

Universität Bielefeld

Fakultät für Rechtswissenschaft

Prof. Dr. Andreas Fisahn

Universität Bielefeld ■ Postfach 10 01 31 ■ 33501 Bielefeld

Telefon: (0521) 106 - 00

Universität Bielefeld ■ Postfach 10 01 31 ■  
Durchwahl: (0521) 106 - 4384

E-Mail: [Andreas.fisahn@uni-bielefeld.de](mailto:Andreas.fisahn@uni-bielefeld.de)

<http://www.jura.uni-bielefeld.de/Lehrstuehle/Fisahn/index.html>

**Schriftliche Stellungnahme zum Fragenkatalog der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am Donnerstag, 8. November 2007**

Kommission von Bundestag und Bundesrat  
zur Modernisierung  
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen

Kommissionsdrucksache  
077

## Gliederung

<b>I. Privatisierung und PPP: Fragen 17 - 31</b> .....	<b>4</b>
1. Formen der Aufgabenwahrnehmung und der Privatisierung .....	4
2. Unmittelbare verfassungsrechtliche Zuordnungen .....	5
a) Wirtschaftspolitische Neutralität des GG .....	5
b) Verfassungsrechtliche Normierung der Form der Aufgabenerfüllung ...	7
c) Gewaltmonopol und staatliche Form der Aufgabenerfüllung .....	9
3. Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse durch Private – funktionelle Privatisierung .....	10
a) Funktionsvorbehalt und funktionelle Privatisierung .....	10
b) Gesetzesvorbehalt und Privatisierung .....	12
c) Funktionelle Privatisierung und Demokratieprinzip .....	14
d) PPP und die Vermischung der Interessen .....	17
4. Materielle Privatisierung und die Allgemeinwohl orientierte Reproduktion 19	
a) Gewährleistung der Reproduktion einer Marktgesellschaft .....	19
b) Verfassungsrechtliche Gewährleistungspflichten .....	20
c) Allgemeine verfassungsrechtliche Bestimmungen und die öffentliche Gewährleistung .....	22
d) Demokratische Gestaltung .....	25
e) Folgerungen .....	26
5. Bewertung der Zweckmäßigkeit der Privatisierung .....	28
<b>II. Verwaltungszuständigkeiten und Bundesfinanzverwaltung: Fragen 91-132 und 61-77</b> .....	<b>30</b>
1. Die normativen Implikationen der bundes- und rechtsstaatlichen Ordnung .....	30
2. Die Kompetenzverteilung im Bereich der Steuerverwaltung .....	31
3. Interessenskollision und Vollzugsdefizit .....	33

4.	Folgerungen.....	41
<b>III.</b>	<b>Verschiedene Fragen.....</b>	<b>42</b>
1.	Bundesstraßen: Fragen 137-165.....	42
2.	Neugliederung und Art. 29 GG: Fragen 325 ff .....	43
3.	Standards und Rechtsstaat: Fragen 214 ff. ....	44
4.	Demografischer Wandel: Fragen 2, 5-16 .....	47

## **I. Privatisierung und PPP: Fragen 17 - 31**

### **1. Formen der Aufgabenwahrnehmung und der Privatisierung**

Es ist weitgehend anerkannt, dass es öffentliche Aufgaben gibt, die zunächst durch ein öffentliches Interesse gekennzeichnet werden können, im allgemeinen Interesse liegen oder dem Allgemeinwohl dienen. Das BVerfG hat das so formuliert: mit öffentlichen Aufgaben „sind die Aufgaben gemeint, an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so gear- tet sind, dass sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss.“ (BVerfGE 38, 281/ 299) Öffentliche Aufgaben werden also von Aufgaben, die durch private Initiati- ve erfüllt werden können und im engeren Sinne staatlichen Aufgaben abge- grenzt. Alle drei verbindet, dass an ihnen ein öffentliches Interesse oder ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht. Und selbstverständlich be- steht ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft etwa an der Versorgung mit Lebensmitteln, aber dies muss – jedenfalls unter gegenwärtigen Bedingungen einer ausreichenden Versorgung – nicht öffentlich organisiert werden. Das Bei- spiel weist schon darauf hin, unter welchen Bedingungen die öffentliche Aufga- be auch öffentlich organisiert werden muss: offenbar unter Bedingungen, unter denen eine gleichmäßige Versorgung auf dem Niveau eines kulturellen Mini- mums privat nicht erbracht werden kann, wobei die gleichmäßige Versorgung auf die Berücksichtigung von Gleichheitsaspekten, die sich aus dem Gleichheits- gebot des Art. 3 GG und dem Sozialstaatsprinzip ergeben, abstellt.

Die staatliche Aufgabe wird vom BVerfG eher tautologisch bestimmt, als öffent- liche Aufgabe, derer sich der Staat annimmt. „Die Veranstaltung von Rund- funksendungen ist nach der deutschen Rechtsentwicklung eine öffentliche Auf- gabe. Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befasst (auch dann, wenn er sich privatrechtlicher Formen bedient), wird sie zu einer ‚staatlichen Aufgabe‘ im Sinne von Art. 30 GG.“ (BVerfGE 12, 205/ 205) Die höchstrichterliche Definition der „öffentlichen Aufgabe“ impliziert, dass es Auf-

gaben gibt, die der Staat selbst wahrnehmen muss, die also weder materiell, noch funktionell und teilweise auch nicht formell privatisiert werden darf.

Dabei bedeutet materielle Privatisierung, dass die Erledigung der Aufgaben nach ihrer Rechtsform und nach ihrer Erledigungsform Privaten überantwortet wird. Funktionelle Privatisierung bedeutet, dass der Staat sich Privater zur Erfüllung der Aufgabe bedient, aber Träger und verantwortlich für die Aufgabe bleibt. Hierunter fallen vor allem die teilweise Aufgabenübertragung an Private, meist in Form der Beleihung und die PPP. Formelle Privatisierung heißt, dass der Staat die Aufgabe einer privatrechtlich organisierten Einheit überträgt, aber deren Eigentümer bleibt.

Form	Träger/ Eigentümer	Form der Aufgabenerfüllung	Tatsächliche Aufgabenerfüllung	Gewährleistung der Aufgabenerfüllung
Klassische staatliche Durchführung	Staat	Staat	Staat	Staat
Formelle Privatisierung	Staat (und Privat)	Privat	Staat	Staat
Funktionelle Privatisierung oder Gewährleistungsverantwortung	Staat und Privat	Privat	Privat (und Staat)	Staat
Materielle Privatisierung	Privat	Privat	Privat	Privat/ Staat

## 2. Unmittelbare verfassungsrechtliche Zuordnungen

### a) Wirtschaftspolitische Neutralität des GG

Die staatliche Aufgabenverantwortung ist zunächst vor dem Hintergrund der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, die das BVerfG mehrfach

betont hat, zu betrachten. Wirtschaftspolitische Neutralität bedeutet, dass es dem politischen Prozess, den parlamentarischen Mehrheiten überlassen bleibt, die Wirtschaftsform festzulegen. Das BVerfG führte im Urteil zur Verfassungskonformität der Investitionshilfe aus: „Das Grundgesetz garantiert weder die wirtschaftspolitische Neutralität der Regierungs- und Gesetzgebungsgewalt noch eine nur mit marktkonformen Mitteln zu steuernde ‚soziale Marktwirtschaft‘. Die ‚wirtschaftspolitische Neutralität‘ des Grundgesetzes besteht lediglich darin, dass sich der Verfassungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden hat. Dies ermöglicht dem Gesetzgeber die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz beachtet. Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann“ (BVerfGE 4, 7). Daraus folgt, dass dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt wird, die wirtschaftspolitische Verfasstheit der Bundesrepublik zu bestimmen. Das Grundgesetz schreibt genauso wenig eine marktwirtschaftliche Organisation wie Formen einer solidarischen Ökonomie vor, sondern überlässt die Wahl der wirtschaftspolitischen Organisation dem Gesetzgeber. Ein weites Ermessen hat das BVerfG mehrfach für die Wahl der Form der Organisation staatlicher Aufgabenwahrnehmung eingeräumt: Es ist danach „Sache des gesetzgeberischen Ermessens, zu entscheiden, welche dieser Aufgaben der Staat nicht durch seine Behörden, sondern durch eigens gegründete öffentlich-rechtliche Anstalten oder Körperschaften erfüllt. Das Bundesverfassungsgericht kann hierbei nur nachprüfen, ob der Gesetzgeber die Grenzen seines Ermessens beachtet hat.“ (BVerfGE 10, 89/ 102) Dies gilt zunächst für die Wahl der öffentlichen Organisation der Aufgabenwahrnehmung, ist aber unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftspolitischen Neutralität der Verfassung auch für die Frage anzunehmen, ob Aufgaben privatwirtschaftlich oder öffentlich ausgeführt werden.

Mit Blick auf die private oder öffentliche Organisation der Aufgabenerfüllung hat das BVerfG dem Gesetzgeber deshalb ebenfalls ein Ermessen eingeräumt, aber gleichzeitig verlangt, dass die Qualität der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gesichert bleiben müsse: „Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen lassen will, ist im allgemeinen Sache seines freien Ermessens, freilich bis zu einem gewissen Grade auch von Eigenart und Gewicht der einzelnen Aufgabe abhängig. Es besteht hier eine breite Skala von Möglichkeiten, die vom freien Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auflagen bis zu Berufen reicht, die gänzlich in die unmittelbare Staatsorganisation einbezogen sind, also ‚öffentlichen Dienst‘ im eigentlichen Sinne darstellen.“ (BVerfGE 17, 371/ 377)

b) Verfassungsrechtliche Normierung der Form der Aufgabenerfüllung

Das grundsätzliche Ermessen des Bundesgesetzgebers bei Entscheidungen, wie öffentliche Aufgaben zu organisieren sind, wird allerdings für einige Bereiche durch das Grundgesetz selbst begrenzt. Dazu gehört etwa die Organisation der Telekommunikation und der Postdienste, die nämlich seit der Verfassungsänderung von 1993 in großen Teilen privatwirtschaftlich organisiert werden sollen. Art 87 f Abs. 2 GG fordert für die Organisation der Telekommunikation, dass die Dienstleistungen als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen und durch andere private Anbieter erbracht werden. Dagegen sollen Hoheitsaufgaben im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation in bundeseigener Verwaltung ausgeführt werden.

Für die Post schreibt Art. 143 b Abs. 1 GG zwingend eine formelle Privatisierung vor, da das Sondervermögen Deutsche Bundespost nach Maßgabe eines Bundesgesetzes in ein Unternehmen privater Rechtsform umgewandelt werden soll, was bekanntlich geschehen ist. Das heiße allerdings nicht, so das BVerfG ausdrücklich, dass die Erbringung der Postdienstleistungen uneingeschränkt auf das Wettbewerbsprinzip festgelegt werde. „Privatwirtschaftlichkeit“, führt das Gericht aus, „verweist zunächst auf den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und auf eine am Gewinnprinzip orientierte Betätigung; sie kann beispielsweise auch

gegeben sein, wenn ein privatwirtschaftliches Unternehmen ohne Wettbewerber handelt, wie dies gegenwärtig in einem erheblichen Teil der Universaldienstleistungen der Fall ist. Eine Auslegung des Art. 87 f Abs. 2 GG, die ausnahmslos auf die Schaffung von Wettbewerb hinausläuft, wird vom Grundgesetz unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt gestützt.“ (BVerfG, 1 BvR 1712/01 vom 7.10.2003, Absatz-Nr.95)

Auch im Bereich der Bahn schreibt das Grundgesetz nicht die Schaffung eines wettbewerbsorientierten Systems vor, vielmehr wird – im Gegenteil – sowohl für die Bahn wie für Post und Telekommunikation der Staat auf eine am Allgemeinwohl orientierte Organisation und Erbringung der jeweiligen Dienstleistungen verpflichtet, was noch zu diskutieren ist.

Umgekehrt schreibt das Grundgesetz für andere Bereiche zwingend vor, dass sie staatlich organisiert werden. So bestimmt Art. 90 Abs. 1 GG in der klassisch kurz und bündigen Form: Der Bund ist Eigentümer der bisherigen Reichsautobahnen und Reichsstraßen, die also nicht privatisiert werden dürfen. Oder Art. 87 a GG: Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf, die natürlich nicht privatrechtlich organisiert werden können. Das gleiche gilt für die Behörden nach Art. 87 Abs. 1 GG, wonach Bundesgrenzschutzbehörden, Zentralstellen für das polizeiliche Auskunfts- und Nachrichtenwesen, für die Kriminalpolizei und zur Sammlung von Unterlagen für Zwecke des Verfassungsschutzes eingerichtet werden können. Ein gesetzgeberisches Schelmenstück, das zu entsprechenden Diskussionen geführt hat, ist Art. 87 d Abs. 1 GG, der bestimmt: „Die Luftverkehrsverwaltung wird in bundeseigener Verwaltung geführt. Über die öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisationsform wird durch Bundesgesetz entschieden.“ Nachdem der Bundespräsident im April 2006 die Änderungen des Luftverkehrsgesetzes, mit der die Luftsicherung privatisiert werden sollte, nicht unterzeichnet hat, ist die Mehrheit der Juristen der Überzeugung, dass die Luftverkehrsverwaltung nicht unter Aufgabe der Kontrollrechte des Bundes und seiner Mehrheitsbeteiligung privatisiert werden darf.

