

AUSARBEITUNG

Thema: **Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes zur
Neuregelung der Flugsicherung**

Fachbereich III Verfassung und Verwaltung

Tel.: [REDACTED]

Verfasser: [REDACTED]

Abschluss der Arbeit: 10. März 2006

Reg.-Nr.: WF III G – 48/06

Ausarbeitungen von Angehörigen der Wissenschaftlichen Dienste geben **nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung** wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung des einzelnen Verfassers und der Fachbereichsleitung. Die Ausarbeitungen sind dazu bestimmt, das Mitglied des Deutschen Bundestages, das sie in Auftrag gegeben hat, bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Diese bedürfen der Zustimmung des Direktors beim Deutschen Bundestag.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
1. Zusammenfassung.....	3
2. Vorbemerkung.....	4
3. Vereinbarkeit des § 3 mit Artikel 24 Abs. 1 GG.....	4
3.1 Anwendungsbereich des Artikel 24 Abs. 1 GG.....	5
3.2 Zwischenstaatliche Einrichtung.....	6
3.3 Verbot der Beleihung von Privaten aus Artikel 24 Abs. 1 GG?.....	6
3.4 Ergebnis	8
4. Vereinbarkeit mit Artikel 20 GG (Wesentlichkeitsgrundsatz).....	8
4.1 Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts	8
4.2 Ausgestaltung der staatlichen Kontrolle über den Beliehenen als Gegenstand des Wesentlichkeitsgrundsatzes?	9
5. Vereinbarkeit des § 16 Abs. 2 mit Artikel 87d GG.....	10
5.1 Begriff der Luftverkehrsverwaltung	11
5.2 Wahlrecht über die Organisationsform der Luftverkehrsverwaltung	12
5.3 Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beleihung	12
5.4 Sicherstellung der Kontrolle und Steuerung des Beliehenen durch den Bund.....	13
5.4.1 Steuerungs- und Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde	13
5.4.2 Eigentumsverhältnisse an einer beliehenen juristischen Person.....	14
5.4.3 Sitz des Beliehenen	15
5.5 Die Übergangsregelung des § 16.....	16

1. Zusammenfassung

Die in dem § 3 des Entwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung vorgesehene Beleihung von Flugsicherungsorganisationen mit Aufgaben der Flugsicherung verstößt nicht gegen Artikel 24 Abs. 1 GG. In der Beleihung eines Privaten mit staatlichen Befugnissen ist keine Übertragung von Hoheitsrechten i.S. des Artikel 24 Abs. 1 GG zu sehen. Die „Quelle des Rechts“ verbleibt beim innerstaatlich zuständigen Verwaltungsträger. Durch die Beleihung entledigt sich der Bund nicht der Aufgabe. Die Flugsicherung wird trotz Beleihung durch den Bund als hoheitliche Aufgabe wahrgenommen.

Die Nichtregelung der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Bund Anteile an einer mit Flugsicherungsaufgaben zu beleihenden Gesellschaft zu halten hat, verstößt nicht gegen das Wesentlichkeitsprinzip.

Unter der Voraussetzung, dass § 16 Abs. 1 des Entwurfs so zu verstehen ist, dass die Bestimmungen des Entwurfs, insbesondere die neuen Kontroll- und Steuerungsrechte, auch in der Übergangszeit Anwendung finden, bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit des § 16 mit Artikel 87d GG.

2. Vorbemerkung

Die nachfolgende Prüfung beschränkt sich auf die in dem Auftrag angesprochenen verfassungsrechtlichen Fragen. Ob der Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung (Drs. 16/240) unter sonstigen Gesichtspunkten rechtliche Probleme aufwirft, wird nicht untersucht.

3. Vereinbarkeit des § 3 mit Artikel 24 Abs. 1 GG

Zu prüfen ist, ob § 3 des Entwurfs insoweit gegen Artikel 24 Abs. 1 GG verstößt, als auch die Beleihung an eine ausländische Flugsicherungsorganisation erfolgen kann.

§ 3 des Entwurfs **Beleihung**

(1) Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung kann Flugsicherungsorganisationen im Sinn von Artikel 2 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 549/2004 durch Verwaltungsakt die Aufgabe übertragen, jeweils innerhalb eines bestimmten Bereichs Flugverkehrsdienste nach § 1 Abs. 2 zu erbringen. Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung macht Entscheidungen über eine Beleihung im Bundesanzeiger bekannt. Eine beliehene Flugsicherungsorganisation wird nach Maßgabe von Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 550/2004 gegenüber der Europäischen Kommission als Dienstleister für Flugverkehrsdienste benannt.

(2) Das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung kann eine Flugsicherungsorganisation mit den in § 1 Abs. 4 genannten Aufgaben beleihen. Ein Rechtsanspruch auf Beleihung nach Satz 1 oder auf Fortsetzung der Beleihung besteht nicht.

