

Zukunftsfähige Kooperationen trotz Entflechtung und statt Hochzongung: ein Auftrag für die Föderalismusreform II

von Martin Burgi

Seit dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. 12. 2007 zur Verfassungswidrigkeit der Kooperation zwischen Bundesagentur für Arbeit und Kommunen beim Vollzug des Sozialgesetzbuches II (besser bekannt als Hartz IV) steht der künftige Umgang mit Kooperationen im Bundesstaat auf der politischen wie rechtlichen Agenda. Kooperationen scheinen in besonderem Maße mit dem die Föderalismusreform I leitenden Ziel der Entflechtung zu kontrastieren. Der nachfolgende Beitrag versucht diese Befürchtung zu zerstreuen und plädiert dafür, mit der Föderalismusreform II je eine Regelung für horizontale und für vertikale Kooperation in das Grundgesetz aufzunehmen.

According to a decision of the Federal Constitutional Court in December 2007, the co-operation between the Federal Employment Office and the municipalities in the administration of long-term unemployment benefits (better known as Hartz IV) is unconstitutional. Thus, the future handling of co-operations within the federal state is on the political and judicial agenda. Co-operation seems to stand in contrast to “unbundling”, which was one of the main objectives of the first stage in the reform process. This article tries to overcome such apprehensions and argues in favour of incorporating a new regulation of horizontal and vertical co-operation into the Basic Law.

I. Auf dem Weg von der Föderalismusreform I zur Föderalismusreform II

Die Erfahrungsweisheit, wonach vor der Reform nach der Reform sei, gilt in besonderem Maße für die Föderalismusreform, die von vornherein auf mehrere Etappen ausgelegt war. Während allerdings die erste Etappe von Anfang an unter einem klaren Leitstern stand, nämlich dem Ziel der größtmöglichen Entflechtung, ist die Agenda der Föderalismusreform II nicht nur thematisch explizit offen und breit angelegt,¹ sondern es fehlt ihr auch an einer vergleichbaren Leit-

1 Bundesrat: Einsetzung einer gemeinsamen Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, BR-Drs. 913/06 (Beschluss) vom 15. 12. 2006, Ziffer 2.

idee, ja nicht wenige der nun diskutierten Fragen scheinen sogar im Widerspruch zum Entflechtungsziel zu stehen. Dabei wird im Einsetzungsauftrag der Föderalismusreform-Kommission II explizit auf das Entflechtungsziel Bezug genommen, wenn es heißt, „die Eigenverantwortung der Gebietskörperschaften und ihre aufgabenadäquate Finanzausstattung“ solle gestärkt werden.² Dies provoziert, zumal in Anbetracht der Kürze des zwischen den beiden Reformen liegenden Zeitraums, die permanente Verdachtsäußerung, dass das Entflechtungsziel durch einzelne neu vorgeschlagene Maßnahmen konterkariert werde.

1. Entflechtung als Leitidee der Föderalismusreform I

Entflechtung bedeutet in der Sache „Ausbau und Stärkung der im Grundgesetz ja bereits vorgesehenen Verantwortungsteilung“, und zwar in den Bereichen Gesetzgebung, Verwaltung und Finanzen. *Peter-Michael Huber* hat die schon seit vielen Jahren hierzu bestehenden Überlegungen im unmittelbaren Vorfeld der Föderalismusreform I gebündelt und teilweise weitergeführt.³ Als wichtigste Entflechtungsmaßnahmen im Zuge der Föderalismusreform I seien die Hochzonung von konkurrierenden und Rahmenkompetenzen in den Bereich der ausschließlichen Gesetzgebung, die Umzonung der Rahmenkompetenz in den Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz, die Streichung verschiedener bisheriger gesetzgeberischer Kompetenzen des Bundes, die Neuregelungen bei den Gemeinschaftsaufgaben und, in der Sache wohl das Kernstück bildend, die Neuregelung des Art. 84 Abs. 1 bzw. des Art. 85 Abs. 1 GG genannt.⁴ Diese (jedenfalls aus Sicht der Kommunen) zentrale Entflechtungsmaßnahme besteht in der ausdrücklichen Feststellung, „dass durch Bundesgesetz [...] Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden“ dürfen (Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG bzw. Art. 85 Abs. 1 Satz 2 GG). In Art. 125a Abs. 1 GG ist geregelt worden, dass bundesrechtliche Vorschriften, die infolge dieser Änderungen so nicht mehr erlassen werden könnten, „als Bundesrecht“ fortgelten. Aufgabenübertragungen auf die Kommunen können daher in Zukunft nur noch durch die jeweiligen Länder erfolgen, woraufhin im Verhältnis zwischen diesen und den betroffenen Kommunen regelmäßig die in der jeweiligen

2 Ebd., Ziffer 2.

3 In seinem Gutachten für den 65. Deutschen Juristentag, 2004: *Huber, P. M.*: Klarere Verantwortungsteilung von Bund, Ländern und Kommunen?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.): Gutachten D, Band I, München, 2004, 11 ff., hier 33 ff.

4 Vgl. stellv. die gebündelte Kommentierung der neuen Bestimmungen in dem Sonderband der Autoren des GG-Kommentars *Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C.* (Hg.): Föderalismusreform, München, 2007.

Landesverfassung enthaltenen, in den vergangenen Jahren teilweise ausgebauten Konnexitätsregelungen eingreifen.⁵ Bereits aufgetauchten Vorstößen, den durch diese Ergänzungen neu entstandenen Auslegungsschwierigkeiten (welche einen ersten Höhepunkt in der Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes durch den Bundespräsidenten am 8. Dezember 2006 gefunden haben) mit einer neuerlichen Änderung des Grundgesetzes zu begegnen,⁶ sollte nicht gefolgt werden. Es ist eine klassische Rechtsprechungsaufgabe, nun diejenigen Maßnahmen des Bundes, die Aufgaben neu übertragen bzw. bestehende Aufgaben erweitern, von Maßnahmen nicht-aufgabenbezogenen Charakters abzugrenzen.

Die normative Basis des Entflechtungsziels besteht zunächst in den föderalen Aussagen der Art. 20 Abs. 1, 30, 83 ff. GG (bezogen auf den nachfolgend allein thematisierten Verwaltungsbereich). Hinzu treten das Rechtsstaatsprinzip und das Demokratieprinzip, welche das BVerfG in der Hartz IV-Entscheidung⁷ inhaltlich konkretisiert hat. Das Rechtsstaatsprinzip zielt aus der Perspektive des Schutzinteresses der Bürger auf eine Verteilung von Verwaltungszuständigkeiten ab, die den Grundsätzen der „Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit“ entspricht. Der Bürger soll zuverlässig ermitteln können, welche Stelle innerhalb der weit verzweigten Verwaltung gleichsam für ihn zuständig ist. Auch das Gebot der demokratischen Legitimation nach Art. 20 Abs. 2 GG erfordert eine hinreichend klare Kompetenzverteilung, und zwar im Interesse der demokratischen Verantwortlichkeit. Der Bürger muss (nicht zuletzt im Hinblick auf seine Wahlentscheidungen) einschätzen können, wen er wofür verantwortlich machen kann. Zu weit geht es hingegen, auch dem haushaltsverfassungsrechtlichen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit⁸ insoweit eine Determinationskraft zuzuerken-

