

**Zur zukünftigen Ausgestaltung der Flugsicherung in
Deutschland –
Die Aufgaben der Flugsicherung und der Rahmen ihrer Pri-
vatisierung nach einer Verfassungsänderung**

Gutachten

im Auftrag der
DFS Deutsche Flugsicherung GmbH

erstellt von
Prof. Dr. Joachim Wieland, LL.M.
Institut für Öffentliches Recht
Johann Wolfgang Goethe-Universität
Frankfurt am Main

Februar 2007

Gliederung

Teil I: Einleitung und Sachbericht.....	4
1. Abschnitt: Gutachtauftrag	4
2. Abschnitt: Entwicklung und Rechtsregime der deutschen Flugsicherung.....	9
A. Vom Beginn der Flugsicherung bis zur Flugsicherung im Dritten Reich.....	9
B. Neubeginn, Konsolidierung und Krisen in der Bundesrepublik	12
C. Die Deutsche Flugsicherung GmbH und die Organisationsprivatisierung der Flugsicherung	15
3. Abschnitt: Europäisierung der Flugsicherung – von EUROCONTROL zum SES 20	
A. EUROCONTROL	20
B. Single European Sky - 2004	21
C. Single European Sky - Konsolidierung seit dem Jahr 2004 und Perspektiven 25	
4. Abschnitt: Die gescheiterte Kapitalprivatisierung 2005 – 2006	30
5. Abschnitt: Aufgaben der Flugsicherung	33
Teil II: Gutachten – Allgemeiner Teil: Verfassungsrechtliche Maßstäbe	43
1. Abschnitt: Flugsicherung und Bundeseigenverwaltung – Art. 87 d GG und der verfassungsrechtliche Status Quo	43
2. Abschnitt: Determinanten einer verfassungsrechtlichen Neuregelung	46
A. Grundbegriffe: Staatsaufgabe – Hoheitlichkeit – Polizei – Privatisierung	46
B. Flugsicherung als Hoheitsaufgabe und Dienstleistung.....	49
C. Grenzen der Privatisierung	60
Teil III: Gutachten – Besonderer Teil: Antworten auf die Gutachtenfragen	88
1. Abschnitt: Welche Tätigkeiten innerhalb der Flugsicherungsdienste könnten im Rahmen einer Verfassungsänderung künftig als privatrechtliche Dienstleistung ausgestaltet werden?	88
A. Flugverkehrskontrolle.....	90
B. Verkehrsflussregelung und Steuerung der Luftraumnutzung.....	91
C. Flugarmdienst	92
D. Fluginformationsdienst und weitere Informationsdienste	92
E. Flugsicherungstechnische Dienste.....	93
2. Abschnitt: Welche Aufgaben der heutigen Flugsicherungstätigkeit müssten zukünftig in der Bundesverwaltung verbleiben?	95
3. Abschnitt: Könnten auf Grundlage einer entsprechenden Verfassungsänderung Flugsicherungsdienste als privatrechtliche Dienstleistung eines Wirtschaftsunternehmens so ausgestaltet werden, dass die zivil - militärische Integration erhalten bleibt und die Wahrnehmung von sonderpolizeilichen Aufgaben (§ 29 LuftVG) noch möglich ist?	96
A. Zivil-militärische Integration.....	96
B. Sonderpolizeiliche Aufgaben	99
4. Abschnitt: Wie kann die Infrastrukturverantwortung des Staates aus Artikel 28 der ICAO-Konvention in einem solchen Modell abgebildet werden?	100
5. Abschnitt: Wie könnte eine Verfassungsänderung aussehen?	103
6. Abschnitt: Ist es vorstellbar, die sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 LuftVG und § 26 Abs. 2 Satz 2 LuftVO ergebenden hoheitlichen Befugnisse des Fluglotsen (im engeren Sinne) und der Flugsicherungsorganisation (im weiteren Sinne) als privatrechtliches Dienstverhältnis auszugestalten?	107

7. Abschnitt: Können Maßnahmen der Gefahrenabwehr im Sinne des § 29 Abs. 1 Luft VG auch im Sinne des Privatrechts vorgenommen werden?	109
8. Abschnitt: Worin besteht der Unterschied zwischen der privatrechtlichen Tätigkeit des Flughafens bei der Vorfeldkontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf dem Vorfeld des Flughafens) und der hoheitlichen Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf den Rollflächen des Flughafens einschließlich der Überwachung der Bewegungen im Luftraum der Kontrollzone)?	110
9. Abschnitt: Können Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten, die nicht anweisenden Charakter haben (z. B. Fluginformationsdienst, Flugalarmdienst) privatrechtlich gestaltet werden? Sind hoheitliche (falls Frage 1 und 2 negativ beantwortet wird) und solch schlicht hoheitliche Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten untrennbar miteinander verbunden?.....	111
10. Abschnitt: Wie verhält es sich mit den sonstigen Flugsicherungsdiensten (CNS, Flugberatung, Wetterdienste)?.....	111
11. Abschnitt: Bedarf es bei einer mit den Flugverkehrsdiensten beliebigen Flugsicherungsorganisation neben den verwaltungsrechtlichen Ingerenzrechten zusätzlicher gesellschaftsrechtlicher Eingriffsbefugnisse?	112
Teil IV: Ergebnisse in Thesen	113

Teil I: Einleitung und Sachbericht

1. Abschnitt: Gutachtauftrag

Mit der Wahrnehmung der Flugsicherung in Deutschland ist nach § 31b LuftVG die DFS Deutsche Flugsicherung GmbH (im folgenden: DFS) betraut. Bei dieser handelt es sich um eine juristische Person des Privatrechts, deren Gesellschaftsanteile – wie § 31 b LuftVG fordert – ausschließlich der Bund hält. Mit dem Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung strebte der Bundesgesetzgeber an, die Flugsicherung in Deutschland einerseits an Vorgaben des europäischen Gemeinschaftsrechts zur Trennung von Aufsichtsfunktionen und operativen Tätigkeiten in der Flugsicherung anzupassen und andererseits die derzeit bundeseigene DFS mehrheitlich in privates Eigentum zu überführen (sog. Kapitalprivatisierung).

Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung, BT-Drs. 16/240; Beschlussempfehlung BT-Drs. 16/1161; Gesetzesbeschluss, BR-Drs. 274/06.

Das Gesetz ist nicht in Kraft getreten, da sich der Bundespräsident in Ausübung seines Prüfungsrechts – gutachterlich beraten –

Siehe: *Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006.

geweigert hat, das Gesetz auszufertigen, das er für evident verfassungswidrig gehalten hat. Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit knüpft an die Regelungen zur Kapitalprivatisierung an und sieht diese nicht im Einklang mit Art. 87d Abs. 1 GG, wonach die Luftverkehrsverwaltung in bundeseigener Verwaltung zu führen ist. Auch wenn eine bundesgesetzliche Regelung darüber möglich sei, ob dies in öffentlich-rechtlicher oder in privat-rechtlicher Form erfolge, erlaube Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG dem Bundesgesetzgeber die Organisation der Luftverkehrsverwaltung nur dann, „wenn diese in der Sache als ‚bundeseigen‘ qualifiziert werden kann“. Die Norm lasse nur eine Organisationsprivatisierung zu.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262, S. 1.

Der Bundespräsident erachtet die vom Bundesgesetzgeber vorgesehene Kapitalprivatisierung aber auch dann mit Art. 87d GG für unvereinbar, wenn durch diese Norm eine Kapitalprivatisierung nicht grundsätzlich ausgeschlossen würde, weil der Bund mangels ausreichender Ingerenz- und Kontrollrechte seiner Gewährleistungsverantwortung nicht hinreichend gerecht werde. Art. 87d Abs. 1 GG verlange die gesetzliche Sicherstellung der jederzeitigen Durchsetzbarkeit des Bundeswillens, „damit eine privatisierte Flugsicherungsorganisation im Sinne eines funktionalen Äquivalents zur bundeseigenen Verwaltung geführt werden kann“.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262, S. 2.

Der Bundespräsident ist zudem der Auffassung, dass die öffentlich-rechtliche Ingerenzbefugnisse in ihrer Wirksamkeit davon abhängen, dass ihnen keine gesellschaftsrechtlichen Hindernisse entgegenstünden. „Der Bundeswille kann gesellschaftsrechtlich bei einer Eigengesellschaft und – mangels sonstiger gesetzlicher Vorgaben – allenfalls bei einer Mehrheitsbeteiligung des Bundes jederzeit durchgesetzt werden“.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262, S. 2.

In der Zusammenschau führen diese Gesichtspunkte den Bundespräsidenten zur Annahme einer „evidenten Verfassungswidrigkeit“ des Gesetzes und zur Verweigerung von dessen Ausfertigung. Der Bundespräsident hebt indes zugleich hervor, dass diese Entscheidung sich nicht gegen die Privatisierung einer staatlichen Aufgabe richte; diese könne aber nur nach geltendem Verfassungsrecht erfolgen.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262, S. 3.

Nach der Entscheidung des Bundespräsidenten wird politisch erörtert, den Weg zu einer Privatisierung der Flugsicherung weiter zu gehen und hierzu eine Verfassungsänderung anzustreben.

Vgl. „Parteien ändern Verfassung für Flugsicherung“, Financial Times Deutschland v. 26.10.2006; „Privatisierung der Flugsicherung stockt“, Financial Times Deutschland v. 6.12.2006.

Neben einer auf Aufgabenprivatisierung gerichteten Verfassungsänderung werden dabei auch differenzierte Vorgaben und Regeln diskutiert, die sich etwa am Vorbild der Regeln zur Bahnprivatisierung (Art. 87e GG) orientieren.

So der Gutachter des Bundespräsidenten Prof. Dr. *Friedrich Schoch* gegenüber spiegel.online, siehe: „Koalitionspolitiker setzen auf Verfassungsänderung“, spiegel.online v. 24.10.2006, verfügbar unter: www.spiegel.de.

Vor diesem Hintergrund hat die DFS ein Rechtsgutachten über die Tätigkeiten in der Flugsicherung im Hinblick auf ihren Hoheitscharakter in Auftrag gegeben. In dessen Rahmen soll geprüft werden, inwieweit Aufgaben der Flugsicherung nach einer Verfassungsänderung funktional oder materiell privatisiert werden können.

Im Einzelnen soll das Gutachten Antworten auf folgende Fragen geben:

1. Welche Tätigkeiten innerhalb der Flugsicherungsdienste könnten im Rahmen einer Verfassungsänderung künftig als privatrechtliche Dienstleistung ausgestaltet werden?
2. Welche Aufgaben der heutigen Flugsicherungstätigkeit müssten zukünftig in der Bundesverwaltung verbleiben?
3. Könnten auf Grundlage einer entsprechenden Verfassungsänderung Flugsicherungsdienste als privatrechtliche Dienstleistung eines Wirtschaftsunternehmens so ausgestaltet werden, dass die zivil-militärische Integration erhalten bleibt und die Wahrnehmung von sonderpolizeilichen Aufgaben (§ 29 LuftVG) noch möglich ist?
4. Wie kann die Infrastrukturverantwortung des Staates aus Artikel 28 der ICAO-Konvention in einem solchen Modell abgebildet werden?
5. Wie könnte eine Verfassungsänderung aussehen?

Im Rahmen der Beantwortung dieser Fragen sollen auch die folgenden Fragen einer Klärung zugeführt werden:

6. Ist es vorstellbar, die sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 LuftVG und § 26 Abs. 2 Satz 2 LuftVO ergebenden hoheitlichen Befugnisse des Fluglotsen (im engeren Sinne) und der Flugsicherungsorganisation (im weiteren Sinne) als privatrechtliches Dienstverhältnis auszugestalten?
7. Können Maßnahmen der Gefahrenabwehr im Sinne des §29 Abs. 1 Luft VG auch im Sinne des Privatrechts vorgenommen werden?

8. Worin besteht der Unterschied zwischen der privatrechtlichen Tätigkeit des Flughafens bei der Vorfeldkontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf dem Vorfeld des Flughafens) und der hoheitlichen Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf den Rollflächen des Flughafens einschließlich der Überwachung der Bewegungen im Luftraum der Kontrollzone)?
9. Können Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten, die nicht anweisenden Charakter haben (z. B. Fluginformationsdienst, Flugalarmdienst) privatrechtlich gestaltet werden? Sind hoheitliche (falls Frage 1 und 2 negativ beantwortet wird) und solch schlicht hoheitliche Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten untrennbar miteinander verbunden?
10. Wie verhält es sich mit den sonstigen Flugsicherungsdiensten (CNS, Flugberatung, Wetterdienste)? Eine Privatisierung der Wetterdienste soll nicht Gegenstand des Gutachtens sein, jedoch ist zu berücksichtigen, dass eine Verfassungsänderung in Bezug auf die Privatisierung von Flugsicherungsdiensten nach der Nomenklatur der SES-Begrifflichkeiten auch die Wetterdienste mit umfassen würde.
11. Bedarf es bei einer mit den Flugverkehrsdiensten beliehenen Flugsicherungsorganisation neben den verwaltungsrechtlichen Ingerenzrechten zusätzlicher gesellschaftsrechtlicher Eingriffsbefugnisse?

Die nachfolgenden gutachterlichen Ausführungen werden diesen Gutachtauftrag in vier Schritten umsetzen:

- In einem ersten Schritt werden die derzeitige rechtliche Ausgestaltung der Flugsicherung und ihre historische Entwicklung dargelegt (Teil I, 2. Abschnitt). Auf diese Ausgestaltung nimmt im zunehmenden Umfang das europäische Gemeinschaftsrecht Einfluss. Die Regelungen des „Single European Sky“ begrenzen als Verordnungsrecht die Gestaltungsfreiheit des deutschen Gesetzgebers (Teil I, 3. Abschnitt). Die Gutachtenfrage zielt darauf ab, welche Aufgaben der Flugsicherung in welchem Umfang der Privatisierung nach einer Verfassungsänderung zugänglich sind und insbesondere nach den Sachgesetzmäßigkeiten der Flugsicherung zugänglich sein sollten. Im beschreibenden Teil ist daher zunächst mit hinreichender Detailschärfe Klarheit über die einzelnen Aufgaben der Flugsicherung und ihre derzeitige rechtliche Ausgestaltung – sowohl auf der Ebene des deutschen Luftverkehrsrechts als auch auf der Ebene und in den Kategorien des europäischen Sekundärrechts – zu schaffen (Teil I, 4. Abschnitt).
- Nach der Darlegung dieser rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen der Flugsicherung wendet sich das Gutachten in seinem zweiten Teil den

derzeitigen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Flugsicherungen (Teil II, 1. Abschnitt) sowie den Bedingungen ihrer zukünftigen Gestaltung (Teil II, 2. Abschnitt) zu. Ausgangspunkt für die Beurteilung der Privatisierungsspielräume ist eine genauere Analyse der Erbringung von Flugsicherungsleistungen. Deren Bewertung changiert zwischen der traditionellen Annahme eines hoheitlichen Charakters – in ihrer Ausprägung als Luftpolizei – und der sich zunehmend auch international durchsetzenden Qualifikation der Flugsicherungsleistungen als Dienstleistungen (Teil II, 2. Abschnitt, A.). Hierauf aufbauend wird die Privatisierung von Hoheitsaufgaben nach ihren Formen und ihren Grenzen entfaltet; namentlich ist auf die Grenzen der Gestaltungsfreiheit des verfassungsändernden Gesetzgebers einzugehen, bevor die allgemeinen gutachterlichen Erwägungen mit Ausführungen zu möglichen rechtlichen Gestaltungsmitteln, die zur Umsetzung einer materiellen oder auch funktionalen Privatisierung herangezogen werden könnten, schließen (Teil II, 2. Abschnitt, B. und C.).

- Auf der Basis der so gewonnenen Determinanten einer verfassungsrechtlichen Neuregelung gibt das Gutachten Antworten auf die im Einzelnen eingangs aufgeworfenen Fragen (Teil III).
- In einem vierten und letzten Schritt schließt das Gutachten mit der thesenhaften Darstellung der wesentlichen Untersuchungsergebnisse (Teil IV).

2. Abschnitt: Entwicklung und Rechtsregime der deutschen Flugsicherung

Die Geschichte der Flugsicherung in Deutschland zeigt zweierlei: Zum einen ist die Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Bestandteil hoheitlicher Verwaltungstätigkeit das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung. Zum anderen ist die Flugsicherung in Funktionen und Verfahren von Beginn an den Bedürfnissen und Bedingungen des Luftverkehrs und seiner technischen Mittel gefolgt.

A. Vom Beginn der Flugsicherung bis zur Flugsicherung im Dritten Reich

Schon im ersten Jahrzehnt des zwanzigsten Jahrhunderts wurde die besondere Gefährdung der Luftfahrzeuge offenbar: Es fehlte an Kenntnissen der Luftfahrer, die über das Nahfeld der jeweiligen Flughäfen hinausgingen; es fehlte an Navigationstechnik an Bord und am Boden; es fehlte an Wetterdaten, die für die Abschätzung der Flugsituation und -bedingungen unerlässlich waren und sind. Neben den dezentral organisierten Platzbefeuerungen kann man als einen Vorläufer eines Luftfahrtinformationssystems den 1911 gegründeten und staatlich finanzierten Luftfahrerwarndienst ansehen. Von den in Frankfurt und am Scharmützelsee gelegenen Zentralen wurden telegraphisch Wetterwarnmeldungen für das Reichsgebiet verteilt.

Dazu *Bachmann*, Flugsicherung in Deutschland, 2005, S. 18 f.

Der erste Entwurf eines Luftverkehrsgesetzes entstand im Jahre 1913,

Vgl. *Hofmann/Grabherr*, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, Einleitung, S. 3 f.

konnte aber in Folge des Kriegsausbruchs nicht legislativ umgesetzt werden. Nach Kriegsende regelte schon der Rat der Volksbeauftragten die Luftverkehrsverwaltung reichseinheitlich und richtete ein Reichsluftamt ein.

Erlass zur Errichtung des Reichsluftamtes vom 4.12.1918, RGBl. I, S. 1400.

Zudem erlangte das Reich durch Art. 7 Ziff. 9 der Weimarer Reichsverfassung die Gesetzgebungskompetenz „für den Verkehr mit Kraftfahrzeugen zu Lande, zu Wasser und in der Luft (...)“. Von dieser machte es in Gestalt des Luftverkehrsgesetzes vom 1. August 1922 Gebrauch.

RGBl. I, 681 ff.

Nach dem Ende des Ersten Weltkriegs waren gemäß den Bestimmungen des Versailler Vertrages dem Deutschen Reich die Herstellung und der Betrieb von Flugzeugen untersagt. So sollte der Aufbau einer militärisch verwendbaren Luftflotte verhindert werden. Erlaubt blieb die Ausrüstung der Polizei mit Flugzeugen; hierauf gründeten die Polizeiflieger-Staffeln Anfang der 1920er Jahre. Diese waren an den Flugplätzen sowohl für die Kontrolle der Flugzeuge und Passagiere als auch für die Flugverkehrsleitung – also die Kontrolle des Rollfeldverkehrs und die Überwachung der Luftverkehrsregelungen bei Starts und Landungen – zuständig.

Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 22 f.

Das spezifische Verständnis von Flugsicherung als Luftpolizei dürfte in diesem – dem Versailler Vertrag zu verdankenden – Ausweichen aus dem militärischen Bereich seinen Ausgangspunkt haben.

Nach Aufnahme des Linienflugverkehrs wurde insbesondere der Aufbau des Wetterdienstes forciert.

Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 27

Seit 1925 wurde der Flugfernmeldedienst über die Wetterbeobachtung hinaus auf Passage-, Start- und Landemeldungen ausgedehnt. Im Jahr 1927 wurde die „Zentralstelle für Flugsicherung“ (ZfF) errichtet und durch Erlass seitens des Reichsverkehrsministers mit der Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben im Reich betraut.

RMinBl. 1927, S. 584; dazu *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 28.

Im Jahr 1929 wurde der ZfF der Flugwetterdienst angegliedert, der aber unverändert der Länderaufsicht unterstand. Der deutlich zentralistische Zug, der den Föderalismus in der Weimarer Republik prägte, machte vor der Flugsicherung nicht halt. Die Kompetenz der Länder zur Ausführung des Luftverkehrsgesetzes nach Art. 14 WRV blieb jedoch verfassungsrechtlich unangetastet.

Die Zentralisierung der Flugsicherung in Deutschland in der zweiten Hälfte der 1920er Jahre war zugleich Folge der Sachgesetzmäßigkeiten der Flugsicherung: Zum einen war sie auf die Setzung und Durchsetzung international einheitlicher Standards angewiesen, drängte also in ihren Regelungsgegenständen und –verfahren auf Vereinheitlichung, um so einen flüssigen und sicheren Flugverkehr sicherstellen zu können; zum zweiten wurde seit Mitte der 1920er Jahre zunehmend deutlich, dass Flugsicherung eine erhebliche technische Infrastruktur benötigte

Zu den technischen Betriebsmitteln der Zeit vgl. *Petzel*, Die Flugsicherung im europäischen Luftverkehr, in: Pirath (Hrsg.), Grundlagen der Flugsicherung, 1933, S. 27 ff. Zu den heutigen technischen Hilfsmitteln *Mensen*, Handbuch der Luftfahrt, 2003, S. 411 ff.

und mit hohen Investitionskosten einherging, die von Privaten seinerzeit nicht leicht erbracht werden konnten. Schon deshalb wurde der Ruf nach Zentralisierung laut.

Siehe *Pirath*, Die Probleme der Flugsicherung, in: ders. (Hrsg.), Die Grundlagen der Flugsicherung, 1933, S. 7 (21 ff.).

Auch das Inkrafttreten der Luftverkehrsordnung im Jahre 1930

RGBl. I, S. 363 ff.

konnte die faktische Monopolisierung der Flugsicherung beim Reich nicht hindern.

Vgl. *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 13.

Zwar begründete die Luftverkehrsordnung spezifische Flugsicherungsaufgaben der Polizei – so war sie berechtigt, durch Signale Flugzeuge zur Landung aufzufordern und zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung den Rollfeldverkehr zu regeln. Kernaufgaben der (heutigen) Flugsicherung waren indes keineswegs hoheitlich ausgestaltet. Die Start- und Landefreigaben sowie die Flugkurse wurden von privaten Flugleitern erteilt, die als Angestellte der „Deutschen Luft Hansa AG“ über die nötige Sachkunde verfügten.

Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 30.

Der Zug zur Zentralisierung und Verstaatlichung der Flugsicherung und Luftverkehrsverwaltung verstärkte sich noch nach der nationalsozialistischen Machtergreifung. Schon 1933 wurde ein Reichskommissar für Luftfahrt als oberste Reichsluftfahrtbehörde bestellt und die ZfF zum Reichsamt für Flugsicherung, dem nun auch die Prüfstelle für Luftfahrzeuge angegliedert wurde. Seine institutionelle Selbstständigkeit verlor auch das Reichsamt für Flugsicherung, es wurde schon im Folgejahr dem Reichsluftfahrtministerium eingegliedert. Die Reichsflugsicherung umfasste danach bis 1945 alle Facetten der Flugsicherung

Zum Voranstehenden *Pletschacher/Bockstahler/Fischbach, Eine Zeitreise, Flugsicherung im Wandel, 2003, S. 24 ff.; Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 13 f.; Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 30 ff.*

B. Neubeginn, Konsolidierung und Krisen in der Bundesrepublik

Das Jahr 1945 bedeutet auch für die Flugsicherung einen Neubeginn. Dieser Neubeginn erfolgte freilich ohne deutsche Akteure. Mit dem Übergang der Lufthoheit auf die Alliierten waren diese auch für die Flugsicherung zuständig.

Im Einzelnen *Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 14 f.; Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 36 ff.*

Die im schon im Dezember 1944 in Montreal gegründete und später unter dem Dach der Vereinten Nationen operierende International Civil Aviation Organisation (ICAO) setzte für die alliierte Flugsicherung Standards, namentlich für diejenige in der amerikanischen Zone.

Die Luftverkehrsverwaltung in der Bundesrepublik Deutschland war nach Inkrafttreten des Grundgesetzes mit der Bundesgesetzgebungskompetenz in Art. 73 Nr. 6 GG nur rudimentär geregelt. Erst nach dem Ende der Besatzungsherrschaft gemäß den Pariser Verträgen erlangte die Bundesrepublik 1955 die Lufthoheit zurück.

Zum Ganzen *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 35 ff.; *Horn*, in: v. Mangoldt/Kein/Starck (Hrsg.), GG, Kommentar, Band 3, 5. Aufl. 2005, Art. 87d Rdn. 1.

Der Bund machte mit der Errichtung des Luftfahrt-Bundesamtes (urspr.: Bundes-Luftfahrtamt) und der Bundesamtes für Flugsicherung, die nach Rückübertragung der vollen Verantwortung für die Zivilluftfahrt an die Bundesrepublik im Zuge des Überleitungsvertrages

BGBI. II 1954, 227.

in den Jahren 1953 und 1954 errichtet worden waren,

Gesetz über die Bundesanstalt für Flugsicherung vom 23.03.1953, BGBI. I, 70; Gesetz über das Bundes-Luftfahrtamt vom 30.11.1954, BGBI. I, 354; dazu *Lischka*, VerwArch 79 (1988), 445 ff.

von der ihm eingeräumten Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz Gebrauch. Der Bundesgesetzgeber hatte sich in Ausfüllung seiner ihm nach Artt. 73, 87 GG a.F. erwachsenden Kompetenzen noch deutlich an das Gesetz über die Befugnisse der Luftfahrtbehörden vom 1. Februar 1939

RGBI. I, S. 131.

angelehnt. Insbesondere wurde Flugsicherung in Kontinuität zur schon 1927 begonnenen Entwicklung als in den Formen des öffentlichen Rechts wahrzunehmende Hoheits-

aufgabe verstanden. So wurde die Bundesanstalt für Flugsicherung als Sonderpolizeibehörde begriffen und errichtet. Luftaufsicht war Luftpolizei.

Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 33 ff.

Das erste Jahrzehnt der Bundesanstalt für Flugsicherung war vom Aufbau der technischen Flugsicherungsinfrastruktur und der notwendigen personellen Kapazitäten geprägt. Der Personalbestand stieg von 600 Angestellten 1953 auf 1800 Angestellte im Jahr 1961. Er stieg indes nicht in gleichem Maße wie die Aufgabenausweitung. Das führte Ende 1961 zu einem Streik. Schon zu Beginn des Jahres hatte der verfassungsändernde Gesetzgeber durch das am 16. Februar 1961 in Kraft getretene „Gesetz zur Einfügung eines Artikels über die Luftverkehrsverwaltung in das GG“ auf den Abstimmungsbedarf zwischen Bund und Ländern reagiert und Art. 87c – nach heutiger Zählung Art. 87d – in das Grundgesetz eingefügt.

BGBI. I, S. 65.

Nach dessen Abs. 1 wurde und wird die Luftverkehrsverwaltung grundsätzlich in bundeseigener Verwaltung geführt; Art. 2 enthielt als Neuerung die Zulassung der Auftragsverwaltung durch die Länder, die damit die Ländertätigkeit auf Grundlage der Verwaltungsvereinbarung zwischen ihnen und dem Bund ersetzte. Die Aufgaben der Fluglotsen und des flugtechnischen Dienstes wurden der bundeseigenen Verwaltung entsprechend in die Wahrnehmung durch Beamte überführt, denen ein Streikrecht nun nicht mehr zustand.

Näher zum Ganzen *Schwenk/Giemulla, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl., 2005, S. 56 ff.; Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 44 ff.*

Die Folgejahre waren von Auseinandersetzungen zwischen dem Dienstherrn – der Bundesregierung – und den Fluglotsen geprägt, die schließlich in den sog. „Großen Streik“ mündeten, der im Sommer 1973 seinen Höhepunkt erreichte: durch „Dienst nach Vorschrift“ und einem erhöhten Krankenstand wurden die Flugsicherung und mit ihr der Flugverkehr weitgehend beeinträchtigt.

Pletschacher/Bockstahler/Fischbach, Eine Zeitreise, Flugsicherung im Wandel, 2003, S. 78 – 119.

Im Verlauf der 1980er Jahre zeigte sich zunehmend, dass die Probleme kapazitätsgerechten und flexiblen Personalmanagements im Rahmen einer bundesunmittelbaren Anstalt nicht adäquat gelöst werden konnten. Dieser Eindruck verstärkte sich mit der Übernahme der Flugsicherung über dem Gebiet der ostdeutschen Länder nach der Wiedervereinigung 1990.

C. Die DFS und die Organisationsprivatisierung der Flugsicherung

Eine sog. Organisationsprivatisierung, d.h. die grundsätzliche Übertragung der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben auf Akteure in privater Rechtsform, strebte der Bundesgesetzgeber mit dem Entwurf eines 10. Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes an.

Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 21.03.1990, BT-Drs. 11/6745.

Der Gesetzgeber sah durch die hoheitliche und behördenmäßige Erbringung von Flugsicherungsdiensten seitens des Bundesamtes für Flugsicherung die für die flüssige Abwicklung des Luftverkehrs erforderliche Flexibilität nicht mehr gegeben. Mit der Schaffung der Möglichkeit, Flugsicherungsdienste durch ein in der Rechtsform der GmbH geführtes Flugsicherungsunternehmen zu erbringen, wollte der Gesetzgeber hinreichende Flexibilität zur Qualitätssicherung und Bezahlung des eingesetzten Personals erlangen.

Begründung des Gesetzentwurfs, BT-Drs. 11/6745, S. 20.

Bundespräsident *von Weizsäcker* unterzeichnete jedoch das vom Parlament verabschiedete Gesetz nicht, weil er es nach Ausübung seines Prüfungsrechts für verfassungswidrig hielt.

Dazu *Epping*, JZ 1991, 1102 (1105 ff.); *Riedel/Schmidt*, DÖV 1991, 371 (372 ff.).

Namentlich die Organisationsprivatisierung erachtete er für unvereinbar mit dem Vorbehalt für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Angehörige des öffentlichen Dienstes in Art. 33 Abs. 4 GG und für unvereinbar mit der Zuweisung der Staatsaufgabe „Luftverkehrsverwaltung“ zur staatlichen bundeseigenen Verwaltung nach Art. 87d Abs. 1 GG.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten vom 22.01.1991, BT-Drs. 12/67, S. 1 f.

Der Bundesgesetzgeber respektierte die Rechtsauffassung des Bundespräsidenten und ergänzte Art. 87d Abs. 1 GG um Satz 2. Danach wird über die öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Organisationsform durch Bundesgesetz entschieden.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/1800.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte auf diesem Wege die in Aussicht genommene Organisationsprivatisierung ermöglichen. Damit sollte erreicht werden, „dass die Flugsicherungsaufgaben künftig von einer Gesellschaft des privaten Rechts (GmbH) wahrgenommen werden, deren Geschäftsanteile alle vom Bund gehalten werden“.

Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes, BT-Drs. 12/1800, S. 3.

Der Bundesgesetzgeber nutzte den ihm durch Änderung des Art. 87d GG erwachsenden Regelungsspielraum in Form des parallel zur Grundgesetzänderung eingebrachten – und insoweit mit dem ursprünglichen Regierungsentwurf übereinstimmenden – 10. Änderungsgesetzes zum Luftverkehrsgesetzes.

Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 11.12.1991, BT-Drs. 12/1801.

In dessen Rahmen wurde in § 31b LuftVG das Bundesministerium für Verkehr [nunmehr: Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung] ermächtigt, „durch

Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Anteile ausschließlich vom Bund gehalten werden, mit der Wahrnehmung von in § 27c genannten Aufgaben der Flugsicherung zu beauftragen (Flugsicherungsunternehmen)“.

Luftverkehrsgesetz (LuftVG), RGBl. I 1922, 681, neugefasst durch Bek. v. 27.3.1999 BGBl. I, S. 550; zuletzt geändert durch Art. 48 G v. 21.6.2005, BGBl. I, S. 1818.

Im Falle der Beauftragung untersteht das Flugsicherungsunternehmen der Rechts- und bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Flugsicherungsbetriebsdienste der Fachaufsicht des Bundesverkehrsministeriums.

Der Bundesgesetzgeber hat die Steuerungsverluste in Folge der Organisationsprivatisierung und den latenten Widerspruch zum Grundsatz der bundeseigenen Verwaltung nach Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG bei der Novellierung des Luftverkehrsgesetzes erkannt und durch entsprechende gesellschaftsrechtliche Steuerungsinstrumente des Bundes zu kompensieren gesucht. Die Nutzung einer privaten Organisationsform im Rahmen der Flugsicherung hat nach § 31b Abs. 1 LuftVG zur Voraussetzung, dass die Anteile an der Gesellschaft vom Bund gehalten werden.

Vgl. Begründung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Luftverkehrsgesetzes vom 11.12.1991, BT-Drs. 12/1801, S. 19.

