

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 150

# Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private

Zum Begriff des staatlichen Bereichs

Von

Michael Krautzberger



Duncker & Humblot · Berlin

**MICHAEL KRAUTZBERGER**

**Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 150**

# Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private

Zum Begriff des staatlichen Bereichs

Von

Dr. Michael Krautzberger



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1971 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1971 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61**  
**Printed in Germany**

**ISBN 3 428 02404 4**

## **Vorwort**

Die vorliegende Arbeit wurde im SS 1970 von der Juristischen Fakultät der Universität München als Dissertation angenommen. Schrifttum und Rechtsprechung sind bis Sommer 1970 berücksichtigt.

Für seine großzügige und freundliche Betreuung der Dissertation danke ich Herrn Prof. Dr. Peter Lerche.

München, Januar 1971

*Michael Krautzberger*



# Inhaltsverzeichnis

## § 1 Vorbereitender Teil

<i>A. Die Fragestellung</i> .....	13
<i>B. Der Befund</i> .....	15
I. Unterscheidung Privater nach Status .....	16
1. Private in der Staatsorganisation .....	16
a) Private in Staatsorganen .....	17
b) Abgabe von Staatsfunktionen an Private .....	17
c) Private als „Hilfsorgane“ der Verwaltung .....	18
d) Zusammenfassung .....	20
2. Die sog. „staatlich gebundenen Berufe“ .....	20
3. Aufgaben und Status der Kirchen .....	21
4. Aufgaben und Status der politischen Parteien .....	23
a) In Staatsorganen .....	24
b) Als „Wahlvorbereitungsorganisationen“ .....	24
c) „Öffentliche Aufgaben“ .....	25
5. Die Gewerkschaften .....	25
a) Gesamtstatus .....	25
b) In Staatsorganen .....	26
c) Als Tarifpartner .....	26
6. Private ohne Sonderstatus .....	27
a) Gemeinnützige Organisationen .....	28
b) Insbesondere die sog. „sozialstaatliche Selbstverwaltung“ ..	29
c) Die Subventionierten .....	31
d) Die Interessenverbände .....	31
II. Unterscheidung Privater nach Funktionen .....	33
1. Rechtsetzung .....	33
2. Rechtsprechung .....	34
3. Verwaltung .....	35
<i>C. Ergebnis</i> .....	36



## § 2 Staatsaufgaben und Staatsbegriff

<b>A. Staatsaufgaben als Rechtsbegriff</b> .....	<b>37</b>
I. Zur Lehre vom sog. „Staatszweck“ .....	37
1. Standort .....	37
2. Kritik .....	38
a) Staat als Selbstzweck .....	39
b) Carl Schmitt .....	39
c) Hans Kelsen .....	40
II. Stellungnahme .....	40
III. Ergebnis .....	41
<b>B. Zum Begriff der Aufgabe</b> .....	<b>41</b>
I. Die Wortbedeutung .....	41
1. In der Allgemeinsprache .....	41
2. In der Gesetzessprache .....	42
3. „Staatliche Aufgaben“ .....	43
II. Aufgabe und Kompetenz .....	43
1. Begriff der Kompetenz .....	43
2. Abgrenzung zur „Aufgabe“ .....	44
a) „Folgeverhältnis“ .....	44
b) Kompetenznormen der Verfassung .....	44
c) „Staatsfunktionen“ .....	45
d) Grundrechte .....	45
3. Die sog. „Kompetenz-Kompetenz“ .....	45
a) Als Kompetenznorm .....	45
b) „Omni-Kompetenz“ .....	46
<b>C. Zur Frage eines historischen Staatsaufgabenbegriffs</b> .....	<b>46</b>
I. Veränderungen des staatlichen Bereichs .....	46
II. Insbes.: Verfassungsrechtlicher Aspekt .....	48
<b>D. Die sogenannten „originären“ Staatsaufgaben</b> .....	<b>49</b>
I. Der Befund .....	49
II. Beurteilung .....	51
1. Staatsfunktionen .....	51
2. Generalklauseln .....	51

3. „Wesentliche“ Staatsaufgaben .....	52
a) „Staatsnotwendige“ Aufgaben .....	52
b) Staatsaufgaben „aus der Natur der Sache“ .....	53
aa) „Aufgaben-“ und „Rechtsstellungstheorie“ .....	53
bb) Beurteilung .....	53
c) „Letztverantwortlichkeit“ des Staates .....	54
4. Aufgabe der „Funktionserhaltung“ .....	54
III. Staatsaufgaben und Staatsgewalt .....	54
1. Staatsgewalt und Staatsbegriff .....	55
2. „Pluralistische“ Staatstheorien .....	56
a) Leugnung von Staat und Staatsgewalt .....	56
b) Staat als Organisation .....	57
3. Ergebnis .....	58

