

Univ.-Professor Dr. jur. Dirk Heckmann

Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sicherheits- und Internetrecht

Direktor der Forschungsstelle für Rechtsfragen der

Hochschul- und Verwaltungsmodernisierung

Universität Passau

Gutachterliche Stellungnahme

zum Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und Bündnis 90/Die Grünen

**Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk
der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS-Gesetz - BDBOSG)**

BT-Drs. 15/5575

Passau, den 24.6.2005

www.rehmo.org

heckmann@uni-passau.de

Executive Summary

1. Der Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOSG) sieht eine Beteiligung der Länder bei der Aufgabenerfüllung der zu errichtenden Anstalt nur in geringem Umfang vor. Zwar bleibt es dem Bund grundsätzlich unbenommen, für *seine* Sicherheitsbehörden ein einheitliches (digitales) Funknetz aufzubauen und zu betreiben. Allerdings ist eine isolierte Kommunikation mittels Digitalfunk allein zwischen Bundesbehörden zu sicherheitsrechtlichen Zwecken weder sinnvoll noch beabsichtigt. Auch ein stufenweiser Ausbau (erst Bund, dann Länder) berührt die Länderinteressen von Beginn an. Denn sollte der Bund dementsprechend ohne weitere verpflichtende Abstimmung mit den Ländern mit der Errichtung eines entsprechenden Netzes zu eigenen Zwecken beginnen, würden im folgenden die Länder einem **faktischen „Anschluss- und Benutzungszwang“** an die dann etablierte Funktechnik unterliegen.

2. Die **Präjudizierung der Länderanteile** am Digitalfunk lässt sich insbesondere an der umfassenden Staatsaufgabe Sicherheit und den offensichtlichen Wechselwirkungen zwischen technischen Rahmenbedingungen, Organisation und Inhalt behördlicher Kommunikation festmachen.

a) **Sicherheit** kann angesichts multipler, im einzelnen kaum fassbarer Gefährdungslagen nur noch im Zusammenwirken und in Abstimmung nationaler (und transnationaler) staatlicher Aufgabenträger geschaffen werden. Grundvoraussetzung für ein funktionierendes Zusammenwirken der zuständigen Behörden ist dabei ausreichende Information und Kommunikation. Dafür bedarf es einheitlicher Kommunikationsmittel und einer funktionierenden technischen Infrastruktur. Die *Nutzung* dieser Kommunikationsmittel durch die Länder dient dann jedenfalls der Erfüllung ihrer ureigensten Aufgabe zur Gefahrenabwehr. Insoweit hängt von dem Bestehen übergreifender technischer Kommunikationsmittel wie einem einheitlichen digitalen Funknetz auch die **Befähigung der jeweiligen Nutzer zur eigenen Aufgabenerfüllung** ab. Diesbezüglich ist also eine strikte kompetenzielle Abschichtung nach Zuständigkeitsbereichen zwischen Bund und Ländern bei der Schaffung technischer Rahmenbedingungen für eine umfassende Kommunikation verfehlt. Angesichts der sachlich stets immanenten Erfüllung von Sicherheitsaufgaben, kann die Schaffung und Aufrechterhaltung der technisch-kommunikativen Rahmenbedingungen nicht trennscharf von deren Zweck, der (gemeinsamen) Nutzung durch die Sicherheitsbehörden, abgegrenzt werden. Dem Wesen einer Zusammenarbeit würde es aber widersprechen, wenn der Bund den Ländern ohne deren Mitwirkung faktisch eine bestimmte Art der Kommunikationsform vorschreiben könnte.

b) Auch losgelöst von der Aufgabe der Zusammenarbeit bei der Gefahrenabwehr, kann die isolierte Schaffung der technischen Rahmenbedingungen keinem Kompetenzträger ohne Einflussnahme auf fremde Verwaltungsaufgaben zugeordnet werden. So hat die Bereitstellung eines digitalen Funknetzes unter Definition bestimmter technischer Standards tiefgreifende

Auswirkungen auf die behördlichen Nutzer. Die Behördenorganisation muss etwa den technischen Rahmenbedingungen angepasst werden, die weitere technische Ausstattung mit (kompatiblen) Kommunikationsmitteln wird determiniert usw.

c) Bei einer Kompetenzausübung durch den Bund ist daher zu beachten, dass durch die **Regulierung des technischen Rahmens** immer die Möglichkeit einer faktischen oder mittelbaren Einflussnahme besteht: Wer die technische Verbreitung von Informationen beherrscht, kann stets auch deren Inhalt kontrollieren. Diese grundsätzliche Möglichkeit der Einflussnahme ist der grundgesetzlichen Kompetenznorm immanent. Eine (rechtliche) Trennung zwischen technischem und inhaltlichem Rahmen wird insoweit nur möglich sein, wenn die Aufgabenwahrnehmung durch den Bundes entsprechend **konkret** beschrieben wird. Ob die bisherige gesetzliche Aufgabenumschreibung der Bundesanstalt dem genügt, ist dagegen zweifelhaft.

3. Ausgangspunkt einer Betrachtung der **Gesetzgebungskompetenzen** ist Art. 73 Nr. 7 GG, der eine ausschließliche Bundeskompetenz für den Bereich der Telekommunikation vorsieht. Die Errichtung und der Betrieb des Netzes fallen unter die technische Seite der Telekommunikation und entsprechend damit im Grunde der Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Nr. 7 GG. In diesem Sinne liegt die Annahme einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz zur Errichtung eines digitalen Funknetzes für die BOS nahe.

Bedenken können sich aber aus der speziellen inhaltlichen Aufgabenzuweisung des zu schaffenden Netzes als spezielles Kommunikationsnetz der Sicherheitsbehörden ergeben, das mit hin nicht dem Bereich der allgemeinen Massenkommunikation zuzuordnen ist. Es stellt sich die Frage, ob insoweit nicht vielmehr auf eine Annexkompetenz zu den speziellen sachbezogenen Regelungskompetenzen des Bundes und der Länder für die jeweiligen Sicherheitsbehörden zurückzugreifen ist. Dies würde bedeuten, dass die Gesetzgebungskompetenzen für die Errichtung der Netze nicht einheitlich dem Bund zuzuordnen ist, sondern partiell – bezogen auf die beteiligten Sicherheitsbehörden – in den Bereich der Landesgesetzgebungskompetenzen fällt („Polizeirecht ist Ländersache“).

Der Bund kann bei einer Kompetenzzuweisung auch für eigene Kommunikationszwecke in Annex zu den „bundespolizeilichen“ Belangen ein digitales Funknetz für *seine* Behörden errichten, wie es § 2 BDBOSG fordert. Allerdings werden hinsichtlich des Bezugs zur Aufgabe der Gefahrenabwehr die möglichen faktischen Beeinträchtigungen der Länder bei einem unkoordinierten Vorgehen des Bundes deutlicher und die möglichen Beschränkungen, denen der Bund deshalb unterliegt, fassbarer.

4. Die Errichtung der Bundesanstalt wird hinsichtlich der **Verwaltungskompetenzen** auf die Grundlage des Art. 87 Abs. 3 GG gestützt. Grundsätzlich ist die Errichtung einer Bundesanstalt aufgrund der Verbindung mit der Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Nr. 7 GG möglich. Bedenken bestehen allerdings aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung der Telekommunikationsverwaltung in Art 87f GG. Insoweit müsste auch der Aufbau eines Digitalfunknetzes in *bundeseigener* Verwaltung durchgeführt werden.

Eine letztverbindliche Antwort auf die Frage der Zuordnung von Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenzen wird hier angesichts des politischen Konsenses über die Errichtung einer Bundesanstalt zurückgestellt.

5. Der Aufbau und Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems greift nach jeder Betrachtungsweise in den Kompetenz- und Zuständigkeitsbereich von Bund und Ländern ein, weil sich technische, sicherheitsrechtliche und administrative Fragestellungen nicht entsprechend der Kompetenzordnung des Grundgesetzes trennen lassen. In diesem Sinne ist eine Zusammenarbeit der beteiligten Aufgabenträger unumgänglich, die sich allerdings aufgrund der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten und der faktischen Herausforderungs- und Bedürfnislagen nicht eindeutig in ein festgefügtes allgemeingültiges und konkret ausgestaltetes rechtliches System einordnen. Vielmehr ist es erforderlich auf der Grundlage eines flexiblen, den Umständen und Bedürfnissen der konkreten Kooperationslage angepassten Regelungsmechanismus ein Gesamtsystem der gegenseitiger Rechte und Pflichten zu betrachten.

Die rechtliche Grundlage einer solchen Zusammenarbeit ist der verfassungsrechtliche **Grundsatz der Bundestreue**. Dieser begründet, sowohl für den Bund, als auch für die Länder, eine wechselseitige und dauerhaft zu beachtende „Kompetenzausübungsschranke“ und ein „verfahrensgestaltendes Prinzip“. Dies ist insbesondere dort der Fall, wo Bund und Länder bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf der Grundlage und vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Organisationsstruktur und Kompetenzverteilung „unmittelbar aufeinander angewiesen sind bzw. von der Mitwirkung der jeweils anderen Seite abhängig sind“. Dies gilt nach den obigen Ausführungen gerade für die besondere Verbindung von Sicherheitsarchitektur und Telekommunikation.

a) Es bedarf daher gegenseitiger Rücksichtnahme bei dem Gebrauch der je eigenen Kompetenzen in einem mehrstufigen Annäherungsprozess:

- Auf der ersten Stufe steht insoweit die **Verbindung von technischen und sicherheitsrechtlichen Fragestellungen**, mithin der Konnex zwischen Kommunikationsplattform und Kommunikationszweck.
- An zweiter Stelle stehen die **Erfordernisse einer umfassenden und einheitlichen technischen Ausgestaltung** des digitalen Sprech- und Datenfunksystems.
- An dritter Stelle stehen **administrative Erfordernisse der Sicherheitsgewährleistung**. Sicherheit ist ein Einheitskonzept.

