

KLAUS-DIETER DRÜEN

Die Indienstnahme
Privater für den Vollzug
von Steuergesetzen

Jus Publicum

218

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 218



Klaus-Dieter Drüen

Die Indienstnahme
Privater für den Vollzug
von Steuergesetzen

Mohr Siebeck

Klaus-Dieter Drüen, geboren 1969 in Moers/Niederrhein; nach dem Abitur 1988 Berufsausbildung in der Finanzverwaltung des Landes Nordrhein-Westfalen sowie Studium der Wirtschafts- und Rechtswissenschaften an der FernUniversität Hagen und der Ruhr-Universität Bochum; 1991–1997 Stipendiat der Studienstiftung des Deutschen Volkes; 1996 Erstes Juristisches Staatsexamen; 1998 Promotion an der Ruhr-Universität Bochum; 1999 Zweites Juristisches Staatsexamen; 2000–2006 Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Steuerrecht an der Ruhr-Universität Bochum; Dezember 2005 Habilitation an der Ruhr-Universität Bochum und Verleihung der *venia legendi* für Deutsches und Europäisches Steuerrecht, Bilanzrecht, Staats- und Verwaltungsrecht; 2006/2007 Privatdozent mit Lehrstuhlvertretungen in Bochum und Düsseldorf; 2007 Rufe an die Universitäten Augsburg und Düsseldorf; seit Oktober 2007 Inhaber des Lehrstuhls für Unternehmenssteuerrecht an der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf und Direktor am Institut für Unternehmensrecht; seit Mai 2011 Richter am Finanzgericht Düsseldorf im zweiten Hauptamt.

e-ISBN 978-3-16-152420-2

ISBN 978-3-16-150340-5

ISSN 0941-0503 (Jus Publicum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2012 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Stempel-Garamond gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Die gesetzliche Indienstnahme Privater hat Tradition. Im Jahre 1950 hat *Hans Peter Ipsen* diese Rechtsfigur entdeckt und das Bundesverfassungsgericht hat sie bald rezipiert. Bislang zuwenig hinterfragte Rechtfertigungsschleifen begreift der Gesetzgeber augenscheinlich als Einladung, Bürgern und Wirtschaft neue Pflichten im öffentlichen Interesse oder zur Entlastung des Staates aufzuerlegen. Ausgehend vom Referenzgebiet der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug, das *Ipsen* historisch mit dem Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber vor Augen stand, zeigt diese Schrift verfassungsrechtliche Strukturen und Typen dieser Rechtsfigur auf. Die Indienstnahme im öffentlichen Interesse lässt sich trotz des breiten Spektrums ihrer Anwendungsfälle zu einem bereichsübergreifenden Rechtsinstitut konturieren. Der Steuerstaat fordert und begrenzt die Indienstnahme Privater. Sie erschöpft sich nicht in einem Indienstnahmeakt, der freiheits- und gleichheitsrechtlicher Rechtfertigung bedarf. Vielmehr treffen den Gesetzgeber im häufig multipolaren Indienstnahmeverhältnis bereichsspezifische Ausgestaltungspflichten. Hierfür sind die zahllosen, in letzter Zeit intensivierten Indienstnahmen für den Vollzug von Steuergesetzen ein plastisches und lehrreiches Anschauungsfeld. Diese Arbeit versteht sich als Baustein zum vielschichtigen Indienstnahmerecht, um das – wie mehrere jüngere Monographien belegen – derzeit intensiv gerungen wird.

Diese Schrift wurde zum Ende des Sommersemesters 2005 abgeschlossen und im Wintersemester 2005/2006 von der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum als Habilitationsschrift angenommen. Lehrstuhlvertretungen sowie die Übernahme des Düsseldorfer Lehrstuhls mit zahlreichen Folgepflichten haben die geplante Publikation immer wieder verzögert. Erst in meinem ersten Forschungssemester habe ich die Zeit gefunden, die Schrift für die Veröffentlichung zu aktualisieren. Dabei habe ich die Gelegenheit genutzt, den Text und vor allem die Anmerkungen fortzuschreiben und auch um Hinweise auf wichtige nach Abschluss der Arbeit erscheinende Veröffentlichungen und jüngere Entwicklungen zu ergänzen. Die Schrift ist nunmehr auf dem Rechtsstand vom 31. Dezember 2011.

Besonderen Dank schulde ich Herrn Professor Dr. Roman Seer, der mich zu einer akademischen Laufbahn animiert und die Arbeit vorbildlich betreut hat. Er hat mir stets Freiräume gelassen und mir den Weg zur Habilitation in einer Zeit eröffnet, als diese ins hochschulpolitische Abseits geriet und institutionelle

Förderung durch Stipendien ausblieb. Ohne seinen zunächst sanften, später unwiderstehlichen Druck wäre das Habilitationsverfahren nicht so schnell eröffnet und abgeschlossen worden. Dafür danke ich ihm von Herzen und blicke gerne auf meine Assistentenjahre in Bochum zurück. Mein Dank gebührt auch Herrn Professor Dr. Martin Burgi, dessen eigene Habilitationsschrift mir einerseits wertvolle Impulse für mein Thema gab und der andererseits sein Zweitgutachten für das Habilitationsverfahren binnen kurzer Frist erstattet hat.

Ich danke auch meinen früheren Kollegen am Bochumer Lehrstuhl für Steuerrecht, insbesondere für die Beschaffung von Material, das Korrekturlesen und manchen Zuspruch in der Habilitationsphase. Meine Mitarbeiter am Lehrstuhl in Düsseldorf haben mich bei der Aktualisierung der Anmerkungen unterstützt. Ihnen gebührt ebenso mein Dank wie dem Verlag Mohr Siebeck und seinem Cheflektor Herrn Dr. Franz-Peter Gillig für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Jus Publicum“ und die Geduld bis zur Veröffentlichung.

Schließlich danke ich der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft, Köln, für einen Druckkostenzuschuss und ganz besonders der Stiftung Esche-Schümann-Commichau in Hamburg für die Zuerkennung ihres großzügigen Förderpreises für meine Schrift.

Düsseldorf, im Dezember 2011

Klaus-Dieter Drüen

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	XI
Einleitung	1

Erster Teil:

Grundlagen der Indienstnahme Privater

Erster Abschnitt:

Bestandsaufnahme

§ 1: Ursprung und Rezeption der Indienstnahme Privater	11
§ 2: Phänomenologie der Indienstnahme Privater	36

Zweiter Abschnitt:

Begriff und Typologie der Indienstnahme Privater

§ 3: Der Begriff der Indienstnahme Privater	49
§ 4: Typologie der Indienstnahme Privater	97

Zweiter Teil:

Die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug als Referenzmaterie

Erster Abschnitt:

Referenzfunktion, Typologie und Verfassungsrechtsprechung

§ 5: Über Funktion und Wahl einer Referenzmaterie	108
§ 6: Typologie steuerrechtlicher Indienstnahmen	112
§ 7: Der Lohnsteuerabzug als Referenztypus der Indienstnahme Privater	133

*Zweiter Abschnitt:**Die Indienstnahme für den Steuervollzug
im Fokus der Privatisierungsdogmatik*

- § 8: Die Indienstnahme für den Steuervollzug als Form
der Privatisierung und Selbstregulierung? 168

Dritter Teil:

