

Professor Dr. Dr. hc. Siegfried Broß:
Wasser, Gas, Strom . . .
Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist
oder
sogar die Demokratie gefährden kann

Vortrag anlässlich der vom
Berliner Wassertisch/Muskauer Straße
in Zusammenarbeit mit der
Urania e.V.
am 30. Januar 2013 organisierten Veranstaltung zur
Gefährdung der Demokratie
durch die Privatisierung der Daseinsvorsorge

Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe

Siegfried Broß: Wasser, Gas, Strom... Warum Privatisierung kein Allheilmittel ist – oder sogar die Demokratie gefährden kann. In: Schriftenreihe zur Rekommunalisierung der Berliner Wasserbetriebe (SZR). Hrsg. v. Berliner Wassertisch/Muskauer Straße. Heft 2. Berlin, Februar 2013.

Impressum

Herausgeber:

Berliner Wassertisch/Muskauer Straße

c/o GRÜNE LIGA Berlin e.V.

Prenzlauer Allee 8, 10405 Berlin

<http://berliner-wassertisch.info>

Satz und Layout:

Johanna Söhnigen



1 Einführung

1.1

Das Thema des heutigen Abends ist nicht erst neuerdings aktuell, sondern hat einen Entwicklungsprozess von etwa 20–30 Jahren durchgemacht. Wir haben es mit einem ganzen Bündel von Ursachen zu tun, die nicht allein auf der nationalen Ebene angesiedelt sind. Vor etwa 30 Jahren ging es zunächst um den schlanken Staat, der dann allerdings doch zu magersüchtig wurde und den verfassungsrechtlichen Body-Maß-Index der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland (Art. 79 Abs. 3 GG) verfehlte. In diesem Zusammenhang wurden viele Bereiche der Infrastruktur von Bund, Ländern und Gemeinden privatisiert. Allein auf der Bundesebene sank die Zahl der staatlichen Beteiligungen von 985 im Jahr 1982 auf den nunmehr historischen Tiefstand von weniger als 100.¹ Es ist paradox: Während in Griechenland radikale Privatisierungsmaßnahmen zur Anwendung kommen – von der Abfallentsorgung bis zur Energieversorgung –, leiden deutsche Städte und Gemeinden eben unter diesen Rezepten der Entstaatlichung. Ihre Finanzlage verschlechtert sich rapide.

Inzwischen gibt es allerdings diskrete Anzeichen dafür, dass ein Umdenken einsetzt und in Teilen des öffentlichen Bereichs sich ein Bewusstsein entwickelt, das die Vorzüge der öffentlichen Daseinsvorsorge erkennt und in einem größeren Zusammenhang versteht.²

¹Im einzelnen hierzu neuerdings Siegfried Broß u. Tim Engartner: *Vom Wasser bis zur Müllabfuhr: Die Renaissance der Kommune*. In: Blätter für deutsche und internationale Politik, 2013/1, S. 90–96, hier: 90. [URL: <http://www.blaetter.de/archiv/jahrgaenge/2013/januar>; (kostenpflichtig); letzter Zugriff am 12.2.2013].

²Zuvor schon seit vielen Jahren vor allem Broß: Daseinsvorsorge–Wettbewerb–Gemeinschaftsrecht. In: JuristenZeitung (JZ) 2003, S. 874ff.; ders., *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Glanzlichter der Wissenschaft – Ein Almanach. Hrsg. v. Deutschen Hochschulverband, Stuttgart 2007, S. 25–33; ders., *Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl?* In: Universitas – Orientierung in der Wissenschaft. Stuttgart 2007, S. 995–1009; ders., *Daseinsvorsorge und notwendige Staatsaufgaben. Was sollen Staat, Kommunen und Private tun (dürfen)?* In: Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik. 47. Jg. Nr. 182, 2008/2, S. 56–69; ders., *Der Umbau mehr oder weniger existentieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem*. In: Rückzug des Staates und Freiheit des Einzelnen: Die Privatisierung existenzieller Infrastrukturen. Hrsg. v. Martin Hochhuth. In: Wissenschaftliche Abhandlungen und Reden zur Philosophie, Politik und Geistesgeschichte. Bd. 69. Berlin 2012, S. 9–20, hier: 9.

1 Einführung

Es ist unabdingbar, diesen Zusammenhang zu ermitteln und offen zu legen, weil eine lediglich sektorale Betrachtung des Problems nicht geeignet ist, die für die Fehlentwicklung verantwortlichen Wirkmechanismen und Initiatoren zu identifizieren. Die Teilprivatisierung der Berliner Wasserbetriebe wie auch deren teilweise Rückentwicklung ist keine Besonderheit, die auf Berlin beschränkt oder gar dort „erfunden“ worden wäre, sondern – wie das Beispiel Baden-Württemberg mit dem Rückkauf von Anteilen der EnBW durch das Land wie auch die Deprivatisierung der JVA Offenburg zeigen – Teil einer sich bundesweit entwickelnden „Bewegung“. Das Recht vermag hierzu zunächst nur bedingt einen Beitrag zu leisten. Der gesamte Prozess ist eingebettet in ein Bewusstsein und einen neudeutsch sogenannten *main-stream*, der, gleichsam durch ein Tabu geschützt, sich über Jahrzehnte entfaltet hat und keinerlei Kritik oder gar Widerspruch aufkommen ließ. Politik, Medien, große Teile der Wissenschaften (Ökonomie, Rechtswissenschaften) und einflussreiche Beratungsunternehmen bildeten eine geradezu „geschlossene Allianz“. In diesem Zusammenhang ist etwa an den Brief der 180 im Zusammenhang mit der Euro-Krise zu erinnern.³ Nicht wenige der Mitverfasser gehören zu den Wegbereitern der hier zu behandelnden Fehlentwicklung.

