

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1431

Indienstnahme und Verfassungstreue

Eine bereichsübergreifende Untersuchung
der Anforderungen an private Akteure
bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben

Von

Tobias Hansen



Duncker & Humblot · Berlin

TOBIAS HANSEN

Indienstnahme und Verfassungstreue

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 1431

Indienstnahme und Verfassungstreue

Eine bereichsübergreifende Untersuchung
der Anforderungen an private Akteure
bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben

Von

Tobias Hansen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster
hat diese Arbeit im Jahr 2019
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

D 6

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: Fotosatz Voigt, Berlin
Druck: CPI buchbücher.de gmbh, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0200
ISBN 978-3-428-15970-3 (Print)
ISBN 978-3-428-55970-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Schwestern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2018/2019 von der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung mit dem Thema „Das ‚Protestcamp‘ als Form der Versammlung im Sinne des Art. 8 Abs.1 GG“ fand am 15. Oktober 2019 statt. Der Stand von Rechtsprechung und Literatur konnte bis Dezember 2019 berücksichtigt werden.

Mein größter Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Fabian Wittreck, nicht nur dafür, dass er den thematischen Anstoß zu der Untersuchung gab, sondern auch für die hervorragende Betreuung der Arbeit. Neben zahlreichen fruchtbaren Gesprächen ließ er mir alle wissenschaftlichen Freiheiten für die Abfassung der Untersuchung. Prof. Dr. Janbernd Oebbecke danke ich herzlich für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Ein besonderer Dank gebührt außerdem Prof. Dr. Wolfram Höfling, M.A., an dessen Institut für Staatsrecht der Universität zu Köln ich einen großen Teil meiner Promotionszeit als wissenschaftliche Hilfskraft verbracht habe und der mir die Möglichkeit gegeben hat, diese Arbeit erfolgreich fortzuschreiben und abzuschließen. Weiterhin danke ich den Kolleginnen und Kollegen dieses Instituts für ihre Unterstützung während dieser Zeit. Hervorzuheben sind dabei insbesondere Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., Ines Horn, Malte Reifegerste sowie Tom Tenostendarp, die jederzeit ein offenes Ohr hatten.

Weiter danke ich dem Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat für die großzügige Gewährung eines Druckkostenzuschusses.

Abschließend möchte ich meinen Eltern danken, die mich während dieser Zeit fortwährend unterstützt haben und durch ihren beständigen Zuspruch maßgeblich zum erfolgreichen Abschluss dieser Arbeit beigetragen haben.

Köln, im April 2020

Tobias Hansen

Inhaltsübersicht

§ 1 Einleitung	31
A. Problemaufriss und thematische Einordnung	31
B. Gegenstand, Erkenntnisinteresse und Methodik der Untersuchung	34
C. Gliederung und Gang der Untersuchung	35
§ 2 Staatsaufgaben, Privatisierung, Verfassungstreue: Eine Einführung in die untersuchungsrelevanten Begriffe	38
A. Der Begriff der Staatsaufgaben	38
I. Zur „Aufgabe“ im Allgemeinen	38
II. Zu den Staatsaufgaben	40
III. Abgrenzung zur öffentlichen Aufgabe	45
IV. Arten von Staatsaufgaben	47
B. Zum Begriff der Privatisierung	52
I. Versuch einer Definition	53
II. Die Motivation staatlicher Aufgabenübertragung	54
III. Formen der Privatisierung	56
IV. Grenzen der Privatisierung	63
V. Untersuchungsergebnisse	81
C. Die Verfassungstreue	81
I. Begriff und (verfassungs-)rechtliche Grundlagen der Verfassungstreue ..	81
II. Inhalt der Verfassungstreuepflicht	83
III. Bedeutung für den Gang der Untersuchung	84
D. Zusammenfassende Folgerungen für die weitere Untersuchung	86
I. Staatsaufgabenlehre	86
II. Privatisierungsbegriff	87
III. Das Merkmal der Verfassungstreue	87
§ 3 Indiennahme privater Akteure – Eine Bestandsaufnahme	89
A. Die Legislative als Ursprung der Rechtsordnung	89
I. Bestehen eines staatlichen Rechtsetzungsmonopols?	90
II. Private Mitwirkung im Rahmen der Gesetzgebung	92
III. Die Einbindung privater Akteure im Bereich der Gesetzgebung im Überblick	107
B. Private Akteure als Teil der Rechtsprechung	108
I. Abgrenzung des Privatisierungsgegenstandes	108

II. Verfassungsrechtlicher Rahmen privater Rechtsprechung: Art. 92 GG als Rechtsprechungsmonopol und Privatisierungsgrenze?	110
III. Private Akteure in der Rechtsprechung?	112
IV. Zusammenfassung	117
C. Die Exekutive als Kernbereich der Indienstnahme privater Akteure	118
I. Private Akteure im Bildungswesen am Beispiel des konfessionellen Religionsunterrichts und der Kinder- und Jugendhilfe	118
II. Umweltschutz als Staatsaufgabe und privater Sachverstand	183
III. Privatisierung der Staatsaufgabe der (inneren) Sicherheit	198
D. Ergebnis der Bestandsaufnahme	221
§ 4 Der Berufsbeamte als „Goldstandard“ staatlicher Aufgabenwahrnehmung	223
A. Voraussetzungen des Beamtenverhältnisses	224
I. Staatsangehörigkeit (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BBG/BeamtStG)	225
II. Treuepflicht der Berufsbeamten	226
III. Fachliche Befähigung für die Beamtentätigkeit	230
B. Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zwischen Berufsbeamten und privaten Akteuren	233
C. Vergleichsgruppen für die weitere Untersuchung	235
§ 5 Kriterien für die Untersuchung privatisierungsrelevanter Bereiche	237
A. Das Bild der „Umlaufbahnen“ nach <i>Kämmerer</i>	237
B. Die Kriterien im Einzelnen	238
I. Grad der demokratischen Legitimation der privaten Aufgabenwahrnehmung	238
II. (Verbleibende) Staatliche Verantwortung im Rahmen privater Aufgabenwahrnehmung	249
III. Die Grundrechte im Spannungsfeld staatlicher Aufgabenübertragung ..	277
IV. Die Motivation privater Akteure bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	288
C. Zusammenfassung	292
§ 6 Untersuchung ausgewählter Bereiche	293
A. Der Religionsunterricht als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche	293
I. Systematische Einordnung der Voraussetzungen	293
II. Anwendung des Kriterienkataloges auf den Bereich des Religionsunterrichts	296
III. Ergebnis: Der Religionsunterricht als Sonderfall privater Aufgabenwahrnehmung	320
B. Die freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe	321
I. Einordnung der an die freien Träger gestellten Voraussetzungen	323
II. Die Kinder- und Jugendhilfe im Spannungsverhältnis von öffentlicher und privater Aufgabenwahrnehmung	326
III. Private Akteure der Kinder- und Jugendhilfe als Vergleichsmaßstab ...	363

