

lässigen Beweisanträgen zuzustimmen<sup>57</sup>, die ihren Ausdruck auch in § 17 Abs. 2 Halbsatz 1 PUAG gefunden hat, dem Beweis Antrag stattgeben. Es besteht insoweit eine Ermessensreduktion auf null. Dieser endgültige Beschluss des Ausschusses ist nun Ansatzpunkt für ein Organstreitverfahren. Das Verfahren nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG könnte nun von der Mehrheit im Ausschuss, die die Verletzung des Untersuchungsrechts geltend macht, gegen den Untersuchungsausschuss selbst eingeleitet werden. Es mag unter den Gesichtspunkten des venire contra factum proprium rechtsmissbräuchlich erscheinen, der Mehrheit im Untersuchungsausschuss den Organstreit gegen den Untersuchungsausschuss zu ermöglichen. Jedoch muss bedacht werden, dass das Verhalten in einer vorangegangenen Abstimmung der Einleitung eines Organstreitverfahrens nicht entgegensteht<sup>58</sup>. Dies muss insbesondere hier gelten, wo die Mehrheit in ihrem Abstimmungsverhalten aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben gebunden ist.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Mehrheit im Ausschuss nicht weniger Rechte zukommen können als der Minderheit<sup>59</sup> und es daher angemessen erscheint, der Mehrheit eine Möglichkeit einzuräumen, gegen den Beweisbeschluss, den sie fällen musste, vorzugehen.

Fraglich ist allerdings, ob diese der verfassungsprozessualen Problemlage gerecht werdende Auslegung des § 17 Abs. 4 PUAG überhaupt zulässig ist. Einer derartigen Auslegung steht zunächst einmal der Wortlaut entgegen. § 17 Abs. 4 PUAG spricht von einer Entscheidung »über die Erhebung des Beweises«. Daher ist die Entscheidungsbefugnis des Ermittlungsrichters nicht auf die Frage der Zulässigkeit zu beschränken, sondern umfassend zu verstehen.

Diesem Gegenargument kann jedoch entgegengehalten werden, dass der Wortlaut der Vorschrift nicht wirklich eindeutig ist. Weder aus dem Gesetzeswortlaut noch aus der Entwurfsbegründung ergibt sich eindeutig, welche Frage exakt vom Ermittlungsrichter entschieden wird. Gegen ein umfassendes Verständnis der Entscheidungsbefugnis und damit letztlich für die hier vorgeschlagene

57 BVerfG (Fußn. 6), S. 221 ff.; vgl. auch BVerfGE 83, 175 180.

58 BVerfGE 90, 286 (338 f.), zurückhaltender: BVerfGE 68, 1 (77).

59 Vgl. BVerfG (Fußn. 6), S. 223.

Auslegung sprechen teleologische Erwägungen. Es besteht kein Bedarf an einer umfassenden Entscheidung des Ermittlungsrichters. Strittig ist im Falle der Beschlussfassung über die Beweiserhebung allein der Aspekt der Zulässigkeit. Andere Fragen, etwa solche der Zweckmäßigkeit, spielen in Anbetracht des § 17 Abs. 2 PUAG keine Rolle. Auch Belange des Rechtsschutzes für die Bürger vermögen es nicht, eine umfassende Entscheidungsbefugnis zu begründen. Alle den Bürger beeinträchtigenden Verfahren der Beweiserhebung sind von der Mitwirkung des Ermittlungsrichters abhängig<sup>60</sup>. Daher besteht keine Notwendigkeit, den Ermittlungsrichter mit einer umfassenden Überprüfung eines Beweisantrages zu betrauen.

Im Ergebnis können die gegen den Lösungsvorschlag vorgebrachten Bedenken nicht durchdringen. Einer verfassungskonformen Interpretation des § 17 Abs. 4 PUAG stehen keine Argumente entgegen.

## V. Resümee

Das mit dem Erlass des Untersuchungsausschüssegesetzes gelöst geglaubte Problem des Rechtsschutzes bei der Beweiserhebung hat sich nicht endgültig aus dem juristischen Diskurs verabschiedet. Anstatt durch den berühmten Federstrich des Gesetzgebers sein wohlverdientes Ende zu finden, erhebt es sein Haupt – diesmal im verfassungsprozessualen Gewande – von neuem. Die hier vorgeschlagene Bewältigung durch eine verfassungskonforme Auslegung des § 17 Abs. 4 PUAG stellt einen gangbareren Weg dar, dem Dilemma des blockierten Weges zum BVerfG zu entkommen. Die endgültige Klärung bleibt allerdings dem Gesetzgeber vorbehalten, der angesichts des bereits eingesetzten 1. Untersuchungsausschusses der 15. Legislaturperiode<sup>61</sup> nicht umhinkommen wird, das PUAG mit der Verfassungsauslegung des BVerfG in Einklang zu bringen.

60 §§ 27 Abs. 2, § 29 Abs. 2 und 3, § 30 Abs. 4 PUAG; vgl. BVerfG, DVBl. 1988, 200 (204).

61 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Wahlprüfung, Immunität und Geschäftsordnung, zu dem Antrag der Abgeordneten Dr. Angela Merkel, Michael Glos, Volker Kauder, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der CDU/CSU – Drucks. 15/125 – Einsetzung eines Untersuchungsausschusses, BT-Drucks. 15/256. Am 20. 12. 2002 als Tagesordnungspunkt 7 angenommen.

## Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als Koordinationsinstrument zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht

Von Dr. Axel Tschentscher, LL.M., Bern\*

*Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt – eines der klassischen Instrumente des deutschen Verwaltungsrechts – ist heute vor allem als gesetzlich vorgesehenes Mittel*

*zur Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts bekannt. Daneben gibt es zahlreiche weniger beachtete Anwendungsfälle, die in der Gerichtspraxis zu Problemen führen können, weil der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt zwischen die Fronten von öffentlichem und privatem Recht gerät. Der Beitrag erklärt die Schwierigkeiten, die typischerweise mit solchen Konstellationen verbunden*

\* Der Verfasser ist Assistenzprofessor für Rechtsphilosophie am Institut für öffentliches Recht der Universität Bern.

sind. Gleichzeitig wird gezeigt, dass in dem angestrebten wirkenden Gestaltungsmittel ein erhebliches Innovationspotenzial verborgen liegt.

## I. Einleitung

»Privatrechtsgestaltend« sind solche Verwaltungsakte, die ihre Rechtswirkungen überwiegend oder ausschließlich im Privatrecht entfalten<sup>1</sup>. Rechtstechnisch realisiert man dies gewöhnlich dadurch, dass die Wirksamkeit des zivilistischen Geschäfts von einer hoheitlichen Erklärung abhängig gemacht wird – etwa beim gemeindlichen Vorkaufrecht<sup>2</sup> oder bei staatlichen Preisgenehmigungen<sup>3</sup>. Die privatrechtliche Wirkung tritt dann weder durch die private Willensbekundung noch allein durch das Handeln des Hoheitsträgers ein, sondern erst im Zusammenwirken privater Instrumente (Vertragsschluss) mit dem Verwaltungsakt (Genehmigung)<sup>4</sup>. Demgegenüber beschränken sich die vielfältigen Varianten des gewöhnlichen gestaltenden Verwaltungsakts auf das öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis<sup>5</sup>.

