

Die Öffentliche Verwaltung

Zeitschrift für öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaft

DÖV

Schriftleitung:
Professor Dr. Dr. h. c.
Heinrich Siedentopf, Speyer;
Professor Dr. Karl-Peter Sommermann,
Speyer

Verlag W. Kohlhammer Stuttgart

Sonderdruck

Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung

Von Universitätsprofessor Dr. Horst Dreier, Würzburg *

Die tiefgreifenden Prozesse der Europäisierung und Privatisierung lassen auch die drei Staatsgewalten nicht unberührt, deren Aktionsradius ebenso betroffen ist wie ihre Funktionsweise. Ohne die vielschichtigen Vorgänge in unzulässiger Weise zu vereinfachen, läßt sich als vorherrschende Tendenz ein erheblicher Terraingewinn der Exekutive ausmachen, die der strikten Bindung an (nationale) gesetzliche Vorgaben ebenso entwächst wie der umfassenden Kontrolle durch die Judikative.

I. Das verfassungsstaatliche Ordnungsmodell der drei Gewalten

1. Legislative als Leitgewalt

Die drei Gewalten, von denen im Titel dieses Beitrags die Rede ist, stehen im demokratischen Verfassungsstaat mit Notwendigkeit in einem bestimmten Verhältnis zueinander. Leitgewalt ist gemäß dem Grundsatz der Volkssouveränität, wonach alle Gewalt vom Volke ausgeht, die Legislative¹. Abgesehen von Akten direkter Demokratie (die das Grundgesetz im Unterschied zu mittlerweile allen bundesdeutschen Landesverfassungen nicht vorsieht) stellt das vom Volk gewählte Parlament dasjenige Staatsorgan dar, welches durch den Willen des Wahlvolks *unmittelbar* legitimiert ist. Es verfügt von daher über einen „Legitimationsvorsprung“² gegenüber vollziehender und rechtsprechender Gewalt, deren demokratische Legitimation zwar nicht allein, aber doch in weitem Umfang eine durch das Parlament, vornehmlich wiederum durch das *Parlamentsgesetz*, vermittelte ist³.

* Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie, Staats- und Verwaltungsrecht an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg.

1 Zum Folgenden H. Dreier, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn. 76 ff., 88 ff., 109 ff. m. w. N.

2 Vgl. R. Herzog, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20/Abschn. II: Demokratie (1980) Rn. 76; E. Schmidt-Aßmann, AöR 116 (1991), S. 329 (364). Zu den tieferliegenden Gründen H. Hofmann, Legitimität und Rechtsgeltung, 1977, S. 78 ff.

3 Besonders deutlich bringt das Grundgesetz dies in Art. 97 GG zum Ausdruck („Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen“); zu Inhalt und Reichweite dieser Bestimmung H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 97 Rn. 19 ff.

Das Parlament sieht sich im Unterschied zur konstitutionellen Epoche in die Mitte institutionalisierter Staatlichkeit gestellt; es bildet das Gravitationszentrum des demokratischen Verfassungsstaates⁴. Mittelpunkt der staatlichen Legitimations- und Wirkungszusammenhänge ist das Parlament vor allem als Gesetzgebungsorgan. Die zentrale Bedeutung des Gesetzes speist sich dabei aus zwei unterschiedlichen, aber im Verfassungsstaat untrennbar miteinander verflochtenen Wurzeln: der rechtsstaatlichen und der demokratischen⁵. Dogmatische Konsequenzen sind die fest etablierten Figuren der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung mit ihren Unterprinzipien des Vorrangs und des Vorbehalts des Gesetzes⁶ sowie die in den letzten Jahrzehnten maßgeblich vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Wesentlichkeitstheorie⁷, die den parlamentarischen Gesetzgeber selbst in die Verantwortung nimmt und ihn daran hindert, sich dieser durch Delegation an die Verwaltung zu begeben. Somit ist die Legislative die zentrale und wesentliche Steuerungsinstanz, das Gesetz das vorzügliche Medium zur Ordnung der Gesellschaft

4 Das ist oft und breit dargestellt worden: vgl. H. Steiger, Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungssystems, 1973, S. 15 ff.; S. Magiera, Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes, 1979, S. 159 ff.; W. Mößle, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 132 ff.; H. Hofmann, Verfassungsrechtliche Sicherungen der parlamentarischen Demokratie – Zur Garantie des institutionellen Willensbildungs- und Entscheidungsprozesses (1986), in: *ders.*, Verfassungsrechtliche Perspektiven, 1995, S. 129 ff.; M. Morlok, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 38 Rn. 27 ff.

5 Diese Doppelung ist nicht zu verwechseln mit der fragwürdigen Rede von den „zwei Quellen der Legitimation des Staates“, wie sie zuweilen begegnet; so etwa bei C. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1987, § 29 Rn. 1 ff.

6 J. Pietzcker, JuS 1979, S. 710 ff.; C. Gusy, JuS 1983, S. 189 ff.; F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 62; M. Wehr, JuS 1997, S. 231 ff., 419 ff.; G. F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, 2000, S. 471 ff.

7 BVerfGE 49, 89 (126); 61, 260 (275); 88, 103 (116); BVerwGE 65, 323 (325); dazu aus der Fülle der Literatur Ossenbühl, Vorrang (Anm. 6), § 62 Rn. 22 ff.; H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 20 (Rechtsstaat) Rn. 103 ff.

im allgemeinen sowie zur Steuerung der Verwaltung im besonderen⁸.

2. Exekutive als Vollzugsinstrument

Diese Verwaltung ist nun ebenfalls kein beliebig organisierbarer oder nach reinen Zweckgesichtspunkten zu etablierender Apparat oder bloße Summe von Behörden oder Ämtern. Vielmehr ist es gerade der demokratische Gedanke, der nach strikter Determination des Verwaltungshandelns verlangt, also nach Durchsetzung des legalen Willens mit Hilfe eines auf Gehorsam verpflichteten bürokratischen Verwaltungsstabes⁹. Nicht trotz, sondern wegen der demokratischen Prozedur der Gesetzeserzeugung muß es beim prinzipiellen Ausschluß eigenständiger Willensbildung auf der Vollzugsebene bleiben. Der Verwaltung eignet demgemäß auch im demokratischen Verfassungsstaat nicht anders als im absolutistischen Fürstenstaat¹⁰ der Charakter einer dienenden Größe, eines Instruments zur Durchführung eines vorgegebenen, übergeordneten Willens: früher der autokratische des Souveräns, heute der demokratische des Parlaments. Zur Realisierung und getreuen Umsetzung dieses Willens wurde und wird die Verwaltung tunlichst in hierarchisch-bürokratischer Weise organisiert, mit strenger Über-/Unterordnung der Instanzen, mit Weisungsrechten und Durchgriffsmöglichkeiten. Fremdsteuerung und nicht Selbstprogrammierung lautet demgemäß das Lebensgesetz der Verwaltung¹¹. Im parlamentarischen Regierungssystem erfährt dieser zentrale Gedanke der Fremdsteuerung eine zusätzliche Absicherung und organisatorische Ausprägung dadurch, daß die Kontrolle der Exekutive durch das Parlament sich auch auf

die Anwendung und Durchführung der Gesetze durch die Verwaltung erstreckt, dies aber nur vermittelt über den zuständigen Ressortminister geschieht, der die parlamentarische Verantwortung trägt. Zur Rechenschaft gezogen werden kann dieser aber nur, wenn er seinerseits in der Lage ist, regulierend und dirigierend auf seinen Geschäftsbereich nebst organisatorischem Unterbau einzuwirken, was wiederum dessen hierarchische Strukturierung voraussetzt¹². Der funktionale Gesamtzusammenhang zwischen der prinzipiellen Abhängigkeit der Regierung vom Parlament, dem Institut parlamentarischer Kontrolle und der Verantwortlichkeit der Minister für die in ihr Ressort fallende Verwaltungstätigkeit zwingt also zum Aufbau von Leitungshierarchien. Die Verwaltungshierarchie und mit ihr die Weisungsgebundenheit und die Gehorsampflicht der Amtswalter sind zugleich Folge und Funktionsbedingung parlamentarischer Demokratie.

3. Judikative als Kontrollinstanz

Der Gerichtsbarkeit, vorzüglich natürlich der Verwaltungsgerichtsbarkeit, kommt als dritter Gewalt in diesem Modell im wesentlichen die Aufgabe (nachträglicher) Rechtskontrolle zu, die die Tätigkeit der Verwaltung auf ihre Gesetzmäßigkeit und – was als Sonderproblem hier vernachlässigt werden soll – auch auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin überprüft. Dies geschieht im Namen subjektiven Rechtsschutzes¹³ und daher unter der Voraussetzung der Beeinträchtigung subjektiver Rechte. Unter der Herrschaft des Art. 19 Abs. 4 GG und diesbezüglicher Judikatur des Bundesverfassungsgerichts¹⁴ hat sich hierzu in der bundesdeutschen Praxis als Leitlinie eine recht umfassende Kontrolle mit vergleichsweise hoher „Kontrolldichte“ herausgebildet¹⁵. Für unbestimmte Rechtsbegriffe auf der Tatbestandsseite¹⁶ sind prinzipiell keine eigenständigen Interpretations- oder Konkretisie-

8 Zu diesen Funktionen des Gesetzes im Überblick *H. Dreier*, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 159 ff.; eingehend nun *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 455 ff.

9 Zu den nachfolgenden Aussagen findet sich eine ausführlichere Herleitung und Begründung bei *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (Anm. 8), S. 108 ff., 121 ff., 129 ff., 141 ff. – Beobachtungen zu bislang nicht mit gebührender Intensität wahrgenommenen Erscheinungsformen einer „Kollegialverwaltung“ (vgl. *T. Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999) stehen dem nicht entgegen, sofern sie sich auf die Frage beziehen, ob auf der Vollzugsebene monokratische oder kollegiale Entscheidungsträger agieren. Im Verhältnis von Gesetzgeber und (monokratisch oder kollegial organisierter) Verwaltung bleibt es aber unverrückbar beim Befund einer grundgesetzlich prinzipiell gebotenen hierarchischen Struktur, die durchaus vielfältige Ausnahmen kennt und zuläßt (auch dazu *Dreier*, Hierarchische Verwaltung [Anm. 8], S. 211 ff.).

