbringung werden daher weiterhin interne „Verträge“³⁵² abgeschlossen.

(3) *Public Private Partnerships*

Mit der Einführung des *Best Value*³⁵³ Regimes in der öffentlichen Verwaltung in England wurde das CCT abgelöst und die Erbringung von *public services* flexibilisiert. Als Alternative zum *contracting-out* im eben beschriebenen Sinn können die Kommunalbehörden nun auch auf eine weitere Form des Zusammenwirkens von öffentlichem und privatem Sektor bei der Aufgabenerfüllung, nämlich auf die Bildung sog. *Public-Private-Partnerships*,³⁵⁴ zurückgreifen. Der Begriff „*Public Private Partnership*“ (PPP) war ursprünglich auf die Kooperation mit Investoren und gesellschaftlichen Gruppen in städtebaulichen Problemzonen in den USA beschränkt,³⁵⁵ ist seit Beginn der 90-er Jahre³⁵⁶ aber auch in Deutschland und England gebräuchlich³⁵⁷ und umfaßt als „schillernder Sammelbegriff“³⁵⁸ verschiedenste Formen der Zusammenarbeit von Staat und Privaten.³⁵⁹ Diese findet etwa im Bereich der Bauleitplanung,³⁶⁰ des Städte-

352 Bei den internen „Verträgen“ handelt es sich allerdings nicht um Verträge im rechtlichen Sinn, weil die *Direct Service Organisations* keine eigenständigen Rechtspersonen darstellen. Vgl. dazu *Freedland*, *Government by Contract*, PL 1994, S. 89: „*These arrangements are then subjected to a sort of double legal fiction, whereby a non-corporation is deemed to enter into non-contracts.*”

353 Bei *Best Value* handelt es sich um einen flexibleren und pragmatischeren Ansatz, der die Stellung des Endkonsumenten stärker in den Vordergrund stellt und dabei eher auf Performance-Indikatoren denn auf formelle Vorgaben der Leistungserbringung setzt; dazu *Leigh*, *Local Democracy*, S. 321 ff.

354 *Leigh*, *Local Democracy*, S. 322.; zum Zusammenhang von PPP und *Value for Money* vgl. auch *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 15 f.

355 Die Wurzeln der öffentlich-privaten Zusammenarbeit wurden in der Stadt Pittsburgh bereits in den 40-er Jahren des letzten Jahrhunderts gelegt, s. *Kruzewicz/Schuchardt*, *Der Städtetag* 1989, S. 763.

356 Zur Einführung von PPP in England im Jahre 1992 vgl. *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 14 f.

357 Aus der umfangreichen, deutschen Literatur s. etwa *Budäus/Eichhorn* [Hrsg.], *Public Private Partnership*, 1997; *Tettinger*, *Public Private Partnership*, DÖV 1996, 764 ff.; *Habersack*, *Private Public Partnership*, ZGR 25 (1996), S. 544 ff.; *Bauer*, *Public Private Partnership*, DÖV 1998, S. 89 ff.; *Becker*, *Rechtsrahmen für Public Private Partnership*, ZRP 2002, S. 303 ff.; *Dreher*, *Public Private Partnerships*, NZBau 2002, S. 245 ff.; *Knauff*, *Im wettbewerblichen Dialog zur Public Private Partnership?*, NZBau 2005, S. 249 ff.; aus der angelsächsischen Literatur statt vieler *Arrowsmith*, *Public Private Partnerships and the European Procurement Rules*, CMLRev2000, S. 709 f.; *Bennett/Krebs*, *Local Economic Development*, 2001; *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 9 ff.

358 *Schoch*, *Public Private Partnership*, S. 103.

359 Vgl. *Jordan*, *Public-Private Joint Venture Companies*, PPLR 2003, S. 64: „*The concept of Public Private Partnerships [...] refers to all forms of co-operation between the public and private sector for the management of services intended for the public.*” In diesem Sinne auch *Steadman*, *Public Private Partnerships*, S. 11. Enger *Habersack*, *Public Private Partnership*, ZGR 1996, S. 545 f.: Zusammenarbeit auf der kommunalen Ebene auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge. Ein Überblick über die Anwendungsfelder der PPP findet sich etwa bei *Roggencamp*, *Public Private Partnership*, S. 38 ff., sowie – für England – bei *Steadman*, *Public Private Partnership*, S. 11 f., und *Badcoe*, *Public Private Partnerships*, PPLR 1999, S. 279 ff.