1 Vgl. H.-U. Erichsen, in: ders. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1998, § 12 Rdnr. 21; J. Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 332, 390; F.-J. Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2002, Rdnr. 141; P. Stelkens / U. Stelkens, in: P. Stelkens / H. J. Bonk / M. Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl. 2001, § 35 Rdnr. 140.

2 Vgl. §§ 24 ff. BauGB. Durch § 28 II 1 BauGB (»Das Vorkaufrecht kann nur ... durch Verwaltungsakt ... ausgeübt werden.«) ist der frühere Streit obsolet, ob es sich insoweit überhaupt um einen Verwaltungsakt handelt.

3 Staatliche Preisgenehmigungen beispielsweise in § 7 III 3 EnWG und § 39 I PersBefG; weitere Beispiele für hoheitliche Erklärungen mit privatrechtlicher Wirkung: Teilungsgenehmigung gem. § 19 III 1 BauGB; Entlassungssperre gem. § 18 II KSchG; Fusionsverbot gem. §§ 32, 40 ff. GWB; Festsetzung des Krankenhauspflegesatzes für privatrechtliche Entgelte (BGH, NJW 1979, 597 [597]); Begründung des Sortenschutzes (BVerwGE 8, 85 ff. [86]); Genehmigung einer Mietanpassungsklausel gem. § 3 Satz 2 WährG (VGH Mannheim, NJW 1974, 2150); Genehmigungsversagung beim Ackerlandverkauf gem. § 9 I Nr. 1 GrdstVG (BGH, NJW 1982, 2251 [2252]); Genehmigung einer Stiftungssatzung (VGH Mannheim, NJW 1985, 1573 [1574]). Besonders gelagert ist die privatrechtsgestaltende Wirkung bei der bewilligten Gewässerbenutzung (§ 8 WHG), die private Schadenersatzansprüche ausschließt (§ 11 WHG).

4 P. Stelkens / U. Stelkens (Fußn. 1), § 35 Rdnr. 141; ähnlich M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (761), der dieses Zusammenwirken als »unselbständige Genehmigung« bezeichnet. Zur Wirksamkeitsvoraussetzung eines Zusammenwirkens öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Handlung bereits H. Siber, Das Buchrechtsgeschäft nach Reichs-Grundbuchrecht, 1909, S. 125 (die Rechtswirkung als »Sanktion sowohl eines privaten, wie eines behördlichen Erfolgswillens«) sowie S. 127 ff.; H. Bürckner, Der privatrechtsgestaltende Staatsakt, 1930, S. 23.

5 Öffentlich-rechtliche Gestaltungsakte sind z. B. Beamtenernennung, -beförderung, -versetzung oder -entlassung, Einbürgerung, Beileihung, Konzessionierung, Widmung, Begnadigung, Namensänderung, Ordensverleihung und Planfeststellung. Charakterisierung als »Sonderfall« bei F.-J. Peine, Verwaltungsrecht (Fußn. 1), Rdnr. 141. Vorausgesetzt ist stets die konstitutive Wirkung der amtlichen Erklärung für das Rechtsverhältnis; E. Forsthoff, Lehr-

Für die Rechtsdogmatik ist der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt immer ein altertümliches und etwas sperriges Instrument geblieben, dem man auf den ersten Blick nicht viel Modernität zutraut. Dieser anachronistischen Facette soll im ersten Teil des Beitrags nachgegangen werden. Hier kann gezeigt werden, dass der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt von je her in den beiden Teilrechtsordnungen »öffentliches Recht« und »Privatrecht« als Fremdkörper empfunden wurde<sup>6</sup> und bis heute ein solcher geblieben ist (II). Die jüngere Diskussion über wechselseitige Auffangordnungen hat den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt indes als Instrument zur Koordination zwischen öffentlichem und privatem Recht wiederentdeckt (III). Dabei erweist er sich als ein flexibles und einzelfallbezogenes Gestaltungsmittel zur hoheitlichen Abfederung von Privatisierungsvorhaben (IV.).

## II. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte

### 1. Geschichte des Instruments

Bevor Otto Mayer mit seiner »Theorie des französischen Verwaltungsrechts« die Zentralstellung des Verwaltungsakts auch in der deutschen Verwaltungsrechtslehre festigte<sup>7</sup>, war die privatrechtsgestaltende Wirkung von Hoheitsakten als solche erkannt<sup>8</sup>. Durch Otto Mayer erlitt diese teilrechtsübergreifende Perspektive zunächst einen Rückschlag, weil er in seinem wissenschaftsprägenden Hauptwerk kategorisch erklärte, dass es »keine öffentlichrechtlichen Rechtsinstitute mit unmittelbarer zivilrechtlicher Wirkung« geben könne<sup>9</sup>. Als systematische Figur und

buch des Verwaltungsrechts, Erster Band, 10. Aufl. 1973, § 11 Nr. 3 b) (S. 209). Zur uneinheitlichen Terminologie (»gestaltend« im hier gemeinten engeren und in einem umfassenden weiten Sinn) vgl. H. J. Wolff / O. Bachof / R. Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl. 1994, § 46 Rdnr. 4 f.

6 Vgl. nur H. Bürckner, Staatsakt (Fußn. 4), S. 92 ff., zum früheren Streit über die Aufhebung materiell rechtswidriger privatrechtsgestaltender Verwaltungsakte.

7 Zur Abwendung von den Inhalten der Verwaltungslehre und Hinwendung zur rechtlichen Form vgl. Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts (Straßburg 1886), Neudruck 1998, S. 20 f. (»Verwaltungsrechtswissenschaft ist das nicht.«), sowie S. 156, 165, 167 f.; ders., Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände (1895/96), 3. Aufl. 1924, insbes. S. 92 ff.; G. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1928, S. 237 ff. (239). Ansätze zu einer Zentralstellung des Verwaltungsakts (allerdings noch untechnisch verstanden unter Einschluss von Verordnungen und völkerrechtlichen Akten) bereits bei Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts (1878), 3. Aufl. 1910, § 8 (»Rechtliche Natur der Verwaltungsakte«), S. 29 ff., 33 ff. Ähnlich grundlegend zu dem von ihm als »obrigkeitliche Verfügungen rechtsgeschäftlicher Natur« bezeichneten nichtjudikativen Verwaltungsakten im engeren Sinn F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 1911, S. 156 ff. Zu noch früheren Schriften Otto Mayers siehe die Bibliographie bei E. V. Heyen, Otto Mayer. Studien zu den geistigen Grundlagen seiner Verwaltungsrechtswissenschaft, 1981, S. 210 ff. (210 f.).

8 Ausführlich dazu M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Zweiter Band: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914, 1992, S. 394 ff., 401 ff.

