

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

Kommissionsdrucksache
159*

**Die
Öffentliche
Verwaltung** **DÖV**

Zeitschrift für öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaft

Privatdozent Dr. Thorsten Siegel, Speyer

Regelungsoptionen im IT-Bereich durch die Föderalismusreform II

(erscheint in Heft 5/2009 der DÖV)

* zugeleitet von Kommissionsmitglied Fritz-Rudolf Körper, MdB

Regelungsoptionen im IT-Bereich durch die Föderalismusreform II

Von Privatdozent Dr. Thorsten Siegel, Speyer*

Auf der Agenda der Föderalismusreform II stehen zwei Themenkomplexe: zum einen Finanzthemen, zum anderen Verwaltungsthemen. Zu den erörterten Verwaltungsthemen gehören auch etwaige Regelungsoptionen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie. Vor diesem Hintergrund wird zunächst einleitend die Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechnologie als Herausforderung für die öffentliche Verwaltung skizziert (unter I.). Sodann wird der Frage nachgegangen, ob insoweit ein verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf besteht (unter II.). Im Mittelpunkt des Beitrags stehen die verschiedenen diskutierten Regelungsoptionen, die jeweils dargestellt und bewertet werden (unter III.). Abschließend erfolgt eine kurze Zusammenfassung (unter IV.).

I. IT als Herausforderung für die öffentliche Verwaltung

1. Aktuelle Entwicklungen im IT-Bereich

a) Chancen und Herausforderungen

Die öffentliche Verwaltung ist im IT-Zeitalter angekommen. Ein aktuelles Schlagwort lautet „E-Government“. E-Government bietet der öffentlichen Verwaltung einerseits Chancen, da auch im öffentlichen Sektor Effizienz- und Effektivitätsgewinne durch die Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien zu erwarten und teilweise bereits zu verzeichnen sind. Andererseits stellt E-Government die öffentliche Verwaltung aber auch vor Herausforderungen. Denn oftmals existieren unterschiedliche Systeme; zudem ist der technologische Entwicklungsstand zwischen den verschiedenen Verwaltungsträgern, aber auch innerhalb der einzelnen Verwaltungsträger bisweilen unterschiedlich. Zentrale Zielsetzungen sind deshalb gegenwärtig die Harmonisierung und die Schaffung von Interoperabilität im IT-Bereich. Dies gilt auch und erst recht in der Bundesrepublik Deutschland mit ihren föderalistischen Staatsstrukturen.

b) Aktuelle Projekte mit dem Ziel einer Harmonisierung

Einer entsprechenden Zielsetzung ist deshalb eine Vielzahl unterschiedlicher Projekte gewidmet. So hat sich etwa das Projekt „Deutschland Online“ das Ziel der Schaffung einer vollständig integrierten E-Government-Landschaft in Deutschland gesetzt.¹ Hier wird der bislang auf dem Stand vom 14. Juni 2007 befindliche Aktionsplan derzeit fortgeschrieben. Einer Harmonisierung

im IT-Bereich dient auch das SAGA-Dokument des Bundesministeriums des Innern, welches „Standards und Architekturen für e-Government-Anwendungen“ umschreibt. Aktuell ist hier das SAGA-Dokument 4.0 aus dem März 2008.² Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang schließlich das Testa-D-Netz („Trans-European Services for Telematics between Administrations“). Es bildet ein Koppelnetz, welches die verschiedenen Verwaltungsnetze in der Bundesrepublik Deutschland miteinander verknüpft.³ Dieses Koppelnetz wird derzeit weiterentwickelt und soll im Zusammenhang mit der Föderalismusreform II auf neue Rechtsgrundlagen gestellt werden.

2. Konturierung des Begriffs E-Government

a) Die Speyerer Definition

Vor einer verfassungsrechtlichen Bewertung bedarf es zunächst einer Konturierung des Begriffs „E-Government“. Den Ausgangspunkt bildet dabei die sog. Speyerer Definition, welche Electronic Government als „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien“ umschreibt.⁴ Im Ergebnis wird damit eine „Elektrifizierung herkömmlicher Verwaltungsstrukturen“ definiert, wodurch E-Government in die Nähe einer Formbestimmung gerückt wird.

b) Von der Form zur Aufgabe

Es stellt sich jedoch die Frage, ob der Begriff des E-Government nicht einer Fortentwicklung bedarf. So gehen andere Definitionen von einem erweiterten Begriffsverständnis des E-Government aus. Bereits im Jahr 2003 hatte die Europäische Kommission das Potenzial des E-Government zur Gestaltung und Durchführung staatlicher Politik erkannt.⁵ Im Anschluss daran erkennen jüngere Stellungnahmen aus der Literatur eine über die Elektrifizierung der herkömmlichen Verwaltungsstrukturen hinausgehende Dimension des E-Government an, welche sich in den Perspektiven zur Gestaltung der Verwaltungsorganisation und interner Arbeitsprozesse äußert.⁶ Dem liegt die berechtigte Erkenntnis zugrunde, dass mittels der Informations- und Kommunikationstechnologie anders, insbesondere gemeinsam vollzogen werden kann. Ein solches erweitertes Begriffsverständnis hat zugleich Auswirkungen auf das Wesen des E-Government: Aus einer „Form“ wird damit eine „Aufgabe“.

