From the SelectedWorks of Jennifer Allison

Summer May, 2018

Magisterarbeit: Privatisierung der öffentlichen Staatsaufgaben vor dem Hintergrund des Grundrechtschutzes in Deutschland (LL.M. Thesis: Privatization of State Functions Against the Background of the Protection of Fundamental Rights in Germany)

Jennifer Allison

Available at: https://works.bepress.com/jennifer_allison/58/

Jennifer Allison

jallison@law.harvard.edu

Matrikel-Nr.: 2243246

Geburtsdatum: 14.12.1971

Geburtsort: Virginia Beach, USA

LL.M. (dt. Recht)

Betreuerin: Professor Dr. Stefanie Schmahl

15. Mai 2018

Magisterarbeit:

Privatisierung der öffentlichen Staatsaufgaben vor dem Hintergrund des Grundrechtschutzes in Deutschland

Inhaltsübersicht

A. Einleitung 4
B. Quelle der deutschen Grundrechte: Das Grundgesetz 9
I. Geschichte des Grundgesetzes 9
II. Grundrechte im Grundgesetz 11
III. Auswirkung der Grundrechten 13
IV. Auslegung des Grundgesetzes 15
V. Freiheit, Gleichheit, und Menschenwürde: Ein tieferer Einblick 16
C. Grundrechtsadressaten nach deutschem Recht 19
I. Der Staat als Grundrechtsadressat 19
II. Private als Grundrechtsadressaten 21
III. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht 21
1. Unmittelbare Drittwirkung 23
2. Mittelbare Drittwirkung 23
D. Der Leistung öffentlicher Aufgaben 25
I. Grundlage staatlicher Aufgaben 25
1. Staatliche Aufgaben im Grundgesetz 26
2. Eine genauere Definition der staatlichen Aufgaben 27
II. Unterschied zwischen staatlicher Aufgaben und öffentlicher Aufgaben 28
E. Privatisierung 29
I. Gründe der Privatisierung 30
II. Vorgang der Privatisierung 33
1. Planungsphase 33
2. Durchführungsphase 33
3. Aufsichtsphase 34
III. Rechtliche Grenze der Privatisierung 36
IV. Kirchhofs „fünfteilige Privatisierungstypologie“ 37
1. Privatisierung der Handlungsform 38
2. Privatisierung der Organisationsform 38
3. Privatisierung der ausführenden Hand 40
4. Privatisierung der Aufgabe 41
5. Privatisierung der Verantwortung 42

F. Privatisierung und Grundrechtsadressaten....42
I. Privatisierungsfolgerechtliche Anforderungen und Drittwirkung....43
II. „Publizierung“....44
G. Private Sicherheitsdienste....45
I. Private Sicherheitsdienste in der Geschichte und Heutzutage....46
II. Private Sicherheitsdienste: Rechtliche Anforderungen....48
1. Die Gewerbeordnung....50
2. Die Bewachungsverordnung....51
III. Auswirkung der Privatisierung im Sicherheitsgewerbe....53
H. Lebensmittelbanken....54
A. Diskriminierung an „Die Tafel“ im Essen....54
B. Diskriminierung bei Lebensmittelbanken: Rechtliche Aspekte....56
I. Fazit....57
Literaturverzeichnis....62
Erklärung zur eigenständigen Bearbeitung....68

A. Einleitung

„Flüchtlingsheime brauchen Schutz und Sicherheit, aber die Mitarbeiter der Security-Firmen sind schlecht ausgebildet, unterbezahlt, und nicht selten gewalttätig."

Süddeutsche Zeitung, Mai 2017[1]

In der Ausgabe der 13./14. Mai 2017, veröffentlichte die Süddeutsche Zeitung einen schockierenden Artikel über Sicherheitsdienste in deutschen Flüchtlingsheimen. Der Artikel beschrieb mehrere von Wachpersonal begangenen Gewaltakten gegen relativ machtlose Asylbewerber. Als Beispiel davon, ein 26-jähriger Mann aus Sierra Leone, Mohammed Silla, beschrieb die Angriffe so: „Diejenigen, die mich beschützen sollen, können mich zusammenschlagen – einfach so."[2] Einmal hat Silla sich selbst getraut, über seine schlechte Behandlung durch die Wachmänner zu beklagen, und danach „sei es zu dem Prügelexzess gekommen – elf Security-Mitarbeiter hätten sich daran beteiligt oder zugesehen."[3] Silla wurde so schwer verletzt, er musste ins Krankenhaus gebracht worden.[4]

Dieser Artikel präsentiert zwei Seiten der Sicherheitspersonalkrise in deutschen Flüchtlingsheimen. Auf der einen Seite stehen die Asylbewerber, die schweigend grobe Misshandlung ertragen müssen: „Wer in Flüchtlingsheim als aufmüpfig gelte, auf den werde von den Security-Leute regelrecht Jagd gemacht."[5] Auf der anderen Seite stehen „schlecht ausgebildete, miserabel entlohnte, überforderte Wachmänner," die Trunkenheit, ethnischen Streitigkeiten, und mit Gewalt bei der Arbeit in Flüchtlingsheimen bedroht werden.[6]

Im Artikel wird Stephan Dünnwald vom Münchner Flüchtlingsrat zitiert. Herr Dünnwald meinte, dass das Problem durch Wachmänner, „die am sozialen Rand stehen und nun die Möglichkeit bekommen, über noch Schwächere Macht

[1] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[2] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[3] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[4] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[5] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[6] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.

auszuüben“ verschärft wird.[7] Herr Dünnwald ist nicht allein dieser Auffassung. Nach dem Bundesvorsitzenden der Deutschen Polizeigewerkschaft, Rainer Wendt, „die in den deutschen Flüchtlingsheimen eingesetzten Sicherheitsdienste sind ein Einfallstor für Kriminelle, Salafisten, und Rechtsradikale.“[8]

Der Journalist interviewte heimlich ein paar Wachmänner, die als Subunternehmer einer Sicherheitsfirma in einem Flüchtlingsheim in Bayern beschäftigt waren. Die Männer beschrieben eine schreckliche Arbeitsatmosphäre, in der ihre Wachkollegen, zum Teil Neonazis mit Hakenkreuz-Tätowierungen, die durch ihre weißen Hemden sichtbar sind, Flüchtlinge aus Afrika als „Affen“ beschimpften.[9]

Der Journalist hat auch den Leiter der Sicherheitsfirma, Joachim Feldhaus, interviewt. Herr Feldhaus tadelte seinerseits die Regierungsbehörde, die für das Flüchtlingsheim verantwortlich war: „Was sollen wir denn machen, wenn die Regierung von Oberbayern selbst die Führungszeugnisse überprüft und abgeknickt hat?“[10]

Auf jeden Fall muss irgendjemand die Verantwortung dafür tragen, wenn ein Wachmann eines Flüchtlingsheims, als, wie der Artikel beschrieb, ein Bus mit Fluchtlinge an seinem Arbeitsplatz angekommen sei, sagte „Wir sind voll. Schicken wir die doch gleich zum vergasen weiter nach Dachau.“[11] Selbstverständlich hätte solch eine Person nie eine Stelle als Wache an einem Flüchtlingsheim bekommen sollen.

Probleme mit der privaten Sicherheitsdienste in Flüchtlingsheimen finden sich nicht nur in Bayern. Laut einem Artikel, der in *Die Welt* in 2016 veröffentlichtet wurde,[12] sind diese Problemen in Flüchtlingsheimen durch ganz Deutschland zu finden. Der im Artikel gegebene Grund dafür? „Ausgerechnet in der Branche, die für die Sicherheit von Flüchtlingsheimen sorgen soll, werde bei

[7] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[8] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[9] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[10] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[11] *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47.
[12] *Dowideit*, in: Die Welt, 21.03.2016.

der Personalauswahl nicht genau hingesehen. Gewaltbereite und fremdenfeindlich gesinnte Menschen könnten sich da tummeln."[13]

Es wird in der juristischen Literatur bemerkt, dass „immer öfter" in den Medien berichtet wird, „dass die Beschäftigten von privaten Sicherheitsdiensten unzureichend qualifiziert sind, ihre Befugnisse überschreiten und Dritte geschädigt werden."[14]

Diese Beobachtung stimmt: Artikel über private Sicherheitsdienst sind überall in der deutschen Medien zu finden. In einem Artikel über private Sicherheitswachen in Berlin, die „Strategie" eines Wachmann wurde so beschrieben: „Wenn du schlagen musst, immer dort, wo Kleider die Haut bedecken. Sichtbare Druckstellen heißen Ärger mit der Polizei."[15]

Ein anderer Artikel berichtet, dass die Sicherheitsfirma W.I.S. Wachmänner von mehreren Subunternehmen, darunter Minderjährige, zum Aufsichtsdienst während des Karnevals in Köln eingesetzt habe.[16]

Probleme mit privaten Sicherheitsdiensten in Flughäfen (das private Kontrollpersonal im Düsseldorfer Flughafen war so überfordert, dass die Passagiere sich darüber so aufgeregten und böse wurden, die Polizei hätte gerufen werden müssen[17]) und Messen (Die Polizei „wurde zu einem Einsatz auf dem [Berliner] Messegelände gerufen, nachdem es am Stand eines israelischen Reiseveranstalters zu einer verbalen Auseinandersetzung zwischen Stand-Mitarbeitern und arabischstämmigen Sicherheitskräften eines Security-Unternehmens gekommen war"; die Sicherheitskräfte bekamen demzufolge Hausverbot[18]) wurden auch in den Medien berichtet.

Ein Journalist, der früher im privaten Sicherheitsgewerbe beschäftigt gewesen war, schrieb einen Artikel, in den er seine Meinung über diesen Trend klar äußerte: „das grundsätzliche Problem [ist], wenn hoheitliche Aufgaben wie der Schutz von Asylbewerbern - vor sich selbst oder dem Mob vor der Tür - an private Unternehmen ausgelagert werden. Outsourcing wird zum Durchreichen der

[13] *Dowideit*, in: Die Welt, 21.03.2016.
[14] *Ernst*, NVwz 2015, 333, 334.
[15] *Nejezchleba*, in: Berliner Morgenpost, 18.06.2017.
[16] *Köhler*, in: WDR, 28.07.2017.
[17] *Hartmann*, in: Die Welt, 12.03.2018.
[18] *Nibbrig*, in: Berliner Morgenpost, 10.03.2018.

Verantwortung nach unten, bis sie endlich in den Händen polizeibekannter Schlägertypen liegt."[19]

Trotz dieser Entwicklung, es wird in der deutschen juristischen Literatur bemerkt, dass private Sicherheitsdienste von Trägern öffentlicher Aufgaben „als kostengünstige Möglichkeit zur Wahrnehmung ihres Hausrechts entdeckt, etwa in Asylbewerberunterkünften, Bahnhöfen oder Gebäuden in Verwaltungsgebrauch wie Arbeitsagenturen und Sozialämtern" wurden.[20]

Wie kann es in Deutschland passieren, dass „polizeibekannter Schlägertypen" die Verantwortung bekommen können, die öffentliche Sicherheit zu schützen?

Im deutschen Verfassungsinstrument, das Grundgesetz von 1949,[21] wird der Staat als sozialer Bundesstaat"[22] und „sozialer Rechtsstaat"[23] geprägt. "Sozialer Rechtsstaat" wurde in der verfassungsrechtlichen Literatur als eine Verschmelzung der Sozialstaatlichkeit und der Rechtsstaatlichkeit charakterisiert.[24]

Als sozialer Rechtssaat legt Deutschland einen hohen Wert auf den Schutz von Grundrechten.[25] Diese Grundrechte sind nötig, die Würde jeder Person aufzubauen.[26] In einem sozialen Rechtsstaat haben Grundrechten eine doppelte Funktion,[27] indem sie ermöglichen die Schaffung einer gerechten,

---

[19] *Frank*, in: Spiegel Online, 01.10.2014.
[20] *Ernst*, NVwz 2015, 333, 334.
[21] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. S. 1.
[22] Art. 20 Abs. 1. GG. Diese Bestimmung hat große verfassungsrechtliche Bedeutung: das Grundgesetz darf nicht verändert werden, wenn diese Veränderung „berührt" die Grundsätze in Artikel 20. Art. 79 Abs. 3 GG. Siehe auch *Caldwell*, in: Caldwell/Scheuerman (Hrsg.), From Liberal Democracy to Fascism, S. 136, 145 ("The significance of [Article 20] was unclear. But the presumption that [it] had legal significance was strengthened by Article 79, Paragraph 3, which declared that the principles of Article 20 were not subject to amendment.").
[23] Art. 28, Abs. 1, Satz 1 GG. Siehe auch *Eberle*, Oregon L. Rev. 2008, 1, 5 („[T]he idea of a *Rechtsstaat* […] means, among other things, a state committed to reason, rationality, neutrality, equality and fair notice of impending legal measures.").
[24] *Müller-Volbehr*, JZ 1984, 6, 8 ("Die vom Verfassungsgeber geprägte Wordverbindung „sozialer Rechtsstaat" bringt treffend die das Grundgesetz maßgeblich beherrschende Staatsform zum Ausdruck und steht im Dreiklang mit den anderen beiden obersten Verfassungsprizipien, der Demokratie und dem Bundesstaat. Weder allein der reine Rechtsstaat noch allein der Sozialstaat schlechthin ist vom Grundgesetz gewollt[.]").
[25] *Müller-Volbehr*, JZ 1984, 6, 10 und 13.
[26] *Eberle*, Oregon L. Rev. 2008, 1, 2-3 ("the German constitution is anchored in the architectonic value of human dignity […] each person is valuable per se as an end in himself, which government and fellow citizens must give due respect.").
[27] *Welti*, Soz Passagen 2011, 201, 203 („Der Rechtsstaat [muss] jeden Menschen als Rechtsperson achten, der Sozialstaat jedem Menschen als Persönlichkeit Entfaltung in der Gesellschaft sichert. Diese doppelte Funktion der Grundrechte gegen Freiheits- und Gleichheitsbeschränkungen aus Staat und Gesellschaft charakterisiert den sozialen Rechtsstaat.").

verfassungsmäßigen Sozialordnung[28] und echten Freiheit[29] durch soziale Gleichheit.[30] Deswegen gibt es in Deutschland einen sogenannten „Staatsauftrag," durch den der Staat rechtlich gebunden ist, „die unantastbare Würde des Menschen zu achten und zu schützen."[31]

Mit Sicht auf das Rechtsstaatsprinzip muss gefragt werden: Schützen diese privaten Wachleuten die Grundrechte von jedem Mensch? Müssen Privaten, nach deutschem Recht, wie, zum Beispiel diese private Sicherheitswachen, diese Grundrechte überhaupt schützen, wenn sie die Verantwortung annehmen, öffentliche Aufgabe zu leisten? Und können die Aufgaben, die diese privaten Sicherheitswachen leisten, eigentlich als „öffentlich" geprägt werden? Es wird in dieser Arbeit probiert, die entsprechenden Umstände zu analysieren, um diese Fragen beantworten zu können.

Diese Arbeit fängt mit einer allgemeinen Analyse der Grundrechte in Deutschland an, und beschreibt wie sie nach deutschem Recht geschützt werden müssen. Danach wird das Konzept des Grundrechtsadressaten, oder wer rechtlich verpflichtet ist, Grundrechte zu schützen, diskutiert. Diese Diskussion wird mit einer Vorstellung vom Konzept der öffentlichen Aufgaben, nämlich im Vergleich mit staatlichen Aufgaben, verfolgt.

Nach dieser Vorstellung folgt das Hauptthema der Arbeit, das die vorliegenden Themen zusammenbringt: die Privatisierung der Leistung von staatlichen Aufgaben, und ob/wie Grundrechte in Privatisierungslagen geschützt werden.

Letztlich wird die Diskussion sich auf den Schutz der Grundrechte im Bezug mit dem privaten Sicherheitsgewerbe beziehen. Zum Schluss gibt es eine kurze Diskussion über die neulich berichtete diskriminierende Verwaltungspratiken im

---

[28] *Müller-Volbehr*, JZ 1984, 6,11 („Eine der Hauptaufgaben des sozialen Rechtsstaates ist seine Funktion als Transformator des grundrechtlichen Wertsystems in die Verfassungswirklichkeit."); *Koutnatzis*, Columbia J. Transnat'l L. 2005, 74, 116 („[T]he social state principle stands between a subjective right and merely programmatic provisions, reflecting a *Staatsziel*, a legally binding principle establishing the state's obligation to create a just social order[.]").

[29] *Badura*: Prinzip der sozialen Grundrechte, Der Staat 1975, 17, 24 ("praktizieren, sind für die Einzelnen ein den staatlichen Zugriff abwehrender Schutz des privaten Daseins, der persönlichen Entschließung, der beruflichen und wirtschaftlichen Tätigkeit und des politischen Handelns[.]").

[30] *Weiss*, S. 149 ("Grundrechte verpflichten zum staatlichen Schutz und zur Gewährleistung der Freiheiten und der Gleichheit.").

[31] *Welti*, Soz Passagen 2011, 201, 203.

Berich der privaten Lebensmittelbanken, die, wie private Sicherheitsdienste, auch Aufgabe im öffentlichen Interesse leisten.

B. Quelle der deutschen Grundrechte: Das Grundgesetz

In der rechtlichen Normhierarchie hat die Verfassung die höchste Ebene.[32] Das Verfassungsinstrument der heutigen Bundesrepublik Deutschland, das Grundgesetz, wurde 1949 vom Deutschen Volk „kraft seiner verfassunggebenden Gewalt“[33] erlassen.[34] Seit seinem Erlass, wurde das deutsche Grundgesetz weltweit als ehrgeiziges Muster eines Verfassungsinstruments angesehen.[35]

I. Geschichte des Grundgesetzes

Die Formulierung des Grundgesetzes wurde von den historischen Prinzipien des deutschen Sozialstaats, in dem einen hohen Wert auf die soziale Sicherheit der Bevölkerung gelegt wird,[36] sowie einem heftigen Widerstand zu den rechtlichen Prinzipien des National-Sozialismus, beeinflusst.[37]

Soziale Sicherheit hatte besondere Prominenz in der Verfassung der Weimarer Republik. [38] Dieses Instrument enthielte mehrere Grundrechte, obwohl

---

[32] *Ipsen*: Geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, 473, 473.
[33] Präambel GG.
[34] Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, BGBl. S. 1.
[35] *Hailbronner*, S. 1 (“Today, the Basic Law […] [has] become [an] export model around the world.”).
[36] *Eberle*, Oregon Rev. Int’l L. 2008, 1, 5-6 (“[T]he Social State (*Sozialstaat*) […] obligates the state to provide for the security of its citizens, including a minimum level of existence. The Sozialstaat is the anchoring principle of social welfare, but it also means much more. At its core, it means that the state must protect the general welfare of its citizens and society.”).
[37] *Ipsen*: Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten, S. 369, 380 (“[D]as Grundgesetz (ist) ‘ein großes Angebot.’ Es bietet seit mehr als sechs Jahrzehnten eine stabile rechtliche Grundordnung für den Staat, der sich nach Krieg und Gewaltherrschaft neu konstruierten und den Weg zurück in die Völkergemeinschaft finden musste.“); *Hailbronner*, S. 2 (“[U]ndoubtedly, German history under the Third Reich and National-Socialism played an important role in the considerations of the men and women who drafted the Basic Law (*Grundgesetz*). The decision to place a bill of rights at the beginning of this constitution that affirmed in its first article the inviolability of human dignity reflected the desire for a new beginning.”); *Engel*, Hanse L. Rev 2009, 165, 167 (“In keeping with the global post-war trend, the focal point of the post-war constitutional structure in Germany is the protection of human dignity (i.e. human rights). The German constitution seeks to prevent the rise of a strong, central, absolutist government.”).
[38] *Bommarius*, German L.J. 2011, 1879, 1881-1883; *Ipsen*: Staatsrecht, § 1 Rn. 43 (“Der in der deutschen Verfassungsgeschichte ausgedehnteste Grundrechtskatalog findet sich in der Weimarer Rechtsverfassung von 11.8.1919.”); *Stachura*, S. 37 (“The Weimar Constitution acknowledged that the state had important responsibilities towards the working-class and labour movement by

diese Grundrechte waren nicht richterlich durchsetzbar.[39] Nichtdestotrotz, diese Verfassung hat einen großen Einfluss auf das heutige Grundgesetz, wie Rechtwissenschaftler[40] sowie das deutsche Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung bestätigen. [41]

Das Grundgesetz von 1949 enthält keinen Katalog spezifischer, vom Staat garantierter sozialen Ansprüchen, wie Essen, Arbeitsstellen, und Wohnungen.[42] Stattdessen definiert das Grundgesetz, als „gegenwertsorientierte" und „zukunftsbezogene" Produkt der „verfassungsnormative Kraft des Sozialien,"

---

incorporating a series of undertakings designed to protect further their social and economic well-being.").

[39] Es wurde in der Literatur mehrere Gründen dafür gegeben und diskutiert. Die Verfasser der Weimarer Verfassung glaubten, zum Beispiel, dass Gerichte keine selbstständige Rolle haben sollten, soziale Rechte anzuwenden. *Caldwell*, in: Caldwell/Scheuerman (Hrsg.), From Liberal Democracy to Fascism, S. 136, 138 („There should be little or no independent role for courts in applying or adjudicating social rights, according to statutory positivists, since courts were present to apply the statutes already approved by the legislative sovereign."). Die US-amerikanische Erfahrung mit dem U.S. Supreme Court wurde in Deutschland auch als nicht anstrebenswert gesehen, aufgrund die Standpunkten des Supreme Courts, die als negativ gegenüber ökonomischen und sozialen Reformen in den USA betrachtet wurden. *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 342 („[T]he Weimar Constitution did not contain any judicially enforceable constitutional rights. […] [I]n the debates on the drafting of the Weimar Constitution the United States' experience with the Supreme Court was cited as a reason not to have constitutional rights judicially enforced, given the Court's hostile attitude towards economic and social reforms in the late 19th and early 20th century.").

[40] *Ipsen*: Staatsrecht, § 1, Rn. 44 („Da die Weimarer Verfassung in vielen Grundrechten wiederum Vorbild für die Grundrechte des Grundgesetzes vom 23.5.1949 war, ergibt sich auf diese Weise eine hundertjährige Kontinuität der Menschenrechtsverbürgungen auch in der deutschen Verfassungsgeschichte."); *Grawert*, Die Staat 2010, 507, 510 („Das grundgesetzliche Grundrechtsprogramm knüpfte als an Überlieferungen und Anregungen aus der Weimarer Zeit an, bildete sie aber rechts- und justizstaatlich aus.").

[41] „Das Grundgesetz bezeichnet die von ihm geschaffene Staatsordnung als eine freiheitliche Demokratie. Es knüpft damit an die Tradition des ‚liberalen bürgerlichen Rechtsstaats' an, wie er sich im 19. Jahrhundert allmählich herausgebildet hat und wie er in Deutschland schließlich in der Weimarer Verfassung verwirklicht worden ist." BVerfG, Urteil vom 17.08.1956 (KPD-Verbot), 1 BvB 2/51, Rn. 493.

