

Grundkurs Öffentliches Recht III

Allgemeines Verwaltungsrecht

Montag, den 30. Oktober 2006

I. "Auflockerungen" der Verwaltungsorganisation

"Verwaltungsorganisation" und "Zuständigkeit" zeichnen sich einerseits durch begriffliche Klarheit, andererseits durch eine solche Strenge aus, dass die Frage aufkommt, ob es Durchbrechungen der zwar klaren und strengen, aber deshalb möglicherweise auch nicht immer praktikablen Regelungen gibt. Dies ist der Fall. Als Irregularien stelle ich Ihnen vor: die Amtshilfe, die Beliehenen, die Organleihe und den übertragenen Wirkungskreis.

1. Die Amtshilfe

Gemäß Art. 35 I GG sind alle Behörden und Gerichte des Bundes und der Länder verpflichtet, sich gegenseitig Rechts- und Amtshilfe zu leisten. Rechtshilfe ist Hilfe zu rechtsprechender Tätigkeit; Amtshilfe ist Hilfe zu verwaltender Tätigkeit. Nähere Regelungen zur Amtshilfe findet man in den §§ 4 - 8 VwVfG. Diese schließen sich aus gutem Grund an die Regelung über die (örtliche) Zuständigkeit in § 3 VwVfG an. Denn die Amtshilfe soll Schwierigkeiten für die zweckmäßige und wirtschaftliche Erledigung der Verwaltungsaufgaben ausräumen, die durch die arbeitsteilige Gliederung der Verwaltung entstehen. Amtshilfe kommt in Betracht, wenn eine Behörde aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen zur Vornahme einer Amtshandlung nicht fähig ist. Diese Behörde, die ersuchende Behörde, kann dann eine andere Behörde um Hilfe ersuchen, die unter den Voraussetzungen des § 5 II / III VwVfG zur Hilfe verpflichtet ist. § 7 VwVfG stellt klar, welche Behörde bei Amtshilfe wofür verantwortlich ist; insbesondere kann Amtshilfe nicht mit dem Argument verweigert werden, das Handeln der

ersuchenden Behörde, das unterstützt werden soll, sei rechtswidrig; denn nach § 7 II VwVfG trägt die ersuchte Behörde keine Verantwortung für das Handeln der ersuchenden Behörde; folglich geht es sie auch nichts an. Das Amtshilfeersuchen kann z.B. die Erteilung von Auskünften oder die Gewährung von Akteneinsicht zum Gegenstand haben. Die Amtshilfe ist ein verwaltungsinterner Vorgang, der im Verhältnis zum Bürger keine Rechtswirkungen äußert und vom Bürger grundsätzlich nicht zum Angriffsziel von Rechtsmitteln gemacht werden kann (§ 44a VwGO). Sonderfälle der Amtshilfe sind im Polizeirecht geregelt, so die Unterstützung der Berliner Polizei durch Bereitschaftspolizei anderer Bundesländer oder des Bundes bei Maidemonstrationen.

2. Die Beliehenen

Beliehene sind natürliche oder juristische Personen des Privatrechts, die durch oder aufgrund eines Gesetzes mit der selbstständigen Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben betraut sind. Die Beleihung ist die Reaktion auf das Fehlen eines für eine Aufgabe zuständigen Trägers oder Organs der Verwaltung. Sie kann ihre Ursache darin finden, dass ohnehin vorhandener Sachverstand und Initiative Privater die Verwaltung entlasten. Ein Beispiel hierfür ist die Beleihung des TÜV, eines privatrechtlichen Vereins, mit der Kontrolle von Kraftfahrzeugen. Sie kann ihre Ursache weiter darin finden, dass bestimmte Situationen sich der Einflußnahme von Verwaltungsorganen entziehen; so ist die Polizeigewalt zu erklären, die der Kapitän über ein Hochseeschiff ausübt. Der Beliehene ist Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Sinne von § 1 IV VwVfG ausübt. Der Beliehene kann im Rahmen seines Kompetenzbereichs Verwaltungsakte erlassen, Gebühren erheben usw. Rechtsfragen der Beleihung sind weniger kompliziert als es den Anschein haben könnte, weil sie ausdrücklich gesetzlich geregelt sein müssen.

