

Die funktionelle Teilprivatisierung des Infrastrukturmanagements der Bundeswehr auf dem Prüfstand des Art. 87b I GG

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (London), Bonn, und Rechtsanwalt Fabian Leinen, Köln/Bonn*

In den letzten Jahren hat das Bundesministerium der Verteidigung (BMVg) eine Reihe von Projekten mit dem Ziel initiiert, privatwirtschaftliches Know-how für Aufgaben der Bedarfsdeckung und insbesondere des Infrastrukturmanagements im Bereich der Bundeswehrverwaltung nutzbar zu machen. Maßgeblich beteiligt an diesen Projekten war und ist die Gesellschaft für Entwicklung, Beschaffung und Betrieb mbH (g.e.b.b.), deren Geschäftsanteile zu 100% vom BMVg gehalten werden. In den Teilbereichen Bekleidungs- und Fuhrparkmanagement sind bereits Aufgaben auf neu gegründete gemischtwirtschaftliche Gesellschaften (LH Bundeswehr Bekleidungsgesellschaft mbH und BwFuhrparkService GmbH) übertragen worden. Aktuell sind BMVg und g.e.b.b. bestrebt, das Facility-Management von Bundeswehrliegenschaften unter Beteiligung privater Unternehmen neu zu gestalten.

Diese Privatisierungsbestrebungen werfen neben ver-gaberechtlichen Problemen auch z.T. grundlegende verfassungsrechtliche Fragestellungen auf. Der nach-folgende Beitrag untersucht, welche Möglichkeiten und Grenzen die Vorschrift des Art. 87b I GG einer (Teil-)Privatisierung des Infrastrukturmanagements der Bundeswehr setzt.

I. Ausgangspunkt

Gemäß Art. 87b I 1 GG wird die *Bundeswehrverwaltung* „in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau“ geführt. Sie dient gemäß Art. 87b I 2 GG „den Aufgaben des Personalwesens und der unmittelbaren Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte“. Diese Vorgaben könnten einer (Teil-)Privatisierung von Aufgaben des Infrastrukturmanagements der *Bundeswehr* entgegenstehen.

II. Eröffnung des Anwendungsbereichs gemäß Art. 87b I 2 GG („Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte“)

Sowohl die bereits teilprivatisierten Bereiche des Bekleidungs- und Fuhrparkmanagements als auch das aktuell betroffene Facility Management gehören unproblematisch zur „Deckung des Sachbedarfs der Streitkräfte“ i.S.v. Art. 87b I 2 GG. Der Anwendungsbereich von Art. 87b I GG ist also eröffnet. Fraglich ist somit, ob dieser Norm ein Privatisierungsverbot zu entnehmen ist.

III. Möglichkeiten und Grenzen einer Privatisierung des Infrastrukturmanagements gemäß Art. 87b I GG

1. „Unmittelbare“ Deckung des Sachbedarfs (Art. 87b I 2 GG)

Einer Einschaltung Privater in die Bedarfsdeckung steht zunächst nicht etwa die Formulierung in Art. 87b I 2 GG entgegen, wo von der „unmittelbaren“ Bedarfsdeckung durch die *Bundeswehrverwaltung* die Rede ist. Dieses Tatbestandsmerkmal betrifft nicht die Art und Weise der Aufgabenerfüllung, sondern soll nur den Umfang der Aufgabe auf solche Tätigkeiten beschränken, die sich unmittelbar auf die Institution *Bundeswehr* beziehen. Für die Zulässigkeit einer Privatisierung lassen sich hieraus keine Einschränkungen ableiten¹.

