



W

.....

Deutscher Bundestag ■ Wissenschaftliche Dienste

.....

Public Private Partnership

Verfassungsrechtliche Einzelfragen

- Ausarbeitung -



Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages

Verfasser/in: [REDACTED]

Public Private Partnership

Verfassungsrechtliche Einzelfragen

Ausarbeitung WD 3 - 488/06

Abschluss der Arbeit: 08.01.2007

Fachbereich WD 3: Verfassung und Verwaltung

Telefon: [REDACTED]

Ausarbeitungen und andere Informationsangebote der Wissenschaftlichen Dienste geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Die Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste sind dazu bestimmt, Mitglieder des Deutschen Bundestages bei der Wahrnehmung des Mandats zu unterstützen. Der Deutsche Bundestag behält sich die Rechte der Veröffentlichung und Verbreitung vor. Diese bedürfen der Zustimmung des Direktors beim Deutschen Bundestag.

- Zusammenfassung -

Generelle verfassungsrechtliche Bedenken gegen Public Private Partnership (PPP) bzw. Öffentlich Private Partnerschaften (ÖPP) bestehen nicht. Da es keine einheitliche Form für die Ausgestaltung solcher Kooperationen gibt, ist die Zulässigkeit eine Frage des Einzelfalls. Primär kommt es dabei auf die Frage an, in welchem Rechtsgebiet der Staat mit Privaten kooperieren möchte.

Die aus Art. 28 Abs. 2 GG folgende kommunale Selbstverwaltungsgarantie begrenzt PPP grundsätzlich nicht; vielmehr folgt aus ihr die grundsätzliche Zulässigkeit für Projekte der Gemeinden und Gemeindeverbände mit privaten Unternehmen.

Die im ÖPP-Beschleunigungsgesetz geregelten Gesetzesmaterien stehen auch nach der Föderalismusreform dem Bund zu; für die abschließende Bewertung der Gesetzgebungskompetenz kommt es jedoch auf die konkreten Änderungen an.

Neue „Aufgaben“ i.S.d. Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG, die nach Ablauf der Übergangsfristen vom Bund an die Länder übertragen werden, können dann nur noch von den Ländern selbst an die Gemeinden oder Gemeindeverbände delegiert werden. Für eine Änderung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes wäre dies zu beachten. Für das ÖPP-Beschleunigungsgesetz in der aktuellen Fassung ist die Änderung nicht relevant, da keine Übertragung von Aufgaben auf Kommunen geregelt ist.

Inhalt

1.	Einleitung	4
2.	Zum Begriff „Public Private Partnership“	4
3.	Verfassungsrechtliche Vorgaben	5
4.	Begrenzung durch Art. 28 Abs. 2 GG	6
5.	Kompetenzrechtliche Fragen nach der Föderalismusreform	7
5.1.	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen	8
5.2.	Vergabeverordnung	8
5.3.	Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz	8
5.4.	Bundeshaushaltsordnung	9
5.5.	Grunderwerbssteuergesetz	9
5.6.	Grundsteuergesetz	9
5.7.	Investmentgesetz	9
5.8.	Zwischenergebnis	9
6.	Verhältnis Bund – Kommunen nach der Föderalismusreform	10
6.1.	Rechtslage vor der Föderalismusreform	10
6.2.	Rechtslage nach der Föderalismusreform	12
6.3.	Ergebnis	13
7.	Literaturverzeichnis	14
8.	Anlagenverzeichnis	15

1. Einleitung

Eine Novellierung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes¹ ist für Anfang 2007 angekündigt.² Die nachfolgende Darstellung ist nach Absprache mit dem Auftraggeber in zwei Teile gegliedert:

Zunächst wird der allgemeine verfassungsrechtliche Rahmen für Public Private Partnership abgesteckt. Insbesondere soll geklärt werden, **ob verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Einschränkung der kommunalen Handlungsmöglichkeiten aufgrund langfristiger Bindungen (z.B. durch ÖPP-Verträge) bestehen.**

Sodann wird untersucht, **ob sich aus der Föderalismusreform, insbesondere aus der Neuordnung des Verhältnisses vom Bund zu den Kommunen, Auswirkungen auf das ÖPP-Beschleunigungsgesetz ergeben.**

Die Darstellung erfolgt unter dem **Vorbehalt**, dass **bislang keine konkreten Änderungsvorschläge** bekannt sind. Zurzeit tagen die Beratergruppen; am 22. April 2007 ist eine Klausurtragung geplant.³

2. Zum Begriff „Public Private Partnership“

Der Begriff „Public Private Partnership“ (PPP)⁴ ist ein Sammelbegriff für jegliche Art kooperativen Zusammenwirkens von Hoheitsträgern mit privaten Wirtschaftssubjekten.⁵ Eine einheitliche Definition existiert aufgrund der vielgestaltigen Möglichkeiten solcher Kooperationen nicht⁶; auch eine Legaldefinition fehlt.

