

Universitätsrepetitorium Staatsorganisationsrecht am 3. Januar 2005

Fall 1: Privatisierung der Bundeswehrverwaltung

Zur Neustrukturierung der Bundeswehrverwaltung hat der Deutsche Bundestag in einem ordnungsgemäßen Verfahren das folgende Gesetz erlassen:

§ 1

Das Bundesministerium für Verteidigung wird ermächtigt, das Instandsetzungs- und Lagerwesen zur unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte einer Gesellschaft des privaten Rechts in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung zu übertragen. Die Gesellschaft steht im Eigentum des Bundes.

§ 2

Die Gesellschaft schließt die erforderlichen Verträge mit der Wirtschaft nach Weisung des Bundesministeriums für Verteidigung.

Durch die Einschaltung der GmbH soll die bürokratische Schwerfälligkeit durch moderne Methoden des Managements und Controllings, der Lagertechnik und Logistik ersetzt werden und die Vergabe von Aufträgen an zivile Partner der Bundeswehr nunmehr in wirtschaftsüblicher Weise erfolgen.

Die Landesregierung von L hat Zweifel über die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes und beantragt beim Bundesverfassungsgericht, das Gesetz für nichtig zu erklären. Da das Grundgesetz ausdrücklich vorsehe, dass die unmittelbare Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt werde, sei jegliche Privatisierung in diesem Bereich ausgeschlossen. Die Bundesregierung ist dagegen der Ansicht, dass nichts gegen die erfolgte Art der Privatisierung einzuwenden sei. Der Bund entlasse die betroffenen Aufgaben nicht vollständig in den privaten Bereich, die gewählte Organisationsform gewährleiste zudem ausreichende Staatsnähe.

Prüfen Sie die Erfolgsaussichten des Antrags.

Fall 2: Privatisierung und Petitionsgrundrecht

Der Unternehmer A hat Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung mit der nach oben genanntem Gesetz geschaffenen GmbH der Bundeswehr. Außerdem ärgert ihn maßlos, dass die einzige Postannahmestelle der Deutschen Post AG in seinem Wohnort geschlossen wurde. In beiden Fällen richtet er eine Beschwerde an den Petitionsausschuss des Deutschen Bundestages. A ist der Ansicht, dass ihm das Petitionsrecht trotz der erfolgten Privatisierungen zusteht.

Der Petitionsausschuss meint dagegen, dass Vorgänge im Zusammenhang mit privatwirtschaftlicher unternehmerischer Betätigung des Bundes nicht rechtfertigungsbedürftig seien. Sowohl die Tätigkeit der GmbH als auch der Deutschen Post AG entzögen sich daher dem Anwendungsbereichs des Art. 17 GG.

Steht dem A das Petitionsrecht zu?

Lösungsskizze - Fall 1

Der Antrag wird Erfolg haben, wenn er zulässig und begründet ist. Denkbar ist eine abstrakte Normenkontrolle.

A. Zulässigkeit

Die Zulässigkeit der abstrakten Normenkontrolle richtet sich nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG, §§ 13 Nr. 6, 76 ff. BVerfGG.

1. Zuständigkeit des BVerfG

Das BVerfG ist für die abstrakte Normenkontrolle gemäß Art. 93 Abs. 1 Nr. 2, §§ 13 Nr. 6 BVerfGG zuständig.

2. Antragsberechtigung

Die Landesregierung L ist antragsberechtigt.

3. Prüfungsgegenstand

Das Gesetz stellt als Bundesrecht einen geeigneten Antragsgegenstand dar.

4. Antragsbefugnis

Die erforderliche Antragsbefugnis liegt nur vor, wenn ein Klarstellungsinteresse besteht. Ein solches ist bei konkreten Meinungsverschiedenheiten oder konkreten Zweifeln über die Gültigkeit der Rechtsnorm gegeben (Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG). Allerdings fordert § 76 Abs. 1 BVerfGG, dass der Antragsteller das Gesetz für nichtig hält, Zweifel reichen nach dem Wortlaut nicht aus.

Nach einhelliger Ansicht kann § 76 Abs. 1 BVerfGG keine zulässige Einschränkung des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG bewirken:

Teilweise wird die Bestimmung des BVerfGG für verfassungswidrig und nichtig angesehen (Rinken, AK 22; Meyer MÜK 36).