* Anmerkung der Schriftleitung: Dem Beitrag liegt der Habilitationsvortrag zugrunde, den der Verfasser am 8. Dezember 2008 vor dem Senat der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer gehalten hat.

¹ www.deutschland-online.de

² http://gsb.download.bva.bund.de/KBSI/SAGA/SAGA_v4.0.pdf

³ www.koopa.de/produkte/testa.html

⁴ Jörn von Lucke/Heinrich Reineremann, E-Government – Gründe und Ziele, in: Reineremann/von Lucke (Hrsg.), Electronic Government in Deutschland, 2002, S. 1.

⁵ Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen v. 26.9.2003, KOM (2003) 567 endgültig, S. 8 f.

⁶ Grundlegend Martin Eifert, Electronic Government, 2006, S. 33 ff.; zuletzt insbes. Utz Schliesky, Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz, ZSE 2008, 303 (311 f.).

c) Beeinflussung der Sachentscheidung?

Allerdings darf nicht verkannt werden, dass die Sachentscheidung von E-Government-Strukturen zumindest grundsätzlich unberührt bleibt.⁷ Es ginge jedoch zu weit, dem E-Government jegliche Einwirkungsmöglichkeiten auf die Sachentscheidung abzusprechen.⁸ Denn der Begriff der Entscheidung beinhaltet nicht nur die logische Sekunde des Entscheidungserlasses; sie erstreckt sich vielmehr auch auf die vorgelagerte Entscheidungsfindung.⁹ Insoweit besteht zumindest die abstrakte Möglichkeit der Beeinflussung der Sachentscheidung durch Softwarevorgaben etwa durch die Errichtung bestimmter „Antwortkorridore“ oder den Ausschluss nicht kompatibler Teilnehmer. Vor diesem Hintergrund erscheint es gerechtfertigt, im E-Government eine „Zwischenebene“ zwischen der eigentlichen Sachaufgabe und einer bloßen Formvorschrift zu erblicken.

II. Verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf?

1. Der verfassungsrechtliche Status quo

Trotz der enormen und stetig zunehmenden praktischen Bedeutung der Informations- und Kommunikationstechnologie auch in der öffentlichen Verwaltung finden sich im Grundgesetz bislang keine expliziten Regelungen zu dieser Thematik. Allerdings werden bei der Auslegung der Verfassung immer häufiger IT-Fragen aufgeworfen. Dies gilt etwa für die Fragen, ob ein Gesetz auch in elektronischer Form verkündet¹⁰ oder ob eine Petition auch elektronisch eingelegt werden kann.¹¹ Darüber hinaus hat das Bundesverfassungsgericht im Anschluss an das Volkszählungsurteil vom 15. Dezember 1983¹² in seiner Entscheidung zur Online-Durchsuchung vom 27. Februar 2008 aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ein Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und der Integrität informationstechnischer Systeme abgeleitet.¹³

2. Insbesondere: die föderalistischen Staatsstrukturen der Bundesrepublik Deutschland

Von besonderer Relevanz im verfassungsrechtlichen Status quo sind zudem die föderalistischen Staatsstrukturen der Bundesrepublik Deutschland. Sie führen zunächst zu einem legislativen Föderalismus, in welchem nach der Regelung des Art. 70 Abs. 1 GG die Regelzuständigkeit bei

den Ländern liegt. Vor diesem Hintergrund entstehen derzeit auf Landesebene E-Government-Gesetze. So hat als erstes Bundesland Schleswig-Holstein einen Gesetzentwurf zu einem E-Government-Gesetz vorgelegt, das derzeit im Landtag beraten wird.¹⁴ Föderalismus bedeutet insbesondere aber auch einen Vollzugsföderalismus. Deshalb sind auch im IT-Bereich abweichende und nicht miteinander kompatible Lösungen möglich und auch bereits Realität. Die föderalistischen Staatsstrukturen stehen daher im Ausgangspunkt in einem Spannungsverhältnis zum dargestellten Ziel einer Harmonisierung im IT-Bereich.

3. Zwischenergebnis: Anerkennung eines grundsätzlichen verfassungsrechtlichen Regelungsbedarfs

Vor diesem Hintergrund wird zunehmend ein verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf im IT-Bereich anerkannt.¹⁵ Flankiert werden diese Harmonisierungstendenzen durch die Verpflichtung zur Einrichtung eines Einheitlichen Ansprechpartners nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie.¹⁶ Im Rahmen der verschiedenen Ansiedlungsoptionen im nationalen Recht¹⁷ scheidet zwar eine rein elektronische Umsetzung nach der Systematik der Dienstleistungsrichtlinie aus¹⁸; eine Unterstützung durch Informations- und Kommunikationstechnologie erscheint indessen aber nicht nur möglich, sondern im Hinblick auf die zu erwartenden Effizienz- und Effektivitätsgewinne sogar begrüßenswert, zumal Art. 8 der Dienstleistungsrichtlinie einen Anspruch auf elektronische Verfahrensabwicklung statuiert. Eine fehlende Standardisierung im IT-Bereich kann aber zugleich der „Einheitlichkeit“ im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie abträglich sein.¹⁹