Der Bundesminister für Verkehr hat durch Verordnung vom 11. November 1992 die DFS mit der Wahrnehmung der in § 27c Abs. 2 LuftVG genannten Aufgaben der Flugsicherung beauftragt.

Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens (FS-BetrV) vom 11.11.1992, BGBl. I, S. 1928.

Die maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften für die Beauftragung lauten derzeit wie folgt:

LuftVG § 31b

(1) Das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates eine Gesellschaft mit beschränkter Haf-

tung, deren Anteile ausschließlich vom Bund gehalten werden, mit der Wahrnehmung von in § 27c genannten Aufgaben der Flugsicherung zu beauftragen (Flugsicherungsunternehmen). Darüber hinaus kann das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen geeignete natürliche Personen mit der Wahrnehmung einzelner Aufgaben nach § 27c Abs. 2 beauftragen. (...)

(5) Das Flugsicherungsunternehmen kann sich mit Zustimmung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen zur Erfüllung seiner Aufgaben an anderen Unternehmen beteiligen oder Unternehmen erwerben oder errichten. Seine Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben bleibt unberührt. Die Zustimmung stellt keine Beleihung dar. (...)

LuftVG § 31d

(1) Die Beauftragung nach den §§ 31a bis 31c ist nur zulässig, wenn der zu Beauftragende einwilligt und hinreichende Gewähr für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe bietet. Sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, wird die Beauftragung ohne Entschädigung zurückgezogen.

(2) Die Beauftragten nach den §§ 31a und 31c arbeiten nach den Richtlinien des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen und unterstehen seiner Rechts- und Fachaufsicht. Beauftragte nach § 31b unterstehen der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen; die Beauftragte nach § 31b Abs. 1 Satz 1 untersteht bei der Wahrnehmung der Aufgaben nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen; Beauftragte nach § 31b Abs. 1 Satz 2 unterstehen bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Fachaufsicht des Flugsicherungsunternehmens. (...)

In den 1990er Jahren gelang mit der organisationsprivatisierten DFS die Umstrukturierung der Zusammenarbeit zwischen ziviler und militärischer Flugsicherung, die das jahrzehntelange Nebeneinander der Flugsicherungssysteme beendete und eine flexiblere Luftraumnutzung ermöglichte.

Zu den (gescheiterten) Integrationsversuchen in den 1980er Jahren (sog. „Sobornheimer Modell“) *Pletschacher/Bockstahler/Fischbach*, Eine Zeitreise, Flugsicherung im Wandel, 2003, S. 120 ff., zur gelungenen Integration, S. 169 ff.

Nach der mit der 10. Novelle des Luftverkehrsgesetzes eingefügten Regelung des § 30 Abs. 2 Satz 2 LuftVG wird der Bereich der Flugsicherungsaufgaben nach § 27c LuftVG von der nach Satz 1 begründeten Verwaltungskompetenz der Bundeswehr ausgenommen. Einzig die örtliche Flugsicherung an militärischen Flugplätzen und der nicht zur eigentlichen Flugsicherung zählende Radarführungsdienst fallen in die Zuständigkeit des Amtes für Flugsicherung der Bundeswehr. Im Verteidigungsfall obliegt wiederum auch die überörtliche Flugsicherung den Organen der Bundeswehr.

Dieser Zuständigkeitswechsel im Konfliktfall setzt Zusammenarbeit im Frieden voraus. Grundsätze dieser Zusammenarbeit sind durch Ressortvereinbarungen und Vereinbarungen zwischen DFS und BMVg konkretisiert worden. Deren wichtigste sind:

- Ressortvereinbarung zwischen Bundesverkehrsministerium und Bundesverteidigungsministerium vom 6.11.1991 über die Zusammenarbeit auf dem Gebiet der Flugsicherung,
- Richtlinie über die betrieblich-konzeptionelle Ausgestaltung der zivil-militärischen Integration vom 1.7.1993,
- Vereinbarung zwischen dem Bundesverkehrs- und -verteidigungsministerium vom 18.1.1994 über die Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben für den überörtlichen militärischen Luftverkehr durch die DFS Deutsche Flugsicherung,
- Abkommen zwischen dem Amt für Flugsicherung der Bundeswehr und der DFS vom 25.1.1994 über die Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben für den überörtlichen militärischen Luftverkehr durch die DFS,
- Vereinbarung des Bundesverteidigungs- und -verkehrsministeriums vom 5.8.1994 für den Spannungs- und Konfliktfall.

Im Kern sieht das Modell der Zusammenarbeit in Ausfüllung der Vorgaben des § 30 Abs. 2 LuftVG vor, dass für den überörtlichen Flugverkehrskontrolldienst das militärische Bereichskontroll-Personal langfristig beurlaubt und in die zivile DFS auf der Grundlage eines privaten Arbeitsvertrages eingegliedert wird. Die Kosten hierfür werden aus dem Verteidigungsetat gedeckt. Die DFS übernimmt – wie gesagt – den Flugverkehrskontrolldienst für den operationellen Flugverkehr, hierbei insbesondere auch die Kontrolle spezieller militärischer Flüge wie Luftbetankungsmanöver, AWACS-Flüge, Test- und Erprobungsflüge. Zudem überwacht die DFS nach § 26 LuftVG zeitweilig reservierte Lufträume und leistet taktische Einsatz-Unterstützung.

Im Spannungs- und Verteidigungsfall wird das beurlaubte Personal zurückgerufen, die Flugsicherungssektoren unterstehen dann dem Amt für Flugsicherung der Bundeswehr. Durch Notdienstvereinbarungen mit den Gewerkschaften wird auch bei einem Streik die Flugsicherung militärischer Flüge, von Regierungs- und Notflügen sichergestellt.

Zum Voranstehenden *Mensen*, *Moderne Flugsicherung*, 3. Aufl. 2004, S. 59 f.; *Giemulla*, in: ders./Schmid (Hrsg.), *Luftverkehrsgesetz, Kommentar*, Loseblatt, Stand: 6/2004, § 30 Rdn. 10; *Giemulla/Schwenk*, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*, 3. Aufl. 2005, S. 203 ff.

3. Abschnitt: Europäisierung der Flugsicherung – von EUROCONTROL zum SES

Die Organisation der Flugsicherung ist schon seit den 1950er Jahren ein europäisches Anliegen. Einzig die Strategien haben sich gewandelt: Anfangs strebten die europäischen Staaten eine Europäisierung durch Harmonisierung in den Flugsicherungsstandards und in der organisatorischen Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben an. Die Geschichte von EUROCONTROL lässt sich als Geschichte vom Scheitern dieses Projekts lesen. Seit Mitte der 1990er Jahren ist an die Stelle des monistischen Modells einer transnationalen Verwaltungsorganisation das von der Europäischen Kommission forcierte Leitbild einer am Binnenmarkt ausgerichteten Flugsicherungsarchitektur getreten. Während die Sicherheitsstandards für die Flugsicherung im technischen Bereich zunehmend durch die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) gesetzt werden, stellt das europäische Recht im Übrigen nur gleiche Rahmenbedingungen für die Erbringung von Flugsicherungs-Dienstleistungen durch Akteure in den Mitgliedstaaten bereit.

A. EUROCONTROL

Schon vor 45 Jahren wurde eine gemeinsame Sicherheitsarchitektur im traditionell in relativ kleine Lufträume zersplitterten europäischen Luftraum in Betracht gezogen. Im Jahre 1960 wurde unter Beteiligung der Bundesrepublik durch das Abkommen zur Schaffung einer „Europäischen Organisation zur Sicherung der Luftfahrt“ mit EUROCONTROL eine zwischenstaatliche Einrichtung geschaffen, die mit der Bewirtschaftung des Luftraums und insbesondere der Wahrnehmung von Flugsicherungsdiensten betraut werden konnte.

Siehe das Transformationsgesetz vom 14.12.1962, BGBl. II, S. 2273; *Mensen, Moderne Flugsicherung*, 3. Aufl. 2004, S. 13 ff.

EUROCONTROL nimmt heute Flugsicherungsaufgaben im Luftraum über Norddeutschland und den Benelux-Staaten wahr. Indes führte der Widerstand einiger Mitglieder der Flugsicherungsorganisation, die nicht bereit waren, Flugsicherungsdienste

auf EUROCONTROL zu übertragen, zu einem Bedeutungsverlust von EUROCONTROL und der Renationalisierung der Flugsicherung. Erst im Jahr 1997 gewann EUROCONTROL durch Ausdehnung auf den mittel- und osteuropäischen Luftraum wieder verstärkt an Bedeutung, namentlich in der Setzung technischer Standards.

Zum Ganzen: EUROCONTROL, 1963 - 2003 – „40 years of service to European aviation“, www.eurocontrol.com; *Schwenk/Schwenk*, ZLW 42 (1993), 121 (123 ff.); *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 46 ff.

Um der Verbindlichkeit dieser Standards im Gemeinschaftsrechtsrahmen willen ist die Europäische Gemeinschaft dem „Eurocontrol“-Übereinkommen im Jahre 2002 beigetreten.

Protokoll über den Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zum Internationalen Übereinkommen vom 13. Dezember 1960 über Zusammenarbeit zur Sicherung der Luftfahrt Eurocontrol entsprechend den verschiedenen vorgenommenen Änderungen in der Neufassung des Protokolls vom 27. Juni 1997, ABl. EG Nr. L 304 vom 30.09.2004, S. 210 ff., siehe KOM(2003) 555 endg.

In Fragen der technischen Standardsetzung ist auf Gemeinschaftsebene in Ergänzung zu EUROCONTROL ein wesentlicher Schritt mit der Errichtung der Europäischen Agentur für Flugsicherheit (EASA) erfolgt.

VO EG Nr. 1592/2002, ABl. L 240 v. 07.09.2002, S. 1 ff.; Mitteilung der Kommission, Erweiterung der Aufgaben der Europäischen Agentur für Flugsicherheit – Blick auf 2010, KOM(2005) 578 endg.

B. Single European Sky - 2004

Seit 1996 ist es erklärte Absicht der Europäischen Kommission, das kleinteilige mitgliedstaatlich organisierte Luftraummanagement durch ein europäisches System zur regulierten Nutzung des Luftraums zu ersetzen („Single European Sky“ – SES). Der Umsetzung dieser Absicht dient ein konzertiertes Verordnungspaket aus dem Jahr 2004.

VO Nr. 549/2004 v. 10.03.2004 zur Festlegung des Rahmens für die Schaffung eines einheitlichen europäischen Luftraums („Rahmenverordnung“), ABl. EU Nr. L 96 S. 1; VO Nr. 551/2004 v. 10.03.2004 über die Ordnung und Nutzung des Luftraums im einheitlichen europäischen Luftraum („Luftraum-

Verordnung“), ABl. EU Nr. L 96 S. 20; VO Nr. 552/2004 v. 10.03.2004 über die Interoperabilität des europäischen Flugverkehrsmanagementnetzes („Interoperabilitäts-Verordnung“), ABl. EU Nr. L 96 S. 26); VO Nr. 550/2004 v. 10.03.2004 über die Erbringung von Flugsicherungsdiensten im einheitlichen europäischen Luftraum („Flugsicherungsdienste-Verordnung“), ABl. EU Nr. L 96 S. 10.

Hierbei wird eine neue gemeinschaftsweite Luftraumarchitektur geschaffen. In deren Rahmen wird insbesondere der obere Luftraum umstrukturiert und in funktionale Luft-raumblocke unterteilt. Mit der einheitlichen Gestaltung des Luftraums schafft die Ge-meinschaft die Voraussetzungen dafür, mit der Flugsicherungsdienste-Verordnung die Rahmenbedingungen der Flugsicherung gemeinschaftsweit im Wettbewerb organisieren zu können. Kernelement dieser Regelungen ist ein System der Aufsicht über Flugsiche-rungsorganisationen durch funktionell von diesen getrennte, nationale Aufsichtsbehör-den.

Siehe Art. 2 VO EG Nr. 550/2004.

Die Erbringung von Flugsicherungsdiensten wird durch ein gemeinschaftliches Zertifi-zierungssystem vereinheitlicht. Flugsicherungsdienste können nach Art. 7 Abs. 1 der Flugsicherungsdienste-Verordnung grundsätzlich nur von zertifizierten Organisationen erbracht werden, die hierbei nach Art. 10 der Verordnung auch mit anderen zertifizier-ten Organisationen zusammenarbeiten können.

Die materiellen Kriterien für die Erteilung eines Zertifikats führt die „Verord-nung zur Festlegung gemeinsamer Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten“ vom 20.12.2005 näher aus, VO EG Nr. 2096/2005, ABl. L 335 v. 21.12.2005, S. 13 ff.

Das Verordnungspaket betrifft vorrangig „den Marktplatz für Luftverkehrsdienstlei-stungen und deren Rahmenbedingungen“. Flugsicherung wird im Grundsatz nach den Gesetzen des Wettbewerbs organisiert.

Scherer, EuZW 2005, 268 (268).

Die Qualitätssicherung derartig sicherheitsrelevanter Leistungen, wie es Flugsiche-rungsdienstleistungen sind, wird präventiv durch das Zertifizierungsverfahren und durch

die ständige Aufsicht der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden über die Flugsicherungsorganisationen sichergestellt. Die nach Art. 4 der Rahmenverordnung gebotene, „hinreichende“ funktionelle Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden von den Erbringern der Flugsicherungsdienste soll dabei einen freien, gemeinschaftsweiten Wettbewerb der Flugsicherungsorganisationen ermöglichen.

Vgl. 9. Erwägungsgrund VO EG Nr. 249/2004.

Nur im Kernbereich der Flugsicherung schränkt das Verordnungspaket den freien Wettbewerb ein. Hier geht die Gemeinschaft davon aus, dass Flugsicherung mit der Ausübung von hoheitlichen Zwangbefugnissen einhergehen kann, die sich nicht wettbewerblich organisieren lassen.

Vgl. 5. Erwägungsgrund VO EG Nr. 550/2004.

Dies hat zweierlei zur Folge: Einerseits können die Akteure auf dem „Marktplatz“ der Flugsicherungsdienste privatrechtlicher aber auch öffentlichrechtlicher Natur sein und können „je nach Mitgliedstaat sehr unterschiedliche Rechtsformen“ annehmen.

10. Erwägungsgrund VO EG Nr. 249/2004.

Institutionell ist lediglich eine Trennung der Flugsicherungsorganisation von den Aufsichtsbehörden gefordert.

Stellungnahme der Kommission v. 27.08.2003, KOM(2003) 514 endg., S. 4: „Die Verordnung garantiert eine Trennung der Funktionen der nationalen Aufsichtsbehörden und der Anbietern von Flugsicherungsdiensten. Diese Trennung lässt sich mit öffentlich-privaten Partnerschaften und mit der Erbringung von Dienstleistungen gleichermaßen vereinbaren – je nachdem, für welches Modell sich die einzelnen Mitgliedstaaten entscheiden“.

Andererseits ist der Wettbewerb für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten zugunsten einer Bewirtschaftung unter Monopolbedingungen substanziell eingeschränkt. Die Flugverkehrsdienste werden nämlich nach Maßgabe des Art. 8 der Flugsicherungsdienste-VO einer von dem jeweiligen Mitgliedstaat zu benennenden Flugsicherungsorganisation zugewiesen.

„Artikel 8 – Benennung von Dienstleistern für Flugverkehrsdienste

- (1) Die Mitgliedstaaten sorgen für die Erbringung von Flugverkehrsdiensten auf ausschließlicher Grundlage innerhalb bestimmter Luftraumblöcke in Bezug auf den Luftraum in ihrem Zuständigkeitsbereich. Hierzu benennen die Mitgliedstaaten einen Dienstleister für Flugverkehrsdienste, der im Besitz eines in der Gemeinschaft gültigen Zeugnisses ist.
- (2) Die Mitgliedstaaten legen die Rechte und Pflichten der benannten Dienstleister fest. (...)
- (3) Es liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten, einen Dienstleister auszuwählen, sofern dieser die in den Artikeln 6 und 7 genannten Anforderungen und Bedingungen erfüllt.
- (4) In Bezug auf funktionale Luftraumblöcke, die nach Artikel 5 der Luftraum-Verordnung festgelegt wurden und sich über den Luftraum im Zuständigkeitsbereich mehrerer Mitgliedstaaten erstrecken, benennen die betreffenden Mitgliedstaaten spätestens einen Monat vor der Umsetzung des Luftraumblocks gemeinsam einen oder mehrere Dienstleister für Flugverkehrsdienste. (...); VO EG 550/2004, ABl. L 96 v. 31.03.2004, S. 14.

Diese erbringt die Flugverkehrsdienste in einem funktionalen Luftraumblock, der die Grenzen eines Mitgliedstaates nicht überschreitet, allein und damit weiterhin unter Monopolbedingungen.

Stellungnahme der Kommission v. 27.08.2003, KOM(2003) 514 endg., S. 4; eine entsprechende – indes fakultative – Regelung trifft Art. 9 der Verordnung für die Erbringung von Wetterdiensten.

Sie kann hierbei nach Zustimmung durch den jeweiligen Mitgliedstaat mit dritten, zertifizierten Flugsicherungsorganisationen zusammenarbeiten.

„Artikel 10 – Beziehungen zwischen Dienstleistern

- (1) Flugsicherungsorganisationen können die Dienste anderer in der Gemeinschaft zertifizierter Dienstleister in Anspruch nehmen.
- (2) Die Flugsicherungsorganisationen formalisieren ihre Arbeitsbeziehungen durch schriftliche Vereinbarungen oder gleichwertige rechtliche Abmachungen, in denen die besonderen Aufgaben und Funktionen festgelegt sind, die die einzelnen Dienstleister übernehmen, und die einen Austausch von Betriebsdaten zwischen sämtlichen Dienstleistern im Hinblick auf den allgemeinen Flugverkehr ermöglichen. Diese Vereinbarungen oder Abmachungen werden der bzw. den betreffend nationalen Aufsichtsbehörden mitgeteilt.
- (3) In Fällen, in denen die Erbringung von Flugverkehrsdiensten betroffen ist, ist die Zustimmung der betreffenden Mitgliedstaaten erforderlich. In Fällen, in denen die Erbringung von Wetterdiensten betroffen ist, ist die Zustimmung der betreffenden Mitgliedstaaten erforderlich, falls sie einen Dienstleister auf ausschließlicher Grundlage gemäß Artikel 9 Absatz 1 benannt haben“; VO EG Nr. 550/2004, ABl. L 96 v. 31.03.2004, S. 14.

Die gemeinschaftsrechtlichen Regelungen binden als Verordnungen nach Art. 249 Abs. 2 EG die Bundesrepublik Deutschland, ohne dass es eines weiteren Umsetzungsaktes bedürfte. Sie lösen aber einen erheblichen Anpassungsbedarf, namentlich im Luftverkehrsrecht, aus. Insbesondere die gemeinschaftsrechtlich nunmehr gebotene Trennung von Flugsicherungs- und Aufsichtsorganisationen

„Artikel 4 VO EG Nr. 249/2004
Nationale Aufsichtsbehörden

(1) In den Mitgliedstaaten werden eine oder mehrere Stellen als nationale Aufsichtsbehörde benannt oder eingerichtet, die die Aufgaben wahrnehmen, die dieser Behörde aufgrund dieser Verordnung und der in Artikel 3 genannten Maßnahmen übertragen werden.

(2) Die nationalen Aufsichtsbehörden sind von den Flugsicherungsorganisationen unabhängig. Diese Unabhängigkeit ist durch eine ausreichende Trennung — zumindest auf funktionaler Ebene—zwischen nationalen Aufsichtsbehörden und Flugsicherungsorganisationen sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die nationalen Aufsichtsbehörden ihre Befugnisse unparteiisch und transparent ausüben. (...)“.

ist im geltenden deutschen Luftverkehrsrecht nur ansatzweise verwirklicht. Die DFS ist nicht nur Dienstanbieter, sondern auch mit regulativen Aufgaben betraut. Dem Anpassungsbedarf wollte der Bundesgesetzgeber mit dem Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung begegnen.

Indem er in Gestalt des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung eine nationale Aufsichtsbehörde mit zentralisierten Befugnissen vorgesehen hatte, § 2 FSG-E.

Nach dem Scheitern des Gesetzes besteht hier dringender Handlungsbedarf für den Bundesgesetzgeber.

C. Single European Sky - Konsolidierung seit dem Jahr 2004 und Perspektiven

Der „Single European Sky“-Rechtsbestand wurde in den vergangenen zwei Jahren durch weitere Rechtssetzungsakte ergänzt und konsolidiert. Der Rechtssetzungsprozess wird durch das von der Kommission eingesetzte „Single Sky Committee“ zentral koordiniert und durch die jährlichen Arbeitsprogramme strukturiert.

Vgl. *European Commission*, Directorate F – Air Transport, Single Sky Committee, 23 February 2006, SSC 15/Item 5, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/transport/air_portal/index_en.htm

So wurde die Luftraum-Verordnung um Regelungen zur flexiblen Luftraumnutzung ergänzt.

VO EG Nr. 2150/2005 vom 23.12.2005, ABl. L 342 vom 24.12.2005, S. 20 ff.

Im Bereich der Flugsicherung hat die Kommission mit der Richtlinie über die gemeinschaftliche Fluglotsenlizenz die materiellen Voraussetzungen der von Art. 5 VO EG Nr. 550/2004 geforderten gegenseitigen Anerkennung zur Zulassung von Fluglotsen geschaffen.

RL 2006/23/EG, ABl. L 114 v. 27.04.2006, S. 22 ff.

Den Rahmen zur gemeinschaftlichen Zertifizierung von Flugsicherungsunternehmen unter gegenseitiger Anerkennung, den die Flugsicherungsdienste-Verordnung (VO EG Nr. 550/2004) vorgezeichnet hat, füllt die „Verordnung zur Festlegung gemeinsamer Anforderungen bezüglich der Erbringung von Flugsicherungsdiensten“ vom 20. Dezember 2005 aus.

VO EG Nr. 2096/2005, ABl. L 335 v. 21.12.2005, S. 13 ff.

Damit wird ein System der Erteilung von Zeugnissen, der ständigen Überwachung der Flugsicherungsorganisationen durch die nationalen Aufsichtsbehörden und der grundsätzlich gemeinschaftsweiten Anerkennung der erteilten Zeugnisse geschaffen. Regelungen über die Organisationsstruktur der Flugsicherungsorganisationen enthält die Verordnung nicht.

Zur Sicherstellung der Interoperationalität der Flugsicherungsdienstleistungen der so zertifizierten Flugsicherungsorganisationen dienen die „Verordnung zur Festlegung gemeinsamer Anforderungen zu den Verfahren für Flugpläne bei der Flugvorbereitung im Rahmen des einheitlichen europäischen Luftraums“ vom 4. Juli 2006,

VO EG Nr. 1033/2006, ABl. L 186 vom 7.7.2006, S. 46 ff.

die im Kern eine zentrale Flugplanerfassung und Flugplanverarbeitung in das von EUROCONTROL eingerichtete IFPS (Integrated Initial Flight Plan Processing System) mit entsprechenden Aufbereitungs- und Einspeisungspflichten der Flugverkehrsdiensteanbietern vorsieht, und die „Verordnung zur Festlegung der Anforderungen an automatische Systeme zum Austausch von Flugdaten für die Benachrichtigung, Koordinierung und Übergabe von Flügen zwischen Flugverkehrskontrollstellen“,

VO EG Nr. 1032/2006 vom 6.7.2006, ABl. L 186 vom 7.7.2006, S. 27 ff.

die ihrerseits erst die Umsetzung des Konzepts flexibler Luftraumnutzung möglich macht.

Die gemeinschaftlichen Rechtssetzungsakteure und Rechtsquellen treten so zunehmend neben die bisherigen Normierungen durch zwischenstaatliche Einrichtungen. Die europäische Luftraumarchitektur ist auf dem Weg zur vollumfänglichen systematischen Regulierung. Vorläufiger Endpunkt dieser Entwicklung ist die „Verordnung zur Einführung einer gemeinsamen Gebührenregelung für Flugsicherungsdienste“ vom 6. Dezember 2006.

VO EG Nr. 1974/2006, ABl. L 341 v. 7.12.2006, S. 3 ff.

Diese enthält ein gemeinschaftsweites Rechtsregime für die Berechnung und Festsetzung von Gebühren für Flugsicherungsdienstleistungen. Die Verordnung vereinheitlicht damit für die Luftraumnutzer, namentlich die Luftverkehrsgesellschaften, den Kostenfaktor Flugsicherungsleistungen und schafft so die Voraussetzungen für einen chancengleichen Wettbewerb auf dem europäischen Luftverkehrsmarkt. Hierbei können die Mitgliedstaaten zum einen spezifische Flüge – wie etwa Rettungsflüge oder militärische Flüge – nach Maßgabe des Art. 9 der Verordnung von den Gebühren freistellen. Zum anderen gilt die Verordnung gemäß Art. 1 grundsätzlich nur für solche Flugsicherungsdienste, die von nach Art. 8 VO (EG) 550/2004 benannten Dienstleistern – also solchen Flugsicherungsorganisationen, denen ein funktionaler Luftraumblock zur Erbringung von Flugverkehrsdiensten unter Monopolbedingungen – durch den jeweiligen Mitgliedstaat zugewiesen ist. Entsprechendes gilt für Dienstleister für Wetterdienste, soweit die Mitgliedstaaten von ihrem fakultativen Zuweisungsrecht nach Art. 9 VO (EG) 550/2004 Gebrauch machen

Vgl. zu Erweiterungen und (Bagatell-) Ausnahmen vom Geltungsbereich nur Art. 1 VO 1794/2006:

Artikel 1

(1) In dieser Verordnung werden die Maßnahmen geregelt, die zur Einführung einer Gebührenregelung für Flugsicherungsdienste, die mit der Eurocontrol-Streckengebührenregelung vereinbar ist, notwendig sind.

(2) Diese Verordnung gilt für Flugsicherungsdienste, die von nach Artikel 8 der Verordnung (EG) Nr. 550/2004 benannten Dienstleistern für Flugverkehrsdienste sowie von nach Artikel 9

Absatz 1 der genannten Verordnung benannten Dienstleistern für Wetterdienste im allgemeinen Luftverkehr innerhalb der ICAO-Regionen Europa und Afrika erbracht werden, in denen die Mitgliedstaaten für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten zuständig sind.

(3) Die Mitgliedstaaten können diese Verordnung auf Flugsicherungsdienste anwenden, die in einem ihrer Zuständigkeit unterstehenden Luftraum in anderen ICAO-Regionen erbracht werden, sofern sie die Kommission und die übrigen Mitgliedstaaten hiervon in Kenntnis setzen.

(4) Die Mitgliedstaaten können diese Verordnung auf Flugsicherungsorganisationen anwenden, denen nach Artikel 7 Absatz 5 der Flugsicherungsdienste-Verordnung erlaubt ist, Flugsicherungsdienste ohne Zertifizierung zu erbringen.

[Abs. 5 und 6 enthalten Freistellungsbefugnisse für kleinere Flughäfen]

Die Europäische Kommission verfolgt im Zusammenwirken mit den Vertretern der unterschiedlichen Interessengruppen im Luftverkehr das Ziel, die Flugsicherungstechnik und insbesondere die Systeme der Flugverkehrssicherung grundlegend zu modernisieren. Dem dient das Programm SESAR, das mittelfristig eine neue Generation eines europäischen Flugverkehrsmanagementsystems hervorbringen soll.

Europäische Kommission, Generaldirektion Energie und Verkehr, Das Programm Sesar, November 2005.

Die Kommission hat hierzu einen Verordnungsentwurf zur Gründung eines gemeinsamen Unternehmens im Sinne des Art. 171 EGV in das Rechtssetzungsverfahren eingebracht.

Vorschlag für eine Verordnung des Rates zur Gründung eines gemeinsamen Unternehmens für die Errichtung des europäischen Flugverkehrsmanagementsystems der neuen Generation (SESAR“, KOM(2005) 602 endg. Dazu Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses, ABl. C 309 vom 16.12.2006, S. 133 ff.

Das Programm SESAR wird von einem Konsortium unter Beteiligung der Kommission, EUROCONTROLS und wesentlicher Akteure des Luftverkehrssektors – der führenden europäischen Fluggesellschaften, der Flugsicherungsunternehmen und der Industrie – getragen und befindet sich in der Projektphase, in der nach der Bestandsaufnahme der gegenwärtigen ATM-Strukturen in Europa die wesentlichen Zielvorgaben des SESAR-Systems formuliert werden. Die satellitengestützte Navigation und Flugverkehrsleitung soll diejenige mit Hilfe bodengebundener Anlagen konzeptionell ablösen; das Programm SESAR ist eng mit GALILEO – dem europäischen Konkurrenzprojekt zu GPS – verknüpft.

Vgl. *SESAR Consortium*, SESAR Definition Phase, Deliverable 1, Air Transport, Framework, The Current Situation, Doc.-No: DLM 0602-001, Version 3, July 2006; *SESAR Consortium*, SESAR Definition Phase, Deliverable 2, Air Transport, Framework, The Performance Target, Doc.-No: DLM-0607-001-02-00 December 2006, verfügbar unter: www.sesar-consortium.aero. Zu GALILEO *Mensen*, Handbuch der Luftfahrt, 2003, S. 489.

Die Verlagerung der satellitengestützten Navigationsprozesse in die Luftfahrzeuge setzt notwendig voraus, die Bewegungslenkung, die Sicherheitsabstände zwischen den Luftfahrzeugen und die Kollisionsvermeidung durch elektronische Systeme an Bord und damit durch das eigenverantwortliche Verkehrsverhalten der Luftraumnutzer zu gewährleisten. In Umsetzung des „Free Flight“-Konzepts sollen technische Überwachungsinstrumente Warnungs- und Schutzzonen um die Flugzeuge schaffen. Würden sie durch ein anderes Luftfahrzeug verletzt, würden die Luftfahrzeugführer informiert und zu entsprechenden Kursänderungen in die Lage versetzt. Die Flugsicherung vom Boden wäre an diesem Prozess nicht mehr beteiligt, könnte sich allenfalls über einen Datenstrom aus den beteiligten Flugzeugen Kenntnis der Luftraumbewegungen verschaffen und nötigenfalls subsidiär eingreifen.

Zum „Free Flight“-Konzept m. Nw.: *Giemulla*, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 15a; *Schwenk*, ZLW 47 (1998), 415 ff.

Im September 2006 hat die Kommission Vertreter der nationalen Zivilluftfahrtverwaltungen, der Luftfahrtunternehmen und EUROCONTROLS zu einer Konferenz nach Brüssel eingeladen, um Möglichkeiten zu erörtern, die Effizienz und Leistungsfähigkeit des bestehenden Systems der Luftfahrtregulierung zukünftig zu steigern. Auf Grund der Konferenzanregungen wurde von Vizepräsident Jacques Barrot, Kommissar für Energie und Transport, eine hochrangige Gruppe zur Beratung der Kommission in den Fragen der Luftfahrtregulierung eingesetzt, deren Bericht für Mitte 2007 erwartet wird.

Vgl. Pressemitteilung der Kommission vom 8.11.2006, IP/06/1529.

4. Abschnitt: Die gescheiterte Kapitalprivatisierung 2005 – 2006

Der Bundesgesetzgeber hat die notwendigen Änderungen des deutschen Luftverkehrsrechts im Zuge der Anpassung an das SES-Verordnungspaket aus dem Jahr 2004 im vergangenen Jahr durch das Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung – im Folgenden FSG – umzusetzen gesucht.

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung, BT-Drs. 16/240; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, BT-Drs. 16/1161; Gesetzesbeschluss: BT/Sten.Prot. 16/33, S. 2791 (D).

Das Gesetz baute auf folgenden wesentlichen Grundstrukturen auf:

Zum Nachfolgenden *Droege*, DÖV 2006, 861 (863 f.).

Flugverkehrsdienste sollten nach § 1 des FSG weiterhin als hoheitliche Aufgabe des Bundes qualifiziert werden. Als nationale Aufsichtsbehörde sollte durch § 2 FSG ein Bundesaufsichtsamt für Flugsicherheit errichtet werden, das der Fach- und Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung unterstehen sollte. Die Erbringung von Flugverkehrsdiensten sollte das Bundesamt nach Maßgabe des § 3 FSG im Wege der Beleihung auf Flugsicherungsorganisationen übertragen können. Beleihungsvoraussetzungen nach § 4 FSG sollten die Zertifizierung nach Artikel 7 VO EG Nr. 550/2004 und die hinreichende Gewähr der Aufgabenerfüllung sein. Den Beliehenen sollte ein umfänglicher Pflichtenkreis nach näherer Maßgabe des § 6 FSG erwachsen. Sie sollten mit dritten Flugsicherungsorganisationen zusammenarbeiten können, wenn das Bundesamt dem nach § 3 Abs. 6 FSG zugestimmt hatte. Die beliehene Flugsicherungsorganisation sollte die Aufgaben der Flugverkehrskontrolle gem. § 7 FSG in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts ausführen.