Andere versuchen die Nichtigkeit durch verfassungskonforme Auslegung zu vermeiden (Benda/Klein, 730 f; Lechner/Zuck, 6 zu § 76).

Das BVerfG (E 96, 133/137) legt die Bestimmung des BVerfGG so weit aus, dass konkrete Zweifel an der Verfassungskonformität genügen.

Die Landesregierung L ist daher auch antragsbefugt.

5. Form und Frist

Der Antrag bedarf gem. § 23 Abs. 1 BVerfGG der Schriftform und ist zu begründen. Das Verfahren ist nicht fristgebunden.

6. Ergebnis

Der Normenkontrollantrag ist zulässig.

B. Begründetheit

Der Antrag ist begründet, wenn das Gesetz in formeller oder materieller Hinsicht nicht mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

1. Formelle Verfassungsmäßigkeit

a) Gesetzgebungsbefugnis

Die Verteidigung zählt zu den Gegenständen, für die dem Bund gemäß Art. 71, 73 Nr. 1 GG die ausschließliche Gesetzgebungsbefugnis zukommt. Die Kompetenzzuweisung für die Verteidigung umfasst Maßnahmen, die zur Abwehr eines Angriffs auf die Bundesrepublik getroffen werden, hierzu gehört auch die Vorratshaltung an Sachmitteln und damit auch das hier geregelte Instandsetzungs- und Lagerwesen zur unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte.

b) Zustandekommen des Gesetzes

Die Aufgabenstellung geht von einem ordnungsgemäßen Gesetzgebungsverfahren aus.

c) Ergebnis

Das Gesetz ist in formeller Hinsicht verfassungsgemäß.

2. Materielle Verfassungsmäßigkeit

a) Art. 33 Abs. 4 GG

Sollte die privatisierte Aufgabe der Bundeswehrverwaltung eine hoheitliche Aufgabe darstellen, könnte sich aus Art. 33 Abs. 4 GG eine Einschränkung ergeben. Art. 33

Abs. 4 GG behält nämlich die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes vor.

Die Bedeutung von Art. 33 Abs. 4 GG für Privatisierungen ist allerdings umstritten. Nach einer Auffassung sollen Hoheitsaufgaben generell nicht auf Private übertragen werden können¹. Die wohl vorherrschende Auffassung geht hingegen davon aus, dass diese Norm gar nicht die Übertragbarkeit von Aufgaben auf Private betrifft, sondern dass sie von vorn herein nur gilt, soweit der Staat eine Aufgabe selbst erfüllt².

Auf diesen Meinungsstreit kommt es vorliegend nicht an, da es sich bei der Materialversorgung der Bundeswehr nicht um eine hoheitliche Aufgabe handelt. Das Beschaffungs- und Instandsetzungswesen der Bundeswehrverwaltung sind rein fiskalische, privatrechtliche Tätigkeiten, die Lagerung angesehen³. Da die GmbH ihre Aufgaben im Rahmen privatrechtlicher Verträge wahrnehmen soll, findet eine Übertragung hoheitlicher Befugnisse durch das Gesetz nicht statt.

b) Art. 87 b Abs. 1 S. 1 und 2 GG

Es kommt daher auf die Vorgaben von Art. 87 b Abs. 1 S. 1 und 2 GG an. Danach dient die Bundeswehrverwaltung den Aufgaben des Personalwesens und der unmittelbaren Deckung der des Sachbedarfs der Streitkräfte und wird in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt. Die Bundeswehrverwaltung stellt also einen Gegenstand obligatorischer unmittelbarer Bundesverwaltung. Für alle in den Art. 87 ff GG geregelten Materien obligatorischer unmittelbarer Bundesverwaltung wird aus der Formulierung „bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau“ zweierlei abgeleitet. Zum einen begründen diese Bestimmungen die Verwaltungszuständigkeit des Bundes in Ausnahme zu der Regelzuständigkeit der Länder gemäß Art. 30, 83 GG. Zum anderen enthalten sie eine gewisse Aufgaben- und Organisationsgarantie. Auf diese zweite Funktion des Art. 87 b Abs. 1 GG kommt es hier entscheidend an.

