

Kommission von Bundestag und Bundesrat  
zur Modernisierung  
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen  
  
Kommissionsdrucksache  
090

Staatsrat Dr. Robert Heller, Hamburg

**Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Grundlage  
für die freiwillige, kooperative Erledigung von Aufgaben  
durch Verwaltungsverbände von Ländern und Kommunen  
im Bereich der Informationstechnologie**

(erweiterte Fassung des Impulsreferats bei der Klausurtagung der  
Föderalismuskommission II am 6./7.12.2007 in Berlin)

**I. Informationstechnologie (IT) bestimmt die öffentliche Verwaltung**

**1. Elektronische Kommunikation von Bürgern und Betrieben mit der  
Verwaltung**

Bürger und Betriebe sollen mit der öffentlichen Verwaltung persönlich, telefonisch, schriftlich und zunehmend elektronisch kommunizieren können. Die EU-Dienstleistungsrichtlinie gibt jedem Dienstleistungserbringer ab 2010 rechtlich die Möglichkeit, mit der Verwaltung rechtsverbindlich elektronisch über einen einheitlichen Ansprechpartner zu kommunizieren; sie zielt darauf ab, die Verwaltungsverfahren, die die

Aufnahme einer Dienstleistungstätigkeit in Deutschland durch einen EU-Bürger betreffen, online abwickeln zu können.

Die Kommunikation sollte optimal über eine Anlaufstelle (front-office) möglich sein. So können beim front-office Anträge direkt online gestellt und die erforderlichen Unterlagen als elektronische Dokumente versandt werden. Von dort werden Anträge und Dokumente ebenfalls elektronisch an die jeweils fachlich zuständigen Stellen der Verwaltung (back-office) zur Bearbeitung im elektronischen workflow weitergeleitet. Soweit im Wege von Verwaltungsreformen ein solches Modell umgesetzt ist, treten die Bürger mit den back-offices nicht unmittelbar in Kontakt, auch nicht elektronisch.

## **2. Informationstechnologie innerhalb der Verwaltung**

Unabhängig von der Organisation z.B. in front- und back-offices ist die Arbeit der Verwaltung inzwischen flächendeckend in Bund, Ländern und Kommunen durch IT unterstützt. Das Verwaltungshandeln hängt in erheblichem Umfang von der Funktionsfähigkeit der IT-Systeme ab. Da die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben grundsätzlich den Ländern zugewiesen ist, bestimmen in erster Linie sie Art und optimale Erledigungsform für ihren Verantwortungsbereich.

Aufgrund der unterschiedlichen Zuständigkeiten ist bei der Erfüllung der Aufgaben fast immer eine Zusammenarbeit mit verschiedenen Verwaltungsebenen notwendig. So bei wichtigen administrativen Kernbereichen wie der Zusammenarbeit von Ländern bei der Steuerverwaltung, der Polizei, die Zusammenarbeit der Verfassungsschutzbehörden u.a. In allen Fällen der Zusammenarbeit der Verwaltungen verschiedener

Gebietskörperschaften oder verschiedener Fachbehörden kommt der IT-Unterstützung eine Schlüsselrolle zu.

### **3. Notwendige Standardsetzung**

Eine Zusammenarbeit verschiedener Verwaltungsstellen, aber auch eine Kommunikation zwischen verschiedenen Fachverfahren (z.B. Steuerverwaltung mit Sozialverwaltung) verlangt Mindeststandards, damit die verschiedenen IT-Systeme sicher miteinander verbunden werden können. Ziel ist es, einen medienbruch-freien Datenaustausch zu gewährleisten. Dies geschieht durch die Definition von Schnittstellen und Datenaustauschformaten, die von den jeweiligen IT-Anwendungen unterstützt werden müssen. Notwendig für die Nutzung der IT sind weiterhin leistungsfähige und sichere Infrastrukturen. Vorrangig geht es dabei um die „Schnittstelle“ zum Bürger und zu den Betrieben; deshalb sind die Länder gefordert, die Standards zu formulieren und damit auch den Kommunen die vernetzte Arbeit (Interoperabilität) zu ermöglichen. Die Möglichkeiten, zu einer notwendigen und hinreichenden Standardisierung<sup>1</sup> zu kommen will ich hier nicht näher betrachten.

---

<sup>1</sup> Unter Standardisierung versteht die IT den Prozess der Vereinheitlichung von Datentypen, Verfahrensweisen, Werkzeugen, Diensten, Produktions- oder Softwarekomponenten usw. Sie ist eine der Voraussetzungen für Interoperabilität. Standards ermöglichen z.B. die Austauschbarkeit von Komponenten der IT-Lösungen, die Informationsbereitstellung in unterschiedlichen Systemen, die übergreifende Nutzung von IT-Diensten, den Informationsaustausch zwischen Lösungen, die Kommunikation innerhalb von Systemen und insbesondere über Systemgrenzen hinweg.

