

Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz

von Utz Schliesky

Im Rahmen der derzeit laufenden Beratungen zur sog. „Föderalismusreform II“ wird intensiv über eine mögliche Anpassung des Grundgesetzes mit Blick auf die Anwendung der Informationstechnologie in Staat und Verwaltung diskutiert. Die Möglichkeiten eines „eGovernment“ stellen die hergebrachten verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätze administrativer Zuständigkeit und des Verwaltungsverfahrens in Frage. Betroffen sind vor allem Fragen der Sicherheit, der Struktur der Netze, der Standardisierung sowie der Kooperation zwischen den Gebietskörperschaften im Bundesstaat. Der vorliegende Beitrag diskutiert die mit diesen Aspekten verbundenen Probleme und Handlungsoptionen und plädiert für eine Aufnahme IT-bezogener Regelungen in das Grundgesetz.

In the context of the ongoing second stage in reforming German federalism, a possible modification of the Basic Law with regard to IT-application in government and public administration is being discussed intensely. The options for and possibilities of e-government question the traditional principles of competences and procedures in constitutional and administrative law. This concerns especially aspects of security, the structure of networks, a further standardisation and enhanced co-operation within the federal state. This contribution argues in favour of the introduction of IT-related provisions into the Basic Law.

I. Ausgangslage und Sachstand

Abseits der Bemühungen um eine Reform der Finanzverfassung wird im Rahmen der „Föderalismusreform II“ intensiv an den sog. Verwaltungsthemen gearbeitet. Dieser sog. „Korb 2“ beinhaltete zunächst eine kaum noch überschaubare Vielzahl von Bereichen,¹ die sich im Laufe der Zeit aber auf einige wenige Themen reduziert haben. Im Mittelpunkt der Erörterungen steht derzeit die Frage, ob und vor allem in welcher Gestalt Regelungen zu Fragen der Informationstechnologie (IT) sowie zu der Kooperation von Bund und Ländern in diesem Bereich in die Verfassung aufgenommen werden sollen.

- 1 S. dazu nur *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.

1. Ausgangslage

Die verfassungsrechtliche Ausgangslage ist einfach zu beschreiben: Regelungen zur Informations- und Kommunikationstechnologie sucht man im Grundgesetz vergebens. Bei einer Verfassung aus dem Jahre 1949 verwundert dies nicht, da es seinerzeit die heutigen Möglichkeiten der IT schlicht und ergreifend nicht gab, diese noch nicht einmal vorstellbar waren. Selbst wenn man den ursprünglich gewollten Charakter eines Provisoriums,² der allenfalls mit der Verfassungsreform 1994 hin zu einer zukunftsgerichteten Grundordnung gewandelt wurde, in Rechnung stellt, so erweist sich gerade am Beispiel der IT die Zeitbedingtheit einer Verfassung.³

Für die Erfassung der Ausgangslage ist zudem ein weiterer Aspekt maßgebend: Auch das im Grundgesetz erkennbare Leitbild von der öffentlichen Verwaltung bedarf angesichts heutiger Verwaltungsrealitäten und erst recht der Möglichkeiten einer IT-gestützten Verwaltung der Hinterfragung. Das Grundgesetz geht schon ausweislich des Wortlauts von der „vollziehenden Gewalt“⁴ und damit von einer vor allem Gesetze ausführenden Verwaltung aus. Der Einsatz von IT und insbesondere der Umbau der Verwaltungsorganisation mit Hilfe von IT passt aber nur bedingt zu diesem Leitbild. Denn die unter dem Begriff „eGovernment“ zusammengefasste elektronische Abwicklung von Verwaltungsvorgängen unter Einschluss von Veränderungen der Verwaltungsorganisationen und des Verwaltungsverfahrens erfolgt regelmäßig gerade nicht auf rechtlicher Grundlage.⁵ Man mag insoweit noch von Verfassungswandel⁶ sprechen, der den verfassungsrechtlichen Institutionen einen an gesellschaftlichen Realitäten ausgerichteten zeitgemäßen Inhalt gibt, doch sind die schon vorhandenen Änderungen so gravierend, dass eine derartige Erklärung sowohl den Begriff des Verfassungswandels als auch insbesondere die verfassungsrechtlichen Fundamente überdehnen würde.

2 S. Präambel a.F. und Art. 23 GG a.F., Art. 146 GG a.F., die allesamt von dem vorübergehenden Charakter des bewusst nicht als Verfassung bezeichnenden Grundgesetzes ausgingen und erst nach der erfolgten Wiedervereinigung im Zuge der Verfassungsreform 1994 den provisorischen Charakter abgelegt haben.

3 Nachträglich aufgenommene Sachmaterien wie Kernenergie, Luftverkehrsverwaltung, Telekommunikation oder privatwirtschaftlich geführte Eisenbahnen belegen den Anpassungsbedarf an gewandelte gesellschaftliche und wirtschaftliche Verhältnisse.

4 Art. 1 Abs. 3, Art. 20 Abs. 3, Art. 83 ff. GG.

5 Zu einer entsprechenden Forderung *Schliesky, U.*: Regelungsbedarf für elektronische Verwaltungsstrukturen, in: Henneke, H.-G. (Hg.): *Kommunale Verwaltungsstrukturen der Zukunft*, Stuttgart u. a., 2006, 59–77.

6 Zu diesem Argumentationstopos näher *Schliesky, U.*: *Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt*, Tübingen, 2004, 455 ff.

Denn – ohne dies hier vertiefen zu können⁷ – die Möglichkeiten der IT im Rahmen der Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben sind letztlich Generalangriffe auf die verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Fundamente in Gestalt von (sachlicher und örtlicher) Zuständigkeit sowie Verwaltungsverfahren. Und Zuständigkeit und Verfahren sind keineswegs – wie manche IT-Fachleute und Unternehmensberater glauben machen wollen – lästige Relikte einer untergehenden Epoche, sondern verfassungsrechtliche Fundamentalinstitute, um rechtsstaatliche Verantwortung und demokratische Legitimation zu sichern.⁸ Würde man die Möglichkeiten des IT-Einsatzes in der öffentlichen Verwaltung konsequent zu Ende denken, so drohte die Auflösung von rechtstaatlicher Verantwortung und demokratischer Legitimation in „vernetzter Beliebigkeit“⁹. Schließlich ist noch eine dritte Entwicklungslinie in den Blick zu nehmen, die ebenfalls durch die Möglichkeiten der IT forciert wird, aber auch unabhängig davon zu beobachten ist: Die Arbeitsteiligkeit, die in Wirtschaft und Gesellschaft schon längst Realität ist, erreicht nun in verstärktem Maße die Verwaltung. Dies hängt nicht nur mit der nach wie vor stark zunehmenden Spezialisierung und Ausdifferenzierung von Fähigkeiten und Fertigkeiten, sondern auch mit Effizienzüberlegungen und daraus resultierenden Organisationsvorschlägen wie einer Trennung zwischen *front office* und *back office* oder der Errichtung von sog. *shared-service*-Centern zusammen.¹⁰ Zudem etabliert sich auch in der Verwaltung zunehmend ein Prozessdenken, das als *Business Process Management* (BPM) einen wesentlichen Bestandteil des *New Public Management* (NPM) bildet, sowie – und hier schließt sich der Kreis – eine zentrale Voraussetzung für die Modellierung elektronischer Geschäftsprozesse darstellt. Bei aller Fragwürdigkeit einer unkritischen Transferrierung betriebswirtschaftlicher Lösungsmodelle in die Verwaltung¹¹ ist zumin-

7 Dazu *Eifert, M.*: Electronic Government, Baden-Baden, 2006, 177 ff.; *Schliesky, U.*: Virtuelle Verwaltung?, in: Meyer, H./Wallerath, M. (Hg.): Gemeinden und Kreise in der Region, Stuttgart u. a., 2004, S. 80–111, hier 88 ff.

8 Zu diesem Zusammenhang *Schliesky, U.*: Souveränität und Legitimität, a. a. O., 230 ff.; *ders.*: Virtuelle Verwaltung?, a. a. O., 101 ff.; *ders.*: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des E-Government, in: Die öffentliche Verwaltung, 57/19 (2004), 809–818.

9 *Ders.*: Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, in: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 23/11 (2003), 1322–1328.

10 Dazu statt vieler *Schulz, E.*: One-Stop Government, Kiel, 2007, 15 ff., 49 ff.; *Lietz, G.*: Shared Services – E-Government und Economies of Scale, in: Zechner, A. (Hg.): Handbuch E-Government, Stuttgart, 2007, 269–277.

11 Dazu *Gröpl, C.*: Ökonomisierung von Verwaltung und Verwaltungsrecht, in: Verwaltungsarchiv, 93/4 (2002), 459–484; *Schliesky, U.*: Der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit : vom Organisations- zum Verfahrensmaßstab, in: Deutsches Verwaltungsblatt, 122/23 (2007), 1453–1462; *ders.*, in: Verwaltungsarchiv, 99/3 (2008), i. E.

dest der Befund zunehmender Arbeitsteilung nicht zu leugnen. Und ohne hier eine Bewertung verschiedener Organisationsmodelle oder Verfahrensgestaltungen vornehmen zu können, so kann doch unter dem Blickwinkel einer Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der öffentlichen Verwaltung eine arbeitsteilige Erledigung von Verwaltungsaufgaben unter Einschluss der Bündelung gleichartiger Funktionen, mit deren Hilfe Skaleneffekte erzielt werden können, nur begrüßt werden.