III. Regelungsoptionen

Gegenwärtig werden vier verfassungsrechtliche Regelungsoptionen im IT-Bereich erörtert. Zunächst gilt es zu klären, ob eine Zusammenarbeit zwischen dem Bund und den Ländern im IT-Bereich als ausdrücklich im Grundgesetz zuzulassende Mischverwaltung einzuordnen ist (unter 1.). Sodann ist zu erörtern, ob die Zusammenarbeit durch die Einrichtung eines Verwaltungsverbands insti-

7 Schliesky (Fn. 6), ZSE 2008, 320 f.

8 So aber Schliesky (Fn. 6), ZSE 2008, 321.

9 Hierzu Thorsten Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverband, 2009, S. 34 f.

10 Hierzu Annette Guckelberger, Übergang zur elektronischen Gesetzesverkündung?, DVBl 2007, 985 ff.

11 Hierzu Annette Guckelberger, Neue Erscheinungen des Petitionsrechts: E-Petitionen und öffentliche Petitionen, DÖV 2008, 86 ff.

12 BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a. – DÖV 1984, 156 ff.

13 BVerfG, Urt. v. 27.2.2008 – 1 BvR 370/07 u. a. – DÖV 2008, 459 ff. Hierzu Gabriele Britz, Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme – Einige Fragen zu einem „neuen Grundrecht“, DÖV 2008, 411 ff.; Wolfgang Hoffmann-Riem, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, 1009 ff.

14 www.schleswig-holstein.de/FM/DE/Verwaltungsmodernisierung/EGovernmentStrategie/EGovernmentStrategie_node.html

15 Fragenkatalog der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen v. 8.11.2007, Kommissionsdr. 044, Ziff. 251 ff. und 49 ff. (www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs044.pdf).

16 Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl Nr. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff., dort insbes. Art. 6.

17 Grundlegend Jan Ziekow/Alexander Windoffer (Hrsg.), Ein Einheitlicher Ansprechpartner für Dienstleister, 2007; steuerbezogene Bewertung dieser Ansiedlungsoptionen bei Siegel (Fn. 9), S. 118 ff.

18 Michael Knopp, Die „Einheitlichen Ansprechpartner“ der Dienstleistungsrichtlinie – Vorgaben und Auswirkungen einer Reformverpflichtung, LKRZ 2007, 251 (252).

19 Zur Umsetzung ins nationale Recht s. die Empfehlung des Beirats Verwaltungsverfahrenrecht, NVwZ 2008, 641 (642).

tionalisiert und eine entsprechende Bestimmung in das Grundgesetz aufgenommen werden sollte (unter 2.). Entsprechende Überlegungen werden zum Abschluss eines Grundlagenvertrags im IT-Bereich angestellt (unter 3.). Schließlich wird auf die Frage eingegangen, ob dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz im IT-Bereich eingeräumt werden sollte (unter 4.).

1. Das Verbot der Mischverwaltung als zu beseitigendes Hindernis?

a) Das Wesen des Verbots der Mischverwaltung

Das Verbot der Mischverwaltung entfaltet seine Relevanz im vertikalen Verhältnis zwischen dem Bund und den Ländern. Es besagt, dass eine Verwaltungsaufgabe grundsätzlich entweder vom Bund oder den Ländern wahrzunehmen ist. Dabei weist die staatliche Kompetenzordnung ein rechtsstaatliches Fundament auf und bringt die Zuweisung von Verantwortung zum Ausdruck.²⁰ Zudem darf die demokratische Legitimationskette vom Volk zu den letztlich betrauten Amtsträgern nicht unterbrochen werden.²¹ Allerdings beinhaltet das Verbot der Mischverwaltung kein Verbot der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern.²² Ihre Grenze findet die Zusammenarbeit jedoch in der grundgesetzlichen Kompetenzordnung.²³ Ohne eine ausdrückliche verfassungsrechtliche Ermächtigung ist eine „Mischverwaltung“ nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur dann zulässig, wenn zum einen ein besonderer sachlicher Grund vorliegt und es sich zum anderen um eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie handelt.²⁴

b) Verzahnung im IT-Bereich als „Mischverwaltung“?

Es stellt sich die zentrale Frage, ob eine Koordination zwischen Bund und Ländern im IT-Bereich die Merkmale der „Verwaltung“ im Sinne des grundsätzlichen Mischverwaltungsverbots erfüllt. Hier ist an das eingangs dargelegte erweiterte Begriffsverständnis des E-Government anzuknüpfen (s. o. I. 2. b und c). Gerade dann, wenn man den Begriff des E-Government von einem Formverständnis entkoppelt und darin eine Aufgabe erblickt, erscheint es folgerichtig, die gemeinsame Wahrnehmung dieser Aufgabe als Mischverwaltung einzustufen. Zudem mag die eigentliche Sachentscheidung durch E-Government-Strukturen nicht ersetzt werden; eine Beeinflussung der Sachentscheidung bleibt hingegen nach dem Gesagten zumindest möglich. Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Hartz-IV-Entscheidung vom 20. Dezember

2007 die Möglichkeit eines Verlustes von Entscheidungsspielräumen durch softwarebedingte Vorgaben anerkannt.²⁵ In Anlehnung an den Begriff der „Steuerung durch Recht“²⁶ könnte insoweit von einer „Steuerung durch IT“ gesprochen werden.

c) Zulässigkeit ohne Änderung des Grundgesetzes?