¹ Rüfner, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. III, 1988, § 80 Rn. 49.

² Statt vieler Lübke-Wolf in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 33 Rn. 55.

³ Eine Ausnahme gilt für bestimmte Beschaffungsaufgaben, bei denen Zwangsmittel zur Anwendung kommen, vgl. Durner, VerwArch 2005, S. 18 ff (39).

aa) Aufgabengehalt der Art. 87 ff. GG

Bezüglich der Aufgabenwahrnehmung des Bundes im Bereich obligatorischer unmittelbarer Bundesverwaltung gilt, dass sich der Bund den Aufgaben, die mit den betroffenen Gegenständen verbunden sind, nicht entziehen darf und dass er einen regional gegliederten eigenen Verwaltungsunterbau errichten muss. Damit wird die weitestgehende Form des staatlichen Rückzugs in Form **materieller Privatisierung**⁴ ausgeschlossen mit der Folge, dass die vollständige Verlagerung der einzelnen Materien in den privaten Sektor verfassungswidrig wäre.

Die Gründung der GmbH mit dem Bund als einzigem Gesellschafter stellt jedoch keine materielle Privatisierung dar, da die Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte nicht aus der Bundesverantwortung entlassen wird. Bei staatlicher Aufgabenwahrnehmung mittels privatrechtlicher Organisations- und Handlungsformen liegt vielmehr eine formelle Privatisierung vor. Ob diese zulässig ist, hängt vom Organisationsgehalt der Art. 87 ff. GG ab.

bb) Organisationsgehalt der Art. 87 ff GG

Eine Ansicht, die mit Hinweis auf die Aussage, eine Aufgabe werde „in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau geführt“, jede Verwaltungstätigkeit durch Privatrechtssubjekte als verfassungswidrig ansieht, konnte sich zu Recht nicht durchsetzen.

Für die herrschende Auffassung garantiere diese Formulierung lediglich die „effektive Existenz“ der jeweiligen Bundesverwaltung und überlasse es der Exekutive selbst, auf welche Weise sie ihre Aufgaben erfülle⁵. Der Organisationsgehalt der §§ 87 ff. GG bedeute daher, dass Aufgaben obligatorischer unmittelbarer Bundesverwaltung jedenfalls in Kernbereichen in der vorgesehenen Organisationsform zu erfüllen seien.

⁴ Demgegenüber sprechen *Nordmeyer*, Die Auslegung des Art. 33 Abs. 4, 2000, S. 96 oder *Traumann*, Die Organisationsgewalt im Bereich der bundeseigenen Verwaltung, 1998, S. 344 ff. von Aufgabenprivatisierung.

⁵ *Durner*, VerwArch 2005, S. 18 ff (31).

Dem hat sich auch das BVerfG angeschlossen⁶, das dem Bund im Übrigen weite organisatorische Spielräume zugesteht.

Daraus folgt, dass die Bundeswehrverwaltung zwar als solche nicht gänzlich privatisiert werden kann und in ihrem Kern bestehen bleiben muß, so dass eine formelle Privatisierung der gesamten Aufgabe „unmittelbare Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte“ unzulässig wäre. Eine zusätzliche Einschaltung Privater durch Auslagerung privater Gesellschaften in abgrenzbaren Teilbereichen kann aber grundsätzlich als zulässig angesehen werden.

Allerdings sind bei der Wahl privatrechtlicher Organisationsformen folgende Grenzen zu beachten: (1) Es muß ein besonderer sachlicher Grund vorliegen. (2) Der substantielle Kern der jeweiligen Staatsaufgabe darf nicht berührt werden. (3) Eine ausreichende Anbindung an den Staat muss gewährleistet sein⁷.

(1) Sachliche Rechtfertigung

Jede Übertragung von Aufgabenteilbereichen auf Private unterliegt einem Begründungszwang, erfordert also sachliche Gründe oder Vorteile. Als Auslegungsmaxime für Privatisierungen dient der in Art. 114 Abs. 2 S. 1 GG normierte Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. Danach muß sich die Organisation der Bundesverwaltung an dem Gesichtspunkt der Kostengünstigkeit orientieren.