### c) Gewaltmonopol und staatliche Form der Aufgabenerfüllung

Die hier ausgewählten Beispiele erhellen, dass insbesondere die Organisation der „inneren und äußeren Sicherheit“, d.h. von Militär, Polizei und Geheimdiensten eine öffentliche Aufgabe ist, die staatlich organisiert werden muss, in diesem Fall durch staatliche Einrichtungen wahrgenommen werden muss. Hier handelt es sich um eine notwendige staatliche Aufgabe, die auch nicht formell privatisiert, also privatrechtlich organisiert werden darf. Solche notwendig staatlichen Aufgaben werden aus dem Gewaltmonopol, das als Bestandteil oder sogar als Voraussetzung des Rechtsstaates fungiert, hergeleitet. Dort wo das Gewaltmonopol des Staates zur Disposition stehe, müsse der Staat zwingend die Aufgabe selbst ausführen und verantwortlich bleiben. Das Gewaltmonopol bestimmt die notwendigen Aufgaben des Staates, weil der Staat über das Gewaltmonopol definiert wird, also nur dort ein Staat existiert, wo es eine Staatsgewalt mit halbwegs effektivem Gewaltmonopol gibt. Das Gewaltmonopol des Staates wird vom Grundgesetz vorausgesetzt, was in der Bindung der staatlichen *Gewalt* an die Verfassung in Art. 1 Abs. 3 i.V.m. 20 Abs. 2, 3 GG zum Ausdruck kommt. Mit einer Privatisierung, die den Bereich des Gewaltmonopols betrifft, würde gleichsam das „Wesen“ des Staates tangiert oder „Staatlichkeit“ selbst ausgehöhlt, was mit der verfassungsmäßigen Ordnung nicht zu vereinbaren ist. (Ehlers, Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben, S. 108). Das Gewaltmonopol ist an dieser Stelle wie man den zitierten Vorschriften des Grundgesetzes entnehmen kann, eng mit dem Rechtsstaatsprinzip verwoben. Nur wo die Gewalt rechtlich gebunden ist und am Maßstab des Rechts kontrolliert und beschränkt wird, rechtfertigt sich deren Monopolisierung beim Staat. Im Unterschied zu Privaten ist die staatliche Gewalt unmittelbar an die Grundrechte, die Verfassung und die Gesetze gebunden. Dieser Unterschied der verfassungsrechtlichen Bindung macht ebenso wie das Gewaltmonopol den Kernbereich der rechtsstaatlichen Ordnung im modernen Verfassungsstaat aus und setzt gleichzeitig die Grenzen für eine Privatisierung dieses Kernbereichs staatlicher Gewalt.

Dann folgt, dass beispielsweise Polizei und Strafvollzug (Gusy, JZ 2006, 651) grundsätzlich nicht privatisiert werden dürfen. Im Bereich der Polizei besteht dabei vor allem die Gefahr einer schleichenden Privatisierung durch die Zunahme privater Sicherheitsdienste, die vereinzelt mit beschränkten Kompetenzen das Gewaltmonopol des Staates nicht tangieren, dieses aber zurückdrängen und aushöhlen können, wenn der Eindruck entsteht, dass insbesondere die alltägliche Sicherheit vom Staat nicht mehr zu gewährleisten ist und privat organisiert werden muss (Steggmann, in: Gusy Privatisierung von Staatsaufgaben, 237/248). Verfassungsrechtlich bedenklich ist es in diesem Sinne auch, wenn der Staat einzelne Lebensbereiche oder Situationen vollständig privaten Sicherheitsfirmen überlässt.

### **3. Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Befugnisse durch Private – funktionelle Privatisierung**

#### a) Funktionsvorbehalt und funktionelle Privatisierung

Die Übertragung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist Maßstab zur Beurteilung der Privatisierung in den Formen der formellen und der funktionalen Privatisierung, wobei insbesondere letztere verfassungsrechtliche Probleme aufwirft, weil hier Privaten, sog. Beliehenen, die Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben übertragen wird, oder im Falle der PPP Private an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen in der Form beteiligt werden, dass sie faktisch an der Wahrnehmung hoheitsrechtlicher Aufgaben mitwirken und auf diese Einfluss nehmen können.

Nahe am Gewaltmonopol liegend, aber dennoch über dessen normative Implikationen hinausgehend ist die Bestimmung in Art. 33 Abs. 4 GG, wonach die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen ist, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Der Begriff der hoheitsrechtlichen Befugnisse wird zwar immer wieder mal verwendet, ist aber in seiner positiven Substanz umstritten. Einigkeit besteht, dass hoheitliche Befugnisse sich nicht auf die sog. Eingriffsverwaltung beschränken, sondern ebenso im Bereich der Leistungsverwaltung anzutreffen sind, schon weil aufgrund dieser Unter-

scheidung keine klare Trennlinie zu ziehen ist. (Kunig, in: Münch/Kunig, Art. 33 GG, Rn. 47 ff.) Hoheitsrechtliche Befugnisse unterscheiden sich von privatrechtlichen durch die Weite des Bereichs, in dem eine Kompetenz besteht, einseitig verbindliche Entscheidungen zu treffen. Das geschieht sowohl im Bereich der allgemeinen Dienstleistungen und der Infrastrukturleistungen wie im Bereich des Eingriffs in Grundrechte.

Die genauere Bestimmung der hoheitsrechtlichen Befugnisse konnte oftmals dahinstehen, weil Art. 33 Abs. 4 GG ein Regel-Ausnahme-Verhältnis normiert. Die Rechtsprechung konnte in einigen Fällen die Privatisierung auch von Bereichen mit hoheitsrechtlichen Befugnissen für verfassungskonform erklären, weil die hoheitsrechtlichen Befugnisse nur „in der Regel“ von Beamten ausgeübt werden sollen, woraus gefolgert wird, dass Ausnahmen auch in dem Sinne zulässig sind, dass hoheitliche Aufgaben Privaten übertragen werden. (BVerwGE 7 BN 2/05, v. 29.9.2005, Absatz-Nr.4)

Um dem Regel-Ausnahme-Verhältnis Rechnung zu tragen, ist es verfassungsrechtlich geboten, dass die Übertragung hoheitsrechtlicher Aufgaben auf Private durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geschieht (BVerfG NJW 1987, 2501/2502, BVerwGE 98, 280/298), wobei die funktionale Privatisierung durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein muss, so dass die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates gewahrt bleibt. (BVerfGE 88, 103/114; BVerwGE 7 BN 2/05, v. 29.9.2005, Absatz-Nr.4) Dabei ist zu beachten, dass ausschließlich fiskalische Erwägungen keinen solchen sachlichen Grund darstellen. Schließlich ist dabei darauf zu achten, dass das Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt wird. (BVerfGE 9, 268/284) Daraus lässt sich einerseits schließen, dass die Beleihung von Privaten mit hoheitlichen Befugnissen grundsätzlich zulässig ist (BVerwGE 57, 55/60). Andererseits ist aber bei jeder Entscheidung im Einzelfall geboten zu überprüfen, inwieweit mit der Übertragung von hoheitlichen Befugnissen das Regel-Ausnahme-Verhältnis gewahrt bleibt. Das heißt nicht, dass nur eine quantifizierende Betrachtung erfolgen muss. So eine Betrachtung würde beispielsweise bei der funktionalen Privatisierung der Kommunalverwaltungen nach etwa briti-

schem Vorbild zu dem Ergebnis führen, dass das Regel-Ausnahme Verhältnis des Art. 33 Abs.4 GG verletzt ist. Es bedeutet auch, dass im Einzelfall zu prüfen ist, ob durch die Übertragung der hoheitsrechtlichen Befugnisse der Kernbereich staatlicher Aufgaben im Sinne der Gewährleistung von Sicherheit betroffen ist. Je enger die funktionale Privatisierung an diesen Kernbereich heranrückt und je mehr wertende – im Unterschied zu technischen – Entscheidungen zu treffen sind, um so eher wird man ebenfalls zu einem Verstoß gegen das Regel-Ausnahme-Verhältnis kommen müssen. Dies hat das BVerwG beispielsweise in dem Fall der Übertragung hoheitsrechtlicher Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse bei besonders überwachungsbedürftigen Abfällen (BVerwG v. 29.9.2005, a.a.O.) ungeprüft gelassen und so im Ergebnis die Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG verkannt.

#### b) Gesetzesvorbehalt und Privatisierung

Die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private in Form der Beleihung oder der PPP bedarf – wie gesehen – nach gefestigter Rechtsprechung der gesetzlichen Grundlage. Dies ist zu begründen mit dem demokratischen Gesetzesvorbehalt. Der verlangt, die Gesetzesform für alle Regelungen der im Kompetenzbereich des Staates liegenden Angelegenheiten, die von grundsätzlicher Bedeutung für die Allgemeinheit sind. Er verpflichtet den Gesetzgeber, "in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen" (BVerfGE 49, 89 /126; 61, 260 /275; 88, 103 /116; vgl. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 62 Rdnr. 35 ff.; Schulze-Fielitz in: H. Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 / Rechtsstaat Rdnr. 104). Der demokratische Gesetzesvorbehalt soll sicherstellen, dass der Gesetzgeber sich nicht durch offene oder versteckte Delegation beispielsweise in Form von Generalklauseln seiner Gesetzgebungsaufgabe und damit seiner demokratischen Verantwortung gegenüber dem Souverän entzieht und hoheitliche Funk-

tionen jenseits demokratischer Verantwortung wahrgenommen werden. (Ossenbühl, a.a.O., Rn. 42)

Daraus folgert der Staatsgerichtshof Bremen: „Der demokratische Gesetzesvorbehalt verlangt daher nicht nur gesetzgeberisches Selbstentscheiden in grundlegenden Angelegenheiten des Gemeinwesens, sondern darüber hinaus auch eine hinlängliche Regelungsdichte des Gesetzes, um zu vermeiden, dass der Exekutive beim Vollzug des Gesetzes so große Entscheidungsspielräume bleiben, dass in Wirklichkeit sie die dem Gesetzgeber vorbehaltene politische Gestaltungsaufgabe wahrnimmt.“ (StGH Bremen St 1/01 v. 15.1.2002, S. 16 f) Diese Regelungsdichte ist beim Akt der Beleihung zu beachten. Das Gesetz, das hoheitliche Befugnisse überträgt oder auf dessen Grundlage diese übertragen werden, muss also so konkret gefasst sein, dass die Wahrnehmung der hoheitsrechtlichen Aufgaben den Erfordernissen einer demokratischen Programmierung der Exekutive und der demokratischen Verantwortlichkeit genügen. Das heißt, es ist gesetzlich möglichst konkret zu bestimmen, welche Entscheidungsbefugnisse wahrgenommen werden und an welchen normativen Maßstäben sich die Entscheidungen zu orientieren haben. Bei den Anforderungen an die gesetzliche Konkretisierung wird man auf die Art oder Weite der Entscheidungsbefugnisse, ihren wertenden, politischen oder rein technischen Charakter abstellen müssen.

Schließlich umfasst der demokratische Gesetzesvorbehalt bei der Übertragung von Hoheitsrechten die organisationelle Einbindung und Kontrolle der Institutionen, die Hoheitsrechte wahrnehmen oder an Entscheidungen mitwirken können. Wenn es sich weiter um eine Staatsfunktion handelt, für die der Staat letztlich die Verantwortung trägt, wird sie – jedenfalls theoretisch – der Volksvertretung zugerechnet, die sich gegenüber dem demokratischen Souverän zu verantworten hat. Dann ist es unabdingbar, dass mit dem Akt der Übertragung für den Gesetzgeber erkennbar ist, in welcher organisationellen Form diese Zurechnung erfolgen könnte oder wird. Über die Organisations- und Verfahrensregelungen werden schließlich letztlich auch die Grundrechte der Bürger geschützt. (BVerfGE 53, 30/ 59 f) Diese Bedeutung der prozeduralen Regelungen

für die staatlichen Schutzpflichten und Verantwortungszusammenhänge hat beispielsweise der VerfGH Berlin in seinem Urteil zur BWB (VerfGH Berlin, DVBl. 2000, S. 54) verkannt.

c) Funktionelle Privatisierung und Demokratieprinzip

Die Mit-Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse durch Private ist schließlich am Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG zu messen. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“, wird von der h.M. und Rechtsprechung als Gebot der demokratischen Legitimation der Ausübung von Staatsgewalt verstanden. Da die Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse regelmäßig auch als Ausübung von Staatsgewalt zu verstehen ist, sind – jenseits der Kritik an der eingeschränkten Auslegung des Demokratieprinzips als Legitimation von Herrschaft (vgl. Fisahn, Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung, S. 216 ff.) – mindestens dessen Voraussetzungen im Falle einer funktionellen Privatisierung zu beachten. Neben der gesetzlichen Programmierung der Exekutive verlangt das Demokratieprinzip die personelle und sachlich-inhaltliche Legitimation der Staatsgewalt. Organe und Amtswalter bedürfen danach „zur Ausübung von Staatsgewalt einer Legitimation, die – als eine demokratische – auf die Gesamtheit der Staatsbürger, das Volk, zurückgeht, jedoch regelmäßig nicht durch unmittelbare Volkswahl erfolgen muss. In diesem Bereich ist die Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert, wenn sich die Bestellung der Amtsträger – personelle Legitimation vermittelnd – auf das Staatsvolk zurückführen lässt und das Handeln der Amtsträger selbst eine ausreichende sachlich-inhaltliche Legitimation erfährt; dies setzt voraus, dass die Amtsträger im Auftrag und nach Weisung der Regierung ... handeln können und die Regierung damit in die Lage versetzen, die Sachverantwortung gegenüber Volk und Parlament zu übernehmen.“ (BVerfGE 93, 37/67) Uneingeschränkte personelle Legitimation besitzt ein Amtsträger dann, wenn er sein Amt im Wege einer Wahl durch das Volk oder das Parlament oder dadurch erhalten hat, dass er durch einen seinerseits personell legitimierten, unter Verantwortung gegenüber dem Parlament handelnden Amtsträger oder

mit dessen Zustimmung bestellt worden ist. Verlangt wird die sog. ununterbrochene Legitimationskette. (BVerfGE 83, 60/ 73)

