

## Die staatliche Einnahme im transferrechtlichen Sinne – Zu den finanzverfassungsrechtlichen Maßstäben privatisierter Aufgabenerfüllung

Hanno Kube

*Zunehmend erfüllt der Staat seine Aufgaben unter Einbeziehung Privater. Den Privaten können hieraus finanzielle Lasten entstehen, die auf Seiten des Staates ersparte Aufwendungen bedeuten und damit effektive Einnahmen darstellen. Anhand konkreter Beispiele soll im folgenden Beitrag der Tatbestand der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne definiert und der Rahmen ihrer finanzverfassungsrechtlichen Zulässigkeit umrissen werden. Vor diesem Hintergrund lassen sich verallgemeinerte Maßstäbe finanzstaatlicher Belastungsgerechtigkeit bei zunehmend formeninnovativer Aufgabenerfüllung benennen.*

I.	Formeninnovative Aufgabenerfüllung .....	48
II.	Bedarf nach transferrechtlichem Mitvollzug .....	48
III.	Die Zurechnung als staatliche Einnahme und ihre Folgen .....	49
	1. Ausgangspunkt: Die klassischen Einnahmenarten .....	50
	a. Steuern .....	50
	b. Entgeltende Abgaben .....	51
	c. Weitere Einnahmenarten .....	52
	2. Neuartige Formen aufkommenswirksamer Transferbelastungen und ihre finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit in Beispielfällen .....	53
	a. Die kostenträchtige Inpflichtnahme: § 88 Abs. 1 TKG .....	53
	b. Die staatlich veranlaßte Subventionierung zwischen Privaten: §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V .....	60
	3. Verallgemeinerung der Maßstäbe .....	64
	a. Einordnung als staatliche Einnahme im transferrechtlichen Sinne .....	64
	(1) Belastungs- und Aufkommenswirkung – auch zu Kompensationsleistungen, Kostenüberwälzungen und abgekürzten Buchungen .....	64
	(2) Finalität und Intensität .....	65
	(3) Finanzverfassungsrechtliche Unerheblichkeit infolge anderer verfassungsrechtlicher Belastungsgründe? .....	65
	b. Konkretisierung der finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen im Rahmen der grundrechtlichen und der kompetenzrechtlichen Prüfung .....	66
	(1) Grundrechtliche Belastungsgrenzen .....	66
	(2) Kompetenzrechtliche Kompetenzausübungsschranken .....	67
	(3) Finanzverfassungsrechtliche Unerheblichkeit .....	68
	c. Finanzverfassungsrechtliche Begleitung zunehmender Aufgabenprivatisierung .....	68

## I. Formeninnovative Aufgabenerfüllung

- 1 Staat und Wirtschaft stehen seit jeher in einer intensiven, teilweise organisatorisch verfestigten<sup>1</sup> Wechselbeziehung. Der Staat reguliert die Wirtschaft<sup>2</sup>; die Wirtschaft nimmt Einfluß auf den Staat<sup>3</sup>. Im Streben nach effizienter Aufgabenerfüllung wählt der Staat nunmehr allerdings zunehmend Organisations- und Handlungsformen, die über diesen klassischen Rahmen des Wechselverhältnisses zwischen Staat und Wirtschaft hinausgehen. In ausgreifenden Bereichen handelt der Staat selbst in den Formen des Gesellschaftsrechts oder überträgt die Erfüllung staatlicher Aufgaben auf die Privatwirtschaft<sup>4</sup>. Staatliche Leistungen werden insoweit nicht mehr durch die staatliche Kernverwaltung oder durch hoheitliche Monopolbetriebe, sondern durch Unternehmen erbracht, die im Markt agieren und sich dabei in öffentlicher oder auch privater Hand befinden können. Soweit das entsprechend betraute Unternehmen ein öffentliches Unternehmen ist, handelt als gemeinwohlgebundener Unternehmer der Staat. Soweit sich das betraute Unternehmen dagegen in privater Hand befindet, verbleibt dem Staat die Gewährleistungsverantwortung für die tatsächliche Aufgabenerfüllung.

## II. Bedarf nach transferrechtlichem Mitvollzug

- 2 Das Recht hat diesen fundamentalen Strukturwandel im Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft zu begleiten. Das Europarecht begegnet der Entwicklung grundsätzlich in der Weise, dass es von vornherein nicht zwischen privatem und öffentlichem Handeln im Markt unterscheidet, den Staat als Unternehmer also ebenso der Rationalität des Wettbewerbsrechts unterstellt wie ein Privatunternehmen (Art. 86 Abs. 1 EG). Dass diese Unterstellung unter den Wettbewerbsgedanken differenzierter Ausnahmeregelungen bedarf, zeigt die Diskussion um die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln auf den Bereich der mitgliedstaatlichen Daseinsvorsorge<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Diese Verfestigungen waren besonders stark in Zeiten, in denen die Hoheitsgewalt darauf angelegt war, „die finanzwirtschaftlichen Voraussetzungen“ ihrer Existenz „in sich selbst zu finden“; P. Kirchhof, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 3 (zum „Staat des deutschen Mittelalters“).

<sup>2</sup> Bereits Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969; Schmidt, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971; siehe auch ders., in: Schmidt-Abmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, S. 245 ff.

<sup>3</sup> Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft, 1971, S. 119 ff.; Böckenförde, Der Staat Bd. 15 (1976), 457 ff.

<sup>4</sup> Burgi, Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe, 1999; Kämmerer, Privatisierung, 2001; Gramm, Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben, 2001; Weiß, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002.

<sup>5</sup> Aus jüngerer Zeit Cox (Hrsg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der EU, 2000; Rumpf, Das Ende der öffentlichen Dienstleistungen in der Europäischen Union?, 2000; Harms, Daseinsvorsorge im Wettbewerb, 2001; Schwarze (Hrsg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, 2001; Brede (Hrsg.), Wettbewerb in Europa und die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 2001; Hrbek/Nettesheim (Hrsg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, 2002;

- 3 Vor Herausforderungen sieht sich durch den Strukturwandel bei der staatlichen Aufgabenerfüllung aber auch das staatliche Recht gestellt. So wird gefragt, ob das Recht der öffentlichen Unternehmen „im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb“ reformbedürftig ist<sup>6</sup>. Wird die Grenze zwischen Staat und Wirtschaft durch die vielfältigen Formen der Aufgabenprivatisierung zunehmend relativiert, ist auch die Dogmatik der Kompetenzen und Grundrechte weiterzuentwickeln<sup>7</sup>. Gleiches gilt schließlich und insbesondere für das Recht der staatlichen Transferbeziehungen, dessen tragende Prinzipien – nicht anders als die Fundamente des Kompetenzrechts und des Grundrechtsschutzes – im Konstitutionalismus entstanden sind, der von einem klaren Dualismus zwischen Staat und Gesellschaft geprägt war.
- 4 Weil das Recht der staatlichen Transferbeziehungen die Maßstäbe der finanziellen Lastengerechtigkeit im Gemeinwesen definiert, ist der Mitvollzug des gegenwärtigen Strukturwandels gerade in diesem Rechtsbereich unabdingbar. Andere Rechtsgebiete, etwa das Wettbewerbsrecht, knüpfen an die transferrechtlichen Befunde gewahrter oder verletzter Lastengerechtigkeit an, erscheinen in diesem Sinne akzessorisch zum Recht der staatlichen Transferbeziehungen. Besonders anschaulich wird dies im europäischen Beihilfenrecht gemäß Art. 87 ff. EG. Ob eine mitgliedstaatliche Regelung ein Unternehmen oder einen Industriesektor selektiv bevorzugt, setzt eine Würdigung nach dem Maßstab der Lastengerechtigkeit voraus<sup>8</sup>. Die formeninnovative, Staat und Wirtschaft neuartig verschränkende staatliche Aufgabenerfüllung ist deshalb gerade transferrechtlich zu begleiten.

### III. Die Zurechnung als staatliche Einnahme und ihre Folgen

- 5 So ist zu erschließen, inwieweit private Transferbelastungen, die infolge einer privatisierten Aufgabenerfüllung entstehen, finanzverfassungsrechtlich erheblich und dem Staat in diesem Sinne als Einnahmen zuzurechnen sind. Hierzu sind zunächst die klassischen Einnahmenarten und ihre verfassungsrechtlichen Maßstäbe zu vergegenwärtigen (1.). Vor diesem Hintergrund sind einige neuartige Formen der Transferbelastung auf ihre finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit hin zu untersuchen

---

*Schweitzer*, Daseinsvorsorge, „service public“, Universaldienst, 2002; *Erhardt*, Beihilfen für öffentliche Dienstleistungen, 2003.

<sup>6</sup> Die Themenstellung der öffentlichrechtlichen Abteilung des 64. Deutschen Juristentages lautete: „Empfiehl es sich, das Recht der öffentlichen Unternehmen im Spannungsfeld von öffentlichem Auftrag und Wettbewerb national und gemeinschaftsrechtlich neu zu regeln?; hierzu neben den Tagungsbänden des Juristentages *Stober*, NJW 2002, 2357 ff.; *Ehlers*, NJW-Beilage 23/2002, 33 ff.

<sup>7</sup> *Poschmann*, Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen, 2000; *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001.

<sup>8</sup> Siehe zur Beihilfenkontrolle des mitgliedstaatlichen Steuerrechts *Schön*, CMLR 1999, 911 ff.; *Götz*, FS Vogel, 2000, S. 579 ff.; *Kube*, Columbia Journal of European Law Vol. 9 (2003), 79 ff. (jeweils zur Bedeutung des Leistungsfähigkeitsprinzips). Zur Anwendung des Beihilfenrechts auf staatliche Ausgleichsleistungen für Inpflichtnahmen Privater EuGH v. 22. 11. 2001, Rs. C-53/00 – Ferring, Slg. 2001, I-9067; EuGH v. 24. 7. 2003, Rs. C-280/00 – Altmark Trans, NVwZ 2003, 1101; EuGH v. 20. 11. 2003, Rs. C-126/01 – GEMO; EuGH v. 27. 11. 2003, verb. Rs. C-34/01 bis C-38/01 – Enirisorse.

- (2.). Die Analyse schließt mit einer Verallgemeinerung der Kriterien, nach denen sich die finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit einer Transferbelastung feststellen läßt  
(3.).