Die effektive Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben, insbesondere die effektive Nutzbarkeit des digitalen Funknetzes setzt – vor dem Hintergrund dieser drei Gemengelagen - eine abgestimmte Ausübung der materiellen Kompetenzen der Sicherheitsgewährleistung, mithin der praktischen Bedürfnisse der Sicherheitsbehörden des Bundes, aber auch und insbesondere der Länder und der technischen Ausgestaltung des digitalen Funknetzes voraus. Die Herstellung

eines solchen einheitlichen und übergreifenden Funknetzes kann daher nur funktionieren, wenn die beiderseitigen Handlungsbefugnisse kooperativ und in gegenseitiger Rücksichtnahme ausgeübt werden, bzw. diese Zusammenarbeit durch die Schaffung geeigneter institutioneller und verfahrensrechtlicher Regelungen gewährleistet wird.

b) In diesem Sinne ist es auch das im Beschluss der Innenministerkonferenz vom 18. März 2005 und in der sog. „Dachvereinbarung“ vom 24. März 2004 zum Ausdruck kommende übereinstimmende Ziel des Bundes und der Mehrheit der Länder das digitale bundesweit einheitliche digitale Sprech- und Datenfunksystem im Wege eines **gemeinsamen, kooperativen Zusammenwirkens** aufzubauen.

c) Die Schaffung einer dauerhaft institutionalisierten Verbindung von Bundes- und Landesverwaltung, welche die grundsätzlich abschließenden Grenzen der in den Artikeln 83 ff. GG normierten Verwaltungsorganisationstypen überwindet, ggf., etwa im Sinne einer übergreifenden Gesamtorganisation zur Erfüllung einer „Gemeinschaftsaufgabe Digitalfunk“, scheidet zwar aus; verfassungspolitisch erwägenswert wäre insoweit eine Grundgesetzänderung mit **Schaffung eines neuen Art. 91c GG** („Gemeinschaftsaufgabe Kommunikationstechnologie für Sicherheitszwecke“).

6. Der vorliegende Gesetzentwurf weist, trotz der ausweislichen Betonung des Ziels einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung, hinsichtlich des soweit **erforderlichen Ausgleichs von Bundes- und Landesinteressen** erhebliche Bedenken auf. Die effektive Gestaltung einer Zusammenarbeit in Entsprechung mit den Grundsätzen der Bundestreue setzt zunächst voraus, dass eine tragfähige und hinreichend konkrete verlässliche Grundlage für den Kooperationsprozess geschaffen wird, welcher die grundsätzlichen Strukturen der gemeinsamen Aufgabenbewältigung, insbesondere aber die Grenzen und dem Umfang der jeweiligen Aufgabenbereiche und die wechselseitigen Einflussmöglichkeiten, namentlich die Beteiligungs- und Einflussmöglichkeiten der Länder klar umreißt.

a) Der Gesetzentwurf trifft diese notwendigen Festlegungen an vielen Stellen nicht.

Bereits die **Aufgabennorm** des § 2 BDBOSG bleibt insoweit unklar.

Ebenso findet sich im Gesetz trotz der Annahme, dass es sich um ein gemeinsames Projekt von Bund und Ländern handelt, keine detaillierte Regelung hinsichtlich der **Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte der Länder**. Dies gilt insbesondere für die konkrete Rechts- und Aufgabenstellung der Organe, namentlich für die Zusammensetzung und Stimmgewichtung im Verwaltungsrat und die Aufgaben- und Befugnisverteilung zwischen Verwaltungsrat und Präsident, die in den §§ 3-5 des BDBOSG nur rudimentär geregelt sind.

Soweit hinsichtlich der fehlenden Regelungen auf das gemäß § 7 BDBOSG abzuschließende **Verwaltungsabkommen** bzw. auf die gemäß § 8 BDBOSG zu verabschiedende Satzung verwiesen wird, reicht diese Verweisung nicht aus. Eine hinreichende Beteiligung der Länder an dem Aufbau des Netzes ist nach dem gegenwärtigen Regelungsstand durch den Abschluss

eines Verwaltungsabkommens nicht gesichert. So ist der Beginn des Aufbaus des Rumpfnetzes nicht an den Abschluss des Verwaltungsabkommens gekoppelt. Dies birgt die Gefahr in sich, dass die Länderinteressen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Abkommen, insbesondere bei verzögerten, weil streitigen Verhandlungen, faktisch keine Berücksichtigung mehr finden können. Denn der Bund hat zu diesem Zeitpunkt bereits mit dem Ausbau seines Rumpfnetzes begonnen. Somit sind die Länder auf der Grundlage technischer Machbarkeitsüberlegungen und unter dem Aspekt gewollter Einheitlichkeit gezwungen, die insoweit geschaffenen Vorgaben des Bundes zu übernehmen.

b) Die Schaffung eines multilateralen Verwaltungsabkommens mit **zeitlich gestufter Beitrittsmöglichkeit der Länder** wirft auch die Frage auf, wie die Interessen aller beteiligten – auch der später beitretenden - Länder berücksichtigt werden. Dies besonders angesichts einer technischen und rechtlichen Präjudizierung hinsichtlich des Aufbaus des Funknetzes und der Gestaltung der Bundesanstalt. Durch die zeitliche Verzögerung laufen die vorgesehenen Beteiligungsrechte weitestgehend leer und werden damit Makulatur.

c) In diesem Sinne gebietet es die Bundestreue das Verwaltungsabkommen bereits vor der Schaffung der Bundesanstalt, jedenfalls aber vor Beginn des Netzaufbaus und der Netzplanung unter **Beteiligung eines ausreichenden Quorums an Ländern** im Sinne ausreichender Repräsentation abzuschließen. Die hier vorgesehene Regelung bietet der Bundesanstalt die Möglichkeit – unter Umgehung der politischen Vorgaben - gegen den Willen der Mehrheit der Länder ein digitales Funknetz aufzubauen, dem sich die Länder schließlich aus rein praktischen Erwägungen anzuschließen haben.

7. Der Gesetzentwurf berücksichtigt daher in unzureichendem Maße die Stellung der Länder als Träger der allgemeinen Aufgaben zur **Gewährleistung der Innern Sicherheit im Bundesstaat**. Die zu schaffenden Telekommunikationsstrukturen sind kein Selbstzweck, sondern müssen dem Kommunikationsbedarf, hier der Aufgabenwahrnehmung der Länder im Sicherheitsbereich und den daraus resultierenden Länderbedürfnissen Rechnung tragen. Dieser Konnex wird vielfach mit dem Begriff der „dienenden Funktion“ der technischen Telekommunikationsstrukturen beschrieben. Aus diesen Abhängigkeiten resultieren in der Folge Rücksichtnahmepflichten bei der Wahrnehmung der entsprechenden Gestaltungskompetenzen im technologischen Bereich. In diesem Sinn muss die Mitwirkung der Länder bei der Verwirklichung des digitalen Funknetzes gewährleistet sein. Die Schaffung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten stellt insoweit ein adäquates Mittel zur Abschwächung des bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen der rechtlichen und faktischen Trennung der unterschiedlichen Kompetenzbereiche und – vor dem Hintergrund der Federführung des Bundes in der Bundesanstalt – der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf der einen Seite und dem Bedürfnis zur Überwindung der bereits dargestellten Gemengelagen im Interesse effektiver Sicherheitsgewährleistung dar.

A. Problembeschreibung

I. Ausgangslage

Zur Wahrnehmung der Interessen von Bund und Ländern soll eine Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOS) gegründet werden. Nach dem gegenständlichen Gesetzesentwurf soll dabei die Federführung der Bund (durch die Schaffung eines Rumpfnetzes [50 % Netzabdeckung]) übernehmen, dem sich die Länder durch den Ausbau des Netzes anschließen können und sollen. Im Wesentlichen lässt sich das Gesetzesvorhaben wie folgt zusammenfassen:

1. Das BDBOSG wird auf die Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes gem. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG i.V.m. Art. 73 Nr. 7 GG gestützt.
2. Nach § 2 Abs. 1 BDBOSG hat die Bundesanstalt die Aufgabe, ein bundesweit einheitliches digitales Sprech- und Datenfunksystem (Digitalfunk BOS) aufzubauen und zu betreiben.
3. Gemäß der Gesetzesbegründung¹ ist die Bundesanstalt Aufgabenträgerin für die Bundesaufgaben des Digitalfunk BOS und übernimmt nach Maßgabe eines Verwaltungsabkommens die Wahrnehmung der entsprechenden Aufgaben für die Länder. Mit dem Beitritt der Länder zu dem Verwaltungsabkommen sollen diese über den Verwaltungsrat Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte in der Bundesanstalt erhalten.
4. § 7 BDBOSG sieht vor, dass in dem Verwaltungsabkommen insbesondere Bestimmungen zur Aufgabenwahrnehmung durch die Bundesanstalt im Auftrag der Länder, zur Beteiligung der Länder an dem Aufbau, der Erweiterung, dem Betrieb des Funksystems, zu seiner Nutzung und Finanzierung getroffen werden sollen.

II. Mangelnde Mitentscheidungsbefugnisse der Länder? – Das Problem eines faktischen „Anschluss und Benutzungszwanges“

Der Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BDBOSG) sieht eine Beteiligung der Länder bei der Aufgabenerfüllung der zu errichtenden Anstalt nur in geringem Umfang vor.

Unabhängig davon, ob eine entsprechend institutionalisierte Berücksichtigung der Interessen der Länder aus verfassungsrechtlichen Gründen zwingend geboten ist, kann eine weitergehende Beteiligung der Länder nicht schon mit der Argumentation zerstreut werden, das Gesetz nehme nur auf Gegenstände Bezug, die der Kompetenz des Bundes unterfielen:

Nach § 2 Abs. 1 BDBOSG hat die Bundesanstalt die Aufgabe, ein bundesweit einheitliches digitales Sprech- und Datenfunksystem aufzubauen und zu betreiben. Dieses System soll den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben des Bundes zur Verfügung stehen so-

¹ S. Begründung zum BDBOSG unter Punkt A. I.

wie, nach Maßgabe eines Verwaltungsabkommens, den Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben der Länder. Insoweit könnte man meinen, die Aufgabenerfüllung nach Maßgabe des BDBOSG erfolge rein zu Zwecken der Ausfüllung von Bundeskompetenzen. Soweit es um Regelungsmaterien der Länder ginge, enthielte sich das Gesetz und sehe für eine einheitliche Aufgabenerfüllung von Bund und Ländern lediglich eine Art Öffnungsklausel in § 7 BDBOSG vor, die einer Ausfüllung durch ein Verwaltungsabkommen bedarf, das von den Beteiligten einvernehmlich zu schließen ist.

