

Lars Hunze, Berlin*

Hoheitliche Staatsaufgaben und Privatisierung – Schützt die Verfassung einen Kernbestand staatlicher Aufgaben?

Eine eingängige Formel bei der Abgrenzung von staatlichem und privatem Handlungsraum ist das Postulat, wonach die Wahrnehmung hoheitlicher Staatsaufgaben zwingend durch den Staat zu erfolgen habe. Diese Annahme impliziert, dass dem positiven Verfassungsrecht ein geschlossener Kernbestand privatisierungsfester Aufgaben zu entnehmen sei. Am Beispiel Deutschlands, Frankreichs und der USA verdeutlicht der Beitrag Probleme bei der Ableitung konkreter Staatsaufgabenbereiche aus den jeweiligen Verfassungen. Zugleich werden rechtskulturelle und rechtsstilistische Implikationen des Themas angedeutet.

I. Problemaufriss

Der Amtsantritt der neuen U.S.-Regierung im Frühjahr 2017 brachte zahlreiche politische Umbrüche mit sich. Im Gegensatz zu medienwirksamen Ereignissen der Außen- und Handelspolitik blieb ein Politikwechsel im Bereich des Haftvollzugs eher im Verborgenen. Mit einem bloßen Federstrich beendete U.S.-Justizminister *Jeff Sessions* in Form eines Memorandums am 23.02.2017 eine Politik der *Obama*-Administration, der lediglich eine siebenmonatige Lebenszeit beschieden war.¹ Aufgrund der mangelnden Qualität der Haftbedingungen und zu hoher Kosten des privatisierten Haftvollzugs hatte diese entschieden, auf Bundesebene zukünftig auf private Anbieter von Haftdienstleistungen zu verzichten.² Die gegenläufige Wiedereinführung der privatisierungsfreundlichen Politik erfolgte dabei ohne vertiefte öffentliche Kritik und in Form eines Rechtsaktes ohne originären Außenrechtscharakter.³

Aus kontinentaleuropäischer Sicht ist diese Maßnahme in vielfacher Hinsicht befremdlich. Bei dem Strafvollzug handelt es sich – nach allgemeiner Wahrnehmung und jenseits der Beteiligung bei Hilfstätigkeiten – um eine hoheitliche Staatsaufgabe *par excellence*.⁴ Die Wahrnehmung entsprechender Aufgaben erfolgt in einer festen Struktur, die in Deutschland nicht zuletzt von Art. 33 Abs. 4 GG vorgezeichnet wird: Der Staat handelt im Rahmen einer staatlichen Einrichtung und durch einen Beamten. Dieser befindet sich zum Staat in einem besonderen Dienst- und Treueverhältnis. Das originär staatliche Handeln des Beamten folgt einer rechtlichen Ermächtigungsgrundlage und in Bindung an die Grundrechte.⁵

Betriebe der hiesigen Staat eine vergleichbare Privatisierung im Bereich des Strafvollzugs, so würden sich verfassungsrechtliche Diskussionen sowohl hinsichtlich der Rechtsform der Privatisierungsentscheidung als auch hinsichtlich der materiell-rechtlichen Zulässigkeit der Privatisierungsmaßnahmen entspinnen. Neben der Betrachtung der Verfassungsmäßigkeit am Maßstab einzelner Normen wie etwa Art. 33 Abs. 4 GG in Deutschland oder dem Verfassungsprinzip der nationalen Souveränität (*souveraineté nationale*) in Frankreich, findet sich in beiden Ländern allerdings noch ein weiterer Ansatz bei der Begründung der Unzulässigkeit von Privatisierungen im Bereich hoheitlicher Staatsaufgaben. So verstoße ein entsprechendes Vorhaben nicht nur gegen einzelne Verfassungsbestimmungen, vielmehr handele es sich bei bestimmten Aufgaben um originäre Staatsaufgaben, derer sich der Staat nicht entledigen könne.⁶ Gleichsam argumentiert etwa die französische Literatur, dass die Staatlichkeit bestimmter Aufgaben „tellement

* Dr. jur. *Lars Hunze* ist Referent bei einer obersten Bundesbehörde. Der Aufsatz beruht auf einem Vortrag, der im Rahmen einer Disputation am 02.03.2017 in Greifswald gehalten wurde. Die zu Grunde liegende Dissertationsschrift ist im Jahr 2017 bei Mohr Siebeck unter dem Titel „Verfassungsrechtliche Grenzen und Anforderungen der Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben in Deutschland, Frankreich und den USA“ (ISBN 978-3-16-155484-1) erschienen.

1 *Lichtblau*, Justice Department keeps for-profit prisons, scrapping an Obama plan, New York Times, 23.02.2017, <https://www.nytimes.com/2017/02/23/us/politics/justice-department-private-prisons.html> (Abruf v. 07.08.2018).

2 Vgl. dazu das maßgebliche Memorandum der vormaligen stellvertretenden Justizministerin *Yates*, Phasing out our use of private prisons, U.S. Department of Justice, 18.08.2016, <https://www.justice.gov/archives/opa/file/886311/download> (Abruf v. 07.08.2018).

3 Die Kritik liberaler Medien und Interessengruppen konzentrierte sich vorrangig auf den Charakter der Entscheidung als Reverenz an die private Gefängnisindustrie, nicht zuletzt vor dem Hintergrund von Spenden an die Republikaner; vgl. dazu etwa *Gruberg*, Trump's executive order rewards private prison campaign donors,

Center for American Progress, 28.06.2018, <https://www.americanprogress.org/issues/immigration/news/2018/06/28/452912/trumps-executive-order-rewards-private-prison-campaign-donors/> (Abruf v. 07.08.2018).