1.2

Das Recht vermag vor allem deshalb wenig zu deren Behebung beizutragen, weil sie die elementaren Staatsstrukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland betrifft: Demokratie-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip. Nach dem prozessualen System für die Anrufung des Bundesverfassungsgerichts bietet etwa die Verfassungsbeschwerde für die Menschen keine Handhabe, eine Änderung oder Korrektur von Politik herbeizuführen. Diese Staatsstrukturprinzipien sind nicht als subjektive Rechtspositionen, die einklagbar wären, ausgestaltet. Das machen z. B. auch die inzwischen zahlreichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur europäischen Integration seit dem Urteil zum Vertrag von Maastricht (BVerfGE 89, 155) im Jahr 1993 deutlich. Nebenbei bemerkt: Wenn überhaupt, könnte insoweit nur die sogenannte *Elfes-Konstruktion* des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 6, 32 (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 79 Abs. 3 GG) helfen. Was dem Bereich der Politik zuzurechnen ist – und dazu gehört die Privatisierung – kann auch über Elemente der direkten Demokratie, die auf der Bundesebene ohnehin nur ausnahmsweise vorgesehen ist, in den Ländern etwas stärker und in den Gemeinden deutlicher, wegen der Gestaltung

³Vgl. *Protestaufruf: Der offene Brief der Ökonomen im Wortlaut*. In: FAZ v. 5. Juli 2012 [URL: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/protestaufruf-der-offene-brief-der-oekonomen-im-wortlaut-11810652.html> ; letzter Zugriff am 12.2.2013.]

der repräsentativen Demokratie in Deutschland nicht „überspielt“ werden. Gerade deshalb ist es aber überaus wichtig, den Versuch zu unternehmen, das öffentliche Bewusstsein zu sensibilisieren und dann umzukehren und hierfür gerade die Meinungsträger und Meinungsbildner zu gewinnen, die zuvor überwiegend für die Herausbildung der Fehlentwicklung verantwortlich waren. Inzwischen müsste ins allgemeine Bewusstsein gedrungen sein, dass die Bundesrepublik Deutschland Probleme mit der Identifikation der Menschen mit diesem Staat hat – was sich unter anderem zuletzt erneut in einer bestürzend niedrigen Wahlbeteiligung am 20. Januar 2013 bei den Landtagswahlen in Niedersachsen gezeigt hat – wie auch bei dem zunehmenden Empfinden großer Teile der Bevölkerung von einer Gerechtigkeitslücke, wenn 15 % an der Armutsgrenze leben. Im übrigen leben innerhalb der Europäischen Union nahezu 130 Millionen an der Armutsgrenze bei etwa 29 Millionen Menschen ohne Arbeit und einer erschreckend hohen Jugendarbeitslosigkeit (Menschen unter 25 Jahren) in Spanien mit etwa 50 % und in Griechenland mit etwa 60 %.⁴

⁴Vgl. SZ Nr. 280 v. 4. Dez. 2012, S. 4. [URL: <http://sz.de/1.1539914> ; letzter Zugriff am 12.2.2013].

2 Strömungen

2.1

Eine häufig übersehene, aber nicht unwirksame Begebenheit im Jahre 1971 stand letztlich am Beginn der Entwicklung. Präsident Nixon fasste seinerzeit aus durchaus aner kennenswerten Gründen den Entschluss, die Goldpreisbindung des US-\$ zu unterbinden. Er wollte damit nicht zu billigende gewissenlose Spekulationen gegen die US-Währung beenden. Das war aber der Startschuss für die Entwicklung von Finanzprodukten losgelöst von der Realwirtschaft.¹

2.2

Die europäische Integration entfaltete einen Privatisierungsdruck für die Mitgliedstaaten in den Bereichen der öffentlichen Infrastruktur. Der schrankenlose Wettbewerb wurde gleichsam zu einem zentralen „Staatsziel“ der Integration erhöht. Es wurde auf diese Weise eine neue Werteordnung geschaffen, die die Menschen in nicht geringem Maße ausblendete. Es wurde übersehen, dass die öffentliche Infrastruktur im Bereich der Daseinsvorsorge eine unmittelbare Ausprägung des Sozialstaatsprinzips ist, das sich in der Bundesrepublik Deutschland nach deren Verfassungsrechtslage mit der Unantastbarkeit der Menschenwürde des Art. 1 GG verbindet. Wettbewerb ist definitionsgemäß rücksichtslos und die betroffenen Bereiche, die für ein menschenwürdiges Dasein unabdingbar sind und von den einzelnen Menschen nicht selbst geschaffen und sichergestellt werden können (z. B. Leistungen von Bahn und Post, Energie, Krankenhäuser, Straßen und dergleichen mehr), sind außerhalb des herkömmlichen Wirtschaftslebens angesiedelt und deshalb auch dem ihm eigenen Wettbewerb fremd. In Folge dieser Entwicklung ist ferner eine Funktionselite herangewachsen, die von allem nur den Preis und den eigenen Vorteil und von nichts den Wert kennt. Demokratie, Rechts- und Sozialstaat sind Werte an sich, die der

¹Einzelheiten hierzu bei Schäfer, SZ Nr. 173 vom 28./29. Juli 2012, S. 2; grundlegend Rolf Stürner: *Markt und Wettbewerb über alles? Gesellschaft und Recht im Fokus neoliberaler Marktideologie*. München 2007.