- 5 Näher hierzu Försterling, W.: Kompetenzrechtliche Probleme nach der Föderalismusreform, in: Zeitschrift für Gesetzgebung, 22/1 (2007), 36–61; Burgi, M.: Künftige Aufgaben der Kommunen im sozialen Bundesstaat, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 122/2 (2007), 70–78, hier 74 ff.; Schoch, F.: Verfassungswidrigkeit des bundesgesetzlichen Durchgriffs auf Kommunen, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 122/5 (2007), 261–269; Henneke, H.-G.: Strukturprobleme des Föderalismus und der kommunalen Selbstverwaltung in der Sozialpolitik gelöst?, in: Ennschat, J. u. a. (Hg.): Gedächtnisschrift für Peter J. Tettinger, Köln, 2007, 255–280.
- 6 Hierauf zielt die Frage 77 des den benannten Sachverständigen zur öffentlichen Anhörung am 08.11.2007 übersandten Fragenkatalogs: *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen: Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am Donnerstag, dem 8. November 2007*, K-Drs. 044.
- 7 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04; vgl. hierzu Henneke, H.-G.: Nach BVerfG-Entscheidung ist Bündelung des SGB II-Vollzugs in kommunaler Trägerschaft angezeigt, in: Der Landkreis, 78/1 (2008), 3–4.
- 8 Ausführlich zu dessen Gehalten Schmidt-Jortzig, E.: Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit – Verfassungsrechtliche Determinanten, in: Butzer, H. (Hg.): Wirtschaftlichkeit durch Organisations- und Ver-

nen. Dieser Grundsatz zielt auf möglichst wirtschaftliche organisatorische Gestaltungen zur Verwirklichung jeweils gesetzter politischer Zielsetzungen. Dabei hängt es ganz von den Umständen der konkret betroffenen Aufgaben und Zielsetzungen ab, ob sich eine separate Aufgabenerledigung oder ein irgendwie gear tetes Zusammenwirken der verschiedenen Verwaltungsträger als letzten Endes wirtschaftlicher erweist. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz steuert demnach durchaus Auswahlentscheidungen zwischen organisatorischen Gestaltungen, er vermag aber nicht als diesen gleichsam vorausliegender Leitstern zu fungieren.⁹ Bei Hinzutreten der Kommunen wird man schließlich die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung des Art. 28 Abs. 2 GG als weitere normative Grundlage des Entflechtungsziels ansehen können, die mit ihrem Teilgehalt „Eigenverantwortlichkeit“ ebenfalls einen kräftigen Akzent in diese Richtung setzt. Seit der Hartz IV-Entscheidung¹⁰ werden über sie zudem die einer Kooperation von Bund und Ländern gezogenen Grenzen (vgl. noch unten II. 2. b) zugunsten der Kommunen versubjektiviert.

2. Die neuen Themen im „Verwaltungstopf“

Wie schon der Kommissionsname andeutet, standen im Fokus der verfassungspolitischen Arbeiten zunächst die sog. Finanzthemen. Ausweislich des Fragenkatalogs für die öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am 22. Juni 2007,¹¹ die im weiteren Verlaufe der Beratungen gebündelt und konkretisiert worden sind, geht es hierbei um die Themen Schuldenbegrenzung bzw. -rückführung durch neue haushalts- bzw. schuldenrechtliche Maßnahmen und Neuordnung der horizontalen wie vertikalen Finanzbeziehungen im Bundesstaat. Die Arbeitsaufträge im Verwaltungstopf lassen sich in eher sektorale und eher allgemeine Fragen unterteilen. Die Palette der insoweit auf die Agenda gesetzten sektoralen Aspekte ist beeindruckend groß. Sie reicht von der Arbeitsmarktpolitik, dem Katastrophen- und Zivilschutz, der Börsenaufsicht, der Bundesfernstraßen- und

fahrensrecht, Berlin, 2004, 17–30 und *Burgi, M.*: Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit im Verwaltungsrecht, in: ebd., 53–70.

9 *Engels, D.*: Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern. Gutachten des Präsidenten des Bundesrechnungshofes als Bundesbeauftragter für Wirtschaftlichkeit in der Verwaltung, K-Drs. 055 vom 27.09.2007, 42 ff. Interessanterweise kommt in dieser Stellungnahme das Thema überhaupt nicht vor.

10 BVerfG, a. a. O., Rdnr. 144 ff.

11 *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Finanzthemen am Freitag, dem 22. Juni 2007, K-Drs. 011.

Schieneninfrastruktur über den Küstenschutz, die Familienkasse, die Ausländerbehörden, das Geoinformationswesen bis hin zur Steuerverwaltung (welche für sich ein Thema von gewaltigem Umfang darstellt).¹² Die allgemeineren, d. h. sich aufgabenübergreifend stellenden Themen lauten: Aufgabenkritik einschließlich Aufgabenabbau, demographische Herausforderungen und Privatisierung, Aufgabenoptimierung, einschließlich Entbürokratisierung, Entflechtung, Bündelung und Koordinierung, Standardsetzung inkl. Standardabweichungsmöglichkeiten und Benchmarking, IT-Standards und -Systeme, verstärkte Zusammenarbeit der Länder untereinander und von Bund und Ländern sowie Möglichkeiten zur Erleichterung des freiwilligen Zusammenschlusses von Ländern. Auf diese allgemeinen Themen bezogen sich die Stellungnahmen der meisten Sachverständigen bei der diesbezüglichen Anhörung am 8. November 2007 (einschl. der Stellungnahme des *Verf.*¹³). Viele der unter diesen Überschriften diskutierten Themen lassen sich relativ eindeutig dem Entflechtungsziel zuordnen. Anderes erscheint widersprüchlich, weswegen darauf nachfolgend der Blick gerichtet werden soll.

(1) So stellt es eine Herausforderung für das Entflechtungspostulat dar, wenn über Maßnahmen zur „Bündelung und Koordinierung von Aufgaben“ nachgedacht werden soll (II. b des Fragenkatalogs). Sicherlich 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 Hochzoning verwechselt werden. Der am Ende eines Bündelungsprozesses stehende neue Aufgabenträger könnte je-

12 Wiederum ausweislich des (diesbezüglichen) Fragenkatalogs *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: K-Drs. 044, a. a. O.

13 *Kirchgässner, G.*: Stellungnahme zum Fragenkatalog der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder Finanzbeziehungen, K-Drs. 027. vom 27.05. 2007.

weils entweder der Bund sein, in Abhängigkeit von der jeweils betroffenen Materie kämen aber auch einzelne Länder, die Kommunen oder neuartige, im Wege der Kooperation (vgl. III.) erst noch zu schaffende Einheiten in Betracht. Bedenklich ist es aber, wenn die Option der Bündelung und Koordinierung von Aufgaben mit dem Begriff „gesamtgesellschaftliche Aufgaben“ assoziiert wird.¹⁴ Dieser Begriff beschreibt zwar 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. Auch 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 aber dringend davor zu warnen, eine eigenständige Kategorie diesen Inhalts in die Kompetenzverteilungsvorschriften des GG aufzunehmen. Insoweit ist zunächst in Erinnerung zu rufen, dass mit der Föderalismusreform I gerade erst die in Art. 91a und 91b GG geregelte Kategorie der Gemeinschaftsaufgaben reduziert worden ist, wobei die dabei entfallenen Aufgabenfelder „Hochschulbau“ und „Bildungsplanung“ zweifelsohne ebenfalls gesamtgesellschaftlichen Charakter tragen.

Die rechtliche Problematik einer eigenen 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 bestehen. 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

¹⁴ Fragen 179 und 180 im Fragenkatalog *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: K-Drs. 044, a. a. O.

sind. Mit anderen Worten: Betreffend die materielle Ebene bedarf es einer eigenen Kategorie „gesamtgesellschaftlicher 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. Dies wäre bei einer Zusammenfassung in einer nivellierenden Gesamtkategorie nicht mehr möglich.