**§ 3 Staatlicher und privater Bereich**

A. <i>Begriff des Privaten</i> .....	59
I. Der Private .....	59
1. Privater und staatlicher Funktionsträger .....	59
a) Negativer Begriff .....	59
b) Formale und inhaltliche Bestimmung .....	59
2. Ergebnis .....	60
II. Der private Bereich .....	61
1. Parteien und Verbände .....	62
a) Meinungsstand .....	62
b) Beurteilung .....	63
aa) Verbände .....	63
bb) Politische Parteien .....	63
c) Zwischenergebnis .....	64
d) Art. 21 GG und das Gemeinwohl .....	64
e) Zur Methode (Leibholz) .....	65
f) Politische Parteien als „Wahlvorbereitungsorganisationen“ .....	66
g) Ergebnis .....	67
2. Mitwirkung Privater in Staatsorganen .....	68
a) „Ethische“ Erwartungen .....	68
b) Beurteilung .....	68
c) Ergebnis .....	69
B. <i>Das Gemeinwohl</i> .....	69
I. Gemeinwohl als Rechtsbegriff (Anforderungen) .....	70
1. Gemeinwohl als abstrakter Begriff .....	70
2. Gemeinwohl als „Wert“ .....	71
a) Zur Verifizierbarkeit von Werten .....	71
b) Weltanschauliche Vorstellungen vom Gemeinwohl .....	72

3. Gemeinwohl und Staat .....	73
a) Gemeinwohl als „Motiv“ .....	73
aa) Die „Uneigennützigkeit“ des Staates .....	73
bb) Insbesondere: Die „fiskalischen“ Interessen .....	74
b) Gemeinwohl als „Erfolg“ .....	75
II. Das „konkrete“ Gemeinwohl .....	75
1. Gemeinwohl und Güterabwägung .....	75
a) Gemeinwohl und Rechtsordnung .....	75
b) Grenzen einer Güterabwägung .....	76
2. Gemeinwohl als „Kompetenzaussage“ .....	76
III. Ergebnis .....	78
<i>C. Der Politische Bereich</i> .....	78
I. Der Befund .....	78
II. Das Politische als Rechtsbegriff .....	79
1. Unbestimmtheit des Politik-Begriffs .....	80
a) Politik- und rechtswissenschaftlicher Begriff .....	80
b) Politischer und öffentlicher Bereich .....	80
c) „Politische Gesellschaft“ (Helmut Ridder) .....	81
d) Zwischenergebnis .....	82
2. Politikbegriff und Grundgesetz .....	82
a) Bedeutungen .....	82
b) Insbesondere: Das Politische als das „Wesen“ der Regierung .....	82
III. Ergebnis .....	83
<i>D. Der öffentliche Bereich</i> .....	84
I. Der Befund .....	84
1. Öffentlichkeit als Staatlichkeit .....	84
2. Staat — Öffentlichkeit — Gesellschaft .....	85
3. Demokratisierte Öffentlichkeit .....	85
4. Öffentlicher Status .....	86
5. Öffentlichkeit als Staatsersatz .....	86
II. Staat und Öffentlichkeit .....	86
1. Zur Bestimmung des Öffentlichen .....	86
a) Materialisierung und Institutionalisierung .....	86
b) „Verfassungsrealismus“ .....	88
c) Verfassung und Utopie .....	89
2. Zum Staatsverständnis .....	90
a) Begriffsunsicherheit .....	90
b) Zum Staatsbegriff .....	90

III. Ergebnis .....	92
IV. Government — Civil Society .....	92
E. „Konkreter“ Staatsbegriff .....	93
I. „Politisierung“ des Staatsbegriffs .....	93
1. Staat und Geschichte .....	93
2. Staatsbegriff und Demokratie .....	94
3. Verfassungsrealismus, Integrationslehre, Dezisionismus .....	94
4. Ergebnis .....	95
II. Ideologiekritische Funktion der Staatslehre .....	95

