Privatisierung als Rechtsproblem

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Demokratie und Rechtsstaat
Kritische Abhandlungen zur
Rechtsstaatlichkeit in der
Bundesrepublik
Herausgegeben von Rudolf Wassermann,
Theo Rasehorn und Frank Benseler
Band 53

Luchterhand

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek
Däubler, Wolfgang
Privatisierung als Rechtsproblem / von Wolfgang Däubler.
Orig.-Ausg. – Neuwied, Darmstadt : Luchterhand, 1980.
(Demokratie und Rechtsstaat ; Bd. 53)
ISBN 3-472-08022-1

Originalausgabe für die Reihe »Demokratie und Rechtsstaat«
Alle Rechte vorbehalten.
© 1980 by Hermann Luchterhand Verlag GmbH & Co KG,
Neuwied und Darmstadt.
Einband: Karl-Heinz Domning.
Gesamtherstellung: Druck- und Verlags-Gesellschaft mbH,
Darmstadt.
Printed in Germany: November 1980

Inhaltsverzeichnis

§ 1:	Privatisierung – ein Ausweg aus der Finanzkrise?	16
1.	Die Diskussion um »Weniger Staat«	16
1.1.	Wozu Privatisierung?	16
1.2.	Wer fordert Privatisierung?	18
1.3.	Radikale und gemäßigte Befürworter	19
1.4.	Gegenstimmen	20
2.	Privatisierungen in der Praxis	22
2.1.	Was wurde privatisiert?	22
2.2.	Konsequenzen für Bürger und Beschäftigte	23
3.	Verwandte Erscheinungen	27
§ 2:	Die Ursachen der Privatisierungskampagne und mögliche Gegenstrategien	30
1.	Privatisierung – Ausdruck ökonomischer Notwendigkeiten oder Ausdruck konservativer Politik?	30
1.1.	Wechsel des Rechtsträgers	30
1.2.	Flexibles Mittel	31
1.3.	Stärkung marktwirtschaftlicher Vorstellungen	31
1.4.	Stärkung mittelständischer Existenzen	32
1.5.	Privatisierung als Druckmittel	33
1.6.	Zusammenfassung	34
2.	Kritik der Privatisierung	35
2.1.	Entlastung der öffentlichen Haushalte?	35
2.2.	Beseitigung der Bürokratie?	39
2.3.	Effizienz durch Wettbewerb?	41
2.4.	Zusammenfassung	42
3.	Abwehrmöglichkeiten	43
4.	Ökonomisierung der Staatstätigkeit – eine zwangsläufige Entwicklung?	45
§ 3:	Privatisierung als Rechtsproblem – Überblick über den Diskussionsstand –	49
1.	Schrankenziehung durch Recht	49

2.	Verfassungsrechtliche und gesetzliche Normierungen	49
3.	Grundsatzentscheidungen in der Rechtsprechung	51
3.1.	Bundesverfassungsgericht	52
3.1.1.	Die »Privatisierung« des Volkswagenwerks	52
3.1.2.	Die Schaffung eines privatrechtlich organisierten Fernsehens	53
3.1.3.	Staatliche Subsidiarität in der Jugend- und Sozialhilfe	55
3.2.	Entscheidungen zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand	56
3.3.	Entscheidungen zu privatisierungsbedingten Kündigungen	56
3.4.	Verbleibende Lücken	58
4.	Klärung in der Literatur?	58
5.	Überblick über den Gang der Darstellung	60
§ 4:	Allgemeines Privatisierungsverbot aus dem Grundgesetz?	63
1.	Die Vorfrage: Originäre Staatsaufgaben als »privatisierungsimmuner« Bereich?	63
1.1.	Die These von den originären Staatsaufgaben	63
1.2.	Schwierigkeiten der inhaltlichen Abgrenzung	63
1.3.	Grundsätzliche Einwände	64
2.	Privatisierung als Verstoß gegen die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG?	65
2.1.	Die These Ridders	65
2.2.	Kompromißcharakter des Grundgesetzes und Wirtschaftsordnung	66
2.3.	Privatisierungsverbot als notwendige Voraussetzung künftiger Sozialisierung?	67
2.4.	Staatseigentum als öffentliches Eigentum?	68
2.5.	Kein genereller staatlicher Funktionsschutz aus Art. 15 GG	69
3.	Die Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Private – ein Verstoß gegen die Art. 83 ff. GG?	70
3.1.	Die Thesen von Wilhelm Reuß	70
3.2.	Das Schweigen des Grundgesetzes	71

3.3.	Fragwürdige Begründung der »herrschenden Meinung«	72
3.4.	Fragmentarischer Charakter der Art. 83 ff. GG	73
4.	Verbot der Privatisierung von Hoheitsaufgaben wegen Art. 33 Abs. 4 GG?	73
5.	Zusammenfassung	75
§ 5:	Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als Schranken der Privatisierung	76
1.	Demokratisches Prinzip und Verwaltungsorganisation	76
2.	Rechtsstaatsprinzip und Verwaltungsorganisation	78
2.1.	Gewaltenteilungsgrundsatz	78
2.2.	Kontrolle staatlicher Entscheidungen	79
2.2.1.	Nachträgliche Kontrolle	79
2.2.2.	Präventivkontrolle	79
2.2.3.	Konkrete Konsequenzen	80
2.2.4.	Kontrolle auch bei der Leistungsverwaltung?	81
2.3.	Zusammenfassung	82
3.	Privatisierung als Ausnahmerecheinung	82
3.1.	Der Vorbehalt zugunsten wichtiger politischer Entscheidungen	82
3.2.	Der Vorbehalt zugunsten rechtsstaatlicher Aufgabenerfüllung	84
(a)	Ausnahme: Autonomie	84
(b)	Ausnahme: Grundrechtsschutz	85
(c)	Ausnahme: Subsidiaritätsprinzip?	85
(d)	Ausnahme: Unverhältnismäßiger Aufwand?	87
(e)	Gefahr der »Interessenüberlagerung«	88
4.	Staatliche Kontrolle gegenüber dem Privaten	90
4.1.	Die Auswahl des Privaten	91
4.2.	Die Überwachung des Privaten	92
4.3.	Vorbehalt der Rückübernahme in eigene Regie	93
4.4.	Zusammenfassung	95
5.	Anhang: Das Verfahren – förmliches Gesetz oder Organisationsakt?	95

§ 6:	Kommunale Selbstverwaltung als Schranke der Privatisierung	98
1.	Die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG	98
2.	Einschaltung des Kommunalparlaments?	102
3.	Schranken der Privatisierung aus den Gemeinde- und Landkreisordnungen?	103
3.1.	Pflichtaufgaben	103
3.2.	Veräußerungsbeschränkungen	104
3.3.	Weitere Grundsätze	104
§ 7:	Privatisierung und Haushaltsrecht	106
1.	Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	106
1.1.	Das Problem	106
1.2.	Rechtsgrundlage des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit	106
1.3.	»Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« und politische Prioritätensetzung	107
1.3.1.	Diskussionsstand	107
1.3.2.	Veränderte Staatsfunktionen und Neubestimmung der »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit«	108
1.4.	Bestimmung des »wirtschaftlichsten« und »sparsamsten« Mittels nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten?	110
1.5.	Was bedeutet die Einbeziehung gesamtgesellschaftlicher Konsequenzen?	112
1.5.1.	Materielle und ideelle Folgen	112
1.5.2.	Die Abwägung der Vor- und Nachteile	113
1.5.3.	Der Prozeß der Entscheidungsfindung	115
2.	Besonderheiten im kommunalen Bereich?	117
§ 8:	Bürgerinteresse und Privatisierung	120
1.	Abbau von staatlichen Leistungen – ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip?	120
1.1.	Die Ausgangsfrage	120
1.2.	Verbot des sozialen Rückschritts?	120
2.	Eingriffe in Grundrechte des Bürgers?	123

2.1.	Leistungsgrundrechte im allgemeinen	123
2.2.	Leistungsansprüche als stillschweigende Voraussetzung der Grundrechtsausübung?	124
2.3.	Grundrechtsbindung des Privaten – eine mittelbare Privatisierungsschranke	126
3.	Eingriffe in gesetzliche Leistungsansprüche?	128
4.	Zusammenfassung	130
§ 9:	Privatisierung und Arbeitsrecht	132
1.	Grenzen für die Privatisierung als solche?	132
1.1.	Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot?	132
1.2.	Verstoß gegen das Verbot des sozialen Rückschritts?	135
2.	Privatisierung nur mit Zustimmung der Arbeitnehmerseite?	137
2.1.	Die tarifliche Durchführungspflicht	137
2.2.	Mitbestimmungsrecht der betrieblichen Interessenvertretung?	140
2.2.1.	Personalrat	140
(1)	Organisatorische Einzelmaßnahmen	142
(2)	Versetzungen	142
(3)	Kündigungen	143
(4)	Sozialplan	144
2.2.2.	Betriebsrat	145
2.3.	Zusammenfassung	146
3.	Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Privatunternehmer nach § 613 a BGB?	146
3.1.	Voraussetzungen des § 613 a BGB	147
3.1.1.	Beschränkung auf die Privatwirtschaft?	147
3.1.2.	Anwendung auch bei der Übernahme von Dienstleistungsfunktionen?	148
3.2.	Rechtsfolgen	150
4.	Privatisierung und Kündigungsschutz	151
4.1.	Tariflicher Kündigungsschutz	151
4.2.	Kündigungsschutz nach dem KSchG	152
4.2.1.	Offenbar unsachliche Entscheidung	152
4.2.2.	Verstoß gegen geltendes Recht	153

4.2.3. Interessenabwägung	153
5. Ausgleichsleistungen auf Grund von Rationalisierungsschutzabkommen und von Sozialplänen	154
§ 10: Verfahren zur Verhinderung unzulässiger Privatisierungen	158
1. Kontrollmechanismen innerhalb des Staatsapparats	158
1.1. Privatisierung durch Gesetz	158
1.2. Privatisierung durch Verwaltungsmaßnahmen	158
1.3. Besonderheiten im kommunalen Bereich	159
1.3.1. Kommunalaufsicht	159
1.3.2. Klage der überstimmten Minderheit vor dem Verwaltungsgericht	159
2. Klagen betroffener Bürger	161
3. Arbeitsgerichtliche Verfahren	162
3.1. Klagen durch betroffene Arbeitnehmer	162
3.2. Beschlußverfahren durch Personalrat bzw. Betriebsrat	162
3.3. Klage durch die Gewerkschaft	163
4. Sonstige Verfahren	164
4.1. Information der Öffentlichkeit	164
4.1.1. Schweigepflicht der Personalratsmitglieder	164
4.1.2. Schweigepflicht der Betriebsratsmitglieder	166
4.1.3. Schweigepflicht des einzelnen Beschäftigten	167
4.2. Abschluß eines »Privatisierungsschutzabkommens«?	167
§ 11: Die Anwendung im Einzelfall – Beispiele zulässiger und unzulässiger Privatisierungen	170
1. Praktische Probleme der Rechtsanwendung	170
2. Privatisierung der Müllabfuhr – am Beispiel des Landkreises Göttingen	171
2.1. Die Ausgangssituation	171
2.2. Der Entscheidungsablauf	171
2.3. Der Inhalt des Privatisierungsvertrags	173
2.4. Rechtliche Würdigung	174

3. Die Privatisierung der Gebäudereinigung – dargestellt am Beispiel der Stadt Hildesheim	177
3.1. Die Kostensituation	177
3.2. Die Verträge mit den Privatunternehmern	179
3.3. Rechtliche Würdigung	179
4. Ausgliederung von Planungsaufgaben – dargestellt am Beispiel des Landkreises Pinneberg	181
4.1. Die Auflösung der »Beratungs- und Koordinierungsstelle«	181
4.2. Rechtliche Würdigung	182
§ 12: Das Sonderproblem: Zulassung eines Privatrundfunks?	183
1. Die aktuelle Kontroverse	183
2. Unternehmergrundrechte und Privatfunk	184
3. Privatisierung kraft gesetzgeberischer Entscheidung?	187
Anmerkungen	191
Literaturverzeichnis	223
Stichwortregister	235
Nachbemerkung	235

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
AfP	Archiv f. Presserecht (Jahr u. Seite)
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts (Band u. Seite)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
AR-Blattei	Arbeitsrecht-Blattei
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGeb	Der Arbeitgeber (Jahr u. Seite)
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AuR	Arbeit u. Recht (Jahr u. Seite)
Az	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BAT	Bundesangestellten-Tarifvertrag
BayVBl	Bayrische Verwaltungsblätter (Jahr u. Seite)
BB	Betriebs-Berater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BetrR	Der Betriebsrat (Jahr u. Seite)
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Jahr, Teil u. Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bun- desgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung
Bl.	Blatt
Blätter	Blätter f. deutsche u. internationale Politik (Jahr u. Seite)
BlfStR	Blätter f. Steuerrecht, Sozialversicherungs- u. Ar- beitsrecht (Jahr u. Seite)

BMT-G	Bundesmantel-Tarifvertrag f. d. Arbeiter der Ge- meinden
BPersVG	Bundespersönlichkeitsvertretungsgesetz
BSG	Bundessozialgericht
BT-Drucksache	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band u. Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bwStGH	baden-württembergischer Staatsgerichtshof
BWVwP	Baden-Württembergische Verwaltungspraxis (Jahr u. Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr u. Seite)
DDB	Der Deutsche Beamte (Jahr u. Seite)
Dem.Gemeinde	Demokratische Gemeinde (Jahr u. Seite)
ders.	derselbe
DJT	Deutscher Juristen-Tag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahr u. Seite)
DöW	Die öffentliche Wirtschaft (Jahr u. Seite)
DuR	Demokratie u. Recht (Jahr u. Seite)
DV	Die Verwaltung (Jahr u. Seite)
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt (Jahr u. Seite)
DVerw	Die Verwaltung (Jahr u. Seite)
Erl.	Erläuterungen
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
FinA	Finanzarchiv (Band u. Seite)
Forum DS	Forum Demokratischer Sozialismus (Jahr, Heft u. Seite)
Fn	Fußnote
GemO	Gemeinde-Ordnung
GewArch	Gewerbe-Archiv (Jahr u. Seite)
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahr u. Seite)

GöWG	Gesellschaft f. öffentliche Wirtschaft u. Gemeinwirtschaft e. V.
GS	Großer Senat
GG	Grundgesetz
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt (Jahr u. Seite)
GVBl	Gesetz- u. Verordnungsblatt (Jahr u. Seite)
HGrG	Haushaltsgrundsätze-Gesetz
Hrsg	Herausgeber
JuS	Juristische Schulung (Jahr u. Seite)
JW	Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
JZ	Juristen-Zeitung (Jahr u. Seite)
KJ	Kritische Justiz (Jahr u. Seite)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LFZG	Lohnfortzahlungs-Gesetz
LHO	Landeshaushaltsordnung
li. Sp.	linke Spalte
lit.	litera (Buchstabe)
LV	Landesverfassung
MarxistBl	Marxistische Blätter (Heft, Jahr u. Seite)
MTB	Manteltarifvertrag f. d. Arbeiter des Bundes
MTL	Manteltarifvertrag f. d. Arbeiter der Länder
mwN	mit weiteren Nachweisen
n. F.	neuer Fassung
NG	Neue Gesellschaft (Jahr u. Seite)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr u. Seite)
ÖTV-Magazin	ÖTV-Magazin (Heft, Jahr u. Seite)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PersVG	Personalvertretungsgesetz
Quelle	Die Quelle (Jahr u. Seite)

RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr u. Seite)
re. Sp.	rechte Spalte
Rechtstheorie	Rechtstheorie (Jahr u. Seite)
RG	Reichsgericht
RiA	Recht im Amt (Jahr u. Seite)
Rn	Randnummer
RuF	Rundfunk u. Fernsehen (Jahr u. Seite)
RuP	Recht u. Politik (Jahr u. Seite)
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB-AT	Sozialgesetzbuch Allgem. Teil
SGB IV	Teil IV des Sozialgesetzbuchs
Staat	Der Staat (Jahr u. Seite)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
StT	Der Städtetag (Jahr u. Seite)
TOA	Tarifordnung für Angestellte
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerwArch	Verwaltungsarchiv (Jahr u. Seite)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VOBl	Verordnungsblatt
VVdStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Band u. Seite)
VwRspr	Verwaltungsrechtsprechung (Band u. Seite)
WiVerw	Wirtschaft u. Verwaltung (Jahr u. Seite)
WSI-Mitt.	Mitteilungen des Wirtschafts- u. Sozialwissen- schaftlichen Instituts des DGB
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr u. Seite)
ZHR	Zeitschrift f. d. gesamte Handelsrecht (Band, Jahr u. Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift f. Rechtspolitik (Jahr u. Seite)
z. T.	zum Teil

§ 1: Privatisierung – ein Ausweg aus der Finanzkrise?
– Eine Zwischenbilanz –

1. Die Diskussion um »Weniger Staat«

Der Staat ist kein sehr angesehener Zeitgenosse. Glaubt man einer Reihe von Auguren, so haben wir allen Grund, ihm mit Mißtrauen zu begegnen: Seine Bürokratie wird immer mächtiger und undurchdringlicher, der »verwaltete Bürger« kann sich seiner Haut kaum noch wehren, es droht eine »Gesellschaft in Fesseln«¹. Überzogenes Anspruchsdenken und die bereitwillige Ausnutzung des »öffentlichen Korridors« seien eine wesentliche Ursache für diesen unerträglichen Zustand². Die Zeche müsse am Ende der Bürger bezahlen, der über Steuern und Abgaben für die erhöhten Kosten aufzukommen habe; die Haushaltsdefizite sprächen eine deutliche Sprache. Was liegt unter solchen Umständen näher, als ein Stück »Entstaatlichung« zu fordern und so dem Ungeheuer wenigstens einige Fangarme zu stützen? Die Parole der Stunde heißt »Privatisierung«; Aufgaben, die bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommen wurden, sollen Privatleuten überlassen werden³. Statt obrigkeitlicher Administration volle Entfaltung der Privatinitiative – wer könnte dagegen ernstlich etwas einzuwenden haben? Schauen wir uns die Argumente der Befürworter dieser Lösung etwas näher an; sie erschöpfen sich keineswegs in plakativ-polemischer Stimmungsmache.

1.1. Wozu Privatisierung?

Ausgangspunkt aller Kritik und aller Vorschläge ist die schlechte Lage der öffentlichen Haushalte, die nach einer »Revision der Staatstätigkeit«⁴ verlange. Neben dem Abbau staatlicher Leistungen komme insbesondere eine rationellere Aufgabenerfüllung in Frage. Dieses Ziel werde am ehesten durch die Übernahme marktwirtschaftlicher Prinzipien erreicht: Wer unter dem Druck des

Wettbewerbs stehe, könne sich bürokratischen Schlendrian nicht mehr leisten⁵. Privatunternehmer seien in der Lage, öffentliche Leistungen nicht nur besser, sondern auch billiger zu erbringen. Konkret zeige sich dies in verschiedener Hinsicht:

– Das Management von Privatunternehmen sei nicht durch die starren Regeln des Haushaltsrechts gebunden, sondern könne flexibel reagieren. Häufig mache es sich die Kostendegression zunutze, da es seine Leistungen auch auf anderen Märkten anbiete; dies zeige etwa das Beispiel des Taxiunternehmers, der unschwer wenig frequentierte Nahverkehrsstrecken bedienen könne, die zwar nicht für ihn, wohl aber für die öffentliche Hand ein Verlustgeschäft seien.

– Einsparungen würden sich weiter durch einen rationelleren Arbeitsstil der beteiligten Arbeitnehmer ergeben. »Attraktive Leistungslöhne« und das im öffentlichen Dienst weithin unbekanntes Beschäftigungsrisiko würden zu gesteigertem Arbeitseinsatz führen; an die Stelle der Befolgung von Befehlen trete die Eigenaktivität und die Identifizierung mit der Arbeit. Überflüssige Arbeitskräfte müßten nicht weiterbeschäftigt werden, da die für die Staatsbürokratie typische Erscheinung wegfalle, wonach Vorgesetzte ihren eigenen Status dadurch zu verbessern suchten, daß sie immer mehr Aufgaben an sich ziehen und immer mehr Untergebene beschäftigen würden.

– Der Übergang bestimmter Dienstleistungen in Privathand erleichtere die Einführung kostendeckender Preise. Dies hätte wiederum ein »kostenbewußteres Verhalten« der Verbraucher zur Folge. Soweit einzelne dadurch wirtschaftlich überfordert seien, müßten sie Unterstützung aus öffentlichen Mitteln erhalten; nach dem Vorbild des Wohngeldes solle eine »subjektbezogene« Förderung das bisher praktizierte Gießkannenprinzip ablösen, das über subventionierte Preise auch den besser verdienenden Mitbürger entlaste.

– Weiter werde die öffentliche Kontrolle in den privatisierten Bereichen erleichtert, da anders als bei öffentlichen Unternehmen keine »Verfälschung« mit politischen Entscheidungsträgern zu erwarten sei⁶. Auch könne die Übernahme in private Regie zu mehr

bürgerschaftlichem Engagement und damit zu einer Stärkung des Selbstverwaltungsgedankens führen⁷.

– Schließlich wird als Paradebeispiel für eine erfolgreiche Privatisierung der Kölner Schlachthof angeführt, der als kommunale Einrichtung jährlich 800 000,- DM Defizit verursacht habe, während er als Privatbetrieb nunmehr »Millionengewinne« einbringe⁸. Hin und wieder werden auch entsprechende Erfahrungen aus den USA ins Spiel gebracht⁹.

1.2. Wer fordert Privatisierung?

Der Kreis derer, die Privatisierung wollen, ist beträchtlich. Er reicht von Wissenschaftlern wie Kaltefleiter¹⁰, Engels¹¹, Fischer-Menshausen¹² sowie Hauff und Scharpf¹³ über das Institut der Deutschen Wirtschaft¹⁴ bis zum Sachverständigenrat¹⁵, dem Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesfinanzministerium¹⁶ und der Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel¹⁷. Auch der Zentralverband des deutschen Handwerks¹⁸, der Deutsche Industrie- und Handelstag¹⁹, die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände²⁰ sowie insbesondere der Bund der Steuerzahler²¹ haben sich für eine Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen ausgesprochen. Dasselbe gilt für maßgebliche Gremien und Personen in CDU und FDP. Zwar lehnte der Bundesvorstand der CDU-Sozialausschüsse im Grundsatz Privatisierungen ab, doch hat dies die programmatischen Stellungnahmen der Gesamtpartei nicht sichtbar beeinflusst. Diese entschied sich auf ihrem Mannheimer Parteitag 1975 vielmehr für eine »Entlastung« durch nicht-staatliche Leistungsträger und eine an marktwirtschaftlichen Grundsätzen orientierte Erstellung von Dienstleistungen²³. Sie setzt damit eine in den 50er Jahren begonnene Tradition fort, wo Teile des Bundesvermögens unter dem Stichwort der Volksaktie privatisiert wurden²⁴. Beachtung fanden weiter verschiedene Ende 1979 abgegebene Erklärungen der niedersächsischen Landesregierung, wonach nicht nur privater Rundfunk und privates Fernsehen zugelassen, sondern auch öffentliche Dienstleistungen zu privati-

sieren seien²⁵. Innerhalb der FDP hat sich Otto Graf Lambsdorff zum Sprecher der Privatisierungsbefürworter gemacht²⁶. Auch der FDP-Bundesfachausschuß für Wirtschaft bejaht in weitem Umfang Privatisierungen; in seiner Grundsatzrede auf dem 27. Ordentlichen Parteitag vom 19./20. 11. 1976 bezeichnete der FDP-Vorsitzende Genscher die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen als »große Reformaufgabe«²⁸. Schließlich darf auch der Deutsche Städtetag nicht ungenannt bleiben, der nach anfänglichem Zögern ebenfalls die Privatisierung als einen möglichen Ausweg aus der Finanzkrise bezeichnete²⁹.

1.3. Radikale und gemäßigte Befürworter

Bei aller Übereinstimmung im Grundsätzlichen ist nicht zu übersehen, daß die Forderung nach »Entstaatlichung« mit unterschiedlichem Nachdruck vertreten wird. Dies gilt zum einen für Stil und Argumentationsweise, die von heftiger Polemik gegen die aufgeblähte Staatsbürokratie³⁰ bis zu vorsichtig abwägenden Ausführungen der Art reicht, daß im Einzelfall sogar geprüft werden müsse, ob nicht private Tätigkeiten in öffentliche Regie zu übernehmen seien³¹. Zum zweiten wird der Kreis der »privatisierungsfähigen« Objekte sehr unterschiedlich bestimmt. Am weitesten geht hier der Bund der Steuerzahler, der neben einer Veräußerung des öffentlichen Wirtschaftsvermögens (z. B. der Salzgitter AG) die Übertragung des »gesamten Bereichs öffentlicher Aufgabenerstellung« an Private fordert³². Ausdrücklich genannt werden die rentablen Bereiche von Bundesbahn und Bundespost, d. h. Stückgut- und Omnibusverkehr, Fernmeldebereich sowie Paketversand; dazu kommen der öffentliche Nahverkehr, Fernsehen, Kindergärten, Schulen und Universitäten, Altenheime und Krankenhäuser sowie Müllabfuhr und Straßenreinigung. Der »Katalog« umfaßt insgesamt 41 Posten und läßt selbst Planungs- und Eichämter sowie Campingplätze nicht aus. Etwas weniger Liebe zum Detail zeigte der CDU-Parteitag, der »Gesundheitswesen, Bildung, Umweltschutz, Energieversorgung und den sonstigen Dienstleistungsbereich«

nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen behandeln und ggf. privatisieren möchte³³. Differenzierter argumentierte die FDP, die von ihrem an sich umfassenden Privatisierungskonzept diejenigen Bereiche ausnehmen will, bei denen eine einseitige Orientierung an privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten unerwünscht ist, wie z. B. das Bildungswesen sowie Rundfunk und Fernsehen³⁴. Der Deutsche Städtetag sieht eine Privatisierung von Aufgaben der Leistungsverwaltung nur innerhalb enger Grenzen als möglich an, nennt jedoch einen ganzen Katalog von »Hilfstätigkeiten«, bei denen stärker als bisher an eine Übertragung auf Private gedacht werden sollte: Gebäudereinigung, Druckerei- und Buchbinderarbeiten, Unterhaltung von Grünflächen, Schreivarbeiten, Wäscherien und andere »Annex«-Aufgaben³⁵.

1.4. *Gegenstimmen*

Die Liste der Privatisierungsgegner ist weniger lang als die der Befürworter. Die SPD hat 1975 auf ihrem Mannheimer Parteitag die Privatisierung öffentlicher Unternehmen abgelehnt³⁶, und ihr Parteivorstand hat am 31. 5. 1976 den Vorstellungen der CDU/CSU zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen eine ausdrückliche Absage erteilt³⁷. Bundeskanzler Helmut Schmidt³⁸ und andere Sprecher der Bundesregierung³⁹ haben gegenüber der »Entstaatlichung« erhebliche Skepsis bekundet, ohne sich allerdings eindeutig in die »Ablehnungsfront« einreihen zu lassen. Neben einigen wenigen Stimmen in der wissenschaftlichen Publizistik⁴⁰ haben sich allein die DGB-Gewerkschaften ohne jeden Abstrich gegen Privatisierung ausgesprochen. Einer der zur Bundestagswahl 1976 herausgegebenen »Prüfsteine« nannte die »Ablehnung aller Privatisierungsbestrebungen«⁴¹. Der Entwurf eines neuen Grundsatzprogramms des DGB vom 2. 10. 1979 formuliert unzweideutig: »Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen ist mit sozialstaatlichen Grundsätzen unvereinbar«⁴², und die »Prüfsteine« zur Bundestagswahl 1980 bekräftigen erneut den gewerkschaftlichen Standpunkt^{42a}. Mit Nachdruck hat der ÖTV-Gewerk-

schaftstag 1976 jeden Privatisierungsversuch zurückgewiesen⁴³; der geschäftsführende Hauptvorstand hat dies später erneut bekräftigt⁴⁴, Heinz Kluncker in zahlreichen Veröffentlichungen betont⁴⁵. Auch der Gewerkschaftstag 1980 ließ an der Position der ÖTV keinen Zweifel^{45a}. DPG und GdED haben für ihre Bereiche denselben Standpunkt eingenommen⁴⁶. Der Deutsche Beamtenbund lehnt zwar eine Privatisierung nicht unter allen denkbaren Umständen ab, doch überwiegt ersichtlich die Skepsis gegenüber allen Versuchen der »Entstaatlichung«⁴⁷. Von Interesse ist schließlich, daß sich auch die IG Metall gegen die Privatisierung wandte und insbesondere die Kritik an den im öffentlichen Dienst beschäftigten Kollegen nachhaltig zurückwies⁴⁸.

Die Argumentation ist im wesentlichen defensiver Natur; man versucht, die angeblich für eine Privatisierung sprechenden Gesichtspunkte zu widerlegen⁴⁹. Von einer unangemessenen »Aufblähung« der Staatstätigkeit könne nicht die Rede sein; die vom Staat übernommenen Funktionen seien wirtschaftlich notwendig und beruhten auf Entscheidungen demokratisch legitimierter Instanzen⁵⁰. Der Vorwurf mangelnder Effizienz gehe an der Sache vorbei: Zum einen hätten öffentliche Unternehmen andere Ziele als private und könnten schon deshalb nicht unter Kostengesichtspunkten verglichen werden⁵¹; zum anderen gäbe es »Bürokratie« auch in Großunternehmen der gewerblichen Wirtschaft⁵². Der von der Gegenseite propagierte Einsparungseffekt trete in Wirklichkeit gar nicht ein, da die öffentliche Hand in vielen Fällen billiger arbeite und man überdies die gesamtgesellschaftlichen Folgekosten bedenken müsse, die z. B. beim Wegfall von Arbeitsplätzen entstehen⁵³. Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen benachteilige gleichermaßen die betroffenen Arbeitnehmer, deren sozialer Standard drastisch abgebaut werde, wie auch den Bürger, der nur noch schlechtere und teurere Leistungen erhalte⁵⁴.

2. Privatisierungen in der Praxis

2.1. Was wurde privatisiert?

Der Stellenwert des hier referierten »Argumentationskampfes« läßt sich am ehesten dann bestimmen, wenn man nach den bislang durchgeführten Maßnahmen fragt. Nach rund 5 Jahren konzentrierter Privatisierungsdiskussion müssen sich die Befürworter wie die Gegner am Maßstab der Praxis messen lassen: Geht es nur um Propagandaformeln, an deren Realisierung niemand ernsthaft denkt, oder handelt es sich um ein Stück Gegenreform, der da und dort schon ein gewisser Erfolg beschieden war? Nur im zweiten Fall ist es überdies sinnvoll, dem eigentlichen Thema der vorliegenden Arbeit, den rechtlichen Grenzen der Privatisierung, etwas genauer nachzugehen.

Wirklich »sensationelle«, den Rahmen der bisherigen Verhältnisse im öffentlichen Dienst sprengende Ergebnisse sind nicht zu vermelden. Genaue Aussagen über das Ausmaß der vorgenommenen Privatisierungen sind schwer zu gewinnen, da es insoweit keine den gesamten öffentlichen Dienst erfassende Untersuchungen gibt⁵⁵. Der Schwerpunkt liegt jedoch unbestrittenermaßen im kommunalen Bereich, was mit der besonders angespannten Finanzlage der Gemeinden zusammenhängt⁵⁶. Erfasst werden dabei in erster Linie Gebäudereinigung und Müllabfuhr⁵⁷; nach einer Untersuchung der KGSt⁵⁸ wurden bis 1976 in 151 Fällen die Gebäudereinigung und in 107 Fällen Stadtreinigung und Fuhrwesen sowie Müllabfuhr privatisiert⁵⁹. Die Privatisierung von Schlachthöfen wird ebenfalls häufig genannt⁶⁰; auch der Personennahverkehr⁶¹ sowie die Grünanlagenpflege⁶² sind erfasst. In Einzelfällen wurden so unterschiedliche Bereiche wie Krankenhäuser⁶³, Hallenschwimmbäder⁶⁴, Druckereien⁶⁵, Bestattungsunternehmen⁶⁶ sowie selbst die Rattenbekämpfung⁶⁷ in Privathand überführt^{67a}. Nicht ungeschickt wurde so in der Regel an Tätigkeiten angesetzt, die schon bisher in zahlreichen Gemeinden privat betrieben werden⁶⁸; warum soll das, was anderswo seit Jahrzehnten von Privaten erledigt wird, nicht auch im eigenen Hause möglich sein? Die Müllabfuhr ist hierfür

das schlagendste Beispiel⁶⁹. Die Privatisierung erscheint so als schlichte Umorganisation, von der nicht mehr zu befürchten ist als beispielsweise von einer veränderten Kompetenzaufteilung zwischen verschiedenen Behörden.

In einer Reihe von Fällen wurden zunächst vorgenommene Privatisierungen nachträglich wieder rückgängig gemacht⁷⁰. Bemerkenswert ist außerdem die Stellungnahme der Bremischen Bürgerschaft, die im Zusammenhang mit der Gebäudereinigung nicht nur jede Privatisierung ablehnte, sondern ausdrücklich betonte, die Erledigung durch die öffentliche Hand müsse grundsätzlich den Vorrang haben⁷¹. Gleichwohl besteht kein Zweifel daran, daß die Befürworter der Privatisierung eine Reihe von beträchtlichen Erfolgen erzielten, auch wenn ihnen ein wirklicher »Durchbruch« versagt blieb. Von Interesse ist, daß sich kommunale Funktionsträger häufig nicht von den programmatischen Stellungnahmen ihrer Parteien leiten ließen; so steht die Mitgliedschaft in CDU und CSU bisweilen einer kritischen Haltung gegenüber der Privatisierung nicht entgegen⁷², während umgekehrt auch in SPD-regierten Städten privatisiert wurde⁷³.

2.2. Konsequenzen für Bürger und Beschäftigte

Welche konkreten Auswirkungen die Privatisierung auf Bürger und Beschäftigte hat, ist für Gebäudereinigung und Müllabfuhr inzwischen auch empirisch untersucht. Danach bewahrheitet sich in der Regel die gewerkschaftliche Prognose, wonach die erbrachten Leistungen quantitativ und qualitativ zurückgehen. So wird etwa berichtet, daß der Hamburger Senat trotz erheblicher Kostenvorteile die weitere Privatisierung der Reinigungsdienste stoppte, da die Qualität der von den Privatfirmen erbrachten Leistungen auf heftige Kritik gestoßen war⁷⁵. In Villingen-Schwenningen wurde im Zusammenhang mit der Privatisierung gleich »offiziell« die Putzleistung erheblich reduziert⁷⁶. Ähnliche Probleme ergaben sich auch bei der privatisierten Müllabfuhr im Landkreis Göttingen, wo aufgrund der eingetretenen Arbeitsintensivierung eine deutliche

Verschlechterung der Leistung eintrat⁷⁷. Was die Verwirklichung privatwirtschaftlicher Grundsätze in anderen Bereichen für den Bürger bedeuten würde, hat der Deutsche Städtetag aufgezeigt: Da der Privatunternehmer mindestens kostendeckende Preise fordern müßte, wären für die Benutzung des Hallenbads 5-7 DM, für einen Museumsbesuch gar zwischen 20 und 60 DM aufzuwenden. Für eine Theater- oder Opernkarte wären Preise von 40-120 DM zu bezahlen⁷⁸.

Die Auswirkungen auf die Arbeitnehmer sind nicht weniger beunruhigend. Die Privatunternehmer »unterbieten« die Regiekosten der öffentlichen Hand in der Weise, daß sie ihre Personalkosten erheblich senken. Hierfür werden verschiedene Mittel eingesetzt:

(1) Insbesondere im Bereich der Gebäudereinigung werden fast ausschließlich Teilzeitarbeitskräfte beschäftigt, die wegen ihrer geringen Stundenzahl nicht sozialversicherungspflichtig sind und die nach § 1 Abs. 2 Ziffer 2 LFZG auch keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung im Krankheitsfall besitzen. Sauerborn und Minssen ermittelten beispielsweise einen durchschnittlichen »Arbeitstag« von 2,5 Stunden⁷⁹, so daß die Betroffenen nicht den Schutz der Arbeitslosen-, Renten- und Krankenversicherung besaßen⁸⁰. Der Arbeitgeber spart auf diese Weise Beiträge, die normalerweise 15,5% des Bruttolohnes ausmachen würden⁸¹.

(2) Die tariflichen Leistungen im Bereich der privaten Gebäudereinigung liegen erheblich unter denen des öffentlichen Dienstes⁸². Dies gilt einmal für den Stundenlohn als solchen, der um rund 25% niedriger ist⁸³, zum andern aber für die Zusatzleistungen des Arbeitgebers, die in diesem Teil der Privatwirtschaft fast völlig fehlen⁸⁴. Im Ergebnis bedeutet dies, daß die beim Privaten Beschäftigten weniger als 60% dessen verdienen, was ihre mit gleichen Aufgaben betrauten Kollegen im öffentlichen Dienst erhalten⁸⁵. Das unterschiedliche Tarifniveau dürfte im übrigen seine Hauptursache in der sehr ungleichen Verankerung der Gewerkschaften in beiden Bereichen haben. Etwas weniger kraß sind die Unterschiede im Bereich der Müllabfuhr, da die ÖTV die tariflichen Stundenlöhne im Jahre 1976 im wesentlichen angleichen konnte, doch blieben gravierende Unterschiede bei den »Nebenleistungen«: Pro Jahr

stellten sich die öffentlichen Müllwerker um 5017,44 DM besser⁸⁶. Die These von den »attraktiven Leistungslöhnen«⁸⁷ erweist sich so als einigermaßen grotesk.

(3) Weiteres typisches Mittel zur Einsparung von Lohnkosten ist die Erhöhung der Arbeitsanforderungen. So wird etwa berichtet, daß die Zahl der pro Stunde zu reinigenden qm um 40%⁸⁸ oder um 50%⁸⁹ erhöht wurde. Im Landkreis Göttingen mußten die privaten Müllwerkerkolonnen statt wie bisher 1000 nunmehr 1400-1450 Gefäße pro Tag leeren⁹⁰. Neben derartigen offenen Leistungsverstärkungen stehen subtilere Formen wie geringere Größe der Arbeitskolonnen oder Nichtersetzung ausscheidender Mitarbeiter. »Durchsetzungsprobleme« ergeben sich nur ausnahmsweise, da die sehr kurze tägliche Arbeitszeit die intensive Beanspruchung der Arbeitskraft erträglicher erscheinen läßt und da die Beschäftigten meist zu jenen Arbeitnehmergruppen zählen, die wie Frauen und Ausländer besonders große Schwierigkeiten haben, einen besseren Arbeitsplatz zu finden. Daß auch arbeitsschutzrechtliche Vorschriften unter diesen Umständen oft auf dem Papier stehen, verwundert nicht weiter. So ermittelte die SPD-Bürgerschaftsfraktion in Hamburg, daß von 37 Gebäude- und Glasreinigungsfirmen nur 3 einen Betriebsrat besaßen⁹¹, und Sauerborn stellte bei der privatisierten Göttinger Müllabfuhr durchschnittliche tägliche Arbeitszeiten von 11 Stunden und eine rechtswidrige Überladung der Fahrzeuge um fast 40% fest⁹².

Wie reagieren die Beschäftigten auf diesen offenkundigen sozialen Abbau? In vielen Fällen wird ein »reibungsloser« Übergang in der Weise praktiziert, daß kein öffentlicher Bediensteter entlassen wird⁹³: Die Privatisierung erfolgt etwa »scheibchenweise« in der Art, daß die bei der öffentlichen Hand ausscheidenden Reinigungskräfte nicht mehr ersetzt werden, sondern statt dessen ein entsprechend größerer Auftrag an den Privatreiniger erteilt wird. Bisweilen kommt es auch zu Versetzungen in andere Teile des öffentlichen Dienstes. Im Bereich der Müllabfuhr ist die »Übernahme« von Arbeitskräften durch den Privaten weit verbreitet, wobei dieser meist bestimmte Lohngarantien gewährt. Schließlich kommt es vor, daß die Arbeitnehmer die öffentliche Hand als Arbeitgeber

behalten und an den Privaten nur »ausgeliehen« werden; auch diese relativ günstige Variante kann jedoch nicht verhindern, daß sie dem Direktionsrecht des Privatunternehmers und den von ihm bestimmten Leistungsanforderungen unterliegen. Von einem wirklichen Bestandsschutz kann daher auch hier nicht die Rede sein – ganz abgesehen davon, daß es den Zusammenhalt der Belegschaft wenig fördern wird, wenn im selben Betrieb für dieselbe Arbeit eine Gruppe von Beschäftigten 40% weniger als eine andere verdient. Neben diesen »milden« stehen allerdings noch immer die »harten« Privatisierungsfälle: die öffentliche Hand kann auch Massenentlassungen durchführen, um sich so der überflüssig gewordenen Arbeitskräfte zu entledigen⁹⁴.

Daß Privatisierung in aller Regel zu einem drastischen sozialen Abbau führt, hat nichts mit »Sklavenhändler-« oder »Ausbeutermentalität« der betreffenden Privatunternehmer zu tun. Sie mag im Einzelfall vorhanden sein, kann aber auch ganz fehlen – entscheidend ist die Logik der Dinge selbst: Da der Private Gewinne machen muß, bleibt ihm in so lohnintensiven Bereichen wie den privatisierten öffentlichen Dienstleistungen meist keine andere Wahl, als die Lohnkosten möglichst stark zu senken. Dies wird zumindest von einigen Anhängern der Privatisierung auch mehr oder weniger offen zugegeben. So heißt es etwa im Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium im Zusammenhang mit der von der Privatisierung erwarteten Effizienzsteigerung⁹⁵:

»Für eine derartige Vermutung (d. h. zugunsten einer Effizienzsteigerung – W. D.) könnte immerhin sprechen, daß die Mitarbeiter solcher Gesellschaften außerhalb des Beamtenrechts bzw. des Tarifvertragsrechts für Angestellte im öffentlichen Dienst eingestellt, eingesetzt und *vor allem entlassen werden können.*« (Hervorhebung von mir – W. D.)

Ähnlich argumentiert der Sachverständigenrat⁹⁶:

»Denn dies (d. h. die Bereitstellung von Leistungen durch private Unternehmer) erleichtert es vielleicht nicht nur, den Bürgern kostendeckende Preise abzufordern; die privaten Unternehmer würden die Leistungen nicht selten auch kostengünstiger

und marktgerechter anbieten, *unter anderem deshalb, weil sie nicht durch das öffentliche Dienstrecht gebunden sind.*« (Hervorhebung von mir – W. D.)

Eine durchaus vornehme Umschreibung für das, was von gewerkschaftlicher Seite als Rückkehr zu frühkapitalistischen Gepflogenheiten bezeichnet wurde⁹⁷.

3. Verwandte Erscheinungen

Der Überblick über die Privatisierungsdiskussion wie über die bisher realisierten Vorhaben wäre unvollständig, würde man das Phänomen »Privatisierung« nicht von anderen verwandten oder scheinbar verwandten Phänomenen abgrenzen. Wie schon in den Einleitungsbemerkungen deutlich gemacht, liegt eine Privatisierung im hier gebrauchten Sinn dann vor, wenn Aufgaben, die bisher von der öffentlichen Hand erfüllt wurden, nunmehr Privatleuten überlassen werden⁹⁸. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Unternehmen der öffentlichen Hand oder bestimmte Dienstleistungsfunktionen übertragen werden⁹⁹; auch spielt es keine Rolle, ob nur der »Input« der Verwaltungstätigkeit, etwa die Versorgung mit Büromaterial, Fahrzeugen usw., oder ob der »Output« wie z. B. die Personenbeförderung im Nahverkehr auf den Privaten übergeht¹⁰⁰. Weiter kann der Unternehmer zu untergeordneten Tätigkeiten, aber auch zur Erfüllung wie sogar zur selbständigen Erledigung einer Aufgabe ermächtigt sein¹⁰¹. Schließlich ist Privatisierung nicht davon abhängig, in welcher Form die öffentliche Hand bisher tätig wurde: Hoheitsverwaltung kann ebenso erfaßt sein wie fiskalische Tätigkeit oder die sog. Annex-Aufgaben¹⁰². Wenn der Private selbst hoheitlich handeln soll, spricht man üblicherweise allerdings von Beleihung¹⁰³.

Wichtigstes Abgrenzungsmerkmal von anderen Formen der Einschaltung von Privatpersonen in die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist die Verfolgung eigener (in der Regel Gewinn-) Interessen. An ihr fehlt es, wenn die öffentliche Hand Aufgaben auf eine Eigengesellschaft oder eine andere juristische Person des Privat-

rechts überträgt, die unter ihrem maßgeblichen Einfluß steht: Eine solche formelle Privatisierung¹⁰⁴ ist im Grunde nur ein Internum der Staatsorganisation, das hier nicht weiter interessiert, sind doch sehr viel geringere Auswirkungen auf den Bürger oder die Beschäftigten zu erwarten^{104a}. Grundsätzlich keine Privatisierung stellt auch die Beteiligung an Verwaltungsentscheidungen dar, wie sie teilweise besonders betroffenen Bürgern und den öffentlichen Bediensteten eingeräumt ist. Sie erhebt einen anderen Anspruch, da sie die parlamentarische Demokratie ergänzen und so die Bestimmung des »Allgemeininteresses« erleichtern, nicht aber private Gewinninteressen realisieren will. Ihre »Ergänzungsfunktion« zeigt sich darin, daß sie nie über gleichberechtigte Mitentscheidung hinausgeht und daß die politisch wesentlichen Fragen dem Parlament oder der Exekutivspitze vorbehalten bleiben. Auch werden Partizipationsrechte ausschließlich »nach Köpfen« ausgeübt und als Kompensation für besondere Betroffenheit verstanden. Im Gegensatz dazu besitzt der Privatunternehmer in dem ihm überlassenen Bereich volle und alleinige Entscheidungsfreiheit; sein tatsächlicher Einfluß richtet sich nach seiner wirtschaftlichen Kapazität und seiner Stellung auf dem Markt, er handelt nicht als Bürger oder abhängig Beschäftigter, sondern als Eigentümer. Das alles schließt freilich nicht aus, daß es Mitbestimmungsformen geben könnte, die vom Staate her gesehen einer Privatisierung gleichkämen¹⁰⁵: Würde etwa der Hauptpersonalrat der Bundespost allein über Einstellungen und Entlassungen entscheiden und würde er auch die Postgebühren festsetzen, so wäre dies im Ergebnis eine Privatisierung zugunsten der Beschäftigten, die gewissermaßen die Stellung von Kollektiveigentümern hätten. Daß eine solche Lösung nicht ernsthaft zur Debatte steht, ist allgemein bekannt – um so deutlicher wird an diesem Extrembeispiel der grundsätzliche Unterschied, der zwischen Partizipation und Privatisierung besteht. Wie bei der formellen Privatisierung verbirgt sich hinter der nicht unähnlichen Erscheinungsform ein grundlegend anderes Wesen.

Gerade umgekehrt liegt es in einer Reihe von Fällen, die äußerlich so gut wie gar nichts mit der Privatisierung zu tun haben, die jedoch zu ähnlichen Effekten, insbesondere zu einer »Entlastung«

des Staates führen. Wird der Bürger etwa mit bestimmten Pflichten belastet, muß er z. B. von Gesetzes wegen für saubere und im Winter auch für schneefreie Gehwege sorgen, so geht es ersichtlich nicht darum, ihm neue unternehmerische Betätigungsmöglichkeiten zu eröffnen. Die In-Pflicht-Nahme hat jedoch vom Staat her gesehen einen ähnlichen (in Wahrheit sogar viel weitergehenden) Auslagerungseffekt und wird daher in Krisenzeiten häufiger zur Debatte stehen. Um Privatisierung im hier verstandenen Sinne handelt es sich gleichfalls nicht, wenn innerhalb des öffentlichen Dienstes rationalisiert wird, etwa ähnliche Arbeitsbedingungen wie bei den Privatunternehmern eingeführt werden. Eine solche Übernahme marktwirtschaftlicher Prinzipien in den Staatsapparat selbst hat allerdings ähnliche Folgen wie die Privatisierung – sie ist gewissermaßen ein anderer Weg, um zum selben Ziel zu kommen¹⁰⁶. Ähnliches gilt schließlich für die »autonome« Entwicklung von Einrichtungen, die wie Schiedsgerichte oder der Werkschutz eines Unternehmens an die Stelle der entsprechenden staatlichen Instanzen treten¹⁰⁷: Sie höhlen die Staatsgewalt in gewissem Sinne aus, ohne daß der für die Privatisierung charakteristische Akt der Übertragung bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommener Aufgaben oder Tätigkeitsbereiche vorläge.

§ 2: Ursachen der Privatisierungskampagne und mögliche Gegenstrategien

1. Privatisierung – Ausdruck ökonomischer Notwendigkeiten oder Ausdruck konservativer Politik?

Die hier versuchte Beschreibung des Phänomens »Privatisierung«, des Pro und Contra und der bisherigen Resultate hat einen Punkt ausgeklammert, der bei unvoreingenommener Betrachtung geradezu ins Auge springt: Wie ist es eigentlich zu erklären, daß die öffentliche Hand nicht ihrerseits in das Kleid des Unternehmers schlüpft und sich privatwirtschaftlicher Methoden bedient, um die (unterstellte) Effizienzsteigerung zu erreichen? Wäre es in einer Situation der Finanzknappheit nicht sinnvoller, sich wie ein Unternehmer zu verhalten und so die Gewinne des Privaten selbst zu erwirtschaften? Wäre dies nicht die beste Form der Haushaltsentlastung?

Die Frage zu stellen, bedeutet zugleich, auf eine eindimensionale Erklärung der Privatisierung aus finanzwirtschaftlichen Erwägungen zu verzichten. Da ernsthafte rechtliche Restriktionen für eine Eigenbetätigung der öffentlichen Hand nicht vorliegen¹ oder ggf. aus dem Weg geräumt werden könnten², muß die Privatisierung offensichtlich Eigenschaften haben, die sie als »zweitbeste« Entlastungsstrategie für ihre Befürworter attraktiv machen. Ihre Spezifik scheint mir in folgendem zu liegen:³

1.1. Wechsel des Rechtsträgers

Werden bestimmte öffentliche Aufgaben auf einen Privaten ausgelagert, so erweitert sich der politische Spielraum für eine Veränderung, d. h. einen Abbau der bisherigen Leistungen⁴. Reduziert der Private das bisherige Angebot an Dienstleistungen, kann er in der Öffentlichkeit mit einem erheblichen Vertrauensvorschuß rechnen, geht man doch gemeinhin davon aus, ein Unternehmer werde nur

vernünftige, effizienzsteigernde Maßnahmen ergreifen⁵. Eine geplante Streckenstilllegung der Bundesbahn mag zu Unmut und Protesten führen; verzichtet ein Privatunternehmer auf die Bedienung bestimmter Omnibuslinien, so wird dies als Folge unvermeidbarer wirtschaftlicher Entwicklungen ungleich schneller hingenommen.

1.2. Flexibles Mittel

Weiter hat die Privatisierung den »Vorteil«, ein punktuelles auf Einzelbereiche beschränktes Vorgehen zu ermöglichen und z. B. den sozialen Besitzstand der bisher Beschäftigten unangetastet zu lassen. So ist es sicherlich einfacher, die Putzdienste in der Weise zu »rationalisieren«, daß keine neuen Arbeitskräfte mehr eingestellt und die durch Ausscheiden frei werdenden Kapazitäten an Privatfirmen vergeben werden, als statt dessen die Löhne zu senken und die Anforderungen zu erhöhen (soweit dies juristisch überhaupt machbar ist). Noch schwieriger wäre es, gewerkschaftlich gut organisierte Bereiche wie die Müllabfuhr frontal anzugehen und sie beispielsweise aus den Tarifwerken des öffentlichen Dienstes herauszuberechnen oder auch nur die Leistungsvorgaben zu steigern. In der Regel wird daher – kommt es zu einer Vollprivatisierung bestimmter Bereiche – die »Restbelegschaft« an den Privaten nur »ausgeliehen«⁶, was die zusätzliche Konsequenz hat, daß im Privatbetrieb zwei Kategorien von Arbeitnehmern (die »Alten« und die »Neu-Eingestellten«) beschäftigt sind, eine Tatsache, die solidarisches Vorgehen erfahrungsgemäß nicht eben erleichtert.

1.3. Stärkung marktwirtschaftlicher Vorstellungen

Neben diesen »taktischen« Vorzügen liegt der »Wert« der Privatisierung in der Stärkung marktwirtschaftlicher Ideologie: Einer Vielzahl von Bürgern soll demonstriert werden, daß der Privatunternehmer eben doch effizienter arbeitet als die schwerfällige staat-

liche Bürokratie. Gerade in einer Zeit der Arbeitslosigkeit und relativer wirtschaftlicher Stagnation erscheint es im Interesse der Erhaltung des Status quo besonders wichtig, das Banner der Marktwirtschaft hoch zu halten und potentielle Kritik auf andere Bereiche abzulenken. Nicht sie, sondern überzogenes Anspruchsdenken sei für Konkurse und Massenarbeitslosigkeit verantwortlich, lautet ein verbreitetes Argument⁷. Statt über Investitionskontrolle und staatliche Auflagen, d. h. über politische Vorgaben für das unternehmerische Verhalten reden zu müssen, kommt man so in die angenehme Lage, über das Versagen des öffentlichen Sektors diskutieren zu können und die Vertreter gesamtwirtschaftlicher Alternativen für die Gesamtwirtschaft von vornherein in die Defensive zu drängen. Im öffentlichen Argumentationskampf trifft man zudem günstige Voraussetzungen an: Auch wenn man von der inneren Struktur und der politischen Ausrichtung vieler Massenmedien einmal absieht, sorgt die Verunsicherung vieler Mitbürger und das Fehlen gesellschaftspolitischer Alternativvorstellungen in weiten Teilen der Bevölkerung⁸ dafür, daß Vorstellungen dieser Art auf fruchtbaren Boden fallen⁹.

1.4. Stärkung mittelständischer Existenzen

Die Privatisierung öffentlicher Aufgaben hat weiter zur Folge, daß kleine und mittlere Betriebe ein neues Tätigkeitsfeld erhalten und die propagierte Ideologie so mit einem Stückchen Realität untermauert wird. Was bislang in Privathand überführt wurde, fällt nicht an Großkonzerne, sondern an Fensterputzer- und Müllabfuhrfirmen oder an Schlachtergenossenschaften und Taxivereinigungen. Entgegen dem gesamtwirtschaftlichen Konzentrationsprozeß werden auf diese Weise mittelständische Existenzen gestärkt oder gar neu geschaffen, was die Vorstellung vom Aufstieg des Tüchtigen erneut zu bekräftigen scheint. Dem entspricht es, daß die Befürworter der Privatisierung in erster Linie unter den Organisationen der kleinen und mittleren Unternehmen sowie im Bereich konservativer Parteien zu finden sind, während sich die

Großindustrie trotz aller grundsätzlichen Sympathie relativ stark zurückhält¹⁰. So ist es bezeichnend, daß in dem von der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände herausgegebenen »Arbeitgeber« längst nicht so umfassende Privatisierungsmöglichkeiten gesehen werden¹¹ wie in einer Veröffentlichung des Bundes der Steuerzahler¹².

1.5. Privatisierung als Druckmittel

Schließlich kann die (mögliche) Privatisierung Veränderungen, d. h. Rationalisierungen im öffentlichen Dienst selbst erleichtern: Der Hinweis, man könne ja bestimmte Aufgaben einem Privaten übertragen und so einen brutalen sozialen Abbau praktizieren, läßt alle weniger weitgehenden Eingriffe in bisherige Rechte als kleineres Übel erscheinen. Rationalisierungsmaßnahmen werden leichter hingenommen, wenn sich die schlimmere Alternative der Privatisierung damit zunächst verhindern läßt. Dies kann soweit gehen, daß im Einzelfall sogar auf die Einhaltung von Arbeitsschutzvorschriften verzichtet und das Arbeitstempo enorm gesteigert wird, um nur ja genauso »preiswert« wie der potentielle Privatunternehmer zu arbeiten¹³. Diese Disziplinierungsfunktion macht es auch verständlich, daß die Privatisierungskataloge selbst Bereiche einbeziehen, die sich trotz aller Senkung der Personalkosten nicht mit Aussicht auf Gewinn unternehmerisch betreiben lassen¹⁴: Das »Überschießen« der Forderung gegenüber dem wirklich Gewollten hat den »nützlichen« Effekt, die Beschäftigten, unter Umständen auch den Bürger, einzuschüchtern und ihre Bereitschaft zu steigern, auf einen gewissen Teil ihres Besitzstandes zu verzichten. Bisweilen wird dies an divergierenden Aussagen aus ein und derselben politischen Gruppierung deutlich: Während etwa die CDU programmatisch weitestgehende Privatisierungsforderungen vertritt¹⁵, wird Gerhard Stoltenberg unwidersprochen für die aus der Perspektive des »praxisnäheren« Ministerpräsidenten verständliche Behauptung zitiert, die Privatisierung führe nur in wenigen Fällen zu Kosteneinsparungen¹⁶.

1.6. Zusammenfassung

Die Privatisierung hat gegenüber einer Rationalisierung im Staatsapparat selbst die Besonderheit, daß sie den Abbau von Leistungen gegenüber dem Bürger und von sozialen Besitzständen der Beschäftigten erleichtert, daß sie marktwirtschaftliche Vorstellungen stärkt und daß sie mittelständischen Existenzen nützt. Schließlich kann sie als Drohpotential eingesetzt werden, wenn eine Umstrukturierung innerhalb der öffentlichen Hand zur Debatte steht. Die Ursachen der Privatisierungskampagne liegen somit im politischen Raum, nicht in irgendwelchen ökonomischen Notwendigkeiten. Sie kann daher grundsätzlich auch politisch bekämpft werden. Eine Gegenargumentation zu entwickeln und die Betroffenen zu mobilisieren, ist nicht von vornherein aussichtslos. Dabei ist allerdings zu beachten, daß auch die erfolgreichste Gegenstrategie nur ein *Mittel* der »Ökonomisierung der Staatstätigkeit« aus der Welt schaffen würde, das Grundproblem jedoch – Haushaltseinsparungen auf Kosten der Bürger und der Beschäftigten – dasselbe bliebe: Es wäre kurzsichtig, wollte man nicht auch Überlegungen zur Sache selbst, d. h. zur Erhaltung des öffentlichen Korridors und des Lebensstandards der öffentlichen Bediensteten anstellen. Wegen ihrer spezifischen Wirkung seien gleichwohl zunächst die Privatisierung und die auf sie bezogenen Abwehrmöglichkeiten behandelt, was überdies den Stellenwert juristischer Gesichtspunkte ein wenig verdeutlichen kann. Im Anschluß daran soll uns die Frage beschäftigen, ob und wie es zu verhindern ist, daß eine mit politischen oder rechtlichen Mitteln geächtete Privatisierung zu verschärfter Rationalisierung mit identischen Ergebnissen führt, also der sprichwörtliche Teufel mit Beelzebub ausgetrieben wird.

2. Kritik der Privatisierung

Was läßt sich gegen die oben referierten Argumente der Privatisierungsanhänger¹⁷ einwenden und mit Aussicht auf Erfolg in politische Auseinandersetzungen einbringen? Der Hinweis auf die tatsächlichen Wirkungen und die gesellschaftliche Funktion der Privatisierung belegt zwar den ideologischen Charakter der erhobenen Forderungen, doch reicht dies allein nicht aus, um die Stoßkraft der »Bewegung« auch nur abzuschwächen. Notwendig ist auch eine immanente Kritik, die insbesondere am Kosten- und am Bürokratieargument ansetzen muß.

2.1. Entlastung der öffentlichen Haushalte?

Ausgangspunkt aller Forderungen nach Entstaatlichung ist der Einspareffekt: Weil der Private billiger wirtschaftet, könne er bestimmte Aufgaben übernehmen und so den öffentlichen Haushalten ein Stück Defizit ersparen. Dies ist aus verschiedenen Gründen zu kurz gedacht.

Zunächst ist diese Behauptung überall dort unschlüssig, wo es um die Privatisierung gewinnbringender Teile des öffentlichen Dienstes geht: Ihre Weggabe würde die öffentlichen Haushalte zusätzlich belasten¹⁸. Die Privatisierung des Telefondienstes etwa wäre für die Deutsche Bundespost ebenso unwirtschaftlich wie die Weggabe rentabler Nahverkehrsstrecken für eine Gemeinde: Statt der bisher möglichen Mischkalkulation wären nunmehr nur noch defizitäre Bereiche wie der Briefverkehr bzw. die Bedienung wenig benutzter Nahverkehrsstrecken zu verwalten¹⁸.

Nun wäre es allerdings wenig angemessen, wollte man den Privatisierern generell derartige Milchmädchenrechnungen unterstellen. Die Übertragung eines gewinnbringenden Sektors ist jedenfalls dann eine Entlastung, wenn der Private eine »Konzessionsabgabe« zahlen muß, die über den bisherigen Erträgen der öffentlichen Hand liegt. Dasselbe gilt bei einem »Zuschußbetrieb« wie der Gebäudereinigung, sofern der Private ein Entgelt fordert, das

deutlich hinter den Regiekosten der öffentlichen Hand zurückbleibt. Ist Derartiges nicht eine realistische Perspektive?

Entgegen verbreiteter Auffassung läßt sich zunächst die Feststellung treffen, daß Privatunternehmer keineswegs immer zu einer Unterbietung der öffentlichen Hand bereit und in der Lage sind. So wurde etwa in Wiesbaden auf die Privatisierung der Müllabfuhr verzichtet, weil sie mit einer Kostensteigerung verbunden gewesen wäre¹⁹, und in ähnlicher Weise entschied man sich in Hamburg dafür, die Pflege der Grünanlagen in öffentlicher Regie zu belassen²⁰. Aus Duisburg wurde berichtet, daß die stadt eigene EDV-Anlage und die stadt eigene Druckerei weniger Kosten verursachten, als wenn man entsprechende Aufträge an Privatunternehmer erteilt hätte²¹, und in Rastatt wurde die Pflege der Grünanlagen wieder in öffentliche Regie übernommen, weil der Private zu teuer geworden war²². Der Deutsche Städtetag bezeichnete es mit Recht als »umstritten«, ob die private Abfallbeseitigung billiger als die öffentliche sei²³; auch hätten sich in den Nachkriegsjahren viele Privatunternehmer aus der Netzbedienung im öffentlichen Personennahverkehr zurückgezogen, weil ihnen die wirtschaftlichen Risiken zu hoch erschienen²⁴. Selbst das so viel zitierte Beispiel des Kölner Schlachthofs erweist sich bei näherem Zusehen als wenig aussagekräftig. Abgesehen davon, daß vor der Privatisierung von interessierter Seite jede kostensparende Umorganisation verhindert wurde, mußte auch die private Schlachthof-GmbH jährlich mit ca. 1,5 Millionen unterstützt werden. Gleichwohl belief sich 1976 der Verlust auf 300 000,- DM²⁵. Von der behaupteten generellen Entlastung der öffentlichen Haushalte kann daher keine Rede sein²⁶.

Trotz dieser Fakten läßt sich nicht bestreiten, daß es etwa im Bereich der Gebäudereinigung zahlreiche Fälle gibt, in denen die Regiekosten der öffentlichen Hand von Privatunternehmern erheblich unterboten werden. Auch dann ist der Schluß auf eine Haushaltentlastung jedoch häufig verfrüht. Zum einen gibt es nicht wenige Fälle, in denen »Dumping-Angebote« gemacht wurden, die unter dem Selbstkostenpreis lagen; war man dann einmal mit der Gemeinde ins Geschäft gekommen, so stiegen die Preise relativ

schnell an²⁷. Daß sie durchgesetzt werden konnten, hängt damit zusammen, daß der Private häufig eine monopolartige Stellung gewinnt: Die Gemeinde müßte außerordentlich kostspielige Investitionen tätigen, wenn sie die Aufgabe wieder selbst übernehmen wollte, und ein »Ausweichen« auf einen anderen Unternehmer scheidet in der Regel daran, daß es ihn entweder gar nicht gibt oder daß er im »wohlverstandenen Interesse« seiner Branche nicht bereit ist, zu günstigeren Preisen tätig zu werden²⁸. Was heute besonders preiswert erscheint, kann die öffentliche Hand daher morgen teuer zu stehen kommen; durch die Privatisierung ist sie in gewisser Hinsicht wirtschaftlich erpreßbar geworden²⁹.

Trotz dieser häufig auftretenden Konstellation gibt es Fälle, in denen der Private längere Zeit unter den Regiekosten der öffentlichen Hand bleibt. Auch dies läßt sich jedoch nur dann als Einsparung verstehen, wenn der Private dieselbe Funktion wie vorher die öffentliche Hand erfüllt. Dies wird bei objektiv meßbaren, relativ einfachen Dienstleistungen wie bei Reinigungsarbeiten und Grünanlagenpflege möglich sein, doch gibt es andere und wichtigere Bereiche, wo ein qualitativer Unterschied zwischen öffentlich und privat erbrachter Leistung besteht³⁰. So kann etwa die Unabhängigkeit des Redakteurs bei einer öffentlichen Rundfunkanstalt nicht in Zahlen ausgedrückt und so in eine Kosten-Nutzen-Rechnung eines Privatrundfunks eingebracht werden³¹. Ähnliches gilt etwa für die verstärkte Berücksichtigung des Umweltschutzes durch öffentliche Unternehmen: Sorgfältigere Anlage und Kontrolle von Mülldeponien mag zwar viel kosten, doch ist es wenig sinnvoll, hier eine Quantifizierung der Art vorzunehmen, daß »weniger Umweltschutz« durch die Einsparung von 1 Million (nicht aber von bloßen 100 000,- DM) gerechtfertigt wäre. Der unterschiedlichen Zielsetzungen wegen sind die Leistungen häufig überhaupt nicht vergleichbar. Versucht man es gleichwohl, liegt die Gefahr nahe, daß unveräußerliche Gemeinschaftsgüter auf der Strecke bleiben, weil sie der öffentlichen Hand mit einer entsprechend hohen Geldsumme abgekauft werden.

Konzentriert man sich nunmehr auf Leistungen, bei denen diese Gesichtspunkte keine oder nur eine untergeordnete Rolle spielen,

(z. B. Putzdienste, Müllabfuhr als solche ohne Deponie), so ist der Einsparungseffekt gleichwohl noch nicht dargetan. Wie zum Teil selbst von Arbeitgeberseite betont wird³², sind auch die gesamtwirtschaftlichen Folgekosten von Privatisierungsmaßnahmen einzubeziehen. Fallen etwa Arbeitsplätze weg oder wird eine größere Zahl von Arbeitnehmern ohne Sozialversicherungsschutz beschäftigt³³, so müssen auch diejenigen Aufwendungen in den Kostenvergleich eingehen, die in Zukunft durch die Zahlung von Arbeitslosengeld bzw. von Sozialhilfe entstehen, die bei fehlender Rentenversicherung eingreifen muß³⁴. Im Einzelfall mögen sich dabei Quantifizierungsprobleme ergeben, doch sind sie nicht prinzipiell von denen verschieden, die bei jeder Kosten-Nutzen-Analyse unternehmerischer oder staatlicher Maßnahmen auftauchen. Sachlich übereinstimmend hat man deshalb auch bei Streckenstilllegungen der Bundesbahn betont, die voraussichtlichen Aufwendungen für den wachsenden Individualverkehr und für zusätzliche Buslinien müßten von Anfang an mitberücksichtigt werden³⁵. Was sich bei einer »betriebswirtschaftlichen«, z. B. allein auf die einzelne Gemeinde bezogenen Betrachtungsweise als besonders günstig darstellt, kann daher volkswirtschaftlich gesehen außerordentlich nachteilig sein³⁶. Zu den gesamtwirtschaftlichen Belastungen zählen im übrigen nicht nur künftige Zahlungsverpflichtungen der öffentlichen Hand; die »Abstoßung« einzelner Teile kann zusätzlich die Möglichkeit reduzieren, den Wirtschaftsablauf durch eigene Aktivitäten zu beeinflussen oder zu steuern. Je geringer die wirtschaftlichen Werte sind, über die Staat und Gemeinden verfügen können, um so weniger läßt sich eine Wirtschaftspolitik betreiben, die öffentliche Investitionen als wichtigsten Stimulans für die Ankurbelung der Konjunktur begreift³⁷. Auch insoweit ist die Privatisierung wenig vorteilhaft.

Betrachtet man alle diese Einschränkungen des Kostenarguments im Zusammenhang, so bleibt eine »Restgröße« übrig, deren Umfang allerdings bescheidener sein dürfte als die der bisher durchgeführten Privatisierungen³⁸: Soweit es um relativ untergeordnete Dienstleistungen geht, die der Private auf Dauer billiger erbringt, ohne daß Arbeitsplätze wegfallen oder die Sozialversicherungs-

pflicht vermieden wird, kann es tatsächlich zu einer Haushaltsentlastung kommen. Zu denken ist insbesondere an die Ausnutzung der Kostendegression, die etwa dann zum Tragen kommt, wenn eine private Großwäscherei an die Stelle der relativ kleinen eigenen Wäscherei des Kreiskrankenhauses tritt oder wenn ein Müllabfuhrunternehmen mehrere Gemeinden gleichzeitig bedient. Unter Kostengesichtspunkten nicht zu beanstanden ist auch der Fall, daß der Privatunternehmer unter Ausnutzung der Verhältnisse auf dem Arbeitsmarkt geringere Löhne zahlt und so die öffentliche Hand unterbietet.

2.2. Beseitigung der Bürokratie?

Mit einem derart eingeschränkten Anwendungsbereich dürften sich die Befürworter der Privatisierung allerdings kaum zufrieden geben. In der Tat verweisen sie zusätzlich darauf, die öffentliche Verwaltung sei schwerfällig, langsam und unflexibel³⁹; ein Privatunternehmen müsse z. B. nicht erst einen langen Dienstweg einhalten, sondern könne schnelle, praktikable Entscheidungen treffen. Ein solcher Bürokratismusvorwurf mag zwar populär sein; er geht jedoch an der Sache vorbei.