Die Auslagerung des Instandsetzungs- und Lagerwesens an eine GmbH zielt auf den Einsatz moderner Methoden des Managements und Controllings, der Lagertechnik und Logistik ab. Zudem soll die Vergabe von Instandsetzungsaufträgen an zivile Partner der Bundeswehr in wirtschaftsüblicher Weise erfolgen. Die Einkleidung der Aufgaben in ein gesellschaftsrechtliches Modell ermöglicht eine größere Flexibilität und stärkere unternehmerische Ausrichtung und ist daher geeignet, Kostenersparnisse zu bewirken.

(2) Erhaltung des substantiellen Kerns

Ein zweites Privatisierungshindernis folgt aus dem Erfordernis, den substantiellen Kern der jeweiligen Bundesverwaltung zu erhalten. Aus der Grundrechtsentscheidung für eine effektive Bundesverwaltung ergibt sich also, dass

⁶ BVerfGE 63, 1, 34, 40 ff.; 97, 198, 217. Das BVerfG gesteht dem Bund allerdings weite organisatorische Spielräume zu.

⁷ *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Kommentar, Art. 87, Rn. 2.

nur untergeordnete Teilbereiche privatrechtlich organisiert werden dürfen. Für die Bestimmung des Kernbereichs werden unterschiedliche Maßstäbe diskutiert, neben quantitativen und qualitativen werden auch funktionale Aspekte erörtert.

Nach der Ansicht, die den Kernbereich **quantitativ** bestimmt, soll die Einschaltung Privater solange möglich sein, als die wesentlichen lenkenden und planerischen Entscheidungen beim Staat verbleiben. Bezieht man die quantitative Grenze auf einzelne Verwaltungsaufgaben und nicht auf den gesamten Aufgabenbereich der Bundeswehrverwaltung, wäre die Auslagerung des gesamten Instandsetzungs- und Lagerwesens in die GmbH wohl unzulässig. Der Bundeswehrverwaltung stünden in diesen Bereichen nämlich keine unmittelbaren Lenkungs- und Planungsentscheidungen mehr zu.

Die Ansicht, die den Kernbereich nach **qualitativen** Gesichtspunkten zu bestimmen sucht, geht davon aus, dass funktions- und typusprägende Aufgaben privatisierungsfest und dass lediglich periphere oder untergeordnete Teilaufgaben zulässig seien. Es komme darauf an, ob der Verfassungsgeber die Aufgaben für den Leistungsauftrag des Art. 87 b GG als besonders wichtig angesehen hat. Wollte man diesen Maßstab anlegen, wäre die erfolgte Privatisierung wohl ebenfalls unzulässig. *Pieroth* rechnet die gesamte Deckung des Sachbedarfs und damit auch die Instandsetzung und Lagerung militärischer Sachmittel dem Kernbereich der Bundeswehrverwaltung zu, da diese den militärischen Bedürfnissen der Streitkräfte diene⁸.

Eine dritte Ansicht führt **funktionale** Erwägungen an. Danach sei Privatisierung nur unzulässig, wenn sie aus Qualitäts- oder Risikogründen nicht in Frage kommt. Dieser Ansatz dürfte am ehesten den Vorgaben des BVerfG entsprechen, dass einen „weiten organisatorischen Gestaltungsbereich“ anerkennt, um eine effektive und leistungsfähige Bundesverwaltung zu ermöglichen⁹. Lediglich bei Anwendung dieses weiten Maßstabs wäre die erfolgte Privatisierung zulässig. Die Auslagerung des Instandsetzungs- und Lagerwesens in eine bundeseigene GmbH wäre aus qualitäts- und risikogründen nicht bedenkenswert, da gerade eine effektivere und

⁸ *Pieroth*, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung bei der Bundeswehr, Rechtsgutachten v. 13.10.2000, als Zusammenfassung im VBB Magazin, 12/2000, S. 5.

⁹ BVerfG 63, 1, 34.

wirtschaftlichere Aufgabenwahrnehmung bei Reparatur und Bevorratung bezweckt wird.

Gegen den qualitativen Maßstab spricht, dass die Grenze zwischen schwer und quantitativen Maßstäbe spricht, dass sich die Grenzen für wesentliche lenkende und planerische Entscheidungen schwer bestimmen lassen.