C. Die Umweltverbände im Dienste des Staates und des Umweltschutzes	364
I. Einordnung der gefundenen Voraussetzungen	365
II. Die Umweltvereinigungen als „Anwälte der Natur“	366
III. Überindividueller Rechtsschutz als legitime Beteiligungsform im Umweltschutz	377
D. Der Luftfahrzeugführer als „Bordpolizei“	379
I. Einordnung der gefundenen Voraussetzungen	379
II. Der „verantwortliche Luftfahrzeugführer“ als tauglicher Vergleichsgegenstand?	381
III. Ergebnis und Vergleichbarkeit der Indienstnahme privater Luftfahrzeugführer?	394
§ 7 Vergleichende Schlussbetrachtung	395
A. Die Beteiligung Privater bei Aufgaben der drei Staatsgewalten im Allgemeinen	395
B. Private Akteure in der Exekutive im Besonderen	396
C. Schlussfolgerung	398
§ 8 Abschließende Thesen	399
Literaturverzeichnis	405
Sachwortverzeichnis	453

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	31
A. Problemaufriss und thematische Einordnung	31
B. Gegenstand, Erkenntnisinteresse und Methodik der Untersuchung	34
C. Gliederung und Gang der Untersuchung	35
§ 2 Staatsaufgaben, Privatisierung, Verfassungstreue: Eine Einführung in die untersuchungsrelevanten Begriffe	38
A. Der Begriff der Staatsaufgaben	38
I. Zur „Aufgabe“ im Allgemeinen	38
II. Zu den Staatsaufgaben	40
1. Materieller Staatsaufgabenbegriff	40
2. Formeller Staatsaufgabenbegriff	41
3. Stellungnahme	42
III. Abgrenzung zur öffentlichen Aufgabe	45
IV. Arten von Staatsaufgaben	47
1. Ausschließliche und konkurrierende Staatsaufgaben	47
2. Obligatorische und fakultative Staatsaufgaben	48
3. Vertretbare und unvertretbare Staatsaufgaben	50
4. Zusammenfassung: Formeller Staatsaufgabenbegriff als Grundlage für die vorliegende Untersuchung	52
B. Zum Begriff der Privatisierung	52
I. Versuch einer Definition	53
II. Die Motivation staatlicher Aufgabenübertragung	54
III. Formen der Privatisierung	56
1. Formelle Privatisierung („Organisationsprivatisierung“)	56
2. Materielle Privatisierung („Aufgabenprivatisierung“)	58
3. Funktionale Privatisierung	59
4. Vermögensprivatisierung	61
5. Finanzierungsprivatisierung (Public Private Partnership)	62
6. Verfahrensprivatisierung	62
IV. Grenzen der Privatisierung	63
1. Einordnung als notwendige bzw. obligatorische Staatsaufgabe	64
2. Das Gewaltmonopol des Staates	64
a) Herleitung des staatlichen Gewaltmonopols	65
b) Inhalt des Gewaltmonopols	66

c) Folgen für die Privatisierung	67
3. Der Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG	68
a) Regelungsgehalt	69
aa) „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse“	69
bb) „ständige Aufgabe“	71
cc) Ergebnis	71
b) Schrankenwirkung	72
aa) Materielle Privatisierung	73
bb) Formelle Privatisierung	74
cc) Funktionale Privatisierung	75
dd) Resümee	76
4. Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG)	77
5. Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 S. 1 GG)	79
V. Untersuchungsergebnisse	81
C. Die Verfassungstreue	81
I. Begriff und (verfassungs-)rechtliche Grundlagen der Verfassungstreue ..	81
II. Inhalt der Verfassungstreuepflicht	83
III. Bedeutung für den Gang der Untersuchung	84
D. Zusammenfassende Folgerungen für die weitere Untersuchung	86
I. Staatsaufgabenlehre	86
II. Privatisierungsbegriff	87
III. Das Merkmal der Verfassungstreue	87
§ 3 Indienstnahme privater Akteure – Eine Bestandsaufnahme	89
A. Die Legislative als Ursprung der Rechtsordnung	89
I. Bestehen eines staatlichen Rechtsetzungsmonopols?	90
II. Private Mitwirkung im Rahmen der Gesetzgebung	92
1. Die Beleihung mit Rechtsetzungskompetenzen am Beispiel des § 16 Abs. 1 TPG	92
a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	93
b) Die Richtlinienbefugnis der Bundesärztekammer gemäß § 16 Abs. 1 TPG	95
2. Die Verweisung auf private Regelwerke als kooperative Gesetzes- konkretisierung	97
a) Verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Verweisteknik ..	97
b) Das Deutsche Institut für Normung e. V. (DIN) als Beispiel	99
3. „Gesetzgebungsoutsourcing“ – Die (Groß-)Kanzleien als (Ersatz-) Gesetzgeber?	101
a) Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Auslagerung von Gesetzesentwürfen	103
aa) Art. 76 Abs. 1 GG als verfassungsrechtlicher Rahmen	103

