

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

Kommissionsdrucksache  
072

**Forschungsstelle für  
Verwaltungsrechtsmodernisierung und  
Vergaberecht**

Forschungsstelle für Verwaltungsrechtsmodernisierung und Vergaberecht  
Prof. Dr. Martin Burgi • Ruhr-Universität Bochum • D - 44780 Bochum

***Professor Dr. iur. Martin Burgi***  
**Juristische Fakultät**

**Telefon: 0234 / 32 2 8275**

**Fax: 0234 / 32 1 4282**

**eMail: [ls.burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de](mailto:ls.burgi@jura.ruhr-uni-bochum.de)**

└

└

**Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung der Kommission von  
Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der  
Bund-Länder-Finanzbeziehungen  
am 8. November 2007  
– Verwaltungsthemen –**

Die nachfolgende Stellungnahme konzentriert sich angesichts der Vielzahl und Komplexität der gestellten Fragen und in Anbetracht der eigenen, primär rechtswissenschaftlichen Kompetenz auf diejenigen Fragen, die erstens unmittelbar rechtliche Relevanz besitzen und zweitens mit Änderungen des Grundgesetzes verbunden sein könnten. Anders als im Finanzverfassungsrecht sind im Verwaltungsbereich die allermeisten Fragen intensiver mit dem einfachen Recht verknüpft, welches freilich seit Jahrzehnten ausdifferenziert und über die verschiedenen staatlichen Ebenen verteilt ist. Die Beantwortung der Fragen kann daher innerhalb des zur Verfügung stehenden Raumes eher Impulse als konkrete Lösungen geben.

Soweit es von der Sache her geboten ist, werden Auswirkungen für die kommunale Ebene bzw. Anstöße von der kommunalen Ebene der Verwaltung in Deutschland in die Überlegungen einbezogen. Unter „Kommunen“ werden dabei die Ge-

meinden und die Gemeindeverbände verstanden (im Fragenkatalog ist in der Überschrift II b fälschlicherweise nur von „Gemeinden“ die Rede). Dies geschieht aus tatsächlichen wie aus rechtlichen Gründen.

In *tatsächlicher* Hinsicht erfolgt die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in der Bundesrepublik in einem noch nie da gewesenen Ausmaß überwiegend durch kommunale Träger. Die wichtigsten Gründe hierfür liegen in den betroffenen Aufgaben selbst (was nachfolgend für den Bereich der sozialen Aufgaben näher geschildert wird), sodann aber auch in gesetzgeberischen Maßnahmen auf der Ebene mehrerer Bundesländer in den vergangenen Jahren. So sind beispielsweise in Niedersachsen und werden z.Zt. in Nordrhein-Westfalen Funktionalreformen mit dem Ziel der Kommunalisierung von Verwaltungsaufgaben durchgeführt. Am Konsequenteften und Mutigsten ist hierbei das Land Baden-Württemberg vorgegangen. Die den einzelnen Fragenkomplexen der Kommission, dem Diskussionspapier der Mitglieder der Bundesregierung (K.-Drs. 005, S. 2 f.) und dem Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofes (K.-Drs. 055, S. 31 ff.) zugrunde liegenden Analysen der Ausgangslage sind dringend um diesen Befund zu ergänzen. Obgleich die Kommunen keine dritte Ebene innerhalb des Bundesstaates bilden, gibt es in Gestalt der Selbstverwaltungsgarantie in den Landesverfassungen und vor allem natürlich des Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtliche Gewährleistungen, die die faktische Situation absichern und den verfassungsrechtlichen Rahmen für künftige Reformen in erheblichem Maße mitprägen.

## **I. Aufgabenkritik im Bund-Länder-Verhältnis**

### *a) Aufgabenabbau, neue Aufgaben* (Fragen 1 – 4)

Die in diesem Abschnitt angesprochenen und auf allen Verwaltungsebenen seit vielen Jahren von verschiedener Seite angemahnten Prozesse der Aufgabenkritik sind hochpolitischer Natur. Das Grundgesetz hält sich mit diesbezüglichen Aussagen stark zurück. Explizit finden sich dort nur wenige Aussagen, durch die eine bestimmte öffentliche Aufgabe explizit zu einer Staatsaufgabe erklärt wird (wie etwa bei der Infrastrukturgewährleistung im Bahnbereich; Art. 87e Abs. 1 und 4 GG). Von Verfassungsrechts wegen könnten sich Bund, Länder und Kommunen somit von der Erfüllung zahlreicher Aufgaben zurückziehen, umgekehrt gibt es regelmäßig aber auch keine Verpflichtung dahingehend, dies zu einem bestimmten Zeitpunkt und in einem bestimmten Umfang zu tun. Völlig unbestritten ist viel-

mehr ein formales Verständnis der Staatsaufgaben, wonach all diejenigen Aufgaben, denen durch die jeweils entscheidungsbefugte politische Führung ein öffentliches Interesse zuerkannt wird, durch den jeweils zuständigen staatlichen Träger auch übernommen werden können. Angesichts des rasanten Wandels der meisten Aufgaben und der zwischen ihnen bestehenden Interdependenzen wäre ein anderes Verständnis kaum nachvollziehbar.

Bestimmungen materiellen Inhalts über die Aufgabenkritik sollten daher auch künftig nicht in das Grundgesetz aufgenommen werden. Auch auf einfachgesetzlicher Ebene erscheinen gesetzliche Regelungen nicht indiziert. Die Bestimmung dessen, was in einem demokratisch organisierten Gemeinwesen Sache des Staates sein soll und was nicht, kann durch das Recht nur in groben Zügen *inhaltlich* vorgeprogrammiert werden.

Die mit **Frage 4** aufgeworfene Option der Gesetzesfolgenabschätzung bildet hingegen einen *verfahrensrechtlichen* Ansatz der Aufgabenkritik. Die seit vielen Jahren im Rahmen der sog. GFA angewendeten Methoden haben mittlerweile ein Maß an Reife erreicht, das es ermöglicht, unter bestimmten, durch Gesetz näher umschriebenen Voraussetzungen ihren Einsatz in ausgewählten Rechtsbereichen vorzusehen. Dabei müssten nicht sofort sämtliche Folgen der Gesetzgebung einbezogen werden. Einen sinnvollen ersten Schritt würde es vielmehr darstellen, sich auf die finanziellen Folgen zu konzentrieren, welche typischerweise verlässlicher prognostizierbar sind und ja auch bereits bislang (wenngleich in vielfach eher floskelhafter Weise) innerhalb der Begründung von Gesetzentwürfen Erwähnung finden. Diese Instrumente sollten kombiniert werden mit der (ebenfalls aber nicht flächendeckend, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen eingesetzten) Befristung gesetzlicher Regelungen, um innerhalb bestimmter Zeiträume das Lernen aus Erfahrungen und Vergleichen, zu ermöglichen.

c) *Privatisierung, PPP* (Fragen 17 – 30)

In **Frage 18** wird zu Recht festgestellt, dass die Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Infrastrukturen „in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Prinzipien des Grundgesetzes wie Bundesstaat, Sozialstaat, Demokratie und Rechtsstaat“ steht. Zu ergänzen ist allerdings, dass die Betätigung als Träger vormals öffentlicher Aufgaben bei den hierzu bereiten Privaten fraglos eine Form der Grundrechtsausübung darstellt, so dass das Panorama der verfassungsrechtlichen Vor-

schriften um die Grundrechte jener Privaten ergänzt werden muss. Hinzu treten die Grundrechte der von der Aufgabenerledigung Betroffenen. Innerhalb dieses Spannungsverhältnisses die jeweils richtigen Entscheidungen zu treffen, ist wiederum in erster Linie eine Aufgabe der Politik auf der jeweils betroffenen Verwaltungsebene. Nach heute herrschender Einschätzung enthält das Grundgesetz weder eine Aussage „Privat vor Staat“ noch eine Aussage des Inhalts „Staat vor Privat“. Die bestehenden, durchaus nicht übermäßig zahlreichen verfassungsrechtlichen und einfachrechtlichen Grenzen von Privatisierungen sind nach Jahren der rechtlichen Beschäftigung hiermit mittlerweile weitgehend bekannt und im Grundsatz auch in der Fachwelt akzeptiert. Von der Aufnahme von Vorschriften über zusätzliche Privatisierungsgrenzen in das Grundgesetz sollte daher abgesehen werden, nicht zuletzt auf Grund der bereits im Abschnitt a) diesbezüglich betonten Überforderung von Recht.