Es stellt sich die Anschlussfrage, ob die vom Bundesverfassungsgericht anerkannten Anforderungen für eine Mischverwaltung ohne explizite Änderung des Grundgesetzes gegeben sind.²⁷ Einen besonderen sachlichen Grund mag man noch in den zu erwartenden Effizienz- und Effektivitätsgewinnen bei einer Zusammenarbeit im IT-Bereich erblicken. Von einer „eng umgrenzten Verwaltungsmaterie“ zu sprechen, fällt indessen schwer. Denn eine solche Annahme stünde in Widerspruch zur enormen und stetig zunehmenden Bedeutung des E-Government. Vor diesem Hintergrund erweist sich eine Ergänzung der Art. 91 ff. GG um eine Bestimmung, in der die vertikale Zusammenarbeit im IT-Bereich zwischen Bund und Ländern für zulässig erklärt wird, als notwendig.²⁸

2. Institutionalisierung durch einen Verwaltungsverband?

a) Das Ziel der Schaffung positiver Rahmenbedingungen zur Zusammenarbeit

Da mit einer Ausnahme vom Verbot der Mischverwaltung lediglich ein Hindernis beseitigt würde, stellt sich die Anschlussfrage einer etwaigen Förderung der Zusammenarbeit durch Einrichtung positiver Rahmenbedingungen, die sich zudem auch auf das horizontale Verhältnis zwischen den Ländern erstrecken sollten. In diesem Zusammenhang hat das Land Schleswig-Holstein eine Institutionalisierung der Zusammenarbeit durch Einrichtung eines Verwaltungsverbandes in die Debatte eingebracht.

20 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (186), Rn. 157.

21 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (186), Rn. 158.

22 Ulrich Battis, Stellungnahme v. 18.10.2007 zum Fragenkatalog (Kommissionsdr. 044) der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsdr. 068, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs068.pdf, S. 22.

23 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (186), Rn. 154.

24 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (187), Rn. 169.

25 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (188), Rn. 180.

26 Franz-Xaver Kaufmann, Steuerung wohlfahrtsstaatlicher Abläufe durch Recht, in: Grimm/Maihofer (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie und Rechtspolitik – Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtspolitik, Bd. 13, 1988, S. 65 ff.; Ernst-Hasso Ritter, Das Recht als Steuerungsmedium im kooperativen Staat, in: Grimm (Hrsg.), Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts, 1990, S. 69 ff. Zur Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft Gunnar Folke Schuppert, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert (Hrsg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Grundfragen, 1993, S. 65; Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Tz. 33 ff.

27 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 u. a. – NVwZ 2008, 183 (187), Rn. 169.

28 Ebenso die aktualisierten Leitlinien der AG Föderalismusreform II der CDU/CSU-Bundestagsfraktion (Stand: 20.6.2008), www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs123.pdf, S. 10f. Ähnlich Martin Burgi, Stellungnahme vom 18.10.2007 zur Öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8.11.2007, Kommissionsdr. 072, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs072.pdf, S. 24, der eine Änderung des Grundgesetzes zumindest aus Vorsorgegründen empfiehlt.

Danach soll eine Bestimmung in das Grundgesetz aufgenommen werden, nach welcher ein vom Bund und den Ländern zu gründender Verwaltungsverband für die gemeinsame Wahrnehmung von IT-Dienstleistungen gegründet werden soll.²⁹

b) Hintergrund: Die Ausschreibungspflicht sog. In-State-Geschäfte

Die Motive für die Gründung eines solchen Verwaltungsverbandes mögen zwar zweifelsfrei auch in einer Förderung der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern im IT-Bereich liegen und sind insoweit zu begrüßen. Sie sind allerdings maßgeblich vom europäischen Vergaberecht geprägt.³⁰ Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu den europäischen Vergaberichtlinien sind Beschaffungsvorgänge nicht alleine deshalb von einer Ausschreibungspflicht ausgenommen, weil sie zwischen verschiedenen Verwaltungsträgern stattfinden.³¹ Solche Vorgänge können wegen ihres innerstaatlichen Charakters auch als „In-State-Geschäfte“ bezeichnet werden.³² Unabhängig davon, wie weit die Ausschreibungspflicht im Einzelnen reicht³³, steht nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zumindest fest, dass solche Vorgänge nicht vergaberechtsimmun sind.

c) Organisationsakt oder Beschaffungsvorgang?

Im Hinblick auf die Verankerung im europäischen Gemeinschaftsrecht ist, sofern man in dem Erfordernis einer Ausschreibung ein Problem erblicken sollte, auch eine Lösung dieses Problems nur auf europäischer Ebene möglich und steht damit nicht auf der Agenda der Föderalismusreformkommission.³⁴ Allerdings ist insoweit abzugrenzen zwischen einem Beschaffungsvorgang, der dem europäischen Vergaberecht unterliegt, und einer staatsorganisatorischen Maßnahme, welche in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Sofern die Rahmenbedingungen identisch sind, also insbesondere ein Beschaffungsbezug vorliegt, erscheint jedoch zweifelhaft, ob eine zusätzliche „Anreicherung“ mit einem Organisationsgehalt das Vergaberecht auszublenden vermag.