4 Vgl. zu derzeitigen Modellen der Privatbeteiligung *Dünkel*, in: Neumann et al. (Hrsg.), StGB (Kommentar), Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 38 Rn. 24 f.

5 Vgl. zur Wahrnehmungsstruktur und zu den Hintergründen der Aufgabenwahrnehmung durch Beamte *Badura*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (Kommentar), 82. EL, Stand: Jan. 2018, Art. 33 Rn. 55; zum Entsprechungsverhältnis des Beamtenbegriffes mit dem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis gem. Art. 33 Abs. 4 GG BVerfGE 3, 162 (186); *Battis*, in: *Sachs*, Grundgesetz (Kommentar), 8. Aufl. 2018, Art. 33 Rn. 52.

6 Vgl. dazu die Aufzählung vehemente Ansätze bei *Mörtl*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung, 2002, S. 47 f.; *Mayen*, Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Rechtliche Grenzen und rechtliche Möglichkeiten, DÖV 2001, 110 (112).

évident“⁷, letztlich also offensichtlich und eine Privatisierung *per se* ausgeschlossen sei.⁸

Im Folgenden sollen in einem ersten Schritt Ansätze der Bestimmbarkeit eines verfassungspositiven Staatsaufgabenkerns und ihr Scheitern exemplarisch dargestellt werden (II). Konsequenz des Scheiterns der Bestimmung eines umfassenden Staatsaufgabenkerns ist die Flexibilität des staatlichen Aufgabenbestandes (III). In einem abschließenden Ausblick soll auf rechtsstilistische und -kulturelle Implikationen eingegangen werden (IV).

II. Die Unbestimmbarkeit eines absoluten, privatisierungsfesten und verfassungspositiven Bestandes staatlicher Aufgaben

In allen Vergleichsrechtsordnungen finden sich auf verfassungsrechtlicher Ebene Ansätze der Bestimmung originärer Staatsaufgabenbereiche. Den Zweck der Privatisierungsbegrenzung verfolgen dabei allerdings allein Deutschland und Frankreich (1. und 2.). Die U.S.-amerikanische Debatte wird demgegenüber von der Bewältigung der Folgen extensiver Privatisierungsvorgänge dominiert (3.). Die jeweiligen Ansätze sehen sich dabei einer spezifischen Kritik ausgesetzt, die auch für die anderen Rechtsordnungen Geltung beanspruchen kann.

1. Der Schönheitsfehler des deutschen Ansatzes: Die fehlende verfassungsrechtliche Grundlage

Aufgrund der Vielfalt der verschiedenen Staatsaufgabenlehren erscheint eine Begrenzung auf einige charakteristische Beispiele angezeigt (a). Gemein ist allen Ansätzen, dass eine überzeugende verfassungspositive Anknüpfung der jeweiligen Lehren scheitert (b).

a) Die Vielzahl der verschiedenen Ansätze

Der Staatsaufgabenbegriff ist vorrangig ein Begriff der allgemeinen Staatslehre, auf den jedoch in der Privatisierungsdebatte gern zurückgegriffen wird.⁹ Es wird dabei im weitesten Sinne unterstellt, dass bestimmte Aufgabenbereiche mit dem Begriff des Staates untrennbar verbunden seien und dass die Verfassung diesen Staatsaufgabenkern garantiere.¹⁰ Die Vielzahl der

Staatsaufgabenlehren ist genauso unüberschaubar wie die begriffliche Vielfalt. So gebe es notwendige, geborene, gekorene, unbedingte oder originäre Staatsaufgaben.¹¹ Die Vielzahl der theoretischen Ansätze steht dabei jedoch in keinem Verhältnis zu einem potenziellen Erkenntnisgewinn im Privatisierungskontext.

Bei der Bestimmung verfassungsrechtlich prädefinierter Aufgabenbereiche stellt *Stern* vage auf das Friedensziel der Präambel ab und verweist zudem pauschal auf den Souveränitätsbegriff. Erfasst würden danach vorrangig klassische Aufgaben der Eingriffsverwaltung.¹² *Ronellenfisch* definiert als Staatsaufgaben darüber hinaus unter Verweis auf den Zweck des modernen Staates, zu dem er den Ausgleich kollidierender Freiheitsrechte, die Gewährung sozialer Mindeststandards und die Wahrung der kulturellen Identität zählt, auch Bereiche der Leistungsverwaltung.¹³ *Peters*, *Krüger* oder *Korioth* stellen demgegenüber u.a. auf die Verfassungsgeschichte, Staatszwecke, Staatsziele oder den Einsatz hoheitlicher Mittel ab.¹⁴ Insbesondere *Bull* sucht demgegenüber eine Aufgabenbestimmung anhand der Indizfunktion einzelner Normen zu erreichen, relativiert dabei jedoch den Konnex von Staatsaufgabe und staatlicher Wahrnehmung: Eine identifizierte Staatsaufgabe müsse nicht zugleich zwingend mit staatlichen Mitteln wahrgenommen werden.¹⁵

b) Die deskriptive Funktion deutscher Ansätze

Allen genannten Ansätzen ist gemein, dass ihnen eine belastbare verfassungsrechtliche Grundlage fehlt.¹⁶ Mit der Bezugnahme auf die Präambel oder dem Verweis auf vage Kategorien wie Staatszwecke und nur im Ergebnis verbindliche Staatszielbestimmungen werden Normen und Prinzipien ohne organisationsrechtlichen Gehalt angesprochen. Auch eine historische Verfassungsauslegung ist wenig ergiebig, da etwa bei *Peters* der historische Bezugsrahmen willkürlich von den Zeiten des Heiligen

beispielhaft für die Verbindung des Staatsaufgabenbegriffs mit einzelnen staatlichen Handlungsbereichen *Stober*, Verkehrsüberwachung durch Private?, NJW 1997, 14 (15).