Was das Recht in diesem Bereich zu leisten vermag, ist freilich die Bereitstellung eines möglichst widerspruchsfreien und möglichst aufgabengerechten Entscheidungen ermöglichenden Rahmens für die jeweils zuständigen staatlichen Institutionen. Was dies im Einzelnen für die Verteilung der Zuständigkeiten für Privatisierungsentscheidungen zwischen der EU, dem Bund, den Ländern und den Kommunen, für die Maßstäbe von Privatisierungsentscheidungen und für das sog. Privatisierungsfolgenrecht bedeutet, wird vom *Verf.* dieser Stellungnahme gegenwärtig in einem bis Januar 2008 vorzulegenden umfangreichen Rechtsgutachten für den Deutschen Juristentag 2008 aufgearbeitet.

Regelungsbedarf besteht insbesondere im Hinblick auf die Option der sog. Public Private Partnership (PPP). Hierbei sind institutionalisierte PPPs (die Erledigung von Aufgaben in einem neu gegründeten gemeinsamen Unternehmen zwischen einem staatlichen Träger mit Trägern aus der Wirtschaft) und vertragsbasierte PPP, die insbesondere auf einzelne Infrastrukturprojekte bezogen sind, zu unterscheiden. Dabei kann nicht abstrakt festgestellt werden (wie in **Frage 24** nahegelegt), ob ein Ausbau von „PPP-Projekten ... zweckmäßig“ ist oder ob Private zur Bewältigung öffentlicher Aufgaben (wie in **Frage 29** nahegelegt) „als (nicht) gleichwertig angesehen werden“ können. Eine zuverlässige Bewertung von PPP-Aktivitäten kann nur im Hinblick auf die jeweils betroffenen Aufgaben und die jeweils in Frage kommenden Akteure beantwortet werden. Dabei greifen gegenwärtig eine Vielzahl von Rechtsvorschriften ein, die vielfach nicht miteinander abge-

stimmt sind bzw. zum Teil widersprüchliche Aussagen enthalten. Dies gilt namentlich für die im vorlegten Fragenkatalog mehrfach angesprochenen Rechtsgebiete Vergaberecht und Förderrecht. Die **Frage 25** (nach dem förderrechtlichen Rahmen von PPP-Projekten) kann daher dahingehend beantwortet werden, dass das Förderrecht stärker auf den jeweils betroffenen Förderzweck (z.B. einen Schulneubau) hin ausgerichtet und von der noch vielfach bestehenden Fixierung auf den Aufgabenträger gelöst werden sollte.

Insgesamt handelt es sich bei dem Themenbereich „Privatisierung, PPP“ aus juristischer Sicht weniger um ein strukturelles Grundproblem der doch im Vordergrund der Kommissionsberatungen stehenden Bund-Länder-Beziehungen, sondern um eine primär durch sektorale bzw. systematische Einzelprobleme gekennzeichnete Materie eigener Art.

## II. Aufgabenoptimierung

### 0) *Übergreifend/allgemein* (Fragen 32 – 40)

Wie bereits eingangs hervorgehoben, sind alle Überlegungen, die auf eine Veränderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung abzielen, um die kommunale Ebene zu ergänzen, wenn nicht von vornherein die Wirklichkeit des Verwaltungshandelns in Deutschland verfehlt werden soll.

**Frage 32** zielt einleitend darauf ab, ob im Interesse einer Verbesserung von Effektivität und Effizienz eine Veränderung der gegenwärtigen Kompetenzverteilung erforderlich sei. Bei der Beantwortung der sodann nach Spiegelstrichen geordneten Teilfragen ist vorab festzustellen, dass das Grundgesetz, nicht zuletzt aus bekannten historischen Erfahrungen, die Grundentscheidung für ein föderales System (Art. 20 Abs. 1 GG: Bundesstaat) mit kommunaler Selbstverwaltung (Art. 28 Abs. 2 GG) getroffen hat und diese Grundentscheidung im Interesse von mehr Gewaltenteilung, mehr Freiheit bei weniger Machtunterworfenheit für die Bürger und mehr Demokratie infolge der zusätzlich eröffneten Mitwirkungsmöglichkeiten im Grundsatz unangefochten ist. Dass es unter bestimmten Umständen des Einzelfalls zu erhöhten Kosten und Effizienzdefiziten kommt, wird dabei hingenommen, weil hinsichtlich des Regelfalls die bis heute politisch wie ökonomisch nicht erschütterte Überzeugung vorherrscht, dass ein dezentral-föderales System infolge der größeren Sach- und Ortsnähe aufs Ganze gesehen auch im Hinblick auf jene eher ökonomisch geprägten Parameter überlegen ist. Diese Überzeugung ist

in den vergangenen Jahren durch den Gedanken des sog. Wettbewerbsföderalismus weiter legitimiert worden; eine zentrale Struktur schliesse demgegenüber Wettbewerb und die von ihm erhofften Kosten und Effizienzvorteile von vornherein aus.

Aus dem Vorstehenden folgt im Hinblick auf die einzelnen Fragen zu Ziffer 32:

- Der Erfolg staatlichen Handelns darf *nicht* ausschließlich anhand der Indikatoren „Kosten“ und „Effektivität“ gemessen werden, sondern diese Indikatoren müssen im Falle eines Ergebnisses zu Lasten der dezentralen Struktur gegen die mit dieser verbundenen politischen Vorteile abgewogen werden;
- ob „eher zentrale oder eher dezentral-föderale Strukturen zu erfolgreicherem staatlichen Handeln und effizienten Dienstleistungen führen“, kann, freilich auf der Basis der verfassungsrechtlich vorgegebenen Vermutung zugunsten der dezentral-föderalen Struktur, nur anhand des Einzelfalls beurteilt werden;
- dezentral-föderales Verwaltungshandeln ist überdies bei einem primär wettbewerblichen Verständnis in der Tat „vorzuziehen“;
- „allein auf Kosten- und Effektivitätsüberlegungen basierende Eingriffe in das dezentrale Gefüge“ sind verfassungsrechtlich weder im Verhältnis zwischen Bund und Ländern noch im Verhältnis zwischen Ländern und Kommunen statthaft. Dies hat im Hinblick auf das letztgenannte Verhältnis jüngst erst wieder ein Verfassungsgericht bestätigt, nämlich das Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern in einem Urteil vom 26.7.2007 (DVBl. 2007, S. 1102). Dort wird festgestellt, dass die „Fixierung“ des zentralisierungswilligen Gesetzgebers „auf die Einräumigkeit und Einheit der Verwaltung“ dazu geführt habe, „dass die bürgerschaftlich-demokratische Dimension der kommunalen Selbstverwaltung nicht mit dem vollen ihr von Verfassung wegen zukommenden Gewicht in die erforderliche Abwägung eingestellt worden sei“. Der Marginalisierung der *politischen* Faktoren von Föderalismus wie kommunaler Selbstverwaltung ist hiermit zum wiederholten Mal eine deutliche Schranke errichtet worden.

Ausgehend von diesen Überlegungen kann die auf die Alternative „Entflechtung oder Bündelung von Aufgaben“ zielende **Frage 35** wie folgt beantwortet werden: Der mit der Föderalismusreform I eingeschlagene Weg der stärkeren *Entflechtung* weist in Richtung der Zusammenführung von Aufgabenkompetenz und finanzieller

Verantwortung in einer Hand. Wie der Präsident des Bundesrechnungshofes in seinem Gutachten (K-Drs. 055, Ziffer 3.3 ff.) zutreffend und eingehend hervorheben hat, lässt sich dem Grundgesetz ein Auftrag zur Entflechtung entnehmen, der aus den bereits genannten Verfassungsprinzipien gespeist wird und zusätzlich durch den ebenfalls verfassungsrechtlich (jedenfalls über Art. 114 Abs. 2 Satz 1 GG) verankerten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit gestärkt wird.