10 Dort war das „Maschinenmodell“ dominant. Grundlegend *B. Stollberg-Rilinger*, Der Staat als Maschine, 1986, insbes. S. 62 ff.; Zusammenfassung und weitere Nachweise bei *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (Anm. 8), S. 42 ff.

11 Das ist in nachgerade klassischer Weise zum Ausdruck gebracht bei den Vertretern der „Wiener Rechtstheoretischen Schule“, nämlich *Hans Kelsen* und – vor allem – *Adolf Merkl*. Vgl. nur *H. Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929, S. 69 ff.; *A. Merkl*, Demokratie und Verwaltung, 1923; *ders.*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 6 ff. – Daß in der Praxis des (heutigen) Verwaltungsvollzugs und aufgrund vielfältiger Möglichkeiten zur Selbststeuerung von der Modellvorstellung Abstriche gemacht werden müssen, ist natürlich unbestreitbar; vgl. *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (Anm. 8), S. 174 ff., 195 ff.; ausführlich und theoretisch sehr ambitioniert nun *H. Rossen*, Vollzug und Verhandlung. Die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs, 1999, etwa S. 16 ff., 89 ff. und öfter.

12 Näher zu diesem Zusammenhang zwischen parlamentarischer Verantwortung und hierarchischer Verwaltungsstruktur *H. Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: *U. Neumann/L. Schulz* (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral (= ARSP-Beiheft Nr. 74), 2000, S. 9 ff. (18 ff.).

13 Zu dessen zentraler Bedeutung besonders im deutschen Recht(sverständnis) *H.-U. Erichsen*, Das Verwaltungshandeln, in: *ders.* (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 11 Rn. 30 ff.; *E. Schmidt-Aßmann*, in: *F. Schoch/E. Schmidt-Aßmann/R. Pietzner* (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, Einleitung (1996), Rn. 18 ff.; *F. Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl. 2000, § 14 Rn. 70. – Siehe noch *H. Bauer*, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, insbes. S. 69 ff.

14 Klar herausgestellt bei *H. Schulze-Fielitz*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 19 IV Rn. 87 ff.; zusammenfassend *M. Ibler*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 167 ff.

15 Frühe Analyse bei *K. Redeker*, DÖV 1971, S. 757 ff.; monographisch *M. Geurts*, Verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte, 1999; rechtsvergleichend *J. A. Frowein* (Hrsg.), Die Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung, 1993.

16 Zu dieser in Deutschland traditionell dominierenden Unterscheidung zwischen Beurteilungsspielräumen (zumeist bei unbestimmten Rechtsbegriffen) auf der Tatbestandsseite und Ermessensbegriffen auf der Rechtsfolgenseite jetzt um- und zusammenfassend *E. Pache*, Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung, 2001, S. 11 ff., 20 ff., 33 ff., 57 ff., 120 ff.

nungsspielräume anerkannt, weil die Verwaltung sonst in die Lage versetzt würde, sich die Voraussetzungen für ihr Tätigwerden selbst zu schaffen¹⁷. Und auch bei den Ermessensbegriffen auf der Rechtsfolgenseite¹⁸ werden in aller Regel strenge Maßstäbe mit der Tendenz zur „Kontrollmaximierung“¹⁹ angelegt.

II. Grenzen und Einschränkungen des Modells

Selbstverständlich wurde und wird dieses klare und in sich geschlossene Modell legislatorischer Programmsteuerung niemals vollständig und gewissermaßen in Reinkultur realisiert – schon gar nicht im modernen, aufgabenintensiven „Interventionsstaat“²⁰. Diese Feststellung ist ihrerseits alles andere als neu. Schon seit jeher war klar, daß der Gesetzgeber sich ungeachtet seines Primats wegen der Vielzahl der Lebenssachverhalte häufig mit unbestimmten Regelungen begnügen muß, deren Umsetzung und nähere Bestimmung Sache der Verwaltungsbehörden und Gerichte ist²¹. Und ganz unabhängig von Generalklauseln und anderen unbestimmten Rechts- oder Ermessensvorschriften ist der methodologische Grundtatbestand bekannt, daß jegliche Anwendung einer Rechtsnorm unhintergebar dem Normanwender einen eigenen Handlungsanteil in Gestalt seiner konkretisierenden Entscheidung überantwortet.

Die Verwaltung, die zweite Größe, ist ebenso unbestreitbar nicht ausschließlich als bürokratisch-hierarchischer Apparat nach Art der Ministerialverwaltung konzipiert. Klassische Formen sog. mittelbarer Staatsverwaltung²² wie kommunale oder funktionale Selbstverwaltung lockern das Bild schon beträchtlich auf²³; hinzu treten vielfältige weitere Formen der Verselbständigung von Verwaltungseinheiten²⁴. Auch wissen wir, daß der Ver-

waltung zwar der staatsrechtlichen Doktrin gemäß kein eigenständiges, also gesetzlich unabgeleitetes Verwaltungsrecht zusteht²⁵, sie jedoch mit dem Mittel der Verwaltungsvorschriften in nicht unerheblichem Umfang über die Fähigkeit zur Selbstprogrammierung verfügt²⁶. Und das breite Feld des privatrechtsförmigen Verwaltungshandelns (Stichwort: Verwaltungsprivatrecht)²⁷ bietet ihr zusätzliche Handlungsfreiheiten, die nicht dem Bild einer strikt gebundenen und weisungsabhängigen Apparatur entsprechen²⁸.

Schließlich bedarf keiner langen Worte, daß die dritte Gewalt im allgemeinen, die Verwaltungsgerichtsbarkeit im besonderen ihre Kontrolldichte gegenüber Verwaltungsentscheidungen in einer Reihe von durchaus nicht unumstrittenen Fällen zurücknehmen muß²⁹. Mit den – de lege lata freilich geringen – Möglichkeiten von Verbands- und Popularklage³⁰ dringen schließlich andere als rein subjektiv-rechtliche Rechtsschutzoptionen in das System ein.

mann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, S. 223 ff.

17 Zu weiteren Argumenten siehe *H. Schulze-Fielitz*, JZ 1993, S. 772 (776, 777 f.). – Instruktiver Überblick zum Streitstand bei *H. Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2000, § 7 Rn. 27 ff.

18 Dazu im Überblick *Maurer*, Verwaltungsrecht (Anm. 17), § 7 Rn. 7 ff.; vertiefend *Pache*, Tatbestandliche Abwägung (Anm. 16), S. 24 ff.

19 So – scharf und treffend – *E. Franßen*, DVBl. 1998, S. 413 (417). Zu Mißverständnissen im Kontrolldichte-Streit Hinweise bei *Ibler*, Rechtsschutz (Anm. 14), S. 187 ff.

20 Zu dessen Durchsetzung im Bismarckreich *M. Stolleis*, Die Entstehung des Interventionsstaates und das öffentliche Recht (1989), in: *ders.*, Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert, 2001, S. 253 ff.

21 Zu diesem und zum nächsten Punkt näher *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (Anm. 8), S. 164 ff.

22 So etwa die nicht unproblematische Terminologie bei *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl. 1966, S. 437 ff.; kritisch *Maurer*, Verwaltungsrecht (Anm. 17), § 23 Rn. 1 a.E.

23 Einen wertvollen und nahezu umfassenden Überblick bietet nach wie vor *A. v. Mutius* (Hrsg.), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft. Festgabe zum 70. Geburtstag von Georg Christoph von Unruh, 1983. Die Literatur zur kommunalen Selbstverwaltung ist mittlerweile unübersehbar geworden. Zur funktionalen Selbstverwaltung siehe etwa *W. Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997; komprimierter Überblick zu solchen „Formen der Selbststeuerung“ bei *Groß*, Kollegialprinzip (Anm. 9), S. 130 ff.

24 *F. Wagener* (Hrsg.), Verselbständigung von Verwaltungsträgern, 1976; *G.F. Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981; *Dreier*, Hierarchische Verwaltung (Anm. 8), S. 228 ff.; *E. Schmidt-Aß-*

mann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs-idee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998, S. 223 ff.

25 Das ist jedenfalls die nach wie vor ganz herrschende Meinung: *H. J. Wolff/O. Bachoff/R. Stober*, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 10. Aufl. 1994, § 25 Rn. 31 f.; *H. Bauer*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 80 Rn. 18; *Maurer*, Verwaltungsrecht (Anm. 17), § 13 Rn. 6; *A. v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, 2000, S. 286 ff.; kritisch *F. Ossenbühl*, Autonome Rechtsetzung der Verwaltung, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch III (Anm. 6), § 65 Rn. 12 f. – Vgl. noch *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 258 f.; zusammenfassend jüngst *A. Uhle*, ZG 16 (2001), S. 328 ff.

26 Das ist oft beobachtet worden; vgl. nur *W. Krebs*, VerwArch. 70 (1979), S. 259 ff.; *Ossenbühl*, Rechtsetzung (Anm. 25), § 65 Rn. 35 ff.; *M. Jachmann*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 17 ff.; *v. Bogdandy*, Rechtsetzung (Anm. 25), S. 449 ff.; vgl. zusammenfassend *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 258 ff.

27 Hierzu im Überblick *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht (Anm. 24), S. 228 ff., 245 ff.; speziell zu Fragen der Grundrechtsbindung *H. Dreier*, in: *ders.* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. I, 1996, Art. 1 III Rn. 48 ff. (beide m. w. N.).

28 Speziell zum Vergaberecht, das sich freilich in letzter Zeit stärker zu verrechtlichen beginnt, siehe *J. Pietzcker*, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns. Recht und Praxis der Beschaffungsverträge in den Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland, 1978; *ders.*, Das Vergaberechtsänderungsgesetz: europarechtliche Grundlagen, wesentliche Änderungen und offene Fragen, 1999; *ders.*, Die Zweiteilung des Vergaberechts: subjektive Rechte – Rechtsschutz – Reform, 2001; *M. Wallerath*, Öffentliche Bedarfsdeckung und Verfassungsrecht: Beschaffung und Leistungserstellung im Staat der Gegenwart, 1988; *J. Schwarze* (Hrsg.), Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 2001; kürzlich der Überblick bei *E. Pache*, DVBl. 2001, S. 1781 ff.

29 Knappe systematische Übersicht bei *Schulze-Fielitz* (Anm. 14), Art. 19 IV Rn. 88 ff.; eingehend *Pache*, Tatbestandliche Abwägung (Anm. 16), S. 120 ff.