(2) Auch das Thema Privatisierung/PPP (I. c) birgt in erheblichem, oftmals gar nicht gesehenen Maße die Gefahr von Verflechtungen, freilich weniger innerhalb der föderalen Ordnung als mit Privaten (was durchaus nicht unproblematischer ist). Die mit Verflechtungen generell einhergehenden Verdachtsmomente bestehen daher auch insoweit: Intransparenz, Verantwortungs- und Machtverschiebung. Regelungsbedarf stellt sich insbesondere im Hinblick auf die Option der sog. *public-private partnerships* (PPP), sowohl wenn sie in institutionalisierter, als auch wenn sie in vertragsbasierter Form erfolgen. In diesem und den anderen Privatisierungsbereichen vermag das Recht die Bereitstellung eines möglichst widerspruchsfreien und möglichst aufgabengerechte Entscheidungen ermöglichenden Rahmens für die jeweils zuständigen staatlichen Institutionen zu leisten. Was dies im Einzelnen für die Verteilung der Zuständigkeiten für Privatisierungsentscheidungen zwischen der EU, dem Bund, den Ländern und natürlich den Kommunen für die Maßstäbe von Privatisierungsentscheidungen und für das Privatisierungsfolgenrecht bedeutet, ist vom *Verf.* in einem umfangreichen Gutachten für den 67. Deutschen Juristentag (2008) aufgearbeitet worden.¹⁵ Dort wird u. a. empfohlen, den Allgemeinen Teil der PPP sowohl auf der Ebene des Bundes als auch auf der Ebene der Länder und Kommunen (in einem Landesgesetz) zu kodifizieren. Abzuraten ist hingegen von der Aufnahme von Vorschriften über zusätzliche Privatisierungsgrenzen in das Grundgesetz, was erfreulicherweise von mehreren der Sachverständigen explizit festgestellt worden ist.¹⁶

(3) Als letzter aufgabenübergreifender Themenblock, der jedenfalls auf den ersten Blick dem Entflechtungsziel zu widerstreiten scheint, sei die „verbesserte

15 *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hg.): Gutachten für die öffentlich-rechtliche Abteilung, Band I, München, 2008, i. E.

16 Vgl. u. a. *Huber, P. M.*: Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung zu den Verwaltungsthemen am 8. November 2007, K-Drs. 082 vom 08. 11. 2007, 6; *Pieroth, B.*: Schriftliche Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007, K-Drs. 065, 15 und *Wieland, J.*: Schriftliche Stellungnahme zur Anhörung am 8. November 2007, K-Drs. 074 vom 24. 10. 2007, 2.

bzw. verstärkte Zusammenarbeit“ der Länder untereinander bzw. zwischen Bund und Ländern genannt, auf die sich die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren werden.

II. Kooperation im Bundesstaat (vulgo: „Mischverwaltung“)

Die Kooperationen zwischen den Ländern und zwischen dem Bund und den Ländern bilden innerhalb des Gesamtspektrums des Zusammenwirkens von Verwaltungsträgern einen Ausschnitt. Dieser Ausschnitt ist durch das Fehlen expliziter Regelung und die daraus resultierenden erheblichen Unsicherheiten in der rechtlichen Bewältigung gekennzeichnet. Während es für die interkommunale Zusammenarbeit und für die Zusammenarbeit von Kommunen mit anderen Verwaltungsträgern (Land, Anstalten etc.) in Gestalt der jeweiligen Landesgesetze über die kommunale Gemeinschaftsarbeit bzw. Verwaltungszusammenarbeit ein detailliertes normatives Gerüst gibt,¹⁷ werden die Formen der horizontalen und der vertikalen Zusammenarbeit an ungeschriebenen, mehr oder weniger anerkannten allgemeinen Rechtsgrundsätzen gemessen. Schon daher liegt es nahe, diesen Bereich im Zuge einer Reform der föderalen Vorschriften des GG ins Blickfeld zu nehmen.

1. Trennung von deskriptiver und normativer Ebene

Die Diskussion um die Kompetenzgemäßheit von Kooperationen wird vornehmlich unter dem Schlagwort „Verbot der Mischverwaltung“, d. h. fokussiert auf die Kooperationen unter Beteiligung des Bundes,¹⁸ geführt. Danach sollten „Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse“ gleich welcher Art, ohne dass die Verfassung entsprechende Kompetenzen übertragen hätte, unstatthaft sein. Die Titulierung einer bestimmten Erscheinungsform namentlich der vertikalen Kooperation als „Mischverwaltung“ löste vielfach gleichsam automatisch das verfassungsrechtliche Verdikt aus; Phänomenologie und rechtliche

17 Zu diesen Formen der Verwaltungszusammenarbeit vgl. meinen Vortrag beim Professorengespräch des Deutschen Landkreistages 2006: *Burgi, M.*: Vergabe und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, in: Henneke, H.-G. (Hg.): Kommunale Verwaltungsstrukturen der Zukunft, Stuttgart u. a., 2006, 23–41.

18 Die gründliche und weit ausholende Abhandlung von *Trute, H.-H.*, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hg.): Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 5. Aufl., München, 2006, Art. 83, Rdnr. 28 ff., bezieht zutreffenderweise beide Kooperationsformen ein.

Beurteilung drohen so in eins gesetzt zu werden.¹⁹ Auf Grund der bis heute fortbestehenden begrifflichen Unschärfen hat dies zu einer in den politischen Bereichen hinein fortwirkenden Stigmatisierung bestimmter organisatorischer Gestaltungen geführt. Das BVerfG allerdings hat sich bereits mit seinem Beschluss vom 12. Januar 1983 deutlich von der Vermischung von deskriptiver und normativer Betrachtung distanziert. Dies kulminiert in den Worten, wonach eine bestimmte verwaltungsorganisatorische Erscheinungsform „nicht deshalb verfassungswidrig (sei), weil sie als Mischverwaltung einzuordnen ist, sondern nur, wenn zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften des Verfassungsrechts entgegenstehen“²⁰. In der Hartz IV-Entscheidung spricht das Gericht nur noch von „sogenannte(r) Mischverwaltung“²¹. Der Begriff „Mischverwaltung“ bzw. „Verbot der Mischverwaltung“ kann somit heute bestenfalls zur Kennzeichnung einer Problematik, aber weder zur Beschreibung von Phänomenen noch, und erst recht nicht, als rechtliche Aussage verwendet werden.²²

Konsequenter und im Interesse einer vollkommen vorurteilsfreien rechtlichen Auseinandersetzung mit den durch das Zusammenwirken von Bund und Ländern aufgeworfenen Problemen auch geboten ist es daher, gänzlich auf den Begriff zu verzichten.²³ Statt dessen sollte zur Bezeichnung des Zusammenwirkens von Bund und Ländern von „vertikaler Kooperation“, im Hinblick auf das Zusammenwirken der Länder untereinander von „horizontaler Kooperation“ gesprochen werden. Wie wichtig die Begriffsbildung als Ausgangspunkt für die rechtliche Beurteilung ist, zeigt übrigens der Blick auf die EU-Ebene. Dort wird zur

19 Vgl. als besonders einflussreiche Beiträge aus dieser Zeit *Köttgen, A.*: Der Einwand der Mischverwaltung und das Grundgesetz, in: *Die öffentliche Verwaltung*, 8 (1955), 485–492; *Füßlein, R. W.*: Mischverwaltung oder Mitverwaltung?, in: *Deutsches Verwaltungsblatt*, 71 (1956), 1 ff.; *Darmstadt, H.*: Zur Frage einer Mischverwaltung von Bund und Ländern, Münster, 1961; krit. reflektierend: *Ronellenfitsch, M.*: Die Mischverwaltung im Bundesstaat. Erster Teil: Der Einwand der Mischverwaltung, Berlin, 1975; *Loeser, R.*: Theorie und Praxis der Mischverwaltung, Berlin, 1976.

20 BVerfGE 63, 1 ff., hier 83, fortgeführt in verschiedenen Folgeentscheidungen; vgl. etwa zuletzt BVerfG, Beschluss vom 14.05.2007, 1 BvR 2036/05.

21 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, a. a. O., Rdnr. 153.

22 Dies hat zuletzt *Schnapp* in wünschenswerter Deutlichkeit bestätigt (*Schnapp, F. E.*: Mischverwaltung in der Sozialversicherung, in: *Vierteljahresschrift für Sozialrecht*, 4/2007, 243–262; vgl. ferner *Lerche, P.*, in: *Maunz, T./Dürig, G.*: GG: Kommentar, München, 1968 ff., Stand April 1983, Art. 83, Rdnr. 90.

23 Dafür explizit auch *Hebeler, T.*: „Mischverwaltung“ – Verfassungsrechtlicher Argumentationstopos oder lediglich staats- und verwaltungswissenschaftliche Umschreibung eines Phänomens bundesstaatlicher Ebenenverflechtung?, in: *Bauschke, G. u. a.* (Hrsg.): *Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, 42. Tagung der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Fachrichtung „Öffentliches Recht“, Stuttgart, 2002, 37–55 m. w. N.