3. Flankierung durch eine Regelung zu einem Grundlagenvertrag?

a) Zum Wesen eines solchen Grundlagenvertrags

Eine weitere Regelungsoption bildet die Aufnahme einer Bestimmung zum Abschluss eines Grundlagenvertrags im IT-Bereich in das Grundgesetz. Da hier in mehrfacher Hinsicht Gegenstände der (Landes-)Gesetzgebung betroffen sind³⁵, würde es sich bei einem solchen Grundlagenvertrag nicht um ein Verwaltungsabkommen handeln, sondern um einen Staatsvertrag.³⁶ So liegt der Zweck einer solchen Vereinbarung auch in der Koordination nachfolgender landesgesetzlicher Bestimmungen. Darüber hinaus kann die Wesentlichkeitstheorie zumindest als grobe Orientierungslinie bei der Interpretation der jeweiligen Landesverfassungen herangezogen werden; sie hat zur Folge, dass wesentliche Fragen, also etwa die Errichtung und der Betrieb eines gemeinsamen Koppelnetzes, einer Zustimmung des jeweiligen Landesparlaments bedürfen. Schließlich sollen auf Landesebene auch die Kommunen einbezogen werden. Vor dem Hintergrund der Garantie kommunaler Selbstverwaltung bedarf es daher einer (landes-)gesetzlichen Grundlage.

b) Erfordernis einer Regelung im Grundgesetz?

Das Grundgesetz geht an mehreren Stellen von der Möglichkeit zum Abschluss von Staatsverträgen aus, etwa im Zusammenhang mit einer Neugliederung des Bundesgebiets nach Art. 29 GG oder mit der Überleitung von Verwaltungs- und Pflegeeinrichtungen nach Art. 130 GG.³⁷ Aber auch ohne ausdrückliche Ermächtigung im Grundgesetz wird der Abschluss eines Staatsvertrags als grundgesetzlich zulässig erachtet.³⁸

Allerdings wären bei einem Staatsvertrag im IT-Bereich auch und sogar primär die Landesverfassungen tangiert. Auch diese müssten deshalb eine entsprechende Vereinbarung zulassen oder – falls dies nicht der Fall ist – ange-

29 Eingehend hierzu *Schliesky* (Fn. 6), ZSE 2008, 326 f.

30 *Schliesky* (Fn. 6), ZSE 2008, 327 und 325.

31 EuGH, Urt. v. 13.1.2005 – Rs. C-84/03 (Kommission/Spanien) – Slg. 2005, I-139, Rn. 40; bestätigt durch EuGH, Urt. v. 18.1.2007 – Rs. C-220/05 (Stadt Roanne) – Slg. 2007, I-412, Rn. 66.

32 Begriff nach *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, Public Public Partnerships und Vergaberecht: Vergaberechtliche Sonderbehandlung der „In-State-Geschäfte“, *VerwArch* 96 (2005), 119 (126).

33 Für eine weitreichende Einschlägigkeit *Jan Ziekow/Thorsten Siegel*, Die Vergaberechtpflichtigkeit von Partnerschaften der öffentlichen Hand, *VergabeR* 2005, 145 (153 ff.); dagegen *Martin Burgi*, Warum die „kommunale Zusammenarbeit“ kein beschaffungspflichtiger Vorgang ist, *NZBau* 2005, 208 ff.

34 *Battis* (Fn. 22), S. 21 und 26; *Burgi* (Fn. 28), S. 21; *Hermann Hill*, Stellungnahme v. 16.10.2007 zum Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am Donnerstag, 8.11.2007, Kommissionsdr. 064, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs064.pdf, S. 16.

35 Zu dieser Abgrenzung zwischen Staatsverträgen und Verwaltungsabkommen nach dem Gegenstand der Vereinbarung *Christoph Vedder*, Intraföderale Staatsverträge – Instrumente der Rechtsetzung im Bundesstaat, 1996, S. 54 f. und 157 f.; *Marcus Schladebach*, Staatsverträge zwischen Ländern – Grundfragen eines intraföderalen Kooperationsinstruments, *VerwArch* 98 (2007), 238 (243 f.).

36 Auch die „Eckpunkte zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen“ der Kommissionsvorsitzenden *Dr. Peter Struck* und Ministerpräsident *Günther H. Oettinger* v. 23.6.2008, Kommissionsdr. 128, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs128.pdf, S. 6, nehmen einen Staatsvertrag in Bezug.

37 Auflistung der Regelungen zu Staatsverträgen im Grundgesetz bei *Schladebach* (Fn. 35), *VerwArch* 98 (2007), 238 (241 f.).

38 *Battis* (Fn. 22), S. 29; *Christian Calliess*, Stellungnahme v. 15.10.2007 als Sachverständiger im Rahmen der öffentlichen Anhörung der Föderalismuskommission II am 8.11.2007, Kommissionsdr. 066, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs066.pdf, S. 34; *Hans-Peter Schneider*, Selbstbestimmungsföderalismus statt Mitbestimmungsföderalismus – Stellungnahme v. Okt. 2007 zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8.11.2007 in Berlin, Kommissionsdr. 079, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs079.pdf, S. 23.

passt werden.³⁹ Zudem sehen die einschlägigen Landesverfassungen vor, dass ein Staatsvertrag nicht ohne ein Parlamentsgesetz oder zumindest einen Parlamentsbeschluss Wirksamkeit erlangen kann.⁴⁰ Unter Einhaltung dieser (landes-) verfassungsrechtlichen Vorgaben könnte damit ein Staatsvertrag im IT-Bereich auch ohne ausdrückliche Regelung im Grundgesetz abgeschlossen werden.

c) Sinnhaftigkeit einer Regelung im Grundgesetz?

