



WESTFÄLISCHE WILHELMS-UNIVERSITÄT MÜNSTER  
INSTITUT FÜR ÖFFENTLICHES RECHT UND POLITIK

Geschäftsführender Direktor Prof. Dr. Bodo Pieroth

Prof. Dr. Pieroth • Institut für Öffentliches Recht und Politik  
Wilmergasse 28 • 48143 Münster

Wilmergasse 28  
48143 Münster  
Fon: 0251 / 5 10 49-0  
Fax: 0251 / 5 10 49-19  
E-Mail: pieroth@uni-muenster.de

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

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

Kommissionsdrucksache  
065

# Gliederung

I.	Einleitung.....	4
II.	Grenzen der Verfassungsänderung .....	5
1.	Allgemeines.....	5
2.	Bundesstaatsprinzip .....	5
a)	Normative Vorgaben .....	5
aa)	Gliederung des Bundes in Länder.....	6
bb)	Grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung.....	7
cc)	Kerngehalte der Konkretisierungen des Bundesstaatsprinzips .....	7
b)	Beantwortung der Fragen.....	9
3.	Demokratieprinzip .....	10
a)	Normative Vorgaben .....	10
b)	Beantwortung der Fragen.....	12
4.	Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip .....	12
III.	Verfassungsrechtliche Grenzen für Privatisierungen .....	12
1.	Allgemeines.....	12
2.	Funktionsvorbehalt für Beamte.....	13
3.	Spezielle Gewährleistungspflichten.....	14
4.	Organisations- und Aufgabengehalte der Verwaltungskompetenznormen.....	15
a)	Bundesverwaltung.....	15
b)	Organisations- und Aufgabengehalte.....	16
c)	Auftragsverwaltung der Länder.....	17
IV.	Verfassungsrechtliche Grenzen für Kooperationen im Bundesstaat .....	18
1.	Allgemeines.....	18
2.	Grundsätzlich: ausschließliche und zwingende Kompetenzverteilung.....	18
3.	Ausnahme: gemeinsame Einrichtungen der Länder .....	20
a)	Erscheinungsformen .....	20
b)	Verfassungsrechtliche Beurteilung .....	21
4.	Beantwortung der Fragen .....	22
V.	Zu einzelnen Fragen.....	23
1.	Funktionalreform.....	23

2. Generationengerechtigkeit.....	25
3. Berlin/Bonn-Gesetz.....	26
4. Bildung und Wissenschaft.....	27
5. Sicherheitsstrukturen.....	27
6. Bevölkerungsschutz.....	28
7. Verbot der Aufgabenübertragung an die Gemeinden.....	28
8. Justizkosten und Gerichtskosten.....	29
9. Studienplatzkosten.....	31
10. Länderneugliederung.....	32
Anhang: Ergänzende schriftliche Stellungnahme von Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg.....	36
Fragen-Register.....	49

## I. Einleitung

Der vorliegende Fragenkatalog bringt auf den unterschiedlichsten Gebieten des staatlichen Tätigwerdens Gesetzes- und Verfassungsrecht, Europa- und Völkerrecht ins Spiel. Nach der grundgesetzlichen Normenhierarchie ist dabei wie folgt zu unterscheiden:

- Gibt es Grenzen für die Änderung des Grundgesetzes? Diese Frage ist am ausschließlichen Maßstab des Art. 79 Abs. 3 GG zu beantworten (dazu unten II.).
- Gibt es Grenzen für die Änderung von Gesetzen? Diese Frage ist an den Maßstäben des gesamten Grundgesetzes, des Europäischen Gemeinschaftsrechts und der allgemeinen Regeln des Völkerrechts zu beantworten (dazu unten III.-V.). Dabei setzen die Grenzen für Verfassungsänderungen selbstverständlich auch Gesetzesänderungen Grenzen.
- Gibt es Grenzen für die Änderung des Verwaltungshandelns? Diese Frage ist am Maßstab der gesamten (Außen-)Rechtsordnung zu beantworten. Die Grenzen ergeben sich also neben den unter den beiden ersten Spiegelstrichen genannten Maßstäben vor allem aus den (einfachen) Gesetzen. Auf diese Ebene kann in der vorliegenden Stellungnahme grundsätzlich nicht mehr eingegangen werden.

Von diesen rechtlichen sind die politischen Fragen zu unterscheiden. Es geht bei ihnen nicht um den juristischen Grenzverlauf, sondern um die rechtlich zulässigen (innerhalb der Grenzen liegenden) Gestaltungsmöglichkeiten des (verfassungsändernden) Gesetzgebers. Kurz gefasst lautet die juristische Frage: Darf die Verfassung, das Gesetz oder das Verwaltungshandeln geändert werden? Im Gegensatz zu: Soll eine Regelung geändert werden? Auch wenn man diese beiden Fragen so klar trennt, dürfen nicht die Interdependenzen zwischen ihnen verkannt werden. Die bekannteste Formel dafür ist, dass der Jurist bei seiner Arbeit immer den Blick zwischen Recht und Wirklichkeit „hin und her wandern“ lassen muss. Rechtssoziologie und Rechtspolitik, Verwaltungswissenschaften und Entscheidungswissenschaften sind Disziplinen (auch) der Jurisprudenz. Schon die Suche nach verschiedenen rechtlich zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten eines Normgebers, erst recht die Einpassung einer rechtlich zulässigen Lösung in die vorfindliche Normenmasse bedarf der rechtlichen Expertise. Daher werden die vielen Fragen des Fragenkatalogs, die nicht die rechtlichen Grenzen, sondern rechtlich zulässige Entscheidungsoptionen betreffen, zu Recht auch an Rechtswissenschaftler

gestellt. Deren Antworten sollten aber immer klar erkennen lassen, wo zu rechtlichen Grenzen Stellung genommen oder wo ein – auch mit (unter anderem rechtlich) gut begründeter – politischer Ratschlag gegeben wird.

## **II. Grenzen der Verfassungsänderung**

### **1. Allgemeines**

Die in Art. 79 Abs. 3 GG abschließend aufgezählten<sup>1</sup> Einrichtungen und Normen des Grundgesetzes dürfen auch durch eine nach Art. 79 Abs. 1 und 2 GG erfolgende Verfassungsänderung nicht geändert werden und genießen insoweit absoluten Bestand. Gegen Art. 79 Abs. 3 GG verstoßende Gesetze sind nichtig<sup>2</sup>. Wegen des offenkundigen Spannungsverhältnisses dieser sogenannten Ewigkeitsklausel zum Demokratieprinzip des Grundgesetzes wird allgemein eine restriktive Interpretation des Art. 79 Abs. 3 GG befürwortet. In diesem Sinn hat das Bundesverfassungsgericht das Merkmal des „Berührens“ in Art. 79 Abs. 3 GG wie folgt gekennzeichnet: Die geschützten Grundsätze seien als solche „von vornherein nicht ‚berührt‘, wenn ihnen im allgemeinen Rechnung getragen wird und sie nur für eine Sonderlage entsprechend deren Eigenart aus evident sachgerechten Gründen modifiziert werden“; außerdem sei zu bedenken, dass es sich „um eine Ausnahmvorschrift handelt, die jedenfalls nicht dazu führen darf, dass der Gesetzgeber gehindert wird, durch verfassungsänderndes Gesetz auch elementare Verfassungsgrundsätze systemimmanent zu modifizieren“<sup>3</sup>.

### **2. Bundesstaatsprinzip**

#### **a) Normative Vorgaben**

Bundesstaatsfragen werden in Art. 79 Abs. 3 GG gleich mehrfach thematisiert. Geschützt gegen eine Verfassungsänderung werden erstens „die Gliederung des Bundes in Länder“, zweitens „die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ und drittens der in Art. 20

---

<sup>1</sup> BVerfGE 94, 12/34.

<sup>2</sup> BVerfGE 30, 1/24.

niedergelegte Grundsatz des Bundesstaates, die sogenannte Bundesstaatlichkeit. Gegenüber dem allgemeineren dritten Element stellen die ersten beiden Spezialfälle dar. Das dritte Element kann auch nicht im Wege einer subjektiv-teleologischen Reduktion weginterpretiert werden<sup>4</sup>. Von dem in Art. 20 GG niedergelegten Bundesstaatsprinzip sind seine Konkretisierungen an anderen Stellen im Grundgesetz zu unterscheiden. So wird das Bundesstaatsprinzip durch die Homogenitätsklausel (Art. 28 Abs. 1 GG), die Neugliederungsvorschriften (Art. 29, 118, 118a GG), die Kompetenzklausel (Art. 30 GG), die Kollisionsklauseln (Art. 31, 142 GG), die Amts-, Katastrophen- und Polizeihilfe (Art. 35, 91 Abs. 1 GG), die Mitwirkung der Länder an der Willensbildung des Bundes durch den Bundesrat (Art. 50) und die Finanzverfassung (Art. 104a bis 108 GG) konkretisiert. Diese Unterscheidung bedeutet, dass die Konkretisierungen nicht mit ihrem gesamten Geltungsumfang an dem Schutz vor Verfassungsänderungen teilhaben. Es ist aber nicht ausgeschlossen, dass einzelne Elemente dieser Konkretisierungen zugleich notwendige Bestandteile der Bundesstaatlichkeit sind. Bei ihnen ist also die im Einzelnen häufig nicht einfache Frage zu beantworten, inwieweit sie einen dem Bundesstaatsprinzip als solchen zurechenbaren Gehalt haben und insoweit Schutz vor Verfassungsänderungen genießen und inwieweit nicht.