1. Ausgangspunkt: Die klassischen Einnahmenarten

a. Steuern

- 6 Im Mittelpunkt der hoheitlichen Einnahmenarten<sup>9</sup> und damit im Mittelpunkt der Instrumente zur Finanzierung der allgemeinen Staatsaufgaben steht im Steuerstaat des Grundgesetzes<sup>10</sup> die prinzipiell gegenleistungsfreie<sup>11</sup> Besteuerung. Kompetenzen zur Steuergesetzgebung, Steuerverwaltung und Vereinnahmung der Steuererträge verteilen die Art. 105 ff. GG an Bund und Länder. Die Steuer rechtfertigt sich weder – wie im frühneuzeitlichen Dualismus zwischen Landesherrn und Landständen – nach einem Prinzip der Individualäquivalenz<sup>12</sup> noch – wie im 19. Jahrhunderts vertreten – aus einem romantisierenden Opfergedanken<sup>13</sup>. Innerer Rechtfertigungsgrund der Steuer ist heute – ihrer verfassungsrechtlichen Ausgestaltung vorgelagert – die staatliche Bereitstellung einer Infrastruktur, die es dem einzelnen Bürger ermöglicht, sich wirtschaftlich zu betätigen<sup>14</sup>. Diese Infrastruktur konkretisiert sich unter anderem in der Sicherheitsgarantie, in Verkehrs- und Kommunikationswegen, in der Ausgestaltung des Zivilrechts, in der Regulierung des Banken- und Börsensektors und in der Vorhaltung eines Rechtsschutzsystems. Steuern legitimieren sich somit nach dem Prinzip der Globaläquivalenz.
- 7 Anders als dem Prinzip der Individualäquivalenz läßt sich dem Prinzip der Globaläquivalenz kein unmittelbares Bemessungskriterium für die richtige Steuerhöhe im Einzelfall entnehmen. Diese bestimmt sich nach Maßgabe der Freiheits- und Gleichheitsgrundrechte, konkretisiert im Prinzip der Besteuerung nach der individuellen Leistungsfähigkeit<sup>15</sup>. So muß die steuerliche Zahlungspflicht das Existenzminimum des

<sup>9</sup> Grundlegend *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88.

<sup>10</sup> *Isensee*, Steuerstaat als Staatsform, in: FS Ipsen, 1977, S. 409 ff.

<sup>11</sup> Zur ausnahmsweisen Zulässigkeit von Zwecksteuern ausführlich *Waldhoff*, StuW 2002, 285 ff.

<sup>12</sup> Der Äquivalenzgedanke resultierte hier aus dem Verständnis der Steuer als außerordentlicher Bewilligung der Stände zugunsten des Landesherrn für bestimmte Zwecke. Siehe zur Genese des steuerrechtlichen Äquivalenzprinzips *Vogel*, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Der offene Finanz- und Steuerstaat, 1991, S. 605 (610) m. w. N.

<sup>13</sup> Auch hierzu ausführlich *Vogel*, in: P. Kirchhof (Hrsg.), Der offene Finanz- und Steuerstaat, 1991, S. 605 (612 ff.) m. w. N.

<sup>14</sup> *P. Kirchhof*, Besteuerung im Verfassungsstaat, 2000, S. 53 f. (Markteinkommenstheorie der Besteuerung).

<sup>15</sup> *Birk*, Das Leistungsfähigkeitsprinzip als Maßstab der Steuernormen, 1983; *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 114 ff.; *Vogel*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 87, Rdnr. 90 ff. Siehe zur Geltung des Leistungsfähigkeitsprinzips für indirekte Steuern *Vogel*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 87, Rdnr. 95 (Geltung für indirekte Steuern); *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 72, 122 (Belastung nach vermuteter

Steuerbürgers (Art. 1 Abs. 1 GG) und seiner Familie (Art. 6 GG) verschonen<sup>16</sup>, die Belastungsobergrenze „in der Nähe einer hälftigen Teilung zwischen privater und öffentlicher Hand“<sup>17</sup> wahren (Art. 14 GG) und gerade in ihren mittelbaren Wirkungen auch die Schutzgehalte weiterer Grundrechte, insbesondere den Schutzgehalt der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)<sup>18</sup> beachten. Auch die gleichheitsrechtliche Prüfung knüpft angesichts der rechtlichen Unabhängigkeit der Besteuerung vom finanzierungsbedürftigen Staatshandeln ausschließlich an Unterschiede in den Eigenheiten der Steuergegenstände und in den Verhältnissen der Steuerpflichtigen an, die der individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Ausdruck verleihen.

- 8 Der Staat finanziert seine allgemeine Aufgabenerfüllung danach in erster Linie dadurch, dass er freiheits- und gleichheitsgerecht am wirtschaftlichen Erfolg partizipiert, den der einzelne Grundrechtsberechtigte durch die Teilnahme an einem Marktgeschehen erzielt, dessen Konstitutionsbedingungen staatlicherseits gewährleistet werden.

#### b. Entgeltende Abgaben

- 9 Entgeltende Abgaben gleichen die Übertragung besonderer Vorteile auf den einzelnen finanziell aus. Indem sie einen Verwaltungspreis bestimmen<sup>19</sup>, vollenden entgeltende Abgabenregelungen Verwaltungsprogramme, die Sondervorteile zwar in der Sache, nicht aber in ihren Vermögenswirkungen an den einzelnen vermitteln wollen<sup>20</sup>. Während auch entgeltende Abgaben zu staatlichen Einnahmen führen, die grundsätzlich in den allgemeinen Haushalt eingehen<sup>21</sup>, liegt der Hauptzweck entgeltender Abgaben somit in vermögensrechtlichen Ausgestaltungen im Bereich der Leistungsverwaltung. Entgeltende Abgaben folgen deshalb in der Gesetzgebungskompetenz den einschlägigen Aufgabenkompetenzen der Art. 70 ff. GG und in der Ertragshoheit den jeweiligen Finanzierungslasten<sup>22</sup>. Das Ziel, dem einzelnen Bürger die im Rahmen eines Verwaltungsprogramms übertragenen besonderen Vorteile in der Sache, nicht aber in ihren Vermögenswirkungen zu belassen, legitimiert die finanziellen Belastungen aus der entgeltenden Abgabenerhebung auch nach freiheits-

---

Zahlungsfähigkeit). Von einer Übereinstimmung zwischen den Auffassungen kann jedenfalls dann ausgegangen werden, wenn auch die vermutete Zahlungsfähigkeit als stark typisierte Leistungsfähigkeit verstanden wird.

<sup>16</sup> BVerfGE 82, 60 (85 ff.); 87, 153 (169 ff.); 99, 216 (233 f.).

<sup>17</sup> BVerfGE 93, 121 (138); vgl. auch BVerfGE 87, 153 (169); grundlegend zur Geltung von Art. 14 GG für Steuern *P. Kirchhof*, Besteuerungsgewalt und Grundgesetz, 1973, S. 20 ff.; *ders.*, Besteuerung und Eigentum, VVDStRL Bd. 39 (1980), 213 ff.

<sup>18</sup> Zur objektiv berufsregelnden Tendenz von Steuern und anderen Abgaben BVerfGE 13, 181 (184 ff.); 16, 147 (162 ff.); 29, 327 (333 f.); 98, 83 (97); 98, 106 (117).

<sup>19</sup> *Leisner*, in: GS Peters, 1967, S. 730 (734).

<sup>20</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 183.

<sup>21</sup> Allein Sonderabgaben werden regelmäßig in zweckgewidmeten Nebenhaushalten verbucht.

<sup>22</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 183.

und gleichheitsgrundrechtlichen Maßstäben<sup>23</sup>. Bemessungsprinzip dieser Belastungen ist folgerichtig nicht die individuelle Leistungsfähigkeit, sondern die Individualäquivalenz<sup>24</sup>, die sich zunächst an den Verwaltungskosten ausrichtet<sup>25</sup>, darüber hinausgehend aber auch am kostenübersteigenden Wert des übertragenen Vorteils orientieren darf<sup>26</sup>.

- 10 Die Kernfrage des Rechts der entgeltenden Abgaben ist, unter welchen Kriterien ein übertragener Vorteil als Sondervorteil zugerechnet und ausgeglichen werden darf. Die Beantwortung dieser Frage wird durch die Bildung von Kategorien entgeltender Abgaben erleichtert. So entgelt die Gebühr eine konkret erbrachte besondere Leistung<sup>27</sup>. Der Beitrag wird als Ausgleich von einer Personengruppe erhoben, der staatlicherseits ein bevorzugendes Leistungsangebot unterbreitet wird<sup>28</sup>. Weil das Grundgesetz einen numerus clausus der Abgabensarten nicht kennt<sup>29</sup>, treten neben diese – auch als Vorzugslasten bezeichneten – systemprägenden entgeltenden Abgabensarten weitere Formen der entgeltenden Abgabenerhebung. Mit den – wegen ihrer verfassungsrechtlichen Problematik – nur als „seltene Ausnahmen“<sup>30</sup> zulässigen Sonderabgaben werden Personengruppen belastet, die einer bestimmten Aufgabe – auch aus Gründen einer spezifischen Verantwortung – besonders nahe stehen und die deshalb durch die hoheitliche Erfüllung dieser Aufgabe besonders begünstigt werden<sup>31</sup>. Sonstige anerkannte entgeltende Abgaben sind schließlich vor allem die Sozialversicherungsabgaben<sup>32</sup>, die von einer Versichertengemeinschaft erhoben werden, der die Abgabenerträge wiederum zufließen<sup>33</sup>.

### c. Weitere Einnahmenarten

- 11 Über die Besteuerung und die entgeltende Abgabenerhebung hinaus können staatliche Einnahmen auch aus einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung des Staates erwachsen (vgl. Art. 15 GG)<sup>34</sup>. Allerdings ist der Umfang zulässiger staatlicher

<sup>23</sup> So schon BVerfGE 9, 291 (297 f.); 14, 312 (317 ff.).

<sup>24</sup> *Bohley*, Gebühren und Beiträge, 1977, S. 103 ff.

<sup>25</sup> BVerfGE 50, 217 (226); 97, 332 (345); *Leisner*, in: GS Peters, 1967, S. 730 (735 ff.); *Raecke*, Das Kostendeckungsprinzip, 1971.

<sup>26</sup> BVerfGE 93, 319 (344); BVerfG, NVwZ 2003, 715 (717); ebenso BVerwGE 115, 32 (36).

<sup>27</sup> BVerfGE 50, 217 (226); 91, 207 (223); 97, 332 (345); BVerfG, NVwZ 2003, 715 (716 f.); *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 17. Aufl., 2002, § 3, Rdnr. 18.

<sup>28</sup> *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 17. Aufl., 2002, § 3, Rdnr. 20.

<sup>29</sup> BVerfG, NVwZ 2003, 715 (716); *F. Kirchhof*, Die Verwaltung Bd. 21 (1988), 137 (143 ff.).

<sup>30</sup> BVerfGE 55, 274 (308); 82, 159 (181); 91, 186 (203); 92, 91 (113).