9 Otto Mayer, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 118 (Hervorhebung im Original).

tungsakte im Sinne der Legaldefinition des § 35 Satz 1 VwVfG<sup>24</sup>. Der Begriff »Verwaltungsakt« wird in der Literatur zum Vereinsrecht, zum Grundbuchrecht und zur freiwilligen Gerichtsbarkeit richtigerweise gemieden<sup>25</sup>. Justizakte sind lediglich *materiell* als Verwaltungsakte<sup>26</sup> und nur in diesem Sinne als privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte anzusehen<sup>27</sup>.

Ist der Begriff des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts erst einmal auf alle materiellen Verwaltungswirkungen ausgedehnt, dann liegt es nahe, ihn auch sonst zu erweitern. So wird häufig allgemeine vom privatrechtsgestaltenden »Hoheitsakt« oder »Staatsakt« gesprochen<sup>28</sup>. Solche Verallgemeinerungen sind allerdings dogmatisch nicht sinnvoll, denn erstens wären damit auch alle Legislativakte des Privatrechtsgesetzgebers eingeschlossen<sup>29</sup> und zweitens müsste man neben nichtstreitigen Justizakten (Registersachen, Vormundschaftssachen, Nachlasswesen, Urkundswesen) auch alle Akte der *streitigen* Gerichtsbarkeit in einer Kategorie der Privatrechtsgestaltung versammeln (Vermögensbeschlagnahme gem. §§ 111 p, 443 StPO, Einziehung gem. §§ 74 ff. StGB, Ehescheidung gem. § 1564 BGB, Gesellschaftsauflösung gem. § 61 GmbHG<sup>30</sup>). Letztlich wäre jedes Gestaltungsurteil eines Zivilgerichts als privat-

rechtsgestaltender Hoheitsakt anzusehen<sup>31</sup>. Das zeigt die Ungenauigkeit, zu der solche Verallgemeinerungen führen. Justizakte der *streitigen* Gerichtsbarkeit sind im Gegensatz zu den Registeraufgaben der Gerichte gerade kein materielles Verwaltungsrecht.

Zu undifferenziert ist es schließlich, wenn – wie früher vorgeschlagen<sup>32</sup> – sämtliche Kontrahierungszwänge und »polizeilichen Erlaubnisse« (insbesondere Gewerbeerbau Erlaubnisse) mit in den Kreis des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts einbezogen werden. Erstere sind keine Einzelfallregelungen im Sinne des Verwaltungsaktsbegriffs. Bei letzteren hingegen verbleibt die Wirkung im öffentlichen Recht; sie sind folglich nicht »privatrechtsgestaltend«<sup>33</sup>.

### 3. Arten und Koordinationsrelevanz

Unter den so eingegrenzten privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten sind allerdings einige für die Koordination der Teilrechtsordnungen uninteressant, weil sie nicht die privatrechtstypischen Handlungsformen beeinträchtigen, so dass durch sie einerseits kein neuartiges Steuerungspotenzial verwirklicht wird und andererseits auch nur ein vergleichsweise geringes Problempotenzial entsteht. Dazu gehören selbst stark invasive Hoheitsmaßnahmen wie die Administrativenteignung<sup>34</sup>: egal aus welchem Grund sie erfolgen mag, hat sie jedenfalls nichts mit der Willensbildung des Eigentümers gemein und maßt sich keinen Dirigismus für das Verhältnis zwischen den Privaten an.

Ähnlich uninteressant für die Koordination der Rechtsgebiete sind die materiell verwaltungsrechtlichen Akte der nichtstreitigen Justiz, die als Registerakte oder Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine privatrechtsgestaltende Wirkung entfalten: etwa der Grundbucheintrag (§ 13 GrundbuchO), die Führung des Vereinsregisters (§ 159 FGG) oder die Bestellung eines Vormunds (§ 1773 BGB). Auch bloße Beurkundungsakte von Gerichten und Notaren sind privatrechtsgestaltend, weil von ihnen die Wirksamkeit des zivilen Rechtsgeschäfts abhängt (vgl. § 125 BGB). Für die Koordination von öffentlichem und privatem Recht sind sie indes unbedeutend, denn derlei Formvorschriften bezwecken und bewirken keinerlei inhaltliche Verhaltensänderung der Privatrechtssubjekte – nur die äußere Gestalt des Handelns wird beeinflusst.

23 Vgl. § 23 I EGGVG; zu den Einzelverfahren etwa B. Reichert, Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts, 8. Aufl. 2001, Rdnr. 181 ff., 2275 ff.: Das Verfahren der Registereintragung von Vereinen richtet sich nicht nach VwVfG, sondern nach Sonderrecht (Vereinsregisterverordnung, RPfVG und FGG) in Verbindung mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen (insbesondere: rechtlichem Gehör).

24 H. J. Wolff / O. Bachof / R. Stober, Verwaltungsrecht II, 6. Aufl. 2000, § 45 Rdnr. 25.

25 Vgl. etwa W. Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 2. Aufl. 1993, Rdnr. 57 ff., der (korrekterweise) im Gegensatz zu Hoheitsakten nach BRAO, BNotO und KostÄndG im Bereich der Justiz ausschließlich von »Justizverwaltungsakten« spricht, die »wie« ein Verwaltungsakt angefochten werden können (Rdnr. 60).

26 Zur Entwicklung W. Wertenbruch, DÖV 1958, 732 (732).

27 So bei N. Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1986, § 21 Rdnr. 55 (S. 421 f.); H. J. Wolff / O. Bachof / R. Stober, Verwaltungsrecht II (Fußn. 24), § 45 Rdnr. 25 f.; E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1. Bd., 1953, § 8 (S. 74): »ihrem Wesen nach echte Verwaltungsakte« (Hervorhebung im Original); W. Wertenbruch, Verwaltungsakt (Fußn. 10), S. 91 ff. Solche »bloß materiellen« Verwaltungsakte sind weniger außergewöhnlich, als ihre Zwitterstellung vermuten lässt, gehören doch auch Akte nach der Rechtsanwalts- und Notarordnung sowie nach den Kostenordnungen zum Kontrollregime der freiwilligen Gerichtsbarkeit und damit zu den ausschließlich materiellen, nicht hingegen formellen Verwaltungsakten im Sinne des § 35 Satz 1 VwVfG; vgl. W. Brehm, Freiwillige Gerichtsbarkeit (Fußn. 25), Rdnr. 61 ff.

28 Der »privatrechtsgestaltende Staatsakt« begrifflich erstmalig bei E. Jacobi, Grundlehren (Fußn. 10), S. 27 (Arbeitsvertrag), S. 97 (Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen), vgl. auch S. 137 (Festsetzung von Mindestentgelten), S. 415 f. (Zwangs-Arbeitsverträge, Zwangs-Betriebsvereinbarungen); später allgemeine Terminologie etwa bei G. Jellinek, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 239.

29 Zur Terminologie u. a. W. Wertenbruch, Verwaltungsakt (Fußn. 10), S. 90 ff., 98 f.; G. Manssen, Privatrechtsgestaltung (Fußn. 11), S. 19 ff.

30 Vgl. etwa H. Bürckner, Staatsakt (Fußn. 4), S. 10 ff., und für den »privatrechtsgestaltenden Wirtschaftsverwaltungsakt« auch E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Fußn. 27), § 8 (S. 72 f.).