[42] "Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG räumt dem Einzelnen kein Grundrecht auf angemessene Versorgung durch den Statt ein. Die vom Ausschuss für Gesetzesfrage des Parlamentarischen Rates vorgeschlagenen Bestimmung über das Recht auf ein Mindestmaß an Nahrung, Kleidung und Wohnung ist später gestrichen und in das GG nicht aufgenommen werden." BVerfG, Beschluss vom 19.12.1951 (Hinterbliebenenrente), 1 BvR 220/51, Rn. 33. Siehe auch *Bommarius*, German L.J. 2011, 1879, 1882 (During the framing of the Basic Law, the framers "fail[ed] to incorporate basic social rights" which include "some food, a meaningful job, and a roof over [one's head]."); *Koutnatzis*, Columbia J. Transnat'l L. 2005, 74, 113 (Regarding the *Sozialstaat*, "although the German Constitution includes a few concretizations of this principle, it does not guarantee most classical social rights, such as the right to work, health care, social security, and housing."); *Heinig*, German L.J. 2011, 1887, 1888 ("[O]n first glance, even the Basic Law seems to provide hardly any specifics as to what exactly makes up its "social" state or, in particular, what normative consequences follow from this constitutional principle.").

mehrere Grundrechte, [43] die die „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht“ binden.[44] Diese Grundrechte „sind ein weitläufiges und noch nicht erschöpftes Feld für die Praxis und Dogmatik wohlfahrtstaatlicher Sozialgestaltung.“[45]

II. Grundrechte im Grundgesetz

Die Grundlage der Grundrechten ist die sogenannte „Unantastbarkeit der Menschenwürde,“ die im Artikel 1 des Grundgesetzes zu finden ist.[46]

Das Konzept der Menschenwurde ist auch die Grundlage der deutschen Staatlichkeit und des Rechtssystems. Wie es im Maunz/Dürig Kommentar des Grundgesetzes steht, „die rechtlich verfasste Gemeinschaft findet ihre letzte Rechtfertigung in Achtung und Schutz des Menschen als Person gegenüber staatlicher Gewalt und anderen Mitgliedern der Gemeinschaft. Die Garantie der Menschenwürde achtet den Eigenwert des Menschen gegenüber Zugriffen und Zumutungen von Staat und Gesellschaft.“[47]

Artikel 1 ist sakrosankt: das Grundgesetz darf nicht verändert werden, wenn die Veränderung die Grundsätze in Artikel 1 „berührt.“[48]

---

[43] *Müller-Volbehr*, JZ 1984, 6, 11; siehe auch *Grawert*, Die Staat 2010, 507, 510 („Der Text des Grundgesetzes hielt sich allerdings nicht lange bei der Vergangenheit auf, sondern eröffnet Entwicklungen: in die Freiheit, in die Demokratie und in die Internationalität.“).

[44] Art. 1 Abs. 3 GG. Siehe auch *Badura*: Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts, S. 275, 279 (im Grundgesetz, „es wurde…verweisen, dass Sozialgestaltung und damit auch sozialer Fortschritt eine verfassungsrechtlich erhebliche Aufgabe des Staates und seiner Gesetzgebung ist“); *Bommarius*, German L.J. 2011, 1879, 1881 („In the Basic Law, [basic rights] are formulated as specific entitlements. Respect for these rights can be demanded in every court up to the Federal Constitutional Court in Karlsruhe, which was established by the Basic Law. In accordance with their importance, the Basic Law starts off with the basic rights. They are binding for the judicial, the executive, and the legislative branches. The essence of their content may not be changed.”).

[45] *Badura*: Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts, S. 275, 287.

[46] Art. 1 Abs. 1 GG. Siehe auch *Eberle*, Oregon Rev. Int’l L. 2008, 1, 10 („Dignity is the primary concept in the *Grundgesetz*.“).

[47] *Herdegen*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. I, Art. 1, Abs. 1, Rn. 1. In der grundgesetzlichen Kommentierung wird es auch festgestellt, dass es mit der jüngsten Vergangenheit Deutschlands zu tun hat, dass Menschenwürde auf höchstem Niveau im Grundgesetz steht: „Mit einem Bekenntnis zur Würde des Menschen und zu unveräußerlichen Menschenrechten knüpften die Verfassungsväter und -mütter an die naturrechtlichen Tradition und an die französische Deklaration den Menschenrechte von 26.8.1789 an, um sich von dem nationalsozialistischen Unrechtsregime scharf abzugrenzen.“ *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR, GG Art. 1 Rn. 1.

[48] Art. 19 Abs. 3 GG.

Das Grundrecht auf die „freie Entfaltung der Persönlichkeit," wird in Artikel 2 gefunden.[49] Dieses Grundrecht wird im Maunz/Dürig Kommentar als „die erste und allgemeinste Freiheitsgewährleistung des Grundgesetzes" charakterisiert.[50] Es bietet einen allgemeinen Schutz der menschlichen Handlung,[51] und wird in der Literatur mit allgemeinen Autonomierechten, der US-Amerikanischen Verfassung, die „Sachen wie Schwangerschaftsabbruch, menschliche Sexualität und Familienwahl" betreffen, verglichen.[52]

Der Schutz vom „Leben und [der] körperliche[n] Unversehrtheit," befindet sich auch im Artikel 2.[53] Nach dem Maunz/Dürig Kommentar, dieses Grundrecht garantiert Freiheit von „Existenzangst von der Willkür überlegener Gewalten," was im einem Rechtsstaat ein notwendiger Schutz ist, weil „wer um Leib und Leben fürchtet, wer seiner elementaren Bewegungsfreiheit … beraubt wird, verliert die Grundlage seiner freien Existenz."[54]

Im Artikel 3 des Grundgesetzes findet man das Grundrecht auf „die Gleichheit vor dem Gesetz."[55] Wie es im Maunz/Dürig Kommentar beschrieben wird, dient der Gleichheitssatz mehreren grundrechtlichen Zwecken. Er bindet jeden, Gesetze zu befolgen, „wie sie geschrieben sind."[56] Aber der Gleichheitssatz wird auch so interpretiert: „als „völker- und staatenübergreifendes Menschenrecht […] [d]er Gleichheitssatz regelt die Begegnung von Menschen, die in gegenseitigem Respekt, in Wertschätzung, zumindest in Anerkennung der Rechte des Anderen aufeinander treffen."[57]

---

[49] Art. 2 Abs. 1 GG; siehe auch BVerfG, Urteil vom 22. 2. 2011, 1 BvR 699/06, Rn. 48 („Der Bürger findet durch die Grundrechte Anerkennung als freie Person, die in der Entfaltung ihrer Individualität selbstverantwortlich ist.");
[50] *Di Fabio*, in Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. Art. 2 Abs. 1 Rn. 1.
[51] *Eberle*, Oregon L. Rev. 2008, 1, 24-25 („Personality rights come into play, potentially, whenever an action is not protected by a more specific right […] [and] are conceived in a complete sense to cover the different dimensions of the human person.").
[52] *Eberle*, Oregon L. Rev. 2008, 1, 4.
[53] Art. 2 Abs. 2 GG.
[54] *Di Fabio*, in Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. Art. 2 Abs. 1 Rn. 2.
[55] Art. 3 Abs. 1 GG.
[56] *Kirchhof*, in Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. Art. 3 Abs. 1 Rn. 1-2.
[57] *Kirchhof*, in Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. Art. 3 Abs. 1 Rn. 1-2.

Alle Menschen sind Grundrechtsträger[58] der oben-genannten Grundrechte, und dazu auch der folgenden Grundrechte: Glaubens- und Gewissensfreiheit;[59] Recht der freien Meinungsäußerung;[60] Medienfreiheit;[61] Kunst- und Wissenschaftsfreiheit;[62] Recht auf Ehe und Familie;[63] Schulwesen;[64] Brief,- Post- und Fernmeldegeheimnis;[65] Unverletzlichkeit der Wohnung;[66] Eigentum, Erbrecht, und Enteignung;[67] Asylrecht;[68] und Petitionsrecht.[69] Deutsche Staatsbürger genießen auch den Schutz von den folgenden zusätzlichen Grundrechten: Versammlungsfreiheit[70]; Freizügigkeit;[71] Berufsfreiheit;[72] und Freiheit von Ausbürgerung oder Auslieferung.[73]

III. Auswirkung der Grundrechten

Der Staat verwendet Grundrechte, als „objektive Normen," um ein rechtliches „Wertsystem" zu schaffen.[74] Dies ist aber nicht die einzige Eigenschaft der Grundrechte.

Grundrechte haben auch eine subjektiv-öffentliche Qualität: „[j]edes Grundrecht gibt – entweder ausdrücklich oder implizit – den Berechtigten an, also denjenigen, dem das Grundrecht zusteht."[75] Diese subjektiv-öffentliche Qualität der Grundrechte wird als „*dreigliedrig*" in der Literatur charakterisiert: „Subjektive

[58] Menschen, die den Schutz vor staatlichen Eingriffen in den Grundrechten genießen, sind „Grundrechtsträger" und werden als „grundrechtsberechtigt" beschrieben. Dieses Konzept hat mit der subjektiv-öffentlichen Natur der Grundrechten zu tun: „Eine rechtstheoretische Analyse ergibt, dass subjektive Rechte eine dreigliedrige Struktur aus dem Träger des Rechts, dem Adressaten des Rechts und dem Gegenstand oder ‚Objekt' des Rechts aufweisen." Diese „dreigliedrige Struktur der Grundrechte […] folgt somit ebenfalls aus der Verfassung," und „[f]ür alle drei Elemente finden sich in Literatur und Rechtsprechung unterschiedliche, meist synonyme Begriffe." *Ipsen*: Staatsrecht, §2, Rn. 58-59.
[59] Art. 4 GG.
[60] Art. 5 Abs. 1 GG
[61] Art. 5 Abs. 1 GG.
[62] Art. 5 Abs. 3 GG.
[63] Art. 6 GG.
[64] Art. 7 GG.
[65] Art. 10 GG.
[66] Art. 13 GG.
[67] Art. 14 GG.
[68] Art. 16a GG.
[69] Art. 17 GG.
[70] Art. 8 GG.
[71] Art. 11 GG.
[72] Art. 12 GG.
[73] Art. 16 GG.
[74] *Ipsen*: Staatsrecht, §2, Rn. 70.
[75] *Ipsen*: Staatsrecht, §2, Rn. 57.

Rechte […] sind einem *Rechtssubjekt* zugeordnet, für das sich der Begriff des „Grundrechtsträgers" eingebürgert hat, haben einen bestimmten *Inhalt* und richten sich gegen einen *Adressaten*."[76] Im praktischen Sinn, „Grundrechte sind […] subjektiv-öffentliche Rechte, vermöge derer der Grundrechtsträger („Bürger") vom Grundrechtsadressaten („Staat") ein Tun oder Unterlassen verlangen kann."[77]

Es wurde in der Literatur der subjektive-öffentlichen Rechtslehre behauptet, dass, aufgrund der im Grundgesetz bürgerlichen Verleihung der Rechtsmacht,[78] die erlassenen Rechtsnormen den Interessen der Bürger dienen müssen.[79] Deswegen sei es unmöglich, dass Rechtsnormen, die Grundrechte garantieren, keine „Möglichkeit der Abwehr rechtswidriger staatlicher Beeinträchtigungen" für diese Bürger enthalten.[80]

Grundrechte werden als negative Rechte, oder „Abwehrrechte," gegen staatlichen Eingriffe in Grundrechten vom Staat angesehen,[81] obwohl „Belange der Gemeinschaft werden durch verfassungsrechtliche Schranken und Einschränkungsermächtigungen an den Gesetzgeber berücksichtigt."[82] Sie sind auch als positive Rechte zur würdigen Beteiligung in der Gesellschaft[83] und Aufforderung „zu aktivem und produktivem Handeln"[84] anerkannt. Diese Entwicklung fand hauptsächlich durch die gerichtliche Auslegung des Grundgesetzes statt.[85]

---

[76] *Ipsen*: Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten, S. 369, 370.
[77] *Ipsen*: Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten, S. 369, 370.
[78] Art. 19 Abs. 4 GG.
[79] *Ramsauer*, AöR 1986, 501, 505.
[80] *Ramsauer*, AöR 1986, 501, 505; siehe auch *Enders*, Der Staat 1996, 351, 354 („Bestenfalls kann heute unter der Geltung des Grundgesetzes von einer gewissen Vermutung zugunsten des subjektiv-rechtlichen Charakters individualschützender Rechtssätze ausgegangen werden, die in der Norminterpretation zu bestätigen oder zu widerlegen ist. Wirklich umstritten ist ein solches subjektives Recht denn auch nur für den Bereich der echten, adressierten hoheitlichen Eingriffe im zweiseitigen Staat-Bürger-Verhältnis.").
[81] *Classen*, AöR 1997, 65, 71 ("Im Rahmen der Abwehrrechtsdogmatik ist regelmäßig zu prüfen, ob überhaupt ein Eingriff vorliegt. Dieses Problem stellt sich gleich an zwei Stellen, nämlich zum einen auf der prozessrechtlichen Ebene und zum anderen im Bereich der materiellen Rechts.").
[82] *Grawert*, Der Staat 2010, 507, 508.
[83] *Heinig*, German L.J. 2011, 1887, 1894 ("[I]n the German fundamental rights doctrine, additional dimensions of fundamental rights enter alongside the classical understanding of fundamental rights as negative rights held by liberty-bearing citizens against the liberty-limiting state: fundamental rights as an objective order of values; fundamental rights as an objective order of values; fundamental rights as the state's duties to protect its citizens; and fundamental rights as participatory rights in a society widely shaped by the state.").
[84] *Grawert*, Der Staat 2010, 507, 526.
[85] *Ipsen*: Staatsrecht, § 2, Rn. 97 ("Nach ständiger Rechtsprechung der Bundesverfassungsgericht sind die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegenüber dem Staat, sondern statuieren

In der Literatur der Verfassungsrechtsvergleichung wird beschrieben, dass die Integration dieser positiven, „erstrebenswerten" Prinzipien in einem Verfassungsinstrument die Anwendung des „aktivistiven oder transformativen" Verfassungsrecht symbolisiert.[86]

IV. Auslegung des Grundgesetzes

In Deutschland liegt die Verantwortung der Auslegung des Grundgesetzes,[87] der Lösung von Grundrechtskonflikten,[88] und des ultimativen Schutzes der Grundrechte des Individuums,[89] beim Bundesverfassungsgericht.

Grundrechte, die nicht im Grundgesetz ausdrücklich angegeben werden, können auch vom Bundesverfassungsgericht, aufgrund der Unantastbarkeit der Menschenwürde,[90] beziehungsweise den allgemeinen Freiheits- und

---

als objektive Normen eines 'Wertsystems,' das als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts Geltung beansprucht."); *Hailbronner*, S. 8 (The German Constitutional Court, with its „turn to an activist conception of constitutional law in the late 1950s constituted a break with the entrenched nineteenth-century understanding of rights as negative rights, protecting individual spheres of freedom against state intervention. With its conception of the Basic Law as an order of values, the Court created an ever-expanding field of constitutional law.").

[86] Nach Hailbronner, Verfassungsordnungen („constitutional regimes") können entweder reaktiv („reactive") oder aktivist („activist") sein. In einer reaktiven Verfassungsordnung werden individuelle Freiheiten stark geschützt; es wird auch gesichert, dass keine Institution zu viel Macht haltet und ausübt. Schwerpunk der aktivisten Verfassungsordnung ist, dagegen, eine gerechte Gesellschaft durch aktive Staatsengagement zu etablieren. *Hailbronner*, S. 8. Hailbronner argumentierte, eine aktiviste Verfassungsordnung habe in Deutschland Vorrang. *Hailbronner*, S. 14-15 ("activist constitutionalism is ultimately the more important concept for Germany"). Eine aktiviste Verfassungsordnung wird auch, nach Hailbronner, "die direkte oder mindesten indirekte Anwendbarkeit von Grundrechten zur Handlung von Privaten ermöglichen („provide for the direct or at least indirect application of constitutional rights to private conduct."). *Hailbronner*, S. 15.

[87] Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG. Die Existenz einer auslegende Behörde wie der Bundesverfassungsgericht ist besonders wichtig, weil Grundlage der Grundrechte, wie, zum Beispiel, „Menschenwürde" abstrakte Konzepte sind. *Eberle*, Oregon Rev. Int'l L. 2008, 1, 12 ("Because dignity is an abstract concept, it must take on a concrete meaning through interpretation, as provided by the ***Bundesverfassungsgericht***.").

[88] *Grawert*, Die Staat 2010, 507, 525 ("Grundrechtskonflikte, die zwischen konfligierenden Grundrechtspositionen entstehen können, sollen nach Auffassung des Gerichts ebenfalls im Rahmen und mit Hilfe des grundrechtlichen Wertesystems gelöst werden.").

[89] Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a. GG. Siehe auch *Hailbronner*, S. 3 ("Individual complaints based on constitutional rights not only make for more than 95 per cent of the Court's docket, but they are also at the core of the Court's public perception as a 'rights tribunal.'); *Hailbronner*, S. 43 (The German Constitutional Court plays a "role as a guardian of negative individual rights against infringements by executive or legislative action.").

[90] *Grawert*, Die Staat 2010, 507, 522 ("Das Bundesverfassungsgericht hat die Grundrechte schon seit Beginn seiner Rechtsprechung nicht nur als subjektive Rechte, sondern außerdem als eine zusammenhängende objektive Wertordnung aufgefasst und dabei die Menschenwürde Sinn gebend an deren Spitze gestellt.").

Gleichheitsrechte,[91] anerkannt werden,[92] obwohl das Bundesverfassungsgericht klarstellt, dass es keine legislative Gewalt hat.[93] Trotz dieser Erklärung, es wurde in der rechtswissenschaftlichen Literatur argumentiert, dass, durch die Ausübung dieser Verantwortungen, das Bundesverfassungsgericht auch große politische Macht hat.[94]

V. Freiheit, Gleichheit, und Menschenwürde: Ein tieferer Einblick

In anderen Ländern, wie, zum Beispiel, den Vereinigten Staaten, werden Grundrechte hauptsächlich als Instrumente des Schutzes der individuellen Freiheit angesehen: die Grundlage der Grundrechte ist das Interesse des Individuums statt des gemeinsamen Gutes.[95]

Nach dem unterliegenden Konzept der deutschen Verfassung hat jeder individuelle Freiheit, aber diese Freiheit darf nur im Kontext der sozialen Verantwortung zu der Gesellschaft und den Schutz der allgemeinen Menschenwürde ausgeübt werden.[96] Die Charakterisierung von Freiheit ist in den

---

[91] *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 346 („The German constitution, as interpreted by the Federal Constitutional Court, […] grants a general right to liberty and a general right to equality.").

[92] *Ipsen*: Staatsrecht, § 4, Rn. 239 („In seinem Urteil vom 9.2.2010 hat der BVerfG zu den Regelleistungen nach dem SGB-II („Hartz-IV-Gesetz") aus Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) das Recht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hergleitet. Dieses Recht schließt für Hilfsbedürftige diejenigen materiellen Voraussetzungen ein, die für seine physische Existenz und sein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind.").

[93] "Ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht, ist eine ewige Aufgabe des Gesetzgebers, an welcher der einzelne Staatsbürger nur durch die Ausübung des Wahlrechts mittelbar Anteil hat. Das BVerfG ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen." BVerfG, Beschluss vom 19.12.1951, 1 BvR 220/51, Rn. 20. Siehe auch *Hailbronner*, S. 57-58.

[94] Dieses Phänomen wird als „Ganzverfassung" charakterisiert: „[D]ie Verfassung dient als Anleitung und setz materielle Grenzen an der Resolution jeder politischen Frage durch," und „die Gültigkeit jeder politischen Entscheidung kann vor einem Verfassungsgericht angefochten werden." *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 343 („[U]nder the total constitution […] the constitution serves as a guide and imposes substantive constraints on the resolution of any and every political question. The validity of any and every political decision is subject to potential challenge before a constitutional court[.]").

[95] *Eberle*, Oregon Rev. Int'l L. 2008, 1, 2-3 („The American Constitution posits no particular normative order that the government must realize or people must live within. We may thus refer to the American Constitution as being value-neutral. Accordingly, people are basically free to pursue their own interests. […] At its core, the American idea of freedom aims for freedom from government.").

[96] „Die meisten Grundrechte sind rechts- und sozialstaatlich ambivalent, indem sie in ihrer Gesamtheit das Menschenbild des GG als eines nichts isolierten, souveränen, gemeinschaftsbezogenen und damit sozial gebundenen Menschen ergeben." *Müller-Volbehr*, JZ 1984, 6, 11; siehe auch *Eberle*, Oregon Rev. Int'l L. 2008, 1, 14 ("[T]he constitutional polity

beiden Ländern definitiv unterschiedlich, und dieser Unterscheid ist, bei der Vergleichung der freiheits-relevanten Verfassungsvorschriften in den USA und Deutschland, klar ersichtlich.

In Deutschland, nach Art. 2 Abs. 1 des Grundgesetzes, hat „jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt."[97] Aber in den USA, nach den 5. und 14. Zusatzartikeln der US-Amerikanischen Verfassung, darf der Staat keine „Gesetze erlassen oder durchführen, die die Vorrechte oder Freiheit von Bürgern […] beschränken."[98]

In Deutschland, darf man seine Freiheit ausüben, aber mit dieser Ausübung kommt auch einen Pflicht, in die Freiheiten von anderen nicht einzugreifen. In den USA, hat jeder individuelle Freiheit, in die der Staat nicht eingreifen darf, und sie erzeugen auch keine besonderen Gesellschaftspflichten.[99]

Die Literatur behauptet, dass dieser Fokus der amerikanischen Verfassung auf die Freiheit jeder Person aus bestimmten Hauptcharakteristiken der amerikanischen Geschichte und Gesellschaft: „Libertarismus, Utilitarismus, und Liberalismus" stammt.[100] Als validierender Grund dafür, wird in der amerikanischen Literatur des Naturrechts argumentiert, dass es während der Gründung der Vereinigten Staaten gedacht wurde, dass die natürliche Freiheit des Einzelnen die Freiheit (und, daher, die Gleichheit) jedes anderen auch garantiert.[101]

---

envisioned by the *Grundgesetz* is one where a person's individuality and dignity are to be guaranteed and nourished, but with a sense of solidarity and social responsibility. Instead of a collection of atomistic individuals, people are to be connected to one another. Individual choice is bounded by community, civility norms, and a sense of responsibility.").

[97] Art. 2 Abs. 1 GG.

[98] Zusatzartikeln V und XIV, U.S. Verfassung.

[99] *Kumm*, German L. J. 2006, 341, 346-349.

[100] *Blau und Moncada*, S. 45 („[T]he Constitution rests on some unstated assumptions that are deeply buried in American society and public life. These are: first, libertarianism – a commitment to fair processes rather than substantive justice […], second, utilitarianism – a commitment to maximizing future returns […]; and, third, liberalism – a commitment to individual autonomy and voluntarism. The consequences of these American biases, as evident in institutions as well as in American culture, are that individuals do not have a sense of duty or responsibility to society.").