Die personelle Legitimationskette verlangt, dass die Amtswalter von einem seinerseits legitimierten Amtsträger eingesetzt werden und die letztliche Legitimation gründet auf der Wahl der Regierung durch das Parlament. Im Falle einer Beteiligung sog. nicht legitimierter Personen verlangt das BVerfG, dass im Entscheidungsverfahren die legitimierten Amtswalter entweder im Gremium in der Mehrheit sind und in ihrer Mehrheit zustimmen oder das Letztentscheidungsrecht haben: Abschließende Entscheidungen können nur „unter der Voraussetzung hingenommen werden, dass die Mehrheit ihrer Mitglieder uneingeschränkt personell demokratisch legitimiert ist und die Entscheidung darüber hinaus von einer Mehrheit der so legitimierten Mitglieder getragen wird.“ Gefordert wird das Prinzip der sogenannten doppelten Mehrheit. Allerdings könne der Gesetzgeber den gemischten Gremien anhaftenden Mangel demokratischer Legitimation durch das Letztentscheidungsrecht einer in parlamentarischer Verantwortung stehenden oder dem Weisungsrecht eines parlamentarisch verantwortlichen Amtsträgers unterliegenden Stelle ausgleichen. (BVerfGE 83, 60/ 71; Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 22, S. 899, Fußnote 25) Dann ist zu folgern, dass PPP Vereinbarungen in Fällen, in denen hoheitliche Befugnisse übertragen und wahrgenommen werden, nur dann den Erfordernissen der ununterbrochenen Legitimationskette genügen, wenn das Prinzip der doppelten Mehrheit in den Gremien für Entscheidungen mit hoheitlichem Charakter gewährleistet ist. (VerfGH Berlin, a.a.O.) Die sachlich-inhaltliche Legitimation als Teil des demokratischen Prinzips verlangt, dass eine Bindung der hoheitlich handelnden Amtsträger an den Willen und die Weisungen einer der Volksvertretung oder dem Volk direkt verantwortlichen Spitze der Exekutive besteht. (BVerfGE 83, 60/ 73; 93, 37/ 66 ff.; BVerwGE 106, 64/ 74)

Diese Weisungsbeziehung zwischen den Amtswaltern und der demokratisch bestellten Spitze der Exekutive entsteht im Falle der Beilehung zunächst aus

dem Vorgang der Beleihung selbst. Die sachlich-inhaltliche demokratische Legitimation folgt zunächst aus dem Institut und dem Vorgang der Beleihung. Die beliehenen Unternehmen werden aufgrund des Beleihungsgesetzes Träger öffentlicher Verwaltung; sie sind damit Verwaltungsbehörde im funktionalen Sinne und im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG. (Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl. 1987, § 104 Rdnr. 10 m.w.N.) Damit unterliegen sie denselben Bindungen, die sich für die unmittelbare Staatsverwaltung aus dem verfassungsrechtlichen Demokratiegebot ergeben. Die Weisungsbefugnis kann sich deshalb nicht auf den einmaligen Akt der Beleihung beschränken, sondern muss aus dem Prinzip der demokratischen Kontrollierbarkeit und Verantwortung exekutivischen Handelns folgend fortbestehen. Wenn die Beliehenen staatliche Hoheitsgewalt ausüben, gebieten es die „Grundsätze demokratischer Legitimation, Verantwortlichkeit und Kontrolle, dass ihre Ausübung der Aufsicht eines – parlamentarisch verantwortlichen – Mitgliedes“ der gewählten Regierung unterliegt, wobei die Aufsicht nicht nur als bloße Rechtsaufsicht, sondern als Fachaufsicht zu gestalten ist. Der Beliehene muss seine Aufgaben nach den Richtlinien und Weisungen des zuständigen demokratisch legitimierten Teils der Exekutive erfüllen. (StGH Bremen St 1/01 v. 15.1.2002, S. 22 f.)

Weil die funktionelle Privatisierung von Verwaltungsaufgaben nicht zur Entstehung kontrollfreier Räume öffentlicher Verwaltung führen darf (Spannowsky, DVBl. 1992, S. 1073/ 1073; Schoch, DVBl. 1994, S. 962/ 974 f.; Schuppert, DÖV 1998, S. 831 ff./ 833; Pitschas, DÖV 1998, S. 907 ff./ 910 ff.), gibt es eine verfassungsrechtliche Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass ausreichend und qualifiziertes Personal zur Verfügung steht, um die Kontroll- und Weisungsaufgaben effektiv wahrzunehmen. Maßstab für den Staatsgerichtshof Bremen ist die „rechtsstaatlich-demokratische Qualität der erbrachten öffentlichen Leistung“ (StGH Bremen St 1/01 v. 15.1.2002, S. 23), die von der substanziellen Qualität der Leistung zu unterscheiden ist. Die geforderte rechtsstaatlich-demokratische Qualität mündet in die Verpflichtung, eine ausreichende behördliche Kontrolle der funktionell privatisierten Staatsaufgaben sicher zu stellen.

#### d) PPP und die Vermischung der Interessen

Sinn der PPP ist es vordergründig, privates Kapital für staatliche Aufgaben zu mobilisieren. Verbunden mit dieser Einbeziehung privaten Kapitals in Unternehmungen oder Einrichtungen mit öffentlichen Aufgaben ist jedoch immer eine mindestens Teil-Umstellung der Logik der Aufgabenerfüllung. Denn Private dürften sich in der Regel nicht altruistisch an einem PPP Projekt beteiligen, sondern die Erwartung haben, die übliche Kapitalrendite auch bei einer Investition in öffentliche Unternehmen zu erwirtschaften. Die Logik der öffentlichen Aufgabenerfüllung ist jedoch um die dem Allgemeinwohl förderliche Erbringung allgemeiner Dienste und Infrastrukturleistungen zentriert, während die ökonomische Effizienz aus dieser Perspektive nachgeordnetes Ziel ist und sinnvollerweise sein muss. Aufgrund der unterschiedlichen Logiken des privaten und öffentlichen Sektors ist es wahrscheinlich, dass die Interessen der privaten Gesellschafter mit der staatlichen Gemeinwohlorientierung an der ein oder anderen Stelle kollidieren. Der Staatsgerichtshof Bremen beschreibt dieses Kollisionsproblem unter verfassungsrechtlich, normativen Gesichtspunkten folgendermaßen: „Wenn Informationsbegehren oder Weisungen der Behörde unter Hinweis auf das gesellschaftsrechtlich geschützte Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge oder auf entgegenstehende Gesellschaftsinteressen oder Abstimmungsergebnisse verweigert werden können, hängt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht von den Entscheidungen staatlicher Amtswalter, sondern von der Willensbildung in den Organen der Gesellschaft ab. Dies wäre mit dem Gebot demokratischer Legitimation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht vereinbar. Darüber hinaus entsteht bei beliebigen Unternehmen, insbesondere solchen mit gemeinschaftlicher öffentlicher und privater Beteiligung, die neben der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auch erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen, die Gefahr einer Vermischung privater und öffentlicher Handlungsziele, -maßstäbe und -motive. Der damit drohende Mangel an Transparenz des Unternehmenshandelns erschwert dessen Steuerung und Kontrolle durch die Verwaltung und in der Folge auch die parlamentarische Kontrolle der Exekutive.“ (StGH Bremen St 1/01 v. 15.1.2002, S. 24 f.) Der Staatsgerichtshof hat aus die-

ser Problembeschreibung gefolgert, dass die demokratische Rückbindung vertraglich abgesichert werden muss, allerdings offen gelassen, wie dies zu geschehen hat, insbesondere hat er auf die Festschreibung einer öffentlichen Mindestbeteiligung verzichtet.

Eine solche Mindestbeteiligung hat der Bundespräsident richtigerweise in seiner Begründung zur Verweigerung der Gegenzeichnung des Flugsicherungsprivatisierungsgesetzes mit Blick auf die geforderte Kontrolle und Einflussmöglichkeit der demokratisch legitimierten Organe verlangt: „Darüber hinaus verfügt der Bund, wenn er – wie vorgesehen – nur noch 25,1 % der Anteile an der Flugsicherungsorganisation hält, gesellschaftsrechtlich nicht über die verfassungsrechtlich zwingenden Instrumente zur operativen Steuerung des Unternehmens. Eine Sperrminorität von 25,1 % vermittelt nur eine Vetoposition. So können zwar Satzungsänderungen verhindert werden, eine Einflussnahme auf die operative Geschäftsführung ist rechtlich aber nicht möglich.“

(<http://www.bundespraesident.de/dokumente/->

,2.633675/%20Pressemitteilung/dokument.htm) Im Falle der Flugsicherung ist zu bedenken, dass das GG eine Sonderregelung enthält. Da die Vermischung von Interessen und Umsteuerung der Logiken grundsätzlich ein Problem bei der Vermischung von privaten und öffentlichen Organisationen ist, kann die Überlegung verallgemeinert werden. Die Übertragung hoheitlicher Aufgaben verlangt im Falle der Übertragung an rein Private zwingend, die Beleihung so auszugestalten, dass der Private als Teil der Verwaltung agiert und den fachaufsichtlichen Weisungen und Kontrollen, die auch personell effektiv ausgestaltet werden müssen, unterliegt. Da im Falle der PPP Interessenskollisionen wahrscheinlich sind, die eine faktische Aufgabe der demokratischen Steuerung zur Folge haben können, ist es hier verfassungsrechtlich gefordert, dass der Staat sich Mehrheitsrechte vorbehält, damit die demokratisch-rechtsstaatliche Qualität der Ausübung hoheitlicher Aufgaben gesichert bleibt.

#### **4. Materielle Privatisierung und die am Allgemeinwohl orientierte Reproduktion**

a) Gewährleistung der Reproduktion einer Marktgesellschaft

Das Gewaltmonopol des Staates wird meist über seine Frieden sichernde Funktion gerechtfertigt: Der Ausschluss der gewaltsamen Durchsetzung eigener Interessen durch Private garantiert ein Mindestmaß an innerem Frieden. Dieses Gewaltmonopol entsteht mit dem modernen, kapitalistischen Staat und deutet deshalb gleichzeitig auf veränderte soziale Beziehungen und Rechtsverhältnisse hin. Der moderne Markt kann seine eigenen Voraussetzungen nicht selbst schaffen, es braucht eines Dritten, einer neutralen Gewalt, die erstens die Einhaltung von Verträgen garantiert und zweitens gleichsam als neutraler Dritter Streitigkeiten zwischen vertragsschließenden Parteien verbindlich entscheiden kann. Weiter ist die Reproduktion einer marktvermittelten und wettbewerbsorientierten Wirtschaft auf staatliche Vorleistungen angewiesen, die nicht marktfähig sind oder privatwirtschaftlich nicht zur Verfügung gestellt werden. Die Sicherung der Reproduktionsbedingungen ist auch „in einer grundsätzlich marktwirtschaftlich geordneten Wirtschaft eine legitime Aufgabe staatlicher Wirtschaftspolitik,“ formuliert das BVerfG, „die von der Verantwortung des Staates für den ungestörten Ablauf des wirtschaftlichen Geschehens im ganzen ausgeht.“ Und das Gericht konkretisiert diese Verantwortung so: „Sie umfasst – als Strukturpolitik – auch die Planung und Durchführung von Maßnahmen, die den im Gefolge der technischen Entwicklung und der weltwirtschaftlichen Verflechtung ständig auftretenden Wandlungen ... Rechnung tragen.“ (BVerfGE 30, 292/311 f.) Diese Verantwortung für die gesamtwirtschaftliche Reproduktion ist ebenso Kennzeichen moderner Staatlichkeit in einer kapitalistischen Gesellschaft wie das staatliche Gewaltmonopol.

Zu den Bereichen, die den ungestörten Ablauf des wirtschaftlichen Geschehens im Ganzen, die Reproduktion einer Marktökonomie sichern, gehören allgemeine Dienstleistungen und eine Infrastrukturpolitik, die sicherstellt, dass die für eine moderne Ökonomie notwendigen Netze und Strukturen vorhanden sind. In die-

sen Bereich gehört die Vorsorgeverwaltung, also die Bereitstellung von öffentlichen Einrichtungen für die Allgemeinheit wie Verkehrs- und Beförderungseinrichtungen, die Gas-, Wasser-, und Elektrizitätsversorgung (Ewald, Privatisierung staatlicher Aufgaben, S. 63) oder die Sicherung moderner Kommunikationsnetze. Dazu gehört die Sicherung der Gesundheitsversorgung ebenso wie die Sicherung eines für moderne Ökonomien ausreichenden Bildungsniveaus.

Die staatliche Funktion, die Reproduktionsbedingungen auch in einer Marktgesellschaft zu garantieren, sagt nicht, in welcher Form diese Sicherung erfolgen muss. Abgegrenzt werden auf diese Weise nur die öffentlichen Aufgaben, für die der Staat Verantwortung übernehmen muss oder historisch übernommen hat, von anderen, privaten Aufgaben. Staatliche Verantwortung besteht weiter in den Fällen der formellen oder funktionellen Privatisierung, auch wenn dies nicht selten verkannt wird. Gesetzlich wird diese staatliche Verantwortung für Infrastruktur und allgemeine Dienstleistungen auch in einigen Bereichen der materiellen Privatisierung normiert – man spricht in diesen Fällen von der Gewährleistungsverantwortung. Die Frage, inwieweit diese Verantwortung mit der materiellen Privatisierung vereinbar ist, kann nur anhand der verfassungsrechtlichen Normierungen zu den Bedingungen bundesrepublikanischer Staatlichkeit beantwortet werden.

