Die verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland

Gliederungsübersicht

I. Einleitung

II. Begriff und Arten der Privatisierung
1. Organprivatisierung
2. Erfüllungsprivatisierung
3. Aufgabenprivatisierung
4. Sonderformen und Zwischengebilde

III. Allgemeine Bemerkungen zu den verfassungsrechtlichen Grenzen

IV. Die Verfassungsrechtlichen Grenzen der Aufgabenprivatisierung
1. Rechtsstaatsprinzip
2. Sozialstaatsprinzip
3. Demokratieprinzip
4. Grundrechte
5. Kompetenzvorschriften
6. Zusammenfassung

V. Die Grundrechte im Privatisierungsbereich

Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung in Deutschland

I. Einleitung

Die Privatisierung der Staatsaufgaben wird seit einigen Jahrzehnten in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre eingehend diskutiert und in der Praxis in vielfältiger Weise aufgenommen und umgesetzt. Sie erstreckt sich auf fast alle Verwaltungsbereiche und auf alle Verwaltungsebenen, auf die Ebene des Bundes, der Länder und der Kommunen.

Die Privatisierung wird aus unterschiedlichen Zielen empfohlen oder sogar gefordert. Sie soll die ständig zunehmenden Verwaltungsaufgaben des Staates, insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge und der Leistungsverwaltung, reduzieren, den Verwaltungsapparat entlasten, finanzielle Kosten und Belastungen ersparen, die Sachkunde und die Leistungsfähigkeit privater Unternehmer nutzen und das bürgerschaftliche Engagement stärken. Sie stößt aber auch auf Kritik. So werden der Verlust der Staatlichkeit und der damit verbundenen Objektivität und Unabhängigkeit bedauert, die immer wieder hervorgehobenen ökonomischen und finanziellen Vorteile in Zweifel gezogen und darauf hingewiesen, dass die Privatisierung ihrerseits wieder eine Vielzahl von Rechtsnormen veranlasst und produziert. Das sind jedoch nur Einzelaspekte. Im Grunde geht es um das Verhältnis von Staat und Gesellschaft, einerseits um die Grenze zwischen beiden Bereichen und anderseits um ihre Verbindung im Sinne der Kooperation.

Die rechtspolitischen Argumente sind hier nicht weiter zu erörtern. Ich habe mich vielmehr mit den verfassungsrechtlichen Grenzen der Privatisierung in Deutschland zu befassen. Sie können freilich nur dann einigermaßen bestimmt werden können, wenn Klarheit über den Begriff der Privatisierung im rechtlichen Sinn besteh Denn die Grenzen lassen sich nur feststellen, wenn das, was begrenzt ist oder begrenzt werden soll, bekannt ist, ganz abgesehen davon, dass die begriffliche Abgrenzung schon Hinweise auf die Grenzen selbst gibt.

Bei näherer Betrachtung zeigt sich bald, dass es nicht *die* Privatisierung, sondern unterschiedliche Typen und Formen der Privatisierung gibt, die zwar tendenziell in die gleiche Richtung zielen und die Verlagerung von Staatsaufgaben in den privatrechtlichen oder sogar den privatrechtlichen Bereich bezwecken, aber doch noch erhebliche sachliche und rechtliche Unterschiede aufweisen.

II. Begriff und Arten der Privatisierung

Die überwiegende Lehre in Deutschland unterscheidet drei Arten der Privatisierung: (1) Die Organisationsprivatisierung oder formelle Privatisierung, (2) die Erfüllungsprivatisierung oder funktionelle Privatisierung und (3) die Aufgabenprivatisierung oder materielle Privatisierung.

