



Stefan Reiter

Zwischen Verantwortungszuschreibung und Ungleichbehandlung

Voraussetzungen und Grenzen der privatnützigen
Inanspruchnahme Privater durch den Staat



Nomos

Reihe
Equality-Oriented Policies (EOP) –
Gleichheitsorientierte Politiken

Herausgegeben von
Prof. Dr. Alexander Graser, Universität Regensburg

Band 5

Stefan Reiter

Zwischen Verantwortungszuschreibung und Ungleichbehandlung

Voraussetzungen und Grenzen der privatnützigen
Inanspruchnahme Privater durch den Staat



Nomos

© Titel: istockphoto.com

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

Zugl.: Regensburg, Univ., Diss., 2017

u.d.T.: „Zwischen Verantwortungszuschreibung und Ungleichbehandlung. Voraussetzungen und Grenzen der privatnützigen Inanspruchnahme Privater durch den Staat – zugleich ein Beitrag zu den Gemeinwohlförderungspflichten Privater“.

ISBN 978-3-8487-4213-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-8516-0 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Geleitwort

Mit welchen Instrumenten wird Gleichheit gefördert, wie wirksam sind sie und auf welche Art von Gleichheit zielen sie? Überlegungen zu solchen Fragen erwartet man in einer Schriftenreihe über gleichheitsorientierte Politiken – eine Arbeit wie die vorliegende dagegen kaum. Vielmehr kann das hier behandelte Thema wohl als Schattenthema gelten, und das im doppelten Sinne: Zunächst einmal geht es hier um die Schattenseite gleichheitsorientierter Politiken, nicht um deren Begünstigte also, sondern um diejenigen, welche die mit solchen Politiken verbundenen Lasten tragen. Zumal diese Lasten aber keineswegs immer gleich verteilt sind, gibt es dazu viel zu sagen. Umso erstaunlicher ist daher, dass diese Dimension gleichheitsorientierter Politiken bislang ein Schattendasein in der Literatur fristet.

Stefan Reiter hat es nun unternommen, das Thema in seiner Dissertation gründlich auszuleuchten. Er knüpft dabei an Band 2 dieser Schriftenreihe an. Dort ging es um ein konkretes Instrument gleichheitsorientierter Politik, den Mindestlohn, und um die Frage, ob dieses Instrument bei der Verfolgung des kollektiven Ziels einer sozialen Mindestsicherung nicht die Falschen belastet und ob in diesem Fall nicht statt der Arbeitgeber eher die Allgemeinheit die Kosten der Gleichheit tragen sollte.

Nun ist aber der Mindestlohn nur ein Beispiel für schier unzählige solcher Konstellationen, und so greift Reiter die grundsätzlichere Frage auf. Er bringt das Problem auf einen abstrakten Begriff, identifiziert einschlägige Konstellationen im geltenden Recht, die trotz ihrer großen Zahl freilich ihrerseits nur Beispiele für ein noch verbreiteteres Phänomen sind, und er entwickelt einen Maßstab für deren verfassungsrechtliche Beurteilung, die, wie er überzeugend darlegt, vor allem anhand des Gleichheitsgrundsatzes zu erfolgen hat.

Reiter macht damit ein großes Fass auf – und wie gesagt eines, in das noch wenige je geschaut haben. Kaum einmal ist bisher gefragt worden, wer im Sozial- und Verfassungsstaat die Kosten der Gleichheit tragen soll. Vielleicht hat das damit zu tun, dass diese Kosten oft innerhalb sozialer Beziehungen getragen werden, die dem Staat zeitlich und oft vielleicht auch im Denken vorausliegen. Die entsprechenden Verantwortungszuschreibungen jedenfalls scheinen so tiefe Wurzeln zu haben, dass man sie auch im modernen Recht eher als vorgegeben wahrgenommen hat denn

als gestaltbar. Auf diese Gestaltbarkeit hingewiesen zu haben, und auf die Rechtfertigungsbedürftigkeit, die mit ihr einhergeht, ist der wohl zentrale Beitrag von Reiters Arbeit.

Er eröffnet damit eine Perspektive, die es fortan quer durch alle Rechtsgebiete zu verfolgen gilt. Damit leistet Reiter einen beachtlichen Beitrag zur Verwirklichung des Postulats normativer Konsistenz im positiven Recht – und damit einer der großen Verheißungen des modernen Staats. Dass dieser Beitrag zu einer Zeit kommt, da man den Staat vor lauter Binnendifferenzierung und globaler Verflochtenheit immer weniger als solcher Konsistenz fähige Einheit wahrnimmt, mag anachronistisch, ja vielleicht ironisch anmuten. Gewiss wäre eine Diskussion dieses Themas auch schon viel früher an der Zeit gewesen. Aber das schmälert die Bedeutung der Arbeit nicht, im Gegenteil: Es war höchste Zeit dafür. Solange wir die Beobachtung wachsender Pluralität im Recht nicht mit unseren normativen Erwartungen an die soziale Rolle des Rechts in Einklang bringen können, ist solche Konsistenzpflege weiterhin an der Tagesordnung. Vielleicht ist sie sogar noch wichtiger geworden.

Alexander Graser

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Regensburg als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Alexander Graser, danke ich herzlich für die Betreuung dieser Arbeit und die Förderung während meiner gesamten Zeit als Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl. Seine umfassende Unterstützung sowie die motivierende und inspirierende Atmosphäre an seinem Lehrstuhl waren Grundlage für den erfolgreichen Abschluss dieses Vorhabens. Bei der Entstehung dieser Arbeit hat er mir viele Freiheiten gelassen, stand zugleich aber, wo nötig, als Ansprechpartner mit Rat und Tat stets auch kurzfristig und unkompliziert zur Seite. Für die Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Rolf Eckhoff.