**§ 4 Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz**

A. Zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts .....	97
I. Begriffsverwendung .....	97
1. Öffentliche und staatliche Aufgaben .....	97
2. Grundrechte und Staatsaufgaben .....	98
II. Bestimmung der staatlichen Aufgaben .....	98
III. Ergebnis .....	99
B. Staatsaufgaben und Verfassungsbegriff .....	99
I. Das Verfassungsgesetz .....	99
II. Insbes.: Rechtsstaat und Sozialstaat .....	100
1. Das Sozialstaatsprinzip .....	100
2. Ernst Forsthoff .....	101
3. Beurteilung .....	101
a) Grundgesetz .....	101
b) Verfassungsbegriff .....	102
c) Sozialprogramm der Verfassung .....	102
d) Kompetenzen .....	103
4. Sozialstaat und Gemeinwohl .....	103
III. Staatsziele und staatlicher Bereich .....	103
1. Antinomien der Staatsziele .....	103
2. Einheit der Verfassung .....	104
C. Ergebnis .....	105

**§ 5 Erfüllung öffentlicher Aufgaben  
durch Private: „Einbau“ in die Verfassungsordnung**

A. Ausgangspunkt .....	106
I. Zum Begriff der öffentlichen Aufgaben .....	106
1. Staatliche und öffentliche Aufgaben .....	106
2. Öffentliche Aufgaben .....	106

II. „Einbau in die Verfassung“ .....	107
1. Zur Forderung nach Verfassungsrevision .....	108
2. Liberale, demokratische Funktion Privater .....	108
<b>B. Institutionelle Lösungen .....</b>	<b>109</b>
I. Korporative Modelle .....	109
1. Befund .....	109
2. Beurteilung .....	110
a) Lehrmeinungen .....	110
b) Repräsentation von Interessen .....	111
c) Immobilismus .....	112
II. Kooperative Modelle .....	112
1. „Zug zur Kooperation“ .....	112
2. Beurteilung .....	113
a) „Vergesellschaftung staatlichen Handelns“ .....	113
b) „Grundrechtsverschleiß“ .....	114
3. Modell: konzertierte Aktion .....	114
III. Ergebnis .....	115
<b>C. Öffentlicher Status Privater .....</b>	<b>115</b>
I. Privilegierung Privater .....	115
1. Öffentlich-rechtlicher Status .....	115
a) Zuweisung öffentlich-rechtlicher Kompetenzen .....	115
b) Ergebnis .....	116
2. Verfassungsrechtlicher Status .....	116
a) Presse, Gewerkschaften, politische Parteien .....	116
b) Repräsentativfunktion der Gewerkschaften .....	117
aa) Repräsentation der Arbeitnehmerschaft? .....	118
bb) Allgemeinverbindlicherklärung .....	119
II. Anforderungen an Private .....	120
1. Grundrechte, Demokratisierung .....	120
a) Homogenität zwischen Staat und Gesellschaft .....	120
b) Staatlicher Gestaltungsauftrag .....	122
2. Quasi-Staatsfunktionen .....	122
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>124</b>
<b>Personen- und Sachwortregister .....</b>	<b>139</b>

## § 1 Vorbereitender Teil

### A. Die Fragestellung

Die Frage nach den öffentlichen bzw. staatlichen Aufgaben ist die Frage nach dem staatlichen Bereich. Denn erst in seinen Aufgaben wird die Reichweite des Staates transparent.

Eine herkömmliche Betrachtungsweise sieht dem staatlichen einen gesellschaftlich-privaten Bereich gegenübergestellt, um aus solchem Dualismus<sup>1</sup> die Grenzen des Staates räumlich-dialektisch zu erfahren. Eingeschoben zwischen „Staat“ und „Gesellschaft“ wird neuerdings ein „öffentlicher Bereich“ wahrgenommen<sup>2</sup>. Solch plastischer Vorstellung kommt das Bild einer dreistufigen Pyramide nahe mit der Basis: Gesellschaft, dem Überbau: Öffentlichkeit und der Spitze: Staat. Aufgaben werden nach der Stufe klassifiziert, auf der sie wahrgenommen werden<sup>3</sup>. Zwei erheblich divergierende Ansätze überwiegen, soweit nach den „öffentlichen Aufgaben“ bzw. dem „staatlichen Bereich“ gefragt wird<sup>4</sup>:

1. Der Aspekt der „Freiheit“ von Gesellschaft bzw. Einzelmensch vom Staat und — damit korrespondierend<sup>5</sup> — der Aspekt der „Staatlichkeit“,

---

<sup>1</sup> Ideengeschichtlich schon bei *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, S. 78 f. auf *Hegel* zurückgeführt; vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, §§ 182 ff. Der naturrechtlichen Herkunft dieses Denkens ist vor allem *Ehmke* nachgegangen; vgl. *ders.*, „Staat“ und „Gesellschaft“ als verfassungstheoretisches Problem, S. 23 ff., 28 ff., 32 ff. Zum Ganzen auch unten sub § 3 D.