30 Bis zum Spätherbst 2001 existierte außer dem landesrechtlichen Sonderfall der Popularklage nach Art. 98 S. 4 BayVerf. lediglich die nur in einzelnen Bundesländern vorgesehene Klagebefugnis der anerkannten Naturschutzverbände i. S. v. § 29 BNatSchG a. F. (dazu Einzelnachweise bei *Hufen*, Verwaltungsprozeßrecht [Anm. 13], § 14 Rn. 123). Die Novelle sieht nunmehr ein weiter gehendes Klagerecht von Naturschutzvereinen vor (§ 61 Abs. 1 BNatSchG n. F.; dazu im Vorfeld kritisch *D. Wehrich*, ZUR 2001, S. 387 ff. [391 f.]). – Aus der älteren Literatur: *H. Faber*, Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß, 1972; *F. Weyreuther*, Verwaltungskontrolle durch Verbände?, 1975; jüngeren Datums *L. Harings*, NVwZ 1997, S. 538 ff.; *R. Wolf*, ZUR 1994, S. 1 ff.

All diese Einschränkungen und Modifikationen des eingangs skizzierten verfassungsstaatlichen Grundmodells sind mittlerweile, nach einer zumeist schon Jahrzehnte währenden Diskussion, so etwas wie „Klassiker“ geworden. Damit soll zwar nicht gesagt sein, daß sie durchgängig einer über jeden Zweifel erhabenen Lösung zugeführt wären. Aber eine gewisse Konsolidierung scheint doch eingetreten. So gilt die folgende Problemskizze nicht primär diesen bekannten und oftmals traktierten Phänomenen, sondern nimmt stärker zwei jüngere Entwicklungsprozesse in den Blick, deren Auswirkungen auf das verfassungsstaatliche Grundmodell von Verwaltung bereits erheblich sind und in Zukunft noch steigen dürften. Diesen neueren „Groß-Trends“ ist zudem eigentümlich, daß sie nicht auf die Bundesrepublik Deutschland beschränkt sind, obwohl die Betrachtung ausschließlich auf diese gerichtet wird. Die Rede ist – natürlich – zum einen vom Prozeß der Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, zum anderen vom Prozeß der Privatisierung staatlichen Handelns, wobei Privatisierung hier in einem recht weiten Sinne verstanden werden soll. Zum Teil gravierende Auswirkungen dieser beiden Entwicklungsprozesse zeigen sich auf allen drei genannten Ebenen: der Steuerungsebene des Gesetz- oder Normgebers, der Vollzugebene der Verwaltung und der Kontrollebene der Gerichtsbarkeit.

III. Veränderungen auf der Ebene der Gesetzgebung

1. Europäisierung

Dem skizzierten Idealmodell zufolge ist es der demokratisch legitimierte Gesetzgeber, der die entscheidenden Vorgaben für die Verwaltung liefert. Doch zunehmend tritt neben den nationalen Gesetzgeber ein weiterer Normgeber: die Europäische Gemeinschaft. Genauer gesagt etabliert sich diese Normsetzungsinstanz nicht neben, sondern aufgrund des postulierten und weithin akzeptierten Vorrangs des Gemeinschaftsrechts³¹ über dem nationalen Gesetzgeber.

Das provoziert zunächst die Frage, wer eigentlich als ‚Gesetzgeber‘ auf der supranationalen Ebene anzusprechen ist. Diese Frage ist gar nicht so leicht zu beantworten³². Nur eines ist sicher: das Europäische Parlament ist es nicht. Denn es nennt sich zwar so, ist aber noch keines, jedenfalls keines im Vollsinn. Als Parlament im Vollsinn kann man nur eine Repräsentativkörperschaft ansprechen, die zum einen über ein unbeschränktes Gesetzesinitiativrecht verfügt³³, was beim Europäischen Parlament nicht der Fall ist. Als Parlament im Vollsinn

kann man zweitens nur eine Repräsentativkörperschaft ansprechen, die nach einem einheitlichen Wahlrecht gekürt wird, wovon nach wie vor keine Rede sein kann³⁴. Als Parlament im Vollsinn kann man schließlich drittens nur eine Repräsentativkörperschaft ansprechen, die über ein uneingeschränktes Budgetrecht verfügt³⁵, was ebenfalls nicht der Fall ist³⁶. Dem Europäischen Parlament stehen im wesentlichen Vetopositionen zu³⁷, d. h., es kann – ähnlich wie die deutschen Landtage im Vormärz – ‚negative‘ Politik betreiben. Das tatsächliche Hauptrechtsetzungsorgan ist der Ministerrat als Beschlußorgan³⁸, der freilich nur tätig werden kann, wenn die Kommission initiativ geworden ist, die insofern nach wie vor und ungeachtet kleinerer Einschränkungen³⁹ über ein derartiges Initiativmonopol verfügt; Ministerrat und Kommission sind nach wie vor die „zentralen Organe“⁴⁰ der Union.

31 Dazu ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen *I. Pernice*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. II, 1998, Art. 23 Rn. 26 ff.; ferner *T. v. Danwitz*, *Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration*, 1996, S. 109 ff.; Ausgangspunkt in der Judikatur war die Entscheidung EuGH, Slg. 1964, S. 1251 (1270 f.) – *Costa*.

32 Überraschend die Antwort von *C. Schütz*, *Wer ist der Gesetzgeber der Europäischen Union?*, in: *M. Demel u. a.* (Hrsg.), *Funktionen und Kontrolle der Gewalten*, 2000, S. 19 ff. (20): „eigentlicher Gesetzgeber der Union [ist] die Gesamtheit der Mitgliedstaaten“. Ganz so unspezifisch pflegen Kompetenzfragen eigentlich nicht beantwortet zu werden.

33 Ausführlich zur parlamentarischen Gesetzesinitiative *K. v. Beyme*, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, 1997, S. 176 ff.

34 Zum aktuellen Stand der Vielfalt an Wahlregelungen etwa *F. Emmert*, *Europarecht*, 1996, § 9 Rn. 28 ff.; *M. Hovehne*, *Ein demokratisches Verfahren für die Wahl zum Europäischen Parlament*, 1999, S. 163 ff., 224 ff. – Zur Gemeinschaftsrechtswidrigkeit dieses Zustands *C. Lenz*, *Ein einheitliches Verfahren für die Wahl des Europäischen Parlaments – Unverwirklichte Vorgabe der Gemeinschaftsverträge*, 1995, S. 43 ff. – Der ponderierte Verteilungsschlüssel für die nationalen Sitzkontingente führt zu groben Verzerrungen der Relation von einzeitigem Abgeordneten und der Zahl der von ihm repräsentierten Bürger; das Parlament weist eben noch deutliche Spuren einer Staaten-, weniger einer echten Volksvertretung auf.

35 Nichts zeigt dies besser als die Geschichte des Kampfes um das Budgetrecht in Deutschland; vgl. *H. Dreier*, *Der Kampf um das Budgetrecht als Kampf um die staatliche Steuerherrschaft – Zur Entwicklung des modernen Haushaltsrechts*, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998, S. 59 ff.

36 Dem Europäischen Parlament steht ein Recht zur Globalablehnung zu (Art. 272 Abs. 8 EGV), das aber auf die gleich anzusprechenden Vetopositionen hinausläuft, positive Rechtsgestaltung gerade nicht zuläßt.

37 Das betrifft etwa das Verfahren der Mitentscheidung gem. Art. 251 EGV (anwendbar z. B. gem. Art. 18 Abs. 2, 40 EGV auf Vorschriften zur Freizügigkeit, gem. Art. 47 Abs. 1 EGV auf Zeugnisanerkennung, gem. Art. 95 EGV auf Maßnahmen zur Angleichung von binnenmarktbezogenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften), die Mitwirkung im Haushaltsbereich gem. Art. 272 Abs. 3 bis 9 EGV sowie die einzelnen Zustimmungserfordernisse gem. Art. 7 Abs. 1 und 5 EGV (Sanktionen), Art. 49 EGV (Aufnahme neuer Mitglieder), Art. 214 Abs. 3 EGV (Kommissionsbestellung), Art. 300 Abs. 3 EGV (Änderung mitentscheidungspflichtiger Rechtsakte); weitere Beispiele bei *R. Streinz*, *Europarecht*, 5. Aufl. 2001, Rn. 323; ausführlich zu Mitentscheidungs- und Zustimmungsverfahren jüngst *R. Giebenrath*, *Das Mitentscheidungsverfahren des Artikels 251 (ex-189 b) EG-Vertrag zwischen Maastricht und Amsterdam*, 2000, S. 57 ff., 70 ff., 305 ff.

38 *Streinz*, *Europarecht* (Anm. 37), Rn. 438, spricht bezüglich des Ministerrates explizit vom „Hauptgesetzgeber“. Zu Umfang und Gewicht des Rates etwa *P. M. Huber*, *Recht der Europäischen Integration*, 1996, § 13 Rn. 1 ff.; *G. Lübke-Wolff*, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), S. 246 ff. (255 ff.) m. w. N.

39 Abweichungen vom Kommissionsvorschlag kann der Rat mit einstimmigem Votum beschließen (Art. 250 EGV); Parlament und Rat können die Kommission auffordern, geeignete Vorschläge zu unterbreiten (Art. 192 Abs. 2, 208 EGV), und damit immerhin ein Tätigwerden erzwingen, nicht aber eine bestimmte Gestaltung; vgl. *Huber*, *Recht* (Anm. 38), § 15 Rn. 9 ff.; *Giebenrath*, *Mitentscheidungsverfahren* (Anm. 37), S. 100 ff.

40 So *M. R. Lepsius*, *Die Europäische Union als rechtlich konstituierte Verhaltensstrukturierung*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), *Rechtssoziologie am Ende des 20. Jahrhunderts*, 2000, S. 289 ff. (292).

Aus der Sicht der nationalen, mitgliedstaatlichen Verwaltung bedeutet – ganz unabhängig von der Frage der Parlamentsqualität des Europäischen Parlaments – die intensive Normsetzung auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaft vor allem, daß es nun zwei Steuerungszentren gibt, deren Koordination durch keine dritte Stelle gesichert ist. Kritisch und überspitzt hat man davon gesprochen, daß sich angesichts dieser Situation das nationale Gesetz „von einem zuverlässigen Steuerungsinstrument für das Verwaltungshandeln mehr und mehr zu einem Zufallsgenerator wandelt“⁴¹.