Dieser Eindruck täuscht indessen. Natürlich bleibt es dem Bund grundsätzlich unbenommen, für *seine* Sicherheitsbehörden ein einheitliches (digitales) Funknetz aufzubauen und zu betreiben. Auf welchen Kompetenztitel sich der Bund bei einem derartigen Vorhaben zu stützen vermag, kann dabei an dieser Stelle noch dahinstehen. Allerdings ist eine isolierte Kommunikation mittels Digitalfunk allein zwischen Bundesbehörden zu sicherheitsrechtlichen Zwecken weder sinnvoll noch beabsichtigt. Unstreitig soll durch Einführung eines digitalen Funknetzes eine ausfall- und datensichere Kommunikationsmöglichkeit zwischen Sicherheitsbehörden aller Ebenen eröffnet werden, wie dies auch in der einleitenden Begründung des Gesetzesentwurfs dargestellt wird.² Dass bei dieser gebotenen Sichtweise auch Sachkompetenzen der Länder berührt sind, dürfte im Grundsatz außer Frage stehen. Den daraus resultierenden Abstimmungs- und Koordinierungsbedarf aber ausschließlich einem noch zu fassenden Verwaltungsabkommen zu überantworten, wird der gegenständlichen Problematik nicht gerecht, wenn zur Kommunikation auf bundesbehördlicher Ebene ohne Länderbeteiligung durch die Bundesanstalt ein einheitliches digitales Sprech- und Datenfunksystem aufgebaut und betrieben werden darf. Denn sollte der Bund dementsprechend ohne weitere verpflichtende Abstimmung mit den Ländern mit der Errichtung eines entsprechenden Netzes zu eigenen Zwecken beginnen, würden im folgenden die Länder einem **faktischen „Anschluss- und Benutzungszwang“** an die dann etablierte Funktechnik unterliegen.

Der Aufbau eigener Kommunikationsmittel in Konkurrenz zu den bundesrechtlichen Standards scheidet als Alternative bereits wegen des übergreifenden Kommunikationsbedarfs der Sicherheitsbehörden aus, wäre überdies ineffektiv und die dabei aufzuwendenden finanziellen Mittel wären nicht zu rechtfertigen. Somit wären die Länder durch die Wahrnehmung von Bundeskompetenzen mittelbar auch in ihrem Zuständigkeitsbereich beschnitten. Die Betroffenheit, die dadurch vermittelt wird, ist evident.

Diese lässt sich insbesondere an der umfassenden Staatsaufgabe Sicherheit und den offensichtlichen Wechselwirkungen zwischen technischen Rahmenbedingungen, Organisation und Inhalt behördlicher Kommunikation festmachen.

² S. Begründung zum BDBOSG unter Punkt A.

1. Blickwinkel Gefahrenabwehr: Erfüllung von Sicherheitsaufgaben

Im Hinblick auf die heute bestehenden äußeren und inneren Gefährdungslagen bedarf die Notwendigkeit effektiver Gewährleistung von Sicherheit als „traditioneller Kernbestand“ des Rechtsstaates keiner besonderen Herausstellung. Die Schaffung Innerer Sicherheit ist von Verfassung wegen Aufgabe des Staates, die er mit seinen Institutionen Polizei und Justiz zu erfüllen hat. Die Öffentliche Sicherheit ist im 21. Jahrhundert – national und transnational – durch besondere – neuartige – Gefahrenquellen bedroht. Diese resultieren vor allem aus gefährlichen Krankheiten und Seuchen, aus ökologischen Fehlentwicklungen und ihren Folgen (Naturkatastrophen), aus biologisch riskanten Experimenten (Gentechnologie), aus technischen Systemen (Kernkraftwerke, Informationstechnik) sowie aus besonders schweren Formen der Kriminalität. Umfasst die „Innere Sicherheit“ als Schutzgegenstand der Sicherheitsbehörden querschnittsartig die Sicherheitsfelder aus dem Kreis interner Stabilitätsbereiche, die in die sachliche Zuständigkeit der Polizei-, Verfassungsschutz- und Katastrophenschutzbehörden fallen, hat dieser Bereich nicht zuletzt durch die Terroranschläge des 11. Septembers eine neue – transnationale – Dimension erfahren, was die auf internationaler Ebene geschaffenen mannigfachen Sicherheitsverbundsysteme faktisch belegen. Die Interdependenzen der Sicherheitsfelder („äußere und innere“) und die Idee transnationaler Sicherheitsverbundsysteme prägen die Strukturen der aktuellen Sicherheitsgesetzgebung nachhaltig. Dass sich die aufgezeigten Gefährdungspotentiale nicht an Landesgrenzen oder vordefinierte Zuständigkeitsbereiche einzelner Behörden halten, braucht nicht weiter ausgeführt werden. Sicherheit kann angesichts dieser multiplen, im einzelnen kaum fassbaren, Gefährdungslagen nur noch im Zusammenwirken und in Abstimmung nationaler (und transnationaler) staatlicher Aufgabenträger geschaffen werden. Grundvoraussetzung für ein funktionierendes Zusammenwirken der zuständigen Behörden ist dabei ausreichende Information und Kommunikation. Dafür bedarf es einheitlicher Kommunikationsmittel und einer funktionierenden technischen Infrastruktur.

Die *Nutzung* dieser Kommunikationsmittel durch die Länder dient dann jedenfalls der Erfüllung ihrer ureigensten Aufgabe zur Gefahrenabwehr. Insoweit hängt von dem Bestehen übergreifender technischer Kommunikationsmittel wie einem einheitlichen digitalen Funknetz auch die Befähigung der jeweiligen Nutzer zur eigenen Aufgabenerfüllung ab (jedenfalls dann, wenn man nicht auf lange Zeit die bisherige Kommunikationsinfrastruktur parallel aufrechterhalten und nutzen will, was zumindest gegenüber den Bundesbehörden mit „Digitalanschluss“ unmöglich erscheint). Diesbezüglich ist also eine strikte kompetenzielle Abschichtung nach Zuständigkeitsbereichen zwischen Bund und Ländern bei der Schaffung technischer Rahmenbedingungen für eine umfassende Kommunikation verfehlt. Angesichts der sachlich stets immanenten Erfüllung von Sicherheitsaufgaben, kann die Schaffung und Aufrechterhaltung der technisch-kommunikativen Rahmenbedingungen nicht trennscharf von deren Zweck, der (gemeinsamen) Nutzung durch die Sicherheitsbehörden, abgegrenzt werden. Übergeordnetes Ziel ist die Gewährleistung staatlicher Sicherheit. Dies ist aber im we-

sentlichen Aufgabe der Länder. Gerade die Zusammenarbeit der im Sicherheitsbereich zuständigen Behörden muss durch die Schaffung einer einheitlichen technischen Infrastruktur gefördert werden. Dem Wesen einer Zusammenarbeit würde es aber widersprechen, wenn der Bund den Ländern ohne deren Mitwirkung faktisch eine bestimmte Art der Kommunikationsform vorschreiben könnte.

2. Blickwinkel Telekommunikation: Keine Trennung von Kommunikationstechnik und -inhalt

Auch losgelöst von der Aufgabe der Zusammenarbeit bei der Gefahrenabwehr, kann die isolierte Schaffung der technischen Rahmenbedingungen keinem Kompetenzträger ohne Einflussnahme auf fremde Verwaltungsaufgaben zugeordnet werden. So hat die Bereitstellung eines digitalen Funknetzes unter Definition bestimmter technischer Standards tiefgreifende Auswirkungen auf die behördlichen Nutzer. Die Behördenorganisation muss etwa den technischen Rahmenbedingungen angepasst werden, die weitere technische Ausstattung mit (kompatiblen) Kommunikationsmitteln wird determiniert usw.

Zudem kann die Regulierung technischer Aspekte stets auch zu einem mittelbaren Eingriff in den Bereich der Inhalte führen. Da der Bund nach dem BDBSOG auf diesem Wege erhebliche Einflussmöglichkeiten besitzt, muss die technische Seite eines Vorgangs auch immer in Einheit mit inhaltlichen Fragen gesehen werden. Diese „Verflechtung“ zweier rechtlich getrennter Bereiche wird vor allem bei einem Vergleich zum „klassischen“ Telekommunikationsrecht (i.S.d. Art. 73 Nr. 7 GG) deutlich: Hier besteht eine zunehmende Verflechtung mit dem Bereich „Medienrecht“, also dem inhaltlichen Rahmen von Informationen (Konvergenz der Mediendienstleistungen). Bei einer Kompetenzausübung durch den Bund ist daher zu beachten, dass durch die Regulierung des technischen Rahmens immer die Möglichkeit einer faktischen oder mittelbaren Einflussnahme besteht: Wer die technische Verbreitung von Informationen beherrscht, kann stets auch deren Inhalt kontrollieren. Diese grundsätzliche Möglichkeit der Einflussnahme ist der grundgesetzlichen Kompetenznorm immanent. Eine (rechtliche) Trennung zwischen technischem und inhaltlichem Rahmen wird insoweit nur möglich sein, wenn die Aufgabenwahrnehmung durch den Bundesentscheidungskörper entsprechend konkret beschrieben wird. Ob die bisherige gesetzliche Aufgabenumschreibung der Bundesanstalt dem genügt, ist dagegen zweifelhaft.

B. Gesetzgebungszuständigkeit und Verwaltungskompetenzen

I. Gesetzgebungskompetenzen

1. Art. 73 Nr. 7 GG „Telekommunikation“

Ausgangspunkt einer Betrachtung der Gesetzgebungskompetenzen ist Art. 73 Nr. 7 GG, der eine ausschließliche Bundeskompetenz für den Bereich der Telekommunikation vorsieht. Legt man das – umfassend erscheinende – Begriffsverständnis der Telekommunikation als „alle derzeitigen und künftigen Formen der Individual- und Massenkommunikation sowie Zwischenformen, wie Abruf- und Zugriffsdienste, die herkömmlichen Fernmeldedienste, wie Fernsprech- und Fernschreibdienste, Telegraphie, Funkdienste, terrestrische Rundfunkübertragungen, aber auch Kabel- und Satellitenrundfunk“³ auf der Grundlage der „Übermittlung von Information auf fernmeldetechnischem Wege, also mittels elektromagnetischer Schwingungen, analog oder digital, leitungsgebunden oder drahtlos“⁴ zugrunde, so umfasst die Gesetzgebungskompetenz des Artikel 73 Nr. 7 GG – unter Berücksichtigung der Beschränkung auf die fernmeldetechnische Seite durch das 1. Rundfunkurteil des BVerfG⁵ – die Regelungskompetenz für die technische Errichtung eines bundesweiten digitalen Sprech- und Datenfunksystems. Aufgabe der zu errichtenden Bundesanstalt ist die gem. § 2 des Gesetzesentwurfes der Aufbau und der Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems für Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben. Die Errichtung und der Betrieb des Netzes fallen unter die technische Seite der Telekommunikation und entsprechend damit im Grunde der Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Nr. 7 GG. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zum Fernmeldewesen umfasst die Bundeskompetenz auch die Festlegung der Standorte und der Sendestärke der Sender nach funktechnischen Gesichtspunkten, die Zuteilung bestimmter Wellenbereiche an die Sender, die Abstimmung auf die Frequenzen anderer Sender, und die Vorsorge, dass die Ausstrahlung und der Empfang der Sendungen nicht durch andere Fernmeldeanlagen und andere elektrische Einrichtungen gestört wird.⁶ Dies umfasst damit die technischen Voraussetzungen, deren Regelung für einen geordneten Ablauf des Betriebs der Rundfunksender und des Empfangs ihrer Sendungen unerlässlich ist.⁷ Die Kompetenz des Bundes beginnt mit der Übermittlung der sendefertigen Ton- und Bildsignale (nicht einbezogen: Studioteknik) und endet mit dem Empfang der Sendung.⁸ Nach der Begründung des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung ist mit der Änderung des Wortlauts des Art. 73 Nr. 7 GG und der Einführung des Art. 87f GG keine Änderung des Umfangs der Bundeskompetenzen umfasst. Der Bund besitzt weiter die ausschließliche Kompetenz für

³ Degenhart, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 73, Rn 33.