Kennzeichnung von Erscheinungsformen der Zusammenarbeit zwischen der EU und den Mitgliedstaaten sowie (ggf. zusätzlich) der Mitgliedstaaten untereinander der Begriff „Europäischer Verwaltungsverbund“ verwendet.²⁴ Dabei ist von Anfang an vorurteilsfrei und mit Respekt gegenüber den von der Politik formulierten Bedürfnissen eine dogmatische Bewältigung in Angriff genommen worden, während der doch pejorative Begriff der „Mischverwaltung“ solches bis zum heutigen Tage verhindert hat.

Auf der deskriptiven Ebene wird deutlich, dass es in der Wirklichkeit des administrativen Lebens im föderalen Bundesstaat zahlreiche Erscheinungsformen sowohl der vertikalen als auch der horizontalen Kooperation gibt. Der Gesamtbestand ist allerdings, soweit ersichtlich, nicht empirisch erfasst. In den Kommentierungen zu Art. 83 GG finden sich teilweise Aufzählungen einzelner Beispiele.²⁵ Dabei sind die zu beobachtenden Erscheinungsformen hinsichtlich ihrer formalen Gestalt sehr heterogen. Neben Formen der eher informellen Kooperation gibt es die Organleihe, die Übertragung bloß operativer Aufgaben und schließlich die Gründung gemeinschaftlicher Verwaltungseinrichtungen, welche wiederum öffentlich-rechtlich (wie die jüngst ohne größeres verfassungsrechtliches Aufsehen errichtete Bundesanstalt für den Digitalfunk)²⁶ oder privatrechtlich (als GmbH etc.) organisiert sein können. Auch innerhalb der gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtungen finden sich Mischformen. Noch interessanter als der gegenwärtige Bestand sind die Perspektiven, die von verschiedener Seite hier gesehen werden. Neben den zumeist als erstes genannten IT-Aufgaben,²⁷ die folgerichtig von der Föderalismusreform-Kommission II in einem gesonderten

24 Vgl. statt vieler *Schmidt-Aßmann, E.*: Verfassungsprinzipien für den Europäischen Verwaltungsverbund, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München, 2006, § 5.

25 Vgl. ferner *Pietzcker, J.*: Länderbericht Bundesrepublik Deutschland, in: Starck, C. (Hg.): Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, Baden-Baden, 1988, 17 ff., hier 29 ff.

26 Diese wurde zwar durch Bundesgesetz als Anstalt des Bundes errichtet, in ihrem Verwaltungsrat sitzen aber Vertreter aller 16 Länder, was durch ein begleitendes Verwaltungsabkommen bewirkt wurde (Gesetz über die Errichtung einer Bundesanstalt für den Digitalfunk für Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben vom 28.08.2006 [BGBl. 2006 I, 2039]; das Verwaltungsabkommen wurde durch die Innenminister und Senatoren am 01.07.2008 unterzeichnet).

27 Vgl. zu der in diesem Kontext häufig zumindest implizit angeführten These, dass die informationstechnische Vernetzung der Verwaltung zu einer Aushöhlung hierarchischer Strukturen und teilweise zu einer Überwindung der föderalen Strukturen führen werde, *Groß, T.*: Die Informatisierung der Verwaltung, in: *Verwaltungsarchiv*, 95/3 (2004), 400–423, hier 408 und passim; *Nolte, F.*: E-Government in der Verwaltungsreform: Der große Sprung nach vorn?, in: *Die öffentliche Verwaltung*, 60/22 (2007), 941–949, hier 944 ff.

Abschnitt (IV.) erörtert werden, werden u. a. die Bereiche Mitarbeiteraus- und -weiterbildung, Beschaffungswesen oder Statistik immer wieder genannt.

2. Der gegenwärtige Verfassungsrahmen

a) Horizontale Kooperation

Die horizontale Kooperation einschließlich der intensivsten Kooperationsform, dem Zusammenwirken in gemeinsamen Einrichtungen, stellt nach *Isensee* eine „Normalität des Föderalismus“²⁸ dar. Die Basis des Zusammenwirkens bilden Staatsverträge oder Verwaltungsabkommen, welche dann für ausreichend angesehen werden, wenn der Inhalt der Zusammenarbeit nicht die Anwendbarkeit der Regel vom Vorbehalt des Gesetzes auslöst. Letzteres ist insbesondere dann der Fall, wenn Rechtswirkungen für die Bürger erzeugt werden sollen. Die Befugnis der Länder zur horizontalen Kooperation ist unumstritten und wird durch den Umkehrschluss aus Art. 32 Abs. 3 GG, wonach sie sogar die Kompetenz zum Abschluss von Verträgen mit auswärtigen Staaten besitzen, bestätigt. Eine Grenze aus sachlichen, d. h. aufgabenbezogenen Gründen wird ihnen gegenüber nicht formuliert. Stets verlangt wird aber, dass den beteiligten Ländern weiterhin eine grundsätzlich eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung möglich bleibt. Dies verlange die grundsätzlich ausschließliche und zwingende Kompetenzverteilungsordnung des Grundgesetzes. Willigt ein Land somit in die Kompetenzüberlassungen und -verschiebungen ein (etwa zugunsten einer gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtung), muss es sicherstellen, dass ihm ein hinreichender Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung erhalten bleibt.²⁹ Da es im Grundgesetz keinerlei Regelungen über den Verfahrensablauf vor und nach dem Abschluss solcher „interföderaler Staatsverträge“ gibt,³⁰ haben sich in der Praxis Mechanismen ausgeprägt, die zwar langwierig und kompliziert, nicht aber besonders demokratiefreundlich erscheinen, da die Beteiligung der Landesparlamente oftmals erst zu einem Zeitpunkt erfolgt, in dem sich diese in einer Art Ratifikationslage befinden und nicht mehr gestalterisch auf den Inhalt des von der Exekutive ausgehandelten Vertrages Einfluss nehmen können.

28 *Isensee, J.*, in: ders./Kirchhof, P. (Hg.): Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, § 98 Rdnr. 175; ausführlich *Rudolf, W.*, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.* (Hg.): Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 3. Aufl., Heidelberg, 2006, § 105 Rdnr. 20 ff., 29 ff.

29 *Trute, H.-H.*, a. a. O., Rdnr. 31.

30 Ausführlich hierzu *Vedder, C.*: Interföderale Staatsverträge, Baden-Baden, 1996.

b) Vertikale Kooperation

Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe und Determinanten für das Zusammenwirken von Bund und Ländern entsprechen denen, die eingangs als normative Basis des Entflechtungsziels angegeben wurden. Im Mittelpunkt steht somit der Grundsatz der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern, dessen Basis die Art. 30 und 83 ff. GG bilden, hinzu kommen das Rechtsstaats- und das Demokratieprinzip, wie das BVerfG erst kürzlich in der Hartz IV-Entscheidung (konkret im Hinblick auf eine gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung der Bund-Länder-Kooperation) bestätigt hat.³¹

aa) Gemeinsames Basis-Tatbestandsmerkmal der durch Art. 83–85 GG eingeführten Verwaltungstypen nebst Ingerenzbefugnissen des Bundes bildet freilich das Erfordernis der „Ausführung von Bundesgesetzen“. Darunter ist die „vollzugstypische Konkretisierungsaufgabe“³² zu verstehen. Erfasst ist mithin nur die gesetzesausführende Verwaltung, nicht auch diejenige Verwaltungstätigkeit, die frei von gesetzlicher Determinierung lediglich zur Beachtung der allgemeinen Gesetze verpflichtet ist. Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation in den Feldern der Bedarfsdeckungs- und Bestandspflegeverwaltung unterfallen nach allgemeiner Auffassung ebenso wenig dem Anwendungsbereich der Art. 83–85 GG wie die Erscheinungsformen der wirtschaftlichen Betätigung der beteiligten Verwaltungsträger, weil jeweils eben kein Vollzug materieller Gesetze vorliegt.³³ Dies gilt auch für Maßnahmen der Bestandspflege und Bedarfsdeckung im IT-Sektor, so dass nicht wenige der dort diskutierten Erscheinungsformen jedenfalls nicht am Maßstab der Art. 83–85 GG zu messen sind. Dies bedeutet, dass die dort enthaltenen detaillierten Aussagen zu den verschiedenen Verwaltungstypen beim Vollzug von Bundesgesetzen und den hierbei bestehenden Ingerenzbefugnissen nicht einschlägig sind. Der Grundsatz der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern wirkt insoweit daher abgeschwächt und Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation, die selbst nach den zu den Art. 83 ff. GG entwickelten Grundsätzen zulässig sind (anhand der sogleich zu nennenden Kriterien), sind es erst recht, wenn sie in den Bereich der nicht-gesetzesausführenden Verwaltung fallen.³⁴

31 BVerfG, Urt. v. 20.12.2007, a. a. O., Rdnr. 151 ff.

32 *Hermes*, G., in: Dreier, H. (Hg.): Grundgesetz: Kommentar, Band III, Tübingen, 2000, Art. 83, Rdnr. 31.