Die Legitimation der Indienstnahme Privater

*Erster Abschnitt:**Grundfragen der Legitimation der Indienstnahme Privater*

- § 9: Das Bedürfnis der Legitimation des Indienstnahmeaktes 184
 § 10: Indienstnahmeziele und -gründe 188
 § 11: Legitimationsmodus und -maßstab für die Indienstnahme
 Privater 205
 § 12: Die Indienstnahme Privater im Steuerstaat 219

*Zweiter Abschnitt:**Die Indienstnahme Privater für den Steuerstaat*

- § 13: Der Vollzug von Steuergesetzen als staatliche und private
 Aufgabe 234
 § 14: Die Indienstnahme Privater für den Steuerabzug 278

Vierter Teil:

Die Indienstnahme Privater als Rechtsverhältnis

*Erster Abschnitt:**Nutzen und Grenzen der Denkform des Rechtsverhältnisses
bei der Indienstnahme Privater*

- § 15: Indienstnahmeakt und Indienstnahmeverhältnis 300

Zweiter Abschnitt:

*Ausgestaltungsdirektiven für die Indienstnahme
Privater zum Vollzug von Steuergesetzen*

§ 16: Ausgestaltung des Indienstnamerechtsverhältnisses beim Vollzug von Steuergesetzen	314
§ 17: Zur verfassungsrechtlichen Fundierung von Ausgestaltungsdirektiven – zugleich ein Schlußplädoyer	368

Fünfter Teil:

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Abkürzungshinweis	399
Literaturverzeichnis	401
Sachregister	445

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
Einleitung	1
I. Die Indienstnahme Privater als traditionsreiches „Staatsgrundproblem“ mit offenen Fragen	1
II. Ziele und Gang der Untersuchung	6

Erster Teil:

Grundlagen der Indienstnahme Privater

Erster Abschnitt:

Bestandsaufnahme

§ 1: Ursprung und Rezeption der Indienstnahme Privater	11
I. Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben (<i>Hans Peter Ipsen</i>)	11
II. Zur Rezeption der Indienstnahme Privater	16
1. Grundlegende Judikate zur Indienstnahme Privater	16
a) Ausgangsentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Kuponsteuer	16
b) Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Bevorratungspflicht für Erdölerzeugnisse	19
c) Wichtige Folgejudikate	23
d) Weitere Judikate zu steuerrechtlichen Indienstnahmen Privater – Erster Überblick	26
2. Resonanz der Staats- und Verwaltungsrechtslehre	28
a) Indienstnahme als Überbürdung von Verwaltungsobliegenheiten (<i>Forsthoff</i>)	29

b) Indienstnahme versus Indienststellung der gesamten Unternehmenstätigkeit (<i>Klaus Vogel</i>)	29
c) Indienstnahme als Rechtsakt der Staatsorganisation (<i>Gause</i>)	30
d) Indienstnahme und Unentgeltlichkeit (<i>Ossenbühl</i>)	31
e) Indienstnahme und staatliche Garantienpflichten (<i>Gallwas</i>)	33
f) Indienstnahme und Beleihung (<i>Steiner</i>)	34
g) Indienstnahme als entbehrliche Privatisierungskategorie (<i>Burgi</i>)	34
§ 2: Phänomenologie der Indienstnahme Privater	36
I. Die Indienstnahme Privater im Steuerrecht – Erste Sichtung	36
II. Überblick über Indienstnahmen im Recht der Sozialversicherung	41
III. Potentielle Phänomene der Indienstnahme Privater in anderen Rechtsgebieten – Auswahl	43
IV. Extensives Verständnis der Indienstnahme Privater	45
V. Analyse der Phänomenologie	46

Zweiter Abschnitt:

Begriff und Typologie der Indienstnahme Privater

§ 3: Der Begriff der Indienstnahme Privater	49
I. Zum Erfordernis einer Begriffsexplikation	49
II. Konstituierende Elemente des Begriffes der Indienstnahme Privater	51
1. Der Pflichteninhalt der Indienstnahme Privater	51
a) Pflicht zur Naturalleistung	51
b) Indienstnahme als Pflichtenstatus	56
2. Der Rechtsakt der Indienstnahme Privater	57
a) Indienstnahme durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes	57
b) Heteronomie der Indienstnahme Privater	60
3. Die Person des Indienstgenommenen	62
a) Zum Begriff des Privaten	62
b) Der rechtliche Status des Indienstgenommenen	63
4. Die Indienstnahme für Verwaltungsaufgaben, öffentliche Aufgaben oder Zwecke?	65
a) Verwaltungsaufgabe als „Verwaltungsobliegenheit“ – Traditionelle Ansätze	66
b) Abgrenzung der Verwaltungsaufgaben von öffentlichen Aufgaben und Erfüllungszuständigkeit	69
c) Der fragwürdige Überbürdungsansatz	72

d) Ergebnis: Die Indienstnahme im öffentlichen Interesse oder für öffentliche Zwecke	75
5. Fremdnützigkeit als Kriterium der Indienstnahme Privater	77
a) Verwaltungspflichten als Gegenbegriff?	79
b) Bürger- und Grundpflichten als Gegenbegriffe?	81
c) Schließlich: Mitwirkungspflichten als Gegenbegriff?	82
d) Pragmatischer Ansatz: Bereichsspezifische Ausgrenzung eigener Angelegenheiten	84
III. Begrifflich-systematische Abgrenzung der Indienstnahme Privater von der Beleihung	85
1. Indienstnahme als Oberbegriff oder als Spezialfall der Beleihung?	86
2. Die Suche nach Abgrenzungskriterien zwischen Indienstnahme Privater und Beleihung	88
IV. Fazit: Die Indienstnahme Privater als Rechtsbegriff und Rechtsinstitut	95
§ 4: Typologie der Indienstnahme Privater	97
I. Funktion und Eigenart einer Typologie der Indienstnahme Privater	97
II. Grundtypen der Indienstnahmen Privater	99
1. Grundtyp der Indienstnahme Privater durch staatliche Einflußnahme auf die unternehmerische Leistungspalette	100
2. Grundtyp der Indienstnahme Privater durch öffentlich- rechtliche Nebenpflichten zur Unternehmenstätigkeit	104
3. Grundtypologie und bereichsspezifische Entfaltung	105

Zweiter Teil:

Die Indienstnahme Privater
für den Steuervollzug als Referenzmaterie

Erster Abschnitt:

Referenzfunktion, Typologie und Verfassungsrechtsprechung

§ 5: Über Funktion und Wahl einer Referenzmaterie	108
I. Zum Denken in Referenzgebieten	108
II. Zur Wahl des Steuervollzuges als Referenzmaterie der Indienstnahme Privater	109