(3) Die Beleihung nach Absatz 1 oder 2 kann mit Nebenbestimmungen versehen werden.

(4) Bei der Wahrnehmung von Aufgaben nach den Absätzen 1 und 2 unterliegt eine beliehene Flugsicherungsorganisation der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung. Dieses kann sich zur Wahrnehmung seiner Aufsichtstätigkeit jederzeit über die Angelegenheiten einer beliehenen Flugsicherungsorganisation, insbesondere durch Einholung von Auskünften, Berichten und der Vorlage von Aufzeichnungen aller Art unterrichten, rechtswidrige oder zweckwidrige Maßnahmen beanstanden sowie entsprechende Abhilfe verlangen. Eine beliehene Flugsicherungsorganisation und die sie vertretenden Personen sind verpflichtet, den Weisungen des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung nachzukommen. Es kann, wenn die beliehene Flugsicherungsorganisation seinen Weisungen nicht oder nicht fristgerecht nachkommt, die erforderlichen Maßnahmen an Stelle und auf Kosten der beliehenen Flugsicherungsorganisation selbst durchführen oder durch einen anderen durchführen lassen. Anstelle von Maßnahmen nach Satz 4 kann das

Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung auch ein Warnungsgeld von bis zu 500 000 Euro verhängen. Widerspruch und Anfechtungsklage der Flugsicherungsorganisation gegen aufsichtsrechtliche Maßnahmen, soweit diese Verwaltungsakte darstellen, haben keine aufschiebende Wirkung.

(5) Die Vertreter des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung sind zum Zweck der Aufsicht befugt, die Anlagen und Betriebsräume einer beliebigen Flugsicherungsorganisation während der üblichen Betriebs- oder Geschäftszeit zu betreten. Eine beliebige Flugsicherungsorganisation oder die sie vertretenden Personen sind insoweit verpflichtet, Vertretern des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung den Zugang zu den Anlagen- und Betriebsräumen zu gewähren. Gegenstände oder geschäftliche Unterlagen können im erforderlichen Umfang in Verwahrung genommen werden. Kosten, insbesondere solche für Gutachten und den Einsatz von Verwaltungshelfern, die dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung bei der Ausübung der Aufsicht entstehen, sind von der beliebigen Flugsicherungsorganisation zu tragen.

(6) Bedient sich eine beliebige Flugsicherungsorganisation bei der Erbringung von Flugverkehrsdiensten der Hilfe anderer zertifizierter Dienstleister, gilt § 4 Abs. 1 für die Zustimmung des Bundesaufsichtsamts für Flugsicherung nach Artikel 10 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 550/2004 entsprechend. Diese Dienstleister können im Namen und im Auftrag der beliebigen Flugsicherungsorganisation handeln, sie treten jedoch nicht in die Rechte und Pflichten der beliebigen Flugsicherungsorganisation gegenüber dem Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung ein. Die beliebige Flugsicherungsorganisation ist verpflichtet, im Umfang der ihr obliegenden Pflichten die ordnungsgemäße Diensterbringung durch andere Dienstleister sicherzustellen. Erbringt ein Dienstleister die Flugverkehrsdienste nicht ordnungsgemäß, kann das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung von der beliebigen Flugsicherungsorganisation die unverzügliche Beendigung der Zusammenarbeit mit diesem Dienstleister verlangen. Absatz 4 Satz 4 bis 6 gilt entsprechend.

In der Begründung zu § 3 des Entwurfs heißt es, durch die Möglichkeit der Beleihung bleibe die nach Artikel 24 GG bestehende Befugnis des Bundes, Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Organisationen zu übertragen, gewahrt; auch weiterhin könnten Flugsicherungsaufgaben durch den Bund aufgrund völkerrechtlichen Vertrages einer internationalen Organisation übertragen werden¹. Unter „Beleihung“ versteht der Gesetzentwurf „die Eingliederung privatrechtlicher natürlicher oder juristischer Personen in den Organisationsbereich eines zuständigen Verwaltungsträgers“².

3.1 Anwendungsbereich des Artikel 24 Abs. 1 GG

Nach Artikel 24 Abs. 1 GG kann der Bund durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen. Diese Bestimmung ist Ausdruck der Verfassungs-

¹ Begründung des Entwurfs zu § 3, Drs. 16/240, S. 23.

entscheidung für die internationale Zusammenarbeit³. Diese Vorschrift soll die Integration Deutschlands in die internationale Gemeinschaft dadurch erleichtern, dass die verfassungsrechtlich festgelegte Zuständigkeitsordnung der Bundesrepublik durch einfaches Gesetz modifiziert werden kann⁴. Die entscheidende Funktion des Artikel 24 Abs. 1 GG ist die Ermächtigung zur Erteilung eines besonderen innerstaatlichen Anwendungsbefehls für das aus außerstaatlicher Quelle fließende Recht⁵.