#### **aa) Gliederung des Bundes in Länder**

Es ist allgemein anerkannt, dass diese Normierung schon wegen Art. 29, 118, 118a GG keine Garantie des Bestandes und der Grenzen der gegenwärtig existierenden Bundesländer ist<sup>5</sup>. Es müssen aber mindestens drei<sup>6</sup> Bundesländer fortbestehen. Jedem Land muss zudem ein Mindestmaß an Eigenständigkeit verbleiben, wozu das Bundesverfassungsgericht gezählt hat: „die freie Bestimmung über seine Organisation einschließlich der in der Landesverfassung enthaltenen organisatorischen Grundentscheidungen sowie die Garantie der verfassungskräftigen Zuweisung eines angemessenen Anteils am Gesamtsteueraufkommen im Bundesstaat“<sup>7</sup>. Diese Eigenständigkeit wird allerdings schon im Ansatz durch die Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG begrenzt, wonach

---

<sup>3</sup> BVerfGE 30, 1/25; 94, 12/34; 109, 279/310.

<sup>4</sup> So zutreffend Dreier, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 79 III Rn. 47.

<sup>5</sup> BVerfGE 1, 14/85; 5, 34/38.

<sup>6</sup> Bryde, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000-2003, Art. 79 Rn. 30; Dreier (o. Fn. 4), Art. 79 III Rn. 21; Evers, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2007, Art. 79 Rn. 212.

<sup>7</sup> BVerfGE 34, 9/20.

die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne des Grundgesetzes entsprechen muss. Darüber hinaus bemisst sich die Eigenständigkeit der Länder am Kerngehalt der das Bundesstaatsprinzip konkretisierenden Einzelnormen (unten cc).

### **bb) Grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung**

Wortlaut („grundsätzlich“) und Systematik (Unterscheidung zu Art. 50 GG) zeigen, dass Art. 79 Abs. 3 GG nicht den gegenwärtigen Umfang der Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung, z.B. durch Zustimmungsgesetze<sup>8</sup> oder durch einen aus Regierungsmitgliedern bestehenden Bundesrat<sup>9</sup>, garantiert. Nur in Ausnahmefällen darf jegliche Länderbeteiligung ausgeschlossen werden<sup>10</sup>. Da in Art. 79 Abs. 3 GG anders als in Art. 50 GG die Mitwirkung der Länder nicht auch auf die Verwaltung des Bundes erstreckt wird, dürfen auch Art. 83ff. GG und insbesondere die regelmäßige Verwaltung der Bundesgesetze durch die Länder geändert werden. Grenzen können sich allenfalls aus dem Bundesstaatsprinzip insoweit ergeben, als die Länder nicht ihrer gewichtigsten Einflussmöglichkeit beraubt werden dürfen.

### **cc) Kerngehalte der Konkretisierungen des Bundesstaatsprinzips**

Der Bundesstaatlichkeit ist die Aufteilung der Kompetenzen, und zwar der Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungskompetenzen, auf die beiden Ebenen des Zentralstaats und der Gliedstaaten notwendig immanent. Sie geschieht im geltenden Verfassungsrecht allgemein durch Art. 30 GG und speziell für die einzelnen Gewalten in Art. 70ff., 83ff. und 92ff. GG. Art. 79 Abs. 3 GG schützt nicht vor Änderungen dieser Normen; daher ist die Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Ländern prinzipiell variabel<sup>11</sup>. Insbesondere ist die gegenwärtige Festlegung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses zu Gunsten der Länder in Art. 30, 70 Abs. 1 und 83 GG nicht vor

---

<sup>8</sup> Bryde (o. Fn. 6), Rn. 32; Dreier (o. Fn. 4), Rn. 24; Vismann, in: Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz (Reihe Alternativkommentare), 3. Aufl., Stand: August 2002, Art. 79 Rn. 52; a.A. Evers (o. Fn. 6), Rn. 218.

<sup>9</sup> Bryde (o. Fn. 6), Rn. 32; Dreier (o. Fn. 4), Rn. 24; Hain, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 79 Rn. 133; Stern, Staatsrecht, Band I, 2. Aufl. 1984, S. 170; a.A. Evers (o. Fn. 6), Rn. 220, wonach ein Senat mit vom Volk gewählten Abgeordneten unzulässig sein soll.

<sup>10</sup> Dreier (o. Fn. 4), Rn. 23.

<sup>11</sup> Dreier (o. Fn. 4), Rn. 22; Hain (o. Fn. 9), Rn. 130.

Veränderung gefeit. Andererseits schützt Art. 79 Abs. 3 GG doch „einige Mindestkompetenzen“, einen „gewissen Bestand an Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungskompetenzen“<sup>12</sup>. Das gilt besonders für den Bereich der Verwaltung, da der Exekutivföderalismus die Bundesstaatlichkeit des Grundgesetzes prägt; die Länder dürfen daher nicht ihrer maßgeblichen Einflussmöglichkeit beraubt werden. Das schließt eine Ausweitung der Bundesverwaltungskompetenzen nicht aus, verhindert aber ein faktisches Übergewicht des Bundes im gesamten Bereich<sup>13</sup>. Ähnliches gilt für die Finanzverfassung, in der weder die Steuerkompetenzverteilung noch die Steuerertrags-verteilung noch der Finanzausgleich unveränderbar sind<sup>14</sup>.

Die Unterscheidung zwischen unveränderbarem Kerngehalt einer Konkretisierung des Bundesstaatsprinzips und nicht dazu gehörigen Konkretisierungen des Bundesstaatsprinzips wirkt sich auch auf die Grenzen der zulässigen Kooperation im Bundesstaat aus. So wird aus Art. 30 GG gefolgert, dass Kompetenzüberlassungen und -verschiebungen, die keine Grundlage im GG haben, unzulässig sind<sup>15</sup>. Schon die Formulierung dieses Rechtssatzes zeigt, dass er nicht zum unveränderbaren Kerngehalt des Bundesstaatsprinzip gerechnet werden kann und in diesem Sinn keinen Bestandsschutz genießt, weil Kompetenz-überlassungen und -verschiebungen, die eine Grundlage im Grundgesetz haben, zulässig sind und daher auch durch Verfassungsänderung in das Grundgesetz eingefügt werden können.

Der Bestandsschutz greift erst bei einer Selbstpreisgabe der Länder und bei einer Umformung zu einem Staatenbund<sup>16</sup>. Eine andere Formulierung lautet, die Kooperation dürfe nicht „eine derartige Dichte erreichen, dass ein eigenverantwortliches Handeln der Länder, insbesondere auch der Landesparlamente, in den wesentlichen Bereichen ihrer Zuständigkeit praktisch unmöglich wird“<sup>17</sup>. Hiervon sind alle in den Fragen angestellten Überlegungen noch weit entfernt.

---

<sup>12</sup> Dreier (o. Fn. 4), Rn. 22 und 48.

<sup>13</sup> Vgl. Dreier (o. Fn. 4), Rn. 25.

<sup>14</sup> Zum Finanzausgleich vgl. etwa Heintzen, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000-2003, Art. 107 Rn. 5.

<sup>15</sup> Vgl. BVerfGE 26, 281/296; 32, 145/156; 63, 1/39; umfassende Nachweise bei Nettesheim, in: FS Badura, 2004, S. 363/377.

<sup>16</sup> Rudolf, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, S. 1130.

<sup>17</sup> Sommermann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 20 Rn. 49.

Die Bundesstaatlichkeit kann idealtypisch beschrieben werden als Ebenenaufteilung mit wechselseitiger Beeinflussung. Nachdem die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern sowie die Mitwirkung der Länder im Bund beschrieben worden sind, bleibt noch die Einflussmöglichkeit des Bundes auf die Länder. Als wesentliches Instrument sind hier die Vorrangklauseln der Art. 31 und 142 GG zu nennen. Wiederum ist der Vorrang des Bundesrechts kein unumstößliches Gebot des Bundesstaatsprinzips. Das zeigt schon die Durchbrechung durch Art. 142 GG sowie – seit der Föderalismusreform I – durch Art. 72 Abs. 3 S. 3 GG. Auch insofern wird man nur sagen können, dass ein Übergewicht von Ländergesetzen, die mit Vorrang gegenüber Bundesrecht ausgestattet wären, mit der Bundesstaatlichkeit unvereinbar wäre. Außerdem hat die Einflussmöglichkeit des Bundes auf die Länder noch eine kompetenzielle Seite. Ebenso wie nach der zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts den Ländern ein angemessener Anteil am Gesamtsteuer-aufkommen im Bundesrat verbleiben muss<sup>18</sup>, darf der Bund nicht zum „Kostgänger“ der Länder gemacht werden<sup>19</sup>.

Eine hinreichende Substanz an Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungs-kompetenzen ist also das Entscheidende; es reicht mit den Worten des Bundesverfassungs-gerichts nicht „irgendein Rest“<sup>20</sup>. Das gilt auch in der Zeitachse: Diese Substanz darf auch nicht durch mehrere Grundgesetzänderungen „nach und nach ausgehöhlt werden“<sup>21</sup>. Allerdings verweist das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang auf die „Eigenstaatlichkeit“ der Länder. Das ist aber nur eine Umschreibung der Substanz an Kompetenzen und auch ein theoretisch und für den Rechtsvergleich verwendbarer Begriff; auch in der neuesten einschlägigen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird dieser Begriff deskriptiv verwendet<sup>22</sup>. Nicht dagegen handelt es sich bei der „Eigenstaatlichkeit“ der Länder um einen normativen Begriff des geltenden Verfassungsrechts, aus dem eigenständige Folgerungen gezogen werden können<sup>23</sup>. Das ist bei den Fragen, die sich auf die Eigen-staatlichkeit berufen, zu bedenken.

---

<sup>18</sup> BVerfGE 34, 9/20.

<sup>19</sup> Vogel/Walter, in: Dolzer/Vogel/Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2007, Art. 106 Rn. 100f.

<sup>20</sup> BVerfGE 34, 9/19.

<sup>21</sup> BVerfGE 34, 9/19.

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 101, 158/222.