2 Strömungen

Erfassung mit ökonomischen Maßstäben und einer Bemessung in Euro und Cent von vornherein verschlossen sind.

Die Globalisierung kann nicht als „Alibi“ angeführt werden, weil gerade die Bereiche der Daseinsvorsorge ihrer Eigenart entsprechend nicht in einem Austauschverhältnis zwischen Staaten und Menschen stehen und deshalb nicht im wirtschaftlichen Sinne „verkehrs-fähig“ sind. Zudem kommt etwa das Frischwasser aus Quellen in Deutschland und nicht in Übersee und der Strom kann auch nicht über die Ozeane befördert werden. Das Projekt eines Transports durch das Mittelmeer ist zunächst einmal gescheitert.

2.3

In Deutschland kam eine innerhalb der Rechtswissenschaften entwickelte Theorie des „Gewährleistungsstaates“ hinzu. Sie möchte den Staat letztlich auf eine Wächterrolle beschränken und favorisiert die Leistungserbringung im Wettbewerb allein durch Private oder in Mischformen von öffentlicher Hand mit Privaten.² Damit werden das Sozialstaats – wie auch das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip unterlaufen. Auf frühere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (z. B. BVerfGE 38, 241 und BVerfGE 107, 59) kann sie nicht gestützt werden; denn diese Entscheidungen betreffen ganz andere Konstellationen und vor allem nicht die Auslieferung eines öffentlichen Infrastrukturbereichs an einen Wettbewerb unter Privaten.

Zunächst wird übersehen – sowohl vom Standpunkt der Integrationsebene wie auch dem des Gewährleistungsstaates –, dass die Ersetzung staatlicher Monopole durch private Monopole oder äquivalente Strukturen (Oligopole oder Kartelle) offenkundig sachwidrig ist. Des Weiteren ist die Beschränkung des Staates auf eine Wächterrolle in diesen für die rechtsstaatliche Demokratie substanziellen Bereiche erfahrungswidrig: Schon allein die Tätigkeitsberichte des Bundeskartellamts seit Jahrzehnten belegt die Hilflosigkeit des Staates gegen die Regelverstöße vieler Wirtschaftsteilnehmer – bis zuletzt der Aufdeckung des „Schienenkartells“. Die Überwachungsbehörden müssten so angelegt werden, dass die Bundesrepublik Deutschland – wenn sie effektiv sein sollten und wollten – zum nicht wünschenswerten „Polizeistaat“ mutieren würde. Es tun sich aber weitere Widersprüche auf. Das Ziel „schlanker Staat“ wird verfehlt, von der Kostenbelastung der Allgemeinheit für diesen Personalkörper aus einem schmaler gewordenen Topf der öffentlichen Einnahmen abgesehen; denn die Unternehmen in den privatisierten Bereichen nehmen an den Segnungen der Unter-

²Einzelheiten hierzu mit Nachweisen etwa bei Schoch, NVwZ 2008, S. 241; Britz, VerwArch. 91 (2000), S. 418.

nehmensteuerreform Teil und es ist noch auf die verheerenden Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt einzugehen.

2.4

Es ergeben sich weitere bemerkenswerte Widersprüche. Die Integrationsebene favorisiert und propagiert mit ihrer Überhöhung des Wettbewerbsgedankens und der Auslieferung öffentlicher Infrastruktur an diesen unter anderem auch die Mobilität der Menschen in Europa. Schon vor dem Hintergrund der Grundrechtecharta ist diese Sicht der eingeleiteten Entwicklung zynisch. Es werden Familienbindungen zerstört, Kindern ein oder beide Elternteile entrissen und die Bildung stabiler gesellschaftlicher Beziehungen verhindert. Die Menschen werden zum jederzeit austauschbaren Produktionsfaktor herabgewürdigt. Wanderungsströme in Europa sind sicher kein anstrebenswertes Integrationsziel.