360 Vgl. dazu *von und zu Franckenstein*, *Public Private Partnership*, UPR 2000, S. 288 ff.

baurechts,³⁶¹ der Verkehrswirtschaft³⁶² oder im Rahmen sog. Sicherheitspartnerschaften³⁶³ statt.

Die Offenheit für unterschiedlichste Gestaltungsformen kommt gut zum Ausdruck, wenn man die PPP als prozeßorientierte Integration zwischen öffentlicher Hand und Akteuren aus dem privaten Sektor beschreibt,³⁶⁴ deren Fokus auf die Verfolgung komplementärer Ziele sowie die Nutzung von Synergiepotentialen bei der Zusammenarbeit gerichtet ist.³⁶⁵ Die PPP läßt die Identität und Verantwortung der Partner unberührt.³⁶⁶ Häufig wird zudem eine vertragliche Formalisierung der Zusammenarbeit gefordert.³⁶⁷ Bei den vertraglichen Absprachen handelt es sich regelmäßig um eine Kombination aus Gesellschafts- und Betreiberverträgen,³⁶⁸ der Anwendungsbereich der PPP geht jedoch darüber hinaus und bezieht ebenso nicht-gesellschaftsrechtliche Vertragsformen mit ein.³⁶⁹ Somit können auch die oben beschriebenen Formen des *contracting-out* unter den Begriff der PPP gefaßt werden.³⁷⁰ Dies gilt auch für den Abschluß von Leistungserbringungsverträgen zwischen Staat und privaten Anbietern, so daß auch die vertragliche Heranziehung Dritter zur Erbringung staatlicherseits geschuldeter stationärer Langzeitpflegeleistungen eine *Public Private Partnership* darstellt.³⁷¹

361 Vgl. Kahl, Das Kooperationsprinzip im Städtebaurecht, DÖV 2000, 793 ff.

362 Vgl. Muthesius, Praktische Erfahrungen und Probleme mit Public Private Partnership, S. 169 ff.

363 Vgl. etwa Stober [Hrsg.], Public-Private-Partnerships und Sicherheitspartnerschaften, 2000; Schuppert, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung, DV 31 (1998), S. 434 f.

364 Zur im Hinblick auf die demokratische Legitimation damit einhergehenden Gefahr einer „Diffusion kommunaler und privater Steuerung und Verantwortung“ vgl. Ehlers, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, S. 506, sowie Schoch, Public Private Partnership, S. 109 f., 113 f.

365 Dies läßt PPP dort krisenanfällig werden und relativiert übertriebene Erwartungen an die PPP, wo ökologische oder soziale Erwägungen, die nicht den betriebswirtschaftlichen Zielen des Privaten entsprechen, bei der Aufgabenerfüllung eine maßgebliche Rolle spielen, vgl. Schoch, Public Private Partnership, S.115. sowie VGH Baden-Württemberg, Beschluß v. 7. März 1985, NVwZ 1985, S. 438.

366 Budäus/Grüning, Public Private Partnership, S. 54; ebenso Schuppert, Erscheinungsformen von Public Private Partnership, S. 94. Den Anwendungsbereich etwas enger fassend hingegen die EG-Kommission in ihrem Bericht für den Europäischen Rat in Laeken vom 17. Oktober 2001, Rn. 37: Nach ihr „bezeichnen Öffentlich-private Partnerschaften im Allgemeinen sämtliche Formen der Zusammenarbeit zwischen dem öffentlichen und dem privaten Sektor zum Zweck der Erbringung von Dienstleistungen für die Öffentlichkeit“, Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht, S. 77 ff.

367 Zur Vertragsgestaltung bei PPP etwa Müller, Kommunalrechtliche Grenzen beim Sale-and-lease-back, S. 71 ff., 94 ff.; Bauer, Public Private Partnership, DÖV 1998, S. 91 ff. Mitunter werden jedoch auch informelle Kooperationsformen wie z.B. Abstimmungen im Einzelfall, Erfahrungs- und Informationsaustausch und Arbeitskreise zu bestimmten Fachthemen unter den Begriff der PPP eingeordnet, soweit sie zumindest einen gewissen Institutionalisierungsgrad aufweisen, vgl. Roggenkamp, Public Private Partnership, S. 48 f.; mit einem weiten, alle Kooperationsformen einbeziehenden Verständnis auch Tettinger, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

368 Sog. „Kooperationsmodell“; hierzu sowie allgemein zur Bedeutung des Gesellschaftsrechts für den Ausgleich der unterschiedlich gelagerten Motive und Interessen der Gründer einer PPP vgl. Habersack, Private Public Partnership, ZGR 1996, S. 544 ff.