Gegen die qualitative Bestimmung des Kernbereichs kann man anführen, dass das abstellen auf den Willen des Verfassungsgebers eine Anpassung an veränderte Rahmenbedingungen erschwert und den gewandelten Anforderungen an adäquate funktionsgerechte Organisationsgestaltung ermögliche.

Die mit der Frage nach dem Kernbereich der Bundeswehrverwaltung befasste Weizsäcker-Kommission hat ein ähnlich enges Verständnis der Kernaufgaben und zählt Instandsetzung und Lagerung nicht zu den Kernaufgaben der Bundeswehrverwaltung.

Letztlich ist es aber vertretbar, die Unzulässigkeit der erfolgten Privatisierung und damit die Verfassungswidrigkeit des Gesetzes bei Anwendung der ersten beiden Maßstäbe zu begründen.

(3) Staatliche Kontrolle

Schließlich ist der Private angemessen zu kontrollieren. Diese Einwirkungspflicht ist aus Gründen des Demokratieprinzips und zur Herstellung parlamentarischer Verantwortlichkeit geboten und stellt eine Kompensation der Auslagerung der Aufgabe in den privaten Bereich dar.

Bei einer dem Bund gehörenden GmbH ist die staatliche Kontrolle weitest möglich gewährleistet. Dem Bund kommen als einzigem Gesellschafter umfassende Entscheidungs- und Kontrollrechte zu. Zudem unterliegt die GmbH nach dem Gesetz dem Weisungsrecht des Bundesministers für Verteidigung.

C. Ergebnis

Die Normenkontrolle ist nicht begründet.

Lösungsskizze - Fall 2

Dem A steht das Petitionsrecht des Art. 17 GG zu, wenn der Schutzbereich eröffnet ist. Dafür müssten die GmbH sowie die Deutsche Post AG „zuständige Stellen“ im Sinne von Art. 17 GG sein. Nur wenn dies der Fall ist, schulden sie Petenten Auskunft. Auch eine petitionsgrundrechtliche Auskunftsverpflichtung der beiden Unternehmen gegenüber der Exekutive im Bereich des Postwesens und der Bundeswehrverwaltung und mittelbar gegenüber dem Parlament (Petitionsausschuss).

Die Frage nach einer petitionsgrundrechtlichen Passivlegitimation der beiden Unternehmen ist ein Aspekt der Frage nach ihrer Grundrechtsbindung gemäß Art. 1 Abs. 3 GG und noch allgemeiner nach der Fiskalgeltung der Grundrechte. So besteht die Alternative zwischen nicht grundrechtsgebundener Privatwirtschaft und grundrechtsgebundener öffentlicher Verwaltung.

Das Petitionsgrundrecht ist Ausdruck der besonderen Rechtfertigungsbedürftigkeit staatlichen Handelns. Diese Zweckbestimmung begrenzt das Petitionsgrundrecht auf hoheitliche und verwaltungsprivatrechtliche Staatstätigkeit. Ebenso wie Private sich nicht mit Petitionen auseinandersetzen müssen, ist der Staat nicht petitionspflichtig, wenn er privatrechtlich handelt und dabei keine staatlichen Aufgaben wahrnimmt. Privatwirtschaftliche unternehmerische Staatstätigkeit durch juristische Personen des Privatrechts liegen dann außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 17 GG.

Ob der Bund durch die beiden Gesellschaften staatliche Aufgaben wahrnimmt, ergibt sich aus der Verfassung selbst.

Im Bereich der Bundeswehrverwaltung und damit bei der Wahrnehmung von Aufgaben des Instandsetzungs- und Lagerwesens lässt das Grundgesetz die privatwirtschaftliche unternehmerische Betätigung des Staates nicht zu. Gemäß Art. 87 b GG handelt es sich um eine Aufgabe der Bundesverwaltung.

Anders ist es im Falle der Deutschen Post AG. Hier qualifiziert Art. 87 f Abs. 2 GG die Tätigkeit der Postunternehmen des Bundes ausdrücklich als privatwirtschaftlich.

Ergebnis:

Das Petitionsgrundrecht steht A steht lediglich bezüglich der Tätigkeit des GmbH zu.