In **Abgrenzung** zur herkömmlichen Beschaffung einzelner Sachmittel oder Dienstleistungen durch Private bzw. Privatisierungen zeichnet sich die PPP dadurch aus, dass die öffentliche Hand als Auftraggeber und Private als Auftragnehmer **langfristig, ganzheitlich und vertraglich geregelt** zusammen arbeiten, um **öffentliche Aufgaben** erfüllen.⁷

-
- 1 Gesetz zur Beschleunigung der Umsetzung von Öffentlich Privaten Partnerschaften und zur Verbesserung gesetzlicher Rahmenbedingungen für Öffentlich Private Partnerschaften vom 1. September 2005, BGBl. I 2005, S. 2676; zu den Regelungen im Einzelnen, Fleckenstein, DVBl. 2006, S. 75 ff.
 - 2 Homepage der Task Force des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung unter: www.ppp-bund.de/aktuelle_arbeiten.htm, Abruf am 2.1.2007; BT-Drs. 16/1934, S. 34 f.
 - 3 Telefonische Auskunft der PPP Task Force vom 5.1.2007.
 - 4 Vielfach wird auch die deutsche Übersetzung verwendet: Öffentlich Private Partnerschaft (ÖPP).
 - 5 Tettinger, NWVBl. 2005, S. 10; vgl. auch den PPP-Wegweiser der SPD-Bundestagsfraktion für Kommunen unter www.spdfraktion.de/cnt/rs/rs_datei/0,,3264,00.pdf, Abruf am 2.1.2007.
 - 6 Schuppert, S. 4; Ziekow, GewArch 2006, S. 627; Fleckenstein, DVBl. 2006, S. 76.
 - 7 BT-Drs. 15/5668, S. 10; Ziekow, VerwArch 2006, S. 632; Schede/Pohlmann, S. 102; Uechtritz/Otting, NVwZ 2005, S. 1105; Battis/Kersten, LKV 2006, S. 442.

Dabei gibt es **verschiedene Formen der Kooperation**, die **nicht abschließend** zu erfassen sind.⁸



3. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Das Grundgesetz enthält nur wenige ausdrückliche Regelungen über die vom Staat zwingend selbst vorzunehmenden Leistungen und die Voraussetzungen für eine Kooperation bei staatlichen Aufgaben.⁹ Grundsätzlich anerkannt ist, dass dem Hoheitsträger bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben eine **Rechtsformfreiheit** zugebilligt wird.¹⁰ Diese Freiheit wird allerdings begrenzt durch verschiedene Verfassungsgrundsätze¹¹:

- Sozialstaatsprinzip
- Demokratieprinzip
- Rechtsstaatsprinzip.

Aus dem **Sozialstaatsprinzip**, Art. 20 Abs. 1 GG, Art. 28 Abs. 1 GG, folgt auch eine Verpflichtung des Staates zur **Daseinsvorsorge**. Die konkrete Ausgestaltung dieser Versorgungspflicht steht jedoch grundsätzlich im **Ermessen der jeweiligen Behörde**. Sichergestellt sein muss lediglich, dass bei der Übertragung auf Private die Versorgung hinreichend gewährleistet wird. Insoweit verbleibt eine Art „**Garantenstellung**“ des Staates.¹²

Aus dem **Demokratieprinzip** und dem **Rechtsstaatsprinzip** folgt das Gebot der **Ingenz**.¹³ Dieses sieht grundsätzlich eine **Koppelung von Verantwortung und Legitimation** vor. Übergibt der Staat hoheitliche Aufgaben bzw. kooperiert er zu deren Erfüllung mit Privaten, so verliert er an Einfluss in diesen Bereichen. Dies wiederum zieht eine Schwächung der demokratischen Legitimation nach sich.