## **II. Notwendigkeit der Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Aufgabenerledigung**

### **1. Wirtschaftliche Aufgabenerfüllung**

Die von der Aufgabenerfüllung bestimmte gebietskörperschaft-übergreifende Zusammenarbeit mit IT-Unterstützung muss auf Dauer gewährleistet sein. In der Vergangenheit war dies insbesondere für den Datenaustausch zwischen Fachverfahren notwendig. Durch den Ausbau und die Weiterentwicklung des e-governments ist die Gewährleistung einer permanenten Verfügbarkeit der benötigten Systeme (IT-Verfahren, Datenbanken) und ihrer Netze unabdingbar geworden. Die IT-Systeme erfordern hohe Investitionen zur Beschaffung bzw. Entwicklung von hard- und software sowie hohe Kosten, insbesondere zum Betrieb von sicheren und leistungsfähigen Netzen. Auf der Expertenanhörung wurden dazu zwei beeindruckende Zahlen genannt: Die (föderale) Vielfalt der Verwaltungsnetze kostet den Steuerzahler jährlich 2,6 Mrd. Euro; demgegenüber wendet die Deutsche Bank für ihr weltweites IT-Netz jährlich 100 Mio. Euro auf.

Bund, Länder und Kommunen sind verpflichtet, ihre Aufgaben wirtschaftlich zu erfüllen. Das wiederum erfordert einen sorgsam und effizienten Einsatz der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Mittel. Damit bedarf es nicht nur der notwendigen Standardisierung, sondern auch der Bildung von wirtschaftlichen Betriebsgrößen. Die technische Entwicklung ermöglicht heute schon Effizienzgewinne bzw. Einsparungen von rd. 30% bei den Aufwendungen für IT, wenn z.B. die Gebietskörperschaften

übergreifend bei der Aufgabenerledigung zusammenarbeiten. Technisch ist das kein Problem, aber rechtlich.

## **2. Europäisches Vergaberecht verhindert effiziente Zusammenarbeit mit Kommunen**

Eine Lösung des Problems muss auch das europäische Recht im Blick haben. Die aktuelle Entwicklung des europäischen Wettbewerbs- und Vergaberechts erschwert zunehmend die Zusammenarbeit der Verwaltungen von Ländern und Kommunen.

Zum einen gilt dies für die EuGH-Rechtsprechung zu den sog. Inhouse-Geschäften. Danach kann ein öffentlicher Auftraggeber einen mit ihm wirtschaftlich und organisatorisch eng verbundenen, rechtlich aber selbständigen Auftragnehmer (z.B. eine Anstalt öffentlichen Rechts) nur dann vergabefrei („direkt“) beauftragen, wenn er selbst dessen Träger ist. Das bedeutet, dass z.B. die Kommunen in Schleswig-Holstein der von den Ländern Hamburg und Schleswig-Holstein (Trägerländer) gegründeten Anstalt ö.R. „dataport“ keine inhouse-Aufträge erteilen dürfen, da sie nicht Träger sind. Dasselbe gilt möglicherweise auch für die öffentlichen Unternehmen der Trägerländer (z.B. die Wohnungsbaugesellschaften oder Wasserwerke). Soweit aber die Anstalt ö.R. (nach Ausschreibung) als Auftragnehmer für Kommunen zum Zuge kommt, handelt es sich um sog. Drittgeschäfte – dies wiederum steht nach Überschreitung einer gewissen Schwelle (OLG Celle 7,5% Drittumsatz) der Inhouse-Fähigkeit für Geschäfte mit den Trägerländern entgegen.

Zum anderen wird die Kooperation zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern auf dem IT-Sektor durch die Rechtsprechung und durch die

Praxis der EU-Kommission erheblich eingeschränkt. Deutsche Gerichte (zuerst OLG Düsseldorf und OLG Frankfurt/M. 2004) haben unter Berufung auf europäisches Recht Leistungsvereinbarungen zwischen zwei Trägern der Verwaltung (z.B. zwei Kommunen) als öffentliche Aufträge im Sinne des Vergaberechts angesehen. Solche Vereinbarungen sind daher im Grundsatz als vergabepflichtig anzusehen und zwar gerade dann, wenn sie als sog. „mandatierende“ beauftragende Zweckvereinbarungen auf landesrechtlichen Vorschriften über die kommunale Zusammenarbeit bzw. kommunale Gemeinschaftsarbeit basieren. Aber auch soweit es sich um sog. „delegierende“ Zweckvereinbarungen, also vollständige Zuständigkeits- und Verantwortlichkeitsübertragungen einschließlich einer etwaigen Gebührenhoheit handelt, ist die Vergabefreiheit nicht unbestritten.