<sup>31</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 231 ff.; *Tipke/Lang*, Steuerrecht, 17. Aufl., 2002, § 3, Rdnr. 21.

<sup>32</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 272 ff.

<sup>33</sup> Zur grundsätzlichen Geltung des dem Gedanken der Individualäquivalenz folgenden Versicherungsprinzips im Sozialversicherungsrecht *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, 2000.

<sup>34</sup> Ausführlich *Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001.

Erwerbswirtschaft von vornherein durch die Grundwertung der Art. 105 ff. GG und durch die Gewährleistungen der Berufsfreiheit und des privaten Eigentums (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG) beschränkt, die den Staat verpflichten, sich im wesentlichen durch die steuerliche Teilhabe am Wirtschaftserfolg der Grundrechtsberechtigten zu finanzieren<sup>35</sup>, mithin also um der Freiheit willen darauf zu verzichten, die Wirtschaft zu erheblichen Teilen zu verstaatlichen<sup>36</sup>.

12 Die staatliche Einnahmenerzielung im Wege der Kreditaufnahme<sup>37</sup> steht unter den strengen Voraussetzungen des Art. 115 GG und nicht zuletzt des Art. 109 Abs. 2 GG, so dass auch diese Finanzierungsform schon aus verfassungsrechtlichen Gründen allein ergänzend, keinesfalls aber primär zur Deckung des staatlichen Finanzbedarfs in Betracht kommt.

13 Das aus Strafen, Bußen, Zwangsgeldern, Erstattungen, Ersatzansprüchen, Vermögensveräußerungen und Erbschaften erzielte Aufkommen des Staates<sup>38</sup> ist schließlich von vornherein nicht darauf angelegt, den Staat stetig mit Finanzkraft auszustatten.

14 Der Staat hat seine allgemeinen Aufgaben danach im wesentlichen durch eine freiheits- und gleichheitsgerechte Besteuerung zu finanzieren. Die entgeltende Abgabenerhebung tritt in ihren Finanzierungswirkungen hinzu, soweit eine besondere Finanzierungsverantwortung individuell zurechenbar ist. Die übrigen Einnahmenarten haben nach finanzverfassungsrechtlich überkommenem Modell demgegenüber nur subsidiäre Bedeutung.

## 2. *Neuartige Formen aufkommenswirksamer Transferbelastungen und ihre finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit in Beispielfällen*

15 Vor dem Hintergrund des finanzverfassungsrechtlich überkommenen Spektrums an Einnahmenarten sind einige an Bedeutung gewinnende Formen der Transferbelastung Privater beispielhaft auf ihre finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit hin zu untersuchen.

### a. Die kostenträchtige Inpflichtnahme: § 88 Abs. 1 TKG

16 Betraut der Staat zunehmend Private damit, öffentliche Aufgaben zu erfüllen, fallen diesen Privaten vorbehaltlich entsprechender Ausgleichsregelungen die Kosten der Aufgabenerfüllung zur Last. Ein Beispiel bildet die Betrauung privater Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit der Aufgabe, Anlagen zur Überwachung der

---

<sup>35</sup> Zu dieser Grundentscheidung *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 1.

<sup>36</sup> *Kloepfer*, AöR Bd. 97 (1972), 232 (243) stellt die Erwerbswirtschaft unter einen „Funktionsvorbehalt der allgemeinen Finanzierung durch Steuern“.

<sup>37</sup> *Friauf*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 91.

<sup>38</sup> *P. Kirchhof*, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 11 m. w. N.

Telekommunikation vorzuhalten (§ 88 Abs. 1 TKG<sup>39</sup>), um die Strafverfolgung zu erleichtern<sup>40</sup>. § 88 Abs. 1 TKG schreibt – insoweit deklaratorisch<sup>41</sup> – fest, dass die Netzbetreiber die Investitionskosten für die Anlagenerrichtung zu tragen haben. Der Regelungsgehalt bleibt auch nach dem Referentenentwurf für das novellierte TKG erhalten (vgl. § 105 Abs. 1 Nr. 1 des Referentenentwurfs).

- 17 Die sachliche Inpflichtnahme der Netzbetreiber<sup>42</sup> durch den Gesetzgeber, der hier einen grundsätzlich weiten Gestaltungsraum hat<sup>43</sup>, erscheint nach Maßgabe von Art. 12 Abs. 1, gegebenenfalls Art. 14 Abs. 1<sup>44</sup> und Art. 3 Abs. 1 GG prinzipiell<sup>45</sup> verhältnismäßig, weil die Mitwirkung der Netzbetreiber als solche unerlässlich ist und die Netzbetreiber insoweit auch nicht übermäßig belastet werden<sup>46</sup>.
- 18 Die finanziellen Auswirkungen der Regelung bedürfen demgegenüber einer eigenständigen Prüfung<sup>47</sup>. Wie das Bundesverfassungsgericht wiederholt bestätigt hat, ist dieser Prüfung eine materielle Betrachtungsweise zugrunde zu legen<sup>48</sup>. Danach wird deutlich, dass die Regelung des § 88 Abs. 1 TKG eine Kostenlast, die nach ihrem Zweck als Gemeinlast erscheint<sup>49</sup>, einer bestimmten Gruppe innerhalb der Gesellschaft, den Netzbetreibern, überbürdet. Zwar haben die Netzbetreiber formal keine Zahlungen an den Staat zu leisten. Doch entfaltet die staatlich auferlegte Pflicht zur zweckgebundenen Anlagenerrichtung eine im Ergebnis entsprechende Wirkung. So lässt sich die Regelung des § 88 Abs. 1 TKG in der Weise lesen, dass der Staat hier effektiv Finanzmittel vom Anlagenbetreiber vereinnahmt und ihm diese Finanzmittel in der gleichen logischen Sekunde wieder zur Verfügung stellt, um die Erfüllung des Dienstleistungsauftrags, die Errichtung der Überwachungsanlagen, zu entgelten. Damit

<sup>39</sup> Telekommunikationsgesetz vom 25. 7. 1996 (BGBl. I 1996, S. 1120), zuletzt geändert durch Gesetz vom 9. 8. 2003 (BGBl. I 2003, S. 1590).

<sup>40</sup> Zur Strafverfolgung als Gemeinwohlbelang und allgemeine Staatsaufgabe *Scholz*, in: FS Friauf, 1996, S. 439 (443 ff.).

<sup>41</sup> *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Hrsg.), TKG mit FTEG, 2001, § 88, Rdnr. 7; *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289 (294).

<sup>42</sup> Zur grundsätzlichen Zulässigkeit der Inpflichtnahme der Privatwirtschaft für die Erfüllung von Gemeinwohlaufgaben bereits BVerfGE 30, 292 (311).

<sup>43</sup> Zum legislativen Gestaltungsraum im Fall der Inpflichtnahme *Waechter*, VerwArch. 1996, 68 (78 ff.).

<sup>44</sup> Art. 14 Abs. 1 GG wird maßgebend, wenn bestehende Anlagen verändert werden müssen; siehe *Waechter*, VerwArch. 1996, 68 (72); *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., 2000, § 88, Rdnr. 63 f.

<sup>45</sup> Zu einigen Einzelproblemen allerdings *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289 (292 f.); *Eckhardt*, CR 2001, 670 (675).

<sup>46</sup> Auch VG Köln, DuD 2000, 423 (427); Österr. VerfGH, CR 2003, 671 (673 f.).

<sup>47</sup> Zur Eigenständigkeit der Prüfung von Eingriffen in die Verhaltens- und die Vermögensfreiheit auch *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., 2000, § 88, Rdnr. 50; allgemein *Elicker*, NVwZ 2003, 304 (307) m. w. N.; jedenfalls im Ergebnis ebenso BVerfGE 85, 226 (236 f.).

<sup>48</sup> Siehe BVerfGE 92, 91 (114); vgl. auch BVerfGE 55, 274 (305); 67, 256 (276); vgl. auch die Wertung in BVerfGE 85, 226 (234 ff.).

<sup>49</sup> Zur öffentlichen Sicherheit als Gemeinlast *Scholz*, in: FS Friauf, 1996, S. 439 (445).

begründet § 88 Abs. 1 TKG zwar keine formale, wohl aber eine effektive Sonderabgabe zulasten der Netzbetreiber<sup>50</sup>.

- 19 Für den einzelnen macht es in der Belastungswirkung letztlich keinen Unterschied, ob er einen Gegenstand anzuschaffen und einem staatlich definierten Zweck nutzbar zu machen hat oder ob er die entsprechende Geldsumme an den Staat übertragen muß, der ihn sodann mit der Anschaffung des Gegenstandes beauftragt und diesen Auftrag mit besagter Geldsumme bezahlt. Diese Erkenntnis liegt spiegelbildlich auch der Dogmatik des EG-Beihilfenrechts zugrunde, wenn es dort für die Einordnung als staatliche Beihilfe gleichgültig ist, ob der Staat dem begünstigten Unternehmen Sach- oder Finanzmittel zur Verfügung stellt<sup>51</sup>.
- 20 Ebenso ist allerdings zu berücksichtigen, dass der Staat hier gerade nicht in den Formen des Abgabenrechts tätig wird. Dies muß davor bewahren, die Maßstäbe des Abgabenrechts voreilig auf nicht abgabenrechtliche Handlungsinstrumente zu übertragen<sup>52</sup>. Gleichwohl ist es zunächst der Gesetzgeber, der sich über die Formenordnung hinwegsetzt, um bestimmte finanzstaatliche Wirkungen zu erzielen. Gerade an diesen Befund muß die Dogmatik anknüpfen. Alle Rechtsinstitute, die Mißbrauch, Umgehung und Kopplung entgegenreten, gehen notwendigerweise von einer materiellen, wirkungsorientierten Betrachtungsweise aus. Dies gilt auch vorliegend.
- 21 Vor diesem Hintergrund ist es geboten, zunächst einen Grundtatbestand der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne zu definieren, um Transferbelastungen finanzverfassungsrechtlich greifbar macht. Dieser Grundtatbestand setzt sich aus zwei Elementen zusammen: Zum einen aus einer Belastungswirkung auf Seiten des Privaten, also einer Minderung des privaten Vermögens, zum anderen aus einer Aufkommenswirkung auf Seiten des Staates, also einer Mehrung des öffentlichen Haushalts<sup>53</sup>. Ist nach der Subsumtion unter diesen Grundtatbestand eine staatliche Einnahme zu bejahen, sind in einem weiteren Schritt die Maßstäbe anzulegen, nach denen sich die konkrete grundrechtliche und kompetenzrechtliche Erheblichkeit sowie Zulässigkeit der betreffenden finanzstaatlichen Wirkung näher erschließt. Vorgaben machen dabei vor allem die Lehre vom mittelbaren Grundrechtseingriff und die kompetenzrechtliche Übergriffsdogmatik.