Zum einen werden bürokratische Fehlleistungen in der Öffentlichkeit meist dort angesiedelt, wo vorwiegend Beamte tätig sind und hoheitliche Gewalt ausgeübt wird. Dieser Teil des Staatsapparats steht aber nicht einmal nach Ansicht des Bundes der Steuerzahler zur Privatisierung an, da das Lebenszeitprinzip des Beamtenrechts und der besondere Charakter der ausgeübten Funktionen eine Übertragung auf Private in der Regel verbieten. Der Bereich kommunaler Dienstleistungen ist demgegenüber mit dem Vorwurf allzu üppiger Bürokratie sehr viel weniger belastet als Polizei, Justiz oder Baubehörden⁴⁰ – Gebäudereinigung und Müllabfuhr sind nicht geeignet, im Bürger die Vorstellung »beamtenmäßiger Umständlichkeit« zu erwecken.

Selbst wenn man einmal davon absieht, daß Bürokratie insbesondere dort abgeschafft werden soll, wo sie gar nicht existiert, ist diese

Begründung der Privatisierungsforderung nicht schlüssig. »Bürokratie« gibt es nicht nur im öffentlichen Dienst, sondern auch in Industrie und Handel – eine Feststellung, die unter Organisationssoziologen geradezu als Gemeinplatz gilt⁴¹. Viele Unzuträglichkeiten wie etwa die Langsamkeit des Entscheidungsprozesses hängen allein von der Größe der Organisation und nicht davon ab, ob sie zum öffentlichen oder zum privaten Sektor zählt⁴². Dafür spricht auch, daß der Personalanstieg im öffentlichen Dienst nicht wesentlich anders als in der gewerblichen Wirtschaft verlief: Zwar lag er höher als in der Wirtschaft insgesamt, entsprach jedoch der Entwicklung im privaten Dienstleistungssektor⁴³. Soweit wie im Bildungs- und Sicherheitsbereich eine überproportionale Steigerung zu verzeichnen war, beruhte sie auf bewußten politischen Entscheidungen und nicht auf »innerorganisatorischem« Expansionsstreben⁴⁴. Klärungsbedürftig ist unter diesen Umständen sehr viel eher die Tatsache, daß im allgemeinen Bewußtsein allein der öffentliche Dienst das zweifelhafte Privileg genießt, als Eldorado von Bürokraten angesehen zu werden. Wie kommt es, daß man moderne Verwaltungsbauten leicht als »übertrieben« oder luxuriös kritisiert, während schönere und größere Gebäude von Versicherungsunternehmen als Ausdruck erfolgreichen Wirtschaftens unschwer akzeptiert werden?⁴⁵ Warum ist allein die »Finanzierung« durch den Steuerzahler gegenwärtig, während nur wenige darauf hinweisen, die Versicherung habe ihr Bürohochhaus mit »unseren Prämien« gebaut? Neben einseitiger, interessengebundener Öffentlichkeitsarbeit, die das Ansehen des »freien Unternehmertums« bewußt fördern will, ist hierfür vermutlich die höhere Transparenz staatlicher Tätigkeit verantwortlich: Das parlamentarische System sowie Presse, Rundfunk und Fernsehen sorgen dafür, daß Mängel im Staatsapparat relativ schnell bekannt werden⁴⁶. Das Privatunternehmen ist demgegenüber immer noch mehr einer geschlossenen Gesellschaft vergleichbar, die sich keiner institutionalisierten Kontrolle ausgesetzt sieht. Nur in Ausnahmefällen treten Presse oder Verbraucherverbände mit Kritik an die Öffentlichkeit – im übrigen werden umständliche Entscheidungsprozeduren als scheinbar naturgegeben hingegenommen. Jedermann hätte Verständnis dafür,

wenn sich ein Mitbürger in einem Leserbrief darüber beklagen würde, sein Antrag liege »seit Monaten bei der Verwaltung herum«; würde er statt dessen darüber klagen, daß das Versandhaus X nach 4 Monaten noch immer nicht geliefert habe, so wäre man erstaunt, daß er diese »Privatsache« vor allen ausbreitet. Hier wird offensichtlich mit zweierlei Maß gemessen, was um so bedauerlicher ist, als sich das »Mißtrauen« auf demokratisch legitimierte Instanzen bezieht⁴⁷.

Die Tatsache, daß der Staatsapparat im Prinzip nicht »bürokratischer« ist als eine Konzernverwaltung, schließt organisatorische Verbesserungen selbstredend nicht aus. Dafür bedarf es jedoch keiner Privatisierung. So kann etwa die geforderte Flexibilität im Management, etwa die Befreiung von den starren Regeln des Haushaltsrechts⁴⁸, durch Schaffung von Eigengesellschaften erreicht werden⁴⁹; die Energieversorgung bietet hierfür genügend Beispiele. Weiter steht es auch der öffentlichen Hand frei, sich die Kostendegression – etwa durch Errichtung eines Zweckverbandes – zunutze zu machen⁵⁰. Ihrer Größe wegen hat sie insoweit sogar bessere Möglichkeiten als viele Privatunternehmen. Die Privatisierung kann dabei nur störend wirken, da sie unter Umständen einen vorhandenen Verbund auflöst oder eine künftige Kooperation unmöglich macht⁵¹. Das Bürokratieargument geht daher definitiv ins Leere.

2.3. Effizienz durch Wettbewerb?

Eng verwandt damit ist die Erwägung, der öffentliche Dienst sei ineffizient, weil er sich keinem Wettbewerb ausgesetzt sähe. Wer von einem Konkurrenten unterboten werden könne und ggf. zum Konkursrichter gehen müsse, arbeite rationeller als ein Apparat mit Ewigkeitsgarantie. Auch dabei wird jedoch vieles nicht bedacht. Zunächst fällt auf, daß sich die effizientere Arbeitsweise entscheidend in den Kosten niederschlagen müßte, daß insofern aber keineswegs von einer generellen Überlegenheit des privatwirtschaftlichen Sektors die Rede sein kann⁵². Doch auch wenn man

davon einmal absieht – in der Literatur ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß in den Bereichen, für die eine Privatisierung zur Debatte steht, gar kein funktionsfähiger Wettbewerb existiert⁵². Dies hat seinen Grund zum Teil darin, daß kostspielige Investitionen für den »Markteintritt« notwendig sind, zum Teil liegen mehr oder weniger inoffizielle Lieferantenkartelle vor, die jedem Unternehmen seinen bisherigen Wirkungskreis garantieren⁵³. Statt des leistungsanspornenden Wettbewerbs droht daher ein »Ausbeutungsverhältnis« zu Lasten der öffentlichen Hand, die – wie bereits erwähnt⁵⁴ – unter Umständen auch beträchtliche Preiserhöhungen in Kauf nehmen muß⁵⁵.

Selbst in Sektoren, wo die Verhältnisse anders liegen sollten, wäre der Rückgriff auf das Wettbewerbsmodell fragwürdig. Vom Einzelunternehmer her betrachtet, mag das »Untergangsrisiko« zu besonderen Anstrengungen führen; gesamtwirtschaftlich gesehen, stellt jede Produktion »am Markt vorbei« und jeder Konkurs eine Vernichtung von Werten dar, die nicht unberücksichtigt bleiben dürfen, da sie in Marktwirtschaften jeder Art unvermeidbar sind. Gerade in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit besteht kein Anlaß, die Defekte der Marktwirtschaft zu ignorieren und von ihrer Ausdehnung positive Effekte zu erwarten⁵⁶. Erst recht gilt dies für die Erwägung, nur wer als Arbeitnehmer ein Beschäftigungsrisiko trage, sei in notwendigem Umfang für die Arbeit motiviert⁵⁷. Arbeitnehmer auf diese Weise um Arbeitsplätze konkurrieren zu lassen, bedeutet der Sache nach, Existenzangst als Druckmittel einzusetzen. Dies ist nicht nur inhuman (und der Ausdruck »Motivation« evident zynisch), sondern überdies wenig wirksam: Eine die Leistung steigernde Motivation wird ggf. durch verschiedene materielle oder immaterielle Anreize, nicht aber durch das grobe Mittel eines jederzeit drohenden Hinauswurfs erreicht⁵⁸.

2.4. Zusammenfassung

Die zugunsten der Privatisierung vorgebrachten Argumente haben sich als wenig stichhaltig erwiesen. Nur in seltenen Fällen bringt sie

eine dauerhafte Entlastung der öffentlichen Haushalte; der behauptete Abbau der Bürokratie und die vom Wettbewerb erhoffte Leistungssteigerung erwiesen sich als Fehlvorstellungen. Damit kommen die bereits skizzierten Nachteile für den Bürger wie für die Beschäftigten⁵⁹ voll zum Tragen – ihnen steht in 99 von 100 Fällen kein ins Gewicht fallender Vorteil gegenüber.

3. Abwehrmöglichkeiten

Kritik vermag für sich allein keine Entwicklungen zu verhindern, die von gesellschaftlich mächtigen Interessen vorangetrieben werden. Relevanter Widerstand gegen die Privatisierung könnte theoretisch von all jenen kommen, die durch den Abbau staatlicher Leistungen und durch die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen unmittelbar betroffen sind. Praktisch sind Gegenmaßnahmen jedoch fast nur bei den Gewerkschaften zu finden, da sich auch »privatisierungskritische« Organisationen wie die SPD im wesentlichen auf verbale Proteste beschränken⁶⁰. Daß sich keine Bürgerinitiativen zur Verhinderung von sozialem Abbau bilden, dürfte in erster Linie daran liegen, daß eine einzelne Maßnahme nur selten für sich allein einen spürbaren Rückgang des Lebensstandards bewirkt. Die finanzielle Situation der betroffenen Familien ist zudem häufig so verschieden, daß – anders als etwa beim Umweltschutz – nicht bei allen wirklich ins Gewicht fallende Nachteile entstehen. Selbst wenn ein Besuch im (privaten) Schwimmbad DM 8,- kosten würde, wäre dies für gehobene Angestellte und viele Doppelverdiener verkraftbar, während eine Minderheit von Kinderreichen und Rentnern nicht mehr mithalten könnte. Die für kollektives Handeln notwendige Betroffenheit ist unter den gegebenen Umständen am ehesten am Arbeitsplatz gegeben. Steigerungen des Arbeitstempos, Versetzungen und Kündigungen treffen den einzelnen in zentralen Bereichen seiner Existenz. Dabei wird er in aller Regel nicht nur als Individuum »Opfer« bestimmter Maßnahmen, sondern als Teil einer Arbeitsgruppe, Abteilung oder Belegschaft, die sich mit ungleich mehr Aussicht auf Erfolg zur

Wehr setzen kann. Kommt ein gewisses Maß an gewerkschaftlicher Organisation hinzu und bestehen einige Erfahrungen in der Vertretung von Arbeitnehmerinteressen, so wird eine effektive Abwehrstrategie im Prinzip möglich. Zusätzliche Voraussetzung ist allerdings, daß auch in nicht betroffenen Arbeitsgruppen, Abteilungen, Dienststellen usw. die Einsicht verbreitet ist, was heute mit den von der Privatisierung Betroffenen geschähe, könne morgen einem selbst widerfahren. In der Regel stellt sich diese Erkenntnis nicht spontan ein, sondern muß durch eigene Erfahrungen gelernt oder über die gewerkschaftliche Bildungsarbeit vermittelt werden.

Wie kann eine gewerkschaftliche Abwehrstrategie konkret beschaffen sein? Es ist nicht Ziel der vorliegenden Ausführungen, Modelle für gewerkschaftliches Vorgehen zu entwickeln. Ein derartiges Vorhaben verbietet sich schon deshalb, weil es nicht Aufgabe eines einzelnen Autors sein kann, mit dem Anspruch auf Richtigkeit ein umfassendes Konzept von Gewerkschaftspolitik zu entwickeln. Diese muß vielmehr im Prinzip von den Beschäftigten selbst bestimmt werden. Dabei sind im Rahmen des Möglichen Erfahrungen auch aus anderen Bereichen des Rationalisierungsschutzes und der Verhinderung von sozialem Abbau zu verwerten, da die Privatisierung insoweit keine gravierenden Besonderheiten aufweist. Was an dieser Stelle allein in Frage kommt, ist ein *Beitrag* zur Konzipierung und Weiterentwicklung von Abwehrstrategien. Sein Schwerpunkt wird auf der Frage liegen, ob und in welchem Umfang die Betroffenen und ihre Interessenvertretungen in der Lage sind, sich rechtlicher Mittel zu bedienen, um Privatisierungen zu verhindern oder jedenfalls in ihren Konsequenzen zu mildern. Es geht also mit anderen Worten lediglich darum, den genauen Inhalt *einer* Rahmenbedingung gewerkschaftlichen Vorgehens zu bestimmen, der nach traditionellem Verständnis wie nach gegenwärtiger Praxis allerdings außerordentlich weitreichende Bedeutung zukommt.

4. Ökonomisierung der Staatsaufgaben – eine zwangsläufige Entwicklung?

Für die Ausarbeitung von Abwehrstrategien wie auch für den Stellenwert juristischer Auseinandersetzungen ist es von entscheidender Bedeutung, was die Verhinderung von Privatisierung bewirkt: Wird nur eine Erscheinungsform staatlicher Sparpolitik aus der Welt geschafft (mit der Folge, daß derselbe Effekt auf anderen Wegen – etwa durch Rationalisierung – erreicht würde) oder stehen auch gewerkschaftliche Abwehrmöglichkeiten zur Diskussion, die solche »Ausweichmanöver« unmöglich machen? Letzteres ist nur dann erfolgversprechend, wenn der soziale Abbau als solcher nicht etwa eine notwendige Begleiterscheinung der gegenwärtigen wirtschaftlichen Situation ist. Bestehen insoweit Spielräume?

Ausgangspunkt unserer Erörterungen ist die Tatsache, daß die Staatsaufgaben ihre Existenz nicht dem Expansionsdrang irgendeiner Bürokratie verdanken wie es ein verbreitetes Vorurteil will⁶¹. Sie werden vielmehr deshalb wahrgenommen, weil die öffentliche Hand die allgemeinen Voraussetzungen für die kapitalistische Produktion schaffen und die durch sie verursachten Folgeprobleme bewältigen muß⁶². Am konkreten Beispiel verdeutlicht: Der Staat muß ein Schulsystem und ein Verkehrsnetz zur Verfügung stellen, weil sonst nicht rentabel produziert werden könnte, und er muß bei Krankheit und im Alter Sozialleistungen gewähren, da andernfalls der gesellschaftliche und politische Status quo gefährdet wäre⁶³. Vom einzelnen Bürger her betrachtet, erfüllt die öffentliche Hand Grundbedürfnisse, die über den Markt nicht befriedigt werden können⁶⁴. Dies darf jedoch nicht verabsolutiert werden; auch für die Sozialpolitik ist der gesamtwirtschaftliche Imperativ maßgebend, wonach nur das geschehen soll, was unmittelbar oder mittelbar der störungsfreien Kapitalverwertung dient. Daß dieser Rahmen beachtet wird, läßt sich in aller Regel durch enge personelle, politische und bewußtseinsmäßige Verflechtungen zwischen Staatsapparat und industriellen Entscheidungszentren sicherstellen. Versagen diese »Anbindungsmechanismen« im Einzelfall, weil etwa soziale Bewegungen zur Wahl einer antikapitalistisch ausge-

richteten Regierung führen, so bleibt den Unternehmern gleichwohl die Möglichkeit, durch wirtschaftliche Sanktionen wie künstliche Verknappung von Gütern, Preissteigerungen oder Produktionsverlagerungen die »reformfreundige« Regierung zu einer status-quo-konformen Politik zu zwingen. Versagen auch diese Waffen, so bleibt nur der Rückgriff auf die militärische Gewalt oder die Entscheidung für einen neuen Staat.

Erwägungen dieser Art sollen nicht künftige Entwicklungen vorwegnehmen, sondern lediglich die »Vorprogrammierung« der Staatstätigkeit verdeutlichen. Sie wäre völlig mißverstanden, würde sie mit einer Determinierung oder gar mit einer unmittelbaren Instrumentalisierung zugunsten konkreter Konzerninteressen gleichgesetzt. Was unter »allgemeinen Voraussetzungen« der kapitalistischen Produktion und insbesondere unter der Bewältigung ihrer Folgen zu verstehen ist, unterliegt nicht nur unterschiedlicher Beurteilung, sondern ist Gegenstand sozialer und politischer Konflikte. Ob es etwa eine staatliche Altersversorgung, eine Umweltschutzgesetzgebung und einen allgemein zugänglichen Gesundheitsdienst gibt, ist Ergebnis realer (oder von staatlicher Sozialpolitik vorweggenommener) Auseinandersetzung. Der Inhalt der Staatstätigkeit besitzt daher ähnlich wie der Wert der Ware Arbeitskraft ein historisches und moralisches Element⁶⁵. Er ist insofern »variabel«, als seine konkrete Bestimmung vom Anspruchsniveau und der Kampfkraft der Arbeiterbewegung wie andererseits auch vom Durchsetzungsvermögen der Unternehmerseite abhängt⁶⁶.

Gerät der Staatsapparat nun in Finanzierungsschwierigkeiten, weil infolge wirtschaftlicher Entwicklungen das Steueraufkommen zurückgeht und gleichzeitig das Bedürfnis nach staatlichen Leistungen wächst, so wird er dort einen Ausweg suchen, wo die geringsten Widerstände zu erwarten sind. Unter unseren Verhältnissen bedeutet dies, daß primär Leistungen abgebaut werden, die für den Bürger nicht lebenswichtig sind, daß aber auch durch Einstellungsstop, Kürzung von Sozialleistungen usw. die Personalkosten der öffentlichen Hand gesenkt werden. Wie weit sie diesen Weg gehen kann, hängt von der Schwere des Eingriffs, aber auch davon ab, ob

in der Bevölkerung und in relevanten Organisationen Vorstellungen über alternative »Sanierungsstrategien« (oder gar eine alternative Wirtschaftsordnung) bestehen. Einzelne Ansätze hierzu sind vorhanden. So hat etwa der 8. ordentliche Gewerkschaftstag der ÖTV im Jahre 1976 festgestellt:⁶⁷

»Die Gewerkschaft ÖTV hat nie die Gründe für die derzeitige Wirtschaftskrise, die in der kapitalistischen, auf höchstmöglichen Profit ausgerichteten Wirtschaftsordnung der BRD liegen, verkannt.

Wir wehren uns entschieden dagegen, daß die Krisenlasten auf die abhängig Beschäftigten abgewälzt werden sollen.

Die notwendigen Mittel zur Erfüllung staatlicher Aufgaben auch in der Wirtschaftspolitik könnten zum Beispiel beschafft werden

- durch eine höhere Besteuerung von Unternehmereinkommen,
- durch die Verhinderung der Steuerflucht,
- durch eine Verringerung des Verteidigungshaushalts.«

Wie dies im einzelnen zu konkretisieren und praktisch umzusetzen ist, kann hier nicht geklärt werden. Erinnerung sei zum ersten Punkt an die Rücknahme der den Aktionären durch die Körperschaftsteuerreform zugeflossenen Vorteile, die Eugen Loderer als »Verhöhung« der gewerkschaftlichen Bereitschaft zu niedrigen Lohnabschlüssen bezeichnete⁶⁸, sowie an den Vorschlag des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesfinanzministerium, die steuerliche Begünstigung der Selbständigen zu beseitigen⁶⁹. An derselben Stelle wurde für eine Verbesserung der »Veranlagungs-, Erhebungs- und Kontrollmethoden« plädiert und sogar eine Personalvermehrung bei den Finanzbehörden als lohnend bezeichnet⁷⁰. Daß es dabei um mehr als ein paar kleine »Steuersünder« geht, zeigt die Schätzung, daß jedermann ein Drittel weniger Steuern zahlen müßte, wenn die Steuergesetze in vollem Umfang beachtet würden⁷¹. Hingewiesen wird auch auf die Unterbindung der Subventionserschleichung⁷². Die Liste der Vorschläge ließe sich verlängern. Entscheidend ist im vorliegenden Zusammenhang die Erkenntnis, daß der Abbau staatlicher Leistungen und die Verschlechterung der Arbeitsbedingun-

gen im öffentlichen Dienst nur *eine* Strategie ist, um die Finanzknappheit in den öffentlichen Haushalten in Grenzen zu halten. Ob sie gewählt und wie weit sie verfolgt wird, hängt vom Widerstandspotential der öffentlichen Beschäftigten und vom Bewußtsein der Bevölkerung ab. Der Kampf gegen die Privatisierung erhält von daher zusätzliche Bedeutung: Er muß sich nicht auf die Abwehr einer bestimmten Form des sozialen Abbaus beschränken, sondern kann sich das Ziel setzen, diesen selbst zu verhindern.

§ 3: Privatisierung als Rechtsproblem – Überblick über den Diskussionsstand –

1. Schrankenziehung durch Recht

Die evidente Unzweckmäßigkeit so gut wie aller denkbaren Privatisierungsmaßnahmen schließt nicht aus, daß sie im Einzelfall dennoch rechtlich erlaubt sind: Das Recht stellt auch für die öffentliche Hand nur eine Rahmenordnung auf; innerhalb derer sich eine gute wie auch eine schlechte Politik im eben beschriebenen Sinne betreiben läßt. Daß dem so ist, verdient keine Kritik; die volle Verrechtlichung aller staatlichen und kommunalen Aktivitäten würde jeden politischen Spielraum zerstören und alle Entscheidungsmacht bei den die Einhaltung des Rechts kontrollierenden Gerichten konzentrieren. Wenn im folgenden den rechtlichen Grenzen der Privatisierung nachgegangen wird, so in dem Bewußtsein, daß sich politisch Wünschbares und rechtlich Mögliches nicht notwendigerweise decken müssen.

2. Verfassungsrechtliche und gesetzliche Normierungen

Sucht man im geltenden Verfassungsrecht des Bundes und der Länder nach Vorschriften, die eine unmittelbare Aussage zur Privatisierung enthalten, so findet man nur wenig Konkretes. Das Grundgesetz behandelt an keiner Stelle die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private; die Art. 83 ff. begnügen sich damit, die Ausführung der Bundesgesetze durch die Verwaltung der Länder und ggf. durch bundeseigene Verwaltung zu regeln. Eine private Betätigung in öffentlichen Angelegenheiten spricht allerdings Art. 7 Abs. 4 GG an, der die Privatschulfreiheit garantiert, doch sagt er nichts zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen öffentliche durch private Schulen ersetzt werden dürfen. Von zwei Ausnahmen abgesehen bringen auch die Landesverfassungen keine weitergehenden Aufschlüsse. Die erste Ausnahme stellt Art. 30

Abs. 1 Satz 1 der rheinland-pfälzischen Verfassung¹ dar, wonach Privatschulen »einschließlich der Hochschulen« mit staatlicher Genehmigung als Ersatz für öffentliche Schulen errichtet und betrieben werden können. Die zweite findet sich in Art. 111 a Abs. 2 Satz 1 der bayrischen Verfassung², wonach der Rundfunk »in öffentlicher Verantwortung und in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft« betrieben wird.

Auch das einfache Gesetzesrecht ist nicht sehr ergiebig. Auf Bundesebene wäre etwa die Vorschrift des § 3 Abs. 2 Abfallbeseitigungsgesetz³ zu erwähnen, wo es heißt:

Die nach Landesrecht zuständigen Körperschaften des öffentlichen Rechts haben die in ihrem Gebiet angefallenen Abfälle zu beseitigen. *Sie können sich zur Erfüllung dieser Pflicht Dritter bedienen.*

Das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes⁴ behandelt zwar den sog. beliehene Unternehmer⁵, enthält sich aber als Verfahrensnorm jeder Aussage darüber, wann auf ihn zurückgegriffen werden darf. Erst recht bietet es keinerlei Anhaltspunkte dafür, ob andere als Hoheitsaufgaben übertragen werden dürfen⁶. Nicht unmittelbar einschlägig sind auch die §§ 5 ff. JWG⁷, wonach das Jugendamt verpflichtet ist, die Träger der freien Jugendhilfe zu unterstützen; sie anerkennen zwar ähnlich wie Art. 7 Abs. 4 GG einen bestimmten Tätigkeitsbereich, sagen jedoch nichts zu dem uns interessierenden Problem, ob das Jugendamt eigene Aktivitäten einstellen und statt dessen die freien Träger stärker unterstützen darf.

Aus dem Bereich des Landesrechts verdient § 24 des Verwaltungsverfahrensgesetzes von Schleswig-Holstein⁸ besondere Hervorhebung, der bestimmt:

»(I) Natürlichen und juristischen Personen des Privatrechts sowie nichtrechtsfähigen Vereinigungen können Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes übertragen werden.

(II) Eine Übertragung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zur Erledigung in Handlungsformen des privaten Rechts ist zulässig, sofern

1. die Aufgabe von den übertragenden Trägern der öffentlichen Verwaltung auch in den Handlungsformen des privaten Rechts erfüllt werden darf,
2. die Zuständigkeit einer Behörde nicht ausdrücklich vorgeschrieben ist und
3. die Eigenart der Aufgabe oder ein überwiegendes öffentliches Interesse der Übertragung nicht entgegensteht.

(III) Die rechtmäßige Erfüllung der Aufgaben muß sichergestellt sein.«

Damit sind für den Bereich eines Bundeslandes eine Reihe von Fragen geklärt, doch bleibt gleichwohl vieles offen; wann steht etwa ein »überwiegendes öffentliches Interesse« oder die »Eigenart der Aufgabe« einer Übertragung entgegen?⁹ In anderen Bundesländern finden sich keine vergleichbaren Vorschriften, so daß insoweit dieselbe Situation wie im Bund besteht. Hinzuweisen ist noch auf das saarländische Rundfunkgesetz¹⁰, das einen privaten Rundfunk zuläßt, jedoch im Augenblick noch Gegenstand eines Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht ist¹¹. Die Gemeindeordnungen enthalten in der Regel Vorschriften über die Veräußerung von Gemeindevermögen, speziell von Grundstücken¹². Daneben begrenzen sie nach dem Vorbild des § 67 DGO die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und begründen so für bestimmte Bereiche einen Vorrang privatwirtschaftlicher Aktivität¹³. Würde eine Gemeinde die ihr insoweit gezogenen Grenzen überschreiten, so wäre eine »Abstoßung« der unrechtmäßig ausgeübten Funktion selbstredend erlaubt. Weitergehende Schlüsse läßt der Wortlaut der Gemeindeordnungen nicht zu; insbesondere ist der Abbau von Dienstleistungen ohne gleichzeitige Veräußerung von Vermögensgegenständen nicht ausdrücklich geregelt worden.

3. Grundsatzentscheidungen in der Rechtsprechung

Die Lückenhaftigkeit der gesetzlichen Regelung macht den Rückgriff auf die vorhandene Rechtsprechung besonders dringlich; anders als der Gesetzgeber stehen Gerichte im Einzelfall unter unmit-

telbarem Entscheidungszwang. Im Gegensatz zu vielen anderen Gebieten wie etwa dem kollektiven Arbeitsrecht oder dem Kartellrecht hat sie allerdings kein geschlossenes System von Regeln entwickelt, sondern bislang nur zu wenigen Einzelfragen Stellung genommen. Dies entspringt freilich weniger einer besonders ausgeprägten richterlichen Zurückhaltung als der Tatsache, daß Veränderungen innerhalb der Staatsorganisation nur ausnahmsweise Gegenstand einer Klage durch den Bürger oder durch andere Verwaltungsträger werden¹⁴.

3.1 Bundesverfassungsgericht

3.1.1. Die »Privatisierung« des Volkswagenwerks

Den unmittelbarsten Bezug zu unserem Thema hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Teilprivatisierung des Volkswagenwerks¹⁵. Auf die Verfassungsbeschwerde einiger Bürger hin, die sich bei der Ausgabe von VW-Aktien diskriminiert fühlten, prüfte das Gericht von Amts wegen, ob die Weggabe von Bundesvermögen an Private gegen die Sozialisierungsvorschrift des Art. 15 GG verstoße. In diesem Zusammenhang führte es aus:¹⁶

»Aus Art. 15 GG ergibt sich kein Hindernis für die Privatisierung des Volkswagenwerks. Diese Norm enthält keinen Verfassungsauftrag zur Sozialisierung, sondern nur eine Ermächtigung dazu an den Gesetzgeber. Ob und in welchem Umfang dieser davon Gebrauch macht, muß seiner politischen Entscheidung überlassen bleiben. Keinesfalls enthält Art. 15 GG ein Gebot, vom Inkrafttreten des Grundgesetzes an alles zu unterlassen, was eine künftige Sozialisierung erschweren könnte. Abzulehnen ist daher auch die Auffassung, daß Unternehmen, die nach Art. 15 GG sozialisiert werden könnten, nicht mehr »privatisiert« werden dürften, wenn sie Staatseigentum sind. Ebensowenig kann aus Art. 15 GG eine »Tendenz zur Sozialisierung« von der Intensität hergeleitet werden, daß der Gesetzgeber, wenn er zu einer Eigentumsneuordnung in sozialisierungsfähigen Wirtschafts-

zweigen schreiten will, dies nur in der Richtung einer Sozialisierung hin dürfe. Derart grundsätzliche Beschränkungen der wirtschaftspolitischen Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers ergeben sich weder aus dem Wortlaut noch aus der Entstehungsgeschichte und dem Sinn der Bestimmung.«

Entgegen dem ersten Anschein ist mit diesem Urteil die Zulässigkeit von Privatisierungsmaßnahmen noch keineswegs entschieden. Zum einen konnte sich das Bundesverfassungsgericht seiner Funktion entsprechend nur zur Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz äußern, eine Aussage zur Vereinbarkeit mit einfachem Gesetzesrecht aber gar nicht treffen. Zum zweiten ging es um die Veräußerung von erwerbswirtschaftlich genutztem Vermögen, die möglicherweise anderen Grundsätzen unterliegt als die Weggabe von Gegenständen, mit denen öffentliche Aufgaben erfüllt werden. Zum dritten lag der Sache nach nur ein Austausch »Anlagevermögen« gegen Geld vor, also ein Vorgang, der den wirtschaftlichen Spielraum des Bundes nicht verringerte und insoweit nichts »abbaute«; ganz anders liegt der Fall, wenn bestimmte Dienstleistungen eingestellt und einem Privaten überlassen werden: Hier ergibt sich für den Staat (häufig auch für den Bürger) ein Weniger an Handlungspotential. Zum vierten ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu einem Zeitpunkt ergangen, als das heute geltende Haushaltsrecht, insbesondere die in Art. 109 Abs. 2 GG niedergelegte Ausrichtung auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht noch nicht bestand; ihr kommt für die Weggabe von Vermögen der öffentlichen Hand möglicherweise beträchtliche Bedeutung zu.

3.1.2. Schaffung eines privatrechtlich organisierten Fernsehens

Eine differenzierte Haltung nahm das Bundesverfassungsgericht zur Schaffung eines Privatfernsehens ein. Anfang der 60er Jahre hatte es darüber zu entscheiden, ob die von Konrad Adenauer mitgegründete Fernseh-GmbH verfassungsmäßig war¹⁷. Aus einer Reihe von Gründen verneinte es dies; im Zusammenhang mit dem privaten Charakter der geplanten Einrichtung führte es aus:¹⁸

»Art. 5 GG fordert zur Sicherung der Freiheit auf dem Gebiet des Rundfunks allerdings nicht die in den Landesrundfunkgesetzen gefundene und für die Rundfunkanstalten des Bundesrechts übernommene Form. Insbesondere ist es von der Bundesverfassung nicht gefordert, daß Veranstalter von Rundfunksendungen nur Anstalten des öffentlichen Rechts sein können. Auch eine rechtsfähige Gesellschaft des privaten Rechts könnte Träger von Veranstaltungen dieser Art sein, wenn sie nach ihrer Organisationsform hinreichende Gewähr bietet, daß in ihr in ähnlicher Weise wie in der öffentlich-rechtlichen Anstalt alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen, und die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt.«

Damit ist deutlich gemacht, daß private Träger zwar nicht von vornherein ausgeschlossen sind, daß sie aber in gleichem Umfang wie öffentliche Anstalten den Anforderungen des Art. 5 Abs. 1 GG genügen, also Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit garantieren müssen. Eine inhaltliche Privatisierung im Sinne ausschließlicher Verfolgung von Gewinninteressen ist so von vornherein ausgeschlossen.

Im Jahre 1971 hat das Bundesverfassungsgericht diese Auffassung bestätigt und betont, Rundfunk und Fernsehen seien eines der mächtigsten Kommunikationsmittel, »das wegen seiner weitreichenden Wirkungen und Möglichkeiten sowie der Gefahr des Mißbrauchs zum Zweck einseitiger Einflußnahme auf die öffentliche Meinung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden kann«¹⁹. Die Frage der Organisationsform blieb dieses Mal ausdrücklich dahingestellt²⁰. Auch damit ist nur für einen wichtigen Einzelbereich, nicht etwa generell etwas mehr Klarheit geschaffen: Da das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorhob, es dürfe keinen Staatsfunk und kein Staatsfernsehen geben²¹, ging es von vornherein nur um die Frage, ob eine sowieso »staatsfreie« öffentliche Aufgabe in öffentlich-rechtlicher oder in privat-rechtlicher Trägerschaft zu erfüllen war; ob die »Entstaatlichung« von Aufgaben zulässig ist, die die öffentliche Hand unbestrittenermaßen in eigener Regie durchführen kann, stand gar nicht zur Debatte. Außerdem wäre die Frage zu stellen, wie in weniger grundrechtsge-

prägten Bereichen sicherzustellen ist, daß der Private nicht nur Eigeninteressen verfolgt, sondern öffentliche Aufgaben erfüllt.

3.1.3. Staatliche Subsidiarität in der Jugend- und Sozialhilfe

Eine allgemeine Aussage zur Zulässigkeit der Privatisierung läßt sich schließlich auch nicht der Entscheidung zur prinzipiellen Nachrangigkeit der öffentlichen Jugend- bzw. Sozialhilfe gegenüber den Aktivitäten freier Träger entnehmen²². Bei ihr war es unter anderem um die Verfassungsmäßigkeit des § 5 Abs. 3 Satz 2 JWG gegangen, wonach von eigenen Einrichtungen und Veranstaltungen des Jugendamts abzusehen ist, »soweit geeignete Einrichtungen und Veranstaltungen der Träger der freien Jugendhilfe vorhanden sind«. Das Gericht erklärte diese Regelung für verfassungskonform, da es kein staatliches Monopol auf soziale Betätigung gäbe²³. Aus dem Sozialstaatsprinzip folge nicht, daß der Gesetzgeber für die Verwirklichung des Ziels einer gerechten Sozialordnung nur behördliche Maßnahmen vorsehen dürfe. Art. 20 Abs. 1 GG bestimme nur das »Was«, das Ziel, die gerechte Sozialordnung; er lasse aber für das »Wie«, d. h. für die Erreichung des Ziels alle Wege offen. Deshalb stehe es dem Gesetzgeber frei, auch die Mithilfe privater Wohlfahrtsorganisationen vorzusehen²³. Für grundgesetzkonform ist damit lediglich eine Regelung erklärt, die auf privaten Initiativen zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe aufbaut. Ungeklärt bleibt, ob eine bislang vom Staat erfüllte Aufgabe auf einen Privaten übertragen werden kann; der Hinweis auf die zweckmäßige Verwendung von Ressourcen, die ein überflüssiges Nebeneinander von Angeboten freier und staatlicher Träger verbiete, scheint eher dagegen als dafür zu sprechen²⁴. Ungeklärt bleibt weiter, ob diejenigen Grundsätze, die möglicherweise gegenüber einem gemeinnützigen Träger gelten, auch auf einen an der Rentabilitätsmaxime ausgerichteten Unternehmer Anwendung finden.

3.2. Entscheidungen zur erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

Als mittelbar auf unsere Thematik bezogen seien weiter einige Entscheidungen erwähnt, die sich mit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung von Kommunen befaßten. In einem vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall ging es um den Unterlassungsanspruch eines Bestattungsunternehmers gegen die Gemeinde, die ihrerseits Bestattungen vornahm²⁵. Das Gericht lehnte diesen Anspruch mit der Begründung ab, die Gemeinde verfolge einen öffentlichen Zweck, den sie innerhalb eines weit gesteckten Rahmens selbst definieren könne; der Sache nach lag also gar keine erwerbswirtschaftliche Betätigung vor, so daß eine etwaige Pflicht zur Privatisierung von vornherein ausschied. Auch soweit der erwerbswirtschaftliche Charakter keinem Zweifel unterlag und zudem die entsprechenden Vorschriften der Gemeindeordnungen verletzt waren, bewahrte die Rechtsprechung ihre gemeindefreundliche Tendenz, da sie die Vorschriften der Gemeindeordnung nicht als Schutzgesetze zugunsten potentieller Wettbewerber ansah und nur ausnahmsweise einen Unterlassungsanspruch aus § 1 UWG zusprach²⁶. Gleichzeitig wurde jedoch der Dispositionsspielraum der Gemeinden betont; ein kommunaler Schlachthof könne daher aus jedem sachlichen Grund wieder geschlossen werden²⁷ und erst recht unterliege die Gültigkeit des mit einem privaten Müllabfuhrunternehmer abgeschlossenen Vertrags nicht dem geringsten Zweifel²⁸.

3.3. Entscheidungen zu privatisierungsbedingten Kündigungen

Die in den letzten Jahren vorgenommenen Privatisierungen öffentlicher Aufgaben und Dienstleistungen sind – soweit ersichtlich – bisher nur Gegenstand arbeitsgerichtlicher Entscheidungen geworden. In allen Fällen ging es darum, daß die Gebäudereinigung privatisiert und deshalb den bisher bei der öffentlichen Hand beschäftigten Putzfrauen gekündigt wurde; sie setzten sich mit

Kündigungsschutzklagen zur Wehr, in denen zum Teil das Vorliegen eines dringenden betrieblichen Erfordernisses im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG verneint wurde. Die Rechtsprechung war zunächst sehr uneinheitlich. Auf der einen Seite standen 4 Entscheidungen des LAG Schleswig-Holstein²⁹, zwei Entscheidungen des ArbG Lübeck³⁰ und Urteile des ArbG Koblenz³¹ und des ArbG Münster³², die man als »privatisierungsfreundlich« charakterisieren kann: Sie erklärten die Privatisierungsentscheidung als solche für unüberprüfbar, da es sich um einen staatlichen Organisationsakt handle; die Kündigungen seien daher durch »dringende betriebliche Erfordernisse« gerechtfertigt. Es liege auch kein Betriebsübergang vor, was nach § 613 a BGB einen automatischen Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Erwerber zur Folge gehabt hätte³³; ein Rückgriff auf das Rationalisierungsschutzabkommen für Arbeiter sei gleichfalls ausgeschlossen, da keine Rationalisierungsmaßnahme in dem dort verwendeten Sinne vorliege³⁴.

Eine grundsätzlich andere Position nahmen das LAG Düsseldorf³⁵ und das LAG Niedersachsen³⁶ ein: Sie verneinten in den konkreten Fällen die soziale Rechtfertigung der Kündigung, weil eine Ausgliederung von Verwaltungsaufgaben nicht allein nach finanziellen Gesichtspunkten erfolgen dürfe³⁷ und weil die den betroffenen Arbeitnehmern erwachsenden Nachteile abzuwägen seien gegen (nicht nur behauptete, sondern) nachgewiesene Einsparungseffekte für die öffentlichen Haushalte³⁸.

Mit Urteil vom 3. 5. 1978 hat sich das BAG im wesentlichen der zweiten Auffassung angeschlossen³⁹. In Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung erklärte es zwar die Haushaltsentscheidung (z. B. die Stellenstreichung) des öffentlichen Arbeitgebers für grundsätzlich unüberprüfbar, schränkte dies jedoch im Hinblick auf die vom Kündigungsschutzgesetz geforderte Interessenabwägung wieder ein: Danach ist eine Kündigung sozial nicht gerechtfertigt, »wenn die zu erwartenden Vorteile des Arbeitgebers zu den Nachteilen, die sich für den Arbeitnehmer daraus ergeben, in keinem vernünftigen Verhältnis stehen«⁴⁰. Damit wird – beschränkt auf kündigungsschutzrechtliche Aspekte – doch eine inhaltliche Überprüfung der Privatisierungsentscheidung vorge-

nommen⁴¹. Weiter wurde das Rationalisierungsschutzabkommen für die Arbeiter des öffentlichen Dienstes für anwendbar erklärt, § 613 a BGB jedoch mit keinem Wort erwähnt.

3.4. Verbleibende Lücken

Die Reichhaltigkeit der vorhandenen Rechtsprechung kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß bislang nur eine punktuelle Klärung erfolgt ist. Wann etwa ein »sachlicher Grund« für die Schließung eines Schlachthofs vorliegt und wann die Nachteile der betroffenen Arbeitnehmer außer Verhältnis zu den Einsparungen des Arbeitgebers stehen, bleibt auch in Zukunft offen. Fest steht im Grunde nur, daß es kein generelles, alle Gebiete staatlicher und kommunaler Tätigkeit erfassendes Privatisierungsverbot gibt; ob dieses in Teilbereichen existiert und welchen inhaltlichen Voraussetzungen eine im Grundsatz zulässige Privatisierung entsprechen muß, ist weiterhin offen. Die weiteste Kontrollkompetenz hat insoweit das BAG für sich in Anspruch genommen, allerdings bislang keine sehr konkreten Maßstäbe für eine Korrektur der »Auslagerungsentscheidung« entwickelt.

4. Klärung in der Literatur?

Die vorliegende Literatur geht nicht wesentlich über die Aussagen der Rechtsprechung hinaus. Jede Form der Privatisierung wird lediglich von Ridder abgelehnt, da sie gegen die »Sperrwirkung« des Art. 15 GG verstoße⁴². Sämtliche übrigen Autoren halten die Privatisierung im Grundsatz für zulässig, ziehen ihr jedoch bestimmte, mehr oder weniger enge Grenzen⁴³. Dies gilt etwa für die 1979 veröffentlichte Monographie von Grabbe⁴⁴ sowie für die Veröffentlichungen von Wilhelm Reuß, der aus den Art. 83 ff. GG ein generelles Verbot der Privatisierung von Hoheitsaufgaben ableitet⁴⁵. Aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und des demokratischen Prinzips verlangt Ossenbühl eine gesetzliche Grundlage für

jeden Privatisierungsakt, es sei denn, es würde sich um Bagatellfälle handeln; im kommunalen Bereich sei eine Entscheidung der Gemeindevertretung erforderlich⁴⁶. v. Mutius will Privatisierungen insoweit zulassen, als der Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung nicht berührt ist⁴⁷, wobei man angesichts des sowieso sehr eingegengten Handlungsspielraums der Gemeinden diese Grenze schon recht früh eingreifen lassen kann⁴⁸. Udo Steiner zieht der Privatisierung im Anschluß an E. R. Huber⁴⁹ eine quantitative Schranke; behördeneigene Verwaltung müsse die Regel, private Erfüllung öffentlicher Aufgaben die Ausnahme sein⁵⁰. Weiter wird hervorgehoben, daß die Privatisierung nicht zu einem Rechtsverlust des Bürgers führen dürfe⁵¹; durch weitgehende Informations- und Kontrollrechte habe der Staat dafür zu sorgen, daß der Private sich an die vorgegebene öffentliche Zielsetzung halte⁵². Ihm kommt – so die zentrale These von Gallwas – eine Garantenstellung zu⁵³, die ihn notfalls verpflichtet, eine bestimmte Aufgabe wieder an sich zu ziehen⁵⁴. Ob er den »Privaten« dabei entschädigen muß, ist jedoch außerordentlich umstritten⁵⁵. Die arbeitsrechtlichen Konsequenzen der Privatisierung haben erst in jüngster Zeit ein gewisses Maß an wissenschaftlicher Aufmerksamkeit erfahren⁵⁶.

Versucht man eine erste Würdigung dieser Stimmen, so kann man den Diskussionsstand bestenfalls als »nicht abgeschlossen« bezeichnen. Die einzelnen Stellungnahmen beschränken sich der herkömmlichen wissenschaftlichen Arbeitsteilung entsprechend auf die »Privatisierungsschranken«, die sich aus einem bestimmten Rechtsgebiet wie dem Staatsorganisationsrecht, dem Kommunalrecht oder dem Arbeitsrecht ergeben. Auch die relativ umfassende Darstellung von Grabbe⁵⁷ klammert etwa das Haushaltsrecht sowie das Arbeitsrecht aus und enthält auch kaum Aussagen darüber, wie die rechtlichen Grenzen der Privatisierung gerichtlich geltend zu machen sind. Der fragmentarische Charakter dieser Äußerungen mag ein wenig damit zusammenhängen, daß das Privatisierungsphänomen quer zur herkömmlichen Einteilung der Rechtsgebiete liegt und – wichtiger – einem Raum entspringt, der sich als »Staatsinternum« erst in einem allmählichen Prozeß der Verrechtlichung befindet. Dieser vollzieht sich bislang in erster Linie auf die Weise,

daß bestimmte rechtlich verfaßte Interessen wie die der Allgemeinheit an pluralistischem Rundfunk und die der Arbeitnehmer an der Erhaltung ihres sozialen Besitzstandes gewissermaßen von außen her in die Staatsorganisation hineinwirken und diese so mit partiellen rechtlichen Vorgaben versehen. Daß dies wie jeder Verrechtlichungsprozeß zu einer Entpolitisierung führen kann, liegt auf der Hand; daß beides nicht notwendigerweise verknüpft ist, sollte ebenfalls keinem Zweifel unterliegen⁵⁸.

5. Überblick über den Gang der Darstellung

Es kann schon aus Raumgründen nicht Ziel der vorliegenden Untersuchung sein, diesen Diskussionsrahmen insgesamt zu sprengen und das Organisationsrecht der öffentlichen Hand auf eine neue rechtsdogmatische und rechtspolitische Grundlage zu stellen. Der »große Wurf« einer neuen Rechtssystematik und einer Abgrenzung von notwendiger rechtlicher Reglementierung und politischem Freiraum wird hier nicht versucht; vielmehr soll durchaus in Übereinstimmung mit den vorliegenden Stellungnahmen der »punktuelle«, von rechtlich verfaßten Einzelinteressen ausgehende Ansatz weiterverfolgt werden. Dies hat die schwer zu vermeidende Folge, daß die einzelnen Ausführungen nicht durchweg auf dieselben leitenden Gesichtspunkte bezogen sind, sondern einen scheinbar assoziativen Charakter besitzen: Das verbindende Moment stellt freilich immer die Identität des sozialen Problems dar.

Im folgenden wird uns zunächst die organisationsrechtliche Seite beschäftigen. Gibt es bestimmte Aufgaben, die notwendigerweise durch den Staat selbst erfüllt werden müssen? Läßt sich aus Art. 15 GG oder aus den Art. 83 ff. GG ein generelles Privatisierungsverbot ableiten? (unten § 4). Im Anschluß daran wird es darum gehen, ob das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip bestimmte Anforderungen an den Verwaltungsaufbau stellen, die die Privatisierung verbieten oder von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Diese könnten insbesondere in einer weitgehenden Staatsaufsicht und in der Verpflichtung bestehen, die übertragene Aufgabe

ggf. wieder in eigene Regie zu übernehmen (unten § 5). Die für den staatlichen Bereich entwickelten Grundsätze sollen dann auf den kommunalen Bereich angewandt werden, wobei die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 Abs. 2 GG eine Reihe von Modifikationen mit sich bringt (unten § 6). Weitere Privatisierungsschranken könnten sich aus dem staatlichen und kommunalen Haushaltsrecht ergeben - ist wirklich in allen Fällen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gewahrt? Müssen auch Nachteile, die bei einem anderen Träger hoheitlicher Gewalt entstehen, in die Vergleichsrechnung einbezogen werden? (unten § 7). Spezifische (nämlich: Bürger-)Interessen werden im nächsten Abschnitt angesprochen, wo die Vereinbarkeit von Privatisierungsmaßnahmen mit Grundrechten der Bürger und mit dem Sozialstaatsprinzip untersucht wird; ließe sich etwa ein durchgängig privat organisiertes Schulsystem mit dem Grundrecht auf Bildung vereinbaren? (unten § 8). Im Folgenden wird dann den Grenzen nachgegangen, die das Arbeitsrecht der Privatisierung zieht. Ist die Übernahme einer bisher vom Staat verrichteten Aufgabe notwendigerweise immer ein Fall des § 613 a BGB, kann die Gewerkschaft unter Berufung auf die tarifliche Durchführungspflicht die Übernahme der Tarife durch den Erwerber verlangen, steht dem Personal- oder Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht zu? Kann im Zusammenhang mit einer Privatisierungsmaßnahme gekündigt werden, findet ggf. ein Rationalisierungsschutzabkommen Anwendung? (unten § 9). Der folgende Abschnitt ist den prozessualen Möglichkeiten gewidmet, mit deren Hilfe rechtswidrige Privatisierungen effektiv verhindert oder rückgängig gemacht werden können (unten § 10). Zum Abschluß sollen die eigenen Ergebnisse am Beispiel einiger in der Praxis vorgekommener Privatisierungsfälle »durchgespielt« werden (unten § 11). Ein Exkurs ist der Frage gewidmet, ob ein Privatrundfunk geschaffen werden kann (unten § 12). Die folgende Darstellung verzichtet aus Gründen der Übersichtlichkeit darauf, die Privatisierung getrennt nach den einzelnen Handlungsformen der Verwaltung zu untersuchen und etwa der Reihe nach die eingreifende, die schlicht hoheitliche und die fiskalische Verwaltung zu untersuchen (wobei bei letzterer zwischen der

Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privater Rechtsform und rein fiskalischen Geschäften zu unterscheiden wäre, wie sie etwa im Beschaffungswesen, aber auch im Rahmen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand vorgenommen werden)⁵⁸. Ein solches Vorgehen würde verkennen, daß die meisten potentiellen Privatisierungsgrenzen in gleicher Weise gelten, ob ein Stück hoheitlicher oder ein Stück fiskalischer Betätigung auf den Privaten übertragen wird: Für den Kündigungsschutz der betroffenen Arbeitnehmer spielt die Form der bisherigen staatlichen Aufgabenerfüllung evidentermaßen ebenso wenig eine Rolle wie für die Anwendung des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Auf der anderen Seite kann es möglicherweise im Rahmen des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips von Bedeutung sein, ob es um wichtige öffentliche Aufgaben oder um relativ untergeordnete Bereiche geht. Insoweit wird dann im Einzelfall die notwendige Differenzierung erfolgen.

§ 4: Allgemeines Privatisierungsverbot aus dem Grundgesetz?

1. Die Vorfrage: Originäre Staatsaufgaben als »privatisierungsimmuner« Bereich?

1.1. *Die These von den originären Staatsaufgaben*

Die verfassungsrechtliche Frage nach der generellen Unzulässigkeit der Privatisierung könnte zumindest für einen Teil der in Betracht kommenden Bereiche dahinstehen, gäbe es von vornherein bestimmte Funktionen, die immer und unter allen Umständen vom Staat wahrgenommen werden müssen. Für den nachfeudalen sog. Modernen Staat bejaht Herbert Krüger die Existenz einer solchen Sphäre ausschließlicher Staatlichkeit und rechnet dazu neben der staatlichen Befugnis, die eigenen Aufgaben zu bestimmen, das Recht zur Anwendung unwiderstehlicher Gewalt einschließlich des Rechts zur friedlichen Konfliktbewältigung (»Rechtsprechungsmonopol«) sowie die Innehabung bestimmter wirtschaftlicher Schlüsselstellungen¹. Andere Autoren haben mit in der Regel sehr viel allgemeineren Formulierungen ebenfalls bestimmte Exklusivrechte des Staats bejaht².

1.2. *Schwierigkeiten der inhaltlichen Abgrenzung*

Auch wenn man rechtspolitisch einer solchen Lösung mit Sympathie begegnet, läßt sie sich bei näherer Betrachtung für das hier abzuhandelnde Problem nicht fruchtbar machen. Richtig an der Auffassung Krügers ist ohne Zweifel, daß es einen Kernbereich von Aufgaben gibt, der in den bürgerlich-demokratischen Staaten immer von der öffentlichen Hand wahrgenommen werden. So existiert überall ein staatliches Monopol zur Anwendung legitimer physischer Gewalt, eine staatliche Rechtsprechung und zumindest ein Stück Wirtschaftspolitik, wie es etwa in der Steuerung des

Geldvolumens durch die Notenbank zum Ausdruck kommt³. Dieser »Kernbereich« ist jedoch insofern flexibel, als er mehr oder weniger weitgehende Ausnahmen zuläßt. So gibt es außer der staatlichen eben auch eine private Gewaltanwendung, wie sie sich etwa im Falle der Notwehr oder der Kündigung mit gleichzeitigem Hausverbot zeigt⁴; neben den staatlichen Gerichten stehen private Schiedsgerichte bis hin zum Versuch der »Selbstjustiz« bei Ladendiebstählen⁵, und die staatliche Einflußnahme auf die Wirtschaft bricht sich an der Macht großer Konzerne, die bestimmte Ziele wie z. B. eine wenig arbeitsmarktkonforme Investitionspolitik auch gegen den Willen der Regierung durchsetzen können. Der »Kernbereich« ausschließlicher staatlicher Zuständigkeit erweist sich so als wenig faßbar, was seine Ursache u. a. darin hat, daß der Inhalt der Staatstätigkeit nicht ein für alle Mal festliegt, sondern Gegenstand der Auseinandersetzungen von Arbeit und Kapital ist⁶. Entgegen dem ersten Anschein ist daher für die Privatisierungsdiskussion mit der Annahme notwendiger, originärer Staatsaufgaben wenig gewonnen; eine exakte Aussage darüber, von welchem Punkt an der Rubikon zur Selbstaufgabe des Staates überschritten ist, scheint nicht möglich zu sein.

1.3. Grundsätzliche Einwände

Selbst wenn man diese Bedenken einmal beiseite läßt, ergeben sich verfassungsrechtliche Schwierigkeiten. Gäbe es nämlich dem Grundgesetz vorgelagerte, verbindliche Vorstellungen über die Aufgaben des Staates, so würde man in der Bundesrepublik unter einer doppelten Verfassungsordnung leben: Der des Grundgesetzes und der des »Modernen Staates« schlechthin. Die letztere könnte sich alsbald zu einem Superverfassungsrecht entwickeln, das grundgesetzliche Entscheidungen überlagern, ja völlig aus den Angeln heben könnte. Was das bedeutet, wird deutlich, wenn man diesen Gedanken auf den Grundrechtsteil überträgt: Die Inanspruchnahme etwa der Berufsfreiheit könnte daran scheitern, daß man bestimmte Tätigkeiten als sozial unwertig einstuft, weil sie

dem »Modernen Staat« widersprechen und deshalb von vornherein keinen Grundrechtsschutz genießen⁷, oder daß man Tarifautonomie und Streik im öffentlichen Dienst generell verbietet, weil zum »Modernen Staat« notwendigerweise eine ausschließlich hierarchisch aufgebaute, an Befehl und Gehorsam orientierte Verwaltung gehöre⁸. Eine derartige Relativierung des Verfassungsrechts kann nicht hingenommen werden, da sie dem Geltungsanspruch des Grundgesetzes widerspricht und die Entscheidung über das, was als »Gesamtverfassung« in einem bestimmten Gemeinwesen gilt, denjenigen überläßt, die mächtig und einflußreich genug sind, ihren Vorstellungen vom »Modernen Staat« oder vom Staat schlechthin zu allgemeiner Anerkennung zu verhelfen. Die Frage nach dem Gegenstand von Staatsaufgaben⁹ und der Art ihrer Erledigung kann sich daher nur aus dem Grundgesetz selbst und aus den Vorschriften beantworten, die innerhalb des von ihm gezogenen Rahmens erlassen wurden.

2. Privatisierung als Verstoß gegen die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG?

2.1. Die These Ridders

Wie oben¹⁰ im einzelnen referiert, vertritt Ridder die Auffassung, Art. 15 GG entfalte eine »Sperrwirkung« der Art, daß der Gesetzgeber in Sachen Sozialisierung nicht hinter den Stand zurückgehen dürfe, der bei Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahre 1949 existiert habe. Voraussetzung für diese These ist die Feststellung, daß das Grundgesetz eine Kompromißverfassung darstellt, die gleichermaßen einen sozialistischen wie einen kapitalistischen Entwicklungsweg eröffnet, und deren Ausgangsbedingungen nicht zu Lasten der einen oder anderen Alternative verschoben werden dürfen.

2.2. Kompromißcharakter des Grundgesetzes und Wirtschaftsordnung

Zustimmung verdient zunächst der Ausgangspunkt: Das Grundgesetz ist von seiner Entstehung wie seinem Inhalt her eine Verfassung, die sowohl bürgerlich-kapitalistische Elemente als auch sozialstaatlich-sozialistische Elemente in sich aufnimmt. Als Beispiel für das erstere mag die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG und das Fehlen eines Rechts auf Arbeit stehen; als Anwendungsfall des letzteren wären neben der Sozialstaatsklausel und der Koalitionsfreiheit die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG zu nennen. Dieser Kompromißcharakter des Grundgesetzes findet seine Erklärung in der damaligen Machtverteilung zwischen bürgerlich-kapitalistischen und sozialistischen Kräften, die sich etwa daran zeigte, daß nach den im Parlamentarischen Rat und in den Länderparlamenten herrschenden Mehrheitsverhältnissen die Verfassung nur zustande kommen konnte, wenn ihr sowohl die SPD als auch die CDU ihre Zustimmung gaben¹¹. Ein wesentlicher, ja vielleicht der wesentlichste Bestandteil dieses Kompromisses lag darin, daß er die Bestimmung der Wirtschaftsordnung der weiteren politischen Entwicklung überließ, daß das Grundgesetz – wie das Bundesverfassungsgericht seither in ständiger Rechtsprechung betont¹² – »wirtschaftsverfassungsrechtlich neutral« war und ist. Innerhalb des durch die Grundrechte gezogenen Rahmens können Parlament und Regierung daher jede ihnen sinnvoll erscheinende Wirtschaftspolitik betreiben. Das bedeutet, daß der tatsächlich eingeschlagene Weg einer »sozialen Marktwirtschaft« verfassungskonform war, daß es aber auch zulässig gewesen wäre, sich statt dessen für eine gemeinwirtschaftliche Ordnung mit hohem Staatsanteil an der Wirtschaft und umfassenden Mitbestimmungsrechten der Bürger wie der Beschäftigten zu entscheiden.

Aus dieser »Offenheit« des Grundgesetzes¹³ wurde nun weiter mit Recht der Schluß gezogen, die Verfassungs- und Wirtschaftsordnung dürfe nicht in einer Weise umgestaltet werden, »die einer evtl. künftigen Majorität die Chance verstellt, eine sozialistische Gesellschaftsordnung an die Stelle der bestehenden spätkapitalistischen

Gesellschaftsordnung zu setzen«¹⁴. Die Wahlfreiheit des Gesetzgebers und anderer politischer Instanzen muß demnach auf Dauer gewahrt bleiben, was einer rechtlichen Verfestigung der kapitalistischen Wirtschaftsordnung erhebliche (wenn auch bisher kaum benannte) Grenzen zieht. Insbesondere dürfen Verfassungsbestimmungen nicht »marktwirtschaftskonform« oder »gemeinwirtschaftskonform« interpretiert werden, da sie einerseits der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers Schranken setzen, andererseits aber gerade durch ihre »Neutralität« die Wahlmöglichkeit der politischen Instanzen innerhalb des durch sie bestimmten Spielraums absichern. Konkret bedeutet dies, daß Art. 15 GG nicht »marktwirtschaftskonform« zu einem bloßen Rechtstitel für die Sozialisierung von Verlusten umfunktioniert werden darf¹⁵, sondern daß er als eine Garantie dafür anzusehen ist, daß der Gesetzgeber unter veränderten politischen Bedingungen für eine gemeinwirtschaftliche Ordnung votieren kann.

2.3. Privatisierungsverbot als notwendige Voraussetzung künftiger Sozialisierung?

Auch auf der Basis dieser – in der Literatur übrigens sehr kontroversen¹⁶ – Ausgangsüberlegungen läßt sich entgegen Ridder jedoch kein allgemeines Privatisierungsverbot begründen: Wahlfreiheit des Gesetzgebers verlangt nicht, daß der einmal vorhandene Vermögensbestand unter allen Umständen erhalten bleiben muß. Sie ist vielmehr auch dann gewahrt, wenn der Staat seine (unter Umständen sehr) relative Unabhängigkeit von wirtschaftlicher Macht auf andere Weise sichert; so kann er etwa nach Art eines Großunternehmens Investitionen von einer Branche in eine andere verlagern oder sozialstaatlichem Auftrag entsprechend in Bereichen aktiv werden, wo dies aus Gründen der Wirtschaftsstruktur besonders notwendig ist. Inhaltlich setzt die Erhaltung einer einmal erreichten Entscheidungsfreiheit lediglich die Aufrechterhaltung einer entsprechenden Steuerkapazität und eines entsprechenden Finanzvolumens voraus. Weiter sind in den Arbeiten des

Parlamentarischen Rates keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß Art. 15 GG konkrete Vermögensgegenstände (mit-) schützen wollte¹⁷. Entgegen Grabbe¹⁸ läßt sich dies auch nicht mit den Vorschriften der Art. 134 und 135 GG begründen, die lediglich die Rechtsnachfolge in vorhandenes Staatsvermögen regeln, über dessen weiteres Schicksal jedoch keine Aussage treffen¹⁹.

2.4. Staatseigentum als öffentliches Eigentum?

Für ein solches Ergebnis spricht schließlich, daß das Grundgesetz neben dem gemeinwirtschaftlichen eben auch den tatsächlich gewählten kapitalistischen Entwicklungsweg zuläßt und dem Staat deshalb nicht von vornherein die Möglichkeit versperren kann, mit Teilen seines Vermögens nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen zu verfahren, sie zu veräußern, an ihrer Stelle neue Gegenstände zu erwerben usw. So hat das Grundgesetz – im Gegensatz etwa zum Recht der DDR²⁰ – bezeichnenderweise an keiner Stelle das bestehende oder über Art. 15 GG in Zukunft neu geschaffene Gemeineigentum für »unantastbar« oder für »unveräußerlich« erklärt; auch insoweit hat deshalb der Gesetzgeber volle Entscheidungsfreiheit. Von dieser hat er nur für einen ganz engen Bereich in der Weise Gebrauch gemacht, daß er öffentliches Eigentum geschaffen hat, das nicht den Regeln über das Privateigentum unterliegt und das deshalb grundsätzlich unveräußerlich ist. So bestimmt etwa § 4 a Abs. 1 des Hamburgischen Wassergesetzes²¹:

»Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft, die von den Deichverbänden im Rahmen ihrer durch Gesetz und Satzung geregelten Aufgaben, im übrigen von der Wasserbehörde ausgeübt wird. Die im öffentlichen Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des Bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, finden keine Anwendung.«

Außerhalb dieser Sonderfälle²² bleibt es nach geltendem Recht jedoch bei den Regeln des BGB; auch Staatseigentum kann in fremde Hände übergehen. Daß die staatliche Autonomie dabei

keinen effektiven Schaden erleidet, will das Haushaltsrecht verhindern; zu diesem Zweck enthält es das Verbot, öffentliches Vermögen unter dem Verkehrswert abzugeben oder gar zu verschleudern. Es ist seine Aufgabe – und nicht die des Art. 15 GG –, den Staat vor einem »Totalausverkauf« zu bewahren. Im Ergebnis bestehen daher keine eigentumsrechtlichen Einwände gegen die VW-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts²³, das richtig auf die wirtschaftsverfassungsrechtliche Neutralität des Grundgesetzes abstellte²⁴. Eine Bestätigung findet diese Auffassung in der Praxis des Bundes, der nach den Angaben von Konrad in der Zeit bis 1967 in 105 Fällen Vermögen »privatisierte«²⁵, sich jedoch nach einer Meldung der »Wirtschaftswoche« seit 1970 bei 153 Unternehmen neu einkaufte und der Anfang 1975 an insgesamt 850 Firmen mit mindestens 25% beteiligt war²⁶.

2.5. Kein genereller staatlicher Funktionsschutz aus Art. 15 GG

Auch wenn man dem nicht zustimmen und Art. 15 GG im Sinne eines allgemeinen Verbots der Privatisierung von Vermögen der öffentlichen Hand interpretieren würde, wäre im übrigen die heute aktuelle Problematik nur zu einem kleineren Teil gelöst. Die der Sozialisierung unterliegenden und deshalb angeblich von jedem Übergang in Privathand ausgeschlossenen »Produktionsmittel« erfassen nach traditioneller Auffassung nur Sachgüter wie Maschinen, Gebäude usw.; wie schon das Wort andeutet, ist nicht an die bloße Erbringung von Dienstleistungen gedacht. Nach richtiger, aber bestrittener Auffassung erfaßt Art. 15 GG allerdings auch Banken und Versicherungen, so daß die Anteilsrechte an den entsprechenden Aktiengesellschaften in Gemeineigentum überführt werden können²⁷. Damit allein ist jedoch z. B. für die Privatisierung von Reinigungsdiensten oder Wäschereien relativ wenig gewonnen: Bei ihnen geht es der Sache nach nicht darum, die benutzten »Produktionsmittel« wie Eimer, Bohnermaschinen oder Trockenautomaten dem Staat oder der Kommune zu erhalten; entscheidend kommt es vielmehr darauf an, ob die öffentliche

Hand eine bestimmte Funktion auch in Zukunft erfüllen will. Selbst wenn man auch den bescheidensten Vermögensgegenstand für unveräußerlich erklären wollte, könnte man damit allein nicht verhindern, daß der Staat oder die Gemeinde bestimmte Tätigkeiten einstellen und ein Privatunternehmer mit eigenen »Produktionsmitteln« entsprechende Dienstleistungen anbieten würde. Eine Privatisierung wäre nur dann definitiv ausgeschlossen, wenn man aus Art. 15 GG einen umfassenden Schutz einmal ausgeübter staatlicher Funktionen ableiten würde. Dies wird allerdings schwerlich möglich sein. Der Wortlaut deckt eine solche Auslegung nicht, das Ergebnis wäre widersinnig, da es jede Veränderung der Staatstätigkeit von einem Gesetz und der Wahrung bestimmter inhaltlicher Voraussetzungen abhängig machen würde. Die Erweiterung des staatlichen Aufgabenbereichs kann sicherlich Rechtsprobleme aufwerfen, doch werden diese vorwiegend im Rahmen des Wettbewerbsrechts²⁸ und im Zusammenhang mit der Begründung von Verwaltungsmonopolen²⁹ zu lösen sein. Ist Art. 15 GG für die Erweiterung staatlicher Funktionen als solcher aber gar nicht einschlägig, so kann auch ihr Abbau schwerlich an dieser Vorschrift scheitern.

3. Die Erledigung von Verwaltungsaufgaben durch Private – ein Verstoß gegen die Art. 83 ff. GG?

3.1. Die Thesen von Wilhelm Reuß

Wilhelm Reuß hat schon in den 50er Jahren die Auffassung vertreten³⁰ und in jüngerer Zeit erneut bekräftigt³¹, daß Hoheitsrechte nicht auf Private übertragen werden dürfen: Die Art. 83 ff. GG würden als gesetzsvollziehende Organe nur die Verwaltung des Bundes und der Länder einschließlich juristischer Personen des öffentlichen Rechts kennen; von Privatrechtssubjekten sei dort auch nicht andeutungsweise die Rede. Die Beleihung privater Verbände oder einzelner Personen mit staatlicher Gewalt sei ein Relikt aus der Feudalzeit und lasse sich mit der Verfassungsstruk-

tur der parlamentarischen Demokratie nicht vereinbaren³². Trotz des Widerspruchs, den diese Auffassung in der Literatur erfahren hat³³, könnte sie einen wichtigen Beitrag zur Lösung des Privatisierungsproblems darstellen: Im Jahre 1961 entwickelte nämlich das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, die Art. 83 ff. würden grundsätzlich auch die gesetzessfreie Verwaltung erfassen; soweit wie bei Rundfunk und Fernsehen eine »öffentliche Aufgabe« wahrgenommen werde, komme es nicht einmal darauf an, ob sich der Staat öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Mittel bediene³⁴. Ist der These von Reuß daher im Grundsatz zuzustimmen, so wäre unter Umständen auch die Privatisierung von Dienstleistungen, die bislang in privatrechtlicher Form erbracht wurden, von vornherein verfassungswidrig.

3.2. Das Schweigen des Grundgesetzes

Unbestreitbar ist zunächst die Tatsache, daß das Grundgesetz die Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private an keiner Stelle erwähnt. Aus diesem Schweigen jedoch auf ein generelles Verbot zu schließen, erscheint schon angesichts der traditionellen Einschaltung Privater in so wesentliche Bereiche wie Gesundheitsfürsorge und Energieversorgung näherer Begründung bedürftig. Auch ein Hinweis auf Art. 7 Abs. 4 GG führt nicht weiter. Zwar läßt er Privatschulen zu und legt damit die Erfüllung wichtiger öffentlicher Aufgaben in die Hand von Privaten, doch läßt sich diese Regelung weder in der einen noch in der anderen Richtung verallgemeinern: Die Teilhabe Privater soll ein absolutes Staatsmonopol im Erziehungssystem verhindern, sagt aber nichts darüber aus, ob andere Verwaltungsaufgaben allein in staatlicher Regie zu erfüllen sind oder ob sie auf Private übertragen werden können. Art. 7 Abs. 4 schützt ein Stück Privatheit, während es hier um die Frage geht, ob andere Sachgebiete in die »Privatheit« entlassen werden dürfen.

3.3. Fragwürdige Begründung der »herrschenden Meinung«

Die weit überwiegende Meinung sieht in den Art. 83 ff. GG lediglich Kompetenznormen für das Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern, die keine Aussage über die Art und Weise der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben treffen³⁵. Die Möglichkeit zur Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private entspreche einer langen staatsrechtlichen Tradition Deutschlands; sie gehöre zum »vorverfassungsmäßigen Gesamtbild«, an dem die Art. 83 ff. ihres beschränkten Geltungsanspruchs wegen nichts geändert hätten³⁶. Dies vermag für sich allein jedoch die Auffassung von Reuß nicht zu widerlegen, da es auf zwei durchaus zweifelhaften Prämissen aufbaut. Zum einen haben – wie Dittmann dargelegt hat³⁷ – die Art. 83 ff. auch organisationsrechtliche Bedeutung, da sie z. B. in den Fällen des Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG (Bundesbahn, Bundespost u. a.) die Errichtung einer eigenständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts ausschließen. Zum anderen ist der Rückgriff auf das vorverfassungsmäßige Gesamtbild ein methodisch äußerst anfechtbares Vorgehen, da es eine vom Grundgesetz *rezipierte* Tradition voraussetzt³⁸. Gegen eine solche Kontinuitätsvorstellung steht die Aussage der Präambel, für eine Übergangszeit eine »neue Ordnung« schaffen zu wollen, gegen sie steht die »therapeutische« Funktion des Grundgesetzes, das sich nicht nur vom Nationalsozialismus bewußt distanzierte, sondern das auch jenen Teilen der Weimarer Verfassung skeptisch gegenüberstand, die den Übergang zum Faschismus erleichtert hatten³⁹. Mit Recht hat Böckenförde auch die staatsorganisatorischen Vorschriften in diese Grundausrichtung einbezogen und es deshalb ausdrücklich abgelehnt, die Organisationsgewalt der Exekutive auf die Verfassungstradition zu stützen⁴⁰. Warum bei der Übertragung von Verwaltungsaufgaben auf Private anderes gelten soll, ist nicht ersichtlich, zumal der Hinweis von Reuß auf den »feudalen« Charakter einer pluralisierten Staatsgewalt die Fragwürdigkeit einer solchen Tradition zusätzlich unterstreicht.