Der Gesetzgeber meinte, die Problematik der Wahrnehmung von hoheitlichen Luftsicherungsaufgaben durch Private erkannt und gelöst zu haben: Soweit die Beliehenen Hoheitsrechte ausübten, folge aus dem verfassungsrechtlichen Staatsvorbehalt des Art. 87d GG als Strukturvorgabe staatlichen Handelns, dass dem Bund gegenüber den Flug-

sicherungsorganisationen ausreichende Kontroll- und Steuerungsrechte (sog. Ingerenzrechte) verbleiben müssten.

Begründung, BT-Drs. 16/240, S. 18.

Der Bundesgesetzgeber sah die Beleihung bei entsprechender Ausgestaltung sowie eine Minderheitsbeteiligung des Bundes an der beliehenen Organisation als geeignet an, den verfassungsrechtlich gebotenen Einfluss sicherzustellen, der bis dahin durch das alleinige Bundeseigentum an der DFS gewährleistet worden ist.

Begründung, BT-Drs. 16/240, S. 23

Infolgedessen sollten die Beliehenen nach § 3 Abs. 4 ff. FSG der umfassenden Rechts- und Fachaufsicht des Bundesamtes unterstehen. Dem Amt wurden weit reichende Informations- und Weisungsbefugnisse eingeräumt, die bis zur Ersatzvornahme im Einzelfall und bis zum Widerruf der Beleihung reichen.

Näher *Droege*, DÖV 2006, 861 (863 f.)

Der Bundesgesetzgeber wollte den Neuordnungsbedarf, den das SES-Verordnungspaket auslöst, aber auch zum Anlass nehmen, den Bereich der reinen Organisationsprivatisierung zu verlassen und durch ersatzlose Streichung des § 31b LuftVG eine Kapitalprivatisierung der DFS zu ermöglichen. Hierdurch sollte auch die Wettbewerbsfähigkeit der DFS auf dem europäischen Flugsicherungs-Markt erhöht werden.

Der Weg zur Kapitalprivatisierung der DFS sollte im Wege der ersatzlosen Streichung des bisherigen § 31b LuftVG durch Art. 2 Nr. 19 des Gesetzentwurfes frei werden. Diese Regelung wurde daher nicht von ungefähr als „eigentliche Kernvorschrift“ des Gesetzesentwurfes bewertet (BT-Drs. 16/240, S. 31).

Wie bereits ausgeführt hat die durch das Gesetz zugelassene Aufgabe des mehrheitlichen Bundeseigentums an der DFS dazu geführt, dass der Bundespräsident das Flugsicherungsgesetz für verfassungswidrig erachtete und infolgedessen nicht ausfertigte.

Vgl. Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262.

Der Bundespräsident hat den Verfassungsverstoß mit der Regelung des Art. 87d GG begründet, die er in zweifacher Hinsicht als Grenze von Privatisierungen begreift: mit der Norm vereinbar sei allein eine Organisationsprivatisierung, die das Eigentum des Bundes an der so privatisierten Flugsicherungsorganisation unangetastet lasse; selbst bei einem weiter gehenden Normverständnis, das auch die Aufgabe von Eigentum des Bundes für statthaft halte, müssten jedenfalls notwendige Einflussrechte des Bundes auf die Tätigkeit der Flugsicherungsorganisation verbleiben. Das verfassungsrechtlich gebotene Maß an Einflussrechten sei nicht nur im Wege von außen an die Flugsicherungsorganisation herangetragen Aufsicht – so das Konzept des Bundesgesetzgebers – sondern auch über korrespondierende und ergänzende gesellschaftsrechtliche Steuerungsrechte von innen sicherzustellen.

Die dieser Auffassung des Bundespräsidenten zu Grunde liegende verfassungsrechtliche Dogmatik zur Regelung der Luftverkehrsverwaltung in Art. 87d GG geltender Fassung wird zu Beginn der verfassungsrechtlichen Ausführungen näher analysiert, um den status quo, von dem eine verfassungsrechtliche Neuregelung abweiche, deutlich zu machen. Zunächst aber müssen die Aufgaben der Flugsicherung näher in den Blick genommen werden, damit ihre Ausgestaltung und die ihr zugrunde liegenden Sachgesetzlichkeiten mit Blick auf eine Neuregelung des verfassungsrechtlichen Rahmens auszuleuchten.

5. Abschnitt: Aufgaben der Flugsicherung

Die DFS ist nach Maßgabe des § 31b LuftVG mit der Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben nach § 27c Abs. 2 LuftVG betraut.

§ 1 FS-BetrV, BGBl. I 1992, S. 1928.

Flugsicherung wird oft als Element der Luftpolizei im Sinne des § 29 Abs. 1 LuftVG begriffen. Sie ist damit Teil eines auf die – wie es in dieser Vorschrift heißt – „Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt“ gerichteten Rechtsregimes. In diesem Sinne dient Flugsicherung gem. § 27c Abs. 1 LuftVG der sicheren und geordneten – allerdings auch flüssigen – Abwicklung des Luftverkehrs. Angesichts dieser gesetzlichen Ausgestaltung wird Flugsicherung traditionell nicht nur als hoheitliche, sondern auch als sonderpolizeiliche Aufgabe begriffen.

Giemulla, in: ders. (Hrsg.), LuftVG, Kommentar, Stand: 10/1997, § 31b Rdn. 2; *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 84 ff.; *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 292; anders *Graumann*, ZLW 1990, 246 (249 ff., 255).

Die nachfolgende Untersuchung der Möglichkeiten ihrer Privatisierbarkeit verlangt aber nach einer stärker differenzierenden Betrachtung der einzelnen Aufgaben der Flugsicherung, um Urteile über die Sachgesetzlichkeit oder doch Sachgerechtigkeit ihrer Wahrnehmung als hoheitliche oder gar polizeiliche Aufgabe treffen zu können. Die für die Wahrnehmung der Flugsicherungsdienstleistungen durch die DFS wesentlichen Vorschriften des Luftverkehrsgesetzes lauten wie folgt:

LuftVG § 27c

(1) Flugsicherung dient der sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs.

(2) Sie umfasst insbesondere folgende Aufgaben:

1. die Flugsicherungsbetriebsdienste, zu denen gehören
 - a) die Flugverkehrskontrolle zur Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollflächen von Flugplätzen, einschließlich der Überprüfung, Warnung und Umleitung von Luftfahrzeugen im Luftraum,
 - b) die Verkehrsflussregelung und die Steuerung der Luftraumnutzung,
 - c) die Flugberatung, ausgenommen Flugwetterberatung,
 - d) die Mitwirkung beim Such- und Rettungsdienst für Luftfahrzeuge,
 - e) die Übermittlung von Flugsicherungsinformationen;
2. die flugsicherungstechnischen Dienste, zu denen gehören

- a) die Beschaffung, der Einbau und die Abnahme der flugsicherungstechnischen Einrichtungen,
 - b) der Betrieb, die Instandhaltung und die Überwachung der flugsicherungstechnischen Einrichtungen,
 - c) die Entwicklung und Pflege der Anwendungsprogramme in der elektronischen Datenverarbeitung für die Flugsicherung;
- 3. die Planung und die Erprobung von Verfahren und Einrichtungen für die Flugsicherung;
 - 4. die Sammlung und die Bekanntgabe von Nachrichten für die Luftfahrt sowie die Herstellung und die Herausgabe der Karten sowie der Veröffentlichung von Verfahrensvorschriften für die Luftfahrt.

(...)

LuftVG § 29

(1) Die Abwehr von betriebsbedingten Gefahren für die Sicherheit des Luftverkehrs sowie für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung durch die Luftfahrt (Luftaufsicht) ist Aufgabe der Luftfahrtbehörden und der für die Flugsicherung zuständigen Stelle. Sie können in Ausübung der Luftaufsicht Verfügungen erlassen. (...)

(2) Die Luftfahrtbehörden können diese Aufgaben auf andere Stellen übertragen oder sich anderer geeigneter Personen als Hilfsorgane für bestimmte Fälle bei der Wahrnehmung der Luftaufsicht bedienen. (...)

LuftVG § 31b

(1) Das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, deren Anteile ausschließlich vom Bund gehalten werden, mit der Wahrnehmung von in § 27c genannten Aufgaben der Flugsicherung zu beauftragen (Flugsicherungsunternehmen). Darüber hinaus kann das Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen geeignete natürliche Personen mit der Wahrnehmung einzelner Aufgaben nach § 27c Abs. 2 beauftragen. (...)

(5) Das Flugsicherungsunternehmen kann sich mit Zustimmung des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen zur Erfüllung seiner Aufgaben an anderen Unternehmen beteiligen oder Unternehmen erwerben oder errichten. Seine Verantwortlichkeit für die ordnungsgemäße Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben bleibt unberührt. Die Zustimmung stellt keine Beileihung dar. (...)

LuftVG § 31d

(1) Die Beauftragung nach den §§ 31a bis 31c ist nur zulässig, wenn der zu Beauftragende einwilligt und hinreichende Gewähr für die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgabe bietet. Sind diese Voraussetzungen nicht mehr erfüllt, wird die Beauftragung ohne Entschädigung zurückgezogen.

(2) Die Beauftragten nach den §§ 31a und 31c arbeiten nach den Richtlinien des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen und unterstehen seiner Rechts- und Fachaufsicht. Beauftragte nach § 31b unterstehen der Rechtsaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen; die Beauftragte nach § 31b Abs. 1 Satz 1 untersteht bei der Wahrnehmung der Aufgaben nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 der Fachaufsicht des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen; Beauftragte nach § 31b Abs. 1 Satz 2 unterstehen bei der Wahrnehmung der Aufgaben der Fachaufsicht des Flugsicherungsunternehmens. (...)

Das Aufgabenfeld der DFS erschließt sich indes im Zuge der Europäisierung nicht mehr allein durch die Einzelnormen des deutschen Luftverkehrsgesetzes und der dies konkretisierenden Vorschriften, sondern folgt vorrangig den Typisierungen des europäischen Verordnungsrechts. Die Aufgaben der Flugsicherungsdienste beschreibt der europäische Verordnungsgeber in den Begriffsbestimmungen der Rahmenverordnung. Als Oberbegriff fungiert der Begriff der Flugverkehrsdienste, der nach Art 2 Ziff. 11 VO 249/2004

Fluginformationsdienste, Flugalarmdienste, Flugverkehrsberatungsdienste und Flugverkehrskontrolldienste bezeichnet und so auch als denkbar weiter Anknüpfungspunkt für die mitgliedstaatliche Benennung der Erbringer von Flugverkehrsdiensten in einem funktionalen Luftraumblock nach Art. 8 VO 550/2004 fungiert. Die konkreten Aufgabenbeschreibungen lassen sich auch in den Kanon der deutschen luftverkehrsrechtlichen Normen einpassen. Hier wird auf sie jeweils zurückzukommen sein.

Die Aufgaben der Flugsicherung werden in dem nicht abschließenden Katalog des § 27c Abs. 2 LuftVG beschrieben und in der gem. § 32 Abs. 4 Nr. 3 LuftVG vom Bundesverkehrsministerium erlassenen Verordnung über die Betriebsdienste der Flugsicherung (FS-BetrV) vom 17.12.1992 konkretisiert.

BGBl. I, S. 2068.

§ 27c Abs. 2 LuftVG unterscheidet zwischen Flugsicherungsbetriebsdiensten und flugtechnischen Diensten. Als Kernaufgabe im Rahmen der Flugsicherungsbetriebsdienste ist die Flugverkehrskontrolle anzusehen. Diese umfasst nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 a LuftVG die Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollflächen von Flugplätzen, einschließlich der Überprüfung, Warnung und Umleitung von Luftfahrzeugen im Luftraum. Handlungsmittel in der Wahrnehmung dieser Kompetenz sind die Erteilung von Flugverkehrskontrollfreigaben nach § 26 LuftVO,

§ 26 LuftVO Flugverkehrskontrollfreigabe

(1) Über die in § 4 Abs. 3 Satz 2, § 16a Abs. 1, § 23 Abs. 4 und § 28 Abs. 4 Satz 1 vorgeschriebenen Fälle hinaus hat der Luftfahrzeugführer eine Flugverkehrskontrollfreigabe einzuholen

1. für Flüge, für die nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 ein Flugplan zu übermitteln ist,
2. in den in Anlage 5 bestimmten Fällen. Flüge nach § 25 Abs. 1 Nr. 6 bedürfen keiner Flugverkehrskontrollfreigabe.

Das Flugsicherungsunternehmen kann die Erteilung von Flugverkehrskontrollfreigaben in bestimmten Fällen an besondere Voraussetzungen knüpfen; es macht diese Voraussetzungen in den Nachrichten für Luftfahrer bekannt.

(2) Mit der Flugverkehrskontrollfreigabe erhält der Luftfahrzeugführer die Erlaubnis, seinen Flug unter bestimmten Bedingungen durchzuführen. Die zuständige Flugverkehrskontrollstelle kann bei der Bewegungslenkung der ihrer Kontrolle unterliegenden Flüge den Flugverlauf, insbesondere den Flugweg und die Flughöhe, durch entsprechende Freigaben im Einzelnen festlegen.

(3) Beantragt der Luftfahrzeugführer aus zwingenden Gründen eine bevorzugte Flugverkehrskontrollfreigabe, hat er diese Gründe in seinem Antrag anzugeben.

(4) Von der zuletzt erteilten und bestätigten Flugverkehrskontrollfreigabe darf der Luftfahrzeugführer nicht abweichen, bevor ihm nicht eine neue Flugverkehrskontrollfreigabe erteilt worden ist. Dies gilt nicht in Notlagen, die eine sofortige eigene Entscheidung erfordern. In diesen Fällen hat der Luftfahrzeugführer unverzüglich die zuständige Flugverkehrskontrollstelle zu benachrichtigen und eine neue Flugverkehrskontrollfreigabe einzuholen.

das Erlassen von Verfügungen nach § 29 LuftVG sowie die Ausgabe von Verkehrsinformationen. Art. 2 Ziff. 1 VO 549/2004 definiert den Flugverkehrskontrolldienst als einen Dienst, „dessen Aufgabe es ist, a) Zusammenstöße zu verhindern – zwischen Luftfahrzeugen untereinander und – auf dem Rollfeld zwischen Luftfahrzeugen und Hindernissen und b) einen raschen und geordneten Ablauf des Flugverkehrs zu gewährleisten“. Diese Definition stimmt weitgehend mit der entsprechenden Beschreibung in § 4 FSBetrV überein.

§ 4 FSBetrV Aufgabe

Flugverkehrskontrolle ist die Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollfeldern von Flugplätzen mit Flugplatzkontrolle zur sicheren, geordneten und flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs. Die Flugverkehrskontrolle soll insbesondere

1. Zusammenstöße zwischen Luftfahrzeugen in der Luft und auf den Rollfeldern der Flugplätze verhindern;
2. Zusammenstöße zwischen Luftfahrzeugen und anderen Fahrzeugen sowie sonstigen Hindernissen auf den Rollfeldern der Flugplätze verhindern.

Die Flugverkehrskontrolle (Air Traffic Control Service, kurz: ATC) ist die lenkende und kontrollierende persönliche Tätigkeit der Fluglotsen. Die Einzelheiten werden in §§ 4 bis 8 FSBetrV geregelt.

Hofmann/Grabherr, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, § 27c Rdn. 16.

In Übereinstimmung mit den Unterscheidungen des europäischen Sekundärrechts orientiert sich der Flugverkehrskontrolldienst an der Aufteilung des unteren (kontrollierten) Luftraums und ist nach Maßgabe des § 6 FSBetrV unterteilt in

- den Flugplatzkontrolldienst – den Flugverkehrskontrolldienst für den Flugplatzverkehr im Sinne des Art. 2 Ziff. 2 VO 549/2004, der auch die Erteilung von Flugverkehrskontrollfreigaben umfasst,
- den Anflugkontrolldienst – den Flugverkehrskontrolldienst für ankommende oder abfliegende kontrollierte Flüge im Sinne des Art. 2 Ziff. 13 VO 549/2004 – und
- den Bezirkskontrolldienst – den Flugverkehrskontrolldienst für kontrollierte Flüge in einem Luftraumblock im Sinne des Art. 2 Ziff. 12 VO 549/2004.

Näher *Giemulla*, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 5 f.; *Giemulla/Schwenk*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl. 2005, S. 228 ff.

Die Flugverkehrskontrolle erstreckt sich auf den Luftraum und auf die Rollflächen – d.h. das Rollfeld i. S. d. § 21a Abs. 2 Satz 2 LuftVO – von Flugplätzen; für die Überwachung und Lenkung des Verkehrs auf dem Vorfeld und auf den Abstellflächen ist die Flugsicherung somit nicht zuständig. Die Abgrenzung von Rollfeld und Vorfeld ist Bestandteil der Flughafengenehmigung nach § 6 Abs. 1 LuftVG, so dass de jure eine klare Zuständigkeitsabgrenzung möglich ist. Für die Kontrolle und Lenkung des Verkehrs auf dem Vorfeld und auf den Abstellflächen ist der Flugplatzhalter nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 LuftVO zuständig.

Zum Ganzen *Hofmann/Grabherr*, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, § 27c Rdn. 17.

Zum Flugverkehrskontrolldienst tritt der Flugalarmdienst nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 lit. d LuftVG, der nach Maßgabe der §§ 15 f. FSBetrV die für die Durchführung des Such- und Rettungsdienstes für Luftfahrzeuge zuständigen Stellen im Bedarfsfall benachrichtigt und diese Stellen unterstützt.

Giemulla, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 8.

Flankiert werden diese leitenden und regelnden Kompetenzen der Flugsicherung durch den Fluginformationsdienst (Flight Information Service) nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 lit. e LuftVG i. V. m. §§ 12 ff. FSBetrV, in dessen Rahmen die Flugverkehrskontrollstellen den Luftfahrzeugführern Informationen und Hinweise geben, die für die sichere, geordnete und flüssige Durchführung von Flügen erforderlich sind. Der FIS-Dienst kann entweder durch das Abhören allgemein ausgestrahlter Fluggrundfunksendungen oder auch durch einen individuellen Sprechkontakt in Anspruch genommen werden.

Giemulla, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 7; *Mensen*, Moderne Flugsicherung, 3. Aufl. 2004, S. 73 ff.; *Giemulla/Schwenk*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl. 2005, S. 237 f.

In einem Luftraum, in dem auf Grund unzureichender Informationen über den Flugverkehr nach Instrumentenflugregeln die Durchführung der Flugverkehrskontrolle nicht möglich ist, kann im Rahmen eines nach Maßgabe des § 14 FSBetrV erweiterten Fluginformationsdienstes ein Flugverkehrsberatungsdienst durchgeführt werden.

Der auf § 27c Abs. 1 Nr. 1 lit. c i. V. m. Nr. 4 LuftVG beruhende Flugberatungsdienst (AIS) wiederum hat nach Maßgabe der §§ 17 ff. FSBetrV die Nachrichten, die für eine sichere, geordnete und flüssige Durchführung von Flügen notwendig sind, zu sammeln, auszuwerten und bekanntzumachen, Flugpläne entgegenzunehmen, zu prüfen und weiterzuleiten, die Luftfahrzeugführer bei der Flugvorbereitung zu beraten und Luftfahrkarten herzustellen und zu veröffentlichen.

Ähnlich Art. 2 Ziff. 3 VO 549/2004; dazu *Giemulla*, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 9; *Mensen*, Moderne Flugsicherung, 3. Aufl. 2004, S. 78 f.

Der Flugberatungsdienst stützt so die Luftfahrzeugführer mit informationeller Infrastruktur aus.

Die jenseits der informationsbezogenen Infrastruktur notwendige technische Infrastruktur für die Kommunikationsprozesse zwischen den Flugsicherungsstellen und den Luftfahrzeugführern und zwischen diesen untereinander ist Gegenstand der CNS-Dienste. Kommunikations-, Navigations- und Überwachungsdienste (CNS-Dienste) sind integraler Bestandteil des CNS/ATM-Konzepts der ICAO und sind als solche auch vom europäischen Verordnungsgeber verstanden und näher definiert worden. Kommunikationsdienste bezeichnen nach Art. 2 Ziff. 16 VO 549/2004 dabei feste und bewegliche Flugfernmeldedienste zur Sicherstellung von Boden/Boden-, Bord/Boden- und Bord/Bord-Kommunikationsverbindungen für die Zwecke der Flugverkehrskontrolle. Navigationsdienste i. S. d. Art 2 Ziff. 30 VO 549/2004 sind Einrichtungen und Dienste, die Luftfahrzeuge mit Positions- und Zeitinformationen versorgen. Als Überwachungsdienst versteht Art 2 Ziff. 38 VO 549/2004 diejenigen Einrichtungen und Dienste, die zur Ermittlung der jeweiligen Position von Luftfahrzeugen verwendet werden, um so eine sichere Staffelung im Luftraum zu ermöglichen. Der Flugfernmeldedienst hat die für eine sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs erforderlichen Fluginformationen zu übermitteln (§§ 21 ff. FSBetrV).

Auszug der einschlägigen Regeln der FSBetrV:

§ 21 Aufgabe

Der Flugfernmeldedienst hat die für eine sichere, geordnete und flüssige Abwicklung des Flugverkehrs erforderlichen Flugsicherungsinformationen zu übermitteln.

§ 22 Arten der Übermittlung, Flugfernmeldestellen

(1) Die Übermittlung der Flugsicherungsinformationen ist als Fester Flugfernmeldedienst, Beweglicher Flugfernmeldedienst und Fluggrundfunkdienst durchzuführen.

(2) Fester Flugfernmeldedienst ist die Nachrichtenübermittlung im Festen Flugfernmeldenetz. Beweglicher Flugfernmeldedienst ist die Nachrichtenübermittlung zwischen Boden- und Luftfunkstellen und zwischen Luftfunkstellen. Fluggrundfunkdienst ist das Ausstrahlen von Informationen für die Luftfahrt.

(3) Zur Durchführung des Festen Flugfernmeldedienstes sind, soweit erforderlich, von dem Flugsicherungsunternehmen Flugfernmeldestellen einzurichten.

§ 23 Durchführung

(1) Zur Durchführung des Festen Flugfernmeldedienstes sind von dem Flugsicherungsunternehmen die erforderlichen Fernmeldeeinrichtungen zu schaffen und zu betreiben.

(2) Die Frequenzen für den beweglichen Flugfernmeldedienst und für den Fluggrundfunkdienst werden von dem Flugsicherungsunternehmen festgelegt.

Dazu *Mensen*, *Moderne Flugsicherung*, 3. Aufl. 2004, S. 253 ff.

Der Flugnavigationsdienst (ANS) findet weder im LuftVG noch in der FSBetrV eine gesetzliche Grundlage. Da er lediglich unterstützende Funktionen wahrnimmt, wird eine gesetzesabgeleitete Ermächtigungsgrundlage für verzichtbar gehalten.

Giemulla, in: ders./Smid, *LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004*, § 27c Rdn. 12.

Zu seiner Durchführung betreibt die DFS insbesondere UKW-Drehfunkfeuer, ungerichtete Mittelwellenfunkfeuer, UKW-Peilanlagen, Instrumenten-Landesysteme, Primär- und Sekundärradaranlagen und elektronische Entfernungsmessanlagen.

Giemulla, in: ders./Smid, *LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004*, § 27c Rdn. 12; *Mensen*, *Moderne Flugsicherung*, 3. Aufl. 2004, S. 265 ff., 335 ff.

Neben der Flugverkehrskontrolle und den Aufgaben im Rahmen der technischen und informatorischen Infrastrukturleistungen sind die Verkehrsflussregelung und die Steuerung der Luftraumnutzung nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 lit. b. LuftVG Aufgabe der Flugsicherung im Rahmen der Flugsicherungsbetriebsdienste.

Giemulla/Schwenk, *Handbuch des Luftverkehrsrechts*, 3. Aufl. 2005, S. 238 f.

Die Verkehrsflussregelung soll nach Maßgabe des § 9 FSBetrV Überlastsituationen bei der Flugverkehrskontrolle verhindern, den Verkehrsablauf möglichst flüssig und wirtschaftlich gestalten und dazu geeignete Maßnahmen der Planung und Steuerung treffen. Sie wird flankiert durch die vorsorgende, präventive Steuerung der Luftraumnutzung in Situationen besonderer Inanspruchnahme. Nach Maßgabe des § 10 FSBetrV sind besondere Nutzungen des Luftraumes, insbesondere überregionale Luftfahrtveranstaltungen, militärische Großmanöver, Flüge durch Gebiete mit Flugbeschränkungen und sonstige besondere Flugvorhaben, durch die Flugsicherungsstellen in enger Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden und Stellen zu koordinieren. Hierbei sind die zur Abwehr von Gefahren für die Sicherheit oder Ordnung erforderlichen Mitteilungen rechtzeitig zu veröffentlichen.

Dazu *Giemulla*, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 11; *Mensen*, Moderne Flugsicherung, 3. Aufl. 2004, S. 72 f.

Verkehrsflussregelung und die Steuerung der Luftraumnutzung durch die Flugsicherung haben nur im ersten Anschein Schnittmengen zur Flugplankoordination nach §§ 27a, b LuftVG, also der Vergabe von Start- und Landezeiten.

Zu letzterer *Mensen*, Moderne Flugsicherung, 3. Aufl. 2004, S. 43 ff.

Beide ergänzen einander, sind jedoch voneinander anzugrenzen. Flugplankoordination greift nach § 27a Abs. 4 Satz 3 LuftVG in den tatsächlichen Ablauf des Luftverkehrs am Ereignistag nicht ein, ist also von der Flugverkehrskontrolle unschwer abzuschichten. Aber auch die Steuerung der Luftraumnutzung ist nicht Aufgabe des Flugplankoordinators. Dessen Tätigkeit ist auf die vorausplanende Nutzung der Flugbetriebsflächen am Boden, nicht also des Luftraums, beschränkt. Zwar verfolgen Flugplankoordination und Verkehrsflussregelung mit der Vermeidung von Überlastsituationen und der Sicherstellung flüssigen Verkehrs gleichgerichtete Ziele, die Flugplankoordination ist indes zeitlich wesentlich weiter vorausplanend tätig, als dies bei der Verkehrsflussregelung durch die Flugsicherung der Fall ist.

Hofmann/Grabherr, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, § 27a Rdn. 8.

Während die Ausweisung von Luftsperr- und -beschränkungsgebieten nach § 26 LuftVG dem Bundesministerium für Verkehr nach § 11 Abs. 1 LuftVO durch Allgemeinverfügung obliegt,

Schmid, in: Giemulla/ders., LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 26 Rdn. 8; *Hofmann/Grabherr*, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, § 26 Rdn. 8.

ist die Flugsicherung für die Ausweisung der weder in § 26 LuftVG noch § 11 LuftVO angesprochenen Gefahrengebiete, also solcher Lufträume, in denen die Luftfahrzeugführer beim Durchflug mit einer vom Boden ausgehenden Gefährdung rechnen müssen, zuständig. Hierbei handelt es sich um eine aus der allgemeinen Gefahrenabwehrermächtigung des § 29 LuftVG abzuleitende Kompetenz.

Hofmann/Grabherr, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand: Mai 2006, § 26 Rdn. 9, 6; *Schmid*, in: Giemulla/ders., LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 26 Rdn. 8.

Zu den Aufgaben der Flugsicherung in einem weiteren Sinne gehört auch der Flugwetterdienst. Dieser umfasst nach Maßgabe des Art. 2 Ziff. 29 VO 549/2004 Einrichtungen und Dienste, die die Luftfahrt mit Wettervorhersagen, Wettermeldungen und Wetterbeobachtungen sowie anderen Wetterinformationen und –daten versorgen, die von Staaten für Luftfahrtzwecke bereitgestellt werden.

Zu den operativen Flugsicherungsbetriebsdienste treten die flugsicherungstechnischen Dienste der Flugsicherung nach § 27c Abs. 2 Nr. 2 LuftVG hinzu. Diese verpflichten zur Beschaffung, Betrieb, Erhaltung und Fortentwicklung der zur Durchführung der Flugsicherungsbetriebsdienste notwendigen Infrastruktureinrichtungen.

Giemulla, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27c Rdn. 13.

Zudem zählt es zu den Aufgaben der Flugsicherung, neue Verfahren und Einrichtungen für die Flugsicherung zu planen und zu erproben sowie Nachrichten für die Luftfahrt zu sammeln und zu veröffentlichen und Karten und Verfahrensvorschriften für die Luftfahrt zu veröffentlichen.

Siehe § 27c Abs. 2 Nr. 3, 4 LuftVG.

Die Flugwetterdienste sind im Zuge des 11. Änderungsgesetzes zum LuftVG vom 25.8.1998

BGBI. I, S. 2432, 3127

in §§ 27e, f LuftVG gesetzlich verankert worden. Das Aufgabenfeld des Wetterdienstes reicht von der Wetterüberwachung und der Wettervorhersage über die Flugwetterberatung bis hin zur Information über Wetterereignisse mit Auswirkungen auf den Flugverkehr und die Unterhaltung der hierfür notwendigen Infrastruktur. Zur Vorhaltung der Flugwetterbetriebsdienste und der erforderlichen technischen Einrichtungen ist durch gesetzesunmittelbare Aufgabenzuweisung vornehmlich der Deutsche Wetterdienst verpflichtet.

Einzelheiten in §§ 27e, f LuftVG und den Kommentierung von *Giemulla*, in: ders./Smid, LuftVG, Kommentar, Loseblatt, Stand 38/2004, § 27e, f; *Mensen*, Moderne Flugsicherung, 3. Aufl. 2004, S. 51 ff.

Die Aufgaben des Wetterdienstes und seine mögliche Privatisierung sind nicht Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen. Ihr Rechtsregime wird nur illustrierend und kontrastierend zur Untersuchung der Kernaufgaben der Flugsicherung herangezogen. Hierbei ist indes im Blick zu behalten, dass die derzeitige organisatorische Aufspaltung von Flugsicherungsaufgaben und –wetterdiensten vor dem geschilderten historischen Hintergrund keine Notwendigkeit ist. Vielmehr liegen die Anfänge der Flugsicherung in der Wetterbeobachtung und -beratung, die auch heute für einen geordneten und flüssigen Flugverkehr – und damit auch für eine effektive Flugsicherung – schlechthin unverzichtbar sind.

Eine Beschreibung typischer Fluglotsentätigkeiten findet sich zur Veranschaulichung in der Anlage zu diesem Gutachten.

Teil II: Gutachten – Allgemeiner Teil: Verfassungsrechtliche Maßstäbe

1. Abschnitt: Flugsicherung und Bundeseigenverwaltung – Art. 87 d GG und der verfassungsrechtliche status quo

Art. 87d Abs. 1 GG begründet eine obligatorische Bundesverwaltungskompetenz. Dies legt schon der Wortlaut („wird in bundeseigener Verwaltung geführt“) nahe. Ein Kern von Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung muss zwingend vom Bund wahrgenommen werden.

Lerche, Neue Entwicklungen zum Begriff der Bundeseigenverwaltung, in: Kirchhof u.a. (Hrsg.), Festschrift Klein, 1994, S. 527 ff.; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Band 2, 1998, Art. 87d Rdn. 8, str.

Die Aufgaben der Flugsicherung werden in der Literatur als hoheitlich wahrzunehmende, sonderpolizeiliche Aufgaben begriffen.

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 16 f.

Die Verwaltungskompetenz des Bundes aus Art. 87 Abs. 1 Satz 1 GG hat danach Auswirkungen auf die Frage der Aufgabenzuordnung: Einerseits nimmt der Wortlaut des Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG mit der Zuordnung der Luftverkehrsverwaltung zur bundeseigenen Verwaltung Bezug auf Art. 86 GG. Statthaft wäre danach nur die unmittelbare Bundesverwaltung. Etwas anderes ergibt sich indes bei Berücksichtigung des Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG. Danach kann durch Bundesgesetz über die öffentlich-rechtliche oder die privat-rechtliche Organisationsform entschieden werden. Satz 2 des Art. 87d Abs. 1 GG setzt mithin voraus, dass die Luftverkehrsverwaltung von Stellen mit selbständiger Organisation und damit in Formen mittelbarer Verwaltung durchgeführt werden kann, soweit diese als „bundeseigen“ qualifiziert werden können.

Diese Deutung des Art. 87d GG liegt dem Gutachten von Schoch zu Grunde, das den Bundespräsidenten bewogen hat, das Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung für verfassungswidrig zu halten.

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, im Besonderen: S. 30 ff.