1. **Die Organisationsprivatisierung** (formelle Privatisierung) liegt vor, wenn der Staat bestimmte Verwaltungsaufgaben nicht (mehr) in der Formen des öffentlichen Rechts, sondern in den Rechts- und Organisationsformen des Privatrechts wahrnimmt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn er eine juristische Person des Privatrechts gründet und ihr die Erledigung der jeweiligen Aufgaben zuweist. So kann z. B. eine Gemeinde den Personennahverkehr durch eine Aktiengesellschaft (AG) oder die Touristen-Information durch eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH), die - wie auch sonst im Wirtschaftsleben - nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen und privatrechtlichen Regeln handeln. Diese Gesellschaften sind zwar rechtlich selbständig, bleiben aber an die staatliche Verwaltung gebunden, da diese als Träger der Gesellschaft in der Lage ist, diese zu beherrschen und maßgebenden Einfluss auf ihre Geschäftspolitik auszuüben. Genau betrachtet handelt es sich überhaupt nicht um eine Privatisierung, da keine Verlagerung in den gesellschaftlich-privaten Bereich, sondern nur ein Formenwechsel stattfindet, der allerdings in den Bereich des Privatrechts führt.

2. **Die Erfüllungsprivatisierung** (funktionelle Privatisierung) besteht darin, dass zwar die Zuständigkeit und die Verantwortung für die Erledigung von Verwaltungsaufgaben beim Verwaltungsträger verbleibt, aber die tatsächliche Erfüllung dieser Aufgaben teilweise oder sogar ganz auf Privatunternehmer übertragen wird. Die Übertragung erfolgt durch Vertrag, der den Auftrag konkretisiert und die gegenseitigen Pflichten und Rechte festlegt. Der auf diese

Weise herangezogene Privatunternehmer, der in der Literatur „Verwaltungshelfer" genannt wird, kann je nach Ausgestaltung der rechtlich geregelten Beziehungen mehr oder weniger selbständig tätig werden. Nach außen tritt in der Regel rechtlich nicht auf. Hoheitliche Befugnisse besitzt er nur ausnahmsweise, wenn er aufgrund eines Gesetzes dazu ermächtigt worden ist. Die Erfüllungsprivatisierung kann sich im konkreten Fall auf ein Projekt, etwa die Reparatur einer Kanalisation oder die Planungsarbeiten für ein Neubaugebiet, beschränken, aber auch auf eine längerfristige Zusammenarbeit – etwa die Planung, den Bau, die Unterhaltung und die spätere Kontrolle einer Abfallbeseitigungsanlage – erstrecken. Die Zusammenarbeit von Verwaltung und Privatunternehmer im Rahmen der Erfüllungsprivatisierung hat in der letzten Zeit erheblich zugenommen; sie wird in der Literatur und Rechtssprechung und neuerdins auch in der Gesetzgebung unter dem Stichwort public private partnership (PPP) bzw. öffentlich private Partnerschaft (ÖPP) behandelt..

3. **Die Aufgabenprivatisierung** (materielle Privatisierung) ist schließlich dann anzunehmen, wenn der der Staat auf bislang wahrgenommene Verwaltungsaufgaben verzichtet. Die Gründe können unterschiedlich sein. Es kann sein, , dass der Staat diese Aufgabe nunmehr für entbehrlich hält, dass er das öffentliche Interesse verneint oder dass er die Aufgabe bewußt dem gesellschaftlich-privatrechtlichen Bereich überlassen oder sogar zuschieben will in der Erwartung, dass die Aufgabe im freien wirtschaftlichen Wettbewerb besser, effektiver und kostengünstiger erledigt wird. Der zuletzt genannte Grund prägt die Aufgabenprivatisierung und wird deshalb den folgenden Darlegungen zugrundegelegt.