Allerdings kann nicht geleugnet werden, dass es Aufgaben gibt, deren Erledigung durch eine *Bündelung* optimiert werden kann. Dabei sollte unterschieden werden zwischen der Zusammenführung sachlich verschiedener Aufgaben in der Hand eines Aufgabenträgers einerseits, und der Zusammenführung sachlich identischer Aufgaben in der Hand eines Aufgabenträgers andererseits. Ein Beispiel für die erste Variante wäre die Zusammenfassung sämtlicher familienbezogener Leistungen in einer sog. Familienkasse; diese Form der Bündelung könnte in manchen Bereichen dem Umstand Rechnung tragen, dass aus der Sicht der Bürger (im wirtschaftlichen, aber auch im sozialen Bereich) Sachverhalte nicht als Fachaufgaben, sondern als Wirtschaftsabläufe bzw. Lebenslagen wahrgenommen werden. Als Beispiel für die zweite Variante mag die ebenfalls im Fragenkatalog genannte Überführung der sachlich in allen Bundesländern identischen Aufgaben beim Vollzug des Ausländergesetzes in der Hand des Bundes (statt der Länder bzw. Kommunen) dienen.

Freilich darf „Bündelung“ nicht mit Hochkonzentration verwechselt werden. Der am Ende eines Bündelungsprozesses stehende neue Aufgabenträger könnte der Bund sein, in Abhängigkeit von der jeweils betroffenen Materie kommen aber auch einzelne Länder, die Kommunen oder neuartige, erst noch zu schaffende Einheiten in Betracht.

*b) Entbürokratisierung: Stand auf den vier staatlichen Ebenen und föderalismuspezifischer Handlungsbedarf (Fragen 49 – 60)*

Die gegenwärtig teilweise bereits eingesetzten, teilweise noch in Erprobung befindlichen Instrumente der Bürokratiekostenmessung können ebenso wie der nationale Normenkontrollrat vielversprechende Mechanismen der Entbürokratisierung sein, vor allem soweit man hierunter den Abbau von Melde- und Statistikpflichten versteht. Mit der **Frage 51** wird zu Recht der Blick darauf gerichtet, dass solche bürokratischen Lasten freilich nicht nur im Verhältnis zwischen Staat (Bund, Län-

der, Kommunen) und Wirtschaft, sondern auch innerhalb der staatlichen Ebenen bestehen. Infolge der zunehmenden Verflechtung zwischen der nationalen Verwaltung und den Verwaltungsebenen der EU, werden Belastungen dieser Art zunehmen. Nach ersten juristischen Analysen sind wechselseitige Informations- und Berichtspflichten sowie damit verbundene Statistikobliegenheiten ein zentrales Merkmal des europäischen Verwaltungsverbunds. Die Vermeidung unnötiger Belastungen, die entweder nicht zwingend EU-rechtlich vorgegeben sind oder von vornherein autonom durch den Bund bzw. die Länder ausgelöst worden sind, ist somit ein wichtiges Ziel gegenwärtiger und künftiger Verwaltungspolitik. Daher sollte über den Einsatz der eingangs erwähnten, gegenwärtig überwiegend auf das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft beschränkten Instrumente nachgedacht werden.

Von der Wirkungsweise her handelt es sich bei den Berichts- und Statistikpflichten zwischen den Verwaltungsträgern innerhalb der Bundesrepublik um Erscheinungsformen der Verflechtung zwischen den staatlichen Ebenen. Nicht nur durch gesetzliche Vorgaben, Verwaltungsvorschriften oder Einzelweisungen, sondern auch durch Maßnahmen dieser Art werden Ingerenzen zu Lasten des hiervon jeweils betroffenen Verwaltungsträgers ausgeübt. Bei den kommunalen Aufgabenträgern ist hierdurch die Garantie der Eigenverantwortlichkeit bei der Erledigung von Aufgaben beeinträchtigt, die durch Art. 28 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gestützt ist. Diese Garantie ist ein Ausfluss des gegenwärtig zu Recht so stark verfolgten Entflechtungsgedankens und des Gedankens der Stärkung von Gestaltungskompetenzen. Indem die Gesetzgeber und die Regierungsebenen im Bund und in den Ländern sich des Umstands bewusst werden, dass Bürokratielasten dieser Art die eigentlich gewünschte Eigenverantwortlichkeit herabsetzen können, halten sie bereits einen Hebel zum Ziel des Bürokratieabbaus in Händen.

In diesen Zusammenhang ist auch die Beantwortung von **Frage 55** einzuordnen, die auf die Verankerung eines Anhörungsrechts der kommunalen Spitzenverbände bei kommunalrelevanten Vorhaben zielt. Die Verankerung eines Anhörungsrechts im Grundgesetz würde dem Vorbild einiger Länderverfassungen folgen und könnte von den dort gemachten, durchaus positiven Erfahrungen profitieren. Mit ihr könnte überdies ein weiterer Schritt in Richtung Bürokratieabbau gemacht werden, und zwar sowohl im Hinblick auf Berichts- und Statistikpflichten zu Lasten der Bürger (der Wirtschaft) als auch im Hinblick auf die soeben erörterten Berichts-



und Statistikpflichten zu Lasten der kommunalen Träger selbst. Auf beides könnte im Rahmen der Ausübung eines Anhörungsrechts hingewiesen werden, und zwar gespeist aus dem Erfahrungsfundus derer, die vor Ort mit jenen Pflichten konfrontiert sein würden. Die Aufnahme eines Anhörungsrechts in das Grundgesetz würde weder die Kommunen zu einer dritten Ebene im Staat heraufstufen (die sie, wie bereits mehrfach erwähnt, nicht bilden können) noch würde sich (bei entsprechender Fristenregelung) das Gesetzgebungsverfahren übermäßig verzögern. Gestärkt würde die Stimme des Verwaltungsvollzuges innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens, was angesichts des gegenwärtig stattfindenden Ausmaßes der Kommunalisierung von Verwaltungsaufgaben in den meisten Bundesländern umso naheliegender erscheint.

c) *Aufgabenentflechtung zwischen Bund und Ländern in beide Richtungen*

- Strukturell (u.a. Auftragsverwaltung; Verbot des Aufgabendurchgriffs auf die Kommunen; Fragen 61 – 77)

Wenn man über Wege der Aufgabenentflechtung zwischen Bund und Ländern nachdenkt, ist es naheliegend, den Verwaltungstyp der *Bundesauftragsverwaltung* (Art. 85 GG) sowohl im Hinblick auf einzelne ihm zugeordnete Aufgaben als auch strukturell auf den Prüfstand zu stellen. Zur Beurteilung einzelner Vorschläge, wie sie insbesondere in den **Fragen 63 – 65** angesprochen sind, ist es freilich notwendig, die Zielsetzungen zu analysieren, die hinter diesem Verwaltungstyp stehen. Die Bundesauftragsverwaltung ist neben der Landesverwaltung der zweite Fall der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder und keinesfalls eine historische Reminiszenz. Auf Grund der hier bestehenden Intensität der Ingerenzrechte des Bundes kann man die Bundesauftragsverwaltung kennzeichnen als ein koordiniertes Zusammenwirken bei getrennter Verantwortungszurechnung. Dieser Verwaltungstyp bietet mithin ein spezifisches Konfliktbewältigungsprogramm. In seinem Rahmen können auch erhebliche politische Konflikte zwischen dem Bund und jeweils betroffenen Ländern offen ausgetragen werden, weil sogleich Vorkehrungen dafür getroffen sind, dass letzten Endes in der Sache eindeutige Entscheidungen getroffen werden können. Der hierfür zu zahlende Preis besteht in der Kompliziertheit des Verwaltungstyps.