7 *Truchet*, Label de service public et statut de service public, *Actualité juridique droit administratif* 1982, 427 (429).

8 So etwa im Bereich der Justiz *Guigou*, La justice au service du citoyen, in: dies. (Hrsg.), *Le service public de la justice*, 1998, 11 (11 f.).

9 *Isensee*, Staatsaufgaben, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. IV, 3. Aufl. 2006, 117 (118); zu Aufgabe, Anspruch und Forschungsgegenstand der allgemeinen Staatslehre jenseits einer bloßen Betrachtung des positiven Verfassungsrechts vgl. *Schöbener/Knauff*, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl. 2016, S. 1, 3 f. sowie *Herzog*, *Allgemeine Staatslehre*, 1971, S. 35 ff.

10 Vgl. dazu etwa *Gramm*, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, 2001, S. 20; *Zado*, *Privatisierung der Justiz*, 2013, S. 146;

11 Vgl. zur Terminologie die Aufzählung bei *Bull*, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 1977, S. 99 f. sowie die Darstellung einzelner Staatsaufgabenlehren bei *Hunze*, *Verfassungsrechtliche Grenzen und Anforderungen der Privatisierung hoheitlicher Staatsaufgaben in Deutschland, Frankreich und den USA*, 2017, S. 105 ff.

12 *Stern*, Staatsziele und Staatsaufgaben in verfassungsrechtlicher Sicht, in: *Gesellschaft für Rechtspolitik Trier* (Hrsg.), *Bitburger Gespräche – Jahrbuch*, 1984, 5 (16 f.).

13 *Ronellenfisch*, Rechtliche Grenzen einer Privatisierung kommunaler Aufgaben, *DÖV* 1997, 707 (708).

14 *Peters*, Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: *Dietz/Hübner* (Hrsg.), *FS Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag*, 1965, 877 (892 f.); *Krüger*, *Allgemeine Staatslehre*, 1964, S. 766 ff.; *Korioth*, in: *Maunz/Dürig*, *Grundgesetz (Kommentar)*, 82. EL, Stand: Jan. 2018, Art. 30 Rn. 12.

15 *Bull* (Fn. 11), S. 100, 149 ff., 213 ff.

16 Als Erklärung wird hierfür etwa das Bestehen eines Konsenses hinsichtlich des Kernbereichs hoheitlicher Staatsaufgaben herangezogen, *Ludwig*, *Privatisierung staatlicher Aufgaben im Umweltschutz*, 1998, S. 149 f.

Römischen Reichs über Preußen bis in die Moderne gewählt wird.¹⁷ Die jeweiligen Lehren vermögen – und das ist letztlich ihre Aufgabe als Bestandteil der allgemeinen Staatslehre – vor allem die Wahrnehmung für die Notwendigkeit eines beständigen Wandels des staatlichen Aufgabenbestandes zu schärfen: In restriktiver Lesart beschreiben sie einen liberalen Staat mit beschränktem Aufgabenkreis oder extensiv verstanden den umfassend tätigen Sozialstaat.

Wegen der Unsicherheit verzichtet wohl auch das Bundesverfassungsgericht darauf, den Begriff der Staatsaufgabe weiter zu kultivieren. Bereits in seinem Apothekerurteil hat das Bundesverfassungsgericht die Bestimmung der Reichweite der Grundrechte anhand eines klassischen Staatsaufgabenverständnisses abgelehnt.¹⁸ Auch in der jüngeren Entscheidung zur Privatisierung des hessischen Maßregelvollzugs wurde nicht maßgeblich auf den Begriff rekurriert.¹⁹

2. Das Bestehen eines Staatsaufgabenkerns mit unklarem Umfang in Frankreich: Die „Artischockentheorie“

Die vergleichsweise pragmatische französische Rechtswissenschaft geht im Gegensatz zur deutschen Debatte nicht von abstrakten Postulaten einer allgemeinen Staatslehre aus, sondern entwickelt einen eigenständigen Ansatz zur Bestimmung privatisierungsfester Aufgabenbereiche.²⁰ Angeknüpft wird an die Aufgabe als solche, nicht aber die Wahrnehmungsmodalitäten, was im Gegensatz zu Deutschland die Begründung eines verfassungsrechtlich garantierten Mindestmaßes an Staatsaufgaben erst ermöglicht.²¹ Mit dem Artischockenbild gesprochen, sucht die Literatur dabei den Kern des staatlichen Aufgabenbestandes, der verbleiben muss, wenn alle überflüssigen Aufgaben außer Acht gelassen werden.²²

a) Der service public constitutionnel

Auch in der französischen Literatur finden sich zahlreiche konkurrierende Ansätze, die privatisierungsfeste Staatsaufgaben etwa Kraft Natur der Sache (*service public par nature*) bestimmen oder allein aus dem Verfassungsprinzip der nationalen Souveränität (*souveraineté nationale*) ableiten wollen.²³ Die *souveraineté nationale* i.S.d. Art. 3 der Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen von 1789 (DDHC) und dem 1. Titel sowie insbesondere Art. 3 Abs. 1 der Verfassung von 1958 (CF) entspricht dabei funktional dem Demokratieprinzip.²⁴

Der mittlerweile herrschende Ansatz besteht in der Bestimmung eines Kernbereichs hoheitlicher Staatsaufgaben im Sinne eines *service public constitutionnel*. Terminologisch wird damit an den *service public* als tradiertem Kernbegriff des französischen Verwaltungsrechts und Staatsverständnisses angeknüpft, der sich einer Konstitutionalisierung bisher weitgehend entzogen hatte.²⁵ In Anlehnung an ein Diktum einer primär wirtschaftsverfassungsrechtlichen Entscheidung des *Conseil constitutionnel* aus dem Jahre 1986 sollen bestimmte Aufgabenbereiche ein verfassungsrechtliches Fundament haben und daher einer Privatisierung entzogen sein.²⁶

richtlichen Verfahrens gegen ein Privatisierungsvorhaben von Parlamentsmehrheit und Regierung, CC, Saisine de Sénateurs, Journal Officiel 03.09.2015, S. 12095.