<sup>23</sup> Ebenso Vismann (o. Fn. 8), Rn. 51.

## **b) Beantwortung der Fragen**

Das Bundesstaatsprinzip steht gem. Art. 79 Abs. 3 GG weder der Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Infrastrukturen (**Frage 18**) noch der von den Mitgliedern der Bundesregierung in der Föderalismuskommission II vorgeschlagenen Koordinierungskompetenz des Bundes (**Frage 33**) noch der Abschaffung der Landessteuerverwaltung im Bereich Gemeinschafts-steuern und einer Abschaffung der Zustimmungspflichtigkeit bei Steuergesetzen des Bundes (**Frage 117**) noch einer fakultativen Übertragung der Landessteuerverwaltung auf Bundesbehörden (**Frage 128**) noch einer die Gebietskörperschaften übergreifenden Aufgabenerledigung (**Fragen 156, 182 und 300**) noch der Schaffung gemeinsamer Einrichtungen der Länder (**Frage 289**) noch der Mischverwaltung (**Frage 310**) noch einem Grundlagenvertrag zwischen den Ländern der in Frage 321 beschriebenen Art entgegen. Einzige Grenze für Länderneugliederungen (vgl. **Fragen 325-333**) ist gem. Art. 79 Abs. 3 GG, dass mindestens drei Länder übrig bleiben. Solange die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG nicht überschritten werden, kommt es auf die Motive des verfassungsändernden Gesetzgebers nicht an; er darf auch allein auf Kosten- und Effektivitätsüberlegungen basierende Eingriffe in das föderale Gefüge vornehmen (**Frage 32**).

## **3. Demokratieprinzip**

### **a) Normative Vorgaben**

Das Demokratieprinzip gehört zu den im Art. 20 niedergelegten Grundsätzen im Sinn des Art. 79 Abs. 3 GG. Die zum Bundesstaatsprinzip dargelegten Maßstäbe der engen Auslegung und der Unterscheidung des Grundsatzes von speziellen Konkretisierungen gelten auch hier. Ebenso wenig wie dort die Eigenstaatlichkeit der Länder durch ihre Erwähnung in Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zur normativen Sperre für Verfassungs-änderungen avancieren kann, ist das bei der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur ununterbrochenen Legitimationskette vom Volk zu den mit staatlichen Aufgaben betrauten Organen und Amtswaltern der Verwaltung der Fall. Art. 79 Abs. 3 GG garantiert also die Notwendigkeit der demokratischen Legitimation des Staatshandelns, doch sind dadurch „spezifische Legitimationskonzepte, wie sie in der nicht

unanfechtbaren Judikatur des Bundesverfassungsgerichts Gestalt gewinnen, nicht mit abgedeckt<sup>24</sup>. Fraglich ist danach, wie weit die Grenzen, die das Demokratieprinzip Privatisierungen des Verwaltungshandelns zieht, Bestandteil der Ewigkeitsgarantie sind.

Bei der Privatisierung von Staatsaufgaben haben sich folgende Kategorien herausgebildet<sup>25</sup>: (1) Bei der Organisationsprivatisierung oder formellen Privatisierung bleibt die Aufgabe als solche eine staatliche, lediglich zur Aufgabenwahrnehmung bedient sich der Staat einer privatrechtlichen Organisation, insbesondere einer Kapitalgesellschaft in der Form der GmbH oder der AG; das muss eine Eigengesellschaft oder ein gemischt-wirtschaftliches Unternehmen sein, bei der der Staat die Mehrheitsbeteiligung innehat. (2) Bei der Erfüllungsprivatisierung oder funktionalen Privatisierung, z.T. auch Verfahrensprivatisierung genannt, verbleibt die Aufgabe als solche wie bei der Organisationsprivatisierung in staatlicher Verantwortung, allerdings bedient sich der Staat für die Aufgabenerledigung eines privaten Rechtssubjekts; das kann auch eine Kapitalgesellschaft sein, bei der die öffentliche Hand nicht die Mehrheitsbeteiligung innehat. (3) Bei der Eigentumsprivatisierung oder Vermögensprivatisierung wird staatliches Eigentum, insbesondere an öffentlichen Unternehmen, auf Private übertragen. (4) Aufgabenprivatisierung oder materielle Privatisierung liegt vor, wenn der Staat sich der Aufgabe vollständig entledigt und die Erledigung bisher von ihm wahrgenommene Aufgaben dem privaten, gesellschaftlich-wirtschaftlichen Bereich überlässt.

Diese vier Kategorien beschreiben, aber normieren nicht. Daher sind Teilprivatisierungen, Mischformen, Kombinationen der Modelle und weitere Ausdifferenzierungen rechtlich zulässig und praktisch gebräuchlich. Beispielsweise stellte die geplante Kapitalprivatisierung der Deutschen Flugsicherung GmbH eine Kombination von funktionaler und teilweiser Vermögensprivatisierung dar<sup>26</sup>. Auch PPP (Public-Private-Partnerships) ist ein verwaltungswissenschaftlicher Sammelbegriff, der unterschiedliche Formen des Zusammenwirkens des Staats mit privaten Rechtssubjekten umfasst, die regelmäßig der Kategorie der funktionalen Privatisierung zuzuordnen sind, aber auch Elemente anderer Kategorien aufweisen können<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Dreier (o. Fn. 4), Rn. 37.

<sup>25</sup> Zusammenfassend Burgi, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 9 Rn. 7ff.; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 23 Rn. 61ff.; Schoch, Vereinbarkeit des Gesetzes zur Neuregelung der Flugsicherung mit Art. 87d GG, 2006, S. 28f.

<sup>26</sup> Schoch (o. Fn. 25), S. 29f.

<sup>27</sup> Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht, Band 3, 5. Aufl. 2004, § 92 Rn. 4f.

Nach verbreiteter Ansicht zieht das Demokratieprinzip der Organisationsprivatisierung oder formellen Privatisierung Grenzen<sup>28</sup>: In den Organen der Eigengesellschaften und der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen muss den durch Bestellung legitimierten Vertretern der öffentlichen Hand ein Letztentscheidungsrecht zukommen. Eine verfassungsrechtliche Schranke ist das aber nur für diese Form der Privatisierung. Soweit dem Staat als Alternative zu dieser Form der Privatisierung eine andere Option bleibt, stellt das Demokratieprinzip keine unüberwindbare Barriere für Privatisierungen auf. Als andere Option ist die Aufgabenprivatisierung oder materielle Privatisierung zu betrachten. Deren Grenzen ergeben sich aber außer aus speziellen Normen des Grundgesetzes möglicherweise aus dem Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip, nicht aber aus dem Demokratieprinzip.

#### **b) Beantwortung der Fragen**

Das Demokratieprinzip steht weder der Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Infrastrukturen (**Frage 18**) noch Public-Private-Partnerships entgegen (**Frage 23**).

#### **4. Rechtsstaatsprinzip und Sozialstaatsprinzip**

Es ist anerkannt, dass diese beiden Prinzipien, die in Art. 20 GG normiert sind und damit dem Art. 79 Abs. 3 GG unterfallen, Grenzen für die Aufgabenprivatisierung oder materielle Privatisierung ziehen können. So ist im Rechtsstaatsprinzip das staatliche Gewaltmonopol verankert, das es ausschließt, dass der Staat die Aufgabe des Schutzes der öffentlichen Sicherheit Privaten völlig überlässt, der aber Public-Private-Partnerships im Bereich der inneren Sicherheit nicht verbietet<sup>29</sup>. Das Sozialstaatsprinzip verpflichtet den Staat zwar dazu, die „Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein“ sicherzustellen<sup>30</sup>, steht aber einer Privatisierung von Infrastrukturleistungen nicht entgegen<sup>31</sup>. Auch das Rechtsstaatsprinzip und das Sozialstaatsprinzip

---

<sup>28</sup> Vgl. Ehlers, Jura 1997, 180ff.; ders., JZ 1987, 218ff.; Dreier (o. Fn. 4), Art. 20 (Demokratie), Rn. 136ff.

<sup>29</sup> Vgl. Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht, 4. Aufl. 2007, § 5 Rn. 58 und 62; Wolff/Bachof/Stober (o. Fn. 27), § 93 Rn. 12.

<sup>30</sup> BVerfGE 40, 121/133; 82, 60/80.

<sup>31</sup> Wolff/Bachof/Stober (o. Fn. 27), § 93 Rn. 13.

stehen also weder der Privatisierung öffentlicher Aufgaben und Infrastrukturen (**Frage 18**) noch Public-Private-Partnerships entgegen (**Frage 23**).

### III. Verfassungsrechtliche Grenzen für Privatisierungen

#### 1. Allgemeines

Nach den Grenzen, die Demokratie-, Rechtsstaats- und Sozialstaatsprinzip schon dem verfassungsändernden Gesetzgeber für Privatisierungen ziehen (oben II.), geht es nunmehr um Grenzen, die das sonstige geltende Verfassungsrecht dem Gesetzgeber zieht. Dazu gehören an erster Stelle die Grundrechte, die gegen einen bei einer Privatisierung durch den Staat ausgeübten Zwang schützen. Ein solcher Zwang ist aber erstens nicht notwendig mit der Privatisierung verbunden und zweitens potentiell so unterschiedlich ausgestaltet, dass hier auf die Grundrechte als Maßstab nicht weiter eingegangen wird. Darüber hinaus bestehen folgende Grenzen (**Fragen 1, 17, 19-22**):

#### 2. Funktionsvorbehalt für Beamte

Gem. Art. 33 Abs. 4 GG ist die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen. Dies ist die institutionelle Garantie eines Mindest-Einsatzbereichs des Berufsbeamtentums<sup>32</sup>. Sie „sichert die Kontinuität hoheitlicher Funktionen des Staates“<sup>33</sup>. Hoheitsrechtliche Befugnisse meint die Entscheidungstätigkeit der Eingriffsverwaltung und der grundrechtsrelevanten Leistungsverwaltung<sup>34</sup>, ausgenommen die Leistung untergeordneter Hilfsdienste<sup>35</sup>. Ständige Ausübung meint kontinuierlich und auf unabsehbare Dauer<sup>36</sup>.