Auch darüber hinaus habe ich bei meinem Vorhaben von vielen Seiten wertvolle Unterstützung erfahren. Mein Dank gilt daher all jenen, die in irgendeiner Form zu seinem Gelingen beigetragen haben. Ein Stipendium der Promotionsförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. hat es mir dankenswerterweise erlaubt, mich während der für ihre Entstehung maßgeblichen Phase nahezu ausschließlich auf diese Arbeit zu konzentrieren. Meinen Kolleginnen und Kollegen am Lehrstuhl danke ich für die angenehme und freundschaftliche Atmosphäre. Dr. Lina Schneider, Dr. Larissa Borkowski, Matthias Meier und Maximilian Link, mit denen ich im Laufe der Entstehung dieser Arbeit ein Büro und daher meist als Erstes neue Gedanken und Überlegungen teilen durfte, danke ich daneben insbesondere auch für ihre Diskussionsbereitschaft. Stephanie Fritsch gebührt Dank in vielerlei Hinsicht, nicht zuletzt für die Mühen des Korrekturlesens und für ihr Interesse an meiner Arbeit, das mich in so mancher Diskussion dazu veranlasst hat, die Dinge auch aus ganz anderer Perspektive zu durchdenken.

Ein ganz besonderer Dank schließlich gilt meinen Eltern. Sie haben mir auf meinen bisherigen Lebensweg so Vieles ermöglicht. Dabei kann und konnte ich mir Ihrer Unterstützung und Ihres Rückhalts in jeder nur erdenklichen Form stets gewiss sein.

Regensburg, im Mai 2017

Stefan Reiter

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	17
Teil I: Grundlagen	21
A. Einführung	21
I. Untersuchungsgegenstand	21
1. Die Hilfsbedürftigkeit des Einzelnen als Bezugspunkt des Untersuchungsgegenstandes	21
2. Einordnung in ein Gesamtspektrum staatlich veranlassten, verpflichtenden Tätigwerdens Privater	22
II. Problemaufriss	24
B. Gang der Untersuchung	28
C. Vorüberlegungen und Begriffsklärungen	29
I. Staat und Private	30
1. Staat	30
2. Private	31
3. Die Dichotomie von Staat und Gesellschaft	35
II. Die Inanspruchnahme Privater	37
Teil II: Referenzbeispiele einer privatnützigen Inanspruchnahme Privater	40
A. Methodische Vorbemerkungen	40
I. Typenbildung als Erkenntnisziel	40
II. Wahl einer induktiven Vorgehensweise	42
III. Zweck und Nutzen für die weitere Untersuchung	43
B. Vermeintliche Referenzbeispiele	44
I. Fälle ohne privaten Empfänger	46
1. Steuerrecht	46
2. Sozialversicherungsrecht	47
3. Mitwirkung von Banken bei der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	48
4. Telekommunikationsüberwachung	49
II. Fehlende Individual- oder Gruppennützigkeit	50
1. Abfallrechtliche Pflichten	50

2. Zwangsrabatt auf Arzneimittel zulasten pharmazeutischer Unternehmen	51
3. Umlagefinanzierte Abnahme- und Vergütungspflichten gem. EEG	52
C. Tatsächliche Referenzbeispiele	54
I. Kriterien der Auswahl und Untersuchung der Referenzbeispiele	54
II. Gefahrenabwehrrecht	57
1. Darstellung	58
a) Gefahrenabwehr als auch privatnütziges Ziel polizeilichen Handelns	58
b) Kriterien der Adressatenauswahl	61
c) Ersatzansprüche	65
d) Zwischenergebnis	67
2. Analyse	67
a) Unterscheidung von Auswahlgrundlagen nach Störertyp	67
b) Entschädigungszahlungen als Instrument zur Regulierung von Folgekosten	74
3. Zusammenfassung	78
III. Zivilrechtliche Duldungs- und Aufopferungspflichten	80
1. Darstellung	80
a) Notstandsrecht	80
b) Nachbarrecht	82
c) Duldungspflichten als privatnützige Inanspruchnahmen	84
d) Entschädigungsansprüche	85
2. Analyse	87
3. Zusammenfassung	91
IV. Vertragsrecht	92
1. Darstellung	93
a) Einschränkungen bei der Mietpreisgestaltung im sozialen Mietrecht	93
b) Kontrahierungszwänge	98
2. Analyse	103
a) Einschränkungen bei der Mietpreisgestaltung im sozialen Mietrecht	103
b) Kontrahierungszwänge	106
3. Zusammenfassung	111
V. Zivilrechtliches Haftungsrecht	112
1. Darstellung	113
a) Einschränkungen des Sorgfaltsmaßstabs	113
b) Regelungen zur Verschuldensfähigkeit	116
c) Haftungshöchstsummen	118
d) Strukturelle Gemeinsamkeiten	119

2. Analyse	120
a) Einschränkungen des Sorgfaltsmaßstabs	121
b) Regelungen zur Verschuldensfähigkeit	122
c) Haftungshöchstsummen	124
3. Zusammenfassung	126
VI. Zwangsvollstreckungsrecht	127
1. Darstellung	128
2. Analyse	131
3. Zusammenfassung	135
VII. Familienrecht	135
1. Darstellung	136
2. Analyse	139
3. Zusammenfassung	143
VIII. Arbeitsrecht	144
1. Darstellung	144
a) Private und öffentliche Hand als Arbeitgeber	144
b) Betriebs- und Gefahrenschutz	145
c) Entgeltfortzahlungspflichten	147
d) Kündigungsschutz	150
2. Analyse	152
a) Fürsorgepflicht als einheitlicher Rechtfertigungsgrund?	153
b) Betriebs- und Gefahrenschutz	155
c) Entgeltfortzahlungspflichten	156
d) Kündigungsschutz	161
3. Zusammenfassung	162
D. Systematisierende Zusammenfassung und Würdigung	163
Teil III: Maßstäbe für die rechtliche Beurteilung privatnütziger Inanspruchnahmen Privater – zugleich ein Überblick über private Pflichten zur Gemeinwohlförderung	168
A. Staatsaufgaben und Individualwohlverwirklichung	169
I. Zur Relevanz der Aufgabenträgerschaft	169
II. Überblick über die Aussagen der Aufgabenlehre	172
1. Öffentliche Aufgaben	173
2. Staatsaufgaben	175
a) Ansätze zur Bestimmung von Staatsaufgaben	175
b) Typologie der Staatsaufgaben	179
c) Aufgabenverantwortung	181
3. Gesellschaftliche Aufgaben	182
4. Zwischenergebnis	184
III. Folgerungen für den Untersuchungsgegenstand	186