Entgegen einer im Schrifttum geäußerten Auffassung

Uerpmann, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 5. Aufl., 2003, Art. 87d Rdn. 12; *Horn*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Kommentar, Art. 87d Rdn. 11; *Droege*, DÖV 2006, 861 (865).

lässt die gegenwärtige Ausgestaltung des Art. 87d GG es nach Schochs Auffassung nicht zu, das (Allein-)Eigentum des Bundes an der Flugsicherungsorganisation aufzugeben, selbst wenn eine privat-rechtliche Organisationsform für die Flugsicherung gewählt wird: Die Verwaltungskompetenz des Bundes in Art. 87d Abs. 1 GG zeigt, dass die Aufgabe „Luftverkehrsverwaltung“ gerade nicht in die gesellschaftliche Sphäre entlassen ist. Eine materielle Aufgabenprivatisierung überschreitet den Rahmen des Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG.

Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt dem Bund nur die Nutzung privatrechtlicher Organisationsformen, solange diese als bundeseigene Verwaltung angesehen werden können. Dies war das ausdrückliche Regelungsanliegen des verfassungsändernden Gesetzgebers.

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, vor allem S. 32 f., 35 ff.

Das Handeln einer privatrechtlich verfassten Gesellschaft kann dem Bund folglich nur dann als bundeseigene Verwaltung zugerechnet werden, wenn er alleiniger Träger der Gesellschaft ist. Gibt er diese Stellung auf, ist das Handeln des privaten Rechtsträger ihm nicht mehr als eigenes zurechenbar, sondern kann von ihm nur noch als fremdes beaufsichtigt werden. Eine Aufsicht des Bundes über fremdes Handeln Privater genügt den Anforderungen an die bundeseigene Verwaltung nicht mehr. Die notwendigen Ingerenz- und Einwirkungsrechte des Bundes ergeben sich aus einem notwendigen Zusammenspiel öffentlich-rechtlicher Aufsichtsbefugnisse und der Rechte des Bundes als (Al-

lein-)Gesellschafter der DFS. Art. 87d Abs.1 GG schließt nach der Rechtsauffassung des Bundespräsidenten, die der Verweigerung der Ausfertigung des Flugsicherungsneuregelungsgesetzes zu Grunde liegt, eine Kapitalprivatisierung der Flugsicherung nach Wortlaut, systematischem Zusammenhang mit Art. 87e GG und Art. 87f GG, Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck aus.

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, im Besonderen: S. 35 ff.

2. Abschnitt: Determinanten einer verfassungsrechtlichen Neuregelung

A. Grundbegriffe: Staatsaufgabe – Hoheitlichkeit – Polizei – Privatisierung

Die Antwort auf die Frage nach der zukünftigen Ausgestaltung der Flugsicherung hängt vom Verständnis weniger Zentralbegriffe ab, die zur Beschreibung der Handlungsoptionen des verfassungsändernden Gesetzgebers heranzuziehen sind und deren Bedeutung daher zunächst zu analysieren ist.

Ausgangspunkt ist die derzeitige Ausgestaltung der Flugsicherung: Nach traditioneller Auffassung ist die Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben Ausübung von Luftpolizei. Luftverkehrsverwaltung ist in Deutschland traditionell Gefahrenabwehr- bzw. besonderes Ordnungsrecht. Flugsicherung gilt als „überwachende technische Sicherheitsverwaltung“.

Hennecke/Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/ Klein (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 10. Aufl., 2004, Art. 87d Rdn. 2; *Maunz*, in: ders./Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Loseblatt, Stand: 12/1992, Art. 87d Rdn. 11 f.; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, Band 2, 1998, Art. 87d Rdn. 12.

Die Aufgabenbestimmungen der §§ 27c, 29 LuftVG werden grundsätzlich als hoheitlich und sonderpolizeilich verstanden.

Giemulla, in: ders. (Hrsg.), LuftVG, Kommentar, Stand: 10/1997, § 31b Rdn. 2; *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 84 ff.; *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 292; anders *Graumann*, ZLW 1990, 246 (249 ff., 255).

In Anbetracht dieser einfachgesetzlichen Ausgestaltung hat auch das Bundesverfassungsgericht Luftverkehrssicherungsdienste als „öffentliche Aufgaben hoheitlicher Natur“ qualifiziert, die im „deutschen innerstaatlichen Bereich hoheitlich vollzogen“ würden.

BVerfGE 58, 1 (31).

Dem schloss sich 1977 der Bundesgerichtshof an, indem er ausführte, dass „Aufgaben der Flugsicherung aus Gründen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ihrer Natur nach staatliche Aufgaben“ seien „und deshalb vom Staat wahrgenommen werden“ müssten.

BGHZ 69, 129 (131).

Die Qualifikation als hoheitliche und sonderpolizeiliche Aufgabe bildet den einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlich in Art. 87d GG fundierten Rechtsbestand ab. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist aber – innerhalb der noch zu erörternden verfassungsrechtlichen Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG und seiner europa- und völkerrechtlichen Bindungen – frei, sich von diesem Rechtsbestand zu lösen.

Die Flugsicherung ist als Gegenstand der bundeseigenen Flugverkehrsverwaltung von Verfassungs wegen als staatliche und grundsätzlich auch staatlich wahrzunehmende Aufgabe definiert worden. Aus der Qualifikation als Staatsaufgabe ist allerdings nicht notwendig auf ihre Hoheitlichkeit zu schließen. Hoheitsaufgaben werden gemeinhin als der Privatisierung entzogen betrachtet; das soll indes nicht ausschließen, dass der Staat sich zu ihrer Erfüllung Privater bedient.

Für den Bereich der Daseinsvorsorge *Rüfner*, Daseinsvorsorge und soziale Sicherheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 1996, § 80 Rdn. 49.

Hoheitliche Aufgaben gehen mit der Ausübung von Hoheitsrechten einher. „Gemeint ist die Ausübung von Staatsgewalt (Art. 20 Abs. 2 GG), von öffentlicher Gewalt (Art. 19 Abs. 4 GG), d.h. die dem Staat zukommende Herrschaftsmacht, kraft deren er fähig ist, die Rechtsverhältnisse der im Staatsgebiet befindlichen Personen und Sachen zu ordnen“.

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984, S. 520 f.

Typisch für die Ausübung von Hoheitsgewalt sind klassische, imperative und einseitige Handlungsformen des Verwaltungsrechts. Flugsicherung als hoheitliche Aufgabe zu fassen, ist also insoweit berechtigt, wenn und soweit mit ihr eben dieser imperative,

anweisende Charakter einhergeht. Über den Bereich der Eingriffsverwaltung reicht die Ausübung von Hoheitsgewalt weit in den leistungsrechtlichen Bereich, namentlich denjenigen der Daseinsvorsorge. Weite Bereiche der sozialen Leistungsverwaltung sind heute (noch) hoheitlich organisiert.

Meist zugleich mit der Beschreibung der Flugsicherung als hoheitliche Aufgabe wird sie als sonderpolizeilich bezeichnet, also als besondere Polizeiaufgabe. Zwar ist die Hoheitlichkeit notwendige Bedingung der Polizeilichkeit einer Aufgabe. Der Polizeibegriff ist aber enger als derjenige der Ausübung von Hoheitsgewalt. Polizeirecht ist im Kern Gefahrenabwehrrecht.

Zur Ablösung des materiellen durch den formellen Polizeibegriff und dem genannten Begriffskern *Gusy*, *Polizeirecht*, 5. Aufl., 2003, § 1 Rdn. 3 – 10.

Die Überführung von Hoheitsaufgaben – und allgemeiner: von staatlichen Aufgaben – auf Private oder die Einbeziehung von Privaten in die Erfüllung staatlicher Aufgaben ist das Anwendungsfeld von Privatisierungen. Die verfassungsrechtliche Neugestaltung der Flugsicherung kann als Privatisierungsmaßnahme analytisch erfasst werden.

Zur Privatisierung siehe die Berichte von *Hengstschläger*, *Osterloh* und *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in: *VVDStRL* 54 (1995); speziell zur materiellen Privatisierung im Rahmen der Flugsicherung *Baumann*, *ZLW* 50 (2001), 304 ff.

Während der verfassungsändernde Gesetzgeber durch Einfügung des Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG zu Beginn der 1990er Jahre die Organisationsprivatisierung der Flugsicherung erreichen wollte, zielte das gescheiterte Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung auf deren sog. Kapitalprivatisierung. Beide Formen lassen sich in den Kanon idealtypischer Formen der Privatisierung einordnen:

Zum Nachfolgenden *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Band 1, 2006, § 12 Rdn. 108 ff.; *Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, *Die Verwaltung*, Beiheft 6, 2006, S. 28; *ders.*, *DVBl.* 1994, 962 (962 f.); *Krölls*, *GewArch* 1995, 129 (131); *Bauer*, *VVDStRL* 54 (1995), 243 (251 ff.); *Di Fabio*, *JZ* 1999, 585 (588 ff.); *Saß*, *Die Privatisierung der Flugsicherung*, 2005, S. 44 ff.

Die Organisationsprivatisierung lässt als formelle Privatisierung die Aufgabe als staatliche unberührt. Lediglich zur Wahrnehmung seiner Aufgabe bedient sich der Staat einer privatrechtlichen Organisationsform. Die Aufgabenprivatisierung hingegen ist mit einem gänzlichen Rückzug des Staates verbunden und überführt als materielle Privatisierung eine Staatsaufgabe in den gesellschaftlichen, privaten Bereich. Bei einer funktionalen, „unechten“ Privatisierung verbleibt die Aufgabe als solche im staatlichen Bereich und in staatlicher Verantwortung, ihre Erfüllung indes wird echten Privatrechtssubjekten überlassen. Hier verbleiben dem Staat regelmäßig dichte staatliche Aufsichts- und Regulierungsbefugnisse. Wenn er auch die Aufgabe nicht mehr selbst erfüllt, hat er ihre Erfüllung durch die Privaten zu gewährleisten. Dann spricht man im Bereich von Leistungen im Rahmen der Daseinsvorsorge und der Infrastruktur von staatlicher Gewährleistungsverantwortung.

Näher *Schuppert* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005.

Quer zu diesen aufgabenbezogenen Formen der Privatisierung liegt die Vermögensprivatisierung, d. h. die Übertragung staatlichen Eigentums auf Private. Diese kann Maßnahmen der Organisationsprivatisierung oder der funktionalen Privatisierung begleiten.

Die Einbeziehung eines Privaten in die Erledigung einer staatlichen Aufgabe erfolgt regelmäßig mittels der verwaltungsrechtlichen Instrumente der Inpflichtnahme als Verwaltungshelfer im Einzelfall oder aber der Übertragung der Aufgabenwahrnehmung im Wege der Beleihung.

B. Flugsicherung als Hoheitsaufgabe und Dienstleistung

Die traditionelle Bewertung der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Ausübung von Luftpolizei, als Ausübung hoheitlicher Befugnisse, unterliegt einem Wandel. Flugsicherung ist als freiheitsbeschränkende Ausübung von Staatsgewalt auf der Ebene des Europarechts abgelöst worden durch ein dienstleistungsorientiertes Verständnis: Die SES-Verordnungen konstituieren Flugsicherung in der von den primärrechtlichen Grundfreiheiten geprägten Terminologie als Erbringung von „Diensten“, die jedenfalls

im Grundsatz wettbewerblich erfolgen können soll. Der hoheitliche Verwaltungszugriff wird insoweit von marktorientierter Angebotssteuerung abgelöst.

In der wirtschaftswissenschaftlichen Bewertung wird nicht zuletzt deshalb die derzeitige Ausgestaltung der deutschen Flugsicherung als „Relikt aus den Zeiten der Regulierung“ bezeichnet.

So – allerdings mit einem Fragezeichen versehen – *Saß*, Die deutsche Flugsicherung: Relikt aus den Zeiten der Regulierung?, in: Hartwig, Karl-Hans (Hrsg.), Verkehrsmärkte im Spannungsfeld zwischen Reformdruck und Interessen, 2004, S. 25 ff.

Die ökonomische Literatur diskutiert verschiedenste Modelle, die Flugsicherungsleistungen auf ihre Privatisierungsfähigkeit hin zu analysieren. Systematisch zu unterscheiden sind drei Leistungsdimensionen innerhalb der Flugsicherung: zum ersten die CNS-Infrastruktur – also die Bodennavigationsanlagen, die Ortungstechnik und die Kommunikationsnetze –; zum zweiten die ATM-Infrastruktur – namentlich die Ortungsdatenverarbeitung und die Flugdatenverarbeitung –, zum dritten schließlich die mittels dieser Infrastruktur erbrachten ATM-Dienste, also die eigentlichen Flugverkehrssicherungsdienste.

Dazu *Saß*, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 31.

Eine ökonomische Notwendigkeit staatlicher Bereitstellung dieser Leistungsdimensionen ist kaum begründbar: Die erheblichen investiven Aufwendungen zur Schaffung und zum Erhalt der CNS-Dienste-Infrastruktur lassen es zwar zu, diese als natürliches Monopol zu betrachten. Hieraus ergibt sich aber nicht notwendig ihre Bereitstellung durch den Staat, sondern lediglich die staatliche Gewährleistung diskriminierungsfreien Zugangs potentieller Nutzer. Hier wie auch bei den ATM-Diensten sind aber zur Sicherstellung der Effektivität und Vergleichbarkeit der Leistungserbringung staatlich gesetzte Standards notwendig, so dass sich insoweit ein staatlicher Regulierungsauftrag herleiten lässt. Die mögliche Gefährdung der Flugsicherheit und damit der Rechte und Güter Dritter, namentlich der Luftraumnutzer, macht staatliche Standards unverzichtbar. Die Sicherstellung der Landesverteidigung und die Gefährdungspotentiale im Krisen- und Konfliktfall erfordern und rechtfertigen in diesem Fällen eine staatliche Bereitstellung militärischer Flugsicherung, u. U. unter Nutzung der zivilen Infrastruktur.

Ausführlich *Saß*, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 63 – 98.

International sind deutliche Tendenzen zur Privatisierung der Flugsicherung zu verzeichnen: in Europa haben neben Deutschland u.a. Portugal, Spanien, Irland, die Schweiz, Österreich, Tschechien, Estland und Lettland die Flugsicherung organisationsprivatisiert. In Großbritannien wurde zum 1. Juni 2001 die britische Flugsicherungsorganisation National Air Traffic Services Ltd. (NATS) nach dem Modell der Public-Private-Partnership privatisiert. Der britische Staat hält 49 Prozent der Gesellschaftsanteile. Die NATS erbringt die en-route Flugsicherung und die Flugsicherungsdienste auf 14 britischen Flughäfen. Diese sind ihrerseits privatisiert worden. Sie sind für die Erbringung der Flugsicherungsdienste selbst verantwortlich, sei es, dass sie diese selbst erbringen, sei es, dass sie diese an dritte Anbieter – wie die NATS – vergeben. Die privatisierte NATS untersteht in Hinblick auf ihre Sicherheitsstandards und auch ihre Preisgestaltung der Aufsicht der Civil Aviation Authority als Regulierungsbehörde.

Ewers, Volkswirtschaftlicher Nutzen durch Wettbewerb im europäischen Air Traffic Management am Beispiel Deutschland, Studie, 2002, S. 11 (verfügbar unter: <http://www.wip.tu-berlin.de>); *Saß*, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 99 – 101.

Auch über den europäischen Luftraum hinaus gibt es eine Reihe von Privatisierungen in der Flugsicherung. Beispiele finden sich in Neuseeland, Kanada und in der Republik Südafrika. Zudem agiert der private britische Serviceanbieter SERCO weltweit als Anbieter von Flugsicherungsdienstleistungen.

Saß, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 101 ff.

Die ökonomische Theorie diskutiert ein weites Spektrum möglicher Privatisierungsformen für die Flugsicherung. Diese reichen von der Konzessionierung über Formen der Public-Private-Partnership bis hin zum völligen Rückzug des Staates und der Erbringung von Flugsicherungsdienstleistungen durch eine nutzergesteuerte Gesellschaft.

Saß, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 115 – 138.

Letztere wird auch als weitgehender Vorschlag einer materiellen Privatisierung für die DFS für implementierbar gehalten.

Zu den unterschiedlichen Privatisierungsvorschlägen *Saß*, Die Privatisierung der Flugsicherung, 2005, S. 138 ff.

Die traditionelle Bewertung der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Ausübung von hoheitlicher Luftpolizei spiegelt die derzeitige gesetzliche Aufgabenbeschreibung in §§ 29, 27c LuftVG nur in Teilen wider: Die Erbringung der Informationsdienstleistungen im Rahmen der Kommunikationsdienste und auch der Flugberatungsdienste entbehrt von vornherein typisch hoheitlicher Zwangselemente. Aber auch im Kernbereich der Flugverkehrskontrolldienste wird von Stimmen aus der Literatur die derzeitige Ausgestaltung als nicht mehr sachangemessen betrachtet. Flugsicherung wird nicht mehr als Polizei, sondern eher als Dienstleistungsunternehmen gesehen.

Graumann, ZLW 1990, 247 ff.

Gestützt wird diese Auffassung durch einen Bedeutungswandel der Flugsicherung: Diese ist unter den Bedingungen des modernen Instrumentenfluges schlechthin für die Durchführung des Fluges unverzichtbar. Der Luftfahrzeugführer ist essentiell auf eine „Bodeninstanz“ angewiesen, deren regulierende Eingriffe in die Flugentscheidungen so nicht primär als Eingriffe in die Luftverkehrsfreiheit des Luftfahrzeugführers, sondern als Hilfe zur Flugdurchführung und damit als unerlässliche „Vorbedingung für die Freiheitsausübung der Luftfahrer“ verstanden werden.

Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 295 m. w. Nw. in Fn. 126 f.

Die hoheitlichen Befugnisse der Flugsicherung werden selbst dann für faktisch entbehrlich gehalten, wenn man hoheitliche Befugnisse auch im leistenden Verwaltungsrecht als notwendig erachtet. Die faktische Entbehrlichkeit wird mit den besonderen Vollzugsbedingungen hoheitlicher ATC-Verfügungen begründet: Auf Grund der räumlichen

Situation lassen sie sich weder durch den Fluglotsen in eigener Person noch durch die typischen Instrumente des Verwaltungszwanges effektiv in einer möglichen Gefahrensituation durchsetzen.

Näher *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 296 f.

So stellte auch der Bundesgesetzgeber im Zuge der 10. LuftVG-Novelle fest, dass die bis dahin gem. §§ 6 Ziff. 5, 9 Ziff. 5, 14 UZwG bestehende Berechtigung der Beamten bei der Bundesanstalt für Flugsicherung, unmittelbaren Zwang anzuwenden, „noch niemals akut“ geworden sei und daher zukünftig – im Zuge der Organisationsprivatisierung der DFS – entfallen könne.

Gesetzentwurf, 10. LuftVG-Novelle, Begründung, BT-Drs. 12/1801, S. 25.

Auch soweit es um die Sicherheit und Flüssigkeit des Luftverkehrs geht, ist die hoheitliche Anweisung des Luftfahrzeugführers durch den Fluglotsen im Kernbereich der Flugverkehrskontrolle nicht alternativlos. Dies zeigt einerseits die geschichtliche Betrachtung dieser Kernaufgaben der Flugsicherung. So wurden die heute nach § 26 LuftVO erforderlichen Kontrollfreigaben, also die Start-/Lande-„Erlaubnis“, gegen Ende der 1920er Jahre von privaten Flugleitern der Luft Hansa AG erteilt.

Neben der historischen Bedingtheit der hoheitlichen Ausgestaltung der Flugverkehrskontrolle zeigt andererseits auch der Vergleich mit anderen Verkehrsmitteln alternative Gestaltungsformen. Die spezifische Sachkenntnis, die Fluglotsen erst in die Lage versetzt, für eine flüssige und sichere Abwicklung der Flugbewegungen zu sorgen, ist auch im Schiffsverkehr unter bestimmten Umständen unerlässlich. Flug- und Seelotsen sind folglich schon früh in der Literatur miteinander verglichen worden.

Schleicher/Reymann, Recht der Luftfahrt, 2. Aufl. 1937, S. 11.

Hiergegen wird eingewandt, dass Flug- und Seelotsen nicht miteinander vergleichbar seien. Begründet wird dies mit dem unterschiedlichen Ausbildungs-, Einkommens- und

Altersniveau von Flug- und Seelotsen und unterschiedlichen organisatorischen und verwaltungsmäßigen Ausgestaltungen.

Trampler, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 89 ff.

Bei einer solchen Argumentation wird indes verkannt, dass die tatsächliche und einfachgesetzliche unterschiedliche Ausgestaltung von See- und Fluglotsenwesen nichts darüber aussagen kann, ob diese Unterschiede auch zukünftig beizubehalten sind. Zudem wird durch die angeführten Argumente jedenfalls nicht die funktionelle Vergleichbarkeit von Fluglotsen und Seelotsen – auf die es hier überhaupt nur ankommen kann – in Frage gestellt. Beide versetzen durch ihren jeweiligen Sachverstand die „Verkehrsteilnehmer“ in der Luft und auf den Gewässern erst in die Lage, ihre Fahrzeuge sicher zu führen.

Im Bereich des Seelotswesens stellt der Gesetzgeber die Sicherheit und Leichtigkeit des Schiffsverkehrs durch das Gesetz über das Seelotswesen

vom 13.10.1954, BGBl. II, S. 1035, zuletzt geändert durch das Dritte Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 21.08.2002, BGBl. I, S. 3322, 3338.

sicher, in dem er für entsprechend anspruchsvolle Gewässer, sog. Reviere

Siehe § 2 SeeLG:

Seelotsreviere sind Fahrtstrecken und Seegebiete, für die zur Sicherheit der Schifffahrt die Bereitstellung einheitlicher, ständiger Lotsendienste angeordnet ist.

- also spezifische Verkehrsräume – eine Lotsenpflicht für die Verkehrsteilnehmer, die Schiffsführer, statuiert. Mit der Wahrnehmung der Lotsenaufgaben sind Seelotsen betraut. Diese üben einen staatlich gebundenen Beruf aus und sind in funktionalen Selbstverwaltungskörperschaften – den Lotsenbrüderschaften – organisiert.

Siehe § 27 SeeLG [Rechtsform]

(1) Die für ein Seelotsrevier bestellten Seelotsen bilden eine Lotsenbrüderschaft. Die Lotsenbrüderschaft ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts.

(2) Die Lotsenbrüderschaft hat die ihr durch Gesetz oder Verordnung übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Sie hat im Rahmen ihrer Selbstverwaltung die Belange des Seelotsreviers zu wahren und zu fördern.

(3) Die Ausgaben der Lotsenbrüderschaft werden von den Mitgliedern anteilmäßig getragen

Sie bedürfen zur Ausübung ihrer Lotsentätigkeit einer öffentlichen Bestallung (§§ 7 ff. SeeLG), die letztlich eine Sonderform der Beleihung darstellt.

Zum Voranstehenden umfassend: *Ilgner*, Die Rechtsordnung des deutschen Seelotswesens, 1993.

Nach der Legaldefinition des § 1 SeeLG ist Lotse, „wer nach behördlicher Zulassung berufsmäßig auf Seeschiffahrtstraßen außerhalb der Häfen oder über See Schiffe als orts- und schiffahrtkundiger Berater geleitet“. Die Tätigkeit des Lotsen unterstützt mithin die Schiffsführung. Diese ist zwar verpflichtet, den Lotsen an Bord zu nehmen und die Lotsenleistung in Anspruch zu nehmen, der Lotse selbst übt aber nach Maßgabe des § 27 SeeLG lediglich beratende Funktion aus. Der Kapitän bleibt allein für die Führung des Schiffes verantwortlich und entscheidet auch, ob er dem Rat des Lotsen folgen will.

Ehlers, Erläuterungen zum SeeLG, in: Nomos Erläuterungen zum deutschen Bundesrecht, verfügbar unter: www.beck-online.de, Anm. zu § 1.

Siehe: § 23 SeeLG [Beratung des Kapitäns]

- (1) Der Seelotse hat den Kapitän bei der Führung des Schiffes zu beraten. Die Beratung kann auch von einem anderen Schiff oder von Land aus erfolgen.
- (2) Für die Führung des Schiffes bleibt der Kapitän auch dann verantwortlich, wenn er selbständige Anordnungen des Seelotsen hinsichtlich der Führung des Schiffes zulässt.
- (3) Werden mehrere Seelotsen tätig, so wird der Kapitän nur durch einen von ihnen beraten, die übrigen Seelotsen unterstützen ihn dabei. Vor Aufnahme der Tätigkeit ist dem Kapitän mitzuteilen, wer als beratender Seelotse tätig wird.

Generell gehört zur Beratung durch den Lotsen, dass der Seelotse der Schiffsführung alle wichtigen Informationen gibt und sie bei der Navigation unterstützt, insb. durch Positionsangaben sowie Empfehlungen über notwendige Kursänderungen, Kurskorrekturen und erforderliche Manöver. Die Beratung kann auch von einem anderen Schiff aus erfolgen, wenn z. B. der Seelotse wegen schlechten Wetters nicht an Bord gelangt und mit dem Lotsenversetzfahrzeug voraus fährt. Eine Lotstätigkeit liegt auch vor, wenn Seelotsen in einer Verkehrszentrale an Land in Auswertung von Radarbeobachtungen Schiffe beraten. Eine solche Radarberatung ist bei unsichtigem Wetter und bei besonders großen Schiffen üblich.

So: *Ehlers*, Erläuterungen zum SeeLG, in: Nomos Erläuterungen zum deutschen Bundesrecht, verfügbar unter: www.beck-online.de, Anm. zu § 23.

„Dem beratenden Charakter der Lotstätigkeit entspricht es, dass der Kapitän für die sichere Navigation verantwortlich bleibt. Er kann sich dem auch nicht dadurch entziehen, dass er selbständige Anordnungen des Seelotsen zulässt, wie dies vielfach übliche Praxis ist. Auch wenn er zur Annahme eines Seelotsen verpflichtet ist, enthebt ihn das nicht seiner Verantwortung“.

Ehlers, Erläuterungen zum SeeLG, in: Nomos Erläuterungen zum deutschen Bundesrecht, verfügbar unter: www.beck-online.de, Anm. zu § 23.

Die notwendige Infrastruktur wird dem Lotsen im Regelfall von den staatlichen Aufsichtsbehörden gestellt; der Staat bleibt also in der Pflicht, diese Infrastruktureinrichtungen vorzuhalten.

§ 6 SeeLG [Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb von Lotseinrichtungen]

(1) Die zur Wahrnehmung der Lotsendienste erforderlichen Lotseinrichtungen (feste und schwimmende Lotsenstationen, Versetz- und Zubringerfahrzeuge) werden von den Aufsichtsbehörden vorgehalten, unterhalten und betrieben.

(2) Nach näherer Bestimmung einer Lotsverordnung (§ 5 Abs. 1) können den Lotsenbrüderschaften oder der Bundeslotsenkammer mit deren Zustimmung Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb von Lotseinrichtungen übertragen werden. Lotsenbrüderschaften und Bundeslotsenkammer können mit Zustimmung der Aufsichtsbehörden juristische Personen des privaten Rechts mit der Wahrnehmung der übertragenen Aufgaben beauftragen.

(3) Werden Vorhaltung, Unterhaltung und Betrieb von Lotseinrichtungen auf die Lotsenbrüderschaften oder die Bundeslotsenkammer übertragen, so unterstehen diese der Fachaufsicht der Aufsichtsbehörden. Die Fachaufsicht erstreckt sich auch auf mit der Aufgabenwahrnehmung beauftragte juristische Personen des privaten Rechts.

Die Aufgabe der Seelotsen, auf Grund ihrer besonderen Revier- und Sachkunde die Schiffsführung bei der sicheren Navigation zu unterstützen, um Kollisionen und Grundberührungen zu vermeiden,

Ehlers, Erläuterungen zum SeeLG, in: Nomos Erläuterungen zum deutschen Bundesrecht, verfügbar unter: www.beck-online.de, Einleitung.

und auch die beschriebene Art und Weise Erbringung der Lotsentätigkeit ist in weiten Teilen vergleichbar mit derjenigen der Fluglotsen, gerade im Falle der Radarlotsung.

Vergleichbar mit der Tätigkeit der Fluglotsen ist auch die Arbeit der Fahrdienstleiter im Bahnverkehr. Sie sind gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 3 EBO Betriebsbeamte und als solche verpflichtet, für die sichere und pünktliche Durchführung des Eisenbahnbetriebs zu sor-

gen. Seit der Privatisierung der Bahn sind die Fahrdienstleister nur noch ausnahmsweise Beamte im statusrechtlichen Sinne. Regelmäßig handelt es sich bei ihnen vielmehr um auf privatrechtlicher Basis beschäftigte Mitarbeiter eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, zumeist der DB Netz AG. Die DB Netz AG ist als eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Deutschen Bahn AG für die Schieneninfrastruktur verantwortlich. Sie arbeitet als Dienstleister für mehr als 300 Eisenbahnverkehrsunternehmen, die das rund 34.000 Kilometer umfassende deutsche Eisenbahnschienennetz nutzen. Sie stellt in eigener Verantwortung den Betrieb einer leistungsfähigen Eisenbahninfrastruktur sicher. Dazu gehört die Erstellung der Fahrpläne ebenso wie die Sorge für die Leit- und Sicherungstechnik.

Näher § 2 AEG sowie die Kommentierung dieser Vorschrift von *Suckale* in Rn. 22 ff. und 73 ff., in: Hermes/Sellner (Hrsg.), BeckAEG-Kommentar, 2006.

Aufgabe der Fahrdienstleiter ist die eigenverantwortliche Zulassung von Zugfahrten. Ein Zug darf nur mit Zustimmung des Fahrdienstleiters fahren. Dieser ist für die sichere und pünktliche Fahrt jedes Zuges verantwortlich. Arbeitsplätze sind Stellwerke, Fernsteuerzentralen oder Betriebszentralen des Eisenbahninfrastrukturunternehmens. Wenn ein Zug fahren soll, nimmt der Fahrdienstleiter zunächst eine Fahrwegprüfung vor, die gewährleistet, dass der Fahrweg des Zuges frei von Hindernissen ist. Ist diese Prüfung abgeschlossen, erfolgt die Zustimmung zur Fahrt durch entsprechende Signalstellungen oder durch schriftliche bzw. mündliche Anweisungen an den Triebfahrzeugführer. Während Fahrdienstleiter in den Zeiten der Staatsbahn vor der Privatisierung als Beamte Hoheitsgewalt ausgeübt haben, sind sie seit der Bahnreform Mitarbeiter eines in privatrechtlicher Form organisierten Wirtschaftsunternehmens, die nicht über Hoheitsgewalt verfügen, auch wenn der Bund von Verfassungs wegen Mehrheitsgesellschafter des Infrastrukturunternehmens DB AG und ihrer Tochtergesellschaften bleiben muss.

Näher *Wieland*, Art. 87e Rn. 13, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2000.

Eine Beleihung der Fahrdienstleiter mit Hoheitsgewalt ist im Eisenbahnrecht nicht vorgesehen und ließe sich auch kaum mit dem Konzept vereinbaren, dass die Eisenbahninfrastruktur nach der Bahnreform gemäß Art. 87e Abs. 3 Satz 1 GG von Wirtschaftsunter-

ternehmen in privat-rechtlicher Form eigenverantwortlich vorgehalten werden soll und der Bund auf eine Gewährleistungsaufgabe beschränkt wird (Art. 87e Abs. 4 GG).

Dazu *Wieland*, Art. 87e Rn. 15, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band III, 2000.

Es handelt sich um staatlich regulierte Selbstregulierung: Der Staat vertraut darauf, dass private Akteure ihr Handeln zwar nach privatautonomem Zielsetzungen ausrichten, dass es aber zu gemeinwohlverträglichen Ergebnissen führt. Dazu trägt der Staat durch einen regulativen Rahmen für die Selbstregulierung bei, der die den Privaten verfügbaren Optionen im Interesse der Allgemeinheit vorstrukturiert.

Näher *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 ff. (300).

Die Vorstrukturierung erfolgt durch die Genehmigungsbedürftigkeit des Betriebs von Schienenwegen sowie Steuerungs- und Sicherungssystemen gemäß § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AEG. Genehmigungsvoraussetzungen sind Zuverlässigkeit, finanzielle Leistungsfähigkeit und die erforderliche Fachkunde des Antragstellers als Unternehmers bzw. der für die Führung der Geschäfte bestellten Personen, die Gewähr für eine sichere Betriebsführung bieten müssen (§ 6 Abs. 2 Satz 1 AEG).

Einzelheiten regelt die Eisenbahnunternehmer-Berufszulassungsverordnung; näher die Kommentierung der Verordnung von *Suckale* in Rn. 5 ff., Anh. § 6, in: Hermes/Sellner (Hrsg.), BeckAEG-Kommentar, 2006.