3.2 Zwischenstaatliche Einrichtung

Als außerstaatliche Rechtsquelle, auf die Hoheitsrechte übertragen werden können, nennt Artikel 24 Abs. 1 GG zwischenstaatliche Einrichtungen. Darunter fallen begrifflich alle von Staaten durch völkerrechtlichen Vertrag geschaffene Internationale Organisationen⁶. Von vornherein nicht gemeint sind alle von Privaten geschaffene Internationale Organisationen⁷ und schon gar keine privaten Unternehmen.

Damit scheidet Artikel 24 Abs. 1 als Rechtsgrundlage für die Übertragung von Hoheitsrechten auf eine privat-rechtliche natürliche oder juristische Person aus. Die Beleihung von privaten Luftsicherheitsdiensten kann nicht auf Artikel 24 Abs. 1 GG gestützt werden.

3.3 Verbot der Beleihung von Privaten aus Artikel 24 Abs. 1 GG?

Artikel 24 Abs. 1 GG könnte verbieten, ausländische Private mit Hoheitsrechten zu beleihen. Dann müsste in der „Beleihung“ eine „Übertragung“ von Hoheitsrechten i.S. des Artikel 24 Abs. 1 GG zu sehen sein.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung regelt die Bestimmung lediglich die Übertragung von Hoheitsrechten. Hoheitsrechte i.S. des Artikel 24 Abs. 1 GG sind Entscheidungen, die Rechtssubjekte und Behörden unmittelbar rechtlich binden, und zwar in Form von

2 Allgemeine Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 19.

3 *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 2.

4 *BVerfGE* 58, 1 [36]; *Tomuschat*, in: Bonner Kommentar, Art. 24 Rn. 33 f.; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 175.

5 *BVerfGE* 37, 271 [280]; 58, 1 [28]; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 12.

6 *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 52.

7 *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 52.

Normsetzung, Verwaltung und Rechtsprechung⁸. Der Entwurf geht in § 7 davon aus, dass der Beliehene hoheitlich handeln soll. In Abs. 1 werden das Verwaltungsverfahrensgesetz, das Verwaltungskostengesetz, das Verwaltungsvollstreckungsgesetz und das Verwaltungszustellungsgesetz für anwendbar erklärt. Die in den Abs. 2 und 3 vorgesehenen Rechtsbehelfe richten sich gegen Verwaltungsakte, die typischerweise hoheitliches Handeln bezeichnen. Auch nach der Begründung soll der Beliehene ermächtigt werden, sich der Handlungsformen des öffentlichen Rechts als staatlichem Sonderrecht gegenüber Dritten zu bedienen, insbesondere mit Verwaltungsakten⁹.

Übertragung von Hoheitsrechten im Sinne von Artikel 24 Abs. 1 GG meint das Öffnen des Kompetenzbereichs der deutschen Staatlichkeit für eine andere Organisation¹⁰. Wenn mit Übertragung auch nicht die Entäußerung von Hoheitsrechten in dem Sinne, dass die Bundesrepublik auf den entsprechenden Gebieten die Kompetenzen in der Substanz nicht mehr besitzt, gemeint ist¹¹, so ist doch zwingend erforderlich, dass die Bundesrepublik drauf verzichtet, diese Kompetenzen auszuüben¹², und den Anwendungsbefehl für Recht aus außerstaatlicher Quelle anerkennt¹³. Anders ausgedrückt: Die unmittelbar verbindliche Regelung eines bestimmten Gegenstandes durch eine fremde Hoheitsgewalt wird hingenommen¹⁴.

Durch die Beleihung erfolgt weder ein Verzicht auf die Ausübung der staatlichen Verwaltungskompetenz, noch wird dem Beliehenen eingeräumt, selbst Recht zu setzen. Der zuständige Verwaltungsträger, hier das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung, behält die volle Rechts- und Fachaufsicht, hat ein Weisungsrecht und das Recht zur Selbstvornahme (§ 3 Abs. 4). Die Begründung des Entwurfs spricht daher zu Recht von einer Eingliederung eines Privaten in den Organisationsbereich eines zuständigen Verwaltungsträgers. Mit der so verstandenen Beleihung ist keine Übertragung von Hoheitsrechten verbunden. Vielmehr verbleibt die „Quelle des Rechts“ bei den staatlichen Verwaltungsträgern.

Die „Beleihung“ ist keine „Übertragung“ von Hoheitsrechten.

8 *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 31.