1. Aufgabenträgerschaft	186
a) Vorliegen einer öffentlichen Aufgabe als Voraussetzung und Grenze	186
b) Zusammenwirken von Staat und Privaten	190
2. Verantwortungszuschreibung durch Aufgabenträgerschaft?	194
IV. Zusammenfassung	195
B. Formen und Maßstäbe der Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	198
I. Überblick über die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	198
1. Privatisierung – Begriffsverständnis und Typologie	199
a) Gemeinsame Merkmale	199
b) Formelle Privatisierung	202
c) Materielle Privatisierung	203
d) Funktionale Privatisierung	206
2. Formen der Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben	210
a) Beleihung	211
b) Verwaltungshilfe	213
c) Die Indienstnahme Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben	217
aa) Der Tatbestand der Indienstnahme Privater	217
bb) Die Indienstnahme im Gesamtgefüge der Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben	231
II. Einordnung der privatnützigen Inanspruchnahme Privater	238
1. Vorüberlegung: Differenzierung zwischen Aufgabe und Aufgabenfeld	238
2. Die privatnützige Inanspruchnahme als (materielle) Privatisierung?	241
3. Die privatnützige Inanspruchnahme als Fall der Indienstnahme?	244
4. Zwischenergebnis	247
III. Relevanz formenspezifischer Maßstäbe für privatnützige Inanspruchnahmen	248
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für materielle Privatisierungen	249
a) Zur Reichweite rechtlicher Privatisierungsdeterminanten	249
b) Privatisierungsfeste Kernstaatsaufgaben	250
c) Gewaltmonopol des Staates	255
d) Beamtenrechtlicher Funktionsvorbehalt gem. Art. 33 Abs. 4 GG	257
e) Sonstige Privatisierungsdeterminanten	261

f) Zwischenergebnis	261
2. Verfassungsrechtliche Vorgaben für Indienstnahmen	
Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben	262
IV. Zusammenfassung	263
C. Die Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch Private im Steuerstaat des Grundgesetzes	264
I. Zur Unterscheidung und Zuordnung von Sach- und Finanzierungslasten der Gemeinwohlförderung	264
II. System und Formen der Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch Private	267
1. Steuern	267
2. Vorzugslasten	273
3. Sonderabgaben	277
4. Privatsubventionen	286
5. Formenübergreifende Charakteristika der Finanzierung öffentlicher Aufgaben durch Private	291
III. Das Steuerstaatsprinzip und seine Bedeutung für die Finanzierung öffentlicher Aufgaben	296
1. Das Prinzip des Steuerstaates im Grundgesetz – Überblick über das Meinungsspektrum	296
a) Inhaltliche Kernaussagen	296
b) Herleitung	301
aa) Unmittelbare Mitgewährleistung in explizit genannten Verfassungsbestimmungen	302
bb) Mittelbare Gewährleistung zum Schutz von Verfassungsgütern	313
2. Der normative Gehalt des Steuerstaatsprinzips	324
a) Vorgaben des Steuerstaatsprinzips für die Auferlegung von Geldleistungspflichten zur Finanzierung öffentlicher Abgaben	324
b) Zwischen deskriptiver Leerformel und normativem Grundsatz	333
3. Die Verteilung der Finanzierungslasten der Gemeinwohlförderung im Steuerstaat	334
IV. Auswirkungen des Steuerstaatsprinzips auf die Zulässigkeit privatnütziger Inanspruchnahmen Privater	337
1. Anwendbarkeit der Vorgaben des Steuerstaatsprinzips und der Sonderabgabendogmatik	337
2. Unterscheidung von Sach- und Finanzierungsdimension einer privatnützigen Inanspruchnahme	342
3. Relevanz der Einzelprinzipien des Steuerstaatsprinzips für privatnützige Inanspruchnahmen	343
a) Der Grundsatz der Lastengleichheit	344

b) Finanzverfassungsrechtliche Kompetenzordnung	347
c) Fazit	353
V. Zusammenfassung	355
D. Grundrechte und privatnützige Inanspruchnahmen Privater	357
I. Rahmenbedingungen der Prüfung der Grundrechtskonformität privatnütziger Inanspruchnahmen	358
II. Grundrechtsrelevanz von Indienstnahmen Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben – Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	359
1. Das Verhältnis von Dienstleistungs- und Kostentragungspflicht	359
2. Einschlägige Grundrechte	362
a) Naturalleistungspflicht	363
b) Kostentragungspflicht	376
3. Entschädigungszahlungen	381
III. Entfaltung eines eigenen grundrechtlichen Prüfungsansatzes für privatnützige Inanspruchnahmen	384
1. Getrennte Prüfung von Naturalleistungspflicht und Kostentragung	384
2. Gleichheits- oder freiheitsrechtlicher Prüfungsmaßstab?	388
3. Freiheitsrechtliche Anforderungen	396
a) Vorliegen eines Schutzbereichseingriffs	397
b) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs	399
c) Schranken-Schranken	403
d) Insbesondere: der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	405
e) Wirkungen einer Entschädigungszahlung	412
f) Zwischenergebnis	416
4. Gleichheitsrechtliche Anforderungen	418
a) Vorliegen einer verfassungsrechtlich relevanten Ungleichbehandlung	419
b) Maßstab der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen	423
c) Voraussetzungen der Gleichheitsgrundrechtskonformität einer privatnützigen Inanspruchnahme	435
d) Wirkungen einer Entschädigungszahlung	439
e) Zwischenergebnis	444
5. Fazit: Differenzierende Betrachtung der Teilelemente einer privatnützigen Inanspruchnahme und einzelementbezogene Bestimmung grundrechtlicher Maßstäbe und Anforderungen	446
IV. Zusammenfassung	449