2. Verbot einer umfassenden materiellen oder formellen Privatisierung

Fraglich ist, ob die Vorgabe in Art. 87b I 1 GG, wonach die *Bundeswehrverwaltung* „in bundeseigener Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau“ zu führen ist, einer Privatisierung Grenzen setzt. Nach vorherrschender Literaturansicht beschränkt sich die genannte Formulierung nicht auf die föderale Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Ländern und das Gebot einer institutionellen Trennung zwischen Streitkräften und ziviler *Bundeswehrverwaltung*. Vielmehr wird daraus – ähnlich wie bei Art. 87 I 1 GG – eine sog. Aufgaben- und Organisationsgarantie abgeleitet². Dies entspricht der Rechtsprechung des *BVerfG*, das den Kompetenzregelungen

47 Diese Zertifikate erhalten Betreiber für Klimaschutzmaßnahmen im Ausland. Sie können künftig in Höhe von bis zu 22% der zugeteilten Berechtigungen diese bei der Abgabe ersetzen; § 18 ZuG 2012.

48 Dazu *Zenke/Fuhr*, Handel mit CO₂-Zertifikaten, 2006, Rdnr. 571 ff.; *Ehrmann*, ZUR 2006, 410.

der Art. 83 ff. GG einen allgemeinen „Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung“ entnimmt³.

Das bedeutet erstens, dass der Bund sich der Aufgabe „Bundeswehrverwaltung“ als solcher nicht gänzlich entäußern darf. Eine vollständige Verlagerung dieser Aufgabe in den privaten Sektor (materielle Privatisierung) wäre also unzulässig⁴. Zweitens sind die Funktionen der Bundeswehrverwaltung zumindest in Kernbereichen in öffentlich-rechtlichen Organisationsformen zu erfüllen. Eine umfassende Überführung der Bundeswehrverwaltung in privatrechtliche Rechtsformen (formelle Privatisierung) verstieße somit ebenfalls gegen Art. 87b I 1 GG⁵.

Die bisher in den Bereichen Bekleidungs- und Fuhrparkmanagement erfolgten Ausgründungen verletzen diesen Garantiegehalt nicht, da eine umfassende formelle oder materielle Privatisierung nicht erfolgt ist. Aufgrund der starken gesellschafts- und leistungsvertraglichen Steuerungs- und Kontrollrechte des Bundes handelt es sich hierbei vielmehr um Fälle *funktioneller Teilprivatisierung*, nämlich um die Einschaltung privater Unternehmen in die Aufgabenerfüllung bei fortbestehender staatlicher Gewährleistungsverantwortung. Es ist davon auszugehen, dass auch die aktuellen – bislang noch nicht näher konkretisierten – Privatisierungsbestrebungen des BMVg und der g.e.b.b. in Bezug auf das Facility Management von Bundeswehrliegenschaften auf eine solche funktionelle Teilprivatisierung gerichtet sind⁶.

3. Grundsätzliche Zulässigkeit einer funktionellen Teilprivatisierung

Fraglich ist, ob Art. 87b I 1 GG über den dargelegten Garantiegehalt hinaus ein Verbot auch der funktionellen Teilprivatisierung im Bereich des Infrastrukturmanagements zu entnehmen ist. Diese in der Literatur umstrittene und höchstrichterlich bislang nicht entschiedene Frage ist im Hinblick auf den weiten Organisationsspielraum des BMVg, den fehlenden hoheitlichen Charakter der betroffenen Aufgaben und die etablierte Staatspraxis in einzelnen Teilbereichen des Infrastrukturmanagements zu verneinen. Im Einzelnen:

a) *Weiter Organisationsspielraum der zuständigen Bundesorgane.* Nach der Rechtsprechung des BVerfG belassen die Art. 86 ff. GG den zuständigen Organen des Bundes allgemein einen weiten organisatorischen Gestaltungsspielraum für die in seine Zuständigkeit fallenden Verwaltungsbereiche; dieses Spielraums bedürfe es, „um den – verschiedenartigen und sich ständig wandelnden – organisatorischen Erfordernissen Rechnung tragen und eine wirkungsvolle und leistungsfähige Verwaltung gewährleisten zu können“⁷.

