

CLAUDIO FRANZIUS

Gewährleistung
im Recht

Jus Publicum

177

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM
Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 177



Claudio Franzius

Gewährleistung im Recht

Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells
öffentlicher Dienstleistungen

Mohr Siebeck

Claudio Franzius, geboren 1963, 1985–1992 Studium der Rechtswissenschaft, Politikwissenschaft und Ethnologie an der Freien Universität Berlin und in Montpellier; 1992 und 1995 Erstes und Zweites Staatsexamen; 1994–2000 wiss. Mitarbeiter an der Humboldt-Universität zu Berlin, 1999 Promotion; 2000–2003 wiss. Koordinator des Postgraduierten-Studiengangs Europawissenschaften; 2004–2007 wiss. Assistent an der FU Berlin; 2007 Habilitation an der HU Berlin; 2008 Vertretung der Professur für Öffentliches Recht, Finanz- und Steuerrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

e-ISBN PDF 978-3-16-151258-2

ISBN 978-3-16-149641-7

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2009 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die europäische Marktliberalisierung wirft Fragen auf, die mit dem Hinweis auf den Wandel von Staatlichkeit nicht beantwortet sind. Erforderlich werden neue Regelungsstrukturen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen. Die Arbeit will das für das öffentliche Gewährleistungsrecht verdeutlichen.

Daß die Herausforderungen des Rechts immer weniger in der Dichotomie von Staat und Markt abzubilden sind, gilt in besonderem Maße für die überkommenen Aufgaben der Daseinsvorsorge unter dem neuen Leitbild des Gewährleistungsstaates. Die Erarbeitung eines Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen setzt die Rekonstruktion der europäischen Rechtsordnung als Gewährleistungs- und Regelungsverbund voraus. Die hierin angelegte Transformation des Mitgliedstaates zum Gewährleistungsstaat basiert auf institutionalisiertem Vertrauen, das als Legitimationsbasis für ein Struktur-gewährleistungsrecht fungieren kann. Das erlaubt den Umbau der Daseinsvorsorge bei schärferem Wettbewerb, ohne das Gemeinwohl zu vernachlässigen.

Die vorliegende Arbeit lag im Wintersemester 2007/08 der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Habilitationsschrift vor. Mein Dank gilt Professor Dr. Michael Kloepfer, der die Rolle des Gewährleisters wörtlich nahm. Er ließ mir Ruhe und Zeit, um dann umso zügiger das Habilitationsverfahren zum Abschluss zu bringen. Professor Dr. Gunnar Folke Schuppert hat nicht nur das Zweitgutachten erstellt. Seine Fragen wurden meine Fragen, und die analytischen Unterscheidungen seiner Beiträge bilden die Folie dieser Arbeit. Besonders zu erwähnen ist ferner Professor Dr. Ulrich K. Preuß, in dessen Kolloquium ich eine erste Skizze der Untersuchung vorstellen konnte. Er ließ mein Interesse an Theorie nicht erlahmen und gewährte Zuflucht in schwierigen Zeiten.

Die Arbeit hat von vielen Menschen profitieren können. Hervorheben will ich die Professoren Dres. Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, vor allem mit den Arbeitstreffen zu den Grundlagen des Verwaltungsrechts. Sie haben den Kreis der reformorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft offen gehalten und mir die Augen für die Chancen und Risiken der Steuerungsperspektive geöffnet. Ebenfalls zum Gelingen beigetragen haben – jeder für sich – Sigrid Boysen, Christian Herbst, Christian Joerges, Engin Kunter, Bernd Ladwig, Florian Meinel, Christoph

Möllers, Jürgen Neyer, Alexander Peters, Annelin Starke und Thomas Vesting. Den Abschluß bildeten Franz-Peter Gillig mit der Aufnahme der Arbeit in diese Reihe und die Deutsche Forschungsgemeinschaft mit der Gewährung einer Publikationsbeihilfe. Allen gebührt mein herzlicher Dank.

Wissenschaft braucht Bodenhaftung. Deshalb habe ich dieses Buch nicht ohne Flora, Anton und Helene beginnen und nicht ohne Inke zu Ende schreiben können. Ihnen sei es gewidmet.

Ferchels, im Sommer 2008

Claudio Franzius

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1
<i>Erster Teil: Idee der Gewährleistung</i>	
§ 1 Begriff	6
§ 2 Bezugsebenen	14
§ 3 Wandel staatlicher Gewährleistung – Modelle der Gemeinwohlverwirklichung	24
<i>Zweiter Teil: Europäische Gewährleistungsdimension</i>	
§ 4 Gewährleistungs- und Regelungsverbund	151
§ 5 Systemwechsel durch Verfassung?	226
<i>Dritter Teil: Gewährleistung in Wettbewerbsstrukturen</i>	
§ 6 Umbau der Daseinsvorsorge	364
§ 7 Wettbewerbsmodelle	413
<i>Vierter Teil: Gewährleistungsrecht</i>	
§ 8 Gewährleistung funktionierender Grundstrukturen öffentlicher Dienstleistungen	549
§ 9 Verschränkung der Handlungslogiken durch Struktur- gewährleistungsrecht	599
§ 10 Synthesen	630
Zusammenfassung	665
Literaturverzeichnis	685
Sachverzeichnis	761

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
-------------------	---

Einleitung	1
----------------------	---

Erster Teil

Idee der Gewährleistung

§ 1 <i>Begriff</i>	6
------------------------------	---

§ 2 <i>Bezugsebenen</i>	14
-----------------------------------	----

A. Freiheitsgewährleistung	14
--------------------------------------	----

B. Rechtsgewährleistung	17
-----------------------------------	----

C. Strukturgewährleistung	21
-------------------------------------	----

§ 3 <i>Wandel staatlicher Gewährleistung – Modelle der Gemeinwohlverwirklichung</i>	24
---	----

A. Staatsmodell	25
---------------------------	----

I. Gemeinwohl durch den Staat	25
---	----

1. Gewährleistung und Gemeinwohl	26
--	----

2. Liberaler Rechtsstaat	29
------------------------------------	----

II. Leistungsstaatliche Herausforderungen	32
---	----

1. Materialisierung der Rechtsordnung	32
---	----

2. Überforderung des Staates als Konstante	39
--	----

B. Marktmodell	42
--------------------------	----

I. Privatisierung und Gemeinwohl	43
--	----

1. Bürger als Gemeinwohllakteur	43
---	----

2. Öffnung gegenüber der europäischen Integration	49
---	----

II. Grenzen marktlicher Gemeinwohlerbringung	56
--	----

1. Unbehagen in der Staatsrechtslehre	57
---	----

2. Politik- und sozialwissenschaftliche Kritik	62
--	----

3. Ökonomische Skepsis	70
----------------------------------	----

C. Regelungsmodell	75
I. Gemeinwohl im Gewährleistungsstaat	77
1. Ambivalenz des Leitbildes	77
2. Arbeitsteilige Gemeinwohlverwirklichung	83
a) Staat und Gesellschaft	84
b) Staatsaufgabe als Ordnungsfaktor?	91
3. Verantwortungsteilung	96
a) Leistungsfähigkeit des Begriffs	96
b) Verantwortung im Recht – Recht als Steuerungs- medium	102
c) Herausforderungen	111
II. Verortung staatlicher Gewährleistungsverantwortung	121
1. Ausgangsüberlegungen	122
a) Stufenmodell	122
b) Teilungsmodell	126
c) Trennungsmodell	129
2. Herausbildung der Gewährleistungsverwaltung	134
a) Verwaltungsrecht als Regelungsressource	135
b) Abgrenzung und Regelungsprofil	141

