

Dr. Siegfried Broß
Richter des Bundesverfassungsgerichts
Honorarprofessor an der Universität Freiburg
Vorsitzender des Präsidiums der Deutschen Sektion
der Internationalen Juristen-Kommission

Vortrag am 9. März 2007 in Eickelborn

"Maßregelvollzug in Zeiten ökonomischer Begrenzung" –

22. Eickelborner Fachtagung

Privatisierung öffentlicher Aufgaben – Gefahren für die
Steuerungsfähigkeit von Staaten und für das Gemeinwohl?

Anrede und Dank für Einladung

I. Allgemeine Ausgangsüberlegungen

1. Da ich mich nun schon seit einigen Jahren mit der Privatisierung öffentlicher Aufgaben und den damit einhergehenden Problemen beschäftige und mich auch des Öfteren schon öffentlich zu Wort gemeldet habe, ist es mir nicht möglich, Ihnen im Folgenden völlig neue und bisher unbekannte Überlegungen vorzustellen. Allerdings halte ich mein Anliegen nach wie vor für legitim, die Privatisierung öffentlicher Aufgaben losgelöst von einem einzelnen Privatisierungsbereich in einem größeren Umfang darzustellen.

Vielleicht ist gerade der Abschlussvortrag zu Ihrer anspruchsvollen Fachtagung "Maßregelvollzug in Zeiten ökonomischer Begrenzung" hierzu besonders geeignet, weil zu dem engeren Thema schon zahlreiche literarische Stellungnahmen vorliegen und sie hier in den vergangenen Tagen die Thematik unter den verschiedensten Aspekten beleuchtet haben. Zur Vorbereitung auf den heutigen Tag habe ich mich mit einigen Beiträgen der letzten Jahre befasst, so vor allem mit dem meines hoch geschätzten Vorgängers im Amt des Bundesverfassungsrichters Konrad Kruis¹, aber auch mit dem Beiträgen von Wagner², Grünebaum³, Kammeier⁴, Weiner⁵, Niebbeling⁶, Mackeben⁷, Braum/Varwig/Bader⁸ und noch einmal Kammeier⁹.

Zum Abschluss meiner Ausführungen werde ich aber noch aus meiner Sicht auf die Problematik der Privatisierung des Maßregelvollzugs eingehen und das vor dem Hintergrund, den ich Ihnen im Abschnitt II vorstelle. Mir geht es um einen fundamentalen Ansatz bei der

¹ Haftvollzug als Staatsaufgabe, ZRP 2000, 1 ff.

² Privatisierung im Justizvollzug - Ein Konzept für die Zukunft, ZRP 2000, 169 ff.

³ Zur Privatisierung des Maßregelvollzugs - Wie eine Diskussion haarscharf am Kern vorbeigeht, R&P 2006, 55 f.

⁴ Maßregelvollzug nach §§ 63, 64 StGB durch Private, Streben nach Gerechtigkeit, FS Tondorf 2004, 61 ff.

⁵ Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, Europäische Hochschulschriften Reihe II, 2000.

⁶ Privatisierung des Haftvollzugs, Europäische Hochschulschriften Reihe II, 2002.

⁷ Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, Baden-Baden 2004.

⁸ Die "Privatisierung des Strafvollzugs" zwischen fiskalischen Interessen und verfassungsrechtlichen Prinzipien, ZfStrVo 1999, 67 ff.

Behandlung der Problematik und vor allem darum, die social equity in Erinnerung zu rufen. Ohne eine solche kann kein Staatswesen mit einer stabilen Gesellschaft existieren. Eine gespaltene Gesellschaft ist nicht in der Lage, eine freiheitliche rechtsstaatliche Demokratie mit Leben und Substanz zu erfüllen. Es gibt insoweit innere Abhängigkeiten zwischen Privatisierung und gesellschaftlicher Entwicklung, die unmittelbar Auswirkungen auch auf die Privatisierung des Maßregelvollzugs sind. Wie unausgegoren und mit welchen Widersprüchen politisch in unserem Zusammenhang agiert wird, erhellt sich etwa aus folgenden Begebenheiten: Das Luftsicherheitsgesetz ist – zu Recht – vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert. Bemerkenswert ist, dass gleichwohl im Gegenzug die Überwachung des Luftraums privatisiert werden soll. Der systematische Widerspruch und das Widersinnige dieser beiden Maßnahmen wird schon nicht mehr gesehen; Bewachung der Bahnhöfe und Flughäfen durch private Sicherheitsdienste und – das bedarf schon besonderer Betonung – von Einrichtungen der Bundeswehr wie auch der Bundesanwaltschaft in Karlsruhe. Warum stört sich hieran kaum mehr jemand?