17 Vgl. zu den Beispielen *Peters*, die etwa das schwedische Erbe Norddeutschlands oder französische Einflüsse im Rheinland ausblenden, *Peters*, in: Dietz/Hübner (Fn. 14), 877 (892 f.).

18 BVerfGE 7, 377 (insb. 398). In der weiteren Rechtsprechung finden sich zudem Fallkonstellationen, bei denen der Staatsaufgabencharakter etwa im Bereich der Daseins- und Gesundheitsvorsorge verneint wurde: BVerfGE 95 250 (265) – überörtliche Stromversorgung sowie BVerfGE 113, 167 (224) – Krankenversicherung Ost.

19 BVerfGE 130, 76.

20 Vgl. dazu auch die kritische Beurteilung der allgemeinen Staatslehre als spezifisch deutsche Disziplin bei *Schönberger*, *L'état de la théorie générale de l'état – Remarques comparatives sur une discipline spécifiquement allemande*, in: Chatriot/Gosewinkel (Hrsg.), *Figurationen des Staates in Deutschland und Frankreich 1870 – 1945*, 2006, 257 (262 ff., 274) sowie die Einschätzung zur geringen Bedeutung einer allgemeinen Staatslehre für die französische Rechtswissenschaft bei *Beaud*, *La théorie générale de l'état* (allgemeine Staatslehre) in Frankreich – *Quelques notations sur un dialogue contrarié*, in: ders./Heyen (Hrsg.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft*, 1999, 83.

21 Hunze (Fn. 11), S. 189, 219, 242 f.

22 Die metaphorische Verwendung einer Artischocke zur Beschreibung des staatlichen Aufgabenbestandes entstammt der Antragschrift französischer Senatoren im Rahmen eines verfassungsge-

23 Vgl. zu der heute weitgehend bedeutungslosen Theorie des *service public par nature* CE n° 181611 du 19 déc. 1997 – *Ordre des avocats de la Cour d'appel de Paris*; kritisch *Guglielmi/Koubi*, *Droit du service public*, 3. Aufl. 2011, S. 68, 92, 108; zur Anknüpfung an die Souveränität *Lecocq*, *L'approche constitutionnelle et législative de la privatisation de la sécurité en France*, in: Roche (Hrsg.), *Insécurité publiques, sécurité privée?*, 2005, 47 (76 ff.); eindrucklich ist zudem die Einlassung *Truchets*, wonach auf eine tiefere Argumentation aufgrund der Evidenz der Staatlichkeit bestimmter Aufgaben verzichtet werden könne, *Truchet* (Fn. 7), *Actualité juridique droit administratif* 1982, 427 (429).

24 Die Definition des Begriffes der *souveraineté nationale* und deren Gewährleistungsumfang als Verfassungsprinzip ist dabei umstritten; vgl. *Classen*, *Der Verfassungsbegriff der Demokratie in Deutschland und Frankreich*, JöR n.F. 65 (2017), 263 (264 ff., 267); *Luchaire*, *Le Conseil constitutionnel et la souveraineté nationale*, *Revue du droit public* 1991, 1499 (1501 ff.), *Favoreu et al.*, *Droit constitutionnel*, 19. Aufl. 2017, S. 43 ff., 55 f.

25 Der Begriff des *service public* wurde von *Léon Duguit* in den 20er Jahren des vergangenen Jahrhunderts geprägt. Mit ihm verbunden ist die in Frankreich dominierende Idee des starken, wirtschaftlich intervenierenden und zugleich leistenden Staates. Neben einer staatstheoretischen Funktion dient der lediglich schwer zu definierende Begriff zugleich der Bestimmung der Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs; vgl. grundlegend *Duguit*, *Traité de droit constitutionnel*, Bd. 2, 1923, S. 54 ff.; zur Problematik einer umfassenden Definition *Corail*, *L'approche fonctionnelle du service public – Sa réalité et ses limites*, *Actualité juridique droit administratif*, 1997, n° spécial, 20 (20); zur verwaltungsrechtlichen Bedeutung vgl. die Entscheidung *Tribunal des Conflits*, n° 00012 du 08 fév. 1873 (Blanco) sowie *Classen*, in: *Sonneberger/ders.* (Hrsg.), *Einführung in das französische Recht*, 4. Aufl. 2012, S. 48, 66 ff.