Zweiter Teil

Europäische Gewährleistungsdimension

§ 4 <i>Gewährleistungs- und Regelungsverbund</i>	151
A. Grundlegung	152
I. Europäisches Verfassungsrecht	153
II. Europäisches Verwaltungsrecht	170
B. Vorsichtgebote gegenüber Vorrangrelationen	176
I. Föderale Balance	177
II. Unvollkommener Binnenmarkt	182
C. Eingeschränkter Nutzen der Governance-Perspektive	188
I. Beschreibung von Grenzverwischungen	190
II. Relativierungen des Staatsbegriffs	194
D. Vertrauen als Grundlage der Gewährleistungsidee	202
I. Systemvertrauen	202
II. Prinzipienvertrauen	209
§ 5 <i>Systemwechsel durch Verfassung?</i>	225
A. Legitimation trotz Einheitsverlust	227
I. Grundlagen	227

II. Input, Output und dann?	236
III. Nicht-mehr und Noch-nicht	246
B. Konstitutionalisierung von Vertrauen	254
I. Rolle des Rechts	256
II. Sprung, Flucht und Differenz	265
C. Gewährleistungsdimension der Unionsbürgerschaft	279
I. Horizontale Rechtswirkung	281
II. Ausgestaltungsbedarf der Unionsbürgerschaft	289
III. Gesetzgebung und Rechtsprechung	295
D. Folgerungen für das Demokratieprinzip	302
I. Organisation von Herrschaft	304
II. Demokratie als Prinzip	309
III. Zwischen Normativität und Realismus: Demokratie jenseits des Staates?	314
1. Demokratische Verwirklichungswege	314
2. Organisation von Regelungsstrukturen	319
3. Institutionelle Implikationen	323
IV. Ausdifferenzierung und Pluralisierung der Verwaltungsorganisation	327
1. Gesetz als Basislegitimation	330
2. Unsicherheiten im Differenzierungsmaßstab	338
3. Überwirkende Legitimationsverantwortung	345
E. Fazit	353

Dritter Teil

Gewährleistung in Wettbewerbsstrukturen

§ 6 <i>Umbau der Daseinsvorsorge</i>	364
A. Drei Beispiele	364
B. Europäische Wirtschaftsverfassung	373
I. Funktionsgarantie des Binnenmarkts	374
1. Integrationsnormen	374
2. Soziale Dimensionen des Binnenmarkts	379
II. Souveränitätsvorbehalte des Staates?	385
1. Übersetzungsbedarf	385
2. Unionsverfassungsrechtlicher Begriff des Staates	390
3. Bindungspostulate des Unionsverfassungsrechts	395
III. Überformung des Verhältnisses von Staat und Markt	402
C. Modellvielfalt des Rechts	405

§ 7 Wettbewerbsmodelle	413
A. Wettbewerb im Markt	414
I. Regulierung	416
II. Neuer Verwaltungstypus	424
1. Organisatorische Verselbständigung der Regulierungskompetenzen	426
2. Grundstruktur der Netzregulierung	432
a) Entflechtung	432
b) Preisbildung	433
c) Transparenz	437
3. Verschränkungslogik	439
III. Koordinierungsbedarf	444
1. Verbundperspektive	447
2. Eingeschränkte Vorbildfunktion des Telekommunikationsrechts	450
3. Regulierungsagenturen als Modell europäischer Verwaltung	454
IV. Transnationale Netzwerke	457
1. Transnationalität als Rechtsproblem	458
a) Rechtliche Irritationen	462
b) Verlust des rechtlichen Substrats?	468
c) Konzeptionelle Neuausrichtung	471
2. Netzwerk als Organisationsform	474
a) Deskription statt Normativität?	476
b) Überschießende Effekte des Netzwerkbegriffs	480
c) Vertrauensdimension	483
V. Ordnungsperspektive	484
VI. Fazit	493
B. Wettbewerb um den Markt	493
I. Ausschreibung	495
II. Gewährleistungsvergaberecht	503
1. Jenseits des Kartellvergaberechts: Dienstleistungskonzessionen	505
a) Entgeltlichkeit	508
b) Vertrag	512
c) Herleitung der Pflichten	515
2. Maßstäbe des Vergaberechts: Entpolitisierung durch Europäisierung?	518
a) Vergaberechtlicher Steuerungsrahmen	518
b) Koordinierungsfunktion des europäischen Vergaberechts	521
c) Wettbewerblicher Dialog	527

III. Recht und Politik: Verkoppelungsleistungen	529
1. Public Private Partnerships	529
2. Die Richtlinie als Gewährleistungsinstrument	535
IV. Ordnungsperspektive	542

Vierter Teil

Gewährleistungsrecht

§ 8 <i>Gewährleistung funktionierender Grundstrukturen öffentlicher Dienstleistungen</i>	549
A. Europäisches Primärrecht	549
I. Kontextverschiebungen	551
II. Verlagerung der Wertungen	558
B. Bauformen öffentlichen Gewährleistungsrechts	566
I. Modell der Universaldienste	566
II. Organisation und Finanzierung der Leistungserbringung	569
1. Steuerung unter Effizienzmaßstäben	570
2. Organisation der Auswahlentscheidung	574
3. Finanzierung durch Ausgleichszahlungen	580
a) Beihilfenrecht	581
b) Altmark in der Governance-Perspektive	585
c) Gegensteuern durch die Kommission?	588
III. Qualität der Leistungserbringung	592
C. Rahmenrichtlinie für öffentliche Dienstleistungen	595
§ 9 <i>Verschränkung der Handlungslogiken durch Strukturgewährleistungsrecht</i>	599
A. Koordinationsmodus	600
B. Strukturgesetz und Strukturvertrag	602
I. Problemlösungen	602
II. Verarbeitungsbedarf	607
III. Gesetz und Vertrag	611
C. Wissen und Kontrolle im Gewährleistungsrecht	615
I. Wissensprobleme und institutionelles Lernen	616
II. Jenseits von Staats- und Wirtschaftsaufsicht: Gewährleistungsaufsicht	618
III. Konfliktbewältigung durch Gewährleistungsrecht	622
D. Reservefunktion des Staates?	626

§ 10 <i>Synthesen</i>	630
A. Wandel des Leitbildes	630
I. Attraktivität	631
II. Verknüpfung der Fragestellungen	633
III. Ausprägungen	635
B. Regelungsstrukturen: Staat oder Recht?	636
I. Rechtsetzungsverantwortung	637
II. Gewährleistung und Regulierung	641
III. Rechtserzeugung in Regelungsnetzwerken	646
1. Differenz	646
2. Austausch von Einheitsformeln	647
3. Modifikation, Ersatz und Autonomie	649
C. Vertrauensinfrastruktur	650
I. Abschied von der Dogmatik?	651
II. Neue Autonomie des Rechts	656
<i>Zusammenfassung</i>	665
Erster Teil	665
Zweiter Teil	668
Dritter Teil	675
Vierter Teil	680
Literaturverzeichnis	685
Sachverzeichnis	761

Einleitung

Zu den großen Fragen des Öffentlichen Rechts gehören die Transformationsprozesse gemeinwohlorientierter Politik infolge der Herausforderungen von Europäisierung und Internationalisierung. Unsicher ist schon, wie die Rechtswissenschaft diesen Wandel beobachten soll, zumal seine Historisierung längst eingesetzt hat. Vorliegend wird davon ausgegangen, daß sich Recht weder in Fremdsteuerungen der Politik noch in bloßen Selbstbeschreibungen erschöpft.