33 Vgl. *Ronellenfitsch*, M., a. a. O., 201; *Lerche*, P.: in: Maunz, Th./Dürig, G. (Fn. 22), Art. 83 Rdnr. 8.

34 Gleichsinnig *Lerche*, P., a. a. O., Rdnr. 86; ihm folgend *Eifert*, M.: *Electronic Government*, Baden-Baden, 2006, 402.

Konsequenz der Unanwendbarkeit der Art. 83–85 GG gegenüber der nicht-gesetzesausführenden Verwaltungstätigkeit ist der Rückgriff auf die allgemeinere Norm des Art. 30 GG.³⁵ Dieser besagt, dass die „Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben [...] Sache der Länder [ist], soweit dieses Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt.“ Er gilt konkret auch für die Bedarfsdeckung und Bestandspflege sowie für die wirtschaftliche Betätigung.³⁶ Was das für die Beurteilung von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation bedeutet, ist (wie so vieles in diesem Bereich) ungeklärt. Fest steht, dass nicht nur die aus den Art. 83 ff. GG folgenden Anforderungen abgeschwächt sind, sondern auch die rechtsstaatlichen und demokratischen Determinanten. Was das Rechtsstaatsprinzip betrifft, so werden die ihm zu entnehmenden formellen Anforderungen an Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation (Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit) im Hinblick auf nicht-gesetzesausführende Verwaltungstätigkeiten nicht ausgelöst, weil es gesetzliche Normen, in denen widersprüchlicherweise Verwaltungszuständigkeiten festgelegt würden, in diesem Bereich ja gerade nicht gibt. Ähnlich fällt die Beurteilung im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Determinante des Gebots der demokratischen Legitimation aus. Zwar werden hiervon grundsätzlich auch Entscheidungen im Binnenbereich erfasst,³⁷ es ist aber zu berücksichtigen, dass es sich dabei um Gegenstände handelt, die von vornherein der Exekutive zugewiesen sind und einer parlamentsgesetzlichen Grundlage gerade entbehren.

bb) Nicht mit letzter Sicherheit geklärt ist bis heute, ob der Grundsatz der Trennung der Verwaltungsräume zur Folge hat, dass eine vertikale Kooperation nur bei Vorhandensein expliziter Kooperationsbestimmungen (wie etwa über die Amtshilfe oder Art. 91a und 91b GG) statthaft ist oder auch in anderen Fällen.³⁸ Der Rechtsprechung des BVerfG lässt sich ein solches Maß an Strenge nicht entnehmen. Daraus, dass dieses bereits im Jahre 1971 wörtlich festgestellt hat,

35 Etwas anderes gilt im Hinblick auf die durch Art. 87 GG der bundeseigenen Verwaltung zugewiesenen Gegenstände; diese Vorschrift erfasst nach h. A. auch die nicht-gesetzesausführende Verwaltungstätigkeit (vgl. nur Burgi, M., in: *Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C.*: *Föderalismusreform*, a. a. O., Art. 87 Rdnr. 11 m. w. N.).

36 Vgl. *Lerche, P.*, a. a. O., Rdnr. 42; *Erbguth, W.*, in: Sachs, M. (Hg.): *Grundgesetz: Kommentar*, 4. Aufl., München, 2007, Art. 30 Rdnr. 33.

37 BVerfGE 93, 37 ff., hier 68 f.

38 So interpretiert etwa *Isensee, J.*, a. a. O., § 98 Rdnr. 181 f., die Rechtsprechungslinie des BVerfG bis 1983 (bis zu BVerfGE 63, 1 ff.) im erstgenannten Sinne, konstatiert dann allerdings, dass das BVerfG mit dieser Entscheidung „einen föderativen Damm“ niedergelassen habe; *Schnapp, F. E.*, a. a. O., 252 f. hat jüngst festgestellt, dass im Konfliktfall der Bund dartun müsse, dass ihm eine Verwaltungskompetenz vom Grundgesetz eindeutig zugewiesen ist.

dass „in einzelnen Fällen“ zusätzliche Formen der Mischverwaltung denkbar seien,³⁹ und in der besonders ausführlichen Entscheidung aus dem Jahre 1983 dies dahingehend konkretisiert hat, dass „die Verwaltungsaufgaben von Bund und Ländern nicht starr voneinander geschieden sind“,⁴⁰ lässt sich mit größerer Treffsicherheit ableiten, dass auch außerhalb der expliziten Kooperationsbestimmungen – bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen – ungeachtet des Grundsatzes der Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation statthaft sein können. Auf dieser Linie ist das BVerfG auch in der Hartz IV-Entscheidung geblieben, in der es überdies⁴¹ zwei Kriterien bestätigt hat, bei deren Vorliegen eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes möglich sei (dazu sogleich).⁴² Letzten Endes dürfte es darauf ankommen, ob durch das zu beurteilende Zusammenwirken von Bund und Ländern die Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 30, 83 ff. GG angetastet werden.⁴³ Diese Prüfung ist freilich mit erheblichen Unsicherheiten behaftet und ermöglicht es jederzeit Kritikern des betreffenden Kooperationsvorhabens, das angebliche Verbot der Mischverwaltung ins Felde zu führen.

3. Wirkliche und vermeintliche (vergaberechtliche) Defizite

a) Rechtsunsicherheit

Wie bereits erwähnt, hat das BVerfG in zwei der soeben zitierten Entscheidungen⁴⁴ den Kreis der Kriterien zur Beurteilung der Kompetenzgemäßheit von Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation umschrieben. Das erste Kriterium kann „Vorliegen einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie“ genannt werden, während das zweite Kriterium im Erfordernis eines „besonderen sachlichen Grundes“ besteht. Unklarheit besteht über die nähere inhaltliche Bestimmung dieser beiden Kriterien, vor allem im Hinblick auf das zweite Kriterium: Genügt bereits ein einzelner verwaltungspraktischer oder -ökonomischer Grund? Bedarf

39 BVerfGE 32, 145 ff., hier 154.

40 BVerfGE 63, 1 ff., hier 39 f.

41 Dies bereits in ebd., 39 f.

42 BVerfG, Urt. v. 20. 12. 2007, a. a. O., Rdnr. 151 ff.; vgl. ferner *Ronellenfitsch, M.*, a. a. O., 250.

43 In diese Richtung auch *Lerche, P.*, a. a. O., Rdnr. 90 ff.; *Eifert, M.*, a. a. O., 398 und zuletzt *Hummel, L.*: Länderkooperationen bei Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen für Ausländer, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 123/2 (2008), 84–93, hier 87.