bb) Mögliche andere verfassungsrechtliche Grenzen des „Gesetzgebungsoutsourcing“?	104
cc) Fazit: Kein verfassungsrechtliches Verbot des Outsourcing von Gesetzesentwürfen	106
b) Anforderungen an die (Groß-)Kanzleien?	107
III. Die Einbindung privater Akteure im Bereich der Gesetzgebung im Überblick	107
B. Private Akteure als Teil der Rechtsprechung	108
I. Abgrenzung des Privatisierungsgegenstandes	108
II. Verfassungsrechtlicher Rahmen privater Rechtsprechung: Art. 92 GG als Rechtsprechungsmonopol und Privatisierungsgrenze?	110
III. Private Akteure in der Rechtsprechung?	112
1. Ehrenamtliche Richter als bekannteste Form privater Teilhabe	112
a) Die Stellung des ehrenamtlichen Richters	113
b) Voraussetzungen	113
c) Zusammenfassung	115
2. Private Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation als „echte“ Aufgabenprivatisierung	115
IV. Zusammenfassung	117
C. Die Exekutive als Kernbereich der Indienstnahme privater Akteure	118
I. Private Akteure im Bildungswesen am Beispiel des konfessionellen Religionsunterrichts und der Kinder- und Jugendhilfe	118
1. Der konfessionelle Religionsunterricht an öffentlichen Schulen	119
a) Rechtsgrundlagen des Religionsunterrichts	120
aa) Verfassungsrechtliche Grundlagen des Religionsunterrichts auf Bundesebene	120
bb) Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Regelungen auf Landesebene	123
cc) Der rechtliche Rahmen des Religionsunterrichts im Überblick	125
b) Inhalt der staatlichen Aufgabe Religionsunterricht	126
aa) Der Verantwortungsbereich des Staates	126
bb) Verantwortungsbereich der Religionsgemeinschaften	128
cc) Zusammenschau	129
c) Anforderungen an die Religionsgemeinschaften als inhaltliche Träger der Aufgabe	130
aa) Der Begriff der Religionsgemeinschaften in Art. 7 Abs. 3 GG	130
bb) Anforderungen an die Religionsgemeinschaften im Sinne des Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG	132
(1) Anforderungen an die Organisation der Religionsgemeinschaften	132
(2) Relevanz der Religionsgemeinschaften	135

(3) Natürliche Personen als Mitglieder	136
(4) Religiosität des Aufgabenfeldes und „allseitige“ Aufgabewahrnehmung?	138
(5) Fähigkeit zur Festlegung verbindlicher Unterrichtsinhalte	141
(6) Staatsfreiheit als Ausdruck staatlicher Neutralität	142
(7) Loyalität gegenüber dem Staat und der Verfassung als ungeschriebene Voraussetzung?	142
cc) Zusammenfassung	146
d) Art der Kooperation von Staat und Kirche im Rahmen des Religionsunterrichtes	147
2. Die Kinder- und Jugendhilfe	148
a) Begriffe und Grundlagen der Kinder und Jugendhilfe	149
aa) Der Begriff des freien Trägers der Jugendhilfe	150
bb) Zum Verhältnis freier und öffentlicher Jugendhilfe	151
cc) Bedeutung und Wandel der freien Träger in der Jugendhilfe .	153
b) Rechtsgrundlagen und Voraussetzungen für die Einbindung freier Träger	154
aa) Der Betrieb einer freien Kindertageseinrichtung	155
(1) Der Trägerbegriff des § 45 Abs. 1 SGB VIII	156
(2) Voraussetzungen einer Betriebserlaubnis gemäß § 45 SGB VIII	157
(a) Räumliche, fachliche, wirtschaftliche und personelle Voraussetzungen (Nr. 1)	158
(b) Integration und gesundheitsförderliches Lebensumfeld (Nr. 2)	159
(c) Sicherung der Rechte der Kinder und Jugendlichen (Nr. 3)	160
(3) Überblick und Konsequenzen für die vorliegende Untersuchung	161
bb) Förderung und Anerkennung der freien Jugendhilfe gem. §§ 74, 75 SGB VIII	162
(1) Die Förderung der freien Jugendhilfe gem. § 74 SGB VIII	162
(a) Begriff und Bedeutung der Förderung freier Träger ..	163
(b) Die Voraussetzungen einer Förderung	164
(aa) Fachliche Voraussetzungen (Nr. 1)	165
(bb) Verwendung der Mittel (Nr. 2)	166
(cc) Gemeinnützige Ziele (Nr. 3)	167
(dd) Angemessene Eigenleistung (Nr. 4)	168
(ee) Den Zielen des Grundgesetzes förderliche Arbeit (Nr. 5)	169
(c) Träger im Sinne des § 74 Abs. 1 SGB VIII	171
(d) Folgen bei Vorliegen der Voraussetzungen	171

(e) Zusammenfassung der Ergebnisse	173
(2) Die Anerkennung als Träger der freien Jugendhilfe im Sinne des § 75 SGB VIII	174
(a) Bedeutung der Anerkennung als freier Träger	175
(b) Der Trägerbegriff im Rahmen des § 75 SGB VIII ...	176
(c) Voraussetzungen für die Anerkennung als freier Träger	177
(aa) Auf dem Gebiet der Jugendhilfe i. S. d. § 1 tätig (Nr. 1)	177
(bb) Verfolgung gemeinnütziger Ziele (Nr. 2)	178
(cc) Erwartung eines nicht unwesentlichen Beitrages (Nr. 3)	178
(dd) Förderung der Ziele des Grundgesetzes (Nr. 4)	180
(d) Die Voraussetzungen im Vergleich zu § 74 SGB VIII	180
cc) Die Art der Einbindung der freien Träger im Überblick	181
c) Ergebnisse für die weitere Untersuchung	182
II. Umweltschutz als Staatsaufgabe und privater Sachverstand	183
1. Allgemeine Grundlagen der umweltrechtlichen Verbandsklage im Überblick	184
2. Rechtliche Grundlagen der Anerkennung privater Vereinigungen ...	186
3. Die Voraussetzungen der Anerkennung im Einzelnen	187
a) Inländische oder ausländische Vereinigungen (Abs. 1 S. 1)	188
b) Ziele des Umweltschutzes (Abs. 1 S. 2 Nr. 1)	190
c) Beständigkeit (Abs. 1 S. 2 Nr. 2)	192
d) Sachgerechte Aufgabenerfüllung (Abs. 1 S. 2 Nr. 3)	192
e) Gemeinnützige Zwecke (Abs. 1 S. 2 Nr. 4)	194
f) Offene Mitgliedschaft (Abs. 1 S. 2 Nr. 5)	195
g) Zusammenfassung: Weiter Zugang zu den Gerichten als Ziel und Maßstab	196
4. Art der Kooperation mit umwelt- bzw. naturschutzrechtlichen Vereinigungen	197
III. Privatisierung der Staatsaufgabe der (inneren) Sicherheit	198
1. Zu Begriff und Umfang der inneren Sicherheit als Staatsaufgabe ...	198
2. Private Akteure als Teil der Sicherheitsarchitektur des Staates	200
a) Das private Sicherheitsgewerbe	201
b) Die Beleihung Privater mit Befugnissen der hoheitlichen Gefahrenabwehr	202
3. Der Luftfahrzeugführer als (Ersatz-)Polizei?	204
a) Grundlagen der besonderen Stellung des Luftfahrzeugführers ...	205
aa) Der „verantwortliche Luftfahrzeugführer“ im Sinne des § 12 LuftSiG	206
bb) Die Beleihung als Form der Aufgabenübertragung	206