#### b) Verfassungsrechtliche Gewährleistungspflichten

Verfassungsrechtliche Gewährleistungspflichten des Staates für allgemeine, öffentliche Dienste oder die Infrastruktur finden wir für den Bereich der Eisenbahnnetze, der Telekommunikation und Post sowie der Bildung.

Für die Eisenbahnnetze formuliert das GG explizit, dass der Bund eine angemessene Infrastruktur an Schienenwegen und die Versorgung mit Verkehrsangeboten sicher stellen muss. Gemäß Art. 87 e Abs. 4 GG gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz Rechnung getragen wird.

Wie dem Wohl der Allgemeinheit Rechnung zu tragen ist, wird mit Blick auf die Organisationsform der Eisenbahn in Art. 87 e Abs. 3 GG geregelt, wonach die Wirtschaftsunternehmen zwar in privat-rechtlicher Form organisiert werden sollen. Soweit die Tätigkeit des Wirtschaftsunternehmens den Bau, die Unterhaltung und das Betreiben von Schienenwegen umfasst, muss dieses Unternehmen aber mehrheitlich im Eigentum des Bundes verbleiben. Der Wortlaut der Vorschrift ist eindeutig, die Veräußerung der Schienennetze ist verfassungsrechtlich unzulässig, d.h. eine volle materielle Privatisierung ist ausgeschlossen.

In Art. 87 e GG ist die Frage nach den Eigentumsverhältnissen explizit als Frage nach der öffentlichen Verantwortung bei privater Wirtschaftsform gestellt und in Beziehung gesetzt zum öffentlichen Mit-Eigentum an den privatrechtlich organisierten Unternehmen mit öffentlichen Aufgaben. Es wird explizit die Beziehung zwischen den Interessen des Allgemeinwohls und der staatlichen Verantwortung, die durch entsprechende Eigentumsverhältnisse gesichert werden, hergestellt.

Für die Post und Telekommunikation normiert Art. 87 f. GG ebenfalls eine Gewährleistungspflicht des Staates für das Allgemeinwohl, das ebenso wie bei der Eisenbahn über eine angemessene Versorgung der Bevölkerung bestimmt wird. Im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation muss danach der Bund flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleisten. Im Bereich der Post wird diese Gewährleistungspflicht ebenfalls an die öffentliche Eigentümerstellung gekoppelt. Indem Art. 143 b Abs. 2 S. 2 GG bestimmt, dass der Bund die Kapitalmehrheit an den Nachfolgeunternehmen der Bundespost fünf Jahre nach der formellen Privatisierung veräußern darf. Die Systematik beider Vorschriften deutet darauf hin, dass regelmäßig das öffentliche Eigentum, auch wenn dieses formell privatisiert ist, die geeignete Form ist, um der Gewährleistungspflicht zu genügen.

Im Bereich der Schulversorgung macht Art. 7 GG dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ebenfalls deutlich. Art. 7 Abs. 1 GG normiert zunächst die staatliche Verantwortung für das Bildungswesen. Gemäß Art. 7 Abs. 4 GG wird dann das

Recht zur Errichtung von privaten Schulen gewährleistet. Die Privatschulen werden aber als Ausnahmeerscheinung konzipiert, schon weil Satz 2 bestimmt, dass sie nur als Ersatz für öffentliche Schulen fungieren und deshalb der Genehmigung des Staates bedürfen. Das BVerfG hat die Bedeutung und Funktion des staatlichen Schulwesens als Ergebnis historischer Erfahrungen gedeutet und anerkannt: „Die Trennung des Schulwesens in staatliche und private Schulen und der Primat staatlicher Schulen mit umfassendem Aufsichtsrecht auch über alle genehmigungspflichtigen privaten Schulen, findet sich bereits im Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794. Die Übernahme des Schulwesens als staatliche Aufgabe – mit dem Ziel, unter anderem durch die Einführung einer allgemeinen Schulpflicht möglichst allen Bürgern ein Mindestmaß an Bildung und Ausbildung zu vermitteln – beendete eine jahrhundertlange Vormachtstellung der Kirchen, die sich bis dahin auch in Form der geistlichen Schulaufsicht über die zunächst von den Städten zugelassenen ständischen Schulen und gegen die weitgehend verbotenen sogenannten Klipp- oder Winkelschulen nicht ständisch organisierter Privatlehrer behauptet hatte“ (BVerfGE 75, 40/ 56 f.). Diese Ausführungen erhellen den doppelten Zweck des staatlich organisierten Bildungswesens, der erstens darin besteht, eine allgemeine, gleichmäßige allen Bürgern zugängliche Bildung zu sichern und zweitens die Bildung von besonderen Interessen und einer Vermachtung frei zu halten.

c) Allgemeine verfassungsrechtliche Bestimmungen und die öffentliche Gewährleistung

Die expliziten Gewährleistungspflichten werden verfassungsrechtlich erweitert durch Bestimmungen, welche auf die Organisation der öffentlichen Aufgaben ausstrahlen. Dazu gehören das Sozialstaatsprinzip in Verbindung mit dem Gleichheitssatz sowie staatliche Schutzpflichten, die sich aus den Grundrechten ergeben. Das Sozialstaatsprinzip ist zu verstehen als Verpflichtung des Staates, die Mindestvoraussetzungen für „ein menschenwürdiges Dasein“ zu schaffen, was bedeutet, dass die „Fürsorge für Hilfsbedürftige zu den selbstverständlichen Pflichten eines Sozialstaates“ gehört. (BVerfGE 40, 121/ 133; 35, 202/

236) Zur Erfüllung der sozialen Verpflichtungen wird dem Gesetzgeber ein weites Ermessensspielraum eingeräumt, der ihn aber nicht von der grundsätzlichen Pflicht, sozialen Ausgleich anzustreben, entbindet. „Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates aber kann nur der Gesetzgeber tun; er ist gewiss verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität, insbesondere dazu verpflichtet, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle ... zu bemühen.“ (BVerfGE 1, 97/ 104) Die sozialstaatlichen Pflichten wurden von der höchstrichterlichen Rechtsprechung dennoch weiter konkretisiert. So formulierte das BVerfG: „Darüber hinaus entnimmt die freiheitliche demokratische Grundordnung dem Gedanken der Würde und Freiheit des Menschen die Aufgabe, auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen. ... Sie sieht es aber als ihre Aufgabe an, wirkliche Ausbeutung, nämlich Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn zu unterbinden. Vorzüglich darum ist das Sozialstaatsprinzip zum Verfassungsgrundsatz erhoben worden; es soll schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße verwirklichen.“ (BVerfGE 5, 85/ 205 f.) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs.1 GG, der zunächst die formale, d.h. rechtliche Gleichbehandlung verfassungsrechtlich gewährleistet, wird über das Sozialstaatsprinzip material aufgeladen, in dem vom BVerfG formulierten Sinn, dass ein Fortschreiten zur Gleichheit in der Differenz verfassungsrechtlicher Auftrag an den Gesetzgeber ist. Vor diesem Hintergrund lässt sich das Sozialstaatsprinzip als Ausformung und Konkretisierung der Staatlichkeit verstehen, welche Voraussetzung der Reproduktion der marktförmig organisierten Wirtschaft ist.

Die soziale Fürsorge für Hilfsbedürftige wurde vom BVerwG konkretisiert zu einem Anspruch auf Teilhabe an der sozio-kulturellen Entwicklung. So ergibt sich aus dem Sozialstaat das Recht auf ein „soziokulturelles Existenzminimum, das den Leistungsberechtigten nicht nur das zum Lebensunterhalt Unerlässliche gewährt, sondern sie in die Lage versetzen soll, in der Umgebung von Nichthil-

feempfängern ähnlich wie Personen mit geringem Einkommen leben zu können.“ (BVerwGE 36, 258) Öffentliche Aufgaben, die für die ökonomische und gesellschaftliche Reproduktion erforderlich sind, betreffen aber, soweit sie als allgemeine Dienste oder Produktion von meritorischen Gütern in Erscheinung treten, oftmals gerade solche Bereiche, für welche die Teilhabe gegenwärtig zum soziokulturellen Existenzminimum gehört. Dann folgt, dass der Staat diese allgemeinen Dienste nicht zwingend selbst erbringen muss, jedoch auch hier eine Gewährleistungspflicht besteht, und zwar eine Gewährleistungspflicht, die beinhaltet, dass entsprechende meritorische Güter, Infrastrukturen oder allgemeine Dienste diskriminierungsfrei, allgemein verfügbar vorgehalten werden. Das BVerfG hat eine entsprechende staatliche Verpflichtung aus dem Sozialstaatsprinzip für das Gesundheitswesen abgeleitet: „Im Sozialstaat des Grundgesetzes ist es *Staatsaufgabe*, die Krankenhausversorgung der Bevölkerung zu sozial tragbaren Kosten sicherzustellen.“ Die Aufgabe muss der Staat nicht vollständig selbst übernehmen, führt das Gericht weiter aus, ist aber verantwortlich im Sinne einer Gewährleistungspflicht, die hier als Pflicht zum Selbsteintritt im Falle von Ausfällen zu verstehen ist: „Diese Aufgabe kann der Staat dadurch erfüllen, dass er unter Einbeziehung freier gemeinnütziger und kommunaler Träger ein bedarfsgerechtes Gesamtsystem leistungsfähiger Krankenhäuser unterhält und diese in der Weise finanziert, dass er die erforderlichen Investitionskosten übernimmt und die verbleibenden notwendigen Selbstkosten durch entsprechend festgesetzte Pflegesätze aufbringen lässt“ (BVerfGE 52, 366/ 410)

Die sozialstaatliche Gewährleistungspflicht ist in bestimmten Fällen – wie beispielsweise dem Gesundheitssystem – zu ergänzen um die grundrechtlichen Schutzpflichten, die sich aus Art. 2 Abs.2 GG für Leben und Gesundheit ergeben. Dem Staat ist es danach nicht nur verwehrt, ohne verfassungsrechtliche Rechtfertigung in Leben und Gesundheit der Bürger einzugreifen, er hat vielmehr eine Schutzpflicht, also die Verpflichtung, aktiv Leben und Gesundheit der Bürger zu schützen (BVerfGE 39, 1/ 42). Die staatliche Handlungspflicht, die sich aus dem Gesichtspunkt der grundrechtlichen Schutzpflichten ergibt, wird

als Untermaßverbot (BVerfGE 96, 406/ 412) bezeichnet. Auch hier besteht regelmäßig ein Ermessen des Staates, wie er dieser Schutzpflicht nachkommt, allerdings verbietet die Schutzpflicht es, untätig zu bleiben, wenn die marktwirtschaftliche Organisation absehbar nicht in der Lage ist, für eine angemessene Versorgung, beispielsweise Gesundheits-, oder Wasserversorgung, die ebenfalls eine mögliche Gefährdung des Schutzgutes des Art. 2 Abs.2 GG bedeuten würde, sicher zu stellen. Das Untermaßverbot gebietet ein Mindestmaß an Vorkehrungen, um einen Ausfall privater Leistungserbringung auszuschließen – was regelmäßig nur sehr beschränkt möglich ist – oder staatlich aufzufangen. Das heißt, der Staat trägt gleichsam eine Ausfallverantwortung, der er beispielsweise beim durch einen Investitionsstau bei den Netzen verursachten Ausfall der Stromversorgung nachkommen muss.

#### d) Demokratische Gestaltung

Wenn Art. 20 Abs. 1 GG bestimmt, dass die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat ist, und diese Regelung durch die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst wird; wenn weiter Art. 28 Abs. 1 GG bestimmt, dass die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates entsprechen muss und in den Ländern, Kreisen und Gemeinden das Volk eine Vertretung haben muss, die aus allgemeinen, unmittelbaren, freien, gleichen und geheimen Wahlen hervorgegangen ist, dann folgt, dass der demokratische Aufbau des Staates auf den unterschiedlichen Ebenen einen zentralen Stellenwert in der Verfassung einnimmt, der es verbietet das Demokratieprinzip auf die Legitimation von Staatsgewalt und Herrschaft zu reduzieren. Es beinhaltet notwendig auch einen Gestaltungsauftrag an die Politik, der im Wege der Selbstgesetzgebung sowie der Steuerung und Kontrolle der Exekutive wahrzunehmen ist. Die Volksvertretungen auf allen Ebenen des Gesamtstaates setzen gleichsam voraus, dass sie Funktionen der Repräsentation des Volkes in der Politik wahrnehmen. Das BVerfG hat klargestellt, dass die normative Konstituierung einer Institution durch die Verfassung es gebietet, dass diese Institution

auch faktisch Funktionen hat und diese Funktionen übernehmen kann (BVerfGE 69, 1/ 21). Diese Funktion, die einer demokratischen Volksvertretung vorausgesetzt ist, lässt sich als politische Gestaltung fassen, d.h. sie ist berechtigt, kollektiv verbindliche Entscheidungen zu treffen, mit denen Einfluss genommen wird auf die Frage „Wie wollen wir leben“. Das heißt aber, dass den Volksvertretungen ein Gestaltungsspielraum eröffnet werden muss, in dem kollektiv verbindliche Entscheidungen getroffen werden können – und diese Gestaltungsspielraum muss nicht nur normativ existieren, sondern auch faktisch.