44 BVerfGE 63, 1 ff., hier 41; BVerfG, Urt. v. 20. 12. 2007, a. a. O., Rdnr. 159.

es einer Zusammenstellung sämtlicher aufgaben- und situationsbezogener Topoi?⁴⁵ Und vor allem: Greifen sie zur Rechtfertigung jedweder Form der vertikalen Kooperation ein oder von vornherein nur gegenüber bestimmten Erscheinungsformen? Die sich hieraus ergebenden Rechtsunsicherheiten können sich im Einzelfall je nach bestehender politischer Großwetterlage dahingehend auswirken, dass an sich statthafte Vorgaben unterbleiben oder jedenfalls verzögert werden. Zahlreiche Beispiele hierfür finden sich (nicht nur) im Bereich des Aufbaus der IT-Strukturen. Sie sind insbesondere durch den Sachverständigen *Kammer*⁴⁶ in seiner Stellungnahme benannt worden. Dieser Bereich ist bis heute durch zahlreiche Insellösungen geprägt, wohingegen Kooperation auf einer primär rahmensetzenden, voroperativen Ebene stattfindet. Die teilweise in der Praxis (und auch im Schrifttum⁴⁷) empfohlene Wahl der Privatrechtsformen für bestimmte Erscheinungsformen der vertikalen Kooperation bildet keinen Ausweg, sondern stellt eine unstatthafte Umgehungsstrategie dar, da die verfassungsrechtlichen Maßstäbe der Art. 30, 83 ff. GG auch bei einer Wahl des privatrechtlichen Organisationsrechts-Regimes gelten.⁴⁸

b) Flucht in die Hochzonung und fortlaufende Befeuern der unfruchtbaren Diskussion um eine Länderneugliederung

Die bestehende Rechtsunsicherheit bei gleichzeitiger Zunahme des Kooperationsbedarfs dürfte mehr und mehr dazu führen, dass von Seiten des Bundes Hochzonungswünsche nicht nur formuliert (wie bereits im Rahmen der gegenwärtigen Reformdiskussion), sondern auch realisiert werden, beispielsweise auf der durchaus ihrerseits rechtsunsicheren Basis einer Kompetenz „kraft Natur der Sache“. Nun ist die Begründung ungeschriebener Kompetenzen unter dem Grundgesetz trotz des Wortlauts der Art. 30, 83 ff. GG zwar nicht *per se* ausge-

45 In diese Richtung *Lerche, P.*, a. a. O., Rdnr. 93 ff.; *Trute, H. H.*, a. a. O., Rdnr. 37 ff.

46 *Kammer, M.*: Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am Donnerstag, dem 8. November 2007, K-Drs. 063 vom 15. 10. 2007, 51 ff.; vgl. ferner *Hesse, J. J.*: Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigen-Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen – Verwaltungsthemen –, K-Drs. 078 vom 24. 10. 2007, 44.

47 Vgl. die Stellungnahme des Sachverständigen *Schneider, H.-P.*: Selbstbestimmungsföderalismus statt Mitbestimmungsföderalismus, K-Drs. 079, Oktober 2007, 19: „Sinnvoll ist hier eigentlich nur eine gemeinsame Einrichtung, die jedenfalls nach geltendem Verfassungsrecht wegen des Verbots der Mischverwaltung nicht in öffentlich-rechtlicher Organisationsform [...] errichtet werden kann. [...] Daher empfiehlt sich die Gründung einer IT-GmbH, an der Bund, Länder und Gemeinden als Alleingesellschafter beteiligt sind.“

48 Explizit *Groß, T.*, in: Friauf, K. H./Burgi, M. (Hg.): Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Berlin, Stand 3. Ergänzungslieferung 2001, Art. 83 Rdnr. 33.

geschlossen.⁴⁹ Ein derartiger Vorbehalt zugunsten des Bundes kann aber nach ganz allgemeiner Auffassung nur in äußerst engen Grenzen und nur subsidiär angenommen werden. Es ist anerkannt, dass dann, wenn die notwendige Einheitlichkeit durch kooperatives Verhalten untereinander hergestellt werden kann, die Annahme einer Kompetenz kraft Natur der Sache wenn nicht ausscheidet, so doch noch einmal erschwert ist.⁵⁰ In einer derartigen Situation beißt sich die Katze gleichsam in den Schwanz: Vertikale Kooperationen sind wegen bestehender Rechtsunsicherheit kaum möglich, die daraus abgeleitete Flucht in die Hochzonung ist verfassungsrechtlich noch problematischer und die föderalen Maßstäbe, die im Interesse der Länder zugunsten eines strengen Umgangs mit vertikalen Kooperationen ins Felde geführt werden, schlagen letzten Endes zu deren Lasten zu Buche. Würde sich der Bund gar mit Vorschlägen zur Schaffung neuer Verwaltungskompetenztitel im Grundgesetz (etwa in Gestalt eines Art. 91c Abs. 2 GG zur Realisierung einer technischen Netz-Infrastruktur in Gestalt eines sog. Koppelnetzes) durchsetzen, hätten die Länder letzten Endes die Zurückhaltung gegenüber Kooperationen mit dem völligen Verlust der betroffenen Kompetenzen zu bezahlen.

Wie vereinzelt zutreffend geltend gemacht wurde,⁵¹ würde eine verstärkte Kooperation zwischen den Ländern, aber auch zwischen den Ländern und dem Bund nicht zuletzt ein wirksames Gegenmittel gegen die Länderneugliederung darstellen, welche in der Staatspraxis aus politischen Gründen ohnehin nur eine überaus geringe Realisierungschance besitzt. Die Autonomie der Länder würde durch die Mitgestaltungsmöglichkeit im Rahmen einer Kooperation stärker geschützt als durch die Mitwirkungsmöglichkeiten im Bundesrat bei einer bundesgesetzlichen Regelung. Insbesondere kleinere Länder (die sich im Unterschied zu den großen auch häufiger für eine Kooperation entscheiden dürften) könnten hiervon in erheblichem Maße profitieren.

49 Vgl. *Erbguth, W.* bzw. *Degenhart, C.*, in: Sachs, M. (Hg.): Grundgesetz: Kommentar, 4. Aufl., München, 2007, Art. 30 Rdnr. 38 f., bzw. Art. 70 Rdnr. 29 ff.; ausführlich ferner *Trute, H.H.*, a. a. O., Art. 83 Rdnr. 79 ff.

50 Vgl. *Trute, H.H.*, a. a. O., Art. 83 Rdnr. 83; *Dittmann, A.*, in: Sachs, M. (Hg.): Grundgesetz: Kommentar, 4. Aufl., München, 2007, Art. 83 Rdnr. 17.

51 Vgl. *Wieland, J.*, a. a. O., 9; *Hill, H.*: Stellungnahme zum Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am Donnerstag, dem 8. November 2007, K-Drs. 064 vom 16. 10. 2007, 11.

c) Zur Bedeutung des Vergaberechts

Schenkt man den im Zuge der Diskussion um die Föderalismusreform II verlautbarten Stellungnahmen von verschiedenen Seiten Glauben, dann soll das Vergaberecht der zentrale Faktor zugunsten einer Aufnahme von Bestimmungen über die Kooperation im Bundesstaat in das Grundgesetz sein.⁵² Umgekehrt wird teilweise deswegen von einer Grundgesetzänderung abgeraten, weil das „Interesse an der Umgehung des immerhin Transparenz und Wettbewerb gewährleistenenden Vergaberechts (nicht) auch noch verfassungsrechtlich abgesichert werden sollte“⁵³. Bei nüchterner Betrachtung stellt sich heraus, dass das europäische Vergaberecht zwar eine gewisse Vorzugswürdigkeit kooperativer Lösungen in Gestalt des Zusammenwirkens in gemeinschaftlichen Einrichtungen indiziert, mithin als weiterer Faktor des wachsenden Bedarfs für vertikale Kooperationen anzusehen ist, dass aber eine Änderung des Grundgesetzes nicht die Vermeidung etwaigenfalls bestehender Anforderungen des europäischen Vergaberechts bewirken könnte.

Unter die europäischen Vergaberechtsregeln können unbestrittenermaßen nur entgeltliche Verträge zwischen einem Auftraggeber und einem zu Dienstleistungen verpflichteten Auftragnehmer fallen (so die dies noch deutlicher formulierende nationale Umsetzungsvorschrift des § 99 Abs. 1 GWB). Nicht erfasst ist die Gründung gemeinschaftlicher Organisationseinheiten und auch nicht die Inanspruchnahme von Organisationseinheiten, zu deren Trägern (bei öffentlich-rechtlicher 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 diese in erheblichem Umfang auch Dienstleistungen für Stellen außerhalb des Kreises ihrer Träger bzw. Eigentümer erbringen soll.⁵⁴ Rechtsprechung gibt es bislang nur zu den verschiedenen Formen der kommunalen Zu-

52 Besonders deutlich *Kammer, M.*, a. a. O., 71 ff.

53 Antwort des Sachverständigen *Peter M. Huber* auf die schriftlich gestellte Frage des Deutschen Landkreistages, *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: Komm.-Prot. 08 vom 08. 11. 2007, 269.