[101] *Hamburger*, Yale L.J. 1993, 907, 927-928 („In the sense of a physical freedom, natural liberty was an individual's freedom or power to do as he or she pleased, without subordination or subjection to others. […] Yet, if all individuals in the state of nature were equally free from subordination to one another then…none has a moral right to exercise his liberty in a way that infringed the equal freedom of another person."). Dieses Konzept ist nicht nur amerikanisch: diese Idee, dass Freiheit von jedem (besonders freie Wettbewerbschancen) echte Gleichheit in der Gesellschaft bringt, wird auch in der deutschen naturrechtlichen Literatur gefunden. *Schaefer*, Der Staat 2009, 215, 218 („Die Staats- und Rechtstheorie des Ordoliberalismus orientiert sich an

Im verfassungsrechtlichen Sinn, müssen Freiheit, Gleichheit, Menschenwürde eine Entweder-Oder-Sache sein? Muss Menschenwürde immer am höchsten im Rang dieser Grundlage sein? Die Rechtswissenschaftlerin Susanne Baer argumentiert, dass diese Grundlagen oft als „Pyramide," ohne echtes Gleichgewicht, gestellt werden, zum Nachteil der Grundlage, die als weniger wichtig angesehen werden.[102] Baer schlug vor, ein dreieckiges Rahmenwerk der Grundrechte umzufassen, jedes mit gleichem Gewicht.[103] Diese Grundlage, nach Baer, sollen holistisch, statt isoliert, in Bezug mit einander analysiert werden, um zu vermeiden, dass eine die andere überwältigt.[104] Nur dadurch, erklärt Baer, wäre es möglich, „ein ganzes Sortiment der Grundrechte […] durch ein einzigartiges Verständnis von Menschenwürde," zu verstehen.[105] Baers Muster von Grundrechtsanerkennung wäre aber, ohne das Konzept der Menschenwürde, das in der US-amerkanischen Verfassung fehlt, unmöglich umzusetzen.[106] Die Unantastbarkeit der Menschenwürde im deutschen Grundgesetz begrundet im deutschen Recht eine besondere Verpflichtung, der Schutz aller Grundrechte auf der höchsten Priorität zu stellen.

---

naturrechtlichen Vorstellungen. Ein wichtiger *modus vivendi* des Menschen sei die Konkurrenzsituation. Wettbewerb sei, in Immanuel Kants Diktion, das naturgegebene allgemeine Gesetz der Freiheit, unter dem die Willkür des einen mit der Willkür des anderen vereinigt werden kann.").

[102] *Baer*, U. Toronto L.J. 2009, 417, 430 (There is "an infatuation with prioritizing dignity over other fundamental rights, effectively forming a pyramid […] that has derailed the project of a more satisfying protection of fundamental rights.").

[103] *Baer*, U. Toronto L.J. 2009, 417, 418 ("I propose that all three rights [liberty, equality, and human dignity] need to be framed in a triangle, […] [because] each right profits from being seen in the light of the other two.").

[104] *Baer*, U. Toronto L.J. 2009, 417, 418 ("In the absence of a coherent concept of the relationships among our fundamental rights, dignity, liberty, and equality tend to be looked at in isolation, and they are interpreted in unsatisfying ways.").

[105] *Baer*, U. Toronto L.J. 2009, 417, 421 (This "holistic approach…calls for recognition of a whole array of fundament rights, rather than perceiving a single right as an interest to be shielded from by eventually colliding with the rest. […] [L]iberty and equality do not necessarily conflict but may coexist peacefully if they are properly understood. Both should be informed by a specific understanding of dignity, just as our concept of dignity should be informed by each of them.").

[106] Es wurde in der Literatur argumentiert, dass Menschenwürde als leitendes Konzept der Grundrechte in der Vereinigten Staaten etwa fremd sei. Die amerikanische Völkerrechtswissenschaftlerin Mary Ann Glendon beschrieb, wie die globale Diskussion über die Allgemeine Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen von 1948 in der 1970er mehr „amerikanisch" geworden sei. Sie schrieb, es gäbe eine „nearly universal habit of reading the Declaration in the way that Americans read the Bill of rights, that is, a string of essentially separate guarantees. Its dignity-based language of rights began to be displaced by the more simplistic kinds of rights talk that were then making the rounds in the United States […] rights envisioned without individual or social responsibilities; one's favorite rights touted as absolute while the others ignored; the rights-bearer imagined as a radically autonomous and self-sufficient[.]" *Glendon*, Am. J. Juris. 1999, 1, 8.

C. Grundrechtsadressaten nach deutschem Recht

Nach dem deutschen Grundgesetz, wer wird an Grundrechte gebunden? Es ist klar, dass der Staat Grundrechtsadressat ist. Aber können auch Private rechtlich verpflichtet sein, Grundrechte von anderen Privaten zu schützen?

I. Der Staat als Grundrechtsadressat

In Deutschland hat der Staat, als „eine Institution, die darauf spezialisiert ist, innerhalb eines bestimmten Territoriums politische Herrschaft auszuüben,“[107] die Macht und die Pflicht, die Grundrechte der Bevölkerung zu schützen.[108] In diesem Kontext, besteht die Ausübung der politischen Herrschaft aus drei Bestandteilen, in jedem Grundrechten geschützt werden müssen: (1) Entscheidungskompetenz,[109] (2) Organisationsmacht,[110] und (3) Legitimationsfähigkeit.[111] Nach dem Konzept des Rechtsstaats, muss die Ausübung jedes dieser Bestandteile der politischen Herrschaft eine rechtliche Grundlage haben und rechtmäßig sein.[112]

Als Teil der Ausübung seiner staatlichen Macht, sind die deutsche „Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, und Rechtsprechung“ an alle Grundrechte,

---

[107] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 431.
[108] *Eichenhofer*, Sozialer Fortschritt, 1, 2 („Der Staat ist […] als Rechtsstaat dazu aufgerufen, die individuellen Rechte des Einzelnen gesetzlich vorherbestimmen zu sichern und bei Übergriffen auf die Rechtssphäre des Einzelnen Strafen, Abwehrreaktionen, Ausgleichszahlungen und polizeiliche Sicherungsmaßnahmen zu ergreifen.“).
[109] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 431-32 („die Fähigkeit, erstens, kollektiv-verbindliche Entscheidungen zu treffen“).
[110] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 432 („diese Entscheidungen, zweitens, mit geeigneten organisatorischen Mitteln umzusetzen“).
[111] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 432 („sie, drittens, normative soweit rechtfertigen zu können, dass sie auf ein hohes Maß an freiwilliger Befolgung durch die Herrschaftsunterworfenen treffen“).
[112] *Eberle*, Oregon Rev. Int’l L. 2008, 1, 47 (“[T]he state in its execution of power is to act rationally, neutrally, and equally, meaning at least that actions must apply generally to all and not single out particular people; that state actions and legal measures must have a legal basis and discernable content and provide fair notice; and that these actions must also be proportional to the ends they seek. […] Through these ideas, the *Rechtsstaat* places discernable limits on state restriction of human dignity.”). Als spezifisches Beispiel dieses Konzepts, “Verwaltungshandlungen muss für den Bürger vorhersehbar und messbar oder mit anderen Worten inhaltlich Bestimmt sein. Dies ist unmittelbare Folge des grundgesetzlichen Rechtsstaatsprinzips[.]“ *Detterbeck*, § 6, Rn. 227.

die im Grundgesetz katalogisiert sind, gebunden.[113] Das heißt, dass Staatsorgane[114] Grundrechte durch Maßnahme der öffentlichen Gewalt systematisch schützen müssen, oder „das spannungsreiche Verhältnis von Freiheit, Gleichheit, und zahlreichen weiteren individuellen und überindividuellen Belangen verfassungskonform und politisch angemessen auszugestalten.“[115] Der Staat darf diese Grundsätze auch nicht verletzen.[116]

Nach der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts, darf die Ausübung der staatlichen Macht keine nicht-gerechtfertigten Eingriffe im Schutzbereich der Grundrechte verursachen.[117] Solche Eingriffe können geschehen, wenn eine Person sich, wegen der Anwendbarkeit eines „auf ihn angewendeten Gesetzes,“ das er „für verfassungswidrig hält,“ rechtlich verletzt fühlt.[118] In dieser Situation hat eine Person, in deren Rechte eingegriffen werden, eine Anspruch auf rechtliche Hilfsmittel nach dem Grundgesetz.[119]

Dieses Konzept, dass nur der Staat Grundrechtsadressat sein kann, ist auch in anderen Rechtssystemen zu finden. In den Vereinigten Staaten, aufgrund des 14. Zusatzartikels der US-amerikanischen Verfassung, darf der Staat kein Gesetz erlassen oder vollstrecken, das die Grundrechte der Bürgern verkürzt.[120] Unter der sogenannten Staathandlungsdoktrin (*State Action Doctrine*), bindet das 14. Zusatzartikel nur staatliche Einheiten, und bietet keinen Schutz gegen diskriminierende Handlungen von anderen Privater.[121]

---

[113] Art 1, Abs. 3. GG.
[114] *Bommarius*, German L.J. 2011, 1879, 1881 (In the Basic Law, basic rights “are formulated as specific entitlements” that are “binding for the judicial, the executive, and the legislative branches.”).
[115] *Gusy:* Grundrechtsmonitoring, Der Staat 2008, 511, 511 (“Alle Zweige der Staatsgewalt sind berufen, auszugestalten.“).
[116] *Ipsen*: Geschützte Rechtsgüter, JZ 1997, 473, 474.
[117] *Ipsen*: Staatsrecht, § 3, Rn. 136.
[118] Lindemann, ZRP 1999, 200, 200.
[119] “Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“ Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG.
[120] Zusatsartikel XIV, Abs. 1, Satz 2, U.S. Verfassung („No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”).
[121] American Jurisprudence 2d, Bd. 15 Civil Rights, Generally - § 5 („[T]he Amendment itself erects no shield against merely private conduct, however discriminatory or wrongful.”); siehe auch *Barak-Erez*, Syracuse L. Rev. 1995, 1169, 1171 (As established by the Supreme Court of the United States, “government actions are subject to the civil rights guaranteed by the Constitution,” which, under what is known as the state action doctrine, is “one of the basic assumptions of American constitutional law.”).

Es wurde in der Literatur des US-amerikanischen Verfassungsrechts argumentiert, dass die Staathandlungsdoktrin vielleicht abgeschafft werden soll,[122] trotz der Anerkennung, dass diese Doktrin die amerikanische Beziehung zwischen Bürger und der Regierung gut reflektiert.[123] Nach diesem Abschaffungsargument, aufgrund der Anwendung der Staathandlungsdoktrin, verfassungsrechtliche Fragen seien fälscherweise auf Handlungen des Staats fokussiert, statt auf der staatlichen Pflicht zu gewährleisten, dass die Grundrechte von jedem Mensch geschützt werden.[124]

II. Private als Grundrechtsadressaten

Nach dem Grundgesetz ist nur der Staat, und nicht jedermann, gebunden, Grundrechte zu schützen.[125] Nach dem Erlass des Grundgesetzes wurde es versucht, ohne Erfolg, Private wie Arbeitgeber als Grundrechtsadressaten zu etablieren.[126] Es wurde aber festgestellt, dass, unter Einhaltung des Grundprinzips der Privatautonomie der Handlung zwischen Privatrechtssubjekte, nur der Staat an Grundrechte gebunden sein kann.[127]

III. Drittwirkung der Grundrechte im Privatrecht

Es wurde in der Literatur „seit langem anerkannt, dass die Grundrechte in das Privatrecht – wie in andere Rechtsgebiete – hineinwirken."[128]

---

[122] *Tushnet*, in: Balkin/Siegel (Hrsg.), The Constitution in 2020, S. 69, 77 („The state-action doctrine is profoundly misleading, distracting us from paying attention to what truly matters. It should be abandoned[.]").
[123] *Tushnet*, in: Balkin/Siegel (Hrsg.), The Constitution in 2020, S. 69, 74 ("The state-action doctrine […] appeals to a vaguely libertarian sense that Americans have about the proper relationship between them and their government. By saying that the Constitution applies only to governments, and not to private businesses and ordinary Americans, the doctrine seems to send the message that there's a doctrine of freedom into which the Constitution doesn't reach.").
[124] *Tushnet*, in: Balkin/Siegel (Hrsg.), The Constitution in 2020, S. 69, 74 („The state-action doctrine […] contributes nothing but obfuscation to constitutional analysis. It substitutes an inquiry into the status of some legal entity for an examination of that entity's substantive constitutional rights, or for an examination of whether a state legislature or Congress has a constitutional duty to protect somebody's interests[.]").
[125] Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 1 Abs. 3 GG. Siehe auch *Canaris*, ACP 1984, 201, 203-204.
[126] *Ipsen*: Staatsrecht, § 2, Rn. 68 ("In den ersten Jahren nach Inkrafttreten des Grundgesetzes hat es Versuche gegeben, die Geltung der Grundrecht auf die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu erweitern, weil hier eine dem Verhältnis von Bürger und Staat vergleichbare soziale Mächtigkeit zu bestehen schien.").
[127] *Ipsen*: Staatsrecht, § 2, Rn. 69.
[128] *Ipsen*: Staatsrecht, § 2, Rn. 70.

Dadurch könnte es eigentlich argumentiert werden, dass, weil das Recht „grundsätzlich eine gesellschaftliche Funktion erfüllt,“[129] der Schutz der Grundrechte auch als Pflicht für Private angesehen werden soll. Die Ausweitung dieser Pflicht könnte in einer modernen Gesellschaft sogar erforderlich sein, weil Private, besonders große Unternehmen, immer mächtiger werden und die Bedrohung menschlicher Grundrechte bewirken können.[130]

Nach der Theorie der Drittwirkung, die auch Horizontalwirkung der Grundrechte in der rechtswissenschaftlichen Literatur genannt,[131] sind Grundrechte und die Normen des Privatrechts verbunden: jede Art von Norm beeinflusst die andere[132] und wird durch die andere Normarten „konkretisiert.“[133] Dieses Konzept wird in der Literatur auch als „Ausstrahlung“ der Grundrechte charakterisiert: Grundrechte stellen bestimmte rechtliche Werte dar, die durch das Rechtssystem ausstrahlen, um die Grundlage des Privatrechts zu formulieren.[134]

Zwei verschiedene Theorien der Drittwirkung der Grundrechte wurden in der Literatur diskutiert: unmittelbar und mittelbar.

---

[129] *Rödl*, Indiana J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1016 (There is a view, shared by many legal scholars, “that law fulfills an essentially societal function.”).
[130] *Rödl*, Indiana J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1024 (“In the twentieth century, threats to fundamental rights no longer emanated from the state alone, but precisely from powerful private parties or bearers of societal power, which usually means incorporate companies and associations.”).
[131] *Rödl*, Indiana J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1016; *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 350.
[132] *Eberle*, 10 Oregon Rev. Int’l L. 2008, 1, 5 (Under the Third Party Effect (*Drittwirkung*), “the norms of the Grundgesetz enter into and influence the norms of private law, as the norms of private law can do the same with respect to constitutional law.”).
[133] *Classen*, AöR 1997, 65, 70 (“Prinzipielle sind daher alle zivilrechtlichen Normen zur Verwirklichung der Grundrechte aufgefordert: keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zum grundrechtlichen Wertsystem stehen.“); siehe auch *Rödl*, Indiana. J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1020 (“Of course, the notion that the orders of fundamental rights and private law are logically independent is wrong. Instead, there is a logical dependence between the two; one rests on the other. There are two possibilities: Either the order of fundamental rights is basic to the order of private law, or the order of private law is basic to the order of fundamental rights.”).
[134] *Rödl*, Indiana. J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1024 (“Fundamental rights have effects as values and, as such, provide orientation for the formation of concepts in private law.”); *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 350 (“Constitutional rights norms ‘radiate’ into all areas of the legal system.”).

1. Unmittelbare Drittwirkung

Nach der Theorie der unmittelbaren Drittwirkung haben Grundrechte direkte Anwendbarkeit auf die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten.[135] Das bedeutet im praktischen Sinn, dass Adressaten der Grundrechte nicht nur der Staat, sondern auch Private sind, weil Grundrechte eine „herkömmliche Funktion als Eingriffsverbote bzw. Abwehrrechte“ haben.[136]

Diese Theorie wird als ungültig im deutschen Recht kritisiert. Diese Kritik konzentriert sich meistens auf die Auslegung des Grundgesetzes: nach seinem Wortlaut kann es nicht bestritten werden, dass „die Grundrechte grundsätzlich nur den Statt und nicht auch die Privatrechtssubjekte verpflichten.“[137] Bei einer systematischen Auslegung des Grundgesetzes ist es auch klar, dass die Gesetzvorbehalte „unzweifelhaft an den Staat“ gerichtet sind, und, dass keine Regelung der „Einschränkbarkeit der Grundrechte durch Privatrechtssubjekte“ im Grundgesetz steht.[138]

2. Mittelbare Drittwirkung

Nach der Theorie der mittelbaren Drittwirkung werden Grundrechte als Leitlinien der Auswirkung der Rechtsbeziehungen zwischen Privaten verstanden.[139] Dieses Prinzip gilt im deutschen Recht durch den Erlass von Gesetzen,[140] indem die „objektive Gewährleistungsgehalt des Grundrechts […] ein Programm oder sogar Auftrag und Direktive für den Gesetzgeber sein (kann).“[141]

---

[135] *Engle*, Hanse L. Rev. 2009, 165, 165 (“Horizontal direct effect is the application of public law rules to directly effect (sic.) legal relations between private individuals in their relations with other private law persons.”).
[136] *Canaris*, AcP 1984, 201, 202. Dieses Konzept wird, zum Beispiel, „im rechtsgeschäftlichen Bereich zu gesetzlichen Verboten im Sinne von § 134 BGB und im deliktischen Bereich zu absoluten Rechten im Sinne von § 823 I oder zu Schutzgesetzen im Sinne von § 823 II BGB“ gesehen. *Canaris*, AcP 1984, 201, 202.
[137] *Canaris*, AcP 1984, 201, 203.
[138] *Canaris*, AcP 1984, 201, 204.
[139] *Engle*, Hanse L. Rev. 2009, 165, 166 (“When a public law right is used as an interpretive guide to determining private law relations among individuals inter se the public law rule is said to be given indirect horizontal effect.”).
[140] *Classen*, AöR 1997, 65, 105 („Die Bindung der Privaten an die Grundrechte wird allerdings nicht durch die Grundrechte selbst bewirkt, sondern durch das einfache Gesetzesrecht.“).
[141] *Badura*: Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts, S. 275, 286.

Nach diesem Prinzip, es gibt „eine kodifikatorische Wirkung der Grundrechte für die Rechtsordnung, auch für das Privatrecht."[142]

In seinem Urteil im Fall *Lüth* (1958) hat das Bundesverfassungsgericht festgestellt, dass, „[o]hne Zweifel, die Grundrechte in erster Linie dazu bestimmt [sind], die Freiheitssphäre des einzelnen vor Eingriffen der öffentlichen Gewalt zu sichern."[143] Mit *Lüth* hat das Bundesverfassungsgericht aber auch festgelegt, dass die Grundrechte ein „Wertsystem" erstellen, und, dass das Wertsystem auch „selbstverständlich […] das bürgerliche Recht" beeinflusst.[144] Als Ergebnis, „[d]er Rechtsgehalt der Grundrechte als objektive Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften."[145]

Dieses Urteil, das als eines der wichtigsten Urteile in der Geschichte des Bundesverfassungsgerichts in der Literatur charakterisiert wurde,[146] hat für den Staat weitreichende Implikationen. Es verlangt nicht nur, dass Gerichte, bei der Auslegung des Rechts auf Grundrechte achten. Die Gesetzgeber sind auch verpflichtet, Grundrechte beim Erlass privatrechtlicher Gesetze zu berücksichtigen[147] und die „Wahrnehmung" von Grundrechte nicht zu

---

[142] *Badura*: Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts, S. 275, 286-287.
[143] BVerfG Urteil von 15.01.1958 (Lüth), 1 BvR/400/15, Rn. 25.
[144] BVerfG Urteil von 15.01.1958 (Lüth), 1 BvR/400/15, Rn. 26.
[145] BVerfG Urteil von 15.01.1958 (Lüth), 1 BvR/400/15, Rn. 27.
[146] *Hailbronner*, S. 60 ("*Lüth* is rightfully remembered as one of the, if not the most important decision of the German [Constitutional] Court of all time. With *Lüth*, the Court marked its departure from a classical liberal understanding of rights as mere protections of certain spheres of private life against governmental intervention and of private law as a mere framework to settle conflicts between private individuals. It converted constitutional law into a fundamental matrix of the whole legal system and thus enabled the jurisprudential development of government duties to protect the Basic Law's values ("*Schutzpflichten*").").
[147] *Classen*, AöR 1997, 65, 70 ("Prinzipielle sind daher alle zivilrechtlichen Normen zur Verwirklichung der Grundrechte aufgefordert: keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf im Widerspruch zum grundrechtlichen Wertsystem stehen."); *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 357 ("Even though constitutional rights are not directly horizontally effective, constitutional liberty interests are not just relevant for the interpretation of the law by the court. They also need to be taken into account by legislatures enacting private law.").

„verhindern."[148] Nach der *Lüth*-Entscheidung, es kommt nicht mehr in Frage, dass „Grundrechte […] auch die objektive Schutzpflichten-dimension enthalten."[149]

Dieser Art von Drittwirkung macht Sinn, besonders in einem Land wie Deutschland, in dem „systematische, komplette, rationale Gedanke geschätzt werden."[150] Wenn privatrechtliche Gesetze gemäß dem verfassungsrechtlichen, objektiven Wertsystem wie öffentliche Gesetze erlassen werden, gibt es Kontinuität und Integrität im ganzen Rechtsystem.[151]

D. Der Leistung öffentlicher Aufgaben

In einem modernen Staat, es gibt einige bestimmte Aufgaben, die zum Wohl der Bevölkerung geleistet werden müssen. Aber wer soll diese Aufgaben leisten? Für welche Aufgaben ist der Staat auf jeden Fall verantwortlich? Gibt es Aufgaben, die im öffentlichen Interesse geleistet werden müssen und von nicht-staatlichen Einheiten geleistet werden können?

I. Grundlage staatlicher Aufgaben

In Deutschland, die staatliche Leistung besonderer Aufgaben kam erst im 19. Jahrhundert auf, als ein zentraler Nationalstaat gegründet wurde und in Größe

---

[148] *Classen*, AöR 1997, 65, 72 („In der *Lüth*-Entscheidung war nämlich die Bedeutung der Grundrechte als Freiheitsrechte und damit als Unterlassungsansprüche trotz allem noch recht einfach zu greifen, da der angegriffenen Rechtsakt tatsächlich den Beschwerdeführer Lüth unmittelbar daran hinderte, ein absolutes, natürliches Freiheitsgrundrecht wahrzunehmen."). Dieser Artikel von Classen enthält einen ausgezeichneten, erschöpfenden Katalog der Entscheidungen (bis 1997) der Bundesverfassungsgericht, die die Einwirkungen der Drittwirkung auf Grundrechte definieren. *Classen*, AöR 1997, 65, 89-98.

[149] *Vosgerau*, AöR 2008, 346, 348.

[150] *Eberle*, Oregon Rev. Int'l L. 2008, 1, 43 ("The idea of Reciprocal Effect Theory reflects, again, the German approach to systematic, complete, rational thought."); *Engle*, Hanse L. Rev. 2009, 165, 166 ("Rights which are given *Drittwirkung* are constitutive of the general legal order (i.e., the economic constitution); they are rights which must be generally observed and maybe used by the judge as interpretive guides to the private rights and duties of individuals.").