Welche Folgen dies für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von PPP hat, **hängt vom Einzelfall ab**. Grundsätzlich wird jedoch davon ausgegangen, dass die verfassungsrechtlichen Bedenken geringer sind, je weiter eine staatliche Aufgabe vom **Kernbereich staatlicher Verantwortung** entfernt ist.¹⁴ Dieser so genannte **Staatsvorbehalt** wird im Kontext von **Art. 33 Abs. 4 GG**¹⁵, **Art. 72 ff. GG** und **Art. 83 ff. GG** disku-

8 Zu den verschiedenen möglichen Modellen siehe nur BT-Drs. 15/1400, S. 4 ff.; Tettinger, NWVBl. 2005, S. 2 ff.; tabellarische Übersicht bei Schede/Pohlmann, S. 152 ff.

9 Art. 87 d bis Art. 87 f GG.

10 Ronellenfitsch, HdStR IV, Aufgaben des Staates, § 98, Rn. 28; Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5.

11 Ausführlich zu allen verfassungsimmanenten Grenzen Schäfer/Thiersch, S. 85 ff.

12 Burgi, HdStR IV, Aufgaben des Staates, § 75, Rn. 18; Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5; Schäfer/Thiersch, S. 85, m.w.N.

13 Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5.

14 Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5.

15 Funktionsvorbehalt, vgl. Schäfer/Thiersch, S. 93, m.w.N.

tiert.¹⁶ Genaue Konturen hat der Begriff nicht, überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass es nur einen sehr eng begrenzten Kreis originärer staatlicher Aufgaben gibt.¹⁷ Vor allem für die **typische Eingriffsverwaltung** wird eine solche Einordnung angenommen, namentlich für Polizei, Strafvollzug, Steuern und Bundeswehr.¹⁸

Planung, Durchführung und Folgen von ÖPP-Projekten müssen demnach grundsätzlich der Kontrolle durch die demokratisch legitimierten Gremien unterliegen.¹⁹

Generelle Bedenken gegen PPP bestehen nicht; wie gezeigt ergeben sich implizite Grenzen für die konkrete Ausgestaltung. Neben diesen allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben hängt die Zulässigkeit von PPP vom jeweils betroffenen Sachgebiet und den hierfür einschlägigen Fachgesetzen ab.²⁰ Primär kommt es demnach auf die Frage an, in welchem Rechtsgebiet der Staat mit Privaten kooperieren möchte.

4. Begrenzung durch Art. 28 Abs. 2 GG

Für eine mögliche Begrenzung der PPP durch Art. 28 Abs. 2 GG ist zunächst dessen Wirkungskreis zu beachten. Grundsätzlich sichert das Recht der kommunalen Selbstverwaltung den Gemeinden **gegenüber dem Staat** zu, ihre Angelegenheiten selbst zu regeln.²¹ Art. 28 Abs. 2 GG bindet Bund und Länder²² und lässt eine Einschränkung dieses Rechts nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zu²³:

(2) Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln. Auch die Gemeindeverbände haben im Rahmen ihres gesetzlichen Aufgabenbereiches nach Maßgabe der Gesetze das Recht der Selbstverwaltung. Die Gewährleistung der Selbstverwaltung umfaßt auch die Grundlagen der finanziellen Eigenverantwortung; zu diesen Grundlagen gehört eine den Gemeinden mit Hebesatzrecht zustehende wirtschaftskraftbezogene Steuerquelle.“

16 Tettinger, NWVBL. 2005, S. 5.

17 Tettinger, NWVBL. 2005, S. 5.

18 Burgi, HdStR IV, Aufgaben des Staates, § 75, Rn. 17; Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5.

19 Siehe auch BT-Drs. 15/1400, S. 3.

20 BT-Drs. 15/1400, S. 7 ff.; BT-Drs. 15/2663, S. 3; Bonk, VwVfG, § 54, Rn. 43a; Tettinger, NWVBl. 2005, S. 7.

21 Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28, Rn. 178; Schäfer/Karthus, S. 195, m.w.N.

22 Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28, Rn. 139.

23 Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28, Rn. 185 ff.