Erschwerend für unser skizziertes Idealmodell kommt hinzu, daß die beiden zentralen Steuerungsinstanzen reine Exekutivorgane sind. Der Ministerrat besteht aus Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten, die Kommission aus Mitgliedern, die von den Regierungen der Mitgliedstaaten in gegenseitigem Einvernehmen ernannt werden. Die Exekutivlastigkeit der Rechtsetzung auf europäischer Ebene⁴² ist ohnehin das zentrale und eigentliche Problem. Hier steuern supranationale Exekutiven, vor allem die „transnationale Fusionsbürokratie“⁴³ der Kommission, die nationalstaatlichen Exekutiven. Der nationalstaatliche Gesetzgeber, dem demokratisch-verfassungsstaatlichen Modell gemäß im Zentrum stehend, wird zu einer peripheren Größe, ohne daß ein anderer, etwa auf gesamteuropäischer Ebene in vergleichbarer Weise demokratisch legitimierter Normgeber an seine Stelle träte⁴⁴. Nur am Rande angemerkt sei, daß sich im übrigen Vergleichbares – freilich weitaus weniger intensiv wahrgenommen als die Supranationalisierung – auf der internationalen Ebene abspielt, wo namentlich die WTO zunehmend direkt in die nationalen Rechtskreise eingreift, ohne daß hier hinlänglich demokratische Legitimations- oder Vermittlungsstrukturen erkennbar wären⁴⁵.

41 P. M. Huber, StWStP 8 (1997), S. 423 (444).

42 Vgl. H. Hofmann, StWStP 6 (1995), S. 155 (166 f.); E.-W. Böckenförde, Welchen Weg geht Europa?, 1997, S. 17, 38. Diese Exekutivlastigkeit zeigt sich zum einen an der Schwäche der Legislative auf Unionsebene, zum anderen an der starken Position, über die die Regierungen der Mitgliedstaaten (und nicht die nationalen Parlamente) bei den vielen Akten und Formen der Mitwirkung verfügen; vgl. Josef H. H. Weiler, The State „über alles“. Demos, Telos and the German Maastricht Decision, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, 1995, S. 1651 ff. (1665): „Community and Union governance pervert the balance ... The member state executive branch, government ministers, are reconstituted in the Community as the principle legislative organ ... The European Parliament does not offer an effective substitution.“

43 So der treffende Ausdruck von M. Bach, Zeitschrift für Soziologie 21 (1992), S. 16 (21); siehe auch M. R. Lepsius, Modernisierungspolitik als Institutionenbildung: Kriterien institutioneller Differenzierung (1977), in: ders., Interessen, Ideen und Institutionen, 1990, S. 53 ff. Eingehend nunmehr M. Bach, Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa, 1999, S. 60 ff.

44 Vgl. v. Bogdandy, Rechtsetzung (Anm. 25), S. 491: „Ausprägung der hegemonialen Stellung der Gubernative“; H.-G. Kamann, Die Mitwirkung der Parlamente der Mitgliedstaaten an der europäischen Gesetzgebung, 1997, S. 204 ff. (333). Weitere Hinweise zum supranationalen Demokratiedefizit bei Dreier (Anm. 1), Art. 20 (Demokratie) Rn. 37 ff.; optimistischere Einschätzung bei Pernice (Anm. 31), Art. 23 Rn. 51 ff.

45 Die Problematik behandelt aufschlußreich M. Hilf, New Economy – New Democracy? Zur demokratischen Struktur der WTO, in: Festschrift für Thomas Oppermann, 2001, S. 427 ff. (mit der Forderung nach Konstitutionalisierung der

2. Privatisierung

Welche Folgen hat nun die Privatisierung, der zweite große Entwicklungsprozeß, für die Steuerungsebene der Gesetzgebung⁴⁶? Versteht man Privatisierung im Sinne von Aufgabenprivatisierung oder materieller Privatisierung⁴⁷, so ist damit die (vollständige) Entlassung einer bisher vom Staat wahrgenommenen Aufgabe aus der staatlichen Verantwortung und ihre Überlassung an Kräfte der Gesellschaft und des Marktes gemeint. Rückzug des Staates meint insofern, daß an seine Stelle der Markt tritt. Ein derartiger Rückzug ist verfassungsrechtlich und staatsrechtlich insofern unproblematisch, als wir in Ermangelung einer tragfähigen materialen Staatsaufgabenlehre⁴⁸ den Kreis der vom Staat zu erfüllenden Aufgaben nicht exakt zu bestimmen vermögen und von daher ein Rückzug des Staates *a priori* weder als Verstoß gegen Verfassungsprinzipien noch gegen Grundrechte, sondern möglicherweise als begrüßenswerte politische Entscheidung zur Konzentration der staatlichen Kräfte und zur Eröffnung von Freiheitsräumen für den Wirtschaftsbürger zu werten ist⁴⁹.

Wenn hier gleichwohl auch auf der Steuerungsebene von Problemen der Privatisierung die Rede ist, dann im ange deuteten weiteren Sinne. Konkret sind hier gemeint die Formen expliziter oder impliziter Delegation von Normsetzungsaufgaben auf Private⁵⁰. Die bekannten

internationalen Wirtschaftsbeziehungen, zusätzlichen Elementen demokratischer Legitimation, Transparenzgewährleistung und Beteiligung nationalstaatlicher Parlamentarier; siehe auch die knappen Hinweise bei R. Schmidt, VerwArch. 91 (2000), S. 149 (163 f.).

46 Einen breiten Überblick über die vielfältigen Formen privater Rechtsetzung bietet die Habilitationsschrift von F. Kirchhof, Private Rechtsetzung, 1987. – Der folgende Text konzentriert sich auf das besonders wichtige Kapitel der Normsetzung im Technikrecht.

47 Zu diesen und weiteren Differenzierungen des häufig pauschal verwandten Terminus „Privatisierung“ siehe nur F. Schoch, DVBl. 1994, S. 962 ff.; H. Bauer, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1995), S. 243 ff. (251 ff.); G. F. Schuppert, DÖV 1995, S. 761 (766 f.); U. Di Fabio, JZ 1999, S. 585 (585 ff.); M. Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 71 ff.; jüngst ausführlich C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 107 ff.; J. A. Kämmerer, Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001, S. 22 ff. (beide m. w. N.).

48 P. Kirchhof, Mittel staatlichen Handelns, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch III (Anm. 6), § 59 Rn. 17; H. Schulze-Fielitz, Staatsaufgabenentwicklung und Verfassung, in: D. Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 11 ff.; D. Grimm, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders. (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994, S. 613 ff.; Burgi, Funktionale Privatisierung (Anm. 47), S. 20 ff., 41 ff.; Gramm, Privatisierung (Anm. 47), S. 20 ff., 40 ff., 190 ff.

49 Zur Ambivalenz einer (zu) weitgehenden Ökonomisierung aber mit Recht M. Wallerath, JZ 2001, S. 209 ff.; warnende Worte bei aller grundsätzlichen Offenheit für neue Entwicklungen und Orientierungen auch bei Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht (Anm. 24), S. 24; desgleichen F. Schoch, VBIBW 2000, S. 41 (42).

50 Grundlegend P. Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979; später ders., Europäische Normung und Umweltrecht, in: Festschrift für Gerhard Feldhaus, 1999, S. 387 ff. (399 ff.); E. Denninger, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt- und Technikrecht, 1990; P. M. Mohr, Technische Normen und freier Warenverkehr in der EWG, 1990, S. 39 ff. – Überblick bei H. Hofmann, Technik und Umwelt, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.),

Stichworte lauten: Regelwerke Privater, sachverständige Beratung des Staates, Konkretisierung technischer Standards im Recht sowie als wohl jüngster Schlüsselbegriff die „regulierte Selbstregulierung“⁵¹.

Wegen der rasanten technologischen Entwicklung und der Vielfalt der Probleme ist klar, daß der parlamentarische Gesetzgeber hier nicht auf allen Feldern selbst Standards fixieren und Grenzwerte setzen kann. Doch wenn letztlich den privaten Normungsverbänden und sachverständigen Gremien die entsprechende Bestimmungsmacht überantwortet wird, hat dies schwerwiegende Einbußen der demokratischen Legitimation des staatlichen Handelns zur Folge, das sich per Rezeption oder Verweis auf diese Vorgaben stützt. Damit verlagert sich die Festlegung der Schutzstandards auf Bereiche außerhalb der staatlichen Rechtsetzung⁵², ohne daß damit ihre Bedeutung geringer würde. Mit ernstem Spott hat man insofern von einer Art „umgekehrter Wesentlichkeitstheorie“⁵³ gesprochen, die namentlich im Technik- und Umweltrecht Platz greift: Hier steht das Wesentliche nicht im Gesetz, sondern in Verwaltungsvorschriften oder privaten technischen Regelwerken, während sich das parlamentarische Gesetz mit Blankett- und Verweisungsnormen begnügt. Kompensierbar dürften diese Defizite an demokratischer Legitimation und „legislatorischer Programmsteuerung“⁵⁴ nur durch Verfahrens- und Organisationsnormen sein, die vor allem eine ausgewogene, repräsentative Zusammensetzung der entsprechenden Beschlußgremien zu gewährleisten haben⁵⁵.

Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994, § 21 Rn. 9 ff.; A. Roßnagel, in: R. Graf v. Westphalen (Hrsg.), Parlamentslehre, 1993, S. 431 ff., 454 ff. – Zum Problem der verminderten Steuerungsfähigkeit des Parlamentsgesetzes siehe D. Murswiek, Dynamik der Technik und Anpassung des Rechts: Kreislaufgesetzgebung, in: Festschrift für Martin Kriele, 1997, S. 651 ff. (669 ff.). Zur praktischen Bedeutung privater technischer Normierungen als Harmonisierungsinstrument vgl. Mohr, Technische Normen (s. o.), S. 69 ff.; N. Anselmann, Technische Vorschriften und Normen in Europa. Harmonisierung und gegenseitige Anerkennung, 1991, S. 25 ff.; R. Rönck, Technische Normen als Gestaltungsmittel des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1995, S. 21 ff.