Wie unreflektiert die Privatisierung öffentlicher Infrastrukturbereiche inzwischen „geraten“ ist, zeigt sich unter anderem daran, dass etwa die Bundesanwaltschaft in Karlsruhe – die oberste Anklagebehörde der Bundesrepublik Deutschland – wie auch zum Teil Einrichtungen der Bundeswehr von privaten Sicherheitsdiensten bewacht werden. Der eklatante Widerspruch, einerseits durch das zu Recht vor dem Bundesverfassungsgericht gescheiterte Luftsicherheitsgesetz den Abschuss von Flugzeugen mit Inkaufnahme des Todes der Passagiere vorzusehen, andererseits aber die Überwachung des Luftraums zu privatisieren, wird schon gar nicht mehr gesehen. Zugleich wurde intransparenten und rechtsstaatlich wie demokratisch nicht legitimierten Rating-Agenturen ein Einfluss beispielloser Art auf die Staaten – zuletzt den Euro-Staaten – eingeräumt. Sie treiben ohne Verantwortung die Staaten vor sich her, und niemand fragt mehr, wie dieses Agieren demokratisch und rechtsstaatlich zu legitimieren ist. Man ist fassungslos, wie sich Staaten im Widerspruch zu ihren verfassungsrechtlichen Bindungen und die europäische Union insgesamt so wie hier abhängig machen konnten.

Die Privatisierungen der öffentlichen Infrastrukturbereiche haben im Gegensatz zum Demokratieprinzip auch zur Folge, dass die Bedingungen des Wirtschaftsstandorts Deutschland nicht mehr von der demokratisch legitimierten Staatsgewalt, sondern von Privaten über die von ihnen geforderten Entgelte ebenso wie die Qualität und die Leistungsfähigkeit der von ihnen „betreuten“ Infrastruktur bestimmt werden. Für den Sozialbereich ist zu bedenken, dass etwa die Güte der Krankenversorgung wie auch die Standards in teilprivatisierten Justizvollzugsanstalten und psychiatrischen Landeskrankenhäusern über die Ratings der Unternehmen nicht entsprechend

2 Strömungen

den verfassungsrechtlichen Vorgaben, sondern nach ökonomischen Gesichtspunkten festgelegt werden. So hat z.B. vor wenigen Monaten ein namhafter privater Klinikbetreiber ein Renditeziel von 15% verkündet (von den seinerzeitigen von der Deutsche Bank angestrebten 25% einmal abgesehen).

3 Schattenseiten

3.1 Arbeitsleben

Mit der Privatisierung öffentlicher Infrastruktur war der Verlust von schätzungsweise 1,2 Millionen regulären Arbeitsverhältnissen verbunden. Die Diskussion um Tariftreue, Mindestlöhne, Leiharbeitsverhältnisse, Minijobs und Scheinselbständigkeit wie auch immer weiter um sich greifender Schattenwirtschaft hat diesen Prozess begleitet. Die staatliche Ebene hat in seinem Gefolge ihre Vorbildfunktion für die Arbeitswelt weitgehend eingebüßt und sich selbst nicht gescheut, prekäre Arbeitsverhältnisse zu begründen. Es muss nachdenklich stimmen, wenn vor etwa einem Jahr die Verwaltung des Deutschen Bundestages durchsucht wurde und später das Sozialgericht Berlin ihr in diesem Zusammenhang die rechtswidrige Begründung von Scheinselbstständigkeit vorgehalten hat. Inzwischen geht man für die Bundesrepublik Deutschland von weit über 7 Millionen solcher prekärer Arbeitsverhältnisse mit entsprechend verringerten Aufkommen der Sozial- und Steuerkassen wie auch der nachfolgenden Verpflichtung des Staates aus, für diese „Geringverdiener“ im Alter ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten. Welche positiven Effekte die reguläre Beschäftigung in den Bereichen der öffentlichen Infrastruktur für die Menschen, eine stabile Gesellschaft und die öffentlichen Kassen hat, wird unter anderem daran deutlich, dass die Begründung von etwa 550.000 regulären Arbeitsverhältnissen im Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Aufschwung Milliarden Euro in die öffentlichen Kassen „gespült“ hat.

3.2 Transparenz und Sachgerechtigkeit der Vertragsgestaltung

3.2.1

Aus dem Demokratieprinzip folgt als eine Ausprägung des Öffentlichkeitsprinzips die Transparenz der Vertragsgestaltung bei der Veräußerung öffentlicher Infrastruktur,

3 Schattenseiten

sei es im Falle einer gänzlichen Entäußerung, sei es bei teilweiser Veräußerung und verbleibender Beteiligung der öffentlichen Hand. Insoweit sind zwei Gesichtspunkte auseinanderzuhalten, die auf unterschiedlichen Ebenen angesiedelt sind. Vor etwa 50 Jahren brach sich das Schlagwort „keine Flucht der staatlichen Gewalt in das Privatrecht, um sich der Bindung an die Grundrechte zu entziehen“ Bahn. Ebenso wenig darf sich der Staat legitimer demokratischer Kontrolle durch die Volksvertretung dadurch entziehen, dass er vitale staatliche Aufgaben gänzlich oder teilweise auf Private überträgt und unter Hinweis auf deren „Persönlichkeitsschutz“ und „Schutz der Geschäftsgeheimnisse“ Teile des zugrunde liegenden Vertragswerks geheim hält. Stehen die Interessen eines privaten Unternehmens der Offenlegung entgegen, so ist wegen des Vorrangs der Verfassung von einem so gestalteten Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Es wäre denkgesetzwidrig, verfassungsrechtliche Vorgaben gleichsam unter Privatvorbehalt zu stellen. Das Bundesverfassungsgericht misst diesem Gesichtspunkt einen hohen Stellenwert bei. Es billigt den Entzug von Teilen des Haushaltsplans der öffentlichen Beratung im Plenum nur ausnahmsweise, wenn überragende Gründe für eine Geheimhaltung (z. B. Staatssicherheit) angenommen werden können (BVerfGE 70, 324). Daran ist auch die Befassung lediglich eines kleinen Gremiums des Deutschen Bundestags im Zusammenhang von Leistungen im Rahmen des europäischen Rettungsschirms zu Recht gescheitert. Allerdings soll nicht verschwiegen werden, dass das Bundesverfassungsgericht sich hier in dem einen oder anderen Fall schwer tut. So etwa bei der Beurteilung der Transparenzanforderungen an finanzielle Leistungen an Abgeordnete außerhalb des parlamentarischen Raums.¹