4. Sonderformen und Zwischengebilde

a) Die drei genannten Privatisierungsarten bilden eher idealtypische Grundmodelle. In der der Praxis treten sie in zahlreichen Variationen Verknüpfungen auf. Daher werden in der Literatur gelegentlich eine Reihe weiterer Privatisierungsformen genannt, die sich aber in Wirklichkeit meistens nur als Unterarten oder Zwischengebilde erweisen. So ist z.B. die sog. Verfahrensprivatisierung, die Teile des Verwaltungsverfahrens vor der endgültigen

Entscheidung, etwa Planungsmaßnahmen, betrifft, der Erfüllungsprivatisierung zuzuordnen. Entsprechendes gilt für die sog. Finanzierungsprivatisierung.

b) Eine Weiterentwicklung der Organisationsprivatisierung bildet die sog. gemischt-wirtschaftliche Gesellschaft. Sie liegt vor, wenn der Staat nicht – wie bei der sog. Eigengesellschaft – alle Gesellschaftsanteile in der Hand hat, sondern neben ihm eine oder mehrere Private beteiligt sind. Die Einbeziehung der Privatpersonen kann wegen ihrer speziellen Sachkunde und ihres Kapitaleinsatzes interessant sein. Der Staatsanteil ist Organisationsprivatisierung, der Privatanteil ist materielle Privatisierung. Das Spannungsverhältnis zwischen der Gemeinwohlorientierung des Staates und der Gewinnorientierung der Privaten muss intern durch partnerschaftliche Kooperation gelöst werden. Der Einfluss innerhalb der Gesellschaft hängt von den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen und eventuellen gesellschaftsrechtlichen Verträgen ab. Hat der Staat die absolute Mehrheit, dann kann er die Geschäftspolitik bestimmen; liegt sie darunter, dann hat er jedenfalls eine Sperrminorität.

c) Ein eigenständiger Typ stellt die sog. Vermögens- oder Eigentumsprivatisierung dar, die darin besteht, dass der Staat bestimmte Vermögensobjekte, etwa Grundstücke, Anlagen oder Aktien, veräußert. Sie hat jedoch mehr haushaltsrechtliche als verwaltungsrechtliche Bedeutung. Ist die Übereignung erfolgt, dann ist die „Privatisierung" abgeschlossen. Allerdings kann sie doch in einem privatisierungsrechtlichen Zusammenhang stehen, nämlich dann, wenn die Privatisierung in einer Stufenfolge verläuft, wenn z. B. ein Staatsunternehmen im Wege der Organisationsprivatisierung in eine Aktiengesellschaft umgewandelt wird und später im Wege der Aufgabenprivatisierung die Aktien am freien Markt veräußert werden. Beispiele bieten das Volkswagenwerk und die Telekom. Der Staat kann übrigens einen Teil der Aktien behalten und sich auf diese Weise einen gewissen Einfluss auf das Unternehmen sichern. So besitzt bekanntlich das Land Niedersachsen 25 % am VW-Werk.

d) Schließlich ist noch in diesem Zusammenhang die sog. Beleihung zu erwähnen. In der Literatur wird sie zuweilen der Privatisierung zugerechnet. In Wirklichkeit ist sie jedoch grade umgekehrt das Gegenstück. Der Beliehene ist eine Privatperson, der die Befugnis zur hoheitlichen Wahrnehmung bestimmter

Verwaltungsaufgaben im eigenen Namen übertragen worden ist. Er wird also – im Rahmen der Beleihung – nicht privatrechtlich, sondern öffentlich-rechtlich tätig und ist insoweit einer Behörde zu vergleichen.

III. Allgemeinen Bemerkungen zu den verfassungsrechtlichen Grenzen

Das Grundgesetz, die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, enthielt in seiner ursprünglichen Fassung von 1949 keine ausdrücklichen Regelungen über die Privatisierung. Das war damals noch kein Thema. Im Gegenteil, einige träumten damals sogar noch von der Sozialisierung, was sich auch in einer besonderen Vorschrift des Grundgesetzes, der Ermächtigung des Art. 15 GG zur Sozialisierung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln niederschlug, einer Vorschrift, die weder rechtlich noch faktisch jemals Realisierungschancen hatte, aber noch als Fossil im Grundgesetz steht. Erst vor etwa 15 Jahren – 1993 und 1994 – wurden Privatisierungsregelungen in das Grundgesetz aufgenommen, die aber keine generellen Aussagen zu Privatisierung brachten, sondern lediglich die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Privatisierung bestimmter Bundesunternehmen festlegten, nämlich für die Eisenbahnen des Bundes und das Post- und Fernmeldewesens (Art. 87 e und Art. 87 f GG). Sie waren schon deshalb notwendig, weil nach den bisherigen Vorschriften des Grundgesetzes diese Unternehmen „in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau" geführt wurden (Art. 87 I GG a. F.).