Von der Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Ermächtigung zu unterscheiden ist die Frage, ob die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in das Grundgesetz sinnvoll erscheint. Denn immerhin wird trotz primärer Tangierung der Landesverfassungen gerade auch eine Einbindung des Bundes bezweckt. Zudem liegt die Zielsetzung einer solchen Vereinbarung in einer Harmonisierung auf bundesweiter Ebene. Schließlich lässt trotz einer Warnung vor einer „symbolischen Gesetzgebung“ die Bereitstellungsfunktion der Rechtsordnung die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Grundgesetz sinnvoll erscheinen⁴¹; denn auf diese Weise würde die Akzeptanz gefördert, und zugleich würden positive Rahmenbedingungen für eine Zusammenarbeit im IT-Bereich geschaffen.⁴²

d) Regelungsdichte

Auch wenn die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung in das Grundgesetz damit sinnvoll sein mag, könnte eine allzu dichte Normierung der Flexibilität und der Variabilität abträglich sein. Die entsprechende Regelung sollte sich daher auf wesentliche Fragen im IT-Bereich beschränken.⁴³ Wesentlich wären etwa die möglichen Gegenstände eines solchen Staatsvertrags wie etwa die Errichtung und der Betrieb eines gemeinsamen Koppelpnetzes oder die etwaigen Einigungsmodalitäten beim Abschluss des nachfolgenden Staatsvertrags.

e) Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip?

Dies wirft zugleich die Anschlussfrage auf, ob der nachfolgende Staatsvertrag Einstimmigkeit vorsehen müsste oder ob Mehrheitsentscheidungen getroffen werden dürfen. Teilweise wird angenommen, dass das Mehrheitsprinzip mit der Eigenstaatlichkeit der Länder schlechthin unvereinbar sei.⁴⁴ Dies dürfte vor dem Hintergrund

des Rundfunkgebührenurteils des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Februar 1994 jedoch zu pauschal sein; danach stehen die von allen Ländern einstimmig vereinbarten Quoren der Eigenstaatlichkeit der Länder zumindest nicht von vornherein entgegen (sog. Passerelle-Klausel).⁴⁵

Zu differenzieren ist vielmehr nach der Wesentlichkeit der zu behandelnden Sachfragen. Dies hat zur Folge, dass in grundlegenden Fragen, zu denen etwa die Errichtung und der Betrieb eines gemeinsamen Netzes gehören, Einstimmigkeit vorzusehen wäre. Andernfalls, also bei technischen Ausführungsentscheidungen, könnte hingegen mit Mehrheit beschlossen werden.⁴⁶ Allerdings dürfen wesentliche Fragen auch bei einem Vorgehen nach der Passerelle-Klausel nicht auf die zweite Stufe gleichsam „verschoben“ und damit indirekt dem Mehrheitsprinzip zugänglich gemacht werden.

4. Einführung einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes?

a) Kodifizierte Arten der Gesetzgebungskompetenz des Bundes nach der Föderalismusreform I

Da der Abschluss eines Staatsvertrags nach dem Gesagten zumindest in Grundsatzfragen Einstimmigkeit voraussetzt und letztlich auf Freiwilligkeit beruht, stellt sich die Folgefrage, ob im Rahmen der Föderalismusreform II eine (ergänzende) Gesetzgebungskompetenz des Bundes im IT-Bereich eingeführt werden sollte. Nach der Föderalismusreform I sieht das Grundgesetz – abgesehen von der Grundsatzgesetzgebungskompetenz des Bundes im Haushaltswesen nach Art. 109 GG – vier kodifizierte Grundarten einer Gesetzgebungskompetenz des Bundes vor. Neben der Grundunterscheidung zwischen der ausschließlichen und der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist innerhalb Letzterer zwischen drei Unterarten zu differenzieren, nämlich der Kompetenz des Bundes ohne Bindung an die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG (sog. Kernkompetenz oder Vorrangkompetenz), der Kompetenz des Bundes mit Bindung an die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG (sog. Erforderlichkeitskompetenz) sowie der Kompetenz des Bundes mit Abweichungsmöglichkeit der Länder (sog. Abweichungskompetenz).⁴⁷

b) Diskutierte Vorschläge

Teilweise wird – zumindest im Hinblick auf die Errichtung und den Betrieb eines gemeinsamen Koppelpnetzes – für die Einführung einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes im IT-Bereich plädiert.⁴⁸

39 So zu Recht *Joachim Wieland*, Schriftliche Stellungnahme v. 24.10.2007 zur Anhörung am 8.11.2007, Kommissionsdr. 074, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs074.pdf, S. 10.

40 Überblick bei *Schladebach* (Fn. 35), *VerwArch* 98 (2007), 238 (248 f.).

41 Zu dieser – positiven – Bereitstellungsfunktion, welche die oftmals ausschließlich wahrgenommene – negative – Begrenzungsfunktion ergänzt, *Gunnar Folke Schuppert*, *Verwaltungswissenschaft – Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, 2000, S. 976 f.

42 So auch *Battis* (Fn. 22), S. 28.

43 *Battis* (Fn. 22), S. 28.