Entscheidend dürfte in vielen Grenzfällen sein, was in Art. 33 Abs. 4 GG mit „in der Regel“ gemeint ist. Das ist eine vage Formulierung, auf Grund derer das Bundesverfassungsgericht

---

<sup>32</sup> Masing, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 60.

<sup>33</sup> BVerfGE 88, 103/114.

<sup>34</sup> Masing (o. Fn. 32), Rn. 66; Stern (o. Fn. 9), S. 348f.

<sup>35</sup> Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 33 Rn. 36; Lecheler, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: April 2007, Art. 33 Rn. 49.

<sup>36</sup> Masing (o. Fn. 32), Art. 33 Rn. 69.

konsequenterweise dem Gesetzgeber einen großen Ermessens- und Gestaltungsspielraum eingeräumt hat. In der grundlegenden Entscheidung heißt es dazu<sup>37</sup>: „Wie der Staat öffentliche Aufgaben erledigen lassen will, ist im allgemeinen Sache seines freien Ermessens, freilich bis zu einem gewissen Grade auch von Eigenart und Gewicht der einzelnen Aufgabe abhängig. Es besteht hier eine breite Skala von Möglichkeiten, die vom freien Beruf mit öffentlich-rechtlichen Auflagen bis zu Berufen reicht, die gänzlich in die unmittelbare Staatsorganisation einbezogen sind, also ‚öffentlichen Dienst‘ im eigentlichen Sinne darstellen.“ Der Staat kann sich zwar bei der Übertragung staatlicher Aufgaben auf einen Beruf außerhalb des öffentlichen Dienstes „von der Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgaben nicht entlasten“. Die Garantie der Qualität für die Arbeit „darf durch die Übertragung auf einen Beruf außerhalb des öffentlichen Dienstes nach Möglichkeit nicht geschmälert werden. Alle Regelungen, die geeignet erscheinen, diesem Ziele zu dienen, sind grundsätzlich zulässig“.

Legt man Art. 33 Abs. 4 GG auf diese Weise eng aus, wofür maßgeblich auch die Entstehungsgeschichte spricht<sup>38</sup>, errichtet diese Vorschrift in vielen Bereichen keine unübersteigbaren Hürden für Privatisierungen. Beispielsweise liegt in folgenden Fällen kein Verstoß gegen den Funktionsvorbehalt vor: die Überwachung der Entsorgung von Abfällen durch einen Privaten<sup>39</sup>, die Überführung von Lehrern an öffentlichen Schulen und Professoren an öffentlichen Hochschulen in den Angestelltenstatus<sup>40</sup>, die Schaffung des freien Berufs eines Gerichtsvollziehers mit seiner gleichzeitigen Beilehung<sup>41</sup> und die Übertragung von Service- und Wartungsarbeiten an Private selbst im Strafvollzug<sup>42</sup>.

### **3. Spezielle Gewährleistungspflichten**

Mit den Privatisierungen von Bahn und Post im Jahr 1994 sind zugleich verfassungsrechtliche Grenzen der Privatisierung in Art. 87e und 87f GG festgeschrieben worden. Gem. Art. 87e Abs. 4 S. 1 GG gewährleistet der Bund, dass dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den

---

<sup>37</sup> BVerfGE 17, 371/377, 379.

<sup>38</sup> Masing (o. Fn. 32), Art. 33 Rn. 65.

<sup>39</sup> BVerwG, NVwZ 2006, 829f.

<sup>40</sup> Strittig; Nachweise zum Streitstand bei Masing (o. Fn. 32), Art. 33 Rn. 67 Fn. 361.

<sup>41</sup> Scholz, in: Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung 2003, 97ff.

<sup>42</sup> Gusy, in: Stober (Hrsg.), Privatisierung im Strafvollzug?, 2001, S. 5/29.

Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz, soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen, Rechnung getragen wird. Gem. Art. 87f Abs. 1 GG gewährleistet der Bund im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen. Soweit die Gewährleistungspflicht reicht, sind Aufgabenprivatisierungen unzulässig und Organisations-privatisierungen allenfalls bei untergeordneten Dienstleistungen vorstellbar.

Gewährleistung bedeutet nicht nur eine „politische Verantwortung des Bundes“<sup>43</sup>, sondern eine – wenn auch vage – rechtliche Verpflichtung<sup>44</sup>. Inhaltlich bleibt sie hinter dem aufgabenrechtlichen Gehalt (unten 4.) des Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG a.F. zurück, so dass die Angestellten der Deutschen Bahn AG keine zur Wahrung öffentliche Aufgaben bestellte Personen sind<sup>45</sup>. Die Gewährleistungspflicht verhindert auch eine Einflussnahme des Bundes auf den privatisierten Dienstleistungsbereich der Eisenbahnen des Bundes<sup>46</sup>. Die in den Art. 87e und 87f GG normierte Trennung zwischen privatisiertem Bereich und den sich in der Gewährleistungspflicht ausdrückenden Grenzen der Privatisierung taugt durchaus als Modell für die Privatisierung anderer Bereiche bisher staatlicher Aufgabenwahrnehmung.

#### **4. Organisations- und Aufgabengehalte der Verwaltungskompetenznormen**

##### **a) Bundesverwaltung**

Bei den Vorschriften über die Bundesverwaltung in den Art. 86ff. GG ist folgendes zu beachten: Nach dem Maß der Selbstständigkeit der Verwaltung ist zu unterscheiden zwischen der unmittelbaren Bundesverwaltung („bundeseigene Verwaltung“) und der mittelbaren Bundesverwaltung („bundesunmittelbare Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechtes“). Nach dem Grad der Hierarchisierung ist die gegliederte (mit eigenem Verwaltungsunterbau) von der

---

<sup>43</sup> So aber die amtliche Begründung in Bundestags-Drucksache 12/6280, S. 8.

<sup>44</sup> Hommelhoff/Schmidt-Aßmann, in: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht 1996, 551ff.; Wieland, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 2006, Art. 87e Rn. 14f.; Windthorst, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 3. Aufl. 2003, Art. 87e Rn. 50.

<sup>45</sup> BGHSt 49, 214/219ff.

<sup>46</sup> Gersdorf, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 87e Rn. 48, 68 und 73ff.

ungegliederten (ohne eigenen Verwaltungsunterbau) Bundesverwaltung zu unterscheiden. Nach der Grundlage im Grundgesetz selbst oder in einer weiteren Organisationsentscheidung, namentlich durch Bundesgesetze, gibt es eine obligatorische und eine fakultative Bundesverwaltung. Aus diesen Normen können sich Grenzen für Privatisierungen ergeben, weil Verwaltung grundsätzlich Behörden meint und Körperschaften des öffentlichen Rechts Privatrechtssubjekte gerade ausschließen. Dagegen werden die Normen über fakultative Bundesverwaltung hier nicht relevant, da die Entscheidung über die Einführung von Bundesverwaltung gerade nicht verfassungsrechtlich determiniert ist, sondern beim Gesetzgeber liegt.

## **b) Organisations- und Aufgabengehalte**

Art. 86ff. GG sind zunächst Kompetenzvorschriften in dem Sinn, dass sie den Bund im Gegensatz zu den Ländern für zuständig erklären. Es ist allgemein anerkannt, dass sie darüber hinaus Organisations- und Aufgabengehalte haben. Der Organisationsgehalt der Normen, die eine bundeseigene Verwaltung vorschreiben, besteht darin, dass die entsprechende öffentliche Aufgabe direkt von einer staatlichen, hierarchisch gegliederten Behördenorganisation zu erbringen ist<sup>47</sup>. Damit sind im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung Formen der mittelbaren Bundesverwaltung grundsätzlich unzulässig<sup>48</sup>. Der Aufgabengehalt besteht darin, dass der Bund verpflichtet ist, die entsprechende Verwaltung als eigene Aufgabe wahrzunehmen<sup>49</sup>. Es ist anerkannt, dass sich weder aus dem Gesamtkonzept der Art. 83ff. GG noch aus den Organisations- und Aufgabengehalten der Bundesverwaltungskompetenznormen ein vollständiger Privatisierungsausschluss ergibt.

Aus dem Organisations- und Aufgabengehalt der Bundesverwaltungskompetenznormen ergeben sich aber Privatisierungsgrenzen. Aus der Verpflichtung der Wahrnehmung der Verwaltungsaufgabe folgt, dass eine Übertragung der gesamten Aufgabe auf Private, d.h. ein sich der Aufgabe Entledigen, unzulässig ist. Es dürfen also nur abgrenzbare Teilaufgaben privatisiert werden, nicht aber der Kernbereich der Verwaltungsmaterie. Zur Bestimmung dieses Kernbereichs wird auf zwei

---

<sup>47</sup> Vgl. Lerche, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: März 2007, Art. 86 Rn. 6, 46.

<sup>48</sup> Ehlers, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 119.

<sup>49</sup> Lecheler, in: NVwZ 1989, 834/835; Lerche (o. Fn. 47), Art. 86 Rn. 4; Schmidt-Abmann/Fromm, Aufgaben und Organisation der Deutschen Bundesbahn in verfassungsrechtlicher Sicht, 1986, S. 59.

Gesichtspunkte abgehoben: Erstens gehören zum Kernbereich solche Elemente, die nach überkommenem Verständnis in einer besonders festen Zuordnung zu der betreffenden Institution stehen; nur bei diesen kann davon ausgegangen werden, dass der Verfassungsgeber sie als dauerhaften Pflichtgehalt der Norm festlegen wollte. Zweitens müssen es Elemente sein, die vom spezifischen Leistungsauftrag her funktionsprägend sind<sup>50</sup>.

