

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 417

Verwaltungsaufgaben und Private

Funktionen und Typen
der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben
unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts

Von

Sibylle von Heimburg



Duncker & Humblot · Berlin

SIBYLLE VON HEIMBURG

Verwaltungsaufgaben und Private

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 417

Verwaltungsaufgaben und Private

**Funktionen und Typen der Beteiligung Privater an öffentlichen
Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung des Baurechts**

Von

Dr. Sibylle von Heimburg



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten

© 1982 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1982 bei Buchdruckerei A. Sayffaerth - E. L. Krohn, Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 05147 5

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
------------------	----

Erstes Kapitel

Grundlagen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben

§ 1 Die öffentlichen Aufgaben	13
A. Der Begriff des Öffentlichen	13
B. Abgrenzung der öffentlichen von der staatlichen Aufgabe	14
C. Abgrenzung der öffentlichen Aufgaben von Bürgerpflichten	17
I. Öffentlich-rechtliche Bürgerpflichten	17
II. Grundpflichten	17
§ 2 Die moderne Privatisierungsdebatte	18
A. Der Begriff des Privaten	19
B. Privatisierung als Übertragung staatlicher Leistungen auf private Träger	21
I. Rechtliche Grenzen der Privatisierung kraft kompetentiellen Staatsvorbehalts	22
1. Genuine Staatsaufgaben	22
2. Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	22
3. Obligatorische Bundesverwaltung	24
4. Sozialstaatsprinzip	25
5. Einsparung öffentlicher Mittel	25
II. Gebot zur Privatisierung	26
1. Fehlendes öffentliches Interesse	26
2. Subsidiaritätsprinzip	26
3. Grundrechtliche Funktionsgarantien	28
III. Zusammenfassung	28

*Zweites Kapitel***Die bisherige Formtypik der Beteiligung Privater
an öffentlichen Aufgaben**

§ 3	<i>Der Beliehene</i>	30
	A. Historische Entwicklung	30
	B. Heutige Beleihungstheorien	31
	I. Aufgabentheorie	31
	II. Rechtsstellungstheorie	33
	III. Sonstige Beleihungstheorien	34
	1. Beliehenenbegriff von R. Herzog	34
	2. „Besonders anerkannter Beliehener“ (Backherms)	35
	IV. Ergebnis	36
§ 4	<i>Gesetzliche Indienstnahme</i>	38
	A. Begründung durch H. P. Ipsen	38
	B. Rechtsstellung des Indienstgenommenen	39
	C. Indienstnahme als Anwendungsfall der Aufgabentheorie	40
§ 5	<i>Öffentliche Wirtschaftseinheiten</i>	41
	A. Entwicklung durch K. Vogel	41
	B. Kritik	42
§ 6	<i>Staatsentlastendes Privathandeln</i>	42
	A. Wirtschaftsaufsicht	43
	B. Staatlich gebundener Beruf	45
	C. Freie Berufe	50
	D. Kooperation von Staat und Privaten	53
	I. Zusammenarbeit von Wirtschaft und Staat	53
	II. Rechtliche Ausgestaltung	54
	III. Würdigung	57
§ 7	<i>Der Private als Fachmann und Interessenvertreter</i>	58
§ 8	<i>Kritik der bisherigen Formtypik</i>	59

*Drittes Kapitel***Darstellung und Erprobung einer eigenen Typologie**

§ 9 Aufgabenverteilung zwischen dem Staat und Privaten	61
A. Private Beachtungspflichten	61
I. Allgemeine Beachtungspflichten	62
II. Spezielle Beachtungspflichten	62
1. Berufsspezifische Regelungen	62
a) Freie Berufe	62
b) Sonstige Berufe	67
2. Gewerbespezifische Regelungen	70
3. Technische Beachtungspflichten	71
4. Offenes System der speziellen Beachtungspflichten	75
B. Staatsaufgaben kraft Kompetenzentscheids	75
§ 10 Privatautonomie ohne Kontrolle	76
§ 11 Privatautonomie mit öffentlich-rechtlicher Selbstkontrolle	79
A. Das Kammersystem	79
B. Gesetzliche Ausgestaltung	81
§ 12 Privatautonomie mit Staatsaufsicht	86
A. Tatbestand	86
B. Erprobung	89
§ 13 Privatautonomie mit speziellen Pflichten	91
A. Organisationspflichten	91
I. Heteronomes Unternehmensorgan	91
II. Autonome Unternehmensorgane	95
B. Betriebspflichten	98
C. Ausbildungs- und Qualifikationspflichten	105
D. Beaufsichtigungspflichten	107
E. Staatlich gebundener Beruf	110
§ 14 Institutionelle Verbindung mit Staatsaufgaben	112
A. Beleihung	112
I. Beleihung als Organisationsform	112

II. Gemeinsamkeiten der gesetzlichen Beispiele	115
III. Einzelne Beispiele	117
1. Organextern und kompetenzausschließlich tätige Beliehene	118
2. Organextern und kompetenzanteilig tätige Beliehene ..	122
3. Organintern und kompetenzausschließlich tätige Beliehene	126
4. Organintern und kompetenzanteilig tätige Beliehene	128
B. Verwaltungshilfe	130
C. Verwaltungssubstitution	139
I. Verwaltungssubstitution bei Staatsaufgaben	139
II. Gesetzliche Beispiele	139
§ 15 Resümee	146