44 So *Peter M. Huber*, Stellungnahme v. 8.11.2007 zum Fragenkatalog der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsdr. 082, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs082.pdf, S. 24.

45 BVerfG, Urt. v. 22.2.1994 – 1 BvL 30/88 – DÖV 1994, 429 (433).

46 So auch *Calliess* (Fn. 38), S. 36; *Bodo Pieroth*, Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8.11.2007, Kommissionsdr. 065, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/drucksachen/kdrs065.pdf, S. 22.

47 Überblick bei *Christoph Gröpl*, *Staatsrecht I*, 2008, Rn. 1176 ff.; *Bodo Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, *Grundgesetz*, 9. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 1.

48 So etwa der Föderalismusreform II – Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion vom Juli 2008, Kommissionsdr. 127, www.bundestag.de/Parlament/gremien/foederalismus2/

Andere Stimmen erachten die bislang bestehenden Handlungsmöglichkeiten des Bundes als ausreichend.⁴⁹ Schließlich wird für den Fall, dass eine einvernehmliche Lösung im Wege eines Staatsvertrags nicht zu erzielen ist, für eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes mit Abweichungsmöglichkeit der Länder nach Art. 72 Abs. 3 GG votiert.⁵⁰

c) *Votum für eine Erforderlichkeitskompetenz des Bundes*

aa) Die Erforderlichkeitskompetenz als vermittelnde Lösung

Alle diskutierten Vorschläge weisen jedoch Nachteile auf. Gegen eine – zumindest umfassende – ausschließliche Gesetzgebungskompetenz des Bundes spricht, dass den Ländern insoweit keine Mitspracherechte gewährt würden, obwohl in erster Linie die Landesverwaltungen betroffen wären. Und sowohl bei einer Beibehaltung des kompetenziellen Status quo als auch bei Normierung einer Abweichungskompetenz würde die beabsichtigte Harmonisierung wieder in Frage gestellt. Als vermittelnde Lösung böte sich daher die Einrichtung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes ohne Abweichungsmöglichkeit der Länder, jedoch mit Bindung an die Erforderlichkeitsklausel an. Denn auf diese Weise würden einerseits die dargestellten Nachteile der jeweiligen Extremösungen vermieden, andererseits könnte die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG als „Steuerungsfaktor“ agieren (unter cc und dd).

bb) Zum Wesen der Erforderlichkeitsklausel

Die Erforderlichkeitsklausel hat im Jahr 1994 die vormalige Bedürfnisklausel abgelöst, welche sich als eines der „Hauptfallstore für die Auszehrung der Länderkompetenzen“⁵¹ erwiesen hat.⁵² Anknüpfungspunkt für eine bundesgesetzliche Normierung wäre aufgrund der beabsichtigten Harmonisierung (s. o. II. 3.) das Merkmal der „Wahrung der Rechtseinheit“. Dieses Merkmal ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts restriktiv auszulegen; denn unterschiedliche Rechtslagen sind schlichtweg eine „normale“ Folge föderalistischer Staatsstrukturen. Die Erforderlichkeit ist unter diesem Gesichtspunkt vielmehr nur dann gegeben, wenn die Gesetzesvielfalt „eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann“⁵³.

drucksachen/kdrs127.pdf, S. 17, mit einem Formulierungsvorschlag für einen neuen Art. 73 Abs. 1 Nr. 7a GG.

49 So etwa *Wieland* (Fn. 39), S. 10.

50 So etwa *Schneider* (Fn. 38), S. 19.

51 BT-Drs. 12/6000, S. 33.

52 Eingehend zur Entstehungsgeschichte des Art. 72 Abs. 2 GG n. F. und zu den Vorgängerregelungen *Stefan Oeter*, in: *Starck* (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5. Aufl. 2005, Bd. 2, Art. 72 Rn. 8 ff. Zur Auslegung der Erforderlichkeitsklausel insbes. BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – DÖV 2003, 119 ff.

53 BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – DÖV 2003, 119 (121).

cc) Steuerungswirkung im Verhältnis zur staatsvertraglichen Lösung

Die erste Steuerungswirkung der Erforderlichkeitsklausel bezöge sich auf das Verhältnis zur zuvor vorgeschlagenen staatsvertraglichen Lösung (s. o. III. 3.). Hier ist umstritten, ob und inwieweit die Möglichkeit zur Selbstkoordination die Erforderlichkeit entfallen lässt.⁵⁴ Da mit der Erforderlichkeitsklausel nach überwiegender Ansicht ein Teilelement des Verhältnismäßigkeitsprinzips aufgegriffen wird⁵⁵, bietet sich auch insoweit eine vermittelnde Lösung an: Wäre die *abstrakte* Möglichkeit einer koordinierten (landesgesetzlichen oder staatsvertraglichen) Lösung bereits ausreichend für ein Entfallen der Erforderlichkeit, so würden die Länder zum „Ersatz-Bundesgesetzgeber“⁵⁶; denn eine solche Möglichkeit besteht nahezu immer.⁵⁷ Anders verhält es sich hingegen, wenn eine Koordination *konkret* beabsichtigt oder gar bereits erfolgt ist. Denn in einem solchen Falle besteht keine Gefahr eines Übergriffs in die Kompetenzräume der Länder.⁵⁸ Auch zur Verdeutlichung einer solchen konkreten Absicht empfiehlt sich im Übrigen die bereits vorgeschlagene Aufnahme einer Regelung zu einem Staatsvertrag in das Grundgesetz (s. o. III. 3. c).