9 Begründung des Entwurfs zu § 3, Drs. 16/240, S. 23.

10 *Tomuschat*, Bonner Kommentar, Art. 24 Rn. 16; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 58.

11 *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 58.

12 *Tomuschat*, Bonner Kommentar, Art. 24 Rn. 19.

13 *BVerfGE* 37, 271 [280]; 58, 1 [28]; 73, 339 [374 ff.]; *Randelzhofer*, in: Maunz/Dürig, Art. 24 Rn. 59.

3.4 Ergebnis

Artikel 24 Abs. 1 GG ist durch die vorgeschlagene Regelung in § 3 des Entwurfs in keiner Weise berührt. Ein Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung würde nicht gegen Artikel 24 Abs. 1 GG verstoßen.

4. Vereinbarkeit mit Artikel 20 GG (Wesentlichkeitsgrundsatz)

Geprüft wird, ob die in § 3 des Entwurfs vorgeschlagene Ermächtigung des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung zur Beleihung von Flugsicherungsorganisation dem Wesentlichkeitsgrundsatz widerspricht.

In dem Prüfauftrag wird insbesondere danach gefragt, ob in der mangelnden Festlegung des Entwurfs auf den zukünftigen Geschäftsanteil des Bundes an der zu beleihenden Flugsicherungsorganisation ein Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz zu sehen ist. Zwar beinhaltet die Entwurfsbegründung die Absicht der Bundesregierung, eine Sperrminorität an dem Unternehmen zu halten, eine künftige Bundesregierung sei hieran jedoch nicht gebunden. Dadurch könnten zukünftig auf dem Gesellschafterstatus beruhende „Eingriffsrechte“ der Bundesrepublik aufgegeben werden. Aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz ergebe sich, dass die erforderlichen Regelungen zur Wahrung der Eingriffsrechte im Flugsicherungsgesetz verankert sein müssen.

4.1 Die Wesentlichkeitstheorie des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht hat den Grundsatz entwickelt, nachdem der Gesetzgeber in „grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, ... alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“ hat¹⁵. Bei Eingriffen in die grundrechtliche Freiheitssphäre der Bürger unterliege der Staat dem Vorbehalt des Gesetzes. Er dürfe in weiten Bereichen nur tätig werden, wenn er durch ein vom Parlament erlassenes Gesetz dazu ermächtigt ist. Dabei sei es dem Gesetzgeber nicht gestattet, sich nicht darauf zu beschränken, ein Exekutivorgan mit der Bestimmung des Ein-

14 Tomuschat, Bonner Kommentar, Art. 24 Rn. 19.

15 BVerfGE 34, 165 [192 f.]; 49, 89 [126 f.]; 84, 212 [226].

griffs zu ermächtigen, der Gesetzgeber selbst müsse die wesentlichen Fragen der jeweiligen Materie regeln¹⁶.

4.2 Ausgestaltung der staatlichen Kontrolle über den Beliehenen als Gegenstand des Wesentlichkeitsgrundsatzes?

Der Wesentlichkeitsgrundsatz substantiiert den Parlamentsvorbehalt¹⁷, nach welchem nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes ein Grundrecht eingeschränkt werden kann (Artikel 19 Abs. 4 GG). Insbesondere bei der Eingriffsverwaltung ist der Wesentlichkeitsgrundsatz zu beachten. Nach der ständigen Formel des Bundesverfassungsgerichts ist „wesentlich“ in der Regel das, was „wesentlich für die Verwirklichung der Grundrechte“ ist¹⁸. Dem parlamentarischen Gesetz vorbehalten sind damit sämtliche Entscheidungen, die wesentlich für die Grundrechtsverwirklichung sind¹⁹. Wenn im Zusammenhang mit dem Wesentlichkeitsgrundsatz von Eingriffsverwaltung die Rede ist, geht es um Eingriffe in die Rechte der Bürger, insbesondere um Grundrechtseingriffe. Diese sind durch den Gesetzgeber hinreichend zu benennen und nicht delegierbar. Nicht gemeint sind verwaltungsinterne „Eingriffe“ zur Sicherstellung des recht- oder zweckmäßigen Gesetzesvollzuges.

Aber auch losgelöst von dem in der Praxis fließenden Abgrenzungsmerkmal des „Eingriffs“ haben nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts die „Entscheidung aller grundsätzlichen Fragen, die den Bürger unmittelbar betreffen“, durch Gesetz zu erfolgen. Zu den grundsätzlichen Fragen zählt das Gericht solche, „durch das dem Einzelnen Leistungen und Chancen gewährt und angeboten“ werden, die „für eine Existenz in Freiheit oft nicht weniger bedeutungsvoll als das Unterbleiben eines Eingriffs“ sind²⁰. An einer „grundsätzlichen Frage“ in diesem Sinne fehlt es hier.