Das kommunale Selbstverwaltungsrecht umfasst gemäß Art. 28 Abs. 2 GG **alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft**. Daraus resultiert grundsätzlich eine **Allzuständigkeit der Gemeinden**²⁴, die verschiedene Ausprägungen hat.²⁵ Eine wichtige Dimension ist die **Organisationshoheit** der Gemeinden. Diese umfasst auch die Art und Weise der Aufgabenerfüllung, also die Entscheidung, ob und wie die Gemeinde ihre Aufgaben in Zusammenarbeit mit Privaten erfüllen möchte.²⁶ Dies spricht eher für denn gegen die Möglichkeit der Kooperation mit Privaten.²⁷

Soweit Privatisierungen auf der gemeindlichen Ebene den kommunalunternehmerischen Handlungsradius und den lokalpolitischen Gestaltungsspielraums verengen könnten, steht ihnen jedenfalls die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung in der Regel nicht entgegen. Der eigentlich relevante Umstand des Übergangs von Funktionen auf Träger der Privatwirtschaft ist als solcher nicht vor Art. 28 Abs. 2 GG rechtfertigungsbedürftig.²⁸

Die kommunale Selbstverwaltungsgarantie wird daher grundsätzlich nicht als Begrenzung für die PPP herangezogen.²⁹

Diskutiert wird jedoch eine **Grenze** aus einer möglichen **kommunalen Selbstverwaltungspflicht**.³⁰ Hiernach soll eine PPP – ähnlich wie auf staatlicher Ebene auch – auscheiden, wenn sich die Gemeinde von Aufgaben trennen will, die dem **Kernbereich der kommunalen Selbstverwaltung** zuzuordnen sind.³¹ Auch hier ergeben sich die aufgezeigten definitorischen Schwierigkeiten.

Hinsichtlich der **staatlichen Vorgaben** für PPP-Projekte ist zu beachten, dass Gesetze so ausgestaltet werden müssen, dass die Gemeinden noch eigenverantwortlich entscheiden können.³²

5. Kompetenzrechtliche Fragen nach der Föderalismusreform

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz ist ein **Artikelgesetz**.

24 Dreier, GG, Art. 28, Rn. 110.

25 Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 28, Rn. 179.

26 Dreier, GG, Art. 28, Rn. 136; Battis/Kersten, LKV 2006, S. 445.

27 Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5.

28 Burgi, NVwZ 2001, S. 602, m.w.N.

29 Tettinger, NWVBl. 2005, S. 5; Battis/Kersten, LKV 2006, S. 445; Schäfer/Karthaus, S. 195, m.w.N.

30 Kritisch hierzu Battis/Kersten, LKV 2006, S. 445.

31 Dreier, GG, Art. 28, Rn. 133; Schäfer/Karthaus, S. 196, m.w.N.

32 Battis/Kersten, LKV 2006, S. 446.

Nachfolgend werden die Kompetenztitel zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes anhand der amtlichen Gesetzesbegründung und Kommentierungen zum Grundgesetz erarbeitet und untersucht, ob diese Kompetenztitel durch die Föderalismusreform Änderungen erfahren haben. Zur **grundsätzlichen Systematik der Gesetzgebungskompetenzen** und Fragen der **Zustimmungsbedürftigkeit** nach der Föderalismusreform wird verwiesen auf ein umfangreiches Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste.³³

Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz selbst nennt Gesetzgebungskompetenzen ausdrücklich nur in einem Fall; zu rekurrieren ist deshalb auf die Kompetenz beim Erlass der geänderten Gesetze. Soweit konkurrierende Gesetzgebung betroffen ist, ist davon auszugehen, dass die Voraussetzungen von Art. 72 Abs. 2 GG vorlagen.

5.1. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Die Kompetenz für das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beruhte auf **Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG** sowie auf **Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**.³⁴

Der Kompetenztitel Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG wurde nicht geändert.³⁵

5.2. Vergabeverordnung

Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Vergabeverordnung war § 57 a des Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (HGrG). Die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des HGrG lag gemäß **Art. 109 Abs. 3 GG** beim Bund.³⁶

Art. 109 Abs. 3 GG wurde nicht geändert.³⁷

5.3. Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz

Die Gesetzgebungskompetenz für das Fernstraßenbauprivatfinanzierungsgesetz ergab sich aus **Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG** und aus **Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG**.³⁸

33 Georgii, Harald; Borhanian, Sarab, Zustimmungsgesetze nach der Föderalismusreform, Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag, FB WD 3, Stand Mai 2006, S. 25 ff., abrufbar unter: www.bundestag.btg/Wissen/Ausarbeitungen/Publikationen/2006/Zustimmungsgesetze_nach_der_Foed.pdf.