Durchbrechungen des Grundsatzes, dass die Bundesverwaltung durch Behörden wahrgenommen wird, sind zulässig, wenn hierfür ein sachlicher Grund besteht und die Aufgabenerfüllung durch die Privaten vom Staat tatsächlich und effektiv gesteuert wird. Daher müssen die wesentlichen Entscheidungen innerhalb der Hauptfunktionsbereiche eines Verwaltungszweiges durch Behörden getroffen werden, während bei unwesentlichen Entscheidungen innerhalb der Hauptfunktionsbereiche und für Tätigkeiten außerhalb der Hauptfunktionsbereiche eine lockerere Einflussnahme ausreicht. Unzulässig ist aber eine Zurücknahme der Einflussmöglichkeiten auf eine bloße Rechtsaufsicht, weil sie Kennzeichen der mittelbaren Bundesverwaltung ist, deren Formen im Rahmen der bundeseigenen Verwaltung gerade nicht eingesetzt werden dürfen<sup>51</sup>.

Um Privatisierungen einschließlich Public-Private-Partnerships zu erleichtern, müssten also die Bundesverwaltungskompetenznormen, die unmittelbare oder mittelbare obligatorische Bundesverwaltung vorsehen, geändert werden. Als Beispiel mag die Verfassungsänderung aus dem Jahr 1992 sein, die Art. 87d Abs. 1 GG um den Satz 2 erweitert hat, nach dem auch eine privatrechtliche Organisationsform für die Luftverkehrsverwaltung durch Bundesgesetz eingeführt werden kann.

### **c) Auftragsverwaltung der Länder**

Die für die Bundesverwaltungskompetenznormen aufgezeigten Aufgaben- und Organisationsgehalte gelten grundsätzlich in gleicher Weise für Gegenstände, die den Ländern als Auftragsverwaltung i.S.d. Art. 85 GG übertragen sind. Die Übertragung kann schon durch das Grundgesetz vorgenommen sein (obligatorische Auftragsverwaltung) oder erst durch Bundesgesetz vorgenommen

---

<sup>50</sup> Schmidt-Aßmann/Fromm (o. Fn. 49), S. 68.

<sup>51</sup> Vgl. Ehlers (o. Fn. 48), S. 119f.; Lerche (o. Fn. 47), Art. 86 Rn. 63ff.

werden (fakultative Auftragsverwaltung). Daher ist beispielsweise für die Verwaltung der Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs gem. Art. 90 Abs. 2 GG anerkannt, dass grundsätzlich eine Übertragung der Aufgabe auf Private ausgeschlossen ist<sup>52</sup>. Allerdings ist bei diesem Verbot zweierlei zu bedenken:

Zum einen ist die Gesetzgebungskompetenz, der die Auftragsverwaltung zugeordnet ist, regelmäßig eine konkurrierende, von der der Bundesgesetzgeber keinen Gebrauch machen muss. Macht er dies nicht, so gibt es Landes-Fernstraßen und auch Landesautobahnen, für die Art. 90 Abs. 2 GG nicht gilt<sup>53</sup>. Zum anderen besteht bei dieser Materie die Möglichkeit, dass gem. Art. 90 Abs. 3 GG der Bund Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs auf Antrag eines Landes in bundeseigene Verwaltung übernimmt. Insoweit ist umstritten, ob dies wie sonst grundsätzlich mittelbare Bundesverwaltung durch besondere Rechtsträger ausschließt<sup>54</sup> oder ob dies als ein Weniger zur bundeseigenen Verwaltung bei der hier vorliegenden fakultativen Übernahme auf Antrag eines Landes ausnahmsweise zugelassen wird<sup>55</sup>. Unabhängig davon liegt bei einer Übernahme Bundesverwaltung vor, für die die aufgezählten Aufgaben- und Organisationsgehalte gelten. Weitergehende Privatisierungsschritte verlangen also eine Verfassungsänderung (**Frage 152**).

#### **IV. Verfassungsrechtliche Grenzen für Kooperationen im Bundesstaat**

##### **1. Allgemeines**

Das Bundesstaatsprinzip lässt dem verfassungsändernden Gesetzgeber wie gezeigt (oben II.) einen großen Spielraum. Es bleiben die Frage, welche Kooperationen im Bundesstaat auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts zulässig sind oder nicht, sowie bei Verneinung der Zulässigkeit nach geltendem Recht die Frage, welche Normen des Grundgesetzes geändert werden müssen, wenn neue Formen der Kooperation eingeführt werden sollen. Gerade zum Bundesstaatsprinzip werden diese drei Fragen häufig nicht klar genug auseinandergehalten: (1) Welche Kooperation ist nach geltendem Verfassungsrecht unzulässig? (2) Welche Kooperation ist nach einer Verfassungsänderung

---

<sup>52</sup> Sachs, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 4. Aufl. 2007, Art. 90 Rn. 22.

<sup>53</sup> Vgl. Sachs (o. Fn. 52), Art. 90 Rn. 17.

<sup>54</sup> So Sachs (o. Fn. ), Art. 90 Rn. 24.

<sup>55</sup> So Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 90 Rn. 4.

zulässig? (3) Welche Kooperation darf auch durch Verfassungsänderung nicht zulässig gemacht werden?

## 2. Grundsätzlich: ausschließliche und zwingende Kompetenzverteilung

Aus den Kompetenzverteilungsnormen des Grundgesetzes (Art. 30, 70ff., 83ff. und 92ff. GG) werden allgemein folgende Rechtsfolgen abgeleitet: Erstens besteht ein Regel-Ausnahme-Verhältnis, d.h. der Bund besitzt nur die ihm zugewiesenen Kompetenzen, der unbenannte Rest (die Residual-Kompetenz) liegt bei den Ländern. Zweitens besteht grundsätzlich eine ausschließliche Kompetenzverteilung, d.h. entweder der Bund oder die Länder sind zuständig; es gibt grundsätzlich keine Doppelzuständigkeit<sup>56</sup>. Die marginalen Ausnahmen, wie die Informationskompetenz der Bundesregierung oder die in engen Grenzen anerkannten administrativen Doppelzuständigkeiten<sup>57</sup>, können hier vernachlässigt werden. Drittens besteht eine grundsätzlich zwingende Kompetenzverteilung, d.h. dass Kompetenzüberlassungen bzw. Kompetenzverschiebungen, die keine Grundlage im Grundgesetz haben, unzulässig sind (oben II. 2. a) cc)). Dies wird als Delegationsverbot oder Kompetenzerhaltungsgebot bezeichnet. Diese „Unverfügbarkeit der Kompetenz“ gilt nicht nur im Verhältnis der Länder zum Bund (**Frage 309**), sondern abgeschwächt auch im Verhältnis der Länder untereinander (**Frage 182**). Überwiegend wird etwa eine endgültige und nicht mehr rückholbare Übertragung von Kompetenzen (sogenannte Übertragung quoad substantiam) ohne verfassungsrechtliche Ermächtigung für unzulässig angesehen<sup>58</sup>. Verfassungsrechtlich zulässig sind dagegen insbesondere Verwaltungshilfen zwischen den Ländern<sup>59</sup> und gemeinsame Einrichtungen der Länder, auf die im Folgenden näher eingegangen werden soll.

Die grundsätzlich zwingende Kompetenzverteilung gilt sowohl für die Gesetzgebungs-kompetenzen wie für die Verwaltungskompetenzen. Insoweit ist insbesondere die Mischverwaltung, bei der dem Bund oder einem Land Mitentscheidungsrechte bezüglich einer in der Kompetenz des anderen liegende Frage eingeräumt werden, grundsätzlich unzulässig, soweit sie nicht vom Grundgesetz

---

<sup>56</sup> BVerfGE 67, 299/321; 104, 249/267; 106, 62/114.

<sup>57</sup> Vgl. Oebbecke, in: FS Stree/Wessels, 1993, S. 1130ff.

<sup>58</sup> Vgl. Kisker, Kooperation im Bundesstaat, 1971, S. 212; Hillgruber, in: Dolzer/Vogel/Grasshof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2007, Art. 30 Rn. 63; a.A. Rudolf (o. Fn. 16), S. 1120f., der Übertragungen quoad substantiam nur im Bund-Länder-Verhältnis für verfassungswidrig hält.

<sup>59</sup> Selmer, in: FS Thieme, 1993, S. 359ff.

vorgesehen ist<sup>60</sup> (**Frage 310**). Auch damit wird nicht jede Art des Zusammenwirkens von Bund und Ländern im Bereich der Verwaltung verboten. So sind Rechts- und Amtshilfe gem. Art. 35 Abs. 1 GG sowie Organleihe und Betrauung zulässig. Auch auf der Grundlage von Europäischem Gemeinschaftsrecht findet eine „zusammenwirkende Verwaltung“ statt<sup>61</sup>. Die Abgrenzung im Einzelfall hat Aspekte der Verantwortungs-innehabung, unterschiedlicher Materien und Intensitätsstufen zu bedenken<sup>62</sup>. In diesem Zusammenhang kann auch die Unterscheidung von rein internen Verwaltungshilfsleistungen und nach außen wirkenden Maßnahmen gegenüber Bürgerinnen und Bürgern, Unternehmen und anderen öffentlich-rechtlichen Körperschaften relevant werden (**Frage 301**).