Nach dem Zufallsprinzip zusammenstellte Schlagzeilen aus geläufigen Tageszeitungen runden das hier diktierte Bild ab und stützen

⁹ Der Preis der Sicherheit – Aufwendungen der Bundesländer für den Maßregelvollzug, R&P 2002, 168 ff.

mein Anliegen, die Problematik in einen größeren Zusammenhang zu stellen:

- Großbritannien hat aus den Fehlern früherer Privatisierungen gelernt – Altlasten bei den Bahnen (NZZ Nr. 13 vom 17.1.2007, S. 13);
- Die neue Kriegswirtschaft – Bewaffnete Gewalt als Dienstleistung (SZ Nr. 35 vom 12.2.2007, S. 43);
- 26 Staaten stehen vor dem Zusammenbruch (SZ Nr. 213 vom 15. 9.2006, S. 7);
- Wir müssen retten was noch zu retten ist – Unionspolitiker warnen eindringlich vor dem Verkauf der hochverschuldeten Bundesdruckerei ins Ausland (SZ Nr. 3 vom 4.1.2007, S. 5);
- Stromkonzerne suchen die Konfrontation – Unternehmen drohen mit Investitionsstopp, sollte die Bundesregierung gegen steigende Preise vorgehen (SZ Nr. 239 vom 17.10.2006, S. 1);
- Die Riesen schlagen zu – Beispiellose Machtspiele in Europa (SZ Nr. 295 vom 22.12.2006, S. 2);
- EU will Energie verbilligen – Deutsche Konzerne sollen Kontrolle über Netze verlieren (SZ Nr. 5 vom 8.1.2007, S. 1);
- Große Versorgungslücken im Stromnetz (SZ Nr. 256 vom 7.11.2006, S. 1);

- Fluglotsen drohen mit Streik-Chaos (SZ Nr. 298 vom 28.12.2006, S. 21);
- Wo Anstand Tradition hat – Bei Faber-Castell regelt eine Sozialcharta die Arbeitsbedingungen (SZ Nr. 297 vom 27.12.2006, S. 25).

Die Übersicht ließe sich nahezu beliebig fortsetzen, allerdings habe ich mit Ausnahme der überaus positiven Schlagzeile in Bezug auf das Unternehmen Faber-Castell nichts Vergleichbares aus meiner Sammlung anzubieten. Wohlgedenkt handelt es sich hierbei aber um den ausschließlich privaten Sektor; denn die Herstellung von Schreibgerät wurde – soweit ersichtlich – jedenfalls in Deutschland noch nie als öffentliche Aufgabe begriffen.

2. Seit einigen Jahren wird die Privatisierung von Unternehmen der öffentlichen Hand, auch solchen, die Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrnehmen, nicht mehr bloß diskutiert, sondern verstärkt umgesetzt¹⁰. Die Privatisierung öffentlicher Unternehmen wie vermehrt auch öffentlicher Aufgabenbereiche der Hoheitsverwaltung bis hin zu solchen der Gefahrenabwehr sollen, so wird argumentiert, den Menschen

größere Freiräume nicht nur in wirtschaftlicher, sondern überhaupt in persönlicher Hinsicht eröffnen. Zugleich sollen die Kosten für die bisher in öffentlicher Verantwortung erbrachten Leistungen sinken und damit der Staatshaushalt entlastet sowie zudem die Effizienz der Unternehmen erhöht werden. Soweit ich sehe, ist bis heute von verantwortlicher staatlicher Seite noch kein Versuch unternommen worden, den Wahrheitsgehalt solcher Auffassungen zu überprüfen. Vor allem vermisse ich die volkswirtschaftliche Gesamtrechnung nach Privatisierung eines Sektors dergestalt, dass Primär-Sekundär- und Tertiärebene zusammengerechnet werden. Es bedarf z.B. der Ermittlung der Verminderung auf der Einnahmenseite des Staates bei gleichzeitiger Ausweitung der Sozialleistungen wegen Auswertung der Schattenwirtschaft und Entlassung von Arbeitskräften in großem Umfang. Allerdings fällt mir anhand der Erfahrungen des Alltags auf, dass kaum etwas billiger geworden ist. Man denke nur an die Müllabfuhr, die Versorgung mit Beförderungsleistungen oder die Lieferung elektrischer Energie. Wenn ich nichts übersehen habe, ist lediglich die Inanspruchnahme des Telefons mit deutlich weniger Kosten als zuvor verbunden. Des Weiteren muss man fragen, ob die Versorgung mit bisher in öffentlicher Verantwortung erbrachten Leistungen nach der Privati-

¹⁰ Einzelheiten hierzu im Vortrag vom 3. September 2003, JZ 2003, S. 874 ff.; siehe auch ders. Das europäische Vergaberecht in der Daseinsvorsor-

sierung verlässlicher geworden ist oder ob nicht im Gegenteil das Leistungsvermögen und damit für viele Bereiche die Sicherheit für die Benutzer oder Verbraucher gesunken sind (Stichworte: Sky-Guide, Schweiz; überhaupt: Katastrophen in Tunnels). Auch insoweit ein erstaunlicher Befund.