§ 6: Typologie steuerrechtlicher Indienstnahmen	112
I. Indienstnahme zur Erfüllung fremder steuerrechtlicher Angelegenheiten	113
1. Trennlinie zwischen Pflichten in eigenen und fremden Steuersachen	113
2. Indienstnahme trotz Steuerschuld?	118
a) Verfassungsrechtlich vorgeprägte Steuerschuld als negatives Abgrenzungskriterium	118
b) Der Testfall: Die Verfahrenslasten bei der Umsatzsteuer als Indienstnahme Privater?	121
II. Differenzierung nach dem Pflichteninhalt	127
1. Stufenfolge steuerrechtlicher Indienstnahmen	127
2. Speziell: Steuerentrichtungspflichten	131
§ 7: Der Lohnsteuerabzug als Referenztypus der Indienstnahme Privater	133
I. Zur fiskalischen und rechtlichen Bedeutung des Lohnsteuerabzuges	134
II. Der traditionsreiche Lohnsteuerabzug als Archetyp der Indienstnahme Privater	138
III. Der Lohnsteuerabzug als Prototyp für weitere Indienstnahmen ...	145
IV. Der Lohnsteuerabzug auf dem verfassungsgerichtlichen Prüfstand	149
1. Unmittelbare Aussagen der Verfassung	151
2. Bestandsaufnahme der Rechtsprechung zur Verfassungs- mäßigkeit der Lohnsteuer	152
a) Urteil des Bundesfinanzhofes vom 5. Juli 1963	152
b) Nichtannahmebeschluß des Bundesverfassungsgerichtes (Dreierausschuß) vom 18. Dezember 1963	154
c) Urteil des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 14. Dezember 1965	155
d) Nichtannahmebeschluß des Bundesverfassungsgerichtes (Dreierausschuß) vom 19. Oktober 1967	156
e) Beschluß des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 29. November 1967	157
f) Beschluß des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 15. Januar 1969	159
g) Beschluß des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 26. Januar 1977	160
h) Nichtannahmebeschlüsse des Bundesverfassungsgerichtes (Ausschuß) vom 17. Februar 1977	161

i) Beschluß des Ersten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 8. Oktober 1991	162
j) Beschluß des Zweiten Senates des Bundesverfassungsgerichtes vom 10. April 1997	163
3. Analyse der Verfassungsrechtsprechung zur Lohnsteuer	164

Zweiter Abschnitt:

*Die Indienstnahme für den Steuervollzug
im Fokus der Privatisierungsdogmatik*

§ 8: Die Indienstnahme für den Steuervollzug als Form der Privatisierung und Selbstregulierung?	168
I. Die Indienstnahme für den Steuerabzug als Zwangsprivatisierung .	170
II. Die Indienstnahme für den Vollzug von Steuergesetzen als Selbstverwaltung oder Selbstregulierung?	175
1. Steuerrechtliche Indienstnahme und Selbstverwaltung	175
2. Steuerrechtliche Indienstnahme und regulierte Selbstregulierung	177

Dritter Teil:

Die Legitimation der Indienstnahme Privater

Erster Abschnitt:

Grundfragen der Legitimation der Indienstnahme Privater

§ 9: Das Bedürfnis der Legitimation des Indienstnahmeaktes	184
I. Die These von der generellen Zulässigkeit der Indienstnahme Privater	184
II. Zur Reichweite der Legitimationswirkung des Indienstnahmeaktes	187
§ 10: Indienstnahmeziele und -gründe	188
I. Ziele der Indienstnahme Privater	188
1. Zieldefinition als Weichenstellung	188
2. Allgemeine Ziele der Indienstnahme Privater	193

a) Sachziele der Indienstnahme	193
b) Das Ziel der Staatsentlastung und seine Spielarten	194
aa) Das Ziel administrativer Aufgabenerleichterung	195
bb) Fiskalziele	196
cc) Zwischenfazit	200
II. Indienstnahmegründe	200
1. Bereichsspezifisch determinierte Sachverantwortung	201
2. Finanzierungsverantwortung	204
§ 11: Legitimationsmodus und -maßstab für die Indienstnahme Privater	205
I. Legitimation von Naturalleistungspflicht und Kostenlast	206
II. Legitimationsmaßstab der Indienstnahme	212
1. Die Verbindung von Freiheits- und Gleichheitsrechten	212
2. Einschlägige Freiheitsrechte bei der Indienstnahme Privater	214
§ 12: Die Indienstnahme Privater im Steuerstaat	219
I. Das Steuerstaatsprinzip als Schranke der Indienstnahme Privater ..	219
II. Zur Reichweite des Steuerstaatsprinzips gegenüber Indienstnahmen Privater	222
1. Die bundesstaatliche Schutzfunktion mit Hilfe der Fiktion von Naturalleistungspflichten als fiktive Staatseinnahmen	224
2. Die Individualschutzfunktion mit Hilfe der These von der Steuergleichheit der Indienstnahme Privater	225
III. Der Streit über die Übertragung der Sonderabgaben-Judikatur auf die Indienstnahme Privater	228
IV. Fazit zu den Grenzen des Steuerstaatsprinzips	232

Zweiter Abschnitt:

Die Indienstnahme Privater für den Steuerstaat

§ 13: Der Vollzug von Steuergesetzen als staatliche und private Aufgabe	234
I. Die These der Steuerverwaltung als alleinige Staatsaufgabe	236
1. Zur Qualifikation der Steuerverwaltung als Staatsaufgabe	237

a) Originäre oder notwendige Staatsaufgabe?	237
b) Wahrnehmungsmonopol und Erfüllungsverantwortung des Staates bei ausschließlichen Staatsaufgaben?	240
c) Privatisierungsfeste Vorbehaltsaufgabe?	242
d) Formal-restriktiver Staatsaufgabenbegriff	244
2. Der Regelungsgehalt von Art. 33 Abs. 4 und Art. 108 GG in Bezug auf die Indienstnahme Privater für den Steuervollzug .	247
3. Steuerverwaltungskooperation als faktische Verwaltungsform ..	250
a) Steueranmeldung als praktizierte Steuerverwaltungskooperation	251
b) Die staatliche Gewährleistungsfunktion im Steueranmeldungs- verfahren	255
c) Zwischenfazit	256
II. Steuerverfahrenspflichten Privater als verfassungs- rechtliche Grundpflicht	257
1. Verfassungsrechtliche Klassifikation der Steuerpflicht als Grundpflicht	258
2. Verfahrensrechtliche Dimension der Steuerpflicht als Grundpflicht	264
3. Zwischenfazit	266
III. Steuerstaatliche Fundierung der Steuerverfahrenspflichten Privater	266
1. Steuerstaat und Mitwirkungspflichten	266
2. Steuergleichheit und Gegenseitigkeit der Steuer	268
3. Das steuerstaatliche Bedürfnis nach administrativer Informationsversorgung	271
IV. Resümee und Konsequenzen	277
§ 14: Die Indienstnahme Privater für den Steuerabzug	278
I. Zwecke des Steuerabzuges	278
1. Zielabschichtung	279
a) Zielkanon und Realisationsgrad	279
b) Funktionsabschichtender Rechtfertigungsansatz	284
2. Primat eines vollzugssichernden Steuerabzuges?	286
3. Perspektiven des Steuerabzuges	289
II. Legitimationsgründe für die Indienstnahme zum Steuerabzug	291

Vierter Teil:

Die Indienstnahme Privater als Rechtsverhältnis

*Erster Abschnitt:**Nutzen und Grenzen der Denkform des Rechtsverhältnisses
bei der Indienstnahme Privater*

§ 15: Indienstnahmeakt und Indienstnahmeverhältnis	300
I. Das Indienstnahmeverhältnis als Folge des Indienstnahmeaktes	300
1. Der Indienstgenommene als Partner eines öffentlich- rechtlichen Rechtsverhältnisses (<i>Hans Peter Ipsen</i>)	300
2. Anklänge des Indienstnahmeverhältnisses in der Rechtsprechung	302
II. Das Rechtsverhältnis als Analyserahmen für die Indienstnahme Privater	303
1. Vorzüge und Risiken des Denkens in Rechtsverhältnissen bei der Indienstnahme Privater	303
2. Fortentwicklung der aktbezogenen Betrachtungsweise der Indienstnahme Privater zum Postulat der Indienstnahme- kohärenz	309
a) Das Indienstnahmeverhältnis zur Kompletzierung der Verhältnismäßigkeitskontrolle	309
b) Indienstnahmekohärenz als endogene Ausgestaltungsdirektive	312
3. Zwischenfazit	313