Genau hier muss allerdings der Blick präzise auf die verfassungsrechtliche Ausgangslage gerichtet werden – und dieser Blick löst hinsichtlich der Vorstellungen von einer modernen Verwaltungswelt Erschütterung aus. Denn das Grundgesetz geht erkennbar von einem Trennprinzip bezüglich der Abschichtung von Kompetenzen und Verantwortungssphären aus. Dieses Aufgaben- und Kompetenzverständnis führt zu einem Grundsatz der vollständigen Aufgabenerledigung durch den jeweiligen Aufgabenträger selbst. Das Bundesverfassungsgericht hat dies jüngst in seiner sog. „Hartz IV“-Entscheidung zu der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II noch einmal deutlich herausgearbeitet:¹² Das Gericht postuliert zunächst ein grundsätzlich striktes Trennungsprinzip hinsichtlich der Verwaltungskompetenzen:

„Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt und können selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden. Zugewiesene Zuständigkeiten sind mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. Ausnahmen hiervon sind nur in seltenen Fällen und unter engen Voraussetzungen zulässig.“¹³

Aus einem derartigen Kompetenzverständnis leitet das Gericht nicht nur das sog. Verbot der Mischverwaltung ab,¹⁴ sondern formuliert auch einen Grundsatz der vollständigen Aufgabenerledigung durch den jeweils zuständigen Verwaltungsträger selbst:

„Der Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenznorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden sind, hat diese Aufgaben grundsätzlich durch

12 BVerfG, Urt. v. 20. 12. 2007, 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04, Abs. 183 ff.; dazu *Meyer, H.*: Das SGB II als Ernstfall des Föderalismus – BVerfG schützt sozialpolitischen Gestaltungsspielraum und föderale Eigenverantwortung, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 28/3 (2008), 275–278; *Waldhoff, C.*: „Hartz IV“ vor dem Bundesverfassungsgericht, in: *ZSE*, 6/1 (2008), 57–74.

13 BVerfG, a. a. O., Abs. 151.

14 BVerfG, a. a. O., Abs.-Nr. 153; vgl. ferner BVerfGE 63, 1 ff., hier 38 ff.; 108, 169 ff., hier 182; *Schulz, E.*, a. a. O., 116 ff.

eigene Verwaltungseinrichtungen, also mit eigenem Personal, eigenen Sachmitteln und eigener Organisation wahrzunehmen. [...] Von dem Gebot, die Aufgaben eigenverantwortlich wahrzunehmen, darf nur wegen eines besonderen sachlichen Grundes abgewichen werden.“¹⁵

Das Gericht macht schließlich nebenbei auch deutlich, dass IT-Fragen offenbar kein rechtfertigender Grund für Ausnahmen von den eben dargestellten Grundsätzen sein sollen.¹⁶

2. Sachstand

Am 15. Dezember 2006 haben Bundestag und Bundesrat mit gleich lautendem Beschluss eine gemeinsame Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen eingesetzt.¹⁷ Die Kommission soll

„Vorschläge zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen mit dem Ziel [erarbeiten], diese den veränderten Rahmenbedingungen innerhalb und außerhalb Deutschlands insbesondere für Wachstums- und Beschäftigungspolitik anzupassen. Die Vorschläge sollen dazu führen, die Eigenverantwortung der Gebietskörperschaften und ihre aufgabenadäquate Finanzausstattung zu stärken.“¹⁸

Für die Arbeit der Kommission wurde dem Einsetzungsbeschluss als Anlage eine offene Themensammlung beigelegt, die u. a. die Themenfelder „Aufgabenkritik und Standardsetzung“ sowie „Entbürokratisierung und Effizienzsteigerung“ enthält; bei letzterem Themenfeld wird als Behandlungsgegenstand ausdrücklich die „Einführung von IT-Standards und -systemen/Vereinfachung länderübergreifender Regelungen“ genannt.¹⁹ Diese Aufgabenstellung bildet die Grundlage für die intensive Diskussion der IT-Themen im Rahmen der Reformberatungen, die in verschiedenen Untergremien stattfand.

Die Chefs der Staatskanzleien (CdS) haben in ihrer Sitzung am 1. März 2007 beschlossen, dass die Themenblöcke in zwei länderoffenen Arbeitsgruppen abgearbeitet werden sollen. Federführend sind Berlin, Mecklenburg-Vorpommern, Schleswig-Holstein und Bayern. Darüber hinaus ist aufgrund der Komplexität der IT-Themen eine Unterarbeitsgruppe für die Einführung von IT-Standards

15 BVerfG, a. a. O., Abs. 159.

16 BVerfG, a. a. O., Abs. 180.

17 *Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode*: Einsetzung einer gemeinsamen Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, BT-Drs. 16/3885 vom 14. 12. 2006.

18 Ebd., 1.

19 Ebd., 3, Punkte 3. und 4.

und -Systemen gebildet worden, die der Arbeitsgruppe auf CdS-Ebene zuarbeiten soll. Ein Konsens auf konnte dabei allerdings nicht erzielt werden.

Zur Begleitung der Kommissionsarbeiten wurde am 11. Oktober 2007 die Einsetzung einer Arbeitsgruppe der B-Länder zu den Verwaltungsthemen beschlossen. In der konstituierenden Sitzung dieser Arbeitsgruppe (AG 3) am 9. November 2007 wurde die Einrichtung von Unterarbeitsgruppen vereinbart, die Lösungsvorschläge zu den Problemkreisen „Verstärkte horizontale und vertikale Verwaltungskooperation und Steuerung im IT-Bereich“ (UAG 1), „Abweichung von Standards in Leistungsgesetzen des Bundes“ (UAG 2) und „Benchmarking und sonstige Themen“ (UAG 3) erarbeitet haben. Die B-Länder sind sich im IT-Bereich nunmehr einig, dass man von „zwei Säulen“ ausgehen solle. Die erste Säule beinhaltet die Standardisierungsprobleme (Interoperabilität, Koppelnetz, IT-Sicherheit); dies entspricht im Wesentlichen dem von Schleswig-Holstein (SH) vorgeschlagenen Art. 37a GG. Die zweite Säule bezieht sich auf die Kooperationsproblematik der Länder untereinander und des Bundes mit den Ländern (Verwaltungsverband; der von SH vorgeschlagene Art. 37b GG); den Vorschlag eines Verwaltungsverbandes unterstützen bislang Hamburg, Schleswig-Holstein, die A-Länder und der Bund.

Bei den A-Ländern gibt es eine derartige Unterteilung in Arbeitsgruppen nicht. Bremen hat als federführendes A-Land ein Positionspapier in den Fachdiskurs 1 mit folgenden Lösungsansätzen eingebracht: Die A-Länder unterstützen die Forderung nach der Ermöglichung von Körperschaften öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit (Verwaltungsverbände) zwischen Ländern und Bund, denen Kommunen beitreten könnten.²⁰ Die A-Länder befürworten die Weiterentwicklung des TESTA-Netzes, an das gegenwärtig alle Ländernetze und auch der Bund angebunden sind, zu einer einheitlich verantworteten und betriebenen Kommunikationsinfrastruktur, in die alle Verwaltungen direkt eingebunden und alle Fachnetze integriert sind, ohne dass funktionierende Landesnetze in ihrem Bestand angetastet werden. Als Organisationslösung wird angestrebt, das Netz in gemeinsamer Verantwortung von Bund, Ländern und Kommunen zu planen und zu betreiben. Die A-Länder lehnen eine einseitige Steuerung durch den Bund ab. Zu klären ist noch, wie das weiterentwickelte TESTA-Netz finanziert werden könnte. Denkbar wäre die Finanzierung nach einem von Bund und Ländern gemeinsam ausgehandelten Schlüssel. Die A-Länder halten es für geboten, wo dies im informationstechnischen Bereich erforderlich ist, gemeinsame und verbindli-

20 Dazu unten II. 4.

che Standards zu schaffen bzw. vorrangig offengelegte und am Markt verfügbare Standards zu nutzen. Als möglicherweise größeres Problem als die Bund-Länder-Kommunen-Koordinierung wird dabei die Koordinierung zwischen den unterschiedlichen fachlichen Ebenen angesehen. Nach Auffassung der A-Länder müssen informationstechnische Standardisierungsprozesse der fachlich-technischen und nicht der politischen Logik unterworfen werden, weil die Verwaltung nur auf diese Weise mit der technologischen Entwicklung mithalten kann. Auch dürfe bei der Entwicklung von IT-Standards nicht zugunsten eines Mehrheitsprinzips vom Konsensprinzip abgewichen werden.

Für die von der Kommission zu bearbeitenden Aufgaben wurden darüber hinaus am 6. Dezember 2007 zu den Verwaltungsthemen sog. Fachdiskurse eingesetzt. Ihre Aufgabe ist es, Einzelthemen für die Kommissionssitzung aufzuarbeiten. Hierzu gehört die Darstellung von Sachständen und Positionen zu den Themenfeldern und deren Aufbereitung zu einem möglichst konzentrierten Bericht. Im einzelnen handelt es sich um folgende Fachdiskurse: Fachdiskurs 1 zu den Themen Verwaltungskooperation, *benchmarking*, IT und sonstiges; Fachdiskurs 2 zu den Themen Ausgabenautonomie, Standards – strukturell und sektoral –, Abweichungsrechte und Bandbreiten (Arbeit/Soziales, Justizthemen, sonstiges) und Fachdiskurs 3 zu einzelnen sektoralen Politikfeldern wie Steuerverwaltung, Verkehr und sonstiges. Federführend sind dabei jeweils ein Vertreter des Bundestages, der Bundesregierung und von zwei Ländern. Die Auftaktsitzung des für die IT-Themen relevanten Fachdiskurses 1 fand am 16. Januar 2008 statt.

Die bereits erwähnte „Hartz IV“-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts erging mitten während der Beratungen in den Arbeitsgruppen der Föderalismusreform II und hat diese nicht nur im Hinblick auf die Aufnahme eines neuen Themas für die Beratungen – in Gestalt der Frage nach einer neuen verfassungsrechtlichen Grundlage für die Organisationsform zur Abwicklung der Grundsicherung –, sondern auch im Bereich der Verwaltungsthemen bei allen Kooperations- und IT-Fragen geprägt. Das Urteil hat verfassungsrechtlich wenig Neues gebracht, dafür aber allen Beteiligten noch einmal eindringlich die beschriebene verfassungsrechtliche Ausgangslage und vor allem den Handlungsbedarf in manchen Feldern verdeutlicht.