Indem das Grundgesetz in einer bestimmten Zuordnungsnorm (z.B. in Art. 87c für die Erledigung der Aufgaben des Vollzugs atomrechtlicher Vorschriften) den Ver-

waltungstyp der Bundesauftragsverwaltung zur Verfügung gestellt hat, verfolgt er jeweils das Ziel, eine „zweckbezogene und zweckrationale“ Erledigung jener Aufgaben sicherstellen zu können. In der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist diese funktionale Sichtweise immer deutlicher in den Vordergrund gerückt worden (vgl. BVerfGE 81, 310 [332; Kalkar]; ferner BVerfG, NVwZ 2002, 585 [590; Biblis-A]). Die Gründe für die Zuordnung des Verwaltungstyps „Bundesauftragsverwaltung“ zu einer bestimmten Verwaltungsaufgabe sind mithin ganz zentral auch in den organisatorischen Spezifika zu finden, die gerade der ausgewählte Verwaltungstyp für die Erledigung der konkreten betroffenen Aufgaben verspricht. Das Spezifikum des Verwaltungstyps der Bundesauftragsverwaltung besteht nun in der Zurverfügungstellung eines Konfliktbewältigungsprogramms. In diesem strukturellen Ansatz, der Herstellung eines Zusammenhangs zwischen Verwaltungsaufgaben und Verwaltungsorganisation erweist sich die grundgesetzliche Konzeption als durchaus modern, weil heute in der Verwaltungswissenschaft als unstreitig gelten kann, dass die Wirksamkeitsbedingungen des Organisationsrechts nicht sinnvoll ohne Aufgabenanalyse zu diskutieren sind. Daraus folgt für etwaige Reformvorhaben, dass sich diese *nicht* auf die strukturelle Ausgestaltung des Verwaltungstyps, sondern auf die einzelnen Zuordnungsnormen, d.h. auf einzelne Aufgabenbereiche konzentrieren sollten, wie es namentlich mit den Fragen zur Zukunft der Bundesfernstraßenverwaltung (ab 138) auch geschieht. Keine überzeugenden Gründe sprechen dagegen für den mit **Frage 63** formulierten Vorschlag, innerhalb von Art. 85 Abs. 4 GG die Tatbestandsmerkmale „Gesetzmäßigkeit“ und „Zweckmäßigkeit“ konkreter zu umschreiben.

Auch **Frage 64** ist zu verneinen. Art. 85 Abs. 2 GG ermöglicht dem Bund als Ingerenzrecht den Erlass von „allgemeinen Verwaltungsvorschriften“, jedoch nur mit Zustimmung des Bundesrates. Hieran sollte festgehalten werden, weil im Rahmen der Zustimmung über den Bundesrat nicht nur irgendeine Vollzugs-Perspektive eingebracht wird, sondern im Rahmen des soeben geschilderten Konfliktbewältigungsprogramms diejenige Seite, die bei diesem Verwaltungstyp die sog. Wahrnehmungskompetenz besitzt, die hiermit verbundenen Belange geltend machen kann. Die Zustimmungspflichtigkeit von Verwaltungsvorschriften stellt einen zentralen Baustein des hinter dem gesamten Verwaltungstypus stehenden funktionalen Zusammenhangs dar. Aus diesem Grund sollte auch davon abgesehen werden, sog. allgemeine Weisungen zu legalisieren, was im Diskussionspapier der

Mitglieder der Bundesregierung (K-Drs. 005, Ziffer III) gefordert wird. Wie unter Ziffer 3.3.2. des Gutachtens des Präsidenten des Bundesrechnungshofes (K-Drs. 055, S. 242) näher beschrieben, erfolgen teilweise solche allgemeinen Weisungen teilweise, um das Zustimmungsrecht des Bundesrates, welches sich nur auf allgemeine Verwaltungsvorschriften bezieht, zu umgehen. Richtigerweise kann es allgemeine Weisungen innerhalb des Verwaltungstyps der Bundesauftragsverwaltung nicht geben, sondern nur die in Art. 85 Abs. 3 GG geregelten sog. einfachen Weisungen. Eine „Klarstellung“ sollte also allenfalls in dieser, nicht in der anderen Richtung erfolgen. Die Legalisierung der Möglichkeit „allgemeiner Weisungen“ würde jedenfalls nicht zu einer Entflechtung, sondern im Gegenteil zu einer weiteren, jedoch nicht durch den Sinn und Zweck des Verwaltungstyps gerechtfertigten Verflechtung führen.

Sowohl im Zusammenhang der Bundesauftragsverwaltung (Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG), als auch und vor allem aber im Bereich des Verwaltungstyps der Landeseigenverwaltung (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) wird das mit der Föderalismusreform I soeben erst eingeführte *Verbot des Aufgabendurchgriffs* von der Bundesebene auf die kommunale Ebene diskutiert. **Frage 77** zielt auf eine Neuformulierung des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 (und wohl dann auch des Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG) dahingehend, dass die Rechtsfolge (keine Gesetzgebungskompetenz des Bundes) auch dann eingreifen würde, „wenn bestehende Leistungsgesetze verändert, insbesondere Leistungen erhöht werden“. Dies würde zu Änderungen an Vorschriften führen, die das Ziel der Entflechtung der föderalen Beziehungen und der Stärkung von Gestaltungskompetenzen (BR-Drucks. 178/06, S. 14 f.) mit zuvor kaum gekannter Deutlichkeit zum Ausdruck bringen. Ziel dieser Regelungen war es, dass künftige Aufgabenübertragungen auf die Kommunen nur noch durch die jeweiligen Länder erfolgen können, woraufhin im Verhältnis zwischen diesen und den betroffenen Kommunen regelmäßig die in der jeweiligen Landesverfassung enthaltenen, in den vergangenen Jahren zudem teilweise ausgebauten Konnexitätsregelungen eingreifen. Damit hat sich der Verfassungsgeber für eine verwaltungsorganisationsbezogene Entflechtung und nicht für die Alternative eines fortbestehenden, jedoch enger konditionierten und vor allem mit einer Konnexitätsregelung im Bundes-Finanzverfassungsrecht flankierten Bundesdurchgriffs entschieden. Worum es ihm dabei nicht zuletzt ging, war die Abkoppelung der Zustimmungspflicht der Länder vom Eingriff in ihre Organisationshoheit in Art. 84 Abs. 1 a.F.

In den ersten Monaten nach Inkrafttreten der neuen Bestimmungen konnten einige zentrale Auslegungstreitigkeiten bereits geklärt werden, wozu nicht zuletzt die Entscheidung des Bundespräsidenten zur Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes vom 8.12.2006 beigetragen hat. Demnach sind jedenfalls all diejenigen gesetzgeberischen Entscheidungen des Bundes als Aufgabenübertragung anzusehen, die die Zuständigkeit der Kommunen als Verwaltungsträger für eine bestimmte Aufgabe inhaltlich ändern, gleichgültig ob die betreffende Aufgabe „von Null aus“ übertragen wird oder ob bereits eine Teilzuständigkeit vorhanden war. Vergleichsweise ungeklärt ist demgegenüber die in **Frage 77** angesprochene Problematik der Veränderung der materiell-rechtlichen Standards in einem bestehenden Leistungsgesetz des Bundes, etwa im Falle der Erhöhung von Sozialhilfeleistungen zugunsten der Betroffenen (mit der Konsequenz erhöhter Aufwendungen bei den kommunaler Aufgabenträgern).

Hierbei handelt es sich um eine typische Interpretationsaufgabe in Bezug auf soeben erst in das Grundgesetz aufgenommene Normen, die im Verfassungssystem der Bundesrepublik den Gerichten zugewiesen ist. Seitens des Verfassungsgebers nach so kurzer Zeit erneut Änderungen am Text dieser Vorschriften vorzunehmen, erscheint verfrüht, zumal die Aufnahme weiterer Begriffe in den Verfassungstext die Gefahr neuerlicher Auslegungsschwierigkeiten bergen würde.