Die Möglichkeiten zur Einflussnahme auf die EU-Kommission zur Anerkennung der besonderen kommunalen Selbstverwaltungsregeln im Grundgesetz können als ausgeschöpft betrachtet werden. Dies zeigen die verschiedenen Initiativen der Bundesregierung.<sup>2</sup> Sie führten nicht zur Änderung der Auffassung der EU-Kommission, insbesondere nicht im Hinblick auf eine Änderung des europäischen Vergaberechts. Wegen des Vorrangs des europäischen Rechts sind Änderungen im deutschen Wettbewerbs- und Vergaberecht nicht erfolversprechend; Deutschland würde ein Vertragsverletzungsverfahren riskieren.

Die Lösung kann in einer organisationsrechtlichen Regelung liegen. Innerstaatliche Organisationsentscheidungen unterliegen nicht dem europäischen Vergaberecht; hierfür fehlt es der Europäischen Union an einer Kompetenz.<sup>3</sup> Solche Entscheidungen werden dann nicht als wirt-

---

<sup>2</sup> Siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion vom 23.7.2007 (BT-Drs. 16/6112).

<sup>3</sup> So die Auffassung der Bundesregierung, BT-Drs. 16/6112 S. 2 (FN 2).

schaftliche Aktivitäten vergabe- und wettbewerbsrechtlich bewertet.<sup>4</sup> Die Entscheidung über eine kooperative Aufgabenerledigung ist kein Beschaffungsvorgang, sondern eine Organisationsentscheidung. Die EU-Kommission hat angedeutet, dass sie organisationsrechtliche Festlegungen der Mitgliedstaaten akzeptieren wird. Der EuGH hat verdeutlicht, dass eine Freistellung vom Vergaberecht durch einfache nationale Gesetzgebung nicht möglich ist.<sup>5</sup> Nicht erfasst ist dagegen die Gründung gemeinschaftlicher Organisationseinheiten oder die Inanspruchnahme von Organisationseinheiten, zu deren Trägern die staatliche oder kommunale Stelle gehört, die dort Dienstleistungen abrufen will.<sup>6</sup> Daraus ist zu schließen, dass jedenfalls eine Verfassungsnorm, die die Organisation regelt, Vorrang vor dem europäischen Vergaberecht beanspruchen kann. Das ist der wesentliche Grund dafür, dass eine grundgesetzliche Regelung notwendig ist.

### **3. Exkurs: Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Aufgabenerledigung führt nicht zur Mischverwaltung**

Die Verbesserung der Zusammenarbeit der Gebietskörperschaften bis hin zur Schaffung neuer Organisationseinheiten muss dem verfassungsrechtlichen Gebot der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung als Ausfluss des Bundesstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG genügen.

---

<sup>4</sup> Das BMWi hält den Ansatz des Verwaltungsverbundes für grundsätzlich vergaberechtskonform; vgl. BT-Drs. 16/6112 (FN 2).

<sup>5</sup> EuGH, Urteil vom 13.5.2005, Kommission ././ Spanien.

<sup>6</sup> Burgi, Sachverständigengutachten, S. 19, der einschränkt, dass dann allerdings nach EUGH –Rspr. kein Privater an der betreffenden Organisationseinheit beteiligt sein oder dieselbe Leistungen für Dritte in erheblichem Umfang erbringen darf.

Eine Kooperation ist umso unproblematischer, je mehr sie im technischen oder dienenden Bereich wie dem von IT angesiedelt ist.<sup>7</sup>

Der rechtliche Anspruch würde sich unter vertikaler Betrachtung, bei der Möglichkeit der Einbeziehung des Bundes, erhöhen. Hier käme das Verdikt der Mischverwaltung hinzu. Die Erfüllung staatlicher Aufgaben ist primär Angelegenheit der Länder. Das grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung wäre aber nur dann betroffen, wenn es um die gemeinsame Verwaltung von Bund und Ländern ginge. Dieses ist nicht absolut: Die Verfassung erlaubt eine Mischverwaltung von Bund und Ländern als Ausnahme, wenn ein Abgehen von dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung durch einen besonderen sachlichen Grund nachgewiesen ist. Zu den besonderen sachlichen Gründen dürften die Verwaltungseffizienz, die Natur der Sache oder der Sachzusammenhang von Aufgaben gehören.<sup>8</sup> Wegen des Ausnahmecharakters müsste eine Mischverwaltung ausdrücklich in das Grundgesetz aufgenommen werden.