Im Übrigen enthält das Grundgesetz weder ein Privatisierungsgebot noch ein Privatisierungsverbot. Auf der einfach-gesetzlichen Ebene finden sich ebenfalls keine allgemeinen Privatisierungsregelungen. Bemerkenswert ist § 7 I BHO, der zunächst bestimmt, dass bei der Aufstellung und der Ausführung des Haushaltsplanes die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind und dann (wörtlich) fortfährt: „Diese Grundsätze verpflichten zur Prüfung, inwieweit staatliche Aufgaben oder öffentlichen Zwecken dienende wirtschaftliche Tätigkeiten durch Ausgliederung und Entstaatlichung der Privatisierung erfüllt werden können." Er begründet also keine Privatisierungspflicht, sondern nur eine Privatisierungsprüfungspflicht, die zudem ausschließlich haushaltsrechtliche motiviert ist. Indessen indiziert er doch eine privatisierungsfreundliche Tendenz.

Da das Grundgesetz weder ein Privatisierungsgebot noch ein Privatisierungsverbot enthält, sind die eventuellen verfassungsrechtlichen Grenzen und Bindungen aus den allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, Regelungen und Zusammenhängen abzuleiten. Das führt zum Rechtsstaatsprinzip, Sozialstaatsprinzip und Demokratieprinzip, zu den Grundrechten und zu den verfassungsrechtlich festgelegten Kompetenzvorschriften. Sind schon diese Prüfungsmaßstäbe sehr allgemein, so wird die Prüfung dadurch noch wesentlich erschwert, dass die jeweiligen Prüfungsgegenstände, nämlich, die einzelnen Privatisierungsmaßnahmen, sehr unterschiedlich sind und deshalb immer wieder über neue Konstellationen zu entscheiden ist. Um nicht im Vielerlei unterzugehen, werde ich mich im folgenden auf die Aufgabenprivatisierung, die wichtigste und interessanteste Privatisierungsform, konzentrieren, die ohne meistens gemeint ist, wenn von der Privatisierung gesprochen wird

Dabei kann die verfassungsrechtliche Untersuchung zu dem Ergebnis führen, dass die Privatisierung eines Bereichs oder eines Falles verfassungsrechtlich gänzlich verboten ist. Sie kann aber auch ergeben, dass sie nur deshalb unzulässig ist, weil sie gegen bestimmte Anforderungen verstößt, bei Beachtung dieser Anforderungen aber verfassungsrechtlich durchaus zulässig ist. Im ersten Fall liegt ein absoluter Verfassungsverstoß, im zweiten Fall ein relativer, behebbarer Verfassungsverstoß vor.

Diese Differenzierung ist auch deshalb von Bedeutung, weil in diesem Zusammenhang nicht nur die Privatisierung als Maßnahme, die die Rechtsänderung herbeiführt, betrachtet werden darf, sondern auch der durch die Privatisierungsmaßnahme geschaffene neue Rechtszustand in die Betrachtung einbezogen werden muss. Die Privatisierungsmaßnahme und der durch die Privatisierungsmaßnahme geschaffene Rechtszustand sind zu unterscheiden, sie ergänzen sich aber auch. Es ist durchaus möglich, dass verfassungsrechtliche Einwände oder Vorbehalte, die gegen eine Privatisierungsmaßnahme bestehen, durch das nachfolgende Privatisierungsfolgenrecht aufgefangen und überwunden werden.