*Zweiter Abschnitt:**Ausgestaltungsdirektiven für die Indienstnahme
Privater zum Vollzug von Steuergesetzen*

§ 16: Ausgestaltung des Indienstnahmeverhältnisses beim Vollzug von Steuergesetzen	314
I. Gravierende Ausgestaltungsmängel und -defizite beim Lohnsteuerabzug als Referenztypus der Indienstnahme	314
1. Derzeitige Rechtsverhältnisunklarheit	315
a) Offenheit des Gesetzes und konkurrierende Rekonstruktionsmodelle	315
b) Rechtsschutzunklarheit als Folge der Rechtsverhältnisunklarheit	319

2. Derzeitige Unausgewogenheit	323
3. Derzeitige Über- und Unterforderung des Indienstgenommenen	325
II. Tragende Ausgestaltungspostulate für das Indienstnahme- rechtsverhältnis	326
1. Postulat der Indienstnahmeklarheit	326
a) Gebot der klaren und störungsfreien Ausgestaltung des Indienst- nahmerechtsverhältnisses	326
b) Gebot der Status- und Funktionsklarheit bei der Indienstnahme	330
2. Postulat der Orientierung des Gesetzesvollzuges am Indienstnahmeadressaten	334
a) Gefahr einer Zielverfehlung bei der Indienstnahme Privater für den Gesetzesvollzug	335
b) Der Private als Vollzugsadressat	338
aa) Indienstnahme ungeachtet der Fachqualifikation des Indienstgenommenen	339
bb) Fehlende Neutralität des Indienstgenommenen	341
cc) Konsequenzen für das Indienstnahmerechtsverhältnis	343
c) Gebot der Vollzugsorientierung der Gesetzgebung	345
aa) Gebot der personellen Vollzugsorientierung	345
bb) Gebot eines vollzugstauglichen und stetigen Rechts bei Indienstnahme	346
3. Postulat der Indienstnahmekohärenz	349
a) Gebot der informationellen Sicherung des Indienstnahmezieles	349
b) Verbot der Überdehnung des Indienstnahmegrundes	352
c) Gebot administrativer Sicherung der Indienstnahmeziele	357
aa) Gebot der Fürsorge zur Realisation der Indienstnahmeziele	357
bb) Gebot der Kontrolle zur Realisation der Indienstnahmeziele	363
§ 17: Zur verfassungsrechtlichen Fundierung von Ausgestaltungsdirektiven – zugleich ein Schlußplädoyer	368
I. Verfassungsrechtliche Quellen für Ausgestaltungsdirektiven	369
1. Grundrechtliche Quellen	369
2. Staatliche Garantienpflicht	370
3. Folgerichtigkeit und Voraussetzungsrichtigkeit bei Indienstnahme Privater	374
II. Zentrale verfassungsrechtliche Ausgestaltungsdirektiven	376
1. Verfassungsgebot der Rechtsschutzklarheit und -abgestimmtheit	376
2. Verfassungsrechtliche Relationen bei der Indienstnahme	378

Fünfter Teil:

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Abkürzungshinweis.....	399
Literaturverzeichnis.....	401
Sachregister.....	445

Einleitung

I. Die Indienstnahme Privater als traditionsreiches „Staatsgrundproblem“ mit offenen Fragen

Das Zusammenwirken des Staates mit Privaten bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zeigt faktisch und rechtlich vielfältige Erscheinungsformen, die Staats- und Verwaltungsrechtslehre seit langem beschäftigen¹. Die rechtliche Analyse kann auf unterschiedlichen Prämissen aufbauen, was die antipodischen Ausgangsthesen der Referate auf der Tagung der Staatsrechtslehrer im Jahre 2002 in St. Gallen belegen: Ist die Beteiligung Privater eine „erklärungsbedürftige Anomalie“, weil der „demokratische und grundrechtlich-rechtsstaatliche Normalfall“ die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand selbst ist², oder ist sie in der freiheitlichen Ordnung und im Prozeß arbeitsteiliger Gemeinwohlverwirklichung eine „Alltäglichkeit“³? Der Aufgabe, die Vielfalt der – je nach Sichtweise – exzeptionellen oder alltäglichen Verwaltungswirklichkeit begrifflich oder typologisch zu ordnen, hat sich die Verwaltungsrechtslehre wiederholt angenommen, ohne daß es eine allgemein konsentrierte Terminologie, Typologie oder Systematik gibt⁴. Die Fülle der in der Praxis üblichen Formen der Beteiligung Privater läßt sich kaum auf einen abschließenden Kreis dogmatischer Institute reduzieren⁵. Eine Figur zur Abbildung der Verwaltungsrealität hat *Hans Peter Ipsen* vor über fünfzig Jahren als „gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben“ getauft⁶. Er hat sie da-

¹ Vgl. eingangs nur die Berichte auf den Tagungen der Staatsrechtslehrer zur „Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private“ von *Ossenbühl* und *Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), S. 137 ff. und S. 211 ff.; zur „Privatisierung von Verwaltungsaufgaben“ von *Hengstschläger*, *Osterloh* und *Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 165 ff., S. 204 ff. und S. 243 ff. sowie zur „Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung“ von *Heintzen* und *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 ff. und S. 266 ff.

² So *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (222).

³ So *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (268, 270).

⁴ Übereinstimmend *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (276) und *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (226), beide m.w.N.

⁵ So *Krebs*, in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. V³, 2007, § 108 Rn. 13 sowie *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 86 Rn. 68 (Dez. 1989); in der Sache bereits *Dagtoglou*, DÖV 1970, S. 532 (533) und auch *Trute*, DVBl. 1996, S. 950 (962).

⁶ *H. P. Ipsen*, in: Festgabe E. Kaufmann, 1950, S. 141.

mit erstmals in das juristische Bewußtsein gehoben⁷. Rechtsprechung und Literatur haben diese Figur verbreitet aufgenommen. Gut vierzig Jahre sind seit der Leitentscheidung des Bundesverfassungsgerichtes zur Indienstnahme Privater⁸ ins Land gegangen. Bis heute steht diese Figur in vorderster Reihe der Beteiligung Privater⁹. Ein weites Feld verschiedenster Phänomene trägt inzwischen das Etikett der Indienstnahme. Seit dem Beschluß zur Bevorratungspflicht für Erdölerzeugnisse¹⁰ ist die „Indienstnahme Privater“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes eine konstante Größe¹¹. Auch die Literatur betont die Tradition der „Indienstnahme Privater“ im deutschen Verwaltungsrecht¹².

Der Gesetzgeber scheint das Traditionsargument als Einladung zu verstehen, Privaten neue Pflichten per Gesetz zuzuweisen oder bestehende auszuweiten. Als Beispiel für neue Anwendungsfelder mag die Pflicht der Betreiber von Telekommunikationsanlagen zur Gewähr der Möglichkeit einer staatlichen Überwachung der Telekommunikation dienen¹³, deren Verfassungsmäßigkeit lebhaft umstritten ist¹⁴. Dasselbe gilt für die Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung¹⁵. Auch der Streit über die Pflicht der Stromerzeuger, aus regenerativen Energiequellen erzeugten Strom zu subventionierten Preisen abnehmen zu müssen, gilt als aktueller Anwendungsfall für die gesetzliche Indienstnahme Privater¹⁶. Die

⁷ So *Quaritsch*, in: Festschrift Zeidler, Bd. 1, 1987, S. 957 (978).