⁴ Degenhart, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 73, Rn 32.

⁵ BVerfGE 12, 205 ff.

⁶ BVerfGE 12, 205 [227].

⁷ BVerfGE 12, 205 [227].

⁸ BVerfGE 12, 205 [227].

die Telekommunikation.⁹ In diesem Sinne liegt die Annahme einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz zur Errichtung eines digitalen Funknetzes für die BOS nahe.

Bedenken können sich insoweit aus der speziellen inhaltlichen Aufgabenzuweisung des zu schaffenden Netzes als spezielles Kommunikationsnetz der Sicherheitsbehörden ergeben, das mithin nicht dem Bereich der allgemeinen Massenkommunikation zuzuordnen ist. Es stellt sich die Frage, ob insoweit nicht vielmehr auf eine Annexkompetenz zu den speziellen sachbezogenen Regelungskompetenzen des Bundes und der Länder für die jeweiligen Sicherheitsbehörden zurückzugreifen ist. Dies würde bedeuten, dass die Gesetzgebungskompetenzen für die Errichtung der Netze nicht einheitlich dem Bund zuzuordnen ist, sondern partiell – bezogen auf die beteiligten Sicherheitsbehörden – in den Bereich der Landesgesetzgebungskompetenzen fällt.

2. Annexkompetenz zu bundespolizeilichen Kompetenzen

Sehr gut vertretbar erscheint es, eine Bundeskompetenz zur Schaffung eines digitalen Funknetzes als Annexkompetenz zu den bundespolizeilichen Kompetenznormen in Abgrenzung zur Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 7 GG herauszuarbeiten. Nur diese Kompetenzzuordnung wird dem übergeordneten Kommunikationszweck gerecht. Nach Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte des Art. 73 Nr. 7 GG ist jedenfalls eine umfassende Einbeziehung der allein zu staatlichen Zwecken der Gefahrenabwehr genutzten Telekommunikation nicht zwingend veranlasst. Bei der hierbei vorzunehmenden Abgrenzung zu den Gesetzgebungskompetenzen im Sicherheitsbereich scheint letzteren zumindest hinsichtlich des Kommunikationszweckes ein Vorrang zukommen zu müssen. Kommunikationstechnik und Kommunikationszweck sind vorliegend aneinander gekoppelt und bedingen sich gegenseitig, wobei dem Kommunikationszweck der Schwerpunkt zukommt, denn dieser bedingt die Kommunikationstechnik und nicht umgekehrt. Im Ergebnis würde eine isolierte Betrachtungsweise auch etwas gekünstelt wirken und dem tatsächlichen Hintergrund der Einführung eines einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystem nicht entsprechen.

Auch würde eine undifferenzierte Subsumtion unter dem Begriff „Telekommunikation“ nach Art. 73 Nr. 7 GG zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass selbst ein einzelnes Bundesland zu eigenen Zwecken, begrenzt auf das Territorium des jeweiligen Landes, kein Digitalfunknetz ohne Verstoß gegen die Bundeskompetenz aus Art. 73 Nr. 7 GG einführen könnte.

Bei Annahme einer Annexkompetenz würden die jeweiligen Zuständigkeiten zur Schaffung von Digitalfunknetzen durch Bund und Länder dagegen an die herkömmlichen Kompetenzen zur Gefahrenabwehr sinnfällig gekoppelt. Bewältigt wird aber auch bei einer solchen Betrachtungsweise die eigentliche Aufgabenstellung des BDBOSG, nämlich die Schaffung einer bundesweit *einheitlichen* Kommunikationsinfrastruktur freilich nicht.

⁹ BT-Drs. 12/7269, S. 4.

Der Bund kann jedenfalls aufgrund dieser Kompetenzzuweisung auch für eigene Kommunikationszwecke ein digitales Funknetz für seine Behörden errichten, wie es § 2 BDBOSG fordert. Allerdings werden hinsichtlich des Bezugs zur Aufgabe der Gefahrenabwehr die möglichen faktischen Beeinträchtigungen der Länder bei einem unkoordinierten Vorgehen des Bundes deutlicher und die möglichen Beschränkungen, denen der Bund deshalb unterliegt, fassbarer.

Im Ergebnis kann aber eine weitere Abschichtung der Gesetzgebungskompetenzen dahinstehen. Nach § 2 BDBOSG soll ein einheitliches digitales Funknetz zur ausschließlichen Nutzung durch Sicherheitsbehörden des Bundes errichtet werden. Hier steht dem Bund nach jeder Ansicht die erforderliche Gesetzgebungskompetenz zu. Eine gesetzlich verordnete Beitrittsverpflichtung der Länder ist nicht vorgesehen. Eine Nutzung des Netzes durch die Bundesländer soll vielmehr erst auf Grundlage eines Verwaltungsabkommens ermöglicht werden. Allerdings besteht insoweit die Gefahr eines verfassungswidrigen „faktischen Anschluss- und Benutzungszwanges“. An der grundsätzlichen Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes ändert dies allerdings nichts.

II. Verwaltungskompetenzen

Die Errichtung der Bundesanstalt wird auf die Grundlage des Art. 87 Abs. 3 GG gestützt. Grundsätzlich ist die Errichtung einer Bundesanstalt aufgrund der Verbindung mit der Gesetzgebungskompetenz des Art. 73 Nr. 7 GG möglich.

Bedenken bestehen allerdings aufgrund der spezialgesetzlichen Regelung der Telekommunikationsverwaltung in Art 87f GG. Dieser sieht in Art. 87f Abs. 2 S.2 GG vor, dass die Hoheitsaufgaben im Bereich der *Telekommunikation* im Sinne einer ausschließlichen Verwaltungskompetenz in obligatorischer bundeseigener Verwaltung, mithin nicht in mittelbarer Bundesverwaltung wie hier vorgesehen ausgeführt werden dürfen. Insoweit müsste auch der Aufbau eines Digitalfunknetzes in bundeseigener Verwaltung (etwa durch die RegTP) durchgeführt werden. Die Vorschrift des Art. 87f Abs. 2 S.2 GG ist – mit Blick auf die Vorbehaltsklausel des Abs. 3 GG – abschließend. Art. 87f Abs.3 GG ist dabei nicht einschlägig, bezieht es sich von seinem Wortlaut her nur auf Aufgaben, die in bezug auf die aus dem Sondervermögen Deutsche Bundespost hervorgegangenen Unternehmen wahrzunehmen sind.

Soweit man also auf eine Gesetzgebungskompetenz aus Art. 73 Nr. 7 GG abstellen wollte, scheint die Errichtung einer Bundesanstalt ausgeschlossen. Vielmehr müsste der gegenständliche Bereich im Rahmen bundeseigener Verwaltung bewältigt werden. Zu einem anderen Ergebnis käme man nur, wenn man auf eine Annexkompetenz des Bundes im Rahmen seiner Sicherheitszuständigkeiten verweisen wollte.

III. Zwischenergebnis

Eine zufriedenstellende und verfassungsrechtlich geforderte Lösung der aufgeworfenen Probleme kann nicht über die grundgesetzliche Kompetenzverteilung erfolgen:

Zwar geht das Verfassungssystem von einer grundsätzlichen Trennung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern aus, aufgrund der Besonderheiten der Kommunikation zur Gefahrenabwehr, bei denen es zu zahlreichen Überlagerungen im Rahmen der Regelungsmaterie kommt, ist es aber geboten, die beiderseitigen Handlungsbefugnisse kooperativ und in gegenseitiger Rücksichtnahme auszuüben. So zeigt sich beispielsweise schon bei der Frage, ob der Bund allein für seine Behörden den Aufbau eines einheitlichen digitalen Funknetzes bewerkstelligen könne, dass bei einem derartigen Vorhaben die vollendete Schaffung der technischen Rahmenbedingungen zumindest mittelbar-faktisch kompetenzbeeinträchtigende Auswirkungen auf genuine Aufgaben der Länder hat. Nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz muss daher nicht nur in materieller, sondern auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine Abstimmung zwischen Bund und Ländern erfolgen. Dogmatischer Ansatz dafür kann nur der verfassungsrechtliche **Grundsatz der Bundestreue** sein, wie nachfolgend ausgeführt werden soll.

C. Die notwendige Zusammenarbeit von Bund und Ländern unter besonderer Berücksichtigung von Beteiligungs- und Mitwirkungsrechten der Länder im Rahmen einer Bundesanstalt für den Digitalfunk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben

I. Die kooperative Zusammenarbeit von Bund und Ländern als zwingendes Erfordernis beim Aufbau und dem Betrieb eines Digitalfunknetzes für die BOS

Der Bund und die Länder verfolgen das Ziel, für die Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) ein bundeseinheitliches digitales Sprech- und Datenfunksystem einzuführen. Die konkrete Durchführung von Aufbau und Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems wird dabei bedingt durch die bundesstaatliche Kompetenz- und Zuständigkeitsordnung des Grundgesetzes. Danach stehen die Verwaltungsräume von Bund und Ländern grundsätzlich getrennt nebeneinander. Die jeweils zugewiesenen Aufgaben besitzen abschließenden und verbindlichen Charakter und sind insoweit - als grundsätzlich „nicht-dispositives“ Recht – grundsätzlich selbstständig und eigenverantwortlich mit eigenen sachlichen und personellen Mitteln zu erfüllen.¹⁰ Der Aufbau und Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems lässt sich jedoch nicht ohne Weiteres einem konkreten Kompetenz- und Zuständigkeitsbereich des bundesstaatlichen Organisationsgefüges der Bundesrepublik Deutschland zuordnen, sondern greift gleichzeitig und übergreifend in den Kompetenz- und Zuständigkeitsbereich von Bund und Ländern ein, indem er - sich überschneidende - technische, sicherheitsrechtliche und administrative Fragestellungen sowohl im Handlungsbereich der Länder als auch in dem des Bundes gleichermaßen berührt und in einem übergreifenden System zusammenfassen will.