Der andere Gesichtspunkt ist der, dass die sachliche Gestaltung des Veräußerungsgeschäfts nicht nachgeprüft werden kann. So hat erst vor kurzem der Rechnungshof des Landes Niedersachsen die Veräußerung von acht Landeskrankenhäusern im Jahre 2007 beanstandet. Er listet massive Mängel auf und rügt, dass Landesvermögen unter Wert verkauft wurde.² Ungeachtet der Frage, ob insoweit dem Strafrecht unterliegende Sachverhalte gegeben sein könnten, ist die Rechtsprechung der Zivilgerichte hier sehr streng; denn der Staat hat nichts zu verschenken. Das hat der Bundesgerichtshof schon in einer Entscheidung vor über 50 Jahren (BGHZ 36, 394) und noch einprägsamer im Jahr 1967 in BGHZ 47,30 entschieden. Es schlägt nichts, wenn immer wieder versucht wird, diese gerichtlichen und die öffentliche Hand bindenden Erkenntnisse „kleinzureden“.

¹Hierzu z. B. BVerfGE 118, 277 zu den Verhaltensregeln für Abgeordnete des Deutschen Bundestages, die ein Stimmenverhältnis von vier zu vier ausweist.

²Einzelheiten hierzu SZ Nr. 8 vom 10. Jan. 2013, S. 6.; vgl. auch: NDR: Verkaufte Niedersachsen Kliniken unter Wert? 10.1.2013 [URL: <http://www.ndr.de/regional/niedersachsen/landeskrankehaus101.html> ; letzter Zugriff: 12.2.2013].

3.2.2

Die Transparenz solcher Verträge erlangt noch unter einem anderen Gesichtspunkt Bedeutung. Von erheblichem Interesse ist – wie das Beispiel von Niedersachsen zeigt – die Ermittlung des Kaufpreises. Dieser kann Indikator für manches sein im Zusammenhang mit einer Gesamt- oder teilweisen Veräußerung öffentlichen Eigentums, wird aber in jedem Fall bei Rücknahme ein zentrales Element für den dann zu ermittelnden Preis. Dieses Problem ist nicht ohne „Charme“, weil ein wesentliches Argument für die Privatisierung auch war, dass alles bei Erledigung durch Private billiger würde. Allerdings sehe ich keine vormals durch die öffentliche Hand erbrachte Leistung, die billiger geworden wäre. Die Telefongebühren eignen sich als Gegenargument nicht; denn diese wurden seinerzeit aus sozialen Gründen für eine Quersubventionierung anderer Postdienste hochgehalten. Gleichwohl werden viele der vormals öffentlichen Dienstleistungen – wie zuvor erläutert – mit erheblichen Regelverstößen vor allem im Arbeitsrecht erbracht und die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung fällt überaus düster aus.

Die Transparenz ist ferner deshalb angezeigt, weil häufig bei Privatisierungen ganz erhebliche Kosten für die begleitenden Berater anfallen. So weist Werner Rügemer für die Privatisierung der Londoner U-Bahn bei einem Volumen von 4 Mrd. – ein Honorar für diese Beratung i. H. v. 730 Mio. – nach.³ Aufmerksamkeit verdient unter dem Gesichtspunkt der Transparenz auch sein Hinweis darauf, dass dem eine gesetzliche Grundlage von immerhin 28.000 Seiten vorausging.⁴ Man wüsste naheliegender, wer die Autoren waren, zumal wenn die Berater jedenfalls weit überwiegend auf der Erwerberseite angesiedelt sind.

³Vgl. Vorgänge 2008, S. 82 u. 87.

⁴Vgl. Vorgänge 2008, S. 84.

4 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

4.1

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland bestimmt in Art. 20 Abs. 1 zentral für das gesamte Staatswesen, dass die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat ist. Demokratie- und Sozialstaatsprinzip stehen gleichgewichtig und gleichverpflichtend nebeneinander und erfreuen sich einer Absicherung gegen eine verfassungsgemäße Änderung, die also auch nicht mit Zweidrittel-Mehrheit gemäß Art. 79 Abs. 3 GG möglich ist (verfassungsrechtlicher Body-Maß-Index). Das Bundesverfassungsgericht hat es sich von Anbeginn seiner Rechtsprechungstätigkeit angelegen sein lassen, das Sozialstaatsprinzip zu erhellen und aufzuklären. Allerdings ist hier manches bei den politischen Akteuren und nicht-staatlichen, gleichwohl aber überaus einflussreichen, Institutionen und Organisationen in Vergessenheit geraten.