Aus dieser Organisationsprärogative der Bundesregierung folgt nach überwiegender Literaturansicht auch im Bereich von Art. 87b I GG eine grundsätzliche Wahlfreiheit des BMVg und der Bundeswehrverwaltung hin-

sichtlich der Einschaltung Privater in die Aufgabenerfüllung. Art. 87b I 1 GG garantiert zwar die effektive Existenz der Bundeswehrverwaltung, überlässt es aber ihr selbst, auf welche Weise sie ihre Funktionen wahrnimmt⁸.

b) *Fehlender hoheitlicher Charakter des Infrastrukturmanagements.* Für die grundsätzliche Zulässigkeit einer funktionellen Teilprivatisierung des Infrastrukturmanagements spricht ferner der fehlende hoheitliche Charakter der betroffenen Aufgaben. Sie unterscheiden sich insoweit grundlegend von der Flugsicherung, für die Art. 87d I GG gleichfalls eine „bundeseigene Verwaltung mit eigenem Verwaltungsunterbau“ verlangt.

Der Bundespräsident hatte bekanntlich im Oktober 2006 die Ausfertigung des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung verweigert. Er sah in der geplanten weitgehenden Kapitalprivatisierung der zu 100% dem Bund gehörenden Deutsche Flugsicherung GmbH einen Verstoß gegen Art. 87d I GG, weil es sich bei der Flugsicherung um eine hoheitliche Aufgabe handele⁹.

* Der Erstautor ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, der Zweitautor ist Rechtsanwalt in Köln und als Research Fellow und Doktorand am ZEI tätig.

- 1 Durner, VerwArch 2005, 18 (30/31, 37/38); Wieland, NZWehrR 2003, 1 (7).
- 2 Durner, VerwArch 2005, 18 (27-30); Gramm, UBWV 2003, 281 (284/285); Piero, Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Privatisierung bei der Bundeswehr, Rechtsgutachten vom 13.10.2000, als Zusammenfassung wiedergegeben in VBB Magazin 12/2000, 5 ff.; Hermes, in: Dreier, GG-Komm., Bd. 3, 2002, Art. 86 Rdnr. 16.
- 3 BVerfGE 63, 1 (41).
- 4 Durner, VerwArch 2005, 18 (29/30); Gramm, UBWV 2002, 161 (162/163); Gramm, UBWV 2004, 81 (85); Baldus, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Komm., Bd. 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87b Rdnr. 3; Hermes, in: Dreier (o. Fußn. 2), Art. 86 Rdnr. 16; Hernekamp, in: v. Münch/Kunig, GG-Komm., Bd. 3, 5. Aufl. 2003, Art. 87b Rdnr. 1.
- 5 Durner, VerwArch 2005, 18 (29/30); Gramm, UBWV 2002, 161 (162/163); Gramm, UBWV 2004, 81 (85), Hermes, in: Dreier (o. Fußn. 2), Art. 87 Rdnr. 22.
- 6 Die g.e.b.b. hat Ende 2006 zunächst einen „Ideenwettbewerb Facility Management“ ausgeschrieben, in dem umsetzungsfähige Kooperationsmodelle des BMVg mit der Privatwirtschaft aufgezeigt werden sollen. Nähere Informationen sind auf der Internetseite der g.e.b.b. (www.gebb.de) verfügbar.
- 7 BVerfGE 63, 1 (34, 40/41); BVerfGE 97, 198 (217).
- 8 Durner, VerwArch 2005, 18 (30/31); Gramm, UBWV 2003, 281 (284 f.); Gramm, UBWV 2004, 81 (83/84); Wieland, NZWehrR 2003, 1 (9-11); Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 210/211; Piero, Privatisierung bei der Bundeswehr (o. Fußn. 2); Voigt/Seybold, Streitkräfte und Wehrverwaltung, 2003, S. 136; Blümel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdStR, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 101 Rdnr. 89; Hermes, in: Dreier (o. Fußn. 2), Art. 86 Rdnr. 44/47. Vgl. auch BVerwG, NVwZ-RR 1997, 350 (351).
- 9 Pressemitteilung des Bundespräsidenten vom 24.10.2006, im Internet abrufbar unter <http://www.bundespraesident.de/dokumente/-,2.633675/Pressemitteilung/dokument.htm>.