- 51 Dazu die instruktive Übersicht bei W. Brohm, Sachverständige Beratung des Staates, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch II (Anm. 5), § 36; siehe noch B.-O. Bryde, Zentrale Wirtschaftspolitische Beratungsgremien in der Parlamentarischen Verfassungsordnung, 1972, S. 41 ff.; U. Di Fabio, VerwArch. 81 (1990), S. 193 ff., sowie die oben Anm. 50 Zitierten; jüngeren Datums darunter Rönck, Technische Normen (Anm. 50), S. 21 ff.; Marburger, Europäische Normung (Anm. 50), S. 387 ff. – Speziell zum Konzept der regulierten Selbstregulierung A. Voßkuhle, „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Festgabe für Hoffmann-Riem (= Die Verwaltung, Beiheft 4), 2001, S. 197 ff.
- 52 F. Ossenbühl, Die Not des Gesetzgebers im naturwissenschaftlich-technischen Zeitalter (= Nordrhein-Westfälische Akademie der Wissenschaften, Vorträge G 367), 2000, S. 25.
- 53 Die Wendung wird J. Salzwedel und R. Wahl zugeschrieben. Vgl. R. Wahl, VBlBW 1988, S. 387 (391); ders., Diskussionsbemerkung, VVDStRL 48 (1990), S. 293.
- 54 R. Grauhan, Modelle politischer Verwaltungsführung, 1969, S. 9 ff.
- 55 Siehe etwa R. Wahl, VBlBW 1988, S. 387 (391 f.); H. Hofmann, Privatwirtschaft und Staatskontrolle bei der Energieversorgung durch Atomkraft, 1989, S. 42 ff.; H. Dreier, Die Verwaltung 25 (1992), S. 137 (150 f.); Schmidt-Aßmann, Verwal-

IV. Veränderungen auf der Ebene der Verwaltung

1. Privatisierung

a) Faßt man nun Privatisierung im heute gebräuchlichen Sinn enger und versteht darunter nicht die Abwanderung von Rechtsetzungskompetenzen an Private, sondern die Privatisierung von Form oder Inhalt staatlicher Aufgaben, so zeitigt dies beträchtliche Folgen auf der zweiten Ebene, nämlich auf der der Verwaltung. Seinen Grund findet das vor allem darin, daß die vollständige materielle Privatisierung⁵⁶, also die komplette Entlassung einer Sachaufgabe aus der staatlichen Verantwortung und ihre Überantwortung an die Kräfte des Marktes, nur sehr selten vorkommt.

Sehr viel öfter begegnet uns hingegen die formelle Privatisierung, d. h.: die bloße Erfüllung öffentlicher Aufgaben in den Formen des Privatrechts mit der Folge der Entstehung von Verwaltung in Privatrechtsform⁵⁷, also im wesentlichen des Verwaltungsprivatrechts und der Existenz gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Vor allem aber treten Zwischenstufen und Varianten hinzu: genannt seien etwa die Finanzierungs-, Verfahrens- oder Teilprivatisierung⁵⁸. Dies alles heißt, daß der Staat mit seiner Verwaltung in gewisser Weise und in unterschiedlichem Ausmaß in den Prozeß der Aufgabenerfüllung involviert bleibt. Man muß sich von der Vorstellung freimachen, Privatisierung führe zum ersatzlosen Fortfall von Verwaltungstätigkeit und staatlicher Ingerenz. „Privatisierungen verabschieden den Staat nicht aus der Arena, sondern stellen seine Handlungsweisen auf Kooperation um.“⁵⁹ Sofern weder die traditionelle vollständige Aufgabenerfüllung durch den Staat beibehalten noch eine vollständige materielle Privatisierung durchgeführt wird, entsteht eine neue, gleichsam zwischen Staat und Markt liegende Zwischenform der Erfüllung öffentlich bedeutsamer Aufgaben. Entsprechend kommt es nicht zum vollständigen Abbau, sondern zu einem Umbau der Verwaltung, im Bereich der Postprivatisierung etwa von der Leistungsverwaltung zur Regulierungsverwaltung⁶⁰. Damit verändern sich freilich Handlungsformen und Handlungsanteile, für deren Kenn-

tungsrecht (Anm. 24), S. 209, 232 f.; C. Gößwein, Allgemeines Verwaltungs(verfahrens)recht der administrativen Normsetzung?, 2001, S. 229 ff.; G. F. Schuppert, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, in: Regulierte Selbstregulierung (Anm. 51), S. 201 ff. (243 f.).

- 56 Zum Begriffsverständnis oben Anm. 47 und ferner A. Kulas, Privatisierung hoheitlicher Verwaltung. Zur Zulässigkeit privater Strafvollzugsanstalten, 1996, S. 32 ff.; ausführlich Kämmerer, Privatisierung (Anm. 47), S. 22 ff. m. w. N.
- 57 Grundlegend D. Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; siehe ferner W. Graf Vitzthum, AöR 104 (1979), S. 580 (588 ff., 606 ff.); R. Stober, NJW 1984, S. 449 (450 ff.); W. Erbguth/F. Stollmann, DÖV 1993, S. 798 ff.; Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht 1 (Anm. 25), § 23 Rn. 16 ff.; Kämmerer, Privatisierung (Anm. 47), S. 22 ff.
- 58 Bauer, Privatisierung (Anm. 47), S. 251 ff.; Schuppert, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 370 ff., 813 ff.; R. Wahl, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 301 ff.
- 59 Schmidt-Aßmann, Verwaltungsrecht (Anm. 24), S. 27; siehe auch ebd., S. 209; ähnlich R. Schmidt, VerwArch. 91 (2000), S. 149 (166).
- 60 So J. Wieland, Die Verwaltung 28 (1995), S. 315 (332).

zeichnung in der bundesdeutschen Diskussion die Rede von verschiedenen Stufen staatlicher „Verantwortung“ verbreitet ist: etwa von der Erfüllungsverantwortung über die Kontroll- und Privatisierungsfolgenverantwortung bis hin zur Beobachtungsverantwortung⁶¹. Das Entscheidende für unsere Fragestellung liegt nun darin, daß mit jeder Form der Entlassung einer Aufgabe aus der unmittelbaren staatlichen Aufgabenwahrnehmung vom Prototyp Polizei oder Finanzbehörde die Steuerungskraft durch Gesetz und fachaufsichtliche Kontrolle nachläßt und den Verwaltungseinheiten entsprechend größere Handlungsanteile zuwachsen. Mit *Frido Wagener* gesprochen: Die „Einflußknicke“⁶² nehmen an Stärke und Zahl zu. Das läßt sich besonders deutlich im kommunalen Leistungsbereich zeigen, begegnet aber nicht minder eindrucksvoll bei Privatisierungsvorgängen im Bereich von Bahn und Post. Für den Bereich von Post und Telekommunikation⁶³ wurden in der Bundesrepublik zwar „Regelungsstrukturen geschaffen, die in ihrer Vielfalt öffentlich-rechtlicher Verfahren und Formen das ältere Postrecht weit übertreffen“⁶⁴. Nur entsprechen diese Regelungsstrukturen nicht mehr dem Modell einer hierarchisch organisierten, straff an der Leine von Gesetz und Weisung geführten Behörde. Hier wie etwa auch in den besonders sensiblen Bereichen des Technikrechts entstehen vielmehr Strukturen und Gebilde, denen eine relativ große Eigenständigkeit und Eigenverantwortlichkeit bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zufällt und die zudem kaum präzise determinierbar sind. Beispielsweise operiert die Regulierungsbehörde für Telekommunikation auf der Grundlage eines umfangreichen Gesetzeswerks, muß aber die wirtschaftlich wichtigen Entscheidungen praktisch selbständig treffen⁶⁵.

b) Fassen wir den Begriff der Privatisierung wiederum etwas umfassender als im soeben verwendeten Sinn, so lassen sich darunter auch die in jüngerer Zeit des öfteren traktierten Formen des kooperativen und namentlich des

„informalen“ Verwaltungshandelns verstehen, die sich ebenfalls mit dem Begriff der „regulierten Selbstregulierung“ erfassen lassen⁶⁶. Bei sog. normersetzenden oder normvertretenden Absprachen⁶⁷ zwischen Ministerien und Industrie treten diese zumeist an die Stelle einer vom Gesetzgeber vorgesehenen Regelung durch Rechtsverordnung, dessen Steuerungsvorgabe *insofern* leerläuft. Die normersetzende Absprache ist im Kern eine normabwendende Absprache. Die Exekutive entscheidet in diesen Fällen selbständig darüber, ob sie von dem gesetzlich vorgesehenen Mittel der Regulierung durch Rechtsverordnung Gebrauch macht oder an seine Stelle ein *Gentlemen's Agreement* treten läßt, das definitionsgemäß nicht einklagbar ist. Und wenn gleichsam eine Stufe niedriger normvollziehende, also auf Einzelfälle bezogene Praktiken von Vorverhandlungen oder Sanierungsabsprachen um sich greifen⁶⁸, dann tritt auch hier an die Stelle des Modells getreulicher Umsetzung eines fixen Normenprogramms eine insgesamt flexiblere Implementationsstrategie. Mit der Aufgabe eigener Interessenabstimmung und Konsensbildung wächst der Kreis von Handlungsoptionen, unter denen eine selbständiger werdende, weil als Verhandlungspartner auftretende Verwaltung dann zwar nicht absolut frei, aber insgesamt doch erheblich freier auswählen kann.

c) Lenkt man den Blick schließlich von diesen äußeren Veränderungen gleichsam auf die Binnenstruktur der Verwaltungsorganisation, so sieht man, daß hier mit den mächtigen Trends des sog. „Neuen Steuerungsmodells“⁶⁹ wie auch der „Budgetierung“⁷⁰ ebenfalls größere Frei-

61 Siehe *H.-H. Trute*, Verzahnungen von öffentlichem und privatem Recht – anhand ausgewählter Beispiele –, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und privates Recht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 167 ff. (198 ff.); *G. F. Schuppert*, Die Verwaltung 31 (1998), S. 415 ff.; *ders.*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 400 ff.; *A. Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: *G. F. Schuppert* (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat: Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, 1999, S. 47 ff.; kritisch zur Leistungsfähigkeit des Verantwortungstopos zu Recht *H. C. Röhl*, Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht (= Die Verwaltung, Beiheft 2), 1999, S. 33 ff.; *R. Schmidt*, VerwArch. 91 (2000), S. 149 (157 f.).

62 *F. Wagener*, Typen der verselbständigten Erfüllung öffentlicher Aufgaben, in: *ders.*, Verselbständigung (Anm. 24), S. 31 ff. (41).

63 Vgl. Art. 87 e, 87 f GG und dazu die Kommentierung von *J. Wieland*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2000, Art. 87 e Rn. 13 ff., Art. 87 f Rn. 11 ff.