31 Vgl. zu diesem Einordnungsproblem S. Smid, Rechtsprechung (Fußn. 19), S. 196 ff.

32 W. Kroeber, Problem (Fußn. 10), S. 15 f., mit der wenig differenzierten Begründung, dass eine (gewerbepolizeiliche) Erlaubnis schließlich zur privatrechtlicher Betätigung führe.

33 Vgl. W. Wertenbruch, Verwaltungsakt (Fußn. 10), S. 101 f.; dies gilt auch für die »selbständigen« Genehmigungen in der Klassifizierung von M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (761). Anders für die von ihm sog. »Wirtschaftsverwaltungsakte« E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Fußn. 27), § 6 (S. 55).

34 E. R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Fußn. 27), § 8 (S. 75), bezeichnet die Enteignung sogar als »Modellfall des privatrechtsgestaltenden Verwaltungseingriffs«.

das Bundesverwaltungsgericht in letzter Instanz über die privatrechtlichen Schutzwirkungen zu befinden, die vom Genehmigungserfordernis im früheren Heimgesetz intendiert waren<sup>45</sup>. Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte sind insoweit generell ein Sonderfall: Nach dem materiellen Gehalt des Klagezieles geht es in Streitigkeiten letztlich um eine zivilrechtliche Konstellation – etwa die Wirksamkeit eines Kaufvertrags, eines Vermächtnisses oder einer Schenkung. Den unmittelbaren Streitgegenstand bildet hingegen die Frage, ob der das private Rechtsverhältnis begründende oder hindernde Verwaltungsakt wirksam ist, denn von dieser Wirksamkeit hängt wiederum die Wirksamkeit der privaten Rechtsgeschäfte ab. Letztlich wird dadurch das zivilistische Ziel in das Gewand einer öffentlichrechtlichen Streitigkeit gekleidet.

Eine weiteres Einordnungshindernis des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts liegt in den Besonderheiten seiner Aufhebbarkeit<sup>46</sup>. Grundsätzlich gilt, dass eine Genehmigungsbehörde ihre privatrechtsgestaltenden Akte jedenfalls dann nicht mehr zurücknehmen oder widerrufen kann, wenn das zivile Rechtsgeschäft nach dem Zweck der Genehmigungsregelung bereits voll wirksam oder – beispielsweise bei einseitigen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften (Kündigung) – endgültig unwirksam geworden ist (Gestaltungswirkung)<sup>47</sup>. Das genehmigte Rechtsgeschäft und die Endgültigkeit einer Kündigungsuntersagung genießen Vertrauensschutz; die Sache wird sozusagen ins Privatrecht »entlassen«<sup>48</sup>. Rechtstechnisch ergibt sich die Beschränkung für den Widerruf einer (rechtmäßigen) Genehmigung daraus, dass die Tatbestandsmerkmale des § 49 II VwVfG wegen des endgültigen Charakters der Privatrechtsgestaltung typischerweise nicht erfüllt sind<sup>49</sup>. Die Rücknahme einer (rechtswidrigen) Genehmigung scheitert regelmäßig daran, dass die Behörde wegen der bereits eingetretenen zivilrechtlichen Folgen den rechtmäßigen Zustand allein gar nicht wiederherstellen kann<sup>50</sup>. Allenfalls bei erschlichenen Genehmigungen liegen die Dinge anders<sup>51</sup>. Ausnahmen gibt es auch im Grundstücksverkehr, weil eine (meist durch Ablauf der Bescheidungsfrist *fingierte*) Bodenverkehrsgenehmigung in der Praxis häufig noch vor Eintritt der Unanfechtbarkeit und vor Abwicklung des Verkaufs zurückgenommen werden kann<sup>52</sup>. Doch selbst in Grundstücksverkehrssachen kann es Probleme geben: So war der

Bundesgerichtshof in einer frühen Entscheidung davon ausgegangen, dass eine gesetzlich gar nicht erforderliche und deshalb später wieder aufgehobene Genehmigungsversagung das zivilrechtliche Veräußerungsgeschäft irreparabel unwirksam werden lasse<sup>53</sup>.

Schließlich spiegeln sich die Einordnungsprobleme auch in den öffentlich-rechtlichen Normierungen wider. So enthält das Baugesetzbuch insgesamt 24 Einzelregelungen, die das gemeindliche Vorkaufsrecht und seine Ausübung begleiten – von den Anwendungsvoraussetzungen über Ausschlussstatbestände bis zur Entschädigung<sup>54</sup>. Unter diesen finden sich etliche, die materielles Privatrecht enthalten, etwa das Erlöschen rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte, das vertragliche Rücktrittsrecht des privaten Käufers, das Erlöschen der kaufvertraglichen Pflichten des Verkäufers sowie der Eigentumsübergang auf die Gemeinde<sup>55</sup>. Durch Verweisungen werden die baugesetzlichen Vorschriften zusätzlich mit denjenigen des Bürgerlichen Gesetzbuches verzahnt<sup>56</sup>. Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt führt insoweit zu Brüchen im Normierungsprogramm. Nicht von ungefähr wird das Instrument als Herausforderung für die Einheit der Rechtsordnung angesehen<sup>57</sup>.

Ohne dass es hier auf die Details ankäme, kann als knappes Zwischenergebnis festgehalten werden, dass der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt sowohl materiell als auch prozessual zu Einordnungsproblemen im Verwaltungsrecht führt.

#### b) Privatrecht

Auch im Privatrecht birgt die Einordnung des Instruments einiges Problempotenzial. Beruft sich beispielsweise ein Kläger im Zivilprozess auf einen Vertragsanspruch oder auf eine Eigentümerstellung, die durch die Privatrechtsgestaltung eines Verwaltungsakts begründet wurde, so müsste für einen effektiven Zivilrechtsschutz eigentlich die Wirksamkeit des Verwaltungsakts von den Zivilgerichten inzident geprüft werden<sup>58</sup>. Die öffentlich-rechtlichen Voraussetzungen der Genehmigung sind aber nicht Gegenstand des Zivilgerichtsverfahrens<sup>59</sup>. Als Ausweg aus diesem Dilemma vertritt der Bundesgerichtshof die Auffassung, dass zivile Rechtswirkungen erst mit der Bestandskraft der Ausübungserklärung eintreten sollen<sup>60</sup>, was aber dem verwaltungsrechtlichen Grundsatz widerspricht, Wirksamkeit und Bestandskraft des Verwaltungsakts getrennt zu beurteilen<sup>61</sup>.

45 BVerwGE 78, 357 (359 ff.) – Heimaufsicht.

46 Vgl. M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (761); G. Manssen, Privatrechtsgestaltung (Fußn. 11), S. 287 ff.

47 BGH, NJW 1982, 2251 ff. (2252) – Grundstücksverkehrsgenehmigung; ähnlich bereits E. Forsthoff, Lehrbuch (Fußn. 5), § 13 2d (S. 270): »aus Gründen der Rechtssicherheit«; M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (763 f.).

48 So schon O. Bachof, JZ 1954, 416 (419), zum »Zwangsmietvertrag«; dies aufgreifend M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (754).