Auf der *ersten Stufe* steht insoweit die Verbindung von technischen und sicherheitsrechtlichen Fragestellungen, mithin der Konnex zwischen Kommunikationsplattform und Kommunikationszweck. Die zu schaffenden Telekommunikationsstrukturen, also die technische Seite des Aufbaus eines einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems ist kein Selbstzweck, sondern muss dem Kommunikationsbedarf, hier der Aufgabenwahrnehmung der Länder im Sicherheitsbereich und den daraus resultierenden sachlichen Bedürfnissen Rechnung tragen.

An *zweiter Stelle* stehen die Erfordernisse einer umfassenden und einheitlichen technischen Ausgestaltung des digitalen Sprech- und Datenfunksystems. Danach ist es notwendig zu gewährleisten, dass das zu schaffende Rumpfnetz und der sich daran anschließende – nach Maßgabe der Verwaltungsabkommen zu schaffende – Ausbau des „Rest“-Netzes in den jeweiligen Ländern einheitlichen Standards genügt. Technische Konflikte beim sukzessiven Ausbau des bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems sind zu vermeiden.

¹⁰ Krüger/Siekmann, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 91a, Rn. 1; Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 84f.; Henneke/Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein: GG, vor Artikel 83, Rn. 1

An *dritter Stelle* stehen administrative Erfordernisse der Sicherheitsgewährleistung. Sicherheit ist ein Einheitskonzept. Es ist nur schwer möglich, die Sicherheitsbelange der Bundesrepublik Deutschland eindeutig auf unterschiedliche staatliche Ebenen zu verteilen. Vielmehr handelt es sich insoweit um eine – im Ergebnis - gemeinsame Aufgabe von Bund und Ländern. Diese Gemeinsamkeit der Aufgabenstellung, die sich – mit Blick auf ihre tatsächlichen Herausforderungen im Bereich der Kriminalitätsentwicklung - weder an bundesstaatliche Kompetenz- und Zuständigkeitsgrenzen, noch an die starre Einteilung einer formalen Behördenorganisation hält, bedingt eine kooperative Zusammenarbeit der unterschiedlichen Aufgabenträger auf allen Gebieten der Gewährleistung der Inneren Sicherheit. In diesem Sinne ist die Gestaltung der Sicherheitsarchitektur – auch im Bereich der technischen Grundlagen – den Bedürfnissen einer gemeinsam-zielführenden Aufgabenwahrnehmung anzupassen.

II. Gestaltungsformen einer kooperativen Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung des Grundsatzes der Bundestreue

Die effektive Wahrnehmung von Sicherheitsaufgaben, insbesondere die effektive Nutzbarkeit des digitalen Funknetzes setzt – vor dem Hintergrund dieser drei Gemengelagen - eine abgestimmte Ausübung der materiellen Kompetenzen der Sicherheitsgewährleistung, mithin der praktischen Bedürfnisse der Sicherheitsbehörden des Bundes, aber – vor dem Hintergrund ihrer allgemeinen grundgesetzlichen Verantwortung für die Gewährleistung der Inneren Sicherheit - auch und insbesondere der Länder und der technischen Ausgestaltung des digitalen Funknetzes voraus. Die Herstellung eines solchen einheitlichen und übergreifenden Funknetzes kann daher nur funktionieren, wenn die beiderseitigen Handlungsbefugnisse kooperativ und in gegenseitiger Rücksichtnahme ausgeübt werden, bzw. diese Zusammenarbeit durch die Schaffung geeigneter institutioneller und verfahrensrechtlicher Regelungen gewährleistet wird. Es gilt sicherzustellen, dass über die Wahrnehmung und Ausfüllung des eigenen Aufgabenbereiches hinaus, eine einheitliches, stimmiges und im Zusammenwirken dann auch funktionsfähiges digitales Funknetz entstehen kann. In diesem Sinne ist es auch das – im Beschluss der Innenministerkonferenz vom 18. März 2005 (Az.: VI C 6.3) und in § 1 der „Ver Vereinbarung zur Regelung der Zusammenarbeit beim Aufbau und Betrieb eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems für alle Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS) in der Bundesrepublik Deutschland“ (Dachvereinbarung) vom 24. März 2004 zum Ausdruck kommende - übereinstimmende Ziel des Bundes und der Mehrheit der Länder das digitale bundesweit einheitliche digitale Sprech- und Datenfunksystem im Wege eines gemeinsamen, kooperativen Zusammenwirkens aufzubauen.

Der gemeinsamen, kooperativen Wahrnehmung von Aufgaben im Bundesstaat sind indessen vor dem Hintergrund der grundsätzlichen Trennung der Verwaltungsräume und dem Grundsatz der eigenverantwortlichen und selbständigen Aufgabenerfüllung durch Bund und Länder Grenzen gesetzt. Die Schaffung einer dauerhaft institutionalisierten Verbindung von Bundes-

und Landesverwaltung, welche die grundsätzlich abschließenden Grenzen der in den Artikeln 83 ff. GG normierten Verwaltungsorganisationstypen überwindet, ggf., etwa im Sinne einer übergreifenden Gesamtorganisation zur Erfüllung einer „Gemeinschaftsaufgabe Digitalfunk“, scheidet aus. Dies gilt nach dem gegenwärtigen Stand des Grundgesetzes insbesondere für die Form einer hierarchischen Gesamtorganisationsstruktur, etwa in Form einer unmittelbaren Über-/Unterordnung von Bundes- und Landesbehörden. Dabei ist das Bedürfnis zur gemeinsamen Bewältigung solcher „Gemeinschaftsaufgaben“ im Grundgesetz durchaus erkannt. Die insoweit vorgesehenen und notwendigen grundgesetzlichen Ausnahmetatbestände, namentlich in Artikel 91a GG und Artikel 91 b GG, erfassen den hier geregelten Fall nicht. In Anbetracht der fortschreitenden Komplexität staatlicher Aufgabenerfüllung, insbesondere unter Berücksichtigung grenzüberschreitender und internationaler Bezüge, wird man sich zukünftig die Frage stellen müssen, inwieweit das Verfassungsrecht, im Interesse effektiver Aufgabenerfüllung auf der Grundlage einer verfassungsrechtlich eindeutigen Rechtsgrundlage, nicht den wachsenden Bedürfnissen an einer gemeinsamen, übergreifenden bundesstaatlichen Aufgabenerfüllung angepasst werden muss. Zum gegenwärtigen Zeitpunkt scheidet eine derartige Form der gemeinsamen Aufgabenbewältigung jedenfalls aus verfassungsrechtlich zwingenden Gründen aus. Verfassungspolitisch erwägenswert wäre insoweit eine Grundgesetzänderung mit Schaffung eines neuen Art. 91c GG („Gemeinschaftsaufgabe Kommunikationstechnologie für Sicherheitszwecke“).

Die grundsätzliche Trennung der Verwaltungsräume bedeutet jedoch nicht, dass eine gemeinsame Aufgabenwahrnehmung sich auf eine zwar an einem gemeinsamen Ziel orientierte aber innerhalb des jeweiligen Verantwortungs- und Zuständigkeitsbereiches vollständig rechtlich und faktisch autarke Aufgabenbewältigung reduziert. Die bestehenden Herausforderungen bei der Bewältigung der vorliegenden Gemengelage lassen sich nicht durch eine abstrakte Trennung der Aufgabenerfüllung im Sinne eines bloßen Nebeneinander lösen, da der faktische Rückgriff auf eine Hoffnung, dass das daraus entstehende „System“ doch irgendwie passen könnte, nicht ausreichend ist. Die Risiken einer solchen parallelen und isolierten Aufgabenerfüllung liegen in der – aus der getrennten Aufgabenwahrnehmung erwachsenden - möglichen fehlenden Kompatibilität der Teilergebnisse und der daraus potentiell resultierenden Funktionsunfähigkeit des Gesamtergebnisses. Voraussetzung einer solchen gemeinsamen Aufgabenbewältigung muss es daher sein, die wahrzunehmenden Einzelelemente des Gesamtprojekts, die später als Gesamtergebnis, sowohl mit Blick auf die technischen Kompatibilitätsvoraussetzungen des digitalen Funkverkehrs, als auch hinsichtlich der Verzahnung der „dienenden“ Technik mit dem eigentlichen Ziel effektiver Aufgabenbewältigung im Bereich der Sicherheitsgewährleistung, ineinander greifen sollen, auch so aufeinander abzustimmen, dass diese nahtlos, wie die Räder eines Zahnrades oder die Teile eines Puzzles ineinander greifen. Dazu ist es allerdings notwendig, dass die Rahmenbindungen des Kooperationsprojekts nicht nur die Interessen und Bedürfnisse der beteiligten Partner effektiv berücksichtigen, sondern

darüber hinaus die notwendige Konturenschärfe und Bestimmtheit besitzen, die sie zu einer tauglichen Grundlage gemeinsamer, aber nicht hierarchischer Aufgabenbewältigung macht.

In diesem Sinne ist eine Zusammenarbeit der beteiligten Aufgabenträger unumgänglich, die sich allerdings aufgrund der Vielfalt der Gestaltungsmöglichkeiten und der faktischen Herausforderungs- und Bedürfnislagen nicht eindeutig in ein festgefügtes allgemeingültiges und konkret ausgestaltetes rechtliches System einordnen. Vielmehr ist es erforderlich auf der Grundlage eines flexiblen, den Umständen und Bedürfnissen der konkreten Kooperationslage angepassten Regelungsmechanismus ein Gesamtsystem der gegenseitiger Rechte und Pflichten zu betrachten.

Die rechtliche Grundlage einer solchen Zusammenarbeit ist der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bundestreue.¹¹ Dieser begründet, sowohl für den Bund, als auch für die Länder, eine wechselseitige und dauerhaft zu beachtende „Kompetenzausübungsschranke“ und ein „verfahrensgestaltendes Prinzip“.¹² Dies ist insbesondere dort der Fall, wo Bund und Länder bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf der Grundlage und vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Organisationsstruktur und Kompetenzverteilung „unmittelbar aufeinander angewiesen sind bzw. von der Mitwirkung der jeweils anderen Seite abhängig sind“.¹³ Dies gilt nach den obigen Ausführungen gerade für die besondere Verbindung von Sicherheitsarchitektur und Telekommunikation. Aufbauend auf einer allgemeinen Treuepflicht, welche die Glieder des Bundesstaates bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf das gesamtstaatliche Wohl verpflichtet,¹⁴ begründet die Bundestreue auch konkrete, einzelfallbezogene Handlungspflichten, die sich – nicht abschließend und entwicklungs offen - aus den besonderen Umständen der konkret zu gestaltenden Rechtsverhältnisse ergeben, die als Teilbereich einen „konkreten Ausschnitt des bundesstaatlichen Gesamtverhältnisses“ und der darauf basierenden Treue- und Rücksichtnahmepflichten bilden.¹⁵ Die konkrete Ausgestaltung der wechselseitigen Pflichten ist eine Frage des Einzelfalls.¹⁶ Allgemein begründet die Bundestreue „die Pflicht zu gegenseitiger Hilfeleistung, Rücksichtnahme und Verständigungsbereitschaft.“¹⁷ Daraus folgen Verpflichtungen zu Hilfs- und Unterstützungsleistungen, zur Information und Konsultation, aber auch zur Abstimmung und Zusammenarbeit¹⁸ und zu sonstigen Verhaltenspflichten,

¹¹ Vgl. insoweit für den Bereich des Rundfunks die Entscheidung des BVerfG im 1. Rundfunkurteil, die aufgrund der Aufspaltung von inhaltlichen und technischen Gestaltungskompetenzen von einer notwendigen Zusammenarbeit des Bundes und der Länder auf der Grundlage des Grundsatzes des bundesfreundlichen Verhaltens ausgeht (BVerfGE 12, 205/249f.).