⁸ BVerfG, Beschluß v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 667, 754/66, BVerfGE 30, 292 (312) zur Bevorratungspflicht für Erdölerzeugnisse.

⁹ Exemplarisch *W. Weiß*, DVBl. 2002, S. 1167.

¹⁰ BVerfG, Beschluß v. 16.3.1971 – 1 BvR 52, 665, 754/66, BVerfGE 30, 292 (311).

¹¹ Umfassende Nachweise im Rahmen der Rechtsprechungsanalyse in § 1 II 1 dieser Schrift.

¹² Vgl. eingangs nur *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht⁵, 1998, S. 15. Demgegenüber hält *Burgi*, in: Erichsen/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht¹⁴, 2010, § 10 Rn. 8 mit Note 32, die Indienstnahme Privater als eigenständige verwaltungsrechtliche Kategorie für entbehrlich (dazu und weitere Nachweise zur Rezeption unter § 1 II dieser Schrift).

¹³ Zur Qualifikation als Indienstnahme Privater *D. Friedrich*, Die Verpflichtung privater Telekommunikationsunternehmen, 2001, S. 149 ff., 156; *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, S. 289 (294); *R. P. Schenke*, AöR 125 (2000), S. 1 (37); *Scholz*, ArchivPT 1995, S. 169 (177 ff., 179, 181); näher *v. Hammerstein*, MMR 2004, S. 222 (223 ff.) sowie jüngst monographisch *Greenawalt*, Die Indienstnahme privater Netzbetreiber bei der Telekommunikationsüberwachung in Deutschland, 2009 und *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009, S. 53 ff.

¹⁴ Dazu – neben den zuvor Genannten – *Bock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar³, 2006, § 110 TKG Rn. 15 ff.; *Kleszczewski*, in: Berliner Kommentar zum TKG², 2009, § 110 Rn. 21 ff.; *Kube/Schütze*, CR 2003, S. 663 (666 ff.); *Trute/Spoerr/Bosch*, Telekommunikationsgesetz, 2001, § 88 TKG Rn. 7 ff., jeweils m.w.N. Zur unzulässigen Richtervorlage vgl. BVerfG, Beschluß v. 13.5.2009 – 1 BvL 7/08, MMR 2009, 606.

¹⁵ Dazu *Braun*, K&R 2009, S. 386 ff.; *Brinkel/Lammers*, ZUM 2008, S. 11 (22) sowie jüngst insoweit nicht beanstandend BVerfG, Urteil v. 2.3.2010 – 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, BVerfGE 125, 260 (361).

¹⁶ So BGH, Urteil v. 22.10.1996 – KZR 19/95, BGHZ 134, 1 (21) = NJW 1997, 574; ebenso BGH, Urteil v. 11.6.2003 – VIII ZR 160/02, NVwZ 2003, 1143 (1144); näher *v. Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, S. 61 ff.

Reihe läßt sich quer durch die Breite des besonderen Verwaltungsrechts fortsetzen¹⁷, wofür die sog. Praxisgebühr¹⁸ als letztes Beispiel stehen soll. Die Kosten, die den Pflichtenträgern durch derartige Pflichten entstehen, sind beträchtlich und lassen sich nur schwer quantifizieren¹⁹. Das erschwert greifbar den Rechtsschutz²⁰. Da die Option einer „Zwangsprivatisierung“ auf einen Staat in akuter Finanznot eine fast unwiderstehliche Anziehungskraft ausübt, ist im Hinblick auf gegenwärtige und künftige Fälle dringend zu erörtern, ob die Aktivierung einzelner Bürger für das vom Staat reklamierte Gemeinwohl mit den Grundrechten vereinbar ist²¹. Macht das Regelungsmuster der Indienstnahme Privater Schule, so bedarf es verfassungsrechtlicher Begleitung und Begrenzung²². Die Indienstnahme Privater gilt als ein „Staatsgrundproblem“²³.

¹⁷ Zuletzt *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009, S. 311 ff. und *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 1 ff.; *ders.*, ZG 2010, S. 105 (126) m.w.N.

¹⁸ Dazu *Linke*, NZS 2004, S. 186 (188 ff.); *Weimar/Elsner*, GesR 2004, S. 120 (122 ff.).

¹⁹ Allgemein zu Bürokratiekosten: *H. Becker*, Fiskalstaat Deutschland, 1995, S. 171 ff.; *Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 2003, S. 140 f.; *Burgi*, GewArch. 1999, S. 393 (399 ff.); *Gallwas*, BayVBl 1971, S. 245 ff.; *Geißler*, Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaates, 2001, S. 19 ff.; *Halldorn*, Der Unternehmer als Erfüllungsgehilfe des Staates, 1997, S. 121 ff.; *Kitterer*, Kosten der Bürokratieüberwälzung, 1989; *Klein-Blenkers/Mortsiefer/Reske*, Belastung von Industrieunternehmen durch administrative Leistungen für den Staat², 1982; *Rüschchen*, Die gesetzliche Übertragung hoheitlicher Aufgaben, 1958, S. 100 f.; *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 2; *Wahl*, Die Verwaltung 13 (1980), S. 272 ff.; *Wittkämper*, Wirtschaftsdienst 1984, S. 95 ff.; speziell zum Steuervollzug: *Breithecker/Garden/Thönnies*, DStR 2007, S. 361 (363 ff.); *Drüen*, FR 2004, S. 1134 (1137 f.); *Eichfelder*, StuW 2011, S. 38 (41 ff.); *L. Fischer*, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIVb, 1989, S. 139 ff.; *Grüske*, DSWR 1988, S. 174 ff.; *Kitterer*, Stbg. 1990, S. 175 ff.; *von Loeffelholz/Rappen*, Tax Compliance Cost, RWI-Schrift, 2003, S. 134 ff.; *Neuhoff*, Die Erhebungskosten der deutschen Lohnsteuer, 1969, S. 14 ff., 189 f.; *Täuber*, Folgekosten der Besteuerung, 1984, S. 100 ff.; *Tipke*, Die Steuerrechtsordnung, Bd. III, 1993, S. 1057; *Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), S. 157 ff.; rechtsvergleichend zum Steuervollzug der Generalbericht zum Kongreß der International Fiscal Association International von *Sandford*, Cahiers de droit fiscal international, Vol. LXXIVb, 1989, S. 67 ff.

²⁰ Vgl. die wegen unzureichender gerichtlicher Ermittlung der Kostenbelastung gescheiterte Normenkontrolle zur Telekommunikationsüberwachung BVerfG, Beschluß v. 13.5.2009 – 1 BvL 7/08, MMR 2009, 606.

²¹ Explizit *Burgi*, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999, S. 255, zur „Zwangsprivatisierung“; ebenso *Arndt*, Zur Verfassungsmäßigkeit der „EDV-Zugriffsrechte“ in den §§ 146, 147 AO des Entwurfs zum Steuersenkungsgesetz (StSenkG), 2001, S. 48, speziell zur Dringlichkeit einer grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Überprüfung des Problems der Indienstnahme Privater; ähnlich auch *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 130.