Als Betriebsbeamte müssen Fahrdienstleiter besondere gesundheitliche Anforderungen erfüllen und die Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt bekommen, die sie zur ordnungsgemäßen Ausübung ihres Dienstes befähigen. Die Infrastrukturnehmen müssen sich durch Prüfungen oder andere geeignete Mittel davon überzeugen, dass die geforderten Kenntnisse und Fertigkeiten bei den Fahrdienstleitern vorhanden sind.

§§ 48 f. EBO.

Zuständige Regulierungsbehörde ist das Eisenbahn-Bundesamt, das als selbständige Bundesoberbehörde für Aufgaben der Eisenbahnverkehrsverwaltung errichtet worden und für die Eisenbahnaufsicht zuständig ist.

§ 2 Abs. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 2 BEVVG.

Dazu gehört auch die Überwachung des Betriebs der Betriebsanlagen (§ 4 Abs. 2 Satz 1 AEG). Die Eisenbahnen sind gesetzlich verpflichtet, ihren Betrieb sicher zu führen und die Eisenbahninfrastruktur in betriebssicherem Zustand zu halten (§ 4 Abs. 1 Satz 1 AEG). Besonders betont wird die die Verpflichtung auf die Sicherheit durch die Rechtspflicht, einen oder mehrere Eisenbahnbetriebsleiter zu bestellen, der für das sichere Betreiben der Eisenbahninfrastruktur verantwortlich ist.

Näher dazu die Eisenbahnbetriebsleiterverordnung (EBV).

Er hat die Aufgabe, der Sicherheit des Eisenbahnbetriebs gegenüber kurzfristigen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen den notwendigen Stellenwert einzuräumen.

Vgl. BR-Drs. 150/00, S. 24.

Mit dem obligatorischen Eisenbahnbetriebsleiter wird der Selbstregulierung und Eigenüberwachung der Eisenbahnen gegenüber einer verstärkten staatlichen Regulierung der Vorzug gegeben. Die Unternehmen werden durch das Institut des Betriebsleiters veranlasst, eigenverantwortlich ein zuverlässiges Sicherheitssystem einzuführen und aufrecht zu erhalten.

BR-Drs. 150/00, S. 25.

Die Bestellung des Eisenbahnbetriebsleiters, der eine Prüfung nach der Eisenbahnbetriebsleiter-Prüfungsverordnung bestehen muss, bedarf der Bestätigung durch das Eisenbahn-Bundesamt. Sie wird erteilt, wenn der Betriebsleiter zuverlässig ist und die

fachliche Befähigung zum Betriebsleiter in der erwähnten Prüfung nachgewiesen hat (§ 2 Abs. 1 EBV).

Näher zum Ganzen *Hermes/Schweinsberg*, § 4 Rn. 11 ff., in: *Hermes/Sellner* (Hrsg.), *BeckAEG-Kommentar*, 2006.

Das Beispiel des Fahrdienstleiters macht deutlich, dass im Bereich der Eisenbahnen mit der Privatisierung die früher hoheitlich wahrgenommene Verantwortung für die Sicherheit des Verkehrs nunmehr den Infrastrukturunternehmen zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung in den Formen des Privatrechts überlassen worden ist. Der Staat setzt auf die regulierte Selbstregulierung als Instrument zur Durchsetzung der Gemeinwohlinteressen und stützt das durch organisatorische und aufsichtliche Konstruktionen ab. Auf eine Beleihung Privater mit Hoheitsgewalt wird entsprechend den verfassungsrechtlichen Vorgaben in Art. 87e GG verzichtet.

Der Vergleich zeigt, dass selbst im Kernbereich der Flugsicherungsverkehrskontrolldienstes Alternativen zur hoheitlichen Anweisung eines Luftfahrzeugführers durch die Fluglotsen denkbar sind, ohne auf deren Sachkunde zu verzichten. Die Beratung und Anweisung der Luftfahrzeugführer bedeutete für die Fluglotsen ebenso wie für die Fahrdienstleiter nach einer materiellen Privatisierung keine wesentlich neue Verantwortung. Schon derzeit ist der Luftfahrzeugführer für den Flug und die Flugbewegungen nach Maßgabe des § 3 Abs. 1 LuftVO letztverantwortlich und hat die Befugnis, ggf. von den nach § 3 Abs. 2 LuftVO von ihm umzusetzenden Verfügungen der Flugsicherung abzuweichen.

C. Grenzen der Privatisierung

I. Europarechtliche Privatisierungsgrenzen

Die Handlungsspielräume des verfassungsändernden Gesetzgebers für die Organisation der Flugsicherung könnten durch europarechtliche Vorgaben begrenzt werden: Der Anwendungsvorrang des europäischen Sekundärrechts ergreift – im Rahmen der in

Art. 23 GG niedergelegten äußeren Grenzen – auch das bundesdeutsche Verfassungsrecht. Einschlägig für die Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben ist das SES-Verordnungspaket.

Die SES-Verordnungen enthalten relativ wenige organisationsrechtliche Regelungen für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten. Das SES-Konzept baut aber fundamental auf die Sicherstellung gleicher Marktchancen der Flugsicherungsorganisationen unter Gewährleistung eines Höchstmaßes an Sicherheit im Luftverkehr auf.

Diese Ziele suchen die Verordnungen durch die Implementierung neutraler mitgliedstaatlicher Aufsichtsbehörden zu erreichen. Nach Art. 4 der VO EG Nr. 249/2004 sind die einzurichtenden nationalen Aufsichtsbehörden funktionell von den Erbringern von Flugsicherungsdiensten zu trennen.

Die Aufsichtsbehörden haben vielfältige Aufgaben in der Kontrolle der Flugsicherungsorganisationen. Sie haben diese nach Maßgabe des Art. 3 VO EG Nr. 2096/2005 zu zertifizieren. Die Flugsicherungsorganisationen sind nach Art. 5 VO EG Nr. 2096/2005 verpflichtet, den Aufsichtsbehörden den Nachweis über die Einhaltung der gemeinsamen Anforderungen an die Erbringung von Flugsicherungsdienstleistungen vorzulegen. Die Aufsichtsbehörden haben zudem nach Art. 7 der Verordnung die fortlaufende Einhaltung der gemeinsamen Anforderungen zu überwachen.

Diesen europarechtlichen Vorgaben hat der Bundesgesetzgeber im nicht ausgefertigten Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung (FSG) zu entsprechen gesucht.

Zum Nachfolgenden siehe den Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/240; Beschlussempfehlung Verkehrsausschuss, BT-Drs. 16/1161.

Durch § 2 des Gesetzes sollte ein Bundesaufsichtsamt für Flugsicherung errichtet werden. Das Gesetz sah ein breites Spektrum an Instrumenten und Kompetenzen des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung zur Kontrolle eines beliebigen Flugsicherungsunternehmens – also im Rahmen der Erbringung von Flugverkehrssicherungsdiensten – vor. Schon die Beleihung wurde nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 FSG davon abhängig gemacht, dass das zu beleihende Unternehmen eine hinreichende Gewähr für die ordnungsgemäße Erfüllung der zu übertragenden Flugverkehrsdienste biete. Gegenüber der beliebigen

Flugsicherungsorganisation enthielten die § 3 Abs. 3 bis Abs. 6 FSG und §§ 5, 6, 10 FSG weitere Einflussmöglichkeiten des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und des Bundesministeriums für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung. So sollte die beliebene Flugsicherungsorganisation bei der Erbringung von Flugsicherungsdiensten der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung unterstehen, das Auskünfte und die Vorlage von Unterlagen verlangen, Maßnahmen des Flugsicherungsunternehmens beanstanden und Abhilfe verlangen können sollte. Wenn das beliebene Flugsicherungsunternehmen den Weisungen des Bundesamtes für Flugsicherung nicht nachkommen sollte, war ein Ersatzvornahmerecht des Aufsichtsamtes etabliert. Als letztes Mittel war der Widerruf der Beleihung nach § 10 Abs. 1 FSG vorgesehen.

Nach dem Vorbild der Aufsicht über Finanzdienstleistungsunternehmen sollte zudem die Geschäftsführung nach § 5 FSG der Kontrolle durch das Bundesaufsichtsamt unterliegen. Das Aufsichtsamt sollte die Befugnis bekommen, die Abberufung der Geschäftsführer zu verlangen und die Geschäftsführung einem Sonderbeauftragten zu übertragen. Schließlich sollten letztlich im Wege der Administrativenteignung äußerstenfalls die Geschäftsanteile der beliebten Organisation nach einer Entscheidung durch die Bundesregierung gegen Entschädigung auf den Bund zurück übertragen werden können. Der Gesetzgeber könnte an die Grundzüge dieses Regelungsmodells nach einer entsprechenden Verfassungsänderung anknüpfen, um seinen europarechtlichen Aufsichts- und Regulierungspflichten nachzukommen.

Über die öffentlich-rechtliche oder die private Organisation der Erbringung von Flugverkehrsdiensten enthalten die Verordnungen keine Vorgaben. Der europäische Verordnungsgeber hat die Frage der privaten oder öffentlichen Organisation der Flugverkehrsdienste – in Anerkennung der von ihm vorgefundenen Ausgestaltungen in den Mitgliedstaaten – diesen überlassen.

Vgl. die Stellungnahme der Kommission v. 27.08.2003, KOM(2003) 514 endg., S. 4.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist europarechtlich nach alledem nicht verpflichtet, für die Erbringung von Flugsicherungsleistungen in öffentlicher Verwaltung Sorge zu tragen. Er ist aber verpflichtet, die Verwaltung der Flugsicherung als Regulierungs- und Aufsichtsmaterie aufrechtzuerhalten.

Eine funktionelle Aufspaltung der derzeitigen Flugsicherungsaufgaben in eine öffentlich-rechtliche Verwaltungssphäre – die etwa von einem zu schaffenden Bundesamt für Flugsicherung wahrzunehmen wäre – und eine Betriebssphäre – innerhalb derer die Flugsicherungsdienstleistungen von privaten Wirtschaftsunternehmen angeboten und erbracht würden – ist nach dem Regelungskonzept des Europarechts nahe liegend. Eine entsprechende verfassungsrechtliche Regelung würde zudem in Art. 87e Abs. 1 und Abs. 3 GG – dem Betrieb und der Verwaltung der Eisenbahnen des Bundes – ein Vorbild finden können.

II. Art. 79 Abs. 3 GG – Flugsicherung als notwendige Verfassungsaufgabe?

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat verfassungsrechtlich weit gehende Spielräume zur Neuregelung. Das Grundgesetz kennt wegen der normativen Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen nur in Ausnahmefällen „verfassungswidriges Verfassungsrecht“,

BVerfGE 3, 225 (229 ff.).

nämlich im Anwendungsbereich der so genannten Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG. Hiernach ist eine Änderung des Grundgesetzes, „durch welche die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung oder die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berührt werden“ unzulässig. Die in Art. 79 Abs. 3 GG abschließend aufgeführten Inhalte können – abgesehen von der in Art. 146 GG vorgesehene Möglichkeit der Verabschiedung einer gänzlich neuen Verfassung – auch durch die zur Verfassungsänderung befugten Organe nicht beseitigt werden. „Art. 79 Abs. 3 GG ist damit einziger materieller Prüfungsmaßstab für Verfassungsänderungen und genießt insofern höheren Rang als die anderen Verfassungsnormen“.

Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III Rdn. 14.; ferner *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984, S. 113 f.

Das Merkmal des „Berührens“ der genannten Grundsätze hat das Bundesverfassungsgericht in seinem sog. Abhörurteil restriktiv ausgelegt. Bei Art. 79 Abs. 3 GG handele es sich um eine „Ausnahmevorschrift (...), die jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber gehindert wird, durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren“.

BVerfGE 30, 1 (24, 25).

Nach Kritik aus der Literatur

Dazu *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III Rdn. 19.

deutet das Gericht in jüngeren Entscheidungen die Berührung der in Art. 79 Abs. 3 GG genannten Grundsätze dahingehend, dass dem verfassungsändernden Gesetzgeber die Möglichkeit verbleibt, die positivrechtliche Ausgestaltung der geschützten Grundsätze aus sachgerechten Gründen zu modifizieren.

BVerfGE 109, 279 (310); BVerfGE 84, 90 (121); so auch die Deutung der Rechtsprechung von *Dreier*, a. a. O.

Nach diesem Maßstab wird der Spielraum des verfassungsändernden Gesetzgebers – auch aus Respekt vor dessen demokratischer Legitimation – nur in äußersten Grenzen beschnitten. Die Privatisierung der Flugsicherung hat keine erkennbaren Auswirkungen auf die Rechts- oder Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik; sie ist auch ohne Auswirkungen auf die grundsätzliche Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung und die Gliederung des Bundesgebietes in Länder. Auch der Kern des Demokratieprinzips – verstanden als Legitimation staatlicher Gewalt durch das Volk und seine gewählten Repräsentanten – wird durch den Verzicht auf eine Verwaltungsaufgabe ebenso wenig berührt wie die nach Art. 1 Abs. 1 GG vom Staat zu schützende und zu achtende Menschenwürde. Selbst wenn sich der Staat nicht nur aus der Flugsicherung, sondern der Luftverkehrsverwaltung überhaupt gänzlich zurückzöge, blieben die genannten elementaren Verfassungsgrundsätze in ihrem Kern unberührt. Art. 79 Abs. 3 GG stellt damit keine für die Staatspraxis bedeutsame Grenze der Privatisierung der Flugsicherung dar.

Art. 79 Abs. 3 GG wird zwar auch als Schutz der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begriffen.

Kritisch dazu m. w. Nw.: *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III Rdn. 55 ff.

Dabei geht es aber um Akte der Souveränitätsabgabe nach außen, zumeist in den Raum der Europäischen Union.

Hier hat das Bundesverfassungsgericht im Verfahren um den europäischen Haftbefehl Art. 79 Abs. 3 GG als Integrationsschranke herangezogen, BVerfGE 113, 273 ff.

Der Rückzug des Staates nach innen, der mit jeder materiellen Privatisierung verbunden ist, lässt in diesem Sinne seine Staatlichkeit unberührt. Die bei der Privatisierung von Staatsaufgaben befürchtete „Aushöhlung der Staatlichkeit“

Ehlers, Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben, 2003.

wirft aber die Frage auf, ob die jeweilige Aufgabe dem Staat notwendig vorbehalten und er an einer Privatisierung deshalb gehindert ist. Diese Frage ist aber regelmäßig jenseits des Art. 79 Abs. 3 GG nach allgemeinen verfassungspolitischen- und vorverfassungsrechtlichen Grundsätzen zu beantworten.

Die nachfolgenden Erwägungen zu Beständen des geltenden Verfassungsrechts und diesen zu Grunde liegenden Erwägungen als mögliche Grenzen der Privatisierung der Flugsicherung im Wege der Verfassungsänderung sind nach dem Voranstehenden somit nicht als Deduktionen zwingender Verfassungsvorgaben, sondern als Gesichtspunkte einer sachangemessenen und die Kohärenz des bisherigen Verfassungsrechts wahrenen Neuregelung durch den verfassungsändernden Gesetzgeber zu verstehen.

III. Staats- und verfassungsimmanente Privatisierungsschranken – Flugsicherung als notwendige Staatsaufgabe

Eine auf Privatisierung der Flugsicherung abzielende Verfassungsänderung ist mit einem Rückzug des Staates aus der Wahrnehmung dieser Aufgabe verbunden. Obgleich Art. 87d GG – wie dargelegt – nicht zu den änderungsfesten Gehalten nach Art. 79 Abs. 3 GG zu zählen ist, ist zu untersuchen, ob staats- und verfassungstheoretische Vorgaben die Wahrnehmung der Flugsicherung als Aufgabe des Staates erfordern und so Privatisierungen Schranken setzen.

Zu Privatisierungsgrenzen aus der Typologie staatlicher Aufgaben vgl. etwa *Gussy*, Privatisierung von Staatsaufgaben: Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998; *Gramm*, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001; *Kämmerer*, Privatisierung, 2001, S. 85 ff.

Die Beschreibung der Flugsicherung als Staatsaufgabe setzt zunächst hinreichende Klarheit über diesen Begriff voraus. Staatsaufgaben beschreiben einen Unterfall der öffentlichen Aufgaben. Letztere sind die Tätigkeitsbereiche, die den öffentlichen Interessen dienen und Gemeinwohlbezug haben. Während öffentliche Aufgaben von Staat und Gesellschaft wahrgenommen werden können, obliegt die Erfüllung der Staatsaufgaben diesem allein. Das Bundesverfassungsgericht grenzt in diesem Sinne die öffentlichen Aufgaben von im engeren Sinne staatlichen Aufgaben ab. Mit den öffentlichen Aufgaben seien die Aufgaben gemeint, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, dass sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss“.

BVerfGE 38, 281 (299) unter Verweis auf BVerfGE 10, 89 (102); E 15, 235 (241); die Sachangemessenheit des Staatsaufgabenbegriffs und das Verhältnis zu den öffentlichen Aufgaben sind hoch umstritten, dazu m. w. Nw. zu alternativen Konzeptionen: *Isensee*, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rdn. 136 ff.

Die Eigenschaft einer Aufgabe, Staatsaufgabe zu sein, bestimmt sich nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmung. Auch der sektorale Verfassungsstaat zeichnet sich durch eine

potentielle Allzuständigkeit aus. Dies hat das Bundesverfassungsgericht schon in seinem sog. 1. Rundfunkurteil festgestellt, das sich mit der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der vom Bund gegründeten „Deutschland-Fernsehen GmbH“ befasste. Das Gericht betonte im Anschluss an seine Feststellung, dass die Veranstaltung von Rundfunksendungen nach der deutschen Rechtstradition eine öffentliche Aufgabe sei: „Wenn sich der Staat mit dieser Aufgabe in irgendeiner Form befasst, wird sie zu einer "staatlichen Aufgabe"“.

BVerfGE 12, 205 (243).

Die Realisierung der Allzuständigkeit wird einerseits nach innen durch die grundrechtlich vor ungerechtfertigter staatlicher Aktivität geschützte gesellschaftliche Sphäre und andererseits nach außen durch die zunehmende Einbindung der integrationsoffenen Verfassungsordnung in das europäische Mehrebenensystem begrenzt.

Das Grundgesetz kennt keinen festen Kanon von Aufgaben des Staates. Die Staatsrechtslehre bemüht sich aber, auf der Basis des jeweils für verbindlich erachteten Staatsverständnisses einen – wenn auch offenen – Kreis notwendiger Staatsaufgaben nachzuzeichnen.

Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 190 ff.

Diese Versuche ziehen Folgerungen aus der ökonomischen Theorie, indem sie Staatsaufgaben dort verorten, wo es um die Produktion und Verteilung kollektiver Güter – also solcher Güter, die im Konsum nicht rivalisieren und von deren Nutzung niemand (zu akzeptablen Kosten) ausgeschlossen werden kann – geht. Staatsaufgaben liegen hiernach dort, wo die Gesetze des Marktes nicht greifen können.

Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 192 ff.; *Blankart*, Öffentliche Finanzen in der Demokratie, 6. Aufl., 2006, S. 57 ff.

Zudem wird zwischen ausschließlichen, notwendigen und fakultativen Staatsaufgaben unterschieden. Der Bereich der ausschließlichen Staatsaufgaben wird dadurch definiert, dass die Erfüllung dieser Aufgaben „wesentlich und notwendig durch den Einsatz des staatsvorbehaltenen Mittels, des physischen Zwangs, geprägt wird“ – so im Falle der Justiz und Zwangsvollstreckung, der Polizei und des Militärs.

Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rdn. 150.

Während also die ausschließlichen Staatsaufgaben nur durch den Staat erfüllt werden können, soll die notwendigen Staatsaufgaben dadurch gekennzeichnet sein, dass der Staat sie wahrnehmen muss.

Zu den notwendigen Staatsaufgaben *P. Kirchhof*, Der Begriff der hoheitlichen Befugnisse in Art. 33 Abs. 4 des Grundgesetzes, 1968, S. 111 ff.

Ihre normative Absicherung ist jedoch schwach. So sollen als Quellen notwendiger Staatsaufgaben auch das herrschende Staatsverständnis, Sachzwänge und herrschende sozialetische Anschauungen heranzuziehen sein.

Isensee, Gemeinwohl und Staatsaufgaben im Verfassungsstaat, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III, 2. Aufl. 1996, § 57 Rdn. 152.

Die Berufung auf herrschende Autoritäten kann im demokratischen Rechtsstaat für den verfassungsändernden Gesetzgeber kaum mehr als einen schwerlich rational zwingend beschreibbaren Appell bedeuten; (vermeintliche) Sachzwänge leiten sich zumeist aus dem Vorgefundenen ab und sind für eine in die Zukunft gerichtete Entscheidung des Gesetzgebers nur ein mögliches, auf die Tradition verweisendes Argument.

Dort, wo das Bundesverfassungsgericht von originären Staatsaufgaben spricht, definiert es diese als „Zuständigkeiten, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sein müssen“.

BVerfGE 73, 280 (294).

Es nimmt also Bezug auf die jeweilige Ausgestaltung der staatlichen Aufgabe in und durch die geltende Rechtsordnung. Die Definition knüpft an eine gegebene rechtliche Ausgestaltung und an sich aus dieser systematisch ergebende Sachzwänge und Folgerichtigkeiten an. Für den die Rechtsordnung gerade modifizierenden verfassungsändernden Gesetzgeber kann sich eine aus der bisherigen Ausgestaltung ergebende Be-

schränkung seines Gestaltungsspielraums grundsätzlich schon normlogisch nicht ergeben. Einzig – im hiesigen Kontext aber nicht relevante – Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes können fließende und schonende Übergangsregelungen erforderlich machen.

Sucht man nach validen verfassungsimmanenten Aussagen darüber, ob die Flugsicherung eine notwendige oder auch obligatorische Staatsaufgabe ist, könnten neben den schon angesprochenen Strukturprinzipien aus Art. 20 GG vor allem das staatliche Gewaltmonopol und die Kompetenzkataloge des Grundgesetzes mögliche Fundorte bilden. Die Art. 86 ff. GG verpflichten den Bund zur Verwaltung der dort genannten Sachbereiche und errichten daher zumindest grundsätzlich diesbezügliche Privatisierungsschranken. Diese „Reservatbereiche staatlicher Verwaltung“

Kämmerer, Privatisierung, 2001, S. 207.

sind jedoch für die Fragestellung dieses Gutachtens unergiebig: Zwar lässt Art. 87d Abs. 1 GG in seiner gegenwärtigen Fassung eine materielle Privatisierung der Flugsicherung nicht zu

Dazu Teil II. 1. Abschnitt.

– Flugsicherung ist also *de constitutione lata* eine im Kernbereich notwendige Staatsaufgabe. Auszuloten sind aber gerade die Spielräume, die sich für eine Privatisierung der Flugsicherung bei Änderung des Art. 87d GG ergeben. Ein Rückgriff auf diese Norm scheidet damit aus. Mangels anderweitiger kompetenzieller Verankerung der Flugsicherung mit einem verwaltungsorganisationsrechtlichen Gehalt

Der Gesetzgebungskompetenz des Bundes für den Luftverkehr aus Art. 73 Abs. 1 Nr. 6 GG enthält naturgemäß keine Vorgaben für den Vollzug der in ihrer Ausübung ergangenen Normen.

lässt sich die Kompetenzordnung des Grundgesetzes für die Ableitung einer Staatsaufgabe der Wahrnehmung von Flugsicherungsleistungen nicht fruchtbar machen.

Auch der Schluss von den Fundamentalnormen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips auf eine Ansiedelung der Flugsicherung im Bereich staatlicher Verwaltung

trägt nicht. Beide erlauben nur in sehr beschränktem Ausmaß den Schluss auf die Wahrnehmung bestimmter Staatsaufgaben. Beide Prinzipien verpflichten den Staat, die zu ihrer effektiven Durchsetzung benötigten Einrichtungen und Organe vorzuhalten. Das sind etwa Parlamentsverwaltungen, Wahleinrichtungen, Gerichte etc. Jenseits dieses – hier nicht einschlägigen – Kernbestandes gibt das Demokratieprinzip keine Aufgaben als staatlich zu erledigende vor.

Dies hat auch das Bundesverfassungsgericht in seiner neuen Grundsatzentscheidung zu Fragen der Vereinbarkeit des Lippeverbandes und der Emscher Genossenschaft als funktionaler Selbstverwaltungskörperschaften mit dem Demokratieprinzip deutlich betont. Das Gericht hebt zunächst hervor, dass diejenigen „öffentlichen Aufgaben, die der Staat selbst durch seine eigenen Behörden als Staatsaufgaben im engeren Sinne wahrnehmen muss“, nicht zur Erledigung auf funktionale Selbstverwaltungskörperschaften übertragen werden könnten.

BVerfGE 107, 59 (93) unter Bezug auf die schon genannte Entscheidung in BVerfGE 38, 281 (299).

„Darüber hinaus“, so fährt das Gericht fort, „ergibt sich aus dem demokratischen Prinzip des Art. 20 Abs. 2 GG nicht, welche Aufgaben dem Staat als im engeren Sinne staatliche Aufgaben vorzubehalten sind. Insbesondere lässt sich Art. 20 Abs. 2 GG nicht entnehmen, dass Aufgaben im Bereich der Daseinsvorsorge oder sonstige Aufgaben allein deshalb zwingend unmittelbar vom Staat zu erledigen wären, weil sie von wesentlicher Bedeutung für das Allgemeinwohl sind“.

BVerfGE 107, 59 (93).

Die Flugsicherung könnte indes insoweit als dem Staat zur Erfüllung vorbehaltene, privatisierungsfeste Aufgabe erscheinen, als sie als Gefahrenabwehr, als Sonderpolizei begriffen wird und auch tatsächlich entsprechende hoheitliche Zwangsbefugnisse erfordert.

Dazu unter Teil II, 2. Abschnitt, B.

Mit der Gefahrenabwehr ist die Aufgabe des Staates angesprochen, für die Sicherheit seiner Bürger zu sorgen und den inneren und äußeren Frieden zu wahren. Die Verortung dieser Aufgabe beim Staat ruht im Wesentlichen auf zwei Säulen: dem Gewaltmonopol des Staates und seiner grundrechtlichen Verpflichtung, die in diesen garantierten Rechtsgüter seiner Bürger zu gewährleisten.

Gramm, Notwendige Staatsaufgaben, 2001, S. 125 ff.; *Weiner*, Privatisierung von staatlichen Sicherheitsaufgaben, 2001, S. 115 ff., 147 ff.; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 1983, S. 27 ff.

Im Rahmen dieser Staatsaufgabe Sicherheit werden dem Staat zumeist nur enge Spielräume zugestanden, die Erfüllung seiner Aufgabe auf Private zu verlagern. Privatisierungsresistent ist ersichtlich die Aufgabe des Staates, für den äußeren Frieden zu sorgen. Hiervon ist auch die Flugsicherung betroffen: Die militärisch-zivile Integration zu Friedenszeiten wird im Verteidigungsfall durch die militärische Flugsicherung im hoheitlichen Rahmen abgelöst. Dem trägt schon die derzeitige Ausgestaltung der militärisch-zivilen Integration in der Flugsicherung ebenso Rechnung

s. o., Teil I, 2. Abschnitt, C.

wie auch das europäische Sekundärrecht.

Dazu unten Teil III, 3. Abschnitt.

Soweit Verteidigungsbelange eine direkte staatliche Einwirkung auf die privaten Erbringer von Flugsicherungsdiensten um ihres Vorrangs willen erfordern, können diese auf gesetzlicher Ebene mittels entsprechender Durchgriffsbefugnisse des Bundesministeriums für Verteidigung oder ihm untergeordneter Dienststellen – wie dem Amt für Flugsicherung der Bundeswehr – sichergestellt werden.

So auch *Di Fabio*, Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, 1998, unveröffentl., S. 62, 91 ff.

Nicht so eindeutig ist aber die Situation im Bereich der inneren Sicherheit. Im Polizei- und Strafrecht wird hier vor allem die Statthaftigkeit privater Sicherheitsdienste, privater Verkehrsüberwachung und durch Private betriebener Strafvollzugsanstalten diskutiert.

Zu diesen eingehend *Mackeben*, Grenzen der Privatisierung der Staatsaufgabe Sicherheit, 2004, S. 205 ff., 234 ff.

Auch soweit es um die Staatsaufgabe der Gefahrenabwehr, also der Aufrechterhaltung öffentlicher Sicherheit geht, bestehen Gestaltungsspielräume des Staates, diese nicht in den hoheitlichen Handlungsformen des Polizeirechts zu erledigen. Der Rechtsgüterschutz ist nicht auf die Mittel des Polizei- und Ordnungsrechts beschränkt. Der Wahl des zur Gefahrenabwehr staatlicherseits zur Verfügung zu stellenden Rechtsregimes ist die Qualifikation der Gefahr als solche im polizeirechtlichen Sinne vorgelagert. Der Staat kann einer Gefahr auch dadurch begegnen, dass er ihre Entstehung und Realisierung durch verwaltungsrechtlich-technische Überwachung zu hindern sucht. Das moderne Umwelt- und Technikrecht, wie etwa das Atomrecht, folgen diesem Modell: Zwar unterliegen hier die Anlagenbetreiber der Kontrolle durch die jeweilige Aufsichtsbehörde. Wesentliche Elemente der Minderung von Umwelt- und Technik-Gefahren werden aber in das verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren vorverlagert. So werden die Betreiber selbst zur Verhinderung der Gefahrntstehung in Anspruch genommen.

Zum hier zu beobachtenden „Rückzug des Ordnungsrechts“ *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 12 Rdn. 30 ff.

Auch die grundrechtlichen Schutzpflichten müssen keineswegs in den Verwaltungsformen des öffentlichen Rechts erfüllt werden, sondern „können genauso gut als durch Erwägungen des Gemeinwohls begründete Pflichten Privater mit entsprechender Wirtschaftsaufsicht des Staates ausgestaltet werden“.

Di Fabio, Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, 1998, unveröffentl., S. 57

Ein entsprechender Weg steht dem Gesetzgeber offen, indem er etwa die Flugbewegungen der Luftverkehrsteilnehmer nicht durch die hoheitlichen Einzelweisungen der Flug-

lotsen zu steuern sucht, sondern durch eine dichtere Normierung der Verkehrsregeln im Luftverkehr und eine normative Verpflichtung der Piloten, im deutschen Luftraum mit den Fluglotsen zusammen zu arbeiten. Eine solche Ausgestaltung entspräche dem Regelungsmodell des Eisenbahnrechts, insbesondere der Zusammenarbeit von Fahrdienstleitern und Triebfahrzeugführern

Vergleichbare Mitwirkungspflichten kennt auch das gegenwärtige Luftverkehrsverwaltungsrecht. So haben Betreiber von Verkehrsflughäfen und Luftfahrtunternehmen nach Maßgabe der §§ 19b und 20a LuftVG an der Abwehr äußerer Gefahren mitzuwirken und nach Maßgabe des § 29d LuftVG die Zuverlässigkeit ihres in sicherheitsrelevanten Bereichen eingesetzten Personals zu gewährleisten. Die klassisch hoheitliche Gefahrenabwehr wird so flankiert von der Gefahrenvorsorge.

Zum Ganzen *Giemulla/Schwenk*, Handbuch des Luftverkehrsrechts, 3. Aufl. 2005, S. 138 ff.; *Czaja*, Eigensicherungspflichten von Verkehrsflughäfen, 1995.

Je höher das öffentliche Sicherheitsinteresse ist, desto zurückhaltender werden eine Aufgabenverlagerung auf Private und ein Rückzug des Staates in Angriff genommen werden. Der Luftverkehr birgt – bedingt durch die Eigenheiten des Verkehrsmediums – für den im Vergleich zu anderen Verkehrsträgern allerdings relativ unwahrscheinlichen Fall eines Flugunfalls hohe Risiken für Leib und Leben der Insassen der Luftfahrzeuge und auch der Menschen am Boden. In einem Kernbereich der Gefahrenabwehr könnte deshalb auch zukünftig der Staat in der Pflicht bleiben, die Luftsicherheit als „staatlich verbürgte“

BVerwGE 95, 188 (191); *Di Fabio*, Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, 1998, unveröffentl., S. 57.

zu gewährleisten. In einem Kernbereich könnte daher Flugsicherung als staatliche und regelmäßig hoheitlich wahrzunehmende Aufgabe auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber nach den Sachgesetzlichkeiten des Luftverkehrs indisponibel sein.

Di Fabio, Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung, Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr, 1998, unveröffentl., S. 79

Insoweit handelt es sich aber nicht um eine im eigentlichen Sinne verfassungsrechtliche Vorgabe für den verfassungsändernden Gesetzgeber, sondern um verfassungspolitische Erwägungen, die in Sachgesetzlichkeiten begründet sind, die durchaus unterschiedlich bewertet werden können.