### 3. Ausnahme: gemeinsame Einrichtungen der Länder

#### a) Erscheinungsformen

Je nach Intensität der Kooperation lassen sich informelle Kontakte, Konferenzen und Ausschüsse, vertragliche Regelungen sowie gemeinsame Einrichtungen als typische Konstellationen voneinander abgrenzen<sup>63</sup>. Unter gemeinsamen Einrichtungen versteht man solche, die nicht nur koordinierend wirken, sondern selbst eine eigentlich den einzelnen Ländern zustehende Aufgabe wahrnehmen<sup>64</sup>. Wesentlich ist also das „Angelegtsein auf dauerndes institutionelles Zusammenwirken“<sup>65</sup>. Bekannte Beispiele für gemeinsame Einrichtungen sind das ZDF und die ZVS (**Frage 293**). Gemeinsame Einrichtungen werden auf der Grundlage von Staatsverträgen oder Verwaltungsabkommen gebildet. Sofern sich die Übereinkunft allein auf Verpflichtungen im Innenrechtsbereich der Verwaltung beschränkt, genügt ein Verwaltungsabkommen (**Frage 304**). Dagegen ist ein Staatsvertrag über die Errichtung der gemeinsamen Einrichtung mit Zustimmung des jeweiligen Landesparlaments dann

---

<sup>60</sup> BVerfGE 41, 291/311; 63, 1/38ff.; 108, 169/182.

<sup>61</sup> BVerfG vom 17.10.2006 – 2 BvG 1/04 – Rn. 132.

<sup>62</sup> Bull, in: Denninger u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Reihe Alternativkommentare), 3. Aufl., Stand: August 2002, Rn. 40ff. vor Art. 83; Lerche (o. Fn. 47), Art. 83 Rn. 93ff.

<sup>63</sup> Vgl. Rudolf (o. Fn. 16), S. 1104ff.

<sup>64</sup> Vgl. Pietzcker, Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, in: Starck (Hrsg.), Zusammenarbeit der Gliedstaaten im Bundesstaat, 1988, S. 17/52; Vedder, Intraföderale Staatsverträge. Instrumente der Rechtssetzung im Bundesstaat, 1996, S. 106.

<sup>65</sup> Lerche (o. Fn. 47), Art. 83 Rn. 116.

erforderlich, wenn das Land insgesamt durch den Vertrag gebunden werden soll, insbesondere wenn Rechtswirkungen für den Bürger erzeugt werden sollen<sup>66</sup> (**Frage 289**).

Je nach rechtlicher Konstruktion und Organisation der gemeinsamen Einrichtung werden die institutionelle Beteiligungsverwaltung, Mehrländereinrichtungen und sogenannte echte Gemeinschaftseinrichtungen unterschieden. Institutionelle Beteiligungsverwaltung liegt vor, wenn vertraglich ein Bundesland eine Einrichtung bereitstellt, die für alle beteiligten Länder eine bestimmte Aufgabe erfüllt. Die Vertragspartner nehmen lediglich an der inneren organisatorischen Verwaltung der Einrichtung teil, während nach außen nur das die Einrichtung tragende Land auftritt und demgemäß im Außenverhältnis die alleinige Verantwortung trägt; in der Regel ist dies das Sitzland der Einrichtung<sup>67</sup>. Ist nur ein sächliches und personelles Substrat vorhanden, das aber zugleich Einrichtung des einen wie des anderen bzw. aller beteiligten Länder ist, handelt es sich um eine Mehrländereinrichtung. Anwendbares Recht und Aufsicht richten sich jeweils danach, für welches Land die Behörde gerade handelt. Echte Gemeinschaftseinrichtungen schließlich sind nicht einem bestimmten Land zugeordnet, sondern werden von der Gemeinschaft der Vertragspartner rechtlich getragen. Ihre Akte sind nicht die eines Landes, sondern werden unmittelbar der Einrichtung selbst zugerechnet. Es ist vertraglich zu bestimmen, welches Recht gelten soll und wie die Aufsicht wahrzunehmen ist.

## **b) Verfassungsrechtliche Beurteilung**

Die Befugnis der Länder zur Kooperation, zum Abschluss von Staatsverträgen und zur Errichtung gemeinsamer Einrichtungen ist unbestritten. Da die Länder gem. Art. 32 Abs. 3 GG sogar die Kompetenz zum Abschluss von Verträgen mit auswärtigen Staaten haben, kann ihnen die Vertragsabschlusskompetenz im Inland nicht verwehrt werden<sup>68</sup>. Der von den Mitgliedern des Konvents für Deutschland geforderten grundgesetzlichen Klarstellung der Zulässigkeit horizontaler Kooperationen<sup>69</sup> bedarf es daher nicht. Schon das geltende Verfassungsrecht errichtet allerdings Schranken für die Kooperation, insbesondere die Errichtung gemeinsamer Einrichtungen (**Frage**

---

<sup>66</sup> Vgl. Stern, Staatsrecht, Band II, 1980, § 41 IV 9a.

<sup>67</sup> Vgl. Pietzcker (o. Fn. 64), S. 52; Grawert, Verwaltungsabkommen zwischen Bund und Ländern in der Bundesrepublik Deutschland, 1967, S. 226.

<sup>68</sup> Vgl. Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: März 2007, Art. 20 IV Rn. 164.

289). Zunächst ist Länderkoordination überhaupt nur innerhalb des Kompetenzbereichs der Länder möglich. Sodann sind die Grenzen zu beachten, die das Bundesstaatsprinzip sogar für den verfassungsändernden Gesetzgeber zieht (oben II. 2. a) cc): Der Bundesstaat darf nicht zu einem Staatenbund umgeformt werden, und die Länder dürfen sich nicht selbst preisgeben. Als Umformung in diesem Sinne wird etwa auch die Schaffung einer „zweiten Bundesebene“ angesehen, in der die Länder alle oder beinahe alle Aufgaben nur noch gemeinschaftlich erledigen<sup>70</sup>. Allein die Errichtung von gemeinsamen Einrichtungen der Länder, auch von echten Gemeinschaftseinrichtungen, führt noch nicht zu einer derartigen „zweiten Bundesebene“.

Für die Frage der Selbstpreisgabe der Länder ist entscheidend, in welchem Umfang sich das einzelne Land einer Fremdbestimmung unterwirft<sup>71</sup>. Ein Verlust der Eigenstaatlichkeit der Länder könnte dann zu befürchten sein, wenn gemeinsame Einrichtungen bindende Beschlüsse durch Mehrheitsentscheidungen herbeiführen können. Die Befürchtung ist aber so lange unbegründet, wie derartige Aufgabenübertragungen punktuellen Charakter haben und folgende Voraussetzungen erfüllen: Der zugrundeliegende Staatsvertrag muss die Aufgaben und Befugnisse der gemeinsamen Einrichtung nach Inhalt, Zweck und Ausmaß eindeutig umschreiben, so dass die Einrichtung bei ihren Beschlüssen an den im Vertrag abgesteckten Rahmen gebunden ist. Dadurch werden die Beschlüsse von den Zustimmungsgesetzen zum Staatsvertrag erfasst und ist die demokratische Rückkoppelung gewährleistet. Sobald eine gemeinsame Einrichtung auf Länderebene auf der Grundlage eines Staatsvertrags einstimmig errichtet wurde, darf sich die Willensbildung innerhalb der Institution nach Mehrheitsgrundsätzen vollziehen<sup>72</sup>. Unbedenklich sind gemeinsame Einrichtungen jedenfalls dann, wenn den beteiligten Ländern ein Kündigungsrecht eingeräumt worden ist<sup>73</sup>.

Unterhalb dieser sogar dem verfassungsändernden Gesetzgeber gezogenen Grenzen verlangt die grundsätzlich ausschließliche und zwingende Kompetenzverteilung eine grundsätzlich eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung, d.h. „dass der Verwaltungsträger, dem durch eine Kompetenznorm des Grundgesetzes Verwaltungsaufgaben zugewiesen worden sind, diese Aufgaben durch eigene Verwaltungseinrichtungen – mit eigenen personellen und sächlichen Mitteln –

---

<sup>69</sup> Vgl. Pressemeldung vom 30.8.2007, These 13.

<sup>70</sup> Stern (o. Fn. 66), § 41 IV 9.

<sup>71</sup> Vgl. Vedder (o. Fn. 64), S. 144f.

<sup>72</sup> Vgl. Böckenförde, in: FS Schäfer, 1980, S. 182/186.

wahrnimmt ... Für das Abgehen von dem ‚Grundsatz eigenverantwortlicher Aufgabenwahrnehmung‘ bedarf es eines besonderen sachlichen Grundes<sup>74</sup>. Willigt ein Land in Kompetenzüberlassungen und -verschiebungen ein, muss ein hinreichender Einfluss auf die Aufgabenwahrnehmung erhalten bleiben<sup>75</sup>. Konkret bedeutet das etwa, dass bei einer gemeinsamen Einrichtung erkennbar sein muss, in wessen Rechts- und Verfassungskreis sie agiert<sup>76</sup>.

#### 4. Beantwortung der Fragen

Auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts ist eine verstärkte Kooperation der Länder untereinander in größerem Umfang zulässig als eine Kooperation zwischen den Ländern und dem Bund. Den Ländern steht das vielfältig einsetzbare Instrument der Staatsverträge einschließlich der Errichtung gemeinsamer Einrichtungen offen. Durch Verwaltungsabkommen oder Staatsverträge kann die Bündelung bzw. übergreifende Wahrnehmung von Aufgaben der Länder geregelt werden (**Fragen 67, 156 und 300**). Die gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Grundlagen dürften dagegen für den in **Frage 321** beschriebenen Grundlagenvertrag zwischen den Ländern nicht mehr ausreichen. Wenn es nicht nur um punktuelle Kompetenzüberlassungen und -verschiebungen zwischen den Ländern geht, sondern um eine grundsätzliche Regelung für viele Bereiche, in denen eigenverantwortliche Aufgabenwahrnehmung nicht mehr stattfindet, dann bedarf es einer Verfassungsänderung.