3. Die Organleihe

Eine Organleihe liegt vor, wenn ein Organ eines Trägers der öffentlichen Verwaltung zur Wahrnehmung gewisser Verwaltungsaufgaben einem anderen Verwaltungsträger organisatorisch so zugeordnet wird, dass es auch dessen Organ ist. Das Organ erhält damit eine Doppelstellung; es ist Organ zweier Verwaltungsträger. Ein wichtiges Beispiel ist der Landrat, der nach dem Recht einiger Bundesländer einmal Organ des Landkreises ist und dann kommunale Aufgaben zu erfüllen hat und sodann untere staatliche Verwaltungsbehörde ist und als solche Aufgaben des Landes wahrnimmt. Die Organleihe findet ihre Rechtfertigung in dem Gedanken der Ökonomie der Verwaltung. Die Möglichkeit der Leihe erspart dem entleihenden Verwaltungsträger nämlich die Errichtung einer eigenen Behörde, die möglicherweise nicht voll ausgelastet wäre. Die Organleihe ist, wie die Beleihung, an ihrer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zu erkennen.

4. Auftragsverwaltung

Der Leihe ähnlich ist die Auftragsverwaltung. Hierunter versteht man den Fall, dass ein Verwaltungsträger Verwaltungsaufgaben eines anderen übernimmt. Hier wechselt nicht das Organ, sondern die Aufgabe von einem Verwaltungsträger zum anderen. Bekannt dürfte das Beispiel der Bundesauftragsverwaltung sein, bei der die Länder Verwaltungsaufgaben nicht als eigene Angelegenheiten wahrnehmen, sondern Verwaltungsaufgaben des Bundes in dessen Auftrag. Die Verwaltungsaufgaben werden dabei von Behörden der Länder wahrgenommen, nicht etwa von Behörden des Bundes, die zu diesem Zweck bei den Ländern entliehen sind. Ein anderes Beispiel, das aus einem anderen sachlichen Kontext stammt, aber dieselbe rechtliche Struktur aufweist, ist die Krankenversorgung an den Universitätskliniken. Universitätskliniken sind Organe der Universitäten; als solchen obliegen ihnen Aufgaben in den Bereichen Forschung und Lehre. Die Krankenversorgung ist dagegen eine staatliche Verwaltungsaufgabe, die selbstständig neben den Aufgaben in den

Bereichen Forschung und Lehre steht. Hiermit werden die Universitäten beauftragt, weil sie ohnehin Organe haben, die für die Erfüllung der Aufgabe besonders geeignet sind. Auch die Auftragsverwaltung erweist sich damit als ein Instrument der effizienten und kostensparen Verwaltungsorganisation. Statt einen eigenen Behördenapparat aufzubauen, kann ein Verwaltungsträger sich des schon vorhandenen Apparats eines anderen Trägers bedienen.

Eine wichtige Konsequenz der Auftragsverwaltung ist die Fachaufsicht, die schon als eine besonders intensive Form der Aufsicht vorgestellt worden ist. Es liegt nahe, dass ein Verwaltungsträger, der einen anderen mit der Wahrnehmung eigener Verwaltungsaufgaben beauftragt, dies beaufsichtigt. Die Aufsicht ermöglicht es ihm, Einfluss auf die Wahrnehmung seiner Verwaltungsaufgabe zu nehmen. Dieser Einfluss äußert sich in dem Instrument der Fachaufsicht, die eine Recht- und Zweckmäßigkeitskontrolle des beaufsichtigten Verhaltens beinhaltet. Fachaufsicht ist zu unterscheiden von Rechtsaufsicht, die nur eine Rechtmäßigkeits- und keine Zweckmäßigkeitskontrolle beinhaltet. Dass bei Auftragsverwaltung regelmäßig Fach- und nicht nur Rechtsaufsicht vorgesehen ist, zeigt den großen Einfluß der Aufsichtsinstanz, die zugleich Auftraggeber ist.

Der wichtigste Anwendungsbereich der Auftragsverwaltung ist die Inanspruchnahme der Kommunen für staatliche Verwaltungszwecke. Der Staat beauftragt die Kommunen, auf der unteren Verwaltungsebene für ihn tätig zu werden, um nicht selbst dort Verwaltungsstellen aufbauen zu müssen. In Berlin kann es eine kommunale Auftragsverwaltung für den Staat nicht geben, weil hier staatliche und kommunale Verwaltungstätigkeit nicht getrennt werden.

Die Punkte II. und III. sind am 30.10.2006 nicht vorgetragen worden. Zu Punkt II. sei einstweilen verwiesen auf das, was am 23.10.2006 vorgetragen worden ist, dort Ziffer V. Punkt III.

wird am 11.1.2007 im Zusammenhang mit den sonstigen Handlungsformen der Verwaltung (insbesondere Verwaltungsprivatrecht) vorgetragen.