IV. Infrastrukturverantwortung und Aufsicht in Bundesverwaltung

Die Flugsicherung ist nach dem Gesagten für die Funktionsfähigkeit und Sicherheit des Luftverkehrs schlechthin unverzichtbar. Der Luftverkehr selbst ist letztlich nichts anderes als ein neben Schiene und Straße tretender Verkehrsträger. Die Gewährleistung einer entsprechenden Infrastruktur ist Ausdruck der staatlichen Daseinsvorsorge. Soweit der verfassungsändernde Gesetzgeber hier seine Gestaltungsspielräume nutzt, kann er die Wahrnehmung und Bereitstellung der Infrastrukturleistungen auf Private übertragen – wie er es im Falle der Eisenbahnverwaltung und der Post und Telekommunikation in Art. 87e GG und Art. 87f GG weitgehend getan hat. Seine Pflicht zur Erfüllung einer Staatsaufgabe wandelt sich um in eine ihm aus dem öffentlichen Interesse an der Infrastrukturleistung erwachsende Steuerungs- oder Gewährleistungsverantwortung und eine entsprechende staatlichen Regulierung der privaten Akteure.

Zum Ganzen *Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, insbesondere: S. 152 ff., 323 ff.; *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 12 Rdn. 57 ff.; siehe auch die Beiträge in *König/Benz* (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997.

Insofern kann man von einem Wandel vom „produzierenden zum gewährleistenden Staat“ sprechen.

So der Titel des Beitrages von *Schuppert*, in: *König/Benz* (Hrsg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, S. 539 ff.; siehe auch *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 12 Rdn. 51 ff. („Gewährleistungsverwaltung“).

Mit diesem Wandel geht auch ein Wandel der Verwaltungsaufgaben und Handlungsformen in der Verwaltung einher.

Zum Aufgabenwandel am Beispiel der Post *Wieland*, *Die Verwaltung* 28 (1995), 315 ff.

Die staatliche Selbstvornahme wird durch die staatliche Aufsicht und regulative Vorgaben zur Eigensteuerung der Privaten ersetzt. Aufgabenerfüllung wird insoweit abgelöst durch Aufgabenregulierung.

Siehe *Hoffmann-Riem*, *Governance im Gewährleistungsstaat*, in: Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2005, S. 195 (203 f.); *Kämmerer*, *Privatisierung*, 2001, S. 474 ff..

Die Notwendigkeit der Gewährleistung eines hinreichenden Angebots an Infrastrukturleistungen und die letztlich gerade im Luftverkehr damit einhergehende Verteilung knapper Ressourcen (augenfällig bei: en route-, Flughafen-slots) erfordern eine auch demokratisch-rechtsstaatlich unterfütterte Steuerungsverantwortung des Staates.

Di Fabio, *Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung*, *Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr*, 1998, unveröffentl., S. 56.

Bezogen auf die Flugsicherung bestätigt dieser Befund aus allgemeinen Prinzipien des Verfassungsrechts das sich nach dem europäischen Sekundärrecht ergebende Bild:

Siehe oben A.

Die öffentliche Aufgabe der Luftverkehrsverwaltung kann – abgesehen von der Norm des Art. 87d GG – von Verfassungs wegen grundsätzlich auf eine Aufsicht über die privat erbrachten operativ tätigen Dienstleistungserbringer im Sinne der staatlich regulierten Selbstregulierung zurückgeführt werden. Auch dann aber müssen Träger von Amtsgewalt – hier greift regelmäßig der Funktionsvorbehalt des § 33 Abs. 4 GG – den Sachbereich noch dirigieren und überschauen können, „auch wenn sie die eigentlichen alltäglichen Ordnungsaufgaben nicht mehr selbst erfüllen“.

So auch: *Di Fabio*, *Verfassungsvorgaben für die weitere Privatisierung der deutschen Flugsicherung*, *Rechtsgutachten im Auftrag des Bundesministeriums für Verkehr*, 1998, unveröffentl., S. 55.

Eine effiziente Aufsicht über die Tätigkeit und die jeweiligen Sicherheits- und Verfahrensstandards der Flugsicherungsunternehmen ist von Verfassungen wegen sicherzustellen. Hier deckt sich das europäische Gewährleistungskonzept aus den SES-Verordnungen mit den Anforderungen des Verfassungsrechts: Die Flugsicherungsunternehmen unterliegen nicht nur bei der Zertifizierung, sondern auch während ihrer Tätigkeit der ständigen Aufsicht der nationalstaatlichen Aufsichtsbehörden.

Siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, C. I.

V. Der Vorbehalt der Ausübung hoheitlicher Befugnisse durch Beamte aus Art. 33 Abs. 4 GG als Grenze materieller Aufgabenprivatisierungen?

Eine weitgehende Privatisierung der Flugsicherungsaufgaben könnte gegen Art. 33 Abs. 4 GG verstoßen. Danach ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Dieser Funktionsvorbehalt zugunsten des Berufsbeamtentums

Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984, S. 348.

ist in seiner Reichweite in Bezug auf Privatisierungen staatlicher Aufgaben hoch umstritten.

Vgl. zum Streitstand *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 196 ff.

Eine extensive Interpretation der Vorschrift sieht ihre Funktion zum einen darin, sicherzustellen, „dass besonders bedeutsame („hoheitsrechtliche“) Angelegenheiten nur von qualifizierten und außerdem in einem besonders engen Abhängigkeitsverhältnis zum Staat stehenden Bediensteten wahrgenommen werden“.

Maunz, in: ders./Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Band IV, Loseblatt, Art. 33 Rdn. 32; ebenso *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 2. Aufl. 1984, S. 349.

Zum andern solle Abs. 4 sicherstellen, „dass dem Beamtentum auch ein substantiell bedeutsamer Tätigkeitsbereich erhalten bleibt“.

Maunz, in: ders./Dürig/Herzog, Grundgesetz, Kommentar, Band IV, Loseblatt, Art. 33 Rdn. 32.

Aus Art. 33 Abs. 4 GG würden sich hiernach auch Vorgaben dafür ableiten lassen, welche Aufgaben dem Staat zugewiesen sein müssen.

Neben den schon Genannten etwa auch *Krölls*, GewArch 1995, 129 (135).

Diese Auffassung überdehnt aber den Gewährleistungsgehalt des Art. 33 Abs. 4 GG und suggeriert letztlich die „metaverfassungsrechtliche“ Existenz notwendig hoheitlicher Befugnisse und damit auch diejenige verfassungsunabhängiger staatlicher Aufgaben.

Kämmerer, Privatisierung, S. 215.

„Die Suche nach notwendigen Staatsaufgaben (...) kann [aber] nicht mehr erbringen als die Erkenntnis, dass die Produktion und Durchsetzung verbindlicher Entscheidungen – letztlich also das staatliche Gewaltmonopol – eine Aufgabe darstellt, die sich eindeutig dem Staat zuordnen lässt“.

Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 152.

Die Regelung des Art. 33 Abs. 4 GG hindert in diesem Sinne eben nicht die „Neubestimmung des öffentlichen Aufgabenbestandes im Verhältnis zu Gesellschaft und Markt. Sie zwingt aber jede systematische Ausübung öffentlicher Gewalt regelmäßig in die Formtypik des Staates“

Di Fabio, JZ 1999, 585 (592).

Mit anderen Worten bezieht sich Art. 33 Abs. 4 GG nur „auf den Modus der Erfüllung staatlicher Aufgaben, nicht auf deren Bestand“.

Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 62 m. w. Nw. in Fn. 333.

Anders als der Übertragung einer öffentlichen, hoheitlichen Aufgabe als öffentliche auf einen Privaten zur selbstständigen Wahrnehmung setzt Art. 33 Abs. 4 GG der Entlassung einer Aufgabe aus der Sphäre des Staates und ihrer Überantwortung an Private damit keine Grenze.

Dies hat auch der Staatsgerichtshof des Landes Bremen in seinem grundlegenden Urteil vom 15. Januar 2002

BremStGH, Urteil v. 15.1.2002 – St 1/01, NVwZ 2003, 81 ff.

zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Beleihung mit aller Klarheit ausgeführt: „Zum einen enthält Art. 33 IV GG (...) keine institutionelle Garantie eines Bestandes hoheitsrechtlicher Befugnisse, sondern setzt diese voraus. Soweit der Staat seine Aufgaben mittels Hoheitsgewalt erfüllt, sollen in der Regel Beamte mit der Ausführung betraut werden. Die Vorschrift enthält mithin eine institutionelle Garantie des Beamten-tums; sie setzt voraus, dass bestimmte Aufgaben vorab als hoheitsrechtlich zu erledigende Staatsaufgabe definiert worden sind, ohne selbst diese Frage zu entscheiden (...). Art. 33 IV GG setzt einer Flucht aus dem Beamtenrecht eine Schranke, nicht einer Entstaatlichung von Handlungsfeldern. Einer auch großflächigen Ausgliederung staatlicher Aufgabenbereiche aus der staatlichen Verwaltungsorganisation steht diese Vorschrift daher nicht im Wege.“

BremStGH, NVwZ 2003, 85 (86).

An einer weitgehenden materiellen Aufgabenprivatisierung der Flugsicherung wird der Gesetzgeber durch Art. 33 Abs.4 GG nicht gehindert. Dies gilt erst recht für den verfassungsändernden Gesetzgeber. Art. 33 Abs. 4 GG setzt ihm allerdings insoweit Grenzen, als er fortbestehende hoheitlich wahrzunehmende Kernaufgaben der Flugsicherung auf Private zur Ausübung übertragen will.

VI. Private Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben – Beleihung und die Grenzen des Art. 33 Abs. 4 GG

Wird ein Kernbereich der Flugsicherung aus Gründen der Sachgesetzlichkeit als residuale staatliche Aufgabe bewertet, führt das nicht zwingend dazu, dass der Staat diese Aufgabe in eigener Verwaltung zu erfüllen hat. Er kann die Aufgabenwahrnehmung auf Private zur selbstständigen Erledigung übertragen. Neben der unselbstständigen Verwaltungshilfe ist das Rechtsinstitut der Beleihung eine Form der funktionellen Privatisierung.

Schoch, DVBl. 1994, 962 (963).

Zwar herrscht über die rechtssystematische und -dogmatische Begründung und Ableitung der Beleihung weiterhin Uneinigkeit.

Siehe den Überblick bei *Weisel*, Das Verhältnis von Privatisierung und Beleihung, 2003, S. 55 ff.; *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005, S. 30 ff.

Dennoch ist sie als Rechtsinstitut allgemein anerkannt und begegnet als solches keinen durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken.

P. Kirchhof, in: ders./Isensee (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Aufl. 1996, § 59 Rdn. 92 ff.

Prägend für die Beleihung ist ein funktionales Moment: Die Beleihung ist die Übertragung öffentlicher Aufgaben, als öffentliche, auf Private zur selbstständigen Wahrnehmung.

Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 62.

Schon im derzeitigen Luftverkehrsrecht finden sich unterschiedlichste Formen der Beleihung. So sind die Luftfahrzeugführer im Kernbereich polizeilicher Aufgaben nach § 12 Abs. 1 LuftSiG mit der „Bordgewalt“ beliehen. Sie haben als Beliehene für die

Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung an Bord des im Flug befindlichen Luftfahrzeugs zu sorgen und sind befugt, die erforderlichen Maßnahmen zur Gefahrenabwehr zu treffen. Letztlich ist auch die „Beauftragung“ der DFS mit der Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben im Sinne der §§ 29, 27c LuftVG durch Verordnung

Verordnung zur Beauftragung eines Flugsicherungsunternehmens (FS-BetrV) vom 11.11.1992, BGBl. I, S. 1928.

auf Grund der gesetzlichen Ermächtigung des § 31b LuftVG ein Anwendungsfall der Beleihung.

Der Verlagerung von Aufgaben auf Private sind durch Art. 33 Abs. 4 GG Grenzen gesetzt. Zwar lässt Art. 33 Abs. 4 GG die Befugnis des Staates unberührt, sich seiner Aufgaben durch eine materielle Privatisierung zu entäußern. Er greift aber ein, soweit eine staatliche Aufgabe mit hoheitlichen Befugnissen auch im Zuge von Privatisierungen als staatliche und hoheitlich wahrzunehmende Aufgabe bestehen bleibt. Die Beleihung ist zwar prinzipiell mit Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar,

Dazu BVerwGE 57, 55 (60).

eine Beleihung ist aber unzulässig, soweit die Verbeamtungspflicht des Art. 33 Abs. 4 GG reicht.

Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 62.

Die Ausübung „hoheitsrechtlicher Befugnisse“

Zum Auslegungsstreit jenseits der Eingriffsverwaltung m. w. Nw.: *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 64; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 61 ff.

ist zur ständigen Wahrnehmung „in der Regel“ Berufsbeamten zu übertragen. Schon der Umkehrschluss aus dem Normwortlaut legt nahe, dass die Übertragung auf Nichtbeamte die Ausnahme bleiben muss. Auch das Bundesverfassungsgericht hat schon früh betont, dass es mit der Norm nicht vereinbar wäre, „würde die ständige Ausübung hoheitlicher Befugnisse in größerem Umfang auf Nicht-Beamte übertragen“.

BVerfGE 9, 268 (284); von *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 144, so gedeutet, dass es sich um „Einzelfälle“ handeln müsse.

Wie der Ausnahmecharakter zu bestimmen ist, ist allerdings offen.

Ein quantitativer Vergleich der von Beamten wahrgenommenen Aufgaben zu an Nichtbeamte übertragenen Aufgaben wird kaum dem auf die Sicherung qualitativ hoch stehender Aufgabenwahrnehmung gerichteten Sinn und Zweck des Art. 33 Abs. 4 GG gerecht werden. Überwiegend wird deshalb darauf abgestellt, dass das Schwergewicht hoheitlicher Aufgabenerfüllung bei den Beamten liegt.

Freitag, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005, S. 63; *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 70 m. w. Nw.

Als mögliche Kriterien zur Bestimmung des Schwergewichts können die Intensität der eingesetzten Hoheitsmittel, das Niveau der zu treffenden Entscheidung und auch das Gewicht der wahrgenommenen Teilaufgaben im gesamten Aufgabenfeld sein.

So *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005, S. 63.

Zudem wird überwiegend ein sachlicher Grund für die Abweichung vom Regelfall der Aufgabenwahrnehmung durch Beamte gefordert, um den Ausnahmecharakter der Aufgabenwahrnehmung durch Nichtbeamte zu wahren.

Maunz, in: ders./Dürig/Herzog (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band IV, Loseblatt, Art. 33 Rdn. 42; *Strauß*, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 144 m. w. Nw.; kritisch: *Masing*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 2, 2006, Art. 33 Rdn. 70.

Ein sachlicher Grund für die Übertragung auf Private ist deren bessere Eignung.

Strauß, Funktionsvorbehalt und Berufsbeamtentum, 2000, S. 209.

Dieser Grund kann die Übertragung der operativen Flugsicherungsaufgaben auf die privaten Fluglotsen rechtfertigen, wenn und soweit der Staat – im Gefolge der Organisati-

onsprivatisierung aus dem Jahr 1993 – kein eigenes hinreichend qualifiziertes Personal stellen kann.

Problematisch ist indes, ob im Wege der Beleihung nur im Ausnahmefall die Ausübung der (noch) hoheitlichen Befugnisse im Rahmen der Flugsicherung auf Private – sei es auf die einzelnen Lotsen als Personen, sei es auf eine private Flugsicherungsorganisation wie die DFS – übertragen würde, wenn die Aufgaben im Rahmen der Flugverkehrskontrolle operativ allein von den Privaten wahrgenommen würden. Die hoheitliche Verwaltung im Bereich der Flugsicherung würde sich nach einem Modell der staatlich regulierten Selbstregulierung wie bei der privatisierten Eisenbahn einzig auf zwar dichte, aber doch reine Regulierungs- und Aufsichtsmaßnahmen beschränken. Das operative Geschäft der Flugsicherung wäre entweder gänzlich in die private Sphäre entlassen – und würde insoweit als privatwirtschaftliche Dienstleistung erbracht – oder gänzlich auf Beliehene übertragen. Jedenfalls verblieben auch im hoheitlichen Kern der Flugverkehrskontrolle keine operativen Aufgaben in den Händen von Beamten. Auch bei einer bereichsspezifischen und weiten Betrachtung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses aus Art. 33 Abs. 4 GG wäre es jedenfalls nicht mehr gewahrt.

Zwar sind schon derzeit nach Maßgabe des § 31b LuftVG die wesentlichen operativen Aufgaben der Flugsicherung auf die DFS übertragen. Diese Abweichung von dem durch Art. 33 Abs. 4 GG Gebotenen ist indes durch Art. 87d Abs.1 Satz 2 GG geltender Fassung – als *lex specialis* zur vorgenannten Regelung – gedeckt und gefordert. Art. 87d Abs.1 Satz 2 GG ist also für die regelmäßige Wahrnehmung von hoheitlichen Flugsicherungsleistungen durch Nichtbeamte unverzichtbar. Konsequenterweise hatte Bundespräsident *von Weizsäcker* die einfachgesetzliche Organisationsprivatisierung unter Geltung des Art. 87d GG a.F. auch wegen Verstoßes gegen den Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG für verfassungswidrig erachtet.

Siehe nur: Unterrichtung durch den Bundespräsidenten vom 22.01.1991, BT-Drs. 12/67, S. 1: „Nach Artikel 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen. Die Tätigkeit der Fluglotsen im Rahmen der Flugsicherung ist (...) trotz technischer Besonderheiten ihrer Rechtsnatur nach sonderpolizeilicher Art („Luftpolizei“) und damit im Kern hoheitliche Ausübung öffentlicher Gewalt. Deshalb sind nach Artikel 33 Abs. 4 GG die hoheitsrechtlichen Befugnisse der Fluglotsen im Regelfall von Beamten auszuüben (...)“; zum Ganzen

ausführlich *Trampler*, Verfassungs- und unternehmensrechtliche Probleme der bundesdeutschen Flugsicherung, 1993, S. 145 ff.

Soweit der verfassungsändernde Gesetzgeber einen privatisierungsfesten Kern hoheitlicher Aufgaben im Rahmen der Flugverkehrskontrolle erhalten und auf Private im Wege der Beleihung übertragen will, wäre es sachgerecht, eine entsprechende, zum allgemeinen Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG speziellere verfassungsrechtliche Regelung zu treffen, die Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG von der Zielsetzung her entspräche, aber nicht wie dieser die Organisationsprivatisierung, sondern die Beleihung im Blickfeld hätte.

Aber auch jenseits des Art. 33 Abs. 4 GG ist die Beleihung eine „bedeutsame Abweichung von dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Einheit der Staatsorganisation“

BremStGH, NVwZ 2003, 81 (82).

und wirft die Frage ihrer Vereinbarkeit namentlich mit dem Rechtsstaats- und Demokratieprinzip auf. Die Beliehenen üben die von ihnen wahrzunehmenden Aufgaben als öffentliche aus. Ihre Tätigkeit stellt somit materiell öffentliche Verwaltung dar. Die öffentliche Verwaltung handelt im Bereich des Polizei- und Ordnungsrechts hoheitlich. Ihr Handeln muss als Ausübung von Staatsgewalt demokratisch legitimiert in dem Sinne sein, dass es gemäß Art. 20 Abs. 2 GG vom Volk ausgeht.

Grundlegend zu den Anforderungen an die demokratische Legitimation staatlichen Handelns BVerfGE 107, 59 (86 ff.) unter Bezug auf *Böckenförde*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, § 22 Rn. 1 – 34; jetzt 3. Aufl. 2004, § 24, Rn. 1 – 34.

Jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter, das sich als Ausübung von Staatsgewalt darstellt, bedarf also der demokratischen Legitimation.

BVerfGE 107, 59 (87).

Verwaltungshandeln ist dem Allgemeinwohl verpflichtet und an das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gebunden (Art. 20 Abs. 3 GG). In diesem Sinne muss es vom Staat dirigiert und verantwortet werden, so dass es ihm zurechenbar ist. Auch im Falle der Beleihung erwachsen dem Staat mithin Steuerungs- und Ingerenzpflichten.

Diese müssen als Ingerenzrechte gegenüber der beliehenen Stelle den jederzeitigen und wirksamen Durchgriff auf deren Tätigkeit gestatten.

Die Frage der notwendigen Eingriffsbefugnisse stellt sich hier in ähnlicher Weise wie im Rahmen der Beurteilung, ob eine Gesellschaft des Privatrechts, an der private Anteilseigner (mehrheitlich) beteiligt sind, mit dem derzeitigen Gebot bundeseigener Verwaltung aus Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar ist. In letzterem Fall steht der Bundespräsident auf dem Standpunkt, dass die „dem Verfassungsrecht geschuldeten Ingerenzpflichten, die verwaltungsrechtlich in entsprechende Befugnisse des Bundes zu transformieren sind, mit den Ingerenzmöglichkeiten des Gesellschaftsrechts in Deckung gebracht werden können [müssen], um praktisch wirksam zu sein“.

Unterrichtung durch den Bundespräsidenten, BT-Drs. 16/3262, S. 2.

Der Steuerung von „außen“ durch öffentlich-rechtliche Aufsichtsbefugnisse muss danach eine Steuerbarkeit der privaten Gesellschaft von „innen“ heraus entsprechen. Friedrich Schoch hat dies als „rechtliche[s] Konzept der Gewährleistungsverwaltung“ beschrieben: „Öffentliches Recht und Privatrecht sind funktional aufeinander bezogen, stehen in einem Ergänzungsverhältnis und können nur in ihrem Zusammenwirken die verfassungsrechtlich geforderten Steuerungs- und Kontrollleistungen erbringen“.

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 50 f.

Dieses konzertierte Zusammenwirken von öffentlichem und privatem Recht ist Ausdruck der besonderen Anforderung, dass eine Tätigkeit einer privaten Gesellschaft als bundeseigene qualifiziert werden können muss, um dem verwaltungsorganisatorischen Gehalt des Art. 87d Abs.1 Satz 1 GG zu entsprechen. Bei Beliehenen ist dies anders: Das Beleihungsverhältnis führt den Beliehenen an den Staat heran, mit der Folge, dass er behördengleich Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllt; er ist der öffentlichen Verwaltung angegliedert, aber nicht in diese eingegliedert.

BremStGH, NVwZ 2003, 81 (83); *Krebs*, in Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 2. Aufl. 1996, § 69 Rdn. 39.

Der Beliehene verbleibt vielmehr organisatorisch außerhalb der staatlichen Eigenverwaltung. Nur im Rahmen hoheitlicher bundeseigener Verwaltung wird aber eigenes Handeln des Bundes und nicht nur die Aufsicht über das Handeln Privater vorausgesetzt. Hier greift auch die Kategorie der „im engeren Sinne staatlichen Aufgaben“, „die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss.“

Vgl. dazu BVerfGE 38, 281 (299).

Die inhaltliche Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit Beliehener ist aber ein Gebot des Demokratieprinzips: „Das demokratische Prinzip und dessen Anwendung auf die vollziehende Gewalt gebieten, dass die Aufgabenverantwortung und die daraus folgende Garantenstellung für die Aufgabenerfüllung weiterhin bei der Regierung verbleiben und dass auch die von den Beliehenen ausgeübten hoheitlichen Befugnisse das für die Staatsverwaltung geforderte demokratische Legitimationsniveau nicht unterschreiten.“

BremStGH, NVwZ 2003, 81 (83)

Die sachlich-inhaltliche Legitimation ist aus dem Institut und dem Vorgang der Beleihung sicherzustellen. Die Tätigkeit der Flugsicherung ist durch eine eher geringe Determinierung durch gesetzliche Vorgaben geprägt. Die Notwendigkeit hinreichender Flexibilität, auf die diversen Anforderungen des Luftverkehrs angemessen und kompetent reagieren, setzt der Steuerungskraft des abstrakten Gesetzes Grenzen. Hier „ist eine effektive Fachaufsicht ein notwendiges Element der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns der Beliehenen“.

BremStGH, NVwZ 2003, 81 (84); *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005, S. 85 ff.

Beliehene haben deshalb der Fachaufsicht der Staatsverwaltung zu unterstehen.

Zur Dichte dieser Fachaufsicht allgemein *Freitag*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, 2005, S. 151 ff.

An die Dichte der fachaufsichtsrechtlichen Befugnisse sind bei rein organisationsprivatisierten Beliehenen geringere Anforderungen zu stellen als bei der Aufsicht gegenüber

privaten Beliehenen, die nicht Eigengesellschaften des Staates sind. Bei ersteren werden die öffentlich-rechtlichen Ingerenzbefugnisse durch die gesellschaftsrechtlichen des öffentlichen Eigentümers noch verstärkt, während sie bei letzteren durch entgegenstehende, gesellschaftsrechtlich umsetzbare Ziele der Privaten eher geschwächt werden. Dieser Schwächung ist durch eine entsprechende Ausgestaltung des Beleihungsrechtsverhältnisses und der fachaufsichtsrechtlichen Steuerungsbefugnisse zu begegnen.

Siehe dazu wiederum BremStGH, NVwZ 2003, 81 (84): „[Die Aufsichts- und Weisungsrechte] können nur effektiv sein, wenn ihnen nicht Hindernisse aus der Rechtssphäre der in der Regel in den Formen des Gesellschaftsrechts verfassten beliehenen Unternehmen entgegenstehen. Diese Möglichkeit entsteht insbesondere, wenn Gesellschaften zugleich Unternehmensziele außerhalb des Bereichs der Beleihung verfolgen, sie kann sich auch aus den Regelungen über die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführung ergeben, und sie wird verstärkt wirksam, wenn sich Private an der Gesellschaft beteiligen. Die Interessen der Gesellschaft können mit der staatlichen Gemeinwohlorientierung der Beleihung in Widerspruch geraten. Wenn Informationsbegehren oder Weisungen der Behörde unter Hinweis auf das gesellschaftsrechtlich geschützte Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge oder auf entgegenstehende Gesellschaftsinteressen oder Abstimmungsergebnisse verweigert werden können, hängt die Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht von den Entscheidungen staatlicher Amtswalter, sondern von der Willensbildung in den Organen der Gesellschaft ab. Dies wäre mit dem Gebot demokratischer Legitimation der Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht vereinbar. Darüber hinaus entsteht bei beliehenen Unternehmen, insbesondere solchen mit gemeinschaftlicher öffentlicher und privater Beteiligung, die neben der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben auch erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen, die Gefahr einer Vermischung privater und öffentlicher Handlungsziele, -maßstäbe und -motive. Der damit drohende Mangel an Transparenz des Unternehmenshandelns erschwert dessen Steuerung und Kontrolle durch die Verwaltung und in der Folge auch die parlamentarische Kontrolle der Exekutive.

Die Verfassungsgebote effektiver exekutivischer Steuerung und Kontrolle sowie der parlamentarischen Kontrolle der Regierung verpflichten (...) [die mit der Aufsicht betrauten staatlichen Stellen] zu gewährleisten, dass ihre Einwirkungen auf die beliehenen Unternehmen nicht durch - gegebenenfalls auch grundrechtlich geschützte - Abwehrrechte der Gesellschaft oder der Gesellschafter beschränkt werden.“

Der sich hier offenbarende Steuerungsbedarf hindert den verfassungsändernden Gesetzgeber indes nicht, auch weitgehende Beleihungen zur Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben im Bereich der Flugsicherung vorzunehmen. Der einfache Gesetzgeber bleibt indes verfassungsrechtlich verpflichtet, das erforderliche und gebotene Maß an öffentlich-rechtlicher Steuerung im Rahmen des durch die Beleihung begründeten „Auftragsverhältnisses“

Dazu *Freitag*, Das Beleihungsverhältnis, 2005, S. 188 ff.

sicherzustellen. Dem verfassungsrechtlich Gebotenen entspricht hier weitgehend der durch die SES-Verordnungen mit europarechtlichem Anwendungsvorrang etablierte Aufsichtsrahmen.

Siehe auch die Ausführungen oben unter Teil II, 2. Abschnitt, C. I.

Der einfache Bundesgesetzgeber könnte insoweit auf das im nicht ausgefertigten Gesetz zur Neuregelung der Flugsicherung vorgesehene Aufsichts- und Steuerungsinstrumentarium erneut zurückgreifen.

Zu dem Instrumentarium *Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 22 ff.

Allerdings ist das verfassungsrechtlich gebotene Maß der Fachaufsicht territorial um seiner Effektivität willen gebunden. Die effektive Ausübung öffentlich-rechtlicher Aufsichtsmittel ist dann nicht mehr sichergestellt, wenn sich die beliehene Organisation eines Dritten im Wege der Unterbeauftragung zur Erledigung der ihr obliegenden Aufgaben bedient oder wenn sie ihren Sitz und ihre Hauptbetriebsstätte aus dem Bundesgebiet ins Ausland verlagert. Während erstere Unterbeauftragung für zertifizierte Drittanbieter nach Art. 10 EG VO Nr. 550/2004 europarechtlich vorgesehen ist und so mitgliedstaatlich grundsätzlich nicht verhindert werden kann,

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 54

lässt letztere die verwaltungsrechtlichen Kontroll- und Ingerenzbefugnisse ins Leere laufen und ist nicht nur mit Art. 87d GG geltender Fassung,

Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 56

sondern auch mit dem Verfassungsgebot sachlich-inhaltlicher Legitimation der Verwaltungstätigkeit unvereinbar, soweit nicht durch Verfassungsänderung ein entsprechender Dispens erteilt wird.

Teil III: Gutachten – Besonderer Teil: Antworten auf die Gutachtenfragen

Auf der Grundlage der Analyse der Aufgaben der Flugsicherung in Hinblick auf ihren privaten oder hoheitlichen Charakter und auf der Grundlage des voranstehend skizzierten verfassungsrechtlichen Rahmens einer zukünftigen Neuregelung der Flugsicherung im Wege der Verfassungsänderung soll auf die im Gutachtenauftrag aufgeworfenen Fragen eingegangen werden. Die Antworten basieren auf den unter Teil II erarbeiteten Grundlagen. Um Wiederholungen zu vermeiden, wird auf diese jeweils Bezug genommen.

1. Abschnitt: Welche Tätigkeiten innerhalb der Flugsicherungsdienste könnten im Rahmen einer Verfassungsänderung künftig als privatrechtliche Dienstleistung ausgestaltet werden?

Die Aufgaben der Flugsicherung weisen in der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung ein breites Spektrum unterschiedlichster Tätigkeiten auf, die sich ganz erheblich in ihrem anweisenden oder auch hoheitlichen Charakter unterscheiden.

Siehe Ausführungen unter: Teil I, 5. Abschnitt; Teil II, 2. Abschnitt, B.

Die derzeitige gesetzliche Ausgestaltung der Flugsicherung und auch die Unterscheidung ihrer einzelnen Tätigkeitsbereiche im Luftverkehrsgesetz – und in dem dieses konkretisierenden Verordnungsrecht – bindet den verfassungsändernden Gesetzgeber bei einer Neuregelung nicht. Allerdings liegt die Aufteilung der einzelnen Flugsicherungsbetriebsdienste und flugsicherungstechnischen Dienste auch dem europäischen Sekundärrecht und den internationalen Standards der Flugsicherung zu Grunde,

Siehe: Teil I, 3. Abschnitt, B. und 5. Abschnitt.

die auch nach einer Verfassungsänderung verbindlich blieben.

Der verfassungsrechtliche Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, inwieweit er die operativen Aufgaben der Flugsicherung privatisieren will, wird durch europarechtliche

Vorgaben nicht geschmälert: Während das Rechtsregime der SES-Verordnungen und namentlich die Flugsicherungsdienste-Verordnung die inhaltlich-technischen Anforderungen an die Erbringung von Flugsicherungsdiensten durch Flugsicherungsorganisationen inhaltlich weitgehend ausgestalten, um dadurch einen diskriminierungsfreien europäischen Luftfahrtmarkt unter homogenisierten Sicherheitsstandards sicherzustellen, ist das Sekundärrecht sparsam mit institutionell-organisatorischen Vorgaben für das öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Rechtsregime der Erbringung von Flugsicherungsdiensten. Vorgegeben ist hier lediglich die strikte, um der Marktneutralität willen gebotene Trennung operativer Dienstleistungserbringung von den Regulierungs- und Aufsichtsbehörden.

Siehe: Art. 4 Abs. 2 VO EG 549/2004.