Seit einiger Zeit werden Verschiebungen im Verhältnis von Staat und Gesellschaft unter dem Gewährleistungsparadigma diskutiert.¹ Vor allem die jüngere Reformdiskussion zum Verwaltungsrecht thematisiert in einer eigentümlichen Nähe und Distanz zu aktuellen Methoden- und Theoriefragen das Leitbild des Gewährleistungsstaates. Unter dessen Suggestionskraft erhalten die als bedrohlich empfundenen Privatisierungs- und Liberalisierungsschübe eine Heimat, die eine Verteidigung des politischen Primats mit den Mitteln rechtlicher Rationalität zu erlauben scheint. Dabei wird weniger auf eine Textanalyse der grundgesetzlichen Verwendung des Gewährleistungsbegriffs als auf die assoziative Kraft des ursprünglich zivilrechtlichen Rechtsbegriffs gesetzt und theoretisch an die Kategorie des *Öffentlichen* als einem Vermittlungsbegriff zwischen staatlichem und privaten Handeln angeknüpft.²

Die besondere Anziehungskraft des Gewährleistungsparadigmas für die Rechtswissenschaft ist nicht zufällig, wird der Akzent doch auf den regelsetzenden Staat in einer Ausdifferenzierung der Verantwortungstiefe gesetzt. Neben die traditionellen Formen der Ordnungs- und der Leistungsverwaltung trete mit der Gewährleistungsverwaltung ein dritter Typ, der sich weniger durch den Abbau als die Zunahme von Regulierungen, wenn auch bezogen auf gesellschaftliche Selbstregulierung, kennzeichnen lasse.³ Eine Reihe

¹ Vgl. etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, S. 15 ff.

² Diese Beobachtung auch bei *Christoph Möllers*, *Staatstheorie: Grundzüge ihrer rechtswissenschaftlichen Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland*, *TranState Working Papers* 63 (2007), S. 23.

³ Vgl. im Anschluß an das Symposium für *Hoffmann-Riem*, *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001) *Andreas Voßkuhle*, *Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung*, *VVDStRL* 62 (2003), S. 266 (304 ff.). Zur Rezeption der Figur regulierter Selbstregulierung zuletzt *Anselm Christian Thoma*, *Regulierte Selbstregulierung im Ordnungsrechtsrecht*, 2008, S. 23 ff.

von traditionellen Rechtsinstituten, aber auch basale Leitunterscheidungen sind auf diese Weise in das Fahrwasser eines Gewährleistungsverwaltungsrechts geraten, dessen Konturierung schulbildend eingesetzt hat.

Dabei ist nicht immer klar, ob dieses Gewährleistungsrecht als Produkt des Staates ausgewiesen und damit als spezifischer Modus des Gewährleistungsstaates verstanden werden sollte. Eine solche Betrachtung erhöht Rezeptionschancen, läßt sich das Leitbild des Gewährleistungsstaates doch als Fortentwicklung der Daseinsvorsorge verstehen, womit an tradierte, aber wandelbare Verwaltungsbilder angeknüpft werden kann.⁴ Methodisch kauft man sich allerdings alle Probleme ein, die eine unbekümmerte Verwendung soziologischer Begriffe im Verwaltungsrecht provozieren und es fragt sich, welchen Wert ein national geprägter Begriff in europarechtlich determinierten Rechtsgebieten haben kann. Versteht man demgegenüber das Gewährleistungsrecht als Abbeugung eines neuen Verwaltungstyps, erscheint der Staat als eine Konstruktion des Rechts, das weniger in territorialen als in funktionalen Grenzen gegenüber anderen Sozialsystemen für die europäische Überformung geöffnet wird.

Die Kritik an linearen Fortschreibungen dessen, was bisher unter dem Begriff der Daseinsvorsorge behandelt wurde, ist nicht deckungsgleich mit dem Plädoyer für die wettbewerbliche Erbringung öffentlicher Dienstleistungen. Aber die Gewährleistungsordnung hat zu berücksichtigen, daß sich rechtliche Steuerung, wenn auch nicht prinzipiell, so doch vermehrt auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung beschränkt. Nimmt man die Regelungsstrukturen in den Blick, liegt darin eine Öffnung gegenüber der Beobachtungsperspektive von *Governance* und eine Herausforderung an die Dogmatik des Verwaltungsrechts, das sich nicht nur gegenüber der europäischen Überformung, sondern auch theoriegeleiteten Zugriffen zu öffnen hat.⁵ Angeboten wird, die Regelungsfragen öffentlicher Dienstleistungen in einem Struktur Gewährleistungsrecht zu verarbeiten, das über ein Marktregulierungsrecht⁶ hinausgeht, aber nicht als Gewährleistungsverwal-

⁴ In diesem Sinne *Gunmar Folke Schuppert*, in: ders. (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, 2005, S. 11 ff. Zur Erosion des Ordnungsmodells *Hans-Heinrich Trute*, *Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat*, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 329 ff.

⁵ Vgl. *Hans-Heinrich Trute u.a.*, *Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 451 ff.; *Claudio Franzius*, *Governance und Regelungsstrukturen*, *VerwArch.* 95 (2006), S. 186 ff.

⁶ Für eine Engführung *Johannes Masing*, *Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?*, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006; teilweise anders im gleichnamigen Begleitauufsatz *Hans Christian Röhl*, *JZ* 2006, 831 ff.

tungsrecht auf die Singularität des offenen, aber als letztverantwortlich ausgewiesenen Staates bezogen werden kann.⁷

Mit dem Gewährleistungsbegriff werden Veränderungen im Öffentlichen Recht einzufangen versucht, die an Verschiebungen der Aufgabenerfüllung anknüpfen und auf Privatisierungen der jüngeren Zeit reagieren, aber nicht allein durch Regulierungsrecht bzw. Privatisierungsfolgenrecht beschrieben werden können.⁸ Diesen Herausforderungen ist nicht einfach mit der Fortschreibung des Gewährleistungsstaates, sondern im Begriff des Gewährleistungsrechts zu begegnen.⁹ Seine Konturen werden in einer europäischen Perspektive deutlich, die für rechtswissenschaftliche Zugriffe in vorliegender Arbeit rekonstruiert wird.

Obgleich die Arbeit einen europarechtlichen Schwerpunkt hat, versteht sie sich nicht allein als Beitrag zum Europarecht, sondern will den Kontext in den Wechselwirkungen zum nationalen Recht verdeutlichen. Wie geht das Öffentliche Recht mit privaten Handlungsbeiträgen zur Gemeinwohlverwirklichung um? Welchen Wert hat ein Konzept von Gewährleistungsrecht innerhalb der Rechtswissenschaft, um die Grundlagen eines europäischen Regelungsmodells öffentlicher Dienstleistungen zu markieren? Methodisch sieht sich die vorliegende Arbeit weder einem Begriffspositivismus noch einer typologisierenden Betrachtungsweise verpflichtet. Es geht um das Ausloten strukturbildender Begriffe für den Erhalt verfassungsrechtlicher Sicherungen eines grundlegenden Umbaus des Wohlfahrtsstaates, der Leistungen nicht eigenhändig erbringt, sondern deren Erbringung durch nicht-staatliche Akteure gewährleistet.