3.4. Fragmentarischer Charakter der Art. 83 ff. GG

Gleichwohl wird man der herrschenden Meinung im Ergebnis zustimmen müssen. Wie Steiner im einzelnen dargelegt hat, wäre angesichts der Skepsis der Alliierten gegenüber einer öffentlich-rechtlich organisierten Wirtschaftssteuerung wie sie im Dritten Reich in der Form von Zwangssyndikaten bestanden hatte, ein ausdrückliches Verbot der Übertragung von Hoheitsbefugnissen erklärbar gewesen⁴¹. Wenn es unterblieb, so deshalb, weil die Alliierten hier offensichtlich keinen Anlaß für eine ausdrückliche Fixierung ihrer Vorstellungen sahen. Daß die Art. 83 ff. GG wie auch andere Grundgesetzvorschriften die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private nicht erwähnen, läßt sich am ehesten damit erklären, daß ihr in der damaligen wie der heutigen Staatspraxis jedenfalls in quantitativer Hinsicht keine besonders große Bedeutung zukommt. Ihre Zulässigkeit wurde daher nicht als »Verfassungsfrage« angesehen, sondern der weiteren Entwicklung des Verwaltungsrechts überlassen⁴². Insofern erging es der »Beileihung« nicht anders als der sehr viel wichtigeren Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch staatliche oder kommunale Eigengesellschaften, die im Grundgesetz gleichfalls nicht erwähnt werden⁴³. Die Art. 83 ff. GG haben daher fragmentarischen Charakter und stellen nicht etwa eine umfassende Regelung der Verwaltungsorganisation dar. Ein Gebot, Verwaltung nur durch Behörden zu praktizieren, enthalten sie nicht. Das schließt nicht aus, daß sie gleichwohl vom Regelfall einer staatseigenen Organisation ausgehen – ein Indiz, das im Zusammenhang mit anderen Verfassungsbestimmungen Bedeutung gewinnen kann.

4. Verbot der Privatisierung von Hoheitsaufgaben wegen Art. 33 Abs. 4 GG?

Nach Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe »in der Regel« Angehörigen des öffentlichen Dienstes übertragen, die in einem öffentlich-rechtli-

chen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Dies legt den Schluß nahe, daß Aufgaben, die ihrer Bedeutung wegen nicht einmal allen Arten von öffentlichen Bediensteten anvertraut werden dürfen, erst recht nicht der Übertragung auf Private zugänglich sind. In der Tat ist sich die juristische Literatur im wesentlichen einig, daß Art. 33 Abs. 4 GG der Privatisierung gewisse Schranken setzt⁴⁴, doch besteht ebenso große Übereinstimmung darüber, daß sich diese Schranken einer exakten begrifflichen Erfassung entziehen⁴⁴. Die Schwierigkeiten werden dadurch vergrößert, daß die Handhabung des Art. 33 Abs. 4 GG in der Verwaltungspraxis durchaus als »großzügig« zu bezeichnen ist; in beträchtlichem Umfang werden bekanntlich auch solche hoheitlichen Aufgaben durch Arbeiter und Angestellte wahrgenommen, die wie die Tätigkeit der Post auf Dauer angelegt sind⁴⁵. Dennoch läßt sich aus Art. 33 Abs. 4 GG der Schluß ziehen, daß die Übertragung von Hoheitsaufgaben auf Private die Ausnahme bleiben muß. Mag es noch angehen, daß man Arbeiter und Angestellte mit ständigen Hoheitsaufgaben betraut, weil sie erfahrungsgemäß nicht weniger zuverlässig als Beamte sind, und weil sich das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes und das Beamtenrecht sowieso aufeinander zu entwickeln⁴⁶, so fehlt jede Rechtfertigung für eine solche »Auflockerung«, wenn es um die Privatisierung von Aufgaben geht: Ihrer andersartigen Interessenlage wegen kann von Privatunternehmern nicht von vornherein dasselbe Maß an Loyalität erwartet werden, schlägt sich bei ihnen doch eine mangelhafte Pflichterfüllung – anders als beim Arbeitnehmer – häufig zunächst in besseren Erträgen nieder. Auch stehen im Falle von Pflichtverletzungen oft nicht dieselben Sanktionen zur Verfügung. Aus diesen Gründen muß das in Art. 33 Abs. 4 GG vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis hier sehr ernst genommen werden⁴⁷. Mehr als ein solcher »Ausnahmekarakter« der Privatisierung von Hoheitsaufgaben läßt sich allerdings nicht konstatieren.

5. Zusammenfassung

Die Frage, ob die Privatisierung öffentlicher Aufgaben zulässig ist, beantwortet sich ausschließlich nach dem Grundgesetz und anderen geltenden Vorschriften; ein Rückgriff auf vorgegebene originäre Staatsaufgaben ist nicht möglich.

Art. 15 GG enthält kein Verbot der Privatisierung, da er eine Verwaltung von Staatsunternehmen nach kapitalistischen Grundsätzen und somit auch ihre Veräußerung nicht ausschließt. Auch trifft er keine Aussage, ob der Staat bestimmte Dienstleistungsfunktionen erfüllen muß.

Weiter schließen die Vorschriften über den Verwaltungsaufbau (Art. 83 ff. GG) sowie der Funktionsvorbehalt nach Art. 33 Abs. 4 GG die Privatisierung nicht generell aus. Die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben durch Private muß jedoch eine Ausnahmeerscheinung bleiben.

§ 5: Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip als Schranken der Privatisierung

1. Demokratisches Prinzip und Verwaltungsorganisation

Nach Art. 20 Abs. 1 GG ist die Bundesrepublik ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. In ihr geht – wie Art. 20 Abs. 2 GG fortführt – »alle Staatsgewalt« vom Volke aus. Dieses übt sie in »Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung« aus. Art. 79 Abs. 3 GG verbietet insoweit jede Verfassungsänderung.

Ergeben sich daraus irgendwelche Anhaltspunkte oder gar konkrete Konsequenzen für die organisatorischen Voraussetzungen, die bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben gegeben sein müssen? Volkssouveränität wie demokratisches Prinzip verlangen, daß sich der Wille der wahl- und abstimmungsberechtigten Bevölkerung in der Staatstätigkeit niederschlagen muß. Dies bedeutet einmal inhaltliche Ausrichtung an den Entscheidungen des Parlaments, das dem Grundsatz der repräsentativen Demokratie entsprechend während einer Wahlperiode zur verbindlichen Bestimmung des vom Volk Gewollten, d. h. des Gesamtinteresses befugt ist¹. Zum zweiten folgt daraus, daß die »Amtswalter« einer demokratischen Legitimation bedürfen, d. h. ihre Ernennung einer Instanz verdanken müssen, die ihrerseits direkt oder vermittelt über weitere Personen von der Volksvertretung ausgesucht oder vom Volk gewählt sind². Schließlich setzt Art. 20 Abs. 1 und 2 GG einen politischen Prozeß voraus, der sich auf der Basis der Presse- und Versammlungsfreiheit sowie sonstiger Kommunikationsgrundrechte entfalten kann und der sich nicht in der Durchführung von Wahlen und Abstimmungen erschöpft³ – eine ganz entscheidende Ergänzung des Repräsentativ-Prinzips, die im vorliegenden Zusammenhang allerdings ohne unmittelbare Relevanz bleibt.

Die »Anbindung« der Staatstätigkeit an den Volks- bzw. Parlamentswillen sowie die Auswahl der Amtswalter sagt noch nichts

darüber aus, ob nur Beamte und andere öffentliche Bedienstete oder ob auch Private mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut werden dürfen. Ob beispielsweise die Gefahrenabwehr staatlichen Behörden oder privaten Instanzen überlassen wird, ist vom demokratischen Prinzip her nicht von vornherein eindeutig determiniert. Dieses verlangt allerdings, daß auch bei privater Funktionserfüllung der Volkswille beachtet und in die Realität umgesetzt wird. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG enthält deshalb eine entscheidende Vorgabe für die Verwaltungsorganisation: Ausgeschlossen sind Strukturen aller Art, die eine »Brechung« oder »Verbiegung« dieses Willens ermöglichen oder erleichtern⁴.

Im Rahmen der staatlichen Verwaltung wird diesem Grundsatz hauptsächlich durch das Hierarchieprinzip Rechnung getragen, das der gewählten (und damit demokratisch legitimierten) Regierung umfassende Weisungsbefugnisse sichern soll⁵. Bei der Einschaltung Privater scheidet eine vergleichbare Weisungsabhängigkeit in aller Regel aus; statt dessen muß hier mit anderen Mitteln wie z. B. einer weitgehenden Kontrolle oder einer periodischen Überprüfung der Eignung ein ähnlicher Effekt erreicht werden. Art. 20 Abs. 1 und 2 GG wären jedenfalls dann verletzt, wenn der Privatunternehmer zu Bedingungen tätig werden könnte, die ihm die primäre Verfolgung eigener Interessen zu Lasten des von den politischen Instanzen bestimmten Gemeininteresses gestatten würden.

Ohne Bedeutung ist, ob die in concreto in Frage stehende Tätigkeit zur »Eingriffsverwaltung« oder zur »Leistungsverwaltung« zählt. Dies rechtfertigt sich einmal damit, daß die Abgrenzung beider Bereiche in vielen Fällen schwer möglich ist, ja bisweilen willkürlich erscheint; so läßt sich etwa die Tätigkeit der Polizei als »Bereitstellung« des öffentlichen Gutes »Sicherheit«, die Stromsperre dagegen als »Eingriff« im klassischen Sinn verstehen. Wichtiger ist allerdings der zweite Punkt: Die Gewährung staatlicher Leistungen ist in den letzten Jahrzehnten immer bedeutsamer geworden, ja sie hat für die überwältigende Mehrheit der Mitbürger existenzielle Bedeutung gewonnen, so daß es völlig sinnwidrig wäre, sie von demokratischer Kontrolle auszunehmen. Dies gilt gerade auch dann, wenn man mit einem Teil der Literatur für die

Leistungsverwaltung keinen Gesetzesvorbehalt verlangt⁶: Scheidet diese traditionelle Form parlamentarischen Einflusses aus, so muß um so eher nach kompensatorischen Mechanismen gesucht werden, die eine »Verselbständigung« einzelner Teile des Staatsapparats verhindern^{6a}.

2. Rechtsstaatsprinzip und Verwaltungsorganisation

Eine weitere Schranke für die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private könnte sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergeben. Obwohl nicht in Art. 20 GG (sondern nur in Art. 28 Abs. 1 GG) ausdrücklich erwähnt, kommt ihm für die Art und Weise der Umsetzung und Realisierung des Volks- bzw. Parlamentswillens zentrale Bedeutung zu: Die im politischen Prozeß definierten Ziele dürfen nicht mit beliebigen (z. B. besonders effizienten⁷), sondern eben nur mit rechtsstaatlichen Mitteln erreicht werden⁸.

2.1. Gewaltenteilungsgrundsatz

Eine wesentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist die in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 ausdrücklich festgeschriebene Gewaltenteilung, deren »Organisationsbezug« unmittelbar auf der Hand liegt. Vom Wortlaut der Bestimmung her könnte man an sich zweifeln, ob damit nicht jede Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private ausgeschlossen ist, da nur Legislative, Exekutive und Judikative als »Organ« Erwähnung finden. Damit würde der Gewaltenteilungsgrundsatz nach allgemeiner Auffassung jedoch überinterpretiert: Er will lediglich eine wechselseitige Kontrolle durch die drei Gewalten sicherstellen und die Entstehung einer omnipotenten Instanz verhindern, trifft jedoch keine Aussage über die interne Ordnung der einzelnen Gewalten⁹. Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wäre erst dann verletzt, wenn von einer selbständigen Gewalt nicht mehr die Rede sein könnte, weil der wesentlichste Teil ihrer Aufgaben auf private Träger übertragen worden wäre. Würde man etwa alle

zivilrechtlichen Streitigkeiten privaten Schiedsgerichten zuweisen und diese auch mit der Anordnung von Vollstreckungsmaßnahmen betrauen, so wäre diese Voraussetzung sicherlich gegeben. Dasselbe gilt, wenn Verwaltungsaufgaben grundsätzlich durch Private und nur ausnahmsweise durch Behörden erfüllt würden. Insoweit spricht das Prinzip der Eigenständigkeit der Exekutive¹⁰ sehr viel mehr für die umgekehrte Regel, die oben¹¹ bereits aus Art. 83 ff. und aus Art. 33 Abs. 4 GG abgeleitet wurde: Die behördeneigene Verwaltung muß der Normalfall, die Einschaltung des Privaten die Ausnahme sein.

2.2. Kontrolle staatlicher Entscheidungen

Eine weitere, möglicherweise für unsere Untersuchung ungleich relevantere Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips liegt in der Kontrolle und Überprüfbarkeit der in Erfüllung öffentlicher Aufgaben getroffenen Entscheidungen.

2.2.1. Für nachträgliche »Gegenmaßnahmen« ist diese Feststellung eine pure Selbstverständlichkeit: Der Bürger muß sich durch Anrufung der Gerichte zur Wehr setzen können (Art. 19 Abs. 4 GG), bei schuldhaftem Fehlverhalten einzelner Funktionsträger muß er Schadensersatz erhalten können (Art. 34 GG). Für die Fälle der Privatisierung bedeutet dies, daß sich auch der Private einer gerichtlichen Überprüfung seines Verhaltens gefallen lassen muß und diese nicht durch »Benutzungsbedingungen« ausschließen oder erschweren darf¹². Auch geht es nicht an, den von Art. 34 GG bestimmten Haftungsstandard zu unterschreiten, indem dem Bürger ein wenig solventer Privater als potentieller Schadensersatzschuldner präsentiert wird¹³.

2.2.2. Die Kontroll- und Überprüfungsmöglichkeiten beschränken sich nun allerdings nicht auf derartige nachträgliche Behelfe, zumal sie in vielen Fällen zu spät kommen könnten. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt vielmehr auch einen *präventiven* Schutz des Bürgers:

Die Exekutive muß von vornherein so organisiert sein, daß die Grundrechte und Freiheiten des einzelnen im Rahmen des irgend Möglichen respektiert werden¹⁴. Das bedeutet, daß Sachgerechtigkeit, Unparteilichkeit und Uneigennützigkeit der Amtsführung nicht nur abstraktes Postulat bleiben dürfen, sondern durch entsprechende institutionelle Vorkehrungen gesichert werden müssen. Dazu gehört etwa eine entsprechende Ausgestaltung des Dienstrechts, dazu gehört auch der Ausschluß von Bewerbern, die aller Voraussicht nach nicht die rechtsstaatlich notwendige Objektivität aufbringen werden, sondern sich primär von sachfremden, subjektiven Erwägungen leiten lassen¹⁵. Das Rechtsstaatsprinzip sichert so nicht nur in effizienter Weise die Freiheit des Bürgers ab, sondern sorgt auch dafür, daß das von Parlament und Regierung definierte Gesamtinteresse seinen Niederschlag in der Verwaltungspraxis findet. Rechtsstaats- und Demokratieprinzip treffen sich insoweit im praktischen Ergebnis – wobei nicht auszuschließen ist, daß die aus dem Schutz des Bürgers abgeleiteten Anforderungen an die Verwaltungsorganisation entwickelter und ausdifferenzierter sind als die zur Durchsetzung des Volks- bzw. Parlamentswillens konzipierten. Wo die Ursachen dieses Ungleichgewichts liegen, kann ihrer anderen Zielsetzung wegen nicht im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersucht werden.

2.2.3. Was bedeutet der Präventivschutz des Bürgers konkret? Wie am Beispiel der Hoheitsverwaltung deutlich gemacht wurde, ist das Rechtsstaatsprinzip insbesondere dann verletzt, wenn partikulare oder private Interessen die Aufgabenerfüllung überlagern oder völlig bestimmen¹⁶. Dies ist etwa beim Vormund der Fall, der über die Anstaltsunterbringung seines Mündels zu entscheiden hat: Da die Gefahr nie auszuschließen ist, daß er sich lediglich lästiger Pflichten entledigen will, ist er in diesem Punkt ein ungeeigneter Sachwalter; konsequenterweise verlangt die Rechtsprechung deshalb eine Entscheidung durch das Vormundschaftsgericht¹⁷. Die Unterbringungsentscheidung ist anders als die Erziehungsaufgabe nicht »privatisierungsfähig«. Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn das Enteignungsrecht auf ein Privatunternehmen übertragen

wird oder wenn Privatschulen Diplome erteilen¹⁸. In aller Regel reicht in solchen Fällen auch eine intensive Staatsaufsicht nicht aus; eine sachgerechte und uneigennützigere Aufgabenerfüllung ist nur dann gewährleistet, wenn die Entscheidungen von der öffentlichen Hand selbst getroffen werden. Konsequenterweise weitergedacht bedeutet dies, daß sämtliche öffentlichen Aufgaben von einer Übertragung auf Private ausgenommen sind, besteht doch immer die Gefahr, daß egoistische Interessen durchschlagen: Sieht man einmal von kirchlichen und gemeinnützigen Organisationen ab, so verfolgt der Private immer Gewinninteressen, ja er ist sogar vom Markt her gezwungen, dies zu tun. Das bedeutet, daß er immer dazu tendieren wird, nur soviel Leistung zu erbringen, wie dies zur Vermeidung von Unzuträglichkeiten erforderlich ist. Nicht die Realisierung des von den politischen Instanzen bestimmten Gesamtinteresses^{18a}, sondern ein möglichst hohes Maß an Rentabilität wird im Vordergrund seiner Erwägungen stehen. Die öffentliche Aufgabe wird – polemisch gesprochen – zu einer privaten Pfründe.

Der Gegensatz Gesamtinteresse – Einzelinteresse sollte dennoch nicht unzulässig verabsolutiert werden. So kann es Fälle geben, in denen die Gefahr einer Denaturierung nur wenig zu Buche schlägt. Zu denken ist etwa an relativ stark technisierte Arbeitsgänge (Beispiel: Druckereibetrieb), wo es vom »output« her schwerlich einen Unterschied macht, ob sie sich in öffentlicher oder in privater Hand befinden. Doch schon beim Reinigungsdienst ist dies anders: Wie die vorliegenden empirischen Untersuchungen bewiesen haben¹⁹, führt das Rentabilitätsstreben des Privatunternehmers häufig zu einer sichtbaren Herabsetzung der Leistung. Erst recht wird das wenig rechtsstaatliche Verhalten von »Werkschützern« beklagt²⁰, die in gewissem Umfang die Funktion einer Privatpolizei erfüllen, die ihre Existenz jedoch nicht einer Privatisierungsmaßnahme im eigentlichen Sinne verdanken²¹. Völlig auszuschließen werden rechtsstaatliche Defizite jedenfalls nie sein.

2.2.4. Gilt dies alles auch dann, wenn es nicht um die Übertragung von Hoheitsgewalt, sondern um die Erbringung staatlicher Leistungen geht? Ebenso wie im Rahmen des Demokratieprinzips

besteht auch hier kein Anlaß, zwischen den verschiedenen Formen des staatlichen Verhaltens gegenüber dem Bürger zu differenzieren²²: Auch hier stimmt die Feststellung, daß der einzelne durch den Entzug von Leistungen schwerer getroffen sein kann als durch eine Polizeiverfügung, auch hier besteht die Notwendigkeit, den ggf. fehlenden Gesetzesvorbehalt durch andere rechtsstaatliche Mechanismen zu kompensieren. Eine Ausnahme ist nur für solche Annexaufgaben zu machen, deren Erfüllung der Bürger nicht zu spüren bekommt: Ob der Staat sein Papier selbst herstellt und ggf. eigene Kohle verfeuert oder ob er sich das Nötige auf dem Markt verschafft, ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten ohne Belang²³.

2.3. Zusammenfassung

Das Rechtsstaatsprinzip verlangt, daß jede staatliche Tätigkeit gegenüber dem Bürger durch institutionelle und andere Vorkehrungen von vornherein soweit vorprogrammiert ist, daß allein das Gesamtinteresse sowie die Freiheitsrechte des einzelnen, nicht aber das Eigeninteresse der handelnden Personen maßgebliche Richtschnur sind. Die unterschiedlich hohe Gefahr rechtsstaatlicher Defizite schließt es jedoch nicht von vornherein aus, daß aufgrund besonders wichtiger Erwägungen, insbesondere aufgrund anderer Verfassungsentscheidungen, im Einzelfall die Funktionserfüllung durch Private in Kauf genommen wird. Wann dies der Fall sein kann, wird uns im folgenden Abschnitt beschäftigen, der der Konkretisierung der bisher gefundenen Ergebnisse dienen soll.

3. Privatisierung als Ausnahmeerscheinung

3.1. Der Vorbehalt zugunsten wichtiger politischer Entscheidungen

Der aus Art. 83 ff. GG und aus Art. 33 Abs. 4 GG abgeleitete und vom Demokratieprinzip zumindest nahegelegte Ausnahmecharakter

ter privater Erfüllung öffentlicher Aufgaben²⁴ bedarf der Präzisierung, da er keine sicheren Aussagen über die Grenze zwischen Zulässigem und Unzulässigem erlaubt. Einleuchtend ist einmal die von Steiner gezogene Konsequenz, daß nur eine punktuelle Übertragung staatlicher Kompetenzen, nicht aber eine »Globalzuweisung« erfolgen dürfe²⁵. Weiter ist eine zutreffende Parallele zum sog. ministerialfreien Raum gezogen worden: Nur das, was einem weisungsfreien Ausschuß überlassen werden könne, sei auch der Privatisierung zugänglich²⁶. Anders ausgedrückt bedeutet dies, daß alle Aufgaben von erheblichem politischem Gewicht von der Übertragung auf Private ausgenommen sind.

Wie dieser Teil staatlicher Tätigkeit abzugrenzen ist, erscheint nicht völlig geklärt, doch bieten Rechtsprechung und Literatur wichtige Anhaltspunkte. So darf nach einem Urteil des Bundesverfassungsgerichts die Entscheidung über personelle Angelegenheiten von Beamten nicht einem Ausschuß übertragen werden, der von der Regierung unabhängig ist²⁷. Auf der anderen Seite kann die Entscheidung über Steuereinsprüche sehr wohl an ein solches Gremium delegiert werden²⁸. Im hier interessierenden Bereich ist insbesondere die Verfügung über öffentliche Unternehmen etwa der Energieversorgung oder des Verkehrssektors eine Kompetenz von erheblichem politischem Gewicht. Die Unternehmen erleichtern nicht nur die Erzielung von Einnahmen²⁹, sondern können auch als Instrument der Wirtschaftssteuerung eingesetzt werden. So lassen sie sich beispielsweise für Strukturpolitik³⁰, aber auch zu dem Zweck verwenden, die Entstehung privater Monopole zu verhindern³¹. Insbesondere in Österreich spielen sie zudem eine aktive Rolle auf dem Arbeitsmarkt und tragen wesentlich dazu bei, ein Ansteigen der Arbeitslosigkeit zu verhindern³². Ihre Veräußerung käme einem »Ausverkauf« des Staates bei; eine derartige Reduzierung seiner Steuerskapazität muß an der Verfassung scheitern³³. Die Schwelle des Verfassungswidrigen ist allerdings noch nicht erreicht, wenn nur ein einziges oder einige wenige Unternehmen gegen angemessenes Entgelt veräußert werden. Auch größere Transaktionen wären dann unbedenklich, wenn mit den Erlösen neue Beteiligungen mit vergleichbaren Einflußmöglichkei-

ten erworben würden³⁴. Insofern lassen sich durch den Satz, zentrale politische Entscheidungen dürften nicht an Private übertragen werden, nur solche Privatisierungsversuche erfassen (und illegalisieren), die noch erheblich weiter als die heute erhobenen Forderungen gehen.

3.2. Der Vorbehalt zugunsten rechtsstaatlicher Aufgabenerfüllung

Die relativ geringe praktische Tragweite des Regel-Ausnahme-Verhältnisses macht die weitere Konkretisierung der oben entwickelten rechtsstaatlichen Anforderungen um so dringender³⁵. Bleibt es bei der generellen Unzulässigkeit der Übertragung auf Private wegen möglicher Gefahren für einen rechtsstaatlichen Verwaltungsvollzug oder sind andere Verfassungsbestimmungen vorhanden, die ein gewisses Maß an rechtsstaatlichem »Risiko« im Interesse übergeordneter Gesichtspunkte unumgänglich, zumindest tolerierbar machen? Die Frage zu stellen, besteht um so mehr Anlaß, als es zahlreiche unbestrittene Fälle der Einschaltung Privater in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben gibt. Zu denken ist etwa an die Übertragung polizeilicher Befugnisse auf den Schiffskapitän oder an den Lohnsteuerabzug durch den Arbeitgeber, aber auch an jene Dienstleistungen wie die Müllabfuhr oder den Omnibusverkehr, die in der einen Gemeinde durch einen Privaten, in der anderen durch die Kommune selbst erbracht werden. Müßten nicht in allen diesen Fällen die rechtsstaatlichen Bedenken durchschlagen und zu einer umfassenden Verstaatlichung bzw. Kommunalisierung führen? Eine differenzierende Betrachtung erscheint angebracht.

(a) Zunächst kann sich eine Ausnahme von der verwaltungseigenen Erfüllung öffentlicher Aufgaben dadurch ergeben, daß das Grundgesetz für bestimmte Konfliktfelder eine Selbstregulierung durch die unmittelbar Betroffenen vorsieht³⁶. Dies ist etwa in Art. 9 Abs. 3 GG für die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen geschehen, deren Erhaltung und Verbesserung zwar eine öffentliche Aufgabe ist, deren Erfüllung jedoch primär von dem antagonistischen Zusammenspiel von Arbeitgebern und Gewerkschaften

erwartet wird. Daß dabei in Form demokratischer Binnenstrukturen der beteiligten Organisationen und der Bindung an die Grundrechte der Mitglieder kompensatorische Mechanismen nötig sind, die auch hier rechtsstaatliche Verhältnisse garantieren sollen, liegt auf der Hand³⁷.

(b) Die Herauslösung bestimmter Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung kann sich weiter aus dem Gedanken einer wirksamen Absicherung bestimmter Grundrechte ergeben. So verbietet etwa die Informationsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG einen Staatsrundfunk und ein Staatsfernsehen; den Gefahren einer »Verselbständigung« der Entscheidungsträger gegenüber dem Willen des demokratischen Souveräns sowie der Gefahr einseitiger (und damit das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verletzender) Information soll dadurch vorgebeugt werden, daß alle relevanten gesellschaftlichen Gruppen in den Entscheidungsgremien vertreten sind³⁸.

(c) Über die beiden Gesichtspunkte »Autonomie« und »Grundrechtsschutz« hinaus, die im Prinzip unbestritten sind, ist weiter die Geltung eines allgemeinen staatlichen Subsidiaritätsprinzips bzw. eine Regelung durch die »kleinere Gemeinschaft« möglich ist³⁹. Das bedeutet, daß er bestimmte Zwecke nur verfolgen darf, wenn sie nicht ebenso gut von den unmittelbar Betroffenen erreicht werden können, und daß er auch bei in diesem Sinne legitimen öffentlichen Interessen nur dann selbst tätig werden darf, wenn die Einschaltung und Aktivierung kleinerer Einheiten keinen ausreichenden Erfolg verspricht⁴⁰. Im Ergebnis liefe dies auf eine Pflicht zur Privatisierung in all den Fällen hinaus, in denen private Träger nicht von vornherein offensichtlich ungeeignet sind.

Ein derartiges Subsidiaritätsprinzip aus der Verfassung abzuleiten, ist von der Rechtsprechung jedoch bislang immer abgelehnt worden. Das Bundesverfassungsgericht hat lediglich im Zusammenhang mit einem speziellen Bereich, nämlich der staatlichen Einflußnahme auf das in Art. 6 Abs. 2 GG niedergelegte Erziehungsrecht der Eltern, die Geltung des Subsidiaritätsprinzips erwogen, im Ergebnis jedoch dahinstehen lassen⁴¹. Im Zusammenhang mit der privaten Jugend- und Sozialhilfe tauchte das Stichwort von der

Subsidiarität zwar nicht auf, doch hätte sich die behandelte Frage, ob sich der Gesetzgeber bei der Realisierung sozialstaatlicher Ziele der Hilfe privater Organisationen bedienen darf⁴², gar nicht gestellt, wenn das Gericht von einem Verfassungsgrundsatz der Subsidiarität ausgegangen wäre. Ähnlich negativ sind die Stellungnahmen des Bundesverwaltungsgerichts⁴³, des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs⁴⁴ sowie eines beträchtlichen Teils der Literatur⁴⁵.

Im Ergebnis ist dem aus verschiedenen Gründen zuzustimmen. Zum einen enthält das Grundgesetz ein differenziertes System der Kompetenzverteilung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden, das sich nicht mit dem prinzipiellen Vorrang kleinerer Einheiten rechtfertigen läßt: Nicht alles, was der Bund tun darf, kann sinnvoll nur von ihm (und nicht von den Ländern) erledigt werden, nicht jede Länderkompetenz läßt sich damit rechtfertigen, die Kommunen seien zu einer Erfüllung dieser Aufgaben nicht in der Lage⁴⁶. Zum zweiten gibt es zwar in einzelnen Bereichen – wie etwa beim elterlichen Erziehungsrecht oder bei der Festlegung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen – einen Vorrang gesellschaftlicher Selbstregulierung, doch verbietet sich eine Verallgemeinerung schon aus der Erwägung, daß diese ausdrücklichen Garantien dann überflüssig wären. Zum dritten ist das Subsidiaritätsprinzip seiner Unbestimmtheit wegen kaum geeignet, die gerade im Rahmen des Staatsorganisationsrechts notwendige Rechtssicherheit zu gewährleisten. So wirft seine Anwendung zwar keine wesentlichen Probleme auf, wenn es um territoriale Untergliederungen wie Land – Gemeindeverband – Gemeinde geht, doch ist es äußerst zweifelhaft, wann im Verhältnis zu »rollenbezogenen« Organisationen von einer kleineren Einheit die Rede sein kann. Sind etwa Verbraucherverbände vorrangig zur Wahrung von Konsumenteninteressen berufen, haben die Mitgliedsverbände des DSB den »Vorrang« von staatlicher Sportförderung, obwohl sie mitgliedermäßig zahlreiche Bundesländer übertreffen? Ist die Regelung des Straßenverkehrs primär Sache des ADAC? Die Fragen machen die Unzuträglichkeiten deutlich, die mit einem allgemeinen Subsidiaritätsprinzip verbunden wären. Zum vierten wäre der Staat auf diese Weise zu

einem rein reaktiven Verhalten verpflichtet und könnte nur dort eingreifen, wo sich Mißstände anders nicht beheben lassen. Das aber stünde im Widerspruch zum Sozialstaatsgrundsatz, der unbestrittenmaßen auch eine präventive Sozialpolitik zuläßt. Weiter ließe sich dies nicht mit dem Grundsatz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität rechtfertigen⁴⁷, der eben nicht nur eine nachwächterhafte Wirtschaftspolitik, sondern auch weitgehende Formen von Planifikation zuläßt. Der Hinweis auf das Subsidiaritätsprinzip führt uns daher nicht weiter.

(d) Bedeutet dies, daß es in den o. g. Beispielen etwa des Lohnsteuerinzugs durch den Arbeitgeber oder der Hoheitsbefugnisse des Schiffskapitäns dabei bleibt, daß schnellstens die staatlichen Behörden wieder in ihre Rechte eingesetzt werden müssen? Die Frage zu stellen bedeutet im Grunde, sie zu verneinen. In die Praxis umgesetzt, würde ein solcher Grundsatz bedeuten, daß bei den Finanzbehörden ein *außerordentlicher Mehraufwand* an Arbeit entstehen würde, ohne daß mit sicheren Mehreinnahmen gerechnet werden könnte. Noch extremer wäre die Situation bei Seeschiffen: Auf jedem deutschen Schiff müßte ein öffentlicher Bediensteter mitfahren, obwohl vielleicht im Einzelfall keinerlei öffentliche Aufgaben anfallen oder diese nur einen kleinen Bruchteil eines normalen Arbeitstages in Anspruch nehmen. Ist die bisherige Lösung nicht ungleich »praktischer« und effizienter?

Ob dies von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung ist, erscheint allerdings reichlich zweifelhaft. Ein Rechtsprinzip der Effizienz in dem Sinne, daß die öffentliche Hand immer den Weg zu wählen hätte, der am schnellsten zum Ziel führt, existiert nicht: Es würde dem Rechtsstaatsgrundsatz widersprechen, der die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens auch dann verlangt, wenn sich dies nachteilig auf die Verwaltungsabläufe auswirkt⁴⁸. So wäre es sicherlich »effizienter«, wenn alle Verwaltungsakte unanfechtbar wären und sofort vollzogen würden, doch schließt das rechtsstaatliche Erfordernis der gerichtlichen Überprüfbarkeit (Art. 19 Abs. 4 GG) eine derartige Lösung von vornherein kategorisch aus. Auch ein billiger Zweck kann nicht alle, sondern nur bestimmte Mittel heiligen. Von diesem selbstverständlichen Grundsatz ist die

weitere Frage zu unterscheiden, ob innerhalb des durch das Rechtsstaatsprinzip gezogenen Rahmens das »effizienteste« Mittel eingesetzt werden muß. Sie wird traditionellerweise unter dem Stichwort des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes abgehandelt, der nur dann gewahrt ist, wenn das angewandte Mittel überhaupt geeignet, wenn es für den angestrebten Zweck erforderlich und wenn es auch insoweit verhältnismäßig ist, als die durch seinen Einsatz entstehenden Nachteile nicht deutlich gegenüber dem »Vorteil« der Zweckerreichung überwiegen⁴⁹. Der Tradition des deutschen Verwaltungsrechts entsprechend ist dieses Prinzip bislang primär auf die Eingriffsverwaltung bezogen worden, wo es sich insbesondere im Rahmen des Polizeirechts seit langem durchgesetzt hat. Gleichwohl besteht kein Grund, es auf diesen Bereich zu beschränken: Der möglichst wirksame Einsatz staatlicher Ressourcen ist auch bei der Leistungsverwaltung zwingendes Gebot. Dies ist etwa im Bereich der Krankenversicherung ausdrücklich festgelegt, wo § 182 Abs. 2 RVO von »ausreichender und zweckmäßiger« Krankenpflege spricht, gleichzeitig jedoch betont, sie dürfe das »Maß des Notwendigen« nicht überschreiten. Aber auch außerhalb derartiger eindeutiger Normierungen würde es schwerfallen, einen solchen Grundsatz nicht anzuerkennen, zumal er in Form des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch eine haushaltsrechtliche Bestätigung findet.

(e) Legt man das so verstandene Verhältnismäßigkeitsprinzip im hier interessierenden Zusammenhang zugrunde, so ergeben sich folgende Konsequenzen. Besteht die deutliche Gefahr, daß sich der private Funktionsträger primär an eigenen Interessen orientiert, liegt also eine »Umbiegung« des staatlichen Willens nahe, so kommt der oben skizzierte rechtsstaatliche Grundsatz voll zum Tragen. Genau wie im Beispiel der Anstaltsunterbringung durch den Vormund ist die Einschaltung des Privaten definitiv ausgeschlossen. Anders kann es sich jedoch verhalten, wenn die Gefahr einer »Interessenüberlagerung« gering ist, wenn ein Fehlverhalten z. B. aufgrund bisheriger Erfahrungen in anderen Teilen der öffentlichen Verwaltung mit hoher Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann. In solchen Fällen ist zwar die Erledigung mit eigenen

Mitteln noch immer vorzuziehen, doch ist sie in all jenen Fällen nicht unabdingbar, in denen sie mit unverhältnismäßigem Aufwand oder schädlichen Nebenwirkungen verbunden wäre⁵⁰. Hier kann die Einschaltung eines Privaten insbesondere dann vernünftig sein, wenn die Gefahr einer mangelhaften Aufgabenerfüllung nicht sichtbar höher ist als bei der Erledigung durch eigene Bedienstete, wo sie ja auch nie völlig ausgeschlossen werden kann.

Wann ist die Gefahr eines »Fehlverhaltens« hoch, wann ist sie gering einzuschätzen? Wichtigster Maßstab ist die Existenz eines Eigeninteresses des Amtswalters. Fehlt es wie im Falle des Kapitäns oder des die Lohnsteuer abführenden Unternehmers, so ist sehr viel mehr Vertrauen angebracht, als bei einem Privatunternehmer, für den eine möglichst »knappe« Erfüllung der übernommenen Funktionen mit einem erhöhten Gewinn verbunden ist. Auch bei kirchlich oder weltanschaulich gebundenen gemeinnützigen Trägern wird in der Regel ein »Eigeninteresse« zu Buche schlagen, das allerdings nicht in wirtschaftlichen Zielen, sondern darin besteht, eigenen Überzeugungen möglichst weite Verbreitung zu sichern. Welche Bedeutung dem Kriterium des Eigeninteresses zukommt, wird schlaglichtartig deutlich, wenn man es auf die beiden Beispielfälle überträgt: Ein Kapitän, der an der Ausübung polizeilicher Befugnisse verdienen würde, und ein Arbeitgeber, der an den abgeführten Steuerbeträgen selbst beteiligt wäre, erschiene als zwielichtige Figur. »Privatmann« ist unter rechtsstaatlichen Aspekten nicht gleich Privatmann.

Liegt wie in praktisch allen Privatisierungsfällen ein Eigeninteresse vor, so macht dies die Einschaltung des Privaten allerdings nicht unter sämtlichen denkbaren Umständen unzulässig. Zu berücksichtigen ist nämlich einmal die Art der Tätigkeit, die einen größeren, u. U. aber auch nur einen sehr kleinen Spielraum für die Verfolgung eigensüchtiger Interessen läßt. Zu beachten ist weiter, ob es in ausreichendem Umfang Kontrollmechanismen gibt, die ein »Ausbrechen« des Privaten im Rahmen des Möglichen verhindern. Ihrer großen praktischen Bedeutung wegen sollen diese im nächsten Abschnitt etwas eingehender besprochen werden. Zunächst ist jedoch noch einmal nachdrücklich daran zu erinnern, daß auch bei

effizienter Kontrolle die Einschaltung des Privaten nur dann in Betracht kommt, wenn die Eigenerledigung mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre. Konkret bedeutet dies, daß die öffentliche Hand sich zunächst darum bemühen muß, durch Verwaltungsvereinfachung oder durch Kooperation mit anderen Entscheidungsträgern zu einer Verringerung ihrer Kosten zu kommen, ehe sie die Auslagerung von Aufgaben ins Auge faßt⁵¹. An dieser Erwägung scheidet in der Regel eine Privatisierung von Bereichen, die wie die Müllabfuhr bisher schon teilweise in privater Hand liegen; die Gefahr mangelhafter Funktionserfüllung spielt dagegen im Einzelfall u. U. kaum eine Rolle, so wenn sich ein Müllabfuhrunternehmer bewirbt, der in zwei Nachbargemeinden seit Jahrzehnten unangefochten tätig ist.

4. Staatliche Kontrolle gegenüber dem Privaten

Daß die – ausnahmsweise zulässige – Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private von der öffentlichen Hand kontrolliert werden muß, ist im Ergebnis unbestritten. Neben dem oben als Grundlage herausgearbeiteten Rechtsstaatsprinzip folgt dies auch aus dem Gebot, den Volks- bzw. Parlamentswillen konkret umzusetzen und nicht an der Autonomie privater Funktionsträger enden zu lassen⁵². Dabei macht schon das Fehlen der traditionellen Dienstaufsicht sowie das Recht des Privaten, seinen Betrieb selbst zu organisieren, deutlich, daß die staatliche Leitungsbefugnis erheblich gemindert ist⁵³ und deshalb zusätzliche Kontrolleinrichtungen angezeigt sind. In Anlehnung an die bei der Beleihung entwickelten Grundsätze⁵⁴ liegen sie in der Auswahl des Privatunternehmers (unten 1) und in der Aufsicht über seine Tätigkeit (unten 2). Weiter muß sichergestellt sein, daß die betreffende Aufgabe ggf. wieder in öffentliche Regie rücküberführt werden kann (unten 3).

4.1. Die Auswahl des Privaten

Wer als Privatmann öffentliche Aufgaben erfüllen will, muß hierfür zunächst einmal fachlich, persönlich und »institutionell« geeignet sein. Dies folgt schon aus dem Grundgedanken des Art. 33 Abs. 2 GG, daneben aus der Erwägung, daß nur der Einsatz eines geeigneten Mittels die Abweichung vom Modell der behördeneigenen Verwaltung rechtfertigen kann.

In der Praxis werden bei der *fachlichen Eignung* die relativ geringsten Schwierigkeiten auftauchen, so wenn ein privates Reinigungsunternehmen einige öffentliche Gebäude übernimmt oder wenn eine Schlachtergenossenschaft den Schlachthof weiterbetreibt. Immerhin ist bei neu gegründeten Firmen auch insoweit ein Problem denkbar. Sehr viel kontroverser wird in der Regel die *persönliche Eignung* sein; sie liegt nur vor, wenn der Bewerber von seiner Person her die Prognose erlaubt, er werde in Zukunft seine Aufgaben korrekt erfüllen und sich insbesondere an die einschlägigen Gesetze halten. Dabei sind – wie Steiner im Zusammenhang mit der Auswahl von Beliehenen zu Recht betonte⁵⁵ – sogar strengere Maßstäbe als bei der Einstellung öffentlicher Bediensteter anzulegen, da die Arbeit des Privaten nicht in gleicher Weise wie die des Beamten oder Arbeitnehmers überwacht werden kann. Konkret bedeutet dies, daß die persönliche Zuverlässigkeit fehlt, wenn der Privatunternehmer in der Vergangenheit illegal Ausländer beschäftigte oder wenn er die systematische Verletzung von Arbeitsschutzvorschriften duldete. Bedenken muß man auch dann haben, wenn er seine Kalkulation ausschließlich auf der Verwendung von Teilzeitbeschäftigten aufbaut, die nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen: Ohne Rücksicht darauf, ob man dieses Verhalten insgesamt als rechtswidrig einstuft⁵⁶, läßt es jedenfalls den Schluß zu, der Private werde sich außerordentlich stark an seinem Eigeninteresse orientieren und öffentliche Belange zurücktreten lassen, was ihn im Regelfall für die übernommene Aufgabe disqualifiziert.

Die als nächstes zu prüfende *institutionelle Zuverlässigkeit* fehlt dann, wenn der Unternehmer aufgrund seiner beschränkten Be-

triebsmittel oder seiner finanziellen Situation nicht sicher in der Lage ist, die in Frage stehenden Aufgaben auf Dauer zu erfüllen. So muß sich etwa eine Gemeinde dagegen schützen, daß die Müllabfuhr plötzlich ausfällt, weil über das Vermögen des Privaten der Konkurs eröffnet wurde. Die öffentliche Hand muß daher die Betriebsabläufe überprüfen und insbesondere Einblick in die Steuerbilanz nehmen: Die Sorgfalt, die eine Bank vor der Vergabe eines größeren Kredits aufwendet, sollte auch bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private Anwendung finden. Wenn ein bestimmter Bewerber einen derartigen Blick in seine Karten nicht hinnehmen will, muß er automatisch aus dem Kreis der » Geeigneten « ausscheiden.

4.2. Die Überwachung des Privaten

Staatliche Aufsicht setzt weiter voraus, daß auch der geeignete Privatunternehmer keinen Blankoscheck erhält, sondern in seiner Tätigkeit kontinuierlicher staatlicher Kontrolle unterliegt. Ihre Intensität hängt von der Art der Aufgaben und dem dadurch geschaffenen Entscheidungsspielraum ab: Je größer die Dispositionsmöglichkeiten sind, um so mehr muß nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Zweckmäßigkeit seines Verhaltens im Hinblick auf die vorgegebenen Ziele überwacht werden⁵⁷. Dies gilt nicht nur im Falle der Ausübung hoheitlicher Befugnisse wie beim Technischen Überwachungsverein, sondern auch bei der Erbringung von Dienstleistungen in privatrechtlicher Form⁵⁸. Konkret bedeutet dies, daß eine regelmäßige Qualitätskontrolle stattzufinden hat, kann doch die Erbringung weniger guter (wenn auch quantitativ ausreichender) Leistungen ein wichtiges Mittel für den Privaten sein, um seine finanzielle Situation auf Kosten der öffentlichen Hand zu verbessern. Beispiele aus dem Bereich der Müllabfuhr und der Gebäudereinigung bieten hierfür ausreichendes Anschauungsmaterial⁵⁹. Der Umfang der Leistung ist dem Privatunternehmer meist exakt vorgeschrieben, so daß sich insoweit wesentliche geringere Kontrollprobleme ergeben. Ist dies ausnahmsweise nicht der

Fall, müßte regelmäßig überprüft werden, ob den berechtigten Belangen der Benutzer Rechnung getragen wurde. Erst recht kommt es bislang kaum vor, daß die für die Leistung des Privaten zu zahlenden Gebühren von diesem selbst festgesetzt werden⁶⁰. Eine andere Regelung ließe sich auch schwerlich mit dem Sinn der Staatsaufsicht vereinbaren, die ja gerade eine Verabsolutierung von individuellen Gewinninteressen verhindern will; wollte man eine »freie Preisbildung« zulassen, so könnte lediglich noch überprüft werden, ob etwa im Einzelfall durch eine bestimmte Art der Tarifgestaltung der Gleichheitssatz verletzt wurde⁶¹. Dies kann schwerlich hingenommen werden.

4.3. Vorbehalt der Rückübernahme in eigene Regie

Auch bei einem in jeder Hinsicht geeigneten und in angemessenem Umfang kontrollierten Unternehmer kann der Fall eintreten, daß er sich nicht mehr zu einer Fortsetzung seiner Tätigkeit in der Lage sieht. Denkbar ist etwa, daß er aus irgendwelchen Gründen in Konkurs geht oder sein Gewerbe aufgibt, möglich ist, daß seine Leistungen zu wünschen übrig lassen und entsprechende Mängelrügen der öffentlichen Hand erfolglos bleiben. Ist in solchen Fällen kurzfristig kein Ersatzunternehmer zu angemessenen Bedingungen zu finden, so muß der Staat die betreffende öffentliche Aufgabe wieder an sich ziehen; ihn trifft insoweit eine Garantenstellung⁶². Um für diese Fälle vorzusorgen, muß in den vertraglichen Abmachungen mit dem Privaten ein »Rückübernahmerecht« vereinbart werden. Dieses beinhaltet zumindest ein Kündigungsrecht der öffentlichen Hand für den Fall, daß der Private die übernommene Aufgabe nicht oder mangelhaft erfüllt, sowie die Befugnis, die vom Privaten benutzten Gegenstände zu angemessenen Preisen (in der Regel zum Verkehrswert) zu erwerben. Letzteres empfiehlt sich deshalb, weil der Staat ohne eine solche Klausel in erhebliche finanzielle und organisatorische Schwierigkeiten kommen könnte. Zum einen wäre es problematisch, innerhalb kurzer Zeit alle diejenigen Investitionen zu tätigen, die für die Ersetzung des Privaten

notwendig sind: Müllwagen und Omnibusse lassen sich u. U. nicht sofort und nur für teures Geld beschaffen. Zum zweiten droht der öffentlichen Hand eine Entschädigungspflicht, wenn die Rückübernahme zur Stilllegung des Privatbetriebs führt. So hat der BGH den Technischen Überwachungsvereinen eine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen zugesprochen, als das Land Hessen den wichtigsten Teil ihrer öffentlich-rechtlichen Kompetenzen an sich zog⁶³. Dabei hat das Gericht allerdings sogar einen Widerrufsvorbehalt der öffentlichen Hand für unwirksam erklärt, da es von vornherein für jedermann, der wirtschaftlich urteile, undenkbar gewesen sei, daß der Staat diese Aufgaben wieder selbst übernehmen wolle⁶⁴. Um eine Doppelbelastung durch Investitionskosten und volle Entschädigung zu vermeiden, empfiehlt es sich daher, die Voraussetzungen des Kündigungsrechts klar und eindeutig zu regeln und so die Entstehung eines Vertrauensschutzes von vornherein zu verhindern. Daß die Rechtsprechung in einem solchen Fall wohl von separaten Entschädigungsansprüchen absehen und den Privaten auf das vertraglich vereinbarte Entgelt verweisen würde, wird an einer späteren BGH-Entscheidung deutlich, die im Widerspruch zum ersten Urteil überhaupt nur für den Fall eine Entschädigung bejahte, daß der Private aufgrund von Zusicherungen darauf vertrauen konnte, während längerer Zeit seinem Gewerbe nachgehen zu können⁶⁵. In concreto hatte es sich um einen Müllabfuhrunternehmer gehandelt, der sein gesamtes Betätigungsfeld verloren hatte, weil die Gemeinde eine eigene Müllabfuhr mit Anschluß- und Benutzungszwang eingerichtet hatte⁶⁶. Versäumt es die öffentliche Hand, ein derartiges Rückübernahmerecht zu vereinbaren, so sind die getroffenen Abmachungen unwirksam, da das notwendige Minimum an staatlichem Einfluß auf die Erfüllung der öffentlichen Aufgabe unterschritten wurde. Ob sie gemäß § 140 BGB in einen Vertrag mit Rückübernahmerecht umgedeutet werden können, hängt davon ab, ob der Privatunternehmer eine derartige »Belastung« ggf. in Kauf genommen hätte. Dafür spricht immerhin die Tatsache, daß eine entsprechende Abmachung zwischen zwei Privatleuten nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen unbedenklich zulässig wäre⁶⁷.

4.4. Zusammenfassung

Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip ziehen der Privatisierung weitgehende, wenn auch nicht absolute Schranken. Da der öffentlichen Hand wichtige politische Entscheidungen verbleiben müssen, dürfen öffentliche Unternehmen nicht in größerem Umfang veräußert werden. Das Gebot rechtsstaatlicher Aufgabenerfüllung verlangt, daß sich der Private ausschließlich an dem von den politischen Instanzen definierten Allgemeininteresse orientieren muß. Im Regelfall ist die Privatisierung daher wegen der Gefahr einer »Überlagerung« durch Individualinteressen ausgeschlossen. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn diese Gefahr relativ gering ist und die behördeneigene Wahrnehmung der Aufgabe mit unverhältnismäßigen Aufwendungen verbunden wäre. Auch in diesen Fällen ist jedoch eine ausreichende staatliche Kontrolle sicherzustellen. Dabei ist die fachliche, persönliche und institutionelle Eignung des Privaten sowie die Qualität und Quantität seiner Leistungen zu überprüfen; auch ist wegen der staatlichen Garantienstellung ein vertragliches Rückübernahmerecht vorzusehen. Dies alles gilt freilich nur für Tätigkeiten, die sich unmittelbar im Verhältnis zum Bürger auswirken; während daher beispielsweise Reinigungsdienste und Müllabfuhr erfaßt werden, ist dies für die Beschaffung von Sachgütern nicht mehr der Fall.

• Anhang: Das Verfahren – förmliches Gesetz oder Organisationsakt?

Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip beschränken nicht nur den Kreis der privatisierungsfähigen Aufgaben, sondern haben auch Einfluß auf das zu beachtende Verfahren. So ist anerkannt, daß die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private im Regelfall ein förmliches Gesetz voraussetzt⁶⁸. Dasselbe ist im Ergebnis auch bei nicht-hoheitlichen Aufgaben anzunehmen⁶⁹. Das Rechtsstaatsprinzip verlangt gerade im Bereich der Leistungsverwaltung ein hohes Maß an Transparenz, da andernfalls der weniger informierte Bür-

ger willkürlich von bestimmten Leistungen ausgeschlossen wäre; Mindestanforderung ist dabei, daß der einzelne jedenfalls die zuständigen Stellen ermitteln kann. Der Erlaß eines Gesetzes wird häufig diese Voraussetzung erfüllen, doch kann die erforderliche Publizität auch auf andere Weise erreicht werden. Weitergehende Konsequenzen ergeben sich aus dem Demokratieprinzip. Danach sind alle wichtigeren politischen Fragen dem Parlament vorbehalten. Zu diesen zählt man auch organisatorische Festlegungen wie die Schaffung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts, so daß für die (politisch meist gravierendere) Übertragung von Aufgaben auf Private nichts anderes gelten kann⁷⁰. Für den Erlaß eines förmlichen Gesetzes spricht schließlich auch, daß es nach hier vertretener Auffassung ja immer auch um die Frage geht, ob eine relevante Gefährdung der rechtsstaatlichen Aufgabenerfüllung zu besorgen ist, eine derart schwierige und Kontroversen produzierende Entscheidung aber auf eine breite demokratische Grundlage gestellt werden sollte.

In der Literatur wird allerdings dann eine Ausnahme gemacht, wenn es um sog. *Bagatellfälle* geht, wobei man insbesondere an freiwillig übernommene unselbständige Verwaltungshilfen denkt und als Beispiel den Schülerlotsen nennt⁷¹; hier soll die Exekutive kraft eigener Kompetenz tätig werden können. Im Grundsatz wird man dem nicht widersprechen können, da das rechtsstaatliche Gebot der Transparenz in solchen Fällen nicht berührt ist. Fraglich ist nur, wo die Grenzen des »Bagatellfalls« zu ziehen sind. Exakte Kriterien sind nicht ersichtlich, doch wird man unter bestimmten Voraussetzungen sicherlich *keinen* Bagatellfall annehmen. Dies gilt einmal ab einer bestimmten Größe des Vorhabens; soll ein Schlachthof oder der Reinigungsdienst aller Justizgebäude⁷² privatisiert werden, so ist der Eigenbereich der Exekutive überschritten. Werden zum zweiten Arbeitsplätze in Mitleidenschaft gezogen, so bietet der Begriff der Betriebsänderung nach § 111 BetrVG Anhaltspunkte dafür, von wann ab von einem gravierenden Fall die Rede sein kann⁷³. Zum dritten ist aus der Bürgerperspektive zu fragen, ob die Privatisierung möglicherweise zu irgendwelchen Veränderungen insbesondere im Leistungsangebot führen wird; in

dies der Fall, so muß der Gesetzgeber entscheiden.

Hat die Verwaltung aus eigener Machtvollkommenheit einen bestimmten Bereich privatisiert, obwohl die Schwelle des Bagatellfalls überschritten war, so sind die getroffenen Vereinbarungen unwirksam⁷⁴. Personelle Maßnahmen wie Versetzungen und Kündigungen sind rechtswidrig. Dem Privatunternehmer wird in der Regel ein Schadensersatzanspruch aus Amtspflichtverletzung zustehen, sofern er ein Verschulden der staatlichen Seite nachweisen kann.

§ 6: Kommunale Selbstverwaltung als Schranke der Privatisierung

1. Die Garantie des Art. 28 Abs. 2 GG

Organisationsrechtliche Schranken könnten sich weiter dadurch ergeben, daß die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private mit der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 GG und mit anderen kommunalrechtlichen Vorschriften kollidiert. So wäre es – um ein Extrembeispiel zu nennen – sicherlich nicht mit dem geltenden Gemeinderecht zu vereinbaren, wenn eine Kommune sämtliche Verkehrs- und Versorgungsbetriebe sowie einen Großteil ihrer Grundstücke mit einem Schlag privatisieren wollte¹. Wo die exakte Grenze verläuft, bedarf der Untersuchung; sie hier vorzunehmen ist trotz der sich aus dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden weitreichenden Konsequenzen sinnvoll, da der Schwerpunkt der bisher durchgeführten Privatisierungen im kommunalen Bereich liegt² und da die (evtl.) Rechtsstaatswidrigkeit einer Maßnahme noch nichts darüber aussagt, ob sie nicht zusätzlich noch gegen andere Grundsätze verstößt.

Nach allgemeiner Auffassung schützt Art. 28 Abs. 2 GG nicht die kommunale Selbstverwaltung schlechthin, sondern nur ihren Kernbereich³. Nicht jede von der Gemeinde legitimerweise wahrgenommene Aufgabe steht so unter dem Schutz der Verfassung, sondern nur jener Bestand, den man als »zentral« und »wesentlich« einstufen kann. Die bisherige Diskussion um diesen Begriff konzentrierte sich allerdings vorwiegend auf das Problem, wo die Grenze für Eingriffe des Landes- oder Bundesgesetzgebers in die Gemeindeautonomie zu ziehen ist, widmete jedoch der hier interessierenden Frage nach einer potentiellen *Selbstaufgabe* der Gemeinde nur wenig Aufmerksamkeit⁴. Gleichwohl spricht alles dafür, die Grenzen in gleicher Weise zu bestimmen und den Kommunen sowie den Gemeindevertretungen so die Möglichkeit zu verschließen, aufgrund eigener Entscheidung einen Zustand zu schaf-

ten, den der staatliche Gesetzgeber nicht herbeiführen dürfte. Wie Stern-Püttner mit Recht betonten, gewährt Art. 28 Abs. 2 GG kein Individualgrundrecht, das man nach Belieben in Anspruch nehmen, auf dessen Ausübung man aber auch vorübergehend verzichten kann⁵. Selbstverwaltung ist in Wahrheit auch »Verwaltung«, d. h. Erfüllung öffentlicher Aufgaben und nicht Ausübung von Privatautonomie. Jede andere Sicht der Dinge würde überdies zu (gelinde gesagt) beträchtlichen Unzuträglichkeiten führen. So hätte es etwa jede Gemeinde in der Hand, durch Schließung eigener Einrichtungen alle Lasten auf Nachbargemeinden oder den Staat abzuwälzen, da die abgewiesenen Benutzer voraussichtlich versuchen würden, die erstrebten Leistungen dort zu erhalten – ein nicht eben sinnvolles Ergebnis, das sich zudem mit dem Grundsatz kooperativen Verhaltens gegenüber anderen Gemeinden nicht vereinbaren läßt⁶. Der mögliche Einwand, ein Gebot totaler Funktionserfüllung überfordere oder lähme die Gemeinde, greift nicht durch, da nur der »Kernbereich« unveräußerlich ist: Es bleibt der Kommune also selbstredend das Recht, bestimmte öffentliche Aufgaben nicht mehr als solche zu verstehen oder von einem Privaten erledigen zu lassen. Soweit die Gemeindeordnungen nicht entgegenstehen, kann daher z. B. ein Schlachthof oder ein Museum ohne Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG geschlossen oder einem privaten Träger überlassen werden, es sei denn, beide würden im Einzelfall zum »Kernbereich« gezählt.

Wie ist dieser nun inhaltlich zu bestimmen? In der Literatur wird zum einen eine quantitative Betrachtungsweise vorgeschlagen, die danach fragt, was nach Durchführung des »Eingriffs« noch von den Eigenaktivitäten übrigbleibt⁷. Andere stellen darauf ab, ob der Wegfall einer Funktion »Struktur und Typus« der Gemeinde verändert oder nicht⁸. Beide Methoden wählen in Übereinstimmung mit entsprechenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts die historische Entwicklung als Bezugspunkt⁹; der Zustand an Aufgaben, Einrichtungen usw., der einmal erreicht war, ist Maßstab dafür, wieviel noch »übrig bleibt«, bzw. worin die typusprägenden Merkmale der Gemeinde (bzw. des Gemeindeverbands) zu sehen sind. Trotz dieser Präzisierung leiden beide Vorgehenswei-

sen an einem hohen Maß von Unbestimmtheit. Gehört etwa ein Stadttheater zum »Kernbereich«, weil es eine lange Tradition besitzt und in der Umgebung als besondere »Attraktion« empfunden wird? Gilt dasselbe für die Verkehrsbetriebe, ist der Entscheidungsspielraum der Kommune doch u. U. erheblich größer, wenn sie bei der Erschließung eines Neubaugebiets die Bedienung mit Omnibussen von vornherein fest einplanen kann?

Die Ungewißheiten werden scheinbar dadurch noch größer, daß die Kernbereichslehre als solche in neuerer Zeit immer mehr im Zweifel gezogen wird¹⁰. In der Tat lassen sich die »Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft«, auf die sich die Selbstverwaltungsgarantie bezieht, immer schwerer bestimmen; die »örtliche Gemeinschaft« verliert durch die Mobilität der Bürger und ihre Einordnung in Großverbände immer mehr an Bedeutung, die Entscheidungsprozesse verlagern sich immer stärker auf übergeordnete Instanzen (z. B. Raumplanung). Folge ist, daß die in Art. 28 Abs. 2 GG vorausgesetzte »eigenverantwortliche« Wahrnehmung von Aufgaben in weiten Bereichen durch relativ subalterne Ausführungskompetenzen ersetzt wird. Das Beharren auf dem historisch Überkommenen wie es der Kernbereichslehre zugrunde zu liegen scheint, wird so zu einem Kampf gegen Windmühlenflügel; im Einzelfall mag noch die Abwehr eines direkten Eingriffs durch Gesetz gelingen, gegen die Vorgaben der staatlichen Haushalts- und Finanzpolitik und der staatlichen Planung sind die Kommunen machtlos¹¹. Als Antwort wird verschiedentlich der Versuch propagiert, die Gemeinden und Landkreise an den auf höherer Ebene fallenden Entscheidungen zu beteiligen¹² – ein sicherlich richtiger Ausweg, der jedoch in der Regel ein entsprechendes gesetzgeberisches Eingreifen erfordert. Solange dieses fehlt, bleibt allein der – wie auch immer unbefriedigende – Rückgriff auf Art. 28 Abs. 2 GG. Wie dies für andere Verfassungsentscheidungen an anderer Stelle dargelegt wurde¹³, heißt dies allerdings nicht, in einen wirklichkeitsfremden Positivismus zu verfallen: Die in Art. 28 Abs. 2 GG niedergelegte Wertentscheidung muß vielmehr im Hinblick auf die heutigen Gegebenheiten konkretisiert werden, daß sie auch in der gegenüber 1949 veränderten

gesellschaftlichen Realität möglichst stark zur Geltung kommt. Als normatives Prinzip ist die Selbstverwaltung aus dem Wertverständnis heraus zu bestimmen, das bei der Entstehung des Grundgesetzes vorherrschte; die aus ihm abzuleitenden konkreten rechtlichen Konsequenzen können jedoch nur unter Zugrundelegung der heutigen (veränderten) Entscheidungsprozesse bestimmt werden. Praktisch bedeutet dies etwa, daß es nicht nur eine rechtspolitische Forderung, sondern ein Verfassungsgebot ist, Gemeinden und Landkreise an staatlichen (Vor-) Entscheidungen zu beteiligen. Weiter folgt daraus die in unserem Zusammenhang wichtige Konsequenz, daß alle jene Bereiche, in denen die Gemeinden auch heute noch Dispositionsspielräume besitzen, im Hinblick auf Art. 28 Abs. 2 GG besonderen Schutz genießen. In diesem Sektor ist daher die Schwelle zum »Kernbereich« relativ schnell überschritten, so daß unter Umständen auch die Weggabe solcher Aufgaben verboten ist, die vor 30 Jahren unbedenklich hätten eingestellt oder privatisiert werden können^{13a}.

Zu den Bereichen, in denen die Kommunen und ihre Verbände in der Gegenwart (noch) »Bewegungsmöglichkeiten« haben, gehören ihre Einrichtungen einschließlich ihrer Unternehmen. Obwohl etwa im Energiesektor Zentralisierungstendenzen unverkennbar sind, kann hier am ehesten von »eigenständigen« Entscheidungen die Rede sein. Da Gemeindeeinrichtungen und Gemeindeunternehmen zudem ein traditioneller Schwerpunkt kommunaler Aktivitäten sind, ist ihre *grundsätzliche* Zuordnung zum Kernbereich so gut wie unbestritten¹⁴. Gerade in diesem Bereich sind jedoch in der Praxis die meisten Privatisierungsversuche zu verzeichnen, so daß die Kernbereichslehre im Zusammenhang der vorliegenden Untersuchung erhöhte Aktualität besitzt.

Die Tatsache, daß die Grenze des Wesensgehalts relativ weit nach vorne« zu verlegen ist, hat konkrete Konsequenzen. So sind etwa die kommunalen Energieversorgungsunternehmen durchweg zum Kernbereich zu rechnen, da sie noch heute das Bild der Kommunen maßgeblich prägen: Der Bürger kommt durch sie am häufigsten mit der Gemeinde in Berührung, für diese selbst sind sie ein wichtiges Mittel haushaltsmäßiger Entlastung. Ähnliches gilt für

die Verkehrsbetriebe, die insbesondere für die kommunale Planung von Bedeutung sind¹⁶. Auch die gemeindliche Schulträgerschaft darf ungeachtet der in Art. 7 Abs. 4 GG garantierten Privatschulfreiheit nicht aufgegeben werden¹⁷. Auf der anderen Seite wäre es sicherlich schwer nachvollziehbar, wollte man etwa die in eigener Regie betriebene Gebäudereinigung gleichfalls zum Kernbereich zählen. Auch läßt sich die Privatisierung der Müllabfuhr schwerlich mit Hilfe von Art. 28 Abs. 2 GG verhindern.

2. Einschaltung des Kommunalparlaments?

Im kommunalen Bereich könnte sich weiter insofern eine Besonderheit ergeben, als das Verfahren selbst innerhalb der Gemeinde bzw. des Landkreises bleibt: Nach Art. 28 Abs. 2 GG genießen beide Selbstverwaltung auch insoweit, als sie ihre Aufgaben ohne ausdrückliche Ermächtigung durch ein förmliches Gesetz wahrnehmen können¹⁸. Jede andere Lösung würde die Autonomie der solche in vollem Umfang zur Disposition des staatlichen Gesetzgebers stellen, was ersichtlich von Art. 28 Abs. 2 GG gerade verhindert werden soll. Für eine »Umorganisation« wie auch für eine Übertragung von Aufgaben auf Private bedarf es daher keines förmlichen Gesetzes; der oben¹⁹ skizzierte Grundsatz erleidet von daher eine praktisch sehr wichtige Durchbrechung. Im übrigen haben die Kommunen jedoch selbstredend alle Anforderungen zu beachten, die das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip an die Verwaltungsorganisation stellen²⁰.

Der Wegfall des Gesetzesvorbehalts bedeutet nicht, daß deshalb etwa die kommunale Verwaltungsspitze (Bürgermeister, Magistrats-Oberkreisdirektor usw.) aus eigener Machtvollkommenheit über Privatisierungsmaßnahmen entscheiden könnte: Ihr obliegt nach den »Geschäften der laufenden Verwaltung«²¹ bzw. (nach einigen Gemeindeordnungen) nur die »einfachen Geschäfte der laufenden Verwaltung«²². Selbst wenn man die mehr Kompetenzen einfließende erste Formulierung zugrundelegt, läßt sich die Privatisierung von Aufgaben darunter nicht subsumieren: Der Sache nach

sind nur häufig vorkommende Geschäfte mit geringem sachlichem Gewicht gemeint. Wie die Maßstäbe hierbei beschaffen sind, zeigt sich daran, daß die Verwaltungsspitze zwar unter Umständen Aushilfskräfte einstellen darf²³, daß es ihr aber versagt ist, Dauerarbeitskräfte ohne Zustimmung des Kommunalparlaments zu beschäftigen²⁴. Sobald über Arbeitsplätze verfügt wird, muß dieses eingeschaltet werden; die Privatisierung des Reinigungsdienstes zum Beispiel ist deshalb nur aufgrund eines Gemeinderats- bzw. Kreistagsbeschlusses möglich. Aus ähnlichen Erwägungen hat schon das Reichsgericht den Standpunkt vertreten, die Betrauung eines Privatunternehmers mit der Verbreitung amtlicher Bekanntmachungen sei nicht mehr zu den Geschäften der laufenden Verwaltung zu rechnen²⁵. Hinzu kommt, daß jede Privatisierung einen Charakter trägt, da sie auf längerfristige Wirkungen abzielt, und deshalb nicht zu den »laufenden« Geschäften gezählt werden kann. Dies gilt auch dann, wenn etwa in einer größeren Kommune häufiger über derartige Dinge zu entscheiden ist.

Setzt sich die Verwaltungsspitze einseitig über diese Kompetenzverteilung hinweg, so sind – genau wie bei der oben behandelten Übergehung des Gesetzgebers²⁶ – die geschlossenen Verträge unwirksam, Folgemaßnahmen wie Versetzungen und Kündigungen rechtswidrig. Auch kommen ggf. Schadensersatzansprüche in Betracht.

Schranken der Privatisierung aus den Gemeinde- und Landkreisordnungen?

Pflichtaufgaben

Die Gemeinden oder Gemeindeverbände durch Gesetz zur Erfüllung bestimmter öffentlicher Aufgaben verpflichtet, so scheidet eine Übertragung auf Private grundsätzlich aus. Geht es etwa um die Wahrnehmung polizeilicher Befugnisse, um den Feuer- und die Hilfeleistung bei Unglücksfällen und bei öffent-

chen Notständen oder um die Mitwirkung bei der zivilen Verteidigung²⁷, so muß die Gemeinde bzw. der Gemeindeverband selbst die notwendigen Vorkehrungen treffen. Eine Ausnahme könnte nur insoweit gelten, als das staatliche Weisungsrecht bestimmte Bereiche wie etwa die Art und Weise der Durchführung ausklammert²⁸ und so ein gewisser eigener Entscheidungsbereich auch in organisatorischer Hinsicht bleibt.