Wenngleich der dem Konzept des Single European Sky inhärente Marktgedanke in Richtung auf weitgehende Privatisierungen drängt, enthalten die Verordnungen doch insoweit keine den verfassungsändernden Gesetzgeber bindenden Vorgaben. Zwar beschränkt Art. 8 VO EG 550/2004 die Erbringung von Flugsicherungsdiensten unter Monopolbedingungen auf die Flugverkehrsdienste in einem funktionalen Luftraumblock im Zuständigkeitsbereich eines Mitgliedstaates. Entsprechendes gilt nach Art. 9 der VO fakultativ für die Wetterdienste. Die übrigen Flugsicherungsdienstleistungen sollen von zertifizierten Flugsicherungsorganisationen unter Wettbewerbsbedingungen erbracht werden. Die Organisationsform der Erbringung von Flugsicherungsdiensten lassen die Verordnungen aber offen. Hierüber können die Mitgliedstaaten autonom entscheiden. Damit ist europarechtlich weder die Beibehaltung der Organisation der Flugsicherung in bundeseigener Verwaltung noch ihre Privatisierung vorgegeben.

Baumann, DVBl. 2006, 332 (333); *Droege*, DÖV 2006, 861 (867); *Schoch*, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, Die Verwaltung, Beiheft 6, 2006, S. 68.

A. Flugverkehrskontrolle

Der Flugverkehrskontrolldienst ist derzeit anweisenden Charakters und wird in der Regel durch Verfügungen und Flugverkehrskontrollfreigaben sowie durch die Herausgabe von Fluginformationen wahrgenommen.

Siehe § 8 FSBetrV.

Erstere Handlungsformen sind derzeit imperativ und einseitig ausgestaltet; ihrem hoheitlichen Charakter zum Trotz teilen sie die für die Flugsicherung und für die technischen Gegebenheiten des Luftverkehrs typische Vollziehbarkeitsmängel.

Der einfache Gesetzgeber könnte aber die Luftverkehrskontrollfreigaben durch privatrechtliche Kontrahierungspflichten der Luftfahrzeugführer mit Flugsicherungsorganisationen ersetzen.

Dazu siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, B. und: *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 296 f.

Der Flugverkehrskontrolldienst kann wie die Tätigkeit der Fahrdienstleiter bei den privaten Bahninfrastrukturunternehmen nach dem Modell der staatlich regulierten Selbstregulierung rein privatrechtlich ausgestaltet werden, solange der Staat durch entsprechende Organisations- und Verhaltenspflichten seiner Gewährleistungsverantwortung für die Sicherheit und Effektivität des Luftverkehrs nachkommt. Auch in einen grundsätzlich privatwirtschaftlich ausgestalteten Flugverkehrskontrolldienst lassen sich zur staatlichen Gewährleistung der Luftverkehrssicherheit hoheitliche Residualkompetenzen einfügen, die ähnlich dem heutigen § 29 LuftVG ausgestaltet werden können, wenn das nach einer politischen Bewertung sachgerecht erscheint.

Die rein informatorischen Gehalte des Flugverkehrskontrolldienstes entbehren schon heute jeder notwendig einseitig verpflichtenden Ausgestaltung. Sie sind als reine Dienstleistungen zu qualifizieren und können daher auch so normativ ausgestaltet werden.

Ähnlich *Baumann*, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 281 f.

B. Verkehrsflussregelung und Steuerung der Luftraumnutzung

Im Rahmen der Verkehrsflussregelung, die im System des SES nicht Teil der Flugsicherungsdienste ist, sondern in der Luftraum-Verordnung geregelt wird, könnte für den Fortbestand ihrer derzeitigen hoheitlichen Ausgestaltung sprechen, dass mit der Nutzung der knappen Ressource des Luftraums eine Verteilungsentscheidung von hoher Grundrechtsrelevanz verbunden ist. Für die gewerbliche Betätigung der Fluggesellschaften ist ein Ressourcenmanagement einerseits unverzichtbar und andererseits gleichermaßen reglementierend. Insoweit könnte das Verkehrsflussmanagement mit der Vergabe von Start- und Landeslots auf Flughäfen vergleichbar sein. Die Verteilung der knappen Ressource der Abflug- und Landeberechtigungen hat vor dem Hintergrund des Grundrechts der Berufs- und Gewerbefreiheit der Luftfahrtunternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG besondere Grundrechtsrelevanz und unterliegt nicht zuletzt wegen der hohen gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Bedeutung des Luftverkehrs nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts dem Vorbehalt einer „allgemeinpolitische[n] Grundentscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers.“

Vgl. BVerwGE 82, 246 (255).

Das Beispiel der Schieneninfrastruktur und die aktuelle Diskussion um eine materielle Privatisierung des Schienennetzes bei gleichzeitiger staatlicher Gewährleistung diskriminierungsfreien Zugangs zeigen jedoch, dass eine materielle Privatisierung auch der Verkehrsflussregelung und der Steuerung der Luftraumnutzung rechtlich durchführbar wäre. Der besonderen Grundrechtsrelevanz der Verteilungsentscheidung kann bei der Umsetzung in den Formen des Privatrechts gegenüber dem Luftraumnutzer öffentlich-rechtlich im Vorfeld Rechnung getragen werden. Ob es insoweit bei der Anbindung an EUROCONTROL bleiben oder ob eine andere Lösung gefunden werden sollte, ist weder europarechtlich noch verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern kann politisch entschieden werden.

C. Flugalarmdienst

Der Flugalarmdienst in der derzeitigen Gestalt nach § 15 f. FSBetrV umfasst letztlich lediglich die Benachrichtigung der für die Durchführung der Such- und Rettungsaktionen zuständigen Stellen. Die hinzukommende Unterstützung dieser Stellen durch den SAR-Dienst besteht in aller Regel in deren Information. Diese reinen Informationsakte weisen keinerlei verbindlichen Regelungsgehalt auf

Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 289.

und können – vergleichbar zu dem Vorbild schon derzeit privat betriebener Notrufsysteme im Straßenverkehr – auch in privater Hand betrieben werden. Der Bund bliebe insoweit nur in der Gewährleistungsverantwortung: er müsste sicherstellen, dass diese Dienste betrieben werden.

D. Fluginformationsdienst und weitere Informationsdienste

Der Fluginformationsdienst nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 lit. e LuftVG i. V. m. § 12 FSBetrV hat zur Aufgabe, die Luftfahrzeugführer mit den Informationen zu versorgen, die für einen sicheren, geordneten und flüssigen Flugverkehr erforderlich sind. Diese Informationen versetzen den Luftfahrzeugführer erst in die Lage, unter den Bedingungen der heutigen Luftfahrttechnik einen Flug durchzuführen. Sie haben schon von daher einen ausgeprägten Dienstleistungscharakter.

Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 288 f.

Den Informationen im Rahmen des Fluginformationsdienstes kommt also lediglich ein beratender Charakter zu. Entsprechendes gilt für die Flugberatungs-, Flugfernmelde-, Navigations- und weiteren CNS-Dienste. Hier bestehen mithin umfassende Privatisierungsspielräume.

E. Flugsicherungstechnische Dienste

Die flugsicherungstechnischen Dienste – zu denen TCAS als Bordsystem nicht gehört – stellen die vorgenannten Betriebsdienste der Flugsicherung mit der von ihnen benötigten Infrastruktur aus. Aus der Angewiesenheit der Betriebsdienste auf die Infrastruktur wird teilweise geschlossen, dass die technischen Dienste notwendig auch am hoheitlichen Charakter der Betriebsdienste (in ihrer derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung) partizipieren. Ergänzend wird darauf verwiesen, dass die flugsicherungstechnischen Dienste auf Grund der Weiterentwicklung der Technik zunehmend nicht mehr von den Betriebsdiensten zu scheiden seien.

Pabst/Schwartmann, DÖV 1998, 315 (318).

Der Betrieb technischer Anlagen ist gemeinhin dann eindeutig als hoheitlich zu qualifizieren, wenn durch sie automatisiert drittgerichtete Verfügungen selbsttätig ergehen, Beispiele sind Verkehrszeichen oder Lichtzeichenanlagen, die allgemein als Verwaltungsakte gewertet werden. Soweit im Rahmen der flugsicherungsbetriebstechnischen Dienste Aufgaben als hoheitlich beibehalten werden sollten, wird aber auch weiterhin die technische Infrastruktur von Lotsen benutzt werden. Hoheitliche Außenwirkung vermöchte die flugsicherungstechnische Infrastruktur somit nur durch die Tätigkeit der Lotsen vermittelt und nicht selbsttätig zu entfalten.

Vgl. *Baumann, Private Luftfahrtverwaltung, 2002, S. 290 ff.*

Die flugsicherungstechnischen Dienste sind schon in der derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung nicht als hoheitliche zu bewerten; zukünftig ist der Gesetzgeber frei, sie privat zu organisieren. Hierbei ist indes zu berücksichtigen, dass die Infrastruktur wegen den mit ihr verbundenen Investitionskosten einem Monopol zumindest nahe kommt.

Siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, B.

Im Falle einer Privatisierung der Flugsicherungsbetriebsdienste und der Eröffnung entsprechenden Wettbewerbs müsste der Gesetzgeber wegen dieser Monopolstruktur si-

herstellen, dass die Infrastruktur durch alle am Markt agierenden Flugsicherungsorganisationen chancengleich benutzt werden könnte. Eine auch organisatorische Trennung der technischen Dienste von den Betriebsdiensten wäre sachgerecht.

2. Abschnitt: Welche Aufgaben der heutigen Flugsicherungstätigkeit müssten zukünftig in der Bundesverwaltung verbleiben?

Für die Zuordnungsentscheidung von Flugsicherungstätigkeiten zur Bundesverwaltung ist zwischen Aufsichts- und Regulierungsaufgaben und operativen Aufgaben zu unterscheiden.

Die Aufsichts- und Regulierungsaufgaben sind notwendig innerhalb der Bundesverwaltung anzusiedeln. Dies ergibt sich – auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber – zwingend aus den diesbezüglichen Vorgaben des Europarechts.

Siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, C. I.

Ob im Rahmen der operativen Erbringung von Flugsicherungsdiensten ein Kern von Aufgaben im Rahmen der Flugverkehrskontrolle nach den Sachgesetzlichkeiten und besonderen Gefahrenpotentialen des Luftverkehrs weiterhin in hoheitlicher Verwaltung geführt werden sollte, ist nicht verfassungsrechtlich vorgegeben, sondern muss verfassungspolitisch bewertet werden.

Näher Teil III, 1. Abschnitt.

3. Abschnitt: Könnten auf Grundlage einer entsprechenden Verfassungsänderung Flugsicherungsdienste als privatrechtliche Dienstleistung eines Wirtschaftsunternehmens so ausgestaltet werden, dass die zivil-militärische Integration erhalten bleibt und die Wahrnehmung von sonderpolizeilichen Aufgaben (§ 29 LuftVG) noch möglich ist?

Wenn der verfassungsändernde Gesetzgeber die Erbringung von Flugsicherungsdiensten im Zuge einer Verfassungsänderung als eine privatrechtliche Dienstleistung eines Wirtschaftsunternehmens ausgestaltet, wandelt sich im Vergleich zur jetzigen Stellung der DFS GmbH als einer zwar organisationsprivatisierten, aber bundeseigenen Behörde der Luftverkehrsverwaltung grundlegend. Ihre bis dahin wegen Art. 87d GG notwendige Einbindung in die Bundeseigenverwaltung entfällt. Dies hat Konsequenzen für die zivil-militärische Integration und für die Wahrnehmung von sonderpolizeilichen Aufgaben.

A. Zivil-militärische Integration

Die zivil-militärische Integration ermöglicht in Friedenszeiten eine flexible und effiziente Luftraumnutzung durch zivile und militärische Luftraumnutzer und stellt zugleich sicher, dass im Krisen- und Verteidigungsfall die Anforderungen an eine wirksame Luftverteidigung – und die Vorsorge hierfür in Friedenszeiten – gewahrt bleiben.

Die europarechtlichen Rahmenbedingungen nehmen das von ihnen grundsätzlich implementierte, auf einheitlichen Zertifizierungen beruhende Marktmodell der Erbringung von Flugsicherungsdiensten insoweit zurück und tragen den Besonderheiten des Kernbereichs der Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten, der gerade in der Wahrnehmung ihrer Lufthoheit zu militärischen (Verteidigungs-) Zwecken dient, Rechnung.

Siehe Art. 1 Abs. 2 i. V. m. Art. 13 VO EG Nr. 249/2004.

Die Mitgliedstaaten haben sich zudem in Art. 11 der Flugsicherungsdienste-Verordnung (EG VO Nr. 550/2004) dazu verpflichtet, die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, „um sicherzustellen, dass zwischen den zuständigen zivilen und militärischen Stellen

schriftliche Vereinbarungen oder gleichwertige rechtliche Abmachungen für die Verwaltung bestimmter Luftraumblöcke geschlossen werden.“

Wesentliches Element des Single European Sky ist das Modell der flexiblen Luftraumnutzung unter Einschluss des militärischen Flugverkehrs.

Dazu Art. 7 der Luftraum-Verordnung, VO EG Nr. 551/2004 und die Erklärung der Mitgliedstaaten zu militärischen Aspekten im Zusammenhang mit dem Einheitlichen Europäischen Luftraum, ABl. EG L 96 vom 31.3.2004, S. 9.

So baut das Konzept der flexiblen Luftraumnutzung, das VO EG Nr. 2150/2005

ABl. L 342 vom 24.12.2005, S. 20 ff.

bindend eingeführt hat, auf einer dichten und reibungslosen Zusammenarbeit und Koordination militärischer und ziviler Flugsicherungsorganisationen auf.

Artt. 3 ff. VO EG Nr. 2150/2005.

Dieses Koordinierungserfordernis ist – wie im Kontext der SES-Verordnungen üblich – final ausgerichtet: Vorgegeben ist das Ziel der Koordination ziviler und militärischer Stellen. Ein Gebot, diese Koordination innerhalb der mitgliedstaatlichen Verwaltung zu organisieren, findet sich in den europarechtlichen Vorgaben nicht. Eine Privatisierung der Aufgaben der Flugsicherung ist auch insoweit europarechtlich weder vorgegeben noch eingeschränkt.

Auf verfassungsrechtlicher Ebene sind im Rahmen der militärisch-zivil integrierten Flugsicherung die aus Art. 87a GG fließenden Anforderungen der militärischen Landesverteidigung auch in Friedenszeiten sicherzustellen. Das derzeitige Kooperationsmodell ist mit der Zuweisung der Wahrnehmungskompetenz an die (zivile) Flugsicherung in § 30 LuftVG nur schwach gesetzlich ausgeprägt. Die für die Zusammenarbeit wesentlichen Parameter der Zusammenarbeit sind durch Ressortvereinbarungen, also innerhalb der Regierung, und durch Vereinbarungen mit der organisationsprivatisierten DFS getroffen worden.

Siehe oben Teil I, 2. Abschnitt, C.

Die vertraglichen Vereinbarungen sind eine geeignete Handlungsform, um gegenseitige Rechte und Pflichten ohne gesetzliche Vorgaben innerhalb der – wenn auch mittelbaren – staatlichen Verwaltung sicherzustellen. Die Beteiligten sind in ihrem Handeln gleichermaßen auf die Verfolgung der auch in Art. 87a GG genannten öffentlichen Belange auch ohne gesetzliche Grundlage verpflichtet.

In Zuge einer Privatisierung entfällt diese gleichsam natürliche Gemeinwohlverpflichtung der Anbieter von Flugsicherungsdiensten. Diese können sich auch gegenüber den Anforderungen an die Erbringung von Flugsicherungsleistungen aus Gründen militärischer Belange auf Grundrechte – namentlich auf die Berufs- und Gewerbefreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG – berufen.

Die entsprechenden Anforderungen an die operative Betriebsorganisation, insbesondere die Integration des militärischen Lotsenpersonals und die Überlassung der Nutzung der Flugsicherungsinfrastruktur im Krisen- und Verteidigungsfall, sind angesichts dessen als Außenverpflichtungen der privaten Flugsicherungsunternehmen auszugestalten. Sie sind also jedenfalls dem Grunde nach in Gesetzesform zu überführen. Entsprechende gesetzliche Pflichten sind ihrerseits in Achtung der grundrechtlich geschützten Autonomie der Unternehmen verhältnismäßig auszugestalten. Einzelheiten könnten wie bisher durch Vereinbarungen geregelt werden.

Die Bindung an das Verhältnismäßigkeitsgebot steht der Beibehaltung der militärisch-zivilen Integration nicht entgegen. Die einzelnen Pflichten des Flugsicherungsunternehmens sind aber u. U. zu modifizieren und an dem Gebot der Erforderlichkeit auszurichten. Um der Integrationsleistungen willen ist die Integration militärischer Fluglotsen in den Betrieb ohne Probleme zu rechtfertigen. Eine gesetzliche Verpflichtung der Flugsicherungsunternehmen, dieses Personal neben ihrem soldatischen Unterstellungsverhältnis auf arbeitsvertraglicher Grundlage weiterzubeschäftigen, dürfte verhältnismäßig ausgestaltet werden können. Zwar mag in einzelnen Aspekten eine stärkere Entflechtung der militärisch angebundenen und der privatwirtschaftlichen Bereiche notwendig sein. Auch eine Privatisierung stellt die Integration als solche aber nicht in Frage.

B. Sonderpolizeiliche Aufgaben

Die derzeitige Ausgestaltung der Aufgaben der Flugsicherung und insbesondere auch ihre Verknüpfung mit dem einfachgesetzlichen Institut der allgemeinen Luftpolizei im Sinne des § 29 LuftVG stehen zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers. §§ 27c, 29 LuftVG enthalten keine Strukturvorgaben, denen der verfassungsändernde Gesetzgeber normativ unterworfen wäre. Der Vorrang der Verfassung findet hier allenfalls faktisch an Sachgesetzlichkeiten des Luftverkehrs und infrastrukturpolitischen Erwägungen Grenzen.

Um der Sicherheit der Luftraumnutzer willen kann es politisch gewollt sein, die mit der Flugsicherung betrauten Stellen mit hoheitlichen Residualkompetenzen auszustatten, die ihre dienstleistende Servicetätigkeit flankieren. Um die nötige Flexibilität der Weisungen an die Luftraumnutzer aufrechtzuerhalten, könnte dann auch bei einer künftigen Neuregelung eine mit dem derzeitigen § 29 LuftVG vergleichbare Generalklausel zu normieren sein. Insoweit könnte sich der Bund nach einer entsprechenden Verfassungsänderung auf die Wahrnehmung reiner Aufsichts- und Verwaltungsaufgaben zurückziehen und Private mit der Ausübung der polizeilichen Befugnisse beleihen.

Dazu oben Teil II, 2. Abschnitt, C., VI.

Als Beleihungsadressaten kommen hierbei sowohl das Flugsicherungsunternehmen selbst als auch einzelne Fluglotsen in Betracht. Voraussetzung ist, dass die jeweils Beleihenen einerseits unter hinreichend dichter fachaufsichtsrechtlicher Kontrolle stehen und andererseits auch die ihnen anvertrauten öffentlichen Aufgaben effektiv erfüllen können. Dies setzt auch im operativen Betriebsablauf entsprechende, arbeitsvertraglich sicherzustellende Weisungsrechte voraus. So müsste etwa im Falle der Beleihung einzelner Lotsen dafür Sorge getragen werden, dass diesen im Betriebsablauf ausreichende Weisungsrechte gegenüber dem anderen Flugsicherungspersonal eingeräumt werden und sie selbst insoweit auch nicht dem Direktionsrecht ihrer Arbeitgeber aus § 315 BGB unterstehen.

4. Abschnitt: Wie kann die Infrastrukturverantwortung des Staates aus Artikel 28 der ICAO-Konvention in einem solchen Modell abgebildet werden?

Die Bundesrepublik Deutschland ist seit dem Jahr 1956 Unterzeichnerstaat des Internationalen Abkommens über die Zivilluftfahrt – auch: Chicagoer Abkommen – aus dem Jahr 1944. Dieses bindet in Folge des Transformationsgesetzes aus dem Jahr 1956

BGBI. 1956 II, S. 411, 934.

im Range eines Bundesgesetzes die Organe der Bundesrepublik. Deutschland hat sich in der Ausübung seiner in Art.1 des Abkommens anerkannten Lufthoheit an die Bestimmungen des Chicagoer Abkommens gebunden. Das Abkommen von Chicago über die Internationale Zivilluftfahrt enthält die für einen funktionierenden internationalen Luftverkehr unverzichtbaren Grundregeln und besitzt mit derzeit 183 Vertragsstaaten nahezu universelle Geltung. Nach Art. 28 des Abkommens hat die Bundesrepublik die völkerrechtliche Verpflichtung übernommen, eine hinreichende Flugverkehrs- und Flugsicherungs-Infrastruktur bereitzuhalten.

Artikel 28

Luftfahrteinrichtungen und einheitliche Verfahren

Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, soweit er es für durchführbar hält,

a) in seinem Hoheitsgebiet Flughäfen, Funk- und Wetterdienste und andere Luftfahrteinrichtungen, die der Erleichterung der internationalen Luftfahrt dienen, bereitzustellen und zwar in Übereinstimmung mit den Richtlinien und Verfahren, die auf Grund dieses Abkommens jeweils empfohlen oder aufgestellt werden;

b) die geeigneten einheitlichen Verfahren für Fernmeldeverkehr, Codes, Kennzeichen, Signale, Befehrerung und sonstige Betriebsmaßnahmen und Betriebsvorschriften anzunehmen und einzuführen, die auf Grund dieses Abkommens jeweils empfohlen oder aufgestellt werden;

c) an internationalen Maßnahmen mitzuarbeiten, um die Veröffentlichung der Luftfahrtskarten aller Art in Übereinstimmung mit den Richtlinien sicherzustellen, die auf Grund dieses Abkommens jeweils empfohlen oder aufgestellt werden.

(BGBI. II 1956, S. 419)

Die konventionsrechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik ist relativ weit gefasst und lässt ihr insbesondere einen Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Durchführbarkeit der Zurverfügungstellung der insbesondere in Art. 28 lit. a genannten Einrichtungen, zu denen auch die Infrastruktur und die Betriebsdienste der Flugsicherung zu zählen sind. Die Konvention trifft keine Aussage, wie die Unterzeichnerstaaten ihrer Vorhaltungspflicht innerstaatlich nachkommen. Die Konventionsstaaten können die genannten Infrastrukturleistungen hoheitlich durch eigene Organe und Einrichtungen erbringen; sie

können aber innerstaatlich auch sicherstellen, dass Dritte, namentlich Private, die notwendigen Einrichtungen vorhalten und betreiben. Die nach außen gerichtete Konventionspflicht ist gegenüber den verschiedenen Möglichkeiten ihrer innerstaatlichen Umsetzung blind. Die Konvention verfolgt insoweit nur das Ziel, die hinreichende Infrastruktur zur Erleichterung der internationalen Luftfahrt sicherzustellen.

Die völkerrechtliche Verpflichtung kann in den traditionellen Formen hoheitlicher Leistungsverwaltung durch den Staat, also durch in bundeseigener Verwaltung geführte Einrichtungen erfüllt werden. Schon heute wirken Private überwiegend an der Bereitstellung der notwendigen Infrastruktur mit. Hingewiesen sei nur auf die privatisierten Verkehrsflughäfen. Aber auch in Hinblick auf die Flugsicherung lässt sich die konventionsrechtliche Verpflichtung durchaus in den Formen der Gewährleistungsstaatlichkeit darstellen: An die Stelle der Wahrnehmung einer Aufgabe der Daseinsvorsorge durch den Staat tritt die staatliche Gewährleistung ihrer Erfüllung durch Private.

Dazu *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2006, § 12 Rdn. 18.

Der Staat bleibt dann in der Verantwortung für die Erfüllung der Aufgabe. Ein normatives Beispiel staatlicher Gewährleistungsverantwortung in diesem Sinne bildet im Bereich des Eisenbahnverkehrs Art. 87e GG, wonach der Bund gewährleistet, „dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird.“

Näher dazu *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 1. Aufl., 2000, Art. 87e Rdn. 15.

Im Bereich des Post- und Telekommunikationswesens findet sich die vergleichbare Regelung des Art. 87f Abs. 1 GG. Danach gewährleistet der Bund gemäß bundesgesetzlicher Maßgabe „im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“.

Näher dazu *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Band 3, 1. Aufl., 2000, Art. 87e Rdn. 11.

Art. 28 des Chicagoer Abkommens steht also einer Privatisierung auch der Flugsicherung nicht entgegen, solange überhaupt ein hinreichendes Angebot an Flugsicherungsleistungen erbracht wird. Ob diese Leistungen durch den Konventionsstaat und seine Behörden und Einrichtungen selbst, durch organisationsprivatisierte staatliche Unternehmen in privater Rechtsform oder durch private Marktanbieter erbracht wird, ist aus der Perspektive des Art. 28 Chicagoer Abkommen unerheblich.

Der Bund bleibt um des öffentlichen Rechtsgutes der Sicherheit des Luftverkehrs schon verfassungsrechtlich in der Pflicht, ein hinreichendes Angebot an Flugsicherungsleistungen und –diensten zu gewährleisten. Seine völkerrechtliche Pflicht aus Art. 28 des Chicagoer Abkommens geht über diese Pflicht nicht hinaus. Auch eine materielle Privatisierung der Erbringung von Flugsicherungsdiensten – und eine Kapitalprivatisierung der DFS – ist mit der Norm vereinbar.

5. Abschnitt: Wie könnte eine Verfassungsänderung aussehen?

Zwingende rechtliche Vorgaben für eine Änderung des Art. 87d GG finden sich nur wenige: Europarechtlich ist der Bund gehalten und verpflichtet, eine staatliche Aufsicht über die Erbringung von Flugsicherungsdiensten zu gewährleisten. Das öffentliche Interesse an der Erhaltung der für den Luftverkehr notwendigen staatlichen Infrastrukturangebote bestätigt verfassungsrechtlich dieses Bild. Neben der hier angesprochenen Ebene der Verwaltung von Flugsicherungsaufgaben tritt diejenige der Erbringung eben dieser Leistungen, die Ebene des operativen Betriebs. Hier weist das Aufgabenfeld der Flugsicherung ein weites Spektrum an Privatisierungsmöglichkeiten auf. Selbst der derzeit zumeist als hoheitlich verstandene und ausgestaltete Kernbereich des Flugverkehrskontrolldienstes könnte als Dienstleistung ausgestaltet werden. In einem Kern kann er aber auch nach einer Privatisierung als staatliche Aufgabe hoheitlicher Gefahrenabwehr erhalten werden. Einen solchen Aufgabenkern könnte der Bund grundsätzlich auf dem Wege der Beleihung auch in private Wahrnehmungszuständigkeit überführen. Er ist zwar nach Art. 33 Abs. 4 GG gegenwärtig gehindert, die Aufgabenwahrnehmung ständig an private Dritte zu delegieren. Durch einer Verfassungsänderung könnte jedoch für die Flugsicherung eine spezielle Regelung geschaffen werden, die Art. 33 Abs. 4 GG vorgeht. Die derzeitige Wahrnehmung der hoheitlichen Flugsicherung durch nicht verbeamtete Fluglotsen verstößt nur deshalb nicht gegen Art. 33 Abs. 4 GG, weil Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG dem als *lex specialis* entgegensteht. Auch bei einer verfassungsrechtlich Neuregelung müsste somit entweder dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG gefolgt und ein aus politischen Gründen beibehaltener gefahrenabwehrrechtlicher hoheitlicher Kernbereich der Lotsentätigkeit Beamten überantwortet werden, oder aber es wäre eine für die Beleihung dem derzeitigen Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG gleichwertige spezielle Formulierung aufzunehmen.

Hierbei sollte aber der „Systembruch“

Windthorst, in: Sachs (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Aufl., 2003, Art. 87d Rdn. 32.

in der derzeitigen Normgestalt vermieden werden. Art. 87d Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 GG sind nur mit Mühe zu einer kohärenten Auslegung zu führen. Einerseits nimmt der

Wortlaut des Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG mit der Zuweisung der Luftverkehrsverwaltung in die bundeseigene Verwaltung Bezug auf Art. 86 GG. Statthaft ist danach grundsätzlich nur die unmittelbare Bundesverwaltung. Etwas anderes ergibt sich indes bei Berücksichtigung des Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG. Danach kann durch Bundesgesetz über die öffentlichrechtliche oder die privatrechtliche Organisationsform entschieden werden. Satz 2 des Art. 87d Abs. 1 GG setzt mithin voraus, dass die Luftverkehrsverwaltung von Stellen mit selbständiger Organisation und damit in Formen mittelbarer Verwaltung durchgeführt werden kann.

Bei einer Neufassung könnte der organisationsrechtliche Gehalt jedenfalls für den Bereich der Flugsicherungsaufgaben auf eine reine Abgrenzung der Bundes- von der Landesverwaltungszuständigkeit rückgeführt und damit auf das Erfordernis *bundeseigener* Verwaltung verzichtet werden.

So auch schon die Deutung des geltenden Verfassungsrechts bei *Giemulla/Wenzler*, DVBl. 1989, 283 (284); *Lerche*, Neue Entwicklungen zum Begriff der Bundeseigenverwaltung, in: Kirchhof u.a. (Hrsg.), Festschrift Klein, 1994, S. 527 (538 f.).

Wenn Gefahrenabwehr als hoheitlicher Kernbereich der Flugsicherung ausgestaltet bleiben soll, ist verfassungsrechtlich für eine gesetzliche Gewährleistung der hinreichenden Fachaufsicht über die mit der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben in der Flugsicherung Beliehenen Vorsorge zu treffen. Dem könnte ebenso wie der europarechtlich und aus Gründen der Infrastrukturverantwortung gebotenen Aufsicht über die Erbringer der privatwirtschaftlichen Dienstleistungen durch einen Regelungsvorbehalt im Wege der Bundesgesetzgebung genügt werden. Die Formulierungen könnten sich, um terminologische Unklarheiten zu vermeiden, an die durch die SES-Verordnungen geprägte Terminologie anlehnen und etwa die in Art. 2 der Rahmenverordnung (VO EG Nr. 249/2004) definierten Begriffe verwenden.

Eine Verfassungsänderung könnte nach diesen Vorgaben etwa wie folgt aussehen (**Gefahrenabwehrmodell**):

Art. 87d

<Luftverkehrsverwaltung>

- (1) Die Luftverkehrsverwaltung wird in Bundesverwaltung geführt.
- (2) Durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden.
- (3) Der Bund gewährleistet im Bereich der Flugsicherung nach Maßgabe eines Bundesgesetzes im Interesse einer flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs eine sichere und geordnete Versorgung mit Flugverkehrsdiensten. Dienstleistungen im Sinne des Satzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch Flugsicherungsorganisationen erbracht. Hoheitsaufgaben im Bereich der Flugsicherung werden in Bundesverwaltung ausgeführt; auf Grund Bundesgesetzes können auch Private mit der selbstständigen Wahrnehmung dieser Aufgaben betraut werden.

Eine solche Regelung machte deutlich, dass der Bund Flugsicherung nicht mehr in eigener Verantwortung als Teil der Leistungsverwaltung vorzuhalten hätte, sondern von Verfassungs wegen auf die Gewährleistung eines hinreichenden Dienstleistungsangebots beschränkt wäre. Die Dienstleistungen selbst würden in privatwirtschaftlicher Form erbracht, stellten also keine Ausübung von Staatsgewalt dar und brauchten deshalb auch nicht im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG demokratisch legitimiert zu sein. Der Bund unterläge zwar dem Gebot demokratischer Legitimation des eigenen Handelns bei der Wahrnehmung seiner Gewährleistungsaufgabe. Das operative Flugsicherungsgeschäft würde dagegen als Wirtschaftstätigkeit qualifiziert, die in Ausübung grundrechtlicher Freiheit von privaten Wirtschaftssubjekten erbracht würde. Die Flugsicherungsorganisationen nähmen folglich keine Verwaltungstätigkeit wahr und wären nicht an die Vorgaben des Verfassungsrechts für Verwaltungshandeln gebunden, soweit sie nicht als Private mit der selbstständigen Wahrnehmung von Hoheitsaufgaben der Gefahrenabwehr beauftragt und in diesem Umfang mit Hoheitsgewalt beliehen werden. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Beliehenen beschränkten sich auf deren hoheitliches Handeln, ließen also große Bereiche der Flugsicherung unberührt. Kontroll- und Durchgriffsbefugnisse gegenüber den beliehenen Privaten wären aber von Verfassungs wegen in für das hoheitliche Handeln ausreichendem Umfang erforderlich.