4.2

Grundlegend sind zunächst solche Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die sich mit der Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik Deutschland beschäftigen. Zentral ist hier die Entscheidung im Streit um die Mitbestimmung (BVerfGE 50, 290 <336–338>). Dort hat das Bundesverfassungsgericht unter anderem ausgeführt, dass die Freiheit des Gesetzgebers zur Gestaltung der Wirtschaftsordnung nicht zu einer Verkürzung der in den Einzelgrundrechten verbürgten Freiheiten führen darf, ohne die nach der Konzeption des Grundgesetzes ein Leben in menschlicher Würde nicht möglich ist. Die Aufgabe für den Gesetzgeber besteht sonach darin, die grundsätzliche Freiheit zu wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der einzelne Bürger gerade auch dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch hat. Das

4 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

Bundesverfassungsgericht hat schon zu Beginn seiner Rechtsprechung die Bedeutung des Sozialstaatsprinzips für die Gesellschaft und deren Stabilität und damit für die rechtsstaatliche Demokratie insgesamt erkannt. Es hat in seiner Entscheidung BVerfGE 1, 97 <105> befunden, dass der Gesetzgeber zur Verwirklichung des Sozialstaates zu sozialer Aktivität, vor allem dazu verpflichtet ist, sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für alle zu bemühen.

4.3

Für den Bereich der Daseinsvorsorge im Besonderen, zu dem auch die sozialen Sicherungssysteme (Kranken- und Rentenkassen) zu rechnen sind, hat das Bundesverfassungsgericht die Menschenwürde unmittelbar in den Mittelpunkt seiner Betrachtung gestellt. So hat es in BVerfGE 66, 248 (258) ausgeführt, dass z. B. die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört. Sie sei eine Leistung, derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedürfe. Schon in einer früheren Entscheidung (BVerfGE 38, 258 <270 f.>) hat das Bundesverfassungsgericht auf diesen für den Staat, und damit auch für den Sozialstaat, wichtigen Aspekt hingewiesen, dass die öffentliche Hand in wachsendem Umfang im Bereich der Daseinsvorsorge Aufgaben übernimmt, die unmittelbar oder mittelbar der persönlichen Lebensbewältigung des einzelnen Bürgers dienen. Hinter diesen Überlegungen steht, dass sich das Sozialstaatsprinzip mit der Würde des Menschen verbindet. Das ist das maßgebliche Menschenbild des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland.

Von großer Bedeutung sind im vorliegenden Zusammenhang zwei Passagen aus dem KPD-Verbotsurteil des Bundesverfassungsgerichts. So formuliert es unter anderem:

„Die Tendenz der Ordnung und die in ihr angelegte Möglichkeit der freien Auseinandersetzung zwischen allen realen und geistigen Kräften wirkt aber in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller. Das Gemeinwohl wird eben nicht von vornherein gleichgesetzt mit den Interessen und Wünschen einer bestimmten Klasse; annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten wird grundsätzlich erstrebt. Es besteht das Ideal der sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates.“¹

¹BVerfGE 5, 85, 198

An anderer Stelle führt das Bundesverfassungsgericht aus:

„Darüber hinaus entnimmt die freiheitliche demokratische Grundordnung dem Gedanken der Würde und Freiheit des Menschen die Aufgabe, auch im Verhältnis der Bürger untereinander für Gerechtigkeit und Menschlichkeit zu sorgen. Dazu gehört, dass eine Ausnutzung des einen durch den anderen verhindert wird. Allerdings lehnt die freiheitliche Demokratie es ab, den wirtschaftlichen Tatbestand der Lohnarbeit im Dienste privater Unternehmen als solchen allgemein als Ausbeutung zu kennzeichnen. Sie sieht es aber als ihre Aufgabe an, wirkliche Ausbeutung, nämlich Ausnutzung der Arbeitskraft zu unwürdigen Bedingungen und unzureichendem Lohn zu unterbinden. Vorzüglich darum ist das Sozialstaatsprinzip zum Verfassungsgrundsatz erhoben worden; es soll schädliche Auswirkungen schrankenloser Freiheit verhindern und die Gleichheit fortschreitend bis zu dem vernünftigerweise zu fordernden Maße verwirklichen.“²

In seiner neueren Rechtsprechung tut sich das Bundesverfassungsgericht mit dieser Problematik schwer, wie das Urteil des Zweiten Senats vom 18. Januar 2012 (2 BvR 133/10, BVerfGE 130, 76) über eine Verfassungsbeschwerde zeigt, die die Anordnung und Durchführung einer besonderen Sicherungsmaßnahme durch Bedienstete einer mit der Durchführung des Maßregelvollzugs beliehenen privatrechtlich organisierten Kapitalgesellschaft betrifft. In diesem Zusammenhang erwähnt er die Erwägung, dass die Wahrnehmung von Aufgaben durch Berufsbeamte Kosten verursachen könne, die in anderen Organisationsformen – vor allem etwa im Privatisierungsfall wegen dann sich bietender Aufgabenerledigung zu Niedriglöhnen – vermeidbar wären. Das ist der Problematik nicht angemessen und steht im Widerspruch zu der zuvor wiedergegebenen Passage aus dem KPD-Urteil, ganz abgesehen davon, dass man hieraus die Billigung eines Regelverstößes und eine Verletzung des Sozialstaatsprinzips durch das Bundesverfassungsgericht herleiten könnte.