Am 29. September letzten Jahres habe ich in Bremen auf der Tagung des Fachverbands für Soziale Arbeit, Strafrecht und Kriminalpolitik zu dem Thema "Fürsorgepflicht und Gewinnmaximierung schließen sich gegenseitig aus – ein Plädoyer für einen umsichtigen Umgang mit hoheitlichen Aufgaben" Beispiele und Auswirkungen grundlegend fehlgeschlagener Privatisierungen erwähnt. So die Londoner U-Bahn wie überhaupt das gesamte Schienennetz der Eisenbahn in Großbritannien wie auch die großflächigen Stromausfälle in Teilen der USA, aber auch im Münsterland im vorvergangenen Winter. Nach Abschluss jenes Manuskripts (Frühsommer 2006) kamen die Probleme beim Kanal-Tunnel, beim Tunnel in Lübeck wie auch die Insolvenz der brasilianischen Fluglinie Varig (ich war als Staatsgast der brasilianischen Regierung unmittelbar ein Opfer davon) hinzu. Schon allein diese Bei-

spiele gemahnen zur Vorsicht und Umsicht und sollten zu vertieftem Nachdenken im Zusammenhang mit unserem Thema Anlass geben¹¹.

3. Der Staat muss vor weiteren Schritten in Richtung einer Privatisierung von Bereichen, sei es der Daseinsvorsorge, sei es vor allem der Gefahrenabwehr, die im Mittelpunkt unseres Themas steht, an seine Verantwortung erinnert werden, die ihm aus dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG als einer besonderen Ausprägung der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG erwächst. Diese Verantwortung verbietet es, dass sich der Staat zu der Wahrnehmung dieser Aufgaben solcher privater Dritter bedient, die er nicht voll beherrscht und die er nicht so einsetzen kann, wie wenn er die Aufgabe noch in eigener Verantwortung erfüllen würde. Bei diesen und den nachfolgenden Ausführungen geht es nicht darum und das ist nicht entfernt mein Anliegen, einem ungezügelden Staatsdirigismus das Wort zu reden. Es geht mir in einem gesamtverfassungsrechtlichen Zusammenhang darum, Kriterien für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen staatlichem und privatem Sektor zu entwickeln, damit die Souveränität eines Staatswesens zum Schutz der ihm anvertrauten Menschen erhalten wird. Die

¹¹ Hierzu nun auch Der Spiegel Nr. 34 vom 21. August 2006, S. 40 ff. "Der private Staat".

Souveränität eines Staates kann auch durch negative Entwicklungen auf Sekundär- und Tertiärebenen nachhaltig beeinträchtigt werden.

Wirtschaftliche Betrachtungsweise, die für jedes private Unternehmen selbstverständlich legitim ist, und Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben schließen einander denknotwendig aus. Diese Aufgaben sind auf den Staat und die seiner umfassenden staatlichen Gewalt sowie Fürsorge anvertrauten Menschen ausgerichtet. Die gegenwärtige Entwicklung, die nachhaltig von der gemeinschaftsrechtlichen (EU) und der internationalen Ebene (IWF, WTO, Weltbank) geprägt wird, läuft dem zuwider. Sie lässt ein brennendes Problem entstehen, bietet aber überhaupt keine angemessene Lösung an und vermag dieses auch wegen struktureller Defizite nicht zu leisten: Über die Frage der staatlichen Souveränität hinaus tut man sich schwer, noch tragfähige Ansatzpunkte für eine Selbst-, nicht für eine Fremd-Definition eines Staatswesens zu finden. Insofern erfahren die Grundrechte in ihrer institutionellen Ausprägung eine Gefährdung, nicht nur in ihrem subjektiven Gehalt.

Auch für diesen Zusammenhang wieder ein eindrucksvolles Beispiel. Als ich am 20. September 2005 in Hannover (Einladung als Referent Landesbezirk ver.di) einen Vortrag hierzu gehalten habe, wurde

unsere Bundesregierung nur wenige Tage später mit dem Forderungskatalog einer Rating Agentur konfrontiert: Wenn sie nicht die aufgelisteten Punkte erfülle, werde sie abgestraft, Wer regiert Deutschland?

Anders formuliert: Wenn sich der Staat fortwährend der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dadurch entzieht, dass er substanzielle Teile von sich privatisiert und mehr oder weniger ungebunden durch private Dritte erfüllen lässt, dann sehe ich das Problem, dass sich der Staat letztlich selbst und - unabhängig von der Souveränität - seine Macht zur Selbstdefinition in Frage stellen könnte. Wofür steht er noch, wenn er sich selbst eines großen Teils seiner Substanz begibt?