34 BR-Drs. 441/04, S. 37; BT-Drs. 15/3640, S. 22; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 74, Rn. 128.

35 Vgl. Anlage, Synopse, S. 8 – 10.

36 Maunz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 109, Rn. 43.

37 Vgl. Anlage, Synopse, S. 19 f.

38 BT-Drs. 15/5668, S. 13; Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 74, Rn. 169.



Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG ist im Wesentlichen gleich geblieben; hinzugefügt wurde lediglich „oder Entgelten“.³⁹

5.4. Bundeshaushaltsordnung

Dem Bund stand gemäß **Art. 109 Abs. 3 GG** die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass des HGrG zu.⁴⁰ In § 1 S. 2 HGrG werden Bund und Länder verpflichtet, ihr Haushaltsrecht nach den vom HGrG aufgestellten Grundsätzen zu regeln. Der Bund ist dem mit der Schaffung der Bundeshaushaltsordnung nachgekommen.

Art. 109 Abs. 3 GG wurde nicht geändert.⁴¹

5.5. Grunderwerbssteuergesetz

Dem Bund stand gemäß **Art. 105 Abs. 2 GG** die Gesetzgebungskompetenz für das Grunderwerbsteuergesetz zu.

Im Zuge der Föderalismusreform wurde den Ländern nunmehr lediglich die Befugnis eingeräumt, die Höhe des Steuersatzes bei der Grunderwerbsteuer zu bestimmen.⁴² Die Gesetzgebungskompetenz für Änderungen dieses Gesetzes bliebe jedoch beim Bund.

5.6. Grundsteuergesetz

Für das Grundsteuergesetz stand dem Bund die Gesetzgebungskompetenz gem. **Art. 105 Abs. 2 GG** zu.

Auch hier ergeben sich durch die Föderalismusreform keine Änderungen.

5.7. Investmentgesetz

Das Investmentgesetz wurde auf **Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG** gestützt.⁴³

Änderungen gab es bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG⁴⁴; die Kompetenztitel, die den Ländern zugewiesen wurden (Ladenschluss etc.), betreffen indes nicht das Investmentgesetz.

5.8. Zwischenergebnis

Für alle untersuchten Gesetze und Verordnungen stand dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zu. Die Föderalismusreform bringt insoweit keine Änderungen.

39 Vgl. Anlage, Synopse, S. 10.

40 Maunz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 109, Rn. 43.

41 Vgl. Anlage, Synopse, S. 19 f.

42 Vgl. Anlage, Synopse, S. 18.

43 BT-Drs. 15/1553, S. 70.

44 Vgl. Anlage, Synopse, S. 8 f.; Friedrich, in: Die Reform des Bundesstaates, S. 239 ff.

6. Verhältnis Bund – Kommunen nach der Föderalismusreform

Art. 84 Abs. 1 GG und Art. 85 Abs. 1 GG sind im Zuge der Föderalismusreform geändert worden. Der neue Satz 7 des Art. 84 Abs. 1 GG (neu) regelt jetzt, dass durch Bundesgesetz den Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden dürfen. Parallel zum Verbot der Aufgabenübertragung nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG (neu) wird auch für den Bereich der Auftragsverwaltung die bundesgesetzliche Aufgabenübertragung auf Gemeinden und Gemeindeverbände nach Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG (neu) ausgeschlossen.

Zunächst wird kurz dargestellt, wie der Durchgriff des Bundes **vor der Grundgesetzänderung** ausgestaltet war. Dann wird die Frage erläutert, welche **Auswirkungen** das neue „**Übertragungsverbot**“ auf die Kommunen hat.

6.1. Rechtslage vor der Föderalismusreform

Das Grundgesetz geht bezüglich des Verwaltungsorganisationsrechts in den Art. 83 ff. und Art. 104a ff. GG von einer „**Zweistufigkeit**“ **des Staatsaufbaus** aus. Es unterscheidet insoweit nur zwischen Bund und Ländern, während die landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts den jeweiligen Ländern zugerechnet werden. Insbesondere bilden die Kommunen – trotz Art. 28 Abs. 2 GG – keine dritte Ebene des Staatsaufbaus, sondern sind den Ländern zugeordnet, auch wenn ihre Einschaltung in den Verwaltungsvollzug durch Bundesgesetz erfolgt. Dies bedeutet, dass verwaltungsorganisationsrechtlich deutlich