II. Gründe für die Aufnahme der IT in das Grundgesetz

Die Aufnahme der IT in das Grundgesetz wird mit guten Gründen diskutiert, nicht nur weil sie politisch auf die Agenda der zu behandelnden Verwaltungs-

themen geraten ist. Es geht dabei nämlich um die Möglichkeiten des sog. eGovernment: Hinter diesem Sammelbegriff verbirgt sich der wohl grundlegendste Wandel der öffentlichen Verwaltung seit Jahrzehnten, womöglich seit Jahrhunderten. Denn mit dem Begriff des eGovernment ist nicht lediglich die Eröffnung einer weiteren Zugangsmöglichkeit von Wirtschaft und Gesellschaft zur öffentlichen Verwaltung verbunden, sondern dank der Möglichkeiten der Informations- und Kommunikationstechnik eine ganz neue Perspektive zur Gestaltung von Verwaltungsverfahren, der Verwaltungsorganisation sowie der internen Arbeitsprozesse.²¹ Wie für andere Leitbegriffe der Verwaltungsmodernisierung gilt gerade auch für das eGovernment, dass eine Vielzahl völlig unterschiedlicher Konzepte existiert, die bei Bund, Ländern und Kommunen noch längst nicht miteinander verzahnt sind.²²

In Deutschland ist bislang die sog. Speyerer Definition vorherrschend, die eGovernment als die „Abwicklung geschäftlicher Prozesse im Zusammenhang mit Regieren und Verwalten (Government) mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechniken über elektronische Medien“²³ versteht. Diese Definition greift aber zu kurz, wenn man eGovernment als Instrument der Verwaltungsmodernisierung begreifen will. Vorzugswürdig erscheint insoweit der von der EU-Kommission zugrunde gelegte Ansatz. eGovernment wird hier definiert als „Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnologien in öffentlichen Verwaltungen in Verbindung mit organisatorischen Änderungen und neuen Fähigkeiten, um öffentliche Dienste und demokratische Prozesse zu verbessern und die Gestaltung und Durchführung staatlicher Politik zu erleichtern“²⁴. Bei aller Unge-

21 Grundlegend insbes. *Eifert, M.*, a. a. O., insbes. 33 ff.; *Schliesky, U.*: Virtuelle Verwaltung?, a. a. O.; *ders.*: Auswirkungen des E-Government, a. a. O.; *ders.*: Auswirkungen des eGovernment auf Verwaltungsstrukturen, in: Henneke, H.-G. (Hg.): Künftige Funktionen und Aufgaben der Kreise im sozialen Bundesstaat, Stuttgart u. a., 2004, 163–178; s. auch *Ernst, T.*: Modernisierung der Wirtschaftsverwaltung durch elektronische Kommunikation, Köln, 2005, insbes. 113 ff., 164 ff.; *Nolte, F.*: E-Government in der Verwaltungsreform: der große Sprung nach vorn?, in: Die öffentliche Verwaltung, 60/22 (2007), 941–949; *Schwiering, K.*: Electronic Government: Ein Konzept zur innovativen Neugestaltung öffentlicher Aufgabenwahrnehmung, Münster, 2005; *Voßkuhle, A.*, in: Hoffmann-Riem, W./Schmidt-Aßmann, E./Voßkuhle, A. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts I, München, 2006, § 1, Rn. 65 ff.

22 Zu den verschiedenen Strategien der Länder *Schliesky, U.* (Hg.): eGovernment in Deutschland, Kiel, 2006, 21 ff.; zur Strategie E-Government 2.0 des Bundes *Schallbruch, M.*: E-Government 2.0: das Programm des Bundes, in: Zechner, A. (Hg.): Handbuch E-Government, Stuttgart, 2007, 23–27.

23 *Lucke, J. v./Reinermann, H.*: Speyerer Definition von Electronic Government, in: Reinermann, H./Lucke, J. v. (Hg.): Electronic Government in Deutschland, Speyer, 2002, 1–8; s. auch *Hill, H.*: E-Government – Mode oder Chance zur nachhaltigen Modernisierung der Verwaltung?, in: Bayerische Verwaltungsblätter, 134/24 (2003), 737–744.

24 *Europäische Kommission*: Die Rolle elektronischer Behördendienste (eGovernment) für die Zukunft Europas, KOM (2003) 567 endg. vom 29. 09. 2003, 8; ebenso *Erps, C./Luch, A. D./Rieck, I./Schulz, S. E.*,

nauigkeit auch dieser Definition wird hier zumindest deutlich, dass eGovernment keine bloße „Elektrifizierung“ bestehender Verwaltungsstrukturen bedeutet, sondern zwangsläufig mit Änderungen der Organisation und des Verfahrens einhergehen muss. Die Möglichkeiten der IT können nämlich erst dann effektiv und effizient eingesetzt werden, wenn Organisation und Verfahren der Verwaltung an diesen Möglichkeiten ausgerichtet werden.²⁵ Die IT verlässt insoweit die ihr immer wieder zugeschriebene dienende und instrumentelle Funktion, indem Anforderungen an Recht und Verwaltung formuliert werden. Kernprobleme von eGovernment-Projekten sind heute regelmäßig nicht technischer, sondern rechtlicher Natur.²⁶ Die IT folgt eben nicht mehr im Rahmen einer dienenden Funktion den Aufgaben und der Organisation, sondern diktiert längst die Anforderungen an die Gestaltung der Verwaltungsorganisation. Bei den aktuellen, an Örtlichkeit, Schriftlichkeit und Hierarchie ausgerichteten rechtlichen Vorgaben für Verwaltungsstrukturen stoßen Modernisierungsvorhaben im eGovernment-Bereich zwangsläufig an Grenzen,²⁷ die überdacht und den tatsächlichen Möglichkeiten bei gleichzeitiger Wahrung fundamentaler Verfassungsprinzipien wie Rechtsstaat und Demokratie angepasst werden sollten.²⁸ Zu einer Weiterentwicklung des Verwaltungs- und ggf. auch des Verfassungsrechts besteht keine Alternative, will das Recht seinen Steuerungsanspruch aufrechterhalten²⁹ und nicht Legitimitätsdefizite aufgrund eines zu großen Auseinanderklaffens der IT-Nutzung in Wirtschaft und Gesellschaft einerseits und der Verwaltung andererseits riskieren.

IT bzw. eGovernment ist auch zwangsläufig ein Kooperationsthema, da nach heutigem Stand der Technik Vernetzung eine zwingende Voraussetzung ist. Wer allerdings die Schwerfälligkeit des deutschen Föderalismus in der Praxis erlebt hat, weiß um das Bedürfnis besserer Koordinierung. Auch die insoweit vorbildli-

in: Schliesky, U. (Hg.): eGovernment in Deutschland, a. a. O., 21 ff., hier 28; ähnlich, auf die Verbesserung der Verwaltung abstellend *Eifert, M.*, a. a. O., 21; *Vofkuhle, A.*, a. a. O., § 1, Rn. 65.

25 Dazu *Schliesky, U.*: Auswirkungen des eGovernment auf Verwaltungsstrukturen, a. a. O., 169 ff.; zum Zusammenhang der Konzepte des eGovernment mit denen des New Public Management und des Business Process Reengineering *ders.*: Virtuelle Verwaltung?, a. a. O., 85 f.

26 Umfassend dazu *Kröger, D./Hoffmann, D.* (Hg.): Rechts-Handbuch zum E-Government, Köln, 2005.

27 Am Beispiel des Grundgesetzes *Schliesky, U.*: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des E-Government, a. a. O.; am Beispiel des Verfahrens- und Organisationsrechts *ders.*: Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, a. a. O.

28 *Schliesky, U.*, in: *ders.* (Hg.): eGovernment in Deutschland, a. a. O., 1 ff., hier 5 ff.; ebenso *Eifert, M.*, a. a. O., 28 ff.; *Vofkuhle, A.*, a. a. O., § 1 Rdnr. 68.

29 Dazu *Schliesky, U.*: Schleswig-Holstein : E-Government durch Recht, in: *Zechner, A.* (Hg.): Handbuch E-Government, Stuttgart, 2007, 49–54.

che Koordinierungsrunde von Bund, Ländern und kommunalen Spitzenverbänden auf Ebene der Staatssekretäre „Deutschland Online“³⁰, die fraglos ein Zugewinn für die Bund-Länder-Zusammenarbeit ist, stößt aber in Ermangelung konkreter Regelungs- und Entscheidungsbefugnisse an ihre Grenzen. Gerade die (zum Teil von der MPK als prioritär eingestuften) Deutschland-Online-Projekte zeigen jedes Mal aufs Neue gerade auch die verfassungsrechtlichen Grenzen auf. Den IT-Verantwortlichen von Bund und Ländern wird bei jedem Projekt aufs Neue schmerzlich bewusst, dass das Grundgesetz keinen Rahmen für die föderale IT-Struktur bereit hält, sondern im Gegenteil einer wirtschaftlichen und effektiven IT-Struktur äußerst rigide Grenzen setzt, sei es bei der Netzinfrastruktur oder der IT-Umsetzung der EU-Dienstleistungsrichtlinie.

Im Laufe der Beratungen der verschiedenen Unterarbeitsgruppen, die sich mit IT befasst haben, haben sich letztlich vier Gründe und damit auch vier regelungsbedürftige Gegenstände herauskristallisiert, die im Folgenden näher erläutert werden.