4. Ein weiterer Gesichtspunkt stützt meine Sicht: Nicht nur die Nationalstaaten, sondern auch die EU kommen nicht umhin, den Wettbewerb je nach dem mehr oder weniger intensiv zu kontrollieren. Eine solche Kontrolle setzt auf einer niedrigen Stufe bei Wettbewerbshandlungen (Werbung, Angriff auf andere, z.B. durch Abwerbung u.ä) an und mündet in die Kontrolle von mehr oder weniger freundlichen Unternehmenszusammenschlüssen ein. Widerspruchsfrei ist formal auch von daher die Privatisierungseuphorie jedenfalls nicht. Besonders deutlich wird dies, wenn infolge der Privatisierung staatliche Monopole

durch private Monopole ersetzt werden, wie besonders im Energiebereich augenfällig. Zudem werden so erkleckliche Gewinne privatisiert, umfangreiche Sekundärposten wie z.B. für den Überwachungsapparat auf die Allgemeinheit abgewälzt.

Wenn sich der Staat immer mehr der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben durch Privatisierung entledigt, verliert er damit auch Handlungs- und Gestaltungsspielräume. Das bedeutet letztlich, dass er größtenteils die Politikfähigkeit verliert. Nicht der Staat bestimmt mehr die Richtlinien der Politik und die Entwicklung des Staatswesens und seiner Gesellschaft, sondern dies tun demokratisch nicht legitimierte Private. Diese kann er aber infolge der Privatisierung nicht mehr steuern, weil er seine Nachfragemacht nicht mehr in die Waagschale werfen kann. Mit der Privatisierung entzieht der Staat Hunderttausenden, wenn nicht ein oder zwei Millionen regulären Arbeitsverhältnissen die rechtsstaatlich und sozialstaatlich gesicherte Grundlage, wenn dies zu einer Auslagerung von Arbeitsplätzen in Billiglohnländer oder - im Inland - zu einem Arbeitsplatzsplitting in Minijobs oder gar zu illegalen Beschäftigungsverhältnissen führt. Nur nebenbei sei an die negative Entwicklung im gesamten Arbeitsrecht erinnert, einschließlich der Diskussion um Mindestlöhne. Der Staat begibt sich nicht nur seiner Vor-

bildfunktion im Beschäftigungs- und Ausbildungsbereich (Stichwort Lehrstellenmangel), sondern auch der stabilisierenden Wirkung für die gesamtwirtschaftliche Situation über die Nachfragemacht seiner Beschäftigten als Konsumenten. Dieser Doppeleffekt im Primär- und Sekundärbereich entfällt. Akzessorisch ist zudem, dass durch die Privatisierung profitabler öffentlicher Aufgabenbereiche die staatliche Einnahmenseite geschwächt, hingegen die Ausgabenseite ausgeweitet wird, was zu einem weiteren Auseinanderklaffen der öffentlichen Haushalte führt und die Spaltung der Gesellschaft fördert. Wir haben in Deutschland jetzt schon das Problem der social equity im Vergleich zu den ärmsten Staaten dieser Welt in umgekehrter Erscheinung: Annäherung von oben nach unten und nicht Annäherungsversuche von unten nach oben. Nicht von ungefähr kommt eine Studie der Weltbank von vor etwa drei Monaten zu dem Schluss, dass 26 Staaten weltweit – gegenüber "nur" 17 Staaten vor zehn Jahren – vor dem Zusammenbruch stehen.

Letztlich wird der Staat erpressbar. Wenn etwa die Eisenbahn privatisiert und dann möglicherweise durch europa- oder weltweite Ausschreibung oder über die Börse undurchsichtigen Eigentümerstrukturen (z.B. Hedge-Fonds, Finanzinvestoren) geöffnet wird, könnte der Staat mit seiner Volkswirtschaft schwer geschädigt werden, wenn etwa

der Gesamtbetrieb für 1 oder 2 Wochen ausfällt, und das gezielt (Sonderurlaub als Belohnung für gute Arbeit). Das gleiche gilt, wenn im Bereich der Energiewirtschaft durch eine künstliche Herbeiführung einer Stromknappheit, um die Preise in die Höhe treiben zu können, Stromausfälle provoziert werden. Auch hier nach Abschluss jenes Manuskripts wieder ein eindrucksvolles Beispiel: Öl durch rostige Pipeline in den USA mit sprunghaftem Anstieg des Rohölpreises weltweit. Nicht von ungefähr verlief die Privatisierungsentwicklung bei der Bahn in Deutschland im 19. Jahrhundert umgekehrt: Von der Privat- hin zur Staatsbahn.

Bei Aufgabe der Gewährträgerhaftung der öffentlichen Hand für ihre leistungsstarken Kreditinstitute und völligem Rückzug aus diesem Sektor läuft jeder Staat Gefahr, völlig zum Spielball Privater und nicht zu kontrollierender Marktkräfte zu werden. Dazu möchte ich Ihnen folgendes Beispiel an die Hand geben: Wenn ein deutsches Industrieunternehmen für eine aus seiner Sicht zukunftssträchtige Entwicklung einen Kredit in namhafter Größenordnung, z.B. mehrere Milliarden Euro, benötigt, um in Deutschland damit auch Tausende von Arbeitsplätzen zu schaffen, bedarf es keiner großen Phantasie, dass diese Kreditnachfrage möglicherweise nicht erfüllt wird, wenn etwa nach Über-

nahme der Deutschen Bank durch die City-Group ein ausländischer Konkurrent auf demselben Pfad wandelt.