26 CC n° 86-207 DC du 25 et 26 juin 1986, consid. 53, 54. Die dort gewählten Formulierungen wurden in Folgeentscheidungen mit ähnlichem Wortlaut wieder aufgegriffen, so etwa in CC n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, consid. 9, n° 87-232 DC du 07 jan. 1988,

Der Begriff des *service public constitutionnel* fungiert insofern als Oberbegriff und nimmt die bereits ange-deuteten Argumentationstopoi älterer Ansätze auf. Die Bestimmung erfolgt dementsprechend anhand der Indizfunktion einzelner organisationsrechtlicher Normen wie etwa Art. 64, 66 CF im Bereich der Justiz, Art. 12 DDHC hinsichtlich der Gefahrenabwehr oder umfassend aufgrund des Prinzip der Souveränität gem. Art. 3 DDHC und dem 1. Titel sowie insbesondere Art. 3 Abs. 1 CF.²⁷

b) Die fehlende Detailschärfe in der Praxis

Scheinen Rechtsprechung und Literatur grundsätzlich vom Bestehen eines *service public constitutionnel* und damit eines nicht privatisierbaren Aufgabenkerns auszugehen, ist damit noch keine Aussage über die Reichweite oder praktische Relevanz der Lehre getroffen. Aufgrund der restriktiven Bestimmung entsprechender Reservebereiche wurde zuweilen Kritik unter Verwendung des Begriffes „tigre de papier“²⁸ geübt. Im Bereich der Verteidigung wurde sogar von einer „*évaporation de la Constitution*“²⁹ gesprochen.³⁰

Die schwierige Eingrenzung staatlicher Reservebereiche ist nicht zuletzt dem Erfordernis der Konkretisierung vager Rechtsbegriffe geschuldet: So ist bei Anwendung des Souveränitätsmaßstabs etwa dann vom Vorliegen einer Staatsaufgabe auszugehen, wenn die wesentlichen Voraussetzungen der Souveränitätsausübung (*conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale*) betroffen sind.³¹ Definitorisch werden als entsprechende Voraussetzungen die Wahrung der Institutionen, die Kontinuität des staatlichen Lebens oder die Garantie der Grundrechte erfasst.³² Hierbei handelt es sich nurmehr erneut um ausfüllungsbedürftige Leerformeln. Auch eine verfassungshistorische Auslegung des Begriffs einer dem Schutz der Grundrechte

verpflichteten öffentlichen Gewalt (*force publique*) in Art. 12 DDHC ermöglicht lediglich eine grobe Annäherung an die Reservebereiche.³³ So wäre etwa bei einer Privatisierung der Gesamtheit des Strafvollzugs oder des Heeres von einer Betroffenheit der jeweiligen Maßstäbe auszugehen. Demgegenüber ist die Erfassung einzelner kleinteiliger Aufgabenauslagerungen schwieriger zu beurteilen.

Das Problem wird an folgenden Beispielen deutlich: Nach der Rechtsprechung sei die Beteiligung bewaffneter privater Dienstleister an dem Transport von Abschiebehäftlingen keine souveränitätsimmanente Aufgabe.³⁴ Auch die Bereitstellung technischer Instrumente und Infrastruktur bei der Überwachung mittels elektronischer Fußfessel sei nicht erfasst.³⁵ Aus Souveränitätsgesichtspunkten allenfalls problematisch sei die Beteiligung Privater an der Leitung von Haftanstalten, der Durchsetzung der Ordnung und der Bewachung.³⁶ Gegen Art. 12 DDHC verstoße zudem nicht eine lediglich gebäudebezogene Überwachung des öffentlichen Raums.³⁷

Die Kasuistik zeigt: Im Einzelfall besteht ein privatisierungsfester Kern, dessen Umfang allerdings äußerst restriktiv gehandhabt wird und dessen Reichweite schwer vorherzusagen ist.

3. Staatsaufgaben in der U.S.-Verfassung: Die Beliebigkeit einer historischen Betrachtung

Das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht bildet einen interessanten Kontrapunkt zur deutsch-französischen Suche nach einem festen Aufgabenkanon. Weitgehend konsentiert ist die Annahme, wonach das U.S.-amerikanische Verfassungsrecht keine absoluten Privatisierungsgrenzen aufstellt.³⁸ Eine Bestimmung von originären Staatsaufgaben (*traditional state functions* oder *tasks traditionally exclusively reserved to the State*) erfolgt – neben vereinzelten Ansätzen auf der Ebene des einfachen Rechts – allenfalls im Rahmen der Bestimmung der Anwendbarkeit der Grundrechte oder von Staatshaftungsnormen auf den Privaten.³⁹ Eine Betrachtung

consid. 30 oder in jüngerer Zeit in CC n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, consid. 6; zur Kontinuität der Entscheidungspraxis vgl. *Foulquier/Rolin*, *Constitution et service public*, *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2012, 21 (27 f.).

27 Vgl. zur Anknüpfung an einzelne Normen mit indizierendem Charakter sowie umfassenden Ansätzen *Branconnier*, *Droit des services publics*, 2. Aufl. 2007, S. 8 ff.; *Esplugas*, *Conseil constitutionnel et service public*, 1994, S. 20 ff.

28 Vgl. dazu die polemische Überschrift des Aufsatzes *Esplugas*, *La constitutionnalisation du service public – un tigre de papier?*, *La revue administrative*, 49 (1996), 162 (162).

29 *Bellesize*, *La Constitution comme obstacle à la privatisation de l'État*, in: Rouvillois/Degoffe (Hrsg.), *La privatisation de l'État*, 2012, 89 (99).

30 In den Jahren 2011 und 2012 wurden in den Entscheidungen CC n° 2011-625 DC du 10 mars 2011, consid. 17 ff. (Ausweitung der Videoüberwachung des öffentlichen Verkehrsraumes durch Private) und CC n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, consid. 6 (Strafvollzug) erstmals positiv privatisierungsfeste Reservebereiche benannt. Alle vorherigen Entscheidungen negierten das Vorliegen eines *service public constitutionnel*.

31 So etwa *Fonouni-Farde*, *La délégation du service public – Asinus equum spectat*, *La revue administrative* 2011, 1 (2).