- zwischen dem **Verhältnis zwischen Bund und Ländern** einerseits

und

- dem **Verhältnis zwischen Bund und bundesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts** bzw. dem **Verhältnis zwischen Land und landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts** andererseits unterschieden wird.⁴⁵

Soweit das Grundgesetz die Verwaltungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern aufteilt, überlässt es damit grundsätzlich dem Bundes- und dem Landesgesetzgeber die Regelung der Aufteilung dieser Zuständigkeiten auf die verschiedenen Bundes- bzw. Landesbehörden. Diesen steht damit grundsätzlich auch die Möglichkeit zu, solche Zuständigkeiten auf die bundes- bzw. landesunmittelbaren juristischen Personen des öffentlichen Rechts und deren Behörden zu übertragen. Dabei erfolgt die Aufteilung der Verwaltungszuständigkeiten zwischen dem Land, den verschiedenen Landesbehörden, den Kommunen und den sonstigen Behörden von landesunmittelbaren juristischen Per-

45 Siehe hierzu ausführlich, Stelkens, S. 53 ff.

sonen des öffentlichen Rechts regelmäßig durch Landesgesetz, die so genannten **Ausführungsgesetze**. Dies gilt auch, wenn es um den Vollzug von Bundesgesetzen geht.

Ergänzend kann aber wegen **Art. 84 Abs. 1 GG und Art. 85 Abs. 1 GG** auch Bundesrecht zu beachten sein: In Ausübung seiner dort enthaltenen Gesetzgebungskompetenz **„Einrichtung der Behörden“** darf der Bund nämlich bezüglich der Ausführung von Bundesgesetzen in die Verwaltungsorganisationshoheit der Länder eingreifen und anordnen, welche Behörden auf Landesebene bestimmte Aufgaben wahrnehmen sollen und gegebenenfalls den Ländern auch die Errichtung neuer Landesbehörden vorschreiben. Dies ermächtigt ihn auch dazu anzuordnen, dass die **Kommunen bzw. Kommunalbehörden** für den Vollzug bestimmter Bundesgesetze zuständig sein sollen (**Bundsdurchgriff** oder auch **unmittelbarer Durchgriff des Bundes**).⁴⁶

Macht der Bund von dieser Möglichkeit Gebrauch, ist den Ländern aber regelmäßig ein gewisser Ausgestaltungsspielraum überlassen: Der Bund darf die „Einrichtung“ der dem Landesbereich zuzuordnenden Behörden nur insoweit regeln, als die für die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen und vor allem gleichmäßigen Vollzug des fraglichen Bundesgesetzes unter Berücksichtigung auch der Verwaltungsorganisationshoheit der Länder notwendig ist.

Die auf der Grundlage von Art. 84 Abs. 1 GG den Kommunen durch Bundesgesetz übertragenen Aufgaben können für diese zu Mehrbelastungen führen. Das Kernproblem der Kommunen besteht darin, dass dieser **unmittelbare Durchgriff des Bundes** nicht mit der Verpflichtung zum Ausgleich der entstehenden Kosten verbunden ist. Gerade durch Art. 104a Abs. 1 GG ist der Bund in diesen Fällen daran gehindert, die Kostenlasten zu übernehmen. Der Bund muss und darf nach geltendem Verfassungsrecht keine unmittelbaren Finanzleistungen den Kommunen gegenüber erbringen, weil er für diesen Finanzierungsdurchgriff – anders als beim Aufgabendurchgriff nach Art. 84 Abs. 1 GG – keine verfassungsrechtliche Legitimation hat. Die Länder wiederum sind weder auf Grund von Art. 104a Abs. 1 GG noch auf Grund ihrer eigenen landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsprinzipien verpflichtet, die Kosten auszugleichen, die den Kommunen durch eine Aufgabenzuweisung des Bundes entstehen. Als negative Beispiele in der Vergangenheit für einen solchen unmittelbaren Durchgriff des Bundes auf die Kommunen werden die Einführung des Rechtsanspruchs auf einen Kindergartenplatz (§ 24 Sozialgesetzbuch (SGB) VIII⁴⁷) und die Zuständigkeit der Kreise und kreisfreien Städte für die Grundsicherung (§ 4 Grundsicherungsgesetz (GSiG)⁴⁸) angeführt.

46 VGH München, NVwZ 2004, S. 1382; Broß, in: v. Münch/Kunig, GG, Art. 84, Rn. 14; Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 84, Rn. 9 ff.