5. Des Weiteren ist nach meiner Beobachtung inzwischen das Gefühl aus dem öffentlichen Bewusstsein dafür verschwunden, welchen unververtretbaren Einfluss internationale Rating-Agenturen auf die Güte eines Staatswesens nehmen. Wenn eine solche, weder demokratisch noch sonst wie unter übergeordneten Gesichtspunkten legitimierte oder gar kontrollierte Rating-Agentur Deutschland abstuft, kostet dieses Vorgehen nicht den Bundesfinanzminister – wie manche schreiben –, sondern den deutschen Steuerzahler Milliarden Euro. Eine Rating-Agentur könnte – folgerichtig zu Ende gedacht – bei ganzer oder teilweiser Privatisierung des Strafvollzugs oder des Maßregelvollzugs über ihr Rating etwa dessen Güte ebenso wie die psychiatrischer Landeskrankenhäuser oder des Verkehrsnetzes eines Staates steuern. Man muss sich allen Ernstes fragen, ob es nicht hoch an der Zeit ist, hier energisch gegenzusteuern und durch ein Überdenken der undifferenzierten Privatisierung öffentlicher Aufgaben jedenfalls die Schranken aufzurichten, die national, aber auch gemeinschaftsrechtlich, noch möglich sind. Zu den Rating-Agenturen gesellen sich die Analysten. Man überlege sich, welche Auswirkungen es auf eine vom Staat priva-

tisierte öffentliche Aufgabe haben wird, wenn Analysten – ungeachtet ihrer Qualifikation und Legitimation - befinden, man könne aufgrund von Einsparungen in diesem oder jenem Bereich des Strafvollzugs oder von Psychiatrischen Landeskrankenhäusern oder aber auch elementarer anderer öffentlicher Aufgaben Kosten einsparen und dadurch den Gewinn und den Börsenwert der privaten Betreiber steigern.

Shareholder-Value aller Orten. Sie werden dies vielleicht leichter Hand wegwischen, dass dies nicht eintreten könne. Die eingangs erwähnten Beispiele lehren das genaue Gegenteil, ohne dass es des Rückgriffs auf Rating-Agenturen oder Analysten bedürfte. Viele am Markt auftretende Unternehmen handeln nicht selten schon im vorausseilendem Gehorsam gegenüber diesen in der Wirtschaft Agierenden, bevor sich diese überhaupt zu Wort gemeldet haben. Es muss ernsthaft und dringend die Frage gestellt werden, in welchem Staat wir leben und welches Menschenbild er vor Augen hat. Ist dieses nicht letztlich durch eine oberflächliche und lediglich materialistische Denkweise bestimmt, die den Menschen zum jederzeit auswechselbaren Gegenstand und damit zum Objekt herabwürdigt?

Die Fragestellung lautet schlicht, aber ebenso unmissverständlich:
Welche Bereiche der staatlichen Aufgabenwahrnehmung dürfen vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Bindungen privater

Wahrnehmung überantwortet werden und welche nicht? Aus einer verfassungsrechtlichen Gesamtschau: Nichts was den Staat in Frage stellt und seine Souveränität beeinträchtigt oder gar beschränkt. Diese Prüfsteine gelten wegen des staatlichen Gewaltmonopols für die gesamte Gefahrenabwehr und für die elementaren Bereiche der Daseinsvorsorge.

II. Verfassungsrechtliche Überlegungen

Diese rechts- und verfassungspolitischen Überlegungen haben eine direkte Entsprechung im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland.

1. Zunächst gilt es, das Menschenbild zu ermitteln, das unser – ich betone unser aller - Grundgesetz in der Konturierung durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entfaltet. Schon in einer sehr frühen Entscheidung¹² hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet hat, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Durch diese Ordnung soll die Eigenständigkeit, die Selbstverantwortlichkeit und die Würde des Menschen in der staatlichen Gemeinschaft gesichert wer-

¹² BVerfGE 6, 32 (40) - Elfes -.

den¹³. Dieser Ausgangsentwurf eines Menschenbildes entsprechend dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland wird wenig später in einem weiteren Urteil¹⁴ um einen weiteren, für unseren Zusammenhang sehr wichtigen, Aspekt erweitert. Es sieht in der objektiven Wertordnung, die das Grundgesetz in seinem Grundrechtsabschnitt aufgerichtet hat, ein Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der *sozialen* Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, dies müsse als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten¹⁵.

Gleichwohl wäre es zu kurz gegriffen, wenn man von diesem Gesichtspunkt des Sozialen sofort auf Leistungsansprüche des Einzelnen gegen den Staat schließen würde. In einer seiner ersten Entscheidungen¹⁶ hat das Bundesverfassungsgericht vor dem damaligen zeitgeschichtlichen Hintergrund klargestellt, dass das Gebot des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, die Würde des Menschen zu achten und zu schützen, nicht den Schutz vor materieller Not meint. Auch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG räume dem Einzelnen kein Grundrecht auf angemessene Versorgung durch den Staat ein¹⁷. Allerdings stellt es schon damals eine direkte Verbindung zum Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG her.