Wenn wichtige Kompetenzen, die sich auf die Frage „wie wollen wir leben“ auswirken, also dem Bereich der politischen Gestaltung zugehören, Privaten übertragen werden, verringert sich offensichtlich der Gestaltungsspielraum der Volksvertretungen. Nun kann die Volksvertretung in bestimmten Grenzen selbst entscheiden, welche Aufgaben sie weiter wahrnehmen will und welche sie übertragen will, allerdings muss wegen der hohen Bedeutung des Art. 20 GG zumindest ein Kernbereich an funktionalen Kompetenzen bei der Volksvertretung bleiben. Das heißt: Bei der Beurteilung der Verfassungskonformität von Privatisierungen ist nicht nur im Einzelfall darauf zu achten, dass bei der Ausübung von Staatsgewalt die Legitimation gewahrt wird, es ist auch ein Gesamtbild zu zeichnen und zu beurteilen, ob der jeweils zuständigen Volksvertretung ein ausreichender Gestaltungsspielraum bleibt, oder anders gesagt: ob mit der Privatisierung in Kernbereiche der demokratischen Entscheidungskompetenz eingegriffen wird. Die Grenze scheint im kommunalen Bereich teilweise mindestens tangiert zu werden, so dass der Vertrauen in die lokale Regierung schwindet und die Kommune ihre Bedeutung als „Schule der Demokratie“ verliert (Schneider/ Weizsäcker, in: Weizsäcker/ Young/ Finger, Grenzen der Privatisierung, 286).

#### e) Folgerungen

So ist als Ergebnis festzuhalten, dass sich aus den grundrechtlichen Schutzpflichten sowie dem Sozialstaatsprinzip i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz eine Gewährleistungspflicht des Staates ergibt, die die Pflicht begründet, über

öffentliche Einrichtungen eine allgemeine, gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit allgemeinen Diensten sicher zu stellen. Solche – im Sinne einer existenziellen Versorgung – zu gewährleistenden Bereiche betreffen neben den in der Verfassung speziell geregelten wie Eisenbahn, Post und Telekommunikation auch die Wasser-, Gesundheits-, und die Energieversorgung der Haushalte oder die Abfallentsorgung. Gewährleistungspflicht bedeutet wie ausgeführt nicht, dass der Staat die Aufgaben zwingend selbst erfüllen muss, dass eine materielle Privatisierung ausgeschlossen ist.

Allerdings ist verfassungsrechtlich eine erhöhte Begründungspflicht für die Privatisierung öffentlicher, dem Allgemeinwohl dienender Aufgaben zu erbringen. Die Gewährleistungspflicht legt es, wie die aufgezeigten Regel-Ausnahme-Verhältnisse gezeigt haben, nahe, dass die öffentlichen Aufgaben, nicht materiell privatisiert werden. Für die Wasserbewirtschaftung hat das BVerfG betont, dass wegen des an ihr bestehenden hohen öffentlichen Interesses eine privatwirtschaftliche Aufgabenerfüllung nicht in Betracht kommt, und der staatliche Bewirtschaftungsgrundsatz der verfassungsrechtlich gebotenen Sozialpflichtigkeit des Eigentums entspricht. Es sei nicht vertretbar, formuliert das Gericht, die Nutzung des Wassers dem „freien Belieben des Einzelnen zu überlassen oder die Nutzung nur mehr durch den – für frühere Verhältnisse ausreichenden – Rechtsgrundsatz der ‚Gemeinverträglichkeit‘ zu begrenzen. Die Bewältigung einer derart umfassenden, dem Gemeinwohl dienenden Aufgabe gehört zu den typischen Angelegenheiten des öffentlichen Rechts, die mit den Mitteln des Privatrechts kaum erfüllt werden können.“ (BVerfGE 58, 300/ 344)

Für andere Bereiche beinhaltet die Gewährleistungspflicht, dass

- ❖ Strukturen geschaffen werden, die eine Regulierung und Kontrolle der privaten Aufgabenerfüllung erlaubt,
- ❖ erwiesene oder absehbare Qualitätsverluste oder Versorgungsprobleme der Privatisierung der öffentlichen Aufgabe entgegenstehen,

- ❖ sicher gestellt ist, dass im Falle eines Ausfalls der privaten Anbieter, die öffentlichen Einrichtungen technisch, organisatorisch und personell in der Lage sind, die ausgefallene Aufgabenerfüllung zu übernehmen.

Für einige Bereiche sind die Folgerungen zusammen zu fassen: Eine Privatisierung der Streckennetze der Bahn ist verfassungsrechtlich unzulässig, was auch für eine schleichende Privatisierung durch die Hintertür gilt, schon weil das Volksaktienmodell absehbar vom EuGH auf der Linie seiner exzessiven Auslegung der Kapitalverkehrsfreiheit im Falle des VW-Modells kassiert würde.

Eine Privatisierung der Wasserversorgung ist verfassungsrechtlich unzulässig. Das gleiche gilt für die Privatisierung des Straßennetzes: Selbst unter der Voraussetzung, dass man Art. 90 GG ändern würde, spricht die weiter bestehende Gewährleistungsverantwortung gegen eine Privatisierung, weil eine ausreichende, mit dem Sozialstaatsprinzip und den Schutzpflichten vereinbare Verkehrsinfrastrukturversorgung absehbar nicht mehr gewährleistet wäre.

Es mehren sich die Zeichen, die für eine verfassungsrechtliche Pflicht zur öffentlichen Reorganisation der Energieversorgung der Haushalte sprechen, da die monopolisierte Energieversorgung und der monopolisierte Netzbetrieb offenbar zu Lasten der Infrastruktur mit inzwischen eingetretenen Ausfällen führt und zweitens eine gemeinverträgliche Preisgestaltung der Energieversorgung gefährdet erscheint.

## **5. Bewertung der Zweckmäßigkeit der Privatisierung**

Die materielle Privatisierung oder Privatisierung in Form von PPP ist in öffentlicher Verantwortung nur aus einer Perspektive zweckmäßig, nämlich um die vorher systematisch geleerten Staatskassen zu füllen. Aber auch zu diesem Zweck ist Privatisierung offensichtlich nur begrenzt geeignet, weil irgendwann das Tafelsilber ausgeht und zweitens, weil in vielen Fällen die langfristigen Kosten dennoch die öffentlichen Kassen belasten.

Die privatisierte Aufgabenerfüllung bringt es zwangsläufig mit sich, dass zusätzlich zu den Kosten der Dienstleistung eine Kapitalrendite erwirtschaftet werden muss. Das geht auf Kosten

- ❖ der Qualität der Leistung: Der Untergang des Abendlandes wurde weit oberhalb des Niveaus verkündet, das die nachmittäglichen Talkshows der Privatsender produzieren,
- ❖ der Beschäftigten: hier findet ein regelrechtes Lohndumping statt wie die gegenwärtige Diskussion um die privaten Postdienste zeigt,
- ❖ der Bürger als Abnehmer und Gebührenzahler und der Staatskasse: wenn nämlich die Privaten ihre Gewinnerwartung oder teilweise vertraglichen Garantie auf die Preise der erbrachten Dienste umlegen oder ihre oligopolistische Stellung zur Preistreiberei nutzen,
- ❖ Rechtsstaatlichkeit und Transparenz: Die Erfahrung lehrt, dass Privatisierung und Deregulierung „ideale Bedingungen für betrügerische Praktiken“ schaffen können (Weizsäcker u.a. in: ders. a.a.O., 333), und Intransparenz zunimmt statt abnimmt.

Das heißt nicht, dass es innerhalb der öffentlichen Institutionen keine Rationalisierungspotenziale gibt, die auch im Sinne einer ökonomischen Effizienz genutzt werden können. Dabei sollten nur nicht an erster Stelle die Beschäftigten der unteren Gehalts- und Lohngruppen in den Blick genommen werden, denn dort sind die Rationalisierungspotenziale ausgeschöpft, sondern eher diejenigen, die in öffentlichen Institutionen lukrative Jobs als „Versorgungsposten“ erhalten. Kurz: Alle Fragen, die in Richtung Abbau von Hemmnissen der Privatisierung gehen, arbeiten mit einer falschen Prämisse. Es steht die Reorganisation des Öffentlichen auch aus verfassungsrechtlichen Gründen an.

## **II. Verwaltungszuständigkeiten und Bundesfinanzverwaltung: Fragen 91-132 und 61-77**

### **1. Die normativen Implikationen der bundes- und rechtsstaatlichen Ordnung**

Das Grundgesetz ist angelegt auf eine Machtbalance durch eine Kompetenzverteilung zwischen den staatlichen Gewalten und zwischen Bund und Ländern. Dieses ausgeklügelte System der Machtbalancierung hat seinen Ursprung zum Teil in der deutschen Geschichte mit der späten Einigung zum Nationalstaat und zum anderen Teil auf der Skepsis gegenüber einer Zentralregierung, die nach den Erfahrungen des NS-Regimes sowohl bei den Müttern und Vätern des Grundgesetzes wie bei den Alliierten vorherrschte. Gleichzeitig werden der föderalen Kompetenzverteilung funktionale Aspekte zugeschrieben, was meint, dass die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern nach Aspekten der effektiven oder sach- und bürgernahen Erledigung geschehen soll. Effektivität im Sinne „einfacher Prozesse“, billiger Institutionen und Organisationen oder auch nur im Sinne einer reibungslosen Entscheidungsfindung und eines reibungslosen Verwaltungsvollzuges ist allerdings nicht das einzige, nicht einmal das zentrale Kriterium, das bei einer verfassungsrechtlichen Beurteilung der Kompetenzverteilung in Anschlag zu bringen ist. Die mit dem Bedeutungszuwachs der Europäischen Union konstatierte „Politik im Mehrebenensystem“ ist im föderalen System der Bundesrepublik angelegt und zwar bewusst angelegt, um die Gefahren zentralstaatlich monopolisierter Entscheidungskompetenzen zu vermeiden. Die Entflechtung von Bund- und Länderkompetenzen ist also kein Selbstzweck. Im Zweifel besteht vielmehr eine erhöhte Begründungslast für Entflechtungsvorhaben.

Auf der anderen Seite ist ein Mindestmaß an effektivem Vollzug staatlicher Gesetze verfassungsrechtlich geboten – unabhängig von der Frage, ob auf Landes- oder auf Bundesebene vollzogen wird. Dies ergibt sich aus dem Demokratieprinzip, das ins Leere läuft, wenn die Exekutive mehr oder weniger willkürlich die demokratische Programmierung mittels des Gesetzes unterlaufen kann, in-

dem diese nicht oder unzureichend „vollzogen“ werden. Zweitens verlangt auch das Rechtsstaatsprinzip mit der Herrschaft und dem Vorrang des allgemeinen Gesetzes, einen gleichmäßigen, vom Einzelfall unabhängigen, eben allgemeinen Vollzug der gesetzlichen Konditionalprogramme durch die Exekutive, speziell die Verwaltung. Effektivität ist aus dieser Perspektive eine Frage der gleichmäßigen, d.h. mit dem Gleichheitssatz konformen Anwendung des Gesetzes, die nur dann gewährleistet ist, wenn übermäßige Vollzugsdefizite ausgeschlossen sind. Das föderale System der Kompetenzverteilung und Machtbalance kann so in ein Spannungsverhältnis geraten zum gleichfalls geforderten Mindestmaß an einem allgemeinen Vollzug der normativen Programmsätze des Rechts. Diese Spannung ist jedoch im institutionellen und kompetenziellen Arrangement der deutschen Verfassung angelegt und lässt sich grundsätzlich auf Grundlage obiger Überlegungen rechtfertigen.

Änderungsbedarf kann sich ergeben, wenn durch die gesellschaftliche Entwicklung oder Änderungen im föderalen Aufbau sich die Gewichtungen verschoben haben, d.h. die Spannung zugunsten des einen Prinzips aufgehoben wurde. So kann ein rechtsstaatlicher Problemdruck entstehen, wenn in einem konkreten Bereich, aufgrund der föderalen Kompetenzverteilung die gleichmäßige Anwendung des allgemeinen Gesetzes nicht mehr zu gewährleisten ist. Dann folgt, dass sich die meisten gestellten Fragen in ihrer Allgemeinheit nicht beantworten lassen, vielmehr ist konkret zu prüfen, ob in einzelnen Bereichen ein solcher Problemdruck entstanden ist, sich die Balance zwischen föderaler Machtverteilung und dem gebotenen gleichmäßigen Vollzug der Gesetze verschoben hat.

## **2. Die Kompetenzverteilung im Bereich der Steuerverwaltung**

Eine solche Verschiebung hat im Bereich der Steuerverwaltung stattgefunden, so dass es geboten erscheint, hier die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung neu zu justieren. Die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung im Bereich der Gemeinschaftssteuern lässt sich so charakterisieren: der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz, die Länder sind für den Vollzug verantwortlich, die Früchte werden zwischen Ländern und Bund aufgeteilt. Diese spezifische Situa-

tion hat zu Vollzugsdefiziten geführt, die eine Revision der Kompetenzverteilung erforderlich macht.

Der Bund hat eine umfassende Gesetzgebungszuständigkeit im Bereich des Steuerrechts, nämlich gemäß Art. 105 Abs. 2 GG die Gesetzgebungskompetenz über Steuern, wenn ihm das Aufkommen dieser Steuern ganz oder zum Teil zusteht oder die Voraussetzungen des Artikels 72 Abs. 2 vorliegen. Ausschließlich dem Bund stehen gemäß Art. 106 GG beispielsweise die Einnahmen aus den Finanzmonopolen, den Verbrauchsteuern oder die Straßengüterverkehrssteuer zu. Mit Blick auf die besonders aufkommensstarken Steuern wie Einkommen und Umsatzsteuer trifft die erste Alternative des Art. 105 Abs. 2 GG zu. Teile der Steuereinnahmen stehen dem Bund zu. Es handelt sich um eine sog. Gemeinschaftssteuer, weil gemäß Art. 106 Abs. 3 GG das Aufkommen der Einkommensteuer, der Körperschaftsteuer und der Umsatzsteuer dem Bund und den Ländern gemeinsam zusteht. Am Aufkommen der Einkommensteuer und der Körperschaftsteuer sind der Bund und die Länder je zur Hälfte beteiligt. Die Anteile von Bund und Ländern an der Umsatzsteuer werden durch Bundesgesetz festgelegt (Art. 106 Abs. 3 S.3). Teile des Anteils der Länder an der Einkommens- und Umsatzsteuer gehen an die Gemeinden (Art. 106 Abs. 5, 5a, 7).