<sup>50</sup> Mit dieser Beurteilung auch *Waechter*, *VerwArch.* 1996, 68 (77 ff., 81 ff.); *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., 2000, § 88, Rdnr. 51 ff.; *Koenig/Koch/Braun*, *K&R* 2002, 289 (294); *Kube/Schütze*, *CR* 2003, 663 (667 f.).

<sup>51</sup> *EuGH v. 11. 7. 1996*, Rs. C-39/94 – SFEI u. a./La Poste u. a., *Slg.* 1996, I-3547, Rdnr. 62; *EuGH v. 20. 11. 2003*, Rs. C-126/01 – GEMO, Rdnr. 29.

<sup>52</sup> Mit der Andeutung grundsätzlich strenger Kriterien hinsichtlich der Anwendbarkeit abgabenrechtlicher Maßstäbe *BVerfG*, *NJW* 1997, 573 f.; vgl. auch *BVerfG*, *Nichtannahmebeschluß* vom 3. 1. 2002, 2 *BvR* 1827/01.

<sup>53</sup> *BVerfG*, *NJW* 1997, 573 f.; *P. Kirchhof*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, *HStR*, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 26.

- 22 Subsumiert man § 88 Abs. 1 TKG unter diesen Grundtatbestand, zeigt sich, dass die Regelung zu staatlichen Einnahmen im transferrechtlichen Sinne führt. Den Netzbetreiber trifft aufgrund der Verpflichtung, Überwachungsanlagen einzurichten, eine finanzielle Belastung, die vermögensmindernd wirkt. Einen Ausgleich, der saldierend zu berücksichtigen sein könnte<sup>54</sup>, sieht weder das TKG noch das allgemeine Recht der staatlichen Ersatzleistungen<sup>55</sup> vor, das seinerseits vom Gegenüber von Staat und Gesellschaft ausgeht und die neuartigen Konstellationen verschränkter Aufgabenerfüllung des Staates und der Wirtschaft von vornherein nicht zu erfassen vermag. Auch eine Aufkommenswirkung auf Seiten des Staates ist zu bejahen. Untergliedert man die Rechtsfolge des § 88 Abs. 1 TKG in eine staatliche Mittelvereinnahmung und eine in der gleichen logischen Sekunde folgende Verausgabung zur Entgeltung der Verpflichtung des Privaten, offenbart sich – ähnlich wie bei Steuervergünstigungen, die zu Recht auch als Verschonungssubventionen bezeichnet werden –, dass hier im Ergebnis lediglich ein abgekürzter Zahlungsweg gewählt wird, die Mittel aber effektiv in die Verfügungsgewalt des Staates gelangen und durch den Staat verausgabt werden. Dass der Vorgang formal haushaltsrechtlich unerheblich ist, steht dieser Beurteilung nicht entgegen. Ebenso verdeutlichend wirkt hier das Bild der ersparten Aufwendung; das Zivilrecht belegt, dass auch ersparte Aufwendungen vermögenswirksam sein können.
- 23 Begründet § 88 Abs. 1 TKG danach staatliche Einnahmen im transferrechtlichen Sinne, ist dieser allgemeine, die nähere Prüfung eröffnende Befund mit den Maßgaben der Grundrechte und der Kompetenzordnung als finanzverfassungsrechtlichen Maßgaben zu konfrontieren.
- 24 Nachdem die finanzielle Belastungswirkung von § 88 Abs. 1 TKG bereits als effektive Sonderabgabe eingeordnet wurde, läßt sich der Grundrechtsschutz gegenüber dieser Individualisierung einer Gemeinlast gerade unter Rückgriff auf die Sonderabgabendogmatik konkretisieren<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Zum Gesichtspunkt einer möglichen Saldierung unten III. 3. a. (1).

<sup>55</sup> Hierunter fallen Ansprüche aus Aufopferung für das gemeine Wohl, die sich im Fall materieller Aufopferungen im Anspruch wegen Enteignung und enteignenden sowie enteignungsgleichen Eingriffs konkretisieren (vgl. Art. 14 Abs. 3 GG, Art. 74, 75 Einl. Pr. ALR), im Fall immaterieller Aufopferung daneben nur eng umgrenzt anerkannt sind (vor allem bei Eingriffen in Leben und körperliche Unversehrtheit, nicht dagegen bei Eingriffen in die Berufsfreiheit; siehe *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 27, Rdnr. 3; BGHZ 65, 196 (205); 111, 349). Darüber hinaus kommen im wesentlichen nur Sondervorschriften wie § 42 BImSchG und die Vorschriften zur Entschädigung bei polizeirechtlicher Heranziehung als Nichtstörer (etwa § 55 PolG Bad.-Würt.) in Betracht. Bemühungen, das Recht der staatlichen Ersatzleistungen um einen allgemeinen Ausgleichsanspruch zu ergänzen, welcher der transferrechtlichen Problematik von Inpflichtnahmen Herr werden könnte, ist bislang kein Erfolg beschieden gewesen; vgl. *Ferger*, Ausgleichsansprüche bei der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, 1979; auch *Plewa*, Die Verfassungsmäßigkeit der Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben am Beispiel des Gesetzes über Mindestvorräte an Erdölherzeugnissen vom 9. 9. 1965 i. d. F. v. 4. 9. 1975, 1978, S. 201 ff.

<sup>56</sup> In diese Richtung auch *Waechter*, *VerwArch.* 1996, 68 (77 ff., 81 ff.); *Ehmer*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. Aufl., 2000, § 88, Rdnr. 51 ff.; *Koenig/Koch/Braun*, K&R 2002, 289 (294); *Kube/Schütze*, CR 2003, 663 (668 ff.); *Österr. VerFGH*, CR 2003, 671 (674).

- 25 Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die finanzielle Belastungswirkung des § 88 Abs. 1 TKG, die als Einnahme im transferrechtlichen Sinne eingeordnet wurde, auch im spezifischen grundrechtlichen Rahmen rechtserheblich ist. Nach der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik ist die finanzielle Belastungswirkung von § 88 Abs. 1 TKG dem Staat schon deshalb zuzurechnen, weil diese Wirkung, wie der Normwortlaut bestätigt („auf eigene Kosten“), vom Gesetzgeber bezweckt wurde. Bei bezweckter Wirkung ist ein Grundrechtseingriff unter der Voraussetzung eines eröffneten Schutzbereichs regelmäßig zu bejahen.
- 26 Berührt sind durch die finanzielle Belastungswirkung des § 88 Abs. 1 TKG, ebenso wie durch die verhaltensanleitende Wirkung der Vorschrift, die Schutzbereiche des Art. 12 Abs. 1 und des Art. 3 Abs. 1 GG. Ob nichtsteuerliche Vermögenseingriffe auch in Art. 14 Abs. 1 GG eingreifen, kann hier dahinstehen.
- 27 Fraglich ist, ob diese freiheits- und gleichheitsrechtlichen Beeinträchtigungen gerechtfertigt sind. Prinzipiell bedarf jede finanzielle Belastung eines Bürgers durch den Staat eines grundrechtlich rechtfertigenden Grundes. Bei der Besteuerung liegt dieser Grund in der leistungsfähigkeitsgemäßen Partizipation des Staates am individuellen wirtschaftlichen Erfolg, bei der Erhebung von Gebühren und Beiträgen in der Vollendung eines Verwaltungsprogramms. Die Gruppenbelastung, die § 88 Abs. 1 TKG bewirkt, könnte nach den Wertungen des Sonderabgabenrechts gerechtfertigt sein. Wie oben ausgeführt, ist eine Sonderabgabe ausnahmsweise<sup>57</sup> dann gerechtfertigt, wenn die belastete Gruppe der finanzierungsbedürftigen Aufgabe besonders nahe steht<sup>58</sup> und deshalb durch die bereits vorangegangene oder noch nachfolgende<sup>59</sup> Erfüllung der Aufgabe in herausgehobener Weise begünstigt wird<sup>60</sup>. Ist damit auch die Sonderabgabe ein Entgelt, wird der bei Gebühren und Beiträgen vorrangig durch den Sondervorteil definierte Konnex hier um den Gesichtspunkt der besonderen Verantwortung für eine Aufgabe erweitert. Letztlich besteht freilich eine inhaltliche Nähe zwischen Verantwortung und Vorteil<sup>61</sup>, weil die Abnahme einer Verantwortung ihrerseits einen Vorteil bedeutet<sup>62</sup>. So kommen in der Sonderabgabendogmatik

<sup>57</sup> BVerfGE 55, 274 (308); 91, 186 (203); 92, 91 (113).

<sup>58</sup> Zusätzlich noch BVerfGE 67, 256 (276); 82, 159 (180).

<sup>59</sup> Ausgleichende Sonderabgaben „korrigieren eine durch vorausgehende staatliche Intervention – insbesondere durch Planungen, Strukturmaßnahmen oder Staatsleistungen – bewirkte Belastungsungleichheit und stellen durch die Abgabenlast wieder materielle Gleichheit her“; fördernde Sonderabgaben werden zur Förderung gruppennütziger Sachaufgaben verwendet; mit dieser Unterscheidung P. Kirchhof, in: Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 242, 248.

<sup>60</sup> Tipke/Lang, Steuerrecht, 17. Aufl., 2002, § 3, Rdnr. 21.

<sup>61</sup> In diese Richtung tendiert wohl auch das BVerfG, das den Begriff der „Finanzierungsverantwortlichkeit“ in jüngerer Zeit zunehmend als Oberbegriff betrachtet; siehe im Zusammenhang des Gebührenrechts BVerfG, NVwZ 2003, 715 (716) („Die Höhe der Gebühr ist wesentlich nach der Finanzierungsverantwortlichkeit zu bestimmen.“).

<sup>62</sup> Klassisch wird allerdings unter dem Stichwort der Doppelgliedrigkeit des Abgabenbegriffs zwischen Vorteil und Verantwortung unterschieden; siehe Vogel, in: FS Geiger, 1989, S. 518 ff.

Rechtfertigungskriterien, die an den Gruppenvorteil anknüpfen<sup>63</sup>, mit Rechtfertigungskriterien zusammen, die auf die Gruppenverantwortung Bezug nehmen<sup>64</sup>.