49 Vgl. M. Sachs, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG (Fußn. 1), § 49 Rdnr. 37.

50 Vgl. M. Sachs (Fußn. 49), § 48 Rdnr. 55, 102 f. m. w. N., auch zu den Ausnahmen von diesem Grundsatz.

51 M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (764) m. w. N.

52 Ausführlich dazu BVerwGE 48, 87 ff.; BVerwGE, NJW 1988, 275 f.

53 BGH, NJW 1956, 1918; kritisch dazu M. Bullinger, DÖV 1957, 761 ff.

54 §§ 24–28 BauGB; die Zahl gibt die Summe aller Fallgruppen, Beschluss- und Verzichtvarianten wieder.

55 § 28 Abs. 2 Sätze 3, 5 und 6 sowie Abs. 3 Sätze 2, 5 und 6 BauGB.

56 In § 28 Abs. 2 und 3 BauGB auf die §§ 346–354, 356, 504, 505 Abs. 2, 506–509, 512 BGB.

57 W. Wertenbruch, Verwaltungsakt (Fußn. 10), S. 89, 114.

58 So LG Frankfurt, NJW 1978, 597 (598).

59 M. Bullinger, DÖV 1957, 761 (762 f.) m. w. N.

60 BGH, NJW 1989, 37 ff. (38); zustimmend K. Roos (Fußn. 39), 27. Lfg. 1995, § 28 Rdnr. 20.

61 Das Gericht hat die Fallgruppe zusätzlich kompliziert, indem es differenzierend feststellte, dass zwar eine Leistungsbestimmung

vereinbaren, doch ist sie, ob wünschenswert oder nicht, normativ fest etabliert. Damit stellt sich auf absehbare Zeit die Frage nach den Verbindungsmöglichkeiten zwischen den Teilrechtsordnungen – nach rechtsdogmatischen Fäden, mit denen man »Auseinandergerissenes wieder zusammenführen« kann<sup>70</sup>.

### 1. Koordination und Auffangrechtsdogmatik

Weit entfernt von einer umfassenden Dogmatik der Koordination dominieren in diesem dogmatischen Brachland bisher Typologien, also bloße Gruppierungen rechtlicher Phänomene, die weder abschließend noch überschneidungsfrei gebildet werden<sup>71</sup>. Zur Perspektivenbildung knüpft die Lehre von den Auffangrelationen »an die unterschiedlichen Steuerungsleistungen beider Teilrechtsordnungen an und fragt, wie sich Regelungsbedürfnisse, die im Rahmen einer Teilrechtsordnung nicht ausreichend befriedigt werden können, durch Rückgriff auf Gestaltungselemente der anderen Teilrechtsordnung erfüllen und in diesem Sinne »auffangen« lassen<sup>72</sup>. Regelungseffekte im jeweils anderen Rechtsbereich lassen sich dabei zunächst mit klassischen Mitteln in der Teilrechtsordnung selbst etablieren, etwa wenn der privatrechtliche Schadensersatzanspruch inhaltlich die Baurechtswidrigkeit nach öffentlichem Recht voraussetzt oder wenn – in umgekehrter Richtung – die polizeirechtliche Zustandshaftung von der zivilistischen Eigentümerstellung abhängt. Derartige Verknüpfungen von öffentlichem und privatem Recht sind weder außergewöhnlich noch verdienen sie besonderes dogmatisches Augenmerk. Anders aber verhält es sich mit Instrumenten, die wie der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt derart zwischen den Teilrechtsordnungen platziert sind, dass sie sich keiner Seite abschließend zuordnen lassen, sondern vielmehr mit einem Bein im Privatrecht und mit dem anderen im öffentlichen Recht stehen. Instrumente dieser Zwischenwelt taucht die Auffangmetapher in ein neues Licht: Sinnhaftigkeit und Leistungsfähigkeit der verschiedenen Konstruktionen führt sie auf gemeinsame Steuerungsanliegen zurück. In diesem Kontext gilt der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt als »[p]rominentes Beispiel eines ... Transfers [von Daten zwischen den Teilrechtsordnungen] ohne begleitende Transformation«<sup>73</sup>, als Indikator für einen

Wechsel von der Trennungs- zur Verzahnungsperspektive<sup>74</sup>.

### 2. Spektrum der Koordinationsinstrumente

Will man das Potenzial des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts als eines Koordinationsinstruments zwischen öffentlichem und privatem Recht beurteilen, so empfiehlt sich ein Vergleich mit den übrigen rechtlichen »Baupformen«<sup>75</sup> der Koordination.

#### a) Verwaltungsakt als Prototyp

Der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt fungiert als Prototyp oder »Grundtypus«<sup>76</sup> all jener Instrumente, die der Gesetzgeber zwischen öffentlichem und privatem Recht angesiedelt hat – fest verankert im Formenkanon des Verwaltungsrechts, aber gleichzeitig integriert in die Steuerungsressourcen des Privatrechts, wo er unmittelbar und zwingend seine Wirkungen entfaltet. Wird die Privatisierung mit diesem Instrument kombiniert, so behält der Staat für jeden Einzelfall die Entscheidungshoheit: Das Handeln des privaten Trägers erlangt Rechtswirkung erst im Zusammenspiel mit dem behördlichen Akt, so dass die Gemeinwohlwahrung in einer Art »Engführung« gesichert wird.

#### b) Gestufte Steuerungsvorgaben

Von gestuften Steuerungsvorgaben kann man immer dann sprechen, wenn eine staatliche Regulierung zurücksteht, solange das förmlich festgesetzte Ziel von den Privatrechtssubjekten ohne staatliche Ingerenz sichergestellt wird<sup>77</sup>. Anders als der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt führen die Bedingungen einer gestuften Steuerungsvorgabe zu einem asynchronen Wechselspiel privatrechtlicher und öffentlichrechtlicher Verwirklichung: Hoheitliche Ergebniserzwingung wird erst dann aktiviert, wenn die privatrechtliche Rahmenordnung versagt hat. Dass dies kein bloß theoretischer Fall ist, hat jüngst die Entwicklung zum Dosenpfand gezeigt. Hier wurde die Pfandpflicht nach der Verpackungsverordnung automatisch ausgelöst, als der Anteil an Mehrwegverpackungen nach offizieller Erhebung und Nacherhebung unter 72 % fiel<sup>78</sup>. Gestufte

Zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998, S. 142 ff.; sowie die Beiträge in: Münchener Juristische Gesellschaft (Hrsg.), Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, 1996, sowie in: Schmidt (Hrsg.), Vielfalt (Fußn. 68).

70 So schon früh W. Wertenbruch, Verwaltungsakt (Fußn. 10), S. 89.

71 Vgl. etwa W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 ff. (273 ff., 278 ff., 305 ff.).

72 W. Hoffmann-Riem / E. Schmidt-Aßmann, Vorwort, in: dies. (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fußn. 71), S. 6 (Hervorhebungen im Original).

73 W. Hoffmann-Riem, Öffentliches Recht (Fußn. 71), S. 275.

74 H.-H. Trute, Wechselseitige Verzahnungen zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fußn. 71), S. 167 ff. (169 f.).