Deshalb wäre eine Ausgestaltung der Flugsicherung als Verwaltungstätigkeit, die nur einem Wirtschaftsunternehmen übertragen würde, zwar insoweit von Vorteil, als Grundstrukturen der jetzigen Organisation und des gescheiterten Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung beibehalten werden könnten. Eine Verfassungsänderung müsste jedoch eine Beleihung der Flugsicherungsorganisation im vollen Umfang vorsehen. Jedes Handeln der Fluglotsen müsste demokratisch legitimiert sein, das heißt, durch extensive und intensive Ingerenz- und Kontrollrechte des Staates effektiv auf den Willen des Volkes zurück zu beziehen. Das setzte gegenüber den Regelungen des Flugsicherungsneuregelungsgesetzes Verstärkungen der Einwirkungsbefugnisse des Bundes voraus. Das gälte vor allem, wenn der Bund nicht dauerhaft Mehrheitsgesellschafter einer privatwirtschaftlich handelnden Flugsicherungsorganisation bleiben sollte. Eine Verlegung des Sitzes des Unternehmens in das Ausland wäre nach diesem Modell ausgeschlossen. Es entstünde eine neue Form mittelbarer Bundesverwaltung durch Private, die von den in Art. 86 f. GG vorgesehenen Gestaltungsformen der Bundesverwaltung deutlich abwicke. Nur unter den genannten Voraussetzungen könnte den verfassungsrechtlichen Bedenken des rechtsgutachterlich beratenen Bundespräsidenten angemessen Rechnung getragen werden. Folgende Änderung der Verfassung wäre denkbar (**Verwaltungsmodell**):

Art. 87d

<Luftverkehrsverwaltung>

- (1) Die Luftverkehrsverwaltung wird in Bundesverwaltung geführt. Verwaltungsaufgaben der Flugsicherung können durch Bundesgesetz einem Wirtschaftsunternehmen übertragen werden, dessen hoheitliches Handeln der Bund verantwortet.
- (2) Durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden.

6. Abschnitt: Ist es vorstellbar, die sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 LuftVG und § 26 Abs. 2 Satz 2 LuftVO ergebenden hoheitlichen Befugnisse des Fluglotsen (im engeren Sinne) und der Flugsicherungsorganisation (im weiteren Sinne) als privatrechtliches Dienstverhältnis auszugestalten?

Die Frage ist schon im Rahmen der Beurteilung möglicher Privatisierungen der Aufgaben der Flugsicherung im Wege der Verfassungsänderung behandelt worden.

Siehe oben Teil III, 1. Abschnitt.

Bei Verfügungen nach § 29 Abs. 1 Satz 2 LuftVG und auch den Flugverkehrskontrollfreigaben nach § 26 Abs. 2 Satz 2 LuftVO handelt es sich in ihrer derzeitigen gesetzlichen Ausgestaltung um hoheitliche Kompetenzen, die auch in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts ausgeführt werden. Im Rahmen der Flugverkehrskontrollfreigaben nach § 26 LuftVO bestehen – wie gezeigt – schon jetzt Spielräume, diese stärker als bisher in die die Luftfahrzeugführer bindenden Verkehrsregeln zu überführen. Soweit indes aus Gründen der Aufrechterhaltung der Luftsicherheit und Flugverkehrssicherheit hoheitliche Eingriffsbefugnisse beibehalten werden sollen, sind diese regelmäßig auch in den Handlungsformen des öffentlichen Rechts zu erfüllen. Lediglich die Wahrnehmungszuständigkeit kann auf Private übertragen werden. Deren Tätigkeit folgt dann aber unverändert dem hoheitlichen Charakter der ihnen zugrunde liegenden Aufgabe. Insoweit findet das Privatisierungspotential eine Grenze.

Der weitergehende Funktionsvorbehalt des Art. 33 Abs. 4 GG setzt grundsätzlich auch der Übertragbarkeit der Aufgabenwahrnehmung Grenzen. In der Regel ist hiernach Beamten die Ausübung hoheitlicher Befugnisse zu übertragen. Die umfassende Übertragung hoheitlicher Kernaufgaben im operativen Bereich der Flugsicherung ohne eine entsprechende Verfassungsänderung verstieße gegen diese Vorgabe.

Siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, C., VI.

Hier müsste der verfassungsändernde Gesetzgeber, will er das Instrument der Beleihung im Regelfall nutzen, weitergehende Übertragungen ausdrücklich im Rahmen der Umgestaltung des Art. 87d GG gestatten.

7. Abschnitt: Können Maßnahmen der Gefahrenabwehr im Sinne des § 29 Abs. 1 LuftVG auch im Sinne des Privatrechts vorgenommen werden?

Die derzeitige Ausgestaltung der Aufgaben der Flugsicherung und insbesondere auch ihre Verknüpfung mit dem einfachgesetzlichen Institut der allgemeinen Luftpolizei im Sinne des § 29 LuftVG stehen zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers. §§ 27c, 29 LuftVG enthalten keine Strukturvorgaben, denen der verfassungsändernde Gesetzgeber normativ unterworfen wäre.

Der einfache Gesetzgeber könnte nach einer entsprechenden Verfassungsänderung die Erbringung von Flugsicherungsdiensten privatrechtlich organisieren. Im Bereich der Gewährleistung der Sicherheit des Flugverkehrs könnte er durch entsprechende (Verkehrs-)Pflichten der Luftverkehrsteilnehmer präventiv der Realisierung von Gefahren vorbeugen. Nach dem für die Fahrdienstleiter der Bahn geltenden Modell der staatlich regulierten Selbstregulierung könnte die Verantwortung für die Sicherheit des Flugverkehrs privatwirtschaftlich arbeitenden und privatrechtlich organisierten Flugsicherungsorganisationen übertragen werden. Für die Luftverkehrsteilnehmer müsste ein Kontrahierungszwang mit der zuständigen Flugsicherungsorganisation und die Pflicht zur Befolgung von deren Weisungen normiert werden. Der Staat müsste durch seine Aufsicht und gegebenenfalls durch straf- oder ordnungsrechtliche Sanktionen die Erfüllung dieser Pflichten gewährleisten. Art. 87d GG könnte dann folgendermaßen formuliert werden (**Dienstleistungsmodell**):

Art. 87d

<Luftverkehrsverwaltung>

- (1) Die Luftverkehrsverwaltung wird in bundeseigener Verwaltung geführt.
- (2) Durch Bundesgesetz, das der Zustimmung des Bundesrates bedarf, können Aufgaben der Luftverkehrsverwaltung den Ländern als Auftragsverwaltung übertragen werden.
- (3) Der Bund gewährleistet im Bereich der Flugsicherung nach Maßgabe eines Bundesgesetzes im Interesse einer flüssigen Abwicklung des Luftverkehrs eine sichere und geordnete Versorgung mit Flugverkehrsdiensten. Dienstleistungen im Sinne des Satzes 1 werden als privatwirtschaftliche Tätigkeiten durch Flugsicherungsorganisationen erbracht. Die Flugsicherungsorganisationen sind für die Sicherheit des Luftverkehrs verantwortlich. Luftverkehrsteilnehmer sind verpflichtet, die Dienstleistungen der zuständigen Flugsicherungsorganisation in Anspruch zu nehmen und deren Weisungen zu befolgen.

8. Abschnitt: Worin besteht der Unterschied zwischen der privatrechtlichen Tätigkeit des Flughafens bei der Vorfeldkontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf dem Vorfeld des Flughafens) und der hoheitlichen Tätigkeit der Flugverkehrskontrolle (Überwachen der Rollbewegungen auf den Rollflächen des Flughafens einschließlich der Überwachung der Bewegungen im Luftraum der Kontrollzone)?

Die derzeitige Unterscheidung zwischen privatrechtlicher Vorfeldkontrolle durch den Flughafenbetreiber und die hoheitliche Flugverkehrskontrolle ist eine gesetzgeberische Entscheidung: Die Flugverkehrskontrolle umfasst nach § 27c Abs. 2 Nr. 1 a LuftVG die Überwachung und Lenkung der Bewegungen im Luftraum und auf den Rollflächen von Flugplätzen, einschließlich der Überprüfung, Warnung und Umleitung von Luftfahrzeugen im Luftraum. Die Beschränkung am Boden auf die Rollflächen findet sich nicht nur in § 4 FSBetrV, sondern auch in der Aufgabenbeschreibung in Art. 2 Ziff. 1 VO EG 549/2004, wo es heißt, es sei Aufgabe des Flugverkehrskontrolldienstes „a) Zusammenstöße zu verhindern – zwischen Luftfahrzeugen untereinander und – auf dem Rollfeld zwischen Luftfahrzeugen und Hindernissen und b) einen raschen und geordneten Ablauf des Flugverkehrs zu gewährleisten“. Die Zuständigkeit der Flugsicherung endet insoweit am Boden an den Grenzen des Rollfeldes i. S. d. § 21a Abs. 2 Satz 2 LuftVO. Demgegenüber ist für die Überwachung und Lenkung des Verkehrs auf dem Vorfeld und auf den Abstellflächen der Flugplatzhalter nach § 23 Abs. 1 Nr. 3 LuftVO zuständig.

Siehe oben Teil I, 5. Abschnitt.

Die Gründe für diese gespaltene Zuständigkeit dürften durch die schon in der Weimarer Zeit geteilten Kompetenzen historisch langfristig geprägt und verfestigt sein. Sucht man auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG sachliche Gründe ihres Fortbestandes, dann könnte man auf ein höheres Gefährdungspotential des Bodenverkehrs auf den Rollflächen wegen des engeren räumlichen Zusammenhangs mit dem An- und Abflugverkehr verweisen. Hier sind Kollisionen wegen der höheren Geschwindigkeiten mit möglicherweise schwerwiegenderen Folgen verbunden. Verfassungsrechtlich geboten ist die Aufrechterhaltung der gespaltenen Zuständigkeit nicht.

9. Abschnitt: Können Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten, die nicht anweisenden Charakter haben (z. B. Fluginformationsdienst, Flugalarmdienst) privatrechtlich gestaltet werden? Sind hoheitliche (falls Frage 1 und 2 negativ beantwortet wird) und solch schlicht hoheitliche Tätigkeiten in den Flugverkehrsdiensten untrennbar miteinander verbunden?

Die Flugverkehrsdienste, die nicht anweisenden Charakter haben, müssen von Verfassung wegen nicht hoheitlich ausgestaltet werden und zählen nicht zum Kreis derjenigen Aufgaben des Staates, die dieser notwendig selbst durch eigene Behörden zu erfüllen hat.

Ausführlich oben, Teil II, 1. Abschnitt.

Soweit der verfassungsändernde Gesetzgeber den Rahmen für ihre Privatisierung durch eine entsprechende Änderung des Art. 87d GG öffnet, ist der einfache Gesetzgeber frei, die genannten Dienste privatrechtlich zu organisieren. Eine untrennbare Verbindung zu im engeren Sinne hoheitlichen Tätigkeiten besteht nicht.

10. Abschnitt: Wie verhält es sich mit den sonstigen Flugsicherungsdiensten (CNS, Flugberatung, Wetterdienste)?

Die sonstigen Flugsicherungsdienste, die nicht anweisenden Charakter haben, müssen von Verfassung wegen nicht hoheitlich ausgestaltet werden und zählen nicht zum Kreis derjenigen Aufgaben des Staates, die dieser notwendig selbst durch eigene Behörden zu erfüllen hat.

Ausführlich oben, Teil II, 1. Abschnitt.

Jedenfalls soweit der verfassungsändernde Gesetzgeber den Rahmen für ihre Privatisierung durch eine entsprechende Änderung des Art. 87d GG öffnet, ist der einfache Gesetzgeber frei, die genannten Dienste privatrechtlich zu organisieren.

11. Abschnitt: Bedarf es bei einer mit den Flugverkehrsdiensten beliehenen Flugsicherungsorganisation neben den verwaltungsrechtlichen Ingerenzrechten zusätzlicher gesellschaftsrechtlicher Eingriffsbefugnisse?

Bei einer mit Flugverkehrssicherungsdiensten beliehenen Flugsicherungsorganisation bedarf es neben effektiver verwaltungsrechtlicher Ingerenzrechte im Rahmen einer dichten Fachaufsicht keiner zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Eingriffsbefugnisse.

Wie schon ausgeführt wurde,

Siehe oben Teil II, 2. Abschnitt, C., VI.

ist die notwendige Komplementarität öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher Steuerungsrechte dem Umstand geschuldet, dass die Tätigkeit einer privaten Gesellschaft gegenwärtig als bundeseigene qualifiziert werden können muss, um dem verwaltungsorganisatorischen Gehalt des Art. 87d Abs.1 Satz 1 GG zu entsprechen. Bei Beliehenen ist dies anders: Der Beliehene verbleibt organisatorisch außerhalb der staatlichen Eigenverwaltung. Nur im Rahmen hoheitlicher bundeseigener Verwaltung wird aber eigenes Handeln des Bundes und nicht nur die Aufsicht über das Handeln Privater vorausgesetzt.

Die inhaltliche Steuerung und Kontrolle der Tätigkeit Beliehener ist ein Gebot des Demokratieprinzips: Die sachlich-inhaltliche Legitimation ist aus dem Institut und dem Vorgang der Beleihung sicherzustellen. Hier „ist eine effektive Fachaufsicht ein notwendiges Element der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns der Beliehenen“.

BremStGH, NVwZ 2003, 81 (84).

Ergänzender, über Bundeseigentum sichergestellter gesellschaftsrechtlicher Einwirkungsbefugnisse des Bundes auf die Tätigkeit der Flugsicherungsorganisation bedarf es von Verfassungs wegen nicht.

Teil IV: Ergebnisse in Thesen

1. Die Geschichte der Flugsicherung in Deutschland zeigt, dass die Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Bestandteil hoheitlicher Verwaltungstätigkeit das Ergebnis einer geschichtlichen Entwicklung ist.
2. Die Zentralisierung der Flugsicherung in Deutschland in der zweiten Hälfte der 1920er Jahre ist auch Folge der Sachgesetzmäßigkeiten der Flugsicherung: Zum einen ist sie auf die Setzung international einheitlicher Standards angewiesen; zum zweiten wurde schon seit Mitte der 1920er Jahre zunehmend deutlich, dass Flugsicherung eine erhebliche technische Infrastruktur benötigt. Die hoheitlich-zentralistische Organisation der Flugsicherung prägte auch deren Aufbau im ersten Jahrzehnt der Bundesrepublik.
3. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte 1992 durch die Ergänzung des Art. 87d Abs. 1 GG um einen zweiten Satz die in Aussicht genommene Organisationsprivatisierung der Flugsicherung ermöglichen.
4. Seit mehr als zehn Jahren forciert die Europäische Kommission das Leitbild einer am Binnenmarkt ausgerichteten Flugsicherungsarchitektur. Während die Sicherheitsstandards für die Flugsicherung im technischen Bereich zunehmend durch die Europäische Agentur für Flugsicherheit (EASA) gesetzt werden, stellt das europäische Recht im Übrigen nur gleiche Rahmenbedingungen für die Erbringung von Flugsicherungsdienstleistungen durch Akteure in den Mitgliedstaaten bereit.
5. Hier können die Akteure auf dem entstehenden Marktplatz der Flugsicherungsdienste privatrechtlich oder öffentlichrechtlich organisiert sein. Institutionell ist lediglich eine Trennung der Flugsicherungsorganisation von den Aufsichtsbehörden gefordert.
6. Der technische Fortschritt ermöglicht einen Wandel der operativen Aufgaben der Flugsicherung: Die Verlagerung der satellitengestützten Navigationsprozesse in die Luftfahrzeuge schafft zunehmend Voraussetzungen, die Bewegungskontrolle, die Sicherheitsabstände zwischen den Luftfahrzeugen und damit die Kollisionsvermeidung durch elektronische Systeme an Bord und damit durch das eigenverantwortliche Verkehrsverhalten der Luftraumnutzer zu gewährleisten.

7. Die Deutsche Flugsicherung DFS GmbH ist nach Maßgabe des § 31b LuftVG mit der Wahrnehmung der Flugsicherungsaufgaben nach § 27c Abs. 2 LuftVG betraut worden. Flugsicherung wird gemeinhin als Element der Luftpolizei im Sinne des § 29 Abs. 1 LuftVG und traditionell nicht nur als hoheitliche, sondern auch als sonderpolizeiliche Aufgabe begriffen.
8. Art. 87d Abs. 1 GG begründet eine obligatorische Bundesverwaltungskompetenz. Die gegenwärtige Ausgestaltung des Art. 87d GG lässt es nicht zu, das Mehrheitseigentum des Bundes an der Flugsicherungsorganisation aufzugeben, selbst wenn eine privatrechtliche Organisationsform für die Flugsicherung gewählt wird.
9. Eine materielle Aufgabenprivatisierung überschreitet den Rahmen des Art. 87d Abs. 1 Satz 1 GG. Art. 87d Abs. 1 Satz 2 GG erlaubt dem Bund die Nutzung privatrechtlicher Organisationsformen, solange diese als bundeseigene Verwaltung angesehen werden können. Das Handeln einer Privatrechtsgesellschaft kann dem Bund folglich nur dann als bundeseigene Verwaltung zugerechnet werden, wenn er zumindest mehrheitlich Träger der Gesellschaft ist.
10. Die Qualifikation der Flugsicherungsdienste als hoheitliche und sonderpolizeiliche Aufgabe bildet den einfachgesetzlichen und verfassungsrechtlich in Art. 87d GG fundierten Rechtsbestand ab. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist – innerhalb der noch zu erörternden verfassungsrechtlichen Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG und seiner europa- und völkerrechtlichen Bindungen – frei, sich von diesem Rechtsbestand zu lösen.
11. Typisch für die Ausübung von Hoheitsgewalt sind klassische imperative und einseitige Handlungsformen des Verwaltungsrechts. Flugsicherung als hoheitliche Aufgabe zu fassen, spiegelt diesen Umstand wider, soweit mit ihr ein imperativer, anweisender Charakter einhergeht, der allerdings auch in privatrechtlich gestalteten Rechtsverhältnissen zu finden ist.
12. Die traditionelle Bewertung der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Ausübung hoheitlicher Befugnisse unterliegt einem Wandel. Flugsicherung ist unter dem Blickwinkel eines freiheitsverkürzenden Zugriffs staatlicher Ordnungsmacht schon auf der Ebene des Europarechts verabschiedet worden durch ein dienstleistungsorientiertes Verständnis.

13. International sind deutliche Tendenzen zur Privatisierung der Flugsicherung zu verzeichnen: in Europa haben neben Deutschland u.a. Portugal, Spanien, Irland, die Schweiz, Österreich, Tschechien, Estland und Lettland die Flugsicherungsorganisationsprivatisiert. In Großbritannien wurde zum 1. Juni 2001 die britische Flugsicherungsorganisation National Air Traffic Services Ltd. (NATS) nach dem Modell der Public-Private-Partnership privatisiert.
14. Die traditionelle Bewertung der Wahrnehmung von Flugsicherungsaufgaben als Ausübung von hoheitlicher Luftpolizei spiegelt die derzeitige gesetzliche Aufgabenbeschreibung in §§ 29, 27c LuftVG nur in Teilen wider: Die Erbringung der Informationsdienstleistungen im Rahmen der Kommunikationsdienste und auch der Flugberatungsdienste entbehren von vornherein typisch hoheitlicher Zwangselemente.
15. Die hoheitlichen Befugnisse im Rahmen der Flugsicherung lassen sich auf Grund der räumlichen Situation in einer möglichen Gefahrenlage weder durch den Fluglotsen in eigener Person noch durch die typischen Instrumente des Verwaltungszwanges effektiv durchsetzen.
16. Der Vergleich des Flug- mit dem Seelotswesen und dem Modell der staatlich regulierten Selbstregulierung – wie es die Tätigkeit der Fahrdienstleister der Bahn prägt – zeigt, dass selbst im Kernbereich der Flugsicherungsverkehrskontrolldienstes Alternativen zur hoheitlichen Anweisung eines Luftfahrzeugführers durch die Fluglotsen denkbar sind, ohne auf deren Sachkunde zu verzichten.
17. Der Anwendungsvorrang des europäischen Sekundärrechts ergreift – im Rahmen der in Art. 23 GG niedergelegten äußeren Grenzen – auch das bundesdeutsche Verfassungsrecht. Die SES-Verordnungen enthalten relativ wenige organisationsrechtliche Regelungen für die Erbringung von Flugsicherungsdiensten.
18. Sie sehen aber die Einrichtung neutraler mitgliedstaatlicher Aufsichtsbehörden vor. Nach Art. 4 der VO EG Nr. 249/2004 sind die einzurichtenden nationalen Aufsichtsbehörden funktionell von den Erbringern von Flugsicherungsdiensten zu trennen.
19. Der verfassungsändernde Gesetzgeber ist europarechtlich nicht verpflichtet, die Erbringung von Flugsicherungsleistungen in öffentlicher Verwaltung aufrechtzuerhalten. Er ist aber verpflichtet, die Verwaltung der Flugsicherung als Regulierungs- und Aufsichtsmaterie beizubehalten.

20. Eine funktionelle Aufspaltung der derzeitigen Flugsicherungsaufgaben in eine öffentlichrechtliche Verwaltungssphäre – die etwa von einem zu schaffenden Bundesamt für Flugsicherung wahrzunehmen wäre – und eine Betriebssphäre – innerhalb derer die Flugsicherungsdienstleistungen von privaten Wirtschaftsunternehmen angeboten und erbracht werden – ist nach dem Regelungskonzept des Europarechts nahe liegend.
21. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat verfassungsrechtlich weit gehende Spielräume zur Neuregelung. Das Grundgesetz kennt wegen der normativen Gleichwertigkeit der Verfassungsnormen nur in Ausnahmefällen „verfassungswidriges Verfassungsrecht“. Es handelt sich dabei um den Anwendungsbereich der so genannten Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG. Die Privatisierung der Flugsicherung hat keine erkennbaren Auswirkungen auf die Rechts- oder Sozialstaatlichkeit der Bundesrepublik. Sie ist auch ohne Auswirkungen auf die grundsätzliche Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung und die Gliederung des Bundesgebietes in Länder. Der Kern des Demokratieprinzips wird durch die Aufgabe einer Verwaltungsaufgabe ebenso wenig berührt wie die nach Art. 1 Abs. 1 GG vom Staat zu schützende und zu achtende Menschenwürde. Selbst wenn sich der Staat nicht nur aus der Flugsicherung, sondern der Luftverkehrsverwaltung überhaupt gänzlich zurückzöge, blieben die genannten elementaren Verfassungsgrundsätze in ihrem Kern unberührt.
22. Das Grundgesetz kennt darüber hinaus keinen festen Kanon von Aufgaben des Staates. Die Art. 86 ff. GG verpflichten den Bund zur Verwaltung der dort genannten Sachbereiche und errichten daher zumindest grundsätzlich diesbezügliche Privatisierungsschranken. Zwar lässt Art. 87d Abs. 1 GG gegenwärtig eine materielle Privatisierung der Flugsicherung nicht zu. Auszuloten sind aber die Spielräume, die sich für eine Privatisierung der Flugsicherung bei Änderung des Art. 87d GG ergeben.
23. Auch ein Schluss von den Fundamentalnormen des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips auf eine Ansiedelung der Flugsicherung im Bereich staatlicher Verwaltung wäre verfehlt. Beide lassen nur in sehr beschränktem Ausmaß auf die Wahrnehmung bestimmter Staatsaufgaben schließen. Jenseits dieses – hier nicht einschlägigen Kernbestandes – gibt insbesondere das Demokratieprinzip keine Aufgaben als staatlich zu erledigende vor.

24. Es bleibt einer wertenden Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers vorbehalten, ob er bestimmte Kernelemente der Flugsicherung als Gefahrenabwehr qualifiziert, die mit entsprechenden hoheitlichen Zwangsbefugnissen ausgestattet bleiben sollen. Im Rahmen einer solchen – vom verfassungsändernden Gesetzgeber zu bestimmenden – Staatsaufgabe „Sicherheit“ werden dem Staat zumeist nur begrenzte Spielräume zugestanden, die Erfüllung seiner Aufgabe auf Private zu verlagern. Auch soweit es um die Staatsaufgabe der Gefahrenabwehr geht, bestehen aber Gestaltungsspielräume des Staates, diese nicht in den hoheitlichen Handlungsformen des Polizeirechts zu erledigen. Der Staat kann einer Gefahr auch dadurch begegnen, dass er ihre Entstehung und Realisierung durch präventive Verhaltensregeln zu verhindern sucht, deren Nichtbeachtung er straf- oder ordnungsrechtlich sanktioniert.
25. Ein entsprechender Weg steht dem Gesetzgeber offen, indem er etwa die Flugbewegungen der Luftverkehrsteilnehmer nicht durch die hoheitlichen Einzelweisungen der Fluglotsen zu steuern sucht, sondern durch eine dichtere Normierung der Verkehrsregeln im Luftverkehr und einen der Tätigkeit der Fahrdienstleiter der Bahn angeglichenen Rechtsrahmen, in dem die beratenden und anweisende Tätigkeit der Fluglotsen auf privatrechtlicher Grundlage erfolgt.
26. Die öffentliche Aufgabe der Luftverkehrsverwaltung kann von Verfassungs wegen auf eine Aufsicht über privat erbrachte Dienstleistungen zurückgeführt werden. Eine effiziente Aufsicht über die Tätigkeit und die jeweiligen Sicherheits- und Verfahrensstandards der Flugsicherungsunternehmen ist aber sicherzustellen.
27. An einer weitgehenden materiellen Aufgabenprivatisierung der Flugsicherung wird der Gesetzgeber durch Art. 33 Abs. 4 GG bereits gegenwärtig nicht gehindert. Dies gilt erst recht für den verfassungsändernden Gesetzgeber. Art. 33 Abs. 4 GG könnte ihm allerdings insoweit Grenzen setzen, als er fortbestehende hoheitlich wahrzunehmende Kernaufgaben der Flugsicherung auf Private zur Ausübung – so insbesondere auf dem Wege der Beleihung – übertragen will, wenn nicht aus der Änderung des Art. 87d GG deutlich hervor geht, dass insoweit eine gegenüber Art. 33 Abs. 4 GG vorrangige Spezialregelung gilt.

28. Auch im Falle der Beleihung erwachsen dem Staat Steuerungs- und Ingerenzpflichten. Diese müssen als Ingerenzrechte gegenüber der beliehenen Stelle den jederzeitigen und wirksamen Durchgriff auf deren Tätigkeit gestatten. Das Beleihungsrechtsverhältnis führt den Beliehenen an den Staat mit der Folge heran, dass er behördengleich Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfüllt. Der Private ist der öffentlichen Verwaltung angegliedert, aber nicht in diese eingliedert. Hier ist eine effektive Fachaufsicht ein notwendiges Element der sachlich-inhaltlichen demokratischen Legitimation des Verwaltungshandelns der Beliehenen.
29. An die Dichte der fachaufsichtsrechtlichen Befugnisse sind bei rein organisati-
onsprivatisierten Beliehenen geringere Anforderungen zu stellen als bei der Auf-
sicht gegenüber privaten Beliehenen, die nicht Eigengesellschaften des Staates
sind. Bei ersteren werden die öffentlichrechtlichen Ingerenzbefugnisse durch die
gesellschaftsrechtlichen des öffentlichen Eigentümers noch verstärkt, während
sie bei letzteren eher durch entgegenstehende, gesellschaftsrechtlich umsetzbare
Ziele der Privaten geschwächt werden. Dieser Schwächung ist durch eine ent-
sprechende Ausgestaltung des Beleihungsrechtsverhältnisses und der fachauf-
sichtsrechtlichen Steuerungsbefugnisse zu begegnen.
30. Auf der Grundlage der bisherigen Analyse kann man ein umfassendes Privatisie-
rungspotential feststellen:
 - Der Gesetzgeber könnte im Rahmen des Flugverkehrskontrolldienstes nicht nur die Luftverkehrskontrollfreigaben, sondern den gesamten Kon-
trolldienst auf der Grundlage sanktionsbewehrter gesetzlicher Verhal-
tenspflichten und privatrechtlicher Kontrahierungspflichten der Luft-
fahrzeugführer mit privatwirtschaftlich arbeitenden Flugsicherungsorga-
nisationen als Dienstleistung ausgestalten. Nach Maßgabe einer Wer-
tungsentscheidung des Gesetzgebers könnten die Flugsicherungsorgani-
sation mit hoheitlichen Aufgaben der Gefahrenabwehr beliehen werden,
soweit auf verfassungsrechtlicher Grundlage effektive Ingerenzrechte des
Staates zur demokratischen Legitimation des hoheitlichen Handelns der
Flugsicherungsorganisation geschaffen würden.

- Die Aufgaben im Rahmen der Verkehrsflussregelung sind der Feinsteuerung der Luftraumnutzung durch die ATC-Steuerung zeitlich unmittelbar vorgelagert. Sie haben daher nur vorbereitenden Charakter. Der besonderen Grundrechtsrelevanz der mit ihnen einhergehenden Verteilungsentscheidung über die Nutzung knappen Luftraums kann öffentlich-rechtlich im Vorfeld Rechnung getragen werden, indem die Verteilungsentscheidung wie bisher durch eine verwaltungsmäßige Anbindung an EUROCONTROL auch zukünftig gewährleistet wird.
 - Der Flugalarmdienst erschöpft sich in reinen Informationsakten, die durchaus auch durch Private bereitgestellt werden könnten; der Bund müsste insoweit nur sicherstellen, dass diese Dienste betrieben werden. Anders als den Anweisungen im Rahmen der Flugverkehrskontrolle kommt den Informationen im Rahmen des Fluginformationsdienstes lediglich ein beratender Charakter zu.
 - Entsprechendes gilt für die Flugberatungs-, Flugfernmelde-, Navigations- und weiteren CNS-Dienste.
 - Die flugsicherungstechnischen Dienste statten die vorgenannten Betriebsdienste der Flugsicherung mit der von ihnen benötigten Infrastruktur aus. Hoheitliche Außenwirkung entfaltet die flugsicherungstechnische Infrastruktur nur durch die Tätigkeit der Lotsen vermittelt und nicht selbsttätig. Hier bestehen umfassende Privatisierungsspielräume, soweit die Nutzung der Infrastruktur diskriminierungsfrei allen im Wettbewerb tätigen Flugsicherungsorganisationen staatlicherseits gewährleistet wird.
31. Die Aufsichts- und Regulierungsaufgaben sind notwendig innerhalb der Bundesverwaltung anzusiedeln. Dies ergibt sich – auch für den verfassungsändernden Gesetzgeber – zwingend aus den diesbezüglichen Vorgaben des Europarechts.

32. Auf verfassungsrechtlicher Ebene sind im Rahmen der militärisch-zivil integrierten Flugsicherung die aus Art. 87a GG fließenden Anforderungen der militärischen Landesverteidigung auch in Friedenszeiten sicherzustellen. Die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen sind eine geeignete Handlungsform, um gegenseitige Rechte und Pflichten ohne gesetzliche Vorgaben innerhalb der – wenn auch mittelbaren – staatlichen Verwaltung sicherzustellen. Die entsprechenden Anforderungen an die operative Betriebsorganisation, insbesondere die Integration des militärischen Lotsenpersonals und die Überlassung der Nutzung der Flugsicherungsinfrastruktur im Krisen- und Verteidigungsfall, wären als Außenverpflichtungen der privaten Flugsicherungsunternehmen auszugestalten. Sie wären also in Gesetzesform zu überführen. Entsprechende gesetzliche Pflichten müssten mit Rücksicht auf die grundrechtlich geschützte Autonomie der Unternehmen strikt verhältnismäßig ausgestaltet werden.
33. Art. 28 des Chicagoer Abkommens steht einer Privatisierung auch der Flugsicherung nicht entgegen, solange überhaupt ein hinreichendes Angebot an Flugsicherungsleistungen erbracht wird. Ob diese Leistungen durch den Konventionsstaat sowie seine Behörden und Einrichtungen selbst, durch organisationsprivatisierte staatliche Unternehmen in privater Rechtsform oder durch private Marktanbieter erbracht wird, ist aus der Perspektive des Art. 28 Chicagoer Abkommen unerheblich.
34. Die derzeitige Unterscheidung zwischen privatrechtlicher Vorfeldkontrolle durch den Flughafenbetreiber und die hoheitliche Flugverkehrskontrolle ist zunächst eine Entscheidung des einfachen Gesetzgebers. Ihr Fortbestand ließe sich auch vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG durch sachliche Gründe rechtfertigen. Hier ist auf ein höheres Gefährdungspotential des Bodenverkehrs auf den Rollflächen wegen des engeren räumlichen Zusammenhanges mit dem An- und Abflugverkehr im Vergleich zum Vorfeldverkehr zu verweisen. Verfassungsrechtlich geboten ist die Aufrechterhaltung der gespaltenen Zuständigkeit nicht.
35. Bei einer mit hoheitlichen Gefahrenabwehrbefugnissen beliehenen Flugsicherungsorganisation bedarf es neben effektiver verwaltungsrechtlicher Ingerenzrechte im Rahmen einer dichten Fachaufsicht keiner zusätzlichen gesellschaftsrechtlichen Eingriffsbefugnisse.