Bei der Frage, ob eine staatliche Aufgabe im Wege der Beleihung einem Privaten zur Erfüllung übertragen werden soll und wie die Sicherungen zur Gewährleistung des staatlichen Einflusses auszugestalten sind, geht es um eine institutionelle Entscheidung,

16 *BVerfGE* 33, 1 [10 f.] – Strafgefangene; 33, 125 [158 f., 163 – Facharztbesuch; 33, 303 [307, 346] – numerus clausus; 34, 165 [192 f.] – Hessische Förderstufe; 40, 237 [249]; 41, 251 [260] – Speyer-Kolleg; 45, 400 [417 f.] – hess. Oberstufenreform; 47, 46 [78 ff.] - Sexualkundeunterricht; 48, 210 [221]; 58, 257 [268] - Schulausschluss.

17 *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 1988, Bd. 3, § 62 Rn. 42.

18 *BVerfGE* 34, 165 [192]; 40, 237 [248 f.]; 41, 251 [260 f.]; 47, 46 [79].

19 *Brenner*, in: Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 80 Rn. 32.

20 *BVerfGE* 40, 237 [248 f.].

um einen Organisationsakt vergleichbar mit der behördeninternen Verwaltungsorganisation. Eine Grundrechtsrelevanz ist hierbei nicht erkennbar. Am Wesentlichkeitsgrundsatz haben sich die durch das Flugverkehrsrecht den Flugverkehrsdienstleistern (z.B. Fluggesellschaften, Piloten) auferlegten Rechte und Pflichten messen zu lassen. Hiernach ist jedoch nicht gefragt.

Grundrechtsrelevanz im Sinne der Wesentlichkeitstheorie erhalte die Ausgestaltung der Beleihung erst dann, wenn die vorgesehene Eingliederung des Privaten in den Organisationsbereich des zuständigen Verwaltungsträgers Grundrechtsverstöße oder mangelnden Rechtsschutz besorgen ließen („Grundrechtsschutz durch Verfahren“²¹). § 7 des Entwurfs stellt hingegen klar, dass Beliehene die üblichen, zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens erlassenen Gesetze (Verwaltungsverfahrensgesetz, Verwaltungskostengesetz, Verwaltungszustellungsgesetz, Verwaltungsvorstreckungsgesetz) anzuwenden haben und den Betroffenen die Rechtsbehelfe des Widerspruchs und der Anfechtungsklage offen stehen.

Ein Verstoß gegen das Wesentlichkeitsprinzip durch die Nichtregelung der Frage, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Bund Anteile an einer zu beleihenden Gesellschaft zu halten hat, ist nicht ersichtlich.

5. Vereinbarkeit des § 16 Abs. 2 mit Artikel 87d GG

Zu prüfen ist die Frage, ob die Beleihung über die gesetzliche Fiktion in § 16 Abs. 2 des Entwurfs der die Flugverkehrskontrolle im süddeutschen Raum aufgrund einer „technischen Betriebsvereinbarung“ schon bisher ausübenden „Skyguide“ gegen Artikel 87d GG verstößt. Die Fragestellung geht davon aus, dass schon die bisherige Beleihung gegen Artikel 87d GG verstößt. Durch die Neuregelung verliere der Bund – wohl – wegen der beabsichtigten Kapitalprivatisierung der beliehenen Flugsicherungsorganisation den für eine im Rahmen des Artikel 87d GG zulässige Beleihung erforderlichen Einfluss auf die Flugsicherungsorganisation.

21 Vgl. *BVerfGE* 37, 132 [141, 148]; 39, 276 [294]; 44, 105 [119 f.]; 45, 422 [430 ff.]; 46, 325 [334]; 49, 220 [225]; 51, 324; 52, 214 [219]; 53, 30 [65]; 61, 1 [44, 49]; 69, 315 [355 ff.]; 73, 280 [296]; 90, 60 [96].

§ 16 des Entwurfs Übergangsregelungen

(1) Die durch Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens vom 11. November 1992 (BGBl. I S. 1929), die durch Artikel 456 der Verordnung vom 29. Oktober 2001 (BGBl. I S. 2785) geändert worden ist, mit der Wahrnehmung von Flugsicherungsdiensten beauftragte DFS Deutsche Flugsicherung GmbH gilt bis zur Beleihung nach diesem Gesetz als beliehene Flugsicherungsorganisation und ist bis zur Beleihung zur Wahrnehmung der bislang ausgeübten Aufgaben berechtigt und verpflichtet, sofern diese nicht im Widerspruch zu diesem Gesetz stehen.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend für andere Stellen oder Personen nach § 31b Abs. 1 Satz 2 des Luftverkehrsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung, die vor dem 1. Juli 2006 mit Flugsicherungsaufgaben beauftragt worden sind, längstens jedoch bis zum 30. Juni 2007.