32 Definitorisch gehen diese Elemente auf die Entscheidung CC n° 92-308 DC consid. 14 zum Vertrag von Maastricht zurück.

33 Der Begriff der öffentlichen Gewalt (*force publique*) wurde in einer Vielzahl nachrevolutionärer Verfassungstexte zur Beschreibung der staatlichen Zuständigkeit für die Gewähr innerer und äußerer Sicherheit verwendet, vgl. dazu etwa *Esplugas* (Fn. 27), S. 45 ff.; *Gohin*, *La Constitution, ultime obstacle à la privatisation?*, *Cahiers de la sécurité* 19 (2012), 18 (22 f.).

34 CC n° 2003-484 DC du 20 nov. 2003, consid. 88 ff.

35 CC n° 2002-461 DC du 29 août 2002, consid. 87.

36 CC n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, consid. 6.

37 CC n° 2012-651 DC du 22 mars 2012, consid. 6.

38 *Beermann*, *Privatization and political accountability*, *Fordham Urban Law Journal* 28 (2001), 1507 (1510 f.); kritisch zur Dominanz von Aspekten wie Wirtschaftlichkeit und Vertragsmanagement *Rosenblom/Piotrowski*, *Outsourcing the Constitution and administrative law norms*, *American Review of Public Administration* 35 (2005), 103 (103).

39 Vgl. zur Reichweite der Grundrechtsbindung etwa die Entscheidungen *Commonwealth of Virginia v. Rives* 100 U.S. 313, 318 (1879); *National Collegiate Athletic Ass'n v. Tarkanian* 488 U.S. 179, 191 (1988); *Chemerinsky*, *Constitutional law*, 5. Aufl. 2015,

der U.S.-amerikanischen Debatte ist dennoch hilfreich, zeigt sie doch die Gefahren einer geschichtszentrierten Betrachtung, die auch als Warnung vor einer historischen Staatsaufgabenbestimmung in Deutschland und Frankreich verstanden werden kann.

Grundrechte sollen nach der Rechtsprechung des *Supreme Court* für Private, die mit staatlichen Aufgaben betraut sind, nach der *state action doctrine* etwa dann gelten, wenn diese eine traditionell exklusive Staatsaufgabe wahrnehmen.⁴⁰ Mit dem Erfordernis der historischen Exklusivität wird ein strenger Maßstab angelegt, der vor dem Hintergrund widerstreitender historischer Traditionen in den USA nur schwer zu handhaben ist. Dies verdeutlichen verschiedene Beispiele aus der Rechtsprechung:

In der Entscheidung *Evans v. Newton* äußerte der *Supreme Court* in einem Diktum die Ansicht, wonach Feuerwehr und Polizei staatliche Institutionen seien.⁴¹ Der *Court of Appeals* für den 5. Circuit (Texas) entschied jedoch, die Feuerwehr sei historisch im Zuständigkeitsbereich des Gerichtes gerade nicht als staatlich anzusehen.⁴² Der *Court of Appeals* für den 2. Circuit (New York, Connecticut und Vermont) kam demgegenüber zu einer gegenteiligen Entscheidung und stellte die historische Staatlichkeit der Feuerwehr fest.⁴³ Daneben finden sich in der Rechtsprechung zahlreiche Fälle, die den Eindruck einer „conceptual disaster area“⁴⁴ hervorrufen. Diese stammen etwa aus dem Bereich der Daseinsvorsorge und bezwecken den Schutz vor Diskriminierung aufgrund ethnischer oder religiöser Zugehörigkeit.⁴⁵ Die *state action doctrine* ist insofern nie als Instrument einer effektiven Privatisierungssteuerung oder Begrenzung konzipiert worden.⁴⁶

S. 532 ff.; zur entsprechenden Auslegung staatshaftungsrechtlicher Regelungen *Sichor*, Punishment for profit, 1995, S. 86 ff.

40 Kriterien sind zudem etwa die Betrachtung des Verhältnisses von Staat und Privatem oder die Vergleichbarkeit der Gefährdungssituation, *Brown*, Less is more – Decluttering the state action doctrine, *Missouri Law Review* 73 (2008), 561 (564 ff.); für eine strikte historische Auslegung vgl. beispielhaft *Smith v. Allwright* 321 U.S. 649, 663 f. (1944); *Evans v. Newton* 382 U.S. 296, 298 ff. (1966); *Jackson v. Metropolitan Edison Co.* 419 U.S. 345, 352 (1974).

41 *Evans v. Newton* 382 U.S. 296, 298 ff. (1966).

42 *Yeager v. City of McGregor* 980 F.2d 337, 340 f. (1993).

43 *Janusatis v. Middlebury Volunteer Fire Depart.* 607 F.2d 17, 24 f. (1979).

44 *Black*, Foreword – „State action“, equal protection and Californias Proposition 14, *Harvard Law Review* 81 (1966), 69 (95).

45 Vgl. dazu etwa die Entscheidungen *Smith v. Allwright* 321 U.S. 649, 663 f. (1944); *Evans v. Newton* 382 U.S. 296, 298 ff. (1966), die vor dem Hintergrund diskriminierenden Verhaltens durch Private ergangen sind.

46 Vielmehr fungiert die *state action doctrine* sogar als Privatisierungsmotor, wenn etwa das historische Kriterium restriktiv gehandhabt wird und eine möglichst lose Verbindung von Staat und Privatem gegen eine Ausdehnung grundrechtlicher Bindungen spricht, *Metzger*, Private delegation, due process and the duty to supervise, in: Minow/Freeman (Hrsg.), *Government by contract – Outsourcing American democracy*, 2007, 291 (293, 295 f.); *Brown*, „We the people“, constitutional accountability and outsourcing government, *Indiana Law Journal* 88 (2013), 1347 (1368 f.).