Das will die Arbeit in vier Teilen veranschaulichen. Nach einer historischen Rekonstruktion der Gewährleistungsidee macht der zweite Teil ihre Einbindung in den europäischen Kontext deutlich, wobei von einem Gewährleistungs- und Regelungsverbund ausgegangen wird, der vor allem Legitimationsfragen aufwirft. Der dritte Teil kann daran anschließen und behandelt den Umbau der Daseinsvorsorge in zwei Wettbewerbsmodellen, während im vierten Teil die Bauformen eines europäisch vorgeprägten Struk-

⁷ Siehe auch *Thomas Vesting*, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der Informations- und Wissensgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000, S. 101 (111 ff.). Zur europäischen und internationalen Dimension *Matthias Ruffert*, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, *DÖV* 2007, 761 ff. und *ders.*, Perspektiven des Internationalen Verwaltungsrechts, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), *Internationales Verwaltungsrecht*, 2007, S. 395 ff.

⁸ Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, 3. Kap. Rn. 114 ff.; s. auch *Friedrich Schoch*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, *NVwZ* 2008, 241 (245 ff.).

⁹ Siehe bereits *Claudio Franzius*, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: Schuppert (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat*, S. 53 ff.

turgewährleistungsrechts vorgestellt und in Synthesen perspektivisch zusammengefaßt werden. Dabei geht es nicht einfach um die Weiterentwicklung der Dogmatik des Gewährleistungsverwaltungsrechts, sondern um die Überprüfung ihrer konzeptionellen Prämissen. Es wird sich zeigen, daß die europäische Dimension nicht als fremdes Bedrohungsszenario, sondern als Teil der eigenen Welt bündischer oder verbundener Strukturen zu verstehen ist, in denen die Autonomie des Rechts in Netzwerken¹⁰ gesichert wird. Das Verwaltungsrecht kann nicht einfach unter einem neuen Bild, sondern müßte wegen des zu verarbeitenden Wandels unter einer anderen Theorie weiterentwickelt werden. Eine Zusammenführung der Stränge ist wenig wahrscheinlich, aber unter den pluralistischen Vorzeichen der Rechtswissenschaft¹¹ vielleicht auch nicht (mehr) erforderlich.

¹⁰ So bereits *Sigrid Boysen u.a.*, Netzwerke im Öffentlichen Recht, in: dies. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, S. 289 (297).

¹¹ Für die Staatsrechtswissenschaft *Helmuth Schulze-Fielitz*, Staatsrechtslehre als Wissenschaft: Dimensionen einer nur scheinbar akademischen Fragestellung, in: ders. (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung, Beiheft 7 (2007), S. 11 ff.

Erster Teil

Idee der Gewährleistung

§ 1 Begriff

Eine Reihe von Begriffen der Reformdiskussion im Öffentlichen Recht¹ enthalten das Präfix *Gewährleistung* zur Bezeichnung sich wandelnder Staatlichkeit. So wird der Staat, dem eine Gewährleistungsverantwortung zugewiesen ist, inzwischen als Gewährleistungsstaat bezeichnet.² Es werden Gewährleistungsinstrumente eingesetzt³ und die herkömmliche Staatsaufsicht um eine Gewährleistungsaufsicht ergänzt.⁴ Selbst die Europäische Union läßt sich als Gewährleistungsgemeinschaft qualifizieren.⁵ Und längst hat der Begriff das Verwaltungsrecht erreicht, wo programmatisch die Notwendigkeit der Entwicklung eines Gewährleistungsverwaltungsrechts hervorgehoben wird. Die Fortentwicklung seiner Dogmatik bleibe der Beruf unserer Zeit.⁶

In den Kontext epochaler Veränderungsbewegungen von Staatlichkeit gestellt, kann die Unschärfe des Begriffs *Gewährleistung* nicht überraschen. Al-

¹ Zum Stand der Verarbeitung: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 3 Bände, 2006/2008. Krit. zur Reformmetapher *Christoph Möllers*, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *VerwArch* 93 (2002), S. 22 (31 ff.) und zur „kommunikativen Abschottung“ *Markus Pöcker*, Fehlende Kommunikation und die Folgen, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 509 (510 f., 519 ff.).

² Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Der moderne Staat als Gewährleistungsstaat, FS Helmut Wollmann, 2001, S. 399 ff.; *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 15 ff.; krit. *Claudio Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den Wandel des Staates?, *Der Staat* 42 (2003), S. 487 (517).

³ So *Michael Kloepfer*, Instrumente des Technikrechts, in: Schulte (Hrsg.), *Handbuch zum Technikrecht*, 2003, S. 111 (127).

⁴ So *Gunnar Folke Schuppert*, Zur notwendigen Neubestimmung der Staatsaufsicht im verantwortungsteilenden Verwaltungsstaat, in: ders. (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 299 (312 ff.). Zu Veränderungsbewegungen auch *Wolfgang Kahl*, *Die Staatsaufsicht*, 2000, S. 347 ff.

⁵ Im Anschluß an *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Telekommunikationsrecht als europäisiertes Verwaltungsrecht, *DVBl.* 1999, 125 (126) *Claudio Franzius*, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, *Der Staat* 45 (2006), S. 547 ff.

⁶ Vgl. *Andreas Voßkuhle*, Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 266 (328); zust. *Friedrich Schoch*, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, *NVwZ* 2008, 241 (245 ff.). Die Diskussion erinnert nicht zufällig an die Debatte, die mit der *Regensburger* Staatsrechtslehrertagung 1971 die sozialstaatliche Leistungsdimension zum Thema machte. Damals wie heute wird eine Zäsur spürbar: *Rainer Wahl*, Herausforderungen und Antworten: Das Öffentliche Recht in den letzten fünf Jahrzehnten, 2006, S. 89.

lenfalls überrascht, daß sich auch die Rechtswissenschaft dem Sog, den der Begriff auszulösen scheint, offenbar nicht entziehen kann.⁷ Nur vereinzelt wird das Bemühen um begriffliche Präzisierung sichtbar.⁸ Die Arbeit am Begriff ist jedoch unerlässlich, die Vergewisserung seines Bedeutungsinhalts eine Grundbedingung erfolgreicher Rezeption in der Rechtswissenschaft.⁹ Allerdings führt der allgemeine Sprachgebrauch kaum weiter. Gewährleistung bringt das *Einstehen für etwas* zum Ausdruck. Insofern weist der Begriff auf ein Ziel hin, was nicht ausschließt, darin auch einen bestimmten Modus der Zielverwirklichung zu sehen. Gewährleisten ist weniger und zugleich mehr als das Gewähren einer Leistung und spiegelt nicht nur Veränderungen in den legislativen Zielvorgaben und einen Wandel in der exekutiven Zielerreichung, sondern macht sich auch in einer *Gewährleistungsrechtsprechung* bemerkbar.¹⁰

Das Recht kennt den Begriff in verschiedenen Zusammenhängen. So etwa im Privatrecht, wo der Begriff zur Bezeichnung der Sachmängelhaftung (§ 434 BGB) verwendet wird. Der Verkäufer gewährleistet die Mangelfreiheit der Sache, der Käufer macht gegebenenfalls Gewährleistungsrechte geltend. Die haftungsrechtliche Bedeutung klingt auch im überkommenen Begriff der Gewährträgerhaftung an. Diese weist wiederum auf die herkömmlich der *Daseinsvorsorge* zugewiesenen Bereiche hin, wo der Begriff der Gewährleistung neue Akzente setzt. Gerade hier deutet der Begriff mehr als nur die Möglichkeit eines nachträglichen Schadensausgleichs an. Was heißt also Gewährleistung?