[151] *Eberle*, Oregon Rev. Int'l L. 2008, 1, 43 ("Public law and private law fit together smoothly as a part of an integrated system of law, breaking down the historical dichotomy between public and private law. There are positive consequences for private law here. As part of a whole legal system, private law is vested with integrity and durability, especially through the influence of the objective value order."). Es wurde auch in der Literatur behauptet, das Privatrecht als Grundlage der Grundrechten angesehen werden könnten, und dass, ohne privatrechtliche Normen, hätte es keine Grundrechte als sonst geben können. *Rödl*, Indiana. J. Global L. Stud. 2013, 1015, 1021 („[P]rivate law is basic to fundamental rights. […] [In many] cases, it seems clear that fundamental right[s] would not be so understandable without the articulations of private law.").

und Macht wuchs.[152] Zur gleichen Zeit wuchsen Urbanisierung und Industrialisierung in Deutschland.

Diese Entwicklung bedeutete, dass der deutsche Staat wie nie zuvor verantwortlich war, nicht nur die notwendige Infrastruktur einer modernen, wettbewerbsfähigen Gesellschaft aufzubauen, sondern auch wichtige soziale Dienstleistungen für die Bevölkerung anzubieten.[153]

1. Staatliche Aufgaben im Grundgesetz

Heutzutage findet man die Grundlage von staatlichen Aufgaben im deutschen Grundgesetz. Nach Artikel 30, sind die Länder für „die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben" verantwortlich.[154] In Artikel 33 steht, dass „die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse" von „Angehörigen des öffentlichen Dienstes, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis stehen" geleistet werden muss.[155]

Obwohl staatliche Aufgaben als allgemeines Konzept im deutschen Grundgesetz vorliegen, es wurde beobachtet, dass, „[d]as Grundgesetz […] weder einen Aufgabenkatalog noch ein ausdrückliche Aufgabenhierarchie, keine Kernbereich notwendiger Staatsaufgaben oder eine Benennung von Staatszwecken" kennt.[156]

Trotz dieser Beobachtung, gibt es auch Beispiele im Grundgesetz von spezifischen Aufgaben, wofür der Staat die Verantwortung tragen muss. Zum Beispiel, nach Artikel 6: „Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung" ;"[157] entsprechend haben Mütter „Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft."[158]

---

[152] *Langewiesche*, HZ 1989, 621, 621-622.
[153] *Langewiesche*, HZ 1989, 621, 633 („[M]it dem Prozess der Urbanisierung der deutschen Gesellschaft, [wurde] die städtische Daseinsvorsorge vor neue Aufgaben gestellt[.] Das reichte vom Sozial- und Gesundheitswesen über das innerstädtische Verkehrsnetz und die Bebauungsplanung bis zu den städtischen Gemeinwirtschaftsbetrieben wie Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerken[.]").
[154] Art. 30 GG.
[155] Art. 33 Abs. 4 GG.
[156] *Gramm*, S. 41-42.
[157] Art. 6 Abs. 1 GG.
[158] Art. 6 Abs. 4 GG.

Eine genaue staatliche Aufgabe liegt auch im Artikel 20a Grundgesetz vor: „Der Staat schützt auch in Verantwortung für die künftigen Generationen die natürlichen Lebensgrundlagen und die Tiere im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung durch die Gesetzgebung und nach Maßgabe von Gesetz und Recht durch die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung."[159]

2. Eine genauere Definition der staatlichen Aufgaben

Gibt es eine genauere Definition der „staatliche Aufgaben", die mit Klarheit festlegt, wofür nur der Staat tatsächlich verantwortlich ist und sein kann? Zum Beispiel, könnten staatliche Aufgaben alle Aufgaben sein, die die dauernde Produktion, Verfügbarkeit, und Sicherheit von öffentlichen Güter ermöglichen?

Altvater definierte öffentliche Güter als die, die „unverzichtbar für die Gewährleistung menschlicher Sicherheit." sind.[160] Altvater teilte diese Güter in den folgenden Kategorien ein:

- „die Sicherung der natürlichen Lebensbedingungen (saubere Luft, Wasser, Biodiversität, öffentliche, soziale, menschliche Sicherheit),
- das kulturelle Erbe (Künste, Architektur, Bräuche etc.),
- die Daseinsvorsorge (Bildung, Gesundheit, Wissen etc.) sowie die Bereitstellung und Erhaltung einer materiellen Infrastruktur (Verkehrswege, Telekommunikation etc.) und
- eines immateriellen Systems von Regeln und Institutionen (für den Welthandel, das Finanzsystem, die öffentliche Sicherheit in der lokalen

[159] Art. 20a GG. Die Leistung des Umweltschutzes als staatliche Aufgabe wirft eine schwierige Lage für den Staat auf. „[I]n der Umweltschutzpolitik [ist] Steuerung erforderlich, weil die primär Handelnden sich nicht per se umweltgerecht verhalten. Die Durchführung von Umweltschutz verstößt gegen ihre privaten und ökonomischen Interessen, dass sie von ihnen Zusätzliches abverlangt. In gesamten Politikbereich und im Rechtsgebiet Umweltschutz muss man deshalb mit Widerstand und Verweigerungsstrategien der primär Handelnden rechnen." *Wahl*, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 260, 260.

[160] *Altvater*, Peripherie 2003, 171, 186. „Bei der Herstellung von menschlicher Sicherheit geht es um die Beseitigung von vermeidbaren Unsicherheiten, die Menschen daran hindern, ein selbstbestimmtes Leben zu führen und sich zu kollektiven Handeln zusammen zu finden, um die Zukunft zu gestalten." *Altvater*, Peripherie 2003, 171, 174; siehe auch *Enders*, Der Staat 1996, 351, 352 („Grundrechtsfunktion die Verpflichtung des Staates auf Schutzvorkehrungen zugunsten der heute grundrechtsbewehrten Lebens- und Freiheitsgüter her. Denn die Sicherheit seiner Bürger zu gewährleisten, bleibe, obzwar mittlerweile rechtsstaatlich eingebunden und sozialstaatlich überformt, die ursprüngliche Aufgabe und Rechtfertigung des Staates.").

Gemeinde ebenso wie in den internationalen und globalen Beziehungen).“[161]

II. Unterschied zwischen staatlicher Aufgaben und öffentlicher Aufgaben

In der Literatur der Privatisierung wird es große Mühe geben, einen Unterschied zwischen „staatlichen“ Aufgaben und „öffentlichen“ Aufgaben festzustellen. Die Feststellung dieses Unterschieds ist wichtig, denn „[d]ie unscharfe Unterscheidung von Staatsaufgabe und öffentlicher Aufgabe verwischt zudem die für die Rechtsfrage der Privatisierung maßgebliche Trennung zwischen der rechtsgebundenen, insbes. grundrechtsverpflichteten öffentlichen Gewalt und der grundrechtsberechtigten Gesellschaft.“[162]

Im Allgemeinen sind „staatliche“ Aufgaben die, die der Staat „unbedingt erfüllen [muss], um seinem Charakter als Staat gerecht zu werden.“[163] Sie werden vom Staat begründet und „erfassen alle Sachbereiche, die der Staat sich selbst zulässigerweise zur Aufgabe macht.“[164]

Es könnte sogar argumentiert werden, dass staatliche Aufgaben eine politische, statt einer rechtlichen Eigenschaft haben, weil sie durch „politische Zielsetzung“ formuliert werden.[165] Der Katalog der staatlichen Aufgaben in einem Sozialstaat wie Deutschland enthält, zum Beispiel, „kollektive Sicherheit,“[166] Schutz der „Modernisierungsverlierer,“ die Vermeidung der Armut „durch Gewährung des Existenzminimums,“ „Chancengleichheit […] durch Zugang zu Bildungseinrichtungen,“ und „demokratische Beteiligung.“[167]

---

[161] *Altvater*, Peripherie 2003, 171, 171.
[162] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 247 n. 154.
[163] *Gramm*, S. 25; siehe auch *Lämmerzahl*, S. 122 („Entscheidendes Abgrenzungsmerkmal des Staates gegenüber der Gesellschaft stellt seine Souveränität vor. […] [D]ie aus der Sicherung der staatlichen Souveränität fließenden Aufgaben [könnten] einen Ansatzpunkt für die Bestimmung einen genuin staatlichen Aufgabenkreises gemacht werden.“).
[164] *Korioth*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV, GG Art. 30 Rn. 7.
[165] *Kißler*: in Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 57, 60.
[166] Dieses Konzept wird auch „Innere Sicherheit“ in der Literatur genannt, und wird als „die Wahrung der durch Verfassung und Gesetz strukturierten Ordnung“ definiert. *Erbguth/Mann/Schubert*, § 12, Rn. 395.
[167] *Kißler,* in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 57, 63.

In der Literatur gibt es zwei allgemeine Kategorien der staatlichen Aufgaben: „Kernaufgaben, die von öffentlichen Einrichtungen gewährleistet und selbst vollzogen werden müssen“ und, „Gewährleistungsaufgaben, deren dauerhafte Erbringung der Staat zu gewährleisten hat, die prinzipiell aber von Privaten vollzogen werden können.“[168]

Anderseits haben „öffentliche“ Aufgaben weniger mit dem Aufgabenträger zu tun, sondern mehr mit dem Art der Aufgaben selbst: Sie werden als „die, deren Erfüllung – durch wen auch immer – im öffentlichen Interesse liegt“ verstanden.[169] Öffentliche Aufgaben können von Einheiten des öffentlichen Rechts, beziehungsweise von juristischen Personen des Privatrechts oder von natürlichen Personen, geleistet werden.[170]

Es wird in der Literatur auf jedem Fall anerkannt, dass staatliche Aufgaben zu der Familie der öffentlichen Aufgaben gehören.[171]

E. Privatisierung

In einem Rechtsstaat, um der „Ordnung des Zusammenlebens von Personen“ zu dienen, werden Aufgaben an staatlichen Aufgabenträger verteilt.[172] Aufgabenträger ist „wer dafür einstehen soll, dass eine Aufgabe erfüllt wird.“[173]

Wenn ein Privater Aufgabenträger ist und ihm die Leistung solcher Aufgaben auftragen wird, dann redet man über „Privatisierung.“ Nach Di Fabio, sei Privatisierung mit „Entstaatlichung“ zu vergleichen: „Wechsel vom öffentlichen Sonderrecht zu Privatrecht, Übergang von staatlicher Hoheitsgewalt auf gesellschaftliche Freiheit, […] Rückgabe staatlich verwalteter Bereiche an die freie, in den Bahnen des Privatrechts organisierte Gesellschaft.“[174]

---

[168] *Kißler*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 57, 61.
[169] *Korioth*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV, GG Art. 30 Rn. 14.
[170] *Korioth*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV, GG Art. 30 Rn. 14.
[171] *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 587 (“Die Staatsaufgabe (Art. 30 GG) ist eine öffentliche Aufgabe.“).
[172] *Korioth*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV, GG Art. 30 Rn. 7.
[173] *Korioth*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV, GG Art. 30 Rn. 7.
[174] *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 585.

In Deutschland, wie in anderen Ländern,[175] werden mehrere öffentliche Aufgaben durch Private geleistet. Es wird sogar argumentiert, dass „private Akteure von der Durchführung öffentlicher Organisationsaufgaben" in keinem Bereich mehr ausgeschlossen sind.[176]

In der Literatur mehrerer Sozialwissenschaften (Recht,[177] Politik, Wirtschaft, usw.) werden Privatisierungen von „konservativen Entscheidungsträgern, Akademikern, und öffentlichen Intellektuellen" gefördert.[178] Es gibt aber auch die Meinung, vor allem von denen, „die vor dem öffentlichen Sektor großen Respekt haben," dass Privatisierung der inhärenten Funktionen des Staates nicht im Fragen kommen soll.[179]

Wie funktioniert Privatisierung der öffentlichen Aufgaben genau? Ist Privatisierung immer gesetzlich zulässig, oder liegt eine bestimmte verfassungsrechtliche Grenze vor?

I. Gründe der Privatisierung

Privatisierung als Teil der Regierungsagenda wird auf mehreren Gründen verlangt, einschließlich „Ausschöpfung der finanziellen Ressourcen der öffentlichen Hände," „politische Unmöglichkeit einer weiteren Erhöhung der Staatsquote," und, „Rationalisierungs- bzw. Sparziele" der Regierung.[180]

---

[175] In den Vereinigten Staaten, zum Beispiel, Private leisten viele Aufgaben, die historische als rein „öffentlich" angesehen werden: Eisenbahnbetrieb, Energieversorgung, Ausbildung, und Schutz der Polizei und der Feuerwehr. *Barak-Erez*, Syracuse L. Rev. 1995, 1169, 1173-1177; siehe auch *Tiemann*, Der Staat 1977, 171, 177 („Die Reihe der Erfahrungen mit privaten Dienstleistungen reicht hier vom Telefon, Telegrammdienst, Fernsehen und Radiosendungen, Fluggesellschaften, Eisenbahnen und Universitäten in den USA[.]").

[176] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 439.

[177] Als Thema, wird Privatisierung in der deutschen Verfassungs- und Verwaltungsrecht extensiv behandelt. *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 415 („The commercial involvement of the state in private enterprise is a topic which has been dealt with extensively in the theory of constitutional and administrative law in Germany.").

[178] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1291 ("In the last two decades, privatization has been championed by conservative policymakers, academics, and public intellectuals[.]").

[179] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1294-1295 ("Ideological support for privatization is matched by a contrary ideological view that holds the public sector in high esteem. Adherents of this view are more likely to regard government as a force for progressive ideals. They would rule out privatization as a presumptive matter, at least for a subset of functions that go to the heart of what they see as the state's inherent responsibilities in a liberal democratic society.").

[180] *Gusy*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 330, 330-331.

Politiker sind von Privatisierungen sehr begeistert, weil diese Strategie „eine effizientere Erfüllung öffentlicher Aufgaben und damit eine verbesserte Bewirtschaftung öffentlicher Mittel“ anbieten kann.[181]

Manche öffentliche Aufgaben sind aus wirtschaftlichen Gründen privatisiert.[182] In der deutschen Bundeshaushaltsordnung (BHO) muss die Regierung prüfen, um „fiskalische Ziele“ zu treffen,[183] „inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung oder Privatisierung erfüllt werden können.“[184] Privatisierung der Leistung von staatlichen Aufgaben kann einen staatlichen Haushalt deutlich schlanker machen,[185] obwohl es nicht immer als sicher angenommen werden kann, dass der Staat durch Privatisierung Geld sparen wird.[186] Es darf aber von dem Staat nicht privatisiert werden, nur um staatlichen Gewinn zu maximieren.[187]

Privatisierung kann auch volkswirtschaftlich positiv sein. Es wird in der Literatur argumentiert, dass „eine optimale Allokation der Ressourcen einer Volkswirtschaft“ nur vorliegt, wenn, bei der „Bereitstellung unterschiedlicher

---

[181] *Vest*, ZögU 1998, 189, 200.
[182] *Beermann*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1737 (“Privatization may result in significant cost reduction and improved performance as compared to government agencies that lack strong incentive to perform well.). In den 21. Jahrhundert, es gibt für Staaten mehrere Anforderungen, die menschliche Sicherheit ihrer Bevölkerung zu schützen. Deswegen „lässt die öffentliche Armut ansteigen und befördert die Tendenz zur Privatisierung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsversorge.“ *Altvater*, Peripherie 2003, 171, 174.
[183] *Kämmerer*, JZ 1996, 1042, 1043.
[184] § 7, Abs. 1, Satz 2 Bundeshaushaltsordnung (BHO). Solche Wirtschaftsbedenken sind auch in den Bundesländern zu finden. Zum Beispiel, in Bayern hat der Staat eine ähnliche gesetzliche Anforderung: „Die Haushaltswirtschaft ist sparsam und wirtschaftlich zu planen und zu führen. Aufgaben sollen in geeigneten Fällen darauf hin untersucht werden, ob und in welchem Umfang sie durch nichtkommunale Stellen, insbesondere durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter, mindestens ebenso gut erledigt werden kann.“ Art. 61 Abs. 2 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern (GO).
[185] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S.237, 237 (“Das Modewort vom schlanken Staat scheint für viele Politiker das Patentrezept zu sein, um die überbordenden Staatsausgaben zu reduzieren.“).
[186] Wenn es um Kosten gibt, „[i]m Vordergrund der Betrachtung stehen danach die Transaktionskosten, welch auch die mittel- und langfristigen Steuerungs-, Überwachungs-, und Garantiekosten der Verwaltung einzubeziehen haben. Daraus resultiert eine vergleichsweise hohe Zahl von Variablen, welche zudem von Sachbereich zu Sachbereich überaus unterschiedlich sein kann[.]“ Gusy, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 330, 334.
[187] *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 416 (“The creation of commercial enterprises or taking up shares in companies by the state merely for sake of profit maximisation is inadmissible. In other words, profit maximisation is not sufficient justification to substantiate the commercial activities of the state.”).

Güter und Dienstleistungen“ eine „Verteilung der Ressourcen auf den staatlichen und auf den privaten Sektor gesucht wird.“[188]

Aus pragmatische Sicht ist Privatisierung ein sinnvolles Mittel, Effizienz zu steigen.[189] Steigende Effizienz kann durch mehrere Arten von der Privatisierung erreicht werden. Zum Beispiel, bietet die Privatisierung der Organisationsform mehr Organisationsflexibilität an.[190] In einigen Bereichen können Private, besonders die die im Bereich schon beschäftigt sind, viel effizienter als öffentliche Einrichtungen funktionieren: sie haben nicht nur wenige rechtliche Grenzen für die Bereitstellung ihrer Produkten und Serviceleistungen, sondern auch den Druck des Marktes.[191]

Solch ein pragmatischer Ansatz kann aber auch problematisch sein, besonders wenn die Mitglieder einer gefährdeten Bevölkerungsgruppe aus der Leistung der privatisierten Aufgaben Nutzen ziehen.[192] Im weiteren Sinne, könnte pragmatische Privatisierung wichtige rechtliche Prinzipien des demokratischen Rechtsstaats gefährden: „Rechenschaftspflicht, ordnungsgemäßes Verfahren, Gleichheit, Rationalität, usw.“[193] Deswegen können Politiker viel Ärger von den

---

[188] *Budäus*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 12, 18.

[189] *Minow*, Harv. L. Rev. 2003, 1229, 1242 (“[S]chooling, social services, prisons, and welfare provided by public bodies are often ineffective.”); *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1295-1301 (“From this pragmatic perspective, privatization is a means of improving productive efficiency; obtaining high-quality services at the lowest possible cost, thereby freeing up resources that might otherwise go to waste and allocating them elsewhere to help maximize welfare.”).

[190] *Vest*, ZögU 1998, 189, 191-193.

[191] *Beermann*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1718 (“Privatization is often thought of as a cure for many of the problems associated with government provision and procurement of goods or services, both because private entities are freed from restrictions placed only on government, and because private entities are subject to market discipline, which makes them better able to respond to changes in the social market.”); siehe auch *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1297 (“Agencies are not profit-maximizing entities disciplined by competition and the possibility of bankruptcy, and so will tend to be both less innovated and more wasteful.”); *Trebilcock und Iacobucci*, Harv. L. Rev. 2003, 1422, 1429 (“Private for-profit corporations are generally better able to provide goods and services at the lowest costs and prices. In addition, incentives to innovate in terms of product quality are typically much stronger in the private sectors. Moreover, private nonprofit corporations are also likely to out-perform government because of incentives provided by the risk of failure.”).

[192] *Freeman*, Harv. L. Rev. 1285, 2003, 1298 (“To the pragmatic privatizer…irrelevant are the vulnerability of the population being served, its exit options, and its political power.”).

[193] *Minow*, Harv. L. Rev. 2003, 1229, 1246 (“In turning to private actors to supply […] social services, […] and other programs to meet basic human needs, government may duck public obligations and rules[.] […] Rather than achieving increased efficiencies and improved options, then, the privatization risks reduced quality, unequal treatment, and outright corruption. Privatizes programs may balkanize communities, produce less visibility or public access, and result in less protection for members of minority groups.”); *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1301 (Opponents to pragmatic privatization “would also worry about privatization’s implications for

Bürgern kriegen, wenn Private zugeordnete öffentliche Aufgaben durch Eigeninteresse oder Unfähigkeit nicht zufriedenstellend leisten.[194]

II. Vorgang der Privatisierung

In der Literatur werden mehrere Vorgangsphasen der Privatisierung beschrieben: die Planungsphase, die Durchführungsphase, und die Aufsichtsphase.

1. Planungsphase

In der ersten, sogenannten „Planungsphase" wird gefragt, „ob und in welchem Umfang welche Spielart der Privatisierung rechtlich geboten oder zumindest zulässig ist[.]"[195]

2. Durchführungsphase

Nach der Planungsphase folgt die sogenannte „Durchführungsphase." Diese Phase wird vom Erlass eines formellen Gesetzes, um die Privatisierung der öffentlichen Aufgabe zu legitimieren, charakterisiert.[196] Normalerweise hat jedes Gesetz dieser Art Einzelfallcharakter, und ist inhaltlich auf das privatisierte Gewerbe konzentriert.[197] Diese Gesetze können die geschützte Grundrechte

what they regard as liberal democratic norms of accountability, due process, equality, rationality, and the like.").

[194] *Beerman*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1734 ("Elected officials may worry about the wrath of voters and other supporters if a privatized firm turns out to have advanced its own interest in profits at the expense of the public or the people the agency was supposed to serve, or if the privatized firm turns out to be just plain incompetent."); *Minow*, Harv. L. Rev. 2003, 1229, 1248 ("Voters may object if public dollars more visibly enhance the earnings of private investors than they palpably improve the quality of schools, prisons, or housing for the poor.").

[195] *Kämmerer*, JZ 1996, 1042, 1045.

[196] *Kämmerer*, JZ 1996, 1042, 1045.

[197] *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 412 („Existing privatisation legislation, e.g. the privatization of the railways and the postal services, focuses on the transformation of public enterprises on a case-by-case basis.").

detailliert beschreiben, wie im Postgesetz (Postgeheimnis)[198] und im Telekommunikationsgesetz (Diskriminierungsverbot).[199]

3. Aufsichtsphase

Nach dem Erlass des Gesetzes haben die staatlichen Verwaltungsbehörden, die verpflichtet sind, Gesetze durchzusetzen und Grundrechte zu schützen,[200] die Verantwortung sicherzustellen, dass die Privaten die privatisierten öffentlichen Aufgaben leisten.

In der Literatur wird diese Phase als wichtiger Teil des Privatisierungsfolgerechts eines Rechtsstaates charakterisiert,[201] und in vier Stufen geteilt: Erfüllungsverantwortung (Treffung des „Verwaltungsträgers die volle Einstandspflicht für die Aufgabenerledigung"),[202] Kontrollverantwortung (Erstellung der „Aufsichtsbeziehungen zwischen der Verwaltung und Privaten"),[203] Privatisierungsfolgenverantwortung (Rubrizierung der „Tatbestanden, die der Verwaltung nach der Durchführung von Privatisierungsmaßnahmen fortwirkende Verantwortlichkeiten für die Konsequenzen der jeweiligen Maßnahme

---

[198] Zwischen 1986 und 2000, die Deutsche Post wurde, durch einen mehrjährigen „Postreform" Prozess und mit dem Erlass von mehreren Gesetzen, von der Bundesregierung privatisiert. *Gerloff*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, 165, 166; siehe auch *Deutsche Post DHL Group*: Die Geschichte von Deutsche Post DHL Group, http://www.dpdhl.com/de/ueber_uns/geschichte.html. Ein geschütztes Grundrecht im Grundgesetz ist das „Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis." Art. 10 GG. Das Postgeheimnis „schützt die Vertraulichkeit des durch einen Postdienstleister vermittelten Kommunikationsverkehrs." *Durner*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. II, GG Art. 10 Rn. 72. Nach dem heutigen Postgesetz ist jeder, „wer geschäftsmäßig Postdienste erbringt oder daran mitwirkt" verpflichtet, das Postgeheimnis zu wehren. § 39 Abs. 2 PostG.