IV. Die Grenzen der Aufgabenprivatisierung

Die Frage nach den Grenzen der Privatisierung stellt sich vor allem bei der Aufgabenprivatisierung. Auf sie soll nunmehr näher eingegangen werden. Die Aufgabenprivatisierung betrifft, wie bereits dargelegt wurde, die Verlagerung bislang vom Staat wahrgenommener Aufgaben in den gesellschaftlich-privatwirtschaftlichen Bereich. Damit kommt dem Begriffsmerkmal „Aufgabe" die zentrale Bedeutung zu. Welche Aufgaben und Angelegenheiten darf der Staat dem Privatbereich überlassen und welche muss er selbst wahrnehmen?

Das Grundgesetz enthält, wie fast alle Verfassungen, keinen Katalog von Staatsaufgaben. Auch die allgemeine Staatslehre, die sich schon seit langem bemüht, unabhängig von konkreten Verfassungen typische Staatsaufgaben herauszustellen, ist zu keinem allgemein anerkannten Ergebnis gekommen. Das ist auch verständlich; denn die Aufgaben des Staates hängen von den jeweils maßgeblichen Verhältnissen und Bedingungen ab und lassen sich daher nicht ein für allemal festlegen. Hilfreich ist es, wenn man zunächst einmal zwischen staatlichen Angelegenheiten, öffentlichen Angelegenheiten und Privatangelegenheiten unterscheidet. Öffentliche Aufgaben sind solche, die einen Gemeinwohlbezug aufweisen und deshalb im öffentlichen Interesse wahrzunehmen sind. Der Staat kann diese Aufgaben übernehmen, muss es aber nicht, wenn und weil sie von Privatunternehmer übernommen werden können und tatsächlich auch ausreichend übernommen werden. Die staatlichen Aufgaben bilden einen Ausschnitt aus dem Kreis der öffentlichen Aufgaben. Es sind diejenigen, die nach der Verfassung oder dem Staatsverständnis vom Staat wahrgenommen werden müssen, die unter Staatsvorbehalt stehen. Die Einordnung der jeweiligen Aufgabe in die Kategorie der öffentlichen Aufgaben bzw. der staatlichen Aufgaben entscheidet somit über die Verfassungsmäßigkeit und Zulässigkeit der Privatisierung. Angelegenheiten, die ausschließlich Partikularinteressen dienen, dürfen sicherlich von Privatunternehmern, nicht aber vom Staat übernommen werden, da er nur im öffentlichen Interesse tätig werden

darf. Man kann somit sagen, dass die öffentlichen Aufgaben und die staatlichen Aufgaben zwei sich überschneidende Kreise bilden.

Unter diesen Voraussetzungen ist nunmehr zu prüfen, welche Aufgaben als genuin staatliche Aufgaben nicht privatisiert werden dürfen. Wenn es um einen konkreten Einzelfall geht, ist es angebracht, induktiv vorzugehen und dessen Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. Wenn dagegen generell die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit gestellt wird, liegt es näher, bei den allgemeinen Verfassungsgrundsätzen anzusetzen und den sich daraus ergebenden Konsequenzen nachzugehen. Dieser zweite Weg wird hier beschritten.

1. Zum Rechtsstaatsprinzip. Konstitutiv für den neuzeitlichen Staat ist die Pflicht zur Schaffung und Erhaltung des inneren Friedens. Sie hat sich als Reaktion auf das Fehdewesen und das Raubrittertum des ausgehenden Mittelalters und die Bürgerkriege nach der Glaubensspaltung im 16. und 17. Jahrhundert herausgebildet. Darin hat auch das staatliche Gewaltmonopol seine historische und sachliche Grundlage, das dem Bürger die gewaltsame Durchsetzung seiner tatsächlichen oder vermeintlichen Rechte verbietet, ihm dafür aber auch die Prüfung und Durchsetzung seiner Rechte durch staatliche Organe nach den Grundsätzen des Rechtsstaats gewährt. Das Gewaltverbot für den Bürger und das korrespondierende Gewaltmonopol des Staates mit seinen rechtsstaatlichen Bindungen sind zwar nicht ausdrücklich im Grundgesetz verankert, sie ergeben sich aber aus dem Rechtsstaatsprinzip und den entsprechenden innerstaatlichen Einrichtungen, insbesondere der Rechtschutzgarantie und der Gerichtsbarkeit. Der Staat kann und darf darauf nicht verzichten. Die Gerichtsbarkeit, insbesondere die Strafgerichtsbarkeit, die Polizei, der Strafvollzug usw. sind als solche dem Staat vorbehalten und daher nicht privatisierbar. Zulässig ist allenfalls, dass Randerscheinungen und Serviceleistungen, etwa die Unterhaltung von Gebäuden, Privatunternehmern überlassenwerden. Generell kann man wohl sagen, dass die gesamte Eingriffsverwaltung, sofern sie mit Befehl und Zwang arbeitet, dem Staat und seinen Organen vorbehalten bleibt.