cc) Die Schutzgüter des § 12 Abs. 1 LuftSiG	207
dd) Die übertragenen Befugnisse des „verantwortlichen Luftfahrzeugführers“	208
(1) Der Gefahrbegriff des Luftsicherheitsgesetzes	208
(2) Die Befugnisse im Einzelnen	209
(3) Die Adressaten der „Bordgewalt“	210
(4) Die Grenzen der „Bordgewalt“	212
(5) Luftaufsichtsrechtliche Anordnungen als Begrenzung der „Bordgewalt“	213
ee) Zusammenfassung	214
b) Voraussetzungen an den Luftfahrzeugführer	215
aa) Allgemeine Voraussetzungen für die Erteilung einer Erlaubnis	215
(1) Vorgeschriebenes Mindestalter (Nr. 1)	217
(2) Nachweis der Tauglichkeit (Nr. 2)	217
(3) Zuverlässigkeit (Nr. 3)	217
(4) Bestandene Prüfung (Nr. 4)	219
(5) Keine vorhandene Erlaubnis (Nr. 5)	219
bb) Besondere Voraussetzungen für „verantwortliche Luftfahrzeugführer“?	220
c) Fazit	220
D. Ergebnis der Bestandsaufnahme	221
§ 4 Der Berufsbeamte als „Goldstandard“ staatlicher Aufgabenwahrnehmung	223
A. Voraussetzungen des Beamtenverhältnisses	224
I. Staatsangehörigkeit (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 BBG/BeamtStG)	225
II. Treuepflicht der Berufsbeamten	226
III. Fachliche Befähigung für die Beamtentätigkeit	230
1. Die Beamten des Bundes (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 BBG)	230
2. Die Beamten der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 7 Abs. 1 Nr. 3 BeamStG)	231
B. Der Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes zwischen Berufsbeamten und privaten Akteuren	233
C. Vergleichsgruppen für die weitere Untersuchung	235
§ 5 Kriterien für die Untersuchung privatisierungsrelevanter Bereiche	237
A. Das Bild der „Umlaufbahnen“ nach <i>Kämmerer</i>	237
B. Die Kriterien im Einzelnen	238
I. Grad der demokratischen Legitimation der privaten Aufgabenwahrnehmung	238
1. Begriff und Herleitung der demokratischen Legitimation	238
2. Formen demokratischer Legitimation	239
a) Institutionelle und funktionelle Legitimation	239

b) Organisatorisch-personelle Legitimation	241
c) Sachlich-inhaltliche Legitimation	242
3. Verhältnis der verschiedenen Formen demokratischer Legitimation zueinander	243
4. Bedeutung und Grad der verschiedenen Legitimationsformen	245
5. Bedeutung im Rahmen der Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private	247
6. Auswirkungen für die nachfolgende Untersuchung	248
II. (Verbleibende) Staatliche Verantwortung im Rahmen privater Aufgaben- wahrnehmung	249
1. Der Begriff der Verantwortung in der Rechtswissenschaft	249
2. Stufen staatlicher Verantwortlichkeit	254
a) Die „Erfüllungsverantwortung“	256
b) Die „Gewährleistungsverantwortung“	257
c) Die „Auffangverantwortung“	258
d) Abgrenzung der Verantwortungsstufen und Zuordnung der Privatisierungstypen	260
3. Regulierung als Instrument zur Wahrnehmung staatlicher Verant- wortung	262
a) Zum Begriff der Regulierung	262
b) Verschiedene Ausprägungen staatlicher Regulierung	265
aa) Staatliche imperative Regulierung	265
bb) Staatliche Regulierung unter Einbau selbstregulativer Ele- mente	266
cc) Staatlich regulierte Selbstregulierung	266
dd) Private Selbstregulierung	268
4. (Gewährleistungs-)Aufsicht als Instrument und Schlüsselbegriff ...	270
a) Dualistisches Aufsichtsmodell als Folge der Trennung von Staat und Gesellschaft?	271
aa) Staatsaufsicht	271
bb) Wirtschaftsaufsicht	272
cc) Kritik an einem dualistischen Aufsichtsmodell	272
b) Differenzierte Aufsichtstypologie nach <i>Schuppert</i>	273
aa) Steuerungsaufsicht	274
bb) Gewährleistungsaufsicht	275
c) Zur Reichweite der staatlichen Aufsicht	276
5. Bedeutung für den weiteren Gang der Untersuchung	277
III. Die Grundrechte im Spannungsfeld staatlicher Aufgabenübertragung ..	277
1. Grundrechte privater Leistungsempfänger	279
a) Die unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte	280
b) Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte	282

c) Die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte	283
2. Grundrechte privater Leistungserbringer	285
3. Fazit: Die Schaffung eines Ausgleichs als Auftrag an den Staat	287
IV. Die Motivation privater Akteure bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	288
1. Wirtschaftlicher Erfolg als extrinsisches Motiv	289
2. Gemeinwohl als intrinsisches Interesse?	289
3. Private Motivation als geeignetes Kriterium?	291
C. Zusammenfassung	292
§ 6 Untersuchung ausgewählter Bereiche	293
A. Der Religionsunterricht als gemeinsame Angelegenheit von Staat und Kirche	293
I. Systematische Einordnung der Voraussetzungen	293
1. Übertragbarkeit des Staatsangehörigkeitskriteriums?	294
2. Verfassungstreue als Kernelement des Berufsbeamtentums	295
3. Die Befähigung der Religionsgemeinschaften, Unterricht anzubieten	295
II. Anwendung des Kriterienkataloges auf den Bereich des Religionsunter- richts	296
1. Die demokratische Legitimation der Religionsgemeinschaften	296
a) Sachlich-inhaltliche Legitimation	296
b) Personell-organisatorische Legitimation	298
c) Grad des Legitimationsniveaus insgesamt	299
2. Die Verantwortung des Staates als „Unternehmer“ des Religions- unterrichtes	299
a) Die Einrichtung des Religionsunterrichtes als Grundaufgabe des Staates	300
b) Die Schulaufsicht als Mittel staatlicher Kontrolle	302
aa) Zum Begriff der staatlichen Schulaufsicht im Allgemeinen ..	302
bb) Die staatliche Aufsicht im Bereich des Religionsunterrichts .	304
c) Staatliche Teilverantwortung als unabdingbare Voraussetzung des Religionsunterrichts	308
3. Religionsgemeinschaften, Eltern, Schüler und Lehrer? – Die maß- geblichen Grundrechtsträger im Bereich des Religionsunterrichts ...	308
a) Die Religionsgemeinschaften als Grundrechtsträger	309
b) Die Grundrechte der Eltern	310
c) Die Grundrechte der betroffenen Schüler	313
d) Einfluss der grundrechtlichen Interessen der Lehrer?	315
e) Ausgleich der verschiedenen grundrechtlichen Interessen?	316
4. Die Intention der Religionsgemeinschaften bei der Einrichtung von Religionsunterricht	317
5. Zusammenfassung der gefundenen Untersuchungsergebnisse	318