- **Sektoral (Fragen 78 – 178)**

Die mit den **Fragen 78 u. 79** angesprochene Möglichkeit der Regionalisierung des Mitteleinsatzes für Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik (Kompetenzabschichtung auf die Länder und Übertragung bisher eingesetzter Bundesmittel) zielt auf einen Verwaltungsbereich, der bislang in besonders hohem Maße durch ein verflochtenes Verwaltungs- und Finanzierungssystem gekennzeichnet ist. Der Präsident des Bundesrechnungshofs hat die sich hieraus ergebenden Probleme eingehend beschrieben (K-Drs. 055, Ziffer 4.3.1). Angesichts der zentralen Bedeutung dieser Aufgaben für rund 7 Millionen Menschen und darüber hinaus für das gesamte Wirtschafts- und Sozialgefüge werden allerdings bundesweite Leistungsstandards unabdingbar sein. Hinsichtlich der konkreten Maßnahmen der aktiven Arbeitsmarktpolitik wäre aber eine Regionalisierung ein Schritt in die richtige Richtung, weil diese Aufgaben untrennbar mit den Aufgaben der Wirtschaftsförderung und der Bildung verflochten sind, welche ihrerseits in Landes- bzw. kommunaler

Zuständigkeit liegen. In dieser Situation böte sich eine experimentelle Vorgehensweise dahingehend an, dass nicht sofort eine Regionalisierung auf der Ebene sämtlicher Bundesländer erfolgt, sondern vielleicht in einem ersten Schritt in einigen ausgewählten Ländern. Das böte während des Versuchszeitraums nicht nur die Möglichkeit des Wettbewerbs untereinander, sondern auch mit den beim Bund einstweilen weiterhin zuständigen Einheiten.

Eine Entflechtung liegt sachlich auch bei den mit der **Frage 178** angesprochenen Aufgaben im Geoinformationswesen nahe, zum einen aus technischen, zum anderen aus Gründen der Einbettung in eine gesamteuropäische Infrastruktur. Dabei wird es darauf ankommen, innerhalb des Aufgabenfeldes „Geoinformationswesen“, diejenigen konkreten Teilaufgaben zu benennen, die sich für eine Hochkonzentration auf den Bund eignen und sie von denjenigen Aufgaben zu unterscheiden, die auf Grund ihrer sachlich begründeten Verknüpfung mit föderalen bzw. lokalen Aufgaben (bodenbezogene Umweltdaten, Adressen von Kindergärten etc.) weiterhin nur im Zusammenwirken, d.h. ohne dass eine Entflechtungsoption bestünde, wahrgenommen werden können.

d) *Bündelung und Koordinierung von Aufgaben*

- Strukturell (Fragen 179 – 184)

Mit den **Fragen 179 u. 180** wird die Option der Bündelung und Koordinierung von Aufgaben mit dem Begriff „gesamtgesellschaftliche Aufgaben“ assoziiert. Dieser Begriff beschreibt zutreffend, dass es eine ganze Reihe von Aufgabenfeldern gibt, die aus sachlichen, d.h. aus ihnen selbst fließenden Gründen einer Entflechtung nicht zugänglich sein werden. Die beispielhaft genannten Aufgabenfelder „Ausbau der Kinderbetreuung“ und „Folgen des demographischen Wandels“ sind zutreffend. Ergänzend könnten eine Vielzahl weiterer Aufgaben, insbesondere solche mit ökologischem Bezug (etwa: Klimaschutz), genannt werden. Aus fachlicher, soziologischer und politischer Sicht handelt es sich mithin um eine wichtige Kategorie.

Aus *rechtlicher* Sicht ist dringend davor zu warnen, eine eigenständige Kategorie diesen Inhalts in die Kompetenzverteilungsvorschriften des Grundgesetzes aufzunehmen. Insoweit ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass mit der Föderalismusreform I gerade erst die in Art. 91a und 91b geregelte Kategorie der „Gemeinschaftsaufgaben“ reduziert worden ist, wobei die dabei entfallenen Aufgabenfelder

„Hochschulbau“ und „Bildungsplanung“ zweifelsohne ebenfalls gesamtgesellschaftlichen Charakter tragen. Die rechtliche Problematik einer eigener Kategorie „gesamtgesellschaftliche Aufgaben“ besteht darin, dass es sich in der Sache um Aufgabenfelder handelt, die aus einer Vielzahl einzelner, sachlich miteinander zusammenhängender, mithin verflochtener Aufgaben besteht. Regelmäßig notwendig ist daher die Formulierung übergeordneter, gemeinsamer Zielsetzungen sowie die Festlegung bundesweit zu beachtender Standards bei der Zielerreichung. Die hierfür erforderlichen Kompetenzen liegen (selbstverständlich vorbehaltlich der Prüfung der einzelnen Aufgabe) zumeist beim Bund, der in jedem Fall den Startschuss für etwaigenfalls weitere gesetzgeberische Aktivitäten auf Länderebene abgeben kann.

Davon zu trennen sind die Aufgaben, mit denen die vorgegebenen Ziele verfolgt und den materiellen Standards zur Beachtung verholfen werden muss. Bei ihnen handelt es sich um Verwaltungs- und Finanzierungsaufgaben, die gerade in den beispielhaft genannten Aufgabenfeldern (insbesondere: Ausbau der Kinderbetreuung) stark von den Verhältnissen vor Ort und auch von der Zusammenarbeit mit dort ansässigen privaten und gesellschaftlichen Trägern abhängig sind. Mit anderen Worten: Betreffend die materielle Ebene bedarf es einer eigenen Kategorie „gesamtgesellschaftliche Aufgaben“ nicht (abgesehen davon, dass kaum Einigkeit darüber zu erzielen sein dürfte, welche Aufgabenfelder hierunter fallen sollten), während auf der Ebene der Verwaltung und Finanzierung je nach der *konkret* betroffenen Einzelaufgabe innerhalb des gesamten Aufgabenfelds differenziert werden muss, was bei einer Zusammenfassung in einer nivellierenden Gesamtkategorie nicht mehr möglich wäre.

Konkret zu **Frage 180**, die nochmals das mit der Föderalismusreform I eingeführte Verbot des Bundesdurchgriffs auf die kommunale Ebene aufgreift, ist auf der Basis dieser Überlegungen festzustellen, dass sich diese Neuregelung (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG) – richtig verstanden – nicht als ein Hindernis zur Bewältigung namentlich der gesamtgesellschaftlichen Herausforderung „Ausbau der Kinderbetreuung“ darstellt. Diese Vorschrift verbietet *nicht* das Formulieren von Zielen und das Setzen materieller Standards, sondern sie hindert den Bund lediglich daran, den konkret zur Gestaltung und zum Vollzug zuständigen Aufgabenträger innerhalb der einzelnen Länder (die Landes- oder die Kommunalverwaltung) festzulegen. Dies ist vielmehr Sache der Länder (mit regelmäßig automatischem Eingrei-

fen von Konnexitätsregelungen zugunsten der Kommunen). Ein irgendwie geartetes Potenzial zur Verhinderung neuer politischer Ziele und Handlungsvorgaben zu Lasten des Bundes enthält diese Vorschrift jedenfalls nicht. Dadurch, dass nicht mehr (wie bei Art. 84 Abs. 1 GG a.F.) automatisch eine Zustimmungspflicht des Bundesrates ausgelöst wird, erleichtert sie vielmehr ein entsprechendes Tätigwerden.

- Sektoral: Soziales; Ausländerbehörden (Fragen 187 – 192; 200 – 202)
- Auch bei einer etwaigen Neuordnung der Kompetenzverteilung bzw. der Bündelung und Koordination der Aufgabenwahrnehmung im Felde der Sozialpolitik muss am Anfang die Analyse der jeweils konkret betroffenen Aufgaben stehen. Die Aufgaben der Sozialpolitik sind (in knappen Strichen skizziert) zum größten Teil dadurch gekennzeichnet, dass die Hilfsbedarfe immer individueller werden und ihre Ermittlung ein wachsendes Maß an Sach- und Personennähe erfordert, vermehrt auch infolge des Bedeutungszuwachses von Präventionsaufgaben. Zwar werden Geldleistungen nicht abgelöst, aber Dienstleistungen werden immer wichtiger und sie sind in begrenzterem Maße standardisierbar und zentralisierbar. Des Weiteren sind die sozialen Aufgaben immer stärker interdisziplinär verflochten. Einen zusätzlichen Faktor bildet die zu beobachtende stärkere Konditionierung von Sozialleistungen, d.h. der Umstand, dass sie nicht einfach nach Prüfung bestimmter Voraussetzungen gewährt werden, sondern dass Mitwirkungsobliegenheiten des Empfängers bestehen. Diese Obliegenheiten müssen begründet und begleitet, ihre Erbringung honoriert bzw. kontrolliert werden. Dies gilt für das Förderelement innerhalb des Hartz IV-Konzepts ebenso wie für die von Arbeitslosen zur absolvierenden Weiterbildungen. Einen letzten, ganz wichtigen Faktor bildet die zunehmende, weitgehend alternativlose Einbeziehung gesellschaftlicher und freier Träger (Einrichtungen der sog. freien Wohlfahrtspflege, Selbsthilfegruppen etc.). Überlegungen zur Neuordnung der Kompetenzverteilung in der Sozialpolitik müssen diese weiteren Träger mit einbeziehen. All das bedeutet, dass die Zuordnung von Sozialverwaltungsaufgaben dort am Erfolgversprechendsten ist, wo die mit dem Konzept des Gewährleistungsstaates verbundenen Leitungs-, Koordinations- und Kooperationsaufgaben am besten erfüllt werden können.
- Der etwaige Neuaufbau von bundesweiten Fach- und Sonderverwaltungen (etwa im Ausländerwesen, wie mit **Frage 201 u. 202** nahegelegt), würde dem zuwider-