- 28 Die finanzielle Belastungswirkung, die § 88 Abs. 1 TKG den Netzbetreibern auferlegt<sup>65</sup>, läßt sich allerdings weder unter Verantwortungs- noch unter Vorteilsgesichtspunkten grundrechtlich rechtfertigen. Zwar wird die Verabredung und Durchführung von Straftaten durch die Möglichkeiten der heutigen Telekommunikation erleichtert<sup>66</sup>. Doch begründet dies keine sonderabgabenerhebliche Verantwortung der Netzbetreiber<sup>67</sup>. Straftäter nutzen ebenso Einrichtungen der Verkehrsinfrastruktur, Waffen und sonstige technische, insbesondere elektronische Geräte<sup>68</sup>, ohne dass entsprechende Verantwortlichkeiten finanzrechtlich eingefordert würden<sup>69</sup>. Ebenso wenig ziehen die Netzbetreiber aus der Überwachung der Telekommunikation und der hierdurch erleichterten Strafverfolgung einen besonderen Vorteil, zumal einen Vorteil, den sie ohnehin suchen würden<sup>70</sup>. Die Strafverfolgung dient der Allgemeinheit<sup>71</sup>.
- 29 Nach den Wertungen der Sonderabgabendogmatik ist die effektive finanzielle Transferbelastung der Netzbetreiber durch § 88 Abs. 1 TKG damit grundrechtlich nicht zu rechtfertigen, mithin verfassungswidrig.
- 30 Neben den Grundrechten sind an die finanzielle Belastungswirkung nach § 88 Abs. 1 TKG die Maßstäbe der Kompetenzordnung anzulegen. Indem die Kompetenzen Handlungsbefugnisse zuordnen, stehen sie zugleich Kompetenzzuweisungen oder Kompetenzübergriffen entgegen. Gerade das Nebeneinander der Art. 70 ff., Art. 105 ff. und Art. 104a, 109 GG begründet danach im Verhältnis zwischen der Aufgaben-,

<sup>63</sup> BVerfGE 55, 274 (307) (gruppenspezifische Begünstigung).

<sup>64</sup> BVerfGE 30, 292 (325 f.) („Gefahrensituationen“).

<sup>65</sup> Die BVerfG berücksichtigt in seiner Entscheidung zum Kohlepfennig (BVerfGE 91, 186 (203 ff.)) darüber hinausgehend die Belastung der Endverbraucher, auf welche die Last überwältigt wurde, und verwarf die Belastung als verfassungswidrig, weil die im dortigen Zusammenhang belasteten Stromendverbraucher keine Verantwortung für die Sicherung des Einsatzes der deutschen Steinkohle traf. Inwieweit eine solche tatsächliche Kostenüberwälzung innerhalb des Marktes staatlich zurechenbar ist, ist allerdings problematisch; siehe dazu unten III. 3. a. (1).

<sup>66</sup> Waechter, VerwArch. 1996, 68 (82).

<sup>67</sup> Ebenso Koenig/Koch/Braun, K&R 2002, 289 (295); Scholz, in: FS Friauf, 1996, S. 439 (452 f.); anders Trute, in: Trute/Spoerr/Bosch (Hrsg.), TKG mit FTEG, 2001, § 88, Rdnr. 8.

<sup>68</sup> Koenig/Koch/Braun, K&R 2002, 289 (295).

<sup>69</sup> Als Orientierungsmaßstab der Zurechenbarkeit kann insoweit der Maßstab der polizeirechtlichen Zweckveranlasserhaftung dienen. Siehe zur Anlegung dieses Maßstabs auf die Herstellung technologischer Produkte, die zur Begehung von Straftaten eingesetzt werden, Kube, ZRP 1993, 419 ff. (im Hinblick auf die Rechtfertigung von Gefährerforschungseingriffen).

<sup>70</sup> Zu diesem Gesichtspunkt BVerfGE 30, 292 (325); Koenig/Koch/Braun, K&R 2002, 289 (296) sprechen insoweit unter Verweis auf BVerfGE 18, 315 (328) von „erzwungener Selbsthilfe“. Zum „allfällige(n) Interesse“ als Kriterium für die Sachnähe auch Österr. VerfGH, CR 2003, 671 (674).

<sup>71</sup> Zum besonderen Aspekt eventueller Imageschäden, die durch die Überwachung vermieden werden können, Koenig/Koch/Braun, K&R 2002, 289 (296).

Einnahmen- und Ausgabengewalt Kompetenzausübungsschranken, die im Hinblick auf eine nicht strikt, sondern funktional verstandene Kompetenzeneinheit zwar nicht jedem Kompetenzübergreif, wohl aber übermäßig intensiven Kompetenzübergreifen entgegenstehen<sup>72</sup>. Übermäßig intensive Kompetenzübergriffe sind rechtswidrig. Das Bundesverfassungsgericht hat dies – ergänzt durch rechtsstaatliche Erwägungen – insbesondere in seinen Urteilen zu landesrechtlichen Abfallabgaben und zur kommunalen Verpackungsteuer bestätigt<sup>73</sup>. Auch die UMTS-Entscheidung verweist auf die Grenzen mittelbar finanzwirksamen Staatshandelns, die durch die verfassungsrechtliche Ordnung der Einnahmenkompetenzen gesetzt werden<sup>74</sup>.

31 § 88 Abs. 1 TKG beruht auf den Aufgabenkompetenzen der Art. 70 ff. GG. Zugleich begründet § 88 Abs. 1 TKG Einnahmewirkungen, die – vorbehaltlich der regelmäßigen Ertragswirkungen der entgeltenden Abgabenerhebung, die einer aufgabenrechtlichen Annexkompetenz zuzuordnen sind – in den Regelungsbereich der Art. 105 ff. GG fallen. So greift § 88 Abs. 1 TKG in die Ordnung der Einnahmengesetzgebungs-, Einnahmenverwaltungs- und Einnahmenertragskompetenzen über. Die finanzielle Belastungswirkung des § 88 Abs. 1 TKG ist damit auch kompetenzrechtlich erheblich.

32 Ob der Kompetenzübergreif durch § 88 Abs. 1 TKG unzulässig intensiv ist, bestimmt sich nach weiter konkretisierenden Kriterien<sup>75</sup>. Im Zentrum stehen dabei die Maßnahmefinalität und -intensität, die Berührung gebietskörperschaftseigener oder -fremder Kompetenzen und die Abweichung von einer bereits bestehenden Ausgestaltung einer anderen Gebietskörperschaft. Dass § 88 Abs. 1 TKG die Kostenanlastung und damit die effektive Mittelvereinnahmung bezweckt, wurde bereits festgestellt. Die Maßnahmeintensität ist allerdings, anders als im Rahmen der Grundrechtsprüfung, bei der kompetenzrechtlichen Prüfung nicht als hoch einzustufen. Denn die effektiven Einnahmenerträge aus § 88 Abs. 1 TKG bleiben deutlich hinter den Erträgen zurück, die auf Grundlage vieler der Einzelkompetenzen der Art. 105 ff. GG erzielt und zugeordnet werden. Dass in bestimmte, fremd zugeordnete Kompetenztitel der Art. 105 ff. GG übergegriffen würde, ist gleichfalls nicht festzustellen. Der Übergreif des § 88 Abs. 1 TKG in die Ordnung der Einnahmenkompetenzen erscheint danach noch rechtmäßig.

33 Im ganzen ist § 88 Abs. 1 TKG somit infolge der Grundrechtswidrigkeit der finanziellen Belastungswirkungen verfassungswidrig<sup>76</sup>. Verfassungsgemäß wäre die Vorschrift nur dann, wenn sie um einen Kostenausgleich ergänzt würde.

<sup>72</sup> Ausführlich zu Begründung und Rechtsfolgen der kompetenzrechtlichen Übergriffsdogmatik *Kube*, Finanzgewalt und Kompetenzübergreif, im Erscheinen, § 8.

<sup>73</sup> BVerfGE 98, 83; 98, 106.

<sup>74</sup> BVerfGE 105, 185 (193).

<sup>75</sup> Im einzelnen *Kube*, Finanzgewalt und Kompetenzübergreif, im Erscheinen, § 8 B III.

<sup>76</sup> Ob und inwieweit § 88 Abs. 1 TKG auch effektive Ausgabenwirkungen hat und welche Schranken derartigen Wirkungen gesetzt sind (so etwa aus dem übergriffsabwehrenden Gehalt der Art. 104a, 109 GG), ist im vorliegenden – auf staatliche Einnahmen konzentrierten – Rahmen nicht zu prüfen.

b. Die staatlich veranlaßte Subventionierung zwischen Privaten: §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V

- 34 In entsprechender Weise sind alle anderen Fälle zu prüfen, in denen staatliche Inpflichtnahmen Privater finanzielle Belastungen nach sich ziehen. Ein weiteres, aktuelles Beispiel bildet etwa die Übertragung zusätzlicher Ausbildungspflichten im Rahmen der Referendarausbildung auf die Rechtsanwälte.
- 35 Eine besondere Fallgruppe der belastungs- und damit einnahmenwirksamen staatlichen Inpflichtnahmen bleibt hier allerdings noch herauszuheben. Es handelt sich dabei um Inpflichtnahmen, bei denen die übertragene Aufgabe nicht etwa in einer bestimmten inhaltlichen Ausgestaltung wie der Errichtung bestimmter Anlagen besteht, sondern vielmehr in der finanziellen Subventionierung eines Dritten, die der Staat als gemeinwohldienlich betrachtet. Auch hier soll die Aufgabenüberbürdung also im Ergebnis das Gemeinwohl fördern, doch besteht die übertragene Aufgabe in einem Mitteltransfer an einen anderen Privaten. Diese Form der Inpflichtnahme erscheint typischerweise in Gestalt wirtschaftsrechtlicher Regelungen über Hoch- oder Tiefpreisbindungen. Dies ist an zwei Beispielen zu verdeutlichen.
- 36 § 3 des am 1. April 2000 in Kraft getretenen Erneuerbare-Energien-Gesetzes (EEG)<sup>77</sup> sieht, ähnlich wie eine Vorgängerregelung im alten Stromeinspeisungsgesetz, vor, dass die Betreiber von Stromnetzen regenerativ erzeugten Strom zu bestimmten Preisen abnehmen und einspeisen müssen. Die Vorschrift bezweckt, den Anteil erneuerbarer Energien an der Stromerzeugung zu erhöhen. Nach §§ 4 bis 8 EEG sind für die verschiedenen regenerativen Energieträger unterschiedliche Vergütungshöhen vorgesehen. Entscheidend ist, dass diese regelmäßig über dem Marktpreis konventionell hergestellten Stroms liegen. Die §§ 3 ff. EEG bewirken damit – vorbehaltlich der faktischen Preisüberwälzungen auf die Verbraucher – eine von den Netzbetreibern zu tragende Subventionierung der Erzeuger regenerativer Energien<sup>78</sup>. Die §§ 4 ff. der aktuellen EEG-Novelle<sup>79</sup> weiten diese Subventionierungswirkung noch aus.
- 37 Sehen die §§ 3 ff. EEG eine subventionierende Hochpreisbindung vor, wird demgegenüber auf Grundlage des sogenannten Beitragssicherungsgesetzes vom 23. Dezember 2002 im Wege eines Zwangsrabatts subventioniert<sup>80</sup>. Nach diesem Gesetz wurde § 130 Abs. 1 SGB V dahingehend geändert, dass die gesetzlichen Krankenkassen von den Apotheken einen Abschlag vom maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis von nunmehr zumeist 6 oder 10 Prozent zu erhalten haben. § 130a Abs. 1 SGB V

---

<sup>77</sup> Gesetz für den Vorrang Erneuerbarer Energien (Erneuerbare-Energien-Gesetz – EEG) vom 1. 4. 2000 (BGBl. I 2000, S. 305 ff.), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. 12. 2003 (BGBl. I 2003, S. 3074).