Für das Verhältnis zwischen Bund und Ländern enthält das Grundgesetz viel präzisere Vorgaben als für die Koordination der Länder untereinander. Eine Erweiterung der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern ist auf dem Boden des geltenden Verfassungsrechts daher auch nur eingeschränkt möglich. Regelmäßig bedarf es insoweit einer Verfassungsänderung. Das gilt insbesondere für die Bündelung von Aufgaben, in denen derzeit sowohl Bund als auch Länder eigenständige Behörden unterhalten (**Frage 67**), und für die Schaffung einer Koordinierungskompetenz des Bundes, für die keinesfalls eine ungeschriebene Kompetenz aus der Natur der Sache ausreichen würde (**Fragen 87,**

---

<sup>73</sup> Vgl. Pietzcker (o. Fn. 64), S. 61.

<sup>74</sup> BVerfGE 63, 1/41.

<sup>75</sup> Vgl. Trute, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, 5. Aufl. 2005, Art. 83 Rn. 31.

<sup>76</sup> Vgl. Berliner Verfassungsgerichtshof, NVwZ 2007, 813/815.

305). Diese Aussage gilt in gleicher Weise für eine entsprechende Gesetzgebungs- und Verwaltungskompetenz des Bundes.

## V. Zu einzelnen Fragen

### 1. Funktionalreform

Funktionalreformen (Veränderung der Aufgabenverteilung zwischen den staatlichen Ebenen) werden weiterhin eine wichtige Rolle für das Management der Folgen des demographischen Wandels haben (**Frage 11**). Dabei sollte sich die Politik nicht von dem Urteil des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern vom 26. Juli 2007 – LVerfG 9-17/06 – abhalten lassen, weil dieses Urteil die Grenzen, die dem Gesetzgeber insoweit durch die Verfassung gezogen sind, und damit zugleich die Grenzen, die dem Verfassungsgericht bei der Überprüfung von Gesetzen gezogen sind, verkennt. Schon für Gemeinden steht die verfassungsrechtliche Garantie der Selbstverwaltung unter einem Gesetzesvorbehalt, weswegen Gesetze erst dann gegen die Verfassung verstoßen, wenn sie in die Kernbereichsgarantie der Selbstverwaltung eingreifen. Wie weit der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers dadurch reicht, erkennt man an folgenden Formulierungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: Der Gesetzgeber darf nicht „die identitätsbestimmenden Merkmale gemeindlicher Selbstverwaltung“ beseitigen<sup>77</sup> oder derart aushöhlen, dass die Gemeinde keinen ausreichenden Spielraum zu ihrer Ausübung mehr hat<sup>78</sup>. Eine eigenständige organisatorische Gestaltungsfähigkeit der Kommunen darf nicht „im Ergebnis erstickt“ werden<sup>79</sup>. Eine Verhältnismäßigkeitskontrolle wird durch das Bundesverfassungsgericht nur zurückhaltend gehandhabt<sup>80</sup>; sie wird nur intensiver, wenn es um einen Substanzverlust für die gemeindliche Selbstverwaltung geht<sup>81</sup>. Für Kreise ist die verfassungsrechtliche Garantie sowohl des Art. 28 Abs. 2 S. 2 GG als auch des inhaltsgleichen Art. 72 Abs. 1 S. 2 der Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern darüber hinaus dadurch eingeschränkt, dass den Kreisen keine bestimmten Aufgaben gewährleistet sind; vielmehr ist ihr Aufgabenkreis gesetzlicher Bestimmung überlassen. Der verfassungsrechtliche Garantiegehalt besteht nur darin, dass überhaupt eine gewisse

---

<sup>77</sup> BVerfGE 107, 1/12.

<sup>78</sup> BVerfGE 56, 298/312; 103, 332/366.

<sup>79</sup> BVerfGE 91, 228/239; 107, 1/13.

<sup>80</sup> Vgl. BVerfGE 86, 90/109ff.

Aufgabenzuteilung bestehen muss und dass unter den Kreisen zugewiesenen Aufgaben auch Selbstverwaltungsaufgaben sein müssen<sup>82</sup>.

Angesichts dieser verfassungsrechtlichen Ausgangslage kann die Begründung des Landesverfassungsgerichts Mecklenburg-Vorpommern nicht überzeugen. Das Gericht verwirft die Funktional- und Kreisstrukturreform des Landes Mecklenburg-Vorpommern, weil „die bürgerschaftlich-demokratische Dimension der kommunalen Selbstverwaltung nicht mit dem vollen ihr von Verfassung wegen zukommenden Gewicht in eine Abwägung eingestellt worden ist“<sup>83</sup>. Die bürgerschaftlich-demokratische Dimension, die das Gericht hier vor Augen hat, ist die ehrenamtliche Tätigkeit als Mitglied des Kreistages oder eines seiner Ausschüsse. Sie würde erschwert, mit dem Ergebnis, dass „immer weniger Bürger es als für sich zumutbar ansehen, die mit einer Kreistagsmitgliedschaft zwangsläufig verbundene Last auf sich zu nehmen“<sup>84</sup>. Erscheint dieser Gesichtspunkt schon an sich als weit hergeholt, wird er in seiner Überzeugungskraft nochmals dadurch abgeschwächt, dass das Gericht das Gesetz nicht an diesem Sachgesichtspunkt scheitern lässt, sondern an dem Verfahrensaspekt einer mangelnden Berücksichtigung dieses Gesichtspunkts im Gesetzgebungsverfahren. Nicht nur ist es grundsätzlich verfehlt, dass das Verfassungsgericht die Güte der Gesetzesberatungen zensiert, weil der Gesetzgeber ein verfassungsmäßiges Gesetz, nicht aber eine optimale Begründung schuldet<sup>85</sup>. Hinzu kommt im vorliegenden Fall, dass sich der Gesetzgeber sogar ausführlich Gedanken über die Zumutbarkeit der Veränderungen durch die Funktional- und Kreisstrukturreform für die ehrenamtlich in Kreistagen Tätigen gemacht hat. So läuft das Urteil darauf hinaus, dass die Richter eine andere Wegstrecke vom Wohnsitz zum Kreissitz für zumutbar gehalten haben als der Gesetzgeber. Daran darf doch im Ernst nicht eine Funktionalreform scheitern.

## 2. Generationengerechtigkeit

---

<sup>81</sup> BVerfGE 79, 127/154; 83, 363/382f.; 110, 370/401.

<sup>82</sup> BVerfGE 83, 363/383.

<sup>83</sup> Seite 50 des Urteils umdrucks.

<sup>84</sup> Seite 53 des Urteils umdrucks.

<sup>85</sup> Vgl. zuletzt Waldhoff, in: FS Isensee, 2007, S. 325ff.

Dem Bundestag liegt seit Ende 2006 der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur Verankerung der Generationengerechtigkeit (Generationengerechtigkeits-gesetz) vor<sup>86</sup>. In erster Linie soll folgender neuer Art. 20b in das Grundgesetz aufgenommen werden: „Der Staat hat in seinem Handeln das Prinzip der Nachhaltigkeit zu beachten und die Interessen künftiger Generationen zu schützen.“ Unabhängig davon ist Generationen-gerechtigkeit im Sinn der Wahrung und des Schutzes der Interessen künftiger Generationen schon gegenwärtig Bestandteil des Verfassungsrechts, teils explizit, teils implizit, d.h. als ausgesprochene Rechtsfolge oder als interpretatorisch zu erschließende Konkretisierung allgemeinerer Verfassungsrechtssätze. So enthält Art. 20a GG mit seiner Wendung von der „Verantwortung für die künftigen Generationen“ folgende sachliche Gebote auch mit Zukunftswirkung<sup>87</sup>: Der Staat muss Langzeitrissen durch Vorsorge vor der Entstehung von Umweltbelastungen mindern und auf Nachhaltigkeit achten. Dieses Nachhaltigkeitsprinzip erlaubt eine Inanspruchnahme natürlicher Ressourcen nur in dem Maße, wie ihre Nutzbarkeit auch durch künftige Generationen gewährleistet bleibt; nachwachsende Rohstoffe dürfen nur in dem Maße verbraucht werden, wie sie sich wiederbilden; für nicht nachwachsende Rohstoffe gilt das Prinzip der Sparsamkeit. Art. 20a GG hatte schon einen frühen Vorläufer in Art. 141 Abs. 1 S. 1 der Bayerischen Verfassung. Verstärkt finden sich derartige Elemente eines Generationenverfassungsrechts in den seit 1990 geschaffenen Verfassungen der neuen Bundesländer<sup>88</sup>.

Alle diese Normen haben die Qualität von Staatszielbestimmungen, d.h. sie haben normative Kraft, aber keine normative Dichte. Darin sind sie dem Sozialstaatsprinzip ähnlich, für das das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, dass sich aus ihm „regelmäßig kein Gebot entnehmen (lässt), soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren“<sup>89</sup>. Daher bedarf das Sozialstaatsprinzip in besonderem Maße der Konkretisierung, die in erster Linie durch den Gesetzgeber zu leisten ist<sup>90</sup>. Daher stellt eine Kürzung von Ausgaben für Kinder und Jugendliche im Bereich der Bildung, Schule und Hochschule sowie der Familienhilfe keinen Verfassungsverstoß dar

---

<sup>86</sup> Bundestags-Drucksache 16/3399.

<sup>87</sup> Zusammenfassend Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 9. Aufl. 2007, Art. 20a Rn. 5ff.

<sup>88</sup> Überblick bei Häberle, in: FS Zacher, 1998, S. 215ff.; umfassende Würdigung zuletzt bei Mückl, in: FS Isensee, 2007, S. 183ff.

<sup>89</sup> BVerfGE 110, 412/445.

<sup>90</sup> BVerfGE 65, 182/193; 71, 66/80.

**(Frage 13).** Unbenommen bleibt es, derartige Kürzungen als mit dem politischen Ziel einer Generationengerechtigkeit unverträglich zu bezeichnen.