II. Die Aufsicht

Angesichts der Vielgliedrigkeit der Verwaltungsorganisation stellt sich die Frage nach ihrer Rückbindung an einen einheitlichen Willen. Dies ist unter anderem eine Frage der Aufsicht, die verhindert, dass sich die Gliederungen der Verwaltung verselbstständigen, und die zur Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, damit einem rechtsstaatlichen Anliegen, und zur Rückkoppelung an das deutsche Volk als Quelle demokratischer Legitimation beiträgt. Um diese Zusammenhänge zu verdeutlichen, möchte ich bei Art. 20 II 1 GG beginnen. Nach dieser Vorschrift geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Dies führt zu der Frage, wo die Staatsgewalt "hingehet".¹ Diese Frage führt zur Aufsicht und zur Verwaltungsorganisation. Im Bereich der Verwaltungsorganisation erweist "Aufsicht" sich als eine Umschreibung für "demokratische Legitimationskette".

Stellt man die Frage, wo die Staatsgewalt vom Volke aus hingehet, so sieht man sich als erstes mit der Tatsache konfrontiert, dass es "das" Volk nicht gibt, weil Deutschland ein Bundesstaat ist, in dem der Staat und das Volk sich auf zwei Ebenen präsentieren: Es gibt den Bund und das deutsche Volk; es gibt das Land Berlin und die Berliner. An dieser föderalen Gabelung des Wegs der Staatsgewalt entscheiden wir uns für das deutsche Volk. Der Weg, den die Staatsgewalt in Berlin nehmen würde, ist ähnlich.

Nach wie vor bei Art. 20 II 1 GG stellt sich nun konkreter die Frage, wo die Staatsgewalt vom deutschen Volke aus hingehet. Die

¹ Hierzu *Bert Brecht*, Werke, Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe, Bd. 14, 1993, Gedicht 4, § 1, S. 91 f.

Antwort ist einfach: zum Deutschen Bundestag als der Vertretung des deutschen Volkes. Vom Bundestag geht sie weiter, und zwar - dies ist für die Zwecke dieser Vorlesung wichtig - zunächst zur Regierung und dann zur Verwaltung. Der Deutsche Bundestag wählt einen Bundeskanzler, der Bundesminister bestellt; auf diese Weise entsteht die Bundesregierung, die durch ihre Bestellung an den Bundestag und an das deutsche Volk zurückgebunden ist.

Die Bundesregierung und ihre Teile, Kanzler und Minister, sind oberste Bundesbehörden. Sie üben die Aufsicht über Bundesober- und Bundesmittelbehörden aus. Die Aufsicht stellt sicher, dass diese Behörden über Regierung und Parlament an das deutsche Volk zurückgebunden sind. Dies gilt sowohl für eine Rechts- als auch für eine Fachaufsicht. Maßstab der Rechtsaufsicht sind Gesetze, die vom Bundestag stammen, der seinerseits unmittelbar vom deutschen Volk legitimiert ist. Maßstab der Fachaufsicht sind neben Gesetzen Zweckmäßigkeitserwägungen der Aufsichtsinstanz, der Regierung, die ihrerseits über den Bundestag an das Volk zurückgebunden ist.

Wir unterstellen, dass die Staatsgewalt vom Volke über den Bundestag, die Bundesregierung auf eine Bundesoberbehörde gegangen ist. Von dort gibt es keinen weiteren Weg, weil Oberbehörden keinen Verwaltungsunterbau haben. Anders ist es, wenn man unterstellt, dass die Staatsgewalt vom Volke über den Bundestag, die Bundesregierung auf eine Bundesmittelbehörde gegangen ist. Von dort kann sie weitergehen zu einer unteren Bundesbehörde, die ebenfalls über die Gesetzesbindung der Verwaltung und über Aufsichtsbeziehungen an das Volk zurückgebunden ist. Auf diese Weise läßt sich die gesamte unmittelbare Bundesverwaltung an das Volk zurückbinden.