[199] In den heutigen Telekommunikationsgesetz ist eine Diskriminierungsverbot zu finden, nach dem ein „Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes" verpflichtet ist, „Vereinbarungen über Zugänge auf objektiven Maßstäben beruhen, nachvollziehbar sein, einen gleichwertigen Zugang gewähren und den Geboten der Chancengleichheit und Billigkeit" zu genügen. § 19 Abs. 1 Telekommunikationsgesetz (TKG). Ein allgemeines Diskriminierungsverbot ist, als Grundrecht, auch im Grundgesetz zu finden: „Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich." Art. 3 Abs. 1 GG.

[200] Horn, S. 351, 365 („Das Recht der Verwaltung ist […] auf zwei Beine gestellt: auf das Gesetz und auf die Grundrechte.").

[201] *Ruffert*, AöR 1999, 237, 239 ("Es ist die Aufgabe der rechtsstaatlichen Ausformung und systematischen Strukturierung [des] Privatisierungsfolgerechts, die das Verwaltungsrecht auf den Plan ruft."); siehe auch *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 82-85.

[202] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 83.

[203] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 83.

auferlegen“),[204] und Beobachtungsverantwortung („Pflicht der Verwaltung, die ordnungsgemäße Erfüllung öffentlicher Aufgaben im Auge zu behalten“).[205]

Die Verantwortung dieser Phasen wird hauptsächlich durch Regulierung geschafft: „die Einflussnahme des Staates auf gesellschaftliche und vor allem wirtschaftliche Vorgänge durch Gesetze, Verordnungen, andere untergesetzliche Vorschriften und technisch-administrative Normen.“[206] In Privatisierungslagen kann staatliche Aufsicht über Private durch Regulierung Schwierigkeiten für den Staat verursachen. Wirksame Regulierung hängt von einer guten Beziehung zwischen dem Staat und den regulierten Privatunternehmen. Um eine gute Beziehung zu ermöglichen, müssen sich diese Unternehmen „gegenüber der Regulierungsbehörden kooperativ verhalten.“[207] Der Staat muss aber auch ein Gleichgewicht schaffen. Er muss zum Wohl der Unternehmen regulieren, aber nicht ausschließlich so: er muss sich auch bemühen, „die Interessen der Allgemeinheit gegenüber den partikularen Interessen der regulierten Unternehmen zur Geltung zu bringen.“[208]

Die Schwierigkeiten der Regulierungsbehörden sind noch deutlicher, wenn ihre „Zielvorgaben …. unpräzise oder widersprüchlich [im Gesetz] formuliert sind.“[209] Ein Gesetz mit einem „bunten Gemische von [wertvollen] sozialen, wettbewerbspolitischen und industriepolitischen Zielsetzung,“ kann Zielkonflikte, unklare Regulierungskriterien, und einen Mangel der Regulierungseffizienz verursachen.[210]

---

[204] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 83.
[205] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 83.
[206] *Ruffert*, AöR 1999, 237, 241.
[207] *Grande*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 37, 48.
[208] *Grande*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 37, 48.
[209] *Grande*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 37, 48.
[210] *Grande*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 37, 48-49.

III. Rechtliche Grenze der Privatisierung

Kann es verfassungswidrig sein, bestimmte öffentliche Aufgabe zu privatisieren? Diese Frage kann nicht leicht beantwortet werden. Zu allererst muss in einem Verfassungsstaat wie Deutschland das Grundgesetz, als deutscher Verfassungsinstrument, als primäre Autorität konsultiert werden, um „die Grenzen zwischen staatlicher und privater Sphäre" zu definieren.[211]

Es gibt „zahlreiche schwierige Probleme" bei der „Prüfung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit und der Grenzen der Privatisierung."[212] Denn die Umstände jeder Privatisierung sind einzigartig, es muss jedes Mal gefragt werden, „in wieweit öffentlich-rechtliche Bedingungen durch eine Verschiebung zwischen Staat und Gesellschaft gelockert oder gelöst werden dürfen."[213] Es ist aber klar, dass der Staat „seine vor allem durch die Grundrechte, das Rechts- und das Sozialstaatsprinzip verkörperte Grundverantwortung für das Gemeinwesen nicht aufgeben" kann.[214]

Für manche Aufgaben gibt es ein „staatliches Gewaltmonopol," das eine Bereich-weite Privatisierung „unzulässig" macht.[215] Diese Aufgaben werden, zum Beispiel, von der Polizei,[216] dem Militär, und der Justiz[217] geleistet. Es wurde aber rechtlich anerkannt, „dass einzelne Aufgaben, die zu einem dieser Bereiche gehören, durch Private oder mit Hilfe Privater erfüllt" werden dürfen.[218]

---

[211] *Lämmerzahl*, S. 115.
[212] *Tiemann*, Der Staat 1977, 171, 184.
[213] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216. Kirchhof stellte als Beispiel der Schwierigkeit dieser Fragen die Flugsicherung vor: „Erlaubt das Verfassungsrecht, die Aufgabe der Flugsicherung zu privatisieren und die Verantwortung für einen sicheren Transport der Insassen von Flugzeugen der Gesellschaft zu übertragen?" *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216.
[214] *Kämmerer*, JZ 1996, 1042, 1048.
[215] *Detterbeck*, § 17, Rn. 900.
[216] „Der Schutz der inneren Sicherheit ist eine originär staatliche Aufgabe, deren Wahrnehmung sich der Staat nicht durch eine Delegation an Private entziehen kann, " trotz der Anerkennung, dass es kein „.Sicherheitsmonopol' des Staates im Sinne einer exklusiven staatlichen Aufgabe" gibt. *Böse*, ZStW 2007, 848, 864. Es wird ähnlich über den Strafvollzug in der Literatur argumentiert: „Es bleibt dem Staat verwehrt, nur noch die Entscheidungen über die Strafvollstreckung in eigener Verantwortlichkeit wahrzunehmen und im Übrigen den Strafvollzug völlig dem privaten Unternehmen anheimzugeben." *Laubenthal*, § 2, Rn. 50.
[217] Es wurde aber vorgeschlagen, dass einige Funktionen der Justiz von Privaten übernehmen werden könnten. Handelssachen, „vor allem das Handelsregister" könnten von den Industrie- und Handelskammern (IHK) übernommen werden. Es könnte auch eine größere Anwendbarkeit des Schiedsverfahrens für Streiten einer verwaltungsrechtlichen Natur zwischen Bürgern und staatlichen Behörden geben. *Lindemann*, ZRP 1999, 200, 203.
[218] *Detterbeck*, § 17, Rn. 900.

Es kann nicht widersprochen werden, dass die Durchführung öffentlicher Aufgaben bestimmte Unterstützungsleistungen schaffen, auf die Bürger sich erlassen. Privatisierung der Leistung einer öffentlichen Aufgabe kann bedeuten, dass eine „Verkürzung des Grundrechtsschutzes" stattfindet, denn Grundrechte sind für die neuen privaten Leistungsträger nicht bindend.[219] Wenn, im Privatisierungsfall, in Grundrechte von Bürgern durch Private eingegriffen wird, müssen diese Bürger, besonders wenn diese Eingriffe in einem Rechtsstaat geschehen,[220] trotzdem eine rechtliche Rekursmöglichkeit genießen können?[221]

IV. Kirchhofs „fünfteilige Privatisierungstypologie"

Nach Kirchhof, „[d]ie rechtswissenschaftliche Analyse der Privatisierung […] unterscheidet 13 Formen[.]"[222] Mit seiner „Privatisierungstypologie" habe er vor, die Privatisierungsanalyse „zu systematisieren, sie durch ein einheitliches distinktives Merkmal zu strukturieren, und so eine Grundordnung für den Übergang von der öffentlichen auf die private Hand zu entwickeln."[223] Er wolle auch, eine Typologie vorstellen, die sich „deutlicher auf die Rechtsfolgen" der Privatisierung bezieht.[224]

Kirchhof geht davon aus, dass es besser wäre, Privatisierung als Kontinuum statt einem schwarz-weißen Konzept anzusehen. Dadurch kann man die wichtigste Privatisierungsfrage besser analysieren und beantworten: „Wann darf der Staat die grundrechtlichen Bindungen durch eine Privatisierung lockern oder lösen?"[225]

---

[219] *Tiemann*, Der Staat, 171, 185.
[220] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 232 ("Die Privatisierungsentschluss unterliegt allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen, wenn im Zusammenspiel mit den Grundrechten die Bestimmtheit und die Verhältnismäßigkeit der Privatisierungsentscheidung gefordert werden.").
[221] *Barak-Erez*, Syracuse L. Rev. 1995, 1169, 1184 ("[O]nce services are privatized, the citizens who are in need of them […] or subjected to them […] may be stripped of the constitutional guarantees awarded to them before by not being entitled to due process and by being treated in a discriminatory way[.]").
[222] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 215. Nach Kirchhof, einige Privatisierungsformen haben eigentlich keine Privatisierungsauswirkung. Als Beispiel davon schlug er „Privatisierung der Finanzierung" vor: „Private bieten sich lediglich an, die vom Staat zu begleichenden Kosten zu erstatten, etwa den Bau einer städtischen Sporthalle in Teilen zu zahlen. Die Finanzmittel fließen von der Gesellschaft in die öffentliche Hand, die Finanzierung wird nicht vom Staat der Gesellschaft übertragen." *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 220.
[223] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 215-216.
[224] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 227.
[225] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 219.

Um sein Kontinuum aufzubauen, stellte er fünf Formen der Privatisierung vor: „die Privatisierung der Handlungsform, der Organisationsform, der ausführenden Hand, der Aufgabe und der Verantwortung.“[226]

1. Privatisierung der Handlungsform

Privatisierung der Handlungsform hat nichts mit der Leistung einer Staatsaufgabe durch Private zu tun. Wenn, zum Beispiel, der Staat ein Grundstück kauft, handelt er wie ein Privater: „begegnet er dem Privaten auf gleicher Augenhöhe und damit grundsätzlich freiheitskonform[.]“[227] Dieses Art von Privatisierung, was als Handlung als Privater zu verstehen ist, wird als „Handlungsform“ von Kirchhof designiert.

In solchen Transaktionen, wird „die Freiheitsgarantie der Grundrechte grundsätzlich durch Gleichordnung erfüllt.“[228] Der Staat hat, wie immer, eine Pflicht des Grundrechtsschutzes, aber in Fällen „der Privatisierung der Handlungsform bindet der Gleichheitssatz die Verwaltung strikter als die Freiheitsrechte, weil die Gleichordnung von öffentlichem und privatem Vertragspartner die Garantie des allgemeinen Gleichheitssatzes nicht in gleicher Weise ersetzt.“[229]

2. Privatisierung der Organisationsform

Der Hauptzweck der Privatisierung der Organisationsform, in der Literatur auch „unechte Privatisierung“[230] oder „formelle Privatisierung,“[231] genannt, ist „mit Kunden und Arbeitnehmern zivilrechtliche Verträge schließen zu können.“[232]

---

[226] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216.
[227] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216.
[228] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216.
[229] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 238.
[230] *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 588 („Es handelt sich um keine echten Privatisierung, weil die Aufgabe beim Staat verbleibt.“).
[231] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 225; *Schmitt und Obinger*, PVS 2010, 643, 647 (“Formelle Privatisierung bezeichnet die Veränderung der Organisationsform hin zu Privatsektor üblichen Unternehmensformen.“); *Kämmerer*, JZ 1996, 1042, 1043 („bei formeller Privatisierung [wird] […] die Organisation (der Aufgabe), letztlich also die Organisationsform privatisiert[.]“); *Di Fabio*, 585, 588 („Das Wort „formell“ thematisiert das „Wie“ der öffentlichen Aufgabenerfüllung.“).
[232] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 241; Kirchhofs Meinung nach, für diese Art der Privatisierung, „[d]er Begriff Organisationsprivatisierung ist nicht präzise, weil lediglich die Form der staatlichen

Mit der Verwendung einer privatrechtlichen Form, die durch die „Formenwahlfreiheit der Verwaltung“[233] und Gemeinderecht[234] möglich ist, „werden Verwaltungsaufgaben … durch eine juristische Personen des Privatrechts wahrgenommen.“[235] Die Verantwortung der Leistung der Aufgabe wird, „zwischen der Gesellschaft und dem Staat geteilt,“[236] und der Staat ist verantwortlich, Aufsicht über die Tätigkeiten der Organisation auszuüben.[237]

Formelle Privatisierungen können mehrere Vorteile zu einer öffentlichen Einheit anbieten. Zum Beispiel, können „privatrechtliche Organisationsformen einfacher errichtet und aufgelöst werden als öffentlich-rechtlicher Organisationen.“[238]

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellt fest, „dass öffentliche Unternehmen in Privatrechtsform selbst dann der Grundrechtsbindung unterliegen, wenn sie vollständig im Eigentum der öffentlichen Hand stehen.“[239]

Die folgenden Situationen sind Beispiele der Privatisierung der Organisationsform:

- „Verschiedene Städte gründen eine Fernseh-GmbH. Die Gesellschafter sind ausschließlich die Städte.“[240]

Tätigkeit wechselt, die Organisation aber weiterhin in der Zuständigkeit und Verantwortung des Staates liegt, wenngleich sie privatrechtlich geprägt ist.“ *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 226.

[233] *Detterbeck*, § 17, Rn. 903 (“Die Verwaltung kann sich aber auch auf die Eben des Privatrechts begeben und ebenso wie der Bürger privatrechtlich handeln, also z.B. einen Kaufvertrag i.S.v. § 433 BGB abschließen.“); *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 417 („It is self-evident that the administrative organ responsible for providing specific public services should also have the power to create public enterprises.“).

[234] *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 413 („The supply of water and electricity, the provision of local transport services, and, increasingly, also the removal of garbage and the recycling of waste are in the hands of enterprises which are created by local authorities themselves or in which local authorities are shareholders. In terms of German local authorities law, these commercial activities must be directed at executing a public aim.”).

[235] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 225.

[236] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 229.

[237] *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 832 (“Privatisiert wird nicht die Aufgabe als solche, sondern nur die Organisation und das Verfahren ihrer Erledigung. Der Staat bleibt Träger der Verwaltungsaufgabe, bedient sich aber zur Aufgabenerfüllung der Instrumente des privaten Rechts[.]”); *Wolf*, J. Corp. L. Stud. 2001, 411, 432 („The duty to control and monitor the activities of a public enterprise is based on the idea that the state and local authorities may not neglect their responsibility for their instruments, assistants, subsidiary companies and other institutions involved in the administrative process.”).

[238] *Vest*, ZögU 1998, 189, 190.

[239] BVerfG, Urteil vom 22. 2. 2011, 1 BvR 699/06, Rn. 50.

[240] *Detterbeck*, § 17, Rn. 895).

- „[D]ie Überführung einer städtischen Müllbeseitigungsanlage in eine GmbH bei einer Mehrheitsbeteiligung der Kommune."[241]
- „[D]ie Gründungen der kommunalen Wohnungsgesellschaften in der Nachfolge der VEB Gebäudewirtschaft."[242]

3. Privatisierung der ausführenden Hand

Privatisierung der ausführenden Hand wird auch „funktionelle Privatisierung,"[243] „Teilprivatisierung,"[244] oder „Verwaltungsprivatisierung"[245] in der Privatisierungsliteratur genannt. Dieser Art von Privatisierung findet statt, wenn der „Vollzug der Aufgabe (Leistungserstellung, Aufgabendurchführung) […] jedoch auf ein echtes Privatrechtssubjekt übertragen" wird,[246] entweder durch einen zivilrechtlichen Vertrag[247] oder durch Indienstnahme.[248]

In Fällen der funktionellen Privatisierung „muss sichergestellt sein, dass die Aufgabenverantwortung bei der öffentlichen Hand verbleibt und lediglich die Aufgabenwahrnehmung durch die Einrichtung in private Hände übergeht."[249] Die Verantwortung, endgültige Entscheidungen zu treffen, muss bei der öffentlichen Behörden bleiben.[250]

---

[241] *Lämmerzahl*, S. 103.
[242] *Lämmerzahl*, S. 104.
[243] *Schuppert*, in Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen S. 72, 76; *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG Kommentar § 1 Rn. 134.
[244] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 76.
[245] *Detterbeck*, § 17, Rn. 900.
[246] *Schuppert*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 72, 76; siehe auch *Detterbeck*, § 17, Rn. 902 („Im Bereich der Aufgabenprivatisierung erfüllt der Staat keine öffentlichen Aufgaben mehr – auch nicht durch Private.").
[247] "Grundlage für die Privatisierung der ausführenden Hand ist regelmäßig ein zivilrechtlicher Vertrag, eine private Handlungsform." *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 247.
[248] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 245.
[249] *Gusy*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 330, 341; siehe auch *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG Kommentar § 1 Rn. 134 („Die Aufgabenzuständigkeit und -verantwortung verbleibt bei dem Träger der öffentlichen Verwaltung.").
[250] *Schmitz*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG Kommentar § 1 Rn. 134 („Die Letztentscheidungsverantwortung der Behörde darf durch die Tätigkeit des Privaten nicht angetastet oder faktisch ausgehöhlt werden.").

4. Privatisierung der Aufgabe

In manche Privatisierungsvereinbarungen, „überlässt der Staat […] privaten Unternehmern die Erfüllung einer Aufgabe" und „löst … die öffentlich-rechtlichen Bindungen nahezu vollständig[.]"[251]

Diese Privatisierungslage wird häufig in der Literatur diskutiert und analysiert. Sie wird als „Aufgabenprivatisierung," „echte Privatisierung," oder „materielle Privatisierung" bekannt,[252] und wird als „[d]ie reinste aller Privatisierungsformen, [und] die stärkste und weitreichendste Ausprägung der objektbezogenen Privatisierung" charakterisiert.[253]

Weil Private „nicht grundrechtsgebunden" sind, es gibt „einfach gesetzliche Verbote der Aufgabenprivatisierung" für manche staatlichen Aufgaben.[254] Es gibt aber keine feste Gruppe von Aufgaben, für die Privatisierung nach diesem Grund untersagt ist,[255] obwohl Kirchhof vorschlug, dass diese Gruppe auf jeden Fall die Aufgaben „der Gesetzgebung, der Justiz, der Polizei, der Bundeswehr, des Zolls, des Strafvollzugs und der Finanzverwaltung[.]"[256]

Nach dem deutschen Sozialstaatsprinzip[257] enthält dieser Art von Privatisierung eine sogenannte „Reserveverantwortung,"[258] in dem der Staat noch „ein stiller Erfolgsgarant" ist: in Notlagen, muss der Staat sicherstellen, dass die Bevölkerung Zugang zu lebensnotwendigen Mittel haben.[259]

---

[251] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 216;
[252] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 225.
[253] *Lämmerzahl*, S. 96; siehe auch *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 831 („Die materielle Privatisierung (Aufgabenprivatisierung) stellt die weitgehendste Form der Privatisierung dar, weil bei ihr die Aufgabe als solche privatisiert wird und damit das (Außen-)Verhältnis von Staat und Bürger berührt ist.").
[254] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 248.
[255] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 248 ("Welche Aufgaben darüber hinaus als originäre Staatsaufgaben nicht privatisiert werden dürfen, ist kaum präzise und abschließend zu klären.).
[256] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 248.
[257] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 251 ("Deutschland garantiert als sozialer Staat eine Grundversorgung der Menschen, ist der Daseinsversorge verpflichtet.").
[258] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 251.
[259] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 251-252. („Werden Menschen auf Grund von Naturkatastrophen oder aus marktwirtschaftlichen Gründen nicht mehr hinreichend mit Nahrung, Kleidung, Wohnraum oder Medikamente versorgt, muss der Staat die notwendige Versorgung – notfalls mit eigener Hand – vornehmen, obgleich die entsprechenden Aufgaben in privaten Händen liegen.").

5. Privatisierung der Verantwortung

Privatisierung der Verantwortung geht sogar weiter als bloß die Aufgabe zu privatisieren – der Staat „gibt auch die Reserveverantwortung für diesen Bereich ab.“[260] Dieser Form von Privatisierung darf der Staat nur in wenigen Bereichen anwenden.[261]

F. Privatisierung und Grundrechtsadressaten

Wenn der Staat öffentliche Aufgaben privatisiert, wird jemand noch verpflichtet, Grundrechte der Bürger zu schützen?

Es könnte argumentiert werden, dass in Fällen der Privatisierung der öffentlichen Hand (Verwaltungsprivatisierung), in denen Aufgaben von Privaten geleistet werden, aber die Verantwortung bei dem Staat bleibt, dass, nach der Prinzipal-Agenten-Theorie, Grundrechte noch geschützt sind.[262]

Aber was passiert wenn weder die Aufgaben noch die Verantwortung der Leistung der öffentlichen Aufgaben beim Staat bleibt? Nach dem Grundgesetz, sind nur staatliche Einheiten an Grundrechtsschutz gebunden. Aber bei der Leistung der öffentlichen Aufgaben, wäre es nicht gegen das Rechtsstaatsprinzip, wenn niemand die Verantwortung hat, die Grundrechte der Bürger zu schützen?

---

[260] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 252.
[261] *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 254. Als Beispielen wurden der Fremdenverkehr und die Freizeitgestaltung vorgeschlagen. *Kirchhof*, AöR 2007, 215, 253.
[262] *Budäus*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 12, 27 (Die Prinzipal-Agenten-Theorie ermöglicht die Erfassung und Analysierung der „Beziehungen zwischen einem oder mehreren Auftraggebern, die Prinzipalen, und einem oder mehreren Auftragnehmern, die Agenten,“ um besser verstehen zu können, „wie das Verhalten der Agenten durch vertragliche Regelungen zwischen Prinzipal und Agenten beeinflusst werden kann.“). Ein wichtiger Teil der Prinzipal-Agenten-Theorie ist die „Kontrolle und Kanalisierung des Verhaltens“ der Agenten, die von den Prinzipalen ausgeübt werden, egal ob die Prinzipal-Agenten-Beziehung privatrechtlich ist, oder sich im Verwaltungsrecht befindet. *Beermann*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1720 (““[P]rivate law and administrative law present similar issues regarding controlling and channeling the behavior of fiduciaries, agents who are supposed to be acting on behalf of a principal or principals.”). In einer Prinzipal-Agenten Beziehung kann es immer eine „Informationsasymmetrie“ geben, in dem der Prinzipal „nicht vollständige Informationen über die Eigenschaften und das Verhalten des Agenten“ hat; solche Informationsmängel können durch „Informations-, Anreiz- und Kontrollmechanismen“ gelöst werden. *Budäus*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 12, 27.