¹³ Hinweis auf BVerfGE 2, 1 (12 f.); 5, 85 (204 ff.).

¹⁴ BVerfGE 7, 198 (205) – Lüth –

¹⁵ Bestätigt etwa in BVerfGE 21, 362 (372)

¹⁶ BVerfGE 1, 97 (104 f.)

¹⁷ BVerfGE 1, 97 (104)

Es betont, mit seiner Ausgangsüberlegung sei nicht gesagt, dass der Einzelne überhaupt kein verfassungsmäßiges Recht auf Fürsorge habe¹⁸. Das Bekenntnis zum Sozialstaat könne bei der Auslegung des Grundgesetzes wie bei der Auslegung anderer Gesetze von entscheidender Bedeutung sein. Das Wesentliche zur Verwirklichung des Sozialstaates könne aber nur der Gesetzgeber tun. Er sei verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität, vor allem dazu verpflichtet, sich um einen *erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen* und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen für Alle zu bemühen¹⁹. In BVerfGE 22, 180 zum Jugendwohlfahrtgesetz bringt das Bundesverfassungsgericht seine Auffassung – bindend – auf den Punkt: Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen. Damit nimmt das Bundesverfassungsgericht schon damals (1967) das, was wir heute als social equity bezeichnen, vorweg.

In späterer Zeit erfährt die Konturierung eines Leistungsanspruchs des Einzelnen gegen den Staat Erweiterungen. Je stärker der moderne Staat sich der sozialen Sicherung und kulturellen Förderung der Bürger zuwendet, desto mehr tritt im Verhältnis zwischen Bürger und Staat neben das ursprüngliche Postulat grundrechtlicher Freiheitssi-

¹⁸ BVerfGE 1, 97 <105>

¹⁹ BVerfGE 1, 97 (105)

cherung vor dem Staat die komplementäre Forderung nach grundrechtlicher Verbürgung der Teilhabe an staatlichen Leistungen²⁰.

Für die Gestaltung der Wirtschaftsordnung im Besonderen zieht das Bundesverfassungsgericht folgenden Schluss²¹: Das Grundgesetz sei wirtschaftspolitisch neutral. Der Gesetzgeber dürfe jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, sofern er dabei das Grundgesetz, vor allem die Grundrechte beachte. Ihm komme also eine weit gehende Gestaltungsfreiheit zu. Allerdings dürfe die Berücksichtigung der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers nicht zu einer Verkürzung dessen führen, was die Verfassung in allem Wandel unverändert gewährleisten will, namentlich nicht zu einer Verkürzung der in den einzelnen Grundrechten garantierten individuellen Freiheiten, ohne die nach der Konzeption des Grundgesetzes *ein Leben in menschlicher Würde* nicht möglich ist. Die Aufgabe besteht infolgedessen darin, die grundsätzliche Freiheit wirtschafts- und sozialpolitischer Gestaltung, die dem Gesetzgeber gewahrt bleiben müsse, mit dem Freiheitsschutz zu vereinen, auf den der Einzelne gerade auch

²⁰ BVerfGE 33, 303 (330 f.); bestätigt etwa in BVerfGE 35, 79 (115>)

²¹ BVerfGE 50, 290 (338) - Mitbestimmung

dem Gesetzgeber gegenüber einen verfassungsrechtlichen Anspruch habe²².

Diese Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts konturiert das Menschenbild des Grundgesetzes dahin, dass der Einzelne ein eigenständiges, selbst verantwortliches Individuum ist, dessen Position gegenüber der staatlichen Gewalt durch die Grundrechte näher ausgestaltet ist. Die Grundrechte bilden zum einen eine objektive Wertordnung, lösen damit aber nicht die Individualrechtsposition des Einzelnen ab, sondern verstärken diese im Zusammenhang der Menschen untereinander und gegenüber dem Staat. Zunehmend gewinnt in der Entwicklung der Anspruchs- oder Teilhabeaspekt an Gewicht und schließlich ergeben sich Verpflichtungen für die Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung. Entscheidend für unseren Zusammenhang ist die Verbindung zwischen den Grundrechten, vor allem der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 Satz 1 GG und der Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Wir können daraus den Schluss ziehen, dass nach dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland der Einzelne zwar eigenständig und selbstverantwortlich ist, der Staat ihn aber nicht sich selbst überlassen

²² Hinweis auf BVerfGE 7, 377 (400) - Apotheken-Urteil -. Siehe aber auch BVerfGE 22, 180.

darf. Vielmehr ist dieser gehalten, verlässliche und gemeinverträgliche Grundlagen sicherzustellen, damit eine friedliche und die Interessen aller Menschen innerhalb dieser staatlichen Gesellschaft angemessen berücksichtigenden Rahmenbedingungen geschaffen und fortwährend aufrechterhalten werden. Keinesfalls dürfen die staatliche und die wirtschaftliche Ordnung so gestaltet werden, dass die Gesellschaft auseinander bricht und nur ein Teil noch gleichsam auf der Sonnenseite des Lebens steht. Nahe liegend wird dem die Gewinnmaximierung privatrechtlich organisierter Tätigkeitsbereiche nicht gerecht²³.