54 Auswertung der Dokumentation des gegenwärtigen Standes der Rechtsprechung des EuGH bei *Burgi, M.*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, Gutachten zum 67. DJT, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, München, 2008, Band I, D II 3, i. E.

sammenarbeit,⁵⁵ wobei mittlerweile die soeben referierte Einschätzung, dass die Gründung und die Beschaffung bei eigenem gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtungen ausgenommen ist, bestätigt wurde.⁵⁶ 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.⁵⁷ Wertet man verschiedene Stellungnahmen der EU-Kommission in jüngerer Zeit aus und nimmt man den sog. *Weiler*-Bericht des Europäischen Parlaments hinzu,⁵⁸ 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. Zu den Kooperationen ohne gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung (ähnlich der aus dem Kommunalrecht bekannten Delegation oder der Mandatierung) gibt es freilich noch keine entsprechend belastbare europäische Linie.

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 mit dem Vertrag von Lissabon Ende 2007 verabschiedete „Protokoll zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse“ erfahren. Darin wird in Art. 1 der „weite Ermessensspielraum der nationalen lokalen Behörden“ hinsichtlich jener Dienste betont. Auf nationaler Ebene ist in erster Linie der für die Verwaltungsorganisation zuständige Gesetzgeber gefordert. Da die Interpretation der primärrechtlichen Vorgaben, wie andernorts gezeigt, ergibt, dass diejenigen Formen der Verwaltungszusammenarbeit, die auf der Grundlage von Organisationsgesetzen beruhen und ohne Beteiligung Privater stattfinden,

55 Beginnend mit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.05.2004, VII-Verg 78-03, abgedruckt in: *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 5/7 (2004), 398–400.

56 Durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.06.2006, abgedruckt in: *Vergaberecht*, 6 (2006), 777 ff.

57 Die Einzelheiten sind ausführlich dargelegt bei *Burgi, M.*: Vergabe- und Wettbewerbsrecht als zusätzliche Maßstäbe für Verwaltungszusammenarbeit, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 21/2 (2006), 189–204.

58 *Europäisches Parlament*: Bericht über öffentlich-private Partnerschaften und die gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für das öffentliche Beschaffungswesen und Konzessionen, Berichterstatterin Barbara Weiler, A6-0363/2006 vom 16.10.2006.

jenseits des Vergaberechts liegen,⁵⁹ 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. Die Ebene des einfachen Gesetzes wäre für solche Regelungen aber hinreichend, weil es für die Frage der Vereinbarkeit mit dem europäischen Rechtsrahmen 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. Kooperationen, die in Tätigkeiten (etwa einer neu geschaffenen gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtung) münden, welche mit der „Ausübung öffentlicher Gewalt“ verbunden sind, sind überdies bereits wegen Art. 45 EGV (der kompetenziellen Basis des EU-Sekundärvergaberechts) als vergaberechtsfrei anzusehen.⁶⁰

III. Skizze des zu schaffenden Verfassungsrahmens

1. Inhalte

Wie der Titel dieses Abschnitts bereits andeutet, sollte eine in das Grundgesetz aufzunehmende Bestimmung für die horizontale und für die vertikale Kooperation (ggf. in Gestalt von je einem Artikel) den Rahmencharakter der Verfassung wahren, also nicht bis ins Detail sämtliche organisatorischen Gestaltungen determinieren. Gerade im organisatorischen Kontext sind Spielräume erforderlich, um auf die im Laufe von Jahren wechselnden aufgabenbezogenen Gegebenheiten reagieren zu können. Auch das BVerfG hat in seiner Entscheidung aus dem Jahre 1963 betont, dass bei der „organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung ein weiter Spielraum“ bestehe.⁶¹ Dies zielt in der Sache darauf ab, dass nicht die gleichen Maßstäbe an Dichte und Präzision der verfassungsrechtlichen Vorgaben

59 Im Unterschied zu schlichten Beschaffungsverträgen, die von den beteiligten Verwaltungsträgern gar nicht als zuständigkeitsverschiebende Maßnahmen konzipiert worden sind, wie etwa der gegenwärtig im Mittelpunkt eines EU-Vertragsverletzungsverfahrens stehende Softwarewartungsvertrag zwischen der Datenzentrale Baden-Württemberg und der kommunalen Datenverarbeitung in Bayern (mitgeteilt in *Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*, 8/9 (2007), VIII f.

60 Näher hierzu mit zahlreichen Nachweisen *Burgi, M.*: Die Beleihung als kartellvergaberechtlicher Ausnahmebestand (am Beispiel des Subventionsmittlers nach § 44 III BHO), in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 26/4 (2007), 383–388.

61 BVerfGE 63, 1 ff., hier 34.

angelegt werden können wie etwa bei den das Staat-Bürger-Verhältnis reglementierenden Verfassungsvorgaben. In der Hartz IV-Entscheidung wurde dies ausdrücklich bestätigt und festgestellt, dass die öffentliche Gewalt „in ihrem Streben nach angemessenen Antworten auf neue staatliche Herausforderungen nicht durch eine zu strikte Trennung der Verwaltungsräume gebunden“ werden dürfe. Mit einer Rahmenregelung könnte der bislang infolge der bestehenden Rechtsunsicherheit brachliegenden Kreativität der jeweils in Ansehung der konkreten Aufgabe und der konkreten Umstände vor Ort herausgeforderten Akteure Raum gegeben werden.

Die zu treffenden Bestimmungen sollten sodann nicht lediglich sektoral, auch nicht bezüglich des gegenwärtig besonders im Fokus des Interesses stehenden IT-Sektors, gefasst werden, sondern aufgabenübergreifend einsetzbar sein.⁶² Hinsichtlich der vertikalen Kooperationen könnte aber eine Pflicht zur Benennung aufgabenbezogener Gründe (i.S.d. bislang in der Rechtsprechung anerkannten zweiten Kriteriums) aufgenommen werden. Überhaupt sollte inhaltliche Leitschnur nicht der revolutionäre Ausbau von vertikalen und horizontalen Kooperationen, sondern die behutsame Weiterentwicklung der bisher anerkannten Grundsätze im Interesse größerer Rechtssicherheit sein.

Eine weitere mögliche Beschränkung eines übermäßig ausufernden Gebrauchmachens von den durch eine Grundgesetzänderung eröffneten Optionen könnte darin bestehen, insbesondere vertikale Kooperationen nur für Dienstleistungen unterstützenden bzw. operativen Charakters und nicht auch für Tätigkeiten, die mit dem Erlass von Verwaltungsakten gegenüber den Bürgern verbunden sind, zu schaffen. Der besonders vordringliche, ökonomisch wie politisch aber zumeist vollkommen unterschätzte Bereich der Beschaffung, der Bedarfsdeckung und der Bestandspflege einschließlich zahlreicher IT-bezogener Tätigkeiten bekäme dadurch eine Perspektive, ohne dass die das Rechtsstaats- und Demokratieprinzip besonders herausfordernden unmittelbar gesetzesausführenden Tätigkeiten betroffen wären.