Aufgaben wie das Bekleidungs-, Fuhrpark- oder Liegenschaftsmanagement sind im Gegensatz zur Flugsicherung Dienstleistungstätigkeiten fiskalischer Natur, bei denen keine Hoheitsrechte gegenüber außenstehenden Dritten ausgeübt werden. Aus der Entscheidung des *Bundespräsidenten* zu Art. 87d I GG lässt sich daher nicht ableiten, dass eine funktionelle Teilprivatisierung im Bereich von Art. 87b I GG unzulässig wäre.

c) *Etablierte Staatspraxis in einzelnen Teilbereichen der Bedarfsdeckung.* Bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung von Privatisierungsvorhaben ist im Hinblick auf die Organisationsprärogative der *Bundesregierung* die Indizwirkung einer effektiven Aufgabenerfüllung nach bereits etablierter Staatspraxis zu berücksichtigen¹⁰. In diesem Zusammenhang ist auf die bereits realisierten Kooperationsprojekte der g.e.b.b. in den Bereichen Bekleidungs- und Fuhrparkmanagement zu verweisen. Eine Beeinträchtigung der effektiven Aufgabenerfüllung durch die dabei gegründeten gemischtwirtschaftlichen Gesellschaften ist nicht festzustellen.

4. Zwischenergebnis

Art. 87b I GG steht einer funktionellen Teilprivatisierung des Infrastrukturmanagements der *Bundeswehr* nicht grundsätzlich entgegen.

IV. Voraussetzungen einer verfassungsmäßigen funktionellen Teilprivatisierung

Im Hinblick auf die Aufgaben- und Organisationsgarantie des Art. 87b I 1 GG, die auch durch eine im Ausgangspunkt zulässige funktionelle Teilprivatisierung nicht faktisch unterlaufen werden darf, muss diese nach herrschender Literaturauffassung¹¹ drei Bedingungen erfüllen: erstens muss ein sachlicher Grund für die Einschaltung Privater in die Aufgabenerfüllung bestehen; zweitens muss die Übertragung auf einen abgrenzbaren Teilbereich der Verwaltungsaufgaben beschränkt sein; drittens muss sich der Bund ausreichende Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten sichern.

1. Sachlicher Grund

Die funktionelle Teilprivatisierung des Infrastrukturmanagements bedarf zunächst eines sachlichen Grundes. Sie dient zum einen der Kosteneinsparung und damit der Entlastung des Bundeshaushalts, zum anderen der Effizienzsteigerung durch die Nutzbarmachung privatwirtschaftlichen Sachverstandes. Dieses Ziel stellt einen sachlichen Grund dar¹².

2. Beschränkung auf abgrenzbaren Teilbereich der Verwaltungsaufgaben

Des Weiteren muss sich eine funktionelle Teilprivatisierung auf abgrenzbare Teilbereiche der betreffenden Aufgabe beschränken; deren substantieller Kern muss beim Staat verbleiben. Wie dieser Kernbereich konkret abzugrenzen ist, ist in der Literatur umstritten. Vorzugswürdig ist die Ansicht, nach der nur solche „Kernaufgaben“ privatisierungsfest sind, die sich funktional – aus Qualitäts-, Risiko- oder ähnlichen Gründen oder weil private Helfer nicht verfügbar sind – nicht für eine Einschaltung Privater eignen¹³. Dieser Ansatz entspricht am ehesten den Vorgaben des *BVerfG*, das den weiten Organisationspielraum der Bundesorgane mit dem Erfordernis begründet, eine „wirkungsvolle und leistungsfähige Verwaltung gewährleisten zu können“¹⁴.