64 *E. Schmidt-Aßmann*, VBIBW 2000, S. 45 (47).

65 Vgl. die insoweit inhaltsoffenen Ermächtigungen der Regulierungsbehörde in §§ 31, 44 ff. PostG und §§ 23 ff., 39, 66 ff. TKG. Zu den wirtschaftlich wichtigen, aber gesetzlich nicht genau determinierten Entscheidungen gehören beispielsweise die genehmigungspflichtigen Entgelte von Monopolisten (vgl. § 25 TKG) und die Frage der zulässigen Entgelte für den Netzzugang (vgl. § 39 TKG) – sog. „letzte Meile“.

66 Grundlegend *E. Böhne*, Der informale Rechtsstaat, 1981, und *W. Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVD-StRL 40 (1982), S. 187 ff.; aus der späteren Literatur *H. Bauer*, VerwArch. 78 (1987), S. 241 ff.; *H. Dreier*, StWStP 4 (1993), S. 647 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, DVBl. 1994, S. 657 ff.; *N. Dose*, Die Verwaltung 27 (1994), S. 91 ff.; zusammenfassend *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht (Anm. 24), S. 269 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 111 ff., 236 ff.; siehe ferner *A. Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994; *N. Dose/R. Voigt* (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995. – Zur Anwendung des Konzepts der regulierten Selbstregulierung auf die Verwaltung siehe den dichten Überblick von *E. Schmidt-Aßmann*, Regulierte Selbstregulierung als Element verwaltungsrechtlicher Systembildung, in: Regulierte Selbstregulierung (Anm. 51), S. 253 ff. (254 ff.).

67 Zu dieser Kategorie *J. Oebbecke*, DVBl. 1986, S. 793 ff.; *H. Scherer*, DÖV 1991, S. 1 ff.; *H. Dreier*, StWStP 4 (1993), S. 647 (653 ff.); *U. Dempfle*, Normvertretende Absprachen, 1994, S. 12 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 237; ausführlich jüngst *T. Köpp*, Normvermeidende Absprachen zwischen Staat und Wirtschaft, 2001, S. 21 ff.

68 *Böhne*, Der informale Rechtsstaat (Anm. 66), S. 50 ff., 71 ff.; zur Kategorie noch *H. Dreier*, StWStP 4 (1993), S. 647 (655 f.); *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft (Anm. 6), S. 237 ff.

69 Grundlegend die einschlägigen Berichte der KGSt (Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung), insbes. Das Neue Steuerungsmodell, Bericht Nr. 5/1993. – Eingehende Analyse bei *J.-P. Schneider*, Das neue Steuerungsmodell als Innovationsimpuls für Verwaltungsorganisation und Verwaltungsrecht, in: *E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, S. 103 ff.; *J. Oebbecke*, DÖV 1998, S. 853 ff.

70 Speziell dazu *L. Osterloh*, StWStP 8 (1997), S. 79 ff.; *J. Linck*, ZG 1997, S. 1 ff.; jüngst ausführlich *C. Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform. Dogmatik und Möglichkeiten der Fortentwicklung der Haushaltswirtschaft durch Flexibilisierung, Dezentralisierung, Budgetierung, Ökonomisierung und Fremdfinanzierung, 2001, S. 227 ff. m. w. N.

räume und breitere Zonen der Eigenverantwortlichkeit geschaffen werden sollen. Die damit intendierte – und hier nur knapp zu notierende – Umstellung von Fremdprogrammierung auf Selbststeuerung, von starren Haushaltstiteln auf wechselseitige Deckungsfähigkeit und Übertragbarkeit, von bürokratischer Aufgabenerfüllung auf sog. Managementmethoden orientiert sich dabei wesentlich an Mechanismen des Marktes bzw. am Wirtschaftsverhalten Privater⁷¹.

2. Europäisierung

Gravierende Folgen hat natürlich auch die Europäisierung des Rechts für die Verwaltung, wo sich das europäische Gemeinschaftsrecht als „Flexibilitäts- und Innovationsfaktor ersten Ranges“⁷² erweist.

a) Lassen wir zunächst einmal die Fälle beiseite, in denen das EG-Recht inhaltliche Veränderungen des materiellen Verwaltungsrechts herbeiführt bzw. dieses Verwaltungsrecht überformt⁷³, so sticht vor allem die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz von Rechtsnormen ins Auge. Nach fester bundesdeutscher Doktrin steht den Verwaltungsbehörden nicht das Recht zu, Normen im Einzelfall unter Berufung auf ihre Unvereinbarkeit mit höherrangigem Recht außer Anwendung zu lassen. Das gilt nicht nur für Gesetze vor- oder nachkonstitutioneller Art, sondern nach überwiegender Auffassung auch für Verordnungen oder kommunale Satzungen⁷⁴. Das EG-Recht freilich eröffnet der nur scheinbar subalternen Verwaltung ganz neue Perspektiven und verleiht ihr größere Kompetenzen; denn nach ganz h. M. zwingt dessen Anwendungsvorrang die Verwaltungsbehörden der Mitgliedstaaten dazu, nationales Recht jeder Rangstufe außer acht zu lassen, wenn es mit primärem oder sekundärem Europarecht kollidiert⁷⁵. Eine entsprechende

„Lockerung“⁷⁶ der Bindung an die Gesetze der bundesdeutschen Legislative ist die Folge. Dabei erschließen sich der Exekutive infolge der notorischen Auslegungsbedürftigkeit des EG-Rechts und des Umstands, daß den Verwaltungsbehörden die Option des Vorlageverfahrens versperrt ist⁷⁷, zusätzliche weitreichende Handlungsspielräume.

b) Doch wird nicht nur eine Erweiterung von Handlungskompetenzen, sondern möglicherweise noch viel folgenreicher eine Umpolung bzw. Umwertung bestehender Rechtslagen und gefestigter dogmatischer Institute durch die Einwirkung des europäischen Gemeinschaftsrechts bewirkt. Hier müssen in signifikantem Unterschied zum jahrzehntelang aufgebauten bundesdeutschen Standard Rechtsschutzinteressen des einzelnen zurücktreten, während umgekehrt das Durchsetzungsinteresse des supranationalen Rechts Priorität für sich beansprucht⁷⁸. Man kann dies an der „Minimalisierung“⁷⁹ des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme gemeinschaftsrechtswidriger Verwaltungsakte etwa im Bereich des Beihilferechts demonstrieren oder auch daran ersehen, daß der prozessuale Grundsatz des deutschen Verwaltungsrechts, Widersprüchen gegen Verwaltungsakte aufschiebende Wirkung zuzuschreiben, im Bereich von Gemeinschaftsrechtsakten nicht zum Tragen kommt⁸⁰. Denn der Automatismus der aufschiebenden Wirkung (in Deutschland gemäß § 80 Abs. 1 VwGO) kann der Rechtsprechung des EuGH zufolge beim nationalen Vollzug von Gemeinschaftsrecht keine Anwendung finden; zur Durchsetzung des EG-Rechts seien die nationalen Behörden vielmehr *grundsätzlich* verpflichtet, die sofortige Vollziehbarkeit (in Deutschland also in europa-rechtskonformer Anwendung des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO) anzuordnen⁸¹. In der Terminologie *Schmidt-Aßmanns* haben wir hierin eine Form der Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung in Gestalt seiner „Instrumentalisierung“ zu erblicken, nämlich als „Inpflichtnahme des nationalen Verwaltungsrechts für Zwecke des Verwaltungsvollzuges des Gemeinschaftsrechts“⁸².

71 Knapp und präzise zu den darin liegenden Gefahren *Schmidt-Aßmann*, Verwaltungsrecht (Anm. 24), S. 24 ff.; siehe auch *M. Wallerath*, JZ 2001, S. 209 (211 ff.).

72 So *D. H. Scheuing*, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 289 ff. (292).

73 Guter Überblick bei *D. Ehlers*, Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, in: *Erichsen*, Verwaltungsrecht (Anm. 13), § 3 (insbes. Rn. 42 ff., 49 ff.); siehe zum „Europarecht im deutschen Verwaltungsprozeß“ ferner die gleichnamige aktuelle Reihe in den VBIBW 2001 mit Beiträgen von *S. Kuntze*, *F. Wenger*, *K. Harms*, *A. Bostedt*, *H. Maurer*, *E. Hofherr*, *B. Schlüter*, *G. Breunig* und *A. Jannasch*.

74 Siehe nur *J. Pietzcker*, DVBl. 1986, S. 806 ff., sowie ausführlich *M. Wehr*, Inzidente Normverwerfung durch die Exekutive, 1998, S. 87 ff.

75 Ausdrücklich EuGH, Slg. 1989, S. 1839 (1870 f.) – *Costanzo*. – Zum Problem erstmals wohl *M. Zuleeg*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969, S. 215; für die vom EuGH postulierte Verwerfungskompetenz bzw. -pflicht ferner *J. Pietzcker*, Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, in: Festschrift für Ulrich Everling, Bd. 2, 1995, S. 1095 ff. (1098 ff.); *R. Streinz*, Der Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts durch deutsche Staatsorgane, in: *J. Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII, 1992, § 182 Rn. 64; *R. Hutka*, Gemeinschaftsrechtsbezogene Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der deutschen Verwaltung gegenüber Rechtsnormen nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nach deutschem Recht, 1997, S. 81 ff., 101 ff.; *Pernice* (Anm. 31), Art. 23 Rn. 30; *Wehr*, Normverwerfung (Anm. 74), S. 101 ff. – Kritisch

H.-J. Papier, DVBl. 1993, S. 809 (813 f.), sowie *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: Festschrift für Peter Lerche, 1993, S. 513 ff. (527), mit der Warnung vor einer „selektiven Gesetzmäßigkeit“.

76 *F. Schoch*, JZ 1995, S. 109 (111).

77 *G. Gornig/C. Trübe*, JZ 1993, S. 934 (938); *Pietzcker*, Nichtanwendung (Anm. 75), S. 1105 ff.; *Wehr*, Normverwerfung (Anm. 74), S. 104 f.

78 *Schmidt-Aßmann* (Anm. 13), Einleitung Rn. 111 ff.; *T. v. Danwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, insbes. S. 354 ff.

79 *F. Schoch*, JZ 1995, S. 109 (111); etwas zurückhaltender spricht *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht (Anm. 17), § 11 Rn. 38 b, davon, daß „der Gedanke des Vertrauensschutzes nicht schlechthin ausgeschlossen, aber doch stark zurückgedrängt“ werde.