laufen. Dies gilt erst recht in dem Maße, in dem sich die Aufgaben im Felde des Ausländerrechts von primär ordnungsrechtlich geprägten Tätigkeiten hin zur Migrationsverwaltung entwickeln. Denn dadurch nehmen sachlich begründete Verknüpfungen mit Integrations-, Bildungs- und Betreuungsaufgaben zu, die auf der Ebene von bundesweit tätigen Sonderverwaltungsbehörden kaum bewältigt werden könnten.

**Zu Frage 190** ist zu antworten, dass die Betreuung langzeitarbeitsloser Personen (u.U. als Bestandteil eines Gesamtkonzepts unter Einschluss der Regionalisierung von Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik [**Fragen 78 u. 79**]) in der Tat ein vielversprechender Weg wäre. Die bislang durch das kommunale Optionsgesetz in 69 Kommunen eröffnete Möglichkeit der Erprobung alternativer Modelle der Eingliederung von Arbeitssuchenden im Wettbewerb zu den Eingliederungsmaßnahmen der Agenturen für Arbeit (§ 6a Abs. 1 Satz 2 SGB II) könnte nach Abschluss der dort vorgesehenen Evaluationsprozesse einen wichtigen ersten Schritt bilden. Infolge der besonders intensiven Verknüpfung mit anderen lokalen Aufgaben und der Notwendigkeit des Zusammenwirkens mit anderen Einrichtungen sowie gesellschaftlichen Trägern ist auch den durch **Frage 191** angesprochenen Aufgaben der Eingliederungshilfe behinderter Mensch eine Weiterentwicklung in die Richtung „gesamtgesellschaftlich Denken, lokal Handeln“ aus rechtlicher, mit den Sachnotwendigkeiten der betroffenen Aufgaben argumentierender Sicht zu wünschen.

### III. Standardsetzung

- a) *Effizienzsteigerung durch Überprüfung bestehender Standards, durch Neustandards oder durch Harmonisierung von Standards, Benchmarking (Fragen 214 – 239)*

Mit **Frage 217** wird zu Recht darauf aufmerksam gemacht, dass eine wachsende Zahl von Standards nicht durch den staatlichen und auch nicht durch den EU-Gesetzgeber, sondern durch private, deutschland- oder gar europaweit agierende Organisationen gesetzt sind. Dies wurde bislang zwar unter dem Aspekt der demokratischen Legitimation diskutiert (diesbezügliche Bedenken sind bei Einhaltung bestimmter Kriterien überwindbar). Das Instrument der privaten Standardsetzung als solches aber noch nicht in nennenswertem Umfang auf die Agenda der Überprüfung bestehender Standards gesetzt worden. Die Schnittstelle, an der sol-



che Standards letztlich rechtliche Bindungswirkung erlangen, ist regelmäßig ein staatliches Gesetz, das auf die privat gesetzten Standards verweist oder ihnen zumindest über Vermutungsregeln zu unmittelbar rechtlicher Bedeutung verhilft. An diesen Schnittstellen muss daher angesetzt werden, wenn man auch diese Standards in die notwendige Überprüfungsdiskussion einbeziehen möchte.

Die **Fragen 218 ff.** zielen auf das „Benchmarking“ als etwaige Alternative zur Standardsetzung bzw. als Instrument zur Effizienzsteigerung von Verwaltung. In der Tat handelt es sich hierbei um ein sehr interessantes Instrumentarium, dessen Weiterentwicklung, vor allem aber seine Einsetzbarkeit in normativ vorgeordneten Bereichen dringend der weiteren Untersuchung bedarf. Aus der Sicht des Verfassungs- und Verwaltungsrechts handelt es sich hierbei um ein noch weitgehend unreflektiertes Instrumentarium. Diesbezügliche Regelungen bereits im Zusammenhang mit der Arbeit der Föderalismusreform II erscheinen daher angesichts der zeitlichen Dimension unrealistisch. Eine vertiefte Befassung hiermit wäre aber lohnend, weil dieses Instrument zu der oben ausführlich geschilderten Grundentscheidung zugunsten eines föderalen Systems mit kommunaler Selbstverwaltung strukturell passen würde.

#### **IV. IT-Standards und Systeme**

##### *a) IT- und Netzinfrastruktur (Fragen 251 – 275)*

Der verfassungsrechtliche Rahmen für die Weiterentwicklung einer ebenenübergreifenden Netzwerkverwaltung ist ungeklärt und kann nicht mit einigen Antworten im Rahmen eines Fragenkatalogs bewältigt werden. Fest steht allerdings (und dies mag als erste Antwort insbesondere auf die **Fragen 255 u. 256** hilfreich sein), dass die Unklarheit hinsichtlich der rechtlichen Rahmenbedingungen den Aufbau neuer sowie die Weiterentwicklung bestehender Systeme erschweren und verzögern kann. Hinsichtlich einzelner Projekte wird es immer wieder zu Konflikten zwischen Bund, Ländern und u.U. Kommunen kommen. Dies ist insbesondere angesichts der Dynamik und der vielfach bestehenden Eilbedürftigkeit des Handelns in diesen sehr techniknahen Aufgabenfeldern misslich.

Verantwortlich hierfür sind vor allem drei rechtliche Aspekte:

- Die verschiedenen mit der IT-Standardisierung verbundenen Teilaufgaben sind teilweise mit Sachaufgaben, insbesondere mit solchen, die den Bürgern gegenüber zu erbringen sind, verknüpft. Dies weckt bei den Trägern

dieser Aufgaben verständlicherweise die Befürchtung, dass aufgabenbedingte Verknüpfungen missachtet werden bzw. dass der Zugriff auf die betroffene IT-Standardisierungsaufgabe als Hintertür zum Eindringen in jene jeweils mitbetroffenen Sachaufgaben missbraucht wird.

- Hinzu kommt, dass die meisten der mit IT-Strukturen verbundenen Tätigkeiten bislang als Bestandteil der Organisationshoheit angesehen werden, die bei den allermeisten Aufgaben in den Händen der Länder bzw. der Kommunen liegen. Hochkonzentrationen in diesem Bereich (namentlich auf den Bund) bergen somit die Gefahr einer Nivellierung der Organisationshoheit (bei gleichzeitiger Folgeverantwortung für Technik und insbesondere Finanzierung vor Ort). Dass im IT-Bereich automatisch, d.h. ohne konkrete Begründung bezüglich der einzelnen Teil-Aufgabe zentrale Lösungen überlegen sein sollten, widerspricht jedenfalls den dem föderalen Gesamtsystem der Bundesrepublik zugrunde liegenden Überzeugungen und auch den diesbezüglichen neueren Entwicklungen unter dem Stichwort Wettbewerbsföderalismus.
- Eine verbesserte Zusammenarbeit zwischen den Ländern oder zwischen dem Bund und den Ländern stößt auf die auch in vielen anderen Aufgabebereichen bestehenden Vorbehalte, die in dem Begriff „Mischverwaltung“ gebündelt sind. Insoweit handelt es sich um einen Ausschnitt eines größeren Problems, welches daher auch erst im Rahmen des Abschnitts V behandelt werden soll.