Sinnvoll wäre die typisierende Vorgabe einzelner Erscheinungsformen, insbesondere der intensivsten Erscheinungsform einer (vertikalen) Kooperation in Gestalt der gemeinschaftlichen Verwaltungseinrichtungen im oben genannten Sinne. Im Interesse möglichst sach-, und das heißt aufgabenbezogener organisa-

62 So auch schon *Burgi, M.*: Stellungnahme zur Öffentlichen Anhörung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 8. November 2007 – Verwaltungsthemen –, K-Drs. 072 vom 18.10.2007, 18 f.; anders u. a. *Schneider, H.-P.*, a. a. O., 23.

torischer Gestaltungen im Einzelfall sollte aber von der Festlegung auf bestimmte Rechtsformen (des öffentlichen oder des privaten Rechts) abgesehen werden. Der teilweise diskutierte Vorschlag der Ermöglichung eines „Verwaltungsverbands“ (parallel zu dem im Bereich der interkommunalen Zusammenarbeit anerkannten Zweckverband) würde eine jedenfalls aus föderalen Gesichtspunkten nicht gebotene Reduzierung des organisatorischen Spielraums bewirken. Die gegen die Verwendung der Privatrechtsform möglicherweise bestehenden demokratierechtlichen Vorbehalte (insbesondere unter dem Aspekt der schwierigeren Steuerung privatrechtsförmiger Einheiten) sollten nicht auf dem Rücken der Kooperationen ausgetragen werden; die hier im Laufe der Jahre entwickelten Mechanismen des sog. Gewährleistungsverwaltungsrechts⁶³ erscheinen insoweit hinreichend.

Geregelt werden sollte schließlich (wiederum freilich nur in den Grundzügen) das Verfahren des Abschlusses von Staatsverträgen bzw. Verwaltungsabkommen mit dem Ziel der Beschleunigung bei frühzeitiger Beteiligung der Landesparlamente. Leitschnur hierbei sollte sein, die Grundentscheidung über das Ob und den Umfang einer Kooperation möglichst fundiert durch das demokratisch am besten legitimierte Organ treffen zu lassen, dafür aber die im Alltag des kooperativen Zusammenwirkens erforderlichen zahlreichen Einzelentscheidungen auch nach dem Mehrheitsprinzip zu ermöglichen.⁶⁴ Dadurch würde schließlich auch ein Beitrag zur Verbesserung der Transparenz des Kooperationswesens geleistet.⁶⁵

2. Konsequenzen für die Kommunen

Die teilweise aus dem kommunalen Bereich geäußerten Vorbehalte gegenüber einer Konstitutionalisierung vertikaler bzw. horizontaler Kooperationen sind nachvollziehbar,⁶⁶ weil jedenfalls einige der diskutierten Aufgaben den Kommunen zugewiesen sind und auch die Unterstützungs- bzw. operativen Leistungen mit Sachaufgaben verknüpft sind, was die Befürchtung hervorrufen muss, dass

63 Vgl. zuletzt *Burgi, M.*: Privatisierung öffentlicher Aufgaben, a. a. O., E II u. III.

64 Zu den diesbezüglich wichtigen Aspekten vgl. *Callies, C.*: Stellungnahme als Sachverständiger im Rahmen der öffentlichen Anhörung der Föderalismuskommission II am 8. November 2007, K-Drs. 066 vom 15. 10. 2007, 36; *Huber, P.M.*: Stellungnahme, a. a. O., 24; *Pieroth, B.*, a. a. O., 22.

65 Vgl. auch *Schneider, J.*, a. a. O., 23.

66 Vgl. etwa *Henneke, H.-G.*: Vom Europäischen Binnenmarkt bis zur Euro-Einführung: (Gremien-)Arbeit des Deutschen Landkreistages im wiedervereinten Deutschland, 2. Folge, in: *Der Landkreis*, 77/1 (2007), 13 ff., hier 14.

aufgabenbedingte Verknüpfungen missachtet werden bzw. der Zugriff namentlich auf die IT-Aufgaben als Hintertür zum Eindringen in die jeweils mitbetroffenen Sachaufgaben missbraucht wird. Hinzu kommt, dass viele der operativen Tätigkeiten bislang als Bestandteil der Organisationshoheit angesehen werden, die bei zahlreichen Aufgaben in den Händen der Kommunen liegt. Kooperationen zwischen Bund und Ländern in diesem Bereich bergen (würden sie ohne Einbeziehung der Kommunen durchgeführt) somit die Gefahr einer Nivellierung der Organisationshoheit, womöglich bei gleichzeitiger Folgeverantwortung für Technik und insbesondere Finanzierung vor Ort. Auch die teilweise zu lesende Einschätzung, dass im IT-Bereich automatisch, d. h. ohne konkrete Begründung bezüglich der einzelnen Teilaufgabe, zentrale Lösungen überlegen sein sollten, widersprüche jedenfalls den dem föderalen Gesamtsystem der Bundesrepublik zugrundeliegenden Überzeugungen. Unproblematisch (aus der Sicht der Kommunen) scheint eine Konstitutionalisierung der Kooperation im Bundesstaat immerhin bei Landesaufgaben, in deren Wahrnehmung die Kommunen nicht eingeschaltet sind (beispielsweise Landes-Verwaltungsnetz, Beschaffungswesen für den Landesbedarf, Landesamt für Statistik etc.).

Aber auch in den übrigen Fällen ist den skizzierten Befürchtungen mit der Feststellung entgegenzutreten, dass die hier vorgeschlagene Verfassungsregelung über vertikale und horizontale Kooperationen nicht auf Zwang, sondern auf jeweils individueller Vereinbarung beruhen soll. Das Wesen einer Kooperation liegt gerade in der Freiwilligkeit ihrer Entstehung und Fortführung. Es ist bedauerlich, dass insbesondere das Thema „gemeinschaftliche Verwaltungseinrichtung“ durch die Arbeitsgemeinschaften im Vollzug der Hartz IV-Gesetze als Zwangseinrichtungen zwischen Bund und Kommunen quasi verfassungsrechtlich diskreditiert worden ist. Das, worum es nun und im Zusammenhang des vorliegenden Beitrags geht, soll keine Zwangseinrichtung sein, sondern ein Rechtsrahmen zur Ermöglichung freiwilliger Kooperationen. Für die Kommunen bedeutet dies, dass sie entweder vermittelt des jeweiligen Landes oder auch unmittelbar Teilhaber der Kooperation werden können. Im Verhältnis zum Land ändert sich nichts an den allgemeinen finanzverfassungsrechtlichen Parametern einschließlich des Konnexitätsprinzips. Typischerweise würden freilich sämtliche finanziellen Aspekte in der jeweiligen Kooperationsvereinbarung geklärt. Die teilweise zu Recht geäußerten Befürchtungen gegenüber organisatorischen Reformen im IT-Bereich vermögen somit die etwaige Schaffung verfassungsrechtlicher Grundlagen für die vertikale und die horizontale Kooperation nicht zu treffen.

3. Die Grenze des Art. 79 Abs. 3 GG

Die dem verfassungsändernden Gesetzgeber durch Art. 79 Abs. 3 GG gezogene Grenze der Unantastbarkeit der „Gliederung des Bundes in Länder“ sowie des in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Bundesstaatsprinzips würde durch Regelungen des hier vorgeschlagenen Inhalts bei weitem nicht erreicht. Wegen der zahlreichen Einschränkungen käme es weder zu einer Selbstpreisgabe der Länder⁶⁷ noch würde eine zwischen Bund und Ländern liegende „dritte Ebene“ etabliert. Angesichts des Erfordernisses einvernehmlicher Mitwirkung und der zusätzlichen Akzentuierung der Grundentscheidungen über das Ob würde auch nicht das eigenverantwortliche Handeln der beteiligten Verwaltungsträger dauerhaft verunmöglicht.⁶⁸

IV. Zukunftsfähigkeit durch Ehrlichkeit und Rechtssicherheit

Mit der Föderalismusreform sollte je eine Regelung für horizontale und für vertikale Kooperationen in das Grundgesetz aufgenommen werden. Dies würde einem wachsenden Bedarf Rechnung tragen, Fluchtstrategien und Hochzoningversuchen entgegenzuwirken und u. U. auch die unrealistische Diskussion um die Länderneugliederung beenden. Die Rechtssicherheit würde deutlich erhöht, das Fortbestehen wichtiger Entflechtungsziele und die Garantie der kommunalen Selbstverwaltung würden nicht gefährdet.

67 Vgl. *Rudolf, W.*, a. a. O., Rdnr. 80.

68 Vgl. zu diesem Erfordernis *Sommermann, K.-P.*, in: Mangoldt, H. v./Klein, F./Starck, C. (Hg.): Föderalismusreform, a. a. O., Art. 20 Rdnr. 49.