3.2. Veräußerungsbeschränkungen

Ist die Privatisierung öffentlicher Aufgaben mit einer Übertragung von Vermögensgegenständen verbunden, so können sich weitere rechtliche Schranken ergeben. Die unentgeltliche Weggabe ist entweder generell verboten²⁹ oder von einer Genehmigung der Aufsichtsbehörde abhängig³⁰. Die Gegenleistung des Erwerbers muß in aller Regel den »vollen Wert« der Sache erreichen³¹, der grundsätzlich mit dem »Verkehrswert« identisch ist³². Die häufig benutzte Formel, der »auf dem Markt erzielbare« Wert sei maßgebend, ist in den hier interessierenden Fällen wenig hilfreich, da häufig überhaupt nur ein Nachfrager vorhanden ist. Notfalls muß auf die Schätzung durch einen Sachverständigen zurückgegriffen werden³³. Ausnahmsweise kommt eine Veräußerung unter Wert dann in Betracht, wenn mit ihr – ähnlich wie mit einer Subvention – legitime öffentliche Zwecke erfüllt werden³⁴. Bei der Übertragung öffentlicher Aufgaben an Private werden sie jedoch typischerweise fehlen, so daß es bei der allgemeinen Regel des vollen Gegenwerts bleibt. Wird von ihr abgewichen, so ist das Veräußerungsgeschäft nach § 134 BGB nichtig³⁵.

3.3. Weitere Grundsätze

In der Literatur ist der Standpunkt vertreten worden, die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen könne noch mit anderen kommunalrechtlichen Grundsätzen in Konflikt geraten. Genannt wird

etwa die Pflicht, für eine stetige Erfüllung der gemeindlichen Aufgaben zu sorgen³⁶ und Einnahmen in erster Linie dadurch zu erzielen, daß für die von der Gemeinde erbrachten Leistungen ein spezielles Entgelt verlangt wird³⁷. Beides steht einer Privatisierung jedoch nur in Extremfällen entgegen. So kann die »stetige Aufgabenerfüllung« auch dann gesichert sein, wenn sich Theater, Schwimmbad oder Müllabfuhr in Privathand befinden³⁸, und der Grundsatz des »speziellen Entgelts« ist in aller Regel auch gewahrt, wenn der Private einen bestimmten Betrag an die Gemeindekasse zahlt – soweit man dann überhaupt noch von einer »eigenen Leistung« der Kommune im Sinne der zugrundeliegenden Vorschriften sprechen kann.

§ 7 Privatisierung und Haushaltsrecht

I. Das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

I.1. Das Problem

Die Vereinbarkeit von Privatisierungsmaßnahmen mit dem haushaltsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu überprüfen besteht Anlaß. Dies einmal deshalb, weil verschiedentlich auch für solche Bereiche eine Überführung in Privathand gefordert wird, die wie Energieversorgungsunternehmen oder der Telefonverkehr »gewinnbringend« sind, d. h. wegen ihrer hohen Erträge zur Entlastung der öffentlichen Haushalte beitragen¹. Zum andern stellt sich aber auch bei defizitären Bereichen das Problem, inwieweit etwaige negative Folgewirkungen in die Abwägung der Vor- und Nachteile einzubeziehen sind. Muß z. B. die Einschaltung eines privaten Reinigungsunternehmens deshalb als »unwirtschaftlich« unterbleiben, weil einem »Einsparungseffekt« von 50 000 DM pro Jahr ein voraussichtlicher Aufwand an Arbeitslosenunterstützung in Höhe von 100 000 DM jährlich gegenübersteht? Betrachten wir zunächst die Rechtslage bei Bund und Ländern, ehe wir uns dann den Besonderheiten dezentraler Einheiten, d. h. der Gemeinden und Gemeindeverbände zuwenden.

I.2. Rechtsgrundlage des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit

Für Bund und Länder bestimmt § 6 Abs. 1 Haushaltsgrundsätzegesetz (HGrG), bei der Aufstellung wie bei der Ausführung des Haushaltsplans seien die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Wörtlich hat § 7 Abs. 1 BHO diese Aussage übernommen; in den Landeshaushaltsordnungen finden sich entsprechende Formulierungen². Der Gesetzgeber hat sich damit an die Vorschrift des Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG angelehnt

die davon spricht, der Bundesrechnungshof prüfe (unter anderem) »die Wirtschaftlichkeit und Ordnungsmäßigkeit der Haushalts- und Wirtschaftsführung«. Durch die Haushaltsreform von 1969 hat dieser Grundsatz insofern einen höheren Stellenwert bekommen, als er vorher nur die Verausgabung bereitgestellter Mittel, nicht aber den Prozeß der Planung und Bewilligung erfaßte³. Sein Charakter als verbindliche Rechtsnorm ist im übrigen unbestritten⁴.

13. »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« und politische Prioritätensetzung

13.1. Diskussionsstand

Die inhaltliche Umschreibung dessen, was man als »wirtschaftlich und sparsam« bezeichnen kann, hat der Wissenschaft einige Mühe bereitet⁵. Unsicher ist bereits, ob es sich um zwei selbständige Grundsätze handelt, ob die »Sparsamkeit« ein Unterfall der »Wirtschaftlichkeit« ist oder ob es sich um die schlichte Anwendung des ökonomischen Prinzips auf die Staatstätigkeit handelt. Die Schwierigkeiten tragen keinen zufälligen Charakter. Zum einen ist die »Zielgröße«, d. h. der Verwaltungszweck, der mit dem Einsatz staatlicher Ressourcen erreicht werden soll, häufig eine relativ unbestimmte Größe; so weiß niemand exakt zu sagen, wie viele Polizisten beispielsweise nötig sind, um »Sicherheit und Ordnung« auf einer möglicherweise unfriedlich verlaufenden Demonstration zu gewährleisten: Zum zweiten produziert der Staat vorwiegend (wenn auch nicht ausschließlich) öffentliche Güter, die als solche keinen Marktwert besitzen, muß dabei jedoch auf Arbeitskräfte und Sachgüter zurückgreifen, die in der Regel nur über einen Markt zu gewinnen sind, d. h. ihren in Mark und Pfennig ausdrückbaren Preis besitzen. Fragt man in einer solchen Situation nach dem »wirtschaftlichsten« Vorgehen, so muß man Unvergleichbares in Relation setzen; ist es beispielsweise »wirtschaftlich und sparsam«, sich geringere Klassengrößen in öffentlichen Schu-

len jährlich z. B. 500 Millionen DM kosten zu lassen? Zum dritten sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit aus einer Zeit überkommen, in der die staatliche Intervention in Wirtschaft und Gesellschaft bei weitem nicht die umfassende Bedeutung wie in der Gegenwart hatte und in der auch die Interdependenz einzelner gesellschaftlicher Funktionsbereiche nicht im heutigen Umfang bestand. Konkret bedeutet dies, daß staatliche Maßnahmen in aller Regel nicht nur ihren eigentlichen Anwendungsbereich, etwa ihren direkten Adressaten betreffen, sondern »Fernwirkungen« in anderen Sektoren haben, für die die öffentliche Hand gleichfalls Verantwortung trägt. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit werfen keine besonderen Anwendungsprobleme auf, wenn sich der Staat auf die Garantie äußerer und innerer Sicherheit durch Militär, Polizei und Justiz und auf das Schulwesen beschränkt: Wie viele Lehrer etwa benötigt werden, bestimmt sich unter solchen Bedingungen nur nach der gestellten Aufgabe. Demgegenüber ist heute entscheidend mitzubedenken, daß die Einstellungspraxis Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt wie auch auf die Berufswahl künftiger Abiturienten besitzt. Auch auf Verfassungsebene hat diese gewandelte Staatsfunktion ihren Niederschlag gefunden: Mit der Festlegung des Haushaltsgesetzgebers auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht in Art. 109 Abs. 2 GG ist *eine* (allerdings sehr wichtige) Konsequenz aus der umfassenden Verantwortung des Staates gezogen worden.

1.3.2. *Veränderte Staatsfunktionen und Neubestimmung der »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit«*

Was folgt daraus für die Auslegung von § 6 Abs. 1 HGrG und der parallelen haushaltsrechtlichen Vorschriften in Bund und Ländern? Allein auf den Wortlaut abzustellen, führt unter den gegebenen Umständen mit Sicherheit nicht weiter, zumal dieser wenig eindeutig ist: Während § 6 Abs. 1 HGrG und die Haushaltsordnungen von »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« sprechen, begnügt sich Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG mit der »Wirtschaftlichkeit«, ohne daß

sichere Indizien für einen unterschiedlichen Bedeutungsgehalt vorhanden wären⁶. Aufschlüsse sind daher am ehesten von einem Rückgriff auf allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze zu erwarten: Das Haushaltsrecht darf mit Sicherheit nicht so ausgelegt oder gehandhabt werden, daß dadurch andere grundgesetzliche Wertentscheidungen überspielt oder inhaltlich ausgehöhlt werden⁷. Daraus folgt als erstes, daß das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht als Mittel eingesetzt werden darf, um die vom Parlament oder anderen demokratisch legitimierten Instanzen gesetzten politischen Prioritäten zu korrigieren; auch wenn die Erreichung eines bestimmten Verwaltungszwecks außerordentlich hohe Aufwendungen erfordert, ist es nicht Sache des Rechnungshofs, dies als »unwirtschaftlich« zu qualifizieren und statt dessen die Verfolgung anderer, weniger »teurer« Ziele vorzuschreiben⁸. Entscheidet sich der Gesetzgeber – um das genannte Beispiel wieder aufzugreifen – für kleinere Klassen und damit für eine Vermehrung der Lehrerstellen, so kann weder ein Rechnungshof noch ein Gericht den Standpunkt vertreten, die Haushaltsmittel wären besser für eine Anhebung der Renten oder für einen Ausbau des Straßennetzes verwendet worden. Anders als das bei staatlichen Eingriffen anwendbare Verhältnismäßigkeitsprinzip verlangt der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht, daß (politisch vorgegebenes) Ziel und dafür eingesetzte Mittel in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Sind die Prioritäten falsch gesetzt, so ist eine Korrektur allein über den demokratischen Prozeß, d. h. durch Änderung von Mehrheiten möglich. Die Schwierigkeit, öffentliche Güter gegen bezifferbare Personal- und Sachkosten abzuwägen zu müssen, entsteht daher insoweit nicht. Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gewinnt allerdings zum zweiten dann große Bedeutung, wenn es um die Art und Weise geht, auf die das von den politischen Instanzen vorgegebene Ziel erreicht werden soll: Insoweit ist derjenige Weg zu wählen, der den geringsten Einsatz an öffentlichen Ressourcen erfordert⁹. Der Staat darf daher – um in unserem Beispiel zu bleiben – nicht mehr Lehrer beschäftigen, als dies unter Berücksichtigung normaler Fehlzeiten für den Unterricht bei der erstreb-

ten Klassengröße erforderlich ist. Die »Zielvorgabe« kann dabei von unterschiedlicher Detailliertheit sein; denkbar ist, daß der Gesetzgeber selbst sich präzise festgelegt hat, denkbar ist, daß er wie im Polizeirecht nur eine Generalklausel bereitstellt. In diesem Fall ist es Sache der Verwaltung, im einzelnen eine Konkretisierung vorzunehmen; erst soweit es um deren praktische Umsetzung geht, ist die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Mitteleinsatzes zu überprüfen. Auch dies rechtfertigt sich letztlich mit der Erwägung, daß die Verwaltung im Vergleich zu den Gerichten und dem Rechnungshof nicht nur die größere »Sachnähe«, sondern auch die höhere demokratische Legitimation besitzt – ganz abgesehen davon, daß jede andere Lösung zu einer »Austrocknung« der gesetzlich vorgesehenen Ermessensspielräume von der haushaltsrechtlichen Seite her führen würde.

1.4. Bestimmung des »wirtschaftlichsten« und »sparsamsten« Mittels nach rein betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten?

Die hier versuchte »Eingrenzung« des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit bedarf der weiteren Konkretisierung. Fragt man nach dem »billigsten«, am wenigsten Ressourcen beanspruchenden Mittel, um ein vorgegebenes Ziel zu erreichen, so müssen zunächst alle diejenigen Vorgehensweisen ausscheiden, die mit anderen Teilen der Rechtsordnung nicht in Einklang stehen. So muß etwa ein zeit- und geldsparender Weg außer Betracht bleiben, wenn er gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen würde¹⁰: Häuser, die die Verkehrsführung stören, einfach abzubauen, wäre zwar möglicherweise sehr kostensparend, in einem Rechtsstaat jedoch von vornherein indiskutabel. Dasselbe gilt für den »möglichst sparsamen« Einsatz von Arbeitskräften: Niedrige Löhne und längere Arbeitszeiten würden zwar den Lohnkostenanteil senken, doch scheitert ein solches Vorgehen ggf. am Sozialstaatsprinzip sowie an gesetzlichen oder tariflich festgesetzten Arbeitsrechtsnormen. »Wirtschaftlich« und »sparsam« kann immer nur eine rechtmäßige Vorgehensweise sein; rechtswidrige Alternativstrategien müssen außer Betracht bleiben.

Sehr viel schwieriger ist die Frage zu beurteilen, ob in die »Wirtschaftlichkeitsberechnung« auch alle diejenigen »Fernwirkungen« eingehen müssen, die – wie die künftige Zahlung von Arbeitslosengeld – mit einer staatlichen (Privatisierungs-)Maßnahme verbunden sind. Dies grundsätzlich zu bejahen, scheint aus zwei Erwägungen berechtigt.

Zum einen verlangt Art. 109 Abs. 2 GG vom Haushaltsgesetzgeber Bund und Ländern, den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Dies setzt voraus, daß sich das Parlament nicht auf eine quasi betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise beschränkt und nur nach Nutzen und Nachteil für die staatlichen Finanzen fragt; vielmehr müssen auch die Auswirkungen auf die Konjunktur und damit die gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen beachtet werden. Investitionen können aus diesem Grund z. B. auch dann erfolgen, wenn mit dem bisherigen Bestand an Sachmitteln an sich noch einige Jahre weitergearbeitet werden könnte¹¹.

Zum zweiten hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 BHO bei Investitionen erstmals eine Kosten-Nutzen-Berechnung vorgeschrieben. Nach der einschlägigen Vorläufigen Verwaltungsvorschrift bedeutet dies, daß »bei der Planung von Maßnahmen über den finanz- und betriebswirtschaftlichen Kostenvergleich hinaus auch gesellschaftliche Nutzen und Kosten einzubeziehen sind«¹². Ungeachtet der spezifischen Probleme, die sich bei der Bestimmung gesellschaftlicher Kosten und Nutzen ergeben, ist damit jedenfalls ein entscheidender Schritt getan: An die Stelle der betriebswirtschaftlichen muß eine volkswirtschaftliche Betrachtungsweise treten¹³. Beide Vorschriften erklären sich als Konsequenz gewandelter Staatsaufgaben. Wenn entsprechend den von demokratisch legitimierten Instanzen definierten Zielen im Prinzip alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens staatlicher Einflußnahme offenstehen¹⁴, wäre es in sich widersprüchlich, wollte man im Haushaltsrecht einzelne Staatsaufgaben isoliert betrachten und den angemessenen Einsatz von Ressourcen allein im Hinblick auf sie selbst bestimmen. Die Rücksichtnahme auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gilt daher nicht nur für den Gesetzgeber (der beispielsweise

Investitionsprogramme beschließt oder auch bewusst bestimmte Subventionen streicht), sondern auch für die Verwaltung, die im Rahmen der ihr erteilten Ermächtigungen Mittel verausgabt. Entgegen dem ersten Anschein verstößt eine derartige Festlegung auch nicht gegen den Grundsatz der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Neutralität des Grundgesetzes¹⁵: Die Möglichkeit der politischen Instanzen, die ihnen sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik zu betreiben und ggf. auch grundsätzliche Veränderungen ins Auge zu fassen¹⁶, wird durch den Zwang, die gesamtwirtschaftlichen Konsequenzen des eigenen Tuns zu bedenken, nicht etwa beeinträchtigt, sondern gerade entscheidend gefördert.

1.5. Was bedeutet die Einbeziehung gesamtgesellschaftlicher Konsequenzen?

Versucht man nun, aus der hier skizzierten volkswirtschaftlichen Betrachtungsweise konkrete Folgerungen für die »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« von Privatisierungsmaßnahmen zu ziehen, so stellen sich im wesentlichen 3 Fragen: Welche voraussehbaren oder möglichen Folgen treten im Zusammenhang mit der Aufgabenübertragung auf den Privaten ein? (unten 1) Lassen sich die ermittelten Vor- und Nachteile miteinander vergleichen, wie sind sie ggf. gegeneinander abzuwägen? (unten 2) Gibt es verfahrensmäßige Mindestanforderungen an die Tatsachenermittlung wie an die Wertung durch die politischen Instanzen? (unten 3)

1.5.1. Materielle und ideelle Folgen

Was zunächst die Bestimmung der Vor- und Nachteile angeht, sind alle die Folgen einzubeziehen, die bei anderen Trägern öffentlicher Gewalt nachweisbar eintreten. Zu denken ist dabei insbesondere an die Möglichkeit, daß freigesetzte Arbeitnehmer die Arbeitslosenversicherung in Anspruch nehmen und daß die fehlende Einbeziehung in die Sozialversicherung, wie sie sich des öfteren bei den Beschäftigten des »Privaten« findet, zur Entstehung von

zialhilfeansprüchen führt. Neben diesen in weitem Umfang quantifizierbaren Konsequenzen tritt ggf. der Verlust »ideeller« Güter; die Planungs- und Steuerungskapazität der öffentlichen Hand kann verringert, bestimmte Ziele wie Umweltschutz oder Gleichheit der Bildungschancen können beeinträchtigt sein. Daneben sind die Folgen für die Beschäftigten und den einzelnen Bürger einzubeziehen. So führt die Kündigung eines Arbeitnehmers häufig nicht nur zu einer Senkung seines Lebensstandards, sondern kann ihn auch zu längerer Arbeitslosigkeit verurteilen; was dies für seine sozialen Beziehungen wie für seine psychische und zum Teil auch physische Situation bedeutet, ist bereits eindringlich geschildert worden¹⁷. Auch eine Versetzung kann mit beträchtlichen Nachteilen verbunden sein, da der Betroffene aus gewachsenen sozialen Bindungen herausgerissen wird und am neuen Arbeitsplatz u. U. seine Fähigkeiten nur noch in sehr viel geringerem Maße einsetzen kann¹⁸. Für den Bürger können sich evtl. Gebührenerhöhungen und ein verschlechtertes Leistungsangebot ergeben, doch ist auch an den (allerdings sehr theoretischen) Fall zu denken, daß er in Zukunft weniger bezahlen muß und/oder eine bessere Leistung erhält.

1.5.2. Die Abwägung der Vor- und Nachteile

Die Vielfalt der in die »Wirtschaftlichkeitsrechnung« einzubeziehenden Faktoren macht die Abwägung zwischen ihnen zu einem sehr komplexen Vorgang. Relativ unproblematisch ist die Entscheidung allerdings dann, wenn bereits die sicher eintretenden materiellen Nachteile zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Muß die öffentliche Hand beispielsweise an das private Reinigungsunternehmen mehr bezahlen als ihre eigenen Regiekosten ausmachen, so verstößt die Privatisierung eindeutig (und wohl auch unbestritten in erheblichen Maße) gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Auch eine Privatisierung von Gewinnen, etwa die Überlastung einer rentablen Strecke im öffentlichen Personennahverkehr durch einen Privatunternehmer, der keine gleichwertige Gegenleistung erbringt, scheidet aus. Dasselbe gilt, wenn Nachteile bei einem anderen Träger öffentlicher Gewalt eintreten. Werden etwa durch

die Beauftragung einer privaten Plakatklebefirma pro Jahr 20 000 DM gespart, werden jedoch gleichzeitig 2 ältere Arbeitnehmer entlassen, die nach Auskunft des Arbeitsamts aller Voraussicht nach nicht in eine neue Arbeitsstelle vermittelt werden können, so stellt sich die Privatisierung als »unwirtschaftlich« dar: Der Einsparung von 20 000 DM steht eine Belastung der Bundesanstalt für Arbeit gegenüber, die diesen Betrag mit Sicherheit übersteigt¹⁹, wobei vorausgesetzt ist, daß die private Firma anlässlich des Auftrags keine neuen Arbeitskräfte einstellt.

In aller Regel liegen die Dinge allerdings komplizierter. Dies ist einmal dann der Fall, wenn der Eintritt bestimmter Nachteile ungewiß ist; wie soll man sich verhalten, wenn der Entlassene eine Umschulungsmaßnahme absolvieren will oder wenn er möglicherweise relativ bald wieder einen gleichwertigen Arbeitsplatz findet? Zum andern kann die Situation eintreten, daß materielle Vorteile der öffentlichen Hand gegen ideelle Nachteile von Bürgern abzuwägen sind. Was hat zu geschehen, wenn die Einschaltung der privaten Plakatkleberfirma trotz Berücksichtigung des Arbeitslosengelds noch immer einen positiven Saldo erbringt, die beiden betroffenen Arbeitnehmer aber unter der Arbeitslosigkeit sehr zu leiden haben? Wie ist schließlich zu entscheiden, wenn die (privat betriebene) Mülldeponie weniger Kosten verursacht, der Unternehmer jedoch »möglicherweise« die Rücksicht auf die Umwelt etwas stärker als die öffentliche Hand in den Hintergrund treten läßt?

Einen Ausweg mit Hilfe einer Art »Zwangs-Quantifizierung« zu versuchen, erscheint nicht sinnvoll: Was keinen Marktpreis haben kann auch nicht im Wege politischer Setzung mit einem solchen versehen werden²⁰. Wollte man dies tun, so käme eine im Grunde willkürliche Entscheidung heraus, die den zusätzlichen Nachteilen hätte, öffentliche Güter scheinbar zu kommerzialisieren und sie in gewissem Umfang »verkäuflich« zu machen. Mit Recht wird deshalb die in § 7 Abs. 2 BHO vorgesehene Kosten-Nutzen-Analyse als *universelles* Mittel bei der staatlichen Haushaltsplanung immer mehr abgelehnt²¹. Eine Lösung ist unter diesen Umständen nur in der Weise möglich, daß die zuständigen politischen Gremien (Par-

lament, Regierung usw.) eine bewußte Wertentscheidung treffen. Sie (und nicht das Gericht oder der Rechnungshof) sind dazu berufen, den gordischen Knoten zu lösen und bestimmte Nachteile als »noch hinnehmbar« zu akzeptieren. Ob man das Risiko einer privaten Mülldeponie eingehen oder die künftige Inanspruchnahme der Sozialhilfe wegen aktueller Haushaltsentlastung in Kauf nehmen will, haben die demokratisch gewählten Instanzen zu bestimmen; bei Fehlgriffen riskieren sie öffentliche Kritik und ggf. ein verändertes Wahlverhalten der Betroffenen. Eine beliebige Aufopferung ideeller Werte und damit eine totale Sparstrategie scheidet allerdings bereits daran, daß sie gegen Grundrechte der Bürger oder der Beschäftigten verstoßen würde²² und daher als »Wirtschaftlichkeitsstrategie« von vornherein ausscheidet.

3. Der Prozeß der Entscheidungsfindung

Die hier skizzierte Lösung – Quantifizierung mit anschließender Mülldeponierung soweit möglich, im übrigen Verweisung auf die Entscheidung durch politische Instanzen – läßt Parlament und Regierung einen relativ großen Spielraum. Dies ist mit Rücksicht auf ihre demokratische Legitimation nicht nur hinzunehmen, sondern wünschenswert. Die Freiheit zur inhaltlichen Entscheidung schließt allerdings nicht aus, daß bestimmte Verfahrensregeln zu berücksichtigen sind, die dafür sorgen, daß es auch wirklich zu einer Abwägung kommt. Eine Parallele bietet insoweit die Entscheidung zur Bauleitplanung durch das Kommunalparlament. Nach § 4 Abs. 4 BBauG sind nämlich in ganz ähnlicher Weise wie hier allein Betracht kommenden öffentlichen und privaten Belange abzuwägen und gegeneinander abzuwägen. Um die Planungskompetenzen bei den Gemeinden zu belassen und nicht auf die Verwaltungsgerichte zu übertragen, steht den Kommunalparlamenten ein weiterer, gerichtlich nicht überprüfbarer Entscheidungsspielraum zu. Dies führt dazu, daß sich die Kontrolle der Verwaltungsgerichte insbesondere auf das Verfahren erstreckt. Im einzelnen führt das Verwaltungsgericht dazu aus:²³

»Das Gebot gerechter Abwägung ist verletzt, wenn eine (sachge-
rechte) Abwägung überhaupt nicht stattfindet. Es ist verletzt,
wenn in die Abwägung an Belangen nicht eingestellt wird, was
nach Lage der Dinge in sie eingestellt werden muß. Es ist ferner
verletzt, wenn die Bedeutung der betroffenen privaten Belange
verkannt oder wenn der Ausgleich zwischen den von der Pla-
nung berührten öffentlichen Belangen in einer Weise vorgenom-
men wird, die zur objektiven Gewichtigkeit einzelner Belange
außer Verhältnis steht. Innerhalb des so gezogenen Rahmens
wird das Abwägungsgebot jedoch nicht verletzt, wenn sich die
zur Planung berufene Gemeinde in der Kollision zwischen ver-
schiedenen Belangen für die Bevorzugung des einen und damit
notwendig für die Zurückstellung eines anderen entscheidet.«

Überträgt man diese Grundsätze auf den hier interessierenden
Bereich, so ergibt sich folgendes:

- (1) Rechtswidrig ist von vornherein jeder Beschluß, der keinerlei
Abwägung vornimmt, sondern ohne nähere Begründung eine Pri-
vatisierung anordnet. Von Bagatellfällen einmal abgesehen²⁴ re-
chen interne Überlegungen nicht aus (zumal sie bei gerichtlichen
Auseinandersetzungen »nachgeschoben« werden könnten); Vor-
und Nachteile müssen vielmehr in einem allgemein zugänglichen
Verfahren behandelt werden. In der Regel bedeutet dies für den
staatlichen Bereich²⁵, daß das Parlament in öffentlicher Sitzung
eine Entscheidung treffen muß.
- (2) Gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit
verstößt eine Privatisierungsmaßnahme auch dann, wenn nur eine
betriebswirtschaftliche Kostenrechnung aufgemacht wird, die ge-
samtwirtschaftlichen Vor- und Nachteile aber völlig ausgeklam-
mert bleiben. Insofern wäre schon der Begriff der Wirtschaftlich-
keit und Sparsamkeit verkannt.
- (3) Ein Rechtsverstoß liegt weiter dann vor, wenn die Bedeutung
einzelner Folgen nicht oder fehlerhaft gewürdigt wird. So geht es
etwa nicht an, Arbeitslosigkeit allein unter dem Aspekt materielle
Nachteile zu betrachten oder dem Umweltschutz von vornherein
geringere Bedeutung als der möglichen Haushaltsentlastung einzu-
räumen.

(4) Darüber hinaus wird eine Überprüfung nur im Hinblick auf das
Vorliegen sachfremder Erwägungen möglich sein. Sollte durch die
Privatisierung der Müllabfuhr gerade der der Mehrheitspartei X an-
gehörende Unternehmer U begünstigt werden oder geht es darum
die Gewerkschaftsmacht« in einem bestimmten Teil des öffentli-
chen Dienstes »zu zerschlagen«, so läge diese Voraussetzung vor.
Dabei handelt es sich jedoch um Extremfälle, die – wenn sie
eintreten – auf Tatsachen und Vorgängen beruhen, die sich in
öffentlicher Verhandlung so gut wie nie belegen lassen.

Besonderheiten im kommunalen Bereich?

Die oben genannten Rechtsgrundlagen für das Prinzip der Wirt-
schaftlichkeit und Sparsamkeit²⁶ gelten nicht notwendigerweise
auch für Gemeinden und Gemeindeverbände: § 48 HGGrG erklärt
sie nur insoweit für anwendbar, als nicht durch Gesetz oder
aufgrund eines Gesetzes etwas anderes bestimmt wird. Davon
würde freilich nicht Gebrauch gemacht. Die heute geltenden haus-
haltsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnungen und der
Gemeindehaushaltsverordnungen gehen durchweg auf einen Mu-
tergesetzentwurf der Innenministerkonferenz zurück²⁷ und brin-
gen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit in
gleicher Weise wie das staatliche Haushaltsrecht zum Ausdruck²⁸.
Kein Unterschied ergibt sich weiter auch insoweit, als die Kommu-
nen ebenfalls verpflichtet sind, den Erfordernissen des gesamtwirt-
schaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. § 16 Abs. 1
StabG legt dies ausdrücklich fest, § 16 Abs. 2 StabG verpflichtet die
Länder, die notwendigen Maßnahmen zu treffen, wozu nicht nur
eine entsprechende Kontrolle, sondern ggf. auch die Initiierung
neuer Vorhaben zählt²⁹. Die Gemeindeordnungen haben diesen
Grundsatz übernommen³⁰, so daß sich etwaige verfassungsrecht-
liche Bedenken gegen § 16 StabG wegen fehlender Bundeskompe-
tenz im Kommunalrecht erübrigen.

Die Übernahme der für Bund und Länder geltenden Grundsätze
ergibt es nahe, ihnen dieselbe Auslegung zu geben. Jede Gemeinde

muß demnach bei einer Privatisierungsentscheidung mitbedenken, welche Vor- und Nachteile für andere Gemeinden wie auch für den Staat oder einzelne Bürger entstehen werden. Fraglich ist allerdings, ob dies nicht gegen den Selbstverwaltungsgedanken verstößt, wonach die Gemeinde über örtliche Angelegenheiten in eigener Verantwortung zu entscheiden hat, also nicht durch beliebige Rücksichtspflichten gebunden werden kann. In der Tat ließe sich ein solches »isoliertes« Verständnis von Autonomie mit traditionellen Vorstellungen rechtfertigen, ist es doch sicher kein Zufall, daß es zwar für das Verhältnis von Bund und Ländern den Grundsatz des bundesfreundlichen Verhaltens gibt³¹, daß jedoch für das Verhältnis zwischen Staat und Gemeinden und der Gemeinden untereinander kein vergleichbares Rechtsinstitut entwickelt wurde³². In der Gegenwart würde eine solche autonomistische Konzeption allerdings zu beträchtlichen Schwierigkeiten führen. Da immer mehr Entscheidungsbereiche nicht mehr nur den eigenen örtlichen Bereich betreffen, sondern Ausstrahlungen auf Nachbargemeinden und die überörtliche Planung haben, würde ein Festhalten an ihr die schnellste und ggf. auch rücksichtsloseste Gemeinde privilegieren. Wer zuerst entschieden und im eigenen Interesse vollendete Tatsachen geschaffen hätte, wäre begünstigt, wer auch ohne entsprechende Rechtspflicht auf andere Rücksicht genommen hätte, könnte seine Bedürfnisse nicht durchsetzen. Durch Berufung auf die Autonomie könnte so gerade ein wesentliches Stück Autonomie zerstört werden. Der in Art. 28 Abs. 2 GG zum Ausdruck gekommenen Wertentscheidung kommt man daher sehr viel näher, wenn man die Gemeinden verpflichtet, auch die Auswirkungen auf andere mitzubedenken³³. Autonomie kann angesichts der (von der Verfassung nicht zu ändernden) Problemstrukturen nicht mehr mit einem unverbundenen Nebeneinander gleichgestellt werden. Dies wird durch die schon erwähnten haushaltsrechtlichen Vorschriften bestätigt, die eine Bindung an das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht aussprechen. Weiter kennt das Baurecht entsprechende Vorschriften. So sieht etwa § 2 Abs. 1 BBauG vor, daß die Bauleitpläne benachbarter Gemeinden aufeinander abgestimmt werden, eine Vorschrift, aus der die Rechtspre-

chung unter anderem ein Klagerecht benachteiligter Nachbarkommunen abgeleitet hat³⁴. Weiter gibt es auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Hinweise in die hier eingeschlagene Richtung³⁵. Schließlich bezieht sich ja auch die oben referierte Rechtsprechung zur Abwägung der unterschiedlichen Gesichtspunkte und Interessen auf Entscheidungen im Rahmen kommunaler Bauplanung³⁶. Umstritten ist dabei allenfalls, welches Maß an Belastungen einer Nachbargemeinde zugemutet werden kann³⁷. An der Pflicht, auch ihre Belange zu berücksichtigen, wird insofern nicht mehr gezweifelt. Konkret bedeutet dies, daß das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit auch bei Gemeinden und Gemeindeverbänden nicht mehr als quasi-betriebswirtschaftliche Maxime verstanden werden darf; bei jeder Privatisierungsentscheidung sind vielmehr die gesamtgesellschaftlichen Konsequenzen mitzubedenken. Was die Durchführung im einzelnen betrifft, gelten keine Besonderheiten; insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden³⁸.

§ 8: Bürgerinteresse und Privatisierung

I. Abbau von staatlichen Leistungen – ein Verstoß gegen das Sozialstaatsprinzip?

I.1. Die Ausgangsfrage

Die Zulässigkeit der Privatisierung wurde bisher ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Staatsorganisationsrechts überprüft. Läßt sich die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf Private mit dem Demokratie- und dem Rechtsstaatsprinzip, mit der kommunalen Selbstverwaltung und mit dem haushaltsrechtlichen Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit vereinbaren? Die sehr weitgehenden Schranken, die sich dabei ergeben haben, sollen uns jedoch nicht daran hindern, nunmehr das Privatisierungsphänomen unter dem Aspekt rechtlich verfaßter Bürgerinteressen zu betrachten. Die Grenzen der Privatisierung können andere sein, bisher gefundene Ergebnisse könnten möglicherweise durch zusätzliche Erwägungen erhärtet werden. Daß Anlaß besteht, die Interessen der Bürger ins Spiel zu bringen, zeigen die im Einleitungskapitel referierten praktischen Auswirkungen der Privatisierung¹: Die Qualität der Leistungen sinkt, die Preise werden unter Umständen heraufgesetzt, die Benutzungsbedingungen verschlechtert². Ist dies überhaupt zulässig? Läßt sich ein derartiger Abbau des vorhandenen Leistungsniveaus mit dem Sozialstaatsprinzip vereinbaren?

I.2. Verbot des sozialen Rückschritts?

Die Verschlechterung der Stellung des Bürgers wäre jedenfalls dann verfassungswidrig, wenn das Sozialstaatsprinzip eine Status quo-Garantie enthalten, wenn es – gewissermaßen als Minimalvoraussetzung für sozialen Fortschritt – die Rücknahme einmal erreichter Leistungen der Daseinsvorsorge verbieten würde. Für ein solches Verbot des sozialen Rückschritts lassen sich zwei Entscheidungen

des Bundesverfassungsgerichts ins Feld führen, die sich auf die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG bezogen³: Danach darf ein Grundrecht, das schon in der Weimarer Zeit auf die Koalition selbst ausgedehnt worden ist, in der sozialstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nicht auf Individuen beschränkt bleiben. An anderer Stelle hat sich das Bundesverfassungsgericht zudem für ein Prinzip der größtmöglichen Schonung eines einmal erworbenen Besitzstands⁴ ausgesprochen, und schließlich kann nicht unerwähnt bleiben, daß der Beamtenstreik unter anderem auch mit dem Argument abgelehnt wird, die zeitweilige Lahmlegung von Verwaltungsfunktionen sei mit sozialstaatlichen Grundsätzen unverträglich⁵.

Trotz dieser nicht unwesentlichen »Stützen« wäre es jedoch illusorisch, einen totalen Bestandsschutz als geltendes Verfassungsrecht anzusehen. Zum einen bezieht sich das vom Bundesverfassungsgericht bejahte Verbot des sozialen Rückschritts ausschließlich auf zentrale Einrichtungen des Arbeitsrechts und kann deshalb nicht ohne weiteres auf andere Erscheinungsformen des Sozialstaats übertragen werden. Zum zweiten wäre ein solches Vorgehen auch deshalb in hohem Maße fragwürdig, weil man damit die einmal gesetzten Prioritäten in der Sozialpolitik auf unabsehbare Zeit festschreiben würde; dem Gesetzgeber wäre so die Möglichkeit genommen, bei geringem oder fehlendem Wirtschaftswachstum die zur Verfügung stehenden Mittel umzuverteilen und für bisher weniger im Vordergrund stehende sozialstaatliche Zwecke zu verwenden. Damit wäre – und hier liegt der dritte Einwand – die Entscheidung über sozialpolitische Fragen weithin von Parlament und Regierung weg und zu den Gerichten verlagert, deren jeweiliges Verständnis von »Bestandsschutz« über die verbleibenden Spielräume entscheiden würde. Auch wenn die Versuchung groß sein mag, angesichts einer zu Lasten der abhängig Beschäftigten stehenden Revision der Staatstätigkeit ein universelles Rückschrittsverbot zu konstruieren – langfristig wäre dem sozialen Fortschritt damit nicht unbedingt ein guter Dienst erwiesen. Der Abbau sozialstaatlicher Errungenschaften muß primär politisch, nicht durch rechtliche Mittel verhindert werden. Das Bundesverfas-

sungsgericht hat im übrigen selbst »Gegenindizien« gesetzt, da es in der dritten oben zitierten Entscheidung betonte, der als Grundsatz anzuerkennende Bestandsschutz gäbe keine ausreichende Rechtsgrundlage dafür ab, eine Berufstätigkeit auch dann fortsetzen zu können, wenn mit ihr ernstzunehmende Gefahren für die Volksgesundheit oder ein anderes Gemeinschaftsinteresse verbunden sein sollten⁶. Auch hat es an anderer Stelle das »Abschmelzen« von Knappschaftsrenten für sozialstaatskonform erklärt^{6a} und – in durchaus anfechtbarer Weise – selbst die tragenden Organisationsprinzipien der Sozialversicherung nicht unter den Schutz der Verfassung gestellt^{6b}. Die Herleitung des Beamtenstreikverbots aus dem Sozialstaatsprinzip verfährt schließlich sowieso nicht, da sie auf einer Überinterpretation des Art. 20 GG beruht: Das Sozialstaatsprinzip legitimiert zwar die staatliche Daseinsvorsorge, verpflichtet den Staat aber nicht, jede einzelne Leistung in gleichem Umfang wie bisher auch in Zukunft zu erbringen oder gar für eine nicht einmal durch Streik vorübergehend unterbrochene Funktionserfüllung einzustehen⁷.

Erweist sich der Abbau sozialer Standards damit in erster Linie als Politikum, so gilt dies gleichwohl nicht unbeschränkt: Eine Ausnahme gilt für einen Grundbestand sozialstaatlicher Institutionen, der nicht beseitigt werden darf⁸. Wie dieser im einzelnen beschaffen ist, braucht uns hier jedoch nicht näher zu interessieren, da dies voraussichtlich erst bei einem »Totalausverkauf« staatlicher Einrichtungen tangiert wäre⁹. Auch liegt es näher, zunächst nach Einzelgrundrechten des Bürgers zu fragen, räumen sie ihm doch möglicherweise bestimmte Leistungsansprüche ein, die sehr viel »früher« durch einen sozialen Abbau verletzt wären. So ist es etwa bemerkenswert, daß der BGH die Erhöhung von Straßenbahntarifen zwar im konkreten Fall am Maßstab des Gleichheitssatzes überprüfte, das Sozialstaatsprinzip jedoch mit keinem Wort erwähnte¹⁰.

Eingriffe in Grundrechte des Bürgers?

Der Abbau staatlicher Leistungen könnte dann gegen Grundrechte verstoßen, wenn diese als Teilhaberechte zu verstehen wären; andernfalls könnte ein Eingriff höchstens in der Art und Weise liegen, wie die bisherigen Leistungen zurückgenommen werden.

3.1. Leistungsgrundrechte im allgemeinen

Traditionellem Verständnis entsprechend sind Grundrechte Abwehrrechte des Bürgers gegen einen als übermächtig gedachten Staat¹¹; sie grenzen Freiheitsbereiche aus, die dem einzelnen zur alleinigen Disposition überlassen sind¹². Das zugrundeliegende liberale Gesellschaftsmodell beruht auf der Annahme, daß der Wettbewerb zur umfassenden Entfaltung der Produktivität und zur optimalen Versorgung der Bevölkerung führe, daß die selbstregulierenden Kräfte der Gesellschaft letztlich die Freiheit aller sichern würden. Der Staat kann sich unter diesen Umständen darauf beschränken, die Einhaltung der Spielregeln zu überwachen; wer als freies Individuum, als »Wirtschaftsbürger« sich selbst helfen kann, bedarf keiner staatlichen Hilfe. Leistungsgrundrechte sind (im beinahe wörtlichen Sinne) undenkbar.

Man spricht selbst in »marktwirtschaftsfreundlichen« Zeiten einen Gemeinplatz aus, wenn man auf den Widerspruch zwischen liberalem Anspruch und sozialer Realität hinweist. Nicht nur die Marktmacht und der politische Einfluß von Großunternehmen, auch die Trennung von Produktions- und Konsumtionssphäre, der technische Fortschritt und andere Faktoren haben dazu geführt, daß der einzelne sich eben nicht selbst helfen kann, daß der Staat eingreifen muß, um die Versorgung mit »Gemeinschaftsgütern« im weitesten Sinne sicherzustellen¹³. Die »Vermachtung« der Märkte und das Angewiesen-Sein auf staatliche Leistungen hat für die praktische Anwendung der Grundrechte zwei Konsequenzen:

Die Grundrechte müssen auch im Verhältnis zu »sozialen Gewalten« wie Großunternehmen und Arbeitgebern angewandt wer-

den, da die von ihnen ausgehenden Freiheitsgefährdungen nicht weniger gravierend sind als die vom Staatsapparat drohenden. Ansätze hierfür werden unter dem Stichwort der Drittwirkung diskutiert, doch legt dieser Begriff schon seiner Klangfarbe wegen den Fehlschluß nahe, auch der sozial Mächtige könne sich in der »Drittrichtung« auf Grundrechte berufen – das Ergebnis wäre eine Absicherung von Herrschaftspositionen¹⁴.

– Die Grundrechte können weiter die Funktion übernehmen, dem einzelnen Ansprüche auf existenznotwendige Leistungen zu sichern, um so ein »Leerlaufen« seiner Freiheitsrechte zu verhindern. Auch wäre es möglich, die traditionellen Grundrechte um einen Katalog »sozialer Rechte« zu erweitern, doch ist das Grundgesetz diesen Weg nicht gegangen¹⁵. Immerhin gibt es einzelne Ansätze in der Rechtsprechung, die überkommenen Freiheitsrechte um eine leistungsrechtliche Komponente zu erweitern. Sie könnte in unserem Zusammenhang von Bedeutung sein.

2.2. Leistungsansprüche als stillschweigende Voraussetzung der Grundrechtsausübung?

In seiner ersten Entscheidung zum Numerus clausus an Hochschulen hat das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der in Art. 12 GG garantierten freien Wahl der Ausbildungsstätte den bemerkenswerten Satz aufgestellt, ein Freiheitsrecht sei »ohne die tatsächliche Voraussetzung, es in Anspruch zu nehmen, wertlos«¹⁶. Die daraus gezogenen Konsequenzen waren freilich relativ bescheiden, da angesichts der beschränkten Hochschulkapazitäten ein Anspruch auf einen konkreten Studienplatz abgelehnt wurde¹⁷. In einem späteren Urteil hat das Gericht betont, daß der Verschärfung der Zulassungssituation »bevorzugt durch kapazitätsverbessernde Maßnahmen« zu begegnen sei¹⁸, doch wurde auch hier der Schritt zum einklagbaren Anspruch auf eine bestimmte Leistung nicht vollzogen. Erst recht schreckte das Bundesverfassungsgericht davor zurück, die für das Recht auf Ausbildungsfreiheit entwickelten Grundsätze auf andere Grundrechte zu übertragen; obwohl das

Recht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes in Art. 12 Abs. 1 GG dasselbe Maß an Absicherung erfahren hat, wurde es ausdrücklich von einem möglichen leistungsrechtlichen »Ausbau« ausgenommen¹⁹. Eine Ausnahme wurde allerdings für das Grundrecht auf Leben gemacht²⁰ – auch hier fehlt allerdings bisher eine Entscheidung, die die öffentliche Hand zu einer bestimmten Maßnahme gezwungen hätte²¹.

Legt man diese Rechtsprechung zugrunde, so ergeben sich so gut wie keine Schranken gegen die bisher diskutierten Privatisierungsmaßnahmen. Aus dem Grundrecht der Freizügigkeit nach Art. 11 GG einen Anspruch des Bürgers X abzuleiten, die von ihm benutzte Omnibuslinie auch in Zukunft zur Verfügung zu haben, wird kaum möglich sein, und weder die freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 GG noch das Recht auf Gesundheit nach Art. 2 Abs. 2 GG gewähren ein Recht darauf, daß die Müllabfuhr wie bisher zweimal die Woche (und nicht nur einmal wie vom Privaten vorgeschlagen) stattfindet. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn jemand von allen öffentlichen Verkehrsmitteln einschließlich Taxi abgeschnitten wäre oder wenn wegen der sich türmenden Müllberge akute Seuchengefahr bestünde. Auch wäre es sicherlich nicht zulässig, die Wasserversorgung einfach einzustellen²² – hier wäre ein soziales Minimum unterschritten, das sich in der Tat aus Art. 2 Abs. 2 GG ergibt. Auch wäre die – in Rheinland-Pfalz grundsätzlich zulässige²³ – Privatisierung einer Hochschule dann wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig, wenn angesichts eines in zahlreichen Fächern bestehenden Numerus clausus eine weitere Kapazitätsverringerung oder Zugangsschwerung eintreten würde.

Man kann sich die Frage stellen, ob es nicht sinnvoll wäre, die in der Rechtsprechung vorhandenen Ansätze weiterzuentwickeln und zu einem System sozialer Grundrechte auszubauen. Eine solche »Alternativinterpretation« stößt jedoch – ungeachtet aller voraussehbaren politischen Widerstände – auf dieselben Bedenken, die oben gegen einen aus dem Sozialstaatsgrundsatz abgeleiteten universellen Bestandsschutz vorgebracht wurden: In ähnlicher, wenn auch nicht ganz so starrer Form werden die einmal gewählten

Prioritäten für alle Zukunft festgeschrieben; die Kompetenz, über die Verwendung staatlicher Ressourcen zu entscheiden, ginge in weitestem Umfang auf die Gerichte über²⁴. Sinnvoll erscheint allein der Versuch, existenznotwendige Leistungen grundrechtlich abzusichern wie dies etwa für die Sozialhilfe geschieht²⁵ – der Spielraum des Gesetzgebers würde auch in Zeiten wirtschaftlicher Stagnation noch so groß bleiben, daß die wesentlichsten sozial- und wirtschaftspolitischen Entscheidungen weiterhin von ihm getroffen werden könnten^{25a}. Auch können Programmsätze sinnvoll sein wie sie sich im Allgemeinen Teil des Sozialgesetzbuchs finden²⁶ – ihre aktuelle rechtliche Bedeutung liegt darin, daß sie eine »leistungsfreundliche« Auslegung des geltenden Rechts ermöglichen²⁷. Für die mit der Privatisierung zusammenhängenden Fragen ergeben sich daraus allerdings (noch) keine konkreten Konsequenzen – es bleibt dabei, daß sie nur in Extremfällen an Leistungsgrundrechten des Bürgers scheitert.

2.3. Grundrechtsbindung des Privaten – eine mittelbare Privatisierungsschranke

In der Praxis können die Grundrechte des Bürgers jedoch insoweit beträchtliche Bedeutung gewinnen, als sie auch dem Privaten entgegengehalten werden können und so unter Umständen das ganze Vorhaben für ihn unattraktiv machen. Dies gilt insbesondere für Grundrechte, aus denen bestimmte organisatorische Anforderungen an den Adressaten abgeleitet werden.

Was zunächst die Grundrechtsbindung des Privaten als solche betrifft, so hat der BGH mit aller Deutlichkeit betont, daß es allein darauf ankomme, was funktionell zur Daseinsvorsorge gehöre. Auch wenn sie von einer Privatperson übernommen werde, seien die Regeln des öffentlichen Rechts und damit auch die Grundrechte anwendbar²⁸. Der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG wurde deshalb konsequenterweise auch dann herangezogen, als es um die eine bestimmte Gruppe der Bevölkerung besonders belastende Preiserhöhung bei der Straßenbahn ging, die als Kapitalgesellschaft

organisiert war²⁹. In dieselbe Richtung weist die erste Fernseh-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, wonach private Rundfunk- und Fernsehgesellschaften so organisiert sein müßten, daß wie bei öffentlich-rechtlichen Anstalten alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen können³⁰.

Legt man dies zugrunde, so ergeben sich eine Reihe praktisch wichtiger Folgerungen. Zwar wird der Private nur in Extremfällen mit Leistungsgrundrechten des Bürgers konfrontiert sein, doch gewinnt der »freiheitsrechtliche Gehalt« der Grundrechte beträchtliche Bedeutung. Auch ein materiell-privater Verkehrsträger muß daher den Gleichheitssatz ebenso achten wie der Inhaber eines ehemals öffentlichen Schlachthofs; er darf daher einzelne Benutzer nicht ohne sachlichen Grund ausschließen und muß auch bei der Tarifgestaltung darauf achten, daß nicht bestimmte Gruppen unsachlich bevorzugt oder benachteiligt werden³¹. Weiter muß beispielsweise eine private Universität – soweit sie nicht schon aus anderen Gründen unzulässig ist – jedenfalls so organisiert sein, daß die Wissenschaftsfreiheit in gleicher Weise wie in staatlichen Institutionen geschützt ist. Dies bedeutet, daß die Tätigkeit des einzelnen Wissenschaftlers nicht voll durchreglementiert werden darf³² und daß insbesondere eine Personalpolitik ausgeschlossen ist, die bestimmte »Schulen« aus dem Wissenschaftsbetrieb verdrängt³³. In der Literatur wurde der Grundgedanke, Freiheit durch Organisation zu sichern, auch auf andere privatisierte Institutionen übertragen³⁴. Danach muß etwa die Heimordnung eines privaten Altersheims in gleicher Weise wie entsprechende öffentliche Einrichtungen die freie persönliche Lebensgestaltung des einzelnen schützen, und die Menschenwürde muß in privaten Krankenhäusern genauso geachtet werden wie in öffentlichen. Das elterliche Erziehungsrecht muß auch gegenüber privaten Trägern der Jugendhilfe zur Geltung kommen – ein Grundsatz, dem der Gesetzgeber in den §§ 3 Abs. 1 Satz 2, 5 Abs. 3 Satz 3 JWG Rechnung zu tragen versuchte³⁵. Soweit der einzelne in einen Betriebsablauf integriert ist wie in der Schule oder im Krankenhaus, sind ihm Partizipationsrechte einzuräumen³⁶ – je »persönlichkeitsnäher« die zu erbringende Leistung ist, um so weniger darf der einzelne zum verwalteten Objekt

werden. In allen Fällen muß das Prinzip beachtet werden, daß die Privatisierung nicht zu einem Grundrechtsverlust führen darf³⁷.

3. Eingriffe in gesetzliche Leistungsansprüche?

Die beschränkte Tragweite von »Leistungsgrundrechten« macht die Frage besonders dringend, ob denn der Bürger kraft einfachen Gesetzesrechts oder kraft Satzung einen Anspruch auf bestimmte öffentliche Leistungen hat, der durch Privatisierungsmaßnahmen verletzt sein könnte³⁸. Kann z. B. der in einer Gemeindegatzung verbürgte Anspruch auf Benutzung des Freibads dadurch entwertet werden, daß der Private die Eintrittspreise verdoppelt, kann die bislang geübte vierteljährliche Sperrmüllabfuhr vom Privatunternehmer einfach abgeschafft werden? Sind schlecht geputzte Schulräume unter Umständen deshalb rechtlich bedenklich, weil sich aus dem anstaltlichen Benutzungsverhältnis ein Anspruch darauf ergibt, daß auch solche »Nebenleistungen« den verkehrsüblichen Anforderungen entsprechen müssen?

Die grundsätzliche Schwäche kommunalrechtlicher Benutzungsansprüche liegt darin, daß sie von der Existenz der betreffenden Einrichtung abhängen: Wird diese abgeschafft oder geschlossen, so geht der Anspruch ins Leere³⁹. Solange die Kommune einen Schlachthof betreibt, steht er zwar allen ansässigen Metzgern offen – wird er aufgegeben, haben sie keine Benutzungsansprüche mehr; nach Auffassung des BGH können sie auch keine Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen verlangen⁴⁰. Grenzen für eine »Selbstaufgabe« der Gemeinde ergeben sich zwar aus dem Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung nach Art. 28 Abs. 2 GG⁴¹ und aus Grundrechten der Bürger (die z. B. eine Einstellung der Wasserversorgung verbieten)⁴² – soweit sie nicht eingreifen, ist die Situation des Bürgers eine denkbar bescheidene. Da er sogar den Wegfall der Leistung in Kauf nehmen muß, kann er sich erst recht nicht gegen eine Verringerung oder gegen eine Preiserhöhung mit rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen. So wie es der Gemeinde selbst möglich ist, das Eintrittsgeld für das städtische Freibad oder für das

Heimatmuseum zu verdoppeln⁴³, genauso ist sie auch in der Lage, beides auf einen Privaten zu übertragen, der dieselben Maßnahmen treffen wird. Die Privatisierung mag aus anderen Gründen scheitern; der kommunalrechtliche Benutzungsanspruch steht ihr im Regelfall nicht entgegen.

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zwei Ausnahmen. Besteht für eine bestimmte Einrichtung *Anschluß- und Benutzungszwang*, so ist die Gemeinde bei der Festlegung der Benutzungsbedingungen und des Entgelts stärkeren Bindungen unterworfen. So ist es ihr insbesondere verwehrt, die Gebühr oder eine privatrechtliche Gegenleistung des Benutzers über die tatsächlichen Kosten hinaus zu erhöhen⁴⁴; fiskalische Zwecke können Eingriffe in die Freiheit des Bürgers nach traditioneller Auffassung nicht rechtfertigen⁴⁵. Würde die in Frage stehende Aufgabe (z. B. Bestattungswesen) durch einen Privaten erfüllt, so ist die Einführung eines Anschluß- und Benutzungszwangs zwar nicht unzulässig⁴⁶, doch sind die gleichen Grundsätze wie bei Eigenregie zu beachten. Für das Entgelt bedeutet dies, daß es ausschließlich nach dem Kostendeckungsprinzip zu bemessen ist⁴⁷, was eine stillschweigende Mitberücksichtigung eines Unternehmergewinns ausschließt. Jede andere Lösung würde auf die Schaffung eines privaten Finanzmonopols hinauslaufen⁴⁸, das als »Pfründe« zwar aus vorbürgerlicher Zeit bekannt ist, das jedoch als Rechtsinstitut in der Gegenwart keinen Platz hat. Dies gilt nur dann nicht, wenn die eigentliche Leistung durch die öffentliche Hand erfolgt und der Private auf Zulieferungen oder Hilfstätigkeiten beschränkt ist: Seine Preise sind dabei für die Gemeinde »Kosten«, die im Wege der Gebühr oder eines privatrechtlichen Entgelts auf den Bürger abgewälzt werden können. Der Unterschied beider Fälle liegt in dem Anteil der »Gewinnfinanzierung« sowie darin, daß die öffentliche Hand und damit eine politisch kontrollierte Instanz in der zweiten Alternative über die Leistung sowie die Bedingungen ihrer Inanspruchnahme verfügen kann. Eine weitere Ausnahme gilt allerdings für den praktisch wichtigen Fall der Abfallbeseitigung. Da § 3 Abs. 2 AbfG die Einschaltung von Privatunternehmern ausdrücklich gestattet, das Landesrecht aber gleichzeitig einen Anschluß- und Benut-

zungszwang vorsieht⁴⁹, dürfte der Gesetzgeber hier die Berücksichtigung eines angemessenen Unternehmergewinns in Kauf genommen haben. Eine Ausdehnung auf andere Einrichtungen scheidet mangels Rechtsgrundlage dagegen aus.

Eine gewisse Privatisierungsschranke kann sich weiter daraus ergeben, daß *mangelhafte Leistungen des Privaten* der öffentlichen Hand zugerechnet werden, die dafür im Rahmen eines Anstaltsbenutzungsverhältnisses oder vertraglicher bzw. vertragsähnlicher Beziehungen einzustehen hat. Wird etwa die Krankenhauswäsche von der privaten Wäscherei nicht ausreichend desinfiziert oder wird das Schulhaus von einer Privatfirma so schlecht gereinigt, daß sich dort Wanzen und anderes Ungeziefer breitmachen, so haftet die öffentliche Hand auf Schadensersatz⁵⁰. Wird die Gesundheit der Patienten bzw. Schüler gefährdet, so haben diese außerdem einen Anspruch darauf, daß diese Störung ihrer Persönlichkeits-sphäre beseitigt wird, wobei es nicht darauf ankommt, ob das Benutzungsverhältnis dem öffentlichen oder dem privaten Recht unterstellt wurde⁵¹. Für die Privatisierungsentscheidung selbst ist dies allerdings nur ausnahmsweise von Belang: Sie ist allein dann unzulässig, wenn die rechtswidrige Verschlechterung der Leistungen von vornherein voraussehbar war. Ob dies der Fall ist, hängt von den jeweiligen Umständen, insbesondere aber davon ab, ob es bereits konkrete Anhaltspunkte für eine potentielle Schlechtleistung seitens des Unternehmers gab. Möglich ist allerdings, die Betrauung des Privaten mit der betreffenden Aufgabe wegen Unzuverlässigkeit rückgängig zu machen⁵², doch schließt dies nicht aus, daß an seine Stelle lediglich ein »besserer« Konkurrent tritt, die private Funktionserfüllung als solche aber nicht in Frage gestellt wird.

4. Zusammenfassung

Der Abbau bislang gewährter Leistungen der Daseinsvorsorge verstößt nur dann gegen das Sozialstaatsprinzip, wenn grundlegende sozialstaatliche Einrichtungen beseitigt werden.

Die Grundrechte der Bürger stehen einer Privatisierung nur ausnahmsweise entgegen. Zwar umfassen sie grundsätzlich auch das Recht auf Teilhabe an staatlichen Leistungen, doch verdichtet sich dieses in der Regel nicht zu einem Anspruch auf konkrete, zu bestimmten Bedingungen erbrachte Dienstleistungen.

Wichtiger sind die durch Grundrechte geschaffenen mittelbaren Schranken der Privatisierung. So wirkt die Abwehrfunktion der Grundrechte, insbesondere der Gleichheitssatz, auch gegenüber dem Privaten, und in zahlreichen Fällen muß er seine interne Organisation so ausgestalten, daß die Verwirklichung bestimmter Grundrechte wie etwa der Wissenschafts- oder Rundfunkfreiheit in gleicher Weise wie in öffentlichen Einrichtungen möglich ist.

Kommunalrechtliche Benutzungsansprüche stehen einem teilweisen Leistungsabbau und der Schließung einer kommunalen Einrichtung nicht entgegen. Schranken für die Privatisierung ergeben sich jedoch in zweierlei Hinsicht:

Besteht für die betreffende Einrichtung Anschluß- und Benutzungszwang, so gilt das Kostendeckungsprinzip. Vom Sonderfall der Abfallbeseitigung abgesehen, dürfen private Gewinne daher nicht über Gebühren finanziert werden. Dies macht die Unternehmertätigkeit relativ unattraktiv.

Die Privatisierung ist weiter dann unzulässig, wenn vorauszusehen ist, daß die Einschaltung des Privaten zu einer Verletzung von Pflichten führen wird, die der öffentlichen Hand aufgrund eines Anstaltslichen oder sonstigen Benutzungsverhältnisses obliegen.

§ 9: Privatisierung und Arbeitsrecht

1. Grenzen für die Privatisierung als solche?

Die im Einleitungsteil beschriebenen negativen Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, die von Versetzung, Kündigung oder Arbeitsintensivierung bedroht sind¹, machen die Frage unabweisbar, ob eine Privatisierung nicht im Einzelfall von vornherein an arbeitsrechtlichen Normen scheitert. Denkbar wäre, daß sie gegen ein gesetzliches Verbot (1) oder gegen allgemeine Grundsätze des Arbeitsrechts (2) verstößt.

1.1. Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot?

Im Einzelfall mag es vorkommen, daß der Privatunternehmer bewußt gegen Strafvorschriften wie das Verbot der Beschäftigung von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis (§§ 227, 227 a AFG) verstößt. Für sich allein löst dies nur die im Gesetz vorgesehenen Sanktionen aus, kann aber die Rechtmäßigkeit und damit auch die Wirksamkeit der Privatisierung als solche nicht beeinflussen. Dies ändert sich erst, wenn der öffentlichen Hand bei ihrer Entscheidung bekannt war, daß bei der Kalkulation des Unternehmers auch die illegale Ausländerbeschäftigung eine Rolle spielt:² In einem solchen Fall würden sich die zuständigen Instanzen der Beihilfe zu einer Straftat schuldig machen, was auch den Privatisierungsvertrag als notwendigen Teil dieses Vorgangs nach § 134 BGB in Verbindung mit §§ 227, 227 a AFG unwirksam machen könnte³. Dasselbe gilt, wenn etwa von vornherein feststeht, daß die Vorschriften der AZO nicht eingehalten werden⁴.

Die Schwierigkeit dieser Fälle liegt in der mangelnden Beweisbarkeit. Unter (glücklichen) Umständen mag es noch möglich sein, dem Privatunternehmer schuldhaft Verstöße nachzuweisen, wie etwa ausgeschiedene Arbeitnehmer oder mißgünstige Konkurrenten »auspacken«; der Behörde selbst ein »Mitspielen« zu beweisen

dürfte dagegen so gut wie immer ausscheiden. Insofern ist der Rückgriff auf § 134 BGB eine Sache für (nie praktisch werdende) Extremfälle.

Etwas anderes könnte jedoch dann gelten, wenn »offene« Verstöße vorliegen, weil das gesetzliche Verbot als solches nicht bekannt war oder ihm nur ein engerer Anwendungsbereich unterstellt wurde. Konkret geht es dabei um die Frage, ob das massenhafte Ausweichen auf Teilzeitbeschäftigte, die ihrer Stundenzahl nach nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen, nicht einen Umgehungstatbestand darstellt, was im Ergebnis zu einer Beitragspflicht führen würde: wird nichts abgeführt, so sind durch eine unter solchen Umständen erfolgende Privatisierung die entsprechenden Vorschriften der RVO verletzt, so daß Unwirksamkeit nach § 134 BGB eingreifen würde. Ob dies wirklich der Fall ist, muß etwas eingehender geprüft werden.

Zunächst besteht nach geltendem Recht kein Zweifel daran, daß jeder Unternehmer Teilzeitkräfte beschäftigen darf, die ihrer geringen Stundenzahl und Verdiensthöhe wegen nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen⁵ und die unter Umständen auch von der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ausgenommen sind⁶. Diese Befreiung ist jedoch nicht schrankenlos. Zum einen wird man ähnlich wie bei der Befristung von Arbeitsverhältnissen einen sachlichen Grund« für die stillschweigend erfolgende Herausnahme aus zahlreichen arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften verlangen müssen – eine These, die in der Rechtsprechung allerdings noch nicht anerkannt ist⁷. Zum zweiten darf die »Befreiung« von Sozialversicherung und Lohnfortzahlung nicht losgelöst von dem zugrundeliegenden Zweck betrachtet werden. Dieser besteht darin, bestimmte soziale Sicherungen einschließlich der damit verbundenen finanziellen Aufwendungen dort entfallen zu lassen, wo es nicht bedarf: Wie die Grenze für die Sozialversicherungspflicht (15 Stunden pro Woche, bis zu 390,- DM Monatsverdienst⁸) und für die Lohnfortzahlung (nicht mehr als 10 Stunden wöchentlich⁹) deutlich macht, sollen solche Personengruppen ausgenommen werden, für die die Beschäftigung nicht die entscheidende Existenzgrundlage darstellt. Wenn sie ohne den für andere

geltenden sozialen Schutz bleiben, ist dies weder für sie noch für die Allgemeinheit ein ins Gewicht fallender Nachteil.

Diese durchaus sinnvolle Regelung wird in Zeiten der Arbeitskräfteknappheit im wesentlichen reibungslos funktionieren; sie verfehlt jedoch ihren Zweck, wenn in der Krise auch solche Arbeitnehmer zu einer geringfügigen Teilzeitbeschäftigung bereit sind, die eine anderweitige Existenzgrundlage weder in der Familie noch in einem Vollzeitarbeitsverhältnis haben. So kann es insbesondere ausländische Arbeitnehmer geben, die keine Arbeitslosenunterstützung mehr erhalten¹⁰ und die eine solche Arbeit auch dann akzeptieren, wenn der Verdienst unter den Sozialhilfesätzen liegt, kann doch die Inanspruchnahme von Sozialhilfe nach § 10 Abs. 1 Ziff. 10 AuslG einen Ausweisungsgrund darstellen. Auch bei deutschen Arbeitnehmern kann eine vergleichbare Konstellation entstehen, wenn sie – etwa wegen Nichtannahme als »zumutbar« eingestufte Arbeitsplätze – kein Geld vom Arbeitsamt mehr erhalten und z. B. aus persönlichen Gründen die Sozialhilfe nicht in Anspruch nehmen wollen. In solchen Fällen verliert die Herausnahme aus Sozialversicherung und Lohnfortzahlung ihren Sinn, da die Betroffenen mindestens ebenso dringend wie die übrigen Beschäftigten auf eine soziale Absicherung angewiesen sind. Aus diesem Grund müssen die entsprechenden Vorschriften einschränkend ausgelegt werden; sie greifen über ihren Wortlaut hinaus nur ein, wenn die Tätigkeit nicht ausschließliche oder überwiegende Existenzgrundlage des Arbeitnehmers ist. Eine solche teleologische Reduktion wird überdies von § 4 Abs. 1 SGB-AT nahegelegt, wonach jedermann im Rahmen des Sozialgesetzbuches »ein Recht auf Zugang zur Sozialversicherung« besitzt. Daraus läßt sich zwar – wie § 2 Abs. 1 Satz 2 SGB-AT ausdrücklich klarstellt – kein unmittelbarer Anspruch auf Aufnahme in die Versichertengemeinschaft ableiten, doch ist dieser Grundsatz ebenso wie die übrigen in den §§ 3–10 SGB-AT garantierten »sozialen Rechte« eine Interpretationsrichtlinie für sonstige sozialrechtliche Vorschriften; dabei ist – so ausdrücklich § 2 Abs. 2 SGB-AT – »sicherzustellen, daß die sozialen Rechte möglichst weitgehend berücksichtigt werden.« Das bedeutet, daß im Zweifel diejenige Gesetzesauslegung zu wählen

ist, die zur Bejahung von Sozialversicherungspflicht und Lohnfortzahlung führt.

Kommt der Privatunternehmer seiner so bestimmten Sozialversicherungs- und Lohnfortzahlungspflicht nicht nach und ist dies bei der Privatisierung – etwa aus den Kalkulationsunterlagen – ersichtlich, so sind die mit ihm getroffenen Abmachungen nach § 134 BGB unwirksam. Ob der hier skizzierte Auslegungsvorschlag von den Gerichten akzeptiert wird, bleibt allerdings abzuwarten; die Praxis wird sich zunächst weiter an einer formalen Handhabung der Vorschriften orientieren.

Man könnte sich zudem die Frage stellen, ob auch abgesehen von diesen besonders gravierenden Fällen der systematische Einsatz von Teilzeitarbeit zur Senkung der Lohnkosten rechtswidrig ist. Sozialpolitisch ist es sicherlich unerwünscht, die Zahl der von der Sozialversicherung ausgenommenen Arbeitnehmer auf diese Weise zu vergrößern und »Einsparungen« auf Kosten der sozialen Absicherung der Beschäftigten zu erzielen. Dennoch existiert keine Rechtsgrundlage, die dem Unternehmer eine solche Strategie verbieten würde – sieht man einmal von dem Erfordernis eines sachlichen Grundes¹¹ und den eben entwickelten Grundsätzen zur Einbeziehung in die Sozialversicherung ab. Abhilfe könnte daher nur durch den Gesetzgeber oder die Tarifparteien geschaffen werden; wichtig wäre dabei auch die Erwägung, daß auf diese Weise Chancengleichheit für die Unternehmer hergestellt würde, die wegen der Natur ihres Betriebes oder aus sozialpolitischer Einsicht schon bisher auf derartige Praktiken verzichteten.

1.2. Verstoß gegen das Verbot des sozialen Rückschritts?

Die von Privatunternehmern praktizierten Arbeitsbedingungen (neben fehlender sozialer Absicherung insbesondere geringere Löhne und höhere Arbeitsanforderungen) könnten weiter gegen das Sozialstaatsprinzip verstoßen, weil sie einen deutlichen Rückschritt gegenüber dem erreichten sozialpolitischen Status quo darstellen. In der arbeitsrechtlichen Literatur herrscht im wesentlichen

Einigkeit darüber, daß dem Grundgesetz ein Rückschrittsverbot zu entnehmen ist¹², doch bestehen wenig konkrete Vorstellungen darüber, welche Konsequenzen sich daraus für den einzelnen Arbeitnehmer ergeben. Legt man die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zugrunde, so ist lediglich der ersatzlose Abbau grundlegender Institutionen wie der Tarifautonomie¹³, der Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen¹⁴ und eventuell der Sozialversicherung¹⁵ ausgeschlossen. Dies läßt sich möglicherweise dahingehend weiterentwickeln, daß einzelne wesentliche Befugnisse innerhalb dieser Institutionen wie z. B. die tarifliche Festlegung von Lohn und Arbeitszeit oder die Mitbestimmung des Betriebsrats über die Arbeitsordnung nicht beseitigt werden dürfen. Nicht möglich ist es jedoch, aus dem Verbot des sozialen Rückschritts eine Bestandsgarantie all jener Rechte und wirtschaftlichen Vorteile abzuleiten, die ein Arbeitnehmer oder eine Gruppe von Beschäftigten aufgrund bestehender Arbeitsverhältnisse haben: Eine solche Interpretation würde die Tatsache ignorieren, daß die Existenz eines Arbeitsmarkts (als Teil des kapitalistischen Entwicklungsweges¹⁶) durchaus verfassungskonform ist und daß sie nicht nur zur Entstehung von Arbeitslosigkeit, sondern auch zu schwankenden Arbeitsbedingungen führt. Die Verfassung verbietet es deshalb nicht, daß der Arbeitgeber im Wege der Änderungskündigung übertarifliche Leistungen abbaut¹⁷ oder daß er bevorzugt Teilzeitarbeitskräfte mit geringer oder völlig fehlender sozialer Absicherung einstellt. Wäre es anders, so würde auch jeder Tarifabschluß, der nicht den inflationsbedingten Kaufkraftschwund durch entsprechend höhere Nettolöhne ausgleicht, gegen das Grundgesetz verstoßen – ein schwerlich haltbares Ergebnis, das die Tarifautonomie selbst in Gefahr bringen würde. Der durch Privatisierungen bedingte soziale Abbau läßt sich daher nicht mit verfassungsrechtlichen Mitteln, sondern allein im Wege sozialer und politischer Auseinandersetzungen bekämpfen.