2. Zum Sozialstaatsprinzip. Die Leistungs- und Infrastrukturverwaltung ist in der Regel nicht auf Befehl und Zwang angewiesen. Der Staat kann daher den Bürger darauf verweisen, die erforderlichen und erwünschten Güter und Leistungen auf

dem Markt zu beschaffen. Er selbst deckt ja seinen Bedarf auch weitgehend am Markt. Wenn dem aber so ist, dann darf er insoweit auch „privatisiert" werden.. Der Staat darf sich aber nicht ganz zurückziehen. Er muss eingreifen, wenn die markteigenen Regelungen nicht beachtet werden oder wenn die sozialen Standards unterschritten werden. Er muss ferner die Grundversorgung der Bevölkerung garantieren und einschreiten, wenn die Leistungen dieses Bereichs nicht oder nicht in sozialverträglicher Weise erbracht werden. Dementsprechend heißt es in Art. 87 f I GG, der die Privatisierung der Post- und Telekommunikationsverwaltung regelt, dass der Staat (der Bund) im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen gewährleistet. „Angemessen" bezieht sich auf die Qualität, „ausreichend" auf die Quantität und „flächendeckend" territorial auf das gesamte Gebiet. Der Staat übernimmt damit die Gewährleistungsverantwortung. Die staatliche Leistungsverwaltung mutiert durch die Privatisierung zur staatlichen Gewährleistungsverwaltung. Allgemein lässt sich feststellen, dass es bei dem Staat liegt, ob er die sozialstaatlich bedingten Leistungen selbst erbringt oder durch Private erbringen lässt; er muss aber jedenfalls in Reserve stehen und dann, wenn die Grundversorgung wesentliche Lebensgüter nicht mehr deckt, subsidiär eingreifen.

3. Zum Demokratieprinzip. Das Demokratieprinzip verlangt u.a., dass die Organe und Personen, die staatliche Aufgaben wahrnehmen, demokratisch legitimiert sind, d. h. dass sie einerseits ihre Berufung letztlich – vermittelt durch andere Organe – auf das Parlament zurückführen können und dass sie andererseits in umgekehrter Richtung von der parlamentarischen Kontrolle erfasst werden. Diese Voraussetzung ist bei der Aufgabenprivatisierung offensichtlich nicht gegeben. Es fehlt ja gerade bei der organisatorischen und funktionellen Einbindung in die Staatsverwaltung. Daraus folgt, dass auch in demokratisch-parlamentarischer Sicht zwar die Privatisierung öffentlicher Aufgaben, nicht aber staatlicher Aufgaben zulässig ist. Anders liegt es nur, wenn und soweit der „Private" als sog. Beliehener mit der Wahrnehmung hoheitlicher Befugnisse betraut ist, da dann über die Beleihung die parlamentarisch-demokratische Legitimation hergestellt wird.