2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist über die vorstehend beschriebenen Grundsätze noch hinausgegangen. Für den Bereich der Daseinsvorsorge im Besonderen, zu dem auch die Sozialversicherungssysteme zu rechnen sind, hat das Bundesverfassungsgericht die Menschenwürde unmittelbar in den Mittelpunkt seiner Betrachtung gestellt. So hat es in BVerfGE 66, 248 (258) befunden, dass etwa die Energieversorgung zum Bereich der Daseinsvorsorge gehört. Sie sei eine Leistung, derer der Bürger zur Sicherung einer menschenwürdigen Existenz unumgänglich bedürfe. Schon in einer frühe-

²³ Siehe hierzu auch das Beispiel bei Schirrmacher, *Minimum*, München 2006, *Wer benachteiligt wen?*, 64 ff. (66 f.); Broß, *Vortrag Bremen* am 29. September 2006 .

ren Entscheidung²⁴ hat das Bundesverfassungsgericht darauf hingewiesen, dass eine Entwicklung besteht, in deren Verlauf die öffentliche Hand in wachsendem Umfang im Bereich der Daseinsvorsorge Aufgaben übernimmt, die unmittelbar oder mittelbar der persönlichen Lebensbewältigung des einzelnen Bürgers dienen²⁵.

In einer für unseren Zusammenhang bemerkenswerten Stellungnahme innerhalb des KPD-Urteils²⁶ hat das Bundesverfassungsgericht zum Sozialstaat unter anderem dargelegt, dass die Tendenz der Ordnung und die in ihr angelegte Möglichkeit der freien Auseinandersetzung zwischen allen realen und geistigen Kräften in Richtung auf Ausgleich und Schonung der Interessen aller wirke. Das Gesamtwohl werde eben nicht von vornherein gleichgesetzt mit den Interessen oder Wünschen einer bestimmten Klasse; annähernd gleichmäßige Förderung des Wohles aller Bürger und annähernd gleichmäßige Verteilung der Lasten werde grundsätzlich erstrebt. Es bestehe das Ideal der "sozialen Demokratie in den Formen des Rechtsstaates". Die staatliche Ordnung der freiheitlichen Demokratie müsse demgemäß systematisch auf die Aufgabe der Anpassung und Verbesserung und des sozialen Kompromisses angelegt sein; sie müsse vor allem Miss-

²⁴ BVerfGE 38, 258 (270 f.)

²⁵ Hierzu auch BVerfGE 45, 63 (78 f.)

²⁶ BVerfGE 5, 85 (198)

bräuche der Macht hemmen. In einer späteren Entscheidung²⁷ 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 auf Grund persönlicher Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert seien. Die staatliche Gemeinschaft müsse ihnen jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern und sich darüber hinaus bemühen, sie - soweit möglich - in die Gesellschaft einzugliedern, ihre angemessene Betreuung zu fördern sowie die notwendigen Pflegeeinrichtungen zu schaffen²⁸.

An dieser Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist bemerkenswert, dass trotz der Weite des dem Gesetzgeber zur Verfügung stehenden Gestaltungsspielraums im Geltungsbereich des Sozialstaatsprinzips des Grundgesetzes doch in mannigfacher Hinsicht prägnante Konturen bestehen. Es handelt sich zum einen um den Bereich der Daseinsvorsorge, also wichtiger Infrastrukturbereiche für die Sicherung eines menschenwürdigen Daseins. Hierzu sind Einrichtungen, die der Mensch zur Verwirklichung seiner Person und Individuali-

²⁷ BVerfGE 45, 376 (387)

tät bedarf und die er nicht selbst zur Verfügung stellen kann, wie Elektrizität, Wasserversorgung, Telefon, Bahn und Post, zu rechnen. Zum anderen gibt es Bereiche, in denen in der Gesellschaft Schwache nicht die gleichen Voraussetzungen und die gleichen Chancen für die persönliche Entfaltung wie die überwiegende Mehrheit der Menschen in unserem Staate haben. Hier muss der Staat nach dem Sozialstaatsprinzip tätig werden. Für ihn besteht die Pflicht, für eine gerechte Sozialordnung zu sorgen²⁹. Gewinnmaximierung läuft dem direkt zuwider.