III. Ergebnis: Der Religionsunterricht als Sonderfall privater Aufgabenwahrnehmung	320
B. Die freien Träger der Kinder- und Jugendhilfe	321
I. Einordnung der an die freien Träger gestellten Voraussetzungen	323
1. Organisationsform und Staatsangehörigkeit des freien Trägers	323
2. Anforderungen an die Loyalität zum Staat	325
3. Die fachliche Befähigung der freien Träger	325
II. Die Kinder- und Jugendhilfe im Spannungsverhältnis von öffentlicher und privater Aufgabenwahrnehmung	326
1. Demokratische Legitimation des Tätigwerdens freier Träger	326
a) Leistungen der Jugendhilfe	327
b) Andere Aufgaben der Jugendhilfe und die Anerkennung freier Träger	327
aa) Organisatorisch-personelle Legitimation	328
bb) Sachlich-inhaltliche Legitimation	329
cc) Legitimationsniveau der Aufgabenwahrnehmung durch freie Träger	331
2. Verantwortung des Staates in der Kinder- und Jugendhilfe	332
a) § 79 Abs. 1 SGB VIII als Zentralnorm staatlicher Verantwortlichkeit	332
aa) Die öffentliche Jugendhilfe als Adressat	332
bb) Der Inhalt staatlicher Verantwortung in der Kinder- und Jugendhilfe	333
(1) Die Gesamtverantwortung	333
(2) Die Planungsverantwortung	335
(3) Die Finanzierungsverantwortung	336
b) Die Gewährleistungspflicht als Teil staatlicher Verantwortung (Abs. 2)	337
c) Die Ausstattung der Jugendämter (Abs. 3)	338
d) Die Form staatlicher Verantwortung	339
e) Wahrnehmung der Verantwortung im Einzelfall	340
f) Resümee	342
3. Grundrechtsrelevanz der Kinder- und Jugendhilfe	342
a) Die Grundrechte der freien Träger	343
aa) Art. 2 Abs. 1 GG als Grundlage des Tätigwerdens freier Träger	344
bb) Die Vereinigungsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 1 GG	345
cc) Die freien Träger und die Berufsfreiheit im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG	347
(1) Der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	347
(2) Die Anwendbarkeit des Art. 12 Abs. 1 GG auf die freien Träger	348

dd) Weitere die freien Träger betreffende Grundrechte	350
ee) Überblick über die einschlägigen Grundrechte	352
b) Der grundrechtliche Schutz der Leistungsberechtigten	352
aa) Art. 6 Abs. 2 GG: Elterngrundrecht, Kindergrundrecht und staatliches „Wächteramt“	352
(1) Das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	353
(2) Das Kindergrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG	354
(3) Das staatliche „Wächteramt“ aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG ..	356
(4) Zusammenwirken der unterschiedlichen Rechte und Pflichten aus Art. 6 Abs. 2 GG	358
bb) Andere Grundrechte der Kinder	359
c) Auswirkungen der grundrechtlichen Interessen auf die Voraus- setzungen im SGB VIII	360
4. Die Verschiedenheit im Hinblick auf die Motivation freier Träger ...	362
III. Private Akteure der Kinder- und Jugendhilfe als Vergleichsmaßstab ...	363
C. Die Umweltverbände im Dienste des Staates und des Umweltschutzes	364
I. Einordnung der gefundenen Voraussetzungen	365
1. Anforderungen an Organisation und Sitz der Vereinigung	365
2. Keine staatliche Loyalität als Voraussetzung	365
3. Materielle Kriterien der Anerkennung	366
II. Die Umweltvereinigungen als „Anwälte der Natur“	366
1. Demokratische Legitimation von klagebefugten Verbänden	367
2. Der Umweltschutz in der Alleinverantwortung des Staates?	370
a) Die Adressaten des Art. 20a GG	370
b) Die Art der staatlichen Verantwortung und deren Übertragbarkeit	371
3. Die grundrechtlichen Interessen im Rahmen des Umweltschutzes ...	373
4. Die Motivation umweltschützender Verbände als Voraussetzung der Anerkennung	376
III. Überindividueller Rechtsschutz als legitime Beteiligungsform im Um- weltschutz	377
D. Der Luftfahrzeugführer als „Bordpolizei“	379
I. Einordnung der gefundenen Voraussetzungen	379
1. Persönliche Voraussetzungen	379
2. Anforderungen im Hinblick auf die Loyalität zum Staat?	380
3. Die Qualifikation des Luftfahrzeugführers als maßgebliches Krite- rium	380
II. Der „verantwortliche Luftfahrzeugführer“ als tauglicher Vergleichsge- genstand?	381
1. Zur demokratischen Legitimation des „verantwortlichen Luftfahr- zeugführers“	381
a) Demokratische Legitimation im Rahmen der Beleihung	381