...

5.1 Begriff der Luftverkehrsverwaltung

Nach Artikel 87d GG wird die Luftverkehrsverwaltung in bundeseigener Verwaltung geführt. Über die öffentlich-rechtliche oder privat-rechtliche Organisationsform wird durch Bundesgesetz entschieden.

Zur Luftverkehrsverwaltung i.S. des Artikel 87d GG gehören:

- die Überwachung des Flugverkehrs einschließlich der Regelung von Start und Landung sowie der Benutzung von Flugschneisen und Luftverkehrsstraßen,
- die Zulassung, Registrierung und Überwachung von Luftfahrzeugen,
- die Genehmigung von Bodenanlagen, insbesondere Flugplätzen, unter Einschluss der Planfeststellung,
- die Genehmigung und Überwachung von Luftfahrtunternehmen sowie
- die Prüfung und Zulassung von Piloten und Fluglehrern²².

Die Luftverkehrsverwaltung ist Eingriffsverwaltung und unterliegt daher dem Gesetzesvorbehalt.

²² Uerpmann, in: Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 87d Rn. 5.

Dass die mit dem Entwurf für die Beleihung vorgesehenen Aufgaben zum Kernbereich der hoheitlichen Aufgaben des Bundes gehören, wird auch von der Gesetzesbegründung nicht in Frage gestellt²³.

5.2 Wahlrecht über die Organisationsform der Luftverkehrsverwaltung.

Artikel 87d Abs. 1 Satz 2 GG²⁴ gibt dem Bundesgesetzgeber das Recht, zwischen einer öffentlich-rechtlichen und einer privat-rechtlichen Organisationsform der Luftverkehrsverwaltung zu wählen²⁵. Dass der Bundesgesetzgeber grundsätzlich die rechtliche Möglichkeit hat, die Luftverkehrsverwaltung oder Teile davon im Wege der Beleihung von einem Privaten wahrnehmen zu lassen, ist demnach nicht in Frage zu stellen.

5.3 Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Beleihung

Nicht der Erörterung bedarf die Frage, ob die Übertragung von hoheitlichen Aufgaben auf privatrechtlich verfasste Flugsicherungsorganisationen, die sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben Formen des öffentlichen Rechts bedienen dürfen, nur aufgrund eines Beleihungsaktes, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf, erfolgen kann. Hiervon geht der Entwurf selbst aus²⁶.

Nicht weiter geprüft werden folgende Voraussetzungen der Zulässigkeit der Beleihung, da diese nicht in Frage zu stehen scheinen:

- Regelung der Zuständigkeit für die Beleihung,
- Beleihung durch Verwaltungsakt,
- Genaue Bezeichnung der zu übertragenden Aufgaben bzw. Ermächtigung der Bundesregierung zur näheren Konkretisierung des Umfangs der Aufgabenübertragung und des Pflichtenkreises des Beliehenen,
- Veröffentlichung.

23 Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 18; ebenso die Stellungnahme des *Bundesrates*, S. 36, und die Gegenäußerung der *Bundesregierung*, S. 39.

24 Eingefügt durch Gesetz vom 14. 7. 1992 (BGBl. I S. 1254); Gesetzentwurf, Drs. 12/1801.

25 *Uerpmann*, in: Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 87d Rn. 1, 10.

26 Begründung des Entwurfs zu § 3, Drs. 16/240, S. 23.

Zunächst ist der Frage nachzugehen, ob die für die Zeit nach Ablauf der Übergangsfristen vorgesehenen Regelungen zur Sicherstellung der Kontrolle und Steuerung des Beliehenen durch den Bund dem verfassungsrechtlichen Staatsvorbehalt der zu übertragenden Aufgabe genügen. In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob diesen Anforderungen auch in der nach § 16 geregelten Übergangszeit entsprochen wird.

5.4 Sicherstellung der Kontrolle und Steuerung des Beliehenen durch den Bund

Der verfassungsrechtlich gebotene Einfluss der staatlichen Stellen auf die privatrechtlich organisierten Flugsicherungsorganisationen ist bislang dadurch sichergestellt worden, dass die Anteile dieser Unternehmen gemäß § 31b Abs. 1 LuftVG ausschließlich vom Bund gehalten werden²⁷. Mit Artikel 2 Nr. 19 des Entwurfs soll diese Bestimmung aufgehoben werden.