1. Sicherheit

Sicherheit ist längst auch ein bedeutsames Thema in der IT geworden. Dabei geht es nicht mehr allein um die aus grundrechtlicher Perspektive zu gewährleistende Datensicherheit bei einer Daten verarbeitenden Stelle bzw. einem Daten verarbeitenden System, sondern vor allem auch um die Gewährleistung der Sicherheit der Kommunikation zwischen den Verwaltungsnetzen und den hierzu erforderlichen Verbindungsnetzen, bestehend aus dem jeweils sicheren Netzbetrieb der Einzelnetze, des Koppelnetzes und der Verschlüsselung des in den Netzen stattfindenden Datenaustausches. Wie gefährlich die Teilnahme an der weltweiten Vernetzung geworden ist, hat sich längst auch in der Gesellschaft herumgesprochen: Viren, Trojaner und andere IT-Schädlinge richten allein in Deutschland einen volkswirtschaftlichen Schaden von 3,5 Mrd. € pro Jahr an – Tendenz dramatisch steigend. Die umfassende Nutzung des Internets und die Vernetzung der IT-Systeme sowie letztlich aller Rechner machen unsere Gesellschaft in einer neuen Weise angreifbar. Dies gilt in gleichem Maße für den Staat und seine Einheiten. Auch insoweit wird es erforderlich, die klassische Staatsaufgabe „Sicherheit“ in einem neuen Umfeld neu zu konturieren und zum Teil

30 Dazu *Bürger, E.*: Deutschland-Online: die gemeinsame E-Government-Strategie von Bund, Ländern und Kommunen, in: *Zechner, A. (Hg.): Handbuch E-Government*, Stuttgart, 2007, 29–34.

auch neu zu denken. Bei dieser Einschätzung sind sich Bund und Länder auch einig, so dass hier *pars pro toto* der Bundesinnenminister zitiert sei:

„Es ist die Pflicht des Staates, auch in einer virtuellen Gesellschaft für das notwendige Maß an Sicherheit, Verbindlichkeit und Vertraulichkeit zu sorgen [...]. IT-Sicherheit ist deshalb ein fester Bestandteil unserer nationalen Sicherheitspolitik.“³¹

Verwaltung und politische Führung können ohne elektronische Kommunikation und elektronische Fachverfahren kaum noch arbeiten – dennoch oder auch gerade deshalb sind sie hier besonders verwundbar. Wie real solche Gefahrenszenarien sind, hat der sog. „Cyber-Angriff“ auf die Republik Estland im April und Mai 2007 belegt. Trotz eines hohen Entwicklungsstandes der IT in Estland musste das Land zeitweise komplett vom Internet abgeschaltet werden. Selbst wenn jeder Netz- und Verfahrensbetreiber Sicherheitsanforderungen ernst nehmen würde, so wäre dies für das erforderliche Maß an IT-Sicherheit noch nicht ausreichend. Auf Grund der Vernetzung – nicht nur einzelner Rechner oder Systeme, sondern ganze Netze – ist IT-Sicherheit eben mehr als die bloße Zusammenfassung von einzelnen Sicherheitsmaßnahmen. So wie erst durch die Vernetzung ein Mehrwert in Gestalt eines ebenenübergreifenden Behördennetzes und damit ein virtueller Verwaltungsverbund zustande kommt, der real handlungsfähig ist,³² so entstehen auch durch die Vernetzung neue Gefahren, Anfälligkeiten und Bedrohungslagen, denen koordiniert begegnet werden muss. Letztlich ist hier – zumindest faktisch – eine neue „Gemeinschaftsaufgabe“ entstanden, die wenigstens der kompetenziellen Zuweisung bedarf, soweit es um das gemeinsame „Mehr“ geht. Auch wenn es das erklärte Ziel von Bund und Ländern in der Föderalismusreform I war, Gemeinschaftsaufgaben zu entflechten bzw. abzuschaffen, so sind sich Bund und Länder mittlerweile ebenso einig, dass schon allein die IT-Sicherheit einen Grund für die Verankerung der IT im Grundgesetz und für die stärkere Koordinierung der Gebietskörperschaften darstellt. Herrscht über das „Ob“ Einigkeit, so gehen die Vorstellungen über das „Wie“ noch erheblich auseinander. Während der Bund eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für sich reklamiert,³³ erkennen die B-Länder zwar das Bedürfnis der Festlegung

31 Schäuble, W.: Rede anlässlich der Eröffnung des Public Sector Parks auf der CeBIT, Hannover, 04.03.2008.

32 Dazu am Beispiel Art. 28 ff. DLR Schliesky, U.: Die Europäisierung der Amtshilfe, Stuttgart u. a., 2008, 29 ff.

33 Art. 73 Abs. 1 Ziff. 7a GG; „[Der Bund hat die ausschließliche Gesetzgebung über:] Die Informationstechnik öffentlicher Stellen des Bundes und der Länder“; s. dazu *Mitglieder der Bundesregierung in der Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: Verbesserung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Verwaltung von Bund und Ländern, K-Drs. 098, 7 f.

gemeinsamer Mindeststandards für die IT-Sicherheit an, lehnen aber eine einseitige Regelungskompetenz des Bundes über die Ausgestaltung der IT ab und schlagen stattdessen die grundgesetzliche Ermächtigung zum Abschluss eines Staatsvertrages vor, bei dem das Einstimmigkeitsprinzip zu Gunsten eines Mehrheitsprinzips abbedungen werden kann.³⁴

2. Netze

Bund und Länder betreiben IT-Netze für ihre Kommunikation zwischen den Behörden. Alle Länder verfügen insoweit über Verwaltungsnetzwerke (sog. Ländernetze), mit denen sie ihre Behörden untereinander sowie die kommunalen Verwaltungen in ihrem Gebiet miteinander verbinden. Der Schwerpunkt des Datenaufkommens in den Ländernetzen liegt auf landesinterner Kommunikation. Diese Netze werden in der Regel von privaten Netzbetreibern angemietet. Darüber hinaus existieren z.T. Kreis- und Stadtnetze und andere Netze. Gerade im Hinblick auf die kommunale Anbindung besteht in den Ländern ein durchaus unterschiedlicher Versorgungsgrad der Kommunen sowie unterschiedliche Leistungs- und Sicherheitsstandards. Auch der Bund betreibt eine Vielzahl von Netzen, die keineswegs einheitlich aufeinander abgestimmt betrieben werden und aus Sicht des Bundes der Konsolidierung bedürfen. Verbunden sind all diese Netze über Verbindungsnetze, sog. Koppelnetze, mit denen die Kommunikation zwischen Kommunen, Ländern und Bund sichergestellt wird. Zu nennen ist die insbesondere das sog. TESTA D-Netz, das ein Land für alle anderen auf einer ungesicherten rechtlichen Grundlage betreibt. Bund und Länder sind sich einig, dass das bestehende Koppelnetz TESTA-D sowohl von den Leistungsmerkmalen als auch der organisatorischen und rechtlichen Verankerung her nicht mehr ausreichend und zukunftsfruchtig ist. Aus diesem Grunde wurde im Rahmen der Initiative Deutschland Online ein prioritäres Vorhaben von der MPK angesetzt, das zunächst eine Bestanderhebung durchführen und einen Lösungsvorschlag unterbreiten sollte.³⁵ Im Rahmen des Projektes wurde schließlich Einigkeit erzielt, dass Bund und Länder gemeinsam ein neues Koppelnetz ausschreiben, betreiben und sich auf Interoperabilitätsstandards gemeinsam festlegen wollen. Nach langwierigen und intensiven Prüfungen, die vor allem vergabe- und verfas-

34 Dies wird von den A-Ländern abgelehnt, s. o. I. 2.

35 Das Projekt wurde unter dem Titel „KIVD-Kommunikationsinfrastruktur Verwaltung Deutschland“ begonnen und später in „Deutschland-Online Infrastruktur“ umbenannt; zu diesem Projekt *Kamrau, R.*: Kommunikationsinfrastruktur für die öffentliche Verwaltung Deutschlands – KIVD, in: *Zechner, A.* (Hg.): *Handbuch E-Government*, Stuttgart, 2007, 181–188.

sungsrechtlicher Natur waren, gelangte man einmütig zu der Auffassung, dass ein eingetragener Verein i. S. d. §§ 26 ff. BGB das beste und eine Genossenschaft das zweitbeste Organisationsmodell für die angestrebte Kooperation sind. Schon diese in der Öffentlichkeit sicher nur schwer vermittelbare Entscheidung, dass Bund und Länder für die gemeinsame Erledigung einer hoheitlichen Aufgabe ohne Beteiligung Privater einen privatrechtlichen Verein gründen müssen, belegt die Erforderlichkeit einer Weiterentwicklung des organisationsrechtlichen Handlungsrahmens. So sind Bund und Länder sich auch darin einig, den Verein nur als Vorläuferorganisation zu betrachten, die – bei einer Veränderung der rechtlichen Möglichkeiten – in eine neue Organisationsform überführt werden soll. Vorläufiges Ergebnis im Rahmen der Netzinfrastruktur ist der Beschluss der Staatssekretärsrunde Deutschland Online, den gemeinsam getragenen und finanzierten Verein zu gründen und schleunigst die Ausschreibung des neuen Koppelnetzes anzugehen.

Schon wegen der grundlegenden Infrastrukturbedeutung für die Bundesrepublik Deutschland fand eine Parallelbefassung mit dem Netz- und Infrastrukturthema im Rahmen der Arbeitsgruppen zur Föderalismusreform II statt. Bund und Länder sind sich insoweit einig über den bestehenden (verfassungsrechtlichen) Regelungsbedarf. Die B-Länder sind dabei der Auffassung, dass zur stetigen Fortentwicklung der Kommunikation zwischen den Verwaltungen der Länder und der Verwaltung des Bundes eine fakultative Ermächtigung zum Zusammenwirken zwischen Bund und Ländern im Rahmen von Koppelnetzen in das Grundgesetz aufgenommen werden könnte. Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit im Bereich der Netzinfrastruktur könnte durch einen (Grundlagen-) Staatsvertrag erfolgen. Der Bund hingegen regt einen neuen Art. 91d GG an, in dem ihm zum einen die Verwaltungskompetenz zum Betrieb eines informationstechnischen Netzes für eine gemeinsame Nutzung durch Bund und Länder (Abs. 2) sowie eine Gesetzgebungskompetenz zur näheren Ausgestaltung von Standards und Finanzierung (Abs. 4) zugewiesen wird. Eine derartige alleinige Bundeskompetenz lehnen wiederum die B-Länder strikt ab – aus guten Gründen, da der Schwerpunkt des Netzverkehrs nun einmal Länder und Kommunen betrifft und insoweit berechtigte Bedenken bestehen, ob der Bund bei einer einseitigen Regelungsbefugnis die konkreten Verwaltungsbedürfnisse in den Ländern und den Kommunen hinreichend berücksichtigen würde bzw. überhaupt könnte.