Die Verwaltungskompetenz weicht von der Gesetzgebungskompetenz auch im Bereich der Steuerverwaltung ab. Für die ausschließlich dem Bund zustehenden Steuern wird dem Bund teilweise auch die Verwaltungskompetenz zugewiesen. Dies gilt gemäß Art. 108 Abs. 1 GG für Zölle, Finanzmonopole, die bundesgesetzlich geregelten Verbrauchsteuern einschließlich der Einfuhrumsatzsteuer und die Abgaben im Rahmen der Europäischen Gemeinschaften. Diese Abgaben werden von den Bundesfinanzbehörden verwaltet. Die übrigen Steuern werden von den Ländern verwaltet. Die Verwaltungskompetenz der übrigen Steuern ist analog zur Gesetzgebungskompetenz geregelt. Dort, wo dem Bund das Steueraufkommen ganz – wie bei der Straßengüterverkehrssteuer, der Kapitalverkehrssteuern, oder der Versicherungsteuer – oder zum Teil zusteht – wie eben bei den Gemeinschaftssteuern – handeln die Landessteuerverwaltungen im Auftrag

des Bundes. Die sog. Bundesauftragsverwaltung ist eine Sonderkonstruktion, die von der Regel, die Länderverwaltungen führen die Bundesgesetze aus, abweicht und vom Grundgesetz nur in einigen Ausnahmefällen vorgeschrieben wird. Zu diesen Ausnahmen gehört die Verwaltung der Autobahnen und Bundesstraßen (Art. 90), die Ausführung von Gesetzen, die Geldleistungen gewähren und bei denen der Bund mehr als die Hälfte der Kosten übernimmt (Art. 104a) und die Finanzbehörden im Falle der Gemeinschaftssteuer.

Die Bundesauftragverwaltung lässt sich dadurch kennzeichnen, dass ein Weisungsrecht der Spitze der Bundesexekutive an die Landesexekutive besteht, das im Grundgesetz ansonsten nicht vorgesehen ist. Das heißt, das Steuerungsmedium Recht wird ergänzt durch das Steuerungsmedium Hierarchie. Allerdings beschränkt das Grundgesetz das Weisungsrecht in Art. 85 Abs. 2 GG so: Die Bundesregierung kann mit Zustimmung des Bundesrates allgemeine Verwaltungsvorschriften erlassen.

Allgemeine Verwaltungsvorschriften haben ihre Legitimation im Weisungsrecht der demokratisch legitimierten Verwaltungsspitze, sie sind also zu charakterisieren als verallgemeinerte Einzelweisungen. Wenn verallgemeinerte oder generelle Weisungen – so einige Fragen – im Rahmen der Finanzverwaltung „vereinfacht“ werden sollen, muss an dieser Stelle das GG geändert werden. Ein Bedarf ist aber nicht erkennbar, weil eine veränderte Kompetenz im Bereich der Verwaltungsvorschriften in der Auftragsverwaltung die Vollzugsdefizite im Bereich der Steuerverwaltung kaum lösen dürfte.

### **3. Interessenskollision und Vollzugsdefizit**

Die Bundesauftragsverwaltung produziert im Bereich der Steuerverwaltung zunächst auf einer abstrakten Ebene einen Interessenskonflikt, jedenfalls wenn man unterstellt oder die übrigen Bedingungen so setzt, dass die Kommunen, Länder und der Bund als homo oeconomicus handeln, d.h. als egoistisch am ökonomischen Gewinn oder Vorteil orientiertes Subjekt. In diesem Sinne wurde das Grundgesetz teilweise uminterpretiert, teilweise umgestaltet, indem sich die

Föderalismusreform I am Leitbild des Wettbewerbsföderalismus orientiert. Teilweise entspringt diese Orientierung einer Politik der leeren Kassen durch Verzicht auf die effektiv progressive Besteuerung hoher Einkommen und Unternehmensgewinne, die – wie zu zeigen ist – sich in ihren Folgen selbstreferenziell verstärkt. Der Interessenskonflikt entspringt unter gegebenen, d.h. den im Vergleich zu den Anfängen der Republik veränderten Bedingungen des Wettbewerbsföderalismus aus dem Umstand, dass die Vorteile eines effektiven Verwaltungsvollzugs im Bereich der Gemeinschaftssteuern, also mögliche Mehreinnahmen, bei den Ländern wegen des Finanzausgleichs nur höchst mittelbar ankommen, dagegen die Kosten des effektiven Vollzugs beispielsweise durch die Einstellung neuer Mitarbeiter direkt von den Ländern getragen werden. Schließlich scheint eine korrekte Vollzugspraxis des Steuerrechts von den Ländern – möglicherweise ja zurecht – als Standortnachteil wahrgenommen zu werden. In diesem Sinne lässt sich jedenfalls eine Entwicklung, die der Bundesrechnungshof in seinem Gutachten zu den Problemen beim Vollzug des Steuerrechts aufgeführt hat aber uninterpretiert ließ, verstehen. Zur Quote der Steuerprüfung bei der Umsatzsteuer stellt der BRH fest: „Die Prüfungsquote schwankt im Ländervergleich. Für das Jahr 2004 liegt die Prüfungsquote zwischen rd. 3,5 % in Sachsen-Anhalt und rd. 1,3 % in Bayern bzw. rd. 1,35 % in Hessen. Noch im Jahr 1994 reichte die Schwankungsbreite von 8,5 % in Brandenburg bis 0,6 % in Hessen. Inzwischen hat man sich im niedrigen Bereich eingependelt“ (Der Präsident des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, Probleme beim Vollzug der Steuergesetze, S. 82). Das lässt der Rechnungshof unkommentiert. Nahe liegt der Verdacht, dass dieses „Einpendeln“ keineswegs ein „natürlicher“ Prozess, sondern ein politisch gewollter Prozess ist, da die vollzugseffektiven Länder ansonsten beim Benchmarking als die „Dummen“ dastehen.

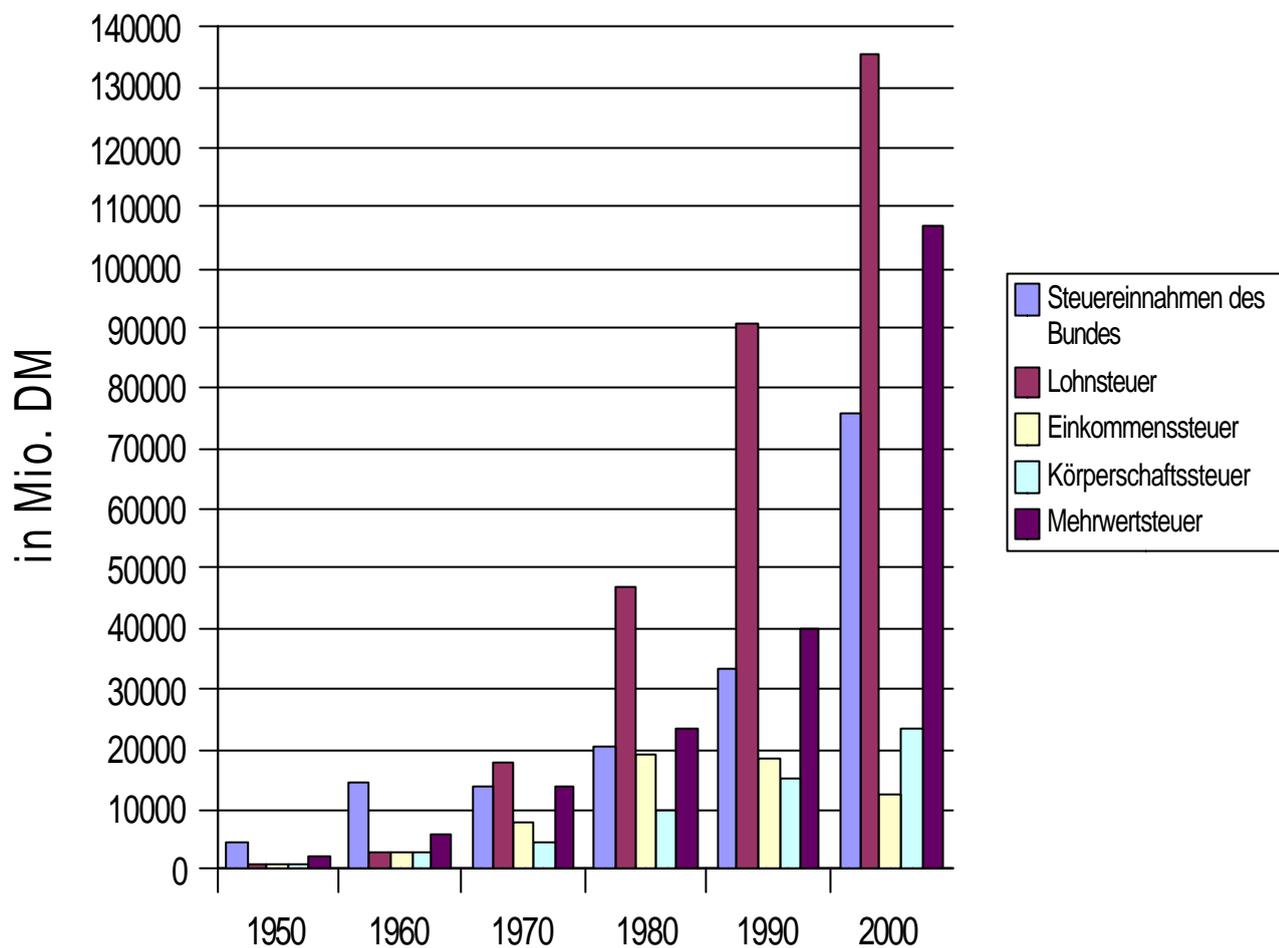
An dieser Stelle liegt eine Zwischenbemerkung zu den Fragen zum Benchmarking als Methode der Bewertung von Verwaltungseffektivierung nahe: Wie das Beispiel der Nivellierung nach unten beim Vollzug des

Steuerrechts zeigt, ist die Methode für die Bewertung einer Verwaltung kein ausreichender Maßstab. Sie ist gleichsam die Idealisierung der instrumentellen Vernunft, welche die Zielsetzungen als zweitrangig betrachtet. Insofern ist Benchmarking eine Methode der Entdemokratisierung, weil die Zielbestimmung den gewählten Volksvertretungen entzogen wird und das scheinbar rein technisch, mathematische Benchmarking der Exekutive oder – schlimmer noch – Consulting Firmen übergeben wird, die ihre Zielbestimmungen dem eigentlichen Messvorgang unterschieben.

Dieser Verdacht wird bestätigt, wenn man sich das Steueraufkommen der Bundesrepublik in einer langen Reihe ansieht. Während 1950 die Lohnsteuer mit 924 Mio. DM ca. 10% unterhalb der – übrigen – Einkommenssteuer mit 1067 Mio. DM lag, und die Körperschaftssteuer mit 741 Mio. nur wenig davon abwich, hat sich bis zum Jahr 2000 das Verhältnis dieser Steuereinnahmen zueinander radikal verschoben. Aus der Lohnsteuer flossen 135 733 Mio. DM, während aus der Einkommenssteuer nicht einmal ein Zehntel dieser Summe, nämlich nur 12 225 Mio. DM floss und die Körperschaftssteuer mit 23 575 Mio. DM nicht 20 % der Einnahmen aus der Lohnsteuer ausmachte. Auch das Verhältnis von Lohn- zu Mehrwertsteuer hat sich – wenn auch nicht in so extremen Ausmaß – verschoben. Während die Mehrwertsteuereinnahmen 1960 mit 6151 Mio. DM. noch etwa doppelt so hoch lagen wie die Einnahmen aus der Lohnsteuer mit 3033 Mio. DM, hatte sich auch dieses Verhältnis im Jahr 1973 verkehrt. Die Einnahmen aus der Lohnsteuer haben diejenigen aus der Umsatzsteuer mit 107 140 Mio. DM im Jahr 2000 weit übertroffen. (Vgl. Tabelle 1 + 2)

Tabelle 1:

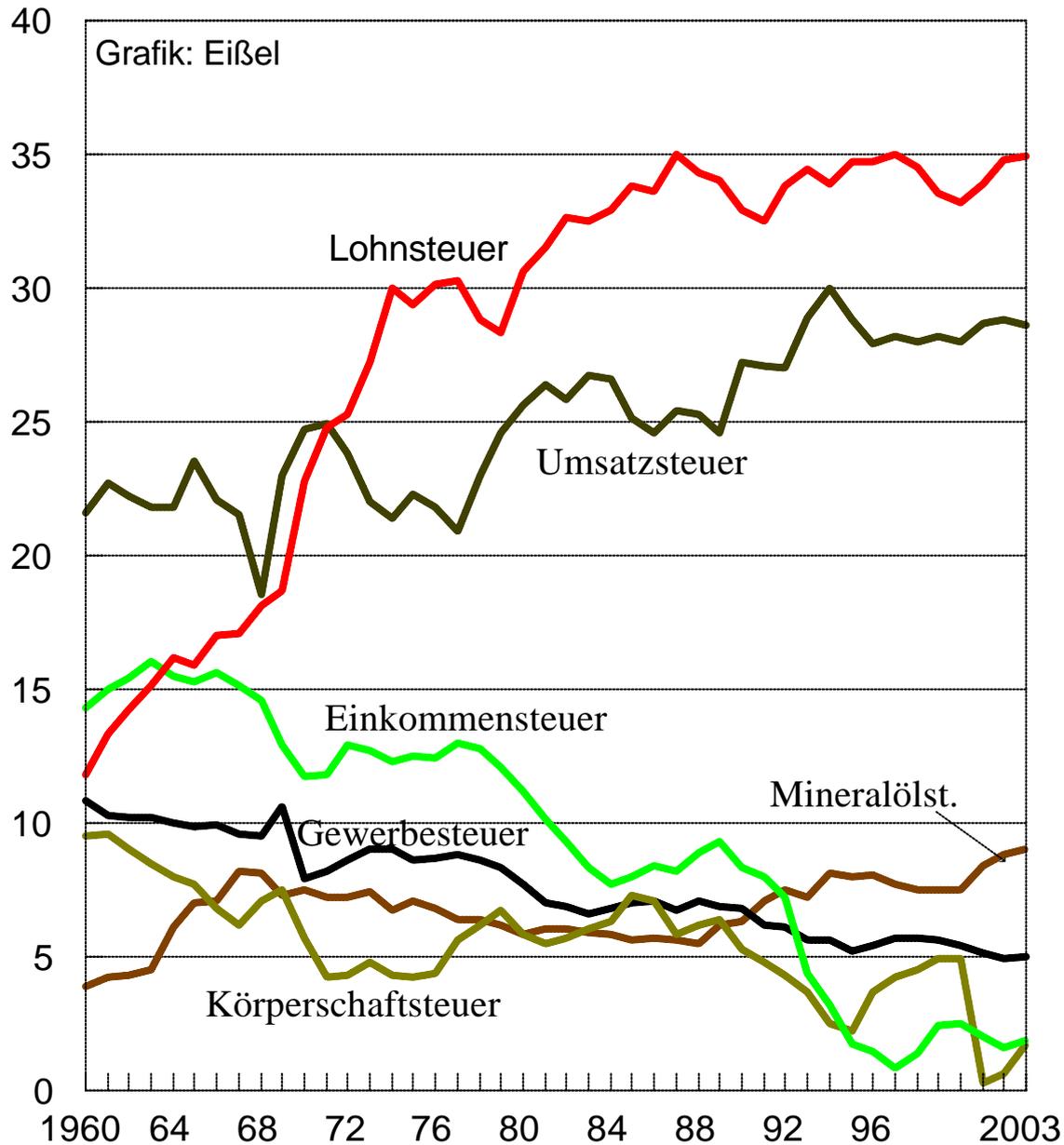
## Steuerverteilung Bund



(nach: [http://www.bundesfinanzministerium.de/lang\\_de/nn\\_4158/nsc\\_true/DE/Steuer-ern/Steuerschaetzung\\_einnahmen/Steuereinnahmen/0601011a6002.template1d=renderPrint.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/lang_de/nn_4158/nsc_true/DE/Steuer-ern/Steuerschaetzung_einnahmen/Steuereinnahmen/0601011a6002.template1d=renderPrint.html))

Etwas anders dargestellt, sieht die Verteilung folgendermaßen aus, Tabelle 2:

## Steuerentwicklung 1960- 2003 Anteil ausgewählter Steuerarten in % der Gesamtsteuereinnahmen



Quelle: eigene Berechnung nach Veröff. d. Finanzministerium u. Gesamtdeutschland

Stat. Bundesamt; ab 1990

Gleichzeitig hat sich die Arbeitnehmerquote, d.h. der Anteil der beschäftigten Arbeitnehmer an den Erwerbstätigen, im dem vergleichbaren Zeitraum nur unwesentlich verschoben, nämlich von 77,2 % im Jahre 1960 auf 90,7% im Jahre 2000. Bei (bis auf die letzten Jahre) steigender Arbeitnehmerquote sinkt seit den 1980er Jahren die Bruttolohnquote. Diese Verschiebung des Verhältnisses zwischen Lohnsteuer- und Körperschafts- oder Einkommenssteuereinnahmen resultiert also nicht aus dem Zuwachs des Anteils der Arbeitnehmer oder gar deren relativ höherem Einkommen, sondern, das liegt nun nahe: Die Verschiebung resultiert erstens aus einer verfehlten Steuerpolitik, die das Solidarprinzip in Form der Besteuerung nach Leistungsvermögen aufgegeben hat und damit gleichzeitig eine Politik der öffentlichen Armut und des privaten Reichtums eingeleitet hat. Diese wiederum zwingt die Gebietskörperschaften gegenwärtig in eine Wettbewerbssituation, und muss zweitens zur oben skizzierten Nivellierung nach unten beim Vollzug der Steuergesetze führen, so dass die abstrakten Gefahren aus der verfassungsrechtlichen Verteilung der Kompetenzen und Einnahmen bei den Gemeinschaftssteuern sich realisieren. Das wiederum verstärkt die Tendenz: die – vergleichsweise wenig betrugsanfälligen – Einnahmen aus der Lohnsteuer steigen im Verhältnis zu denen aus den anderen Gemeinschaftssteuern überproportional an. Das Ergebnis lässt sich an den Tabellen ablesen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich Steuerprüfer nicht nur selbst tragen, sondern zu Einnahmen führen, die über die Aufwendungen für ihre zusätzliche Anstellung hinaus gehen. 11.000 Betriebsprüfer haben im Jahr 2003 14 Milliarden zusätzliche Einnahmen erzielt – 1,3 Millionen Euro pro Prüfer. Stellt ein Bundesland zusätzliche Steuerprüfer ein, so erzielt es zwar erhebliche Mehreinnahmen, doch wandern diese sogleich in den Länderfinanzausgleich: „Dagegen haben Länder, die z.B. durch eine effektive Betriebsprüfung und Steuerfahndung die Bereicherung zu Lasten der Allgemeinheit erfolgreich bekämpfen, das Nachsehen. Der Erfolg dieser Arbeit wird durch Ausgleichszahlungen von anderen Ländern abgeschöpft, die damit verbundenen Personalkosten belasten hin-

gegen in voller Höhe den eigenen Haushalt.“ (Kilmer, in: Weed, Globalisierung und Steuergerechtigkeit, 2005, S. 25)

Der Bundesrechnungshof teilt diese Einschätzung in der Feststellung: „Einzelne Länder vermitteln den Eindruck, dass sich die Einstellung von mehr Betriebsprüfern wegen des Länderfinanzausgleiches nicht lohne; die Geberländer müssten den weit überwiegenden Teil etwaiger Mehrsteuern im Finanzausgleich abführen, den Nehmerländern würden ihre Mehrergebnisse ausgleichsmindernd angerechnet; in jedem Fall müsste das Beschäftigungsland die Personalkosten für weitere Betriebsprüfer tragen“ (Bundesrechnungshof a.a.O., S. 82).

Das Vollzugsproblem wird für den Bereich der Gemeinschaftssteuern in der zitierten Untersuchung des Rechnungshofes in aller wünschenswerten Deutlichkeit dargelegt. Statistisch gesehen werden die Unternehmen in Deutschland nur alle 50 Jahre von einer Umsatzsteuer-Sonderprüfung erfasst. Für Klein- und Kleinstbetriebe wurde im Bereich der Umsatzsteuer eine Prüfungswahrscheinlichkeit festgestellt, die im Ergebnis auf einen Verzicht der Kontrolle und des Gesetzesvollzugs hinausläuft.

<b>Kalenderjahr</b>	<b>Kleinbetriebe</b> Prüfungsturnus in Jahren	<b>Kleinstbetriebe</b> Prüfungsturnus in Jahren
2000	21,3 Jahre	59,0 Jahre
2001	22,6 Jahre	66,5 Jahre
2002	23,7 Jahre	70,6 Jahre
2003	24,1 Jahre	68,9 Jahre
2004	23,6 Jahre	75,6 Jahre

(Bundesrechnungshof, a.a.O., S. 77)

Diese Kritik an den Vollzugsdefiziten wird durch Berechnungen der Deutschen Steuergewerkschaft gestützt, nach denen sich die Steuerausfälle durch Steuerbetrug- und Hinterziehung auf rund 70 Milliarden Euro jährlich belaufen.

Im Jahre 2007 hat das Bundesfinanzministerium einen Abschlussbericht zu einer Untersuchung der Unternehmensberatung Kienbaum veröffentlicht ([http://www.bundesfinanzministerium.de/cln\\_01/nn\\_54/DE/Aktuelles/010.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/cln_01/nn_54/DE/Aktuelles/010.html)). In diesem Abschlussbericht der Kienbaumstudie wurden vier Modelle zur Neuorganisation der Steuerverwaltung entwickelt, deren Inhalt und prognostizierten finanziellen Effekte kurz zusammengefasst werden:

- ❖ Optimiertes Länder-Modell: Beibehaltung des Steuervollzugs durch die Länder im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung (Verstärkte Kooperation der Länder und verstärkte Koordination durch den Bund in wesentlichen Modulen (vor allem: Strategieentwicklung, Controlling, Fachaufsicht, Normsetzung, Risikomanagement, Servicemanagement, Fachablauforganisation, Informationstechnik, Aus- und Fortbildung). Der Effizienzgewinne innerhalb von 10 Jahren wird auf 5,8 Mrd. € geschätzt
- ❖ Bund-Länder-Modell: Es geht ebenfalls prinzipiell von der Beibehaltung des Steuervollzugs durch die Länder aus. Zusätzlich wird hier aber die Übernahme bestimmter Ausführungsfunktionen durch den Bund in wesentlichen Modulen unterstellt. Diese beziehen sich auf: die Fachaufbauorganisation (Groß-/Konzern-Betriebsprüfung und Steuerfahndung); – die Informationstechnik (Betrieb der Rechenzentren); – die Aus- und Fortbildung (Betrieb der Bildungszentren). Der Effizienzgewinne innerhalb von 10 Jahren wird auf 8,4 Mrd. € geschätzt.
- ❖ Bundessteuerverwaltung in der Variante A: Vollständige Verschiebung der Kompetenzen für den Vollzug der Gemeinschaftsteuern von den Ländern auf den Bund. Der Effizienzgewinne innerhalb von 10 Jahren wird auf 11,4 Mrd. € geschätzt.
- ❖ Bundessteuerverwaltung in der Variante B: vollständige Verschiebung der Kompetenzen für den Vollzug der bundeseinheitlichen Landessteuern von den Ländern auf den Bund angenommen. Der Effizienzgewinne innerhalb von 10 Jahren wird auf 11,5 Mrd. € geschätzt.

#### **4. Folgerungen**

Der Anteil der durchschnittlichen jährlichen kassenmäßigen Effekte am Gemeinschaftssteueraufkommen (2004) liegt, je nach Modell, zwischen 1,36 und 2,73 Prozent. Für die ersten beiden Varianten sind nur einzelgesetzliche Änderungen erforderlich. Für die dritte und vierte Variante ist eine entsprechende Neuformulierung des Art. 108 GG für unumgänglich (Übergang von der Auftragsverwaltung der Gemeinschaftssteuern zur Bundeseigenverwaltung). Dies ist angesichts der aufgezeigten Probleme und Entwicklungen sowie der geschätzten Mehreinnahmen zu präferieren.

Eine entsprechende Verfassungsänderung muss implizieren, dass die entsprechenden Ausgabenblöcke für Personal- und Sachkosten im Bereich der Finanzverwaltung auf den Bund übergehen. Dies kann zu einer erheblichen Kostenentlastung der Länder beitragen. Zugleich ist allerdings auch der Einschätzung des BRH zuzustimmen, dass auch der Bund eine Kompensation für seine daraus resultierenden Mehrausgaben durch eine Anpassung der Steuerverteilung zwischen Bund und Ländern erhalten sollte.

Ein extrem mangelhafter Gesetzesvollzug impliziert gleichzeitig die Wahrscheinlichkeit einer ungleichen Gesetzesanwendung, einer Ungleichbehandlung zu Lasten der Gesetzestreuen, die mit dem Rechtsstaat nicht vereinbar ist und – schlimmer – den Rechtsstaat in seiner Substanz angreift, das Vertrauen in den Rechtsstaat zerstört und Lernprozesse provoziert, die Rechtskonformität zum Ausnahmefall werden lassen.

Die geänderten tatsächlichen Verhältnisse lassen es in diesem Fall angebracht erscheinen, eine Revision der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung vorzunehmen. Die Zielrichtung sollte dabei sein, den Vollzug der Steuergesetze demjenigen zu übertragen, der von den Einnahmen profitiert oder sekundär, diesen zumindest zu vereinheitlichen. Dann kommen theoretisch zwei Möglichkeiten in Betracht, um diese Zielstellung zu erreichen, nämlich erstens die Abschaffung der Gemeinschaftssteuer und ein neues Steuersystem mit klarer Verwaltungskompetenz. Zweitens – und dies scheint einfacher zu verwirklichen –

besteht die Möglichkeit wenigstens den Vollzug zu vereinheitlichen, indem die Verwaltungskompetenz dem Bund zugewiesen wird. Eine Neuregelung im Sinne einer Änderung der Verwaltungszuständigkeit im Bereich der Gemeinschaftssteuer und die Zuweisung der Verwaltungskompetenz an den Bund scheint aus den genannten Gründen nicht nur wünschenswert, sondern zwingend geboten.