75 E. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen. Einleitende Problemskizze, in: ders./Hoffmann-Riem (Hrsg.), Öffentliches Recht (Fußn. 71), S. 7 ff. (31).

76 Vgl. E. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht (Fußn. 75), S. 31.

77 Sog. »gesteuerte Selbstregulierung« oder »regulierte Selbstregulierung«; vgl. etwa die Beiträge in: Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Festgabe für Hoffmann-Riem (= Die Verwaltung, Beiheft 4), 2001, insbes. D. Grimm, Regulierte Selbstregulierung in der Tradition des Verfassungsstaates, ebd., S. 9 ff. (18 f.); A. Voßkuhle, »Regulierte Selbstregulierung« – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, ebd., S. 197 ff.

78 § 9 VerpackV 1991; vgl. S. Thomsen, Produktverantwortung. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen einer Kreislaufwirtschaft, 1998, S. 93; sowie jüngst J. Hey, DVBL. 2002, 445 (446).

ansonsten privatautonom ablaufende Prozesse nötig macht<sup>88</sup>.

Unterschiedlich ist dabei vor allem die Intensität mit der die einzelnen Bauformen das öffentliche Interesse in ansonsten private Gestaltung eindringen. Bei autonomen Systemen kollektiver Aufgabenerfüllung – seien sie nun privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich organisiert – herrscht eine Regelungsautonomie vor, die nur durch die Aufgabendefinition eingeschränkt ist. In dieser Autonomie liegt der größte Unterschied zu den insoweit vergleichsweise dirigistischen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten, mit denen *in jedem Einzelfall* die hoheitliche Steuerung aktiviert wird. Organisationszwang und gestufte Steuerungsvorgaben stehen solch intensiver Einwirkung eher fern: bei ersterem wird nur die Durchsetzung verbessert, bei letzteren ist die Autonomie lediglich an eine Bedingung geknüpft. Damit bleibt der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt im Spektrum der Koordinationsinstrumente das Mittel der Wahl, wenn eine besonders intensive Steuerung im Einzelfall bewirkt werden soll.

Privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte lassen sich im Ergebnis als ein Ingerenzmittel charakterisieren, das mit hohem Aufwand (Einzelfallentscheidung) und unterdurchschnittlichem Autonomieanteil (keine Selbstverwaltungselemente) bei gleichzeitig geringen organisatorischen Anforderungen wirkt. Dass ein Verwaltungsrechtsinstrument mit diesem Eigenschaftsprofil keinesfalls unmodern ist, soll abschließend am Beispiel der gegenwärtigen Privatisierungsvorhaben gezeigt werden.

#### IV. Verwaltungsakt als Gestaltungsmittel der Privatisierung?

##### 1. Privatisierung als Gegenwartsaufgabe

Mehr noch als Umweltrecht, soziale Sicherungssysteme und Verfahrensbeschleunigung – die anderen Gegenwärtigen Themen des Verwaltungsrechts – dominieren Europäisierung und Privatisierung die aktuelle Diskussion<sup>89</sup>. Am prominentesten sind naturgemäß solche Sachgebiete, bei denen Privatisierung und Europäisierung zusammentreffen. Exemplarisch ist hierfür die Auseinandersetzung über die deutschen Sparkassen und Landesbanken, deren Gewährträgerhaftung im Beihilfestreit mit der Europäischen Kommission zu einem erheblichen Privatisierungsdruck geführt hat. Bund und Länder hatten bereits am 17. 7. 2001 als Kompromiss akzeptiert, ihre Einrichtungen innerhalb von vier Jahren umzugestalten<sup>90</sup>. Der Kompromiss ist durch minimalistische Anpassungen umgesetzt worden, bei denen das Wort »Gewährträger« durch »Träger« ausgetauscht und die Anstaltslast in eine marktwirtschaftliche Haftung umgedeutet wurde<sup>91</sup>. Dass derlei pragmatische, am *status quo* orientierte Lösungen nicht das ganze Poten-

zial der verwaltungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten ausschöpfen, liegt in der Natur des Streits. Wäre eine ergebnisoffene Privatisierung politisch möglich, so ließe sich am Beispiel der geteilten Organisationsprivatisierung zeigen, wie vergleichbare Ergebnisse mit weniger komplizierten und dadurch transparenteren Verantwortlichkeiten erreicht werden können, indem man auf den privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt als Koordinationsinstrument für private und öffentliche Interessen zurückgreift.

##### 2. Die geteilte Organisationsprivatisierung

###### a) Begriff und Bedeutung

Als »geteilte« Privatisierung kann man jene Fälle der (formellen) Organisationsprivatisierung bezeichnen, bei denen neben der neuen privaten Körperschaft eine weitere öffentlich-rechtliche Anstalt oder Körperschaft gegründet wird oder fortbesteht<sup>92</sup>. Was ursprünglich vollständig der Hoheitsgewalt unterlag, wird dadurch institutionell und funktionell in einen privaten und einen öffentlich-rechtlichen Teil aufgespalten. Eine (materielle) Aufgabenprivatisierung geht mit dieser Neuorganisation genau so weit einher, wie dem privaten Organisationsteil Entscheidungsgewalt zugebilligt wird. Es findet folglich keine vollständige materielle Privatisierung statt, keine komplette Auslagerung der Sachaufgabe aus der staatlichen Verantwortung, wie sie auch sonst selten vorkommt<sup>93</sup>.

Sinn und Zweck dieser Formwahl ist es, einerseits die privaten Marktkräfte zu aktivieren, andererseits aber das anerkannte öffentliche Interesse an der Erfüllung einer Hoheitsaufgabe weiterhin hoheitlicher Steuerung und Kontrolle vorzubehalten. Dadurch soll beispielsweise sichergestellt werden, dass Wasser überall preiswert verfügbar bleibt, der regionale Mittelstand eine Chance bei der Kreditvergabe behält, Arbeitslose ein Girokonto bekommen, die Sparkasse auch im entlegenen Dorf noch eine Filiale betreibt und die Hoheitsträger über einen verlässlichen Kanal zur Begebung von Anleihen verfügen. Was als ideale Kombination privater und öffentlicher Interessen zunächst naheliegend und einfach klingt, hat in der Praxis immer komplizierter ausufernde Konstruktionen

91 So im bayerischen Sparkassenrecht; vgl. den Gesetzentwurf der Staatsregierung zur Änderung des Sparkassengesetzes; LT-Drucks. 14/8443 vom 18. 12. 2001; publiziert unter <www.bayern.landtag.de>; sowie bei den Änderungen des nordrhein-westfälischen Sparkassengesetzes, vgl. Anhang zum Gesetz zur Neuregelung der Rechtsverhältnisse der öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute in Nordrhein-Westfalen, Entwurf der Landesregierung, LT-Drucks. 13/2124 vom 9. 1. 2002; publiziert unter <www.landtag.nrw.de>.