Eine besondere Bedeutung erhält der Begriff mit der Bezugnahme auf den Staat. So knüpft das Bild des Staates¹¹ als eines Gewährleisters an die bereits

⁷ Siehe auch die Aussprache zu den Referaten von *Markus Heintzen* und *Andreas Voßkuhle* auf der St. Gallener Staatsrechtslehrertagung, VVDStRL 62 (2003), S. 336 ff. insbes. mit den Diskussionsbeiträgen von *Gallwas*, S. 336 f., *Wahl*, S. 338, *Frommont*, S. 341 f., *Schmidt-Preuß*, S. 344, *Masing*, S. 348, *Pitschas*, S. 355, *Kämmerer*, S. 360 f. und – abl. – *Heintzen*, S. 364 f.

⁸ Irritationen bei *Jörn Axel Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 475; unbekümmerter *Michael Febling*, Regulierung als Staatsaufgabe im Gewährleistungsstaat, in: Hill (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Sektors, 2006, S. 91 ff.

⁹ Zur Bedeutung von Schlüsselbegriffen *Andreas Voßkuhle*, „Schlüsselbegriffe“ der Verwaltungsrechtsreform, VerwArch 92 (2001), S. 184 ff.; krit. *Christoph Möllers*, Methoden, GVwR I § 3 Rn. 39.

¹⁰ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gewährleistungsrecht und Gewährleistungsrechtsprechung am Beispiel regulierter Selbstregulierung, FS Reiner Schmidt, 2006, S. 447 ff. für die Verfassungsgerichtsbarkeit.

¹¹ Zur Verwendung von Bildern in der Rechtswissenschaft *Andreas Voßkuhle*, Der Dienstleistungsstaat, Der Staat 40 (2001), S. 495 ff. Leitbilder haben einen überschießenden Deutungsgehalt, vgl. *Susanne Baer*, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 (232 ff.). Zur Einordnung in den Formenhaushalt der Rechtsordnung: *Claudio Franzius*, Wirkungsweisen und Modalitäten der Steuerung durch Recht, GVwR I § 4 Rn. 23 ff.

von *Hans-Ulrich Gallwas* formulierte „Garantenstellung des Staates“¹² an, die dogmatisch zu konstruieren schwerer als verwaltungswissenschaftlich zu beschreiben ist.¹³ Staatliche Gewährleistung – so wird angemerkt – sei im Prinzip auf die Ergebnissicherung bestimmter Ziele gerichtet, gehe aber nicht in der Korrektur privater Schlechterfüllung auf. Vielmehr lenke der Begriff die Aufmerksamkeit zur Vermeidung rechtlicher Defizite auf *präventives* Handeln des Staates.¹⁴

Damit ist das *begriffliche Umfeld* abgesteckt. Zum einen wird spürbar, daß der Begriff staatlicher Gewährleistung das klassische, aber sich wandelnde Verhältnis des Staates zum Bürger berührt.¹⁵ Ferner scheint es sich bei dem Begriff der Gewährleistung um keinen juristischen Begriff zu handeln, der aus sich selbst heraus hinreichend operationalisierbar ist. Daran ändert auch seine überraschend häufige Verwendung im Grundgesetz nichts. So werden z.B. die Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 2 GG), die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) oder auch die Eigentumsfreiheit (Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG) gewährleistet.¹⁶ Aber der Begriff bezeichnet nicht nur den Schutzbereich grund-

¹² *Gallwas*, Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVDStRL 29 (1971), S. 221 (225 ff.). Verschiedentlich ist von „Gewährleistungsverfassungsrecht“ die Rede: *Martin Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 4, 3. Aufl. 2006, § 75 Rn. 30.

¹³ Bezogen auf den Sicherheitszweck *Markus Möstl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 118, 322 f.

¹⁴ Das spielt vor allem für die Liberalisierung ehemaliger Staatsmonopole eine Rolle, vgl. *Klaus Stern*, Postreform zwischen Privatisierung und Infrastrukturgewährleistung, DVBl. 1997, 309 ff. und *Georg Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 128 ff., 323 ff. Unter dem hier aktivierten Verantwortungsbegriff – krit. *Jan Henrik Klement*, Verantwortung, 2006, S. 57 ff., 234 ff. – erhalten die Art. 87d ff. GG schärferes Profil, vgl. für Post und Telekommunikation etwa *Matthias Cornils*, Staatliche Infrastrukturverantwortung und kontingente Markt Voraussetzungen, AÖR 131 (2006), S. 378 ff.; für die Eisenbahn *Markus Möstl*, Grundweichenstellungen des deutschen Eisenbahnverfassungsrechts, FS Rupert Scholz, 2007, S. 833 ff. und für den Luftverkehr *Friedrich Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6 (2006), S. 47 ff.; verallgemeinernd *ders.*, NVwZ 2008, 241 (245).

¹⁵ Vgl. *Susanne Baer*, „Der Bürger“ im Verwaltungsrecht, 2006, S. 197 ff.

¹⁶ Danach kann Gewährleistung nicht – wie oft behauptet – als außerjuristische Metapher abgetan werden. Zum verfassungsrechtlichen Gehalt *Markus Winkler*, Kollisionen verfassungsrechtlicher Schutznormen, 2000, S. 37 ff. Irritationen löst die Verbindung von Gewährleistungsstaat und grundrechtlichen Gewährleistungsgehalten aus: *Renata Martins*, Grundrechtsdogmatik im Gewährleistungsstaat: Rationalisierung der Grundrechtsanwendung?, DÖV 2007, 456 (460 ff.). Die Kritik übersieht, daß für die Gewährleistungsstruktur privater Leistungserbringung auch die traditionelle Grundrechtsdogmatik keine überzeugende Antworten bereitstellt. Innovationen finden Grenzen im politisch veränderbaren Recht, nicht in der Tradition einer Dogmatik, affirmativ *Rainer Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 169 ff. Gegenwärtig muß eher das Verfassungs- auf das Verwaltungsrecht in den sich hier vollziehenden Verschiebungen zugehen als umgekehrt. Das betrifft auch die *Elfes*-Doktrin der allgemeinen Handlungsfreiheit.

rechtlicher Freiheiten.¹⁷ Er umschreibt im Grundgesetz etwa auch die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung.¹⁸ Dennoch fällt auf, daß in jüngerer Zeit zwei prominente Anwendungsfelder hinzugetreten sind. Hervorzuheben ist seine Verwendung in der „Struktursicherungsklausel“ des Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG, aber auch im Kontext der infrastrukturellen Herausforderungen durch Privatisierungen. So *gewährleistet* der Bund nach Art. 87e Abs. 4 GG, daß dem Wohl der Allgemeinheit beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz hinreichend Rechnung getragen wird. Und nach Art. 87f Abs. 1 GG *gewährleistet* der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen.¹⁹

Eine konsentrierte Definition von Gewährleistung fehlt bisher. Das Grundgesetz scheint dem Begriff keine besondere Bedeutung beizumessen, sieht man davon ab, daß von „gewährleisten“ vorzugsweise im Bereich der sog. Institutsgarantien und im Bereich der infrastrukturellen Verfassungsaufträge²⁰ die Rede ist. Betrachtet man sich die Begriffskontexte genauer, so fällt auf, daß im Bereich der Individualfreiheiten – wie in Art. 4 Abs. 2 GG – die *Garantie* der Freiheit im Vordergrund steht. Die *Gewähr* der Freiheit, etwa der Person oder des Gewissens, ist der Schutz eines vorgefundenen realen Substrats. Staatliche Eingriffe sind verboten oder werden unter spezifische Vorbehalte gestellt. Erst mit der *Leistung* von Gewähr, der Bereitstellung der Voraussetzungen zur Freiheitsverwirklichung, rückt ein anderes Verständnis von Gewährleistung näher. Deutlich wird dies bei den Institutsgarantien, z.B. in Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG oder – nicht unumstritten – in Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG.²¹ Hier setzt die Freiheitsverwirklichung ihre rechtliche Ausgestaltung,