²² Treffend nunmehr *Kube*, Die Verwaltung 41 (2008), S. 1 (3), mit dem mich der Versuch eint, parasteuerlichen Indienstnahmen Grenzen zu setzen, wobei wir allerdings zum Teil unterschiedliche argumentative Wege beschreiten (vgl. ebenda, S. 12 ff.).

²³ So *W. Leisner*, Wohnungsgemeinnützigkeit und Verfassungsrecht, 1986, S. VI, ohne indes über das spezielle Problem der gemeinnützigen Wohnungsunternehmen hinaus allgemeine Maßstäbe hierfür zu entwickeln.

Trotz der Tradition und der vielfältigen Rezeption sind bereits verfassungsrechtliche Grundfragen der Indienstnahme Privater noch nicht geklärt. Im Anschluß an die Einführung neuer Formen der Indienstnahme erobrennt regelmäßig erneut der Streit, auf welche Weise und anhand welcher Maßstäbe die gesetzlich auferlegte Naturalleistungspflicht und die damit einhergehende Kostenlast verfassungsrechtlich zu beurteilen sind²⁴. Nachdem die Grundrechte nach der Judikatur des Bundesverfassungsgerichtes bislang „lästige Verwaltungshilfen“ kaum durchschlagend abwehren konnten²⁵ und die Literatur in jüngerer Zeit verstärkt das Steuerstaatsprinzip als Bastion gegen Indienstnahmen in Stellung bringt²⁶, stellt sich immer wieder die Frage, ob und in welcher Form die verfassungsgerichtlichen Kriterien für Sonderabgaben auf gesetzliche Naturalleistungspflichten übertragbar sind²⁷. Das Phänomen der Indienstnahme Privater ist mehrfach monographisch mit speziellen Zugängen erschlossen worden²⁸. Im Zentrum steht dabei vielfach die Suche nach Voraussetzungen

²⁴ Zuletzt und anschaulich belegt dies die Kontroverse über die verfassungsrechtliche Würdigung der Pflicht der Betreiber von Telekommunikationsanlagen, s. die Nachweise in Noten 13 f. sowie aus Anlaß von § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG a.F. nunmehr *Uibelesen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 222–226.

²⁵ Vgl. nur *Schoch*, DVBl. 1994, S. 962 (971) m.w.N.; ernüchternd auch *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (255 f.) und *Vofskuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (292 f., Note 106); dagegen betont *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV³, 2006, § 73 Rn. 75 ff., den „grundrechtlichen Widerstand“ gegen Indienstnahmen Privater; ähnlich auch *G. Kirchhof*, AöR 132 (2007), S. 215 (221).

²⁶ Zuletzt und zusammenfassend *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 35 ff., 81–146.

²⁷ Vgl. stellvertretend wiederum den Streit zur Indienstnahme Privater für die Telekommunikationsüberwachung, s. die Nachweise in Noten 13 f.

²⁸ So *Plewa*, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater, 1978, der die Zulässigkeit des „Instituts“ der Indienstnahme Privater speziell für die (frühere) Mineralölbevorratung untersucht hat, und *Jani*, Die partielle verwaltungsrechtliche Inpflichtnahme Privater zu Handlungs- und Leistungspflicht, 1992 (so der sperrige Originaltitel!), in dessen Fokus (nach einer allgemeinen Grundlegung) die Indienstnahme Privater im Kommunalrecht am Beispiel von Schleswig-Holstein steht. *Geißler*, Der Unternehmer im Dienste des Steuerstaats, 2001, stellt die „Pflichtdienste“ der Unternehmer bei der Lohnsteuer, der Umsatzsteuer, der früheren Auszahlung des Kindergeldes durch den Arbeitgeber und (als Exkurs) bei der Sozialversicherung akribisch zusammen (S. 25–104, zum Zusammenwirken S. 206–224), lotet aber im Schwerpunkt die steuerliche Belastungsobergrenze der Unternehmen durch den Steuerzugriff aus (S. 105–184, insoweit zu Recht kritisch *Hey*, *StuW* 2002, S. 91 [94 f.], die für einen den sog. Halbteilungsgrundsatz als Schwerpunkt der Arbeit herausstellenden Untertitel plädiert). Die prima vista einschlägige Berliner Habilitationsschrift von *Remmert* über „Private Dienstleistungen in staatlichen Verwaltungsverfahren“ aus dem Jahre 2003 beschäftigt sich ausschließlich mit der Fallgruppe, daß private Dienstleister, die nicht Verfahrensbeteiligte sind, von der Verwaltung *vertraglich* verpflichtet werden, Teile des staatlichen Verwaltungsverfahrens zu erledigen (so explizit ebenda, S. 7, 25) und behandelt die „Indienstnahme Privater“ nur am Rande (ebenda, S. 256 mit Note 24). Die nach Abschluss dieser Untersuchung erschienene Würzburger Habilitationsschrift von *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, 2005, behandelt laut ihrem Untertitel „Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte der Dogmatik öffentlich-rechtlicher Pflichten Privater“, hat aber nur punktuelle Überschnei-

und Grenzen verfassungsunmittelbarer Ansprüche auf Kostenausgleich²⁹. Alle erdenklichen Konstruktionen sind bereits erwogen worden. Auch mit Blick auf diese Vorarbeiten bleibt die Frage der Lastengleichheit bei der Auferlegung von Naturalleistungspflichten weiter zu untersuchen³⁰, zumal die verfassungsrechtlichen Zweifel selbst bei traditionsreichen Formen der Indienstnahme Privater nicht verstummt sind und in Verfahren an die Gerichte herangetragen werden³¹. Neben den erkannten, aber umstrittenen Fragen nach Zulässigkeit und Kostenausgleich sind die Probleme der Folgen der Indienstnahme im Dreiecksverhältnis zwischen Staat, indienstgenommenem Privaten und Drittem bislang kaum ausgelotet. Dabei drängt sich die Frage nach verfassungsrechtlichen Direktiven für die Ausgestaltung des Indienstnahmeverhältnisses zumindest für Verwaltungsmaterien auf, die nach der Konzeption des Grundgesetzes im „Normalfall“ durch öffentliche Verwaltungsträger zu erfüllen sind³². Bereits diese kurze,

dungen und Parallelen mit dieser Arbeit, weil es *Webr* im Kern um den Schutz von Rechtsgütern durch Pflichten Privater geht (ebenda, S. 148 ff.). Vertieft behandelte die hiesige Thematik indes die nach Fertigstellung des Manuskripts erschienene Berliner Dissertation von *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater. Dargestellt am Beispiel des Kontenresearches gemäß § 25a Abs. 1 Nr. 6 KWG, 2006, die mit dieser Schrift überschneidende Grundlagenfragen anspricht (ebenda, S. 21–86, S. 221–248 und S. 286–303), sich im Schwerpunkt aber der „Inpflichtnahme“ privater Kreditinstitute zur Bekämpfung der Geldwäsche widmet (S. 87–305). Dasselbe gilt für die breit angelegte Hallenser Dissertation von *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009, die sich schwerpunktmäßig mit der Pflicht privater Unternehmen zur Ermöglichung der Telekommunikationsüberwachung (S. 57–166) und der damit verbundenen Kostenlast beschäftigt (S. 167–310), aber auch andere Referenzfälle der Indienstnahme Privater behandelt (S. 311–457). Die grundlegende Heidelberger Dissertation von *v. Stockhausen*, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007, untersucht spezielle Indienstnahmen in Form quersubventionierender staatlicher Preisvorgaben (S. 61 ff.) und entwickelt finanzverfassungsrechtliche Maßstäbe (S. 135 ff.) aus dem Argument des Kompetenzübergreifens (S. 245), liefert dabei eine eingehende Grundrechtsprüfung (S. 426 ff.) und entfaltet „Verfassungsmaßstäbe an Zwangsvergütungen“ (S. 813 ff.).