<sup>2</sup> Nach einem gerne zitierten Wort *A. Arndts* eine „juristische Entdeckung“; vgl. *ders.*, Das Öffentliche, NJW 1960, S. 424. *Bullinger*, Öffentliches Recht und Privatrecht, S. 80 f. spricht daher von einer „Dreigliederung“ des Gemeinwesens in „Staat“, „Öffentlichkeit“ und „Gesellschaft“.

<sup>3</sup> Vgl. z. B. *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften, S. 14 ff.; *Scheuner*, Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965) S. 32; sowie — referierend — *Leisner*, Werbefernsehen und Öffentliches Recht, S. 22—26.

<sup>4</sup> Die Terminologie soll — vorerst — so unbestimmt bleiben, was schon der uneinheitliche Sprachgebrauch in Rechtsprechung und Publizistik rechtfertigt. Vgl. dazu unten in Anm. 25 sowie sub § 4 A.

<sup>5</sup> „Freiheitlichkeit“ und „Staatlichkeit“ gelten als die gleichermaßen zentralen Fragen der in der Nachkriegszeit im Banne *Ernst Forsthoffs* stehenden „liberalen Rechtsstaatstheorie“ (kritisch zum Begriff z. B. *Scheuner*, Die neuere Entwicklung des Rechtsstaats in Deutschland, S. 465 Anm. 12). Vgl. einerseits z. B. *Forsthoff*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, S. 177 f., andererseits z. B. *ders.*, Verfassungsprobleme des Sozialstaats, S. 158 ff. Zum Fragenkreis auch unten § 4 B.

d. h. der Erhaltung von „Souveränität“<sup>6</sup>, „Objektivität“<sup>7</sup> oder „Autorität“<sup>8</sup> des Staates gegenüber einer nicht-organisierten Gesellschaft, die als „interessen-zerrissen“, daher virulent anarchisch gilt<sup>9</sup> und deren Ansätze von Selbstorganisation als „neo-feudale“ Entmachtungen des Staates<sup>10</sup> eingestuft werden. Ein- und Ausgrenzungen von Aufgaben sollen staatlichen und privaten Bereich vor einander absichern.

2. Der Aspekt der Einbeziehung Privater mit „öffentlichen Funktionen“ in die Legitimationsprinzipien des Gesamtstaats<sup>11, 12</sup>, wobei man den Akzent entweder auf die verfassungsrechtliche (positive) Einfassung außerrechtlicher Faktizitäten<sup>13</sup> oder auf mehr funktionale Betrachtungsweise des Gemeinwesens mit der „Zauberformel“<sup>14</sup>: Öffentlichkeit<sup>15</sup> gesetzt findet.

Gegenstand dieser Untersuchung ist zunächst, nach Maßstäben für die Bestimmung der staatlichen bzw. öffentlichen Aufgaben<sup>16</sup> zu suchen und dabei jene auszusondern, welchen, als bloßen Transformationen metajuristischer Vorstellungen, zumindest auf dem Boden des Rechts mit Reserve zu begegnen ist<sup>17</sup>. Das Verständnis der staatlichen Agenden wird dabei in die Perspektive der konkreten Verfaßtheit eines politischen Gemeinwesens zu rücken sein, wobei sich die Bestimmung des staatlichen Bereichs mehr als politischer Auftrag, denn als Deduktion aus abstrakten, apriorischen Vorstellungen vom Staat ergeben wird<sup>18</sup>. Von diesem Standort soll das herkömmliche Staatsbild mit der „Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private“<sup>19</sup> konfrontiert und nach

<sup>6</sup> Dazu z. B. *Zippelius*, Kirche und Staat und die Einheit der Staatsgewalt, S. 321 f.; *ders.*, Allgemeine Staatslehre, S. 197 f.

<sup>7</sup> *Forsthoff*, Verfassungsprobleme, S. 162. So schon die Parlamentarismuskritik bei *C. Schmitt*; vgl. *ders.*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus sowie Verfassungslehre, S. 303 ff.

<sup>8</sup> *Kaiser*, Die Repräsentation organisierter Interessen, S. 18; *W. Weber*, Spannung und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, S. 162; *ders.*, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, S. 260 f.

<sup>9</sup> So wohl *Forsthoff*, Verfassungsprobleme, S. 158 ff.

<sup>10</sup> Vgl. z. B. *Dagoglou*, Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, S. 169 f.; *Goetz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 265; *W. Weber*, Spannungen und Kräfte, S. 50, 163.

<sup>11</sup> Nach *Hesse*, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat, VVDStRL 17 (1959) S. 42 und Ls. III 3 b (S. 52).

<sup>12</sup> Dazu unten § 5 C.