Unabhängig davon, dass hier nicht die Zusammenarbeit mit dem Bund im Fokus der Betrachtung steht, geht es auch der Sache nach nicht um die Begründung einer Mischverwaltung. Denn es werden nicht die Aufgaben übertragen, sondern nur Teile von Aufgaben ohne eigentliche inhaltliche Entscheidungskompetenzen (Aufgabenerledigung). Damit bleibt es auch beim „Grundsatz der Unverfügbarkeit der Kompetenz“<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> Callies, Sachverständigengutachten, S. 35

<sup>8</sup> Weitergehend Hill, Sachverständigengutachten, S. 15, der auch Tauglichkeit zur Problemlösung und Steigerung des Gemeinwohls als wichtige Kriterien bei der Zulässigkeit neuer Organisations- und Kooperationsformen anerkennt.

<sup>9</sup> Siehe dazu Burgi, Sachverständigengutachten, S. 22.

#### **4. Das vorhandene (verfassungs-)rechtliche Instrumentarium reicht nachweislich nicht aus, um Zusammenarbeit von Gebietskörperschaften bei der Aufgabenerledigung zu stärken**

Die heute bestehenden rechtlichen Formen bzw. Instrumente, in denen insbesondere eine länderübergreifende Zusammenarbeit organisiert werden kann, sind rechtlich nicht verbindliche Absprachen –z.B. MPK-Beschlüsse- sowie rechtlich verbindliche Staatsverträge und Verwaltungsabkommen. Diese reichen aber nicht aus, um die Ziele einer gemeinsamen, ebenenübergreifenden Erledigung von Aufgaben der öffentlichen Verwaltung von Ländern und Kommunen im Bereich der IT-Unterstützung zu erreichen. Bei der Zusammenarbeit mit Kommunen hindert das europäische Vergaberecht eine Verwaltungskooperation, die Kooperation unter Ländern im Bereich der IT erschweren verfassungsrechtliche Regelungen, z.B. im Bereich der Steuerverwaltungen der nicht eindeutige Wortlaut des Art. 108 GG.

### **III. Aufnahme freiwilliger Verwaltungsverbände ins Grundgesetz**

Als Lösung für die rechtlichen Probleme bietet sich das Instrument des Verwaltungsbundes an, der die effiziente und wirtschaftliche Erledigung von Aufgaben verschiedener Gebietskörperschaften übernimmt.

Damit bleibt es bei der eigenverantwortlichen Aufgabenzuständigkeit der jeweiligen Gebietskörperschaft. Einflussnahmen auf den Kompetenzbereich zuständigen Gebietskörperschaften sind ausgeschlossen. Der Verwaltungsverbund berührt weder die Eigenstaatlichkeit der Länder noch die Selbstverwaltungsgarantie der Kommunen.

Der Verwaltungsverbund sollte in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts ausgestaltet werden und für die ebenenübergreifende (Länder und Kommunen) Verwaltungskooperation genutzt werden können.

Die Bildung des Verwaltungsverbundes und der Beitritt von Ländern und Kommunen sind in jedem Fall freiwillig.

Mit dem Instrument des verfassungsrechtlich verankerten Verwaltungsverbundes ist eine verfassungsrechtliche Organisationsentscheidung getroffen, die Vorrang vor dem europäischen Vergaberecht beanspruchen kann.

Durch den skizzierten Verwaltungsverbund würde auch keine Mischverwaltung begründet. Es geht lediglich um die Erledigung von Aufgaben, für die die jeweilige Gebietskörperschaft zuständig bleibt und daher auch verantwortlich ist.<sup>10</sup>

Da es beim Verwaltungsverbund um die Optimierung von Aufgabenerledigung geht und nicht um die Verlagerung von Aufgabenzuständigkeiten, wird die Grundentscheidung Föderalismusreform I zur Aufgabenentflechtung konsequent weitergeführt.

Durch die Ermächtigung, Verwaltungsverbände zu gründen, ist eine verfassungsrechtliche Organisationsentscheidung getroffen, die zugleich klarstellt, dass die Kommunen sich zwar in Verwaltungsverbänden organisieren können, aber gerade nicht als neue „dritte“ Ebene verstanden werden können. Sie sind und bleiben Teile der Länder.

---

<sup>10</sup> Callies, Sachverständigengutachten, S. 36, zur gemeinsamen Einrichtung, auch unter Einbeziehung des Bundes

Ins Grundgesetz könnte eine Regelung aufgenommen werden, die die Gründung von freiwilligen Verwaltungsverbänden spezifisch für den IT-Bereich durch Staatsvertrag zulässt und solchen Verwaltungsverbänden als Körperschaften des öffentlichen Rechts die gemeinsame Erledigung von Aufgaben im Bereich der IT obliegt.

Für die länderübergreifende Erledigung von Aufgaben im Bereich der Steuerverwaltung muss ggf. auch Art. 108 GG angepasst werden.