80 Statt aller *F. Schoch*, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 2000, S. 31; *S. Kuntze*, VBIBW 2001, S. 5 (13); vgl. auch die folgende Anm. – Umfängliche Darstellung des Komplexes bei *D. H. Scheuing*, Die Verwaltung 34 (2001), S. 107 ff.

81 Grundlegend die sog. *Tafelwein*-Entscheidung: EuGH, Slg. I 1990, S. 2879 (2905, 2908) = EuZW 1990, S. 384 (Tz. 34). Dazu *F. Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner*, VwGO (Anm. 13), Vorb. § 80 (1996), Rn. 24; *K. Stern*, JuS 1998, S. 769 (775); *A. Jannasch*, NVwZ 1999, S. 495 (496).

82 *E. Schmidt-Aßmann*, VBIBW 2000, S. 45 (49); auch *Schoch*, Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Anm. 80), S. 26.

V. Veränderungen auf der Ebene der Verwaltungsgerichtsbarkeit

1. Europäisierung

In ähnlicher Weise wie die Verwaltungsbehörden sehen sich auch die (Verwaltungs-)Gerichte zur effektiven Durchsetzung des europäischen Gemeinschaftsrechts in die Pflicht genommen. Denn in Fortsetzung des den Behörden aufgegebenen Handlungszwangs müssen diese nun ebenfalls Kriterien des europäischen Gemeinschaftsrechts als Entscheidungsmaßstab in das verwaltungsgerichtliche Aussetzungsverfahren gemäß § 80 Abs. 5 VwGO bzw. in das Anordnungsverfahren gemäß § 123 VwGO implantieren⁸³. Über solche zwar keineswegs marginalen, aber doch eher punktuellen Veränderungen hinausgehend ist noch grundsätzlicher zu fragen, ob sich infolge europarechtlicher Einwirkungen nicht auch in prinzipieller Weise die „Philosophie“ verwaltungsgerichtlicher Kontrolle, namentlich: die Kontrolldichte ändert. Kommt es hier – wiederum mit *Schmidt-Aßmann* gesprochen⁸⁴ – neben der Instrumentalisierung auch zu einer Umorientierung? Entsprechende Impulse werden allenthalben verzeichnet: etwa die „stärkere Betonung der Verfahrensrichtigkeit von Verwaltungsentscheidungen gegenüber der Ergebnisrichtigkeit“ oder „eine gegenüber der bisherigen deutschen Schutznormlehre etwas breitere Fassung von Klagebefugnissen“⁸⁵. Vor allem liegt der Hauptakzent des europäischen Rechtsschutzsystems weniger auf dem individuellen Rechtsschutz und damit dem Gedanken der Vermeidung oder Beseitigung der Verletzung *subjektiver* Rechtssphären (Stichwort: Schutznormtheorie) als auf einer Instrumentalisierung oder Mobilisierung des Bürgers für die möglichst effektive Durchsetzung des *objektiven* Rechts⁸⁶. Eine homogene allgemeine Wirkungstendenz ist

hier allerdings nicht eindeutig auszumachen. Denn der Ausdehnung der Klagerechte von Bürgern über die engen deutschen Standards hinaus korrespondiert eine im Vergleich zur deutschen Rechtslage deutliche Reduktion der gerichtlichen Kontrolldichte⁸⁷. Vermutlich werden über kurz oder lang gemeinschaftsrechtliche Einflüsse und andere Veränderungszwänge dazu führen, daß die (stets ein wenig fiktionale) bundesdeutsche Vorstellung einer vollständigen gerichtlichen Überprüfung des Verwaltungshandelns partiell aufgegeben und eine Anpassung an die Praxis anderer europäischer Staaten und des gemeinschaftseigenen Rechtsschutzsystems herbeigeführt wird⁸⁸. In diesem Fall wäre dann ein erneuter – nicht unbedingt als verfehlt zu kritisierender, aber doch als Tatsache festzuhaltender – Terraingewinn der Verwaltung zu verbuchen.

2. Privatisierung

Auf der Hand liegt, daß sich auf der Ebene der Gerichtsbarkeit Folgen der Privatisierung staatlichen Handelns ergeben. Aber gibt es darüber hinaus auch eine Art materieller Privatisierung gerichtlicher Entscheidungen selbst? Mit gewissem Grund ließen sich die vielfältigen Formen der Mediation⁸⁹ benennen, da hier Konflikte nicht sogleich der definitiven Entscheidung der Gerichte überantwortet, sondern in quasi privatisierter oder vergesellschafteter Weise in formalisierten Verfahren des Aushandelns und des Interessenabgleichs abgearbeitet und einer Lösung zugeführt werden, die die Einschaltung staatlicher Stellen mit autoritativer Konfliktentscheidung entbehrlich machen⁹⁰. Der Zivilgesetzgeber hat in jüngster Zeit eine entsprechende Vorschrift in die ZPO mit dem ausdrücklichen Ziel aufgenommen, die „Streitschlichtungskultur“ in Deutschland zu verbessern⁹¹. Für alle ab dem 1. Januar 2002 anhängig gemachten Zivilprozesse verlangt § 278 Abs. 2 ZPO, daß vor der mündlichen Verhandlung eine Güteverhandlung mit persönlichem Erscheinen der Parteien stattfindet, wenn eine gütliche Einigung nicht bereits erkennbar aussichtslos ist⁹².

Abgesehen davon zieht die Privatisierung aber – wie angedeutet – vor allem Folgeveränderungen im Hinblick auf Rechtswege und Zuständigkeiten nach sich. Auf der

83 Grundlegend bezüglich § 80 Abs. 5 VwGO: EuGH, Slg. I 1991, S. 415 (543 ff.) Tz. 27 ff. – *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*; bezüglich § 123 VwGO: EuGH, Slg. I 1995, S. 3761 (3791 ff.) – *Atlanta Fruchthandel*. – Aus der Literatur K. Stern, JuS 1998, S. 769 (775 f.); J. Kokott, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335 (341 ff.); W. Buck, Die Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, Diss. jur. Freiburg/Br. 1999; F. Schoch, VBlBW 1999, S. 241 (247 f.); A. Janasch, NVwZ 1999, S. 495 (496 ff.); P.M. Huber, BayVBl. 2001, S. 577 ff.; H. v. Stülpnagel, DÖV 2001, S. 932 ff.; V. Götz, DVBl. 2002, S. 1 ff.

84 E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 45 (49), unterscheidet Instrumentalisierung, Umorientierung und Umstrukturierung als verschiedene Formen der Europäisierung der Verwaltungsrechtsordnung.

85 Repräsentativ E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 45 (49). – Besonders zur in anderen Staaten Europas und im EG-Recht anzutreffenden Hochschätzung des Verfahrensrechts, in dem eine gewisse Richtigkeitsgewähr erblickt wird, eingehender Schoch, Europäisierung des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (Anm. 80), S. 37 ff.; Pache, Tatbestandliche Abwägung (Anm. 16), S. 192 ff. – Zu den Klagebefugnissen sogleich im Text.

86 Monographisch J. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997, S. 19 ff.; siehe ferner C. D. Classen, VerwArch. 88 (1997), S. 645 (647 f.); J. Kokott, Die Verwaltung 31 (1998), S. 335 (353); F. Schoch, Die europäische Perspektive des Verwaltungsverfahrens- und des Verwaltungsprozessrechts, in: E. Schmidt-Aßmann/W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, S. 279 ff. (309 f.). – Es bleibt aber zu berücksichtigen, daß in der Rechtsprechung des EuGH mittlerweile die Funktion des Individualrechtsschutzes annähernd gleichberechtigt neben die Funktion objektiver Rechtskontrolle getreten ist (so Pache, Tatbestandliche Abwägung [Anm. 16], S. 446 f.).

87 Eingehend Pache, Tatbestandliche Abwägung (Anm. 16), S. 384 ff.

88 Umfängliche Darstellung der Veränderungszwänge und der Konsequenzen bei Pache, Tatbestandliche Abwägung (Anm. 16), S. 149 ff. (Veränderungsfaktoren), S. 192 ff. (Rechtsvergleich mit anderen Staaten), S. 237 ff. (Völkerrecht), S. 302 ff. (Gemeinschaftsrecht).

89 Zu Begriff und Arten der Mediation siehe S. Breidenbach, Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, in: ders./M. Henssler (Hrsg.), Mediation, 1997, S. 1 ff.; C. Duve, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 79 ff., 216 ff.; W. Glenewinkel, Mediation als außergerichtliches Konfliktlösungsmodell, 1999, S. 33 ff.; J. Risse, NJW 2000, S. 1614 ff.; R. Stürner, Formen der konsensualen Prozessbeendigung in den europäischen Zivilprozessen, in: S. Breidenbach/D. Coester-Waltjen u. a. (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 5 ff.

90 Stürner, Formen (Anm. 89), S. 24 f.

91 Dazu U. Foerste, NJW 2001, S. 3103 ff.; zum Referentenentwurf bereits H.-J. Musielak, NJW 2000, S. 2769 (2771 ff., 2778).

92 Zu den Ausnahmen U. Foerste, NJW 2001, S. 3103 (3104).

Hand liegt, daß einer vollständigen materiellen Privatisierung eine Rechtswegänderung folgt⁹³. Aber auch bei einer lediglich formellen Privatisierung oder bei einer der denkbaren Zwischenformen ergeben sich nicht unerhebliche Modifikationen. Die Privatisierung von Post- und Telekommunikationsleistungen etwa verändert das Verhältnis zu den Benutzern, das nun im Kern zu einem rein privatrechtlichen wird⁹⁴. Ist infolgedessen der Weg zu den Zivilgerichten gegeben, müssen diese im Hinblick auf die umfangreichen Telekommunikationsverordnungen gegebenenfalls von ihrer Verwerfungsbefugnis Gebrauch machen⁹⁵.