In einer späteren Entscheidung³ hat das Bundesverfassungsgericht schließlich für das Sozialstaatsprinzip noch darauf hingewiesen, dass es staatliche Vor- und Fürsorge für Einzelne oder für Gruppen der Gesellschaft verlange, die aufgrund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert seien. Für den Staat besteht nach dem Grundgesetz die Pflicht, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen.⁴ Der privaten Überantwortung sind Grenzen gesetzt; denn die staatliche Gemeinschaft muss solchen Personengruppen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie – soweit möglich – in die Gesell-

²BVerfGE 5, 85, 205/206.

³BVerfGE 45, 376 <387>.

⁴BVerfGE 59, 231 <263>; s. a. BVerfGE 22, 180; 82, 60 <80>.

4 Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

schaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen.⁵

4.4

Damit die Wirkmechanismen für eine Privatisierung öffentlicher Infrastruktur insgesamt erfasst werden, ist es unabdingbar, auch auf das Menschenbild des Grundgesetzes einzugehen.⁶ Dieses hat das Bundesverfassungsgericht in seinen Anfangsjahren in zwei Entscheidungen, die ihm schon bald und bis heute das weltweite Ansehen „eingetragen“ haben, Grund gelegt. Zunächst hat es in BVerfGE 6, 32 <40 f.> – Elfes befunden, dass das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet hat, die die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft sichern soll. Die obersten Prinzipien dieser Wertordnung sind gegen Verfassungsänderungen geschützt. Verfassungsdurchbrechungen sind ausgeschlossen. Hiernach müssen Gesetze unter anderem vornehmlich dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und dem Sozialstaatsprinzip entsprechen. Vor allem dürfen die Gesetze die Würde des Menschen nicht verletzen, die im Grundgesetz der oberste Wert ist, aber auch die geistige, politische und wirtschaftliche Freiheit des Menschen nicht so einschränken, dass sie in ihrem Wesensgehalt angetastet würde. Diese Sicht der Grundstrukturen des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland und seines Menschenbildes wird in BVerfGE 7, 198 <205> – Lüth „untermauert“. Es wird dort noch einmal betont, dass das Grundgesetz mit seinem Grundrechtsteil eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und dass gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt. Dieses Wertesystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten.

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass sich im Gefolge der neuen „Strömungen“ entgegen den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Konturen das Menschenbild verschoben hat und seine Substanz unter das entwickelte und vom Grundgesetz gewährleistete Niveau entgegen Art. 20 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 und Art. 79 Abs. 3 GG abgesunken ist. So ist in der realen Arbeitswelt der arbeitende Mensch zum jederzeit austauschbaren „Produktionsmittel“ herabgewürdigt, wenn man z. B. an Leiharbeit, Mindestlöhne (und darunter) sowie Ein-Euro-Jobs denkt

⁵BVerfGE 44, 353 <375>; 40, 121 <133>; s. a. BVerfGE 28, 324 <348>; 43, 13.

⁶Einzelheiten bei Broß: *Grundwerte und Grundrechte in Europa*. In: Kultur und Gerechtigkeit, Kulturwissenschaft interdisziplinär 2, Nomos 2007, S. 155; ders., *Die Würde des Menschen bleibt unantastbar – 60 Jahre Grundgesetz*, in: 60 Jahre Grundgesetz, Kulturwissenschaft interdisziplinär 4, Nomos 2009, S. 41.

(welch eine Geringschätzung des arbeitenden Menschen wird hier dokumentiert!). Dieser Prozess ist schleichend und ergreift über die Wirtschaftsordnung hinaus weitere Lebensbereiche der Gesellschaft und des demokratischen sozialen Rechtsstaats; er wirkt aber durch die Verschiebung des Menschenbildes negativ auf seine Substanz und letztlich seine Stabilität. Diese Entwicklung verdeutlicht z. B. auch die frühere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Sicherungsverwahrung aus dem Jahre 2004 (BVerfGE 109, 133 und 190) wie auch zum Europäischen Haftbefehl.⁷

⁷Hierzu zuletzt EuGH, NJW 2013, 141.