2. Privatisierung nur mit Zustimmung der Arbeitnehmerseite?

2.1. Die tarifliche Durchführungspflicht

Ob Privatisierungsmaßnahmen überhaupt vorgenommen werden können, hängt weiter davon ab, ob die öffentliche Hand der zuständigen Gewerkschaft gegenüber zur Aufrechterhaltung des bisherigen Tarifniveaus verpflichtet ist: Wäre sie das, so würde eine der wichtigsten Anreize für viele Privatisierungen, nämlich die Senkung der Lohnkosten, von vornherein entfallen. Aus den bestehenden Rationalisierungsschutzabkommen läßt sich ein derartiger Bestandsschutz mit Sicherheit nicht ableiten, da sie lediglich die Folgen für die Beschäftigten mildern, an keiner Stelle aber das bisherige Niveau der bestehenden Lohn- und Lohnrahmentarife verbindlich festschreiben^{17a}. Denkbar wäre jedoch, daß sich gerade aus diesen Tarifverträgen ein Anspruch der Gewerkschaft gegen ihren Tarifpartner ergibt, jede »Unterlaufung« des Tarifniveaus durch Ausgliederung einzelner Bereiche zu unterlassen.

Neben der in vieler Hinsicht zu kritisierenden Friedenspflicht¹⁸ gehört nach herkömmlicher Auffassung zu jedem Tarifvertrag auch eine sog. Durchführungspflicht, die beide Seiten darauf festlegt, die tariflich Vereinbarte nach Kräften in die Wirklichkeit umzusetzen¹⁹. So muß etwa der Arbeitgeberverband dafür sorgen, daß seine Mitglieder den bei der tarifschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmern mindestens tarifliche Arbeitsbedingungen gewähren²⁰. Ob sich daraus auch die Pflicht ergibt, bestimmte Arbeitnehmergruppen nicht durch organisatorische Veränderungen dem Anwendungsbereich und damit dem Schutz des Tarifvertrags zu entziehen, ist in der Diskussion bisher kaum angesprochen worden²¹. Das ist um so erstaunlicher, als dieses Problem in ausländischen Arbeitsrechtsordnungen eine nicht unbeträchtliche Rolle spielt. So hat der amerikanische Supreme Court den Arbeitgeber für verpflichtet erklärt, mit den Gewerkschaften über die Übergabe von Aufträgen an Subunternehmer zu verhandeln, sofern dies zu einer Gefährdung der Arbeitsplätze führen könnte²². Diese Pflicht kann Teil auch auf andere Unternehmerentscheidungen ausgedehnt

te »Verhandlungspflicht«²³ ist von großer Bedeutung, weil sie entweder zu einem Schlichtungsverfahren²⁴ oder zu einem Streik führt²⁵. Tragender Grund für diese Partizipationsform ist das Bedürfnis, die Schutzwirkung des Tarifvertrags auch in personeller Hinsicht voll zu erhalten. Dasselbe Anliegen verfolgt das schwedische Mitbestimmungsgesetz²⁶, das die Auslagerung von Aufgaben, die bisher im Betrieb erledigt wurden, ausdrücklich zum obligatorischen Gegenstand der Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern machte, während alle anderen Unternehmerentscheidungen nur kraft ausdrücklicher kollektivvertraglicher Vereinbarung in die gesetzlich vorgesehenen Verhandlungsprozeduren einbezogen sind²⁷.

Entgegen dem ersten Anschein fehlen auch in unserer Rechtsordnung Ansätze in dieser Richtung nicht völlig. So wird etwa eine bewußte Unterlaufung des Tarifvertrags von der personellen Seite her in der Literatur abgelehnt. Nikisch vertritt z. B. den Standpunkt, der Arbeitgeber dürfe sich nicht weigern, Arbeitsverhältnisse mit tarifgebundenen Personen einzugehen, da niemand dem Vertragszweck bewußt entgegenarbeiten dürfe²⁸. Sachlich übereinstimmend nehmen Hueck-Nipperdey einen Verstoß gegen die Durchführungspflicht dann an, wenn der Arbeitgeber planmäßig tarifgebundene Arbeitnehmer entläßt, um sie durch Außenseiter zu ersetzen²⁹. Beiden Stellungnahmen liegt die richtige Erkenntnis zugrunde, daß die Wirkung von Tarifverträgen auch auf diese Weise geschmälert werden kann, ja daß eine systematische Anwendung solcher Praktiken zu einer Erosion des Tarifvertrags führen würde. Dies gilt allerdings nicht nur bei den angesprochenen Manipulationen im Zusammenhang mit Einstellungen und Entlassungen, sondern es verdient in gleicher Weise bei organisatorischen Veränderungen Beachtung, durch die bestimmte Arbeitnehmer dem Geltungsbereich des Tarifvertrags entzogen werden: Für die praktische Umsetzung tariflicher Abmachungen bedeutet es keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber für eine bestimmte Abteilung nur noch Unorganisierte einstellt und die Organisierten in andere Abteilungen versetzt bzw. kündigt oder ob er die ganze Abteilung auflöst und die von ihr erfüllte Funktion einem Subunternehmer

überträgt. Eine solche definitive Bindung an das Tarifniveau stellt auch keinen übermäßigen Eingriff in die unternehmerische Betätigungsfreiheit dar, da sie organisatorische Veränderungen einschließlich der Ausgliederung bestimmter Aufgaben nicht unmöglich macht, sondern lediglich an eine bestimmte »Vorgabe«, d. h. die Respektierung des Tarifvertrags bindet. Insoweit liegt eine »tariftypische« Restriktion unternehmerischen Verhaltens vor, die als »Datum« der Unternehmenspolitik ebensowenig auf rechtliche Bedenken stößt wie die Fixierung der Lohnhöhe oder die Bestimmung der Urlaubsdauer³⁰. Daß diese »Daten« im konkreten Fall Rückwirkungen auf die eigentliche unternehmerische Entscheidung haben können, liegt auf der Hand; ebenso wie man es als selbstverständlich hinnimmt, daß etwa ein kurzfristig zu erledigender Auftrag wegen der tariflich vorgesehenen Betriebsferien nicht übernommen werden kann, genauso ist es rechtlich unbedenklich, daß die Auslagerung bestimmter Aufgaben mißlingt, weil kein Subunternehmer zur Wahrung der tariflichen Arbeitsbedingungen bereit ist. In solchen Fällen ergibt sich dann der Sache nach ein gewerkschaftliches Zustimmungsrecht, da die Gewerkschaft ja zusammen mit der Arbeitgeberseite jederzeit über den Tarifvertrag verfügen und die auszugliedernden Teile des Betriebs vom Anwendungsbereich des Tarifvertrags nachträglich ausnehmen kann.

Auch für den öffentlichen Dienst gilt nichts Abweichendes. Während Tarifverträge in der Privatwirtschaft unternehmerische Dispositionen durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen begrenzen, tun sie dasselbe im öffentlichen Dienst in bezug auf das Verhalten des öffentlichen Arbeitgebers. Daß dessen Organisationsgewalt auch gegen mittelbare Beeinflussungen abgesichert sein sollte, ist nicht ersichtlich. Eine Besonderheit besteht nur insofern, als die Durchführungspflicht einen höheren Stellenwert gewinnt, ist es doch relativ unwahrscheinlich, daß sich z. B. eine Gemeinde auf Dauer darauf berufen wird, die Durchführungspflicht treffe formal nur den Tarifpartner, d. h. die Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände, nicht aber sie selbst.

Für die Privatisierung hat diese Konzeption zur Folge, daß die Gewerkschaft von der Arbeitgeberseite³¹ verlangen kann, daß sie

den Privatunternehmer zur Gewährung tariflicher Arbeitsbedingungen verpflichtet. Soweit nicht (der sogleich zu besprechende § 613 a BGB eingreift, kann dies nur in der Weise geschehen, daß der Private den von ihm übernommenen und den neu abgeschlossenen Arbeitsverträgen den Tarifvertrag zugrunde legt; eine Ausdehnung der normativen Wirkung des Tarifs ist nicht möglich³². Die Verpflichtung muß als zeitlich unbefristete vereinbart werden; es ist Sache der beteiligten Gewerkschaft, die Übernahme der Betroffenen durch die »Nachbargewerkschaft« und ihre Eingliederung in die von dieser vereinbarten Tarifverträge zu veranlassen. Schließlich muß die öffentliche Hand durch eine geeignete Vertragsgestaltung dafür sorgen, daß der Private die übernommenen Verpflichtungen auch wirklich erfüllt, wofür sich insbesondere ein Rückübernahmerecht für den Fall nicht ganz unbedeutender Zuwiderhandlungen anbietet. Nicht gewahrt ist im übrigen die Durchführungspflicht, wenn der Privatunternehmer lediglich die bisher bei der öffentlichen Hand Beschäftigten als Leiharbeiter übernimmt³³, mit neu Eingestellten jedoch schlechtere Arbeitsbedingungen vereinbart.

2.2. Mitbestimmungsrecht der betrieblichen Interessenvertretung

Die Privatisierung einzelner Tätigkeitsbereiche stellt der Sache nach eine organisatorische Veränderung dar. Vollzieht sie sich wie in der Regel im Rahmen einer Dienststelle, so stellt sich das Problem der Einschaltung des Personalrats; geht es um die Veräußerung oder die Umstrukturierung von Eigengesellschaften, so greifen möglicherweise Beteiligungsrechte des Betriebsrats ein.

2.2.1. Personalrat

Bei organisatorischen Veränderungen hat der Personalrat kein volles Mitbestimmungsrecht. Dies schreibt § 104 Satz 3 BPersVG ausdrücklich für das Personalvertretungsrecht in den Landesverwaltungen vor. Für den Bund folgt dasselbe daraus, daß nach §

Abs. 1 Ziffer 2 BPersVG die »Auflösung, Einschränkung, Verlegung oder Zusammenlegung von Dienststellen oder wesentlichen Teilen von ihnen« der bloßen Mitwirkung des Personalrats unterliegt und daß § 76 Abs. 2 Ziffer 7 BPersVG für die »Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden« ebenfalls keine gleichberechtigte Mitentscheidung vorsieht: in den Fällen des § 76 BPersVG kann die gemäß § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG notfalls anzurufende Einigungsstelle lediglich eine Empfehlung an die oberste Dienstbehörde beschließen, die dann endgültig entscheidet. Schließlich sieht § 78 Abs. 5 BPersVG vor »grundlegenden Änderungen von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen« ein Anhörungsrecht für den Personalrat vor.

Die Länder haben sich ausnahmslos an die ihnen vom Bund vorgegebenen Beschränkungen gehalten³⁵; dies gilt auch für das »radikal mitbestimmungsfreundliche« BremPersVG³⁶, das zwar in § 52 Abs. 1 Satz 1, 66 ein »Mitbestimmungsrecht« vorsieht, das das Vetzentscheidungsrecht der Obersten Dienstbehörde nach § 61 Abs. 4 Satz 3 jedoch unberührt läßt. Tragender Gesichtspunkt ist in § 104 Satz 3 BPersVG offengelegte Erwägung, daß Entscheidungen, die wegen ihrer Auswirkungen auf das Gemeinwesen wesentlicher Bestandteil der Regierungsgewalt sind, nicht durch den Personalrat oder die Einigungsstelle blockiert werden dürfen³⁷. Konsequenz dieser Rechtslage ist, daß die Privatisierung als solche nicht von der Zustimmung des Personalrats abhängt: Widerspricht dieser, so steht bestenfalls am Ende eines langen Verfahrens die Vetzentscheidung durch die Oberste Dienstbehörde.³⁸

Das fehlende Mitbestimmungsrecht schließt nicht aus, daß der Personalrat über die Art und Weise der Privatisierung, d. h. über bestimmte Teile dieses Vorgangs und über die Bewältigung seiner möglichen Folgen mitentscheiden kann. Ähnlich wie das Recht der Gewerkschaft, auf der Einhaltung des Tarifvertrags zu bestehen, können diese Befugnisse auch auf die Hauptentscheidung selbst auswirken; so kann z. B. die Privatisierung für eine Gemeinde »uninteressant« werden, wenn sie die auf den eingesparten Arbeitsplätzen Beschäftigten nicht versetzen oder kündigen kann. Im folgenden ist auf folgendes hinzuweisen:

(1) Ein Mitbestimmungsrecht des Personalrats kommt zunächst bei bestimmten *organisatorischen Einzelmaßnahmen* in Betracht. Im Bund ist dabei in erster Linie an die Vorschrift des § 75 Abs. 3 Ziffer 16 BPersVG zu denken, der die »Gestaltung der Arbeitsplätze« dem vollen Mitbestimmungsrecht des Personalrats unterwirft. Sollen also die arbeitstechnischen Abläufe³⁹ an den im öffentlichen Bereich verbliebenen Arbeitsplätzen verändert oder neu gestaltet werden, so ist hierfür die Zustimmung des Personalrats erforderlich. Schwieriger stellt sich der durchaus typische Fall dar, daß der Privatunternehmer den übernommenen Bereich umorganisiert, neue Geräte einführt, die Arbeitsanforderungen erhöht usw.; von Sonderfällen abgesehen⁴⁰ ist dies der Einflußnahme des Personalrats völlig entzogen, der lediglich den öffentlichen Arbeitgeber im Rahmen der Gesetze kontrollieren kann. Für die Personalvertretungsgesetze der Länder gilt insoweit nichts anderes als im Bund.

(2) Ein wichtiges Mitbestimmungsrecht steht dem Personalrat weiter bei *Versetzungen* zu. Soll ein bislang in dem zu privatisierendem Bereich Beschäftigter an einen anderen Arbeitsplatz im öffentlichen Dienst versetzt werden, so greift im Bund das »eingeschränkte Mitbestimmungsrecht des § 75 Abs. 1 Ziffer. 3 BPersVG ein. »Eingeschränkt« deshalb, weil der Personalrat seine Zustimmung nur aus den in § 77 Abs. 2 BPersVG genannten Gründen verweigern darf: Er muß etwa geltend machen, daß die Versetzung gegen einen Tarifvertrag oder gegen eine Verwaltungsanordnung verstößt bzw. daß die begründete Besorgnis besteht, durch die Maßnahme könnten Beschäftigte benachteiligt werden, ohne daß dies aus dienstlichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Eine weitere Reduzierung der Personalratsbefugnisse ergibt sich dann, wenn die Versetzung einen Beamten betrifft: Nach § 76 Abs. 1 Ziffer 4 in Verbindung mit § 69 Abs. 4 Satz 3 BPersVG kann die Einigungsstelle hier keine verbindliche Entscheidung treffen, sondern lediglich eine Empfehlung an die Oberste Dienstbehörde beschließen. Ohne Bedeutung ist allerdings, ob der Betroffene dem Arbeitsplatzwechsel zustimmt oder nicht; da der Personalrat nicht nur die Interessen dieses einzelnen, sondern die der ganzen Belegschaft zu vertreten hat, behält er auch in einem solchen Fall seine Befug-

nisse⁴¹ – ganz abgesehen davon, daß man nicht sicher sein kann, ob das »Einverständnis« des Betroffenen wirklich aufgrund freier Entscheidung zustande kam oder ob die Befürchtung eventueller künftiger beruflicher Nachteile eine dominierende Rolle spielte⁴².

Sehr viel weiter als die bundesrechtliche Regelung geht eine Reihe von Landespersonalvertretungsgesetzen. So sieht etwa § 86 Abs. 3 Ziffer 1 des Berliner PersVG ein volles, an keinerlei sachliche Voraussetzungen gebundenes Mitbestimmungsrecht vor, das auch mit keinem Letztentscheidungsrecht des Senats belastet ist⁴³. Dasselbe gilt in Bremen⁴⁴, Hamburg⁴⁵, Niedersachsen⁴⁶, Nordrhein-Westfalen⁴⁷, Hessen⁴⁸ und Baden-Württemberg⁴⁹, während Schleswig-Holstein⁵⁰, Bayern⁵¹, Rheinland-Pfalz⁵² und das Saarland⁵³ in Anlehnung an den Bund nur ein beschränktes Vetorecht vorsehen. In der Regel wird im übrigen eine länger dauernde Abordnung und eine Umsetzung, die mit weitgehenden Veränderungen der Arbeitssituation verbunden ist, wie eine Versetzung behandelt. Keine volle Mitbestimmung besteht allerdings auch in den mitbestimmungsfreundlichsten Bundesländern bei der Versetzung von Beamten, da mit Rücksicht auf eine ältere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁵⁴ bei allen personellen Angelegenheiten der Beamten das Letztentscheidungsrecht der obersten Dienstbehörde gewahrt bleiben muß⁵⁵.

(3) Sollen im Zusammenhang mit Privatisierungen *Kündigungen* ausgesprochen werden, so ist wiederum zwischen dem Bund und einzelnen Ländern zu unterscheiden. Nach § 79 Abs. 1 BPersVG steht dem Personalrat bei ordentlichen Kündigungen lediglich ein Mitwirkungsrecht zu; bei außerordentlichen Kündigungen muß er nach § 79 Abs. 3 BPersVG sogar nur angehört werden. Liegen bei der ordentlichen Kündigung bestimmte Voraussetzungen wie insbesondere die Möglichkeit zur Weiterbeschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz vor, so kann der Personalrat der Kündigung widersprechen; dies hat jedoch bestenfalls eine Weiterbeschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers bis zum rechtskräftigen Abschluß des Kündigungsschutzverfahrens zur Folge. Ähnlich beschränkte Einwirkungsmöglichkeiten bestehen in Bayern⁵⁶, im

Saarland⁵⁷, in Baden-Württemberg⁵⁸ und in Schleswig-Holstein⁵⁹.

Ein volles Mitbestimmungsrecht besitzt der Personalrat demgegenüber in Berlin⁶⁰, Bremen⁶¹, Hamburg⁶², Niedersachsen⁶³ und Nordrhein-Westfalen⁶⁴, wo in letzter Instanz die paritätisch (und mit neutralem Vorsitzenden) besetzte Einigungsstelle über die Kündigung entscheidet. Dabei ist sie frei, die Kündigung als unzumutbar oder unsozial auch dann abzulehnen, wenn an sich ein Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 KSchG vorliegen würde⁶⁵. Soweit Kündigungen auf diese Weise unmöglich gemacht werden, ist für die bereits Beschäftigten ein umfassender Bestandsschutz erreicht; nicht verhindern läßt sich jedoch eine schleichende Privatisierung derart, daß freiwerdende Arbeitsplätze nicht mehr besetzt und statt dessen entsprechend umfangreichere Aufträge an Privatunternehmen vergeben werden⁶⁶.

(4) Kommt es effektiv zu Versetzungen oder Kündigungen, so greifen in der Regel die Vorschriften über den *Sozialplan* ein. Außer in Schleswig-Holstein⁶⁷ hat der Personalrat insoweit überall ein volles Mitbestimmungsrecht⁶⁸ über den »Ausgleich oder die Milderung von wirtschaftlichen Nachteilen«⁶⁹. Voraussetzung ist lediglich, daß die Privatisierung als »Rationalisierungsmaßnahme« zu qualifizieren ist. Dies liegt schon deshalb nahe, weil sie einerseits die Arbeitsorganisation ändert (indem z. B. nunmehr ein Privatunternehmen über den Einsatz der Arbeitskräfte entscheidet), andererseits aber auch das Ziel verfolgt, bestimmte Leistungen kostengünstiger und d. h. »rationeller« zu erbringen⁷⁰. Im Zusammenhang mit den Rationalisierungsschutzabkommen für Arbeiter der Bundesländer und der Länder⁷¹ hat das BAG überdies denselben Standpunkt eingenommen⁷², was auch deshalb maßgebend sein sollte, weil andernfalls die Sozialplanvorschriften und die Tarifverträge unterschiedliche Voraussetzungen anknüpfen und damit erhebliche Rechtsunsicherheiten in der Praxis entstehen würden⁷³. Notwendig ist danach lediglich, daß die Privatisierungsmaßnahme eine gewisse Bedeutung erreicht⁷⁴; dies ist immer dann der Fall, wenn mehr als ein Arbeitnehmer gekündigt oder versetzt wird, da dann der Bereich der Individualmaßnahme verlassen ist. Die im Zusammen-

hang mit § 111 BetrVG entwickelten quantitativen Grenzen⁷⁵ sind nicht auf § 75 Abs. 3 Ziff. 13 BPersVG und die entsprechenden landesgesetzlichen Vorschriften zu übertragen, da das Personalvertretungsrecht anders als § 111 Satz 1 BetrVG gerade nicht von wesentlichen Nachteilen »für erhebliche Teile der Belegschaft« spricht. Die bestehenden Rationalisierungsschutzverträge könnten zwar theoretisch nach dem Einleitungssatz von § 75 Abs. 3 BPersVG und nach § 75 Abs. 5 BPersVG die Mitbestimmung über den Sozialplan hinfällig machen, doch enthalten sie in § 3 Abs. 2 ausdrückliche Öffnungsklauseln zu Gunsten personalvertretungs- und betriebsverfassungsrechtlicher Abmachungen⁷⁶. Der Sozialplan ist außerdem der einzige Rechtsbehelf, der bei der »Wegrationalisierung« von Teilzeitkräften, die weniger als halbtags arbeiten, zur Verfügung steht, da die Tarifverträge diesen Personenkreis ausdrücklich ausklammern⁷⁷.

Die Frage, was im einzelnen Inhalt eines Sozialplanes werden kann, soll uns an anderer Stelle interessieren;⁷⁸ hier ging es nur darum, die soziale und finanzielle Folge zu verdeutlichen, die schon bei der Privatisierung als solcher von der öffentlichen Hand sinnvollerweise mitzubedenken ist.

2.2 Betriebsrat

Geht es im Einzelfall um Privatisierungsmaßnahmen im Bereich von Eigenesellschaften, so greifen die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach dem BetrVG ein. Sie reichen im hier interessierenden Zusammenhang allerdings meist weniger weit als die des Personalrats. Mit dem BPersVG vergleichbar ist das in § 99 BetrVG niedergelegte (eingeschränkte) Mitbestimmungsrecht bei Versetzungen und das Anhörungs- und Widerspruchsrecht nach § 62 BetrVG. Wann eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 BetrVG vorliegt, wird sehr viel häufiger zweifelhaft und das Recht, einen Sozialplan zu verlangen, daher umstritten sein; erst recht wenn es auf organisatorische Fragen nur in den besonders gravierenden Fällen des § 91 BetrVG effektiv Einfluß genommen werden soll. Die Rechte des Betriebsrats eingehende Darstellung erfahren

haben und privatisierungsbedingte Besonderheiten nicht ersichtlich sind, kann insoweit auf die Kommentar- und Lehrbuchliteratur verwiesen werden.⁷⁹

2.3. Zusammenfassung

Den Gewerkschaften sowie der betrieblichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer steht kein Vetorecht gegenüber Privatisierungen zu. Aus der tariflichen Durchführungspflicht läßt sich jedoch ein (von der Rechtsprechung allerdings noch nicht anerkannter) Anspruch der Gewerkschaft gegen den öffentlichen Arbeitgeber ableiten, für eine Aufrechterhaltung des bisherigen Tarifniveaus in den privatisierten Bereichen zu sorgen. Der Personalrat besitzt Mitbestimmungsrechte in bezug auf organisatorische Maßnahmen, Versetzungen sowie Kündigungen und kann gegebenenfalls die Aufstellung eines Sozialplans erzwingen. Die Intensität dieser Rechte ist in Bund und Ländern unterschiedlich, doch kann ihre Existenz die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen unter Umständen erschweren; eine mittelbare Einwirkung ist dem Personalrat daher möglich. Dies gilt mit gewissen Abschwächungen auch für den Betriebsrat in Eigengesellschaften.

3. Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Privatunternehmer nach § 613 a BGB?

Eine mittelbare Privatisierungsschranke könnte sich daraus ergeben, daß der die öffentlichen Aufgaben übernehmende Privatunternehmer automatisch in die Arbeitsverhältnisse einrückt – die in der Praxis so wichtige Strategie der Einsparung von Lohnkosten wäre erschwert, der Private auf die Neueinstellung billigerer Arbeitskräfte als Ersatz für ausscheidende Arbeitnehmer beschränkt. Greift § 613 a BGB in allen oder wenigstens in einigen Privatisierungsfällen ein?

3.1. Voraussetzungen des § 613 a BGB

Die Anwendung des § 613 a BGB auf die hier zu behandelnden Fälle ist bislang nur wenig geklärt. Während er in der Übersicht des Deutschen Städtetages über die »Rechtsprobleme der Privatisierung« überhaupt nicht genannt wird⁸⁰ und auch das BAG keinen Anlaß sah, das Eingreifen des § 613 a BGB bei der Privatisierung eines Reinigungsdienstes zu prüfen⁸¹, findet er in der Literatur zunehmend Berücksichtigung⁸². Dies erscheint insbesondere dann einleuchtend, wenn etwa eine Metzgergenossenschaft einen Schlachthof übernimmt, setzt doch § 613 a Abs. 1 BGB voraus, daß »ein Betrieb oder ein Betriebsteil durch Rechtsgeschäft auf einen anderen Inhaber übergeht«. Gleichwohl ergeben sich eine Reihe von Rechtsfragen.

3.1.1. Beschränkung auf die Privatwirtschaft?

Zweifelhaft könnte zunächst sein, ob ein Betriebsübergang im Sinne des § 613 a BGB überhaupt vorliegt, wenn aus einer »Dienststelle« oder einem Eigenbetrieb ein Privatunternehmen wird. Der Wortlaut scheint eher gegen eine solche Ausdehnung zu sprechen, die systematische Stellung als BGB – Vorschrift eher dafür, da man bewußt nicht nur Arbeitsverhältnisse aus Betrieben erfassen wollte, sondern einen Betriebsrat besteht⁸³. Entscheidend ist allerdings der mit § 613 a BGB verfolgte Schutzzweck: der Arbeitnehmer soll dadurch keinen Nachteil erleiden, daß ein neuer Arbeitgeber an die Stelle des alten tritt, hat er doch auf diesen Vorgang weder selbst noch über seine Interessenvertretung irgendeinen Einfluß. Dieses Bedürfnis nach Bestandsschutz besteht unabhängig davon, ob sich die Person oder auch die Rechtsnatur des Arbeitgebers ändert, ob sich also die Veränderungen ausschließlich innerhalb des privaten Sektors oder zwischen öffentlichem Dienst und Privatwirtschaft abspielen. Mit Recht hat deshalb das LAG Hamm § 613 a BGB auch beim Übergang einer Schule von einem privaten Träger auf die öffentliche Hand angewandt⁸⁴; im umgekehrten Fall kann inzwischen auch das LAG Berlin⁸⁵ – nichts anderes gelten⁸⁶.

3.1.2. Anwendung auch bei der Übernahme von Dienstleistungsfunktionen?

Voraussetzung für die Anwendung des § 613 a BGB ist allerdings weiter, daß ein »Betrieb« oder »Betriebsteil« übergeht. Dies ist bei Wasser- und Elektrizitätswerken, bei der Müllabfuhr und bei dem schon erwähnten Schlachthof unproblematisch, wo ja ein Teil der sachlichen Mittel (Müllautos, Gebäude usw.) übernommen wird⁸⁷. Große Probleme stellen sich jedoch dann, wenn ausschließlich Dienstleistungsfunktionen übergehen. Greift § 613 a BGB auch dann ein, wenn der Reinigungsdienst von einem Privaten übernommen wird, der ausschließlich mit eigenen Besen und Bohnermaschinen arbeitet? Gilt dies auch, wenn Plakate statt in Eigenregie von einer Privatfirma geklebt werden?

Nach herkömmlicher Auffassung ist der Begriff des Betriebs am Produktionssektor orientiert; in der klassischen Definition des Reichsarbeitsgerichts ist er ein »wirtschaftlicher Gesamtorganismus, der die Betriebseinrichtungen nach der fachlichen und dem Arbeitgeber und die Arbeitnehmerschaft nach der persönlichen Seite umfaßt«⁸⁸. Das BAG hat dies insoweit weiter entwickelt, als es davon spricht, Unternehmer und Arbeitnehmer würden mit Hilfe von sachlichen *und immateriellen* Mitteln (Hervorhebung von mir – W.D.) bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgen⁸⁹. Auch Dienstleistungsbetriebe lassen sich so grundsätzlich erfassen; an die Stelle von Maschinen und Grundstücken tritt bei ihnen der Kundenstamm, die Firma und andere Rechtsbeziehungen zu Dritten⁹⁰. Bei der Übernahme eines Reisebüros käme entscheidend auf den Eintritt in die bestehenden Verträge an⁹¹. An genau dieser Voraussetzung fehlt es aber in den Privatisierungsfällen: Putzarbeiten und Plakate-Kleben haben keinen »Drittbezug« in dem beschriebenen Sinne; es wird lediglich ein bestimmter Tätigkeitsbereich übernommen. Aus diesem Grund wird eine Breitenstreckung des § 613 a BGB auf solche Fälle abgelehnt⁹². Dies kann jedoch aus zwei Gründen nicht überzeugen.

Zum einen liegt der Diskussion um den Betriebsbegriff die herkömmliche Trennung von Unternehmen und Betrieb zugrunde

während das erstere durch wirtschaftliche Zwecke, d. h. durch das Verhalten auf dem Markt definiert ist, geht es bei letzterem allein um arbeitstechnische Zwecke, d. h. die Herstellung bestimmter konkreter Güter und Dienstleistungen⁹³. Während die Rechtsbeziehungen zu Dritten, das Ansehen der Firma usw. für Dienstleistungsunternehmen durchaus charakteristisch sind, haben sie mit Dienstleistungsbetrieben nicht das geringste zu tun. Diese sind genau so wenig mit eigenen Rechtsbeziehungen ausgestattet, wie die einzelne Werkshalle eines Produktionsunternehmens. Das wird deutlich, wenn man bedenkt, daß ja auch die Übernahme von »Betriebsteilen« die Rechtsfolgen des § 613 a BGB auslöst: hier wäre es besonders fernliegend, nach einem verselbständigten Auftreten auf dem Markt zu fragen. Will man daher § 613 a BGB nicht von vornherein auf Produktionsbetriebe beschränken, so bleibt nur die Möglichkeit, bei Dienstleistungen an den Tätigkeitsbereich als solchen anzuknüpfen, also eine Betriebsübernahme dann anzunehmen, wenn der Inhaber in einigen oder allen seinen Aktivitäten von einem Nachfolger ersetzt wird. Daß dies nicht zur Monopolisierung einzelner »Arbeitsbereiche« führt, wird dadurch sichergestellt, daß § 613 a BGB nur bei rechtsgeschäftlicher Übernahme eingreift.

Hinzu kommt ein zweites Argument. § 613 a BGB ist seiner Zwecksetzung nach eine Schutzvorschrift für Arbeitnehmer. Ihre Situation ist in gleicher Weise bedroht, wenn nicht eine Firma oder ein Produktionsbetrieb übernommen wird, sondern wenn bestimmte Aufgaben auf einen Dritten verlagert werden. In beiden Fällen sind sie gegebenenfalls Betroffene einer Entwicklung, die sie nicht zu beeinflussen vermögen. Es wäre nun in grober Weise ungerecht, würde § 613 a BGB zwar bei der Übertragung auch kleinster Produktionsabteilungen eingreifen⁹⁴, jedoch dann versagen, wenn mit völlig identischer Wirkung Dienstleistungsfunktionen »abgestoßen« würden. Für eine solche Schlechterstellung der in Dienstleistungsbetrieben Beschäftigten besteht kein sachlicher Anlaß; § 613 a BGB muß daher zumindest analog angewandt werden⁹⁵.

3.2. Rechtsfolgen

Soweit § 613 a BGB eingreift, gehen die Arbeitsverhältnisse mit dem Inhalt auf den Erwerber über, den sie im Zeitpunkt der Betriebs- bzw. Funktionsübernahme hatten. Einbezogen sind deshalb zum Beispiel auch gekündigte Arbeitsverhältnisse, bei denen die Kündigungsfrist noch nicht ausgelaufen ist⁹⁶. Der Arbeitnehmer kann dem automatischen Übergang seines Arbeitsverhältnisses allerdings widersprechen⁹⁷; er behält dann seinen bisherigen Arbeitgeber, d. h. die öffentliche Hand, sieht sich allerdings unter Umständen der Gefahr einer betriebsbedingten Kündigung ausgesetzt, wenn keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr für ihn vorhanden ist⁹⁸.

Der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses kann allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, daß der Betriebsübergang für den Arbeitnehmer gleichwohl im Regelfall gravierende Konsequenzen hat. Dies gilt einmal im Hinblick auf eine mögliche Verschärfung der Arbeitsanforderungen, der mit Mitteln des Arbeitsvertragsrechts nur schwer zu begegnen ist⁹⁹. Es gilt zum anderen aber auch für die Gegenleistungen des Arbeitgebers, die zumindest im Wege der Änderungskündigung abgebaut werden können¹⁰⁰. Nach herrschender Auffassung kann der Arbeitnehmer nicht einmal sichergehen, das bisherige Tarifniveau zu behalten, da der neue Arbeitgeber nicht an die Tarifverträge für den öffentlichen Dienst gebunden ist¹⁰¹. Dies überzeugt zwar inhaltlich in keiner Weise, da das Arbeitsverhältnis so doch entgegen dem Anspruch des § 613 a BGB seinen Inhalt (und zwar zum Nachteil des Arbeitnehmers) ändert¹⁰² und da eine Richtlinie der Europäischen Gemeinschaften in der Gesetzgebung wie Rechtsprechung zwingt, zumindest für die Dauer eines Jahres die tariflichen Rechte aufrechtzuerhalten¹⁰³. Dennoch wird sich die Praxis voraussichtlich dennoch an der BAG- und Rechtsprechung orientieren. Der »übernommene« Arbeitnehmer hat schließlich keinerlei Sicherheit, nicht doch in absehbarer Zeit gekündigt zu werden; § 613 a BGB schließt lediglich Entlassungen aus Anlaß der Betriebsübernahme aus¹⁰⁴, steht jedoch künftige Personaleinsparungen des Arbeitgebers nicht entgegen. Aus die-

Gründen empfiehlt es sich für die betroffenen Arbeitnehmer, die Übernahme nur dann zu akzeptieren, wenn andernfalls Arbeitslosigkeit droht; im Regelfall wird ein Widerspruch angebracht sein¹⁰⁵. Die »Abschreckungswirkung« des § 613 a BGB für einen potentiellen Privatunternehmer ist daher relativ gering, kann jedoch in bestimmten Konstellationen (z. B. bei hoher Arbeitslosigkeit und gutem gewerkschaftlichem Organisationsgrad bei der zu übernehmenden Mannschaft) durchaus Bedeutung gewinnen.

Privatisierung und Kündigungsschutz

Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen kann weiter dadurch erschwert oder ausgeschlossen sein, daß den bei der öffentlichen Hand beschäftigten Arbeitnehmern nicht gekündigt werden kann und daß sie auch nicht an anderen Arbeitsplätzen weiterbeschäftigt werden können.

Tariflicher Kündigungsschutz

Zunehmen ist hier in erster Linie die sogenannte Unkündbarkeit, die nach den Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes nach fünf- bis zehnjähriger Beschäftigungsdauer und einem Mindestalter von vierzig Jahren erreicht wird¹⁰⁶. Sie schützt vor betriebsbedingten Entlassungen aller Art¹⁰⁷ und stellt eine zentrale personalpolitische Vorgabe für Privatisierungsüberlegungen dar. Ihre Reichweite darf nicht überschätzt werden: in den am häufigsten privatisierten Teilen des öffentlichen Dienstes (Reinigungswesen, Müllabfuhr) herrscht eine relativ hohe Fluktuation, so daß die Fünfzehnjährigkeit nur von einem Teil der Arbeitnehmer erreicht wird; außerdem nehmen die Tarifverträge alle jene Personen aus, die weniger als halbtags beschäftigt sind¹⁰⁸, so daß eine weitere »Lücke« entsteht. Insoweit greift nur der allgemeine Kündigungsschutz ein. Steht er einer privatisierungsbedingten Entlassung entgegen?

4.2. Kündigungsschutz nach dem KSchG

Entschließt sich die öffentliche Hand, einen bestimmten Bereich zu privatisieren und streicht sie deshalb eine entsprechende Anzahl von Stellen im Haushaltsplan, so ist damit ein »dringendes betriebliches Bedürfnis« für eine Kündigung im Sinne des § 1 Abs. 2 KSchG geschaffen¹⁰⁹. Dabei ist allerdings Voraussetzung, daß die Stellen individualisiert oder nach fachlichen Merkmalen genau bestimmbar sind; allgemeine Einsparungsbeschlüsse reichen nicht¹¹⁰. Die organisatorische Entscheidung des Haushaltsgesetzgebers hat sonach dieselbe Bedeutung wie eine Unternehmerentscheidung in der gewerblichen Wirtschaft; durch entsprechend konkrete Dispositionen kann so vom Arbeitgeber ein Kündigungsgrund geschaffen werden¹¹¹.

Daß jede denkbare (und damit auch die unsinnigste) Unternehmerentscheidung »dringende betriebliche Erfordernisse« hervorbringen kann, will schwerlich einleuchten. Mit Rücksicht auf die marktwirtschaftliche Ordnung hat die Rechtsprechung gleichwohl an der Unantastbarkeit der Unternehmerentscheidung als einem Grundprinzip festgehalten¹¹². Dies ist insofern sinnvoll, als eine volle Überprüfung des unternehmerischen Verhaltens auf seine Zweckmäßigkeit hin die Arbeitsgerichte zu einer zentralen Instanz der Wirtschaftssteuerung machen würde; hierauf sind sie weder als Institution noch von ihrem Verfahren her vorbereitet. Dasselbe gilt für eine volle Überprüfung organisatorischer Vorgänge innerhalb des Staatsapparats; es kann nicht Sache des Arbeitsgerichts sein, die Gewichte neu zu verteilen oder über Details der Verwaltungsform zu entscheiden. Insoweit muß eine Lösung im politischen Prozeß gefunden werden.

Die Unantastbarkeit der Unternehmer- bzw. Haushaltsentscheidung kennt freilich drei Ausnahmen:

4.2.1. »Dringende betriebliche Erfordernisse« sind dann nicht anzunehmen, wenn die Entscheidung »offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich« ist¹¹³. Wann dies anzunehmen ist, bleibt unklar; als einziger Beispielfall taucht der Versuch des Arbeitgebers auf, eine betriebliche Änderung nur deshalb vorzunehmen,

den oder die betroffenen Arbeitnehmer loszuwerden¹¹⁴. Praktische Bedeutung kommt der »Willkürkontrolle« nicht zu, da der Arbeitnehmer den Beweis führen muß, daß die Unternehmerentscheidung offenbar unsachlich usw. war¹¹⁵. Dies ist ihm im Regelfall schon mangels ausreichender Informationen nicht möglich; soweit ersichtlich, sind keine Gerichtsentscheidungen bekannt, die einer Unternehmer- bzw. Haushaltsentscheidung aus diesen Gründen die Anerkennung versagt hätten.

4.2.2. Sehr viel größere Bedeutung hat gerade im vorliegenden Zusammenhang die zweite Schranke: die Unternehmer- bzw. Haushaltsentscheidung ist dann unbeachtlich, wenn sie gegen geltendes Recht verstößt oder Gesetzesverstöße zum Ziel hat¹¹⁶. Dies ist im Bereich der gewerblichen Wirtschaft nur selten der Fall, da das Unternehmerverhalten vorwiegend über den Markt gesteuert wird und so (im Kern) rechtlich frei sein muß¹¹⁷. Im Bereich der öffentlichen Verwaltung tritt das jedoch sehr viel häufiger auf, da die rechtliche Vorprogrammierung insoweit einen hohen Stellenwert besitzt (ohne deshalb freilich zum einzigen Steuerungsmittel zu werden). Verstößt daher eine Privatisierungsmaßnahme gegen die Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit¹¹⁸, gegen den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung¹¹⁹, gegen das haushaltsrechtliche Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit¹²⁰ oder gegen Rechte des Bürgers¹²¹, so kann sie keine »dringenden betrieblichen Erfordernisse« begründen; einer Kündigungsschutzklage wäre stattzugeben. Das Arbeitsgericht hat insoweit selbst die Prüfungskompetenz; nur wenn die Privatisierung in einem formellen Gesetz festgelegt ist¹²², müßte gemäß Artikel 100 GG zunächst das Bundesverfassungsgericht eingeschaltet werden.

4.2.3. Die Unternehmer- bzw. Haushaltsentscheidung begründet schließlich auch dann keine »dringenden betrieblichen Erfordernisse«, wenn eine Abwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Interessen des Beschäftigten die Kündigung als nicht billigenwert erscheinen läßt¹²³. Die dabei angewandten Maßstäbe sind allerdings so geartet, daß der Arbeitnehmer nur in Extremfäl-

len besonders unzweckmäßigen Verhaltens der Gegenseite seinen Arbeitsplatz retten kann. Bringt etwa die Umorganisation dem Arbeitgeber keinen ersichtlichen Vorteil, gehen andererseits jedoch zahlreiche Arbeitsplätze verloren, so fehlt es nach der BAG – Rechtsprechung an einem »vernünftigen Verhältnis« zwischen Vor- und Nachteilen und damit an der sozialen Rechtfertigung¹²⁴. Dies ist vom BAG anlässlich einer privatisierungsbedingten Kündigung erneut bestätigt worden¹²⁵, wobei jedoch nicht präzisiert wurde, welche Interessen im einzelnen berücksichtigt werden müssen und an welchem Punkt die Grenze zur »Unvernunft« überschritten ist. Immerhin wurde angedeutet, daß auf der einen Seite das Interesse an Kostenersparnis ins Gewicht falle, während auf der anderen Seite ein mögliches Arbeitnehmerinteresse an der Erhaltung des Arbeitsplatzes stehe¹²⁶. In der Literatur wurden weiter die Möglichkeit zu interner Rationalisierung und die Chancen der Betroffenen auf dem Arbeitsmarkt genannt¹²⁷. Folgt man der hier entwickelten Konzeption zur »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit«¹²⁸, so sind allerdings die Arbeitnehmerinteressen bereits dort als ein gewichtiger Faktor zu berücksichtigen¹²⁹; einer zusätzlichen Interessenabwägung, die kein anderes Ergebnis erbringen könnte, bedarf es dann nicht mehr.

Ist die Unternehmer- bzw. Haushaltsentscheidung auch nach den Kriterien (1) bis (3) nicht zu beanstanden, so kommt es gleichwohl nur dann zu einer (rechtmäßigen) Kündigung, wenn keine »Ausweichmöglichkeiten« wie Umsetzung und Versetzung zur Verfügung standen und wenn die in § 1 Abs. 3 KSchG verlangte soziale Auswahl beachtet wurde. Insoweit ergeben sich im Zusammenhang mit einer Privatisierung keine Besonderheiten, so daß auf die allgemein zugängliche Literatur verwiesen werden kann¹³⁰.

5. Ausgleichsleistungen auf Grund von Rationalisierungsschutzabkommen und von Sozialplänen

Die Frage, ob die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen eine »Rationalisierungsmaßnahme« im Sinne der für den öffentlichen

Dienst geltenden Rationalisierungsschutzabkommen¹³¹ darstellt, war einige Zeit in Rechtsprechung¹³² und Literatur¹³³ umstritten. Für die Praxis hat die BAG-Entscheidung vom 3. 5. 1978¹³⁴ eine Klärung erbracht: danach sind die Abkommen grundsätzlich anwendbar, obwohl bei ihrem Abschluß Einvernehmen darüber erzielt worden war, »daß die Abgabe von Verwaltungen, Verwaltungsteilen, Betrieben oder Betriebsteilen an andere Arbeitgeber nicht als solche schon eine Rationalisierungsmaßnahme sei«¹³⁵. Die Begründung ist einleuchtend. § 2 des einschlägigen Tarifvertrags über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter spreche von »Änderungen der Arbeitstechnik« und von »wesentlichen Änderungen der Arbeitsorganisation«, setze beide also offensichtlich nicht gleich. Unter letzterem sei auch die Leitung der Arbeit und die rechtliche Gestaltung ihrer Organisation zu verstehen. Bei gleichbleibenden technischen Arbeitsvollzügen kann daher eine völlig andere Arbeitsorganisation vorliegen, wenn die Leistung nicht durch eigene Arbeitskräfte, sondern auf Grund Werkvertrags von einem Dritten erbracht wird. Weiter reicht es aus, daß durch die Maßnahme eine rationellere Arbeitsweise bezweckt wird, was sich für das BAG zwangsläufig aus der erwarteten Kostenersparnis von 25.000,- DM pro Jahr ergab. Schließlich sei das bei Tarifabschluß erzielte Einvernehmen über die Ausklammerung bestimmter Vorgänge nicht im Text selbst zum Ausdruck gekommen, ein Tarifvertrag müsse jedoch wie ein Gesetz nach seinem objektiven Wortlaut ausgelegt werden¹³⁶. Zu diesem letzten Punkt sind Bedenken anzumelden, da sich auf diese Weise das Gericht in gewissem Umfang selbst zum Herrn des Tarifvertrags macht, was nicht mit dem Sinn einer kollektiven Vertragsautonomie zu vereinbaren ist¹³⁷. Auch wenn man jedoch die ursprünglichen Absichten der Tarifpartner zu Grunde legt, bleibt das Ergebnis dasselbe. Die Abgabe von Verwaltungsteilen usw. ist in der Tat nur dann eine Rationalisierungsmaßnahme, wenn sie von einem bestimmten Zweck, nämlich rationeller zu arbeiten, getragen ist. Er liegt keineswegs immer vor, da mit organisatorischen Veränderungen auch andere, z. B. politische oder soziale Ziele verfolgt werden können: soll durch Dezentralisierung von Behörden eine größere Bürgernähe erreicht werden, so

führt dies nicht notwendigerweise zu einer »rationelleren« Bewältigung von Verwaltungsaufgaben. Außerdem könnte die Formulierung den Sinn gehabt haben, alle jene Fälle auszuklammern, bei denen sich durch den Arbeitgeberwechsel als solchen gar nichts ändert; wird ein Dienststellenteil von einer Eigengesellschaft übernommen, so ist dies in der Tat für sich allein noch kein Grund, nach dem Rationalisierungstarifvertrag zu rufen. Wie oben bereits ausgeführt¹³⁸, ist eine solche Situation bei der Privatisierung nicht gegeben; auch den übernommenen Arbeitnehmern drohen im Regelfall beträchtliche Nachteile. Dabei kommt es nicht auf die Anwendbarkeit des § 613 a BGB an, da er einen sozialen Abbau ja nicht ausschließt und da er – wie bisweilen übersehen wird¹³⁹ – noch gar nicht existierte, als das ominöse »Einvernehmen« zustande kam. Im Ergebnis bleiben die Rationalisierungsschutzabkommen daher auch bei subjektiver Auslegung anwendbar.

Die aus ihnen folgenden Rechte im einzelnen aufzuzählen und zu kommentieren, erscheint nicht notwendig zu sein. Der Grundgedanke der Regelungen besteht darin, primär einen gleichwertigen, hilfsweise einen anderen zumutbaren Arbeitsplatz zu finden; dabei hat der Arbeitgeber gegebenenfalls auch Umschulungsmaßnahmen zu finanzieren. Die bisherige Vergütung wird unter bestimmten Voraussetzungen durch eine persönliche Zulage gesichert. Scheidet eine Weiterbeschäftigung aus und kommt es zur Kündigung oder zur einvernehmlichen Aufhebung des Arbeitsvertrags, so ist eine Abfindung zu bezahlen, die je nach Dauer der Beschäftigung im öffentlichen Dienst zwischen einem und zwölf Monatsgehältern beträgt.

Für Personen, die als Teilzeitbeschäftigte diesen Tarifverträgen nicht unterfallen, ist es besonders wichtig, daß der Personalrat von seinem Recht Gebrauch macht, den Abschluß eines Sozialplans zu verlangen¹⁴⁰. Aber auch für die übrigen Beschäftigten wird es in der Regel sinnvoll sein, eine stärkere Anpassung an die in der Dienststelle auftauchenden Probleme zu erreichen und gegebenenfalls auch höhere Leistungen durchzusetzen. Was im einzelnen Inhalt eines Sozialplans werden kann, ist schon an zahlreichen Stellen beschrieben worden,¹⁴¹ so daß hier ein Hinweis genügt. Zu beach-

ten ist, daß es beim Abschluß des Sozialplans um die Durchsetzung von Arbeitnehmeransprüchen geht, die als solche unabhängig von den jeweiligen Haushaltsansätzen bestehen: sie können nicht gemindert werden, indem der Gesetzgeber nur ganz geringe Summen zur Verfügung stellt¹⁴². Genau wie beim Streit um die richtige Eingruppierung¹⁴³ hat sich das Budget nach dem geltenden Recht und nicht umgekehrt das Recht nach den bereitgestellten Mitteln zu richten.

§ 10: Verfahren zur Verhinderung unzulässiger Privatisierungen

1. Kontrollmechanismen innerhalb des Staatsapparats

Soweit die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen gegen die Rechtsnormen verstößt, die für die Staatsorganisation als solche maßgebend sind¹, ist ihre Verhinderung in erster Linie ein »Staatsinternum«, kein Gegenstand einer Bürger- oder Arbeitnehmerklage. Im Einzelnen ist dabei zu unterscheiden:

1.1. Privatisierung durch Gesetz

Beruhet die Überführung in Privathand auf einem gesetzgeberischen Akt² (Beispiel: Gesetz zur Privatisierung des Volkswagenwerkes), so kommt zunächst nur eine Klage beim Verfassungsgericht in Betracht, mit der ausschließlich ein Verstoß gegen grundgesetzliche (bzw. landesverfassungsrechtliche) Normen geltend gemacht werden kann. Im Bund steht das Recht zur Anrufung des Bundesverfassungsgerichts der Bundesregierung, jeder Landesregierung und einem Drittel der Mitglieder des Bundestags zu (Artikel 93 Absatz 2 Ziff. 2 GG), in den Ländern bestehen Klagrechte insbesondere zu Gunsten überstimmter Minderheiten⁴.

1.2. Privatisierung durch Verwaltungsmaßnahmen

Erfolgt in sogenannten Bagatellfällen⁵ die Privatisierung auf Grund einer Entscheidung der Verwaltung, so kommen zwei Kontrollmechanismen in Betracht. Zum einen kann die vorgesetzte Behörde eingreifen und die Rückgängigmachung der Maßnahme verlangen, wenn diese gegen gesetzliche oder sonstige Vorschriften verstößt; reicht hierfür die Rechtsaufsicht aus, was insbesondere im Verhältnis zu Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts

Bedeutung ist. Zum anderen kann der Rechnungshof die getroffenen Maßnahmen beanstanden, wobei insbesondere ein eventueller Verstoß gegen das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im Mittelpunkt stehen wird. Seine Stellungnahme ist jedoch insofern von geringerer Bedeutung, als ihm keinerlei Weisungsbefugnisse zustehen; ob seinen »Rügen« Rechnung getragen wird, liegt letztlich in der Verantwortung von Regierung und Parlament⁶.

13. Besonderheiten im kommunalen Bereich

Das Gemeinderecht kennt zwei Mittel, um einen Rechtsverstoß zu korrigieren.

Zum einen kann die mit der *Kommunalaufsicht* betraute Behörde aktiv werden und von der Gemeinde bzw. dem Gemeindeverband die Unterlassung oder Rückgängigmachung der Privatisierungsmaßnahme verlangen. Dabei kann sie alle rechtlichen Gesichtspunkte berücksichtigen, die für wie gegen die Entscheidung der Gemeinde sprechen; auch die Einhaltung des Prinzips der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit kann überprüft werden. Soweit die Gemeinde allerdings in ihrem eigenen Wirkungskreis bewegt, findet die Kontrollkompetenz des Staates ihre Grenze im Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung; eigenständige politische Entscheidungen sind daher in gleicher Weise wie bei der rechtlichen Überprüfung der »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« zu respektieren⁷.

Zum zweiten ist an eine *verwaltungsgerichtliche Klage der bestimmten Gemeinderatsmitglieder* gegen den Privatisierungsbeschluss zu denken. Anders als in staatlichen Parlamenten⁸ kommt solcher Rechtsbehelf nach herrschender Auffassung aber nur in Betracht, wenn die Betroffenen in eigenen Rechten verletzt sind, zum Beispiel keine Einladung zur Sitzung erhielten oder mit Unwillkür Reden oder an der Abstimmung gehindert wurden⁹; die Rechtswidrigkeit der gefaßten Beschlüsse reicht für eine

zulässige Klage nicht aus. Dies überzeugt weder unter rechtsdogmatischen noch unter rechtspolitischen Aspekten. Die Beschränkung der Klagebefugnis auf die Verletzung subjektiver Rechte entspringt einer rein individualistischen Rechtsschutzkonzeption, die im Recht nur ein Mittel zur Grenzziehung zwischen Bürgerfreiheit und staatlichen Handlungsspielräumen sieht: Verlangt der Staat vom Einzelnen mehr als es das Gesetz vorsieht, so kann sich der Betroffene zur Wehr setzen. Das heutige Verwaltungsrecht hat demgegenüber umfassendere Funktionen und will insbesondere das staatliche Verhalten nach bestimmten rechtsstaatlichen Regeln und auf bestimmte gesamtgesellschaftliche Ziele hin steuern. Gesetzesverstöße können daher häufig auch dann eintreten, wenn subjektive Rechte oder Interessen einzelner Bürger gar nicht berührt sind. Es wäre nun reichlich inkonsequent, wollte man auf der einen Seite insbesondere die staatliche Binnenorganisation in gewissem Umfang verrechtlichen, auf der anderen Seite jedoch keine Verfahren vorsehen, in denen die Einhaltung dieser »neuen« Rechtsnormen kontrolliert würde. Da andere als gerichtliche Verfahren zwar durchaus denkbar¹⁰, im geltenden Recht aber nicht ausgebildet sind, bleibt allein die Möglichkeit, die Verfahrensordnungen im Lichte der gewandelten Rechtsfunktion zu interpretieren. Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält hierfür sogar selbst einen wichtigen Anhaltspunkt, da sie in ihrem § 47 die Normenkontrolle ausdrücklich auf Antrag einer Behörde zuläßt. Aber auch die Formulierung des § 43 VwGO spricht eher für als gegen eine allgemeine kommunalrechtliche Feststellungsklage, setzt sie doch lediglich die Existenz eines »Rechtsverhältnisses« voraus. Ein solches läßt sich überall dort annehmen, wo menschliches Verhalten durch rechtlich verbindliche Regeln gesteuert wird, also auch im innerorganisatorischen Bereich. Daß dadurch keine Unzuträglichkeiten im Sinne einer allzu weitgehenden Gerichtskontrolle eintreten müssen, zeigen die Klagrechte der überstimmten Minderheiten in staatlichen Parlamenten¹¹. Hinzu kommt ein rechtspolitischer Gesichtspunkt: Aus naheliegenden Gründen werden häufig staatliche Verwaltung und Kommunen von ein- und derselben Partei beherrscht, der auf beiden Ebenen dieselbe Minderheit gegenüber steht. Ruf

beispielsweise die überstimmte Stadtratsfraktion die Kommunalaufsicht an, so ist es jedenfalls nicht besonders naheliegend, daß diese gegen die ihr nahestehende Mehrheit vorgehen wird – es sei denn, es läge ein ganz gravierender Verstoß vor. Demokratischer Kontrolle würde daher erst dann entsprochen, wenn die Gerichte als weniger in Parteipolitik integrierte Instanzen zu einer rechtlichen Überprüfung in der Lage wären. Daß eine solche Weiterentwicklung des Rechtsschutzsystems nicht illusorisch ist, zeigt nicht nur die in Literatur und Rechtsprechung vorhandene Mindermeinung¹², sondern auch ein Obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts, das im Zusammenhang mit Gemeinderatsbeschlüssen zur Durchführung einer Volksbefragung gegen die Atombewaffnung ausführt¹³, ein Bund-Länder-Streit werde nicht dadurch behindert, daß der Beschluß der Gemeindevertretungen möglicherweise von den überstimmten Minderheiten zum Gegenstand eines Kommunalverfassungsstreits vor den Verwaltungsgerichten gemacht werden könnte.« Von einer Verletzung subjektiver Rechte als Gemeinderatsmitglied war dabei an keiner Stelle die Rede.

Klagen betroffener Bürger

Nur relativ selten wird der Fall eintreten, daß ein einzelner Bürger gegen eine Privatisierungsmaßnahme gerichtlich vorgehen kann. Nach § 42 Abs. 2 VwGO würde dies voraussetzen, daß er durch sie unmittelbar in seinen Rechten verletzt ist, was im Grunde nur bei Unterschreitung eines sozialstaatlichen Minimalstandards eintreten wird. So kann man nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gegen die Schließung einer Volksschule vorgehen, die unzumutbar langen oder gefährlichen Schulwegen führt¹⁴, und dieselbe wird man bei einem Abbau solcher Leistungen annehmen, die wie der Anschluß an die Wasser- und Energieversorgung für den Einzelnen existenznotwendig sind¹⁵. Immer müssen jedoch subjektive Rechte, insbesondere Grundrechte wie das elterliche Erziehungsrecht nach Artikel 6 Abs. 2 GG oder das Recht auf Beruflichkeit nach Artikel 2 Abs. 2 GG betroffen sein; bloße Unan-

nehmlichkeiten wie längere Wege zu einer Behörde reichen auch dann nicht aus, wenn sie Folge eines rechtswidrigen Organisationsaktes sind¹⁶. Der Bürger hat nur dann einen Anspruch darauf, jede staatliche Maßnahme zur gerichtlichen Überprüfung zu stellen, wenn ausnahmsweise eine Popularklage zugelassen ist¹⁷. Im übrigen kann er nur eigene Rechte wahren.

3. Arbeitsgerichtliche Verfahren

3.1. Klagen durch betroffene Arbeitnehmer

Die relativ größte Bedeutung hatten in den vergangenen Jahren arbeitsgerichtliche Klagen, mit denen sich Arbeitnehmer gegen Privatisierungsfolgen, insbesondere Kündigungen zur Wehr setzen¹⁸. Zulässig sind einmal Klagen auf Feststellung, daß sich eine Versetzung oder eine andere Veränderung der Arbeitsbedingungen nicht mit dem Arbeitsvertrag vereinbaren läßt; ihre Aussichten hängen davon ab, wie der Arbeitsvertrag beschaffen ist, was sich nicht nur aus seinem Text, sondern auch aus Art und Dauer der bisherigen Tätigkeit rückschließen läßt¹⁹. Weiter ist daran zu denken, daß ein vom Privatunternehmer nicht übernommener Arbeiter oder Angestellter auf Feststellung klagt, das Arbeitsverhältnis bestehe diesem gegenüber nach § 613 a BGB fort²⁰. Wird der Arbeitnehmer gekündigt und erhebt er Kündigungsschutzklage, so liegt darin ein konkludenter Widerspruch gegen den Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB²¹. Im Kündigungsschutzverfahren kann auch die Rechtmäßigkeit der Privatisierung überprüft werden; von daher bietet es umfassende Möglichkeiten, die oben dargelegten Schranken zur Geltung zu bringen²².

3.2. Beschlußverfahren durch Personalrat bzw. Betriebsrat

Werden die im einzelnen skizzierten Beteiligungsrechte des Personalrats²³ bzw. Betriebsrats²⁴ verletzt, so hat dies einmal Folgen

der Ebene des einzelnen Arbeitsverhältnisses: die ohne die vorgeschriebene Beteiligung der betrieblichen Interessenvertretung ausgesprochene Kündigung ist unwirksam²⁵, einer Versetzung braucht der Arbeitnehmer unter solchen Bedingungen nicht Folge zu leisten²⁶. Daneben steht die Möglichkeit der betrieblichen Interessenvertretung, ihre Rechte selbst im Wege eines Beschlußverfahrens vor dem Verwaltungsgericht (Personalrat) bzw. vor dem Arbeitsgericht (Betriebsrat) durchzusetzen²⁷. Möglich ist dabei ein Antrag, die ohne Einschaltung des Personal- bzw. Betriebsrats vorgenommene Maßnahme (z. B. organisatorischer Art) wieder rückgängig zu machen²⁸. Hat sie sich in der Zwischenzeit erledigt, kommt ein Feststellungsantrag in Betracht, sofern eine ähnliche Frage in Zukunft wieder auftauchen kann²⁹. Sind konkrete Anhaltspunkte dafür vorhanden, daß der Arbeitgeber in nächster Zukunft die vom Personal- bzw. Betriebsrat behaupteten Rechte nicht respektieren wird, so ist auch ein Unterlassungsantrag zulässig³⁰. Von großer praktischer Bedeutung ist, daß auch im Beschlußverfahren einstweilige Verfügungen möglich sind, mit denen die betriebliche Interessenvertretung ihre Rechte verteidigen kann³¹. Entsprechende Dringlichkeit vorausgesetzt, können mit ihnen dieselben Ziele wie mit einem Hauptverfahren erreicht werden³².

3.3. Klage durch die Gewerkschaft

Eine Klage der Gewerkschaft als solcher ist nur dann aussichtsreich, wenn man der tariflichen Durchführungspflicht den oben skizzierten Inhalt zuspricht³³; in diesem Fall kann der zuständige Arbeitgeberverband auf Erfüllung seiner Pflichten in Anspruch genommen werden. Die Geltendmachung von Individualrechten durch die Gewerkschaft scheidet nach herrschender Auffassung abgelehnt aus³⁴.

4. Sonstige Verfahren

4.1. Information der Öffentlichkeit

Will man Privatisierung nicht mit rechtlichen, sondern mit sonstigen, insbesondere politischen Mitteln verhindern, so ist die umfassende Information der Öffentlichkeit von zentraler Bedeutung. Soweit Personalräte oder auch einzelne Beschäftigte Kenntnis von Privatisierungsplänen erhalten, stoßen sie dabei jedoch häufig auf die Schranke der Schweigepflicht: Darf die lokale Presse informiert werden, obwohl der Gemeinderat bisher noch nicht in öffentlicher Sitzung über die Angelegenheit verhandelt hat?

4.1.1. Schweigepflicht der Personalratsmitglieder

Nach § 10 BPersVG und den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften³⁵ haben die Personalratsmitglieder grundsätzlich über alle Tatsachen Stillschweigen zu bewahren, die sie in amtlicher Eigenschaft erfahren haben. Eine Ausnahme gilt nach § 10 Abs. 2 BPersVG nur für »Angelegenheiten oder Tatsachen, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.« Wann liegen diese beiden Ausnahmen vor? »Offenkundig« sind solche Tatsachen, die für jedermann erkennbar sind³⁶, die z. B. in öffentlicher Sitzung verhandelt wurden oder in der Zeitung nachzulesen waren. Weiter kann man dazu alle Fakten zählen, die einem größeren, nicht mehr individualisierbaren Personenkreis außerhalb des öffentlichen Dienstes bekannt sind. Unerheblich ist, wie die »Offenkundigkeit« zustande kam. Wenn alle Welt von einer geplanten Streckenstilllegung, so wäre es gerade grotesk, dürfte der zuständige Personalrat nicht auch seine Position kundtun. Nicht »offenkundig« ist eine Tatsache allerdings dann, wenn ihre Existenz in der Öffentlichkeit umstritten ist. Andernfalls würde jedes Gerücht die Schweigepflicht entfallen lassen. Sind mehrere »Variationen« über eine geplante Maßnahme im Umlauf, so ist jedenfalls der übereinstimmende Kerngehalt der Aussagen (z. B. daß – irgendwann – stillgelegt wird, während

Zeitpunkt umstritten ist) »offenkundig«.

Keiner Geheimhaltung bedürfen weiter Tatsachen, die ihrem Inhalt oder ihrem (geringen) Gewicht nach allgemein bekannt werden dürfen³⁷. Darunter versteht man im allgemeinen relativ unbedeutende Vorgänge, bei denen weder die Behörde selbst noch irgendein anderer Beteiligter an einer Geheimhaltung interessiert ist. Dazu kommt jedoch die bislang noch wenig beachtete Gruppe der »illegalen Tatsachen«: wurde im Rahmen des Staatsapparats gegen geltendes Recht verstoßen, so braucht dieses Faktum seines spezifischen Inhalts wegen nicht vertraulich behandelt zu werden. Würde man anders entscheiden (und womöglich ein besonders ausgeprägtes Abschirmungsinteresse konstruieren), so würde sich die Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch setzen – durch die Geheimhaltungspflicht würde eine wesentliche Voraussetzung dafür geschaffen, daß der Rechtsverstoß von niemandem gerügt und deshalb auch nicht abgestellt wird. Konsequenterweise wird deshalb auch bei Staatsgeheimnissen, d. h. bei einem überragenden Geheimhaltungsinteresse danach unterschieden, ob illegale oder ungesetzliche Vorgänge in Frage standen³⁸. Wenn so unter Umständen Staatsgeheimnisse veröffentlicht werden dürfen³⁹, muß das aber erst recht für »einfache« Tatsachen aus dem Bereich der Verwaltung gelten⁴⁰. Besteht daher die Absicht, unter Verstoß gegen geltendes Recht öffentliche Aufgaben zu privatisieren, so muß nach hier vertretener Auffassung⁴¹ der Personalrat die Öffentlichkeit informieren; handelt es sich um ein rechtlich unbedenkliches Vorhaben, so ist ihm das nur möglich, wenn der Plan bereits allgemein bekannt ist oder wenn es sich um einen Bagatellfall handelt.

Wenn im konkreten Fall Zweifel daran, ob die Schweigepflicht verletzt, so muß sich der Personalrat Rechtsrat holen⁴². Neben Rechtsanwälten und anderen Juristen kommen hierfür gewerkchaftliche Rechtsschutzsekretäre in Betracht, die in Personalvertretungssachen genau wie vor dem Arbeitsgericht zur Vertretung berufen sind.⁴³ Wird die Geheimhaltungspflicht verneint, stellt sich aber heraus, daß die Voraussetzungen des § 10 BPersVG nicht vorgelegen hatten, so liegt ein entschuldbarer Verbotsirrtum

vor, was eine Bestrafung nach §§ 203 Abs. 2 Ziff. 3, 353 b Abs. 1 Ziff. 3 StGB und eine Amtsenthebung nach § 28 Abs. 1 BPersVG ausschließt: Das Bemühen um eine zutreffende Rechtsauskunft läßt das Verschulden gemäß § 17 StGB in aller Regel entfallen⁴⁴. Das BAG hat dazu allerdings bisweilen einen skeptischen Standpunkt eingenommen⁴⁵, doch hat es im Zusammenhang mit der Betriebsbesetzung in Erwitte ausgeführt, die gewerkschaftliche Rechtsauffassung könne bei der in einem Kündigungsschutzverfahren vorzunehmenden Interessenabwägung entscheidend zu Gunsten des Arbeitnehmers ins Gewicht fallen⁴⁶. Dasselbe muß dann bei einer Verhängung der genannten personalvertretungsrechtlichen Sanktionen gelten.

4.1.2. Schweigepflicht der Betriebsratsmitglieder

Sehr viel weniger Probleme ergeben sich, wenn ein Betriebsrat angesichts drohender Privatisierungen die Öffentlichkeit informieren will. Anders als § 10 BPersVG macht § 79 BetrVG nicht die Schweigepflicht, sondern den freien Informationsaustausch zur Regel. Nur ausnahmsweise sind Tatsachen geheimzuhalten, und zwar dann, wenn es sich um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse handelt und wenn sie vom Arbeitgeber ausdrücklich als geheimhaltungsbedürftig bezeichnet worden sind. Anders als unter dem BetrVG 1952 hat es der Arbeitgeber daher nicht mehr in der Hand, die Weitergabe von Informationen an die Belegschaft oder die Öffentlichkeit dadurch einzuschränken, daß er bestimmte Tatsachen für »vertraulich« erklärt. Die entscheidende Frage, wann ein »Betriebs- und Geschäftsgeheimnis« vorliegt, bestimmt sich danach, ob einzelne Tatsachen nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und ob der Arbeitgeber ein begründetes Interesse an ihrer Nichtverbreitung besitzt⁴⁷. Wann ein Interesse als »begründet« oder »berechtiget« anzusehen ist, ist eine Wertungsfrage; richtigerweise wird man hierbei nicht nur die wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeber, sondern auch die Belegschaftsinteressen mitberücksichtigen⁴⁸. Das bedeutet, daß etwa ein Privatisierungsplan dann nicht mehr unter § 79 BetrVG fällt, wenn er schon konkret

Formen angenommen hat – von diesem Moment an muß sich auch eine Eigengesellschaft öffentlicher Kritik stellen, zumal die Gefahr eines Wettbewerbsnachteils hier so gut wie immer ausscheidet.

4.1.3. Schweigepflicht des einzelnen Beschäftigten

Wie weit auch der einzelne Beschäftigte verpflichtet ist, bestimmte Informationen nicht weiter zu geben, ist nur für die Beamten gesetzlich geklärt. Nach § 61 Abs. 1 BBG, 39 Abs. 1 BRRG unterliegen sie genau denselben Bindungen wie Personalratsmitglieder, so daß auf die obigen Aussagen verwiesen werden kann⁴⁹. Für die Angestellten des öffentlichen Dienstes macht § 9 BAT den Umfang der Geheimhaltungspflicht von Weisungen des Arbeitgebers abhängig, läßt also insoweit eine Gleichstellung mit den Beamten zu. Dieselbe Regelung gilt für Arbeiter des öffentlichen Dienstes⁵⁰. Da die betriebliche Interessenvertretung somit einen eher größeren Spielraum hat und ihre Mitglieder überdies einen weitgehenden Kündigungsschutz genießen, wäre es im Einzelfall nicht vertretbar, das Risiko eines »Fehlgriffs« auf einen einzelnen Beschäftigten abzuwälzen.

4.2. Abschluß eines »Privatisierungsschutzabkommens«?

Schließlich kann man sich die Frage stellen, ob es nicht möglich wäre, in ihrer Rechtmäßigkeit umstrittene oder andere unerwünschte Privatisierungen dadurch zu verhindern, daß man sie durch Tarifvertrag verbietet oder von gewerkschaftlicher Zustimmung abhängig macht.