92 Verkürzt wird auch einfach von »Teilprivatisierung« gesprochen, etwa bei J. Hecker, Privatisierung unternehmenstragender Anstalten öffentlichen Rechts – Anstaltsrechtliche, demokratiestaatliche und privatisierungstheoretische Überlegungen am Beispiel der Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe (BWB), in: VerwArch. 92 (2001), 261 ff. (261); B. Wolfers / M. Kaufmann, DVBl. 2002, 507 (507).

93 H. Dreier, DÖV 2002, 537 (542); zur Terminologie jüngst ausführlich C. Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 107 ff.; J. A. Kämmerer, Privatisierung (Fußn. 66), S. 16 ff.

88 Zu dieser funktionalen Gemeinsamkeit G. Manssen, Privatrechtsgestaltung (Fußn. 11), S. 101.

89 Dazu H. Dreier, DÖV 2002, 537 ff. m. w. N.; dabei handelt es sich meist um »Instrumentendiskussionen«: E. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht (Fußn. 75), S. 11.

90 Kritisch hierzu I. Kemmler, DVBl. 2003, 100 ff.

die darin erscheinende öffentliche Gewalt<sup>99</sup>. Dieser Verleihungsakt ähnelt der Erteilung einer gewerberechtigten Betriebslaubnis, allerdings mit dem Unterschied, dass er Tätigkeiten im Bereich staatlicher Monopole betrifft<sup>100</sup>. Die resultierende Stellung des beliebigen Unternehmens gleicht derjenigen einer juristischen Person des öffentlichen Rechts<sup>101</sup>.

In jedem Fall besteht die Hauptpflicht des Konzessionärs darin, das öffentliche Unternehmen auf seine Kosten zu betreiben. Daneben gibt es regelmäßig weitere Konzessionsbedingungen, die im Gesetz, im Verleihungsakt<sup>102</sup> oder in einem Vertrag geregelt sein können (z. B. Konzessionsabgabe<sup>103</sup>, Heimfall, Rückkauf). Die Durchsetzung aller Pflichten obliegt der staatlichen Aufsicht, die neben allgemeinen Anweisungen auch Einzelfallregelungen als direktes Ingegnenzmittel treffen oder die Konzession als *ultima ratio* einseitig wieder entziehen kann<sup>104</sup>. Es gilt der Satz: »Das Rechtsverhältnis zwischen Konzessionär und Konzedent untersteht in allen Beziehungen dem öffentlichen Recht.«<sup>105</sup> Das Rechtsverhältnis zwischen dem Konzessionsunternehmen und den Leistungsempfängern ist hingegen – anders als bei der öffentlichen Anstalt – privatrechtlich ausgestaltet und bietet darum einen Angriffspunkt für die zusätzliche Besteuerung durch privatrechtsgestaltende Verwaltungsakte. So kann beispielsweise – wie etwa bei den früheren Eisenbahnkonzessionen<sup>106</sup> – zwar eine Tarifhoheit der Betreiber gewährt werden, diese jedoch gleichzeitig eingebunden sein in eine staatliche Genehmigung oder Rahmensezung. In dieser Rückbindung der Preise sind Anstalts- und Konzessionslösungen in ihrer Steuerungsleistung vergleichbar, wie die Parallele zu den gesetzlichen Gebührenregeln für die Berliner Wasserwerke zeigt<sup>107</sup>.

99 So bei *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 95; ebenso, aber mit dem Zusatz »zur Ausübung eigenen Namens«, ebd., S. 243.

100 Vgl. schon *F. Fleiner*, Institutionen (Fußn. 7), S. 274 ff.; *G. Jellinek*, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 249. Ausführlich zu öffentlichrechtlichen Monopolen (Regalen) *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Fußn. 27), § 43 ff. (S. 479 ff.); dort (§ 46, S. 549) auch zur noch feineren Unterscheidung zwischen Privilegien und Konzessionen.

101 So schon *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 243 f. Das vielleicht interessanteste historische Beispiel der Unternehmenskonzession, in dem sich auch einige der heutigen Privatisierungsvorhaben spiegeln lassen, war die Konstruktion der Reichsbank: Sie war als AG-ähnliche Privatgesellschaft organisiert, welcher durch gesetzlichen Gründungsakt der Betrieb des gleichnamigen öffentlichen Unternehmens »Reichsbank« verliehen wurde – mithin als private Eignergemeinschaft, deren Geschäft aber als hoheitliches durch Beamte des Reiches zu besorgen war. Vgl. die Details bei *Otto Mayer*, Verwaltungsrecht (Fußn. 7), S. 251 f.

102 Früher verbrieft in einer besonderen »Konzessionsurkunde«; vgl. *F. Fleiner*, Institutionen (Fußn. 7), S. 277 f.

103 Vgl. dazu *J. Wieland*, Die Konzessionsabgaben. Zur Belastung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Erlaubnisse mit Abgaben, 1991, S. 89 ff., 139 ff.

104 Aufhebung der Konzession; vgl. *E. R. Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I (Fußn. 27), § 6 (S. 61), § 46 (S. 544 f.).

105 *F. Fleiner*, Institutionen (Fußn. 7), S. 278.

106 *F. Fleiner*, Institutionen (Fußn. 7), S. 280.

#### b) Einzelne Privatisierungsalternativen

Worin bestehen nun die einzelnen Gestaltungsalternativen der Privatisierung, die im Rahmen des Anstalts-, Konzessions- oder Marktmodells vom privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt Gebrauch machen?

aa) Am einfachsten lässt sich die Alternativgestaltung beim Privatisierungsmodell der *Berliner Wasserwerke* demonstrieren. Hier kam die Rolle eines zentralen Wächters über das öffentliche Interesse dem »Weisungsausschuss« zu – der zwischengeschalteten Institution also, die einen geschäftlichen Befehl (»Weisung«) der privat organisierten Holding an die weiterhin als öffentlich-rechtliche Anstalt organisierten Wasserwerke filtern sollte. Im Idealmodell der Konstruktion wäre dadurch demokratische Legitimität produziert worden: Der Input des Ausschusses, also der private Handlungsbefehl an die Geschäftsführung der Wasserwerke, wird durch die mehrheitlich demokratisch legitimierte Instanz gefiltert und führt dadurch zu einem Output, in dem jeweils das öffentliche Interesse an einer gleichmäßigen, hochwertigen und preisgünstigen Wasserversorgung repräsentiert ist. Nach dem Urteil des Berliner Verfassungsgerichtshofs kommt es in diesem Modell nicht mehr darauf an, ob auch die private Holding mehrheitlich aus demokratisch legitimierten Personen zusammengesetzt ist. Vielmehr wird die Legitimation im Konstruktionselement des Entscheidungsfilters »Weisungsausschuss« generiert.

Das Berliner Modell mag sogar funktionieren. Doch ist der organisatorisch-institutionelle Aufwand gewaltig: Mit dem »Weisungsausschuss« wird ein neues Gesellschaftsorgan erfunden, das regelmäßig mit demokratisch legitimierten Vertretern besetzt werden muss; dieses Gremium muss kontinuierlich tätig sein können, um die privatgeschäftliche Steuerung der öffentlichen Einrichtung zu sichern; schließlich wird der ohnehin komplizierten mehrgliedrigen Organisation von Anstalt und Holding noch eine weitere Ebene hinzugefügt, die das entstehende Gebilde undurchsichtiger macht, als es bei einer schlichten Privatisierung nötig wäre.