Angesichts dieser Ausgangslage ist die Vorstellung, im ersten Schritt Änderungen auf der Ebene des Grundgesetzes vorzunehmen, nicht überzeugend. Die verfassungsrechtlichen Probleme, die im Hinblick auf eine intensivere Zusammenarbeit zwischen den Ländern bzw. zwischen Bund und Ländern jenseits des Verdikts gegenüber der Mischverwaltung bestehen, sind aufgabenübergreifend und sollten daher (wie sogleich zu V näher begründet wird) auch aufgabenübergreifend angegangen werden. In einem Aufgabenfeld, das so stark von technischen und administrativen Vor- und Teilfragen geprägt ist, wie das der IT-Strukturen, ist ein Top-Down-Ansatz, d.h. die Schaffung von Verfassungsbestimmungen ohne jeden belastbaren normativen Unterbau, nicht erfolversprechend. Wenn es gelingt, die Zusammenarbeit zwischen den Ländern sowie zwischen dem Bund und den Ländern (namentlich in der Ermöglichung gemeinsam getragener Organisationsein-

heiten) zu verbessern, dann wird hiervon auch im IT-Bereich Gebrauch gemacht werden können, umgekehrt ist die Notwendigkeit einer eigenen, IT-spezifischen Normierung auf Verfassungsebene nicht indiziert.

Notwendig erscheint aber nach mehreren Jahren der gesetzlich weitgehend unkoordinierten Entwicklung in diesem Bereich angesichts der geschilderten und sich u.U. verschärfenden Konfliktsituationen eine Regelung auf der Ebene des einfachen Gesetzes. Zentrale Inhalte eines solchen Regelwerkes könnten neben der IT-spezifischen Konkretisierung der u.U. geschaffenen allgemeinen Verfassungsvorgaben für eine verbesserte Zusammenarbeit die Abschichtung der verschiedenen Aufgaben innerhalb des Aufgabenfeldes E-Government sein (Schaffung von Standards, Netz- und technischen Dienstleistungsstrukturen [dort wiederum unterteilt nach Planung und Durchführung bzw. Zusammenarbeit mit gemeinsam errichteten unterstützenden Einrichtungen]), ferner Aussagen zur Interoperabilität und zur Schnittstellenthematik etc. Sollten sich im Zuge der Erarbeitung entsprechender gesetzlicher Regelungen unüberwindbare verfassungsrechtliche Hindernisse ergeben, könnte immer noch ein Tätigwerden des Verfassungsgebers in Erwägung gezogen werden.

*b) Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen den Ländern und/oder zwischen Bund und Ländern (Fragen 276 – 286)*

Eine Intensivierung der ebenenübergreifenden Zusammenarbeit in Aufgaben der IT-Infrastruktur stößt neben den bereits erwähnten, nach hiesiger Auffassung im allgemeineren Kontext zu bewältigenden Problemen unter dem Schlagwort „Mischverwaltung“ seit einiger Zeit regelmäßig überdies auf vergaberechtliche Einwände. Nach Jahren intensiver, sowohl literarischer als auch beratender Tätigkeit in diesem Rechtsgebiet sei zunächst festgehalten, dass diese Anforderungen früher häufig unterschätzt wurden, nunmehr aber teilweise überschätzt werden. Unter die europäischen Vergaberechtsregeln können unbestrittenermaßen nur entgeltliche Verträge zwischen einem Auftraggeber und einem zu Dienstleistungen verpflichteten Auftragnehmer fallen. Nicht erfasst ist die Gründung gemeinschaftlicher Organisationshoheiten und auch nicht die Inanspruchnahme von Organisationsseinheiten, zu deren Trägern (öffentlich-rechtliche Organisationsform) bzw. Eigentümern (bei privatrechtlicher Organisationsform) diejenige staatliche oder kommunale Stelle gehört, die im Einzelfall dort dann eine Dienstleistung abrufen

möchte. Etwas anderes gilt nach ständiger, mittlerweile sehr stark verfeinerter Rechtsprechung des EuGH erst dann, wenn entweder auch Private an der betreffenden Organisationseinheit beteiligt sind oder wenn die betreffende Organisationseinheit in erheblichem Umfang auch Dienstleistungen für Stellen außerhalb des Kreises ihrer Träger bzw. Eigentümer erbringen soll.

Rechtsprechung gibt es bislang nur zu den verschiedenen Formen der kommunalen Zusammenarbeit (beginnend mit OLG Düsseldorf, NZBau 2004, S. 308), wobei mittlerweile die soeben referierte Einschätzung, dass die Gründung von und die Beschaffung bei Zweckverbänden ausgenommen ist, bestätigt worden ist (durch OLG Düsseldorf, VergabeR 2006, S. 777). Der EuGH hat sich bislang in einer einzigen Entscheidung zur Thematik der Zusammenarbeit innerhalb des Staates geäußert und festgestellt, dass eine vollständige (wie seinerzeit in Spanien bestehende) Herausnahme jeglicher Verträge zwischen staatlichen bzw. kommunalen Trägern aus dem Anwendungsbereich des Vergaberechts, europarechtlich nicht akzeptabel sei (die Einzelheiten sind ausführlich dargelegt bei *Burgi*, ZG 2006, S. 189; vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage verschiedener Abgeordneter und die Fraktion der FDP in BT-Drucks. 16/6112).

Wertet man verschiedene Stellungnahmen der EU-Kommission in jüngerer Zeit aus und nimmt man verschiedene aktuelle Verlautbarungen des Europäischen Parlaments hinzu, dann erscheint das Fazit, dass der topos „Verwaltungszusammenarbeit“ jedenfalls einen Ausnahmetatbestand begründen kann und dass auch von Europarechts wegen eine Trennlinie zwischen der „Neustrukturierung der Staats- und Verwaltungsorganisation“ einerseits, und der Beschaffung am Markt andererseits besteht, berechtigt.

In dieser Situation sind politische Maßnahmen in zwei verschiedenen Richtungen indiziert. Zum einen ist auf eine Klarstellung auf der Ebene des europäischen Richtlinienrechts hinzuwirken. Ein diesbezügliches Tätigwerden sollte kräftigen Rückenwind durch das voraussichtlich zusammen mit dem europäischen Verfassungsvertrag Ende diesen Jahres verabschiedete „Protokoll zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erfahren. Dessen Art. 1 (der in der **Frage 184** des vorliegenden Katalogs zitiert ist) hebt explizit „die wichtige Rolle und (den) weiten Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage, wie Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse auf eine den

Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechender Weise zu erbringen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind“, hervor.

Auf nationaler Ebene ist in erster Linie der für die Verwaltungsorganisation zuständige *Gesetzgeber* gefordert. Da die Interpretation der europarechtlichen Vorgaben, wie bereits erwähnt, ergibt, dass die diejenigen Formen der Verwaltungszusammenarbeit, die auf der Grundlage von Organisationsgesetzen beruhen und ohne Beteiligung Privater stattfinden, jenseits des Vergaberechts liegen, kommt es darauf an, den zu einer Kooperation bereiten Verwaltungsträgern in den Ländern und im Bund die entsprechenden Organisationsoptionen zur Verfügung zu stellen, so wie dies zugunsten der Kommunen auf der Ebene der Landesgesetze über die kommunale Zusammenarbeit bereits geschehen ist. Gelänge es, ggf. auf der Grundlage einer allgemeinen Vorgabe im Grundgesetz (für eine Art „Verwaltungsverband“; vgl. näher V), einen Rechtsrahmen für die institutionalisierte Zusammenarbeit sowie für bestimmte Formen der Zusammenarbeit im Einzelfall (Delegation und Mandatierung) abstrakt und losgelöst vom Einzelfall zur Verfügung zu stellen, so könnte einerseits die Begründung von Kooperationen im konkreten Einzelfall beträchtlich erleichtert und entlastet werden und andererseits würden damit die Probleme mit dem europäischen Vergaberecht (bei Beachtung der genannten Voraussetzungen) vermieden.