¹² Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/6; BVerfGE 12, 205/254f; BVerfGE 8, 122/138; BVerfGE 4, 115/140; Sachs, in: Sachs: GG, 3. Auflage 2002, Artikel 20, Rn. 70; Papier: DöV 1990, S. 219

¹³ Hartmut Bauer: Die Bundestreue, 1992, S. 351; BVerfGE 8, 122/138

¹⁴ Bauer: Die Bundestreue, S. 305f

¹⁵ Bauer: Die Bundestreue, S. 307

¹⁶ BVerfGE 81, 310/337

¹⁷ Bauer: Die Bundestreue, S. 342

¹⁸ BVerfGE 73, 118/197

insbesondere für den Stil und das „procedere“ der Verhandlungen.¹⁹ Dazu gehören auch das Verbot missbräuchlicher Rechtsausübung und das Verbot widersprüchlichen Verhaltens.²⁰

III. Die unzureichende inhaltliche Ausgestaltung des Gesetzentwurfes – Das BDBOSG als „Rumpfgesetz“

Der vorliegende Gesetzentwurf weist, trotz der ausweislichen Betonung des Ziels einer gemeinsamen Aufgabenerfüllung, hinsichtlich des soweit erforderlichen Ausgleichs von Bundes- und Landesinteressen erhebliche Bedenken auf. Die effektive Gestaltung einer Zusammenarbeit in Entsprechung mit den Grundsätzen der Bundestreue setzt – wie bereits erwähnt – zunächst voraus, dass – hier durch den vorliegenden Gesetzentwurf - eine tragfähige und hinreichend konkrete verlässliche Grundlage für den Kooperationsprozess geschaffen wird, welcher die grundsätzlichen Strukturen der gemeinsamen Aufgabenbewältigung, insbesondere aber die Grenzen und dem Umfang der jeweiligen Aufgabenbereiche und die wechselseitigen Einflussmöglichkeiten, namentlich die Beteiligungs- und Einflussmöglichkeiten der Länder klar umreißt. Der vorliegende Gesetzentwurf trifft diese notwendigen Festlegungen an vielen Stellen nicht.

1. Die Defizite bei der Gestaltung der zentralen Aufgabennorm des BDBOSG

Bereits die Aufgabennorm des § 2 BDBOSG bleibt insoweit unklar. § 2 BDBOSG spricht von der Schaffung eines bundesweit einheitlichen digitalen Sprech- und Datenfunksystems durch die Bundesanstalt, dessen Nutzung den BOS des Bundes, aber auch der Länder zur Verfügung stehen soll. Aus dieser Regelung wird die – in dem Beschluss der IMK vom 18.März 2005 angenommene und für diesen Gesetzentwurf auch zugrundegelegte – Konzeption des Aufbaus eines Rumpfnetzes mit 50% Netzabdeckung ebenso wenig erwähnt, wie der sich daran anschließende Ausbau des Netzes durch die Länder. Unklar bleibt dabei insbesondere, inwieweit die Beteiligung der Länder ein konstitutives Element beim Aufbau des Netzes ist. Im Text des § 2 BDBOSG wird ebenso wie in der Gesetzesbegründung zu § 2 Absatz 1 und 2 BDBOSG nur von einer Möglichkeit der Einbindung der Länder gesprochen. Dem entspricht auch der Zweckmäßigkeitvorbehalt des § 2 Abs 1 a.E. BDBOSG. Insoweit wird weder die Rolle und der Einfluss der Länder beim Aufbau des Rumpfnetzes noch deren konkrete Aufgaben beim Erweiterungsprozess definiert oder klar umschrieben. Insgesamt bleibt die konkrete Aufbauplanung und Gestaltung des Netzes jedenfalls soweit es den unmittelbaren Gesetzeswortlaut betrifft, im Dunkeln verborgen.

¹⁹ BVerfGE 12, 205/255; vergleiche dazu umfassend: Bauer: Die Bundestreue, S. 342ff

²⁰ Bauer: Die Bundestreue, S. 356ff.

2. Die Defizite bei der Berücksichtigung notwendiger Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte der Länder im Rahmen des BDBOSG

Trotz der Annahme, dass es sich um ein gemeinsames Projekt von Bund und Ländern handelt, findet sich im Gesetz keine detaillierte Regelung hinsichtlich der Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte der Länder. Dies gilt insbesondere für die konkrete Rechts- und Aufgabenstellung der Organe, namentlich für die Zusammensetzung und Stimmgewichtung im Verwaltungsrat und die Aufgaben- und Befugnisverteilung zwischen Verwaltungsrat und Präsident, die in den §§ 3-5 des BDBOSG nur rudimentär geregelt sind. Der Einfluss der Länder und insbesondere ihre Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte muss aber gerade in der Ausgestaltung der Organe und deren Befugnisse zum Ausdruck kommen. Wesentliche Äußerungen fehlen insoweit. Die Bundesregierung spricht in ihrer Antwort auf die kleine Anfrage der CDU/CSU-Fraktion „Einführung eines Digitalen Funksystems für die BOS“ vom 08.03.2005 (Drs. 15/5061 und Drs. 15/5186) von der Einräumung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten bei der Netzplanung, der Vergabe, sowie bei der Errichtung und dem Betrieb des Netzes. Auch der Beschluss der IMK vom 18.03.2005 bindet die Zustimmung der Länder an das Konzept des Ausbaus eines einheitlichen bundesweiten Digitalfunknetzes ausdrücklich an die Einrichtung bestimmter Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte und an ein notwendiges Höchstmaß an Transparenz gegenüber den Ländern. Dieser Maßgabe entspricht der vorliegende Gesetzentwurf nur mittelbar, indem er in § 7 BDBOSG unter dem Stichwort „Beteiligung der Länder“ auf das abzuschließende Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern verweist.

Soweit hinsichtlich der fehlenden Regelungen auf das gemäß § 7 BDBOSG abzuschließende Verwaltungsabkommen bzw. auf die gemäß § 8 BDBOSG zu verabschiedende Satzung verwiesen wird, reicht diese Verweisung nicht aus. Die auf diesem Wege vorgesehenen Beteiligungsrechte der Länder stehen in keinem angemessenen Verhältnis zu der Verantwortung der Länder für die eigene Aufgabenerfüllung im Bereich der Inneren Sicherheit, wie dies in Nr. 4 des Beschlusses der IMK vom 18.03.2005 festgeschrieben wurde. Die Länder müssen – schon auf der gesetzlichen Grundlage – eine klare Vorgabe besitzen und dürfen nicht auf den Weg des Verwaltungsabkommens verwiesen werden. Eine hinreichende Beteiligung der Länder an dem Aufbau des Netzes ist nach dem gegenwärtigen Regelungsstand durch den Abschluss eines Verwaltungsabkommens aus mehreren Gründen nicht gesichert.

Nach der gegenwärtigen Entwurfslage ist der Beginn des Aufbaus des Rumpfnetzes nicht an den Abschluss des Verwaltungsabkommens gekoppelt. Dies ergibt sich zum einen aus § 2 BDBOSG, der insoweit – von seinem strengen Wortlaut betrachtet - das Verwaltungsabkommen nur als Grundlage der Verfügungsmöglichkeiten der Länder sieht. Soweit in § 2 Abs. 2 BDBOSG die Bundesanstalt Vergabestelle nach Maßgabe des abzuschließenden Verwaltungsabkommens sein soll, bedeutet dies nicht, dass eine Vergabe erst nach Abschluss des Verwaltungsabkommens erfolgen kann, sondern nur, dass die Bundesanstalt nach Abschluss des Verwaltungsabkommens nach dessen Maßgaben die gemeinsame Vergabestelle bilden