3. Standardisierung

Erklärtes Ziel und Auftrag der Föderalismusreform II im Bereich der Verwaltungsthemen ist der Standardabbau. Im Bereich der IT sind sich Bund und Länder hingegen einig, dass die Standardisierung dringend erforderlich ist. Dies zeigt, wie zweifelhaft undifferenzierte politische Programmsätze wie der viel beschworene Standardabbau oftmals sind. Im IT-Bereich geht es um die Herstellung und Sicherung von Interoperabilität, also die Gewährleistung eines reibungslosen Datenaustausches zwischen den Ländern und mit dem Bund im Rahmen von IT-Anwendungen. Unter Standardisierung versteht man im Bereich der IT den Prozess der Vereinheitlichung von Datentypen, Verfahrensweisen, Werkzeugen, Diensten, Produktions- oder Softwarekomponenten etc. Sie ist eine der Voraussetzungen für Interoperabilität. Standards ermöglichen z. B. die Austauschbarkeit von Komponenten der IT-Lösungen, die Informationsbereitstellung in unterschiedlichen Systemen, die übergreifende Nutzung von IT-Diensten, den Informationsaustausch zwischen Lösungen und schließlich die Kommunikation innerhalb von Systemen sowie insbesondere über Systemgrenzen hinweg.³⁶ Ganz wesentliches Ziel einer Standardisierung zum Zwecke der Interoperabilität ist es sowohl in Wirtschaft als auch Verwaltung, einen störungsfreien und medienbruchfreien Datenaustausch zu gewährleisten.

Durchgängige eGovernment-Prozesse mit der Wirtschaft und innerhalb der Verwaltung erfordern einheitliche und verbindliche Interoperabilitätsstandards, damit die beteiligten IT-Systeme miteinander kommunizieren können. Es geht insoweit um die gleiche Standardisierung, die letztlich auch den mündlichen oder schriftlichen Datenaustausch zugrunde liegt: Die Festlegung einer Amtssprache in § 23 VwVfG ist ebenso eine Form der Standardisierung wie die Festlegung auf eine bestimmte Schriftart, welche alle Menschen lesen können. Genau eine derartige Interoperabilitätsfestlegung benötigt auch die technische Kommunikation.

Besteht über das Ziel Einigkeit, so sind sich Bund und Länder über den Weg uneins. Während die Länder eine fakultative Staatsvertragslösung mit Möglichkeit zur Vereinbarung des Mehrheitsprinzips (sog. Passerelle-Klausel) vorschlagen, will der Bund in Art. 91d Abs. 3 GG die gemeinsame Festlegung von Standards für die Kommunikation zwischen den informationstechnischen Systemen

36 Heller, R.: Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Grundlage für die freiwillige, kooperative Erledigung von Aufgaben durch Verwaltungsverbände von Ländern und Kommunen im Bereich der Informationstechnologie, K-Drs. 090, 3, Fn. 1.

von Bund und Ländern zur verfassungsrechtlichen Pflicht machen und das nähere durch Bundesgesetz regeln (Abs. 4).

4. Organisationsform für Kooperationen

Mit der Aufnahme des Themenfeldes „verstärkte Zusammenarbeit von (Bund und) Ländern“ haben Bundestag und Bundesrat der Kommission einen zentralen Auftrag erteilt, der auch im Hinblick auf die IT letztlich im Mittelpunkt der Diskussion sinnvoller Lösungsoptionen steht. Um die Herstellung ausreichender IT-Sicherheit, Etablierung ausfallsicherer Netze, Verabredung gemeinsamer technischer und prozessualer Standards und ggf. auch die konkrete gemeinsame Erledigung von IT-Funktionalitäten auch praktisch bewerkstelligen zu können, sind zweifelsohne neue Wege in der Zusammenarbeit der Länder untereinander und mit dem Bund erforderlich. Die bisherigen Mechanismen basieren regelmäßig auf freiwilliger punktueller Zusammenarbeit, die häufig mit erheblichen rechtlichen Risiken belastet ist. Gerade mit Blick auf das Grundgesetz erweist sich, dass es an einer verlässlichen rechtlichen *Organisationsform* für die Kooperation von Gebietskörperschaften fehlt. Die oben bereits geschilderte Gründung eines privatrechtlichen (!) Vereins von Bund und Ländern, um eine gemeinsame IT-Infrastruktur zu konzipieren, auszuschreiben und zu betreiben, belegt das Fehlen aufgabenadäquater öffentlich-rechtlicher Alternativen überdeutlich. Dabei ist zu betonen, dass es sich um die gemeinsame Wahrnehmung der technischen Funktionalitäten von Bund und Ländern jeweils eigenständig zugewiesenen hoheitlichen Aufgaben handelt, für die es an einer geeigneten Rechts- bzw. Organisationsform mangelt.

a) Arbeitsteiligkeit der Verwaltung

Damit sind nicht nur Aspekte angesprochen, die entsprechende Gründe für die Aufnahme einer neuen öffentlich-rechtlichen Organisationsform in das Grundgesetz liefern, sondern zugleich auch wesentliche Parameter für die Ausgestaltung einer derartigen Organisationsform liefern. Ein zentraler Aspekt ist die Tatsache, dass die in Wirtschaft und Gesellschaft längst etablierte Arbeitsteilung auch die Verwaltung erreicht hat und bei der Umsetzung praktikabler und wirtschaftlicher Lösungen im IT-Bereich sogar zwingend wird. Insoweit verdeutlichen die Ausführungen der Senatsmehrheit in der bereits in Bezug genommenen „Hartz IV-Entscheidung“ des Bundesverfassungsgerichts, dass der Grundsatz einer vollständigen (eigenständigen) Aufgabenerledigung durch den jeweils zuständigen

Verwaltungsträger dem Leitbild des Grundgesetzes von 1949 oder zumindest einer Auslegungsvariante³⁷ des geltenden Verfassungsrechts entsprechen mag, mit der Realität in der Verwaltung aber schon heute nur noch schwer zu vereinbaren ist. Gerade bei IT-Projekten, aber auch bei allen anderen Reformvorhaben in der Wirtschaft³⁸ und ebenso in der Verwaltung³⁹ hat sich längst die Erkenntnis durchgesetzt, dass eine Prozessorientierung erforderlich ist, bei der Aufgabenerledigungsprozesse in verschiedene Teilmodule zerlegt werden und unter Nutzung der Möglichkeiten von IT neu organisiert werden. Die Wirtschaftlichkeit derartiger IT-Verfahren lässt sich zudem regelmäßig erst dann begründen, wenn bestimmte Teilaufgaben in größerer Menge gemeinsam bearbeitet werden (sog. *economies of scale*). Ebenfalls nicht zu vernachlässigen ist die Entwicklung zu immer weiterer Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Erledigung öffentlicher Aufgaben: Die Verwaltung verfügt gar nicht mehr über die Fachkompetenz zur vollständigen Aufgabenerledigung, so dass nicht nur aus wirtschaftlichen, sondern auch aus sachlichen Gründen die Bündelung oder sogar Auslagerung bestimmter Teilprozesse erforderlich ist.

Der Nachvollzug der Arbeitsteilung auch in der Verwaltung hat dann – der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts folgend – bereits auf der Ebene des Grundgesetzes zu erfolgen, indem die Aufteilung von Aufgabenerledigungsprozessen zwar generell erlaubt, doch zugleich rechtlichen Maßstäben unterworfen wird, die trotz der Heterogenität von Aufgabenerledigungsbeiträgen die Sicherung von rechtsstaatlicher Zurechenbarkeit und demokratischer Legitimation erlaubt.⁴⁰ Mit der Anerkennung von arbeitsteiligen Prozessen ist ein verfassungsrechtlicher Grundsatz der vollständigen (eigenständigen) Aufgabenerledigung also nicht mehr zu halten – vielmehr muss dann bereits auf Verfassungsebene die

37 S. dazu die abweichende Meinung der Richter *Broß, Osterloh und Gerhardt*, in: BVerfG, a. a. O., Abs. 212 ff.

38 *Dörflein, M.*: Electronic Procurement: Effizientere Beschaffung durch integrierte Prozesse, in: Thome, R./Schinzer, H./Hepp, M. (Hg.): Electronic Commerce und Electronic Business, 3. Aufl., München, 2005, 101–134, hier 106 f.

39 *Hesse, J.J./Ellwein, T.*: Das Regierungssystem der Bundesrepublik Deutschland, Band 1, 9. Aufl., Berlin, 2004, 331 f.; *Schliesky, U.*: Wirtschaftlichkeit als Organisationsprinzip der öffentlichen Verwaltung?, in: ders./Ernst, C. (Hg.): Recht und Politik, Köln, 2006, 35–68, hier 60 ff.; *Schmidt, H.-J.*: Betriebswirtschaftslehre und Verwaltungsmanagement, 5. Aufl., Heidelberg, 2001, 178; *Skrobotz, J.*: Das elektronische Verwaltungsverfahren, Berlin, 2005, 94 f.; *Timmer, R.*: Verwaltungsmodernisierung durch E-Government, in: Zechner, A. (Hg.): Handbuch E-Government, Stuttgart, 2007, 91–95, hier 94 f.

40 Zu verfassungsrechtlichen Grenzen im Hinblick auf eGovernment *Eifert, M.*, a. a. O., 224 ff.; *Schliesky, U.*: Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des E-Government, a. a. O.

Möglichkeit zur Modularisierung von Aufgabenerledigungsprozessen eröffnet werden.

In diesem Kontext wird – gerade in der aktuellen Föderalismusdebatte – das Verdikt der verbotenen Mischverwaltung in die Diskussion eingeführt, aktuell unterlegt durch die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zu der Thematik bezüglich der Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II. Dieses Argument wird leicht zum „Totschlagsargument“, ohne dass die Nutzer des Arguments überhaupt zum Kern der Problematik vorgedrungen wären. Denn das Bundesverfassungsgericht betont zwar, das Grundgesetz schließe, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, eine sog. Mischverwaltung aus, doch betont es zugleich, dass dies angesichts der Art. 83 ff. GG für Mitplanungs-, Mitverwaltungs- und Mitentscheidungsbefugnisse (des Bundes) im Aufgabenbereich der Länder gelte und die Verwaltungsbereiche von Bund und Ländern in der Verfassung keineswegs starr voneinander geschieden wären.⁴¹ Will man zu einer tragfähigen Grenzziehung zwischen unzulässiger Mischverwaltung und zulässiger gemeinsamer Aufgabenwahrnehmung von Bund und Ländern⁴² gelangen, so muss der verfassungsrechtliche Hintergrund dieser Kompetenzabgrenzung verstanden werden. Das Bundesverfassungsgericht stellt diesen – in gefestigter Rechtsprechung immer wieder betonten – Zusammenhang in der „Hartz IV“-Entscheidung nochmals selbst her: Die grundsätzliche Trennung der Verwaltungsräume von Bund und Ländern und damit das grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung haben ihren Grund in der Sicherstellung von rechtsstaatlicher Verantwortungsklarheit und demokratischer Verantwortungszurechnung;⁴³ ersteres werde durch die klare und widerspruchsfreie Zuweisung von Verwaltungszuständigkeiten, also eine klare Kompetenzordnung, letzteres durch eine ununterbrochene Legitimationskette zwischen Volk und den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern sichergestellt.⁴⁴ Anknüpfungspunkt ist aber jeweils die Ausübung von Staatsgewalt, in den Worten des Bundesverfassungsgerichts „alles amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter“ – maßgeblich sind also die Sachentscheidungsbefugnisse, die rechtsstaatlicher wie demokratischer Verant-

41 BVerfG, a. a. O., Abs. 153 f.

42 In diesem Kontext ist deutlich zu betonen, dass die Ausführungen des BVerfG zur Mitwirkung des Bundes an der Kompetenzwahrnehmung der Länder gelten, aber nicht für die Kooperation der Länder untereinander.