b) Die organisatorisch-personelle Legitimation als Problem	382
c) Ausgleich durch hinreichende sachlich-inhaltliche Legitimation als Lösung?	383
d) Insgesamt ausreichendes Legitimationsniveau?	384
2. Die staatliche Verantwortung für die Luftsicherheit	384
a) Die Gewährleistungsverantwortung des Staates als Folge der Be- leihung	385
b) Grundzüge der staatlichen Luftaufsicht	385
aa) Zweispurigkeit der Luftaufsicht	386
bb) Die für den Luftfahrzeugführer zuständige Aufsichtsbehörde	387
cc) Aufsichts- und Einflussnahmemöglichkeiten im Hinblick auf den „verantwortlichen Luftfahrzeugführer“	387
c) Ergebnis: Staatliche Gewährleistungsverantwortung als teilweise Legitimationsgrundlage	389
3. Der Luftfahrzeugführer im Spannungsfeld der Grundrechte	390
a) Die grundrechtliche „Doppelstellung“ des beliehenen Luftfahr- zeugführers	390
b) Die Passagiere als primär Betroffene und die Allgemeinheit	392
c) Die Grundrechtsrelevanz der luftrechtlichen Gefahrenabwehr	393
4. Die (berufliche) Motivation des Luftfahrzeugführers	393
III. Ergebnis und Vergleichbarkeit der Indienstnahme privater Luftfahrzeug- führer?	394
§ 7 Vergleichende Schlussbetrachtung	395
A. Die Beteiligung Privater bei Aufgaben der drei Staatsgewalten im Allge- meinen	395
B. Private Akteure in der Exekutive im Besonderen	396
C. Schlussfolgerung	398
§ 8 Abschließende Thesen	399
Literaturverzeichnis	405
Sachwortverzeichnis	453

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. D.	außer Dienst
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
Abb.	Abbildung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht (ehemals: Archiv für Presserecht)
AG	Ausführungsgesetz
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv öffentlichen Rechts
ArchivPT	Archiv für Post und Telekommunikation
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayVbl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayrischen Verfassungsgerichtshofs
BB	Brandenburg
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Bde.	Bände
BdW	Blätter der Wohlfahrtspflege
BeamtStG	Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern
Begr.	Begründung/Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BitGespr.	Bitburger Gespräche, herausgegeben von der Stiftung Gesellschaft für Rechtspolitik, Trier und dem Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier

BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BLV	Verordnung über die Laufbahnen der Bundesbeamtinnen und Bundesbeamten (Bundeslaufbahnverordnung)
BNatSchG	Bundesnaturschutzgesetz
BPolG	Bundespolizeigesetz
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BremStGH	Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen
BRRG	Rahmengesetz zur Vereinheitlichung des Beamtenrechts (Beamtenrechtsrahmengesetz)
BSHG	Bundessozialhilfegesetz
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BT-V	Besonderer Teil Verwaltung (des TVöD)
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfSchG	Bundesverfassungsschutzgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BVwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Bund)
BW	Baden-Württemberg
BY	Bayern
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Dig.	Digesten
DIN	Deutsches Institut für Normung e. V.
DNeuG	Dienstrechtsneuordnungsgesetz
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DV	Die Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
e. V.	eingetragener Verein
ebda.	ebenda
Einl.	Einleitung
Erl.	Erläuterung(en)
EssGespr.	Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche
ET	Energiewirtschaftliche Tagesfragen (Zeitschrift)
EuGRZ	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EZAR NF	Entscheidungssammlung zum Zuwanderungs-, Asyl- und Freizügigkeitsrecht
f./ff.	folgende

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG)
Fn.	Fußnote
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften
GewArch.	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVwR ²	Grundlagen des Verwaltungsrechts, herausgegeben von Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Aßmann und Andreas Voßkuhle, 3 Bde., 2. Aufl. (Bd. I: 2012; Bd. II: 2012; Bd. III: 2013)
Halbbd.	Halbband
HB	Bremen
HdbStKirchR ²	Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Joseph Listl und Dietrich Pirson, 2 Bde., 2. Aufl. (Bd. I: 1994; Bd. II: 1995)
HdbVerfR ²	Ernst Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl. 1994
HE	Hessen
Herv.	Hervorhebung
HGR	Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, herausgegeben von Detlef Merten und Hans-Jürgen Papier, 12 (Teil-)Bde. (Bd. I: 2004; Bd. II: 2006; Bd. III: 2009; Bd. IV: 2011; Bd. V: 2013; Bd. VI/1: 2010; Bd. VI/2: 2009; Bd. VII/1: 2009; Bd. VII/2: 2007; Bd. VIII: 2017; Bd. IX: 2016; Bd. X: 2018)
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 10 Bde., 1./2.Aufl. (Bd. I: 2. Aufl. 1995; Bd. II: 2. Aufl. 1998; Bd. III: 2. Aufl. 1996; Bd. IV: 2. Aufl. 1999; Bd. V: 2. Aufl. 2000; Bd. VI: 1989; Bd. VII: 1992; Bd. VIII 1995; Bd. IX: 1997; Bd. X: 2000)
HStR ³	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, herausgegeben von Josef Isensee und Paul Kirchhof, 13 Bde., 3. Aufl. (Bd. I: 2003; Bd. II: 2004; Bd. III: 2005; Bd. IV: 2006; Bd. V: 2007; Bd. VI: 2008; Bd. VII: 2009; Bd. VIII: 2010; Bd. IX: 2011; Bd. X: 2012; Bd. XI: 2013; Bd. XII: 2014; Bd. XIII: 2015)
i. O.	im Original
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
ICAO	Chicagoer Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt (<i>engl.: Convention on International Civil Aviation</i>)