369 Vgl. Steadman, Public Private Partnership, S. 12.

370 Steadman, Public Private Partnership, S. 12.

371 Badcoe, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 283.

Weil der Begriff der PPP am kooperativen, funktional aufeinander bezogenen Modus des Tätigwerdens privater und öffentlicher Akteure ansetzt, verläuft er quer zu den oben genannten am Staatsaufgabenbegriff orientierten Kategorisierungen.³⁷² Die häufigsten Erscheinungsformen, wie etwa Konzessions- und Betreibermodelle, stellen funktionale Privatisierungen dar.³⁷³ Vielfach liegt den Modellen zugleich eine private Finanzierungskomponente zugrunde, weswegen im Rahmen von *Public Private Partnerships* häufig auch die „*Public Finance Initiative*“³⁷⁴ genannt wird.³⁷⁵ Diese weist die Merkmale der oben beschriebenen Finanzierungsprivatisierung auf und ist längst über ihren ursprünglichen Anwendungsbereich – die Finanzierung von *Public Private Partnerships* – hinausgewachsen.

Zur materiellen sowie zur formellen Privatisierung dürften *Public Private Partnerships* demgegenüber in einem Exklusivitätsverhältnis stehen.³⁷⁶

Aufgrund der Verschiedenartigkeit der von PPPs umfaßten Erscheinungsformen ist der Begriff, dem der „Charme des rechtlich Unverbindlichen“³⁷⁷ anhaftet, letztlich allerdings nicht hinreichend konturiert, um einen Anknüpfungspunkt für juristische Ableitungen für die normative Strukturierung von Kooperationen zwischen dem staatlichen und dem privaten Sektor bilden zu können.³⁷⁸

372 Tettinger, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

373 Vgl. Burgi, HdbStR IV, § 75 Rn. 7; s. auch Dreher, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 247, der allerdings zusätzlich auch die Beleihung als Fall der funktionalen Privatisierung einordnet.

374 Vgl. dazu Badcoe, Public Private Partnerships, PPLR 1999, S. 285 ff.; s. auch Bonk, in: Stelkens/Bonk/Sachs [Hrsg.], VwVfG, § 54 Rn. 43 b; Greenwood/Pyper/Wilson, New Public Administration in Britain, S. 218 ff.

375 So für die Private Finance Initiative (s. Fn. 285) Steadman, Public Private Partnerships, S. 11: „*PFI [...] is the most common form of PPP utilized in the UK at the moment.*“

376 Die Fälle der materiellen Privatisierung scheiden für eine PPP aus, weil ihnen das kooperative Element zwischen öffentlicher Hand und Privaten fehlt, Dreher, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246. In welchem Verhältnis die PPP und Fälle der formalen Privatisierung zueinander stehen, hängt letztlich davon ab, ob man die Fälle staatlich dominierter, gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen als Form der formellen Privatisierung anerkennt. Hierfür spricht, daß der Einflußnahme durch die Privaten in diesen Fällen keine dominierende Stellung zukommt, dieses vielmehr immer unter dem staatlichen Letztvorbehalt steht. Dies macht sie gewissermaßen zu „verlängerten Armen“ des Staates und rechtfertigt die Zurechnung dieser Gesellschaften zur Sphäre des Staatlichen, so daß das Vorliegen einer *Public Private Partnership* zu verneinen ist. So im Ergebnis auch Dreher, Public Private Partnerships, NZBau 2002, S. 246, sowie von und zu Franckenstein, Public Private Partnership, UPR 2000, S. 289.

377 Tettinger, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764.

378 Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht, S. 77; Tettinger, Public Private Partnership, DÖV 1996, S. 764; Burgi, Funktionale Privatisierung, S. 96 f., 99. Umgekehrt bietet die Offenheit des Begriffs jedoch den Vorteil, Aufgabenteilungen auch dort betonen und beschreiben zu können, wo sie mit dem Schema aus formeller, funktionaler und materieller Privatisierung nur schwer ausgedrückt werden können, vgl. Ziekow, Verwaltungskooperationsrecht, S. 76.

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.