4. Grundrechte. Die Grundrechte werden im weiten Feld der Privatisierung in unterschiedlicher Weise relevant. Hier geht es nur darum, ob die Grundrechte einer Aufgabenprivatisierung entgegenstehen oder sogar einen Anspruch darauf begründen, dass der Staat bestimmte Aufgaben, die den Bürger betreffen, durch staatliche Organe wahrnehmen lässt. Das müsste an Einzelfällen durchexerziert werden. Ausgeschlossen ist es m.E. nicht, zumal die Grundrechte nicht nur Freiheitsrechte, sondern auch Schutz- und Fürsorgeansprüche begründen. Wenn z.B. im Bereich der Grundversorgung die privaten Leistungen nicht genügen, muss der Staat eingreifen, notfalls sogar selbst die notwendigen Leistungen erbringen oder vermitteln. Man könnte, um die vieldiskutierte Privatisierung des Strafvollzugs aufzugreifen, sogar daran denken, dass ein Strafgefangener in seinem Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) verletzt wird, wenn ein Gefangener nicht von Beamten oder Angestellten des Staates und damit vom Staat, sondern von Privatpersonen bewacht wird.

5. Kompetenzvorschriften Verschiedentlich werden aus den Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes Staatsaufgaben abgeleitet. Wenn die Verfassung, so wird argumentiert, dem Gesetzgeber oder der Verwaltung bestimmte Kompetenzen oder Zuständigkeiten zuweist, dann müssen auch die dort zum Ausdruck kommenden Staatsaufgaben bestehen. Dieser Schluss kann schon deshalb nicht recht überzeugen, weil die Kompetenzvorschriften des Grundgesetzes nicht die Begründung von Aufgaben, sondern die Verteilung von Aufgaben zwischen dem Bund und den Ländern bezwecken. Aber selbst wenn man von den Kompetenzen auf die Aufgaben schließt, bleibt immer noch offen, ob diese Aufgaben als privatisierbare öffentliche Aufgaben oder als nichtprivatisierbare staatliche Aufgaben zu qualifizieren sind.

6. Zusammenfassend ist somit zwar nicht als zwingende Regelung, aber doch als Leitlinie festzustellen: Die Aufgaben der Eingriffsverwaltung sind nicht privatisierbar; die Aufgaben der Leistungsverwaltung sind zwar privatisierbar, der Staat hat aber im Falle der Privatisierung eine Gewährleistungspflicht und muss jedenfalls im Bereich der Grundversorgung leistend oder vermittelnd in Reserve stehen. Daraus folgt, dass eine vollständige und ersatzlose Aufgabenprivatisierung selten sein dürfte. Schon die staatliche Gewährleistungspflicht bewirkt, dass sich der Staat im Fall der

Aufgabenprivatisierung zwar weitgehend zurückzieht, aber nicht ganz verabschiedet. Er bleibt, wenn auch nicht leistend, so doch gewährleistend, weiterhin verantwortlich.

V. Grundrechte im Privatisierungsbereich

Die Grundrechte werfen auch nach erfolgter Privatisierung in verschiedener Hinsicht interessante Fragen auf, die die Komplexität der Privatisierung widerspiegeln und daher abschließend noch kurz behandelt werden sollen. Dabei ist wiederrum zwischen den verschiedenen Formen der Privatisierung zu unterscheiden.

1. Zunächst zur Organisationsprivatisierung, die darin besteht, dass der Staat Verwaltungsaufgaben in den Rechts- und Organisationsformen des Privatrechts wahrnimmt, insbesondere eine juristische Person des Privatrechts zur Erledigung von Verwaltungsaufgaben errichtet. Früher wurde die Auffassung vertreten, dass sich die Grundrechte nur gegen den Staat als öffentlich-rechtlich handelnden Hoheitsträger richten und daher nicht eingreifen, wenn der Staat in der Form des Privatrechts auftritt und handelt. Die Folge war, dass sich der Bürger allenfalls mittelbar auf die Grundrechte berufen konnte, wenn er gegen eine Entscheidung einer juristischen Person des Privatrechts in der Hand des Staates vorgehen wollte.