²⁹ Vor allem bei *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979; *Schirra*, Die Indienstnahme Privater im Lichte des Steuerstaatsprinzips, 2002, S. 80 f., 134, 138 ff. und wiederum bei *Uibeleisen*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Inpflichtnahme Privater, 2006, S. 274–305, ohne aber die Arbeit von *Schirra* auszuwerten. Auch im Zentrum der Arbeit von *Strauß*, Verfassungsfragen der Kostenüberwälzung bei staatlichen Indienstnahmen privater Unternehmen, 2009, steht wiederum die Frage nach einem finanziellen Ausgleich (S. 167–310), was insbesondere der Vorschlag einer Ausgleichsregelung de lege ferenda (S. 458–476) unterstreicht.

³⁰ So *Kube*, Finanzgewalt in der Kompetenzordnung, 2004, S. 695; *ders.*, DStJG 29 (2006), S. 11 (33); ebenso *Kruse*, in: Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 169 (171); für öffentlich-rechtliche Dienstleistungspflichten auch *Trzaskalik*, Gutachten E für den 63. Deutschen Juristentag, 2000, S. E 94, unter Hinweis auf *Burgi*, GewArch. 1999, S. 393 ff.

³¹ Z.B. BFH-Urteil vom 7.7.2004 – VI R 171/00, BStBl. II 2004, 1087 (1088) zur Frage der Verfassungsmäßigkeit der lohnsteuerrechtlichen Arbeitgeberpflichten nebst Haftung.

³² Speziell für steuerrechtliche Indienstnahmen hat *Trzaskalik*, DStJG 12 (1989), S. 157 (185 f.), eine Fülle verfassungsrechtlicher Fragen aufgeworfen und gelangt zu dem Schluß: „Man muß sich mit dem Thema befassen, nach Antworten suchen“.

ausschnittartige Problemschau belegt, daß das Thema der Indienstnahme Privater trotz seiner Tradition nicht erschöpft ist und die offenen Fragen angesichts aktueller Erscheinungsformen besondere Aufmerksamkeit verdienen.

II. Ziele und Gang der Untersuchung

Diese Schrift sucht nach Antworten auf die skizzierten Fragen zur Indienstnahme Privater. Sie soll die verfassungsrechtlichen Strukturen dieses Rechtsinstituts aufzeigen und zu einem „Recht der Indienstnahme“ fortentwickeln, bei dem der staatliche Indienstnahmeakt Teil eines Indienstnahmeverhältnisses ist. Der Versuch, ein umfassendes „System“ der Indienstnahme Privater zu entfalten, scheitert an der Breite ihrer Anwendungsfelder, die quer durch das Spektrum des Verwaltungsrechts verlaufen³³. Angesichts der Heterogenität der Erscheinungsformen verspricht er auch kaum dogmatischen Gewinn³⁴. Diese Schrift erhebt nicht den Anspruch das Recht der Indienstnahme vollständig und erschöpfend zu behandeln, was angesichts der Stofffülle, vor allem aber wegen bereichsspezifischer Eigenheiten ein hoffnungsloses Unterfangen wäre. Vielmehr wählt die Untersuchung mit der Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen eine Referenzmaterie, die *Ipsen* bei der „Entdeckung“ der Rechtsfigur im Jahre 1950 vor Augen stand³⁵.

Im Ersten Teil der Schrift ist der Blick zunächst zurück zu den Wurzeln der Indienstnahme und auf ihre Rezeption in Rechtsprechung und Literatur zu richten (§ 1). Da die Indienstnahme sich von *Ipsens* Urkonzeption abgekoppelt hat und heute für eine breitgefächerte Vielgestalt höchst unterschiedlicher Phänomene der Rechtswirklichkeit steht (§ 2), bedarf es zunächst der Definition des Begriffes der Indienstnahme (§ 3). Erst mit Hilfe einer Explikation der konstituierenden Begriffsmerkmale ist es möglich, die Indienstnahme als Rechtsbegriff in der Form eines rechtswissenschaftlichen Klassifikationsbegriffes zu verstehen, der eine verfassungsrechtliche Prüfung problemorientiert vorbereiten, sie aber nicht vorwegnehmen oder im Sinne eines Legitimationsbegriffes ersetzen kann. Die Legitimation läßt sich mit einer Typologie der Indienstnahme vorstrukturieren, die zwei Grundtypen unterscheidet (§ 4).

Beantworten läßt sich die Frage der Legitimation der Indienstnahme nur bereichsspezifisch. Die Heterogenität der Indienstnahmetypen und ihre sachbereichsspezifische Prägung zwingen dazu, die Untersuchung auf ein Referenzge-

³³ Weitergehend Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 3⁵, 2004, § 90a Rn. 61 (= Bd. II⁷, 2010, § 91 Rn. 48); zuvor *ders.*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989, § 81 I, der die Indienstnahme Privater für ein „schillerndes Rechtsinstitut“ hält, das sich einer klaren begrifflichen Umschreibung, Systematisierung und Typisierung entzieht. Darauf ist zurückzukommen (s. S. 46).

³⁴ Nüchtern bereits *H. P. Ipsen*, in: Festgabe E. Kaufmann, 1950, S. 141 (142).

³⁵ *H. P. Ipsen*, ebenda, S. 141 (145).

biet zu beschränken. Darum illustriert und vertieft der Zweite Teil der Schrift die Indienstnahme für den Steuervollzug als Referenzmaterie (§ 5). Ihre Wahl beruht auf mehreren Gründen. An erster Stelle sind Aktualität³⁶ und Intensität steuerrechtlicher Indienstnahmen zu nennen³⁷. Während im allgemeinen Verwaltungsrecht bisweilen noch heutzutage eine Pflichtenvergessenheit oder Pflichtenblindheit moniert wird³⁸, ist im Steuerrecht eine „epidemische Ausbreitung“ oder „Hypertrophie“ von Pflichten Privater zu konstatieren³⁹. Die Klage darüber reicht, wie das Beispiel der sog. Bauabzugsteuer zeigt, über die Fachöffentlichkeit hinaus in die Tagespresse und schlägt in die parlamentarische Debatte zurück⁴⁰. Dabei ist es im Steuerrecht als klassisch eingriffsgeprägter Regelungsmaterie keineswegs unumstritten, ob und inwieweit Private gerade im Verhältnis zu anderen Privaten mit dem Vollzug von Steuergesetzen betraut werden dürfen. Das Bild des hoheitlichen Gesetzesvollzuges im Steuerrecht⁴¹ ist freilich mit der Verwaltungswirklichkeit zu konfrontieren, in der das Verfahren der Steueranmeldung⁴² durch Private das beste Beispiel für seit Jahrzehnten im „Massenfallgeschäft“ praktizierte Kooperation und Verantwortungsteilung zwischen Verwaltung und Privaten ist. Steueranmeldung und -abzug durch den Steuerentrichtungspflichtigen markieren dabei innerhalb der Typologie steuerrechtlicher Indienstnahmen den intensivsten Pflichtenstatus (§ 6). Besondere Bedeutung kommt dem Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber zu⁴³, der nicht

³⁶ Das gilt auch in rechtsvergleichender Sicht, vgl. zu parallelen Entwicklungen der „Ausgliederung der Abgabeneinhebung“ in Österreich *Schlager*, ÖStZ 2007, S. 21 ff. und ÖStZ 2007, S. 55 ff.