Von ihrem Gegenstand her würden derartige Abmachungen ohne Zweifel zu den »Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen« im Sinne des Art. 9 Abs. 3 GG zählen und damit tariflicher Regelung zugänglich sein⁵¹. Daß sich die Privatisierung öffentlicher Aufgaben auf die Arbeitsbedingungen und gegebenenfalls auch auf den Bestand von Arbeitsverhältnissen auswirkt, ist allgemein anerkannt. Insofern gilt nichts anderes als bei Rationalisierungsschutztarifen,

die unbestrittenermaßen in den tariflichen Regelungsbereich fallen⁵². Rechtliche Bedenken könnten sich jedoch insoweit ergeben, als ja anders als im Rahmen des bislang üblichen Rationalisierungsschutzes nicht nur die sozialen Folgen, sondern die »Grundentscheidung« selbst geregelt würde. Könnte dies nicht eine zu starke Bindung staatlicher Tätigkeit, gewissermaßen eine Beschränkung der Souveränität nach innen bedeuten?

Würden sich Tarifverträge dieser Art auf die staatliche Organisation insgesamt beziehen, so wäre dieser Einwand berechtigt. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner ersten Entscheidung zum Bremischen Personalvertretungsgesetz klargestellt hat, dürfen wesentliche politische Entscheidungen der Exekutive nicht aus der Hand genommen oder von der Einwilligung eines Dritten abhängig gemacht werden⁵³. Genau dieser Bereich steht aber – wie oben im einzelnen dargelegt⁵⁴ – einer Privatisierung gar nicht offen. Sie kann sich vielmehr nur auf weniger zentrale Aufgaben beziehen, die ihrer geringeren Bedeutung wegen vom Staat aus der Hand gegeben werden dürfen. Insofern liegt daher auch kein Eingriff in die Eigenständigkeit der Exekutive vor, wenn solche Maßnahmen einer tariflichen Bindung unterworfen werden. Anders ausgedrückt und am Beispielfall verdeutlicht: Wenn es zulässig ist, die Müllabfuhr für zwei Jahre auf einen Privatunternehmer zu übertragen, so kann eine vertragliche Verpflichtung, dies in den kommenden zwei Jahren nicht zu tun, schwerlich verboten sein; die Bindung ist in beiden Fällen von vergleichbarer Intensität. Erst recht wird die Parallele deutlich, wenn sich die öffentliche Hand dem Privatunternehmer gegenüber verpflichtet, unter bestimmten Voraussetzungen den Betrieb wieder in eigene Regie zu übernehmen. Daß in einem Fall ein Tarif-, im anderen ein Individualvertrag zugrunde liegt, kann keinen Unterschied machen: ob ein relatives Gleichgewicht der Vertragspartner daher rührt, daß die private Seite über wirtschaftliche Macht bis hin zu einer faktischen Monopolstellung verfügt oder daß sie den Einsatz von Arbeitskräften unterbrechen kann, fällt für die verfassungsrechtliche Würdigung nicht ins Gewicht. Das Ergebnis bestehen daher keine rechtlichen Bedenken gegen »Privatisierungsschutzabkommen« – ob ein solcher Weg auch tatsäch-

lich beschritten wird, hängt allerdings von der Willensbildung in den Gewerkschaften ab. Sie sollte sich von der Erfahrung leiten lassen, daß soziale Fortschritte in aller Regel zunächst durch Tarifvertrag erkämpft werden mußten – es spricht einiges dafür, daß gerade auf diesem Wege sozialer Rückschritt am wirksamsten verhindert werden kann.

§ 11: Die Anwendung im Einzelfall – Beispiele zulässiger und unzulässiger Privatisierungen

1. Praktische Probleme der Rechtsanwendung

Die bislang durchgeführten und erst recht die von verschiedenen Seiten geforderten Privatisierungen öffentlicher Dienstleistungen betreffen außerordentlich vielfältige Sachverhalte: Die Skala reicht von der Übernahme öffentlicher Energieunternehmen bis zur bloßen allmählichen Erweiterung bestehender Verträge mit privaten Reinigungsfirmen¹. Es liegt auf der Hand, daß unter diesen Umständen nicht alle hier herausgearbeiteten rechtlichen Gesichtspunkte in jedem Einzelfall zum Tragen kommen. Für Praktiker, Personalräten, Gewerkschaften und Kommunalparlamenten empfiehlt es sich deshalb, eine geplante Privatisierungsmaßnahme an allen rechtlichen Maßstäben zu messen, die in den §§ 5 ff. entwickelt wurden. Daß auch dies nicht stets und ausnahmslos zu einem Verbot der Privatisierung führt, unterliegt allerdings keinem Zweifel: so ist es sicherlich nicht rechtswidrig, wenn eine Taxivereinigung vertraglich verpflichtet wird, eine wenig frequentierte Nahverkehrsstrecke in den späten Abendstunden zu bedienen und wenn gleichzeitig niemand entlassen oder versetzt wird und die Regiekosten der öffentlichen Hand deutlich unterboten werden. Ob man aus politischen Gründen gleichwohl auf eine Privatisierung verzichtet, ist an dieser Stelle nicht zu entscheiden; zu diesem Punkt wurde bereits an früherer Stelle das Notwendige gesagt.² Um die praktische Handhabung der Privatisierungsschranken ein wenig zu erleichtern, soll im folgenden versucht werden, die hier entwickelten Grundsätze auf drei »Privatisierungsfälle« anzuwenden. Die Beispiele wurden ausgewählt, weil sie empirisch aufgearbeitet sind und weil sie gerade jene Bereiche betreffen, in denen der Schwerpunkt der Privatisierungsbestrebungen lag.

2. Privatisierung der Müllabfuhr – am Beispiel des Landkreises Göttingen³

2.1. Die Ausgangssituation

Auf Grund einer Verwaltungs- und Gebietsreform war zu Beginn des Jahres 1973 ein neuer Landkreis Göttingen geschaffen worden, der die bisherigen Landkreise Göttingen, Duderstadt und Hann. Münden umfaßte. Die Müllentsorgung war in den einzelnen Teilen des Kreises unterschiedlich organisiert. Neben Regiebetrieben bestand ein Müllabfuhrzweckverband; Hann. Münden hatte seit 1. Juli 1968 eine Privatfirma eingeschaltet, die ihre Aufgabe im wesentlichen unbeanstandet erfüllt hatte. Durch das Abfallbeseitigungsgesetz des Bundes und das Ausführungsgesetz des Landes Niedersachsen wurde im Juli 1973 festgelegt, daß die bisher von den Gemeinden sichergestellte Müllentsorgung bis Ende des Jahres 1974 von den Landkreisen zu übernehmen war. Auch aus diesem Grund lag es nahe, einen »Neuanfang« zu machen und nach einer einheitlichen Lösung für den gesamten Landkreis zu suchen. Dafür sprach schließlich auch das Argument, daß eine Zentraldeponie einzurichten war, weil die bestehenden Deponien den Anforderungen der Umweltschutzgesetzgebung nicht mehr entsprachen.

2.2. Der Entscheidungsablauf

Nachdem die Arbeitsverhältnisse der Müllwerker zunächst vom Landkreis übernommen wurden und bei den Arbeitsbedingungen keine Änderung eintrat, ergriff die Mehrheitsfraktion im September 1974 die Initiative: im Unterpunkt eines Antrags an den Kreisausschuß wird nachdrücklich die Beauftragung eines privatwirtschaftlichen Müllabfuhrunternehmens für den Landkreis gefordert. Ohne daß es zu längeren Diskussionen kommt, nimmt der Kreisausschuß am 12. 9. 1974 diese Anregung auf und empfiehlt dem Kreistag, bei seiner am gleichen Tage um 15.00 Uhr stattfindenden Sitzung im selben Sinne zu entscheiden.

Über den weiteren Verlauf berichtet Sauerborn⁴:

»Der Vorschlag zu privatisieren wird den Abgeordneten als dritter von fünf Unterpunkten in einer Abfolge von siebzehn Tagesordnungspunkten unterbreitet. Die CDU begrüßt ihren Antrag, die FDP stimmt unter der Bedingung zu, daß die Privatfirma billiger arbeiten muß als der Landkreis; die SPD erklärt, keine grundsätzlichen Bedenken gegen eine Privatisierung zu haben, bezweifelt jedoch, daß eine private Firma auf lange Sicht kostengünstiger arbeiten kann; sie stimmt als einzige Fraktion – wenn auch nicht geschlossen – gegen die Privatisierung. In dem Beschluß heißt es, die Müllabfuhr sei – soweit zweckmäßig, d. h. soweit private Firmen die Kosten einer kommunalen Müllabfuhr unterbieten – zu vergeben.«

Bei den betroffenen Arbeitnehmern besteht nicht der Eindruck, daß damit schon eine Entscheidung zu Gunsten der Privatisierung gefallen sei. Auch sind Reaktionen der Öffentlichkeit nicht ersichtlich. Das weitere Verfahren spielt sich im Werksausschuß ab, d. h. dem zuständigen Fachausschuß des Kreistags. Er sichtet die eingehenden Angebote der Privatfirmen und entscheidet sich für das Angebot der Firma S. Dabei stützt er sich auf eine Vorlage des Kämmereramtes, in der die Kosten eines Regiebetriebs und der vom Privatunternehmer geforderte Preis gegenübergestellt werden. Wie die Kosten sich im einzelnen aufschlüsseln, ist aus dieser Vorlage nicht ersichtlich; deutlich wird lediglich, daß die Firma S. die Kosten des Regiebetriebs um gut ein Sechstel unterbietet. Gleichzeitig war in den Verhandlungen zwischen dem Landkreis und der Firma S. Einigkeit darüber erzielt worden, daß die bisher beim Landkreis beschäftigten Müllwerker Arbeitnehmer des Landkreises bleiben und der Firma S. im Wege sogenannter Gestellungsverträge zur Verfügung gestellt werden sollen. Dies ging auf eine Initiative des Personalrates zurück, der im Gegensatz zur ÖTV-Kreisverwaltung keine Chance sah, die Privatisierung als solcher zu verhindern. Am 5. Dezember 1974 schloß sich der Kreisausschuß dem Beschluß des Werksausschusses an, womit das parlamentarische Verfahren seinen Abschluß gefunden hatte. In der Kreistags-sitzung vom 12. 12. 1974 meldeten zwar die Betroffenen deutliche

Proteste an, doch kamen sie zu spät, da die Privatisierung nur noch als »Mitteilung des Landrats und des Oberkreisdirektors« abgehandelt wurde. Am 19. 12. 1974 wurde eine Dienstvereinbarung abgeschlossen, wonach sich das Mandat des Personalrats auch weiterhin auf die dem Privatunternehmer überstellten Arbeitskräfte beziehen sollte, gleichzeitig jedoch höhere Leistungsvorgaben akzeptiert wurden. Am 20. 12. 1974 wurde der Privatisierungsvertrag unterschrieben; mit Beginn des Jahres 1975 nahm die Privatfirma ihre Arbeit auf.

2.3. Der Inhalt des Privatisierungsvertrags

In dem Vertrag verpflichtet sich die Firma S., die wöchentliche Hausmüllabfuhr sicherzustellen, viermal im Jahr eine Sperrmüllabfuhr durchzuführen und die Zentraldeponie zu betreiben und ordnungsgemäß zu unterhalten. Dem Landkreis verbleibt die Aufgabe, die Gebühren festzustellen und einzuziehen; weiterhin bleibt der Eigentümer der Müllgefäße, verpflichtet sich jedoch, den Bestand zu modernisieren. Weiter darf er die Deponieführung kontrollieren. Als Entgelt für die übernommenen Leistungen bezahlt er der Firma S. eine »Gefäßgebühr«, mit der auch die Kosten für den Deponiebetrieb und die Sperrmüllabfuhr abgegolten sind. Die Höhe der Gebühr hängt von der Größe der Gefäße ab. So sind für 35- und 50-Liter-Gefäße jeweils DM 30,22 vorgesehen, während etwa ein 110-Liter-Gefäß DM 61,33 und ein 220-Liter-Gefäß DM 66,04 kostet. Im Zeitpunkt der Privatisierung waren die Haushalte vorwiegend mit 35- und 50-Liter-Gefäßen ausgestattet, doch nahm der Landkreis kurz darauf die Umstellung auf 110-Liter-Gefäße in Angriff. Weiter ist in dem Vertrag das Verfahren der Gestellungsverträge geregelt. Hinsichtlich des Fuhrparks ist vereinbart, daß zum Vertragsbeginn alle Fahrzeuge zu offiziellen Schätzpreisen an den Unternehmer zu verkaufen sind und daß umgekehrt bei Vertragsende der Landkreis alle dann in Betrieb befindlichen Fahrzeuge zurückkaufen muß. Der Vertrag hat eine Laufzeit von fünf Jahren und verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn er nicht mit

einer Frist von achtzehn Monaten gekündigt wird.

Gleichzeitig mit der Privatisierung wurde eine neue Müllabfuhrsatzung beschlossen, deren Bestimmungen zum Bestandteil des Privatisierungsvertrags gemacht wurden. Danach reduzierte sich die bisher von der Gemeinde bzw. dem Landkreis erbrachte Leistung in zwei Punkten: die Nachholung der aufgrund höherer Gewalt oder aufgrund technischer Schwierigkeiten ausgefallenen Müllabfuhr wurde nicht mehr vorgesehen; gleichzeitig sollte der Anschlußpflichtige, d. h. der Bürger für alle Schäden an Abfallbehältern haften, falls er nicht seinerseits den Nachweis führen kann, daß ihn insoweit kein Verschulden trifft. Zugleich wurden die Gebühren erhöht.

2.4. Rechtliche Würdigung

Versucht man diese recht komplexen Vorgänge juristisch zu würdigen, so muß man zunächst feststellen, daß die Privatisierung der Müllabfuhr nicht schon als solche von vorne herein ausscheidet: sie betrifft keinen Bereich, der etwa im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip oder den Kernbereich kommunaler Selbstverwaltung notwendigerweise immer bei der öffentlichen Hand verbleiben müßte. Entscheidend sind daher die Umstände, unter denen die Privatisierung vorgenommen wurde. Lassen sie sich mit den oben entwickelten Grundsätzen vereinbaren?

Zunächst ist unter rechtsstaatlichen Aspekten danach zu fragen, ob die Gefahr eines »Fehlverhaltens«, also einer Überlagerung der im öffentlichen Interesse liegenden Funktionserfüllung durch private Gewinninteressen hoch einzuschätzen ist oder nicht⁶. Angesichts der positiven Erfahrungen mit einer anderen Privatfirma in Hannover-Münden sowie der Tatsache, daß die Firma S. keine Anzeichen für mangelnde Solidität bot, wird man insoweit keine prinzipiellen Bedenken haben müssen. Ist die Gefahr eines Fehlverhaltens relativ gering, so ist die Privatisierung gleichwohl nur zulässig, wenn die Eigenregie mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden ist. Dies ist bei einem »Einsparungseffekt« von einem Sechstel nicht anzunehmen,

da damit ja nur Fälle einer extrem unzweckmäßigen Organisation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfaßt sind. Selbst dieser Einsparungseffekt von einem Sechstel ist im übrigen alles andere als sicher: er mag im ersten Jahr (1975) eintreten, gilt aber nicht mehr für die folgenden Jahre, da die Umstellung auf größere Gefäße dem Landkreis Kosten in Höhe von ca. 900 000,- DM verursachte, der dadurch erreichte »Rationalisierungsgewinn« in Höhe von 562 000,- DM jedoch der Firma S. zufiel, während sich die Einnahmen des Landkreises nur unwesentlich erhöhten⁷. Schon aus diesem Grunde war die Privatisierung rechtswidrig und hätte mit Hilfe der verschiedenen oben skizzierten Verfahren⁸ bekämpft werden können.

Die Privatisierungsgegner wären freilich nicht gezwungen, sich ausschließlich auf rechtsstaatliche Erwägungen zu stützen, zumal sie traditionellem Rechtsverständnis u. U. nicht unmittelbar einleuchten mögen. Man sollte daher weiter der Frage nachgehen, ob die im Privatisierungsvertrag vorgesehenen Kontrollrechte der öffentlichen Hand den Anforderungen entsprechen, die in Rechtsprechung und Literatur für solche Fälle entwickelt wurden⁹. Wurde die Zuverlässigkeit der Firma ausreichend überprüft? Erkundigte man sich über ihr bisheriges Geschäftsgebaren, nahm man Einsicht in die Bilanzen? War für den Fall mangelhafter Leistungen ein Kündigungsrecht vorgesehen? Zu welchen Bedingungen hatte der Landkreis einen Anspruch auf Rückübernahme der Fahrzeuge? Nach den von Sauerborn gegebenen Informationen läßt sich dies nicht eindeutig beantworten, doch erscheint es insbesondere im Hinblick auf die später eingetretenen Mißstände (Verletzung der StVZO, Überladung der Fahrzeuge entgegen StVZO) relativ wahrscheinlich, daß hier Defizite zu verzeichnen waren. Darüber hinaus liegt es nahe, auch das Verfahren rechtlich zu beanstanden. Zwar hat das Kommunalparlament die maßgebende Entscheidung getroffen¹⁰, jedoch ist nicht ersichtlich, daß dabei alle diejenigen Gesichtspunkte abgewogen wurden, die bei Prüfung der »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« Beachtung finden müssen. So ist nicht ersichtlich, daß auch nur eine korrekte betriebswirtschaftliche Kostenrechnung erfolgte, da die Gegenüberstellung der Regieko-

sten mit dem von der Firma S. verlangten Preis nicht aufgeschlüsselt und da überdies die Verteilung der Rationalisierungsgewinne ersichtlich nicht zum Problem wurde. Dazu kommt, daß auch weitergehende »gesamtwirtschaftliche« Gesichtspunkte nicht in das Verfahren einbezogen wurden; so ist nicht ersichtlich, ob man sich überhaupt mit den Gefahren für den Umweltschutz auseinandersetzte, die eine private Mülldeponie haben kann, und in den Verhandlungen des Kreistags und seiner Ausschüsse blieb auch unerwähnt, daß sich auf Arbeitnehmerseite ganz gravierende Konsequenzen ergeben würden: Die Leistungsanforderungen wurden auch gegenüber den Arbeitnehmern, die weiter beim Landkreis beschäftigt blieben, um ca. 50 % erhöht, die Entlohnung der vom Privatunternehmer neu eingestellten Arbeitskräfte lag erheblich unter den im öffentlichen Dienst gezahlten Beträgen. Ob man diesen sozialen Abbau in Kauf nehmen wollte oder nicht, hätte jedenfalls erörtert werden müssen – ohne Einbeziehung aller dieser Fragen ist der Privatisierungsbeschluß schon aus Verfahrensgründen rechtswidrig¹¹.

Weniger aussichtsreich ist es demgegenüber, sich auf Rechte des Bürgers zu berufen: es gibt keinen Rechtssatz, der eine Erhöhung der Müllabfuhrgebühren und eine gewisse Verschlechterung der Leistung verbietet¹². Von Interesse könnte allerdings ein Hinweis auf die tarifliche Durchführungspflicht sein, die hier dadurch unterlaufen wird, daß der Privatunternehmer zu einem beträchtlichen Teil mit Arbeitskräften arbeitet, die er nicht vom Landkreis übernommen, sondern selbst ohne jede Bezugnahme auf die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes eingestellt hat¹³. Die Vorschriften des § 613 a BGB ist demgegenüber ohne Interesse, da die »faktisch« übernommenen Arbeitskräfte ja weiter Arbeitnehmer des Landkreises sind, eine Regelung, die als Widerspruch gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse auf den Privatunternehmer zu werten ist. Der Personalrat hätte unter Berufung auf die Rechtswidrigkeit der Privatisierung allen Maßnahmen die Zustimmung verweigern müssen, die zu Lasten der von ihm vertretenen Beschäftigten vorgenommen wurden.

3. Die Privatisierung der Gebäudereinigung – dargestellt am Beispiel der Stadt Hildesheim¹⁴.

3.1. Die Kostensituation

In der Stadt Hildesheim werden seit 1965 einzelne öffentliche Gebäude durch Privatfirmen gereinigt. Bis zum Jahre 1976 hatten diese einen Anteil von 29,4 % an der Gesamtreinigungsfläche erreicht, während 70,6 % durch städtische Raumpflegerinnen gereinigt wurden. Wegen der angespannten Finanzlage verlangte der Finanzausschuß der Gemeindevertretung im Februar 1975 Aufklärung über die Kosten der Gebäudereinigung. Im September 1975 legte das Hauptamt einen Bericht vor, der eine präzise Bestandsaufnahme gab.

Bei der Stadt waren demnach 254 Reinigungskräfte beschäftigt, für die jährlich 3,496 Mio. DM als Personalkosten aufzuwenden waren. Dieser Betrag setzte sich aus Lohnkosten in Höhe von 2,923 Mio. DM sowie aus Sozialabgaben in Höhe von 0,562 Mio. DM und vermögenswirksamen Leistungen zusammen. Addiert man die anteiligen Anschaffungskosten für Reinigungsgeräte, Materialkosten und allgemeine Verwaltungskosten hinzu, so ergibt sich ein Gesamtbetrag von 3,891 Mio. DM¹⁵. Bei einer täglichen Reinigungsfläche von 125 671,5 qm läuft dies auf einen Quadratmeterpreis von 2,58 DM pro Monat hinaus. Die Aufwendungen für die Fremdreinigung durch Privatunternehmer waren erheblich geringer. Für eine tägliche Reinigungsfläche von 52 164,7 qm waren demnach 903 185,40 DM aufzuwenden, was einem Quadratmeterpreis von 1,44 DM entsprach. Das bedeutet, daß die Fremdreinigung nur 55,8 % der Eigenreinigung kostete.

Das Hauptamt schlug auf Grund dieses Resultats alternativ drei Einsparungsstrategien vor. Man könne einmal die natürlichen Abfälle bei den eigenen Beschäftigten ausnutzen, um freigewordene Kapazitäten in Fremdreinigung zu vergeben. Zum zweiten könne man die eigenen Arbeitnehmer sofort entlassen und die gesamte Reinigung an Privatunternehmer übertragen. Zum dritten biete es sich an, in jedem Reinigungsobjekt eine Kraft zu entlassen und die

Leistungsanforderungen an die verbleibenden Raumpflegerinnen zu erhöhen.

In der Folgezeit wurde keiner dieser drei Vorschläge voll verwirklicht, doch wurden gleichwohl rigorose Sparmaßnahmen ergriffen. Zum einen wurden die Anforderungen an die eigenen Beschäftigten von 124 auf 150 qm pro Stunde erhöht, was eine Steigerung um 21 % ausmacht. Dies hatte zur Folge, daß sich die Zahl der Reinigungskräfte bis Mitte 1976 um 33 verringerte, ohne daß eine einzige Kündigung erforderlich gewesen wäre. Weiter wurden die Verträge mit den Privatfirmen zum 1. 1. 1976 gekündigt; in den Verhandlungen gelang es, den Preis von vorher 1,44 DM auf 1,11 DM pro qm zu senken. Zusammen mit Einsparungen auf dem Sachmittelsektor ergab sich dadurch eine Ausgabenverringerung um mehr als 1 Mio. DM. Dabei ist allerdings zu beachten, daß die gegenüber den Privatunternehmern durchgesetzten Preissenkungen im Grunde schon früher hätten möglich sein müssen, da die Lohnkosten ja nicht gefallen, sondern gestiegen waren: ein Teil der »Einsparung« beruhte demnach nur darauf, daß überflüssige Ausgaben abgebaut wurden¹⁶.

Wie waren die niedrigen Preise der Privatunternehmer zu erklären? Die Gründe liegen ausschließlich auf dem Personalsektor. Zum einen lagen die Leistungsanforderungen bei etwa 250 qm pro Stunde, waren also drastisch höher als bei der öffentlichen Hand. Zum zweiten sind die Tariflöhne im Gebäudereinigungshandwerk sehr viel niedriger als bei der öffentlichen Hand; dazu kommt, daß zahlreiche Nebenleistungen wie längerer Urlaub, dreizehntes Monatsgehalt, Zusatzversorgung usw. entfallen. Zum dritten beschäftigten die Privatfirmen bis auf einige Vorarbeiterinnen nur Teilzeitkräfte, die nicht sozialversicherungspflichtig waren und wegen der geringen Höhe ihres Einkommens auch nicht der Lohnsteuerpflicht unterlagen. Ist es rechtlich zulässig, unter diesen Umständen den Anteil der Fremdreinigung zu erhöhen?

3.2. Die Verträge mit den Privatunternehmern

Wird die Reinigung von Gebäuden (z. B. von Neubauten) an eine Fremdfirma vergeben, so wird ein Vertrag mit einer Laufzeit von 3 Jahren und einer vierteljährlichen Kündigungsfrist zum Monatschluß abgeschlossen. Das Reinigungsinstitut stellt danach sämtliche Geräte, Materialien und Arbeitskräfte und ist verpflichtet, einem beigefügten Leistungsverzeichnis entsprechende Leistungen zu erbringen. Die Stadt hat ein monatliches Entgelt zu entrichten; außerdem kann sie die Zuverlässigkeit des vom Privaten eingesetzten Personals überprüfen und über den Hausmeister oder durch nicht angekündigte Stichproben die Ausführung der Reinigungsarbeiten kontrollieren. Bei wiederholtem Verstoß gegen die Vertragsbedingungen kann der Vertrag fristlos gekündigt werden.

3.3. Rechtliche Würdigung

Im Vergleich zum Fall der Göttinger Müllabfuhr ergeben sich hier ungleich weniger rechtliche Bedenken. Dies wird etwa schon daran deutlich, daß die Qualitätskontrolle über die erbrachte Leistung sichergestellt ist und daß sich die Stadt sogar ausdrücklich das Recht vorbehalten hat, bei wiederholten Verstößen des Privatunternehmers die Reinigung wieder in eigene Regie zu übernehmen. Überprüft man zunächst die getroffenen Vereinbarungen am Maßstab rechtsstaatlicher Erfordernisse, so wird man des Charakters der Arbeit wegen ein »Durchschlagen« privategoistischer Motivation nicht als besonders gravierend betrachten können. Auch liegt es nahe, die Eigenreinigung als »unverhältnismäßig« zu qualifizieren, da die Fremdreinigung nur etwas mehr als halb so teuer ist. Diese Sicht ändert sich allerdings, wenn man die Aufwendungen nicht allein aus der Perspektive der entscheidenden Kommune heraus bestimmt: wie Minssen im einzelnen dargelegt hat, entgehen der öffentlichen Hand durch die Beschäftigung von Teilzeitbeschäftigten Versicherungsbeiträge und Lohnsteuern in Höhe von 22 240,- DM, sodaß sich unter Einbeziehung einiger anderer

Faktoren die Ersparnis nur noch auf 17 % der Kosten beläuft, die für die gleiche Fläche bei Eigenreinigung aufgewendet werden müssen¹⁷. Würde man diese gesamtwirtschaftliche Dimension allerdings erst im Rahmen der Prüfung der »Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit« berücksichtigen, so ergäben sich keine rechtlichen Bedenken: die dann immer noch vorliegende Einsparung von 17 % ist jedenfalls zunächst unter haushaltsrechtlichen Gesichtspunkten durchaus erstrebenswert. Fragen muß man sich lediglich, ob auch künftige Folgekosten wie eine potentielle Inanspruchnahme der Sozialhilfe durch nicht sozialversicherungspflichtige Arbeitnehmer mit bedacht wurden; insofern müßte das Verfahren überprüft werden, was auf Grund der dem Verfasser zugänglichen Informationen allerdings an dieser Stelle nicht möglich ist. Insoweit muß die Zulässigkeit der Privatisierung offen bleiben.

Rechtliche Probleme könnten sich allerdings weiter im Zusammenhang mit dem Schutz der betroffenen Arbeitnehmer ergeben. Die systematische Ausnutzung von Teilzeitarbeit verstößt nach hier vertretener Auffassung gegen ein gesetzliches Verbot¹⁸, zumal der Stadt auf Grund der langjährigen Erfahrung mit Sicherheit bekannt war, daß die Arbeitskräfte der Privatfirmen im Normalfall nur zweieinhalb Stunden täglich beschäftigt waren. Weiter kommt eine Verletzung der tariflichen Durchführungspflicht in Betracht, da durch eine fortschreitende Ausgliederung von Reinigungsflächen der faktische Geltungsbereich des Tarifvertrags reduziert wird. Beide Erwägungen sind allerdings noch nicht in arbeitsgerichtliche oder sonstige Verfahren eingebracht worden. Sollten sie keine Anerkennung finden, würde die Privatisierung trotz des mit ihr verbundenen sozialen Abbaus nicht an arbeitsrechtlichen Bestimmungen scheitern.

4. Ausgliederung von Planungsaufgaben – dargestellt am Beispiel des Landkreises Pinneberg¹⁹.

4.1. Die Auflösung der »Beratungs- und Koordinierungsstelle«

Im Kreis Pinneberg wurde auf Grund längerer Vorarbeiten im Jahre 1972 eine »Beratungs- und Koordinierungsstelle (BuK)« eingerichtet, die die Funktion einer zentralen Planungsgruppe einnahm. Sie hatte die wichtigsten Planungslücken wie zum Beispiel im Hinblick auf die Krankenhausversorgung und das berufsbildende Schulwesen zu schließen sowie den Kreisentwicklungsplan zu entwerfen, zu dessen Aufstellung der Kreis auf Grund des Landesplanungsgesetzes verpflichtet war. Die Arbeit der BuK erfreute sich zunächst allgemeiner Anerkennung. Auch nachdem im April 1974 die bisherige Opposition die Mehrheit im Kreistag erreicht hatte, wurden der BuK weitere Aufgaben übertragen, für die an sich externe Gutachter vorgesehen waren. Auch der Landesrechnungshof hob die BuK in seinem Ende 1974 erschienenen Prüfungsbericht lobend hervor und beurteilte sowohl ihre Konzeption als auch den Erfolg ihrer Tätigkeit positiv.

Im Frühjahr 1976 wurde gleichwohl beschlossen, die BuK aufzulösen, einen Planer zu entlassen und den zweiten sowie einen Sachbearbeiter auf andere Arbeitsplätze zu versetzen. Als Grund wurde die katastrophale Haushaltslage angegeben; auch wurde in der Öffentlichkeit darauf hingewiesen, Planung sei eine Sache für die Schublade und deshalb eher als Luxus zu betrachten²⁰. Konkrete Kritik an der Planungsarbeit wurde nicht geübt; auch verzichtete man darauf, der Frage nachzugehen, wie teuer entsprechende Planungsaufträge an Privatunternehmen gekommen wären. Der endgültige Auflösungsbeschluss durch den Kreistag datiert vom 13. 11. 1976. Eine Reihe von Planungsaufgaben wurde in der Folgezeit gar nicht mehr wahrgenommen, ein weiterer Teil wurde durch private Aufträge abgedeckt. So wurden etwa 60 000,- DM für einen Planungsauftrag an ein Hamburger Büro ausgegeben, das ein Nahverkehrskonzept zu erarbeiten hatte.

4.2. Rechtliche Würdigung

Die Privatisierung der BuK erweckt in zweierlei Richtung rechtliche Bedenken. Zum einen ist zweifelhaft, ob ein solcher Teil der Staatstätigkeit ausgegliedert und damit privaten Gewinninteressen überlassen werden darf. Dies deshalb, weil nicht auszuschließen ist, daß sich die für das Privatunternehmen charakteristische Gewinnausrichtung auch in den Inhalten der Planung niederschlägt, so daß zum Beispiel von vorneherein solche Alternativen ausgeblendet bleiben, die in stärkerem Maße als bisher üblich Interessen der Gesamtbevölkerung und der abhängig Beschäftigten berücksichtigen. Ihrer Natur nach ist die Planung eine Tätigkeit, die ihrer Komplexität wegen für eine solche Denaturierung besonders »anfällig« ist²¹. Weiter gehört gerade eine eigene Planungskapazität zu den Voraussetzungen, die erfüllt sein müssen, damit der Kernbereich der Selbstverwaltung im Sinne des Art. 28 Abs. 2 GG erhalten bleibt²². Zu diesen inhaltlichen kommen auf das Verfahren bezogene Bedenken: Bei der Auflösung der BuK wurde nicht einmal nach betriebswirtschaftlichen Kriterien korrekt verfahren, da die Einsparungen durch überflüssig werdende Fremdaufträge nicht einmal ansatzweise quantifiziert wurden. Schon von daher ist das Prinzip der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im hier verstandenen Sinne verletzt²³. Der gekündigte Planer hätte daher in einem Kündigungsschutzverfahren obsiegen müssen, da eine rechtswidrige Entscheidung des Kreistags keine »dringenden betrieblichen Erfordernisse« begründen kann²⁴.

§ 12: Das Sonderproblem: Zulassung eines Privatrundfunks?

1. Die aktuelle Kontroverse

Ein ganz besonders Maß an Aufmerksamkeit erfährt seit einer Reihe von Jahren die Frage, ob sich Privatunternehmer auch als Veranstalter von Hörfunk- und Fernsehsendungen¹ betätigen dürfen². Die technischen Veränderungen, die mit Kabel- und Satellitenfernsehen verbunden sind³, lassen eine drastische Erweiterung der angebotenen Programme zu. Sollte nicht eine ähnliche Struktur wie für die Presse in Erwägung gezogen werden, wenn der Konsument ohne wesentliche Schwierigkeiten zwischen dreißig, vierzig oder fünfzig Fernsehprogrammen wählen kann?

Die Zulassung privater Rundfunkveranstalter ist von der möglichen rechtlichen Konstruktion her kein Fall von »Privatisierung« im hier verwandten Sinn⁴: es geht nicht darum, die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ganz oder teilweise aufzulösen und ihre Anlagen auf Private zu übertragen, sondern es geht allein darum, ob *neben* die bestehenden Einrichtungen private Anbieter treten sollen, die bisher nicht genutzte Sendefrequenzen in Anspruch nehmen. Dennoch soll auch dieser Bereich kurz angesprochen werden, da die konstruktiven Unterschiede im Vergleich zu den gesellschaftspolitischen, aber auch den verfassungsrechtlichen Gemeinsamkeiten kaum ins Gewicht fallen.

Wie an anderer Stelle bereits referiert⁵, hat das Bundesverfassungsgericht in zwei Entscheidungen die bisher bestehende Rundfunkorganisation für verfassungskonform erklärt, gleichzeitig jedoch auch privatrechtliche Organisationsformen zugelassen, soweit dadurch Meinungsvielfalt und Informationsfreiheit nicht beeinträchtigt werden. Die in den vergangenen Jahren geführte Diskussion kreist im wesentlichen um zwei Fragen. Zum einen geht es darum, ob Privatunternehmer auf Grund der Meinungs- und Rundfunkfreiheit im Sinne des Art. 5 Abs. 1 GG und/oder auf Grund der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einen Anspruch auf Veran-

staltung von Rundfunksendungen besitzen (2.). Daneben steht die Frage, ob der Gesetzgeber kraft eigener Entscheidung befugt ist, private Rundfunkunternehmer zuzulassen, ohne damit gegen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu verstößen (3.).

2. Unternehmergrundrechte und Privatfunk

Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG hat jedermann das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG werden »die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film gewährleistet«. Aus diesen grundgesetzlichen Garantien wird in der Literatur die Existenz einer »Rundfunkfreiheit« abgeleitet, da Art. 5 Abs. 1 GG nicht nur die bestehenden Rundfunkanstalten vor staatlichen Eingriffen schütze, sondern auch die Freiheit zur Gründung von Rundfunkunternehmen umfasse⁶. Dieses Grundrecht sei wegen der Knappheit der Frequenzen und des hohen finanziellen Aufwands, der mit der Herstellung und Ausstrahlung eines Programms verbunden ist, zunächst »eingefroren« gewesen⁷; auf Grund der erweiterten technischen Möglichkeiten könne es nunmehr voll zur Entfaltung kommen. Daneben wird darauf abgestellt, die Veranstaltung von Rundfunksendungen sei ein »Beruf« im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG; Beschränkungen müßten sich in dem dort von der Rechtsprechung entwickelten Rahmen halten, was das Monopol der öffentlich-rechtlichen Anstalten hinfällig mache⁸.

Zunächst muß Klarheit darüber bestehen, durch welches Grundrecht der gesellschaftliche Bereich »Rundfunk« gestaltet wird. Ausgangspunkt ist dabei die schwerlich bestreitbare Feststellung, daß Art. 5 Abs. 1 GG auch das Recht umfaßt, seine Meinung über den Rundfunk zu äußern – »Wort, Schrift und Bild« bezeichnen die Mittel der Meinungsverbreitung als solche, ohne zwischen dem selbst gebastelten Flugblatt und der monatelang vorbereiteten Fernsehsendung zu unterscheiden⁹. Das Recht der Meinungsfrei-

heit ist insoweit »privilegienfeindlich«, als es jedermann in gleicher Weise zusteht¹⁰. Es ist für die freiheitliche Ordnung konstitutiv¹¹. Durch die Existenz von Massenkommunikationsmitteln kann – wie gleichfalls nicht bestritten wird – die Ausübung des Grundrechts aus Art. 5 Abs. 1 GG und damit ein wesentlicher Teil des demokratischen Prozesses beeinträchtigt werden; unrichtige, tendenziöse oder einseitige Berichterstattung führt zu einer »Täuschung« des »Souveräns«, der auf diese Weise irrationale Entscheidungen trifft. Um derartige Entwicklungen im Rahmen des Möglichen zu vermeiden, »gewährleistet« Art. 5 Abs. 1 Satz 2 die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film. Darin liegt ein Auftrag an den staatlichen Gesetzgeber, diejenigen Vorkehrungen zu treffen, die erforderlich sind, um die Voraussetzungen eines freien Meinungsbildungsprozesses zu sichern. Im Bereich des Rundfunks hat der Gesetzgeber diese Aufgabe in der Weise wahrgenommen, daß er sich für die Aufrechterhaltung des Sendemonopols der öffentlich-rechtlichen Anstalten entschied, dabei jedoch durch die Zusammensetzung der Entscheidungsgremien im Prinzip dafür Sorge trug, daß alle gesellschaftlich relevanten Positionen zur Geltung kommen können. Das bedeutet, daß zur Sicherung der Meinungsvielfalt die Rechte des Einzelnen gewissermaßen mediatisiert sind; der Zugang zum Massenmedium Rundfunk erfolgt vermittelt (organisierter) gesellschaftlicher Kräfte. Dies ist solange nicht zu beanstanden, als das Medium »Rundfunk« knapp ist; dem Anspruch des Art. 5 Abs. 1 Satz 1 wird es eher gerecht, wenn nicht dreißig Privateigentümer, sondern die unterschiedlichsten organisierten Interessen zu Wort kommen. Dies gilt auch angesichts verbesserter technischer Möglichkeiten der Gegenwart; auch Kabelfunk und Satellitenfernsehen können die Rundfunkfreiheit nicht effektiv zu einem »Jedermanns-Recht« machen. Bei der Pressefreiheit hat sich der Gesetzgeber demgegenüber für eine privatwirtschaftliche Struktur entschieden, was jedenfalls im Grundsatz nicht zu beanstanden ist: da unter diese Freiheit nicht nur relativ kostspielige Verbreitungsformen wie Zeitungen und Zeitschriften, sondern auch Flugblätter, Vereinsmitteilungen usw. fallen, ist eine Überlassung an das »freie Spiel der Kräfte« im

Prinzip vertretbar¹². Dies schließt nicht aus, daß der Gesetzgeber auf Grund fortschreitender Pressekonzentration im Einzelfall dennoch zum Einschreiten verpflichtet ist, um seiner Gewährleistungsaufgabe nachzukommen¹³. Solange insoweit keine Maßnahmen getroffen werden, ist die Gründung von Presseunternehmen frei, während sich die Betätigung als Rundfunkunternehmer jedenfalls nicht auf Art. 5 Abs. 1 GG stützen läßt.

Entgegen verbreiteter Auffassung¹⁴ ist insoweit allerdings auch ein Rückgriff auf Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG regeln den Lebensbereich »Massenkommunikation« abschließend, ähnlich wie dies beispielsweise für die Religions- und Weltanschauungsfreiheit in Art. 4 in Verbindung mit Art. 140 GG geschieht. Entscheidend spricht für diese Eigenständigkeit die spezifische Zwecksetzung des Art. 5 Abs. 1 GG, der einen prinzipiell egalitären Meinungsbildungsprozeß strukturieren will, während die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG einen Betätigungsschutz gibt, der nicht unmittelbar auf die demokratische Struktur des Gemeinwesens bezogen ist. Wollte man etwa Art. 12 Abs. 1 neben Art. 5 Abs. 1 anwenden, so würde dies die Implantation eines systemfremden Elements in den Lebensbereich »demokratische Willensbildung« bedeuten, vergleichbar der Zulassung eines »Sektenunternehmers«, der durch Rekrutierung von »Gläubigen« solide Gewinne zu machen versucht¹⁵. Mit Recht hat deshalb auch das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Fernsehmonopols ausschließlich am Maßstab des Art. 5 Abs. 1 GG überprüft, die Vorschrift des Art. 12 Abs. 1 GG dagegen mit keinem Wort erwähnt¹⁶.

Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, daß Art. 12 Abs. 1 GG auch inhaltlich nicht verletzt wäre. Zwar würde die Anwendung des Art. 12 Abs. 1 GG nicht daran scheitern, daß es kein »Berufsbild« des selbständigen Rundfunkveranstalters gibt¹⁷, erfaßt doch die Berufsfreiheit auch atypische Betätigungen¹⁸ und kann doch eine Monopolisierung auf der Seite der öffentlichen Hand schwerlich dazu führen, daß der betreffende Tätigkeitsbereich von vorne herein aus dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 herausfällt¹⁹. Für das Rundfunkmonopol sprechen jedenfalls überragende Belange der

Gemeinwohls, so daß eine objektive Zulassungsvoraussetzung ähnlich wie beim Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstößt²⁰. Teilt man diese Auffassung nicht, so wird man sich im übrigen damit auseinandersetzen haben, daß nach der im Mitbestimmungsurteil erneut bekräftigten Auffassung des Bundesverfassungsgerichts²¹ die Berufsfreiheit gleichermaßen die selbständige wie die unselbständige Ausübung eines Berufes schützt. Zwischen beiden Formen besteht auch keine Rangordnung derart, daß die eine einen stärkeren Schutz als die andere beanspruchen könnte. Ist dem aber so, dann ist nicht einzusehen, warum der Gesetzgeber nicht auch die Möglichkeit haben sollte, für bestimmte Tätigkeitsbereiche ausschließlich die Form selbständiger oder ausschließlich die Form unselbständiger Ausübung vorzuschreiben und auf diese Weise ein bestimmtes Berufsbild zu fixieren. So ist etwa die gewerbliche Vergabe von Hypotheken bestimmten Unternehmen vorbehalten²², und denkbar wäre auch, die Tätigkeit des Landwirts zwingend als selbständige auszugestalten, d. h. die Beschäftigung landwirtschaftlicher Arbeiter bis zu einer bestimmten Hofgröße zu untersagen. In ähnlicher Weise müßte es möglich sein, das Berufsbild des im Rundfunk Tätigen auf die Aktivität als angestellter oder sonstwie abhängiger Journalist zu beschränken. Die Tatsache, daß die Diskussion um die Berufsfreiheit fast ausschließlich an der traditionellen Gewerbefreiheit orientiert ist²³, darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß das Grundrecht einen umfassenderen Anwendungsbereich besitzt und deshalb dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, einzelne typische Betätigungsformen zu einem Berufsbild zu verstetigen. Insofern wäre ein Grundrecht auf Betrieb eines Rundfunkunternehmens von vorne herein ausgeschlossen. Eine weitere Vertiefung kann an dieser Stelle jedoch unterbleiben.

3. Privatisierung kraft gesetzgeberischer Entscheidung?

Gibt es somit keinen grundrechtlichen Anspruch auf Ermöglichung eines privaten Rundfunks, so ist jedoch nicht ausgeschlossen

sen, daß der Gesetzgeber selbst einen solchen Schritt unternehmen und sein Rundfunkmonopol aufgeben könnte. Ob sich dies mit Art. 5 Abs. 1 GG vereinbaren läßt oder ob insoweit ein (materielles) Privatisierungsverbot besteht, wird im wesentlichen auf der Grundlage der oben²⁴ referierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diskutiert. Dabei besteht Konsens darüber, daß die im ersten Urteil ausdrücklich zugelassenen *privatrechtlichen* Organisationsformen nicht mit *privatwirtschaftlichen* identisch sind²⁵. Welche *privatrechtlichen* Träger in Betracht kommen, bestimmt sich vielmehr ausschließlich danach, ob sie »nach ihrer Organisationsform hinreichende Gewähr (bieten), daß in ihnen in ähnlicher Weise wie in der öffentlich-rechtlichen Anstalt alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen, und die Freiheit der Berichterstattung unangetastet bleibt«²⁶. Der Rundfunk darf weder dem Staat noch *einer* gesellschaftlichen Gruppe ausgeliefert werden²⁷. Kann eine private Rundfunkgesellschaft, in die Private Kapital investieren oder die aus anderen Gründen unter dem maßgeblichen Einfluß von Privatrechtssubjekten steht, überhaupt diese Voraussetzungen erfüllen?

Der Sache nach stellt sich hier genau dasselbe Problem wie in allen übrigen Fällen der Privatisierung: ist die Einschaltung des Privaten mit der Konsequenz verbunden, daß nicht mehr die im Grundgesetz oder von den politischen Instanzen definierten Allgemeininteressen, sondern Individualinteressen wahrgenommen werden? Ein Unterschied besteht nur insofern, als das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip im Normalfall auf die Einhaltung eines eindeutigen »Programms« abstellen (z. B. Sicherheit und Ordnung zu wahren), während es hier darum geht, gerade eine Vielfalt von Positionen zur Entfaltung kommen zu lassen. Dies begründet freilich keine qualitative Verschiedenheit, sondern trägt im Grunde nur der besonderen Natur der Massenkommunikationsmittel Rechnung. Im Kern sind beide Aussagen identisch; die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 5 Abs. 1 GG bestätigt insofern die oben²⁸ vertretene Auslegung des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips. Anders als rein technische Dienstleistungen wie die Gebäudereini-

gung, die Müllabfuhr oder auch die Energieversorgung ist die Herstellung und Verbreitung von Rundfunksendungen außerordentlich »sensibel« gegenüber der Einwirkung von Partialinteressen. Da sich die meinungsbildenden Effekte von Rundfunkveranstaltungen nicht exakt messen lassen, ist eine Bevorzugung bestimmter Individualinteressen sehr viel schwerer erkennbar als in den meisten anderen Privatisierungsfällen. Während sich etwa ein Zusammenhang zwischen schlechter Arbeit, zu knapper Personalkalkulation und erhöhter Gewinnspanne bei einem Reinigungsunternehmen unschwer herstellen läßt, ist eine »Unternehmerorientierung« eines auf scheinbare Neutralität bedachten Massenmediums ein schwer zu bewältigendes Problem. Dies bedeutet, daß schon aus allgemeinen Erwägungen von einem privatwirtschaftlichen Rundfunk abzusehen ist. Dies wird von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts²⁹ bestätigt, das mit unüberhörbarer Deutlichkeit betonte:

»Die ausschließliche Finanzierung durch Werbesendungen würde die einseitige Beeinflussung der öffentlichen Meinung durch die werbenden Firmen, also durch Kreise der Industrie, des Handels und des Gewerbes zur Folge haben. Das aber läßt sich mit dem im Grundgesetz verankerten Begriff der Informationsfreiheit in der Demokratie nicht vereinbaren.«

Was hier für die Beeinflussung durch die Werbung gesagt wurde, gilt in gleicher Weise dann, wenn eine Gewinnorientierung auf anderer Grundlage besteht³⁰: es ist denkbar unwahrscheinlich, daß in einem kommerziell betriebenen Rundfunk auch solche gesellschaftlich relevanten Gruppierungen zu Wort kommen, die unternehmerischem Verhalten im allgemeinen kritisch gegenüber stehen und auf politische oder soziale Veränderungen drängen³². Wie an einzelnen Beispielen aus den USA zu belegen ist, setzen sich die politischen und weltanschaulichen Positionen der Geldgeber häufig unmittelbar im Inhalt der Sendungen durch³². Auch die Existenz eines pluralistisch zusammengesetzten Aufsichtsorgans ist bei kommerziellem Rundfunk wirkungslos, da es die Grundorientierung des Unternehmens nicht durchbrechen kann³³. Meinungsvielfalt davon zu erwarten, daß es unterschiedliche private Träger

geben wird, ist in höchstem Maße leichtfertig, weil sie gleichermaßen daran interessiert sind, durch die Programmausgestaltung nicht ihre eigene Position zu untergraben. Mit Recht lehnt deshalb auch Herzog die Schaffung eines kommerziellen Rundfunks ab, sieht jedoch Art. 5 Abs. 1 dann als gewahrt an, wenn alle gesellschaftlich relevanten Gruppen faktisch in der Lage sind, ihre eigenen Rundfunksendungen zu produzieren und (gegebenenfalls zusammen mit anderen) auszustrahlen³⁴. Ob diese Bedingung jemals erfüllt sein wird, erscheint angesichts des noch immer notwendigen finanziellen Aufwands einigermaßen zweifelhaft, doch kann dies im vorliegenden Zusammenhang dahinstehen, da dies kein im eigentlichen Sinne mehr privater Rundfunk wäre³⁵. Etwas anderes könnte im übrigen nur dann gelten, wenn das Grundgesetz sich ausdrücklich zu einer von Unternehmern dominierten Wirtschaft bekannt und diese Entscheidung (etwa durch Einbeziehung in die Ewigkeitsgarantie des Art. 79 Abs. 3 GG) auch der Änderung in Form demokratischer Willensbildung entzogen hätte – eine offensichtlich nicht vorliegende Bedingung, da das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die wirtschaftsverfassungsrechtliche Neutralität des Grundgesetzes betont³⁶. Die Einführung eines privatwirtschaftlichen Rundfunks würde überdies in relativ kurzer Frist zu einer Vermachtung des Rundfunkmarkts führen und damit selbst ein marktwirtschaftsimmanentes Gegeneinander unmöglich machen³⁷. Im Ergebnis liefe dies auf eine Willensbildung von «oben nach unten», d. h. von den ökonomisch Mächtigen zu der Bevölkerung hinaus, was im Gegensatz zu der vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich als Verfassungsprinzip hervorgehobenen Willensbildung von unten nach oben³⁸ stehen würde. Nicht nur die Meinungsvielfalt in den Medien, sondern auch der demokratische Prozeß insgesamt käme in Gefahr: Nicht einmal jene Spielräume, die das bestehende Wirtschaftssystem³⁹ und die außenpolitische Stellung der Bundesrepublik offenlassen, könnten unter solchen Umständen noch ausgeschöpft werden.

Anmerkungen

- 1 Siehe den programmatischen Titel bei HEINER GEISSLER (Hrsg.), *Verwaltete Bürger – Gesellschaft in Fesseln*, Frankfurt/M.–Berlin–Wien 1978.
- 2 Vgl. etwa die Mannheimer Erklärung des Bundesvorstands der CDU vom 12. 11. 1975, abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 108, oder: »Für mehr Freiheit – gegen mehr Staat«. Die kommunalpolitischen Ziele der Union, in: UID-Dokumentation 42/1976, abgedruckt bei ÖTV, Heft 4, S. 12.
- 3 Ebenso zum Begriff der Privatisierung GÖRGMAIER DÖV 1977, 358; GROSER, Beilage 14/80, S. 4; KNEMEYER WiVerw 1978, 65; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 373.
- 4 So das Jahresgutachten 1975 des Sachverständigenrats, BT-Drucksache 7/4326 S. 137 (Überschrift vor Ziff. 333).
- 5 Dieses Argumentationsmuster liegt praktisch allen Privatisierungsforderungen zugrunde, ohne daß es immer in dieser Deutlichkeit ausgesprochen würde. Ähnliches gilt für die im folgenden referierten Argumente, bei denen deshalb auf Einzelnachweise verzichtet wird. Einen Überblick über die vorliegenden Stellungnahmen bringt auch GROSER, Beilage 14/80, S. 4–12.
- 6 Vgl. GRAF LAMBSDORFF, *Wirtschaftswoche* Nr. 32 vom 1. 8. 1975, S. 12 f.
- 7 HERSCHEL, *Festschrift Fechner*, S. 55.
- 8 So FAZ vom 7. 10. 1975. *Handelsbl.* vom 13. 11. 1975 und *Münchener Merkur* vom 25. 11. 1975 beziffern den Gewinn mit »einer Million«. DANIELS (*Rheinischer Merkur* vom 19. 12. 1975) spricht davon, an die Stelle von 183 städtischen Bediensteten seien nunmehr 62 Mitarbeiter der Privatfirma getreten, die jetzt »Gewinn« erwirtschaften würden. W. L. (*Demokratische Gemeinde* 1978, 522) verweist demgegenüber auf die weiterhin erfolgende mittelbare Subventionierung seitens der Stadt Köln. Die Diskussion um den Kölner Schlachthof ist gut dokumentiert bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 193 f.
- 9 S. etwa Bund der Steuerzahler, abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 179.
- 10 *Wirtschaftswoche* Nr. 37 vom 5. 9. 1975, S. 42 f.
- 11 *Wirtschaftswoche* Nr. 22 vom 28. 5. 1976, abgedruckt auch in: ÖTV, Heft 4, S. 134 f.
- 12 Entlastung des Staates durch Privatisierung von Aufgaben, *Wirtschaftsdienst* 1975, 545 f.
- 13 Modernisierung, S. 109 f.
- 14 *Wd-Informationsdienst* Nr. 8 vom 19. 2. 1976, S. 6 f., abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 173 f.
- 15 BT-Drucksache 7/4326 S. 139 (Ziff. 340).
- 16 *Bulletin der Bundesregierung* 1975, S. 1001 f., abgedruckt auch in: ÖTV, Heft 4, S. 98 f.
- 17 *Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der BRD*, Gutachten der Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, Jan. 1977, Kap. XIII 1.2.5., teilweise abgedruckt auch bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 51 f.
- 18 Wiedergegeben bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 164 f.

- 19 Zitiert nach TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 376.
- 20 HERMANI ArbGeb 1976, 128 f.
- 21 Bund der Steuerzahler, Entstaatlichung. Wie man die öffentlichen Haushalte durch Verlagerung von Aufgaben auf Private entlasten kann, Wiesbaden 1975, teilweise abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 178 f.
- 22 Wiedergegeben bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 114 f.
- 23 Vgl. BISCHOFF-NICKUSCH S. 108 f.; die Stellungnahme wird mitgeteilt auch bei TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 375.
- 24 Siehe dazu kritisch HIRCHE, Volksaktie, Köln 1958, sowie LANGER, Annalen für Gemeinwirtschaft 1960, 397 f. Eine Privatisierung von Landesvermögen wurde 1976 auch von LOTHAR SPÄTH gefordert (Stuttgarter Zeitung vom 8. 12. 1976).
- 25 Dazu KLUNCKER, Die Quelle 1980, 74.
- 26 Wirtschaftswoche Nr. 32 vom 1. 8. 1975, S. 12 f., abgedruckt auch bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 24 f.
- 27 Mitgeteilt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 127 f.
- 28 Zitiert nach: ÖTV, Heft 4, S. 20.
- 29 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 42 f., teilweise abgedruckt auch bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 73 f. Ähnlich auch der Deutsche Städte- und Gemeindebund, s. Heft 24 zu der von ihm herausgegebenen Schriftenreihe, »Ver- und Entsorgung – wer macht's?«, 1976.
- 30 So insbesondere der Bund der Steuerzahler (oben Fn 21).
- 31 Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel (oben Fn 17) Kap. XIII 1.2.5.
- 32 Dazu und zum folgenden TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 376.
- 33 TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 375
- 34 TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 375.
- 35 Deutscher Städtetag, a. a. O., S. 42, 43. Ähnlich der Deutsche Städte- und Gemeindebund, s. oben Fn 29.
- 36 Der Beschluß ist abgedruckt in: ÖTV, Heft 4, S. 22.
- 37 Abgedruckt in: ÖTV, Heft 4, S. 24 f.
- 38 Rede vor dem 8. ordentlichen ÖTV-Gewerkschaftstag 1976, wiedergegeben bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 35 f.
- 39 Siehe die Stellungnahmen von SCHMUDE und HAEHSER, abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 33, 36.
- 40 Zu nennen etwa SCHEER NG 1976, 151 f.; JUNG MarxBl Heft 2/1978, S. 58 f.
- 41 Abgedruckt u. a. im ÖTV-Magazin Heft 9/1976 S. 11.
- 42 Ziffer 13, abgedruckt in: GMH 1980, 28, 53.
- 42a Abgedruckt in: Die Quelle 1980, 327: »Die Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen ist mit sozialstaatlichen Grundsätzen unvereinbar.«
- 43 ÖTV-Magazin, Heft 7/8 1976, S. 7, abgedruckt auch bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 146 f.
- 44 ÖTV-Magazin, Heft 2/1977, S. 4.
- 45 Vgl. etwa KLUNCKER ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3; ders., in: HANUSCH (Hrsg.), Reform öffentlicher Leistungen, S. 77 f.; ders., Die Quelle 1980, 74 f.

- 45a Beschluß 143, abgedruckt ÖTV-Magazin 7/1980 S. 27.
- 46 Die Stellungnahmen sind abgedruckt bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 151 f. (Post) und S. 155 f. (Bahn).
- 47 Siehe die Stellungnahmen bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 160 f.
- 48 HANS MAYR DDB 1976, 176.
- 49 Näher dazu unten § 3; 2.
- 50 KLUNCKER ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3.
- 51 Vgl. etwa BLUM, in: ÖTV, Heft 1, S. 27; KÖNIG, Demokratische Gemeinde 1979, 197; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 372, 383.
- 52 Vgl. etwa REUSS DVBl 1976, 931; SCHEER NG 1976, 153.
- 53 RITTERSHOFER, Deutsche Post Heft 24/1976, S. 7; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 385, 387; SCHOLLER-BROSS BayVBl. 1978, 9.
- 54 So der Beschluß des ÖTV-Gewerkschaftstags 1976 (oben Fn 43).
- 55 Die bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 192 f. mitgeteilten Zahlen der KGSt sagen für unsere Zwecke nicht genug aus, da sie auch die sog. formelle Privatisierung, also jene Fälle erfassen, in denen eine Aufgabe auf eine juristische Person des Privatrechts übertragen wird, an der die öffentliche Hand maßgeblichen Einfluß behält.
- 56 Vgl. PAUSCH S. 33 f.; zu den Gemeindefinanzen siehe KLEIN StT 1976, 2 f.; KLEIN-MUNSTERMANN StT 1977, 2 f.
- 57 SAUERBORN-MINNSSEN WSI-Mitt. 1977, 384. Dazu die Fallstudien der beiden Verfasser zur Müllabfuhr im Landkreis Göttingen und zur Gebäudereinigung bei der Stadt Hildesheim, in: ÖTV, Heft 3. Zu den Kostenrechnungen bei der Privatisierung der Müllabfuhr siehe weiter POMMEREHNE FinA 35 (n. F.) S. 279 f.
- 58 Kommunale Gemeinschaftsstelle für Verwaltungsvereinfachung.
- 59 Erfasst sind Gemeinden und Landkreise. Siehe die Angaben bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 192 f., die in diesem Bereich wohl aussagekräftig sind, da eine bloße formelle Privatisierung, d. h. die Übertragung auf eine Eigengesellschaft hier so gut wie immer ausscheidet.
- 60 Nach einer Mitteilung des Fachverbands der Großschlächter und Fleischgroßhändler wurden in den Jahren 1971 bis 1976 insgesamt 85 von ursprünglich 550 kommunalen Schlachthöfen privatisiert; bei weiteren 15 stehe die Privatisierung vor dem Abschluß (Südwest-Presse vom 11. 3. 1977, S. 8). Siehe weiter den Überblick in: Frankfurter Rundschau vom 11. 10. 1976.
- 61 Siehe die Beispiele im Münchner Merkur vom 25. 11. 1975 und im Handelsblatt vom 27. 11. 1975.
- 62 Münchner Merkur vom 25. 11. 1975 (in bezug auf Dortmund). Genannt werden weiter Aachen, Frankfurt, Hannover, Saarbrücken und Mainz.
- 63 FAZ vom 7. 10. 1975: Paracelsus-Klinik in Osnabrück. Kritisch dazu der bayrische Arbeitsminister PIRKL in: Manager-Magazin Heft 12/1976.
- 64 DANIELS, Rheinischer Merkur vom 19. 12. 1975 (Übergabe an Schwimmverein). Eine ähnliche Forderung wurde in Osnabrück erhoben, s. Neue Osnabrücker Zeitung vom 8. 10. 1976.
- 65 Zur Privatisierung des Plakate-Klebens in Wuppertal s. den Bericht des Münchner Merkur vom 25. 11. 1975.

- 66 Genannt werden Bielefeld, Koblenz und Köln.
- 67 Genannt wird die Stadt Nordhorn.
- 67a Zur Auseinandersetzung um die Privatisierung der Naßbaggerei s. ÖTV-Magazin Heft 11/1977, S. 14; Heft 2/1978, S. 17; Heft 1/1979, S. 19.
- 68 S. die Übersicht in: Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 8 f. Weitere Zahlenangaben bei BURKHARD HIRSCH, Demokratische Gemeinde 1978, 653.
- 69 Nach einer Angabe des Handelsblatts vom 27. 11. 1975 wurden bereits vor der derzeitigen Privatisierungskampagne 46,7% des Hausmülls und 70% des Industriemülls von Privatunternehmen beseitigt.
- 70 Vgl. KLUNCKER, in HANUSCH (Hrsg.), S. 77 ff., 83.
- 71 Drucksache 9/664 der Bremischen Bürgerschaft, abgedruckt auch bei ÖTV, Heft 8, S. 31 f.
- 72 Recht kritisch zur Privatisierung äußerte sich etwa der Vorsitzende des Bayrischen Städteverbandes, der Landshuter OB DEIMER (CSU) in: Bayrischer Städteverband (Hrsg.), Sparmaßnahmen der Städte, Rationalisierung, Privatisierung, 1977, S. 3 f.
- 73 Siehe als Beispiel die Privatisierung der Reinigungsdienste in Kassel, Hannover und Dortmund, mitgeteilt in: ÖTV-Magazin Heft 5/1976, S. 15.
- 74 TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 387.
- 75 WAZ-Bochumer Anzeiger vom 23. 9. 1976 und vom 11. 12. 1976.
- 76 Südwest-Presse vom 15. 7. 1976.
- 77 Vgl. SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 38 f.
- 78 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 30, 31, 35.
- 79 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386.
- 80 Siehe die Angaben in: ÖTV-Magazin Heft 5/1976, S. 14; Stern vom 2. 9. 1976, S. 163; ÖTV-Magazin Heft 8/1978 S. 17.
- 81 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386.
- 82 Siehe die Zusammenstellung bei TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 389.
- 83 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386 ermittelten für eine Reinigungskraft bei der Stadt 7,98 DM Stundenlohn, während sich eine Reinigungskraft bei Privatfirmen mit 6,05 DM begnügen mußte.
- 84 Siehe die Aufstellung bei SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386.
- 85 Zahlen bei SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386: 10,47 DM im Vergleich zu 6,05 DM.
- 86 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 386.
- 87 Siehe oben 1.2.
- 88 Stern vom 2. 9. 1976, S. 163, abgedruckt auch in: ÖTV, Heft 4, S. 137.
- 89 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 387.
- 90 SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 25 f.
- 91 Mitgeteilt in: Stern vom 2. 9. 1976, S. 165, abgedruckt auch in: ÖTV, Heft 4, S. 137.
- 92 SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 387. Zu den Arbeitsbedingungen bei der privaten Paketbeförderungsfirma UPS s. KLUNCKER, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 86.
- 93 Überblick bei SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 391 f.

- 94 Siehe als Beispiel die Privatisierungspolitik im Kreis Pinneberg. Dazu SAUERBORN, ÖTV, Heft 6, sowie Heft 8, S. 28 f.
- 95 Bulletin der Bundesregierung 1975, 1008, abgedruckt auch in: ÖTV, Heft 4, S. 98 f.
- 96 BT-Drucksache 7/4326 S. 139 (Ziff. 340).
- 97 ÖTV-Magazin Heft 5/1976 S. 14.
- 98 oben 1.1. mit Fn 3.
- 99 Siehe die Unterscheidung bei WAIS DÖV 1977, 268. Speziell den Bereich öffentlicher Unternehmen behandelt FROTZ DB 1977, 1661 ff.
- 100 So die Unterscheidung bei MÜHLHAUPT-GORNAS StT 1977, 360 f.
- 101 KNEMEYER WVerw 1978, 67; vgl. weiter VITZTHUM AöR 104 (1979), 588 ff.
- 102 GÖRGMAIER DÖV 1977, 357.
- 103 Dazu WOLFF-BACHOF, Bd. II § 104.
- 104 Vgl. GÖRGMAIER DÖV 1977, 357; TIEMANN BayVBl 1976, 263.
- 104a Zu der gleichwohl eintretenden Verselbständigung gegenüber den Gemeindeordnungen s. VITZTHUM AöR 104 (1979), 617 ff., 631 ff.
- 105 Hier liegt der berechtigte Kern der Ausführungen von RITTER, JZ 1972, 107 ff.
- 106 Näher dazu unten § 2; 4. Vgl. auch den Überblick bei MERK, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 70. Beispiele für Rationalisierungen und die Gegenwehr der Beschäftigten in: ÖTV-Magazin Heft 3/1978, S. 29; Heft 12/1977, S. 11.
- 107 Vgl. DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 114 f.

Anmerkungen zu § 2

- 1 Zu den Beschränkungen in Gemeindeordnungen siehe unten § 3; 3.2. und § 6; 3.
- 2 Etwa durch entsprechende Änderung der Gemeindeordnungen, was sichtlich weniger Aufwand verursacht hätte als die Verabschiedung des Haushaltsstrukturgesetzes.
- 3 Dazu eingehend VAN DER BELLEN, in: FROHLER-KUBIN (Hrsg.), S. 131 ff.
- 4 Vgl. Jahresgutachten 1975 des Sachverständigenrats, BT-Drucksache 7/4326 S. 139 (Ziffer 340), wo davon die Rede ist, die Privatisierung »erleichtere es vielleicht, den Bürgern kostendeckende Preise abzufordern.«
- 5 Vgl. SCHEER, NG 1976, 151 ff.; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 373.
- 6 Vgl. SAUERBORN-MINSEN WSI-Mitt. 1977, 391 ff.
- 7 Vgl. den Überblick über die konservative Wohlfahrtsstaatskritik bei MOSDORF S. 32 ff.
- 8 Dazu KÜHN, Die geistige Krise der kapitalistischen Gesellschaft, Köln 1976; STRASSER, Die Zukunft der Demokratie, Reinbek 1977, insb. S. 17 ff.
- 9 Vgl. die bei BISCHOFF-NICKUSCH (S. 10/11) mitgeteilten Ergebnisse einer Repräsentativbefragung des Instituts für Demoskopie Allensbach: Danach meinten 40% aller Bundesbürger über 16 Jahre, Bahn, Post, Krankenhäuser und ähnliche Einrichtungen würden besser in staatlicher Regie betrieben, während 37% einen Privatunternehmer vorgezogen hätten.

- 10 Dazu VAN DER BELLEN a. a. O., (oben Fn 3); REIDEGELD RuP 1979, 221. Auf diesen Aspekt hat im übrigen bereits BAHL (a. a. O.) S. 67 ff. hingewiesen. Ein Überblick über die Stellungnahmen findet sich bei TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 375-377. S. weiter MULHAUPT-GORNAS StT 1977, 363 und HICKEL, in: Arbeitsgruppe »Alternative Wirtschaftspolitik«: Memorandum, Köln 1980.
- 11 HERMANI ArbGeb 1976, 128 ff.
- 12 Bund der Steuerzahler, a. a. O.
- 13 Siehe die Fallstudie in: ÖTV-Magazin Heft 2/1977, S. 18 ff.
- 14 Beispiel Museum: Verschlechterung der Arbeitsbedingungen des Bewachungspersonals reicht längst nicht aus für die Herstellung der Rentabilität, Eintrittspreise von 20-30 DM wären nicht durchzusetzen, da die meisten Bürger dann eben auf den Museumsbesuch verzichten würden.
- 15 Siehe oben § 1; 1.2.
- 16 Siehe das Protokoll der Fragestunde des Deutschen Bundestags vom 18. 2. 1976 (23. Sitzung), in den hier einschlägigen Passagen abgedruckt in DDB 1976, 44.
- 17 § 1; 1.1.
- 18 KLUNCKER, ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3; KONRAD DÖW 1968, 45; ROSENBERG, ÖTV-Magazin Heft 12/1976, S. 10; SCHEER NG 1976, 152; TOFAUTE DDB 1976, 45; ders., WSI-Mitt. 1976, 383. Vgl. als Beispiel Pläne der Stadt Bonn, wonach die einen Jahresgewinn von 11,1 Millionen erwirtschaftenden Versorgungsbetriebe teilprivatisiert werden sollten, während die Verkehrsbetriebe mit einem Jahresdefizit von 27,3 Millionen DM voll bei der öffentlichen Hand bleiben sollten (Bonner Generalanzeiger vom 26. 10. 1976).
- 19 TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 385. Ähnliches wird aus Eppingen berichtet (Stuttgarter Zeitung vom 16. 11. 1976).
- 20 KLUNCKER, in: ÖTV, Heft 1, S. 19.
- 21 Münchner Merkur vom 25. 11. 1975.
- 22 Mitgeteilt bei FAISS BWVwP 1976, 114.
- 23 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 38.
- 24 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 39.
- 25 KLUNCKER, in: ÖTV, Heft 1, S. 14.
- 26 Siehe etwa das Beispiel bei KLUNCKER, in: ÖTV, Heft 1, S. 13. Vgl. weiter SAUERBORN-MINSEN, ÖTV, Heft 3.
- 27 KLUNCKER, in: ÖTV, Heft 1, S. 14-16; ÖTV-Argumente, ebenda, S. 27.
- 28 Die GöWG-Studie spricht zu Recht von Lieferantenkartellen (S. 20) und der Gefahr monopolistischer Ausbeutung. Die Einschätzung, daß der Private eine monopolartige Stellung erhält, wird von zahlreichen Autoren geteilt; vgl. FAISS BWVwP 1976, 114; SCHEER NG 1976, 154; STEFFEN, ÖTV-Magazin Heft 12/1976, S. 11. Ein wenig Anschauungsmaterial bietet die Tatsache, daß 4 Großwäschereien wegen unzulässiger Preisabsprachen vom Kartellamt mit einer Geldbuße von 145 000,- DM belegt wurden (Handelsblatt vom 22. 7. 1976). Vgl. auch POMMEREHNE, Finanzarchiv n. F. 35, 278.
- 29 So auch der Geschäftsführende Hauptvorstand der ÖTV, ÖTV-Magazin Heft 2/1977, S. 4.