Die bereits erfolgte bzw. noch angestrebte funktionelle Teilprivatisierung in den Bereichen Bekleidungs-, Fuhrpark- und Liegenschaftsmanagement erfüllt diese Voraussetzungen. Die genannten Aufgaben können unproblematisch von anderen Teilbereichen der Bedarfsdeckung abgegrenzt werden. Es ist auch nicht erkennbar, dass sie sich aus funktionalen Gründen nicht für eine Einschaltung Privater eignen würden. Speziell beim Facility Management ist zu berücksichtigen, dass es als eigenes Dienstleistungskonzept – im Zuge der allgemeinen Tendenz zur Auslagerung sekundärer Unternehmensfunktionen – eine originäre Entwicklung der privaten Wirtschaft darstellt. Zudem ist wieder auf den fehlenden hoheitlichen Charakter der betroffenen Aufgaben zu verweisen. Ihre Erfüllung durch Private lässt eine Aushöhlung des substantiellen Aufgabekerns oder eine Gefährdung der effektiven Existenz der *Bundeswehrverwaltung* nicht befürchten¹⁵.

3. Ausreichende Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bundes

Schließlich muss sich der Bund wegen der bei ihm verbleibenden Erfüllungsverantwortung und aus Gründen der parlamentarischen Verantwortlichkeit angemessene Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten sichern¹⁶. Das gebotene Maß an Einwirkungsbefugnis muss sich an Natur und Funktion des betroffenen Bereichs orientieren; eine effektive Aufgabenerfüllung muss gewährleistet sein. Pauschale Aussagen sind insoweit – auch im Hinblick auf das Fehlen einschlägiger höchstrichterlicher Rechtsprechung – nicht möglich, vielmehr hängt die verfassungsrechtliche Bewertung von der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall ab¹⁷. Dabei wird dem *BMVg* aufgrund seiner Organisationsprärogative ein

10 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (31).

11 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (31-36); *Gramm*, *UBWV* 2003, 281 (285); *Wieland*, *NZWehrR* 2003, 1 (11). *Kämmerer*, *Privatisierung* (o. Fußn. 2), S. 209-211; *Pieroth*, *Privatisierung bei der Bundeswehr* (o. Fußn. 2); *Voigt/Seybold*, *Streitkräfte und Wehrverwaltung* (o. Fußn. 8), S. 136; *Blümel*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdStR*, Bd. IV (o. Fußn. 8), § 101 Rdnr. 89. Im Ansatz ähnlich *BVerfGE* 63, 1 (41).

12 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (32, 40/41); *Voigt/Seybold*, *Streitkräfte und Wehrverwaltung* (o. Fußn. 8), S. 136. Vgl. auch *BVerfGE* 63, 1 (34); *BVerfGE* 97, 198 (217).

13 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (34/35) m.w.N.

14 *BVerfGE* 63, 1 (34); *BVerfGE* 97, 198 (217).

15 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (41/42).

16 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (35/36); *Wieland*, *NZWehrR* 2003, 1 (11/12), jeweils m.w.N.

17 *Durner*, *VerwArch* 2005, 18 (35/36, 42); *Gramm*, *UBWV* 2002, 161 (162); *Gramm*, *UBWV* 2004, 81 (84).

weiter Gestaltungs- und Prognosespielraum zuzubilligen sein, dem eine geringere verfassungsrechtliche Kontrolldichte entspricht.

Die notwendige Einwirkungsmacht des Bundes kann sowohl durch gesellschaftsrechtliche Einflussmöglichkeiten als auch durch entsprechende vertragliche Gestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen dem Bund und der zu gründenden Gesellschaft erreicht werden¹⁸. Speziell das GmbH-Recht bietet insoweit durch seine im Vergleich zum Aktienrecht größere Flexibilität einen reichhaltigen Fundus an Gestaltungsoptionen.

V. Ergebnis

Art. 87b I GG steht einer funktionellen Teilprivatisierung von Aufgaben des Infrastrukturmanagements im Bereich der *Bundeswehrverwaltung* nicht entgegen, solange dem Bund ausreichende Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten verbleiben.

¹⁸ Durner, VerwArch 2005, 18 (42); Wieland, NZWehrR 2003, 1 (12), jeweils m.w.N.