³⁷ Dies belegt zuletzt die Zusammenschau von *Kruse*, in: Gedächtnisschrift Trzaskalik, 2005, S. 169 ff. sowie zuletzt kritisch *Leisner-Egensperger*, DStZ 2010, S. 325 (328).

³⁸ *Stober*, in: Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd. I¹², 2007, § 40 Rn. 5, § 42 Rn. 10 f.; zustimmend *Martensen*, DVBl. 1996, S. 286, Note 7 und *Wehr*, Rechtspflichten im Verfassungsstaat, 2005, S. 25.

³⁹ Übereinstimmend *Hey*, FR 1998, S. 497 (509) und *Drüen*, FR 2002, S. 547 (548); ähnlich auch *Vofskuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (292 f., Note 106).

⁴⁰ Vgl. FAZ v. 21.12.2001, S. 13: „Spanndienste“ sowie den Antrag der FDP-Fraktion v. 20.11.2001, BT-Drucks. 14/7541, S. 2: Die Bekämpfung der illegalen Beschäftigung am Bau „darf aber nicht dazu führen, daß insbesondere das mittelständische Baugewerbe sowie alle Bauherren bzw. Investoren mit einem unzumutbaren Verwaltungsaufwand überzogen werden. Auch muß dem Trend Einhalt geboten werden, daß der Staat eigene Versäumnisse im Vollzug korrigiert, indem er unbescholtene Bürger und Unternehmer für rechtswidriges und steuerunehrliches Verhalten von Minderheiten haftbar macht.“

⁴¹ Dafür *Müller-Franken*, Maßvolles Verwalten, 2004, insbesondere S. 135 ff., 146, 166, 236.

⁴² Vgl. bereits die Hinweise von *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 220 (225, 253, 261 [Leitsatz 3]).

⁴³ Hierzu ist nach Abschluss der vorliegenden Schrift die Bonner Dissertation von *G. Kirchhof*, Die Erfüllungspflichten des Arbeitgebers im Lohnsteuerverfahren, 2005, mit bemerkenswerten Positionen erschienen: Der Lohnsteuerabzug soll danach eine „originär private Aufgabe“ und kein Privatisierungsvorgang sein (ebenda, S. 25 ff., insbesondere S. 28, 40, 67 ff.). Der Arbeitgeber soll nicht Helfer der Steuerverwaltung, sondern „Erfüllungshelfer des

nur ein Archetyp der Indienstnahme Privater ist, sondern auch als Prototyp für neue Erscheinungsformen dient, obwohl seine verfassungsrechtliche Legitimation bislang kaum gesichert ist (§ 7). Der Lohnsteuerabzug gilt als Form der Zwangsprivatisierung und schlägt damit die Brücke zur aktuellen Privatisierungsdebatte in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre, deren Erkenntnisse für die Indienstnahme Privater auszuleuchten sind (§ 8).

Auf dem so bereiteten Boden rückt im Dritten Teil der Schrift die Frage der Legitimation des Indienstnahmeaktes in den Blickpunkt. Zunächst gilt es, das in praxi bisweilen unterschätzte Bedürfnis der Legitimation und seiner Reichweite wach zu rufen (§ 9). Weichenstellend für die verfassungsrechtliche Würdigung und die weitere Ausgestaltung sind die Indienstnahmeziele, denen der Pflichtenträger persönlich oder sachlich nahestehen muß (§ 10). Eine Staatsentlastung auf Kosten Privater bedarf einer besonderen Rechtfertigung, wobei die Relation von Sach- und Finanzierungsverantwortung im Einzelfall für einen kompensatorischen Kostenausgleich sprechen kann. An die allgemeine Diskussion von Legitimationsmodus und -maßstäben (§ 11) schließt sich die verfassungsrechtliche Würdigung der Indienstnahme für den Vollzug von Steuergesetzen an. Das Prinzip des Steuerstaates erweist sich nicht als unüberwindbare verfassungsrechtliche Schranke gegenüber Indienstnahmen (§ 12), sondern ist umgekehrt sogar ein Impuls für Indienstnahmen Privater zugunsten des Steuerstaates (§ 13). Da Gleichheit und Gesetzmäßigkeit der Besteuerung im Steuerstaat unverfügbare Essentialia sind, ergibt sich aus dem verfassungsgerichtlich postulierten Verifikationsgebot zugleich eine verfassungsrechtliche Notwendigkeit insbesondere informationeller Indienstnahmen für den Steuerstaat. Deren Voraussetzungen und Grenzen illustriert die Indienstnahme für den Steuerabzug (§ 14). Mit dieser bewußten Konzentration erhebt die Schrift auch im Referenzgebiet der Indienstnahme Privater für den Vollzug von Steuergesetzen nicht den Anspruch, das Thema umfassend und abschließend zu behandeln.

Der Akt der Indienstnahme Privater für den Steuervollzug fördert die Besteuerungsmaximen der Gleichheit und Gesetzmäßigkeit nicht nur, sondern kann sie auch gefährden, indem nicht zwingend steuerrechtlich vorgebildeten Privaten der Vollzug von komplexen Steuergesetzen auferlegt wird. Darum bedarf es legislatorischer und administrativer Sicherungsmaßnahmen. Der Suche nach verfassungsrechtlichen Direktiven für die Ausgestaltung der Indienstnahme ist der Vierte Teil der Schrift gewidmet. Die Indienstnahme Privater be-

Arbeitnehmers“ sein (ebenda, S. 58 f., 71). Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab für die Indienstnahme des Arbeitgebers soll Art. 12 Abs. 2 GG sein (ebenda, S. 145 ff.), wobei die aktuellen Arbeitgeberpflichten beim Lohnsteuerabzug noch das Prädikat der Herkömmlichkeit verdienen sollen (ebenda, S. 157 ff.). Gleichwohl soll mit Rücksicht auf das Verhältnismäßigkeitsprinzip ein staatliches Entgelt zur Mäßigung der Belastung geboten sein, solange nicht der Gesetzgeber die Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers durch eine pauschale Lohnbesteuerung auf ein sachgerechtes Maß reduziere (S. 195 ff., zusammenfassend S. 213 f.).

schränkt sich nicht auf den punktuellen Indienstnahmeakt, sondern begründet ein Indienstnamerechtsverhältnis (§ 15). Dieses fungiert als Analyserahmen und betont die spezifische Verbindung zwischen Indienstnahmeziel, -grund und -ausgestaltung. Die Ausgestaltungsanforderungen bei der Indienstnahme für den Steuervollzug (§ 16) erweisen sich dabei als Anschauungsfeld des „Gewährleistungsrechts“, über dessen Notwendigkeit und Inhalt bereits auf der eingangs zitierten Tagung der Staatsrechtslehrer in St. Gallen intensiv gerungen wurde⁴⁴.

⁴⁴ Befürwortend *Vofskuhle*, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (284 f., 304 ff.) m.w.N.; kritisch *Heintzen*, VVDStRL 62 (2003), S. 364 f. (Schlußwort).