dd) Steuerungswirkung im Hinblick auf die Regelungsdichte

Die zweite Steuerungswirkung der Erforderlichkeitsklausel beträfe die Regelungsdichte. Denn gerade dann, wenn man die Erforderlichkeit als Teilelement der Verhältnismäßigkeit sieht⁵⁹, hat die Klausel nicht nur Auswirkungen auf das „Ob“ einer bundesrechtlichen Regelung, sondern zugleich auch auf das „Wie“ und damit auf den Umfang. Zu differenzieren ist daher zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Fragen. Erstere wären als erforderlich anzusehen, Letztere hingegen nicht. Daher müsste sich ein entsprechendes Gesetz auf den Basisbereich beschränken.⁶⁰ Zu diesem Basisbereich würden etwa die Errichtung und der Betrieb eines gemeinsamen Koppelnetzes gehören.⁶¹ Anders verhielte es sich insbesondere mit technischen Ausführungsentscheidungen, die

54 Gegen die Erforderlichkeit in einer solchen Konstellation etwa *Schneider* (Fn. 38), S. 21. Hingegen die Erforderlichkeit bejahend *Calliess* (Fn. 38), S. 36 f.; *Christoph Degenhart*, in: *Sachs* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 4. Aufl. 2007, Art. 72 Rn. 19.

55 In diesem Sinne etwa *Degenhart* (Fn. 54), Art. 72 Rn. 11; *Rupert Stettner*, in: *Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 72 Rn. 18. Kritisch zu diesem Verständnis *Oeter* (Fn. 52), Art. 72 Rn. 88.

56 So die Formulierung bei *Calliess* (Fn. 38), S. 37.

57 BVerfG, Urt. v. 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – DÖV 2003, 119 (122).

58 Ähnlich auch *Stettner* (Fn. 55), Art. 72 Rn. 20, der die Erforderlichkeit bei einer „begründeten Aussicht“ auf selbstkoordiniertes Handeln entfallen lässt.

59 *Degenhart* (Fn. 54), Art. 72 Rn. 11; *Stettner* (Fn. 55), Art. 72 Rn. 18.

60 *Hill* (Fn. 34), S. 12. Auch der Beschluss der SPD-Bundestagsfraktion vom Juli 2008 (Fn. 48), S. 17, plädiert (lediglich) für die Einführung gemeinsamer „(Mindest-)Regeln“.

61 Zudem wird zu Recht gerade im IT-Bereich darauf hingewiesen, dass hier eine allzu dichte Normierung zu einem Verlust an Handlungsmöglichkeiten und Flexibilität führen könnte, so insbes. *Hill* (Fn. 34), S. 16. Das Gleiche gilt im Falle einer allzu großen Regelungsdichte in einer einvernehmlichen, insbes. staatsvertraglichen Lösung.

nicht dem Basisbereich im beschriebenen Sinne zuzurechnen sind. Durch eine solche Differenzierung zwischen wesentlichen und nicht wesentlichen Fragen würde zugleich ein inhaltlicher Gleichklang mit den im Rahmen einer staatsvertraglichen Lösung mehrheitsfähigen Fragen einerseits und den dem Einstimmigkeitsprinzip unterliegenden Aspekten andererseits erzielt (s. o. III. 3. e).

IV. Zusammenfassung

Insgesamt empfiehlt sich die Normierung eines dreistufigen Modells. Die erste Stufe ist der Beseitigung verfassungsrechtlicher Hindernisse gewidmet: Hier müsste eine ausdrückliche Ausnahme vom Verbot der Mischverwaltung in das Grundgesetz aufgenommen werden. Die zweite Stufe ist auf die Schaffung positiver verfassungsrechtlicher Rahmenbedingungen für eine Zusammenarbeit im IT-Bereich gerichtet: Insoweit empfiehlt sich die Aufnahme einer Bestimmung zum Abschluss eines Staatsvertrags in das Grundgesetz. Diese sollte sich allerdings auf die zentralen Inhalte eines solchen Vertrags beschränken. Beim Abschluss des nachfolgenden Staatsvertrags müsste in wesentlichen Fragen Einstimmigkeit vorgesehen werden, im Übrigen wären Mehrheitsentscheidungen statthaft. Auf der dritten Stufe sollte schließlich für den Fall, dass eine einvernehmliche Lösung nicht erzielt wird, dem Bund eine Gesetzgebungskompetenz eingeräumt werden. Dabei empfiehlt sich die Statuierung einer konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz ohne Abweichungsmöglichkeit der Länder, jedoch mit Bindung an die Erforderlichkeitsklausel des Art. 72 Abs. 2 GG. Diese Klausel würde in einem solchen Modell als Steuerungsfaktor agieren, und zwar zum einen im Verhältnis zu einer einvernehmlichen staatsvertraglichen Lösung, zum anderen im Hinblick auf die Regelungsdichte. Trotz der dargelegten stufenweisen Abfolge sollten alle drei Stufen *uno actu* eingerichtet werden, damit im IT-Bereich der Föderalismusreform II nicht schon bald die Föderalismusreform III nachfolgt.

Texthöhe: 303 cm