Viertes Kapitel

Vereinbarkeit der Heranziehung Privater durch die öffentliche Verwaltung mit dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG

§ 16 Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Inhalt und Schranken des Art. 12 Abs. 1 GG	149
A. Der Begriff des „Berufs“ im verfassungsrechtlichen Sinne	149
B. Schranken der Berufsfreiheit	152
§ 17 Das Verhältnis von Art. 12 und Art. 33 GG	155
A. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	155
B. Sogenannte staatlich gebundene Berufe	156
C. Staatsmonopole	157
I. Kompetenz-Kompetenz des Staates	157
II. Grenzen der staatlichen Organisationsgewalt	158
III. Verstaatlichung durch heteronome Berufsbildgestaltung	159
IV. Art. 12 GG als „Privatisierungshébel“	162
§ 18 Grundrechtsstellung der durch die öffentliche Verwaltung herangezogenen Privaten	163
A. Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen	164
B. Private, die öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnehmen	166
C. Private in Kooperationsverhältnissen	166

*Fünftes Kapitel***Folgerungen für Vorhaben zur Entstaatlichung im Baurecht**

§ 19	<i>Das geltende System baurechtlicher Verantwortungsbereiche</i>	169
	A. Rechtsgrundlagen	169
	B. Schutzgüter des Bauordnungsrechts	171
	C. Das Verfahren bei der Bauaufsichtsbehörde	172
	I. Baugenehmigung und Bauanzeige	172
	II. Bauüberwachung und Bauabnahme	174
	D. Die privaten Verantwortungsträger	175
	I. Die öffentlich-rechtliche Verantwortung der am Bau Beteiligten	175
	1. Bauherr	175
	2. Entwurfsverfasser	176
	3. Bauunternehmer	177
	4. Verantwortlicher Bauleiter	177
	5. Hinzugezogene Sachverständige	179
	II. Das privatrechtliche Verhältnis der am Bau Beteiligten gegenüber dem Bauherrn	180
	E. Ergebnis der Bestandsaufnahme	181
§ 20	<i>Möglichkeiten der Entstaatlichung im Baurecht</i>	183
	A. Die Forderung nach Entstaatlichung	183
	B. Privatisierungsfähige Aufgaben	184
	I. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG im Baurecht	184
	II. Private im Bereich hoheitlicher Aufgaben	185
	C. Formen der Verwaltungsvereinfachung	187
	I. „Entschlackung“ des Normenbestandes	187
	II. Reduzierung des Verwaltungshandelns	189
	III. Ersetzung von Verwaltungshandeln durch private Eigenverantwortung	190
	1. Private Verantwortungsträger im Baugenehmigungsverfahren	191
	2. Private Verantwortungsträger im Bereich der Bauüberwachung	194
	3. Gesetzliche Grundlage	195
	D. Konsequenzen einer privaten Verantwortungsträgerschaft	196

*Sechstes Kapitel***Rechtsvergleichender Ausblick**

§ 21 <i>Technische Normung</i>	199
A. Vorbemerkung	199
B. Belgien, Dänemark und Irland	200
C. Frankreich	201
D. Großbritannien, Italien und Niederlande	202
E. Österreich	204
F. Schweden	205
G. Zusammenfassung	205
§ 22 <i>Das Bauaufsichtsverfahren</i>	205
A. Frankreich	206
B. Österreich	210
C. Schweden	212
§ 23 <i>Folgerungen für das deutsche Baurecht</i>	214
A. Technische Normung	214
B. Bauaufsichtsverfahren	215
Ergebnis	217
Übersicht: Typische Grundformen der Beteiligung Privater an öffentlichen und öffentlich-rechtlichen Aufgaben	219
Literaturverzeichnis	221

Anhang

Gesetzesregister	239
Sachwortregister	261

Einleitung

Die öffentliche Verwaltung bedient sich in vielfältigen Formen privaten Sachverständes, privater Hilfe oder auch — von ihr nur teilweise beeinflusster — privater Berufstätigkeit, um die ihr vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele und Aufgaben zu erfüllen. Hinsichtlich der daraus für den Privaten resultierenden Rechte und Bindungen fehlt es an einer umfassenden Untersuchung der Formen und Grenzen solcher privaten Beteiligung an Aufgaben der öffentlichen Verwaltung. Die bisher entwickelten dogmatischen Erklärungen beschränken sich jeweils auf Einzelfälle ohne andere, daneben bestehende Beteiligungsformen zu berücksichtigen oder sich hinreichend klar von ihnen abzugrenzen. Die Folge davon ist, daß in Literatur und Rechtsprechung einerseits unter ein und denselben Begriff die unterschiedlichsten Inhalte subsumiert werden, und andererseits ein und dieselbe gesetzliche Regelung mit unterschiedlichen Rechtsinstituten erklärt wird.