Teil IV: Grundlagen einer Gemeinwohlförderungsverantwortung	
Privater	454
A. Erkenntnisquellen	455
B. Solidarität als verfassungsrechtliche Grundpflicht?	457
C. Unterschiede und Gemeinsamkeiten von Sach- und Finanzierungsverantwortung	466
D. Verantwortungszuschreibung aus praktischen Gründen	470
I. Unmöglichkeit der effektiven Aufgabenwahrnehmung durch den Staat oder andere Private	470
II. Weit effizientere Aufgabenerfüllung durch einen Privaten	475
III. Bloße Sachnähe als unzureichende Grundlage einer Gemeinwohlförderungsverantwortung	479
E. Verantwortungszuschreibung aufgrund wertender Kriterien	486
I. Aufwandsveranlassung durch individuelle Freiheitsausübung	488
II. Individualbegünstigende Wirkung der Maßnahme	494
III. Sittlich-moralische Verpflichtung	501
F. Zusammenfassendes Fazit	513
Teil V: Resümee	517
A. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse anhand von Beispielen	517
I. Adressatenpflichten im allgemeinen Polizeirecht	518
II. Mietpreisbremse	529
B. Die privatnützige Inanspruchnahme Privater – Zeichen der Auflösung oder Ausdruck des Fortbestehens einer Dichotomie von Staat und Gesellschaft?	535
C. Ausblick	538
Literaturverzeichnis	541
Stichwortverzeichnis	561

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische PRaxis
AEG	Allgemeines Eisenbahngesetz
AG	Aktiengesellschaft
Allg VerwR	Allgemeines Verwaltungsrecht
Alt.	Alternative
AMG	Arzneimittelgesetz
AnwHdb ArbR	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbR	Arbeitsrecht
ArbR Hdb	Arbeitsrechts-Handbuch
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArchivPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayVbl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BJagdG	Bundesjagdgesetz

Abkürzungsverzeichnis

BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	Besonderer Teil
BT-Drucksache	Bundestagsdrucksache
BurlG	Bundesurlaubsgesetz
BV	Verfassung des Freistaates Bayern
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
d.h.	das heißt
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStJG	Veröffentlichungen der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft e.V.
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
Ed.	Edition
EEG	Erneuerbare-Energien-Gesetz
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EnWG	Energiewirtschaftsgesetz
ErfK ArbR	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht
EStG	Einkommensteuergesetz
EVO	Eisenbahn-Verkehrsordnung
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Festgabe
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
gem.	gemäß
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
GwBekErkG	Geldwäschebekämpfungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWG	Geldwäschegesetz
h.M.	herrschende Meinung
Hdb ArbR	Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
Hdb GR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa
Hdb StR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland

Hrsg.	Herausgeber
i. V.m.	in Verbindung mit
jew.	jeweils
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KfZ	Kraftfahrzeug
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MEPolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
MüKo	Münchener Kommentar
MuSchG	Mutterschutzgesetz
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK ArbR	NomosKommentar Arbeitsrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
Öff WirtschaftsR	Öffentliches Wirtschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
PAG	(Bayerisches) Polizeiaufgabengesetz
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PflVersG	Pflichtversicherungsgesetz
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Rn	Randnummer
RPfleger	Der deutsche Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
SchuldR	Schuldrecht
SGB	Sozialgesetzbuch
sog.	sogenante(r/s)
SoLZG	Solidaritätszuschlagsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StVG	Straßenverkehrsgesetz

Abkürzungsverzeichnis

TÜV	Technischer Überwachungsverein
u.a.	unter anderem
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
Var.	Variante
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwR	Verwaltungsrecht
vgl.	vergleiche
VollzBek	Vollzugsbekanntmachung
Vor/Vorb.	Vorbemerkung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Teil I: Grundlagen

A. Einführung

I. Untersuchungsgegenstand

Gegenstand dieser Untersuchung ist ein Phänomen, welches eine Reaktion auf die dauerhafte oder vorübergehende Hilfsbedürftigkeit eines Einzelnen ist. Einordnen lässt dieses sich in ein größeres Spektrum einer Erscheinungsform staatlichen Wirkens.

1. Die Hilfsbedürftigkeit des Einzelnen als Bezugspunkt des Untersuchungsgegenstandes

Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist die Erkenntnis, dass der Einzelne in seiner individuellen Lebensführung oftmals der Unterstützung bedarf. Häufig wird er etwa zur Abwehr von Gefahren für seine Gesundheit oder sein Eigentum, zur Sicherung seiner materiellen Lebensgrundlagen oder zur Wahrung seiner rechtlichen Interessen nicht selbständig und alleine imstande sein, sondern auf Hilfe und Unterstützung anderer angewiesen sein. Seine Hilfsbedürftigkeit kann zum einen situationsbedingt auf äußere Umstände zurückzuführen sein. Sie kann aber auch in seiner Person wurzeln, etwa wenn jemand wegen Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit nicht mehr selbst in der Lage ist, sein zum Leben notwendiges Einkommen zu erzielen. Diese Hilfe und Unterstützung kann einem Privaten von verschiedenen Seiten zuteilwerden. In Betracht kommen einerseits staatliche Leistungen. Andererseits erfährt er sie im Rahmen gesellschaftlicher Selbsthilfe und Selbstorganisation teils auch unmittelbar durch andere Private.

Gegenstand dieser Untersuchung soll ein rechtstatsächlich zu beobachtendes Phänomen sein, das beide Formen kombiniert. Gemeint sind Fälle, in denen diese Hilfe unmittelbar zwar ebenfalls durch Leistungen anderer Privater erfolgt, diese aber nicht aus eigenem Antrieb tätig werden, sondern aufgrund einer Inanspruchnahme durch den Staat, d.h. weil der Staat sie zu einem entsprechenden Handeln verpflichtet. Die Unterstützung, die

ein Privater zur Befriedigung individueller Bedürfnisse oder zur Lösung eines ihn betreffenden Problems erfährt, geht somit zwar im Ursprung auf eine staatliche Entscheidung und Veranlassung zurück. Der Staat leistet aber nicht selbst, sondern greift auf einen Privaten zurück, dem er entsprechende Handlungspflichten auferlegt.