kann (vgl. insoweit die Entwurfsbegründung zu § 2 Abs. 2 BDBOSG). Zum anderen begründet die Regelung des § 7 BDBOSG, der von der Regelung der Beteiligung der Länder in dem Verwaltungsabkommen spricht, nur die Möglichkeit zum Abschluss eines solchen Abkommens, nicht aber eine konstitutive Bindung des Aufbauprozesses an das Verwaltungsabkommen. Dies bedeutet aber, dass die Bundesanstalt bereits mit dem Aufbau des Rumpfnetzes nach Maßgabe ihrer technischen Vorstellungen und bezogen auf die Bedürfnisse der Bundessicherheitsbehörden auch nach Maßgabe ihrer sicherheitspolitischen Vorstellungen beginnen kann, ohne dass überhaupt ein, die Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte, aber auch die grundsätzliche Abstimmung regelndes Verwaltungsabkommen mit den Ländern zustande gekommen ist. Dies birgt die Gefahr in sich, dass die Länderinteressen zum Zeitpunkt des Abschlusses der Abkommen, insbesondere bei verzögerten, weil streitigen Verhandlungen, faktisch keine Berücksichtigung mehr finden können. Denn der Bund hat zu diesem Zeitpunkt bereits mit dem Ausbau seines Rumpfnetzes begonnen. Somit sind die Länder auf der Grundlage technischer Machbarkeitsüberlegungen und unter dem Aspekt gewollter Einheitlichkeit gezwungen, die insoweit geschaffenen Vorgaben des Bundes zu übernehmen. Daraus resultiert die Gefahr der Schaffung vollendeter Tatsachen und damit einer Präjudizierung der Länder, nicht nur hinsichtlich der technischen Fragestellungen, sondern – aufgrund der Untrennbarkeit von Kommunikationsplattform und Kommunikationszweck – auch hinsichtlich ihrer telekommunikationsbezogenen administrativen Wahrnehmung der genuine Sicherheitsaufgaben, für die die Länder die Verantwortung tragen. Der Gesetzentwurf berücksichtigt daher in unzureichendem Maße die Stellung der Länder als Träger der allgemeinen Aufgaben zur Gewährleistung der Innern Sicherheit im Bundesstaat. Das multilaterale Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern kann in der in § 7 BDBOSG vorgesehenen Form, die Interessen des einzelnen Landes nur in unzureichender Form schützen. Die Schaffung eines multilateralen Verwaltungsabkommens mit zeitlich gestufter Beitrittsmöglichkeit der Länder wirft die Frage auf, wie die Interessen aller beteiligten – auch der später beitretenden – Länder berücksichtigt werden. Der vorgesehene nachträgliche Beitritt einzelner oder gar der Mehrheit der Länder zu diesem vorgefertigten Verwaltungsabkommen nimmt dem einzelnen Land – gerade vor dem Hintergrund der faktischen Präjudizierung durch die bereits bis zu diesem Zeitpunkt getroffenen Maßnahmen – die notwendigen Beteiligungs- und Gestaltungsrechte, die jedem einzelnen Land singulär zustehen. Diese sind individuell und angepasst an seine Bedürfnisse und Interessen – vor allem mit Blick auf seine sicherheitspolitischen Vorstellungen – wahrzunehmen und würde die Verantwortung der Interessenwahrnehmung im Rahmen der Bundesanstalt nach Maßgabe des Verwaltungsabkommens den beigetretenen Länder, ggf. einer Minderheit oder gar einem einzelnen Land übertragen. Auch hier stünde es der Bundesanstalt – im Verbund mit den bereits beigetretenen Ländern – frei, für die noch nicht beigetretenen Länder vollendete Tatsachen zu schaffen, denen sich die erst später hinzutretenden Länder gegenübersehen. Dies entspräche in gleicher Weise einer technischen aber auch einer rechtlichen Präjudizierung hinsichtlich des Aufbaus des Funknetzes und der Gestaltung der Bundesanstalt. Ist es der Bundesregierung mit ihrer Ankündigung ernst, ausreichende Mitwir-

kungs- und Beteiligungsrechte für die Länder einzurichten, so kann das Verwaltungsabkommen erst dann Grundlage eines einheitlichen Netzaufbaus sein, mithin der Netzaufbau beginnen, wenn nicht nur ein Land, sondern zumindest eine maßgebliche Anzahl von Ländern dem Verwaltungsabkommen beigetreten sind, mithin eine substanzielle Zahl von Ländern bereits vor Beginn des Ausbaus, über die an das Verwaltungsabkommen gekoppelten Mitwirkungs- und Abstimmungsmöglichkeiten, Einfluss auf die Ausgestaltung der Netzplanung erhalten hat.

Regelungstechnisch greifen die fortgesetzten Verweise des BDBOSG auf das Verwaltungsabkommen und die darin enthaltenen Hinweise auf die Regelung der Beteiligung der Länder die Problemlage der sich verbindenden Interessen und Kompetenzlagen in unzureichendem Maße auf und postulieren dabei insbesondere nicht in ausreichendem Maße die grundsätzliche Notwendigkeit einer Abstimmung und der Regelung der grundsätzliche Maßstäbe eines solchen Abstimmungsprozesses. Durch den Verweis auf ein zu schaffendes Verwaltungsabkommen werden die – im Vorfeld des Netzaufbaus - zu klärenden Streitfragen in die Zukunft und in den Verantwortungsbereich der Länder verschoben. Durch die Möglichkeit der Bundesanstalt auch vor Abschluss des Abkommens mit dem Netzaufbau zu beginnen, gehen Verzögerungen beim Abschluss des Verwaltungsabkommens zu Lasten der Länder und ihrer Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte. Durch die zeitliche Verzögerung laufen die vorgesehenen Beteiligungsrechte weitestgehend leer und werden damit Makulatur. In diesem Sinne gebietet es die Bundestreue das Verwaltungsabkommen bereits vor der Schaffung der Bundesanstalt, jedenfalls aber vor Beginn des Netzaufbaus und der Netzplanung unter Beteiligung eines ausreichenden Quorums an Ländern im Sinne ausreichender Repräsentation abzuschließen. Die hier vorgesehene Regelung bietet der Bundesanstalt die Möglichkeit – unter Umgehung der politischen Vorgaben - gegen den Willen der Mehrheit der Länder ein digitales Funknetz aufzubauen, dem sich die Länder schließlich aus rein praktischen Erwägungen anschließen haben.

IV. Überlegungen zu einer strukturellen Ergänzung und Umgestaltung des BDBOSG unter dem Gesichtspunkt einer kooperativen Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern

Kooperative Zusammenarbeit im Sinne der Bundestreue bedeutet vor diesem Hintergrund zugleich auch die Notwendigkeit einer verlässlichen und konsequenten Verankerung der notwendigen politischen Grundlagen und Aussagen des Gesamtprojekts in den dem Projekt zugrundeliegenden Gesetzesvorschriften unter Wahrung und Beachtung der notwendigen Gestaltungsspielräume des Gesetzgebers. Es ist daher erforderlich, dass der Gesetzentwurf eine Kooperationslinie für die Länder, gerade hinsichtlich des von ihnen erwarteten Beteiligungsanteils verbindlich vorgibt. Insoweit ergibt sich – untechnisch gesprochen – ein Anspruch der Länder auf die Schaffung einer verlässlichen Kooperationsgrundlage aus der Bun-

destreue. In dem in Rede stehenden Gesetzentwurf ist in diesem Sinne zu gewährleisten, dass der Bund und die Länder ihre politischen Pläne und Absichten hinsichtlich des gemeinsamen Vorgehens in rechtlich fassbaren, allgemeingültigen Strukturen festlegen. Dadurch würde die Grundlage geschaffen, um ein funktionsfähiges Ineinandergreifen der wechselseitigen Beiträge auch und unter Berücksichtigung und Gewährleistung der gegenseitigen Interessen und Vorstellungen hinsichtlich der Ergebnisse und des praktischen Nutzens des Projekts zu garantieren.

Vergleiche insoweit für eine weitergreifende und umfassendere Möglichkeit zur Ausgestaltung der Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte – auch wenn insoweit hinsichtlich der rechtlichen Ausgestaltungsmöglichkeiten andere verfassungsrechtliche Implikationen zu berücksichtigen sind – die vorgesehenen Beteiligungsrechte und die Organstruktur der Projektorganisation „netzwerk“-BOS auf der Grundlage der Dachvereinbarung vom 24. März 2004.

Soweit, wie hier, der Bund die Federführung bei dem Aufbau eines einheitlichen Digitalfunknetzes erhalten soll, ist aufgrund der Bundestreue und der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten zu gewährleisten, dass die Interessen der Länder und insbesondere ihre sicherheitspolitischen Belange, die sich (abseits spezieller Bundeskompetenzen im Bereich der Inneren Sicherheit) unmittelbar aus der grundgesetzlich zugewiesenen allgemeinen Verantwortung der Länder für die Gewährleistung Innerer Sicherheit ergeben, nicht durch den Aufbau eines Rumpfnetzes, sowohl technisch, aber insbesondere auch mit Blick auf die Erfüllung der Sicherheitsaufgaben präjudiziert werden. Die zu schaffenden Telekommunikationsstrukturen sind kein Selbstzweck, sondern müssen dem Kommunikationsbedarf, hier der Aufgabenwahrnehmung der Länder im Sicherheitsbereich und den daraus resultierenden Länderbedürfnissen Rechnung tragen. Dieser Konnex wird vielfach mit dem Begriff der „dienenden Funktion“ der technischen Telekommunikationsstrukturen beschrieben.²¹ Aus diesen Abhängigkeiten resultieren in der Folge Rücksichtnahmepflichten bei der Wahrnehmung der entsprechenden Gestaltungskompetenzen im technologischen Bereich.²² In diesem Sinn muss die Mitwirkung der Länder bei der Verwirklichung des digitalen Funknetzes gewährleistet sein. Die Schaffung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten stellt insoweit ein adäquates Mittel zur Abschwächung des bestehenden Spannungsverhältnisses zwischen der rechtlichen und faktischen Trennung der unterschiedlichen Kompetenzbereiche und – vor dem Hintergrund der Federführung des Bundes in der Bundesanstalt – der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten auf der einen Seite und dem Bedürfnis zur Überwindung der bereits darstellten Gemengelage im Interesse effektiver Sicherheitsgewährleistung dar. Im Interesse der Funktionsfähigkeit des digitalen Funknetzes bestehen daher – gerade vor dem Hintergrund der Probleme des bundesstaatlichen Grundverhältnisses - Pflichten zur Abstimmung und Zusammenarbeit im Sinne einer umfassenden Koordination und Kooperation. Dies erfordert zunächst die Schaffung von Koordinationsstrukturen, die eine effektive wechselseitige Abstimmung der Bundes- und

²¹ Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/9f; BVerfGE 12, 205/227

²² Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/9f; BVerfGE 12, 205/227

Landesinteressen mit dem Ziel einer umfassenden Berücksichtigung der strukturellen, aber auch inhaltlichen Belange aller Beteiligten zur Gestaltung einer einvernehmlichen Lösung unter Ausgleich gegenläufiger Interesse zu erreichen. Wenn sich der Bund für den Ausbau des Digitalfunks der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben einer Bundesanstalt bedient, muss er sicherstellen, dass die Strukturen der Bundesanstalt den genannten Bedürfnissen einer kooperativen Zusammenarbeit gerecht werden.