43 BVerfG, a. a. O., Abs. 155 ff.

44 Zur demokratischen Legitimation BVerfGE 47, 253 ff., hier 275; 52, 95 ff., hier 130; 77, 1 ff., hier 40; 83, 60 ff., hier 72 f.; 93, 37 ff., hier 66 f.; ausführlich und auf der Grundlage der BVerfG-Rspr. weiterführend *Schliesky, U.*: Souveränität und Legitimität, a. a. O., 230 ff., 588 ff.

wortungszurechnung bedürfen. Die gemeinsame Ausübung bestimmter Teilfunktionalitäten im Bereich der IT berührt aber gerade nicht die Sachentscheidungsbefugnisse, die bei den nach der Kompetenzordnung zuständigen Gebietskörperschaften verbleiben. Werden einer neuen Organisationsform zum Zwecke der gemeinsamen, wirtschaftlichen Wahrnehmung bestimmte technische Teilfunktionalitäten übertragen, während die eigentlichen Sachentscheidungsbefugnisse bei den zuständigen Behörden verbleiben, so kann nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts schon denklogisch keine Mischverwaltung auftreten. Auch sind weder rechtsstaatliche noch demokratische Besorgnisse ausgelöst, wohl kann aber der Grundsatz der vollständigen eigenständigen Aufgabenwahrnehmung nicht gewahrt werden. Anders gewendet: Während bei den Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II in der Tat Sachentscheidungsbefugnisse verschiedener Kompetenzträger (Bund und Kommunen) vermischt wurden, ist die IT-Kooperation gänzlich anders gelagert und betrifft die gemeinsame Wahrnehmung technischer Funktionalitäten. Das eigentliche Problem liegt somit darin, dass sowohl Verfassungsrecht als auch das einfache Recht „blind“ für die arbeitsteiligen Prozesse sind und stattdessen immer von einem „ganz oder gar nicht“ ausgehen.

b) Vergaberechtliches Dilemma

Dieses Problem mündet geradewegs in das mittlerweile bekannte vergaberechtliche Dilemma: Die Kooperation von Gebietskörperschaften im Bereich der IT (und – auch wenn es hier nicht das Thema ist – ebenso in anderen Bereichen) ist sachlich zwingend und regelmäßig wirtschaftlich sinnvoll. Ist sie aber auch vergaberechtlich erlaubt? Seit einigen Jahren sind – auf der Grundlage von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, nationaler Oberlandesgerichte und der EU-Kommission – viele Kooperationsentscheidungen von Gebietskörperschaften einer vergaberechtlichen Kontrolle unterworfen und zum Teil nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für unzulässig erklärt worden. Derzeit orientiert sich die vergaberechtliche Praxis an der Unterscheidung zwischen Delegation und Mandat: Wird eine Aufgabe komplett an einen anderen (privaten oder öffentlich-rechtlichen) Rechtsträger abgegeben, so soll eine vergaberechtsfreie Aufgabenübertragung und damit ein Organisationsakt vorliegen. Wird hingegen nur die Durchführung einer Aufgabe „mandatiert“, also die konkrete Wahrnehmung einem anderen (privaten oder öffentlich-rechtlichen) Rechtssubjekt zugewiesen, soll ein dem Vergaberecht unterliegender öffentlicher Auftrag vorliegen.

Hier ist nicht der Ort, die ausführliche vergaberechtliche Diskussion wiederzugeben,⁴⁵ doch ist auf den Zusammenhang zum hiesigen Problemkreis, zumal wegen der IT-Kooperation von zwei öffentlich-rechtlichen Rechenzentren ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem EuGH anhängig ist, und auf eine Lösungsmöglichkeit im Rahmen der Föderalismusreform II hinzuweisen. Die Problematik trifft einen föderal strukturierten Staat zweifelsohne stärker als Zentralstaaten, sie offenbart darüber hinaus aber das dringende Erfordernis einer vertieften Diskussion über die (politische wie rechtliche) Steuerung durch Organisation und ihre Abgrenzung zum Wettbewerbsmarkt. Die Bedeutung des Organisationsrechts als „Steuerungsressource“⁴⁶ bzw. Steuerungsmedium⁴⁷ ist in den vergangenen Jahren (neu) erkannt und herausgestellt worden. Administrative Steuerung muss zu einem Großteil Organisationssteuerung sein; dies gilt umso mehr in Bereichen, die aufgrund ihrer Natur einer sachlich-inhaltlichen Steuerung durch Gesetz nur schwer zugänglich sind⁴⁸ – und in welchem Bereich der Verwaltung ist dies angesichts zunehmender Komplexität, Vernetzung und Informalität nicht der Fall? Man muss nur die Herausforderungen der elektronisch vernetzten Verwaltung für Organisation und Verfahren resümieren, um die Bedeutung der Organisation und des Organisationsrechts zu verstehen.⁴⁹

Letztlich zeigen sich im Vergaberecht die Folgewirkungen der unzureichenden Ausdifferenzierung von Aufgabenerledigungsprozessen in der deutschen Rechtsordnung: Nach dieser holzschnittartigen Vergaberechtspraxis unterliegt die IT-Zusammenarbeit von Bund und Ländern, da ja keine Aufgaben übertragen werden, grundsätzlich dem Vergaberecht. Die Vorstellung, Bund und Länder müssten bereits den Kooperationswunsch bei einer technischen Teilfunktionalität ihrer eigenen hoheitlichen Aufgaben gegebenenfalls europaweit ausschreiben,⁵⁰ mutet befremdlich an, da der Staats- und Verfassungsrechtler derartige Kooperationsentscheidungen als Organisationsentscheidungen ansieht. Die Kernfrage des

45 Überblick bei *Schliesky, U.*: Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Heidelberg, 2008, 197 f.

46 *Schmidt-Aßmann, E./Hoffmann-Riem, W.* (Hg.): Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, Baden-Baden, 1997.

47 So *Schmidt-Aßmann, E.*: Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsideoe, 2. Aufl., Berlin, 2004, 5/9.

48 Ebd., 5/9.

49 Dazu etwa *Schliesky, U.*: Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, a. a. O.; *ders.*: Auswirkungen des eGovernment auf Verwaltungsstrukturen, a. a. O.

50 *Nota bene*: die Kooperationsabsicht, nicht die später am Markt von der Kooperation beschafften Waren oder Dienstleistungen, die selbstverständlich dem Vergaberecht unterliegen.

skizzierten Problemkreises lautet, ob die Kooperationsentscheidung weiterhin als Art und Weise der Aufgabenerledigung begriffen wird, die auf einer autonomen Entscheidung einer Gebietskörperschaft über die Aufgabenerledigung beruht und von der Organisationshoheit verfassungsrechtlich geschützt ist,⁵¹ oder ob derartige Kooperationsentscheidungen als Erteilung einer Dienstleistungskonzession bzw. jedenfalls als Erteilung eines öffentlichen Auftrags angesehen werden. Hier rächt sich nicht nur die „Flucht in privatrechtliche Organisationsformen“, die bei dem EuGH und deutschen Zivilgerichten schnell zu einem rein zivilrechtlichen Verständnis von Wettbewerb führt, sondern auch – ähnlich wie bei der Daseinsvorsorge-Diskussion – die Vernachlässigung des Themenfeldes durch die Gesetzgeber. Das Recht der interkommunalen Zusammenarbeit beruht auf dem organisationsrechtlichen Gerüst des 19. Jahrhunderts, das längst nicht mehr den heute praktizierten Kooperationen genügt. Der Bedarf nach einem modernen Verwaltungskooperationsrecht, das verlässliche rechtstaatliche Grenzen zieht, im Übrigen aber eine flexible Kooperation unter gleichzeitiger Sicherstellung effektiver Steuerung und demokratischer Legitimation erlaubt,⁵² ist an dieser Stelle mit Händen zu greifen. Delegation und Mandat sind in einer arbeitsteiligen, prozessorientierten Verwaltungswelt keine tauglichen Abgrenzungskategorien mehr. Zugleich behindert die umfängliche Geltung des Vergaberechts die gerade erst in Gang gekommenen Formen interessanter Kooperationen zwischen öffentlichen und privaten Partnern. Ein zu enges vergaberechtliches Korsett für „Innovationskooperationen“⁵³ dürfte eher dazu führen, dass Gebietskörperschaften mit ihren heute oftmals unzulänglichen finanziellen und technischen Voraussetzungen sich um eine eigene Aufgabenerledigung bemühen werden. Neben dem Verlust an staatlicher Organisations- und Kooperationshoheit droht dadurch auch ein beträchtlicher volkswirtschaftlicher Schaden.