<sup>78</sup> Der nach § 11 EEG vorgesehene Belastungsausgleich zwischen den Netzbetreibern ändert hieran nichts.

<sup>79</sup> Regierungsentwurf des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der Erneuerbaren-Energien im Strombereich vom 17. 12. 2003.

<sup>80</sup> Gesetz zur Sicherung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung und in der gesetzlichen Rentenversicherung (Beitragssicherungsgesetz – BSSichG) vom 23. 12. 2002 (BGBl. I 2002, S. 4637 ff.); zu diesem Gesetz *Sodan*, NJW 2003, 1761 ff.; *Becker*, NZS 2003, 561 (561 f.).

verpflichtet zugleich die Pharmahersteller, den Apotheken (oder zwischengeschalteten Pharmagroßhändlern) den Abschlag zu erstatten. Das Gesetz führt damit zu einer Subventionierung der gesetzlichen Krankenkassen, letztlich zu einer Stabilisierung der Beitragssätze dieser Kassen<sup>81</sup>, auf Kosten der Pharmahersteller. Auch hier ist freilich zu erwarten, dass die Kosten auf die Gesamtheit der Endverbraucher, einschließlich der Privatversicherten, überwältigt werden<sup>82</sup>.

38 Die finanziellen Belastungswirkungen dieser Hoch- und Tiefpreisbindungen sind der gleichen Prüfung zu unterziehen wie die Wirkungen des § 88 Abs. 1 TKG. Zu untersuchen ist deshalb zunächst, ob die Preisbindungen zu staatlichen Einnahmen im transferrechtlichen Sinne führen. Sowohl die §§ 3 ff. EEG als auch die §§ 130 f. SGB V begründen private Vermögensminderungen, zum einen der Netzbetreiber, die regenerativ erzeugten Strom zu hohen Preisen abnehmen müssen, zum anderen der Pharmahersteller, die für die Einbußen der Apotheken infolge des Zwangsrabatts eintreten müssen. Diese Transferbelastungen mehren zugleich effektiv den öffentlichen Haushalt. Denn im bezweckten Ergebnis entsprechen die Regelungswirkungen den Wirkungen gruppenbezogener Mittelabgaben an den Staat und darauf folgenden Mittelverausgabungen zugunsten der Subventionsempfänger. Dass die Mittel haushaltstechnisch nicht gebucht werden, ist auch hier unerheblich. Die Hoch- und Tiefpreisbindungen der §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V führen damit zu staatlichen Einnahmen im transferrechtlichen Sinne<sup>83</sup>.

39 Wiederum veranlaßt diese Einordnung eine genauere Untersuchung nach Maßgabe der grundrechtlichen und der kompetenzrechtlichen Dogmatik. Im grundrechtlichen Rahmen bestätigt sich die finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit der Belastungswirkungen nach der Lehre vom Grundrechtseingriff. Die Preisvorgaben gemäß §§ 3 ff. EEG bezwecken, die Erzeuger regenerativ hergestellten Stroms auf Kosten der Netzbetreiber zu begünstigen. Weil sich ein Grundrechtseingriff wesentlich nach dem Finalitätskriterium bestimmt, ist die finanzielle Belastung der Netzbetreiber, jedenfalls soweit es sich um Private handelt<sup>84</sup>, danach als Eingriff in deren Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG einzuordnen. Darüber hinaus muß die Belastung dem Gleichheitsmaßstab des Art. 3 Abs. 1 GG genügen. Ob der bewirkte Mitteltransfer auch an Art. 14 Abs. 1 GG zu messen ist, soll hier wiederum dahinstehen<sup>85</sup>. Die Belastung der Pharmahersteller durch die Regelungen der §§ 130 f.

<sup>81</sup> BT-Drs. 15/28, S. 1.

<sup>82</sup> Die deutsche Pharmaindustrie geht in diesem Zusammenhang von zusätzlichen Belastungen in Höhe von bis zu einer Milliarde Euro aus. Soweit sich diese Belastungen nicht überwälzen lassen, ist zu erwarten, dass die unternehmenseigene Forschung leidet und ausländische, insbesondere amerikanische Pharmahersteller dadurch einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Siehe dazu FAZ vom 26. 8. 2003, S. 9.

<sup>83</sup> Ebenso *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927 (929 f.); demgegenüber *Becker*, NZS 2003, 561 (564).

<sup>84</sup> Hierzu *Altrock*, „Subventionierende“ Preisregelungen – Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG, 2002, S. 171 ff.

<sup>85</sup> Dass die Abnahmepflicht auch die von Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Rechte der Netzbetreiber an ihren Stromnetzen beeinträchtigt, stellt insoweit ein gesondertes Problem dar; hierzu *Baur/Henk-Merten*, Kartellbehördliche Preisaufsicht über den Netzzugang, 2002, S. 91 ff. Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die finanziellen Belastungswirkungen.

SGB V ist ebenso bezweckt. Auch hier ist die bewirkte Belastung deshalb dem Staat als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG und als gleichheitsrechtlich zu prüfende Maßnahme zuzurechnen<sup>86</sup>.

40 Wiederum ist es damit grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig, dass Private hier über das Maß der leistungsfähigkeitsgerechten Besteuerung hinaus finanziell belastet werden. Auch im Fall der §§ 3 ff. EEG und der §§ 130 f. SGB V stehen Belastungen homogener Gruppen im Raum, die zwar nicht formal, wohl aber – ebenso wie im Fall des § 88 Abs. 1 TKG – bei materieller Betrachtung<sup>87</sup> als effektive Sonderabgaben erscheinen. Denn bei einer Zerlegung der Regelungen in ihre Teilelemente lassen sich auch insoweit auferlegte Mittelabführungen an den Staat und – in der gleichen logischen Sekunde – entsprechende staatliche Mittelbereitstellungen an die in Pflicht genommenen Unternehmen zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe der Subventionierung unterscheiden. Dies legt es abermals nahe, die freiheits- und gleichheitsrechtliche Belastungsrechtfertigung nach Maßgabe der Sonderabgabendogmatik zu suchen<sup>88</sup>.

41 Wie bereits ausgeführt, stützt sich diese Belastungsrechtfertigung wesentlich darauf, dass ein besonderer Gruppenvorteil oder eine besondere Gruppenverantwortung festzustellen ist. Die Abnahme- und Vergütungspflicht nach §§ 3 ff. EEG belastet die abgrenzbare Gruppe der Netzbetreiber jedoch, ohne dass dieser Gruppe ein Vorteil zuflüsse<sup>89</sup>; begünstigt werden allein die Erzeuger regenerativ hergestellten Stroms. Auch eine besondere Gruppenverantwortung der Netzbetreiber für das Regelungsziel des Umweltschutzes ist nicht zu begründen. Zwar könnte man auf den ersten Blick erwägen, dass sich eine solche Verantwortung aus den Umweltbelastungen ergeben könnte, die durch die in Pflicht genommenen Unternehmen verursacht werden. Doch betrifft das Gesetz die Unternehmen in ihrer Eigenschaft als Netzbetreiber, nicht aber als schadstoffemittierende Energieerzeuger<sup>90</sup>. Die finanziellen Belastungswirkungen der §§ 3 ff. EEG sind somit nach den Wertungen des Sonderabgabenrechts nicht zu rechtfertigen und verstoßen deshalb gegen die Grundrechte der Netzbetreiber aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 GG. In paralleler Weise belastet der gesetzliche Zwangsrabatt nach §§ 130 f. SGB V die Pharmahersteller, ohne dass ihnen ein korrespondierender Gruppenvorteil zukäme. Ebenso wenig tragen die Pharmahersteller eine besondere Verantwortung für die Beitragsstabilität in den gesetzlichen

<sup>86</sup> Auch *Becker*, NZS 2003, 561 (566 f.).

<sup>87</sup> Vgl. wiederum BVerfGE 92, 91 (114); vgl. auch BVerfGE 55, 274 (305); 67, 256 (276).

<sup>88</sup> Auch *Altrock*, „Subventionierende“ Preisregelungen – Die Förderung erneuerbarer Energieträger durch das EEG, 2002, S. 154 ff.

<sup>89</sup> Inwieweit eine faktische Überwälzung auf den Endverbraucher zu berücksichtigen ist, ist auch hier problematisch; siehe dazu unten III. 3. a. (1).

<sup>90</sup> Im übrigen stünde eine derartige Verantwortungszurechnung in gewissem Widerspruch zum Immissionsschutzrecht, weil die Unternehmen im Rahmen des nach diesem umweltrechtlichen Regime Zulässigen handeln.

Krankenkassen. Auch die §§ 130 f. SGB V sind damit in ihrer finanziellen Belastungswirkung freiheits- und gleichheitsgrundrechtlich nicht zu rechtfertigen<sup>91</sup>.