I. Privatisierungsfolgerechtliche Anforderungen und Drittwirkung

Das Privatisierungsfolgerecht verlangt, dass der Staat sicherstellt, dass privatisierte Aufgaben von Privaten tatsächlich und ausreichend geleistet werden.[263] Diese Sicherstellungsvorschriften können in Privatisierungsgesetzen von dem Gesetzgeber integriert werden, zusammen mit anderen Vorschriften, die von den Privaten fordern, dass sie die Grundrechte von Dritten schützen. Es könnte sogar argumentiert werden, dass die Drittwirkungstheorie diesen Vorgang verlangt.[264]

Diese sogenannte „Gewährleistungsverantwortung" stammt aus der Verfassungsrecht,[265] und wird von der verfassungsrechtlichen Grundlagen gebildet.[266] Nach dieser Verantwortung ist der Staat „objektiv rechtlich verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die nunmehr den Privaten obliegenden (nach wie vor öffentlichen) Aufgaben gefahrlos und den Bedürfnissen des Gemeinwohls Rechnung tragend erfüllt werden."[267]

Wie es in der Literatur charakterisiert ist, „[s]taatliches Gewährleistungsrecht ist im Kern Regulierungsrecht."[268] Um sicherzustellen, dass die übertragenen Aufgaben von den Privaten in allen Fällen ausreichend geleistet

---

[263] *Genschel und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 447; *Beerman*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1726 („Privatization of important government functions is likely to entail extensive public monitoring of the private institutions involved.").

[264] Nach der Theorie der Drittwirkung der Grundrechte, sind die Gesetzgeber verpflichtet, Grundrechtschutz beim Erlass von Gesetzen zu berücksichtigen. *Engels*, Der Staat 1996, 351, 355 („Kennt [eine] klassische Staat-Bürger-Beziehung des öffentlichen Rechts den Schutz Dritter lediglich im Sinne eines Rechtsreflexes, erscheint der Bürger auch im Nachbarrechtsverhältnis zunächst nur als herausgehobener Teil der Allgemeinheit. Sein Schutz ist nicht Gegenstand eines eigenständigen Rechtstitels, sondern lagert sich an das allgemeine Schutzverhältnis an."). Noch eine Anwendbarkeit dieser Drittwirkung, es wurde in der Literatur argumentiert, der Erlass von privatrechtlichen Gesetze, als Handlung einer öffentlich-rechtlichen Natur, sei auch am Schutz von Grundrechten gebunden. *Kumm*, German L.J. 2006, 341, 357 ("Legislative acts, including legislative acts on issues of private law, are undisputedly acts by public authorities and this subject to constitutional rights constraints."); siehe auch *Hailbronner*, S. 19 ("To transform society according to the constitutional mandate, it is first off necessary not to confine constitutional rights to the relationship between citizens and the state. If society is to change, so much the relationships between private citizens. Because the constitution represents the fundamental ethical and legal matrix guiding the transformation, constitutional rights need to apply—directly or at least indirectly—between private persons as well as between individuals and the state.").

[265] Art. 83 ff. GG; siehe auch *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 838-840.

[266] *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 834-835.

[267] *Detterbeck*, § 17, Rn. 902; siehe auch *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 831 („[D]er materiellen Privatisierung korrespondiert regelmäßig eine Verpflichtung des Staates zur Gewährleistung der Gemeinwohlverträglichkeit der Aufgabenerledigung durch den Privaten.").

[268] *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 835.

werden, kann der Staat angemessenen[269] verwaltungsrechtliche Übersichtssystemen gesetzlich etablieren.[270] Solch ein Übersichtssystem muss die positive Leistung der Aufgaben fördern und Leistungsmisserfolge strafen.[271]

Diese Sicherung ist nur möglich, wenn Private Informationen über ihre Leistung von privatisierten öffentlichen Aufgaben offen und transparent öffentlichen Einrichtungen zur Verfügung stellen.[272] Diese Transparenz kann vom Staat rechtlich gefordert werden – zum Beispiel durch gesetzliche Berichtspflichten an alle privaten, die Aufgaben im Dienst der Öffentlichkeit leisten, wie in den Bereichen Telekommunikation nach dem Telekommunikationsgesetz,[273] und Post nach dem Postgesetz.[274]

II. „Publizierung"

Die amerikanische Rechtswissenschaftlerin Jody Freeman schlug vor, dass ein Prozess, den sie „Publizierung" nannte, den Anwendungsbereich von öffentlich-rechtlichen Normen an Privaten erweitern könnte.[275] Freeman dachte sich dieses Publizierungskonzept aus angesichts ihrer Sorge um ernste intellektuelle und praktische Probleme bei den Zielen der Privatisierung.[276]

---

[269] *Gersdorf*, JZ 2008, 831, 835 („Welcher Regulierungsbedarf im Einzelnen besteht und welche Instrumente das Gewährleistungsrecht zur Verfügung stellen sollte, hängt von den Besonderheiten des jeweiligen Sachgebiets ab.").
[270] *Di Fabio*, JZ 1999, 585, 587 ("Der Gesetzgeber kann indes im Einzelfall mit der Auferlegung einer Pflicht auch eine Eingliederung in die Sphäre der öffentlichen Gewalt vornehmen, wenn er besondere Auftragsverhältnisse, besondere organisatorische Anbindungen an die staatliche Stellen oder Beleihungstatbestände schafft.").
[271] *Dickinson*, Ann. Rev. L. Soc. Sci. 2011, 101, 103 (The two forms of accountability are "accountability as managerial oversight," in which "an authoritative individual or entity evaluates the performance of a person or organization and encourages that person to observe a particular rule or standard," and "accountability as redress," which "imposes a penalty if a person or organization has failed to comply with a particular rule or standard.").
[272] *Beermann*, UCLA L. Rev. 2002, 1717, 1721-1724.
[273] § 6 Abs. 1 Satz 1 Telekommunikationsgesetz (TKG) („Wer gewerblich öffentliche Telekommunikationsnetze betriebt oder gewerblich öffentlich zugängliche Telekommunikationsdienste erbringt, muss die Aufnahme, Änderung und Beendigung seiner Tätigkeit sowie Änderungen seiner Firma bei der Bundesnetzagentur unverzüglich melden.").
[274] § 37 Postgesetz (PostG) („Wer Postdienstleistung erbringt, hat der Regulierungsbehörde auf deren Verlangen diejenigen Information zu Verfügung zu stellen […] benötigt.").
[275] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1314-1315 ("[P]rivatization could in fact extend public law norms to private actors under some circumstances – a process I call publicization.").
[276] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1290 ("[I]t struck me, while reading the literature on privatization, that there remained serious intellectual and practical obstacles to the goal of harnessing private actors in the pursuit of public ends.").

Freeman stellte dieses Publizierungskonzept als gemeinsame „Verantwortungsgestaltung“ vor: es würde nur richtig funktionieren, wenn es eine gemeinsame Anstrengung zwischen dem Staat und dem Privaten wäre, um Grundrechtsschutzanforderungen zu entwickeln, die für die Privaten angemessen und erreichbar sind.[277]

Freeman behauptete, es sei in Common-Law Rechtssystemen historisch nicht außergewöhnlich, privatrechtliche (deliktsrechtliche oder vertragsrechtliche) Einschränkungen auf Privaten aufzuerlegen.[278] Es wäre nur eine „Ausbreitung der herkömmlichen Übung“ wenn es von Privaten, die öffentliche Aufgaben leisten, Einhaltung an öffentlich-rechtlicher Normen verlangt würde.[279] Freeman behauptete, trotz der Gegenargumente der Skeptiker,[280] es sei nicht zu viel von Privaten zu verlangen, dass sie, im Gegenzug zur Erhaltung von lukrativen staatlichen Verträgen, menschliche Grundrechte schützten müssen.[281]

G. Private Sicherheitsdienste

Tatsache der modernen Gesellschaft ist, dass „die öffentliche Sicherheit […] nicht mehr allein durch die Polizei gewährleistet, sondern zunehmend auch von privaten Sicherheitsdiensten“ wird.[282]

---

[277] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1327 (“It might be more productive…to think of accountability design as a deeply contextual process, and to imagine it more broadly in terms of measures that spring not exclusively from [government actors], […] but from a variety of participants – public and private – who are actively engaged[.] […] This helps to explain why I define publicization in terms of public law norms to private actors. I use this word to suggest that private-sector entities could be enlisted in the project of protecting democratic norms, and not just in ways that they will resent and resist[.]”)

[278] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1315 (“Common law courts have long imposed legal restrictions on private actors through evolving tort, contract, and public nuisance standards.”).

[279] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1315 (“Extending compliance with public law norms to private actors engaged in service delivery would, therefore, be an expansion of a traditional practice.”).

[280] Die Reihe der Gegenargumenten beinhalten Motivationsmangel („it is hard to predict the level of public demand for extending public law norms to private actors); potentielle Nicht-Funktionierung (in response to the “publicization will not work” argument, “[t]here is not much to say in response to this objection except to counter that it might”), und die Möglichkeit, dass Private, direkt im Gegenteil der Ziele der Privatisierung, so ineffektiv wie öffentlichen Beamten funktionieren werden (“it is far less obvious that selectively adding due process, public participation, or oversight will undermine all of the economic gains and technical innovations that come from public service providers.”). *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1329-1340.

[281] *Freeman*, Harv. L. Rev. 2003, 1285, 1285 (“Surely the state can exact concessions – in the form of adherence to public norms – in exchange for contracting out its work.”).

[282] *Genschen und Zangl*, Leviathan 2008, 430, 439. Es wird sogar in Untersuchungen gezeigt worden, „dass bei der Polizei der Personalbestand […] kaum vergrößert wurde“ und, dass, in der

Wie ist es eigentlich dazu gekommen? Noch wichtiger, in diesem neuen System, wer übernimmt die Verantwortung, Grundrechte zu schützen, wenn die Aufgaben, die zum Schutz der öffentlichen Sicherheit gehören, nicht mehr vom Staat, sondern von Privaten geleistet werden?

I. Private Sicherheitsdienste in der Geschichte und Heutzutage

In Deutschland gab es seit dem frühen 20. Jahrhundert ein privates Sicherheitsgewerbe.[283] In den 1970er Jahren wuchs dieses Gewerbe deutlich, und „es kam zur Einführung privater Sicherheitsdienste an Flughäfen, und den U- und S-Bahnen, und in Kernkraftwerken."[284] Nach der Wiedervereinigung 1991, wurde die wahrgenommene Notwendigkeit von mehreren Sicherheitsdiensten, aufgrund der steigenden Kriminalität in Deutschland, besonders in den neuen Bundesländern, deutlicher.[285]

Heutzutage ist das private Sicherheitsgewerbe so groß, dass sie als „fester Bestandteil [des] Wirtschaftslebens,"[286] angesehen wird. Privates Wachpersonal

---

gleichen Zeit, „das private Sicherheitsgewerbe sowohl in der Zahl der Unternehmen und der Beschäftigten als auch in den wahrgenommenen Tätigkeiten ständig erweitert." *Schneckenburger*, S. 51.

[283] *Schneckenburger*, S. 11-13 ("Der Entstehungspunkt des privaten Sicherheitsgewerbes wird auf die Gründung der ersten deutschen Wach- und Schließgesellschaft im Jahre 1901 datiert […] Der Firmengründer, ein deutscher Kaufman, hatte in den letzten Jahren des neunzehnten Jahrhunderts in den USA die Arbeitsweise der amerikanischen ‚security companies' studiert und konnte seien Erfahrungen nun auf Deutschland anwenden.").

[284] *Schneckenburger*, S. 17.

[285] *Schneckenburger*, S. 18; siehe auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 1 („Infolge der Kriminalitätsentwicklung hierzulande und angesichts eines gesteigerten Bedrohungsgefühls der Bevölkerung ist in den letzten beiden Jahrzehnten geradezu ein Boom im Bereich des Bewachungsgewerbes zu verzeichnen.").

[286] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 249; siehe auch *Ernst*, NVwZ 2015, 333, 333 („In den letzten Jahrzenten ist die Branche der privaten Sicherheitsdienst rasant gewachsen. […] Parallel dazu nahm auch die Wahrnehmbarkeit privater Sicherheitsdienste im öffentlichen Raum zu.").

sind überall[287] zu finden: „sie bestreifen in Uniformen Bahnhöfe, Ladenpassagen und Wohngebiete“ und sind „teilweise […] dabei bewaffnet.“[288]

Das Engagement von privaten Sicherheitsdiensten wird, im allgemeinen, als „völlig normal“ charakterisiert; sich selbst zu schützten kann sogar ein „Wirtschaftsgut“ sein.[289] Weil der Staat „lediglich eine ‚Grundversorgung‘ an Sicherheit zu gewährleisten“ hat, macht es Sinn, Private zu engagieren, die eigene Sicherheit zu stärken.[290]

Es wurde aber auch bemerkt, dass „das Sicherheitsgewerbe selbst daran interessiert [ist], seine Aufgabenbereich zu erweitern[,]“ was problematisch sein kann, „weil [es] mit dem staatlichen Gewaltmonopol und anderen Verfassungsgrundsätzen kollidieren kann.“[291]

Der traditionelle Aufgabe und „wichtige Tätigkeit“ des Sicherheitsgewerbes ist der sogenannte Objektschutz, was „die in einem Objekt arbeitenden Menschen und Sachwerte von Schäden jeder Art“ zu schützen bedeutet.[292] Der Objektschutz kann mehrere Dienstkategorien enthalten, besonders bei „Großobjekten“: Ordnungsdienst, Schutz und Sicherungsdienst, Aufgaben im Rahmen des erweiterten Objektschutzes, Ermittlungsdienst, und sonstige Dienste.[293] Firmen im Sicherheitsgewerbe sind auch eingestellt, um anderen Aufgaben zu leisten,

---

[287] *Braun*, S. 3 (“In den vergangenen Jahren sind mehr und mehr hoch spezialisierte Tätigkeiten hinzugekommen. Schutz von Atomkraftwerken, Botschaften und Veranstaltungen (vom Bundesligaspiel bis zur EU-Konferenz), Bahnhof-Security, Alarmüberwachung durch Notrufzentralen mit Alarmverfolgung, Datenschutzmaßnahmen, Videoüberwachung, allgemeine Sicherheitsanalyse und Beratung, Fluggastkontrollen, Bewachung und Management von Asylbewerberheimen, Abschiebegefängnissen und psychiatrischen Anstalten sowie zunehmend Kontrollen des ruhenden Verkehrs und Mautaufsichtsdienste haben sich zu eigenständigen Geschäftsfeldern privater Anbieter entwickelt.“).
[288] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 248. Bewaffnung wird gemäß § 28 Waffengesetz bei der Bewachung erlaubt. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 30 („Gem. § 28 WaffenG wird bei einem Bewachungsunternehmer gem. § 34 a ein Bedürfnis zum Erwerb, Besitz und Führen anerkannt, wenn er glaubhaft macht, dass Bewachungsaufträge wahrgenommen werden oder werden sollen, die aus Gründen der Sicherung einer gefährdeten Person oder eines gefährdeten Objektes Schusswaffen erfordern.“).
[289] *Braun*, S. 5.
[290] *Braun*, S. 5.
[291] *Schneckenburger*, S. 2; siehe auch *Erbguth/Mann/Schubert*, § 12, Rn. 398 („Dem staatlichen Gewaltmonopol erwachsen heutzutage [ein Gefahr]: […] wenn Private […] das Vertrauen in Konstanz, Stringenz, und Effizienz der staatlichen Ordnungsvorgaben verlieren und ihrerseits zunehmend Zuflucht bei der Installierung eigener Schutzsysteme suchen (Stichwort: Privatisierung der öffentlichen Sicherheit).“).
[292] *Schneckenburger*, S. 35-36.
[293] *Schneckenburger*, S. 36.

einschließlich Empfangs- und Kontrolldienst,[294] Personenschutz,[295] und Detekteien.[296]

Private Sicherheitswachen können in einer Sicherheitsfirma „eingegliedert sein und vornehmlich oder ausschließlich Sicherheitsaufgaben wahrnehmen."[297] Es gibt aber auch Sicherheitsfirmen, die „für Dritte ihr Personal zur Bewachung vertraglich und gegen Bezahlung zur Verfügung stellen," und als „Wach- und Sicherheitsgesellschaften" in der Literatur bekannt sind.[298] In allen Fällen muss der Beschäftigten eine Erlaubnis von der zuständigen staatlichen Behörden bekommen, um Bewachungstätigkeiten auszuüben.[299]

II. Private Sicherheitsdienste: Rechtliche Anforderungen

Wenn es um rechtliche Anforderungen der „Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse" geht, steht im Artikel 33 Grundgesetz klar: diese Ausübung ist „ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treuverhältnis stehen."[300]

Diese Tatsache führt zu einer schwierigen Situation: „Die bisherigen Haupttätigkeiten des privaten Sicherheitsgewerbes liegen…gerade darin Leben, Gesundheit und vor allem Eigentum und Vermögen der Auftraggeber zu schützen.

---

[294] *Schneckenburger*, S. 36. (Empfangs- und Kontrolldienst „dient, Gefährden vom Betrieb abzuhalten. […] Dabei kann vom Hausrecht Gebrauch gemacht werden, um Unbefugten den Zugang zu verweigern oder Unberechtigte vom Betriebsgelände zu verweisen.").
[295] *Schneckenburger*, S. 40.
[296] *Schneckenburger*, S. 40, ("Die Tätigkeit der Detektive stellt regelmäßig eine Überwachung und keine Bewachung dar. Zwar besteht die Aufgabe der Kaufhausdetektive im Verhindern und nicht im bloßen Beobachten von Diebstählen, aber die Kaufhausdetektive treten in aller Regel nicht öffentlich in Erscheinung, so dass eine Konkurrenzsituation mit staatlichen Einrichtungen nicht besteht."); *Gollan*, S. 48 („Die Tätigkeit der Privatdetektive ist als vornehmlich reaktiv zu bezeichnen. Ihre Hauptaufgabe ist es, schon abgeschlossene Sachverhalte aufzuklären, Täter zu ermitteln und weitere (rechtliche) Schritte der Auftraggeber hinsichtlich erfolgter Taten vorzubereiten.").
[297] *Gollan*, S. 52.
[298] *Gollan*, S. 52-53.
[299] *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 9 ("Wird jedoch die Bewachungsleistung einem Drittunternehmen übertragen, besteht für den Dritten die Erlaubnispflicht nach § 34 a, selbst dann, wenn das vom Dritten abgestellte Wachpersonal vollständig in die Betriebsabläufe des zu bewachenden Unternehmens eingegliedert wird").
[300] Art. 33 Abs. 4 GG.

Danach liegt ein Betätigungsschwerpunkt des privaten Sicherheitsgewerbes in dem gesetzlich festgeschriebenen Aufgabenbereich der Polizei."[301]

Als zweites Problem wird es in der Literatur gesehen, dass private Sicherheitswachen „ihren Tätigkeitsbereich … dem Rahmen polizeilicher Handlungsbefugnisse entnehmen, ohne entsprechend gesetzlich eingebunden zu sein."[302] Diese Situation wird als voller Unsinn charakterisiert: „Es ist daher unverständlich, dass private Sicherheitsdienste hier immer noch mehr Möglichkeiten als die Polizei haben."[303]

Nichtdestotrotz, in Deutschland, kann „der Staat sich beim Schutz der öffentlichen Sicherheit privater Unterstützung bedienen, solange er das verfassungsrechtlich garantierte Schutzniveau für grundrechtlich geschützte Rechtsgüter gewährleistet („Gewährleistungsverantwortung" des Staates),"[304] obwohl es auch behauptet wurde, es solle Ausnahmen zu dieser Regel geben.[305] Aufgrund dieser angeforderten rechtlichen Gewährleistung des privaten Sicherheitsgewerbes, wäre es sinnvoll, sie in Kirchhofs „Privatisierung der Aufgabe" Gruppe zu stellen.[306]

Die Anerkennung der rechtlichen Gültigkeit von privaten Sicherheitsdienste, zusammen mit der Bestätigung, dass ihre Tätigkeiten private Eigenschaft haben, sind nicht nur in der Literatur zu finden, sondern auch in mehreren Gesetzeskommentaren.[307]

---

[301] *Schneckenburger*, S. 78.
[302] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 250.
[303] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 250.
[304] *Böse*, ZStW 2007, 848, 864.
[305] „Ein vorgeschlagenes Beispiel davon ist die Gefangenbewachung. „Die Privatisierung […] eines ganzen Vollzugsystems im Sinne von Kommerzialisierung würde […] mit dem Rechtsstaatsprinzip und dem Sozialstaatsprinzip des Grundgesetzes kollidieren." *Laubenthal*, § 2, Rn. 47. Siehe auch *Smartt*, NK 2001, 8, 8 (Smarrt zitiert die 2001 Stellungnahme zur Gefängnisprivatisierung von Thomas Rösch, Anstaltsleiter der Justizvollzuganstalt Freiburg: „Eine Privatisierung, wie wir sie in den USA oder England vorfinden, kann es bei uns in Deutschland verfassungsrechtlich einfach nicht geben."). Interessanterweise, die Privatisierung des Strafvollzugs wurde von der israelischen Supreme Court in 2009 als verfassungswidriger Eingriff in die Grundrechten von Freiheit und Menschenwürde erklärt. *Simmons und Hammer*, Santa Clara J. Int'l L. 2013, 487, 488.
[306] Siehe oben, ***E.IV.4.***
[307] Siehe, z.B., *Berner/Köhler/Säß*: Polizeiaufgabengesetz (Bay.) Handkommentar, Art. 1, Rn. 20 („Private Sicherheitsdienste sind zugelassen. Sie haben keinen öffentlich-rechtlichen Status. Sie schützen aufgrund Vertragsrechtsprivate Rechte privater Auftraggeber, übernehmen z.B. Personen- und Objektschutz oder Ordnungsdienste[.] Polizeiliche Befugnisse stehen diesen nicht

In der Bundesrepublik Deutschland, wird das private Sicherheitsgewerbe durch Artikel 34a der Gewerbeordnung und der Bewachungsverordnung reguliert. Außer dieser Regulierung, gibt es wenige rechtliche Anforderungen an private Sicherheitsgewerbe, was als bedauerlicher Mangel, besonders im Vergleich mit anderen Gebieten[308] und mit dem Grundrechtsschutzpflicht der Polizei, [309] in der Literatur charakterisiert wird.

1. Die Gewerbeordnung

Im Grundgesetz steht kein Inhalt bezüglich privater Sicherheitsdienste. Das private Sicherheitsgewerbe wird aber durch die Gewerbeordnung[310] gewerberechtlich reguliert. Nach § 34a der Gewerbeordnung, dürfen Mitglieder des Sicherheitsgewerbe die „gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen," aber nur mit Erlaubnis der zuständigen Regierungsbehörde.[311] Diese Erlaubnis „kann mit Auflagen – auch nachträglich – verbunden werden, soweit dies zum Schutz der Allgemeinheit oder der Auftraggeber erforderlich ist."[312]

---

zu. Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft sind sie nicht. Sie können lediglich solche Eingriffsbefugnisse ausüben, die gesetzlich jedermann zustehen, also in Notwehr- und Notstandsfällen[.]"); *Tiejde*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje: Europäisches Unionsrecht, AEUV Art. 51, Rn. 24 („Im Bereich der privaten Sicherheitsdienste, die vom Personenschutz, der Bewachung von Gebäuden, Wertguttransporten, Detektivtätigkeiten bis zur Installierung von Alarmanlagen reichen können, hat der EuGH in mehreren Urteilen41 eine umfassende Klärung geschaffen. Diese Tätigkeiten sind privater Natur und sind mit der Ausübung von Polizeigewalt nicht vergleichbar.").