Das Dilemma besteht weiterhin darin, dass das europäische Vergaberecht eine Ausschreibung von Organisationsakten gar nicht verlangt; dem Vergaberecht ist genügt, wenn die schließlich von der Kooperation beschaffte Ware oder Dienstleistung auf der Grundlage ordnungsgemäß durchgeführter Vergabeverfahren am Markt beschafft wird. Das Gemeinschaftsrecht dürfte es auch gar nicht vorschreiben, da die Verwaltungsorganisationshoheit der Mitgliedstaaten schon aus

51 Näher *Schliesky, U.*: Kommunale Organisationshoheit unter Reformdruck, in: *Die Verwaltung*, 38/3 (2005), 339–366.

52 Zu den Anforderungen an ein zeitgemäßes Verwaltungskooperationsrecht näher *Schliesky, U.*: Organisationsrechtliche Rahmenbedingungen von Verwaltungskooperationen, in: *Die Gemeinde SH*, 1/2004, 3 ff.

53 Zu diesem Ansatz *Hauschildt, J.*: *Innovationsmanagement*, 3. Aufl., München, 2004, 244 ff.

Kompetenzgründen einer gemeinschaftsrechtlichen Normierung entzogen ist. Der Vorwurf richtet sich somit nicht an die Europäische Union, sondern an die nationale Rechtsordnung und die zu ihrer Weiterentwicklung berufenen staatlichen Organe: Das nationale Recht muss Organisationsakte und die Abgrenzung zum Beschaffungsvorgang definieren.

An dieser Stelle wird in der aktuellen Föderalismusreformdiskussion regelmäßig der Einwand erhoben, dass man für eine vergaberechtliche Frage nicht das Grundgesetz ändern dürfe, sondern das Problem einfachgesetzlich zu lösen sei. Auch dieser Einwand greift zu kurz: Zum einen hat der EuGH bereits verdeutlicht, dass einfachgesetzliche Ausnahmen bestimmter öffentlicher Aufträge im nationalen Recht gemeinschaftsrechtswidrig seien;⁵⁴ dies verdeutlicht bereits, dass Diskussionen über Ausnahmen bei dem Begriff des öffentlichen Auftrags eher ungeeignet erscheinen. Zum anderen – und dies ist entscheidend – geht es gerade nicht um Ausnahmen von öffentlichen Aufträgen, sondern um die Klarstellung der Abgrenzung von Organisationsakten gegenüber öffentlichen Aufträgen.⁵⁵ Die Bestimmung zulässiger Organisationsformen für Kooperationen von Gebietskörperschaften, die gerade keine öffentlichen Aufträge sind, kann für die Gebietskörperschaften nur im Grundgesetz erfolgen. Eine derartige Inhaltsbestimmung der nationalen Verwaltungsorganisationshoheit hätte dann auch die Europäische Union zu respektieren. Im Übrigen stünde es dem Grundgesetz verfassungspolitisch gut zu Gesicht, nicht nur das Trennungsprinzip zwischen Bund und Ländern, sondern angesichts erkannter Kooperationsnotwendigkeiten auch positiv Zusammenarbeitsformen zu normieren, zumal dies auch kein verfassungsrechtliches Neuland wäre, wie der neue Art. 91b GG belegt. Die psychologische Wirkung von verfassungsrechtlichen Grundaussagen im Politik- und Verwaltungsalltag darf jedenfalls nicht unterschätzt werden.

54 EuGH, Urt. v. 13.01. 2005, Rs. C-84/03 (Kommission/Spanien), Slg. 2005, I-139.

55 Ebenso das gemeinsame Gutachten der Bundesministerien des Innern, der Justiz, der Finanzen und für Wirtschaft und Technologie, *Bundesministerium des Innern* u. a.: Die Vereinbarkeit innerstaatlicher Kooperationsformen mit dem EG-Vergaberecht – Überlegungen zu einer grundgesetzlichen Regelung der Verwaltungszusammenarbeit aus vergaberechtlicher Sicht, K-Drs. 099 vom 19.03. 2008, 12 f., im Hinblick auf den Vorschlag von SH, eine neue Organisationsform in das Grundgesetz aufzunehmen: „Aus Sicht BMI, BMWi und BMF würde eine solche grundgesetzliche Regelung mit Blick auf das Vergaberecht eine positive Reflexwirkung insoweit entfalten können, als dass eine solche Norm den Willen des Verfassungsgebers verdeutlichen würde, dass die zu regelnden Formen der Verwaltungskooperation eine verfassungsrechtlich erwünschte Organisationsform darstellen würden (in einem Bundesgesetz wären sodann die Einzelheiten zu regeln, ob, in welchem Umfang und in welcher Form diese Formen der Zusammenarbeit organisationsrechtlich verbindlich sind).“

c) Lösung: Grundgesetzliche Normierung eines Verwaltungsverbandes

Nach allem dürfte deutlich geworden sein, dass bestimmte Verwaltungsdienstleistungen im Bereich der IT und des eGovernment bzw. genauer: technische Funktionalitäten als Teil der Erledigung kompetenziell zugewiesener Verwaltungsaufgaben heute weder effizient noch wirtschaftlich von jeder Gebietskörperschaft in der Bundesrepublik Deutschland allein erbracht werden können. So ist gerade das eGovernment dadurch gekennzeichnet, dass die Erbringung von Verwaltungsdienstleistungen nicht an Zuständigkeitsgrenzen gebunden ist.⁵⁶ Daher besteht – vor allem auch zur Realisierung der mit der IT-Standardisierung vorbereiteten kooperativen Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern – das dringende Bedürfnis nach einem rechtlichen Instrument bzw. einer organisationsrechtlichen Kategorie zur Kooperation zwischen Bund und Ländern, ggf. auch Kommunen, ohne für die Kooperationsbegründung dem Vergaberecht zu unterliegen. Andernfalls müssten alle Angelegenheiten, die in Länderkompetenz fallen, aber einer effektiven einheitlichen Erledigung bedürfen, dem Bund zugewiesen werden; diese Lösung, die vom Bund im Rahmen der Föderalismusreform II vertreten wird, würde nicht nur dem Grundgedanken des deutschen Föderalismus zuwiderlaufen, der primär auf eine Aufgabenerledigung durch die Länder setzt (Art. 30, 83 ff. GG), sondern auch die Ergebnisse der Föderalismusreform I konterkarieren. Es bedarf daher dringend einer organisationsrechtlichen Klarstellung im Grundgesetz, dass eine ebenenübergreifende Kooperation auch im Föderalismus möglich ist, ohne deshalb dem Vergaberecht zu unterliegen. Der Bundesrepublik Deutschland dürfen im Verhältnis zu zentralistisch organisierten Staaten die Möglichkeiten effektiver und wirtschaftlicher Aufgabenerledigung nicht verwehrt sein, nur weil sie föderal organisiert ist. Zum zweiten bedarf es angesichts der arbeitsteiligen Aufgabenerledigung auch in der deutschen Verwaltung und der strikten Auslegung der Kompetenzbestimmungen des Grundgesetzes durch das Bundesverfassungsgericht im Sinne eines Grundsatzes der vollständigen eigenständigen Aufgabenerledigung durch den jeweiligen Kompetenzträger der verfassungsrechtlichen Ausdifferenzierung des Prozesses der Aufgabenwahrnehmung. Dies bedeutet, dass bereits das Grundgesetz auch die Erledigung von Teilfunktionen und damit die Möglichkeit der prozesshaften Betrachtung der Aufgabenerledigung eröffnet, so dass auch das einfache Recht an diese differenzierte Betrachtung von Teilfunktionen anknüpfen kann. Ein

56 Schliesky, U.: Auswirkungen des E-Government auf Verfahrensrecht und kommunale Verwaltungsstrukturen, a. a. O.

derartiger Lösungsansatz kann auch nicht auf eine Regelung im einfachen Recht verwiesen werden, da mit dieser in der Praxis längst üblichen, verfassungsrechtlich bislang aber nicht vorgesehenen Ausdifferenzierung von Teilfunktionen der Aufgabenerledigung durch die Verwaltung für Staat und Verwaltung essentielle Fragen des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips angesprochen sind. Rechtsstaatliche Zurechenbarkeit und demokratische Verantwortungszurechnung lassen sich aber auch in Kooperationsbeziehungen und arbeitsteiligen Prozessen, etwa mit der Rechtsfigur der Zuständigkeitsverzahnung⁵⁷ oder durch klare gesetzliche oder staatsvertragliche Errichtungsakte, sicherstellen. Gerade die verfassungsrechtliche sowie die darauf basierende einfachgesetzliche Normierung ist nach wie vor das wesentliche Instrument zur Realisierung von Rechtsstaats- und Demokratieprinzip.⁵⁸

Das Land Schleswig-Holstein hat im Rahmen der Beratungen der Föderalismusreform II den vom Verfasser entwickelten Vorschlag unterbreitet, in das Grundgesetz die organisationsrechtliche Kategorie eines Verwaltungsverbandes neu aufzunehmen, der für die gemeinsame Wahrnehmung von IT-Dienstleistungen gegründet werden kann.⁵⁹ Damit wird verdeutlicht, dass präzise festgelegte Gegenstände des Verwaltungsvollzuges auch im föderalen Staat gemeinsam erledigt werden können, ohne dem Vergaberecht zu unterliegen; dafür müssen die beteiligten Gebietskörperschaften nicht die gesamten Aufgaben übertragen – was in

57 Dazu *Schliesky, U.*, in: ders. (Hg.), *eGovernment in Deutschland*, Kiel, 2006, 1 ff., hier 12; *ders.*: Die Europäisierung der Amtshilfe, a. a. O., 44.