- 42 Neben den Grundrechten sind auch im Fall der staatlich veranlaßten Subventionierung zwischen Privaten die Vorgaben der Kompetenzordnung zu beachten. Die §§ 3 ff. EEG und die §§ 130 f. SGB V beruhen auf den Gesetzgebungskompetenzen der Art. 70 ff. GG. Vollzogen werden sie aufgrund der in Art. 83 ff. GG zugeordneten Kompetenzen. Die Mittelbeschaffung zur Finanzierung allgemeiner Staatsaufgaben, die nicht Element konkreter Gegenleistungsverhältnisse sind, ist im Steuerstaat des Grundgesetzes dagegen primär Gegenstand der Art. 105 ff. GG. Ebenso wie § 88 Abs. 1 TKG greifen daher auch die §§ 3 ff. EEG und die §§ 130 f. SGB V in ihren effektiven Einnahmewirkungen in die Ordnung der Art. 105 ff. GG über. Auch diesen Übergriffen setzen die Art. 105 ff. GG Kompetenzausübungsschranken, jenseits derer die effektiven Mittelvereinnahmungen rechtswidrig sind<sup>92</sup>. Auch insoweit gilt nach dem Prinzip der materiellen Kompetenzeinheit, dass die Schranken übermäßig intensiven Kompetenzübergriffen entgegenstehen. Unter Zugrundelegung der die zulässige Übergriffsintensität konkretisierenden Kriterien<sup>93</sup> sind die Regelungen der §§ 3 ff. EEG und der §§ 130 f. SGB V kompetenzrechtlich noch rechtmäßig<sup>94</sup>. Zwar richten sich die Regelungen im Hauptzweck oder zumindest in einem der Hauptzwecke auf die effektive Mittelvereinnahmung. Doch bleiben die erzielten Erträge, wie schon im Fall des § 88 Abs. 1 TKG, im Umfang deutlich hinter den Erträgen zurück, die regelmäßig nach Art. 105 ff. GG vereinnahmt und verteilt werden. Dass in bestimmte, anderen Gebietskörperschaften – hier den Ländern – zugeordnete Einnahmekompetenzen übergegriffen würde, ist nicht festzustellen.
- 43 Die durch die §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V bewirkten Subventionierungen zwischen Privaten bleiben damit in ihren effektiven Einnahmewirkungen zwar innerhalb der Kompetenzausübungsschranken der Art. 105 ff. GG, verstoßen aber gegen die Grundrechte der in Pflicht genommenen Unternehmen aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG.
- 44 Staatlich veranlaßte Subventionierungen zwischen Privaten weisen damit zwar insoweit eine besondere Symptomatik auf, als die staatlicherseits übertragene Gemeinwohlaufgabe hier nicht in einer sachlichen Gestaltung, etwa in der Anschaffung einer bestimmten Anlage, sondern in der finanziellen Unterstützung eines Dritten besteht. Finanzverfassungsrechtlich sind derartige Subventionsregelungen gleichwohl nicht anders zu beurteilen als andere Regelungen finanziell belastender Inpflichtnahmen Privater für staatliche Aufgaben.

<sup>91</sup> Siehe auch *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927 (930 f.); anders in der Bewertung *Becker*, NZS 2003, 561 (567 f.).

<sup>92</sup> Ausführlich *Kube*, Finanzgewalt und Kompetenzübergriff, im Erscheinen, § 5 A II 3 a.

<sup>93</sup> Siehe hierzu bereits oben III. 2. a.

<sup>94</sup> Ebenso *Kube/Palm/Seiler*, NJW 2003, 927 (930).

### 3. Verallgemeinerung der Maßstäbe

45 Auf Grundlage dieser Beispielsfälle lassen sich die wesentlichen finanzverfassungsrechtlichen Maßstäbe benennen, nach denen staatliche Einnahmen im transferrechtlichen Sinne festzustellen und zu beurteilen sind.

#### a. Einordnung als staatliche Einnahme im transferrechtlichen Sinne

(1) Belastungs- und Aufkommenswirkung – auch zu Kompensationsleistungen, Kostenüberwälzungen und abgekürzten Buchungen

46 Zunächst ist eine staatliche Maßnahme in ihrer Einnahmewirksamkeit zu erkennen. Wesensmerkmale der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne sind ihre individuell vermögensmindernde Belastungswirkung und ihre budgetmehrende Aufkommenswirkung<sup>95</sup>.

47 Eine individuell vermögensmindernde Belastungswirkung ist regelmäßig unproblematisch feststellbar. Zu berücksichtigen ist insoweit insbesondere, ob die Belastung mit einer kompensierenden Begünstigung einhergeht. Überbürdet der Staat einer Personengruppe eine kostenverursachende Gemeinwohlaufgabe, verknüpft er diese Überbürdung jedoch mit einer finanziellen Ausgleichsregelung, wird die effektive Sonderabgabenlast kompensiert. Eine einnahmenerhebliche, verbleibende Belastungswirkung ist hier zu verneinen. Keine kompensierende Wirkung hat dagegen eine Begünstigung, die in keinem rechtlichen, sondern lediglich in einem politischen Zusammenhang mit der finanziellen Sonderbelastung steht<sup>96</sup>.

48 Ergibt sich eine finanzielle Belastung erst aus einer Kostenüberwälzung am Markt, ist diese Belastung dem Staat nur unter strengen Voraussetzungen zuzurechnen. Rechtserheblich belastet sind zunächst die Marktteilnehmer, denen die finanzielle Last durch Gesetz übertragen ist. Überwälzen diese Marktteilnehmer die Last auf andere Marktteilnehmer, insbesondere auf ihre Kunden, beruht die Überwälzung auf einer freiheitlichen Entscheidung, die im Regelfall Wettbewerbsnachteile mit sich bringt, weil erhöhte Preise typischerweise zu geringerer Nachfrage führen. Dem Staat ist diese Kostenüberwälzung und damit die finanzielle Belastung der Kunden nur dann zuzurechnen, wenn auch diese Belastung staatlicherseits bezweckt und verlässlich voraussehbar war<sup>97</sup>. Letzteres dürfte vor allem dann der Fall sein, wenn das Gesetz einen Monopolisten belastet oder wenn ein paralleles Handeln der Marktteilnehmer im

---

<sup>95</sup> BVerfG, NJW 1997, 573 f.; P. Kirchhof, in: Isensee/P. Kirchhof, HStR, Bd. IV, 2. Aufl., 1999, § 88, Rdnr. 26.

<sup>96</sup> Ebenso im spiegelbildlichen Fall einer auf ihre Beihilfeneigenschaft zu prüfenden Staatsleistung EuGH v. 8. 11. 2001, Rs. C-143/99 – Adria-Wien Pipeline, Slg. 2001, I-8365, Rdnr. 42 ff.; zur Ausgleichsfähigkeit von Begünstigungen und Belastungen im Rahmen der Gleichheitsprüfung auch Hey, AöR Bd. 128 (2003), 226 (246); Voßkuhle, Das Kompensationsprinzip, 1999, S. 50; Friauf, in: FS Jahrreiß, 1974, S. 45 (55); Wendt, in: FS Friauf, 1996, S. 859 (885).

<sup>97</sup> Siehe auch Kube/Schütze, CR 2003, 663 (670).

Oligopol, namentlich eine parallele Preiserhöhung, absehbar ist, ohne dass dies freilich gegen das Kartellrecht verstoßen darf.

- 49 Um die private Belastung als staatliche Einnahme im transferrechtlichen Sinne einzuordnen, muß sie sich schließlich in ebenfalls bezwecktem budgetären Aufkommen niederschlagen. Ein formaler Mittelzufluß an den Staatshaushalt ist dabei nicht erforderlich. Aufkommenserheblich sind auch alle Fälle abgekürzter Buchungen, so insbesondere die Fälle, in denen Privaten Aufgaben durch den Staat übertragen werden, ohne dass die Aufgabenerfüllung kompensiert würde<sup>98</sup>. Effektiv leisten die betroffenen Privaten hier eine Sonderabgabe an den Staat.

(2) Finalität und Intensität

Die Belastungs- und die Aufkommenswirkung müssen, wie schon ausgeführt, staatlich bezweckt sein. Weil staatlich veranlaßte Wirkungen im demokratischen Rechtsstaat regelmäßig auf einen entsprechenden legislativen Gestaltungswillen zurückgehen, wird man von dieser Finalität regelmäßig ausgehen können. Das Vorliegen einer entsprechenden Zwecksetzung wird dabei auch durch die Belastungsintensität indiziert. Eine intensive finanzielle Belastung spricht deshalb nachhaltig für deren staatliche Bezweckung.

(3) Finanzverfassungsrechtliche Unerheblichkeit infolge anderer verfassungsrechtlicher Belastungsgründe?

- 50 Wird der Bürger im Rahmen einer staatlichen Aufgabenausgestaltung belastet, kann dies in unterschiedlicher Weise verfassungsrechtlich begründet sein, sei es durch Kompetenzbestimmungen, Gesetzgebungsaufträge, Staatszielbestimmungen oder Schutzpflichten. So beruht etwa die Wehrpflicht verfassungsrechtlich auf Art. 12a GG. Diese Begründung steht der Einordnung einhergehender finanzieller Belastungs- und Aufkommenswirkungen als staatliche Einnahmen im transferrechtlichen Sinne und einer entsprechenden eigenständigen Prüfung dieser transferrechtlichen Wirkungen jedoch nicht entgegen<sup>99</sup>. Hier gilt grundsätzlich Gleiches wie bei der Anlegung der Grundrechte als verhaltensschützende Rechte, deren Maßstäben das staatliche Handeln ebenfalls ungeachtet der Tatsache genügen muß, dass es verfassungsrechtlich fundiert ist.

<sup>98</sup> Als zu restriktiv erscheint deshalb das PreussenElektra-Urteil des EuGH zur insoweit spiegelbildlichen Beihilfenrechtsdogmatik, in dem es das Gericht ablehnte, die staatlich veranlaßte Subventionierung zwischen Privaten durch die vorgeschriebene Stromeinspeisung zu Hochpreisen als staatliche Beihilfe zugunsten der Erzeuger von regenerativ hergestelltem Strom einzuordnen, weil die Subventionsmittel nicht aus dem staatlichen Haushalt stammten; EuGH, 13. 3. 2001, Rs. C-379/98, Preussen Elektra/Schleswig, Slg. 2001, I-2099, Rdnr. 59 ff.; siehe hierzu oben III. 2. b.

<sup>99</sup> *Elicker*, NVwZ 2003, 304 (307) m. w. N.

b. Konkretisierung der finanzverfassungsrechtlichen Anforderungen im Rahmen der grundrechtlichen und der kompetenzrechtlichen Prüfung

51 Ist eine Maßnahme danach als staatliche Einnahme im transferrechtlichen Sinne identifiziert, sind an diese Maßnahme die Maßstäbe des Finanzverfassungsrechts anzulegen.

(1) Grundrechtliche Belastungsgrenzen

52 Bei Anlegung der grundrechtlichen Maßstäbe ist zunächst festzustellen, ob sich die grundsätzliche Einnahmenerheblichkeit der Maßnahme auch als Grundrechtserheblichkeit konkretisiert. Dies bestimmt sich nach den Wertungen der grundrechtlichen Eingriffsdogmatik, die zentral nach dem Maßnahmezweck fragt, mit der Lehre vom mittelbaren Grundrechtseingriff aber auch darüber hinausgeht.