47 Sozialgesetzbuch Achten Buch (VIII) Kinder- und Jugendhilfe, BGBI. I 1998, S. 3546.

48 Grundsicherungsgesetz, BGBI. I 2001, S. 1310, (1335).



6.2. Rechtslage nach der Föderalismusreform

Zahlreiche der in der **Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung** behandelten Fragestellungen waren von hoher Kommunalrelevanz. Besonders die Frage, ob der Bund nach Art. 84 Abs. 1 GG mit Zustimmung des Bundesrates auch weiterhin die Einrichtung der Behörden regeln und die vom Bundesverfassungsgericht nur in begrenzten Ausnahmefällen⁴⁹ für zulässig erachtete Befugnis nutzen darf, Aufgaben direkt auf die Kommunen zu übertragen, wurde ausführlich diskutiert.

Das Ergebnis der langen Verhandlungen sind der **neue Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG** und entsprechend für die Auftragsverwaltung der **neue Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG**, welche im Rahmen der **Grundgesetzänderung** am 30. Juni 2006 beschlossen wurden.⁵⁰

Der **Gesetzesbegründung**⁵¹ ist zu entnehmen, dass nunmehr der neue Satz 7 des Art. 84 Abs. 1 GG (neu) und parallel auch für den Bereich der Auftragsverwaltung der neue Satz 2 des Art. 85 Abs. 1 GG (neu) eine **Übertragung von Aufgaben** an die Gemeinden und Gemeindeverbänden durch Bundesgesetz **ausschließt**.

Adressat für Aufgabenübertragungen durch den Bund sind die Länder (Art. 83 und Art. 84 Abs. 1 Satz 1 GG). Eine Aufgabenübertragung auf die Kommunen kann nur noch durch **Landesrecht** erfolgen, für das das jeweilige Landesverfassungsrecht maßgeblich ist. Für bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen, die nach bisheriger Verfassungsrechtslage zustande gekommen sind, enthält **Art. 125a Abs. 1 GG (neu)** eine Übergangsregelung, wonach das bisherige Bundesrecht weiter gilt, aber insoweit durch Landesrecht ersetzt werden kann.

Bereiche wie z.B. §§ 4 GSiG, 6 SGB II⁵² und 3 SGB XII⁵³ sowie § 69 SGB VIII i.V.m §§ 24, 24a SGB VIII, welche eine Aufgabenübertragung durch den Bund auf die Kommunen darstellen, **gelten** daher im Rahmen der Übergangsregelungen der Art. 125a Abs. 1 und Art. 125b Abs. 2 GG **fort**.

Neue „Aufgaben“ i.S.d. Art. 84 Abs. 1 und 85 Abs. 1 GG, die nach Ablauf der Übergangsfristen vom Bund an die Länder übertragen werden, können dann nur noch **von den Ländern selbst an die Gemeinden oder Gemeindeverbände delegiert werden**. Unterlassen die Länder eine solche Aufgabenzuweisung an die Kommunen (in gesetzlicher Form), müssen diese auch nicht handeln.

49 BVerfGE 22, S. 180 (210); BVerfGE 77, S. 288 (299).

50 BT-Drs. 16/2010; BT-Drs. 16/2069; BR-Drs. 462/06; Vgl. Anlage, Synopse, S. 12 f.

51 BT-Drs. 16/813, S. 15.

52 Sozialgesetzbuch Zweites Buch (II) – Grundsicherung für Arbeitssuchende, BGBl. I 2003, S. 2954.

53 Sozialgesetzbuch Zwölftes Buch (XII) – Sozialhilfe, BGBl. I 2003, S. 3022.

6.3. Ergebnis

Für eine Änderung des ÖPP-Beschleunigungsgesetzes wären die genannten Änderungen zu beachten. Für das ÖPP-Beschleunigungsgesetz in der aktuellen Fassung ist es nicht relevant, da keine Übertragung von Aufgaben auf Kommunen vorgesehen ist.