2. Einordnung in ein Gesamtspektrum staatlich veranlassten, verpflichtenden Tätigwerdens Privater

Eine solche Vorgehensweise des Staates ist nicht nur zu beobachten, wo individuellen Anliegen Privater nachgekommen werden soll, sondern in unterschiedlichsten Bereichen, in denen der Staat ein von ihm gesteuertes Tätigwerden für erforderlich hält. Der – bewusst noch untechnisch gesprochen – „für etwas verantwortliche“ Staat ist nämlich nicht zwangsläufig auch der selbst handelnde oder leistende Staat.¹ Oftmals lösen sich Probleme gerade in der gesellschaftlichen Sphäre durch soziales Engagement oder gesellschaftliche Selbstregulierung in den betroffenen Lebensordnungen ohne staatliche Intervention. Doch selbst wenn nicht, so kann sich der Staat zur Herbeiführung eines bestimmten Ziels vielgestaltiger Vorgehensweisen bedienen, ohne letztlich selbst, d.h. mit eigenen personellen oder sachlichen Mitteln, aktiv tätig werden zu müssen. So ist vor allem, aber nicht erst in den letzten Jahren beispielsweise eine zunehmende Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu beobachten. Dabei wird die Erfüllung bestimmter Aufgaben vollständig oder teilweise Privaten übertragen. Zumeist wird es sich dabei um Aufgaben handeln, welche vormals von der öffentlichen Verwaltung erbracht wurden. Denkbar ist aber auch, dass der Staat, wo er Handlungsbedarf neu erkennt, von vornherein die Ausführung Privaten überlässt.² Mitunter übernehmen Private solche Tätigkeiten freiwillig, zum Beispiel als sogenannte Verwaltungshelfer auf vertraglicher Grundlage aus wirtschaftlichen Interessen zur Erlangung einer Gegenleistung, oder wirken, namentlich bei sogenannten Public-Private-Partnerships, einvernehmlich mit dem Staat zusammen. Mindestens ebenso häufig werden ihnen aber gegen ihren Wil-

1 Für den Bereich des Sozialhilferechts BVerfGE 22, 180 (204); verallgemeinernd für den Staat in seiner Erscheinungsform als Sozialstaat Welti, *Behinderung und Rehabilitation*, 275.

2 Weiß, *Privatisierung und Staatsaufgaben*, 45.

len Handlungspflichten auferlegt, die über die bloße Beachtung ordnungsrechtlicher Vorschriften hinausgehen, im Grunde also spezielle Dienstleistungspflichten darstellen. Dies wird hier als staatliche Inanspruchnahme Privater bezeichnet.

Eine derartige verpflichtende Inanspruchnahme Privater durch die öffentliche Hand ist in vielen Bereichen zu beobachten. Erste Hinweise, wo dies überall der Fall ist, geben zahlreiche Arbeiten im rechtswissenschaftlichen Schrifttum, die sich mit diesem Phänomen, vornehmlich unter Einordnung als Form der auf *Ipsen* zurückgehenden Figur der sogenannten Indienstnahme³, beschäftigen.⁴ Konkrete Beispiele führen sie entweder auf, weil sie einzelne Rechtsgebiete detailliert untersuchen, oder – in unterschiedlichem Umfang – zur Heranführung an eine grundlegendere, abstrakte Betrachtung der Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, wie dies auch hier erfolgen wird. Schon bei einer überblicksartigen Sichtung fällt jedoch auf, dass dabei im Wesentlichen nur Konstellationen untersucht werden, in denen Leistungen direkt an oder für den Staat erbracht werden, der sich diese dann im Weiteren für eigenes Handeln zunutze machen oder dadurch sogar auf ein eigenes Tätigwerden in einem Teilbereich vollständig verzichten kann.

Das vorliegende Vorhaben will insofern eine Lücke schließen. Sein Untersuchungsgegenstand ist im Gesamtspektrum dieses staatlich veranlassten, verpflichtenden Tätigwerdens Privater zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu verorten und als Ausschnitt daraus zu begreifen. Auch hier geht es zwar um eine staatliche Inanspruchnahme Privater, d.h. die Verpflichtung Privater zu einem bestimmten Handeln durch den Staat. Während aber bei einer staatlichen Inanspruchnahme Privater im umfassend verstandenen Sinne das Handeln in seinem Zweck in den meisten Fällen auf ein Anliegen oder Interesse des Staates oder der „Allgemeinheit“ als diffuse Bezeichnung der Gesamtheit aller Mitbürger gerichtet ist, grenzt die Eigenart der auferlegten Pflichten den Gegenstand dieser Untersuchung gegenüber diesen gängigen Fällen ab und hebt ihn aus dem Gesamtspektrum heraus. Dekonstruiert man das Gesamtspektrum der staatlichen Inanspruchnahme Privater, so lassen sich deren verschiedene Erscheinungsformen anhand

3 Ipsen, FG Kaufmann, 141.

4 Auf das genaue Verhältnis zwischen einer Inanspruchnahme im Sinne dieser Arbeit und der Figur der sog. Indienstnahme wird im Laufe dieser Untersuchung einzugehen sein, vgl. Teil III:B.II.3.

der Charakteristik der auferlegten Pflichten – kumulativ – nach jedenfalls zwei verschiedenen Kriterien klassifizieren. Zum einen kann danach zu unterscheiden sein, wer Empfänger der Leistung ist, die der in Anspruch genommene Private zu erbringen hat. Diese kann entweder an den Staat oder aber unmittelbar an andere Private zu erbringen sein. Zum anderen stellt sich die Frage, wer Begünstigter ist. Lässt man Reflexwirkungen außer Betracht, so bezweckt und bewirkt jedes Handeln überwiegend die Förderung von Interessen entweder des Staates, vor allem wenn und weil er nicht selbst tätig werden muss, der Allgemeinheit oder einzelner beziehungsweise einer abgrenzbaren Gruppe Privater.