53 Grundrechtserhebliche Einnahmewirkungen sind sodann auf ihre grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit hin zu prüfen. Jede finanzielle Belastung des Bürgers bedarf eines grundrechtlich tragfähigen Belastungsgrundes. Belastungsgrund der Steuer ist die Teilhabe des Staates am wirtschaftlichen Erfolg des einzelnen. Belastungsgrund der entgeltenden Abgabe ist eine individuell zurechenbare, besondere Staatsleistung. Staatliche Einnahmen im transferrechtlichen Sinne, zumal im Zusammenhang gesetzlicher Aufgabenbetrauungen bestimmter Personengruppen, stellen sich oftmals als effektive Sonderabgaben dar. Die grundrechtliche Rechtfertigungsprüfung derartiger Einnahmen orientiert sich folglich an den Wertungen der Sonderabgabendogmatik. Freiheits- und gleichheitsgrundrechtlich – vor allem nach Art. 12 Abs. 1 und nach Art. 3 Abs. 1 GG – gerechtfertigt ist eine solche Gruppenlast dann, wenn die Gruppe einen besonderen Vorteil aus der Aufgabenerfüllung zieht oder für die Erfüllung der staatlichen Aufgabe verantwortlich ist. Besteht ein derartiger Konnex bei einer kompensationslosen Betrauung einer Gruppe mit einer Aufgabe nicht, ist die Betrauung verfassungswidrig, wie im Fall von § 88 Abs. 1 TKG, §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V.

54 Die Bezugnahme auf die Sonderabgabendogmatik unterstreicht, dass ein schlichter Verweis auf die Gemeinwohlförderlichkeit einer Aufgabenprivatisierung als solcher nicht ausreicht, um die einhergehende Kostenüberwälzung grundrechtlich zu rechtfertigen. Jede Grundrechtsbeschränkung rechtfertigt sich durch einen besonderen Konnex zwischen Grundrechtsträger und Gemeinwohlzweck, durch einen entsprechenden sachlichen Zusammenhang. So rechtfertigt sich die Betrauung der Betreiber von Telekommunikationsnetzen mit der gemeinwohlförderlichen Aufgabe, Anlagen zur Überwachung der Telekommunikation vorzuhalten, grundrechtlich daraus, dass sich die Einrichtungen in der Verfügungsgewalt der Betreiber befinden und praktisch nur sie imstande sind, die erforderlichen technischen Vorkehrungen zu treffen. Die Eingriffe in ihre grundrechtlichen Verhaltensfreiheiten haben die Netzbetreiber aufgrund dieser Sachnähe hinzunehmen. Die zunächst einhergehenden Vermögensbelastungen infolge von § 88 Abs. 1 TKG trägt das Kriterium der Sachnähe jedoch, wie oben ausgeführt, nicht mehr. Ob insoweit eine Sachnähe besteht,

konkretisiert sich durch die Zurechnungsmaßstäbe des Sonderabgabenrechts. Nach diesen trifft die Netzbetreiber keine Gruppenverantwortung für die Überwachung in dem Umfang, dass auch die Überwälzung der Kosten gerechtfertigt wäre. Jeder Staatsbürger steht der Kostenlast aus der Überwachung der Telekommunikation gleich nahe.

- 55 Das Recht der Sonderabgaben geht deshalb mit seinen besonderen Rechtmäßigkeitsanforderungen keinen grundrechtlich Sonderweg, sondern schneidet vielmehr die allgemeine grundrechtliche Rechtfertigungsprüfung auf den Bereich der außerordentlichen Vermögensbelastungen zu. Verhaltensbezogene Grundrechtsbeschränkungen, etwa die Verpflichtung, Überwachungseinrichtungen vorzuhalten, stehen typischerweise in einem sachlichen Bezug zum jeweils verfolgten Gemeinwohlzweck. Der erforderliche Konnex ist hier gegeben. Vermögensbelastungen sind dagegen als solche ohne sachlichen Bezug. Eine schlichte Zahlungspflicht läßt einen bestimmten Sachzusammenhang zu einem Gemeinwohlzweck nicht erkennen. Eine prima facie-Vermutung für eine grundrechtliche Rechtfertigungsfähigkeit der Zahlungspflicht besteht daher nicht. Der Konnex offenbart sich in diesem Fall erst durch die Vorteils- und Verantwortungstatbestände der Sonderabgabendogmatik, nach denen sich bestimmt, ob eine mit einer Aufgabenübertragung einhergehende Vermögensbelastung grundrechtlich gerechtfertigt ist.

#### (2) Kompetenzrechtliche Kompetenzausübungsschranken

- 56 Neben den Grundrechten stellen auch die Kompetenzen einschränkende Anforderungen an effektive staatliche Mittelvereinnahmungen.
- 57 Wenn effektive Einnahmewirkungen etwa, wie oben gezeigt, auf wirtschaftsrechtlichen Hoch- oder Tiefpreisbindungen beruhen, stützen sie sich kompetenzrechtlich auf die Aufgaben- oder Sachkompetenzen der Art. 70 ff., 83 ff. GG. Zugleich greifen diese Wirkungen aber in den Regelungsraum der Art. 105 ff. GG und damit in die Kompetenzen zur Vereinnahmung und Verteilung der Mittel über, die der Erfüllung der allgemeinen Staatsaufgaben dienen. Der Zuweisungsgehalt der Art. 105 ff. GG setzt der einnahmewirksamen Ausgestaltung des Aufgabenrechts daher Schranken<sup>100</sup>. Dogmatisch handelt es sich dabei um kompetenzrechtlich begründete Kompetenzausübungsschranken.
- 58 Auch in diesem Rahmen muß sich die grundsätzliche Einnahmenerheblichkeit einer staatlichen Maßnahme allerdings zunächst als spezifisch kompetenzrechtliche Erheblichkeit darstellen. Ist dies der Fall, ist zu untersuchen, ob diese kompetenzrechtliche Einnahmenerheblichkeit die Grenzen des Zulässigen überschreitet. Weil die Kompetenzordnung nicht auf strikte Überschneidungs- und Übergriffsfreiheit, sondern auf eine materielle Kompetenzeneinheit angelegt ist, werden die kompetenzrechtlich begründeten Kompetenzausübungsschranken erst bei einer bestimmten Übergriffsintensität überschritten. Die zulässige Übergriffsintensität

---

<sup>100</sup> Ausführlich *Kube*, Finanzgewalt und Kompetenzübergreif, im Erscheinen, § 5 A II 3 a.

konkretisiert sich nach Maßgabe verschiedener Unterkriterien. Von hoher Bedeutung dabei wiederum die Maßnahmefinalität und -intensität, daneben die Frage, ob gebietskörperschaftseigene oder -fremde Einnahmenkompetenzen berührt werden und ob von einer bereits bestehenden Ausgestaltung einer anderen Gebietskörperschaft abgewichen wird. Vor allem im Hinblick auf den – im Vergleich zu den Steuereinnahmen – relativ geringen Umfang der effektiven staatlichen Einnahmen durch die Aufgabenbetrauungen nach § 88 Abs. 1 TKG, §§ 3 ff. EEG und §§ 130 f. SGB V verstoßen die Einnahmewirkungen dieser Betrauungen, jedenfalls nach gegenwärtiger Vollzugspraxis, nicht gegen die Kompetenzausübungsschranken aus den Art. 105 ff. GG.

- 59 Während es bei der grundrechtlichen Prüfung auf die finanzielle Belastung jedes einzelnen Grundrechtsträgers ankommt, zielt die kompetenzrechtliche Prüfung damit auf eine Gesamtschau des Ertragsumfangs. Darüber hinaus erlaubt die grundrechtliche Prüfung eine Abwägung mit den jeweils verfolgten Gemeinwohlzielen, während diese Ziele bei der Frage nach den Zulässigkeitsgrenzen des Kompetenzübergreifens unerheblich sind. Der Abstimmung zwischen den Kompetenzteilordnungen ist das grundrechtstypische Eingriffs- und Rechtfertigungsdenken fremd.

### (3) Finanzverfassungsrechtliche Unerheblichkeit

- 60 Effektive Einnahmewirkungen sind danach bei der verfassungsrechtlichen Prüfung einer staatlichen Maßnahme mitzuberücksichtigen<sup>101</sup>. Freilich können sich diese Wirkungen im Einzelfall auch im Bagatellbereich bewegen. Derartige Bagatellfälle dürften sogar sehr häufig sein, weil viele staatliche Ausgestaltungen zumindest geringfügig finanziell belastend wirken. Man denke an den gesetzlich veranlaßten Gang zum Bürgeramt, etwa zur Verlängerung der Geltungsdauer des Personalausweises. Benutzt der Bürger dabei die Straßenbahn, hat er die entstehenden Kosten selbst zu tragen. Während in diesem Fall mangels entsprechender Finalität schon das Vorliegen einer Aufkommenswirkung fraglich ist, erscheinen die Kosten doch jedenfalls nach Maßgabe der Grundrechte und der Kompetenzordnung als unerheblich. Der Fall zeigt, wie verfehlt es wäre, darum bemüht zu sein, jegliche Belastung des Bürgers finanzverfassungsrechtlich zu ökonomisieren.

#### c. Finanzverfassungsrechtliche Begleitung zunehmender Aufgabenprivatisierung

- 61 Der Tatbestand der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne dient somit dazu, eine Form des staatlichen Bewirkens zu erfassen, die sodann anhand grundrechtlicher und kompetenzrechtlicher Maßstäbe zu prüfen ist. Die Einordnung einer Maßnahmewirkung als Einnahme im transferrechtlichen Sinne macht also auf die grundsätzliche finanzverfassungsrechtliche Erheblichkeit der Maßnahme aufmerksam,

---

<sup>101</sup> Beispielhaft steht hier die abstuftende Prüfung der sachlichen und der finanziellen Belastungswirkungen in BVerfGE 85, 226.

die aufgrund der formalen Einkleidung der Maßnahme ansonsten vielleicht unberücksichtigt geblieben wäre.

- 62 Die Dogmatik des staatlichen Transferrechts, hier in der Figur der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne, begleitet eine Entwicklung in den Formen der staatlichen Aufgabenerfüllung, die sich zunehmend in Kooperation zwischen Staat und Privaten ereignet. Das Finanzverfassungsrecht muß sich in seinen Anforderungen an dieses formeninnovative Bewirken anpassen, um seine Schutz- und Gewährleistungsfunktionen weiter erfüllen zu können. Es darf den Ausgestaltungen des Aufgabenrechts nicht „hinterherhinken“, sondern muß sie die Grenzen weisen; dies umso mehr, als diese Ausgestaltungen nicht allein zur Effizienzsteigerung, sondern auch zur verdeckten Lastenverlagerung gewählt werden<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Komplementär zum Tatbestand der staatlichen Einnahme im transferrechtlichen Sinne steht der Tatbestand der staatlichen Ausgabe im transferrechtlichen Sinne. Die Untersuchung dieses Tatbestandes bedarf einer eigenen Untersuchung.