- 30 POMMEREHNE, Finanzarchiv n. F. 35, 272; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 383; zur Funktion öffentlicher Unternehmen siehe insbesondere THIEMEYER S. 60 ff.; vgl. weiter OETTL, Grundfragen öffentlicher Betriebe, 2 Bände, Baden-Baden 1976.
- 31 Beispiel bei SCHEER NG 1976, 153.
- 32 HERMANI ArbGeb 1976, 129.
- 33 Zu entsprechenden Praktiken siehe oben § 1; 2.2.
- 34 KLUNCKER, in: ÖTV, Heft 1, S. 13; SCHEER NG 1976, 153; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 384, 387; in sehr vorsichtiger Formulierung auch der Wissenschaftliche Beirat beim Bundesfinanzministerium, Bulletin der Bundesregierung 1975, S. 1007.
- 35 RITTERSHOFER, Deutsche Post, Heft 24/1976, S. 7.
- 36 Ähnlich BISCHOFF-NICKUSCH S. 24.
- 37 Vgl. KRÜGER, Staatslehre, S. 610, 771; LANGER, Annalen der Gemeinwirtschaft 1960, 405; TOFAUTE WSI-Mitt. 1976, 388. Daß die Reduzierung dieser staatlichen Steuerkapazität die Privatisierungsbefürworter relativ wenig kümmert, hängt nicht zuletzt damit zusammen, daß sie in der Regel eine Krisenbewältigung durch Steigerung der staatlichen Nachfrage (Keynes) ablehnen und statt dessen mehr auf die Selbstheilungskräfte des Marktes vertrauen.
- 38 Dazu oben § 1; 2.1.
- 39 Vgl. oben § 1; 1.1.
- 40 So auch ÖTV-Argumente, in: ÖTV, Heft 1, S. 21.
- 41 Siehe die Nachweise bei TOFAUTE, Probleme des Personaleinsatzes, S. 168 ff. und BAHRDT, Industriebürokratie, Stuttgart 1958, insbesondere S. 26 ff. sowie den von RENATE MAYNTZ herausgegebenen Sammelband »Bürokratische Organisation«, Berlin 1968.
- 42 BLUM, in: ÖTV, Heft 1 S. 31; vgl. weiter KRÜGER, Staatslehre, S. 611; REUSS DVBl 1976, 931.
- 43 TOFAUTE, Probleme des Personaleinsatzes, S. 53 mN.
- 44 Vgl. SCHÄFER-SKIBA-TOFAUTE, Personalausgaben, S. 57.
- 45 So auch das Teppichboden-Beispiel in ÖTV-Argumente, in: ÖTV, Heft 1, S. 28.
- 46 TOFAUTE, Probleme des Personaleinsatzes, S. 169-172.
- 47 So BLUM, in: ÖTV, Heft 1, S. 31.
- 48 So etwa HAUFF-SCHARPF, S. 104.
- 49 Richtig REUSS DVBl 1976, 931; STEINER S. 292; zu den negativen Wirkungen s. jedoch VITZTHUM AÖR 104 (1979), 631 ff.
- 50 Siehe das Zahlenbeispiel bei KLUNCKER, ÖTV, Heft 1, S. 18.
- 51 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 40; GöWG, Privatisierung, S. 21; THIEL, Wirtschaftsdienst 1975, 556.
- 52 HIRSCH-PUTTNER, DVerw 1976, 463; REIDEGELD RuP 1979, 220.
- 53 REIDEGELD RuP 1979, 220.
- 54 Siehe oben 1.
- 55 Vor der Schaffung neuer »Privatmonopole« durch Privatisierung warnte auch HELMUT SCHMIDT vor dem ÖTV Gewerkschaftstag 1976, wiedergegeben bei BISCHOFF-NICKUSCH S. 36.

- 56 REIDEGELD RuP 1979, 220; STEFFEN, ÖTV-Magazin Heft 12/1976, S. 11; vgl. auch BLUM, ÖTV, Heft 1, S. 11; BULL DDB 1976, 174; auf unbeirrt marktwirtschaftlichem Kurs dagegen PEHL, Quelle 1977, 50, der die »Vorzüge der Marktwirtschaft nutzen« will.
- 57 Dazu oben § 1; i. I. S. auch RECKTENWALD, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 19.
- 58 Vgl. etwa GRAF HOYOS, Arbeitspsychologie, Stuttgart u. a. 1974, insbesondere S. 47 ff.; VON ROSENSTIEL, Motivation im Betrieb, München 1972. Von der Drohung mit Entlassung ist dort nirgends die Rede, obwohl den Autoren keinerlei gewerkschaftliche Orientierung nachgesagt wird. Zur Kritik der von ihnen betriebenen Arbeitspsychologie siehe GROSKURTH-VOLPERT, Lohnarbeitspsychologie, Frankfurt/M. 1975.
- 59 Dazu oben § 1; 2.2.
- 60 Dazu oben § 1; 1.4.
- 61 Richtig KLUNCKER, ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3.
- 62 HICKEL in: GOLDSCHIED-SCHUMPETER, Die Finanzkrise des Steuerstaats, hrsgg. von RUDOLF HICKEL, Frankfurt/M. 1976, S. 9.
- 63 Diese Einschätzung der »Sozialfunktion« des Staates ruft erfahrungsgemäß die meisten Einwände hervor. Zur empirischen Untermauerung kann auf die Analyse Hartwichs zur Sozialgesetzgebung von 1949-1961 (HARTWICH, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, Köln und Opladen 1970) sowie auf meinen Versuch verwiesen werden, die ebenfalls sozialpolitische Funktionen erfüllende BAG-Rechtsprechung zu analysieren (vgl. Das soziale Ideal des BAG, 2. Aufl., Frankfurt/M. Köln 1975, insbesondere S. 126 ff.)
- 64 KLUNCKER, ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3; vgl. auch BULL DDB 1976, 173; REIDEGELD RuP 1979, 218.
- 65 MARX, Das Kapital, Bd. I, MEW 23, 185.
- 66 Ähnlich im hier untersuchten Zusammenhang auch BISCHOFF-NICKUSCH S. 14; Der Abgrenzung öffentlicher Aufgaben liegen politische Entscheidungen zugrunde. Vgl. weiter OETTL, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 28.
- 67 Entschließung Nr. 109, abgedruckt in: Protokoll, Bd. 2 (Materialien), S. 94, 96. Weitere Entschließungen und Beschlüsse in: ÖTV, Heft 1, S. 6 ff.
- 68 Der Tagesspiegel vom 27. 4. 1976.
- 69 Bulletin der Bundesregierung 1975, S. 1014.
- 70 Bulletin der Bundesregierung 1975, S. 1013.
- 71 TIEDEMANN, Verbrechen in der Wirtschaft, S. 38.
- 72 Dazu insbesondere TIEDEMANN, Subventionskriminalität in der Bundesrepublik Reinbek 1974.

Anmerkungen zu § 3

- 1 Vom 18. 5. 1947 VOBl S. 209.
- 2 Vom 2. 12. 1946, GVBl S. 333. Art. 111 a wurde eingefügt durch § 1 des 4. Gesetzes zur Änderung der Verfassung des Freistaates Bayern vom 19. 7. 1973 (GVBl S. 389), in Kraft getreten am 1. 8. 1973.

- 3 Vom 7. 6. 1972, BGBI I, 873. Dazu etwa Kloepfer VerwArch 1979, 195 f. S. weiter § 9 a Abs. 3 S. 2 AtomG.
- 4 Vom 26. 5. 1976, BGBI I, 1253.
- 5 Vgl. LEISNER AÖR 93, 161, 192 f.
- 6 Vgl. MEYER-BORGS § 1 Rn 25.
- 7 i. d. F. vom 6. 8. 1970, BGBI I, 1197.
- 8 Vom 18. 4. 1967, GVBl S. 131.
- 9 Vgl. etwa VON DER GROEBEN-KNACK § 24 Anm. 2.5.3.
- 10 Gesetz Nr. 806 über die Veranstaltung von Rundfunksendungen im Saarland vom 2. 12. 1964, i. d. F. der Bekanntmachung vom 1. 8. 1968 (ABl. S. 558), §§ 38 ff.
- 11 Das VG Saarlouis hat in einem Verfahren wegen Nichterteilung einer privaten Rundfunkkonzession das saarländische Gesetz für verfassungswidrig gehalten und deshalb gemäß Art. 100 GG das Bundesverfassungsgericht angerufen (Az: V A 915/76).
- 12 Vgl. etwa § 92 GemO Baden-Württemberg; § 109 HessGemO, § 77 GemO NRW; relativ großzügig Art. 75 bayGemO.
- 13 Vgl. etwa §§ 102 ff. GemO Baden-Württemberg; §§ 121 ff. HessGemO; §§ 88 ff. GemO NRW; restriktiver Art. 89 f. bayGemO.
- 14 Näher dazu unten § 10.
- 15 BVerfGE 12, 354 f.
- 16 BVerfGE 12, 354, 363 f.
- 17 BVerfGE 12, 205 f.
- 18 BVerfGE 12, 205, 262.
- 19 BVerfGE 31, 314, 325.
- 20 BVerfGE 31, 314, 327.
- 21 BVerfGE 12, 205, 259; 31, 314, 325.
- 22 BVerfGE 22, 180 f.
- 23 BVerfGE 22, 180, 204.
- 24 BVerfGE 22, 180, 201/202.
- 25 BVerwGE 39, 329 f.
- 26 BGH DÖV 1974, 785; als Ausnahmefall siehe BGH DVBl 1965, 362.
- 27 BGH DVBl 1970, 145; BVerwG VwRspr 17 Nr. 88.
- 28 BGH GewArch 1978, 37. Für weitgehende Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigung WILKE-SCHACHEL WiVerw 1978, 103 ff.
- 29 Vom 11. 6. 1976, 5 Sa 81/76 (Leitsatz bei SCHEURING-LANGE, Bd. I, S. 232.1; vom 30. 8. 1976, 3 Sa 290/76 (Leitsatz bei SCHEURING-LANGE, Bd. I, S. 232.2); vom 8. 9. 1976, 2 Sa 410/76 (Leitsatz bei SCHEURING-LANGE, Bd. I, S. 232.1 - inzwischen vom BAG aufgehoben); vom 20. 1. 1977, 4 Sa 576/76.
- 30 Vom 26. 5. 1976, 2b Ca 442/76 und vom 10. 8. 1976, 3b Ca 1046/76 (Leitsätze jeweils bei SCHEURING-LANGE, Bd. I, 232.2).
- 31 Vom 24. 6. 1976, 5 Ca 265/76 N.
- 32 Vom 15. 4. 1976, 1 Ca 54/76, teilweise wiedergegeben in: DB 1977, 452.
- 33 Siehe die oben zitierten Entscheidungen des LAG Schleswig-Holstein.
- 34 So etwa LAG Schleswig-Holstein vom 11. 6. 1976, 5 Sa 81/76; ArbG Lübeck vom

26. 5. 1976, 2b Ca 442/76; anders jedoch LAG Schleswig-Holstein vom 20. 1. 1977, 4 Sa 576/76. Eine Abfindung nach dem Rationalisierungsschutzabkommen war im Fall des ArbG Münster (vom 15. 4. 1976, 1 Ca 54/76) vom Arbeitgeber bereits gezahlt worden.
- 35 Vom 28. 4. 1975, 10 Sa 1652/74.
- 36 Vom 23. 8. 1976, 7 Sa 871/76, veröffentlicht in DuR 1977, 334 mit Anm. FANGMANN.
- 37 So insbesondere LAG Düsseldorf a. a. O.
- 38 So LAG Düsseldorf und LAG Niedersachsen.
- 39 BAG AuR 1979, 124 = DB 1978, 1955.
- 40 BAG AuR 1979, 125 = DB 1978, 1956.
- 41 So auch FANGMANN AuR 1979, 126.
- 42 Soziale Ordnung, S. 102 ff.
- 43 Siehe etwa BULL, Staatsaufgaben, S. 422 ff. sowie die im folgenden zitierten Autoren. Kritisch zur VW-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts HERBERT KRÜGER, Staatslehre, S. 610 (jedoch ohne allgemeine Aussage zur Privatisierungsproblematik).
- 44 JURGEN GRABBE, Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979.
- 45 REUSS, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Bd. III/1, S. 128 f., bestätigt in: DVBl 1976, 930.
- 46 OSSENBUHL VVdStRL 29, 174.
- 47 VON MUTIUS JuS 1976, 657.
- 48 Vgl. etwa SCHOLZ DÖV 1976, 442.
- 49 Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I, S. 543.
- 50 STEINER, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 273 f.; ähnlich BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 251.
- 51 So insbesondere TIEMANN BayVBl 1976, 265.
- 52 TIEMANN bayVBl 1976, 265; ähnlich DITTMANN DVerw 1975, 451; STEINER S. 281 f.
- 53 GALLWAS VVdStRL 29, 221 f.; zustimmend TIEMANN, Staat 1977, 186.
- 54 OSSENBUHL VVdStRL 29, 189; STEINER S. 284.
- 55 Dafür etwa WOLFF-BACHOF, Bd. II, § 104 IV d; dagegen RUPP, Privateigentum an Staatsfunktionen? S. 33.
- 56 FANGMANN DuR 1977, 336 f. und AuR 1979, 126 f.; FROHNER BfStR 1978, 257 f. DAUBLER, Das Arbeitsrecht 2, S. 449.
- 57 Sieben oben Fn 44.
- 58 Näher dazu DAUBLER, Kursbuch 56 (1979), S. 111 f.; zur Gegenposition vgl. ERD Verrechtlichte Gewerkschaftspolitik. Bedingungen ihrer Entwicklung und Veränderung, in: BERGMANN (Hrsg.), Beiträge zur Soziologie der Gewerkschaften, Frankfurt/M. 1979, S. 143 f. Interessante Ansätze finden sich bei SCHNAPP, Rechtstheorie 9 (1978), S. 275 ff., der insbes. den angeblichen qualitativen Unterschied zwischen verwaltungsinternen Vorschriften und Normen mit Außenwirkung in Frage stellt (S. 295) – ein wichtiger Schritt in Richtung auf eine stärkere Verrechtlichung der Staatsorganisation.

Anmerkungen zu § 4

- 1 HERBERT KRÜGER, Staatslehre, S. 767 f.
- 2 Vgl. etwa TIEMANN BayVBl 1976, 263: »Das positive Recht kennt sowohl öffentliche Aufgaben und Funktionen, die das Gemeinwesen selbst erfüllen bzw. ausüben muß und nicht übertragen darf, als auch solche, mit denen sich zu befassen dem Gemeinwesen strikt verboten ist.« Ebenso DERS., in: Staat 1977, 185. Von einem Kernbereich »staatspezifischer« Aufgaben spricht auch HERSCHEL, Festschrift NIPPERDEY, S. 231. Weitere Nachweise bei BULL, Staatsaufgaben, S. 99 f. Vgl. weiter MERK, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 72.
- 3 Dazu ESSER, Einführung, S. 151 f.
- 4 Zur These, daß die Kündigung des Arbeitgebers (anders als die des Vermieters) ein Mittel der Selbsthilfe darstellt, weil der Arbeitnehmer zunächst einmal den Betrieb verlassen muß, siehe näher DAUBLER, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 2. Aufl., Neuwied und Darmstadt 1980, S. 236 f.
- 5 Vgl. Verhandlungen des 51. DJT, Gutachten D, erstattet von NAUCKE, und Gutachten E, erstattet von DEUTSCH, München 1976.
- 6 Dazu oben § 2; 3.
- 7 Siehe die Kritik von BACHOF (Grundrechte, Bd. III/1, S. 181 f., 189 f.). Zu dem Versuch, die »freiheitliche demokratische Grundordnung« zu einem derartigen Superverfassungsrecht auszubauen, siehe PREUSS, Legalität und Pluralismus, Frankfurt/M. 1973, S. 17 f.
- 8 So mit Nachdruck QUARITSCH, 48. DJT, S. O 45 f., 50 f.
- 9 Für die Bestimmung der Staatsaufgaben ausschließlich auf der Ebene des bestehenden (Verfassungs-) Rechts auch die herrschende Meinung; siehe statt aller BROHM, Strukturen, S. 214; BULL, Staatsaufgaben, S. 105; PUTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 202; REUSS DVBl 1976, 928.
- 10 § 4; I.4.
- 11 Zum Kompromißcharakter des Grundgesetzes siehe DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 149 f., 162 f. mwN. Zum Streit um die Tragweite der antifaschistischen Komponente des Grundgesetzes siehe STUBY DuR 1976, 143 f. einerseits und BORCHERS-GEIL u. a. DuR 1976, 153 f. andererseits.
- 12 BVerfGE 4, 7, 17; 7, 377, 400; ständige Rechtsprechung.
- 13 So die Formulierung bei HESSE, Grundzüge, S. 12.
- 14 ABENDROTH, Grundgesetz, S. 66.
- 15 So aber die Interpretation durch HERBERT KRÜGER (Der Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes vom 29. 1. 1971 und das Grundgesetz, Hamburg 1971) S. 18 f., 65 f. und LEISNER JZ 1975, 274 f.
- 16 Siehe den Überblick über Versuche der Grundrechtsinterpretation bei BÖCKENFÖRDE NJW 1974, 1529 f.
- 17 Siehe die Übersicht über die Diskussion zu Art. 14 und 15 bei DOPATKA, in: GERD WINTER (Hrsg.), Sozialisierung von Unternehmen. Bedingungen und Begründungen, Frankfurt/M./Köln 1976, S. 155 f.
- 18 S. 69.

- 19 Vgl. HELMUT DAUBLER, Die Funktionsnachfolge – ein neuartiger Rechtsbegriff, NJW 1954, 5 ff.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 134 Rn 1–9.
- 20 Dazu eingehend PFARR, Auslegungstheorie und Auslegungspraxis im Zivil- und Arbeitsrecht der DDR, Berlin 1972, S. 90 f.
- 21 Zitiert nach BVerfGE 24, 367, 369.
- 22 Die rechtliche Zulässigkeit bestätigte BVerfGE 24, 367, 390.
- 23 Vgl. § 63 Abs. 3 BHO. Ähnlich für die Veräußerung von VW-Aktien BVerfGE 12, 354, 364 f.
- 24 BVerfGE 12, 354, 363. Ähnlich auch PUTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 255. Kritisch jedoch GRABBE S. 68.
- 25 KONRAD DöW 1968, 41–44.
- 26 Wirtschaftswoche Nr. 32 vom 1. 8. 1975.
- 27 Dazu DAUBLER u. a., Eigentum und Recht, S. 239 mit Fn 526.
- 28 Dazu insbesondere H.H. KLEIN, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart u. a. 1968.
- 29 Dazu BADURA, Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- 30 REUSS, in: Grundrechte Bd. III/1, S. 128 f.
- 31 REUSS DVBl 1976, 930.
- 32 REUSS, in: Grundrechte, Bd. III/1, S. 130.
- 33 Siehe die Nachweise bei OSSENBUHL VVdStRL 29, 162 Fn 109.
- 34 BVerfGE 12, 205, 244 f.
- 35 BROHM, Strukturen, S. 215; GRABBE S. 55; HUBER, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 540; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Art. 84 Rn 23; VON MUTIUS JuS 1976, 655; OSSENBUHL VVdStRL 29, 163; PUTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 137; der Sache nach auch BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 251; zurückhaltend EKKEHARD STEIN, Wirtschaftsaufsicht, S. 259; Arendt DV 1949, 147.
- 36 So insbesondere OSSENBUHL VVdStRL 29, 163.
- 37 DVerw 1974, 435.
- 38 Kritisch auch BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 339; STEINER S. 258 Fn 92.
- 39 Siehe die Nachweise bei DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 150 f.
- 40 BÜCKENFÖRDE, Organisationsgewalt, S. 86.
- 41 STEINER S. 256.
- 42 Vgl. STEINER S. 256.
- 43 STEINER S. 258.
- 44 BROHM, Strukturen, S. 215; DITTMANN DVerw 1975, 443; GRABBE S. 54; HERBERG KRÜGER, Staatslehre, S. 318; LEISNER DVBl 1978, 333; VON MUTIUS JuS 1976, 655; OSSENBUHL VVdStRL 29, 161; STEINER S. 260 f. Gegen jede Privatisierung hoheitlicher Befugnisse HERMANI ArbGeb 1976, 129; PUTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 138; ähnlich Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 14. Zurückhaltend MERK, in: HANUSCH (Hrsg.), S. 76.
- 45 Vgl. ISENSEE, Beamtenstreik, S. 84 f.; SCHICK, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Bd. v, Baden-Baden 1973, S. 192 f.
- 46 Vgl. BENZ, Beamtenverhältnis und Arbeitsverhältnis, Stuttgart 1969. Im übrigen

zu beachten, daß es allein im Ermessen des Gesetzgebers liegt, ob er das öffentlich-rechtliche Dienst- und Treueverhältnis nach dem Vorbild des traditionellen Beamtenrechts ausgestaltet, oder ob er sich mehr an arbeitsrechtlichen Vorstellungen orientiert.

- 47 Etwas anders LEISNER DVBl 1978, 733 f., der den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG auf alle »wesentlichen Staatsaufgaben« ohne Rücksicht auf die Form ihrer Erfüllung erstreckt. Damit sind der »eigentliche Hoheitsbereich« wie Gerichtsbarkeit, Polizei, Besteuerung, Landesverteidigung, aber auch existentiell notwendige öffentliche Dienstleistungen, die von Privaten nicht erbracht werden können, von jeder Privatisierung ausgenommen, der große »Restbereich« steht ihr nach Leisner jedoch offen. Bedauerlich ist, daß der Verfasser keinen Versuch unternimmt, seine sehr weitgehenden Auffassungen zum Verbot einer »Privatisierung« staatlicher Entscheidungen durch Mitbestimmung (LEISNER, Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bad Godesberg 1971) mit seiner hier geäußerten »Großzügigkeit« gegenüber Privateinflüssen zu vergleichen.

Anmerkungen zu § 5

- 1 Vgl. etwa KRIELE VVdStRL 29, 60, 82.
- 2 MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 20 Rn 49 ff. Beispiel: Ministerialrat X wird vom Bundespräsidenten ernannt, der seinerseits durch die Bundesversammlung gewählt wurde, die sich ihrerseits aus den vom Volk gewählten Bundestagsabgeordneten und aus Vertretern der gleichfalls vom Volk gewählten Landtage zusammensetzt. Daß »Legitimation« nicht mit faktischer Einflußnahme gleichzusetzen ist, liegt allerdings auf der Hand.
- 3 Dazu etwa SCHNAPP, in: v. MUNCH (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 20 Rn 15 mwN.
- 4 Ähnlich STEINER S. 269.
- 5 Zu den Grenzen der Hierarchie s. etwa DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 71 ff. mwN.
- 6 Überblick über den Diskussionsstand bei WOLFF-BACHOF, Bd. III, § 138 III b.
- 6a Ähnlich auch die Diskussion zur Mitbestimmung in kommunalen Unternehmen – vgl. OLG Bremen NJW 1977, 1152, 1156 mwN.
- 7 Zutreffend insoweit LEISNER, Effizienz, S. 38 ff., 56 ff.
- 8 Für ein instrumentelles Rechtsstaatsverständnis bei der Realisierung des Sozialstaats im Prinzip auch IPSEN VVdStRL 10, 74; REDEKER DVBl 1971, 369.
- 9 Vgl. BANSCH S. 93; OSSENBUHL VVdStRL 29, 159; STEINER S. 257.
- 10 S. etwa BVerfGE 9, 268 und BVerwGE 34, 52, 59.
- 11 § 4; 3. und 4.
- 12 HUBER, Band I, S. 545; OSSENBUHL VVdStRL 29, 193; TIEMANN BayVBl 1976, 267.
- 13 REUSS DVBl 1976, 931; TIEMANN BayVBl 1976, 267.
- 14 BANSCH S. 112 ff., 123; WERNER WEBER, Staats- und Selbstverwaltung, S. 95 ff. Vgl. weiter HESSE, Grundzüge, S. 81.
- 15 Vgl. BVerwGE 47, 330, 353, wonach die mangelnde Gewähr der Verfassungstreue

- die Annahme rechtfertigt, der Bewerber werde bei seiner Amtsführung das Differenzierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG nicht beachten. Zur Kritik s. DAUBLER, RiA 1977, 181 ff.
- 16 BANSCH S. 112 ff., 123.
- 17 BVerfGE 10, 312, 325.
- 18 Dazu BANSCH S. 117 ff. mwN. Das kurze Obiter dictum des Bundesverfassungsgerichts in der Feldmühleentscheidung kann jedoch entgegen Bansch nicht als generelle Zulassung der Privatenteignung gewertet werden (BVerfG DVBl 1962, 637).
- 18a Das »Gesamtinteresse« kann allerdings immer nur innerhalb des oben (§ 2; 4) skizzierten Rahmens bestimmt werden, nimmt also von vorne herein das Interesse an Kapitalverwertung als unbefragte Voraussetzung in sich auf und modifiziert diese nur u. a. im Hinblick auf Bürger- und Arbeitnehmerinteressen.
- 19 Oben § 1; 2.2.
- 20 HOFFMANN-RIEM ZRP 1977, 277; KUHLMANN ZRP 1977, 298.
- 21 Zur begrifflichen Abgrenzung s. oben § 1 III.
- 22 Dazu oben 1. a. E.
- 23 Zur staatlichen Auftragsvergabe s. im einzelnen PIETZCKER, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, Tübingen 1978.
- 24 Dazu oben § 4; 3., 4., § 5., 1.
- 25 STEINER S. 271, 273.
- 26 OSSENBUHL VVdStRL 29, 160.
- 27 BVerfGE 7, 268, 281 ff.
- 28 BVerfGE 22, 106, 113.
- 29 S. etwa die Angaben bei PÜTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 107.
- 30 THIEMEYER, Wirtschaftslehre, S. 60 ff.; 83 ff.
- 31 PÜTTNER, Öffentliche Unternehmen, S. 89 ff.
- 32 Dazu näher CHALOUPEK Forum DS Heft 2/1976 S. 175 ff.; HAAS-SWOBODA, in: GRAUHAN-HICKEL, S. 194 ff.
- 33 Auf den Steuerungsaspekt stellt auch HERBERT KRÜGER (Staatslehre, S. 610 Fn 128) in seiner Kritik an der VW-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ab.
- 34 Auch das Bundesverfassungsgericht spricht von der »selbstverständlichen Verpflichtung« der öffentlichen Hand, bei einer Veräußerung von Vermögensteilen einen angemessenen Preis zu erzielen (BVerfGE 12, 354, 364).
- 35 Oben 2.2.
- 36 BANSCH S. 135 ff.
- 37 Zur Grundrechtsbindung s. etwa DAUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, S. 70 ff.
- 38 BVerfGE 12, 205, 259.
- 39 Grundlegend ISENSEE, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht, Berlin 1968 S. 106 ff.
- 40 Vgl. MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 28 Rn 1; ROTERS, in: v. MÜNCH (Hrsg.) Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Rn 6.
- 41 BVerfGE 10, 59, 83.
- 42 BVerfGE 22, 180.

- 43 BVerwGE 23, 304, 306 ff.; 39, 329, 338.
- 44 HessVGH NJW 1977, 454.
- 45 Vgl. etwa die Nachweise bei HERZOG, Ev. Staatslexikon, 2591-2597; WOLFF-BACHOF, Band III, § 138 II a.
- 46 Vgl. auch Art. 72 GG, der dem Bund im Grunde einen Blankoscheck ausstellt.
- 47 Erneut bestätigt in BVerfGE 50, 290, 338.
- 48 LEISNER, Effizienz, S. 44 ff.
- 49 WOLFF-BACHOF, Band III, § 138 V mwN.
- 50 Beispiel: Beamter auf Seeschiff.
- 51 S. etwa das Wäscherei-Beispiel bei KLUNCKER, ÖTV, Heft 1, S. 18, in konkreten Zahlen: Gewerbliche Wäschereien verlangen pro kg gewaschener Wäsche zwischen 1,90 DM und 2,10 DM. Bei kleinen Krankenhäusern, deren jährlicher Wäscheanfall unter 200 000 kg liegt, belaufen sich die Selbstkosten auf 2,40 DM pro kg; bei größeren Krankenhäusern mit 200 000 bis 500 000 kg liegen die Kosten nur noch bei 1,45 DM, bei 1 Million kg gar nur bei 1,29 DM. Die Privatisierung der Wäschereien in kleinen Krankenhäusern scheidet aus, da eine isolierte Betrachtung die längerfristigen Möglichkeiten der öffentlichen Hand außer acht läßt. Gleiche Qualität der Leistung einmal unterstellt – was eine durchaus »privatisierungsfreundliche« Annahme ist – wäre eine Privatisierung nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn feststeht, daß auch durch eine längerfristige Umorganisation, d. h. durch eine bessere Zusammenfassung der kleinen Wäschereien keine erhebliche Senkung der Stückkosten möglich ist. Dies ist mit Rücksicht auf die großen Wäschereien denkbar unwahrscheinlich.
- 52 BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 251; E. R. HUBER, Band I, S. 544; OSSENBUHL VVdStRL 29, 160; STEINER S. 272 ff. Aus diesem Grund hält DAGTOGLOU (Der Private in der Verwaltung, S. 155) die Einrichtung des Bundespersonalausschusses für verfassungswidrig. Vgl. weiter TIEMANN BayVBl 1976, 266 und FROTZ DB 1977, 1664.
- 53 OVG Rheinland-Pfalz DÖV 1966, 283.
- 54 STEINER S. 277 sowie BVerwG DVBl 1970, 738, das die Nichtüberprüfung der Sachkunde und Zuverlässigkeit als Indiz dafür ansah, daß keine Beleihung vorlag.
- 55 STEINER S. 278/279 unter Bezugnahme auf BVerwGE 2, 349, 353.
- 56 Dazu unten § 9; 1.1.
- 57 So insbes. OSSENBUHL VVdStRL 29, 160. Dem trägt § 24 Abs. 3 des schleswig-holsteinischen Verwaltungsverfahrensgesetzes nicht ausreichend Rechnung, doch ist zu beachten, daß mit Rücksicht auf die in § 24 Abs. 2 des Gesetzes genannten Voraussetzungen nur relativ entscheidungsarme Bereiche für eine Privatisierung in Betracht kommen dürften.
- 58 Richtig bezieht STEINER (S. 277 Fn 117) auch den unselbständigen Verwaltungshelfer mit ein.
- 59 Dazu oben § 1; 2.2.
- 60 Zumind. ist eine staatliche oder kommunale Genehmigung erforderlich. S. als Beispiel § 39 PBefG.
- 61 S. den Fall BGHZ 52, 325 ff.

- 62 Vgl. STEINER S. 284; GALLWAS VVdStRL 29, 221.
 63 BGHZ 25, 266, 269.
 64 BGHZ 25, 266, 269.
 65 BGHZ 40, 355.
 66 Kritisch zu der Entscheidung BADURA DÖV 1964, 540; BENDER NJW 1965, 1297; HAMANN-LENZ Art. 14 Anm. B 5 b; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 14 Rn 57; zustimmend dagegen FORSTHOFF, Lehrbuch, § 27 B (S. 544).
 67 PALANDT-PUTZO, Vorbem. 4 e vor § 504 BGB mwN.
 68 BVerwGE I, 303, 304; BVerwG DVBl 1970, 736; BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 251; BÜCKENFÖRDE, Organisationsgewalt, S. 96 ff.; OSSENBUHL VVdStRL 29, 169; WOLFF-BACHOF, Band II, § 104 II a.
 69 OSSENBUHL VVdStRL 29, 171 ff.
 70 OSSENBUHL VVdStRL 29, 173. Einen etwas anderen Ansatz wählt das OVG Rheinland-Pfalz (DÖV 1966, 283), wenn es ausführt: »Jede Verlagerung öffentlicher Aufgaben auf Behörden außerhalb der staatlichen Leitungsgewalt durchläßt zugleich die parlamentarische Verantwortlichkeit und Kontrollmöglichkeit, weil diese nur soweit reichen kann, wie die Leitungs- und Weisungsrechte der obersten Exekutivbehörden gegenüber den ihnen nachgeordneten Behörden.« Aus dem Verlust staatlicher Leitungsmacht folge, daß die Aufgabenübertragung nicht durch Organisationsakt, sondern durch Gesetz erfolgen müsse. Auch diese Erwägung kann unterstützend herangezogen werden.
 71 OSSENBUHL VVdStRL 29, 174 mit Fn 163.
 72 So im Sachverhalt LAG Düsseldorf, Urteil vom 28. 4. 1975, 7 Sa 1652/74.
 73 Dazu unten § 9 mit Fn 75.
 74 Vgl. WOLFF-BACHOF, Band II, § 84 IV b I mwN (zum kommunalen Bereich, doch können hier keine anderen Grundsätze gelten).

Anmerkungen zu § 6

- 1 Vgl. VON MUTIUS JuS 1976, 652 ff.
 2 Siehe oben § 1; 2.1.
 3 Vgl. statt aller MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 28 Rn 53; VON UNRUH, in: VON MÜNCH (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, S. 108 ff. jeweils mwN.
 4 Vgl. jedoch GRABBE S. 79 ff.; v. MUTIUS JuS 1976, 657.
 5 STERN-PUTTNER, S. 154; VITZTHUM AÖR 104 (1979), 626.
 6 Näher dazu unten § 7.
 7 BVerwGE 6, 19, 25; 6, 342, 345.
 8 BwStGH DÖV 1975, 58, 60; SIEDENTOPF DVBl 1975, 13; SCHOLZ, Einrichtungen S. 55; STERN, Bonner Kommentar, Art. 28 Rn 123.
 9 BVerfGE 7, 358, 364; st. Rspr.
 10 Siehe etwa ROTERS, in: VON MÜNCH (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 28 Rn 38, 42, 58.
 11 Vgl. ROTERS, a. a. O., Rn 46.

- 12 Vgl. etwa PAPPERMANN DÖV 1975, 181.
 13 DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 140-149.
 13a Ähnlich VITZTHUM AÖR 104 (1979), 605.
 14 Vgl. etwa KÖTTGEN, Gemeinde- und Bundesgesetzgeber, S. 51; SCHOLZ DÖV 1976, 444; bayVerfGH DÖV 1958, 216; VITZTHUM AÖR 104 (1979), 604, 627.
 15 GRABBE S. 155 mwN.
 16 GRABBE S. 165.
 17 GRABBE S. 167 ff.
 18 KÖTTGEN VVdStRL 16, 190; OSSENBUHL, Verwaltungsvorschriften, S. 224.
 19 § 5; 6.
 20 Oben § 5; 1.-5.
 21 So etwa § 44 Abs. 2 Satz 1 bwGemO.
 22 So etwa § 28 Abs. 3 nwGemO und Art. 37 Abs. 1 Ziff. 1 bayGemO.
 23 KUNZE-BRONNER-REHM § 44 Anm. II 4.
 24 So etwa Art. 43 bayGemO, § 24 Abs. 2 bwGemO.
 25 RG JW 1925, 1614.
 26 § 5; 6.
 27 Beispiele aus dem Landesrecht von NRW bei VON LOEBELL § 3 Anm. 8.
 28 Wie weit die Weisungsbefugnis geht, entscheidet der Gesetzgeber - vgl. etwa § 2 Abs. 2 und 3 bwGemO.
 29 So etwa Art. 75 Abs. 3 bayGemO: »Die Versenkung und die unentgeltliche Überlassung von Gemeindevermögen sind unzulässig.«
 30 Vgl. VON LOEBELL § 77 Anm. 4 sowie Art. 75 Abs. 5 a bayGemO für die Veräußerung »unter Wert«.
 31 Art. 75 Abs. 1 bayGemO, § 92 Abs. 1 bwGemO, § 77 Abs. 1 nwGemO.
 32 SCHEEL-STEUP § 77 Anm. 1.
 33 VON LOEBELL § 77 Anm. 2.
 34 BGHZ 47, 30, 40 ff.
 35 BGHZ 47, 30 ff. mwN.
 36 Siehe als Beispiel § 62 Abs. 1 Satz 1 nwGemO: »Die Gemeinde hat ihre Haushaltswirtschaft so zu planen und zu führen, daß die stetige Erfüllung ihrer Aufgaben gesichert ist.«
 37 Siehe als Beispiel Art. 62 Abs. 2 bayGemO: »Sie hat die zur Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Einnahmen 1. soweit vertretbar und geboten aus speziellen Entgelten für die von ihr erbrachten Leistungen, 2. im übrigen aus Steuern zu beschaffen, soweit die sonstigen Einnahmen nicht ausreichen.« Ebenso § 63 Abs. 2 nwGemO.
 38 Zur Kontrolle durch die öffentliche Hand siehe oben § 5; 4.

Anmerkungen zu § 7

- Zu diesen Forderungen oben § 2; 2.1.
 Vgl. etwa § 7 Abs. 1 bwLHO vom 19. 10. 1971 (GBl. S. 428).

- 3 KAREHNKE DVBl 1970, 949.
- 4 Siehe etwa SUSANNE TIEMANN S. 61 ff.; WOLFF-BACHOF, III, § 164 II a 4: Andernfalls wäre die dort genannte Möglichkeit, die Kommunalaufsicht eingreifen zu lassen, nicht gegeben.
- 5 Siehe den eingehenden Überblick bei BUCH S. 3 ff.
- 6 Bei MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 114 Rn 19 wird »Wirtschaftlichkeit« mit »wirtschaftlich und sparsam verfahren« im Sinne des § 90 Ziff. 3 und 4 BHO mehr oder weniger gleichgestellt.
- 7 Das so verstandene Prinzip der praktischen Konkordanz (grundlegend dazu HESSE, Grundzüge, S. 28 ff.) führt nicht zu einer Auflösung der Normativität der Verfassung in einen »Nebel« universeller Güterabwägung, sondern vermeidet Widersprüche zwischen einzelnen Teilen der Verfassung. Die Kritik RIDDERS (Die soziale Ordnung, S. 13 ff., 68 ff.) nimmt den Mißbrauch für die Sache selbst.
- 8 Ähnlich MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 114 Rn 19: Programmatische politische Entscheidungen sind nicht auf ihre Wirtschaftlichkeit hin zu überprüfen.
- 9 MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 114 Rn 19.
- 10 Dazu schon oben § 5; 3.2.
- 11 Siehe etwa SCHEUNER, Festschrift HANS SCHÄFER, S. 109 ff., wonach in Art. 109 Abs. 2 GG die staatliche Verantwortung für das gesamtwirtschaftliche Geschehen zum Ausdruck kommt.
- 12 Mitgeteilt bei MEYER ZU DREWER/GUTH DÖV 1976, 405.
- 13 Für eine volkswirtschaftliche (statt einer betriebswirtschaftlichen) Betrachtungsweise auch KAREHNKE DVBl 1970, 950; KRUGER-SPITTA/BRONK S. 109 ff.; SUSANNE TIEMANN S. 133. In ähnliche Richtung auch DEPIÉREUX (S. 30), der für eine Mitberücksichtigung nicht-finanzieller Gesichtspunkte plädiert. Auch in der Privatisierungsdiskussion werden die gesamtwirtschaftlichen Folgen zum Teil einbezogen, so etwa vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesfinanzministerium (Bulletin der Bundesregierung 1975, 1007) und von HERMANI ArbGeb 1976, 129.
- 14 Dazu insbesondere BULL, Staatsaufgaben, insbes. S. 99 ff.
- 15 Erneut bekräftigt in BVerfGE 50, 290, 336 ff. (Mitbestimmungsentscheidung).
- 16 Zur wirtschaftsverfassungsrechtlichen Offenheit des Grundgesetzes, die auch die Wahl einer anderen, auf Gemeineigentum aufbauenden Wirtschaft zuläßt, siehe zuletzt REICH, in: DAUBLER-KUSEL, S. 70 ff. sowie KUTSCHA S. 91 ff.
- 17 Zusammenfassend DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 29 mwN.
- 18 Zur sog. Eingliederungsleistung, die erneut erbracht werden muß, siehe DORN DORF, Freie Arbeitsplatzwahl und Recht am Arbeitsergebnis, Frankfurt/M. 1979, S. 11 ff.
- 19 Der Sozialbericht 1980 der Bundesregierung (BT-Drucksache 8/4327, S. 108) nennt als Durchschnittssatz für Arbeitslosengeld und Arbeitslosenhilfe DM 1300,— monatlich (= 15 600 DM jährlich).
- 20 Abzulehnen daher die Konstruktion fiktiver »Schattenpreise« bei KRUGER-SPITTA/BRONK S. 110.
- 21 Vgl. etwa FISCHER-MENSHAUSEN, in: VON MÜNCH (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Art. 114 Rn 18.

- 22 Vgl. etwa BVerfGE 7, 377, 405: »Nach der Gesamtauffassung des Grundgesetzes ist die freie menschliche Persönlichkeit der oberste Wert.«
- 23 BVerwG DOV 1970, 277, bestätigt in BVerwG DOV 1975, 94. Ähnlich VGH Mannheim NJW 1977, 1465 – zu dieser Entscheidung SIEVEKING DuR 1978, 307 ff. Eine zu weit gehende gerichtliche Kontrolle befürchtet VON HEYL DÖV 1975, 99 ff.
- 24 Zu diesem Begriff siehe oben § 5; 6.
- 25 Zum kommunalen Bereich siehe unten 2.
- 26 Oben 1.2.
- 27 PAGENKOPF Bd. II, S. 208.
- 28 Nachweise bei PAGENKOPF, Bd. II, S. 296 Fn 131.
- 29 Richtig OELGARTH DVBl 1970, 534. Vgl. weiter ELSNER DÖV 1968, 520.
- 30 Nachweise bei PAGENKOPF, Bd. II, S. 209.
- 31 Dazu etwa BVerfGE 12, 205, 254 ff.
- 32 Vgl. jedoch HERBERT KRÜGER, Staatslehre, S. 877, der ein Analogon zur Bundes-treue konstruiert.
- 33 BVerfGE 23, 353, 371: »Das Wesen der gemeindlichen Finanzhoheit besteht also nicht darin, daß die Gemeinde frei schalten kann, sondern daß sie verantwortlich disponiert und bei ihren Maßnahmen auch ihre Stellung innerhalb der Selbstverwaltung des modernen Verwaltungsstaats und die sich daraus ergebende Notwendigkeit des Finanzausgleichs in Betracht zieht.« Zur Pflicht des Staates, sich seinerseits »gemeindefreundlich« zu verhalten, siehe MACHER, Der Grundsatz des gemeindefreundlichen Verhaltens. Zur Aktualisierung der Garantie der kommunalen Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG), Berlin 1971, S. 132 ff., der jedoch dem hier zugrunde gelegten Begriff des »staatsfreundlichen« Verhaltens der Gemeinden durchaus skeptisch gegenübersteht (a. a. O., S. 140 ff.).
- 34 BVerwG DVBl 1971, 322 ff.; BVerwG DVBl 1973, 34 ff.
- 35 Siehe BVerfGE 23, 353, 371 (oben Fn 33).
- 36 Siehe oben Fn 23.
- 37 Dazu insbesondere VGH Mannheim NJW 1977, 1465 ff.
- 38 S. weiter BGHZ 47, 30, 38 ff.: Verbot, öffentliches Vermögen zu verschenken, folgt aus dem rechtsstaatlichen Willkürverbot.

Anmerkungen zu § 8

- 1 Oben § 1; 2.2.
- 2 Dies versteht sich als generelle Tendenz, die *im Einzelfall* nicht immer deutlich werden muß. Auf die Gefahr, daß im Nahverkehr kein flächendeckendes Angebot mehr erfolgt, weist der Deutsche Städtetag (Privatisierung, S. 26) hin.
- 3 BVerfGE 4, 96, 102; 19, 303, 319.
- 4 BVerfGE 25, 236, 255.
- 5 OLG Köln NJW 1976, 295; VON MÜNCH, Rechtsgutachten zur Frage eines Streikrechts der Beamten, Hilden 1970, S. 46 ff.

- 6 BVerfGE 25, 236, 255.
6a BVerfGE 36, 73, 84.
6b BVerfGE 39, 302, 314.
7 Die Instrumentalisierung des Sozialstaatsprinzips als Waffe gegen den Streik folgt einer verbreiteten Tendenz, Arbeitnehmerrechte gegen die Arbeitnehmer selbst zu kehren: So muß das Recht auf Arbeit für eine Einschränkung des Streikrechts erhalten (vgl. ZACHER, Zeitschrift für Sozialreform 1978, 139), Vertrauensleuteabkommen sollen angeblich gegen die in Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Unabhängigkeit der Gewerkschaften verstoßen (BULLA BB 1975, 889) und der paritätischen Mitbestimmung wird das traditionelle Arbeitnehmer-Kampfrecht der Koalitionsfreiheit entgegengehalten (ZÖLLNER-SEITER ZfA 1970, 97 ff.).
8 HESSE, Grundzüge, S. 87. Zum sozialen Mindeststandard im hier interessierenden Zusammenhang GRABBE, S. 60 ff.
9 Ähnlich VON MUTIUS JuS 1976, 652 ff.
10 BGHZ 52, 325 ff. Mit Recht stellen deshalb auch OSSENBUHL (VVDStRL 29, 164) und TIEMANN (BayVBl 1976, 265) von vornherein nur die Frage nach unzulässigen Grundrechtseingriffen und nach einem Wegfall von Leistungsrechten.
11 BVerfGE 1, 97, 104.
12 Dazu etwa FRANZ NEUMANN, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: ders., Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt/M. 1967, S. 37 ff.
13 Näher zu den Staatsaufgaben und den um sie geführten sozialen Auseinandersetzungen oben § 2; 4.
14 Näher dazu DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 217 ff., 247 ff., 271 ff.
15 GROMÖLL, in: MAYER-STUBY (Hrsg.), Die Entstehung des Grundgesetzes, Köln 1976, S. 112 ff.
16 BVerfGE 33, 302, 332.
17 BVerfGE 33, 302.
18 BVerfGE 43, 292.
19 BVerfGE 33, 302, 331; kritisch dazu HEGE, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, S. 147 ff.
20 BVerfGE 39, 1, 42; 46, 160, 164.
21 Für einen aus der Verfassung abgeleiteten Anspruch auf Sozialhilfe schon BVerfGE 1, 159; ähnlich BVerfGE 40, 121, 133.
22 Vgl. GRABBE S. 76.
23 Siehe oben § 3 Fn 1.
24 Die damit verbundenen Demokratiedefizite sind am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts von ZWEIGERT-DIETRICH (in: DAUBLER-KUSEL [Hrsg.], S. 11 ff.) eindringlich dargelegt worden.
25 Siehe oben Fn 21.
25a Ebenso der Sache nach BVerfGE 40, 121, 133.
26 §§ 3-10 SGB-AT, wichtig etwa § 4 (Recht auf Zugang zur Sozialversicherung), § 7 (Recht auf Zuschuß für eine angemessene Wohnung), § 10 (Eingliederung Behinderteter).

- 27 So ausdrücklich § 2 Abs. 2 SGB-AT: »Die nachfolgenden sozialen Rechte sind bei der Auslegung der Vorschriften dieses Gesetzbuches und bei der Ausübung von Ermessen zu beachten; dabei ist sicherzustellen, daß die sozialen Rechte möglichst weitgehend verwirklicht werden.«
28 BGHZ 52, 325, 328 ff.; anders bei fiskalischen Hilfsgeschäften BGH JZ 1962, 156. Übereinstimmend WILKE-SCHACHEL WiVerw 1978, 95 ff.
29 Zustimmend BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 241; OSSENBUHL VVDStRL 29, 192; WOLFF-BACHOF II § 104 III a 2; a. A. VON MUTIUS JuS 1976, 654.
30 BVerfGE 12, 205, 262.
31 Näher dazu BGHZ 52, 325 ff.
32 BVerfGE 35, 79, 137; 43, 242, 270; 47, 327, 417; vgl. auch RUPP VVDStRL 27, 113, 120.
33 BVerfGE 3, 58, 151 (allerdings bezogen auf gesetzgeberische Maßnahmen).
34 TIEMANN BayVBl 1976, 266.
35 Daß das Recht, die Träger der freien Jugendhilfe nicht in Anspruch zu nehmen (§ 5 Abs. 3 Satz 3), auf dem Papier steht, wenn die Jugendämter ihren gesetzlichen Auftrag zur Schaffung nicht-konfessioneller Träger nicht erfüllen (können), soll allerdings nicht unerwähnt bleiben.
36 TIEMANN BayVBl 1976, 266 Fn 58. Es handelt sich dabei um eine Konkretisierung des aus Art. 1 GG folgenden Selbstbestimmungsprinzips, das überall dort, wo eine gleichberechtigte individual- oder kollektivvertragliche Regelung ausscheidet, die Schaffung institutionalisierter Einflußrechte verlangt.
37 OSSENBUHL VVDStRL 29, 192. Vgl. weiter SCHOLLER-BROSS BayVBl 1978, 7.
38 Die Gleichstellung von Leistungsgrundrechten und kommunalen Benutzungsansprüchen bei VON MUTIUS (JuS 1976, 665) überzeugt nicht.
39 WOLFF-BACHOF II § 99 III b 5.
40 BGH DVBl 1970, 145.
41 Oben § 6.
42 Oben 2.2.
43 Was durch Änderung der Benutzungsordnung (bei öffentlich-rechtlicher Organisation) oder durch Änderung der Vertragsbedingungen (bei privatrechtlicher Organisationsform) erfolgen kann.
44 Zum Kostendeckungsprinzip s. WOLFF-BACHOF I § 42 II a fß mwN.
45 Vgl. etwa Försthoff, Verwaltungsrecht I, S. 339.
46 Beispiel: Müllabfuhr.
47 Für die Anwendung des Kostendeckungsprinzips auch FROTSCHER S. 30 ff., der zu Recht nicht auf die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform abstellt.
48 Zum Begriff des Finanzmonopols s. etwa BADURA, Verwaltungsmonopol, S. 220 ff. Die Beurteilung privater Tätigkeiten nach den Grundsätzen über das Finanzmonopol bedarf noch eingehender Untersuchung.
49 z. B. § 11 bwGemO.
50 WOLFF-BACHOF II § 99 IV d 2.
51 Vgl. OVG Berlin DVBl 1975, 732, wonach der Rektor einer Universität verpflicht-

ter ist, im Interesse der Gesundheit der Studenten für ein Rauchverbot in den Hörsälen zu sorgen.

52 Dazu oben § 5; 4-3.

Anmerkungen zu § 9

1 Oben § 1; 2.2.

2 Zu den Strategien der Personaleinsparung bei den Privatunternehmen s. oben § 1; 2.2.

3 In Betracht kommt auch Nichtigkeit nach § 138 BGB wegen sittenwidriger Förderung strafbarer Handlungen; vgl. PALANDT-HEINRICHS § 138 Anm. 1 f.

4 S. das Beispiel bei KLUNCKER, ÖTV, Heft 1, S. 17.

5 § 8 SGB IV.

6 § 1 Abs. 1 Ziff. 2 LFZG.

7 Ansätze bei ArbG Offenbach KJ 1978, 200. Zum Diskussionsstand s. DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 408.

8 § 8 SGB IV.

9 § 1 Abs. 1 Ziff. 2 LFZG (jedoch nur für Arbeiter).

10 Die Leistungen der Arbeitslosenversicherung enden grundsätzlich nach einem Jahr: BSG NJW 1978, 1125. Eine Ausnahme gilt nur für EG-Ausländer.

11 Oben Fn 7.

12 S. die Nachweise bei DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 177.

13 BVerfGE 4, 96, 102; 19, 303, 319.

14 Vgl. zur betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung SÖLLNER, S. 41.

15 So WANNAGAT, Lehrbuch des Sozialversicherungsrechts, Band I, Tübingen 1965, S. 223 ff.; zustimmend BLEY, Sozialrecht, 3. Aufl., Frankfurt/Main 1980, S. 41. Stark einschränkend allerdings BVerfGE 39, 302, 314.

16 Zur gesellschaftspolitischen Offenheit des Grundgesetzes s. DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 157 ff.; KUTSCHA S. 94 ff. mwN.

17 Nach BAG AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG 1952 stellt dies auch keinen Verstoß gegen die Friedenspflicht dar.

17a. S. die Fundstellen unten Fn 131.

18 Näher dazu DAUBLER, Arbeitsrecht 1, S. 69 ff. mwN.

19 HUECK-NIPPERDEY, II/1, S. 232 ff.

20 ZACHERT, AGAR, S. 114.

21 Dies gilt auch für den Aufsatz von BIRK AuR 1975, 312. Die folgenden Ausführungen konkretisieren das in: DAUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, Rn 197 Gesagtes.

22 Vgl. 380 US 263 (1965).

23 Dazu DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 498 sowie SIMITIS AuR 1975, 329 ff.

24 Dazu HERDING KJ 1970, 162 ff.; SIMITIS AuR 1975, 329 ff.

25 In der Praxis überwiegen allerdings bei weitem die Schlichtungsverfahren. Dazu HERDING KJ 1970, 162 ff. sowie KISSELJOW bei DAUBLER DuR 1980, 105.

26 In deutscher Übersetzung abgedruckt in: RdA 1978, 181 ff.

27 So § 38 Abs. 1, der den Arbeitgeber zur Verhandlung mit der Gewerkschaft verpflichtet, bevor er eine Arbeit an Dritte vergibt. Zum Gesetz insgesamt FOLKE SCHMIDT, Die Reform des kollektiven Arbeitsrechts in Schweden, Köln-Frankfurt/M. 1978.

28 NIKISCH, Bd. II, S. 345.

29 HUECK-NIPPERDEY, II/2, S. 334.

30 Zur Zulässigkeit der tariflichen Setzung von Daten für die Unternehmenspolitik s. BIEDENKOPF, 46. Deutscher Juristentag, S. 161 ff.

31 D. h. vom Bund, der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) oder der Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände (VKA).

32 Insoweit zutreffend BIRK AuR 1975, 312.

33 Zu dieser Praxis, s. oben § 1; 2.2.

34 DIETZ-RICHARDI, BPersVG, § 78 Rn 103 mwN.

35 § 70 Abs. 1 Ziff. 2 badwürt. PersVG i. d. F. vom 8. 7. 1975 (GBl S. 525); Art. 76 Abs. 2 bayPersVG vom 29. 4. 1974 (GVBl S. 157, 272); § 90 Ziff. 3, 4 berlPersVG vom 26. 7. 1974 (GVBl S. 1669); § 52 Abs. 1 BremPersVG; § 91 Abs. 1 Ziff. 2 i. V. m. § 83 Abs. 6 HambPersVG; § 66 Abs. 2 hessPersVG vom 23. 12. 1959 i. d. F. vom 19. 2. 1970 (GVBl S. 162); § 80 ndsPersVG i. d. F. vom 22. 3. 1972 (GVBl S. 145); § 73 nwPersVG vom 3. 12. 1974 (GVBl S. 1514); § 75 Abs. 1 i. V. m. § 65 Abs. 2 rhpPersVG i. d. F. vom 5. 3. 1971 (GVBl S. 94); § 83 Abs. 2 SaarlPersVG vom 9. 5. 1973 (ABl S. 289); § 73 Ziff. 4 schlholstPersVG vom 17. 1. 1974 (GVBl Nr. 2 S. 1 ff.).

36 So die Formulierung bei GROSSMANN-ROHR-MONCH, BremPersVG, S. XI.

37 Kritisch dazu EKK. STEIN AuR 1973, 225 ff.; Däubler AuR 1973, 233 ff.

38 S. GROSSMANN-ROHR-MONCH § 66 Rn 164, 180.

39 So die Abgrenzung bei DIETZ-RICHARDI, BPersVG, § 75 Rn 510.

40 Vgl. etwa die Privatisierung der Göttinger Müllabfuhr – dazu SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 15.

41 Allerdings bestr.; wie hier KUHN-SABOTTIG u. a. § 75 Rn 9; RIED § 75 Erl. zu Nr. 3 a. E.; widersprüchlich FISCHER-GOERES § 75 Rn 36, die das Mitbestimmungsrecht aufrechterhalten wollen, wenn der Arbeitnehmer seine Versetzung beantragte, es jedoch bei vertraglicher Einigung entfallen lassen wollen.

42 Zur Arbeitsvertragsfreiheit DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 56 ff. mwN.

43 GERMELMANN § 86 Rn 47.

44 § 65 Abs. 1 lit. d. PersVG.

45 § 89 Abs. 1 Ziff. 8 PersVG.

46 § 78 Abs. 2 Ziff. 4 PersVG.

47 § 72 Abs. 1 Ziff. 4 PersVG.

48 § 64 Abs. 1 Ziff. 2 PersVG.

49 § 66 Abs. 1 Ziff. 2-5 PersVG.

50 § 70 Abs. 1 und 4 PersVG.

51 Art. 75 Abs. 1 S. 1 Ziff. 6, Satz 2 PersVG.

52 § 72 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 i. V. m. § 65 Abs. 2 PersVG.

- 53 § 80 Abs. 1 lit. b Ziff. 4 i. V. m. § 80 Abs. 2.
 54 BVerfGE 9, 268 ff.
 55 Zu den Grenzen der Entscheidung DAUBLER AuR 1973, 238.
 56 Art. 77 PersVG.
 57 § 80 Abs. 1 lit. d. Ziff. 8 PersVG.
 58 § 67 PersVG.
 59 § 72 Abs. 3 PersVG.
 60 § 87 Ziff. 9 PersVG. Dazu GERMELMANN § 87 Rn 76, 77.
 61 § 52 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 65 Abs. 3 PersVG.
 62 § 89 Abs. 1 Ziff. 13 PersVG.
 63 § 78 Abs. 2 Ziff. 7 PersVG.
 64 § 72 Abs. 1 Ziff. 8 PersVG. Ebenso § 64 Abs. 1 Ziff. 2 lit. g hessPersVG.
 65 Vgl. etwa FITTING-AUFFARTH-KAISER § 102 Rn 25 b für die insoweit vergleichbare Mitbestimmung nach § 102 Abs. 6 BetrVG.
 66 Zu dieser Praxis s. oben § 1; 2.2.
 67 § 73 Ziff. 6 PersVG.
 68 So § 75 Abs. 3 Ziff. 13 BPersVG.
 69 Ebenso Art. 75 Abs. 3 Ziff. 12 bayPersVG; § 69 Abs. 3 Ziff. 10 bwPersVG; § 85 Abs. 1 Ziff. 9 berlPersVG; § 63 Abs. 1 lit. m BremPersVG; § 88 Abs. 1 Ziff. 15 hambPersVG; § 72 Abs. 3 Ziff. 14 nwPersVG; § 75 Abs. 2 Ziff. 14 ndsPersVG.
 70 Zum Begriff der Rationalisierungsmaßnahme vgl. DIETZ-RICHARDI, BPersVG, § 76 Rn 110; GRABENDORFF-WINDSCHEID-ILBERTZ § 75 Rn 193.
 71 Vom 29. 10. 1971, abgedruckt in GMBL 1972, 217.
 72 BAG AuR 1979, 125.
 73 LORENZEN-ECKSTEIN § 75 Rn 179.
 74 LORENZEN-ECKSTEIN § 75 Rn 179.
 75 BAG DB 1979, 1751: Auch bloßer Personalabbau kann eine Betriebsänderung nach § 111 BetrVG darstellen, wobei die Zahlenangaben in § 17 Abs. 1 KSchG als Richtschnur dienen können.
 76 Richtig vermerkt bei LORENZEN-ECKSTEIN § 75 Rn 179, während DIETZ-RICHARDI, BPersVG, § 75 Rn 449 (irrtümlich) den Eindruck erwecken, als habe der Sozialplan angesichts der vorhandenen tariflichen Regelungen gar keine Bedeutung mehr.
 77 GMBL 1972, 217 (Tarifverträge für Arbeiter); ebenso der Tarifvertrag für Angestellte, der auf den BAT verweist.
 78 Unten 5.
 79 DIETZ-RICHARDI, BetrVG, 5. Aufl., München 1973; FITTING-AUFFARTH-KAISER, BetrVG, 12. Aufl., München 1977; GNADE-KEHRMANN-SCHNEIDER, BetrVG, Köln 1972; KAMMANN-HESS-SCHLOCHAUER, BetrVG, Neuwied und Darmstadt 1979.
 80 Deutscher Städtetag, Privatisierung, S. 13 ff.
 81 BAG AuR 1979, 124 ff.
 82 FANGMANN AuR 1979, 126 ff.; FROHNER BfStR 1978, 258; DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 359 ff.; ablehnend jedoch GRABBE S. 132.
 83 Vgl. FITTING-AUFFARTH-KAISER § 1 Rn 18 mwN.

- 84 LAG Hamm BB 1977, 296.
 85 LAG Berlin BB 1978, 500.
 86 Ebenso FANGMANN AuR 1979, 128; FROHNER BfStR 1978, 258.
 87 Richtig FROHNER BfStR 1978, 258 re. Sp.
 88 RAG Bensch 2, 75; 5, 115; ähnlich HERSCHEL ZfA 1977, 223: Ohne sachliche Produktionsmittel ist ein Betrieb nicht vorstellbar.
 89 BAGE 1, 175, 178 = AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG 1952; BAGE 2, 91 = AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG 1952.
 90 Ebenso BAG DB 1976, 391.
 91 BAG DB 1976, 391.
 92 FANGMANN AuR 1979, 128; FROHNER BfStR 1978, 258.
 93 Zur Diskussion um die Begriffe »Betrieb« und »Unternehmen« s. DAUBLER, Arbeitsrecht 1, S. 196 f. mwN.
 94 Es reicht, daß es sich bei dem Betriebsteil um einen selbständigen wirtschaftlichen Wert handelt – so SEITER AR-Blattei, Stichwort: Betriebsinhaberwechsel, Abschnitt B IV 3 b. Weitere Nachweise bei FROHNER BfStR 1978, 258 Fn 27–33.
 95 Der Einwand FROHNER (BfStR 1978, 258), in solchen Fällen liege kein »Übergang«, sondern eine Teilstillegung mit anschließender »Neueröffnung« durch den Privaten vor, verkennt die Besonderheiten des Dienstleistungsbereichs und leistet zudem Umgehungsmanövern Vorschub. Ähnliche Vorstellungen wie die hier vertretenen wurden im übrigen nach dem 2. Weltkrieg unter dem Stichwort der Funktionsnachfolge entwickelt, wonach allein schon die Ausübung bestimmter staatlicher Aufgaben zur Haftung für Verbindlichkeiten des Reichs oder anderer öffentlicher Körperschaften führte. Näher dazu HELMUT DAUBLER NJW 1954, 5 ff.
 96 BAG BB 1978, 914.
 97 BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB.
 98 Zur Kündigung s. näher unten 4.
 99 Der Unternehmer handelt entweder im Rahmen seines Direktionsrechts oder kann eine betriebsbedingte (Änderungs-) Kündigung aussprechen.
 100 Zum abgeschwächten Bestandsschutz bei Zulagen s. DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 253 ff.
 101 BAG DB 1975, 695. Ähnlich FROHNER BfStR 1978, 259 re. Sp.; GAUL DB 1980, 103; als »noch kaum geklärt« bezeichnet die Frage HERSCHEL ZfA 1977, 228.
 102 Anders deshalb auch BIRK AuR 1975, 316; SEITER, AR-Blattei, Stichwort: Betriebsinhaberwechsel, Abschnitt B V 5 b bb.
 103 Art. 3 Abs. 2 der EG-Richtlinie vom 14. 2. 1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen (abgedruckt in RdA 1977, 162). Das u. a. darauf bezogene EG-Anpassungsgesetz (RdA 1979, 37) ist derzeit (Mitte Juni 1980) noch immer nicht verabschiedet, obwohl die der Bundesrepublik von den Gemeinschaftsorganen gewährte Frist längst verstrichen ist; die Richtlinie muß daher einer neuen Entscheidung des EuGH entsprechend (EuGH NJW 1979, 1764) unmittelbar angewandt werden. Dies gilt auch, soweit die neue Regelung hinter der Richtlinie zurückbleiben sollte.

- 104 PALANDT-PUTZO § 613 a Anm. 1 e mwN.
 105 Zu seiner Zulässigkeit s. oben Fn 97.
 106 § 53 Abs. 3 BAT, § 52 BMT-G, § 57 MTL II, § 57 MTB II.
 107 Wichtig § 55 Abs. 2 BAT, der auch eine betriebsbedingte *außerordentliche* Änderungskündigung nur zum Zwecke der Herabgruppierung um *eine* Vergütungsgruppe zuläßt.
 108 S. den Text der Tarifverträge (Fundstellen unten Fn 131).
 109 So die Rechtsprechung des BAG und der Instanzgerichte; Nachweise oben § 3; 3-3.
 110 BAG AP Nr. 20 zu § 1 KSchG.
 111 Vgl. auch FROHNER BfStR 1978, 260 ff.
 112 BAG AP Nr. 28 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG AP Nr. 14 und 22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung. Dies gilt trotz des Übergangs zur Mißbrauchskontrolle auch noch für BAG DB 1980, 1400.
 113 BAG AP Nr. 28 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 betriebsbedingte Kündigung. In BAG AP Nr. 20 zu § 1 KSchG ist sachlich übereinstimmend davon die Rede, die Unternehmensentscheidung müsse »schlechterdings nicht zu verantworten sein«.
 114 So in BAG AP Nr. 28 zu Art. 44 Truppenvertrag; BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.
 115 BAG AP Nr. 22 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung; kritisch dazu FROHNER BfStR 1978, 261.
 116 So BAG GS AP Nr. 20 zu § 1 KSchG Bl. 3.
 117 Davon gibt es Ausnahmen etwa im Energiesektor, wo nach §§ 4 Abs. 2, 8 Abs. 1, 13 Energiewirtschaftsgesetz eine Investitionskontrolle vorgesehen ist.
 118 Dazu oben § 5.
 119 Dazu oben § 6; 1.
 120 Dazu oben § 7.
 121 Dazu oben § 8.
 122 Zum Gesetzesvorbehalt bei Privatisierungen s. oben § 5; 6.
 123 BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.
 124 BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.
 125 BAG AuR 1979, 125.
 126 BAG AuR 1979, 125 li. Sp.
 127 FROHNER BfStR 1978, 261.
 128 Oben § 7.
 129 Oben § 7; 1.5., insbesondere auch zur Frage, ob dadurch die richterliche Kontrolle zu weit ausgedehnt wird.
 130 Überblick etwa bei DAUBLER, Arbeitsrecht 2, S. 277 ff.; A. und G. HUECK, Kündigungsschutzgesetz, 10. Aufl., München 1980, § 1 Rn 115 ff., 141 ff.; STAHLHACKE, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 3. Aufl., München 1977, Rn 303 ff.

- 131 Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter vom 6. Mai 1970 (abgedruckt in der jeweils gültigen Fassung als Anhang I/15 bei SCHEURING-LANGE Bd. II); Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Arbeiter des Bundes und der Länder vom 29. 10. 1971 (GMBL 1972, 217), kommentiert bei SCHEURING-STEINGEN, Bd. II, Anhang 5 i; Tarifvertrag über den Rationalisierungsschutz für Angestellte vom 29. 10. 1971 (GMBL 1972, 214). Zur Problematik der Nachwirkung s. FROHNER BfStR 1978, 262.
 132 Gegen die Anwendbarkeit der Abkommen LAG Schleswig-Holstein vom 11. 6. 1976, 5 Sa 81/76 (Leitsatz bei SCHEURING-LANGE Bd. I S. 232.1); dafür jedoch LAG Schleswig-Holstein v. 20. 1. 1977, 4 Sa 576/76.
 133 Ablehnend noch heute GRABBE S. 131; bejahend dagegen FANGMANN AuR 1979, 128; FROHNER BfStR 1978, 262.
 134 BAG AuR 1979, 124 ff. (teilweise abgedruckt auch in DB 1978, 1955 und NJW 1978, 2525).
 135 S. die Quellenangaben in BAG AuR 1979, 125 re. Sp.
 136 FROHNER (BfStR 1978, 262) hält das Einvernehmen für maßgeblich und zieht daraus die Konsequenz, überall dort, wo die Arbeitsverhältnisse nach § 613 a BGB oder nach speziellen Vorschriften auf den Erwerber übergangen, greife der Tarifvertrag nicht Platz.
 137 Näher dazu DAUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, S. 33 ff.
 138 3.2.
 139 Etwa von FROHNER BfStR 1978, 262. § 613 a BGB wurde durch § 122 BetrVG vom 15. 1. 1972 ins BGB eingefügt.
 140 Dazu oben 2.2.1 (4).
 141 BÖSCHE-DAUBLER, Zum Inhalt von Sozialplänen, Bremen 1975; FUCHS, Der Sozialplan nach dem BetrVG 1972, Köln 1977, S. 28 ff.; HUPER BetrR 1979, 210 ff.; KAVEN, Das Recht des Sozialplans, Berlin 1977, S. 131 ff.; OHL, Der Sozialplan, Karlsruhe 1977, S. 82 ff.; zum Montanbereich s. insbes. Autoren-gemeinschaft, Sozialplanpolitik in der Eisen- und Stahlindustrie. Mit ausgewählten Sozialplänen, Köln 1979. Zu verweisen ist auch auf die Kommentare zum BetrVG (Erl. zu § 112).
 142 Richtig DIETZ-RICHARDI, BPersVG, § 75 Rn 450.
 143 BAG AP Nr. 1, 2 und 8 zu § 3 TOA; ebenso WIEDEMANN-STUMPF § 4 Rn 113 mwN.