[308] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 249 („Die geltenden gesetzlichen Regelungen reichen nicht mehr aus, der wachsenden Bedeutung der privaten Sicherheitsdienste gerecht zu werden. Es gibt zwar in einzelnen Bereichen eine genügende Regelungsdichte; ich nenne hier das Atomgesetz, das Luftverkehrsgesetz und die Regelungen bezügliche der Bewachung militärischer Anlagen durch Private. Davon abgesehen steht uns aber nur § 34a Gewerbeordnung zur Verfügung, eine Vorschrift, die den gewerberechtlichen Aspekt in den Vordergrund stellt und die die Belange der Inneren Sicherheit vernachlässigt.").

[309] *Steegmann*, in: Gusy, C. (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, S. 237, 250 ("Denn anders als dem Nothelfer legen verfassungs- und datenschutzrechtliche Bestimmungen der Polizei wie anderen staatlichen Organen bei ihrer Tätigkeit enge Fesseln zum Schutz des Persönlichkeitsrechts des Betroffenen an. Insofern birgt die Berufung privater Sicherheitsdienste auf die Jedermannrechten den Widersprich in sich, dass dieses bei ihrer Tätigkeit freiheitsbeanspruchend auftreten, ihren Tätigkeitsbereich aber dem Rahmen polizeilicher Handlungsbefugnisse entnehmen, ohne entsprechend gesetzlich eingebunden zu sein. Es ist daher unverständlich, dass private Sicherheitsdienste hier immer noch mehr Möglichkeiten als die Polizei haben.").

[310] Gewerbeordnung, BGBl. I S. 202, 22. Feb. 1999.

[311] Art. 34a Abs. 1 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO).

[312] *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 31.

„Bewachung“ wird in diesem Kontext als die Darstellung vom „Schutz der genannten Rechtsgüter vor Gefährden für deren Sicherheit“ verstanden, und „erfordert eine aktive oder – besser ausgedrückt – eine personale Obhutstätigkeit.“[313]

Artikel 34a der Gewerbeordnung bestimmt auch persönliche Eigenschaften von Bewachungspersonal. Nach dieser Ordnung, dürfen nur die, die „ihrerseits zuverlässig und mit den notwendigen rechtlichen Vorschriften nach Unterrichtung vertraut sind“ im Bewachungsdienst beschäftigt sein.[314] Einen Mangel dieser Zuverlässigkeit, die von der verantwortlichen Behörde[315] bestimmt ist,[316] ergibt sich, nach dem Gesetz, mit Mitgliedschaft verfassungswidriger Gruppen oder mit Vorstrafen.[317] Eine Person mit solchem Zuverlässigkeitsmangel darf nicht im privaten Sicherheitsdienst beschäftigt sein.[318]

2. Die Bewachungsverordnung

Zusätzlich zu der Gewerbeordnung wird das deutsche Privatbewachungsgewerbe in Deutschland durch die Bewachungsverordnung,[319] die hauptsächlich die Unterrichtung von Bewachungspersonal beinhaltet, reguliert.[320]

---

[313] *Schneckenburger*, S. 54. Siehe auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 11 (“Dem Wortsinn nach bedeutet Bewachen in Wahrnehmung einer Obhutsfunktion ein Aufpassen darauf, dass nichts geschieht, was aus der Sicht des zu Schützenden nicht geschehen soll oder nicht erlaubt ist. … Bewachung ist deshalb auch eine Abschirmung gegenüber Naturereignissen, Unglücksfällen, Krankheiten, Suizidneigungen etc.“); *Marcks*, in: Landmann/Rohmer GewO Kommentar Bd. I, § 34a, Rn. 6 („Nur tätige Obhut ist Bewachung. Es wird eine aktive Tätigkeit verlangt (zB Beaufsichtigung von gewisser Dauer oder wiederkehrende Kontrolle), die bei der Obhut im Vordergrund stehen muss.“).

[314] *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 37.

[315] “Das BMWi wird durch § 34 a Abs. 2 Nr. 3 Buchst. a zwar ermächtigt, ua Vorschriften über den Geltungsbereich der Erlaubnis zu erlassen.“ *Marcks*, in: Landmann/Rohmer GewO Kommentar Bd. I, § 34a, Rn. 16.

[316] *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 43 („Die Entscheidung über die Untersagung nach Abs. 4 steht … im Ermessen der Behörde.“).

[317] Art. 34a Abs. 4 GewO.

[318] *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar § 34a Rn. 41 („Falls das Erfordernis der Zuverlässigkeit bei einer mit der Durchführung von Bewachungsaufgaben beschäftigten Person nicht vorliegt, so kann deren Beschäftigung dem Gewerbetreibenden nach Abs. 4 untersagt werden.“).

[319] Verordnung über das Bewachungsgewerbe (Bewachungsverordnung – BewachV), BGBl. I S. 1378, 10. Juli 2003.

[320] § 1 BewachV. Der Zweck dieser Verordnung ist, „das Bewachungspersonal mit den für die Ausübung des Gewerbes notwendigen rechtlichen Vorschriften und fachspezifischen Pflichten und Befugnissen sowie deren praktischer Anwendung in einem Umfang vertraut zu machen, der ihnen

Die geforderte Unterrichtung der privaten Bewachungsleuten wird von den Industrie- und Handelskammern (IHK) angeboten,[321] und muss inhaltlich die folgenden Sachgebiete durchnehmen:

1. „Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung einschließlich Gewerberecht und Datenschutzrecht,
2. „Bürgerliches Gesetzbuch,
3. „Straf- und Strafverfahrensrecht einschließlich Umgang mit Waffen,
4. „Unfallverhütungsvorschrift Wach- und Sicherungsdienste,
5. „Umgang mit Menschen, insbesondere Verhalten in Gefahrensituationen, Deeskalationstechniken in Konfliktsituationen sowie interkulturelle Kompetenz unter besonderer Beachtung von Diversität und gesellschaftlicher Vielfalt,
6. „Grundzüge der Sicherheitstechnik.“[322]

Die Unterrichtung, für die die Teilnehmer „zum Verständnis des Unterrichtungsverfahrens unverzichtbaren deutschen Sprachkenntnisse auf dem Kompetenzniveau B1 des Gemeinsamen Europäischen Referenzrahmens“ haben müssen, muss “mindestens 40 Unterrichtsstunden” dauern.[323] Teilnehmer müssen am Ende der Unterrichtung eine Prüfung bestehen, um die Unterrichtungsanforderung zu erfüllen.[324]

Diese Verordnung schreibt auch die geforderten Qualifikationen vor, für die, die Bewachungsaufgaben wahrnehmen. Sie müssen „zuverlässig“[325] und mindestens 18 Jahre alt sein.[326] Dazu müssen sie auch einen Unterrichtungsnachweis oder ein Prüfungszeugnis vorlegen können.[327]

---

die eigenverantwortliche Wahrnehmung von Bewachungsaufgaben ermöglicht.“ *Marcks*, in: Landmann/Rohmer GewO Kommentar Bd. I, BewachV § 1 Rn. 2.
[321] § 2 BewachV.
[322] § 4 Abs. 1 BewachV.
[323] § 3 Abs. 1 Sätze 1-2 BewachV.
[324] §5a BewachV.
[325] § 9 Abs. 1 Nr. 1 BewachV. Zuverlässigkeit der Person wird von den Behörden geprüft nach dem Empfang einer Meldung von der Gewerbetreibende, der die Person beschäftigen will. *Marcks*, in: Landmann/Rohmer GewO Kommentar Bd. I, BewachV § 9 Rn. 2.
[326] § 9 Abs. 1 Nr. 2 BewachV.
[327] § 9 Abs. 1 Nr. 3 BewachV.

Nach § 10 der Verordnung, muss eine Dienstanweisung vom Gewerbetreibende an das Wachpersonal gegeben werden, in der zwei Sachen klar stehen: „dass die Wachperson nicht die Eigenschaft und die Befugnisse eines Polizeibeamten, eines Hilfspolizeibeamten oder eines sonstigen Bediensteten einer Behörde besitzt“ und „dass die Wachperson während des Dienstes nur mit Zustimmung des Gewerbetreibenden eine Schusswaffe…führen darf.“[328] Es wurde auch in der Verordnung klargestellt, dass „der Gewerbetreibende für die sichere Aufbewahrung der Schusswaffen und der Munition verantwortlich“ ist.[329]

III. Auswirkung der Privatisierung im Sicherheitsgewerbe

Grundsätzlich dürfen private Wachleute nur „diejenigen Rechte auszuüben, die ihren Auftraggebern zustehen,“ und sie haben „nur solche Eingriffsbefugnisse, die gesetzlich jedermann in Anspruch nehmen kann.“[330] In diesem Sinn darf körperliche Gewalt gegenüber Dritten nur in Notwehrlagen verwendet werden.[331]

Sind private Wachleute eigentlich gebunden, die Grundrechte von anderen Leuten zu schützen? Es gibt keine gesetzlichen Vorschriften, die sie so binden. In der Verordnung steht auch nicht, dass Versagen des Grundrechtsschutzes ein Kündigungsgrund sei. Es ist anzunehmen, dass private Wachleute über Grundrechte in ihrem Pflichtkurs lernen, aber es wäre schwierig sicherzustellen, dass das wirklich passiert.[332]

Drittwirkung der Grundrechte hätte in dieser bestimmten Lage eigentlich besser funktionieren sollen, aufgrund die Natur der Aufgaben und das Potenzial des Grundrechtsverstoßes. Das soziale Rechtsstaatsprinzip in Deutschland fordert, dass die Mitarbeiter des privaten Sicherheitsgewerbes an Grundrechte gebunden sein sollen. So eine Bindung wird am besten durch Regulierung des Gewerbes geleistet. Wenn das nicht klappt, dann soll der Staat volle Verantwortung der inneren

[328] § 10 Abs. 1 Sätze 1-3 BewachV.
[329] § 13 Abs. 1 Satz 1 BewachV.
[330] *Braun*, S. 4.
[331] *Braun*, S. 4.
[332] In der Süddeutsche Zeitung wurde es berichtet, dass ein Wachmann im Flüchtlingsheim schlüge vor, dass Flüchtlinge „zum Vergasen weiter nach Dachau“ geschickt werden sollen. *Fischer*, in: Süddeutsche Zeitung, 13/14. Mai 2017, 47. Wenn diese Anekdote wahr ist, dann ist es klar, dass mindestens ein Wachmann nichts über die grundgesetzliche Garantie der Menschenwürde in seiner Sicherheitsausbildung gelernt hat. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG („Die Würde des Menschen ist unantastbar.“).

Sicherheit als exklusive Aufgabe annehmen, in dem alle Sicherheitsdienste nur von der staatlichen Polizei angeboten werden dürfen.

H. Lebensmittelbanken

Es gibt auch öffentliche Aufgaben, die von Privaten geleistet werden, die nicht „privatisiert" im vorgegeben Sinne sind. Was passiert wenn der Private, bei der Leistung einer solchen öffentlichen Aufgabe, grundlegende Grundrechte klar nicht beachtet? Das war neulich der Fall bei einer Lebensmittelbank in Deutschland. Kann es möglich sein, dass diese Privaten an Grundrechten gebunden sind oder werden sollen?

A. Diskriminierung an „Die Tafel" im Essen

Am 15. März, 2018 hat die New York Times berichtet, dass „Die Tafel," eine Lebensmittelbank in Essen, eine neue Regel für ihre Anlage aufgestellt hat: Ausländer dürfen sich nicht mehr als Empfänger anmelden, nur Deutsche.[333]

Diese Lebensmittelbank ist Mitglied von Tafel Deutschland e.V., „Serviceverband und Sprachrohr von über 930 deutschen Tafeln."[334] Die erste Tafel wurde in 1993 in Berlin unter die Leitlinie „Lebensmittel retten. Menschen helfen" gegründet.[335] Das Ziel der Organisation, wie es auf ihrer Website steht, ist „eine Brücke zu bauen zwischen Überfluss und Mangel, die Folgen von Armut in einem der reichsten Länder der Erde zu lindern und benachteiligten Menschen Gesicht und Stimme zu geben."[336]

Als Organisation, „der Tafel-Dachverband ist vom Berliner Finanzamt für Körperschaften als gemeinnützig anerkannt und finanziert sich grundsätzlich über private und privatwirtschaftliche Spenden."[337]

Wie die New York Times berichtete, die Welle von ausländischen Immigranten und Asylbewerbern habe die ärmeren Nachbarschaften in

[333] *Bennhold*, in: N.Y. Times, 15.03.2018.
[334] Die Tafel: Der Dachverband, https://www.tafel.de/ueber-uns/der-dachverband/.
[335] Die Tafel: Der Dachverband, https://www.tafel.de/ueber-uns/der-dachverband/.
[336] Die Tafel: Der Dachverband, https://www.tafel.de/ueber-uns/der-dachverband/.
[337] Die Tafel: Der Dachverband, https://www.tafel.de/ueber-uns/der-dachverband/.

Deutschland am stärksten belastet, wo sich jetzt viele Deutscher „entfremdet“ fühlen.[338] Die deutschen Kunden der Lebensmittelbank ärgerten sich, als „Gruppen von jungen Migranten“ sich vordrängten um als ernstes bedient zu werden, und dadurch reicht die Lebensmittelversorgung nicht für die deutsche Kunden aus, die geduldig in der Schlange gewartet haben.[339] Angesichts dieser neuen Entwicklung, fühlten ältere Damen sich nicht mehr sicher, allein zur Lebensmittelbank zu gehen.[340]

Nach der Implementierung der neue Regel bei der Lebensmittelbank in Essen haben deutsche Kunden sich über diese Maßnahmen gefreut, und Spenden an die Lebensmittelbank sind eigentlich angestiegen.[341]

Als diese Neuigkeit aus Essen in den deutschen Medien berichtet wurde, wurde die Maßnahmen der Essener Lebensmittelbank als untragbare Diskriminierung kritisiert. Nach der Meinung des Hauptgeschäftsführers des Paritätischen Gesamtverbands,[342] Ulrich Schneider, „Eine ethnische Diskriminierung wie in Essen dürfe es nicht geben,“ und erkennt auch ein größeres Problem des sozialen Sicherheitsnetzes in Deutschland: "Lebensmittelspenden sind gut, doch darf in unserem Sozialstaat niemand darauf angewiesen sein."[343] Diese Beobachtung wurde von solchen Tatsachen unterstützt: es gibt immer mehr Kunden an deutschen Lebensmittelbanken, unter ihnen mehr Ausländer als je, und die Waren reichen nicht mehr aus, jeden in Not mit Lebensmitteln zu versorgen.[344]

Der Vorsitzende der Tafeln in Deutschland, Jochen Brühl, hat versucht, die Entscheidung in Essen zu verteidigen.[345] Er erzählt von einer „speziellen“ Situation in Essen, wo „75 Prozent“ der Tafelkunden Migranten sind.[346] Seiner Meinung nach, es sei nicht in Ordnung, dass die Gesichte in Essen als „skandalös“ in den Medien berichtet wurde: der echte Skandal sei „die Verarmung eines Teils unserer

[338] *Bennhold*, in: N.Y. Times, 15.03.2018.
[339] *Bennhold*, in: N.Y. Times, 15.03.2018.
[340] *Bennhold*, in: N.Y. Times, 15.03.2018.
[341] *Bennhold*, in: N.Y. Times, 15.03.2018.
[342] Der Paritätische Gesamtverband ist „einer der sechs Spitzenverbände der Öffnet externen Link in neuem Wohlfahrtspflege in der BRD. Er ist Dachverband von über 10.000 eigenständigen Organisationen, Einrichtungen und Gruppierungen im Sozial- und Gesundheitsbereich.“ *Der Paritätische Gesamtverband*: Über Uns, http://www.der-paritaetische.de/verband/ueber-uns/.
[343] *Spiegel Online*: Tafeln, in: Spiegel Online, 06.03.2018.
[344] *Lill, und Ziegler,* in: Spiegel Online, 05.03.2018.
[345] *Schultz*, in: Spiegel Online, 23.02.2018.
[346] *Schultz*, in: Spiegel Online, 23.02.2018.

Gesellschaft."[347] Es wäre ihm lieber zu verweigern, „Armut gegen Armut" auszuspielen.[348]

Die New York Times hat am 4. April 2018 berichtet, dass, nach der internationalen Medieninteresse, die Essener Tafel ausländische Bewerber wieder annehmen wird.[349] In dieser Situation ist aber eine kritische Frage noch unbeantwortet: haben Lebensmittelbanken eine rechtliche Pflicht, Grundrechte zu schützen und nicht gegen ihre Bewerber aufgrund von Nationalität zu diskriminieren? Sollen sie solch eine Pflicht haben?

B. Diskriminierung bei Lebensmittelbanken: Rechtliche Aspekte

Im Fall einer Lebensmittelbank, existiert kein reines Privatisierungsproblem wie die, die früher in dieser Arbeit diskutiert wurde. Die Tafel Deutschland, nach ihre Website-Erklärung, war immer privates Verein mit dem Ziel, bedürftige Menschen mit Lebensmitteln zu versorgen. Diese Arbeit ist, besonders in einem Sozialrechtsstaat wie Deutschland, sehr wichtig. Tafel Deutschland war, anscheinend, nie eine staatliche Einheit, und hat als privater Verein keine staatliche Aufgabe offiziell wahrgenommen.

Sollen private Einheiten wie diese Essener Lebensmittelbank so eine diskriminierende Regel anwenden dürfen? Nach dem deutschen Grundgesetz, haben „alle Deutschen das Recht, Vereine und Gesellschaften zu bilden."[350] Solche Vereine und Gesellschaften „sind freiwillige Zusammenschlüsse natürlicher und/oder juristische Personen, die einen gemeinsamen Zweck verfolgen, auf eine bestimmte Dauer angelegt sind und ein Mindestmaß an Organisation aufweisen."[351]

Vereine werden durch das Vereinsgesetz[352] geregelt, nach dem der Staat ein Verein verbieten kann, „wenn durch Verfügung der Verbotsbehörde festgestellt ist, dass seine Zwecke oder seine Tätigkeit den Strafgesetzen zuwiderlaufen oder dass

[347] *Schultz*, in: Spiegel Online, 23.02.2018.
[348] *Schultz*, in: Spiegel Online, 23.02.2018.
[349] *Schuetze*, in: N.Y. Times, 04.04.2018.
[350] Art. 9 Abs. 1 GG.
[351] *Ipsen*: Staatsrecht, § 13, Rn. 585.
[352] Gesetz zur Regelung des öffentliches Vereinsrechts (Vereingesetz - VereinG) vom 5. August 1964, BGBl. I S. 593.

er sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung richtet[.]“[353]

Es könnte argumentiert werden, dass eine Stiftung wie Die Tafel Deutschland auch gebunden werden soll, Grundrechte zu schützen. Wenn das in diesem Fall wahr wäre, dann könnte es auch argumentiert werden, dass die Handlung von Der Tafel in Essen einen verfassungswidrigen Verstoß gegen die Gleichheitsgarantie im Grundgesetze sei,[354] beziehungsweise gegen andere Gesetze.[355] Auf jeden Fall, die Handlung der Essener Tafel, als Anbieter eines wichtigen Sozialdienstes, gibt den Anschein gegen die Prinzipien des Sozialstaats zu verstoßen, besonders weil Lebensmittel nötig für eine menschliche Existenz sind.

I. Fazit

Als sozialer Rechtsstaat, die Regierung in Deutschland ist gebunden, menschliche Grundrechte zu schützen. Diese Grundrechte sind in Artikeln 1-20 des deutschen Grundgesetzes katalogisiert.[356]

Die Grundlage des deutschen sozialen Rechtsstaats ist die Unantastbarkeit der Menschenwürde, die sich im Artikel 1 Grundgesetz zu finden ist. Die im Grundgesetz garantierten Grundrechte beinhalten die freie Entfaltung der Persönlichkeit (die die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert), der Schutz vom Leben und der körperlichen Unversehrtheit, und die Gleichheit vor dem Gesetz. Alle Personen, die sich in Deutschland finden, sind sogenannte „Grundrechtsträger“ dieser grundlegenden Grundrechte.[357]

---

[353] § 3 Abs. 1 VereinG.
[354] Art 3 Abs. 3 Satz 1 GG (“Niemand darf wegen […] seiner Abstammung […] benachteiligt oder bevorzugt werden.“).
[355] Siehe, zum Beispiel, § 33c Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I) vom 11. Dez. 1975, BGBl. I S. 3015 („Bei der Inanspruchnahme sozialer Rechte darf niemand aus Gründen der Rasse, wegen der ethnischen Herkunft oder einer Behinderung benachteiligt werden.“); § 2 Abs. 1 No. 5 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. Aug. 2006, BGBl. I S. 1897 („Benachteiligungen aus einem in § 1 genannten Grund sind nach Maßgabe dieses Gesetzes unzulässig in Bezug auf: […] (5) den Sozialschutz, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste[.]“).
[356] Siehe oben, *A.*
[357] Siehe oben, *B.II.*

Grundrechte in Deutschland sind objektive, positive Normen, die ein rechtliches Wertsystem schaffen und positive Beteiligung der Bevölkerung in der Gesellschaft fördern. Grundrechte haben auch eine subjektiv-öffentlichen Qualität, weil sie Abwehrrechte gegen verfassungswidrige Eingriffe sind.[358]

Grundrechtsadressaten sind rechtlich gebunden, Grundrechte zu schützen und nicht zu verletzten. In Deutschland, als allgemeines Prinzip, der Staat ist Grundrechtsadressat, aber Private nicht, weil eine allgemeine Handlungsfreiheit im Grundgesetz garantiert ist. Es gibt aber im deutschen Recht das Drittwirkungsprinzip: Gesetzgeber, beim Erlass privatrechtlicher Gesetzen, sind gebunden, Grundrechte zu achten, weil Grundrechte die Grundlage des deutschen Staats und des deutschen Rechtssystems sind. Nach dem Drittwirkungsprinzip sollen Grundrechte als die Leitlinien der Rechtsbeziehungen zwischen Privaten sein.[359]

Staatliche Aufgaben sind öffentliche Aufgaben, die der Staat zur Gewährleistung des allgemeinen Wohls der Gesellschaft leistet. Staatliche Aufgabe können vom Staat privatisiert werden, aber solche Privatisierungen dürfen nicht verfassungswidrig sein.[360] Privatisierungen werden vom Staat auf vielen politischen und wirtschaftlichen Gründen erwogen. Es wird oft vom Staat entschieden, dass Private staatliche Aufgaben besser und effizienter leisten können.[361] Der angeforderte Vorgang einer Privatisierung enthält mehrere Phasen: Planung, Durchführung durch den Erlass von Gesetzen, und Aufsicht durch Regulierung der Verwaltungsbehörden.[362]

Es gibt mehrere Formen von Privatisierung. In einigen Formen bleibt die Aufgabenverantwortung beim Staat: der Staat kann als Privater handeln (Handlungsform), eine privatrechtlichen Form annehmen (Organisationsform oder formelle Privatisierung), oder die Aufgabeleistung der Private verwalten (Verwaltungsprivatisierung). In den anderen Formen, die Aufgabeleistung und die Verantwortung werden vom Staat zu einem Privaten übergeben. Mit Privatisierung der Aufgabe (materielle Privatisierung), der Staat garantiert noch, durch eine