<sup>13</sup> So z. B. *Kaiser*, Repräsentation, S. 349 ff.; *Loewenstein*, Verfassungslehre, S. 367 ff., 389 ff., 414 ff.

<sup>14</sup> *Martens*, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 135.

<sup>15</sup> Vgl. z. B. *Hesse*, a.a.O.; zuletzt *Häberle*, Öffentlichkeit und Verfassung, ZfP 1969, S. 273 ff., 275, 278.

<sup>16</sup> Vgl. oben in Anm. 4).

<sup>17</sup> Dazu insbes. unten sub § 3.

<sup>18</sup> Dazu unten sub §§ 3, 4.

<sup>19</sup> Zum Befund sub B.

Rückwirkungen auf den Status dieser Privaten<sup>20</sup> wie auf das Staatsbild<sup>21</sup> gefragt werden. Grundfragen der staatlichen Existenz werden dabei nur mit respektvoller Kürze zu berühren sein.

## B. Der Befund

Ist die genauere Bezeichnung des staatlichen Bereichs schon durch den Wandel im staatlichen Erscheinungsbild verdunkelt<sup>22</sup>, unzugebar droht sie wegen zahlreicher „vergleichbarer“ Funktionen Privater zu werden. Was an Status oder nur Zielsetzung an den Staat heranreicht, soll daher im weiteren die „Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private“ genannt werden.

Solchermaßen am Staat gemessen, werden sich Private entweder nach Status (rechtlich) oder nach Funktion (real) unterscheiden lassen. Methodisch scheint dieser Weg<sup>23</sup> sicherer, als der einer unmittelbaren „Typologie der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private“<sup>24</sup>, solange nicht der Begriff der „öffentlichen Aufgaben“ selbst definiert bzw. ein allgemeiner Konsens auch nicht im Ansatz wahrnehmbar ist<sup>25, 25a</sup>.

<sup>20</sup> Vor allem unten sub § 5.

<sup>21</sup> Insbes. unten sub §§ 3 D, E, 5 B.

<sup>22</sup> An den Rechtsformen-Pluralismus ist zu erinnern, der es dem Staat — in den Grenzen des Formenmißbrauchs — erlaubt, sich nach Bedarf mit jedem rechtlichen Gewand zu kleiden. Vgl. z. B. *Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, S. 94, 170 bzw. S. 378 ff., 474 ff.; *Wolff*, Verwaltungsrecht I, § 23; sowie *Bullinger*, Vertrag und Verwaltungsakt; *Forsthoff*, Rechtsfragen der leistenden Verwaltung.

<sup>23</sup> Im Ansatz auch *Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen, S. 39 ff.

<sup>24</sup> So aber *Martens*, a.a.O., S. 124 ff.

<sup>25</sup> A. Widersprüchlich vor allem die Begriffsverwendung in der Rechtsprechung, besonders auffallend bei der Unterscheidung der „staatlichen“ von den „öffentlichen“ Aufgaben. Dazu eingehend unten § 4 A. Eine Zusammenfassung auch bei *Leisner*, Werbefernsehen, S. 16 ff.

*H. H. Klein* nennt diese Begrifflichkeit „vielfach Ersatz der notwendigen Begründung“ (Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 757).

B. Sehr unterschiedlich auch die Begriffsbildung in der Lehre:

Zum Teil werden öffentliche Aufgaben ein, die staatlichen Aufgaben überwögender Gesamtbegriff genannt, dessen Kernbestand die Wahrnehmung „öffentlichkeitsrelevanter“ Aufgaben ist oder in der Verfolgung „öffentlicher Interessen“ gesehen wird; vgl. z. B. *Leisner*, Werbefernsehen, S. 26 f.; *Peters*, „Öffentliche“ und „staatliche“ Aufgaben, S. 878. Andere sehen öffentliche Aufgaben überall dort erfüllt, wo „die politische Existenz der Gesamtbevölkerung“ (*Preuß*, a.a.O., S. 79) begründet wird und rücken den Begriff damit in die Nähe aller gemeinwesen-relevanten oder politischen Aufgaben; vgl. *Altman*, Das Problem der Öffentlichkeit und seine Bedeutung für die moderne Demokratie, S. 134; *J. Hirsch*, Die öffentlichen Funktionen der Gewerkschaften, S. 29 ff. Dazu (kritisch) neuerdings *Czajka*, Pressefreiheit und „öffentliche Aufgabe“ der Presse, S. 134 ff., insbes. gegen Übernahme eines soziologischen Öffentlichkeitsbegriffs.

Vorbereitet durch die Lehre vom „beliehenen Unternehmer“ und die dort seit *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, insbes. S. 61 ff.,