Diese Auffassung konnte sich jedoch zu Recht nicht halten. Nach Art. 1 III GG ist die vollziehende Gewalt und damit die Verwaltung an die Grundrechte gebunden. Auf die Rechtsformen, in denen die Verwaltungsaufgaben erfolgen, kommt es nicht an. Der Staat darf sich nicht durch einen Wechsel der Rechtsformen und damit durch „eine Flucht in das Privatrecht" seiner Grundrechtsbindung entziehen. Es kann daher nicht zweifelhaft sein, dass die privatrechtlich handelnde Verwaltung die Grundrechte beachten muss und der betroffene Bürger die

Verletzung seiner Grundrechte gerichtlich geltend machen kann. So hat z. B. der BGH entschieden, dass ein Bürger gegen eine Straßenbahn-AG klagen und geltend machen kann, dass die Tarifgestaltung gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 I GG verstößt, - es handelt sich zwar um eine zivilrechtliche Klage, die aber entscheidend auf ein Grundrecht gestützt wird (BGHZ 52, 325).

Andererseits kann sich eine juristische Person des Privatrechts, die vom Staat geschaffen wurde und vom Staat übertragene Aufgaben wahrzunehmen hat, nicht auf Grundrechte berufen. Art. 19 III GG erklärt zwar, dass die Grundrechte auch für juristische Personen gelten, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind. Darunter fallen indessen nur solche Organisationen, die auch materiell dem privatrechtlichen Bereich zuzurechnen sind, nicht aber staatliche Organisationen in der Form des Privatrechts. Das ist auch überzeugend. Grundrechte des Staates gegen den Staat kann es nicht geben, auch wenn der Staat im konkreten Fall in der Form des Privatrechts auftreten sollte. Grundsätzlich wird also eine privatrechtliche Organisation im Verwaltungsbereich nicht anders behandelt als eine öffentlich-rechtliche Organisation. Es zeigt sich somit eine deutliche Publifizierung und Begrenzung des privatrechtlich handelnden Staates. Der Staat wechselt, aus welchen Gründen auch immer, auf das Privatrecht, wird aber dann doch wieder öffentlich-rechtlich eingefangen!

2. Die funktionale Privatisierung wirft im Außenbereich keine besonderen Grundrechtsprobleme auf. Da die Zuständigkeit und die Verantwortung beim staatlichen Verwaltungsträger bleibt und dieser öffentlichrechtlich handelt, kann seine Grundrechtsbindung nicht zweifelhaft sein. Probleme bestehen allenfalls im Innenbereich, im Verhältnis zwischen dem Verwaltungsträger und dem Verwaltungshelfer. Die Verwaltung muss, wenn sie einen Auftrag im Rahmen der Erfüllungsprivatisierung vergeben will, eine öffentliche Ausschreibung vornehmen und eine Auswahl unter den Bewerbern treffen. Dabei ist sie auch an die Grundrechte gebunden, insbesondere an den Gleichheitssatz (Art. 3 I GG). Sie darf sich bei der Auswahl nur an den Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Unternehmers orientieren (§ 97 IV GWB). Die Vergabe öffentlicher Aufträge ist gerade in den letzten Jahren näher geregelt und rechtsstaatlich ausgerichtet worden. Das Vergaberecht und das Privatisierungsrecht stehen in einem korrespondierenden Zusammenhang. Sie gehören zu den Rechtsbereichen, die gegenwärtig besonders intensiv diskutiert werden.

3. Die Aufgabenprivatisierung führt zu einer Verlagerung bislang vom Staat wahrgenommener Aufgaben in den Privatrechtsbereich. Damit ändern sich nicht

nur die Akteure, sondern auch das Rechtsregime. Die Privatunternehmer, die nunmehr die bislang vom Staat erledigten Aufgaben nach privatrechtlichen Vorschriften und Grundsätzen wahrnehmen, können sich auf die Grundrechte berufen, wenn sie durch eine staatliche Maßnahme beeinträchtigt werden. Das wird vor allem auch für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften des Gewährleistungs- und Regulierungsrechts relevant. Dementsprechend hat das BVerfG eine Verfassungsbeschwerde der Telekom wegen Verletzung des Art. 12 GG für zulässig erklärt (BVerfGE 115, 205, 229).