Die Ebene des einfachen Gesetzes wäre für solche Regelungen im IT-Bereich hinreichend, weil es für die Frage der Vereinbarkeit mit dem europäischen Rechtsrahmen sowieso nicht darauf ankommt, ob eine entsprechende Bestimmung im einfachen Gesetz oder im Grundgesetz verankert ist; entweder sie ist europarechtlich statthaft (wie soeben skizziert) oder sie ist unstatthaft, dies dann aber auch, wenn sie sich im Grundgesetz findet. Angesichts der doch eher geringen verfassungsrechtlichen Dignität der hier in Frage stehenden Inhalte sollte eine Regelung auf der Ebene des Grundgesetzes daher m.E. nicht in Betracht gezogen werden.

## **V. Verstärkte Zusammenarbeit der Länder untereinander und von Bund und Ländern**

- a) *Erleichterung der Zusammenarbeit von Ländern (horizontale Kooperation; z.B. Verwaltungsverbände, Agenturmodelle) mit c) und d) (Fragen 287 – 308/318 – 324)*

Die gegenwärtige Staatspraxis kennt zahlreiche Erscheinungsformen der Zusammenarbeit von Ländern, die überwiegend anlassbezogen und aus verwaltungs-

pragmatischen Erwägungen heraus entstanden sind. Als Rechtsgrundlage fungieren entweder Verwaltungsabkommen (etwa beim Wissenschaftsrat) oder, und vor allem, Staatsverträge. Diese sind weder nach Rechtsnatur noch nach Zustandekommen und Inhalt im geschriebenen Recht näher normiert, jedoch im Grundsatz anerkannt. Als äußerste Grenze wird der „Grundsatz der Unverfügbarkeit der Kompetenz“ angesehen. Davon ausgehend hängt die Beurteilung letztlich davon ab, ob einzelne Aufgaben als solche oder lediglich ihre Durchführung übertragen werden. Insgesamt gesehen bedarf die Abweichung von der Regel der eigenverantwortlichen Aufgabenerfüllung einer Rechtfertigung durch Gründe in der konkreten Aufgabenmaterie sowie in deren rechtlichen und faktischen Anforderungen.

Dass in Zukunft verstärkt Bedarf nach einer Zusammenarbeit zwischen den Ländern entstehen wird, kann als unstrittig gelten. Dies gilt insbesondere für die bereits erwähnten Aufgabenfelder im Zusammenhang mit IT. Um zu verhindern, dass in jedem Einzelfall zeitraubende und oftmals vom konkreten Sachproblem ablenkende Konfliktszenarien heraufbeschworen werden, ist die Aufnahme einer Rahmenregel für die Zusammenarbeit von Ländern, d.h. eine Kodifizierung des Staatsvertragsrechts in seinen zentralen Kern, sinnvoll. Neben einer die Rechtssicherheit deutlich erhöhenden Kodifizierung des bereits bislang Erlaubten wäre ein behutsames Hinausschieben der Grenze des verfassungsrechtlich Erlaubten, insbesondere im Hinblick auf die Schaffung von Verwaltungsverbänden zwischen den Ländern, ernsthaft in Erwägung zu ziehen.

Regelungen in Staatsverträgen zu Lasten der Kommunen (**Frage 290**) wären an den das Verhältnis zwischen dem jeweiligen Land und den Kommunen determinierenden Selbstverwaltungsgarantien des jeweiligen Landesverfassungsrechts bzw. des Art. 28 Abs. 2 GG zu messen. Hinsichtlich der vergaberechtlichen Thematik (**Frage 291**) kann auf das oben (zu IV) Gesagte verwiesen werden.

b) *Erleichterung der Zusammenarbeit von Bund und Ländern (vertikale Kooperation z.B. Agenturmodelle) mit c) und d; Fragen 309 – 317 u. 318 – 324)*

Die Rechtfertigung für Verbundsysteme zwischen Bund und Ländern ist sachlich schwieriger und noch größeren Unsicherheiten unterworfen als die Rechtfertigung für Verbundsysteme zwischen den Ländern. In jedem Einzelfall, in dem entsprechende Kooperationen aufgenommen bzw. intensiviert werden sollen, erfolgt vielfach beinahe reflexartig der Hinweis auf das angeblich bestehende „Verbot der

Mischverwaltung“. Damit sollte sich die Kommission dringend auseinandersetzen, weil Abstimmung, Kommunikation und Zusammenarbeit auch in einem föderalen System mit kommunaler Selbstverwaltung bei aller Betonung von Wettbewerb und Unterschiedlichkeit unabdingbar sind und auf Grund der faktischen und rechtlichen Entwicklungen in verschiedenen Aufgabenfeldern (als Beispiel mag wiederum der IT-Bereich dienen) eher zu- als abnehmen werden. In **Frage 310** werden die verfassungsrechtlichen Grenzen für sog. „Mischverwaltung“ somit zutreffend in den Mittelpunkt gestellt.

Die Erscheinungsformen der Zusammenarbeit reichen auch hier von einzelnen, informalen Abstimmungen, über vertraglich vereinbarte Abstimmungsprozesse und der Nutzung von Organisationseinheiten eines anderen Kompetenzträgers bis hin zu gemeinsamen institutionalisierten Einheiten (Verwaltungsverbände).

Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt festgestellt, dass es in der Kompetenzaufteilung nach Art. 30 und 83 ff. GG zentrale Ausformungen des bundesstaatlichen Prinzips im Grundgesetz sieht und zugleich Elemente zusätzlicher Gewaltenteilung. Hierbei seien überdies die rechtsstaatlichen Grundsätze der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit zu beachten, um „die Länder vor einem Eindringen des Bundes in den ihnen vorbehaltenen Bereich der Verwaltung zu schützen und eine Aushöhlung des Grundsatzes des Art. 30 GG zu verhindern“. Dabei wird ausdrücklich festgestellt, dass „Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern ohne verfassungsrechtliche Grundlage ... selbst mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig“ sind. Dann heißt es wörtlich: „Das Grundgesetz schließt auch eine sog. Mischverwaltung, soweit sie nicht ausdrücklich zugelassen ist, aus“ (seit BVerfGE 32, 145 [156]; vgl. zuletzt BVerfGE 108, 169 [178 f.]).

Trotz dieser teilweise zum Dogma stilisierten Leitsätze haben sich in der Staatspraxis vielfältige Formen von Mischverwaltung entwickelt. Im begleitenden Schrifttum hat sich die Auffassung herausgebildet, dass das Grundgesetz keine schematischen Verbotsgrundsätze gegenüber allen möglichen institutionellen Verflechtungen enthält, sondern dass es auf die einzelne Kompetenzmaterie ankomme. Neben der Intensität der Kooperation und einem quantitativen Kriterium dahingehend, dass stets nur Teilbereiche einer Kompetenzmaterie erfasst sein dürfen, soll die Rechtfertigung letzten Endes davon abhängen, ob ein sachlicher Grund die

Zusammenarbeit (und damit die Durchbrechung der grundsätzlichen Trennung der Kompetenz von Bund und Ländern) geltend gemacht werden kann.

Insgesamt ist die Situation somit eher noch unbefriedigender als im Bereich der Zusammenarbeit unter den Ländern. In Anknüpfung an die dortigen Überlegungen sollte daher auch hier ernsthaft eine Ergänzung des Grundgesetzes in Erwägung gezogen werden. Wünschenswert erscheint eine grundsätzliche verfassungsrechtliche Aussage des Inhalts, dass es kein absolutes Verbot der Mischverwaltung gibt, sondern dass Formen der vertikalen Kooperation unter bestimmten Voraussetzungen statthaft sind. Hieran könnte dann im Einzelfall bzw. auf einzelne Aufgabenfelder bezogen (wie oben IV für den IT-Bereich bereits angedeutet) angeknüpft werden. Explizit geregelt werden sollte insbesondere die intensivste Form der Zusammenarbeit in Gestalt gemeinsamer Organisationseinheiten (Verwaltungsverbände o.ä.). Ob dabei inhaltlich lediglich der mühsam (und jeweils im Streitwege) ermittelte bisherige ungeschriebene Rechtsrahmen kodifiziert wird, oder ob vorsichtige, da als äußerste Grenze jedenfalls dem Bundesstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG verpflichtete Erweiterungen vorgenommen werden sollen, ist eine politische Frage.

Bochum, den 18. Oktober 2007

Professor Dr. Martin Burgi