58 Zu derartigen Neuorientierungen *ders.*: Souveränität und Legitimität, a. a. O., 588 ff.

59 Bei einem entsprechenden politischen Willen und entsprechender abstrakter Aufnahme in das Grundgesetz wäre die Rechtsfigur des Verwaltungsverbandes aber auch für alle anderen Bereiche des Verwaltungshandelns eine taugliche Organisationsform. – Die Idee der Verankerung einer neuen Organisationsform für Kooperationen hat auch bei zahlreichen Sachverständigen im Rahmen der Anhörung zu den Verwaltungsthemen Unterstützung gefunden, s. *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; *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; *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; *Kammer, M.*: Fragenkatalog für die öffentliche Anhörung zu den Verwaltungsthemen am Donnerstag, dem 8. November 2007, K-Drs. 063 vom 15. 10. 2007; *Schneider, H.-P.*: Selbstbestimmungsföderalismus statt Mitbestimmungsföderalismus, K-Drs. 079, Oktober 2007; s. auch die Zusammenfassung in *Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen*: Anhörung von Sachverständigen zum Komplex „Verwaltungsthemen“ am 8. November 2007 – Findhilfe zum Fragenkatalog, K.-Drs. 083 vom 12. 11. 2007 und ferner das Impulsreferat auf der Klausurtagung der Kommission am 06./07. 12. 2007 von *Heller, R.*, a. a. O.

vielen Fällen rechtlich auch gar nicht möglich oder zumindest untunlich ist –, sondern können auch Teile von Aufgaben, reine Vollzugs- oder Hilfstätigkeiten, auf eine gemeinsam getragene Organisationseinheit übertragen. Der Verwaltungsverband ist eine durch Staatsvertrag gegründete Körperschaft des öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit, der nur Bund und Länder beitreten können.⁶⁰ Mit der neuen Rechtsfigur des Verwaltungsverbandes können die eingangs beschriebenen Bedürfnisse nach engerer Kooperation in den Bereichen IT-Sicherheit und Standardisierung sowie einer gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Organisationsform für die Koordinierung, Ausschreibung und Betrieb einer gemeinsamen Netzinfrastruktur für Bund und Länder verfassungsrechtlich erfüllt werden.

Zum einen besteht dann eine verfassungsrechtliche Ermächtigung zur vergabe-rechtsfreien interkörperschaftlichen Zusammenarbeit und damit eine organisationsrechtliche Grenzziehung der Verwaltungskooperation gegenüber dem Vergaberecht. Damit erfolgt die dringend erforderliche Weiterentwicklung des Organisationsrechts, das aktuellen Kooperationsnotwendigkeiten und insbesondere dem Charakter des eGovernment als notwendig zuständigkeitsüberschreitender Form der Aufgabenerledigung nicht mehr gerecht wird. Dabei ist deutlich zu betonen, dass der Verwaltungsverband selbst als öffentlicher Auftraggeber bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen dem Vergaberecht unterliegt. Zum anderen stellt der Verwaltungsverband ein Instrument zur wirtschaftlichen Erledigung von standardisierten Verwaltungsdienstleistungen dar und ermöglicht die organisatorische Umsetzung verwaltungswissenschaftlicher bzw. betriebswirtschaftlicher Empfehlungen wie die Trennung zwischen *front office* und *back office* sowie die Einrichtung von *shared-service*-Centern⁶¹, indem ausdrücklich auch die gemeinsame Wahrnehmung von Teilaufgaben ermöglicht wird. Das in Absatz 2 vorgesehene Bundesgesetz könnte als sog. Begleitgesetzgebung zusammen mit der Föderalismusreform II, ggf. aber auch später verabschiedet werden. Es handelt sich dabei um abstraktes Organisationsrecht, das Gründung, Steuerung, Finanzierung und Kompetenzen des Verwaltungsverbandes näher

60 In jedem Fall muss die Mitgliedschaft auf juristische Personen des öffentlichen Rechts beschränkt bleiben, um die Beteiligung des Verwaltungsverbandes an der Erledigung von Verwaltungsaufgaben vor dem Hintergrund des Rechtsstaats- und Demokratieprinzip abbilden zu können und die vergaberechtliche Klarstellung nicht zu gefährden. Denkbar wäre aber auch die Eröffnung einer Beitrittsmöglichkeit für Kommunen; dies stößt in der derzeitigen Diskussion angesichts des verfassungsrechtlichen Charakters der kommunalen Gebietskörperschaften als Bestandteile der Länder z. T. auf – aus Sicht des Verfassers unberechtigte – Bedenken.

61 Dazu eingehend *Schulz, E.*, a. a. O., 49 ff.

ausgestaltet und damit einen Grundstein für das seit langem vermisste Verwaltungskooperationsrecht legt.

Der von Schleswig-Holstein unterbreitete Vorschlag⁶² lautet konkret:

„Art. 37b GG⁶³: Verwaltungsverband

(1) Der Bund und die Länder können zur Erledigung ihnen obliegender öffentlicher Aufgaben oder von Teilen dieser Aufgaben [im IT-Bereich] einen Verwaltungsverband gründen. Der Verwaltungsverband ist Körperschaft des Öffentlichen Rechts ohne Gebietshoheit. Die Gründung erfolgt durch Staatsvertrag der Beteiligten. Die Verantwortlichkeit der beteiligten Gebietskörperschaften für ihre öffentlichen Aufgaben bleibt unberührt. [Gemeinden und Kreise können dem Verwaltungsverband beitreten.]

(2) Das Nähere regelt ein Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrates.“

III. Fazit

Der Erfolg der Föderalismuskommission ist ungewiss, vielleicht sogar unwahrscheinlich, soweit sich die Erwartungshaltung auf eine grundlegende Neuordnung der Finanzbeziehungen von Bund und Ländern richtet. Im Bereich der Verwaltungsthemen scheint zur Zeit der Fertigstellung dieses Beitrags hingegen eine Lösung möglich zu sein, da zwischen Bund und Ländern mittlerweile zumindest Einigkeit über die Handlungsnotwendigkeit im IT-Bereich besteht. Ob gegebenenfalls eine nur auf die sog. Verwaltungsthemen gestützte „Föderalismusreform“ gelingen kann, müssen die politischen Beratungen der nächsten Monate zeigen. Für eine Stärkung der Handlungsfähigkeit der Länder und ihrer im Rahmen der Föderalismusreform I gewachsenen Rechtsetzungs- und Verwaltungskompetenzen wäre dies nicht nur wünschenswert, sondern geradezu essentiell, wenn den Herausforderungen an eine koordinierte Aufgabenerfüllung in einer „europäisierten“ und technisch „vernetzten“ Welt in den nächsten Jahren genügt werden soll.

62 Nachfolgend wird der Ursprungsvorschlag dargestellt. Nachträgliche Ergänzungen oder Änderungen, die sich im Verlaufe der politischen Diskussionen ergeben haben, sind in eckigen Klammern gekennzeichnet. Der Vorschlag ist zu Beginn der Diskussionen in der UAG IT unterbreitet worden, wegen der prinzipiellen Eignung auch für andere Verwaltungsbereiche zusätzlich in der UAG Verwaltungskooperation in den Abschlußbericht aufgenommen worden. Seither wird der Vorschlag sowohl in der IT-Diskussion als auch bei den allgemeinen Verwaltungskooperationsmodellen erörtert.

63 Verfassungssystematisch erscheint eine Verankerung des Verwaltungsverbandes als „positive“ Kompetenzregelung im „Abschnitt II. Der Bund und die Länder“ angebracht. Denkbar ist aber auch eine Ergänzung der möglichen neuen Art. 91c oder Art. 91d, die sich ggf. mit IT-Fragen befassen.

Unterschiedliche Auffassungen werden noch zur Notwendigkeit einer Aufnahme des Verwaltungsverbandes oder einer anderen Organisationsform in das Grundgesetz vertreten, wobei hier in der Regel fachfremde Argumente eine Rolle spielen. Während den IT-Verantwortlichen von Bund und Ländern das Fehlen einer tauglichen Organisationsform gerade für das Zusammenwirken bei technischen Funktionalitäten einer ansonsten bei den Gebietskörperschaften verbleibenden Aufgabenerledigung schmerzlich bewusst ist, überwiegt bei anderen Beteiligten der Reformberatungen offenbar die Angst vor einer neuen „Mischverwaltung“ als Nachfolgemodell für die vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten „ArGen“. Diese ist unbegründet, da zum einen eine Beschränkung des Verwaltungsverbandes auf Fragen der IT erfolgen könnte und zum anderen die bei den Arbeitsgemeinschaften gem. § 44b SGB II vom Bundesverfassungsgericht zu Recht festgestellte Verantwortungsvermischung bei dem Verwaltungsverband gerade nicht stattfindet. Vielmehr würde der Verwaltungsverband als neue Organisationsform die Probleme bei IT-Sicherheit, Netzinfrastruktur, Standardisierung und freiwillig gewünschter Zusammenarbeit lösen helfen: Mit der neuen Rechtsfigur des Verwaltungsverbandes können die eingangs beschriebenen Bedürfnisse nach engerer Kooperation in den Bereichen IT-Sicherheit und Standardisierung sowie einer gemeinsamen öffentlich-rechtlichen Organisationsform für die Koordinierung, Ausschreibung und Betrieb einer gemeinsamen Netzinfrastruktur für Bund und Länder verfassungsrechtlich erfüllt werden.

Gerade hinsichtlich der 1949 den Müttern und Vätern des Grundgesetzes noch unbekannten IT ist die Zeit für eine Aufnahme in das grundgesetzliche Kompetenz- und Organisationsgefüge gekommen, zumal es über die in der Kommissionsarbeit erörterten Fragen hinaus wegen rechtsstaatlicher Zurechenbarkeit und demokratischer Legitimation um weitreichende Grundsatzfragen geht, die der Lösung harren. Die Möglichkeit einer rechtlich gestaltenden Weiterentwicklung von Staat und Verwaltung auf der Ebene der Verfassung und damit die Verhinderung einer zu großen Kluft zwischen Staat und Gesellschaft – hier im Hinblick auf arbeitsteilige Prozesse und Nutzung der IT – sollte genutzt werden. Das Verfassungsrecht ist die rechtliche Grundordnung sowohl für den Staat und seine Organe als auch für das Verhältnis zwischen Staat und Bürgern bzw. der Gesellschaft. Gerade für das Zusammenhalten des staatlichen Gemeinwesens, das heutzutage zunehmend auf Kooperationen mit Hilfe von IT angewiesen ist, bildet das Verfassungsrecht das maßgebliche Instrument – eine Erkenntnis übrigens, die

schon im 19. Jahrhundert vorhanden war und nun erinnert werden sollte: „Denn besser, als das Recht, ist von allen menschlichen Dingen auch das Beste nicht.“⁶⁴

64 *Falck, N.N.*: Das Herzogthum Schleswig in seinem gegenwärtigen Verhältniß zu dem Königreich Dänemark und zu dem Herzogthum Holstein, 1816, neu herausgegeben und eingeleitet von Schliesky, U., Quellen zur Verwaltungsgeschichte Nr. 23, Kiel, 2008, 134,