III. Die Konsequenz: Flexibilität und politischer Spielraum

Aus der Offenheit oder dem Fehlen verfassungsrechtlicher Maßstäbe resultiert ein ungekannter und insbesondere für den deutschen Juristen wohl zugleich unbehaglicher politischer Spielraum (1.). Das Fehlen eines verfassungsrechtlichen Kernbestandes an Staatsaufgaben ist dabei vor dem Hintergrund politischer Mechanismen nicht ausschließlich negativ zu beurteilen, sondern leistet einen vielfältigen Beitrag zur Funktionsfähigkeit des Staates (2.).

1. Die (relative) Flexibilität des staatlichen Aufgabenbestandes

Konsequente Schlussfolge des weitgehenden Fehlens eines *ex ante* bestehenden staatlichen Aufgabenkanons in Deutschland und den USA sowie der Zurückhaltung der Rechtsprechung in Frankreich ist die Annahme, wonach die Entscheidung über den staatlichen Aufgabenbestand nicht Aufgabe des Verfassungsrechts, sondern des politischen Prozesses ist. Je nach Verfassungsordnung setzt die Verfassung dem politischen Prozess dabei eine absolute Grenze (Frankreich) oder überlässt die Abgrenzung privater und staatlicher Handlungsräume vollständig dem politischen Prozess (USA). Auch wenn in Deutschland ein verfassungspositives Aufgabenbild fehlt, erfolgt eine verfassungsrechtliche Privatisierungssteuerung am Maßstab konkreter Verfassungsnormen wie etwa Art. 33 Abs. 4 GG, Art. 20 GG oder Art. 86 ff. GG.⁴⁷ Die maßgeblichen Normen können als „Leitplanken“ bei der Ausgestaltung des Privatisierungsvorgangs angesehen werden. Im Einzelfall können sich die Strukturvorgaben dieser Normen – je nach Privatisierungsform – zu einem Privatisierungsverbot verdichten.⁴⁸

2. Wechselseitige politische Schutzgewähr

Das Fehlen eines geschlossenen Aufgabenbestandes und die starke gerichtliche Zurückhaltung bei der Bestimmung dienen dabei zahlreichen Zwecken: Einerseits bewahren sie die Leistungsfähigkeit des Staates und ermöglichen eine Orientierung des Aufgabenbestandes an der sozialen Notwendigkeit.⁴⁹ Zugleich bewirkt die

47 Vgl. dazu etwa am Beispiel des Strafvollzugs die übersichtliche Darstellung bei *Kruis*, Haftvollzug als Staatsaufgabe, *ZRP* 2000, 1 (3 ff.); *Hunze* (Fn. 11), S. 181 ff.

48 Vgl. dazu beispielhaft vor dem Hintergrund des Art. 33 Abs. 4 GG sowie des Demokratieprinzips *Hunze* (Fn. 11), S. 192 ff., 242 ff.

49 Die Notwendigkeit zu einer flexiblen Gestaltung des staatlichen Aufgabenbestandes wird in allen Rechtsordnungen gesehen. Bereits *Duguit* (Fn. 25), S. 56 betonte, dass der *service public* an der sozialen Notwendigkeit ausgerichtet werden müsse. Die *state action doctrine* diene nicht zuletzt der Begrenzung der Haftung des Staates für „Erfüllungsgehilfen“ zur Aufrechterhaltung der staatlichen Leistungsfähigkeit, *National Collegiate Athletic Ass'n v. Tarkanian* 488 U.S. 179, 191 (1988). Auch in Deutschland sind die Gefahren eines statischen Verfassungs-

judikative Zurückhaltung den Schutz vor einer ideologischen Vereinnahmung der Staatsaufgabenbestimmung durch Reduzierung der Gewährleistung auf den klassischen *état gendarme* oder eine extensive Aufgabenbestimmung unter Aufnahme des Sozialstaates.⁵⁰ Dies steht im Kontext des Schutzes vor einem *gouvernement des juges*, d.h. einer Substituierung der Aufgabenbestimmung und parlamentarischen Budgethoheit durch gerichtliche Entscheidung über den Aufgabenbestand.⁵¹

Einer zu extensiven Privatisierung wirken dabei nicht zuletzt faktische Mechanismen entgegen: Der Staat gewinnt politische Legitimität durch die Erledigung von Aufgaben. Insbesondere mit der Erfüllung von Aufgaben im Kernbereich staatlichen Handelns reagiert er auf eine soziale Notwendigkeit. Würde der Staat etwa die Sicherheitsgewähr nicht mehr realisieren, würde er sich selbst in Frage stellen und delegitimieren.⁵² Dies wird umso deutlicher, wenn in Frankreich eine Verknüpfung der Privatisierungsdebatte mit dem Stichwort des *service public* erfolgt. Der *service public* wird in theoretischer Hinsicht in Folge der Konzeption *Léon Duguits* gerade als Element der Legitimation des Staates und zur Sicherung des sozialen Zusammenhalts gesehen.⁵³ Der Staat stellt sich als Gesamtheit der öffentlichen Dienste dar.⁵⁴

IV. Ausblick – Rechtsstilistische und -kulturelle Implikationen

Bereits die Betrachtung der Möglichkeit einer verfassungspositiven Bestimmung eines staatlichen Aufga-

benbestandes lässt einen Ausblick auf rechtsstilistische und -kulturelle Prägungen der jeweiligen Rechtsordnungen zu.