Schwieriger ist es mit der mittelbaren Bundesverwaltung, denn diese ist auf rechtsfähige Verwaltungsträger - Körperschaften, Anstalten und Stiftungen - ausgelagert, die durch ihre Rechtsfähigkeit letztlich gegenüber dem Volk verselbstständigt sind. Mittelbare Staatsverwaltung erscheint in dieser Sicht als

undemokratisch. Das Demokratieprinzip scheint für eine strenge Verwaltungshierarchie nach dem Typus der Ministerialverwaltung und gegen die Gewährung von Autonomie an Verwaltungsträger zu sprechen. Hiergegen kann man nur bei Körperschaften einwenden, dass diese zwar im Hinblick auf das deutsche Volk verselbstständigt seien, dies aber gerade zu dem Zweck binnendemokratischer Selbstverwaltung ihrer Mitglieder, die dann als Teilvolk des deutschen Volkes, etwa als Versicherungsgemeinschaft bei einem Sozialversicherungsträger, erscheinen. Doch auch wenn man diese Erwägung ausblendet, ist die Verselbstständigung nicht undemokratisch, weil sie ein Gesetz voraussetzt und damit ohne den Willen des Bundestages als Volksvertretung nicht denkbar ist. Die Verselbstständigung ist weiter nicht undemokratisch, weil sie nicht vorbehaltlos erfolgt, sondern unter dem Vorbehalt der Rechtsaufsicht, die durch eine Behörde der unmittelbaren Staatsverwaltung, zumeist eine oberste oder eine mittlere Behörde ausgeübt wird, die als Behörde der unmittelbaren Staatsverwaltung im Verhältnis zum Parlament nicht verselbstständigt ist. Rechtsaufsicht bedeutet Rückbindung an den Willen desjenigen, der Recht schafft, und dies ist der Bundestag. Folglich stellen gesetzliche Grundlage und Rechtsaufsicht auch die Rückbindung der mittelbaren Staatsverwaltung an den Bundestag sicher.

In einer Zusammenfassung erweist sich, dass die Frage, wo die Staatsgewalt vom Volke aus hingeht, als nur durch eine Art Wanderkarte, auf der verschiedene Wege eingetragen sind, beantwortbar. Ein Weg führt vom Volke über den Bundestag über die Bundesregierung als oberste Bundesbehörde zu den Bundesoberbehörden oder den Bundesmittelbehörden und von diesen zu den unteren Bundesbehörden. Ein anderer Weg führt vom Volke über den Bundestag und die Bundesregierung zu einer Rechtsaufsichtsinstanz und von dort zu einem Träger mittelbarer Bundesverwaltung.

Innerhalb der Verwaltungsorgane, egal ob solche der unmittelbaren oder der mittelbaren Bundesverwaltung, lässt sich

der Weg der Staatsgewalt weiter verfolgen. Er führt dann zu dem einzelnen Amtswalter, der ebenfalls durch Aufsicht an den Willen der Behördenleitung und damit mittelbar an den Bundestag und durch Gesetzesbindung unmittelbar an den Bundestag zurückgebunden ist. Die Aufsicht innerhalb von Organen oder Behörden nennt man Dienstaufsicht - im Unterschied zur Rechts- oder zur Fachaufsicht.

Das Erfordernis demokratischer Legitimation, das ich nun für die Verwaltung dargestellt habe, gilt auch für die Gerichte. Dort gibt es aber keine Aufsicht. Die Richter sind unabhängig. Notwendigerweise sind Richter aber noch strenger dem Gesetz, damit Willensakten der Volksvertretung unterworfen, als Amtswalter der Verwaltung. Dieser Zusammenhang kommt in Art. 97 I GG klar zum Ausdruck. Wenn es dort heißt, die Richter seien unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen, so bedeutet "unabhängig" eine Freistellung von Aufsicht und damit eine Lockerung der demokratischen Legitimationskette und "unterworfen" eine Stärkung der Gesetzesbindung und damit ebendieser Legitimationskette. Der demokratische Legitimationssaldo bleibt gleich.

Zu Fragen der demokratischen Legitimation grundlegend: Böckenförde, in: Isensee / Kirchhof, HdbStR, Bd. I, 1987, § 22.

III. Die Privatisierung von Verwaltungsaufgaben

Seit dem Beginn der 90er Jahre ist das Verwaltungsorganisationsrecht in Bewegung gekommen. Immer mehr setzte sich die Erkenntnis durch, dass die westlichen Staaten mit den Aufgaben, die sie ihrer Verwaltung aufgebürdet hatten, überfordert sind. Die Reaktion war der Ruf nach Privatisierung und damit nach Entlastung der Verwaltung. Die bekanntesten Beispiele sind die Privatisierung von Bahn und Post, die zu ihrer Herauslösung aus der unmittelbaren Bundesverwaltung und zu ihrer Überführung in Aktiengesellschaften geführt haben. Für

diesen Vorgang waren sogar Änderungen des Grundgesetzes erforderlich: Art. 87e und 143a für die Bahn und Art. 87f und 143b für die Post.