insb.	insbesondere
JAmT	Das Jugendamt – Zeitschrift für Jugendhilfe und Familienrecht
JAR-OPS	Joint Aviation Requirement for the operation of commercial air transport (aeroplanes)
Jb.	Jahrbuch
JHilfe	Jugendhilfe
JöR n. F.	Jahrbuch des öffentlichen Rechts neue Folge
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JWG	Jugendwohlfahrtsgesetz
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KErzG	Gesetz über die religiöse Kindererziehung
KHEntgG	Krankenhausentgeltgesetz
KHG	Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Krankenhausfinanzierungsgesetz)
KJBericht	Kinder- und Jugendbericht
KJHG	Kinder- und Jugendhilfegesetz
KommJur	Kommunaljurist
krit.	kritisch(er)
lit.	littera (<i>lat.</i> Buchstabe)
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LuftBO	Betriebsordnung für Luftfahrtgerät
LuftPersV	Verordnung über Luftfahrtpersonal
LuftSiG	Luftsicherheitsgesetz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVO	Luftverkehrs-Ordnung
LuftVZO	Luftverkehrs-Zulassungs-Ordnung
m.	mit
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MediationsG	Mediationsgesetz
medstra	Zeitschrift für Medizinstrafrecht
MV	Mecklenburg-Vorpommern
NdsVBl.	Niedersächsische Verwaltungsblätter
NDV	Nachrichtendienst des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e. V.
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NordÖR	Zeitschrift für öffentliches Recht in Norddeutschland
Nr.	Nummer
Nrn.	Nummern
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report
NuR	Natur und Recht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N(R)W	Nordrhein-Westfalen
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe
PolG	Polizeigesetz
RdJB	Recht der Jugend und des Bildungswesens
RegBegr.	Regierungsbegründung
RGBL.	Reichsgesetzblatt
Rn.	Randnummer
S.	Seite, Satz
SchfG	Schornstiefengesetz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchulG	Schulgesetz
SeemG	Seemannsgesetz
SGB	Sozialgesetzbuch
SL	Saarland
SN	Sachsen
sog.	so genannte(r)
Sp.	Spalte
SRa	Sozialrecht aktuell
ST	Sachsen-Anhalt
StWStP	Staatswissenschaft und Staatspraxis
TA	Tokioter Abkommen (Abkommen über strafbare und bestimmte andere an Bord von Luftfahrzeugen begangene Handlungen vom 14. September 1963) (BGBl. 1969 II S. 121)
TH	Thüringen
TPG	Transplantationsgesetz
TRE	Theologische Realenzyklopädie
TÜV	Technischer Überwachungsverein
TV-L	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst der Länder
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
u. a.	unter anderem
UmwRG	Umwelt-Rechtsbehelfsgesetz
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
USchadG	Umweltschadensgesetz
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVPG	Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung
v.	von/vom
v. a.	vor allem
VereinsG	Gesetz zur Regelung des öffentlichen Vereinsrechts (Vereinsgesetz)
Verf.	Verfassung
VerwArch.	Verwaltungsarchiv

VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VM	Verwaltung und Management
Vorb(em).	Vorbemerkung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZAR	Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZevKR	Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZfPäd	Zeitschrift für Pädagogik
ZFSH/SGB	Zeitschrift für die sozialrechtliche Praxis
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZKJ	Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

§ 1 Einleitung

„Dieser Staat muß sich auf jene Aufgaben beschränken, die unverwechselbar nur er erfüllen kann. Nur dann wird er seine volle demokratische Handlungsfähigkeit bewahren und sich entschlossen – wenn es nottut – auch gegen Widerstände durchsetzen.“

*Helmut Kohl*¹

A. Problemaufriss und thematische Einordnung

Unsere Verfassung² sieht in Art. 33 Abs. 4 GG vor, dass die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse – zumindest als ständige Aufgabe – regelmäßig Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen, sprich Beamten³, zu übertragen ist⁴. Die Übertragung auf Beamte wird durch die Verfassung dementsprechend als Idealtypus staatlicher Aufgabenwahrnehmung propagiert. Die Realität hingegen zeichnet schon seit geraumer Zeit ein deutlich verzerrtes Bild dieses verfassungsrechtlichen Befundes. Längst nicht alle Aufgaben, für deren Erfüllung der Staat die Verantwortung trägt, werden durch diesen selbst bzw. seine Beamten erfüllt. Schon der öffentliche Dienst bedient sich eines zweispurigen Systems, bei dem an die Seite der Beamten die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes treten. Darüber hinaus wird eine Vielzahl eigentlich staatlicher Aufgaben heute von gesellschaftlichen Akteuren wahrgenommen. *Vofßkuhle* stellt zutreffend fest, dass „die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben [...] in freiheitlichen Ordnungen eine Alltäglichkeit dar[stellt].“⁵

¹ Am 24. Mai 1976 auf dem Bundesparteitag der CDU in Hannover.

² Die Begriffe *Staat* und *Verfassung* sollen im Folgenden Verwendung finden, ohne dass damit eine Wertung im Sinne eines konservativen oder liberalen Verständnisses verbunden ist.

³ „Verbum hoc ‚si quis‘ tam masculos quam feminas complectitur.“ (Corpus Iuris Civilis Dig. L, 16,1). In diesem Sinne sind im Folgenden, wenn aus Gründen der Übersichtlichkeit oder bei Wiedergabe des Gesetzeswortlautes lediglich die männliche Form verwendet wird, Personen aller Geschlechter gemeint.

⁴ Das ergibt sich bereits aus dem Hinweis auf das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis, so u. a. BVerwGE 57, 55 (59); *U. Battis*, in: M. Sachs (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 45; *S. U. Pieper*, in: B. Schmidt-Bleibtreu/H. Hofmann/H.-G. Henneke (Hrsg.), GG, 14. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 116 mit Hinweis auf den Zusammenhang zu Art. 33 Abs. 5 GG; *B. Pieroth*, in: H. D. Jarass/ders., GG, 15. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 40.

Auch wenn die Einbindung gesellschaftlicher Kräfte sich stetig weiterentwickelt, ist die Privatisierungsdiskussion keineswegs neu. Sie wird bereits seit Ende des vergangenen Jahrhunderts ausführlich geführt und hat zahlreich und umfassend den Weg in die rechtswissenschaftliche Literatur gefunden⁶. Grund für den Wandel hin zu einer Einbindung gesellschaftlicher Kräfte bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben war und ist die zunehmende Überforderung des Staates⁷. Auf Grundlage dieser Überforderung wurden die Rufe nach einer Verschlankeung des Staates laut⁸. Diese erfolgt vor allem durch eine Entledigung staatlicher Aufgaben, um auf diese Weise den Staat handlungsfähig zu erhalten. Dabei handelt es sich – auch aufgrund des stetigen Wandels und Anstieges staatlicher Aufgaben – um einen fortdauernden Prozess. Die Privatisierungsdiskussion bleibt daher eine aktuelle⁹.

Ein Großteil der Untersuchungen, die das Thema der Privatisierung zum Gegenstand haben, setzt sich mit der Struktur und Typologie der Privatisierung im Gesamten auseinander und versucht auf diese Weise, dem Ganzen einen greifbar-

⁵ *A. Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 266 (268).