Diese Rechtsprechung wird bis heute aufrechterhalten. Nach wie vor verpflichtet das Sozialstaatsprinzip den Gesetzgeber, für einen Ausgleich der sozialen Gegensätze zu sorgen. Darüber hinaus gebietet es staatliche Fürsorge für Einzelne oder Gruppen, die auf Grund ihrer persönlichen Lebensumstände oder gesellschaftlicher Benachteiligung an ihrer persönlichen oder sozialen Entfaltung gehindert sind³⁰. Sonach steht fest, dass sich auf Grund der verfassungsrechtlichen Vorgaben der Gesetzgeber und damit der Staat nicht leichter Hand durch gesetzgeberische Maßnahmen dieser Verpflichtung entziehen und die Menschen gleichsam ihrem Schicksal überlassen dürfen.

²⁸ BVerfGE 44, 353 (375); 40, 121 (133); s.a. BVerfGE 28, 324 (348); 43, 13 (19)

²⁹ BVerfGE 59, 231 (263); s.a. BVerfGE 82, 60 (80)

³⁰ BVerfGE 100, 271 (284)

3. Soweit ersichtlich hat das Bundesverfassungsgericht noch keine Aussage zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben im Bereich der Gefahrenabwehr getroffen, auch nicht insoweit, dass wie vorstehend bei der Daseinsvorsorge und den sozialen Belangen der Menschen Ableitungen getroffen werden könnten. Gleichwohl kann diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit den Grundrechten des Grundgesetzes auch für die Frage, ob die Privatisierung von Straf- und/oder Maßregelvollzug verfassungsrechtlich zulässig ist, fruchtbar gemacht werden. Ich gehe in diesem Abschnitt über die verfassungsrechtliche Ebene, die herkömmlich vor allem im Rahmen des Art. 33 GG bemüht wird, hinaus. Darauf ist abschließend zurückzukommen. Wegen meines fundamentalen Ansatzes in Bezug auf die Privatisierung öffentlicher Aufgaben bin ich gehalten, die Problematik auf einer höheren verfassungsrechtlichen Abstraktionsebene zu verorten. Insoweit kann ich eine Anleihe bei der Lüth-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts³¹ machen. Ich habe die dort gekreierte objektive Wertordnung, die die Grundrechte verkörpern, im Auge. Ich betrachte vor diesem Hintergrund die Menschen- und Grundrechte des Grundgesetzes in ihrer Gesamtheit dergestalt, dass sie losgelöst vom Individuum je für sich und noch vielmehr in ihrer Gesamtheit eine institutionelle Komponente aufweisen. Das bedeutet: Über die Entgeltung stehenden Men-

³¹ BVerfGE 7, 198.

schen- und Grundrechte einer Verfassung definiert sich ein Staatswesen eigenverantwortlich als Rechts- und Kulturstaat. Er unterliegt mit Rücksicht darauf unabhängig davon, ob sich ein Individuum auf ein einzelnes Menschen- oder Grundrecht beruft, objektiv Bindungen und Verpflichtungen. Als Beispiele möchte ich Ihnen nennen: Aufgrund dieser institutionellen Komponente der Menschen- und Grundrechte des Grundgesetzes wäre Folter auch bei Einwilligung eines Betroffenen verfassungswidrig, ebenso wie der Einsatz eines Lügen-Detektors trotz Zustimmung. Auch wenn die Todesstrafe in Deutschland nicht positiv durch Art. 102 GG abgeschafft wäre, folgte das Verbot unmittelbar auf der institutionellen Komponente der Menschen- und Grundrechte des Grundgesetzes.

Im Hinblick darauf ist hier die bisherige Diskussion über die Privatisierung einzelner Bereiche der Gefahrenabwehr zu kleinräumig. Für mich stellt sich die Frage, wie definiert sich ein Staatswesen als Rechts- und Kulturstaat, wie ihn das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland insgesamt vermittelt, wenn er substantielle Beziehungen zwischen der Staatsgewalt und dem ihr unterworfenen Menschen aus seiner Obhut entlässt. Für diesen Bereich ist – anders als für den der Leistungsverwaltung und Daseinsvorsorge - ..? entscheidend darauf abzustellen, ob und in welchem Umfang der Staat Überwachungs- o-

der Direktionsbefugnisse gegenüber den tätig werdenden Privaten wahrzunehmen in der Lage ist,? schon viel früher dahingehend, dass die Bindung an den Staat gelockert wird. Alle hier in Betracht kommenden Bereiche, also Strafvollzug, Maßregelvollzug wie auch die Wahrnehmung unmittelbaren Zwangs im Übrigen, scheidet schon von vornherein aus und kann nicht gleichsam nach Kern- und Randbereichen unterschiedlich betrachtet werden. So wäre schon allein die Reinigung von solchen Einrichtungen durch ein privates Unternehmen unzulässig, weil Kontakt mit in einer besonderen entwickelten durch den Staat veranlassten Situation außerhalb desselben stehende Personen Wahrnehmungen machen und nach außen tragen können. Schon das ist ein Problem wegen den bestehenden Verschwiegenheitspflichten der Menschenwürde.