W

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

7. Literaturverzeichnis

- **Battis**, Ulrich; **Kersten**, Jens, Public Private Partnership in der Städtebauförderung, Landes- und Kommunalverwaltung 2006, S. 442 – 449. (zit.: Battis/Kersten, LKV 2006)
- **Bonk**, Heinz Joachim, in: **Stelkens**, Paul; **Bonk**, Heinz Joachim; **Sachs**, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kommentar, 6. Auflage 2001. (zit.: Bonk, VwVfG)
- **Broß**, Siegfried, in: von Münch, Ingo (Begr.); Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Band 3, 4./5. Auflage 2003. (zit.: Broß, in: v. Münch/Kunig, GG)
- **Burgi**, Martin, Privatisierung, in: **Isensee**, Josef; **Kirchhof**, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage 2006, S. 205 – 241. (zit.: Burgi, HdStR IV, Aufgaben des Staates)
- **ders.**, Kommunales Privatisierungsfolgenrecht: Vergabe, Regulierung und Finanzierung, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 601 – 607. (zit.: Burgi, NVwZ 2001)
- **Dreier**, Horst, in: **Dreier**, Horst (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Band II, 2. Auflage 2006. (zit.: Dreier, GG)
- **Fleckenstein**, Martin, Abbau von Hemmnissen für Public Private Partnership: Das ÖPP-Beschleunigungsgesetz, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, S. 75 – 82. (zit.: Fleckenstein, DVBl. 2006)
- **Friedrich**, Hans-Peter, Recht der Wirtschaft, in: **Holtzheimer**, Rainer; **Schön**, Walter, Die Reform des Bundesstaates, 2007. (zit.: Friedrich, in: Die Reform des Bundesstaates)
- **Maunz**, Theodor, in: **Maunz**, Theodor (Begr.); **Dürig**, Günter (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, Band VI. (zit.: Maunz in: Maunz/Dürig, GG)
- **Oeter**, Stefan, in: **von Mangoldt**, Hermann (Begr.); **Klein**, Friedrich; **Starck**, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Auflage 2005. (zit.: Oeter, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG)
- **Ronellenfitsch**, Michael, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, in: **Isensee**, Josef; **Kirchhof**, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, Aufgaben des Staates, 3. Auflage 2006, S. 1159 – 1199. (zit.: Ronellenfitsch, HdStR IV, Aufgaben des Staates)
- **Schäfer**, Michael; **Karthaus**, Arnim, in: **Weber**, Martin; **Schäfer**, Michael; **Hausmann**, Friedrich Ludwig (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 193 – 234. (zit.: Schäfer/Karthaus)
- **Schäfer**, Michael; **Thiersch**, Stephanie, in: **Weber**, Martin; **Schäfer**, Michael; **Hausmann**, Friedrich Ludwig (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 85 – 101. (zit.: Schäfer/Thiersch)
- **Schede**, Christian; **Pohlmann**, Markus, in: **Weber**, Martin; **Schäfer**, Michael; **Hausmann**, Friedrich Ludwig (Hrsg.), Praxishandbuch Public Private Partnership, 2006, S. 102 – 156. (zit.: Schede/Pohlmann)
- **Schuppert**, Gunnar Folke, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, in: Verwaltungskooperationsrecht, Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Inneren, 2001, S. 2 – 133. (zit.: Schuppert)

- **Stelkens**, Ulrich, Verwaltungshaftungsrecht, 1998. (zit.: Stelkens)
- **Tettinger**, Peter J., Public Private Partnership, Möglichkeiten und Grenzen – ein Sachstandsbericht, Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter 2005, S. 1 – 10. (zit.: Tettinger, NWVBl. 2005)
- **ders.**, in: **von Mangoldt**, Hermann (Begr.); **Klein**, Friedrich; **Starck**, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Auflage 2005. (zit.: Tettinger, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG)
- **Trute**, Hans-Heinrich, in: **von Mangoldt**, Hermann (Begr.); **Klein**, Friedrich; **Starck**, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Auflage 2005. (zit.: Trute, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG)
- **Uechtritz**, Michael; **Otting**, Olaf, Das „ÖPP-Beschleunigungsgesetz“: Neuer Name, neuer Schwung für „öffentlich-private Partnerschaften“?, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2005, S. 1105 – 1111. (zit.: Uechtritz/Otting, NVwZ 2005)
- **Ziekow**, Jan, Public Private Partnership – auf dem Weg zur Formierung einer intermediären Innovationsebene?, Verwaltungsarchiv 2006, S. 626 – 638. (zit.: Ziekow, GewArch 2006)

8. Anlagenverzeichnis

Föderalismusreform 2006, Grundgesetzänderung – Synopse, Dokumentation der Wissenschaftlichen Dienste.