Der oben beschriebene Untersuchungsgegenstand stellt nach diesen Maßstäben eine Inanspruchnahme dar, bei welcher die zu erbringenden Handlungen so beschaffen sind, dass sie ohne „Umweg“ über den Staat unmittelbar an einen anderen Privaten oder an eine von der Allgemeinheit abgrenzbare Gruppe Privater erbracht werden. Zugleich sind sie individual- oder jedenfalls gruppennützig und kommen in erster Linie gerade dem Empfänger der Leistung zugute. In den zu untersuchenden Fällen sind somit Empfänger und Begünstigter identisch. Antrieb und Anlass der staatlichen Inanspruchnahme ist ein individuelles Bedürfnis eines Privaten, welches der Staat eben gerade nicht durch eigene Tätigkeit, sondern durch die entsprechende Inanspruchnahme eines anderen Privaten stillen möchte. Logisch voraus geht dieser Entscheidung die Einschätzung, dass es Aufgabe des Staates ist, sich einer Lösung dieses Anliegens anzunehmen. Dieses Vorgehen stellt damit eine Reaktion auf einen gesellschaftlichen Missstand beziehungsweise ein Problem im gesellschaftlichen Bereich dar. Der Staat wird seiner Verantwortung, die sich auch auf diesen Bereich erstreckt, hier dadurch gerecht, dass er Privaten entsprechende Handlungspflichten auferlegt und kommt auf diese Weise dem Handlungsbedarf in dieser Sphäre nach.

Dergestalt eingegrenzt soll die verpflichtende Inanspruchnahme Privater durch den Staat Gegenstand der folgenden Untersuchung sein.

II. Problemaufriss

Der gerade eben erfolgten Festlegung des Untersuchungsgegenstandes liegt die für die Relevanz der Untersuchung bedeutsame, bislang unausgesprochene Annahme zugrunde, dass sich hierfür in der Rechtswirklichkeit auch tatsächlich Anwendungsfälle finden. Dass sich der Staat zur Reaktion auf Handlungsbedarf in der gesellschaftlichen Sphäre und auf individu-

elle Bedürfnisse Privater mit der zunehmenden Einschaltung Privater in der Gestalt, wie sie hier untersucht werden soll, einer Vorgehensweise bedient, die über alle Rechtsgebiete hinweg gleichartige abstrakte Merkmale aufweist, entzieht sich bislang jedoch einer Anerkennung und entsprechenden Herausstellung im wissenschaftlichen Schrifttum. Es wird daher an erster Stelle zu zeigen sein, dass der Untersuchungsgegenstand eine abstrakte Handlungsform darstellt, auf welche der Staat zur Lösung von Problemen in der gesellschaftlichen Sphäre in unterschiedlichen Lebensbereichen und Konstellationen zurückgreifen kann. Dieses bislang fehlende Bewusstsein verhindert eine umfassende, dogmatische und systematische Auseinandersetzung mit den verschiedenen rechtstatsächlichen Phänomenen, die dem zu untersuchenden Spektrum zuzuordnen sind.

Eine solche grundlegende Auseinandersetzung mit privatnützigen Inanspruchnahmen Privater durch den Staat wird hier nicht als Selbstzweck, sondern im Hinblick auf eine Vielzahl dadurch aufgeworfener Probleme und Fragen erfolgen. Die verpflichtende Inanspruchnahme Privater durch den Staat – in ihrer weiten, allgemeinen wie auch in ihrer für dieses Vorhaben eingeschränkten Form – ist als „Ausdrucksform eines sich wandelnden Staates“⁵ zu sehen. Dieser Wandel wirkt sich einerseits auf das „Ob“ staatlichen Handelns aus. Bedingt nicht zuletzt durch sich ändernde soziale Lebensumstände und Rahmenbedingungen, ändern sich auch die Anforderungen und Erwartungen an den Staat und seine Leistungsfähigkeit. Dies hat Konsequenzen bezüglich der Lebensbereiche, auf welche sich der staatliche Zugriff erstreckt. Angesichts des mit einer privatnützigen Inanspruchnahme verfolgten Zwecks, individuelle Bedürfnisse Privater zu fördern, stellt sich für diese Untersuchung in diesem Zusammenhang die Frage, ob und inwieweit der Staat eine Verantwortung für die gesellschaftliche Sphäre und das individuelle Wohl Einzelner hat. Insbesondere berührt die hier zu untersuchende Form der Inanspruchnahme Privater aber die Frage, in welchem Verhältnis Staat und Gesellschaft gegenüber stehen und welche Rollen sie zur Lösung von Problemen im gesellschaftlichen Bereich annehmen. So könnte eine privatnützige Inanspruchnahme Privater auf einer Seite als eine lediglich veränderte Art und Weise der Wahrnehmung originärer Aufgaben durch den Staat angesehen werden. Statt dies mit eigenen personellen und sachlichen Mitteln vollumfänglich selbst zu erledigen, bedient sich der Staat nach dieser Lesart zur Erfüllung seiner Aufgabe der Einschaltung Privater. Andererseits aber

5 Uebeisen, Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 23 f.

sind gesellschaftliche Selbstregulierung und -hilfe vermutlich nicht mehr gleichermaßen gewichtige Gestaltungsfaktoren wie noch zu früheren Zeiten. Unter dieser Annahme erscheint es – gleichsam als Gegenpol des Deutungsspektrums – ebenso möglich, dass sich der Staat der hier zu untersuchenden Vorgehensweise zu dem Zweck bedient, diese zunehmenden Defizite durch eine Aktivierung gesellschaftlicher Akteure auszugleichen und damit einer Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden. Von der Einordnung der privatnützigen Inanspruchnahme innerhalb dieses Spektrums hängt möglicherweise ab, wie hoch die Anforderungen sind, die an die Rechtfertigung einer Inanspruchnahme zu stellen sind. Für die Einschätzung dieser beiden Aspekte wird der Frage nach den Aufgaben von Staat und Gesellschaft sowie den Zusammenhängen zwischen beiden Bereichen nachzugehen sein.

Dass Private auf staatliche Veranlassung hin – wie es auch bei einer privatnützigen Inanspruchnahme der Fall ist – die Erledigung bestimmter Aufgaben übernehmen, ist kein neuartiges Phänomen, sondern in vielen Sachbereichen gängige Praxis. Für dieses Vorhaben aufschlussreich sein kann daher die Auseinandersetzung mit diesen bekannten Formen der Einbindung Privater in die Erfüllung wie die Finanzierung öffentlicher Aufgaben und der Frage, wie sich die hier zu untersuchende Inanspruchnahme in dieses Spektrum einfügt. Erkenntnisse können sich daraus sowohl im Hinblick darauf, ob es sich bei den hier zu untersuchenden, privatnützigen Inanspruchnahmen nur um eine bereits bekannte Form der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private handelt, als auch bereits im Vorgriff auf die rechtliche Beurteilung privatnütziger Inanspruchnahmen Privater ergeben. Für diese können, bei entsprechender Einordnung, gegebenenfalls die Vorarbeiten zu anderen Formen der Einbindung Privater nutzbar gemacht und formenspezifische Maßstäbe übertragen werden.