[358] Siehe oben, *B.III.*
[359] Siehe oben, *C.*
[360] Siehe oben, *D.*
[361] Siehe oben, *E.I.*
[362] Siehe oben, *E.II.*

sogenannten Reserveverantwortung, dass die Aufgabe in Notlagen noch geleistet werden. Aber mit Privatisierung der Verantwortung, der Staat haltet die Reserveverantwortung für den Bereich nicht mehr.[363]

Bei einer Übertragung der Aufgabeleistung und der Verantwortung dafür zu einem Privaten, wie werden die Grundrechte der Bürger, die von der Leistung der öffentlichen Aufgabe beeinträchtigt sind, geschützt? Nach dem Privatisierungsfolgerecht, der Staat hat eine verfassungsrechtliche Gewährleistungsverantwortung, verwaltungsrechtlich zu sichern, dass Private privatisierte Aufgabe akzeptabel leisten. Die Verwaltungsaktivitäten der verantwortlichen Verwaltungsbehörde können kontrollieren, ob Grundrechte bei der Leistung des Privaten geschützt werden. Nach der Drittwirkungstheorie, es könnte sogar argumentiert werden, dass es von der Gesetzgeber gesetzlich festgestellt werden muss, dass der Kontrollmechanismus besondere Grundrechtsschutzelemente enthaltet. Weiter, nach der Theorie der „Publizierung," der Inhalt das Privatisierungsgesetz könnte zwischen den Gesetzgeber und den Privaten ausgehandelt werden.[364]

Seit dem Anfang des 20. Jahrhunderts gab es in Deutschland ein privates Sicherheitsgewerbe. Aufgrund der Privatisierung der öffentlichen Sicherheitsaufgaben, sind heutzutage private Wachpersonal überall in Deutschland zu finden. Die rechtliche Anforderungen des Gewerbes und der Unterrichtung privater Wachmänner sind in der Gewerbeordnung und in der Bewachungsverordnung zu finden. Es ist aber nicht klar, ob die Mitarbeiter des privaten Sicherheitsgewerbes gebunden sind, Grundrechte zu schützen. Nach dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats, könnte es argumentiert werden, dass, obwohl Private rechtlich nicht so gebunden sind, solch ein Pflicht auf jeden Fall Teil des Gesetzes sein soll, weil sie eine wichtige öffentliche Aufgabe, den Schutz der öffentlichen Sicherheit, leisten.[365]

Eine zweite wichtige Aufgabe zum Interesse der allgemeinen Bevölkerung ist kostenlose Lebensmittel für die Arme zu versorgen. Neulich gab es an „Die Tafel," eine Lebensmittelbank in Essen, eine neue Regel: Ausländer dürfen sich

[363] Siehe oben, *E.IV.*
[364] Siehe oben, *F.*
[365] Siehe oben, *F.*

nicht mehr als Empfänger anmelden, nur Deutsche. Ist diese Regel verfassungswidrig? Das Grundgesetz verbietet Diskriminierung aufgrund der Abstammung, aber private Lebensmittelbanken, wie all Private, sind nicht rechtlich gebunden, Grundrechte zu schützen. Die Tafel Deutschland ist und war immer eine private Einheit. Sie bekam ihre Aufgaben nicht durch Privatisierung. Trotzdem ist es in diesem Fall auch klar, dass diese Diskriminierung auch gegen des Prinzips des sozialen Rechtsstaats stoßt, besonders weil es mit der Versorgung von Lebensmittel – eine Grundlage der Menschenwürde - zu tun hat.[366]

Beide Real-World-Beispiele, die hier beschrieben werden, haben mit Ausländer in Deutschland zu tun. Die Anzahl der Ausländer in Deutschland hat sich in den letzten Jahren dramatisch gestiegen. Im Sommer 2015 wurde es langsam Klar, dass es neulich eine Flüchtlingswelle in Deutschland gab. Die Dateien am Ende dieses Jahres haben es bestätigt: es gab im 2014 202.834 Asylanträgen in Deutschland; in 2015, 476.649.[367] Die meiste Flüchtlinge, mehr als 150.000, stammen aus Syrien, aber sie sind aus vielen Länder in der nahen Osten, Afrika, und Asien nach Deutschland gewandert, vor Gewalt und Armut zu flüchten.[368]

Im August 2015 hat Bundeskanzlerin Angela Merkel eine Rede über die Flüchtlingssituation gegeben. Sie hat mehrere Vorschriften des Grundgesetzes zitiert, einschließlich Artikel 16a (Asylrecht)[369] und Artikel 1 (Schutz der Menschenwürde).[370] Sie hat auch versucht, die Ängste und Zweifel, die die Bevölkerung im Bezug mit der Annahme dieser Flüchtlingen hatten, zu beruhigen: „Deutschland ist ein starkes Land. Das Motiv, mit dem wir an diese Dinge herangeben, muss sein: Wir haben so vieles geschafft – wir schaffen das! Wir

[366] Siehe oben, *G*.
[367] *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*: Das Bundesamt in Zahlen 2015 – Asyl, Migration und Integration, 2016, 10, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Broschueren/bundesamt-in-zahlen-2015.pdf (Zugriff am 14.05.2018).
[368] *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*: Das Bundesamt in Zahlen 2015 – Asyl, Migration und Integration, 2016, 12, https://www.bamf.de/SharedDocs/Anlagen/DE/Publikationen/Broschueren/bundesamt-in-zahlen-2015.pdf (Zugriff am 14.05.2018).
[369] "Politische Verfolgte genießen Asylrecht." Art. 16a Abs. 1 GG.
[370] "Die Würde des Menschen ist unantastbar." Art. 1 Abs. 1 Satz. 1 GG.

schaffen das, und dort, wo uns etwas im Wege steht, muss es überwunden werden, muss daran gearbeitet werden."[371]

Die rechtliche Grundlage, „es zu schaffen," oder für jede Person in Deutschland ein würdiges Leben zu ermöglichen, existieren schon. Sie beginnen und enden mit dem Prinzip des sozialen Rechtsstaats und der Grundrechte im Grundgesetz. Es wird sich in den nächsten Jahren zeigen, wie es in Deutschland in der Wirklichkeit entwickelt.

[371] Angela Merkel: Sommerpressekonferenz von Bundeskanzlerin Merkel, 31. Aug. 2015, https://www.bundesregierung.de/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2015/08/2015-08-31-pk-merkel.html (Zugriff am 14.05.2018).

Altvater, Elmar: Was passiert, wenn öffentliche Güter privatisiert wird?, in: Peripherie Nr. 90/91, 23. Jg. 2003, S. 171-201.

Badura, Peter: Das Prinzip der sozialen Grundrechte und seine Verwirklichung im Recht der Bundesrepublik Deutschland, in: Der Staat 1975, S. 17-48. [zitiert als *Badura*: Prinzip der sozialen Grundrechte].

Badura, Peter: Die Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts als Verfassungsziel und der Schutz der grundrechtlichen Freiheit, in: *Sachs, M./Siekmann, H. (Hrsg.)*, Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 275-293. [zitiert als *Badura*: Förderung des gesellschaftlichen Fortschritts].

Baer, Susanne: Dignity, liberty, equality: A fundamental rights triangle of constitutionalism, in: U. of Toronto L.J. 2009, Bd. 59, S. 417-468.

Barak-Erez, Daphne: A State Action Doctrine for an Age of Privatization, Syracuse L. Rev. 1995, Bd. 45, S. 1169-1192.

Beermann, Jack M.: Administrative-Law-Like Obligations on Private[ized] Entities, in: UCLA L. Rev. 2002, Band 45, S. 1717-1737.

Bennhold, Katrin: Germans First? A Food Bank Bars Migrants, Setting off a Storm, in: N.Y. Times, 15.03.2018, https://www.nytimes.com/2018/03/15/world/europe/germany-food-bank-migrant-ban.html (Zugriff am 14.05.2018).

Berner, Georg/Köhler, Gerd Michael/Käß, Robert: Polizeiaufgabengesetz (Bay.) Handkommentar, 20. Auflage, Heidelberg 2010.

Blau, Judith und Moncada, Alberto: Justice in the United States: Human Rights and the Constitution, Oxford 2006.

Bommarius, Christian: Germany's *Sozialstaat* Principle and the Founding Period, in: German L.J. 2011, Bd. 12, S. 1879-1885.

Böse, Martin: Aufsichtsrechtliche Vorermittlungen in der Grauzone zwischen Strafverfolgung und Gefahrenabwehr, in: ZStW 2007, Heft 4, S. 848-886.

Braun, Frank: Private Sicherheitsdienste, 2012, in: Bundeszentrale für Politische Building (Hrsg.), http://www.bpb.de/politik/innenpolitik/innere-sicherheit/76663/private-sicherheitsdienste (Zugriff am 14.05.2018).

Budäus, Dieter: Privatisierung öffentlich wahrgenommener Aufgaben – Grundlagen, Anforderungen und Probleme aus wirtschafts-wissenschaftlicher Sicht, in *Gusy, C. (Hrsg.),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 12-35.

Caldwell, Peter C.: Is a "Social Rechtsstaat" Possible? The Weimar Roots of a Bonn Controversy, in: *Caldwell, Peter C./Scheuerman, William E. (Hrsg.)*, From Liberal Democracy to Fascism, Boston 2000, S. 136-154.

Canaris, Claus-Wilhelm: Grundrechte und Privatrecht, in: AcP 1984, S. 201-246.

Classen, Claus Dieter: Die Drittwirkung der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1997, Bd. 122, S. 65-107.

Detterbeck, Steffen: Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht (15. Auflage), München 2017.

Di Fabio, Udo: Privatisierung und Staatsvorbehalt: Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe, in: JZ 1999, S. 585-636.

Dickinson, Laura A.: Privatization and Accountability, in: Ann. Rev. L. Soc. Sci. 2011, Bd. 7, S. 101-120.

Dowideit, Anette: Security in Asylheim ist oft ein Job für Gescheiterte, in: Die Welt, 21.03.2016, https://www.welt.de/politik/deutschland/article153503929/Security-im-Asylheim-ist-oft-ein-Job-fuer-Gescheiterte.html (Zugriff am 14.05.2018).

Eberle, Edward J.: The German Idea of Freedom, in: Oregon Rev. Int'l L. 2008, Bd. 10, S. 1-76.

Eichenhofer, Eberhard: Die Verfassungsauftrag: Ein sozialer Rechtsstaat, in: Sozialer Fortschritt 2011, Bd. 60, S. 1-4.

Enders, Christoph: Die Privatisierung des öffentlichen Durch die Grundrechtliche Schutzpflicht und seien Rekonstruktion aus der Lehrer von den Staatszwecken, in: Der Staat 1996, Bd. 35, S. 351-387.

Engle, Eric: Third Party Effect of Fundamental Rights (*Drittwirkung*), in: Hanse L. Rev. 2009, Bd. 5, S. 165-173.

Erbguth/Mann/Schubert: Besonderes Verwaltungsrecht: Kommunalrecht, Polizei- und Ordnungsrecht, Baurecht (12. Auflage), Heidelberg 2015.

Ernst, Christian: Die Wahrnehmung des öffentlichen Hausrechts durch private Sicherheitsdienste, in: NVwZ 2015, S. 333-338.

Fischer, Jonathan: Auf verlorenen Posten, in: Sueddeutsche Zeitung 13./14. Mai, 2017, S. 47.

Frank, Arno: Private Sicherheitsdienste: Verlierer in Uniform, in: Spiegel Online, 01.10.2014, http://www.spiegel.de/kultur/gesellschaft/private-sicherheitsdienste-staat-lagert-verantwortung-aus-a-994647.html (Zugriff am 14.05.2018).

Freeman, Jody: Extending Public Law Norms through Privatization, Harv. L. Rev. 2003, Bd. 116, S. 1285-1352.

Genschel, Philipp und Zangl, Bernhard: Metamorphosen des Staates — vom Herrschaftsmonopolisten zum Herrschaftsmanager, in: Leviathan 2008, Bd. 36, S. 430-454.

Gerloff, Thomas: Lehren aus der Privatisierung der Post, in: *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 165-178.

Gersdorf, Hubertus: Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gestaltungmöglichkeiten, Grenzen, Regelungsbedarf, JZ 2008, S. 831-839.

Glendon, Mary Ann: Foundations of Human Rights: The Unfinished Business, in: Am. J. Juris 1999, Bd. 44, S. 1-14.

Gollan, Lutz: Private Sicherheitsdienste in der Risikogesellschaft, 1999 Freiburg i. Br.

Gramm, Christof: Privatisierung und Notwendige Staatsaufgaben, Berlin 2001.

Grande, Edgar: Privatisierung und Regulierung aus politikwissenschaftler Sicht, in *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 37-56.

Grawert, Rolf: Das Grundgesetz im Lichte seiner Grundrechte: Eine judikative Entwicklungsgeschichte, in: Der Staat 2010, Bd. 49, S. 507-542.

Gusy, Christoph: Grundrechtsmonitoring – Grundrechtsdurchsetzung außerhalb gerichtlicher Instanzen, in: Der Staat 2008, Bd. 47, S. 511-549. [zitiert als *Gusy*: Grundrechtsmonitoring].

Gusy, Christoph: Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 330-351. [zitiert als *Gusy*: Privatisierung als Hearusforderung].

Hailbronner, Michaela: Traditions and Transformations: The Rise of German Constitutionalism, Oxford 2015.

Hamburger, Philip A., Natural Rights, Natural Law, and American Constitutions, in: Yale L.J. 1993, Bd. 102, S. 907-960.

Hartmann, Guido M.: Die Angst vor dem Chaos, in: Die Welt, 12.03.2018, https://www.welt.de/regionales/nrw/article174397587/Flughafen-Duesseldorf-Die-Angst-vor-dem-Chaos.html (Zugriff am 14.05.2018).

Heinig, Hans Michael: The Political and the Basic Law's Sozialstaat Principle – Perspectives from Constitutional Law and Theory, in: German L.J. 2011, Bd. 12, S. 1887-1900.

Horn, Hans-Detlef: Die Grundrechtsverbindung der Verwaltung, in: *Sachs, M./Siekmann, H. (Hrsg.)*, Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 351-368.

Ipsen, Jörn: Gesetzliche Einwirkungen auf grundrechtliche geschützte Rechtsgüter, in: JZ 1997, S. 473-480. [zitiert als *Ipsen*: Geschützte Rechtsgüter].

Ipsen, Jörn: Grundrechte als Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten, in: *Sachs, M./Siekmann, H. (Hrsg.)*, Der Grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat: Festschrift für Klaus Stern zum 80. Geburtstag, Berlin 2012, S. 369-380. [zitiert als *Ipsen*: Gewährleistungen von Handlungsmöglichkeiten].

Ipsen, Jörn: Staatsrecht II: Grundrechte (19. Auflage), München 2016. [zitiert als *Ipsen*: Staatsrecht].

Kämmerer, Jörn Axel: Verfassungsstaat auf Diät?, in: JZ 1996, S. 1042-1050.

Kirchhof, Gregor: Rechtsfolgen der Privatisierung: Jede Privatisierung lockert, löst öffentlich-rechtliche Bedingungen, in: AöR 2007, S. 215-256.

Kißler, Leo: Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien und Grenzen aus sozialwissenschaftlicher Sicht, in *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 57-71.

Köhler, Oliver: Minderjährige im Sicherheitsdienst im Kölner Karneval tätig?, in: WDR, 28.07.2017. https://www1.wdr.de/nachrichten/rheinland/koeln-sicherheitsdienst-maengel-vorwuerfe-100.html (Zugriff am 14.05.2018).

Koutnatzis, Stylianos-Ioannis G.: Social Rights as a Constitutional Compromise: Lessons from Comparative Experience, in: Columbia J. Transnat'l L. 2005, Bd. 44, S. 74-133.

Kumm, Mattias: Who's Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law, in: German L.J. 2006, Bd. 7, S. 341-370.

Lämmerzahl, Torsten: Die Beteiligung Privater an der Erledigung öffentlicher Aufgaben: Eine Untersuchung ihrer verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen, Berlin 2007.

Landmann/Rohmer: Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band I: Gewerbeordnung und Kommentar, 77 EL, München 2017 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Landmann/Rohmer GewO Kommentar Bd. I].

Langewiesche, Dieter: „Staat" und „Kommune": Zum Wandel der Staatsaufgaben in Deutschland im 19. Jahrhundert, in: HZ 1989, Bd. 24, S. 621-635.

Laubenthal, Klaus: Strafvollzug (7. Auflage), Berlin 2015.

Lill, Tobias und Ziegler, Jean-Pierre: Tafeln in Not: „Wir sind am Limit." Spiegel Online, 05.03.2018, http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/essen-andere-tafeln-haben-aehnliche-loesungen-gefunden-a-1196190.html (Zugriff am 14.05.2018).

Lindemann, Peter: Schlanker Staat und Justiz, in: ZRP 1999, Heft 5, S. 200-205.

Maunz, Theodore/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. I: Text, Art. 1-5, 81 EL, München 2017 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. I].

Maunz, Theodore/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. II: Art. 6-15, 81 EL, München 2017 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. II].

Maunz, Theodore/Dürig, Günter (Hrsg.): Grundgesetz Kommentar, Bd. IV: Art. 23-53a, 81 EL, München 2017 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig GG Kommentar Bd. IV].

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 18. Auflage, München 2018 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Erfurter Kommentar zum ArbR].

Müller-Volbehr, Jörg: Die soziale Rechtsstaat im System des Grundgesetzes, in: JZ 1984, 6-14.

Nejezchleba, Martin: Die hellen und dunklen Seiten der Wachdienste in Berlin, in: Berliner Morgenpost, 18.6.2017, https://www.morgenpost.de/berlin/article210942829/Die-hellen-und-dunklen-Seiten-der-Wachdienste-in-Berlin.html (Zugriff am 14.05.2018).

Nibbrig, Hans H.: Hausverbot auf der Berliner ITB für Sicherheitskräfte, in: Berliner Morgenpost, 10.03.2018,

https://www.morgenpost.de/berlin/itb/article213680051/Hausverbot-fuer-Sicherheitskraefte.html (Zugriff am 14.05.2018).

Ramsauer, Ulrich: Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, in: AöR 1986, Bd. 111, S. 501-536.

Rödl, Florian: Fundamental Rights, Private Law and the Societal Constitution: On the Logic of the So-Called Horizontal Effect, in: Indiana. J. Global L. Stud. 2013, Bd. 20, S. 1015-1034.

Ruffert, Matthias: Regulierung im System des Verwaltungsrechts: Grundstrukturen des Privatisierungsfolgerechts der Post und Telekommunikation, in: AöR 1999, Bd. 124, 237-281.

Schaefer, Jan Philipp: Ordoliberale Theorie der Grundrechte des Grundgesetzes, in: Der Staat 2009, Bd. 48, S. 215-238.

Schmitt, Carina und Obinger, Herbert: Verfassungsschranken und die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen im internationalen Vergleich, in: PVS 2010, Bd. 51, S. 643-664.

Schnekenburger, Franz: Rechtsstellung und Aufgaben des Privaten Sicherheitsgewerbes, Köln 1999.

Schuetze, Christopher F.: German Food Bank Reopens Doors to New Foreign Applicants, in: N.Y. Times, 04.04.2018, https://www.nytimes.com/2018/04/04/world/europe/germany-food-bank-foreigners.html (Zugriff am 14.05.2018).

Schultz, Benjamin: Debatte über Essener Tafel: „Das mach mich wütend," in: Spiegel Online, 23.02.2018, http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/essener-tafel-was-der-vorsitzende-der-deutschen-tafeln-zum-fall-sagt-a-1195121.html (Zugriff am 14.05.2018).

Schuppert, Gunnar Folke: Jenseits von Privatisierung und „schlankem" Staat: Vorüberlegungen zu einem Konzept von Staatsentlastung durch Verantwortungsteilung, in *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 72-115.

Simmons, William P. und Hammer, Leonard: Privatization of Prisons in Israel and Beyond: A Per Se Violation of the Human Right to Dignity, in: Santa Clara J. Int'l L. 2013, Bd. 18, S. 487-515.

Smartt, Ursula: Private Gefaengnisse: Bald auch in Deutschland, NK 2001. Bd. 13, 8-10.

Spiegel Online: Tafeln Fordern effektivere Bekämpfung von Armut, 06.03.2018, http://www.spiegel.de/panorama/gesellschaft/tafel-deutschland-fordert-effektivere-armutsbekaempfung-a-1196703.html [zitiert als Spiegel Online: Tafeln] (Zugriff am 14.05.2018).

Stachura, Peter D.: The Weimar Republic and the younger proletariat: An economic and social analysis, Houndmills 1989.

Steegmann, Christoph: Die Privatisierung polizeilicher Aufgaben, in *Gusy, C. (Hrsg),* Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, 237-258.

Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Leonhardt, Klaus/Sachs, Michael/Schmitz, Heribert (Hrsg.): Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 9. Auflage, München 2018 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Stelkens/Bonk/Sachs VwVfG Kommentar].

Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg (Hrsg.): Gewerbeordnung Kommentar 8. Auflage, München 2011 [zitiert als *Bearbeiter*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat GewO Kommentar].

Tiemann, Burkhard: Verfassungsrechtliche und Finanzwirtschaftliche Aspekte der Entstaatlichung öffentlicher Leistungen, in: Der Staat 1977, 171-200.

Trebilcock, Michael J. und Iacobucci, Edward M.: Privatization and Accountability, in: Harv. L. Rev. 2003, Bd. 116, S. 1422-1453.

Tushnet, Mark: State Action in 2020, in *Balkin, J.M. und Siegel, R.B. (Hrsg.)*, The Constitution in 2020, Oxford 2009, S. 69-77.

Van Arsdale, Barbara J./Blum, George L./Bourdeau, John/Gustafson, Jill/Jacobs, Alan J./Oakes, Karl: Federal Constitutional Guarantees of Civil Rights – Fourteenth Amendment – Generally, in: American Jurisprudence 2d 2018, Bd. 15, § 5, http://www.westlaw.com [zitiert als American Jurisprudence 2d, Bd. 15 Civil Rights, Generally - § 5].

Vest, Peter: Die formelle Privatisierung öffentlicher Unternehmen – Eine Effizienzanalyse anhand betriebswirtschaftlicher Kriterien der Rechstformwahl, in: ZögU 1998, Bd. 21, H. 2, S. 189-202.

von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage, Baden-Baden 2015 [zitiert als *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje: Europäisches Unionsrecht].

Vosgerau, Ulrich: Zur Kollision von Grundrechtsfunktionen – Ein zentrales Problem der Grundrechtsdogmatik, in: AöR 2008, Bd. 133, S. 346-388.

Wahl, Rainer: Privatisierung im Umweltrecht, in *Gusy, C. (Hrsg)*, Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, Baden-Baden 1998, S. 260-297.

Weiss, Wolfgang: Privatisierung und Staatsaufgaben, Tübingen 2002.

Welti, Felix: Teilhabe im sozialen Rechtsstaat, in: Soz Passagen 2011, Bd. 3, S. 201-216.

Wolf, Joachim: Remaining State Control Over Privatised German Enterprises, J. Corp. L. Stud. 2001, Bd. 1, S. 411-447.

Erklärung zur eigenständigen Bearbeitung

Hiermit versichere ich, dass ich die Arbeit ohne fremde Hilfe und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Quellen angefertigt habe.

Jennifer Allison
Boston, der 15. Mai 2018