Der Entwurf geht davon aus, dass die Lösung durch das Rechtsinstitut der Beleihung die weitgehende Eingliederung eines Privatrechtssubjekts in die öffentliche Verwaltung erlaubt²⁸. Die Beleihung begründe ein Auftrags- und Treueverhältnis, das bei natürlichen und juristischen Personen dem Beamtenstatus nach Artikel 33 GG nahe komme; das wesentliche Aufsichtsinstrument im Rahmen der Beleihung stelle die Weisung dar²⁹. Die aufgrund der Beleihung bestehenden weitgehenden Befugnisse der Aufsichtsbehörde würden durch ein Recht der Aufsichtsbehörde zur Selbstvornahme nach erfolgloser Aufforderung zu einem bestimmten Tun und der entsprechenden Androhung zusätzlich abgesichert³⁰.

5.4.1 Steuerungs- und Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde

Nach § 3 Abs. 4 des Entwurfs unterliegt eine beliehene Flugsicherungsorganisation der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesauflichsamts für Flugsicherung. Diesem stehen umfassende Informations- und Auskunftsrechte gegenüber dem Beliehenen zur Verfügung, einschließlich des Rechts, sich Aufzeichnungen aller Art vorlegen zu lassen. Es hat ein Beanstandungsrecht und kann Abhilfe verlangen. Notfalls kann das Aufsichtsamt

27 Begründung des Entwurfs zu § 3, Drs. 16/240, S. 23.

28 Begründung des Entwurfs zu § 3, Drs. 16/240, S. 23.

29 Allgemeine Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 19.

30 Allgemeine Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 19.

die erforderlichen Maßnahmen an Stelle des Beliehenen selbst durchführen bzw. durch einen Dritten durchführen lassen.

5.4.2 Eigentumsverhältnisse an einer beliebigen juristischen Person

Aus der Entscheidung des Grundgesetzes in Artikel 87d, die Luftverkehrsverwaltung in bundeseigene Verwaltung zu geben, könnte gefolgert werden, dass im Falle der Beleihung einer juristischen Person des Privatrechts diese im Eigentum des Bundes stehen müsse³¹. Dagegen spricht, dass die Beleihung nach Abs. 1 Satz 2 genauso gut an eine natürliche Person erfolgen könnte³². Die Zuweisung der Luftverkehrsverwaltung in Artikel 87d GG an den Bund besagt ausschließlich, dass abweichend von dem Grundsatz der Länderverwaltung (Artikel 30, 83 GG) der Bund zuständig ist. Ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung des Einflusses des Bundes auf die Verwaltungstätigkeit spielen die Eigentumsverhältnisse an dem Beliehenen eine Rolle.

Der Entwurf selbst hält die Frage der Eigentumsverhältnisse für die Sicherstellung des Einflusses der staatlichen Stellen für erheblich. In § 10 Abs. 2 sieht er daher vor, dass wenn Weisungen in den Fällen, in denen die Sicherheit und Ordnung im Luftraum ein sofortiges militärisches Handeln erfordern, insbesondere bei Notsituationen, bei der Durchführung von Einsatz- und Katastrophenflügen oder bei unaufschiebbaren Maßnahmen, nicht, nicht unverzüglich oder nicht vollständig befolgt werden, das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen die Rückübertragung der Geschäftsanteile an der beliebigen Flugsicherungsorganisation auf den Bund anordnen kann. Außerdem wird von der Bundesregierung angekündigt, dass der Geschäftsanteil des Bundes in Höhe von 25,1 v. H. beibehalten wird, um eine mögliche Änderung des Gesellschaftszwecks einer privatisierten DFS verhindern zu können³³. Gleichzeitig wird allerdings betont, dass die Betriebspflicht als wesentliche Pflicht des Beliehenen auch bei Änderung des Gesellschaftszwecks bis zur förmlichen Aufhebung der Beleihung weiter fortbesteht³⁴.

Nach § 6 Abs. 2 des Entwurfs ist die beliebige Flugsicherungsorganisation zum Erhalt und Betrieb der Flugsicherungseinrichtungen in betriebssicherem Zustand verpflichtet

31 So wohl *Hermes*, in: Dreier, Art. 87d Rn. 24.

32 *Uerpmann*, in: Münch/Kunig, Grundgesetzkommentar, Art. 87d Rn. 12.

33 Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 19.

(Betriebspflicht). Sie hat die zur ordnungsgemäßen Durchführung der Beleihung erforderliche Flugsicherungstechnik vorzuhalten und darf nur Personal einsetzen, das der in § 11 näher bezeichneten Befähigung und Zuverlässigkeit entspricht. Diese Pflichten bestehen nach § 6 Abs. 1 Satz 4 unabhängig vom jeweiligen Gesellschaftszweck. Damit kann sich die Flugsicherungsorganisation auch nicht durch einstimmigen Gesellschafterbeschluss aus ihren Verpflichtungen lösen. In § 5 des Entwurfs sind Regelungen über die Kontrolle der Geschäftsleitung der Flugsicherungsorganisation vorgesehen, die den Rechten der Gesellschafter einer GmbH entsprechen, insbesondere das Recht zur Abberufung von zur Geschäftsführung berechtigter Personen.