Die Begründung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten der Länder ist dabei grundsätzlich nicht abhängig von einer bestimmten Erheblichkeitsschwelle der Störung im Verhältnis zwischen Bund und Ländern. Vielfach wird vertreten, dass die Bundestreue erst als Korrektiv bei offensichtlichem Missbrauch im Sinne einer schwerwiegenden Störung der bundesstaatlichen Ordnung greift.²³ Ansatzpunkt sind insoweit Äußerungen des BVerfG zur Rücknahme seiner diesbezüglichen Kontrolle auf äußerste Grenzen.²⁴ Dies bedeutet aber eine unzulässige Vermischung des materiellen Gehalts der Bundestreue und des richterlichen Kontrollmaßstabes.²⁵ Für eine allgemeine Begrenzung der Bundestreue finden sich keine tragenden dogmatischen Anhaltspunkte.²⁶

V. Das Verbot der Mischverwaltung als mögliche Grenze einer Verankerung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten der Länder

Dabei gilt es zu beachten, dass der Zusammenarbeit der beteiligten Aufgabenträger vor dem Hintergrund des grundgesetzlichen Verbots der Mischverwaltung Grenzen gesetzt sind. Danach ist im grundsätzlich getrennten bundesstaatlichen Kompetenzgefüge der Bundesrepublik Deutschland die sog. Mischverwaltung, insbesondere in Form einer Über-/Unterordnung von Bundes- und Landesbehörden in einer Verwaltungsorganisation ausgeschlossen. Allerdings gibt es keinen allgemeinen Grundsatz, der eine Kooperation von Bund und Länder ausschließt oder unter den Vorbehalt eines ausdrücklichen grundgesetzlichen Ausnahmetatbestand stellt. Eine klare Trennung zwischen zulässiger Kooperation und unzulässiger Mischverwaltung ist, soweit sie nicht spezialgesetzlich zugelassen ist (vgl. Artikel 91a,b GG, Artikel 35 GG, Artikel 108 Abs.4 GG) nicht einheitlich möglich, sondern nur anhand verschiedener Kriterien bezogen auf den Einzelfall zu lösen.²⁷ Notwendig ist insoweit, dass durch die Kooperation und die Schaffung von „grundgesetzlich nicht vorgesehenen Ingerenzrechten“²⁸ und die damit verbundene Abschwächung der verfassungsgewollten Verantwortungsträgerschaft²⁹ die

²³ Bullinger: AÖR 87 (1967); S. 488/489; Bauer: Die Bundestreue, S. 399 m.w.N.

²⁴ BVerfGE 4, 115/140; BVerfGE 76, 1/77

²⁵ Vergleiche dazu insgesamt: Bauer: Die Bundestreue, S. 340

²⁶ Bauer: Die Bundestreue, S. 339f. m.w.N.

²⁷ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 90

²⁸ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 86

²⁹ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 86, 93; anders BVerfGE 1,299/311: „Es entspricht der föderalistischen Struktur des Bundes, wenn er bei bestimmten Verwaltungsmaßnahmen den Ländern als solchen oder Landesorganen ein mehr oder weniger weitreichendes Mitwirkungsrecht einräumt.“

Kompetenz- und Organisationsnormen der Artikel 83 ff GG nicht angetastet werden³⁰. Gleichmaßen muss Letztverantwortung des grundgesetzlich zuständigen Verwaltungsträgers gewahrt sein.³¹ Eine verschränkte, kooperative Wahrnehmung von Aufgaben im Sinne einer institutionellen Verbindung und Vermischung bzw. einer Zusammenarbeit bei der Aufgabewahrnehmung muss dabei trotzdem eine Ausnahme bleiben und bedarf einer besonderen sachlichen Rechtfertigung.³²

Nicht jede Abstimmung entspricht jedoch einer Verantwortungsverlagerung (vgl. nur die Kooperation mit dem Ausland), sondern dient ggf. einer Effektivitätssteigerung im Bereich der Verantwortungswahrnehmung.³³ Bei einheitlichen Materien mit übergreifendem Charakter ist ein „Zusammenwirken der beteiligten Kompetenzträger im Sinne eines schonenden Ausgleichs“, d.h. unter weitgehender Rücksichtnahme auf die Erhaltung der jeweiligen Kompetenzgrenzen notwendig und daher zulässig. Dies gilt insbesondere in Bereichen, „in denen die Entwicklung der Technik oder sonstiger Lebenssachverhalte (...) den Sachanforderungen nicht mehr voll gerecht wird und sich neue zusammenhängende Sachkomplexe bilden.“³⁴ Eine Überschneidung von Aufgaben ließe sich auch hier annehmen. Dies gilt insbesondere im Bereich der Telekommunikation, in deren Feld eine Wechselwirkung zwischen sicherheitspolitischen Entscheidungen und deren Abhängigkeit von technischen und wirtschaftlichen Gegebenheiten eine grundsätzliches Zusammenwirken auch schon im Bereich der Gesetzgebung erfordern.³⁵ Der Bund ist kompetent für die Errichtung der Sendeanlagen, die Länder für die Kapazitäts- und Nutzungsziele, Durchführung der Nutzungsplanung und Bestimmung der Nutzungsarten.³⁶ Im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung hat das Bundesverfassungsgericht einem strikten grundgesetzlichen Verbot der Mischverwaltung eine Absage erteilt und „die dauernde Einschaltung von Landesstellen in die Verwaltung, (...) [insbesondere im Bereich der länderübergreifenden Sozialversicherung] gebilligt, wenn sie aus besonderem sachlichen Grund erfolgt und auf eine eng umrissene Verwaltungsmaterie begrenzt bleibt.“³⁷ Dies gilt jedenfalls für Beteiligungsrechte, die nur dem Koordinationsbedarf oder dem Informationsaustausch geschuldet sind, ohne die Macht- oder Verantwortungsbereiche zu tangieren. Allerdings bestehen vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Eigenverantwortlichkeit der zuständigen Verwaltungsträger Bedenken, soweit es „um entscheidende Einflussnahmen des Partners, (...) [etwa in Form von] Vorschlags-, Zustimmungs-, Weisungsrechten und ähnliche Verschränkungen“ geht.³⁸ Diese bedürfen einer besonderen Verfassungslegitimation.³⁹ „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse gleich welcher Art im Auf-

³⁰ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 90

³¹ Dittmann, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 83, Rn. 4

³² Krüger/Siekman, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 91a, Rn.1; BVerfGE 63, 1/41

³³ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 95

³⁴ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 103

³⁵ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 103

³⁶ Papier: DÖV 1990, S. 222

³⁷ Sachs, in: Sachs: GG, 3.Auflage 2002, Artikel 87, Rn. 52; BVerfGE 63,1/36ff,41

³⁸ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 109

³⁹ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 109

gabenbereich der Länder, ohne dass die Verfassung dem Bund entsprechende Sachkompetenzen übertragen hat, verstoßen gegen das Verbot einer sog. Mischverwaltung.“⁴⁰. In späteren Entscheidungen hat das BVerfG diesen Grundsatz aufgeweicht: Mischverwaltung ist nur unzulässig, wenn ihm „zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstigen Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen“⁴¹, insbesondere durch Kompetenzverschiebungen im Bereich der Artikel 83ff GG. Nach neuer Rechtsprechung ist ein Mitentscheiden oder Zusammenwirken bundeseigener und landeseigener Verwaltung erst dann unzulässig, mithin die Grenze zwischen zulässiger Kooperation und unzulässiger Kompetenzverschiebung erreicht, wenn jenseits der Mitentscheidung ein wesentlicher Einfluss des einen auf den anderen Verwaltungsträger ausgeübt wird.⁴² Danach werden – wie bereits oben erwähnt – jedenfalls Anhörungs- und Benehmenserfordernisse zur flexiblen Abstimmung und Synchronisierung nicht aber Einvernehmenserfordernisse als „wesentliche Einflussnahmen“, die eine klare verfahrens- und kompetenzrechtliche Stufung und Zuordnung durchbrechen, als verfassungsrechtlich zulässige Ausgestaltungen angesehen.⁴³ Nach weitergehender Auffassung ist auch die Begründung von Mitwirkungsrechten in Leitungsorganen zulässig.⁴⁴

In diesem Sinne ist die Vereinbarung von Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten bei der Ausgestaltung der Bundesanstalt „nicht schlechthin ausgeschlossen, (...) [soweit sich der grundgesetzlich vorgesehene Verantwortungsträger] damit seiner jeweiligen Sachverantwortung nicht entledigt“⁴⁵, mithin diese Beteiligungsrechte seine grundgesetzliche „Einweisung (...) in bestimmte Verantwortungsbereiche (...) [nicht] verändern oder zunichte machen.“⁴⁶ Die notwendige Aufnahme und Ausgestaltung von Beteiligungs- und Mitwirkungsrechten der Länder unmittelbar in den vorliegenden Gesetzentwurf wird sich daher immer in einem Spannungsfeld zwischen notwendiger Kooperation und den damit verbundenen Mitwirkungs- und Beteiligungsrechten auf der einen Seite und der Grundsätzen der bundesstaatlichen Verwaltungsorganisation mit ihrer typenscharfen Kompetenzaufteilung in den Artikeln 83 ff GG auf der anderen Seite bewegen. Auch hier verbietet sich eine schematische Betrachtung. Vielmehr ist es erforderlich, jeden konkreten Einzelfall der vorgesehenen Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte im Rahmen des Gesamtsystems und unter Berücksichtigung der konkreter zu fassenden Aufgabenstellung der Bundesanstalt anhand der Maßstäbe des Bundesverfassungsgerichts zur Abgrenzung von zulässiger Verwaltungskooperation und unzulässiger Mischverwaltung zu überprüfen.

⁴⁰ BVerfGE 39, 96/120

⁴¹ Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/11

⁴² Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/12

⁴³ Scherer: K & R 1999, Beilage S. 1/12

⁴⁴ Müller: Rechtsformenwahl bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, 1993, S. 221

⁴⁵ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 93

⁴⁶ Lerche, in: M/D/H: GG, Artikel 83 Rn. 95

Anhang: Bisherige Regelungen im Bereich BOS-Funksystem – Frequenzteilung im analogen Funknetz

Auf Grund der Gesetzgebungskompetenz nach Art. 73 Nr. 7 GG hat der Bund 1996 das Telekommunikationsgesetz (TKG) erlassen. Es dient nicht nur der Förderung des Wettbewerbs, sondern soll vor allem auch die dauerhafte, flächendeckende, angemessene und ausreichende Zurverfügungstellung der Telekommunikationsdienstleistungen gewährleisten sowie die im technischen Bereich notwendige Frequenzabstimmung festlegen.

Ansatzpunkt ist die Regelung des § 57 Abs. 4 TKG, dieser lautet:

„Für Frequenzen, die im Frequenznutzungsplan für den Funk der Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben (BOS-Funk) ausgewiesen sind, legt das Bundesministerium des Innern im Benehmen mit den zuständigen obersten Landesbehörden in einer Richtlinie fest

1. die Zuständigkeiten der beteiligten Behörden,
2. das Verfahren zur Anerkennung als Berechtigter zur Teilnahme am BOS-Funk,
3. das Verfahren und die Zuständigkeiten bei der Bearbeitung von Anträgen auf Frequenzteilung innerhalb der BOS,
4. die Grundsätze zur Frequenzplanung und die Verfahren zur Frequenzkoordinierung innerhalb der BOS sowie
5. die Regelungen für den Funkbetrieb und für die Zusammenarbeit der Frequenznutzer im BOS-Funk.

Die Richtlinie ist, insbesondere die Nummern 4 und 5 betreffend, mit der Regulierungsbehörde abzustimmen. Das Bundesministerium des Innern bestätigt im Einzelfall nach Anhörung der jeweils sachlich zuständigen obersten Bundes- oder Landesbehörden die Zugehörigkeit eines Antragstellers zum Kreis der nach Satz 1 anerkannten Berechtigten.“