In rechtsstilistischer Sicht folgen die Betrachtungen klassischen Denkmustern der jeweiligen Rechtsordnungen. Die deutsch-französischen Ansätze sind bestrebt, anhand systematischer Oberbegriffe – Staatsaufgabe oder *service public constitutionnel* – das Phänomen der Privatisierungsgrenzen zu erschließen und die Diskussion zu ordnen. Gerade die französische Theorie verfolgt dabei in ihrer vom Wortlaut der Verfassung ausgehenden Rechtsauslegung die typische Methode der kontinentaleuropäischen Rechtskonkretisierung. Charakteristisch ist auch der Kritikpunkt der mangelnden positiven Anknüpfung in Deutschland.⁵⁵ Lediglich kursorisch angeklungen ist demgegenüber das starke Fallrechtsdenken in den USA, das das Bestehen eines geschriebenen Verfassungstexts in den Hintergrund treten lässt. Der Eindruck einer ungeordneten Rechtssituation folgt nicht zuletzt der üblichen Kasuistik und der rechtsrealistischen Grundtendenz der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft.⁵⁶

Das Fehlen der Suche nach absoluten Privatisierungsgrenzen in den USA verdeutlicht nachdrücklich das Fortwirken des liberal-individualistischen Gründungsmythos und den Gedanken der Begrenzung staatlicher Macht (*limited government*) auch in hoheitlichen Handlungsbereichen.⁵⁷ Dem gegenüber tritt der europäische Sozialstaat, der ungleich stärker als Adressat von Leistungserwartungen und Schutzpflichten gilt.⁵⁸ Beachtlich ist zudem die insbesondere in Deutschland stark ausgeprägte Skepsis hinsichtlich der gerichtlichen Zurückhaltung bei der Bestimmung staatlich-exklusiver Aufgabenbereiche. Diese steht im Kontext einer stark legalistischen deutschen Rechtskultur, die in Gegensatz zu Frankreich und den USA tritt und zugleich das dortige Vertrauen in die Offenheit des demokratischen Prozesses unterstreicht.⁵⁹

verständnis im Hinblick auf die staatliche Leistungsfähigkeit bekannt, *Naeve*, Privatisierung militärischer Kampfhandlungen, in: ders. (Hrsg.), *Private Militärunternehmen*, 2013, 57 (91); *Michael*, Verfassung vom Ende her denken, in: *Blankenagel* (Hrsg.), *Den Verfassungsstaat nachdenken*, 2014, 101 (101, 108 ff., 114 ff.); *Herzog* (Fn. 9), S. 151 f.; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 163.

50 So etwa auch *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, 2004, S. 52 f.; vgl. dazu auch die Annahme eines gesellschaftlichen Konsenses im Hinblick auf den Kernbestand staatlicher Aufgaben bei *Ludwig* (Fn. 16), S. 149 f.; kritisch aber *Weiß*, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002, S. 53.

51 Vgl. dazu speziell vor dem Hintergrund der legalistischen deutschen Rechtskultur *Ossenbühl*, Staatliches Fernmeldemonopol als Verfassungsgebot, in: *Leßmann et al.* (Hrsg.), *FS Lukes*, 1985, 525 (542 f.); *Böckenförde*, Gesetz und gesetzgebende Gewalt, 2. Aufl. 1981, S. 402; *Korioth*, Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 - 2014, in: *Nolte et al.* (Hrsg.), *Freundesgabe Bernhard Schlink*, 2014, 31 (31 ff.); zur Rolle des *Conseil constitutionnel* zwischen Recht und Politik *Kischel*, Rechtsvergleichung, 2015, S. 505.

52 Vgl. dazu etwa BVerfGE 49, 24 (56 f.); *Krüger* (Fn. 14), S. 760, 770; *Gil*, Staatsaufgaben – Zur Legitimation politischer Herrschaft, 2003, 41 ff.; *Mescheriakoff*, *Droit des services publics*, 1991, S. 61 ff.

53 *Duguit* (Fn. 25), S. 55 f.; *Blanquer*, *Leon Duguit et le lien social*, in: *Decreton* (Hrsg.), *Service public et lien social*, 1999, 77 (77 ff.).

54 *Duguit* (Fn. 25), S. 54.

55 Vgl. zu alledem *Hunze* (Fn. 11), S. 145 ff.

56 Vgl. zum Fallrechtsdenken auch im Bereich der Auslegung geschriebener Rechtsakte *Kischel* (Fn. 51), S. 216; zur U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft *Klarmann*, Der Einfluss der critical legal studies in den USA, *GreifRecht* 2012, 113 (passim).

57 Sinnbildlich ist die in der Aussage des ehemaligen U.S.-Präsidenten *Reagan* zum Ausdruck kommende Grundtendenz: „In this present crisis, government is not the solution to our problem; government is the problem“, *Reagan*, Inaugural address, 20.01.1981, http://avalon.law.yale.edu/20th_century/reagan1.asp (letzter Abruf v. 07.08.2018); vgl. dazu auch die niedrigen Vertrauenswerte der Bürger in die U.S.-Regierung bei *Pew Research Center*, *Public trust in government, 1958-2017*, 14.12.2017, <http://www.people-press.org/2017/12/14/public-trust-in-government-1958-2017/> (letzter Abruf v. 13.08.2018) sowie die Einschätzung bei *Kommers*, *The Grundgesetz – An American perspective*, in: *Krakau/Streng* (Hrsg.), *Konflikt der Rechtskulturen? – Die USA und Deutschland im Vergleich*, 2003, 37 (44).

58 *Hunze* (Fn. 11), S. 178 f.

59 *Hunze* (Fn. 11), S. 129.