¹⁷ Siehe auch Art. 7 Abs. 4 S. 1, 9 Abs. 3 S. 1 GG. Bisweilen wird der Schutzbereich der Freiheitsrechte generell als Gewährleistungsbereich bezeichnet, vgl. *Hans-Ullrich Gallwas*, Grundrechte, 2. Aufl. 1995, S. 28 ff.; allg. von Gewährleistung und einem ihre Wirkungen steuernden „Gewährleistungsplan“ spricht *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 56 f., 98 ff. Das Einziehen einer neuen Ebene zur Bestimmung grundrechtlicher Gewährleistungsgehalte – vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: Bäuerle u.a. (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht?, 2004, S. 53 ff. und BVerfGE 105, 252 (265 ff.) – trifft wegen der Verengung des Schutzbereichs auf Kritik, vgl. *Wolfgang Kahl*, Vom weiten Schutzbereich zum engen Gewährleistungsgehalt, Der Staat 43 (2004), S. 167 ff.; anders *Uwe Volkmann*, Wandel der Grundrechtsdogmatik, JZ 2005, 261 ff. Wo sich Recht seit 1949 im Wortlaut nicht verändert hat, das einfache Recht aber seither starken Wandlungen unterworfen ist, erscheint eine teleologische Reduktion der grundrechtlichen Tatbestände diskutierbar.

¹⁸ Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG, s. auch Art. 28 Abs. 2 S. 3 und Art. 28 Abs. 3 GG.

¹⁹ Siehe ferner aus jüngerer Zeit Art 16a Abs. 3 S. 1 GG.

²⁰ Etwa für Art. 87f GG, vgl. *Klaus Cannivé*, Infrastrukturgewährleistung in der Telekommunikation zwischen Staat und Markt, 2001, S. 49 ff.

²¹ So insbesondere nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 95, 220 (236). Zum objektiven Verständnis der Kommunikationsfreiheiten *Wolfgang Schulz*,

mithin eine bestimmte Ordnung voraus.²² Dagegen scheint der Begriff in den grundgesetzlichen Infrastrukturaufträgen nochmals eine andere Bedeutungsschicht freizulegen. Nach dem Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers konnte die Aufbrechung der staatlichen Versorgungsmonopole und der schrittweisen Marktöffnung nur unter der Gewährleistung marktexterner Ziele mit der Aufrechterhaltung eines bestimmten Versorgungsniveaus gelingen. Hier liegt es nahe, im Begriff der Gewährleistung ein Synonym für *Sicherstellung* zu sehen.²³

Und doch scheint der Begriff gerade im Umfeld seiner letztgenannten Verwendung einen anspruchsvolleren Bedeutungsgehalt aufzuweisen. Denn im Zusammenhang mit der sozialstaatlichen Begriffswelt bekommt der Begriff *Gewährleistung* – zumal als Substantiv – seinen wirkungsmächtigen Reformimpetus.²⁴ So kann und will Art. 87f GG die sozialstaatliche Einbettung nicht leugnen, aber doch über sie hinausgehen. Mit dem Begriff des „gewährleisten“ sucht Art. 87f Abs. 1 GG zunächst eher eine semantische Brücke zum französischen Modell des *service public* als zur deutschen Leitidee der Daseinsvorsorge. Denn während letztere die Leistungserbringung durch Private ausschließt, bleibt der *service public* mit Formulierungen, der Staat habe die entsprechend eingeordnete Erledigung der Aufgabe zu *gewährleisten* („assurer“) gegenüber dem leistungserbringenden Akteur neutral.²⁵ Art. 87f

Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 1998, S. 27 ff.; zur Eigenart normgeprägter Freiheit und deren „ausgestaltungsorientierter“ Verarbeitung in der Grundrechtsdogmatik *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005, S. 494 ff.; krit. *Josef Franz Lindner*, Theorie der Grundrechtsdogmatik, 2005, S. 435 ff.

²² Der Kritik ist zuzugeben, daß die Notwendigkeit gesetzlicher Rahmenvorgaben nicht auf Institutsgarantien beschränkt ist: *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), GG, Vorbemerkung, Rn. 68 f. In der objektiven Dimension wird jedoch, die Differenz zwischen sach- und normgeprägten Grundrechten – vgl. *Peter Lerche*, Übermaß und Verfassungsrecht, 2. Aufl. 1999, S. 98 ff. – tendenziell einbend, die maßgebliche Verankerung des Gewährleistungsstaates gesehen: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hrsg.), Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand, 2005, S. 89 (92 ff.) im Anschluß an *Wolfgang Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 149 ff. Für eine Zurückbindung an die subjektive Dimension *Karl-Heinz Ladeur*, Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte, DÖV 2007, 1 (8 ff.).

²³ MD-*Peter Lerche*, Art. 87f Rn. 80 Fn. 42. Zum „Gewährleisten“ als Staatsziel Begr. RegE, BT-Drs. 12/7269 S. 5; s. auch *Kay Windthorst*, in: Sachs (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 87f Rn. 14 f. Zum „verfassungseigenen Sonderrecht“ des Art. 87e Abs. 3 GG für die Eisenbahnen des Bundes *Christoph Möllers/Carsten Schäfer*, Rechtsgutachten im Auftrag des BDI v. 24.5.2007, S. 7 ff.

²⁴ Zur praktischen Bedeutung Martin Oldiges (Hrsg.), Daseinsvorsorge durch Privatisierung. Wettbewerb oder staatliche Gewährleistung?, 2001.

²⁵ Vgl. *Johann-Christian Pielow*, Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 150 f., 208 f.; zu den Unterschieden *Martin Bullinger*, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, JZ 2003, 597 ff.; zur Aktivierung des *service public* für den Gewährleistungsstaat *Kay Waechter*, Die Theorie des Gewährleistungsstaates, FS Heiko Faber, 2007, S. 159 ff.

Abs. 2 GG geht historisch ohne Vorbild weit darüber hinaus und verbietet es dem Staat, die Aufgabe eigenhändig zu *erfüllen*. Gewährleistung – so lehrt die Verwaltungswissenschaft²⁶ – ist etwas tendenziell anderes als Erfüllung.²⁷ Während von staatlicher Seite ein bestimmtes Ziel, namentlich die Versorgungssicherheit, gewährleistet wird, obliege deren Erfüllung auch – oder allein – dem Bürger. Damit ist das Sozialstaatsverständnis eigenhändiger Leistungserbringung durch den Staat verlassen, die Rolle des Staates aber unbestimmter denn je.²⁸

Der Begriff der Gewährleistung erhält seine spezifische Bedeutung in dem Kontext, in den er gestellt wird. Während die grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen die Garantiefunktion hervortreten lassen, kommt mit dem – nur teilweise durch diese gesteuerten – Wandel von Staatlichkeit²⁹ in den herausgearbeiteten Verantwortungsstufen der Rückzug des Staates aus der unmittelbaren Erfüllungsverantwortung zum Ausdruck.³⁰ Der Staat konzentrierte sich auf die Gewährleistung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, sehe seine „eigentliche Rolle also zu allererst in einer Steuerung, nicht unbedingt auch in der Erbringung“ öffentlicher Aufgaben.³¹ Es ist dieser Rollenwechsel, der – im Begriffspaar von *providing* zu *enabling* anschaulich charakterisiert³² –

²⁶ Vgl. Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 933 ff.