Eine zusätzliche Fragestellung ergibt sich bei der Heranziehung Privater durch die öffentliche Verwaltung aus dem Gesichtspunkt privater Teilhabe an von der Verwaltung wahrgenommenen Aufgaben. Die dazu unter dem Stichwort der „Privatisierung“ geführte Diskussion setzt sich mit der verstärkten Übernahme öffentlicher Verantwortung für Leistungen, die bis dahin gar nicht oder von Privaten erbracht wurden, auseinander. Die damit einhergehende Zurückdrängung privater Initiative und Verantwortung wirft ebenfalls die Frage nach den Möglichkeiten der Heranziehung Privater als Verantwortungsteilhaber bei Verwaltungsaufgaben auf.

Zweck dieser Arbeit ist es dementsprechend, eine Bestandsaufnahme der Formen, in denen Private von der öffentlichen Verwaltung herangezogen werden, zu erstellen. Als Grundlage dient die gesetzliche Ausgestaltung solcher privaten Beteiligungen. Hierauf aufbauend und zugleich kategorisierend wird eine Typologie entwickelt, die nicht nur eine dogmatische Erklärung und Einordnung aller Formen der Heranziehung Privater durch die öffentliche Verwaltung erlaubt, sondern gleichzeitig die verfassungsrechtlichen Grenzen einer derartigen Beteiligung aufzeigt.

Letzteres sowohl unter dem Gesichtspunkt der grundrechtlich geschützten Privatsphäre, in die der Staat nicht eingreifen und die er

nicht an sich ziehen darf, als auch hinsichtlich der Frage, welche Aufgaben aufgrund eines Vorbehalts öffentlich-rechtlicher Funktionsträgerschaft notwendig vom Staat wahrgenommen werden müssen, so daß Private nur unter Eingliederung in den staatlichen Organisationsbereich beteiligt werden können.

Da eine derartige Typologie nicht nur Bestehendes erklären, sondern auch als Grundlage neu zu regelnder Möglichkeiten der Heranziehung Privater durch die öffentliche Verwaltung dienen soll, wird sie auch in dieser Hinsicht als Modell erprobt. Als Beispiel bietet sich dabei das Baurecht an, da hier nicht nur der Ruf nach privater Verantwortlichkeit besonders laut ist, sondern auch, im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung innerhalb der Europäischen Gemeinschaft, in absehbarer Zeit das derzeit gültige System einer nahezu komplett geschlossenen Staatszuständigkeit mit Rücksicht auf die Regelungen anderer EG-Mitgliedsstaaten überdacht werden muß.

Erstes Kapitel

Grundlagen der Beteiligung Privater an öffentlichen Aufgaben

§ 1 Die öffentlichen Aufgaben

Die von Privaten für die Verwaltung oder mit ihr wahrgenommenen Aufgaben werden zumeist als Tätigkeit im öffentlichen Interesse oder als sog. „öffentliche Aufgaben“ dargestellt. Diese sehr pauschale Bezeichnung setzt eine genauere Bestimmung des „Öffentlichen“ voraus.

A. Der Begriff des Öffentlichen

Zu Unrecht wird das Öffentliche bisweilen nur staatsbezogen gesehen. Denn es sagt als solches nichts über eine Einbeziehung in den staatlichen Aufbau aus¹. Vielmehr ist das Öffentliche, bzw. die Öffentlichkeit als Substantivierung, im sozialwissenschaftlichen Sprachgebrauch zunächst nur gleichbedeutend mit „Publikum“², beinhaltet also nur etwas auf die Allgemeinheit Bezogenes, für das Wohl der Allgemeinheit Relevantes³, das weder mit dem „Staatlichen“ noch mit dem „Privaten“ identisch ist⁴. Es greift über das Individuell-Private hinaus und setzt sich aus überindividualen Mehr- oder Gesamtheiten zusammen⁵. Das Öffentliche stellt eine bestimmte Zwischenschicht gesellschaftlichen Daseins und Wirkens dar, die sich rechtlichen Ord-

¹ Vgl. Scheuner, VVDStRL 22, S. 1 (75); a. A. z. B. Schuppert, VerwArch Bd. 71, S. 333, der öffentliche Aufgaben mit dem legitimen Aufgabenbereich des Staates gleichsetzt; er findet allerdings auch öffentliche, aber staatsfremde Aufgaben.

² Vgl. Martens, Öffentlich, S. 46.

³ Vgl. Klein, DÖV 65, S. 755 (759); Krautzberger, Erfüllung, S. 106; Maurer, Aufgaben, S. 58; Häberle, Öffentliches Interesse, S. 49, 214.

⁴ Vgl. Krüger, Staatslehre, S. 346 f.; ders., 46. DJT, S. 27; R. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 196; Scheuner, Peters-Gedächtnisschrift, S. 797 (801 f.); Forsthoff, Körperschaft, S. 14; Martens, Öffentlich, S. 118; Häberle, JuS 67, S. 64 (73); Müller-Thoma, Verein, S. 59.

⁵ So R. Scholz, Koalitionsfreiheit, S. 197; s. a. Martens, Öffentlich, S. 45 ff.