Anmerkungen zu § 10

- 1 Rechtsstaats- und Demokratieprinzip – oben § 5; Prinzip der kommunalen Selbstverwaltung – oben § 6; Haushaltsrecht – oben § 7.
 2 Zum Gesetzesvorbehalt s. oben § 5; 5.
 3 BGBl I, 1960, S. 585 (»Gesetz über die Überführung der Anteilsrechte der Volkswagenwerk GmbH in private Hände« vom 21. 7. 1960).
 4 Art. 68 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 Ziff. 2 bwLV: Antragsberechtigt ein Viertel der

- Mitglieder des Landtags; Art. 140 BremLV: Antragsberechtigt ein Fünftel der gesetzlichen Mitglieder der Bürgerschaft; Art. 65 Abs. 2 Ziff. 2 HambLV: Antragsberechtigt ein Viertel der Abgeordneten der Bürgerschaft; Art. 131 HessLV: Antragsberechtigt ein Zehntel (!) der gesetzlichen Zahl der Mitglieder des Landtags; Art. 42 Abs. 1 Ziff. 2, Abs. 2 Ziff. 2 NdsLV: Antragsberechtigt ein Viertel der Abgeordneten des Landtags; Art. 75 Abs. 3 NWLV: Antragsberechtigt ein Drittel der Mitglieder des Landtags; Art. 130 RhpLV: Antragsberechtigt u. a. jede Landtagsfraktion sowie jede politische Partei, die bei der letzten Landtagswahl mindestens 10% der gültigen Stimmen erhalten hat; Art. 37 Ziff. 2 SchlholstLV: Antragsberechtigt ein Drittel der Mitglieder des Landtags.
- 5 Dazu oben § 5; 5.
 - 6 Vgl. BRUNNER, Festschrift Schäfer, S. 182.
 - 7 Dazu oben § 7; 1.5.; für eingeschränkte Kontrolle auch SUSANNE TIEMANN S. 113 ff.; VOGEL DVBl 1980, 198. WOLFF-BACHOF Band III, § 164 II a 4 verlangen für einen Eingriff der Kommunalaufsicht »deutliche Verstöße«.
 - 8 Oben 1.
 - 9 BVerwG DÖV 1972, 350; OVG Lüneburg OVGE 27, 351, 353; BayVGH JZ 1977, 129; EYERMANN-FRÖHLER § 42 Rn 14 a; REDEKER-V. OERTZEN § 43 Rn 14.
 - 10 Dazu etwa HEGE, Grundrecht, S. 151 ff.
 - 11 Wenig überzeugend deshalb REDEKER-V. OERTZEN § 43 Rn 14, wonach eine Popularklage drohe: Hier geht es nicht darum, daß Nicht-Betroffene in unnötigem Maße die Gerichte behelligen, sondern es geht darum, überhaupt die Einhaltung des Rechts zu sichern.
 - 12 VG Oldenburg DÖV 1961, 549; HENRICHS DVBl 1959, 548; ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, Köln - Berlin 1960, S. 142.
 - 13 BVerfGE 7, 122, 130.
 - 14 BVerwGE 18, 40, 42.
 - 15 Vgl. GRABBE S. 172, 176.
 - 16 So BVerwG NJW 1961, 1323, 1325.
 - 17 So etwa die Populärbeschwerde zum Bayerischen Verfassungsgerichtshof nach Art. 98 S. 4, 120 BayLV i. V. m. Art. 53 BayVerfGH-Gesetz. Zum Normenkontrollantrag nach § 47 VwGO durch den einzelnen Bürger s. EYERMANN-FRÖHLER § 47 Rn 49 mwN.
 - 18 S. den Überblick oben § 3; 3.3.
 - 19 Vgl. BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht: Kann der Arbeitnehmer aufgrund langjähriger Ausübung einer bestimmten Tätigkeit darauf vertrauen, daß er den erreichten sozialen Standard nicht mehr verlieren wird, so konkretisiert sich das Arbeitsverhältnis auf die ausgeübte Funktion und die Zuweisung schlechterer Arbeit ist ausgeschlossen.
 - 20 S. oben § 9; 3.
 - 21 Für das Recht des Arbeitnehmers, dem Übergang des Arbeitsverhältnisses nach § 613 a BGB zu widersprechen, BAG AP Nr. 8 zu § 613 a BGB.
 - 22 S. insbes. oben §§ 5-7.
 - 23 Oben § 9; 2.2.1.

- 24 Oben § 9; 2.2.2.
- 25 Vgl. § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG. Bei Mitbestimmungsrechten gilt sowieso die Theorie der Wirksamkeitsbedingung - s. FITTING-AUFFARTH-KAISER § 87 Rn 3a. Im Personalvertretungsrecht gilt nichts anderes: S. statt aller GRABENDORFF-WINDSCHEID-ILBERTZ § 75 Rn 2 mwN.
- 26 Im öffentlichen Dienst besteht am ehesten die Möglichkeit, von diesem Recht auch effektiven Gebrauch zu machen, ohne seinen Arbeitsplatz zu riskieren.
- 27 §§ 83 ff. BPersVG, § 106 BPersVG i. V. m. den entsprechenden Vorschriften des Landesrechts (Personalräte), §§ 80 ff. ArbGG (Betriebsräte).
- 28 Der Sache nach handelt es sich dabei um eine Art betriebsverfassungsrechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch.
- 29 BAG AP Nr. 1 zu § 82 BetrVG 1952, st. Rspr.
- 30 Dies folgt aus allgemeinen, in §§ 862, 1004 BGB exemplarisch zum Ausdruck gekommenen Erwägungen.
- 31 § 85 Abs. 2 ArbGG. Ebenso für die Durchsetzung von Mitbestimmungsrechten LAG Hamm DB 1973, 1024.
- 32 Zu den Voraussetzungen einer einstweiligen Verfügung näher GRUNSKY § 85 Rn 13 ff.
- 33 Oben § 9; 2.1.
- 34 BAG AP Nr. 7 zu § 256 ZPO; STAHLHACKE RdA 1959, 268; NIKISCH RdA 1962, 40; anders DAUBLER-HEGE, Tarifvertragsrecht, S. 178.
- 35 Vgl. § 101 Abs. 2 BPersVG. Übersicht über die Vorschriften bei GRABENDORFF-WINDSCHEID-ILBERTZ § 10 vor Rn 1.
- 36 KUHN-SABOTTIG u. a. § 10 Rn 4.
- 37 GRABENDORFF-WINDSCHEID-ILBERTZ § 10 Rn 18; vgl. weiter GERMELMANN § 11 Rn 38.
- 38 Vgl. §§ 93 Abs. 1, 94 StGB einerseits, §§ 93 Abs. 2, 97 a, 97 b StGB andererseits.
- 39 So wenn das illegale Staatsgeheimnis nicht einer »fremden Macht oder einem ihrer Mittelsmänner« i. S. des § 97 a StGB mitgeteilt wird.
- 40 Anders allerdings bei Rechtsverstößen im betrieblichen Bereich LAG Baden-Würt. KJ 1979, 323 mit ablehn. Anm. JANZEN.
- 41 Die Frage scheint relativ wenig erörtert zu sein, so daß ein gewisses Maß an Rechtssicherheit erst nach einer Reihe gerichtlicher Entscheidungen eintreten wird.
- 42 Im Rahmen des Möglichen ist das Ersuchen um Rechtsauskunft allerdings so zu formulieren, daß die in Frage stehenden Vorgänge nur als hypothetische Größen auftauchen.
- 43 § 83 Abs. 2 BPersVG i. V. m. §§ 80 Abs. 2, 11 Abs. 1 ArbGG.
- 44 SCHÖNKE-SCHRÖDER StGB. Kommentar, 20. Aufl., München 1980, § 17 Rn 16 mit Nachweisen aus der z. T. restriktiveren Rechtsprechung.
- 45 Restriktiv etwa BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht.
- 46 BAG DB 1978, 1403.
- 47 DIETZ-RICHARDI, BetrVG, § 79 Rn 4 mwN.
- 48 Zutreffend KITTNER ZHR 136 (1972), 208 ff.

- 49 Oben 4.1.1.
 50 § 11 MTL II, § 11 MTB II.
 51 Zum Umfang der Regelungsmacht näher DAUBLER, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 185 ff. einschränkend die herrsch. Meinung, s. SOLLNER, Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 16 (1979), 19 ff. mwN.
 52 So etwa HUECK-NIPPERDEY, II/2, S. 1484.
 53 BVerfGE 7, 268 ff.
 54 Oben § 5; 3.1. Von einer gegen die geplante Privatisierung der Müllabfuhr in Köln-Porz gerichteten Arbeitsniederlegung berichtet ÖTV-Magazin Heft 7/1979, S. 3.

Anmerkungen zu § 11

- 1 S. den Überblick oben § 1; 1.3. (Forderungen) und § 1; 2.1. (tatsächlich vorgenommene Privatisierungen).
 2 Oben § 1; 2., § 2; 2.
 3 Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf die empirischen Untersuchungen von SAUERBORN, in: ÖTV, Heft 3, S. 7-48.
 4 SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 10.
 5 Die Vorlage ist im Wortlaut abgedruckt bei SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 43.
 6 Oben § 5; 3.2.
 7 Zahlen bei SAUERBORN, ÖTV, Heft 3, S. 36.
 8 Oben § 10.
 9 Dazu oben § 5; 4.
 10 Dazu oben § 6; 2.
 11 Dazu oben § 7; 1.5. Dabei ist gleichgültig, ob am Ende der Kreistag hätte erneut beschließen müssen oder ob er die Feststellung, die in seiner früheren Entscheidung genannte Bedingung (billigeres Privatangebot) sei eingetreten, dem Kreis Ausschuss überlassen konnte: Auch in diesem Fall war das Verfahren wegen Nichtberücksichtigung zahlreicher Gesichtspunkte rechtswidrig. Schwer vorstellbar wäre es im übrigen, daß ein Bebauungsplan in derselben Weise »durchentschieden« würde.
 12 Oben § 8.
 13 Dazu oben § 9; 2.1.
 14 Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf die empirische Untersuchung von MINNSEN, ÖTV, Heft 3, S. 49-77.
 15 Näher aufgeschlüsselt bei MINNSEN, ÖTV, Heft 3, S. 53.
 16 MINNSEN, ÖTV, Heft 3, S. 56.
 17 MINNSEN, ÖTV, Heft 3, S. 73.
 18 Oben § 9; 1.1.
 19 Die nachfolgenden Ausführungen stützen sich auf eine Untersuchung von SAUERBORN, ÖTV, Heft 6, S. 51-54.
 20 S. die bei SAUERBORN, ÖTV, Heft 6, S. 53 mitgeteilten Äußerungen.

- 21 Dazu oben § 5; 3.2.
 22 Dazu oben § 6; 1.
 23 S. oben § 7; 1.5.3.
 24 S. oben § 9; 4.2.2.

Anmerkungen zu § 12

- 1 Nach heute üblichem Sprachgebrauch umfaßt der Begriff »Rundfunk« sowohl den Hörfunk als auch das Fernsehen.
 2 S. etwa den Überblick bei WALTER SCHMIDT ZRP 1980, 132 ff.
 3 Dazu den Überblick bei H. H. KLEIN, Rundfunkfreiheit, S. 2 ff.
 4 Oben § 1; 3.
 5 Oben § 3; 3.1.2.
 6 So etwa RUDOLF S. 22; H. H. KLEIN, Rundfunkfreiheit, S. 41 ff.
 7 So RUDOLF S. 73.
 8 So insbes. PESTALOZZA ZRP 1979, 28.
 9 Dies ist – soweit ersichtlich – unbestritten; vgl. etwa HOFFMANN-RIEM RuF 1979, 144 ff.; MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 5 Rn 69 ff. sowie insbes. HERRMANN S. 59 f. mwN.
 10 Richtig HOFFMANN-RIEM RuF 1979, 145.
 11 BVerfGE 20, 56, 97.
 12 Vgl. BVerwGE 39, 159, 164.
 13 BVerfGE 20, 162, 176: Es lasse sich »auch an eine Pflicht des Staates denken, Gefahren abzuwehren, die einem freien Pressewesen aus der Bildung von Meinungsmonopolen erwachsen könnten«.
 14 BVerwGE 39, 159 ff.; bayVerfGH AfP 1977, 334; OVG Münster AfP 1977, 289; H. H. KLEIN, Rundfunkfreiheit, S. 42 ff.; HERRMANN S. 138 ff.
 15 Nach BVerfGE 24, 236 ff. war etwa die Altmaterialiensammlung einer kirchlichen Organisation durch Art. 4 Abs. 2 GG gedeckt, weil religiöse Motive im Vordergrund standen; wäre es um Gewinne gegangen, wäre keine »Doppelgarantie«, sondern nur eine Absicherung über Art. 2 Abs. 1 oder Art. 12 Abs. 1 GG in Frage gekommen.
 16 BVerfGE 12, 205, 259 ff.
 17 So aber LERCHE, Rundfunkmonopol, S. 82. Dahingestellt in BVerwGE 39, 159, 169.
 18 BVerfGE 7, 377, 397.
 19 Vgl. BVerfGE 21, 245 ff. für das Arbeitsvermittlungsmonopol, das trotz fehlenden Berufsbilds das »selbständigen Arbeitsvermittlers« am Maßstab des Art. 12 GG überprüft wurde.
 20 So BVerwGE 39, 159, 169; bayVerfGH AfP 1977, 340. Vgl. auch STERN-BETHGE S. 103 ff.
 21 BVerfGE 50, 290, 349, 362.
 22 § 2 Abs. 1 Hypothekendarlehenbankgesetz i. d. F. vom 5. 2. 1963 (BGBl. S. 81): »Hypo-

- theikenbanken dürfen nur in der Rechtsform der Aktiengesellschaft und der Kommanditgesellschaft auf Aktien betrieben werden.«
- 23 So schon SCHEUNER DVBl 1958, 845 (847).
- 24 § 3; 3.1.2.
- 25 HOFFMANN-RIEM, Rundfunkfreiheit, S. 33; OSSENBUHL, Rundfunk, S. 39; WALTER SCHMIDT ZRP 1980, 132.
- 26 BVerfGE 12, 205, 262.
- 27 BVerfGE 12, 205, 262.
- 28 § 5; 3.2.
- 29 BVerwGE 39, 159, 167.
- 30 Etwa nach dem Modell, daß die Höhe der Einschaltquote die Höhe des Anteils an staatlichen Gebühren bestimmt.
- 31 Richtig HOFFMANN-RIEM RuF 1979, 153; ders., Rundfunkfreiheit, S. 37; vgl. weiter STAMMLER RuF 1979, 174.
- 32 Vgl. LÖWENSTEIN AöR 86, 404 sowie jüngst WALTER SCHMIDT ZRP 1980, 136 mit Fn 49.
- 33 WALTER SCHMIDT ZRP 1980, 133.
- 34 MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ Art. 5 Rn 231 ff.
- 35 Wäre es wirklich sinnvoll, etwa den Deutschen Sportbund zur Erstellung eigener Fernsehprogramme zu zwingen, statt wie bisher einen Vertreter des Sports in den Rundfunkrat aufzunehmen?
- 36 Zuletzt BVerfGE 50, 290, 336 ff.
- 37 HOFFMANN-RIEM RuF 1979, 152 ff.
- 37 HOFFMANN-RIEM RuF 1979, 152 ff.
- 38 Vgl. BVerfGE 20, 56, 99 ff.
- 39 Dazu oben § 2; 4.

Literaturverzeichnis

- ABENDROTH, WOLFGANG: Das Grundgesetz. Eine Einführung in seine politischen Probleme, 2. Aufl., Pfullingen 1966.
- ARENDT, KARL-HEINZ: Übertragung nicht-hoheitlicher Aufgaben? DV 1949, 147 ff.
- BACHOF, OTTO: Freiheit des Berufes, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III/1, Berlin 1958, S. 155 ff.
- BADURA, PETER: Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963.
- BAHL, VOLKER: Privatisierung öffentlicher Einrichtungen und Gewerkschaften, Berlin, Dez. 1976 (unveröffentlicht).
- BANSCH, FRANK: Die Beleihung als verfassungsrechtliches Problem. Zur Zulässigkeit einer Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private nach dem Grundgesetz, Frankfurt/M. 1973.
- BIEDENKOPF, KURTH.: Sinn und Grenzen der Vereinbarungsbefugnis der Tarifvertragsparteien, Gutachten für den 46. DJT, in: Verhandlungen des 46. DJT, Band I, Teil 1, S. 97 ff.
- BISCHOFF, DETLEV und NICKUSCH, KARL-OTTO: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Ausweg aus der Finanzkrise des Staates? Berlin-New York 1977.
- BLUM, REINHARD: Öffentliche Sicherung privaten Wohlstands – Die Rolle des Staates in der marktwirtschaftlichen Ordnung, in: ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 1, Stuttgart 1976.
- BÜCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG: Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, Berlin 1964.
- DERS., Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529 ff.
- BROHM, WILFRIED: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart u. a. 1969.
- BÜCH, MARTIN-PETER: Zur Bestimmung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit im öffentlichen Haushalt der Bundesrepublik Deutschland, Köln 1975.
- BULL, HANS-PETER: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, 2. Aufl., Kronberg/Ts. 1977.

DERS., Immer wieder die alten Vorurteile. Wie man die Reform des öffentlichen Dienstes nicht in den Griff bekommt, DDB 1976, 173.

DAUBLER, HELMUT: Die Funktionsnachfolge – ein neuer Rechtsbegriff, NJW 1954, 5 ff.

DAUBLER, WOLFGANG: Das Arbeitsrecht. Band 1, 2. Aufl., Reinbek 1977, Band 2, Reinbek 1979.

DERS., Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten, 4. unveränd. Aufl., Frankfurt/M. 1976.

DERS. und HEGE, HANS: Tarifvertragsrecht, Baden-Baden 1978.

DERS. und KUSEL, GUDRUN (Hrsg.): Verfassungsgericht und Politik, Beiträge zu problematischen Urteilen, Reinbek 1979.

DERS.; SIELING-WENDELING, ULIKE; WELKOBORSKY, HORST: Eigentum und Recht, Darmstadt und Neuwied 1976.

DAGTOGLOU, PRODRAMOS: Der Private in der Verwaltung als Fachmann und Interessenvertreter, Heidelberg 1964.

DEPIÉREUX, STEFAN: Das neue Haushaltsrecht der Gemeinden, 3. Aufl., Siegburg 1974.

Deutscher Städtetag: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Beiträge zur Kommunalpolitik, Reihe A, Köln 1976.

DIETZ, ROLF und RICHARDI, REINHARD: Betriebsverfassungsgesetz und Wahlordnungen. Kommentar, 5. Aufl., München 1973.

DIES., Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar unter Berücksichtigung der Landespersonalvertretungsgesetze, 2. Aufl., München 1978 (Zitierweise: Dietz-Richardi, BPersVG).

DITTMANN, ARMIN: Bundeseigene Verwaltung durch Private? DVerw 1975, 430 ff.

ELSNER, HERMANN: Einbeziehung der Gemeinden in die staatliche Konjunkturpolitik, DÖV 1968, 520 ff.

ESSER, JOSEF: Einführung in die materialistische Staatsanalyse, Frankfurt/Main 1975.

EYERMANN, ERICH und FRÖHLER, LUDWIG: Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar, 7. Aufl., München 1977.

FAISS, FRIEDRICH: Privatisierung kommunaler Betriebe und Einrichtungen – ein Allheilmittel? BWVwP 1976, 114 ff.

DERS. u. a.: Kommunales Wirtschaftsrecht in Baden-Württemberg, Stuttgart 1975.

FANGMANN, HELMUT D.: Entscheidungsanmerkung, AuR 1979, 126 ff.

FICHTMÜLLER, CARL-PETER: Zulässigkeit ministerialfreien Raums in der Bundesverwaltung, AÖR 91, 297 ff.

FISCHER, ALFRED und GOERES, HANS-JOACHIM: Personalvertretungsrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, Berlin 1974.

FITTING, KARL; AUFFARTH, FRITZ; KAISER, HEINZ: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 12. Aufl., München 1977.

FORSTHOFF, ERNST: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973.

FRÖHLER, LUDWIG und KUBIN, ERNST (Hrsg.): Privatisierung kommunaler Aufgaben? Wien-München 1978.

FROHNER, SIEGFRIED: Arbeitsrechtliche Probleme bei der Privatisierung von Aufgaben des öffentlichen Dienstes, BlfStR 1978, 257 ff.

FROTZ, HANS: Bestimmung der Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung öffentlicher Unternehmungen, DB 1977, 1661 ff.

FROTSCHER, WERNER: Die Ausgestaltung kommunaler Nutzungsverhältnisse bei Anschluß- und Benutzungszwang, Siegburg 1974.

GALLWAS, HANS-ULRICH: Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVdStRL 29 (1971), 211 ff.

GAUL, DIETER: Die kollektiven und kollektivrechtlichen Auswirkungen des Betriebsinhaberwechsels, DB 1980, 98 ff.

GERMELMANN, CLAAS-HINRICH: Personalvertretungsgesetz Berlin. Kommentar für die praktische Arbeit, Köln 1975.

Gesellschaft für öffentliche Wirtschaft und Gemeinwirtschaft e. V. (GöWG): Privatisierung öffentlicher Unternehmen – kein Mittel zum Abbau von Haushaltsdefiziten, Berlin 1976.

GÖNNENWEIN, OTTO: Gemeinderecht, Tübingen 1963.

GÖNSCH, MANFRED: Informationsfreiheit als privatrechtlich organisierte staatliche Veranstaltung? ZRP 1979, 88 ff.

GÖRGMAIER, DIETMAR: Möglichkeiten und Grenzen der Entstaatlichung öffentlicher Aufgaben, DÖV 1977, 356 ff.

GRABBE, JURGEN: Verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Aufgaben, Berlin 1979.

GRABENDORFF, WALTER; WINDSCHEID, CLEMENS; ILBERTZ, WILHELM: Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar, Stuttgart u. a. 1975.

GRAUHAN, ROLF-RICHARD: Grenzen des Fortschritts? Widersprüche der gesellschaftlichen Rationalisierung, München 1975.

DERS. und HICKEL, RUDOLF: Krise des Steuerstaats? Widersprüche, Perspektiven, Ausweichstrategien, Opladen 1978 (Sonderheft 1/1978 von Leviathan).

VON DER GROEBEN, KLAUS und KNACK, HANS-JOACHIM: Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz für das Land Schleswig-Holstein (Landesverwaltungsgesetz), Köln u. a. 1968 ff. (Loseblatt).

GROSER, MANFRED: Das Privatisierungsthema in der politischen Willensbildung, Beilage 14/1980 zur Wochenzeitung »Das Parlament«, S. 3 ff.

GROSSMANN, RUPRECHT; MÜNCH, RONALD; ROHR, ULRICH: Bremisches Personalvertretungsgesetz. Kommentar, Neuwied 1979.

GRUNSKY, WOLFGANG: Arbeitsgerichtsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 1978.

HAENSCH, DIETRICH: Kritik der Dienstrechtsreform, KJ 1976, 1 ff.

HANUSCH, HORST (Hrsg.): Reform öffentlicher Leistungen. Beiträge zur Entstaatlichung, Baden-Baden 1978.

HAMANN, ANDREAS und LENZ, HELMUT: Das Grundgesetz für die BRD. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Neuwied und Berlin 1970.

HAUFF, VOLKER und SCHARPF, FRITZ: Modernisierung der Volkswirtschaft, Frankfurt/M 1975.

HEGE, HANS: Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Sozialstaat, Berlin 1977.

HERDING, RICHARD: Die Beschwerdeprozedur in den USA, KJ 1970, 162 ff.

HERMANI, ULRICH-T.: Privatisierung. Finanznot zwingt zur Einsicht. ArbGeb 1976, 128 ff.

HERRMANN, GÜNTER: Fernsehen und Hörfunk in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1975.

HERSCHEL, WILHELM: Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz?

in: Festschrift für Nipperdey, Band II, München und Berlin 1965, S. 221 ff.

DERS., Staatsentlastung und Entpolitisierung, in: Festschrift Fechner, Tübingen 1973, S. 37 ff.

DERS., Betriebsübergang und Arbeitsvertrag, ZfA 1977, 223 ff.

HESSE, KONRAD: Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11. Aufl., Heidelberg-Karlsruhe 1978.

HEYL, ARNULF VON: Entscheidungsanmerkung, DÖV 1975, 99 ff.

HICKEL, RUDOLF (Hrsg.): RUDOLF GOLDSCHIED/JOSEPH SCHUMPETER. Die Finanzkrise des Steuerstaats. Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen, Frankfurt/Main 1976.

HIRCHE, KURT: Die Volksaktie. Neuland oder Irrweg? Köln 1958.

HIRSCH, HANS und PUTTNER, GÜNTER: Gedanken zur Neuordnung der industriellen Bundesunternehmen, DVerw 1976, 453 ff.

HOFFMANN-RIEM, WOLFGANG: Rundfunkfreiheit durch Rundfunkorganisation, Frankfurt/Main 1979.

DERS., Die Zukunft des Rundfunks – ein Verfassungsproblem, RuF 1979, 143 ff.

HOMANN, RAINER und MATTHIESSEN, HORST: Hamburgisches Personalvertretungsgesetz. Kommentar für die Praxis, Stuttgart 1974.

HUBER, ERNST-RUDOLF: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, 2. Aufl., München 1953.

HUECK, ALFRED und NIPPERDEY, HANS-CARL: Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7. Aufl., Band I, Frankfurt/Main 1963; Band II/1, Berlin und Frankfurt/Main 1967; Band II/2, Berlin und Frankfurt/Main 1970.

ISENSEE, JOSEF: Beamtenstreik. Zur rechtlichen Zulässigkeit des Dienstkampfes. Bonn – Bad Godesberg 1971.

JUNG, HEINZ: Die Privatisierungsoffensive als Form des Klassenkampfes von oben, MarxistBl Heft 2/1978, S. 58 ff.

KALTEFLEITER, WERNER: Die Produktivität ist miserabel, Wirtschaftswoche Nr. 37 vom 5. 9. 1975, S. 42 ff.

KAREHNKE, HELMUT: Zur Wirtschaftlichkeitsmessung im staatlichen Bereich, DVBl 1970, 949 ff.

KLEIN, HANS-HUGO: Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, Stuttgart u. a. 1968.

DERS., Die Rundfunkfreiheit, München 1978.

KLEIN, RICHARD R.: Gemeindefinanzbericht 1976, StT 1976, 2 ff.

DERS., und MUNSTERMANN, ENGELBERT: Gemeindefinanzbericht 1977, StT 1977, 2 ff.

KLOEPFER, MICHAEL: Gewerbemüllbeseitigung durch Private, Verw-Arch 1979, 195 ff.

KLUNCKER, HEINZ: Privatisierung – eine neue Masche, die Bürger zu schröpfen, ÖTV-Magazin Heft 1/1976, S. 3.

DERS., Referat, in: ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 1, Stuttgart 1977, S. 12 ff.

DERS., Privatisierung richtet sich gegen Arbeitnehmer, Die Quelle 1980, 74 ff.

KNEMEYER, FRANZ-LUDWIG: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, WiVerw 1978, 65 ff.

KÖNIG, HANS: Die neue Masche: »Entstaatlichung«, Dem. Gemeinde 1979, 197 ff.

KÖTTGEN, ARNOLD: Die Gemeinde und der Bundesgesetzgeber, Stuttgart 1957.

DERS., Die Organisationsgewalt, VVdStRL 16, 154 ff.

KONRAD, HANS-MARTIN: Privatisierung öffentlicher Unternehmen – Bestandsaufnahme und finanzpolitische Würdigung, DöW 1968, 41 ff.

KOSCHNICK, HANS: Es geht allein um den Profit, ÖTV-Magazin Heft 1/1976 S. 8.

KRAUTZBERGER, MICHAEL: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971.

KRÜER-BUCHHOLZ, WIEBKE, und SOERGEL, ANGELINA: Zur Entwicklung der Haushaltskrise in der BRD, Blätter 1975, 51 ff.

KRÜGER, HERBERT: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart u. a. 1966.

KRÜGER-SPITTA, WOLFGANG und BRONK, HORST: Einführung in das Haushaltsrecht und die Haushaltspolitik, Darmstadt 1973.

KUHN, WILHELM; SABOTTIG, GIOVANNI; SCHNEIDER, WOLFGANG; WEHNER, EWALD: Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar für die Praxis, Köln 1975.

KUNZE, RICHARD; BRÖMMER, OTTO; REHM, FRANZ-KARL: Gemeindeord-

nung für Baden-Württemberg, 3. Aufl., Stuttgart 1976 (Loseblatt).

KUTSCHA, MARTIN: Verfassung und »streitbare Demokratie«, Köln 1979.

LAMBSDORFF, OTTO GRAF: Stoppt endlich den Staat! Wirtschaftswoche Nr. 32 vom 1. 8. 1975, S. 12 ff.

LANGER, EDMOND: Die Gefahren der Privatisierung für Freiheit, Sicherheit und Wohlstand, Annalen der Gemeinwirtschaft, 1960, 397 ff.

LEIBHOLZ, GERHARD: Das Prinzip der Selbstverwaltung und der Art. 28 Abs. 2 GG, DVBl 1973, 715.

DERS. und RINCK, HANS-JOACHIM: Grundgesetz für die Bundesrepublik. Kommentar anhand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 5. Aufl., Köln 1975.

LEISNER, WALTER: Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93 (1968) 162 ff.

DERS., Effizienz als Rechtsprinzip, Tübingen 1971.

DERS., Berufsbeamtentum und Entstaatlichung, DVBl 1978, 733 ff.

LERCHE, PETER: Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, Frankfurt/Main-Berlin 1970.

V. LOEBELL, FRIEDRICH WILHELM: Gemeindeordnung für das Land Nordrhein-Westfalen, 3. Aufl., Wiesbaden 1976 (Loseblatt).

LOWENSTEIN, KARL: Die Krise des amerikanischen Rundfunk- und Fernsehwesens, AöR 86 (1961) 404 ff.

LORENZEN, UWE; ECKSTEIN, KARLFRIEDRICH: Bundespersonalvertretungsgesetz. Kommentar, 4. Aufl., Heidelberg-Hamburg (Loseblatt, Stand Sept. 1979).

MAUNZ, THEODOR; DÜRIG, GÜNTER; HERZOG, ROMAN; SCHOLZ, RUPERT: Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., München 1979 (Loseblatt).

MEYER, HANS und BORGS-MACEJEWski, HERMANN: Verwaltungsverfahrensgesetz, Frankfurt/Main 1976.

MEYER ZU DREWER, HANS und GUTH, ECKART: Erfahrungen mit Nutzen-Kosten-Untersuchungen in der Verwaltungspraxis, DÖV 1976, 404 ff.

MINNSEN, HEINER: Fallstudie über die Privatisierung der Gebäuderei-

- nigung bei der Stadt Hildesheim, in: ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 3, Stuttgart 1977, S. 49 ff.
- MOSDORF, SIEGMAR: Die sozialpolitische Herausforderung. Wohlfahrtsstaatskritik, Neue Soziale Frage und die Zukunft der deutschen Sozialpolitik, Frankfurt/Main 1980.
- MÜLHAUPT, LUDWIG und GORNAS, JURGEN: Zum Problem der Privatisierung im öffentlichen Bereich, StT 1977, 360 ff.
- V. MUNCH, INGO (Hrsg.): Besonderes Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Berlin 1979.
- DERS. (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar, Band 1, Frankfurt/Main 1974; Band 2, Frankfurt/Main 1976; Band 3, Frankfurt/Main 1978.
- V. MUTIUS, ALBERT: Grundfälle zum Kommunalrecht, JuS 1976, 652 ff.
- NIKISCH, ARTHUR: Arbeitsrecht, Band I, 3. Aufl., Tübingen 1961; Band II, 2. Aufl., Tübingen 1959; Band III, Tübingen 1966.
- OELGARH, BERND: Konjunkturpolitische Pflichten der Gemeinden und die Garantie ihrer Wahrnehmung durch die Länder, DVBl 1970, 532 ff.
- ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 1-8, Stuttgart 1976 ff. (Zitierweise: ÖTV, Heft und Seite).
- OSSENBUHL, FRITZ: Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, Bad Homburg - Berlin - Zürich 1968.
- DERS., Die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben durch Private, VVdStRL 29 (1971), S. 138 ff.
- DERS., Rundfunkfreiheit zwischen Staat und Gesellschaft, München 1975.
- PALANDI, OTTO (Begründer): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 39. Aufl., München 1980 (Zitiert nach Bearbeiter).
- PAUSCH, RAINER: Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung öffentlicher Unternehmen, Göttingen 1976.
- PESTALOZZA, CHRISTIAN: Formenmißbrauch des Staates, München 1973.
- DERS., Kollisionsrechtliche Aspekte der Unterscheidung von öffentlichem Recht und privatem Recht. Öffentliches Recht als zwingendes Sonderrecht für den Staat, DÖV 1974, 188 ff.
- DERS., Rundfunkfreiheit in Deutschland, ZRP 1979, 25 ff.
- PETERS, HANS und OSSENBUHL, FRITZ: Die Übertragung von öffentlich-rechtlichen Befugnissen auf die Sozialpartner unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitszeitschutzes, Berlin und Frankfurt/Main 1967.
- POMMEREHNE, WERNER-W.: Private versus öffentliche Müllabfuhr: ein theoretischer und empirischer Vergleich, Finanzarchiv NF 35 (1976), S. 272 ff.
- PÜTTNER, GÜNTER: Die öffentlichen Unternehmen. Verfassungsfragen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Bad Homburg - Berlin - Zürich 1969.
- DERS., Die Einwirkungspflicht, DVBl 1975, 353 ff.
- REDEKER, KONRAD und v. OERTZEN, HANS-JOACHIM: Verwaltungsgerichtsordnung, 6. Aufl., Stuttgart u. a. 1978.
- REIDEGELD, ECKART: Die Entstaatlichungsdebatte: Kritik an Staat, Bürokratie und Verrechtlichung, RuP 1979, 216 ff.
- REUSS, WILHELM: Die Organisation der Wirtschaft, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Band III/1, Berlin 1958, S. 91 ff.
- DERS., (Gesamtleitung): Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, Köln u. a. 1963; Band II, Köln u. a. 1964-1966.
- DERS., Öffentliche Verwaltung durch Private, DVBl 1976, 927 ff.
- RIDDER, HELMUT: Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975.
- RIED, J.: Bundespersonalvertretungsgesetz, München 1974.
- RITTERSHOFER, WERNER: Dem Bürger zum Nachteil, dem Beschäftigten zum Schaden, Deutsche Post Nr. 24/1976, S. 6 f.
- ROSENBERG, LUDWIG: Sie möchten sich nur die Rosinen herauspicken. ÖTV-Magazin Heft 12/1976 S. 10.
- RUDOLF, WALTER: Über die Zulässigkeit privaten Rundfunks, Frankfurt/Main 1971.
- RÜFNER, WOLFGANG: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967.

RUPP, HANS-HEINRICH: Privateigentum an Staatsfunktionen? Tübingen 1963.

SÄCKER, FRANZ-JÜRGEN: Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, Düsseldorf 1969.

SAUERBORN, WERNER: Fallstudie über die Privatisierung der Müllabfuhr im Landkreis Göttingen, in: ÖTV Hauptvorstand (Hrsg.) Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 3, Stuttgart 1977, S. 7 ff.

DERS., Privatisierungspolitik im Kreis Pinneberg. Ablauf, Bedingungen und politische Begleitumstände von Privatisierungsentscheidungen, in: ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.): Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 6, Stuttgart 1978.

DERS. und MINNSEN, HEINER: Gewerkschaftliche Probleme der Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, WSI-Mitt. 1977, 383 ff.

SCHÄFER, CLAU; SKIBA, RAINER; TOFAUTE, HARTMUT: Personalausgaben und Einkommensfindung im öffentlichen Dienst, Köln 1975.

SCHÉEL, WERNER und STEUP, JOHANNES: Gemeindehaushaltsrecht in NRW, Köln u. a. 1973.

SCHÉER, HERMANN: Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen? NG 1976, 151 ff.

SCHÉURING, OTTHEINZ und STEINGEN, WERNER: Manteltarifvertrag für Arbeiter der Länder, 6. Aufl., München 1974, Loseblatt.

SCHMIDT, WALTER: Rundfunkfreiheit und Rundfunkgewährleistung, ZRP 1980, 132 ff.

SCHNAPP, FRIEDRICH E.: Zu Dogmatik und Funktion des staatlichen Organisationsrechts, Rechtslehre 9 (1978), S. 275 ff.

SCHOLLER, HEINRICH und BROSS, SIEGFRIED: Wahl der Organisationsform zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, BayVBl 1978, 7 ff.

SCHOLZ, RUPERT: Neue Entwicklungen in der Gemeindefirtschaft, Strukturfragen und Verfassungskritik, DÖV 1976, 441 ff.

SEITER, HUGO: Wechsel des Betriebsinhabers und Arbeitsverhältnis, AR-Blattei, Stichwort: Betriebsinhaberwechsel.

DERS., KAEMMERER, CHRISTEL; RÖHRLE, ALFRED: Teilzeitarbeit, Stuttgart 1971.

SIEVEKING, KLAUS: Kommunale Planungshoheit und Verbrauchermarktansiedlung, DuR 1978, 307 ff.

SÖLLNER, ALFRED: Arbeitsrecht, 6. Aufl., Stuttgart u. a. 1978.

STAMMLER, DIETER: Zusammenwirken zwischen privatem und öffentlich-rechtlichem Medienbereich, RuF 1979, 171 ff.

STARCK, CHRISTIAN: Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks, NJW 1980, 1359 ff.

STEFFEN, JOACHIM: Letzte Bastionen schleift man nicht, ÖTV-Magazin Heft 12/1976, S. 11.

STEIN, EKKEHARD: Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967.

STEINER, UDO: Öffentliche Verwaltung durch Private, Hamburg 1975.

STERN, KLAUS und BETHGE, HERBERT: Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, Frankfurt/Main-Berlin 1971.

STERN, KLAUS und PUTTNER, GUNTER: Die Gemeindefirtschaft. Recht und Realität, Stuttgart u. a. 1965.

THIEL, EBERHARD: Mehr oder Weniger Staat? Wirtschaftsdienst 1975, 554 ff.

THIEMEYER, THEO: Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe, Reinbek 1975.

TIEDEMANN, KLAUS (Hrsg.): Die Verbrechen in der Wirtschaft, Karlsruhe 1970.

TIEMANN, BURKHARD: Privatisierung öffentlicher Verwaltungstätigkeit, BayVBl 1976, 261 ff.

DERS., Verfassungsrechtliche und finanzwirtschaftliche Aspekte der Entstaatlichung öffentlicher Leistungen, Staat 1977, 171 ff.

TIEMANN, SUSANNE: Die staatsrechtliche Stellung der Finanzkontrolle des Bundes, Berlin 1974.

TOFAUTE, HARTMUT: Ausgewählte Daten zu Struktur und Entwicklung der öffentlichen Dienste, GMH 1975, 69 ff.

DERS., Gesellschaftliche und ökonomische Aspekte der Privatisierung unter besonderer Berücksichtigung gewerkschaftlicher Gesichtspunkte, WSI-Mitt. 1976, 370 ff.

DERS., Privatisierung – Zauberformel oder trojanisches Pferd? DDB 1976, 43 ff.

DERS., Probleme des Personaleinsatzes im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Köln 1975.

DERS., Die Übertragung öffentlicher Leistungen und Funktionen auf Private (Privatisierung). Eine Darstellung politischer, ökonomischer, gesellschaftlicher und arbeitnehmerorientierter Gesichtspunkte, in: ÖTV-Hauptvorstand (Hrsg.), Zur Privatisierung öffentlicher Dienstleistungen, Heft 5, Stuttgart 1977.

VIALON, FRIEDRICH-KARL: Haushaltsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1959.

VITZTHUM, WOLFGANG GRAF: Gemeinderechtliche Grenzen der Privatisierung kommunaler Wirtschaftsunternehmen, AÖR 104 (1979), 580 ff.

VOGEL, KLAUS: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959.

WAIS, EDGAR: Ist die «Privatisierung» eine sinnvolle Lösung für öffentliche Unternehmen? DÖV 1977, 268 ff.

WEBER, WERNER: Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, Göttingen 1953.

V. WEIZSÄCKER, CARL CHRISTIAN: Ausbau der Marktwirtschaft, NG 1973, 255 ff.

WIDTMANN, JULIUS: Bayerische Gemeindeordnung, 4. Aufl. München 1980.

WIEDEMANN, HERBERT und STUMPF, HERMANN: Tarifvertragsgesetz. Kommentar, 5. Aufl., München 1977.

WILKE, DIETER und SCHACHEL, JENS: Probleme fiskalischer Betätigung der öffentlichen Hand, WiVerw 1978, 95 ff.

Wiss. Beirat beim Bundesministerium der Finanzen: Zur Lage und Entwicklung der Staatsfinanzen in der BRD, Bulletin der Bundesregierung 1975, S. 1001 ff.

WOLFF, HANS-JULIUS und BACHOF, OTTO: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch. Band I, 9. Aufl. 1974; Band II, 4. Aufl. 1976; Band III, 4. Aufl. 1978.

ZACHT, ULRICH: Arbeitsgruppe für Arbeitsrecht: Tarifvertrag. Eine problemorientierte Einführung, Köln 1979.

Stichwortregister

Abbau von Leistungen 16, 30, 46 f.

Abfallbeseitigungsgesetz 50, 129, 171
s. auch Müllabfuhr

Abwägung
– im Kündigungsschutzverfahren 153
– der Vor- und Nachteile bei der Bestimmung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 113
s. auch Interessenabwägung

Abwehrmöglichkeiten gegen Privatisierung 43

allgemeine Voraussetzungen der kapitalistischen Produktion 45

alternative Vorstellungen zur Krisenbewältigung 47

Alternativinterpretation 125 ff.

Altersheim und Grundrechte 127

Annexaufgaben 27, 82

Anschluß- und Benutzungszwang 129

Ansehen des öffentlichen Sektors 40

Anspruch auf Veranstaltung von Rundfunksendungen? 183 f.

Anstaltsbenutzungsverhältnis und mangelhafte Leistung des Privaten 130

Arbeitsanforderungen 25

Arbeitsgericht und rechtswidrige Privatisierung 153

Arbeitsgerichtliches Verfahren 162 ff.

Arbeitsrecht und Privatisierung 132 ff.

Arbeitstechnische Abläufe und Mitbestimmung des Personalrats 142

Aufgabenerfüllung
stetige – als kommunalrechtlicher Grundsatz 105

Auflösung von Dienststellen und Personalrat 141

Ausbeutungsverhältnis zu Lasten der öffentlichen Hand 42

Auslagerung von Aufgaben und Verhandlungspflicht des Arbeitgebers 137

Auslagerung von Planungsaufgaben 181 ff.

Auswahl des Privaten 91 f.

Autonomie und verwaltungseigene Aufgabenerfüllung 84 f.

Bagatellfälle 96

Bauplanung und Kommunalparlament 115

Beamte und Privatisierung 39

Beamte und Mitbestimmungsrechte des Personalrats 142, 143

Beamtenbund, Stellungnahmen 21

Befürworter der Privatisierung 18 ff.

Belastung des Bürgers mit Pflichten 29

Beleihung 27, 50, 70, 73

Beleihung und staatliche Kontrolle 90

beliehener Unternehmer 50

Benutzungsanspruch und Wegfall der kommunalen Einrichtung 128

berechtigtes Interesse und Geheimhaltung 166

Berufsbild des Rundfunkunternehmers 186

Berufsfreiheit
– und abhängig Beschäftigte 187
– und Privatrundfunk 184 ff.

Beschaffungswesen 95
 Beschlußverfahren 162 f.
 Anträge 163
 einstweilige Verfügungen 163
 Bestandsschutz und Grundgesetz 121, 136
 Bestattungsunternehmer 22
 Betriebsänderung 96
 Betriebsbegriff 148
 Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 166
 Betriebsrat
 Mitbestimmung bei Privatisierungen 145
 Betriebsübergang nach § 613 a BGB
 – bei Dienstleistungsfunktionen 148 f.
 – Erhöhung der Arbeitsanforderungen 150
 – und Klage des nicht übernommenen Arbeitnehmers 162
 – und Kündigung 150
 – bei Privatisierungen 146 ff.
 – nur in der Privatwirtschaft? 147
 – Rechtsprechung 57
 – Rechtsfolgen 150 f.
 – Schutzzweck des § 613 a BGB 147
 – Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers 150
 betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise im Haushaltsrecht 111
 Bewußtsein der Bevölkerung und Privatisierung 32, 40, 195
 Bürgerinteressen gegen Privatisierung? 43, 120 ff.
 Bürokratie und Privatisierung 16, 39 ff., 45
 Bund der Steuerzahler 18, 19, 33
 Bundesarbeitsgericht und Privatisierung 57
 bundesfreundliches Verhalten? 118
 Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände 18, 33
 Bundesverfassungsgericht und Privatisierung 52 ff.
 und Privatrundfunk 183 f.
 Bundesverwaltungsgericht und erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand 56
 CDU-Stellungnahmen 18, 19 f., 33
 Defekte der Marktwirtschaft 42
 Demokratieprinzip und förmliches Gesetz bei Privatisierung 96
 und Rundfunkverfassung 188
 und Verwaltungsorganisation 76 ff.
 und Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit 109
 demokratische Kontrolle der Leistungsverwaltung 77 f.
 demokratischer Prozeß und Rundfunkverfassung 190
 Deutscher Industrie- und Handelstag 18
 Dienstleistungsbetriebe und Betriebsübergang nach § 613 a BGB 148
 Disziplinierungsfunktion der Privatisierung 33
 Druckereien 22
 Dumping-Angebote des Privaten 36 f.
 Durchführungspflicht 137, 176, 180
 Effizienz als Rechtsprinzip 87
 Effizienz durch Wettbewerb? 41
 Eigengesellschaften 41

Eigeninteresse des Amtswalters? 89
 Eigentum, öffentliches 68
 Eignung des Privaten 91
 Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung 77, 81 f.
 Einigungsstelle bei Kündigungen 144
 Energieunternehmen der Gemeinden 101, 106
 Entschädigung bei Rückübernahme? 94
 Entscheidungsablauf bei Privatisierung
 – Beispiel Göttingen 171 f.
 – Beispiel Hildesheim 177 f.
 – Beispiel Pinneberg 181 f.
 Entstaatlichung als politische Forderung 16
 Entwertung der kommunalen Selbstverwaltung 100
 Erwerbsrecht an Betriebsmitteln bei Rückübernahme in eigene Regie 93
 Erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand 51, 56
 fachliche Eignung des Privaten 91
 FDP-Stellungnahme 19, 20
 Fernwirkungen einer Privatisierungsmaßnahme 111
 Finanzierung des Rundfunks durch Werbung 189
 Finanzmonopol 129
 Finanzprobleme des Staates 46
 fiskalische Verwaltung 27
 flexibles Mittel
 Privatisierung als – 31
 förmliches Gesetz und Privatisierung 95
 Folgekosten, gesamtwirtschaftliche 38, 180
 formelle Privatisierung 28

fragmentarischer Charakter der Art. 83 ff. GG 73
 Funktionsnachfolge 215
 Funktionsschutz aus Art. 15 GG? 69
 Garantenstellung der öffentlichen Hand 59, 93
 Gebäudereinigung
 – Beispiel Hildesheim 177 ff.
 – Bremische Bürgerschaft 23
 – Einsparungen 36 f.
 – und Entscheidung des Kommunalparlaments 103
 – Hamburg 23
 – und Kernbereich der Selbstverwaltung 102
 – und Kündigungsschutz bei Privatisierung 56 ff.
 – Lohnhöhe 24
 – Qualitätskontrolle 92
 – Umfang der Privatisierung 22
 Gebühr bei Anschluß und Benutzungszwang 129
 Gebührenerhebung durch Private? 93
 Gefahr des Fehlverhaltens 89
 Geheimhaltungspflicht s. Schweigepflicht
 Gemeindeordnungen 51, 103 ff. und Haushaltsrecht 117
 gesamtgesellschaftliche Konsequenzen
 – am Beispiel Müllabfuhr Göttingen 176
 – Berücksichtigung im Haushaltsrecht? 112
 – bei kommunalen Entscheidungen 119
 Gesamtinteresse 76 ff.
 Gesamtinteresse und Privatunternehmer 81

gesamtwirtschaftliche Folgekosten 38, 180
 gesamtwirtschaftliches Gleichgewicht
 – und Haushaltsrecht 108
 – und kommunales Haushaltsrecht 117
 – und Privatisierung 53
 Geschäft der laufenden Verwaltung
 Privatisierung als – 102 f.
 gesetzesfreie Verwaltung und Art. 83 ff. GG 71
 Gesetzesverstoß und Privatisierungsvertrag 132 f.
 Gesetzesvorbehalt im kommunalen Bereich 102
 Gesetzgeber und Haushaltsrecht 110
 Gesetzgeber und Privatrundfunk 187 ff.
 Gestaltung der Arbeitsplätze und Mitbestimmung des Personalrats 142
 Gestellungsverträge und Personalrat 173
 Gewaltanwendung und Staat 64
 Gewaltenteilungsprinzip 78 f.
 Gewerkschaft
 Klage durch die – 163
 Gewerkschaften und Privatisierung 43 f.
 Gewerkschaftliches Zustimmungsrecht zur Privatisierung? 139
 Gleichheitssatz in der Daseinsvorsorge 126
 Globalzuweisung 83
 Göttinger Müllabfuhr 171 ff.
 Grünanlagenpflege 22
 Grundbestand des Sozialstaats 122
 Grundgesetz als Kompromißverfassung 65 ff.
 Grundgesetz
 – und totaler Bestandsschutz 121
 – Schweigen zur Privatisierung 71
 Grundrechte des Bürgers 123 ff.
 – Drittwirkung 124
 – Liberalismus 123
 – und Privatisierung 126
 – soziale Rechte 124
 Grundrechtsbindung des Privaten 126 ff.
 Grundrechtsverlust durch Privatisierung? 127 f.
 Hallenschwimmbäder 22, 24
 Handlungsformen der Verwaltung 61
 Haushaltsentlastung durch Privatisierung? 35 ff., 39
 Haushaltsentscheidungen
 Überprüfung von – 152 ff.
 Haushaltsrecht
 – und staatliche Autonomie 69
 – starre Regeln 17
 – und Privatisierung 106 ff.
 – und veränderte Staatsfunktionen 108 f.
 Hierarchieprinzip und Volkssouveränität 77
 Hoheitsaufgaben und Privatisierung 74
 Hoheitsverwaltung 77
 IG Metall und Privatisierung 21
 Illegale Tatsachen und Schweigepflicht 165
 Illegale Staatsgeheimnisse 165
 Indiskretion 164
 Individualistische Rechtsschutzkonzeption 160
 Industriebürokratie 40
 Information der Öffentlichkeit 164

Informationsfreiheit 85
 Inhalt der Staatstätigkeit 46
 institutionelle Zuverlässigkeit des Privaten 91 f.
 Interessenabwägung bei Kündigung 57, 154
 Interessenüberlagerung 88 ff., 174, 182
 – bei Hörfunk und Fernsehen 188
 Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung 98
 Kernbereich von Staatsaufgaben 63 f.
 Klage durch betroffenen Arbeitnehmer 162
 Klage der überstimmten Gemeinderatsmitglieder 159
 Klage durch die Gewerkschaft 163
 Klage gegen Privatisierungsgesetz 158
 Klagebefugnis von Gemeinderatsmitgliedern 160
 Klagen betroffener Bürger 161
 Kölner Schlachthof 18, 36
 kommerzieller Rundfunk 189
 Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel 18
 Kommunalaufsicht und Effizienz des Rechtsschutzes 161
 Kommunalaufsicht und Privatisierung 159
 kommunale Selbstverwaltung 98
 und Haushaltsautonomie 118
 und Privatisierung von Planungskapazitäten 182
 Kommunalparlament und Privatisierung 102
 – Entscheidungsspielraum 115
 Kommunen und Privatisierung 22
 Kompromißcharakter des Grundgesetzes 66

Konkretisierung verfassungsrechtlicher Wertentscheidungen 100 f.
 Kontrolle staatlicher Entscheidungen und Rechtsstaatsprinzip 79 ff.
 Kontrollmechanismen innerhalb des Staatsapparats 158
 Kontrollrechte der öffentlichen Hand
 – Beispiel Göttinger Müllabfuhr 175
 Kosten-Nutzen-Rechnung 37, 111
 kostendeckende Preise 17
 Kostendeckungsprinzip 129
 Kostendegression 17, 39
 – und öffentliche Hand 41
 Kostenvergleich Fremdreinigung
 – Eigenreinigung 177
 Krankenhäuser 22
 – und Grundrechte 127
 Kritik an Unternehmen 40
 Kündigungen aufgrund Privatisierung 56 ff., 113
 – Kündigungsschutz nach dem KSchG 152 ff.
 – tariflicher Kündigungsschutz 151
 – Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats 145, 163
 – Mitbestimmungsrecht des Personalrats 143 f., 163
 Kündigungsrecht gegenüber Privatem 93
 Kündigungsschutz 151 ff.
 Kündigungsschutzverfahren und Überprüfung der Privatisierungsentscheidung 162
 Leistungen der Arbeitslosenversicherung als Kostenfaktor bei der Privatisierung 112

Leistungsansprüche des Bürgers als Privatisierungsschranke? 128
 Leistungsgrundrechte 123 ff.
 Leistungsverwaltung und Eingriffsverwaltung 77, 81 f.
 – und förmliches Gesetz bei Privatisierung 95
 Leistungsverwaltung und Verhältnismäßigkeitsprinzip 88
 Lieferantenkartelle 42
 Literatur zur Privatisierung 58 ff.
 Lohnfortzahlung und Teilzeitarbeit 133
 Lohnkosten 26
 Lohnsteuereinzug 84, 87

marktwirtschaftliche Ideologie und Privatisierung 31 f.
 Massenkommunikationsmittel 185
 Meinungsfreiheit 184 f.
 – in den Medien 190
 ministerialfreier Raum und Privatisierung 83
 Mitbestimmung und Privatisierung 28
 Mitbestimmungsrechte der betrieblichen Interessenvertretung bei Privatisierungen 140 ff.
 Mittelstand und Privatisierung 32
 Moderner Staat 63 ff.
 Müllabfuhr
 – Arbeitsanforderungen 25
 – rechtliche Bedenken gegen Privatisierung 90
 – Beispiel Göttingen 171 ff.
 – Entschädigung bei Rekommunalisierung 94
 – Gültigkeit der Verträge 56
 – Kernbereich der Selbstverwaltung 102
 – Qualitätskontrolle 92
 – Tariflöhne und Nebenleistungen 24 f.

– Übernahme durch den Privaten 25
 – Umfang der Privatisierung 22
 Müllabfuhrsatzung 174
 Museum 24

Nachbargemeinden
 Rücksicht auf – 118
 Nahverkehr und Taxivereinigung 170
 Numerus-clausus-Rechtssprechung 124

öffentliches Eigentum 68
 öffentliche Güter 107 ff., 114
 öffentliche Hand als Privatunternehmer? 30
 öffentliche Unternehmen als Mittel der Wirtschaftssteuerung? 83
 Ökonomisierung der Staatstätigkeit 34, 45 ff.
 – als zwangsläufige Entwicklung? 45 ff.
 ÖTV-Stellungnahmen 21
 Offenheit des Grundgesetzes 66
 – als Interpretationsgrundsatz 67
 offenkundige Tatsachen und Schweigepflicht 164
 Organisationsform des Rundfunks 54
 Organisatorische Veränderungen und Personalrat 140 f.
 Originäre Staatsaufgaben 63

Partizipation und Privatisierung (Abgrenzung) 28
 persönliche Eignung des Privaten 91
 Personalanstieg bei der öffentlichen Hand 40
 Personalkosten der Privatunternehmer 24
 Personalrat und Privatisierung 140 ff.

Personalrat und Schweigepflicht 164 ff.
 Personalrat
 Mitbestimmungsrechte bei
 – Kündigungen 143 f.
 – Sozialplan 144 f.
 – organisatorischen Veränderungen 141 f.
 – Versetzungen 142 f.
 Personennahverkehr 22
 Pflichtaufgaben und Privatisierung 103 f.
 Pflichtverletzung des Privaten 93
 Plakatklebefirma 114
 Planungsaufgaben
 Ausgliederung von – 181 f.
 politische Entscheidungen
 Vorbehalt zugunsten wichtiger – 82 f.
 Positivismus 100
 präventiver Schutz des Bürgers als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips 79 ff.
 Preiserhöhung und Rechte der Bürger 128
 Pressekonzentration 186
 Privatfernsehen 18, 50, 53 ff.
 – und Bundesverfassungsgericht 53 f.
 Privatinteressen und öffentliche Aufgabe 77
 Privatisierung
 – und Beamte 39
 – Begriff 16, 27 ff.
 – und Bürokratie 39 ff.
 – von Bundesvermögen 69
 – und BVerfG 52 ff.
 – und förmliches Gesetz 95
 – formelle P. 28
 – von Hoheitsaufgaben 74
 – und Kündigung 56 ff.
 – und Rationalisierung 29, 33, 45 ff., 155

– und Recht 49 ff.
 – Schweigen des Grundgesetzes 71
 – und Wettbewerb 41 f.
 – Widerstand gegen P. 43 ff.
 – und Wirtschaftssteuerung 38
 Privatisierung als »Rationalisierungsmaßnahme« und Sozialplanvoraussetzung 144
 Privatisierung des VW-Werks 52
 Privatisierungsschutzabkommen 167 f.
 Privatisierungsverbot? 58, 67 ff.
 Privatisierungsvertrag
 – Inhalt im Fall Gebäudereinigung Hildesheim 179
 – Inhalt im Fall Müllabfuhr Göttingen 173
 – und massenhafte Teilzeitbeschäftigung 135
 – Unwirksamkeit wegen Beihilfe zu unerlaubter Ausländerbeschäftigung 132
 – Unwirksamkeit bei fehlender Einschaltung des Gesetzgebers 97
 – Unwirksamkeit bei fehlender Einschaltung des Kommunalparlaments 103
 – Unwirksamkeit bei vorhersehbarer Schlechtleistung 130
 – Unwirksamkeit der Veräußerung von öffentlichem Vermögen 104
 – Unwirksamkeit bei fehlendem Vorbehalt der Rückübernahme 94
 Privatpolizei 81
 Privatrechtssubjekte als gesetzessvollziehende Organe? 70
 Privatrundfunk 183
 Privatschulfreiheit 49, 71
 Privatuniversitäten 50, 125, 127

Privatunternehmer
 – als billigere Alternative? 36
 – Monopolstellung 37
 Privatwirtschaftliche Organisationsform 188
 »Produktionsmittel« als Rechtsbegriff 69
 Prüfsteine und Privatisierung 20

 Qualitätskontrolle gegenüber Privatem 92, 179

 Rationalisierung und Privatisierung 29, 33, 45 ff.
 Rationalisierungsschutzabkommen 155 ff.
 – Auslegung durch BAG 155
 – Durchführungspflicht 137
 – Inhalt 156
 – Öffnungsklauseln 145
 – Rechtsprechung 57 f., 144
 Rationalisierungsmaßnahme 144
 Rechnungshof 159
 Recht als Rahmenbedingung gewerkschaftlichen Handelns 44
 Rechtsaufsichtsbehörde 158
 Rechtsauskunft durch Rechtsschutzsekretär und Schweigepflicht 165
 Rechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip 79
 Rechtsschutzkonzeption 160
 Rechtsstaatsprinzip
 – und Effizienz 87
 – und Privatisierung der Göttinger Müllabfuhr 174
 – und Privatisierung von Planungskapazitäten 182
 – und Privatisierung der Reinigungsdienste Hildesheim 179
 – und Rundfunkverfassung 188
 – und Verwaltungsorganisation 78 ff.

Rechtsprechung zur privatisierungsbedingten Kündigung 57
 Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten behördeneigener Verwaltung 59, 73, 74, 79, 83 ff.
 Reinigungswesen
 s. Gebäudereinigung
 Rekommunalisierung 93
 Revision der Staatstätigkeit 16
 Rückschrittsverbot 120 f., 135 ff.
 Rückübernahme in eigene Regie 93, 179
 – im Arbeitnehmerinteresse 140
 Rundfunkfreiheit 54, 184

 Saarländisches Rundfunkgesetz 51
 Sachfremde Motive bei Privatisierung 117
 Sachgerechtigkeit der Verwaltung als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips 80
 Sachverständigenrat 18, 26
 Schiffskapitän als »Privater« 84, 87
 Schlachthof 22, 56, 96, 99, 128, 193
 Schleswig-holsteinisches Verwaltungsverfahrensgesetz 50 f., 205
 Schulträgerschaft 102
 Schutzzweck des § 613 a BGB 147
 Schweigepflicht
 – des einzelnen Beschäftigten 167
 – der Betriebsratsmitglieder 166 f.
 – der Personalratsmitglieder 164 ff.
 – Verbotsirrtum 165 f.
 Selbstaufgabe der Gemeinde 98
 Selbstregulierung als Ausnahme 84

Selbstverwaltung
 s. kommunale Selbstverwaltung
 Sendemonopol 185
 soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz 66
 soziale Rechte 124
 sozialer Rückschritt
 Verbot des -s 120 f., 135 ff.
 Sozialhilfe als Kostenfaktor bei Privatisierung? 113
 Sozialisierungsermächtigung als Privatisierungsschranke? 65
 Sozialisierung und Privatisierung von Bundesvermögen 52
 Sozialplan bei Privatisierung 144
 Sozialplan und Haushaltsansätze 157
 Sozialpolitik und Prioritätenfestschreibung 121 f.
 Sozialstaatsprinzip 120 ff.
 – und Einschaltung Privater 55
 Sozialversicherung bei Privatunternehmen 24
 Sozialversicherung und Teilzeitbeschäftigung 133 f., 180
 Sparsamkeit
 s. Wirtschaftlichkeit
 SPD-Stellungnahmen 20
 Sperrwirkung des Art. 15 GG? 58
 Staat im Kapitalismus 45 ff.
 Staat und Kapitalverwertung 45
 Staat als unmittelbares Instrument? 46
 Staatliche Organisation und Tarifvertrag 168
 Staatliche Kontrolle des Privaten 90 ff.
 Staatsaufgaben und Grundgesetz 65
 – originäre S. 63
 – und Haushaltsrecht 111
 Staatsaufsicht 89 ff.
 Staatseigentum 52

– als öffentliches Eigentum? 68
 – Unantastbarkeit? 68
 Staatsgeheimnisse 165
 Staatsintervention und Haushaltsrecht 108 ff.
 Staatsorganisation und Recht 60
 Staatsrundfunk? 54, 85
 Staatstätigkeit und soziale Auseinandersetzung 46, 64
 – Funktionsschutz? 69
 Städtetag
 – Stellungnahmen des -s 19, 20
 Stellenstreichung und gerichtliche Überprüfung 57
 Steuerbilanz des Privaten 92
 Steuerstaat 46 f.
 Steuersystem 47
 Steuerungskapazität der öffentlichen Hand 67, 83
 Straßenbahntarife und Gleichheitssatz 122, 126
 Struktur und Typus der Gemeinde 99
 Subsidiarität in der Jugend- und Sozialhilfe 55 f.
 Subsidiaritätsprinzip 85 ff.
 – Begriff 85
 – Kritik 86
 – Rechtsprechung 85 f.
 Subunternehmer und Tarifvertrag 137
 Superverfassungsrecht 64

 Tarifliche Leistungen
 – Vergleich öffentlicher Dienst – private Müllabfuhr 24
 – Vergleich öffentlicher Dienst – Gebäudereinigungshandwerk 24, 178
 Tarifvertrag über Privatisierung 167 f.
 Teilzeitbeschäftigung bei Privatunternehmen 24

Teilzeitbeschäftigung als Existenz-
 grundlage 134
 Teilzeitbeschäftigte
 – sachlicher Grund 135
 – Lohnfortzahlung 133
 – Sozialplan 145, 156
 – Sozialversicherungspflicht 133
 – fehlende Unkündbarkeit? 151
 – Verbot der Beschäftigung von
 T.? 133 ff., 180
 – und Zuverlässigkeit des Pri-
 vaten 91
 Telefonverkehr 106
 Tradition und Einschaltung Pri-
 vater 72
 Träger der freien Jugendhilfe 50
 Transparenz der staatlichen Tätig-
 keit 40

 Übertragung von Betrieben und
 Betriebsteilen 149
 Überwachung des Privaten 92
 Umweltschutz und Privatisie-
 rung 37, 113
 Unantastbarkeit der Unternehmer-
 entscheidung 152
 Unbedeutende Vorgänge und
 Schweigepflicht 165
 Unbestimmtheit des Kernbe-
 reichs 100
 Uneigennützigkeit der Verwaltung
 als Ausdruck des Rechtsstaats-
 prinzipis 80
 Unkündbarkeit und Privatisie-
 rung 151
 Unparteilichkeit der Verwaltung als
 Ausdruck des Rechtsstaatsprin-
 zipis 80
 Unterlaufung des Tarif-
 niveaus 137
 Unternehmer und Staat 46
 Unternehmerentscheidungen
 Überprüfung von U. 152 ff.
 Rechtmäßigkeit 153

 Unternehmerfreiheit und Durch-
 führungspflicht 139
 Unternehmergrundrechte und Pri-
 vatfunk 184 ff.

 Veräußerung von Unter-
 nehmen 83
 Veräußerung unter Wert 104
 Veräußerungsbeschränkungen in
 Gemeindeordnungen 104
 Verbot des sozialen Rück-
 schritts 120 f., 135 ff.
 Verbotsirrtum bei Schweige-
 pflicht 165
 Verfahren
 – bei der Abwägung der Vor- und
 Nachteile der Privatisie-
 rung 115 ff.
 – Beispiel Müllabfuhr Göt-
 tingen 175
 – Beispiel Pinneberg 182
 – bei der Privatisierung 95, 102
 – zur Verhinderung unzulässiger
 Privatisierungen 158 ff.
 Verfassungsinterpretation
 100 f.
 Verfassungsrecht und Privatisie-
 rung 49
 Verfilzung 17
 Verflechtung von Staat und indu-
 striellen Entscheidungszen-
 tren 45
 Verhältnismäßigkeit 88, 179
 Verkehrsbetriebe der Kommun-
 en 102, 196
 Verrechtlichung
 – der Staatsorganisation 200
 – der Staatstätigkeit 49, 59
 Versetzungen
 – Klage des Arbeitnehmers 162
 – Mitbestimmungsrecht des Be-
 tribsrats 145, 163
 – Mitbestimmungsrecht des Perso-
 nalrats 142 f., 163

– Zustimmungsrecht des Arbeit-
 nehmers 142
 Versorgungsbetriebe 196
 Verwaltungsorganisation und De-
 mokratieprinzip 76 ff.
 Verwaltungsverfahrensgesetz
 – Bund 50
 – Schleswig-Holstein 50 f., 205
 Volksaktie 18
 Volkswille und Verwaltungsorgani-
 sation 77
 volkswirtschaftliche Betrachtungs-
 weise im Haushaltsrecht 111
 Vormund als privater Amtswalter 80
 »Vorprogrammierung« der Staats-
 tätigkeit 46
 vorverfassungsmäßiges Gesamtbild 72
 VW-Entscheidung des BVerfG 52

 Wäschereien 205
 Wasserversorgung als sozialstaatli-
 ches Minimum 125
 Wechsel des Rechtsträgers 30
 Weiterbeschäftigung an einem an-
 deren Arbeitsplatz 143
 Wertentscheidung im Grundgesetz
 und praktische Umsetzung 100
 Wesensgehalt der kommunalen
 Selbstverwaltung 101
 Wettbewerb in privatisierten Berei-
 chen? 42
 Wettbewerb als Mittel der Effi-
 zienzsteigerung 41
 Widerrufsvorbehalt und Entschädi-
 gungspflicht 94
 Widerspruchsrecht des Arbeitneh-
 mers bei Betriebsübergang 150
 – Widerspruch durch Kündigungss-
 chutzklage 162
 Willkürliche Unternehmerentschei-
 dung 152
 Wirtschaftlichkeit und Sparsam-
 keit 106 ff.

 – Abwägung der Vor- und Nach-
 teile 113 ff.
 – Begriff 107
 – und Demokratieprinzip 109
 – und rechtswidrige Möglich-
 keiten 110
 – Rechtsgrundlage 106 f.
 – Fernwirkungen einer Maß-
 nahme 111
 – Prozeß der Entscheidungsfin-
 dung 115 f.
 – Beispiel Pinneberg 182
 – Beispiel Müllabfuhr Göt-
 tingen 175
 – Beispiel Gebäudereinigung Hil-
 desheim 180
 – kommunaler Bereich 117 f.
 – Veränderungen der Staatstätig-
 keit 108 f.
 Wirtschaftssteuerung und Privati-
 sierung 38, 53
 Wirtschaftsordnung und Grund-
 gesetz 66
 wirtschaftsverfassungsrechtliche
 Neutralität des Grundge-
 setzes 66
 – und sozialer Abbau 136
 – und Haushaltsrecht 112
 – und Rundfunkverfassung 190
 Wissenschaftlicher Beirat beim
 Bundesminister der Finan-
 zen 18, 26
 Wohlfahrtsorganisationen 55

 Zentralverband des deutschen
 Handwerks 18
 Zugang zur Sozialversiche-
 rung 134
 Zustimmungsrecht der Gewerk-
 schaft zur Privatisierung 139
 Zuverlässigkeit des Privaten 91
 Zulassung eines Privatrund-
 funks 183 ff.

Nachbemerkung:

Die vorliegende Arbeit baut auf einem Rechtsgutachten auf, das ich im Jahre 1977 dem Hauptvorstand der Gewerkschaft ÖTV erstattet habe. Das Manuskript wurde im Juni 1980 abgeschlossen; später erschienene Literatur konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Leserinformation zu der Reihe Demokratie und Rechtsstaat

Kritische Abhandlungen zur Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik.

Herausgegeben von Rudolf Wassermann, Theo Rasehorn und Frank Benseler.

»Demokratie und Rechtsstaat« bedeutet ein Programm: In der Geschichte ist der Rechtsstaat häufig als obrigkeitliche Machtorganisation erschienen, dessen wichtigstes Ziel Ordnung im Sinne von Herrschaft war. In einer Gesellschaft, in der die Souveränität des Volkes und Selbstbestimmung auf der Grundlage einer sozial gesicherten menschenwürdigen Existenz auf dem Panier der Verfassung stehen, dürfen Demokratie und Rechtsstaat nicht zu einem Gegensatz werden. Kritische Wachsamkeit ist geboten, um die zentralen Grundentscheidungen der Verfassung vor Manipulation und unauffälliger Erosion zu schützen. Aufklärung ist aber auch erforderlich, soll Demokratie nicht allein auf den staatlichen Bereich beschränkt bleiben und zur formalen »Spiel«-Regel verkümmern.

Seit 1965 bietet die Reihe »Demokratie und Rechtsstaat« unter diesem Anliegen eine Plattform zur Diskussion zentraler Themen aus dem Bereich von Rechtskritik und Rechtsreform. Sie strebt dabei unbeschadet ihres wissenschaftlichen Anspruchs Verständlichkeit für breite Leserschichten an.

Lieferbare Titel aus der Reihe Demokratie und Rechtsstaat (Stand Juli 1980)

Norbert Reich, Markt und Recht – Theorie des Wirtschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland (Band 35), 1977, 421 Seiten, DM 19,80 (Art. 16001)