²⁷ Siehe auch Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, S. 293: „Die Gewährleistung umfaßt (...) nicht die Erfüllung oder Leistung.“ Anders Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, S. 338: „Der Begriff der Erfüllungsverantwortung (bezeichnet) eine mögliche Modalität der Wahrnehmung von Gewährleistungsverantwortung, nämlich die Wahrnehmung einer Aufgabe durch staatliche Einrichtungen selbst.“

²⁸ Versuche, die Rolle des Staates vor dem Hintergrund des „Privatisierungsstroms“ neu zu bestimmen, finden sich nicht ohne Staatsnostalgie bei Kämmerer, Privatisierung, S. 525 ff.; anders Thomas Vesting, Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat: Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der Informations- und Wissensgesellschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht der Informationsgesellschaft, 2000, S. 101 (111 ff.). Zum Ganzen auch Andreas Anter, Im Schatten des Leviathan – Staatlichkeit als Ordnungsidee und Ordnungsinstrument, in: Bendel u.a. (Hrsg.), Demokratie und Staatlichkeit, 2003, S. 35 ff.

²⁹ Zum Wandel des Staates nur Wolfgang Reinhardt, Geschichte der Staatsgewalt, 2. Aufl. 2000, S. 480 ff. Eine andere Frage ist, was daraus für die Staatsrechtslehre folgt: Die Staatsfixierung – eine Rekonstruktion der Nachkriegsgeschichte mit der Formierung der auf Carl Schmitt und Rudolf Smend zurückgehenden Denkkollektive bei Frieder Günther, Denken vom Staat her, 2004, S. 112 ff. – macht die Neubestimmung des rechtswissenschaftlichen Gegenstandes schwer, vgl. Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), S. 41 ff.

³⁰ Weitgehend akzeptierte Darstellung bei Eberhard Schmidt-Aßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Kap. 3 Rn. 109 ff.; allg. Ludger Heidbrink/Alfred Hirsch (Hrsg.), Staat ohne Verantwortung?, 2007.

³¹ Heinrich Reiner mann, Die Krise als Chance: Wege innovativer Verwaltungen, 1994, S. 26.

³² Die Bilder changieren zwischen dem aktivierenden und gewährleistenden Staat. Letzterer sieht sich zu bestimmten Garantien verpflichtet und bringt damit mehr als das „fördern und

moderne Staatlichkeit kennzeichnet und die Aufmerksamkeit auf den Umstand lenkt, daß der Staat nicht mehr die Erfüllung bestimmter Aufgaben in bestimmter Weise garantiert, sondern „die Möglichkeit der Verfolgung und Erreichung gemeinwohlorientierter Ziele“ steuert.³³ Deutlich wird dies etwa in der Konturierung der angelsächsisch inspirierten *universal services*, in denen die neuen „Gewährleistungsaufgaben“ des Staates einen ersten Niederschlag gefunden haben.³⁴

Vorliegend soll es um *dieses* Verständnis von Gewährleistung gehen, mithin das „Leisten von Gewähr“ für die Aufgabenerfüllung. Obgleich die zur Charakterisierung dieser „Leistung“ verwendeten Begriffe nicht immer als Rechtsbegriffe mit dem Anspruch auf normative Beachtung verwendet werden, lenken sie doch – wie der inzwischen gebräuchliche Begriff der *Gewährleistungsverantwortung* – den Blick auf neue Herausforderungen des Rechts.³⁵ Das gilt in besonderem Maße für das Leitbild des *Gewährleistungsstaates*, der die Instrumente zur eigenhändigen Aufgabenerfüllung aufgegeben habe, aber den „prinzipiellen sozialgestalterischen Anspruch des wohlfahrtsorientierten Erfüllungsstaates“ in dem Sinne fortführe, daß er „auf bestimmte positive gesellschaftliche Verhältnisse“ zielt und sich für diese weiterhin in einer „Letztverantwortung“ sieht.³⁶ In der Kreation neuer Attribute von Gewährleistung kommt das Bedürfnis zum Ausdruck, einen be-

fordern“ zum Ausdruck, vgl. zur Rezeption des Gewährleistungsparadigmas in England *Anthony Giddens*, *The Progressive Agenda*, in: ders. (Hrsg.), *The Progressive Manifesto*, 2004, S. 3 ff. Die Metaphern versuchen zu retten, was angesichts des als bedrohlich empfundenen Zerfalls noch zu retten ist und werden zur Entfaltung von Konzeptionen des Rechts verwendet. Das ist abgesehen von den konservativen Zügen der Debatte – vgl. *Klement*, *Verantwortung*, S. 108 – methodisch nicht unproblematisch.

³³ Einflußreich *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Tendenzen der Verwaltungsrechtsentwicklung*, DÖV 1997, S. 433 (441 f.).

³⁴ Vgl. *Martin Eifert*, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998 und *Heike Schweitzer*, *Daseinsvorsorge, „service public“ und Universalien*, 2002. Das öffentliche Interesse am Zugang zu Telekommunikationsdienstleistungen werde nicht öffentlich-rechtlich geregelt, sondern durch eine Universalienleistung gewährleistet: *Karl-Heinz Ladeur*, *Die Prozeduralisierung der Bestimmung des Gemeinwohls*, in: *Brugger/Kirste/Anderheiden* (Hrsg.), *Gemeinwohl in Deutschland, Europa und der Welt*, 2002, S. 257 (283).

³⁵ Exemplarisch zum Umgang mit Begriffen aus Nachbardisziplinen, die nicht unbesehen in die Rechtswissenschaft übernommen werden können: *Sigrid Boysen* u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007. Zur Rekonstruktion des „Öffnen und Schließens“ anschaulich *Christian Bumke*, *Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland*, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 73 ff. Am normativen Überschuß heuristischer Kategorien reibt sich *Klement*, *Verantwortung*, S. 186, 238.

³⁶ So die Definition von *Eifert*, *Grundversorgung von Telekommunikationsdienstleistungen im Gewährleistungsstaat*, S. 139; zust. *Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft*, S. 934. Nimmt man die europäische Ebene in den Blick, wird die Perspektive schärfer: *Franzius*, *Der Staat* 45 (2006), S. 547 ff.

stimmten Modus staatlicher Steuerung³⁷ begrifflich einzuordnen und damit zur Ordnungsbildung beizutragen. Die Entwicklung einer *Gewährleistungsordnung* habe zu berücksichtigen, daß sich staatliche Steuerung „zunehmend auf die Initiierung und Anleitung der selbständigen Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch private Akteure im Sinne einer normativen Umhegung“ beschränkt.³⁸ Hierin liegt – so wird vielenorts spürbar – die Herausforderung an die Dogmatik des Verwaltungsrechts, das sich in Teilen zu einem *Gewährleistungsrecht* fortentwickeln muß, will es die beobachteten Veränderungen von Staat und Gesellschaft angemessen verarbeiten.³⁹

³⁷ Zur modalen Problemsicht *Gunnar Folke Schuppert*, Vom produzierenden zum gewährleistenden Staat: Privatisierung als Veränderung staatlicher Handlungsformen, in: König/Benz (Hrsg.), *Privatisierung und Regulierung*, 1997, S. 539 ff.; *Matthias Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), S. 160 (165); *Martin Edelbluth*, Gewährleistungsaufsicht, 2007, S. 32 u. passim.

³⁸ Zusammenfassend *Andreas Voßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft*, *GVwR I* § 1 Rn. 64.