Mit dem Instrument des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts hätte all dies erheblich einfacher verwirklicht werden können. Stellt man die private Weisung an die öffentlich-rechtliche Anstalt »Wasserwerke« unter den Genehmigungsvorbehalt einer Aufsichtsbehörde, so ist die Wirksamkeit des Steuerungsanspruchs im Holdingvertrag jeweils von einer Verwaltungsentscheidung abhängig. Stimmt die Aufsichtsbehörde der Weisung zu, so tritt unmittelbar und zwingend die Bindung der Anstalt an den geschäftlichen Befehl der privaten Holding ein. Weist die Aufsichtsbehörde hingegen den Geschäftsbefehl zurück, so hat sie damit das öffentliche Interesse gegenüber der privaten Steuerung durchgesetzt. Da die Verwaltung ohnehin demokratisch legitimiert und durch das Gesetz an die öffentlichen Interessen der Daseinsvorsorge gebunden ist, muss auch kein kompliziertes neues Gremium geschaffen werden, das die Filterwirkung übernimmt. Entbehrlich sind dadurch alle Regeln über die Zusammensetzung dieses Gremiums, über seine Leitung und das Verfahren

107 Vgl. *BerlVerfGH*, NVwZ 2000, 794 (797 ff.).

markt: organisatorisch separat wird jede einzelne Maßnahme eindeutig als staatlicher Eingriffsakt deutlich.

Bleibt die Frage, ob der privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt im Vergleich der Privatisierungsvarianten nicht an fehlender Effizienz scheitern muss? Immerhin führt beispielsweise ein Genehmigungsvorbehalt dazu, dass private Rechtsgeschäfte nicht sofort wirksam werden; selbst ein bloßes Eintrittsrecht (z. B. Vorkaufsrecht) stellt den privaten Rechtsverkehr unter einen Vorbehalt und kann zu Verunsicherung führen. Die Antwort auf solche Einwände kann analog zu den bekannten Instrumenten gegeben werden. Bei Bodenverkehrsgenehmigungen hat es sich bewährt, durch Fristbindung eine fiktive Genehmigungserteilung auszulösen. Und in der Preiskontrolle ist die generalisierte Genehmigung von Tarifen möglich, so dass nicht jeder Einzelvertrag unter einen Vorbehalt gestellt werden muss. Insgesamt ist damit auch der privatrechtsgestaltende Verwaltungsakt ein Instrument, das effizient eingesetzt werden kann.

#### V. Fazit

In Anlehnung an chirurgische Termini kann man das Potenzial des privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakts als Koordinationsmittel zwischen öffentlichem und privatem Recht dadurch charakterisieren, dass man ihn als ein *mini-*

*malinvasives* Instrument begreift. Mit dem Verwaltungsakt lässt sich das öffentliche Interesse punktgenau und präventiv in den privatrechtlichen Organisationsrahmen einschleusen, ohne neue und unübersichtliche Institutionen für die staatliche Einflussnahme zu schaffen. An die Stelle neuen Organisationsballasts tritt die transparente Einzelingerenz. Dabei wird die demokratische Legitimation des hoheitlichen Handelns auf traditionellen Bahnen geführt – vermittelt durch die Weisungskette der Administration, die ihren Ursprung wiederum im volksgewählten Parlament findet<sup>111</sup>. Die Vorteile sind hier ähnlich wie bei dem ebenfalls altertümlich klingenden Mittel der Konzession: Sachliche und rechtliche Verantwortung bleiben bei der öffentlichen Verwaltung, wohingegen der Betrieb des Geschäftes in private Hand übergeht. Solche Lösungen mögen nicht den Glanz der komplizierten Organisationsprivatisierungen haben, die derzeit *en vogue* sind, doch verdienen sie eine rückbesinnende Reaktivierung, weil mit ihnen ein einfaches Mittel zur Verfügung steht, das die unterschiedlichen Verantwortungsbereiche gleichermaßen transparent wie rechtlich zutreffend erfasst<sup>112</sup>.

111 Vgl. H. Dreier, DÖV 2002, 537 (538) m. w. N.

112 So E. Schmidt-Aßmann, Öffentliches Recht (Fußn. 75), S. 32 zum Instrument der Konzessionierung.

## Bericht

### Umsetzung und Vollzug von EG-Richtlinien im Straßenrecht

– Straßenrechtstagung 2003 in Saarbrücken –

Von Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stüer, Richter am Anwaltsgerichtshof NRW, Münster/Osnabrück\*

Während die Beratungen der Straßenrechtler in Deutschland sich früher auf die deutsche Rechtsentwicklung konzentrieren konnten und ein Blick über die Nachbargrenzen kaum gefragt war, wird heute auch das Straßenrecht in Deutschland maßgeblich von der EU in Brüssel und dem EuGH in Luxemburg bestimmt. Vor allem das Richtlinienrecht aber auch die gelegentlichen richterlichen Donnerschläge aus Luxemburg haben in Fachkreisen ein Umdenken eingeleitet, das noch keinesfalls abgeschlossen ist. Denn seit verschiedene straßenrechtliche Großprojekte scheinbar wie aus heiterem Himmel an der Nichteinhaltung europarechtlicher Vorgaben gescheitert sind, ist wohl jedermann klar geworden, dass mit dem Europarecht schon lange nicht mehr zu spaßen ist.

Es lag daher im Trend dieser wachsenden Bedeutung des Europarechts, dass auch das diesjährige Forschungsseminar der Universität des Saarlandes und des Arbeitsaus-

schusses »Straßenrecht« der Forschungsgesellschaft für das Straßen- und Verkehrswesen ganz im Zeichen der europäischen Rechtsentwicklung stand. Die Einladung der bewährten Tagungsleiter Prof. Dr. Willi Blümel (Speyer) und Prof. Dr. Klaus Grupp (Saarbrücken) hatte immerhin mehr als 50 führende Straßenrechtler Deutschlands am 22./23. 9. 2003 bei strahlendem Spätsommerwetter auf dem Universitätscampus in der Saarmetropole versammelt.

#### Umsetzung der Umgebungslärm-Richtlinie in nationales Recht

Das Europarecht ist inzwischen angetreten, den Umgebungslärm, dem Menschen insbesondere in bebauten Gebieten, in öffentlichen Parks oder anderen ruhigen Gebieten eines Ballungsraums oder auf dem Land, in der Umgebung von Schulgebäuden oder Krankenhäusern sowie anderen lärmempfindlichen Gebäuden und Gebieten ausgesetzt sind, zu verringern. In das Blickfeld sind dabei vor allem der Lärm von Verkehrsmitteln, wie Straßenverkehr, Eisenbahnverkehr, Flugverkehr sowie von der Industrie

\* Vgl. dazu die Berichte Rieder, DVBl. 2001, 352; Stüer, DVBl. 1995, 1345; ders., DVBl. 1997, 479; ders., DVBl. 1998, 224; ders., DVBl. 1999, 1640; ders., DVBl. 2002, 238; ders., DVBl. 2003, 582.