Privatisierungen wirken sich auf die Verwaltungsorganisation und auf die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben aus. Man unterscheidet üblicherweise folgende Typen von Privatisierungen:

Von einer **Organisationsprivatisierung** oder einer **formellen Privatisierung** spricht man, wenn organisatorisch an die Stelle eines Trägers öffentlicher Verwaltung eine juristische Person des Privatrechts tritt, die Anteile dieser Privatrechtsperson jedoch ganz oder mehrheitlich in den Händen eines Trägers öffentlicher Verwaltung bleiben. Dies hat zur Folge, dass die Tätigkeit der neu geschaffenen Privatrechtsperson von der öffentlichen Verwaltung gesteuert wird. Der Staat entledigt sich bei einer Organisationsprivatisierung nicht seiner Aufgaben, sondern wechselt lediglich die Organisationsform der Aufgabenwahrnehmung. Weil sie nicht zu einem Rückzug des Staates führt, nennen Kritiker die Organisationsprivatisierung eine Scheinprivatisierung. Für sie können unterschiedliche Gründe angeführt werden: Abstreifung unpraktikabler Bindungen durch das Dienst- und Haushaltsrecht, Erleichterung der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr, Möglichkeit der Beteiligung privatwirtschaftlicher Partner (private - public - partnership). Auch für die privatrechtsförmig organisierte Verwaltung gelten die besonderen Bindungen staatlicher Tätigkeit, insbesondere die Grundrechte. Beispiel: Eine politische Partei hat einen Zugangsanspruch zu einem Gemeindezentrum auch dann, wenn dieses nicht unmittelbar von der Gemeinde, sondern von einer Kongress-GmbH betrieben wird, deren Kapitalanteile sämtlich der Gemeinde gehören.

Von einer **Aufgabenprivatisierung** oder einer **materiellen Privatisierung** spricht man, wenn sich der Staat aus der Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe zurückzieht und diese

privatautonomer Initiative überläßt. In diesem Fall kann man von einem Rückzug des Staates in doppelter Hinsicht sprechen: hinsichtlich der Organisationsformen und hinsichtlich der Aufgabenwahrnehmung.

Von einer **funktionellen Privatisierung** spricht man, wenn eine Behörde bei der Wahrnehmung ihrer verbleibenden Aufgaben Private einschaltet, so wenn die Polizei Kraftfahrzeuge nicht selbst abschleppt, sondern damit private Abschleppunternehmer beauftragt oder wenn ein Bezirksamt den Entwurf eines Bebauungsplans nicht selbst fertigt, sondern damit ein privates Planungsbüro betraut oder wenn eine Universität sich in Rechtsstreitigkeiten vor Gericht nicht durch ihr Rechtsamt, sondern durch eine Rechtsanwaltskanzlei vertreten läßt. Die funktionelle Privatisierung ändert an der Organisation der öffentlichen Verwaltung und dem Bestand ihrer Aufgaben wenig.

Die wichtigsten Kritikpunkte, die gegen Privatisierungen vorgebracht werden, möchte ich kurz vorstellen:

1. Privatisierungen führten zu einer Lockerung öffentlich-rechtlicher Bindungen der Verwaltung und damit zu einer Verschlechterung der Stellung des Bürgers als "Kunde". So sei insbesondere die Bindung an den Gleichheitsgrundsatz nicht mehr voll gewährleistet und würden non-profit-Bereiche nicht mehr ausreichend bedient. Um diese Defizite auszugleichen, müssten dann neue Behörden aufgebaut werden, was den Entlastungseffekt vermindere, so bei der Telekommunikation die Regulierungsbehörden.

2. Privatisierungen senkten demokratische Kontrollmöglichkeiten. So unterläge etwa eine Gemeindeverwaltung in einem stärkeren Maße der Kontrolle des Gemeinderates als eine gemeindliche Aktiengesellschaft, obwohl beide das Gleiche tun. Insbesondere sei der Vorstand der Aktiengesellschaft durch aktienrechtliche Regelungen gegen Ingerenz der Anteilseigner ein Stück weit abgeschirmt.

3. Privatisierte Verwaltungen unterlägen nicht mehr dem öffentlichen Dienst- und Haushaltsrecht. Dies ermögliche insbesondere den politischen Parteien einen noch stärkeren Zugriff. Als Beispiel mag man die Auswahl der letzten Bahnchefs anführen. Auch wird man sich nicht wundern dürfen, wenn man in den Leitungspositionen privatisierter (outgesourcter) Verwaltungstrabanten Personal dieser Verwaltung wiederfindet. Ein Insolvenzrisiko, das in der privaten Wirtschaft der Ämterpatronage entgegenwirkt, besteht bei formellen Privatisierungen nicht.