³⁹ Zum Problem der Wirklichkeit und seiner Verarbeitung durch das Verwaltungsrecht *Winfried Brohm*, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, *VVDStRL* 30 (1972), S. 245 (249 ff.). Ob die Rechtswissenschaft die Wirklichkeit überhaupt sehen kann, ist notorisch unsicher und hängt davon ab, ob sie sich allein als Rechtskenntniswissenschaft verstanden wissen will. Das dürfte entgegen *Matthias Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 46 ff. zu wenig sein, um als Wissenschaftsdisziplin zu überstehen.

§ 2 Bezugsebenen

Im ersten Zugriff auf den schwer faßbaren Begriff der Gewährleistung sind zwei Aspekte hervorgetreten: Zum einen handelt es sich um einen Begriff, der deskriptiv aufgeladen in seiner juristischen Bedeutung bisher eher blaß geblieben ist. Mit der Verwendung zur Kennzeichnung von Politik (Gewährleistungsstaat) und Recht (Gewährleistungsrecht) erfährt der Begriff eine normativ nicht hinreichend unterfütterte Aufwertung.¹ Zum anderen ist der Bedeutungsgehalt von Gewährleistung kontextabhängig. Geht es um *staatliche* Gewährleistung, so müssen drei Bezugsebenen unterschieden werden:

A. Freiheitsgewährleistung

Als klassisch kann die Gewährleistung der Freiheit betrachtet werden. Im demokratischen Verfassungsstaat westlicher Prägung ist der Staat nicht bloß zur Beachtung, sondern zur *Gewährleistung* der Freiheit des Bürgers verpflichtet. Freiheitsgewährleistungen sind *das* konstituierende Merkmal des modernen Staates, sei es im Sinne der „Freiheit vom“ oder der „Freiheit durch“ den Staat. Erst mit dem Bezug zur Freiheit und der vertexteten Garantie derselben scheint der Staat seine maßgebliche Daseinsberechtigung und vor dem Hintergrund supra- und internationaler „Zumutungen“ wohl auch Fortbestandsgarantie zu erhalten.²

¹ Als Beispiel möge nochmals Art. 87f Abs. 2 GG dienen: *Verwaltungswissenschaftlich* unter Bezugnahme auf den Wortlaut („gewährleistet“) zu einer maßgeblichen Ausprägung des Gewährleistungsstaates erklärt, bleibt die *verfassungsrechtliche* Aussagekraft der Norm auf die „Sicherstellung“ der Grundversorgung mit Post- und Telekommunikationsdienstleistungen begrenzt. Es ist diese Kluft, die einen Anstoß zur normativen Absicherung und dogmatischen Ausformung des „Gewährleisten“ im *Verwaltungsrecht* liefert: *Vofßkuble*, VVDStRL 62 (2003), S. 304 ff.

² Aus unterschiedlichen Richtungen *Helmut Siekmann*, Staat und Staatlichkeit am Ende des 20. Jahrhunderts, FS Klaus Stern, 1997, S. 341 ff.; *Michael Reisman*, Designing and Managing the Future of the State, EJIL 8 (1997), S. 409 ff.; *Niklas Luhmann*, Der Staat des politischen Systems, in: Beck (Hrsg.), Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, S. 345 (373 ff.); *Ulrich K. Preuß*, Entmachtung des Staates?, in: Gosepath/Merle (Hrsg.), Weltrepublik: Globalisierung und Demokratie, 2002, S. 99 (107 ff.); *Günter Frankenberg*, Der Staat – Szenen eines Rückzugs oder: Von der Staatslehre zur Verfassungstheorie, in: ders., Autorität und Integration, 2003, S. 171 (186 ff.) und *Christoph Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 214 ff.

Ausgehend vom liberalen Staatszweck des 19. Jahrhunderts mußte die Sicherung individueller Freiheit als ein die Staatsgewalt konstituierender, aber zugleich auch begrenzender Staatszweck verstanden werden. Demgegenüber lag die persönliche Freiheit des Bürgers außerhalb staatlicher Zugriffsmöglichkeiten, sie wird als *natürliche* und damit vorstaatliche Handlungsfreiheit gedacht.³ Noch unter der Weimarer Reichsverfassung ist Freiheit im Prinzip gleichzusetzen mit Freiheit *vom Staat*⁴ – ein Begriffsverständnis, das auch die Entstehung des Grundgesetzes nachhaltig beeinflusst hat. In dem bürgerlich-liberalen und betont antistaatlichen Freiheitsbegriff erschließt sich Freiheit negativ durch das Fehlen staatlicher Zwangseingriffe. Freiheitsgewährleistungen sind – wie die liberale Grundrechtstheorie zeigt – auf die Abwehr staatlichen Zwangs gerichtet.⁵ Und während die Freiheit des Einzelnen – so formuliert es *Carl Schmitt* im rechtsstaatlichen Verteilungsprinzip – prinzipiell unbegrenzt ist, erscheint die Befugnis des Staates zu Eingriffen prinzipiell beschränkt.⁶ Das Recht hat hier eine *gewährleistende* Aufgabe insoweit, als es einen vorstaatlichen – eigenverantwortlich auszufüllenden – Freiheitsraum garantiert und gegen staatlichen Zwang abschirmt.⁷ Es kann dieser Gewährleistungsaufgabe vergleichsweise leicht nachkommen, wenngleich eine Ausgrenzung des auf Distanz gehaltenen Staates nur idealtypisch gelingt.⁸

Im wesentlichen sind es zwei Entwicklungen, welche die Idee „vorstaatlicher“ Freiheit angreifbar werden lassen. Zum einen verdichten sich die Gewährleistungen der Freiheit zu verfassungsrechtlichen Verbürgungen, die es ausschließen, Freiheit gleichsam naturwüchsig als dem Staat vorgegeben zu betrachten. Denn mit dem Gedanken der *verfaßten* Freiheit rückt deren politischer Charakter in den Vordergrund.⁹ Das macht ihre Gewährleistung

³ Zum vorstaatlichen – und damit vorrechtlichen – Charakter der Freiheit statt vieler *Georg Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 94 ff.

⁴ Siehe nur *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, Kommentar, Art. 114 Rn. 1.

⁵ Vgl. *Axel Enderlein*, Der Begriff der Freiheit als Tatbestandsmerkmal der Grundrechte, 1995; s. auch *Gertrude Lübke-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988.

⁶ *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 8. Aufl. 1993, S. 126. Zum daneben tretenden „solidarischen Verteilungsprinzip“ *Otto Depenheuer*, Solidarität im Verfassungsstaat, 1991, S. 146 ff.

⁷ Vgl. *Christine Steinbeiß-Winkelmann*, Grundrechtliche Freiheit und staatliche Freiheitsordnung, 1986, S. 24.

⁸ Freiheitsgewährleistungen normieren Bereiche, vor denen die Staatsgewalt halt macht – so die Formulierung bei *Ernst Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl. 1976, S. 65 (74). Anders, wenn zwischen natürlicher Freiheit und der Freiheit im Sozialen unterschieden wird, so implizit für die Wettbewerbsfreiheit BVerfGE 105, 252 (265) und daran anschließend *Matthias Bäcker*, Wettbewerbsfreiheit als normgeprägtes Grundrecht, 2007, S. 149 ff.

⁹ Klassisch *Charles de Montesquieu*, Vom Geist der Gesetze, 2. Aufl. 1992, Bd. 1, S. 212 f.: „In der Tat scheint das Volk mit den Demokratien zu tun, was es will. Aber die politische Freiheit besteht nicht darin, zu tun, was man will. In einem Staat, das heißt in einer Gesellschaft, in der es Gesetze gibt, kann Freiheit nur darin bestehen, das tun zu können, was man wollen darf. Freiheit ist das Recht, alles zu tun, was die Gesetze erlauben.“