Die Sicherstellung der Kontrolle und Steuerung der Aufgabenwahrnehmung durch den Bund über Kapitalanteile erscheint nicht erforderlich.

5.4.3 Sitz des Beliehenen

Zur Sicherstellung des Einflusses des Bundes auf die Verwaltungstätigkeit könnte der Sitz des Beliehenen von Bedeutung sein. Nur innerhalb des Bundesgebietes kann die Bundesverwaltung im Wege des Verwaltungszwangs tätig werden.

Der Entwurf sieht jedoch in § 5 Abs. 2 vor, dass das Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung die Abberufung von zur Geschäftsführung berechtigter Personen unter anderem dann verlangen kann, wenn diese trotz Verwarnung fortgesetzt übertragene Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllen. Außerdem kann das Bundesaufsichtsamt in diesen Fällen die Befugnisse der Geschäftsleiter ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen. Wenn die öffentliche Sicherheit gefährdet ist, kann die sofortige Abberufung verlangt werden. Diese Rechte der Aufsicht bestehen unabhängig vom Sitz der Flugsicherungsgesellschaft.

Durch die Beleihung entledigt sich der Bund nicht seiner Pflicht zur Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgabe. Vielmehr haftet der Bund im Außenverhältnis wegen Handlungen, die von der Flugsicherungsorganisation zu vertreten sind, nach den Grundsätzen der Staatshaftung (§ 6 Abs. 4 de Entwurfs)³⁵.

34 Begründung des Entwurfs, Drs. 16/240, S. 19.

35 Davon geht auch die Entwurfsbegründung zu § 6 aus, Drs. 16/240, S. 26.

Es ist nicht erkennbar, dass die Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgabe durch den Bund und die Verantwortlichkeit der Exekutive durch die vorgeschlagenen Regeln nicht sichergestellt ist. Im Ergebnis ist eine Beschränkung der Beleihung auf solche Private, die ihren Sitz im Bundesgebiet haben, nicht geboten.

5.5 Die Übergangsregelung des § 16

Um dem verfassungsrechtlichen Staatsvorbehalt der zu übertragenden Aufgabe zu genügen, ist die Kontrolle und Steuerung des Beliehenen durch den Bund auch in der in § 16 vorgesehenen Übergangszeit sicherzustellen.

Nach § 16 gilt die mit der Wahrnehmung von Flugsicherungsdiensten beauftragte DFS Deutsche Flugsicherung GmbH bis zur Beleihung nach diesem Gesetz als beliehene Flugsicherungsorganisation und ist bis zur Beleihung zur Wahrnehmung der bislang ausgeübten Aufgaben berechtigt und verpflichtet. Entsprechendes gilt für einige andere Flugsicherungsorganisationen. Die Entwurfsbegründung geht davon aus, dass die DSF grundsätzlich zu den bisherigen Bedingungen weiter arbeitet³⁶. Bereits in dieser Übergangszeit entfällt das Gebot aus dem bisherigen § 31b Abs. 1 LuftVG, dass nur eine Gesellschaft, deren Anteile ausschließlich vom Bund gehalten werden, mit der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben beauftragt werden kann.

Fraglich ist, ob und inwieweit die zum Ausgleich der aufgebaren Gesellschafterrechte des Bundes vorgesehenen neuen Steuerungs- und Kontrollrechte bereits in dieser Übergangszeit gelten.

In dem Entwurf heißt es dazu wörtlich: „sofern diese nicht im Widerspruch zu diesem Gesetz stehen.“ Die Begründung wiederholt dies in ähnlichen Worten. Eine klare Anordnung, dass die neuen Regelungen, insbesondere die §§ 3 Abs. 4, 4 bis 6 und 10 auf die per Fiktion beliehenen Organisationen anzuwenden sind, fehlt. Wegen der Ausnahmebestimmung in dem § 16 Abs. 4, nach welchem die DSF von der Anzeigepflicht nach § 1 Abs. 3 Satz 2 befreit ist, ist allerdings davon auszugehen, dass die Formulierung in Abs. 1 Satz 2 („sofern diese nicht im Widerspruch zu diesem Gesetz stehen“) als Anwendungsbefehl für alle anderen Bestimmungen zu verstehen ist. Zur Klarstellung sollte der § 16 Abs. 1 allerdings präzisiert werden.

Unter der Voraussetzung, dass § 16 Abs. 1 des Entwurfs so zu verstehen ist, dass abgesehen von der Ausnahme in Abs. 4 alle Bestimmungen des Entwurfs auch in der Übergangszeit Anwendung finden, bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit des § 16 mit Artikel 87d GG.