### **III. Verschiedene Fragen**

#### **1. Bundesstraßen: Fragen 137-165**

Gefragt wurde, ob sich die Zuständigkeiten im Bereich der Straßenverwaltung entflechten lassen, insbesondere ob eine Überführung der Bundesauftragsverwaltung in Bundeseigene Verwaltung Effizienzgewinne bringen würde. Eine Entflechtung der Zuständigkeiten und Kompetenzen im Bereich der Fernstraßen erfordert eine Änderung des Art. 90 GG, der die unterschiedlichen Verantwortlichkeiten klar formuliert. Rechtspolitisch ist eine Änderung jedoch wenig überzeugend, denn es erscheint im politischen Ansatz grundsätzlich verfehlt, auf eine unwillkommene Rechtsprechung des BVerfG mit einer Grundgesetzänderung zu reagieren, die in diesem Falle das aufgeworfene Problem auch nicht ändern würde.

Das Bundesverfassungsgericht entschied im Juli 2000, dass eine Weisung des Bundes an das Land Schleswig-Holstein, eine Bundesstraße in eine Straße nach Landesrecht abzustufen, nicht im Einklang mit den verfassungsrechtlichen Regelungen über die Auftragsverwaltung der Bundesfernstraßen stehe. Dazu führte das Gericht aus: „Die Verwaltungszuständigkeit für "Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs" im Sinne von Art. 90 Abs. 2 GG reicht also jedenfalls nicht weiter als die damit korrespondierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes für "den Bau und die Unterhaltung von Landstraßen für den Fernverkehr" nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG. Bereits diese Grenze ist aber durch die Weisung des Bundes überschritten.“ Und folgerte, dass das Bundesministerium die Weisung nicht erteilen durfte. Das Gericht bezweifelte allerdings nicht, dass eine Bundesfernstraße ihre Verkehrsbedeutung verlieren

könne und daraus grundsätzliche Konsequenzen zu ziehen seien. So könne der Bund in eigener Kompetenz über eine Entwidmung (Einziehung) einer Bundesfernstraße entscheiden und mit dem Land über eine Vereinbarung regeln, dass die Straße als Straße nach Landesrecht weiter geführt wird. (BVerfG, 2 BvG 1/96 vom 3.7.2000; [http://www.bverfg.de/entscheidungen/gs20000703\\_2bvg000196.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/gs20000703_2bvg000196.html)) Die vom Verfassungsgericht gezogene Grenze der Entwidmung einer Straße würde es auch nach einer Aufhebung der Auftragsverwaltung nicht erlauben, Straßen einseitig umzuwidmen oder von der Bundes- in die Landeskompentenz zu verschieben, weil der Bund hier weiter keine Gesetzgebungskompetenz besitzt.

Schließlich ist eine Entflechtung der Zuständigkeiten im Bereich des Straßenbaus und der Verwaltung mit dem Ziel, Straßen zu privatisieren, indem etwa PPP Projekte durchgeführt werden, rechtspolitisch nicht wünschenswert. Die Erfahrungen mit den wenigen bisher in Deutschland privat finanzierten Straßenbauprojekten sprechen gegen eine Fortsetzung des Weges. Der Bundesrechnungshof hat denn auch festgestellt, dass die private Vorfinanzierung gegenüber eine Haushaltsfinanzierung unwirtschaftlich ist. (Präsident des Bundesrechnungshofs, Bundesfernstraßen – Planen, Bauen, Betreiben, S. 12 f) Da eine private Finanzierung der Straßen langfristig mit einer allgemeinen Erweiterung des Mautsystems verbunden sein dürfte, ist dies kein wünschenswertes Modell, da in Deutschland die Bedingungen zu Verkehrsverlagerungen führen dürften, die insgesamt unverträglich sind, weil – anders als z.B. in Norwegen – alternative Routen zur Verfügung stehen und andererseits – anders als z.B. in Frankreich – diese angesichts der deutschen Bevölkerungs- und Verkehrsdichte überlastet würden.

## **2. Neugliederung und Art. 29 GG: Fragen 325 ff**

Die Fragen zur Möglichkeiten und Chancen der Neugliederung des Bundesgebietes zielen darauf ab, den Art. 29 GG in Richtung des Art. 118a GG zu ändern, also das zwingende Zustimmungserfordernis der Bevölkerung zu einer Neugliederung, Zusammenlegung usw. der Länder zu streichen, oder kurz: die Volks-

abstimmung abzuschaffen. Dieses Ansinnen stellt die gegenwärtige Krise der Repräsentation in ein grelles Licht. Anders als fast alle anderen Europäischen Staaten und anders als die Bundesländer kennt das Grundgesetz nur eine Form der Volksabstimmung oder Volksgesetzgebung, nämlich im Falle der Neugliederung der Bundesländer. Es lässt sich nur noch als demokratischer Offenbarungseid werten, wenn mit Blick auf die Neugliederung der Länder die Volksabstimmung aus einem einzigen Grunde abgeschafft werden soll: Weil das Volk dagegen sein könnte.

Schließlich bewegt man sich mit einem solchen Vorhaben zumindest am Rande eines Verstoßes gegen die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs.3 GG, der bestimmt, dass die Grundsätze u.a. des Art. 20 GG nicht geändert werden können. Art. 20 Abs. 2 GG bestimmt: Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Wenn der Art. 29 GG in der Weise geändert wird, dass der Volksentscheid entfällt, gibt es auf Bundesebene nur noch Wahlen, aber keine Abstimmungen mehr. Das heißt, die unter die Ewigkeitsgarantie fallende Bestimmung des Art. 20 Abs. 2 GG verliert mit Blick auf das Wörtchen „Abstimmungen“ jeglichen Gehalt. Da es grundsätzlich problematisch ist, normative Bestimmungen ohne jeden Inhalt stehen zu lassen, ist hier der Kernbereich der Volkssouveränität betroffen, so dass eine Abschaffung des Volksentscheids in Art. 29 GG ohne eine Erweiterung des Grundgesetzes um Elemente plebiszitärer Demokratie, die rechtspolitisch überfällig wäre, verfassungsrechtlich unzulässig ist.

### **3. Standards und Rechtsstaat: Fragen 214 ff.**

Die Fragen zu den Standards betreffen sehr unterschiedliche Bereiche, die nicht generell zu beantworten sind, deshalb können nur einige Aspekte herausgegriffen werden.

Nach der Föderalismusreform I bestimmt Art. 72 Abs. 2 GG, dass der Bund für bestimmte Materien der konkurrierenden Gesetzgebung, von seiner Kompetenz nur Gebrauch machen darf, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger

Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Die gleichwertigen Lebensverhältnisse und die Rechts- und Wirtschaftseinheit werden hier nicht nur Voraussetzung, sondern gleichzeitig Ziel der gesetzgeberischen Tätigkeit. Gleichzeitig macht die Voraussetzung deutlich, dass Unterschiede und Differenzen nicht grundsätzlich zu beseitigen sind, mit anderen Worten in der bundesstaatlichen Ordnung sogar erwünscht sind. Die Differenzen finden ihre Grenze zwingend dort, wo die Einheit der Rechtsordnung in Frage steht, was sich nicht nur aus Art. 72 Abs. 2 GG, sondern zwingend auch aus dem Rechtsstaatsprinzip ergibt. Das Rechtsstaatsprinzip basiert auf der bestimmten Allgemeinheit des Gesetzes und fordert deshalb, erstens eine, über die Bestimmtheit erst mögliche, allgemeine, d.h. für alle Teile der Bevölkerung gleichmäßige Anwendung des Gesetzes. Dort wo die Länder zuständig sind, wurde seitens der Verfassung bewusst auf ein bundeseinheitliches Gesetz verzichtet, das Rechtsstaatsprinzip gebietet dann allerdings, die gleiche Anwendung des Landesgesetzes.

Die Wirtschaftseinheit und gleichwertigen Lebensverhältnisse sind wiederum der Staatlichkeit vorausgesetzt. Die Wirtschaftseinheit ist historisch der Meilenstein und Ziel der deutschen Staatsgründung und in einer modernen, kapitalistischen Ökonomie gleichsam eine funktionale Essenz des Staates, der einen einheitlichen Markt auf seinem Territorium herstellt. Gleichwertige Lebensverhältnisse wurden vom Bundesverfassungsgericht – wie oben gesehen – nicht nur als Zielprogramm der Verfassung insgesamt beschrieben, sie sind – in einem gewissem Umfang – ebenfalls Voraussetzung jedenfalls eines demokratisch organisierten Staatswesens, da extreme regionale Ungleichgewichte entweder zu Wanderungsbewegungen führen oder strukturelle Minderheiten produzieren, mit denen eine Demokratie nicht existieren kann. Was heißt dies nun für die Standardisierung und Abweichungen:

- ❖ Dort wo mit Standard gesetzliche Vorgaben gemeint sind, können Abweichungen nur zugelassen werden, wo Art um Umfang ebenfalls gesetzlich normiert sind.
- ❖ Wo Standards gesetzliche Normierungen konkretisieren - etwa durch Rechtsverordnungen oder Verwaltungsvorschriften - sind Unterschiede und Differenzen nur innerhalb des gesetzlichen Normprogramms zulässig.
- ❖ Dort, wo Standardisierungen neben oder an Stelle der gesetzlichen Grundlage betrieben werden, ist dies unproblematisch, solange es um Selbstverpflichtungen der beteiligten Akteure geht. Es wird problematisch, wenn diese Standardisierungen faktisch verpflichtend werden, aber in oligarchischen Gremien verabschiedet werden (DIN-Normen und Wasserpläne). Hier ist eine Demokratisierung erforderlich. Der Verzicht auf solche Standards ist meist rechtlich nicht möglich oder faktisch nicht wünschenswert.

Standardisierung kann schließlich auch nicht normativ gemeint sein, sondern im Sinne einer faktischen, technischen Angleichung des Abstimmens der eingesetzten Techniken innerhalb der Gebietskörperschaften. Dies lässt sich für den Bereich der Computertechnologie vorstellen. Sinn und Zweck dieser Technik ist der erleichterte und schnelle Zugriff auf vorhandenes Datenmaterial, so dass es sich gleichsam aus der Technik selbst ergibt, diese in irgendeiner Form kompatibel zu gestalten. Dabei ist es weder bundesstaatlich geboten, dass eigenständige Datenbanken unterhalten werden, noch ist es bundes- oder rechtsstaatlich verboten, dass dies der Fall ist. Unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten erscheint eine Vereinheitlichung allerdings wenig überzeugend, da die Teilung der Verantwortlichkeiten zu unterschiedlichen Schwerpunkten etwa bei der statistischen Datenerhebung führen kann.

Problematisch ist die Standardisierung und erst Recht die Zentralisierung unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung. Die Kompatibilität der unterschiedlichen Systeme, die einen standardisierten Zugriff

auf unterschiedliche Datensammlungen ermöglicht, muss mit klaren rechtlichen Grenzen versehen werden. Die Zusammenschau aller vorhandenen Daten eines Bürgers macht ihn zum gläsernen Bürger, der in seinen unterschiedlichen Lebensäußerungen nicht mehr davon ausgehen kann, dass sie zum inneren Bereich seiner Subjektivität gehören, was schließlich auch die Wahrnehmung der kommunikativen Grundrechte, die unabdingbare Voraussetzung für den demokratischen Prozess sind, beeinträchtigt. Die Inkompatibilität unterschiedlicher Systeme schafft keinen rechtlichen, aber möglicherweise einen faktischen – nicht intendierten – Schutz vor dem überinformierten Staat. Eine Standardisierung und Kompatibilisierung der elektronischen Kommunikationssysteme muss deshalb immer mit einer Beachtung des grundrechtlichen Schutzes der informationellen Selbstbestimmung verbunden sein. Dabei wird aktuell zunehmend verkannt, dass das Volkszählungsurteil des BVerfG nicht so zu verstehen ist, dass über eine gesetzliche Ermächtigung, jede Datensammlung und -verarbeitung gerechtfertigt ist. Das Grundrecht hat eine eigenständige Bedeutung, die auch die Eingriffe auf gesetzlicher Grundlage unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stellt.

#### **4. Demografischer Wandel: Fragen 2, 5-16**

Die Fragen lassen sich nicht wirklich beantworten, weil die Prämisse der meisten Fragen falsch ist, der Handlungsbedarf in eine falsche Richtung gedacht wird. Demografischer Wandel, verstanden als Sinken der Geburtenrate und Steigerung des Altersdurchschnitts der Bevölkerung muss als Ergebnis eines zivilisatorischen Fortschritts verstanden werden, der sich seit der Industrialisierung feststellen lässt und nun auch die Staaten der südlichen Hemisphäre erfasst. Die Erscheinung ist also keineswegs neu und die mit der Entwicklung auftretenden Verschiebungen in der Alterspyramide führen zu Fragen der Verteilung und Umverteilung von Produktivitätsgewinnen, die allerdings gegenwärtig einseitig und in die falsche Richtung erfolgt. Diese neue Umverteilung nach oben ist das eigentliche Problem, das nun als Druck auf die Sozialsysteme aufgrund des demografischen Wandels diskutiert wird.

Von einem Problem der Unterbevölkerung als Problem des demografischen Wandels sprechen, kann man nur aus einem verengten nationalen Blickwinkel: Es gibt im Weltmaßstab kein Problem der Unterbevölkerung, so dass nur die Frage der Abschottung oder aktiven Einwanderungspolitik aufgeworfen werden kann, die bei einer aktiven Integrationspolitik auch entlastend auf die Sozialkassen wirkt.

Ein Problem kann in manchen Regionen die Entvölkerung oder Vergreisung des Landes in Form der Landflucht darstellen. Landflucht ist wiederum das Problem gleichwertiger Lebensverhältnisse, der Infrastruktur in diesen Regionen, die – wie erörtert – nur staatlich gesichert werden kann. Oder umgekehrt: der Rückzug des Staates aus der Infrastruktur- und allgemeinen Dienstleistungen verschärft dieses Problem, statt es zu entschärfen.