⁶ Ausführliche Beiträge zur Privatisierung von Staatsaufgaben bspw. von *W. Däubler*, Privatisierung als Rechtsproblem, 1980; *A. v. Hagemeyer*, Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, 1992; *H. H. v. Arnim*, Rechtsfragen der Privatisierung. Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit und Privatisierungsgebote, 1995; *C. Gusy* (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998; *M. Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; *C. Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001; *J. A. Kämmerer*, Privatisierung: Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen, 2001; *W. Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2001. So war die Privatisierung von Verwaltungsaufgaben 1994 Beratungsgegenstand der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer mit den Referaten von *J. Hengstschläger*, *L. Osterloh*, *H. Bauer* und *T. Jaag*, vgl. VVDStRL 54 (1995), S. 165 ff.

⁷ So auch *Kämmerer*, Privatisierung (Fn. 6), S. 1: „Der Leviathan, der mächtige, sei, heißt es, alt, schwach und fett geworden und mit seinen Aufgaben überfordert“. Das Bild des Staates als Leviathan nach Thomas Hobbes greift auch *H. Siedentopf*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Begriff und Formen, in: G. R. Baum u. a. (Hrsg.), Privatisierung – Gewinn für wen?, 1980, S. 59 (60 f.) auf, um darauf aufbauend auf die Debatte von Privatisierung und Entstaatlichung, sowie Bedingungen und Formen der Privatisierung einzugehen.

⁸ *Kämmerer*, Privatisierung (Fn. 6), S. 2. Zum „schlanken Staat“ siehe bspw. *V. Busse*, Verfahrenswege zu einem „schlankeren Staat“, in: DÖV 1996, S. 389 (391); *J. A. Kämmerer*, Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, in: JZ 1996, S. 1042 (1042 f.); *H. Ossenkamp*, Verschlankeung des Staates heißt vor allem: Reduzierung der Staatsaufgaben. Eine Zwischenbilanz der Arbeit im Sachverständigenrat „Schlanker Staat“, in: ZG 11 (1996), S. 160 ff.; *K. König/N. Füchtner*, „Schlanker Staat“ zwischen Bonn und Berlin, in: VerwArch. 90 (1999), S. 1 (insb. 10 ff.) mit einer Zwischenbilanz bis 1998; *dies.*, „Schlanker Staat“ – eine Agenda der Verwaltungsmodernisierung im Bund, 2000. Aus anderer Perspektive *D. Bösenberg/R. Hauser*, Der schlanke Staat. Lean-Management statt Staatsbürokratie, 1994, insb. S. 14 ff., 230 ff.

⁹ *Voßkuhle*, Beteiligung (Fn. 5), S. 268: „Zeitlosigkeit und Zeitbedingtheit des Themas“.

ren Rahmen zu verleihen. Grund dafür ist, dass im Hinblick auf die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben bisher kein wirkliches System erkennbar ist¹⁰. So haben sich im Rahmen der Privatisierungsdiskussion verschiedene Formen der Privatisierung herausgebildet, die über die Dichotomie von formeller und materieller Privatisierung hinausgehen, ohne dass sich dabei bisher ein wirklich einheitliches Konzept ergeben hätte¹¹. Auf diese unterschiedlichen Formen der Privatisierung wird in der Folge zwar zur Schaffung eines Grundverständnisses einzugehen sein¹², die vorliegende Untersuchung soll aber keinen eigenständigen Beitrag zu den Grundfragen der Privatisierung oder der Staatsaufgabenlehre darstellen. Sie sollen lediglich den begrifflichen wie thematischen Rahmen für die vorliegende Untersuchung bilden.

Die Einbeziehung privaten Sachverständes bei der Wahrnehmung staatlicher Aufgaben mag aus Gründen der Effektivität und der Verschlanung des Staates unausweichlich sein und zahlreiche Vorteile mit sich bringen, sie birgt aber auch Gefahren. Durch Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private – sei es gänzlich in Form einer (materiellen) Aufgabenprivatisierung, funktional als Beliehene oder in einer irgendwie gearteten Kooperation – kommt ein neuer Akteur zu den Beamten und den sonstigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes hinzu, der nicht vergleichbar in die Staatsorganisation eingebunden ist und vor allem nicht *per se* die gleichen Voraussetzungen mitbringt. Dementsprechend drängt sich die Frage auf, welche Anforderungen der Staat in organisatorischer wie fachlicher Hinsicht an gesellschaftliche Akteure im Rahmen der Übertragung staatlicher Aufgaben stellt bzw. überhaupt stellen darf¹³. Einen Ansatz in diese Richtung bot eine Tagung des Halleschen Forums für Verwaltungsrecht 2009 in Magdeburg mit dem Thema „Verfassungstreue jenseits des Beamtentums“¹⁴. Dort wurde das Problem eines möglichen Loyalitätsverlustes bei der Privatisierung staatlicher Aufgaben diskutiert. Während Beamte und auch sonstige Angehörige

¹⁰ Zutreffend *M. Heintzen*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: VVDStRL 62 (2003), S. 220 (226).

¹¹ *G. F. Schuppert*, Die Privatisierungsdiskussion in der deutschen Staatsrechtslehre, in: StWStP 5 (1994), S. 541 (543), weist auch darauf hin, dass es keinen einheitlichen Privatisierungsbegriff gibt, sich im Ergebnis aber vier Grundmodelle durchgesetzt hätten – formelle, materielle und funktionelle Privatisierung, sowie Vermögensprivatisierung; *Kämmerer*, Privatisierung (Fn. 6), S. 23 f., der in diesem Zusammenhang auch auf die „Vielzahl individueller Konzeptionen“ hinweist; *G. Blersch*, Deregulierung und Wettbewerbsstrategie. Eine Empirische Analyse, 2007, S. 24.

¹² Vgl. dazu sogleich unter § 2 B. III. (S. 56 ff.).

¹³ Diese Frage wirft *F. Wittreck* in seinem (unveröffentlichten) Gutachten zum Status islamischer Verbände in Nordrhein-Westfalen als „Religionsgemeinschaften“ i. S. v. Art. 7 Abs. 3 S. 2 GG, erstattet im Auftrag der Staatskanzlei des Landes Nordrhein-Westfalen, Januar 2015, S. 25 ff. auf.

¹⁴ Die Vorträge von *W. Kluth*, *J. A. Kämmerer*, *U. Widmaier* und *V. Epping* sind abgedruckt in: *W. Kluth* (Hrsg.), *Verfassungstreue jenseits des Beamtentums*, 2011.