Zur Bestimmung der rechtlichen Grenzen und Voraussetzungen der Rechtmäßigkeit privatnütziger Inanspruchnahmen Privater wird der Schwerpunkt der Untersuchung indes auf die Frage zu legen sein, nach welchen Auswahlkriterien und in welchem Umfang Private in den geschilderten Konstellationen in Anspruch genommen werden können. Letztlich nämlich wird durch eine privatnützige Inanspruchnahme ein gesellschaftliches Füreinanderestehen zur (Rechts)Pflicht. Damit verbunden sind Rechtseingriffe, die es zu rechtfertigen gilt. Als problematisch erweisen wird sich die Heranziehung Einzelner in Form einer Inanspruchnahme aber vor allem auch im Hinblick auf das sogenannte Steuerstaatsprinzip. Danach finanziert der Staat seine Tätigkeit in der Regel allein durch Steuern, deren Wesensmerkmal die Auferlegung nach Leistungsfä-

higkeitskriterien ist, nicht aber über andere, außersteuerliche Abgaben nur einzelner Privater.⁶ Anders als das Bundesverfassungsgericht⁷ überträgt ein Teil des Schrifttums diesen Gedanken über Geldleistungspflichten hinaus auf jede unentgeltliche Tätigkeit eines Privaten für den Staat.⁸ Dieser Ansicht ist wegen der wirtschaftlichen Vergleichbarkeit zu folgen. Jede über das die Allgemeinheit treffende Maß hinausgehende, wie auch immer geartete Inanspruchnahme Privater zur Erledigung öffentlicher Aufgaben nach anderen Kriterien als ihrer individuellen Leistungsfähigkeit ist als Abweichung vom Steuerstaatsprinzip und dem Grundsatz der Lastengleichheit daher besonders rechtfertigungsbedürftig.⁹ Zentrale Fragestellung dieser Untersuchung wird also sein, was es rechtfertigen kann, einen einzelnen Privaten herauszugreifen und durch eine Inanspruchnahme stärker zu belasten als die Allgemeinheit, mit anderen Worten also gegenüber der Gesamtheit der Steuerpflichtigen ungleich zu behandeln.

Aufschluss hierüber können als Ausgangspunkt die tatsächlich herangezogenen Auswahlkriterien und -gründe in rechtstatsächlich zu beobachtenden Konstellationen geben, die als Anwendungsfall des Untersuchungsgegenstandes anzusehen sind. Dabei zeichnet sich ab, dass zur Rechtfertigung und inhaltlichen Aufladung der zu fordernden „Verantwortungsbeziehung“¹⁰ des verpflichteten Privaten zum zu lösenden Problem als eine von mehreren denkbaren Möglichkeiten nicht nur auf praktisch zwingende Gründe, sondern vor allem in den hier zu untersuchenden Fällen teils auch auf vorgefundene soziale Beziehungsgeflechte rekurriert werden kann. Dies wirft als Teilaspekt im Weiteren unter anderem die Frage nach dem Stellenwert von Solidarität und Zusammenhalt in unserer gegenwärtigen Gesellschaft sowie der Existenz von Gemeinschaften jenseits rechtlicher Konstrukte als eine von mehreren möglichen Grundlagen

6 Isensee, FS Ipsen (1977), 409 ff.; Kube, in: Epping/Hillgruber, Beck-OK GG, Art. 105 Rn. 2.

7 Vgl. hierzu Schirra, Die Indienstnahme Privater, 50 ff. m.w.N. aus der Rechtsprechung.

8 Kube, Die Verwaltung 41 (2008), 1 (15 ff.); Schirra, Die Indienstnahme Privater, 80; von Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 580 f.

9 Kube, JZ 2010, 265 (267); speziell für Indienstnahmen Schirra, Die Indienstnahme Privater, 77, 80.

10 Vgl. vorerst nur Friauf, FS Jahrreiss, 45 (59); Kube/Palm/Seiler, NJW 2003, 927 (930 f.); Kube, JZ 2010, 265 (267 ff.); Schirra, Die Indienstnahme Privater, 112 ff.

einer derartigen Verantwortungsbeziehung auf und stellt somit Verbindungen zwischen rechtlichen und moralischen Pflichten her.

B. Gang der Untersuchung

Die Arbeit gliedert sich in fünf Teile. In Teil I sollen nunmehr im Anschluss an die bereits erfolgte Festlegung des Untersuchungsgegenstandes noch für seine Untersuchung notwendige Begriffsklärungen vorgenommen und Grundannahmen geklärt werden. Daran anschließend werden in Teil II konkrete Beispiele aus verschiedenen Rechtsgebieten dargestellt, in welchen das hier zu untersuchende Muster der privatnützigen Inanspruchnahme Privater Anwendung findet und im Hinblick auf das Erkenntnisinteresse dieser Arbeit daraufhin untersucht, auf welche Auswahlkriterien und -gründe die Inanspruchnahmen sich in den konkreten Beispielen stützen. Dadurch soll zum einen belegt werden, dass es sich bei einer privatnützigen Inanspruchnahme Privater um eine abstrakte Handlungsform handelt, derer sich der Staat in unterschiedlichen Rechtsgebieten bedient. Außerdem sollen durch Verallgemeinerung und Abstrahierung von bereichsspezifischen Maßstäben Anhaltspunkte gewonnen werden, mit welchen Erwägungen Inanspruchnahmen in der Rechtswirklichkeit gerechtfertigt werden. Diese Erkenntnisse können sodann in die sich anschließende abstrakt-theoretische Auseinandersetzung mit den rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen privatnütziger Inanspruchnahmen einfließen.