5 Lösungsmöglichkeiten und Ausblick

5.1

Gegen eine Deprivatisierung und auf kommunaler Ebene gegen eine Rekommunalisierung wird häufig die Schwierigkeit einer Finanzierung durch die öffentliche Hand ins Feld geführt. Hier in Berlin etwa auch für den Rückkauf der Energienetze.¹ Zum einen sind derzeit die Kreditzinsen auf einem historisch niedrigen Niveau. Andererseits kann ich mir einen multifunktionalen Ansatz für eine Lösung vorstellen, den ich schon vor etwa 20 Jahren im Zusammenhang mit Neubauvorhaben von Bundesgerichtshof und Bundesanwaltschaft wegen der auch damals „klammen“ öffentlichen Kassen entwickelt habe. Es geht dabei darum, wegen der weltweiten Spekulationsblasen und dem Fehlen solider Anlageobjekte in dem erforderlichen Umfang – man denke nur schon vor der weltweiten Finanzmarktkrise an das Platzen der new economy mit dem Verlust von legitimen Erwartungen zahlloser Menschen für eine gesicherte Altersversorgung – eine stabile und in die Zukunft gesicherte Anlagemöglichkeit zu schaffen. Es handelt sich hierbei um eine Fondslösung. Neben einer stabilen Grundlage für die Altersversorgung der Menschen ist eine solche geeignet, den Staat frei von bedenklichen und intransparenten Einflussnahmen zu halten und zugleich für Zukunft – wie auch unabdingbare Erhaltungsinvestitionen bei der öffentlichen Infrastruktur wie auch für den Rückerwerb – die finanzielle Grundlage zu schaffen.

Die Unternehmen der öffentlichen Infrastruktur müssen in ihrem Bestand gänzlich in öffentlicher Hand bleiben und beim Auslaufen der entsprechenden Verträge dorthin zurückgeführt werden. Sie werden in einen Fonds eingebracht, an dem Anteile zu einem bestimmten Nennbetrag mit einem fest garantierten Zinssatz ausgegeben werden (durch die jeweilige Verfassung auf Bundes- und Länderebene abgesichert). Mit dem Entgelt für diese Anteilsscheine kann entweder der Rückerwerb finanziert oder statt einer vorgesehenen Privatisierung die allgemeine öffentliche Verschuldung abgebaut werden. Der Vorteil für den Staat und die seiner Fürsorge anvertrauten Menschen liegt auf der Hand: Der Staat erhält dringend erforderliche Finanzmittel und die Menschen eine stabile auf Dauer gesicherte Altersversorgung. Selbst die

¹Hierzu z. B. Broß/Engartner 2013, S. 95.

5 Lösungsmöglichkeiten und Ausblick

Versicherungs- und Bankenbranche müsste in Anbetracht des allgemeinen Zinsniveaus und der Risiken der weltweiten Finanzspekulationen die Attraktivität einer solchen Anlageform erkennen. Zugleich würde der Staat für sein Überleben zentrale Infrastrukturbereiche von intransparenten und von ihm nicht mehr zu kontrollierenden Einflüssen befreien und sich unabhängig von dem unheilvollen Einfluss von Ratingagenturen machen. Er gewinnt zudem die Definitionshoheit für die reguläre Beschäftigung von weit mehr als 1 Million Menschen zurück, kann seine Vorbildfunktion im Ausbildungsbereich wieder wahrnehmen und so national und international Fehlentwicklungen im Unternehmensbereich zurückdrängen. Diese Fondslösung eignet sich für alle Bereiche der öffentlichen Infrastruktur wie z. B. Bahn, Post, Energie, Straßen, Wasser, Abwasser sowie Müllbeseitigung, Krankenhäuser, Justizvollzugsanstalten und viele andere.

5.2

Inzwischen wird berichtet, dass während der letzten fünf Jahre immerhin 60 Stadtwerke neu gegründet wurden und 176 Konzessionsübernahmen stattgefunden haben.² Das Klima ist also nicht allein wegen der Rahmenbedingungen (niedrige Kreditzinsen, gegebenenfalls Fondslösungen) günstig, sondern weil es eben schon gelungene Projekte in dieser Hinsicht gibt. Bis 2015 laufen bundesweit schätzungsweise 1000 Konzessionsverträge aus, so dass durchaus auch eine „Sogwirkung“ erzielt werden kann. In jedem Fall gilt es, in großem Umfang die Meinungsträger und die Meinungsbildner auf diesem Weg mitzunehmen. Das dürfte in Anbetracht der gefährlichen Verwerfungen auf den Finanzmärkten, der Euro-Krise und des unheilvollen Einflusses von Ratingagenturen auf die Politikfähigkeit und Steuerungsfähigkeit von Staaten ein erreichbares Ziel sein.

Siegfried Broß, Jg. 1946, studierte Rechtswissenschaften an der Eberhard Karls Universität Tübingen und an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Bis 1998 Richter am Bundesgerichtshof, anschließend bis 2010 Richter am Bundesverfassungsgericht. Lehrt seit 2002 an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Zahlreiche Ehrungen, darunter Ehrendoktorwürde Universitas Islam Indonesia in Yogyakarta (2009). Ehrenvorsitzender der Internationalen Juristen-Kommission (IJK) und der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe. Veröffentlichung u. a.: Der Umbau mehr oder weniger existentieller Infrastrukturen, insbesondere der sozialen Sicherung, als Demokratieproblem. In: Hochhuth 2012, S. 9–20; Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl? In: Universitas-Orientierung 2007, S. 995–1009; Daseinsvorsorge und notwendige Staatsaufgaben. Was sollen Staat, Kommunen und Private tun (dürfen)? In: Vorgänge 2008/2, S. 56–69; Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Gefahr für das Allgemeinwohl? In: Glanzlichter der Wissenschaft 2007, S. 25–33; Daseinsvorsorge-Wettbewerb-Gemeinschaftsrecht. In: JZ 2003, S. 874ff.

²Einzelheiten bei Broß/Engartner 2013, S. 93 ff.