Und wenn man etwa im weniger spektakulären Bereich des Baurechts von der Überwachungsverwaltung mit ihren öffentlich-rechtlichen Genehmigungsvorbehalten auf Sanktionierung durch Ordnungswidrigkeiten- oder Strafrecht umstellt, ändert sich natürlich auch hier der Rechtsweg⁹⁶. Konkret hat das ebenso wie der Übergang des Konkurrentenschutzes im kommunalen Wirtschaftsrecht an die Zivilgerichte⁹⁷ zur Folge, daß zur „Durchdringung der Strukturen des Fachverwaltungsrechts“⁹⁸ nun die ordentlichen Gerichte berufen sind⁹⁹. Auch das öffentliche Vergaberecht, das aufgrund europarechtlicher Impulse eine Bedeutungssteigerung erfahren hat, fällt nicht in den Kognitionskreis der Verwaltungsgerichte, sondern der Vergabekammern beim OLG¹⁰⁰. Nun garan-

tiert zwar Art. 19 Abs. 4 GG weder einen Instanzenzug noch überhaupt eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, sondern nur *gerichtliche* Kontrolle¹⁰¹. Aber ein gewisser, im universellen Gedanken der Arbeitsteilung begründeter Rationalitätsvorsprung liegt wohl schon darin, bestimmte Sachgebiete besonderen und dafür eigens eingerichteten Gerichtsbarkeiten zuzuweisen, wie dies im Grundgesetz vorgesehen ist. Deswegen ist es nicht unerheblich zu konstatieren, daß durch Europäisierung und Privatisierung manche „eigentlich“ den Verwaltungsgerichten zugehörige Materien aus deren Zuständigkeitsbereich herausfallen.

Erwähnung verdient schließlich unter dem Gesichtspunkt der Folgen von Privatisierung (im weiten Sinne) für die Verwaltungsgerichtsbarkeit, daß dieser wie den Gerichten insgesamt zunehmend eine gewisse Effizienzorientierung angesonnen und sogar nach den Möglichkeiten ihrer „Budgetierung“ gefragt wird¹⁰². Die solchermaßen dem „Neuen Steuerungsmodell“ unterworfenen Justiz findet sich dadurch mit der in der Sache vielleicht nicht neuen, aber in dieser Deutlichkeit bislang nicht gekennzeichneten Situation konfrontiert, bei ihrer Entscheidungspraxis auch Gesichtspunkte effizienter Aufgabenerledigung zu berücksichtigen¹⁰³.

VI. Schlußbemerkung

Es versteht sich, daß am Ende einer solchen *Tour d'horizon* durch das komplexe Thema der Folgen von Europäisierung und Privatisierung für das institutionelle Gefüge der drei Staatsgewalten kein bündiges, formelhaftes Gesamtergebnis und auch keine schneidige Formel stehen kann. Doch scheint es, als ob die Exekutive insgesamt einen ziemlich deutlichen Raumgewinn zu verbuchen vermag: vornehmlich in der Europäischen Gemeinschaft und durch sie, infolge der Strukturen der Europäischen Gemeinschaft und durch das EG-Recht, verstärkt und intensiviert durch Privatisierungsprozesse. Beide Entwicklungszüge hängen in erheblichem Umfang miteinander zusammen – man bedenke nur, daß etwa der „Privatisierungsdruck“¹⁰⁴ häufig europarechtlich induziert ist¹⁰⁵. Dem eingangs skizzierten Idealmodell zufolge ist

93 Beispiel: Wenn die Gemeinden ihr Leistungsangebot reduzieren und das Feld nun privaten Anbietern überlassen, „weicht das Recht der öffentlichen ... Einrichtungen zurück und überläßt dem Privatrecht und seiner Durchsetzung im Zivilrechtsweg das Feld“ (E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 45 [46]).

94 Angesichts der Beziehungen der Anbieter zu den Kunden und den Konkurrenten einerseits, zur Regulierungsbehörde andererseits ergeben sich mannigfache Rechtsschutz- und Rechtswegprobleme; siehe nur L. Gramlich, NJW 1996, S. 617 ff.; J. Pietzcker, ZHR 162 (1998), S. 427 ff.

95 Denn Art. 100 Abs. 1 GG sieht die Vorlage beim Bundesverfassungsgericht nach ganz herrschender Interpretation nur für förmliche (und nachkonstitutionelle) Gesetze vor. Zum konkreten Beispiel L. Gramlich, NJW 1996, S. 617 (619).

96 Illustrativ sind die Rechtsschutzprobleme, die aus dem weitgehenden Fortfall der formellen Baugenehmigung (beispielsweise Art. 72 BayBauO) zugunsten des Genehmigungs-freistellungsverfahrens (Art. 64 BayBauO; vgl. noch Art. 73 BayBauO zum vereinfachten Genehmigungsverfahren) erwachsen; dazu jüngst M. Martini, DVBl. 2001, S. 1488 ff.; C. Calliess, Die Verwaltung 34 (2001), S. 169 ff.; D. Mampel, BayVBl. 2001, S. 417 ff.

97 Dieser Übergang beruhte nicht auf gesetzlichen Änderungen, sondern auf einer sehr restriktiven Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, so daß die privaten Kläger sich auf § 1 UWG stützten und sich an die Zivilgerichte wandten – mit Erfolg! Dazu kritisch und mit Belegen F. Schoch, VBIBW 2000, S. 41 (44).

98 E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 45 (46).

99 Zu sonstigen Fallkonstellationen, in denen die Zivilgerichte wertende Entscheidungen von Verwaltungsbehörden kontrollieren, vgl. Ibler, Rechtsschutz (Anm. 14), S. 92 ff.

100 Hinweis darauf bei F. Schoch, VBIBW 2000, S. 41 (44 f.); E. Schmidt-Aßmann, VBIBW 2000, S. 45 (47). Eingehend hierzu sowie zur Verfassungsmäßigkeit der Differenzierung nach Schwellenwerten Pietzcker, Zweiteilung (Anm. 28), S. 9 ff.; vgl. außerdem zur Entwicklung die oben Anm. 28 Zitierten sowie R. Noch, Die Vergabe von Staatsaufträgen und der Rechtsschutz nach europäischem und deutschem Recht, Diss. jur. Bielefeld 1997, S. 74 ff.; G. Hermes, JZ 1997, S. 909 (910 ff.); J. Byok, NJW 1998, S. 2774 ff.; C. Erdl, Der neue Vergaberechtsschutz, 1999, S. 35 ff.; J.-H. Binder, ZZZ 113 (2000), S. 195 (197 ff.); P.M. Huber, JZ 2000, S. 877 ff.; T. Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 2000, S. 28 ff.; D. Dörr, DÖV 2001, S. 1014 ff.; E. Pache, DVBl. 2001, S. 1781 (1787 ff.).

101 Ganz h. M.: Schulze-Fielitz (Anm. 14), Art. 19 Abs. 4 Rn. 71, 73; E. Schmidt-Aßmann, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 19 Abs. 4 (1985), Rn. 178 f.; H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 5. Aufl. 2000, Art. 19 Rn. 31.

102 Dazu insbesondere M. Eifert, Die Verwaltung 30 (1997), S. 75 (79 ff.); W. Hoffmann-Riem, Die Verwaltung 30 (1997), S. 481 (495 ff.); ders., DRiZ 1997, S. 290 ff.; U. Berlit, Betrifft JUSTIZ, 1998, S. 358 ff.; F. Behrens, ZRP 1998, S. 386 ff.

103 R. Pitschas, ZRP 1998, S. 96 ff.; H. Reim, Gerechtigkeit und Effizienz. Der Richter im Spannungsfeld, in: Festschrift für Klaus Offerhaus, 1999, S. 791 ff. (797 ff.); vgl. auch U. Berlit, Betrifft JUSTIZ, 1998, S. 358 (359 f.); A. Tschentscher, In-dienstnahme der Gerichte für die Effizienz der Verwaltung, in: M. Demel u. a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2001, S. 165 ff. – Aus der Sicht der Betroffenen: Deutscher Richterbund (DRiB), DRiZ 1999, S. 457 (460 ff.).

104 R. Schmidt, VerwArch. 91 (2000), S. 149 (162). Siehe auch Kämmerer, Privatisierung (Anm. 47), S. 93 ff.; S. Storr, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 304, 309 f.

105 Näher dazu R. Schmidt, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 ff.; Bauer, Privatisierung (Anm. 47), S. 259 ff.; W. Kahl, Die Verwaltung 29 (1996), S. 341 (353 f.); J.-E. Jasper, Privatisierung und EG-Vergaberecht, 2001, S. 113 ff., 179 f.; C. Koenig/J. Kühling, DÖV 2001, S. 881 ff.

die Verwaltung gleichsam in die verfassungsstaatliche Zange genommen: einerseits vorab strikt programmiert durch den demokratischen Gesetzgeber und als hierarchischer Apparat Objekt der Weisungsimpulse des parlamentarisch verantwortlichen Ressortministers, andererseits nachträglich der strikten Rechtskontrolle durch die Gerichte, vornehmlich die Verwaltungsgerichte, unterworfen. Europäisierungs- und Privatisierungsprozesse führen nun aber in signifikanter Steigerung dazu, daß die Verwaltung gegenüber dem Gesetzgeber freier gestellt wird, ihr eigener Handlungsanteil im Prozeß der Rechtskonkretisierung und Rechtsgestaltung im Wachsen begriffen ist und ihre Wertungen bei der gerichtlichen Kontrolle eher akzeptiert werden. Wie man es auch dreht und wendet: Die Exekutive schreitet voran. Ob das alles insgesamt eine korrekturbedürftige „Schieflage“¹⁰⁶

106 So *P.M. Huber*, StWStP 8 (1997), S. 423 (446).

oder nur eine neue Lage ist, auf die sich Wissenschaft¹⁰⁷ und Praxis einzustellen haben, scheint noch nicht endgültig ausgemacht – und ebensowenig, ob diese Lage ernst, aber nicht hoffnungslos, oder hoffnungslos, aber nicht ernst ist¹⁰⁸.

107 Sofern sie diesen Vorgang nicht zusätzlich mit Beifall bedenkt bzw. ohnehin für eine deutliche Umorientierung der nach wie vor parlamentszentrierten Verfassungsordnung in Richtung auf eine „gubernative Hegemonie“ (*v. Bogdandy*, *Rechtsetzung* [Anm. 25], S. 56 ff.) eintritt.

108 Dem vorstehenden Text lag ein Vortrag zugrunde, den der Verfasser am 27. März 2001 im Rahmen eines wissenschaftlichen Symposions aus Anlaß des 125jährigen Bestehens des Österreichischen Verwaltungsgerichtshofs in Wien gehalten hat: „Erster Österreichischer Verwaltungsrechtlicher Tag: Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit zur Zeitenwende“. Siehe *C. Jabloner u. a.* (Hrsg.), *125 Jahre Verwaltungsgerichtshof*, 2002.