Diese bildet den Hauptgegenstand von Teil III, welcher die Bestimmung der verfassungsrechtlichen Maßstäbe zur rechtlichen Beurteilung der privatnützigen Inanspruchnahme Privater zum Ziel hat. Zugleich wird darin herausgearbeitet, inwiefern die privatnützige Inanspruchnahme Privater im Hinblick auf diese Maßstäbe Probleme aufwirft und unter welchen abstrakten Voraussetzungen sie mit diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen vereinbar ist. Zunächst ist hierfür die sogenannte Aufgabenlehre daraufhin zu untersuchen, zur Erfüllung welcher Aufgaben es möglich ist, einen Privaten in Anspruch zu nehmen und ob entweder der Staat oder die Gesellschaft von vornherein eine besondere Verantwortung für die Erfüllung dieser Aufgaben haben (Teil III A). Sodann wird sich die Arbeit näher mit den bekannten Formen der Verpflichtung Privater zur Erfüllung (Teil III B) sowie zur Finanzierung (Teil III C) öffentlicher Aufgaben befassen und der Versuch unternommen, durch die Feststellung von strukturellen und wertungsmäßigen Gemeinsamkeiten sachbereichs- oder formenspezifische Rechtmäßigkeitsmaßstäbe auf privatnützige Inan-

spruchnahmen Privater zu übertragen. Schließlich wird auf den Schutzgehalt der Grundrechte gegenüber privatnützigen Inanspruchnahmen Privater einzugehen sein (Teil III D). Dabei wird sich zeigen, dass zentrale Voraussetzung einer privatnützigen Inanspruchnahme eines Privaten ist, dass dieser Private eine besondere Verantwortung für die Förderung des mit der Inanspruchnahme jeweils verfolgten Zwecks hat. Aufgrund einer solchen besonderen Verantwortung ist es gerechtfertigt, gerade ihm die Erfüllung einer bestimmten Aufgabe aufzuerlegen statt dies dem stellvertretend für die Allgemeinheit handelnden Staat zu überlassen. Auf welchen inhaltlichen Grundlagen eine solche besondere Verantwortung eines Privaten beruhen kann, wird in Teil IV behandelt werden.

Abschließend soll ein Überblick über die gewonnenen Erkenntnisse zu den Voraussetzungen und Grenzen privatnütziger Inanspruchnahmen Privater in Teil V ein zusammenfassendes Bild vermitteln, welche Anforderungen erfüllt sein müssen, damit es dem Staat möglich ist, sich der privatnützigen Inanspruchnahme eines Privaten zu bedienen, um einem Anliegen eines privaten Dritten nachzukommen. Eine Gesamteinschätzung zur Bedeutung privatnütziger Inanspruchnahmen Privater für das Verhältnis von Staat und Gesellschaft soll am Ende der Arbeit stehen.

C. Vorüberlegungen und Begriffsklärungen

Diese Arbeit untersucht, wie gesagt, die verpflichtende Inanspruchnahme Privater durch den Staat zur Förderung individueller Interessen von privaten Dritten. Diese Festlegung ist ein erster Schritt. Um insbesondere die soeben aufgeworfenen Probleme behandeln zu können, bedarf es zur Operationalisierung vorab aber einiger Überlegungen und Definitionen, was unter den einzelnen Merkmalen des in dieser Weise bewusst prägnant formulierten Untersuchungsgegenstandes zu verstehen ist, handelt es sich beim Untersuchungsgegenstand doch nicht um einen feststehenden und dadurch inhaltlich klaren Rechtsbegriff.

Leisten soll das dieser Abschnitt. Festzulegen ist zunächst, was sich hinter der nur auf den ersten Blick griffigen Bezeichnung „Staat“ verbirgt und wer „Privater“ ist. Sind die Akteure abgesteckt, d.h. die Subjekte der hier zu untersuchenden Rechtsbeziehung identifiziert, ist festzulegen, was für dieses Vorhaben als Inanspruchnahme Privater zu verstehen ist.

I. Staat und Private

„Staat“ und „Private“ treten im hier zu untersuchenden Kontext in unterschiedlichen Rollen und Funktionen auf. Der Staat ist einerseits derjenige, der einen Privaten zu einem Handeln verpflichtet. Von diesem Handeln profitiert wiederum ein – dritter – Privater. In dieser Hinsicht ist der Staat andererseits also zugleich Wohltäter, der sich durch die Inanspruchnahme eines Privaten eines Bedürfnisses eines privaten Dritten annimmt. Ein Privater ist zum einen der Adressat der Inanspruchnahme, zum anderen aber auch der Begünstigte.

1. Staat

Aus der Perspektive, wie sie hier anzulegen ist,¹¹ ist der Staat als hoheitliche Herrschaftsorganisation zu verstehen, d.h. als Entität mit Herrschaftsmacht über ihm unterworfenen Bürger.¹² Diese Charakterisierung entspricht dem, was auch das Schrifttum bei einer Untersuchung der Einbindung Privater in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben als wesentliches Merkmal des Staates zugrunde legt,¹³ und kann auch hier Verwendung finden. Durch die Herausstellung des Merkmals der Herrschaftsmacht wird gerade deutlich, dass der Staat im zu untersuchenden Verhältnis derjenige Akteur ist, welcher imstande ist, Private als die andere Partei zu einer Handlung zu verpflichten.

Die staatliche Herrschaftsorganisation setzt sich zusammen aus der Summe aller ihrer Hoheitsträger.¹⁴ Wird also im Folgenden vom Staat ge-

11 Zur Vielfalt und Bedeutung der unterschiedlichen Perspektiven, aus denen Staatlichkeit definiert werden kann Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdB StR II, § 15 Rn. 46

12 Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdB StR II, § 15 Rn. 145; aus völkerrechtlicher Perspektive beispielsweise ist, bedingt durch das differierende Erkenntnisinteresse, auf die sog. 3-Elemente-Lehre zurückzugreifen, vgl. hierzu Isensee, in: Isensee/Kirchhof, HdB StR II, § 15 Rn. 47 ff.

13 Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 25; im Anschluss an Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, 11, 15 auch Greenawalt, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber, 159 sowie Uibleisen, Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 30.

14 Wiederum in Anschluss an Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, 15 auch Greenawalt, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber, 159 sowie Uibleisen, Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 30.