### **3. Berlin/Bonn-Gesetz**

Im Völker- und Europarecht haben Protokolle, die völkerrechtlichen Verträgen beigefügt werden, eine besondere Bedeutung. So sind nach Art. 311 EGV die diesem Vertrag im gegenseitigen Einvernehmen der Mitgliedstaaten beigefügten Protokolle Bestandteil dieses Vertrages. Protokolle nach Art. 311 EGV sind damit rechtsverbindliche Nebenurkunden im Sinn des Art. 2 Abs. 1 Buchstabe a des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge. Als integraler Bestandteil des EGV kommt ihnen der Rang von Primärrecht zu. Schon nach dem Europäischen Gemeinschaftsrecht werden hiervon gemeinsame und einseitige Erklärungen der Vertragsparteien unterschieden, die kein Vertragsbestandteil sind, aber nach Art. 31 Abs. 2 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge zur Auslegung des EGV herangezogen werden können<sup>91</sup>.

Im Staats- und Verfassungsrecht kommt derartiges allenfalls beim Abschluss von Staatsverträgen zwischen den Ländern in Betracht. Im Verfahren der Gesetzgebung und der Verfassungsänderung auf Bundesebene wie auf Landesebene können Protokollnotizen lediglich den Status von Motiven der damit befassten gesetzgebenden Organe haben und bei der Auslegung als entstehungsgeschichtliche Elemente Berücksichtigung finden. Daher heißt es in den vorliegenden Kommentierungen zur Neufassung des Art. 22 Abs. 1 GG durch die Föderalismusreform I übereinstimmend, dass aus den während der Beratung gemachten Vorbehalten zu Gunsten der Regelungen im Berlin/Bonn-Gesetz sich keine Einschränkungen des gesetzgeberischen Spielraums ergeben<sup>92</sup>. Daraus folgt, dass das Berlin/Bonn-Gesetz ein wie jedes andere mit der erforderlichen Mehrheit änderbares Bundesgesetz ist (**Frage 41**).

### **4. Bildung und Wissenschaft**

---

<sup>91</sup> Vgl. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 311 EGV Rn. 4.

In diesen Bereichen sind unter großen Mühen durch die Föderalismusreform I Verfassungsänderungen vorgenommen worden. Der Ausbau und Neubau von Hochschulen einschließlich der Hochschulkliniken ist aus dem Katalog der Gemeinschaftsaufgaben herausgenommen worden; im Gegenzug ist die Förderung von Forschungsbauten an Hochschulen einschließlich Großgeräten als ein Fall des Zusammenwirkens von Bund und Ländern auf Grund von Vereinbarungen in Fällen überregionaler Bedeutung aufgenommen worden. Ein derartiges Zusammenwirken ist des Weiteren für die wissenschaftliche Forschung zulässig; dabei ist aber die institutionelle Förderung auf die Forschung außerhalb von Hochschulen beschränkt; nur die Projektförderung ist umfassend zulässig. Gedeckt hiervon sind auch Einrichtungen der Forschungsförderung. Im Übrigen bleibt die Ressortforschung des Bundes unberührt<sup>93</sup>. Die Einfügung des Begriffs „Wissenschaft“ neben der Forschung in Art. 91b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GG erstreckt in begrifflich und systematisch fragwürdiger Weise den Gegenstand auf Fragen der Lehre, des Studiums und der Weiterbildung, um ein Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Bewältigung steigender Studierendenzahlen zu ermöglichen<sup>94</sup>. Eine Notwendigkeit der Änderung nach so kurzer Zeit dürfte schwer zu belegen sein (**Fragen 46 und 185**).

## 5. Sicherheitsstrukturen

Durch die Föderalismusreform I ist Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG eingefügt worden. Danach besteht in bestimmten Fällen eine ausschließliche Bundesgesetzgebungskompetenz für die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt. Dieses kann nunmehr auch für seine präventive Tätigkeit Befugnisse bekommen; allerdings bedarf das entsprechende Bundesgesetz gem. Art. 73 Abs. 2 GG als einziges in den Materien des Art. 73 Abs. 1 GG der Zustimmung des Bundesrats. Für eine erneute Verfassungs-änderung nach so kurzer Zeit gilt das soeben zu 4. Gesagte (**Frage 48**).

## 6. Bevölkerungsschutz

---

<sup>92</sup> Höfling/Burkiczak, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: April 2007, Art. 22 Rn. 50; Jarass (o. Fn. 87), Art. 22 Rn. 3.

<sup>93</sup> Vgl. Bundestags-Drucksache 16/813, S. 17.

<sup>94</sup> Vgl. Bundestags-Plenarprotokoll 16/44, S. 4239f., 4252, 4254 und 4263.

Bisher hat der Bund gem. Art. 73 Abs. 1 Nr. 1 GG die ausschließliche Gesetzgebungs-kompetenz über „die Verteidigung einschließlich des Schutzes der Zivilbevölkerung“. Parallel dazu findet sich dieser Wortlaut in Art. 12a Abs. 3 S. 1 GG. Aus den systematischen Zusammenhängen sowie aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich, dass der Schutz der Zivilbevölkerung in Zusammenhang mit der Landesverteidigung und dem Verteidigungsfall steht. Deshalb fällt unter diesen Begriff „der Schutz der Zivilbevölkerung vor unmittelbaren Kriegseinwirkungen, etwa der Schutz vor Luftangriffen oder die medizinische Versorgung, einschließlich der vorbeugenden Maßnahmen, wie der Räumung von Gebäuden“; ebenso wird dazugezählt „die Versorgung der Zivilbevölkerung mit lebenswichtigem Bedarf“<sup>95</sup>. Als weitere Aspekte werden noch genannt „die Einrichtung von Schutzanlagen und die Durchführung von Schutzübungen“<sup>96</sup>. Bevölkerungsschutz, der die Bewältigung von Großkatastrophen und länderübergreifenden schweren Unglücksfällen meint, geht daher über das dargelegte Verständnis von (verteidigungsmotiviertem) Zivilschutz hinaus. Bevölkerungsschutz in diesem erweiterten Sinn bedarf entsprechender Bundeskompetenzen sowohl für die Gesetzgebung wie für die Verwaltung (**Fragen 88, 89**).

## **7. Verbot der Aufgabenübertragung an die Gemeinden**

Durch die Föderalismusreform I ist Art. 84 Abs. 1 S. 7 in das Grundgesetz eingefügt worden: „Durch Bundesgesetz dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden.“ Über die Auslegung dieser Vorschrift hat es von Anfang an Streit gegeben. Ich erinnere an die Auseinandersetzung um das Verbraucherinformationsgesetz, das jedermann einen Anspruch auf freien Zugang zu allen Daten über Informationen gab, die bei einer Behörde des Bundes, eines Landes, einer Gemeinde u.ä. vorhanden sind. Dieses im September 2006 von Bundestag und Bundesrat verabschiedete Gesetz wurde von Bundespräsident Horst Köhler wegen Verstoßes gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht ausgefertigt. Streit ist auch entstanden über die Frage, ob durch diese Vorschrift nicht nur erstmalige Aufgabenübertragungen an die Gemeinden erfasst sind, sondern auch die Erweiterung bereits bestehender Aufgaben. Teilweise wird das Verbot auch hierauf erstreckt<sup>97</sup>. Teilweise wird auf die Erweiterung bereits vor der Föderalismusreform I übertragene Aufgaben Art.

---

<sup>95</sup> Jarass (o. Fn. 87), Art. 12a Rn. 11.

<sup>96</sup> Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, Stand: März 2007, Art. 73 Rn. 49; Rengeling, in: Isensee/Kirchhof(Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band IV, 1990, S. 753.

125a Abs. 1 GG angewendet und unter analoger Anwendung der zu Art. 125a Abs. 2 GG entwickelten Schutzstandards dem Bund eine Änderungskompetenz bezüglich der bereits übertragenen Aufgaben abgesprochen; allenfalls dann, wenn Sachregelungsbefugnis (Bund) und Organisationskompetenz zur Regelung der Aufgabenträgerschaft (Länder) auseinanderfallen, soll der Bund einzelne, bereits bestehende bundesrechtliche Vorschriften modifizieren können<sup>98</sup>.

Ich halte beide Auffassungen für unzutreffend: Die erste verkennt den Unterschied zwischen Aufgabenbestimmungsnormen und Aufgabenübertragungsnormen sowie die Systematik des Grundgesetzes, weil in Abschnitt VIII nur die „Ausführung“ der Bundesgesetze und damit Zuständigkeitsfragen geregelt sind, nicht aber Fragen der Aufgabeninhalte. Die zweite Auffassung sieht zwar richtig Art. 125a GG als *sedes materiae* an, zieht aber einen Analogieschluss, obwohl dessen Voraussetzungen nicht vorliegen. Das kann hier nicht vertieft werden. Ich warne aber ausdrücklich vor einer Verfassungsänderung, die eine Aufgabenerweiterung verbieten würde, für die am 1. September 2006 eine Zuständigkeit der Gemeinden begründet war. Damit würde man die Kompetenzen des Bundesgesetzgebers Recht, für das er unzweifelhaft die inhaltliche Bestimmungsbefugnis hat, fortzuentwickeln, unerträglich beschneiden (**Fragen 77, 179, 180**).

## **8. Justizkosten und Gerichtskosten**

Der Begriff der Kosten wird in unterschiedlichen Zusammenhängen mit einer unterschiedlichen Bedeutung versehen. Häufig steht „Kosten“ für „Ausgaben“. In diesem Sinne können unter „Justizkosten“ die Ausgaben für die Justiz verstanden werden. Das ist eine Frage der in Art. 104a Abs. 1 GG geregelten Ausgabenkompetenz. Da hiernach Bund und Länder gesondert die Ausgaben tragen, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben, haben die Länder die Ausgaben (Kosten) für die Gerichte der Länder und der Bund für seine Gerichte zu tragen.

Im Verhältnis zwischen Staat und Bürger herrscht dagegen ein anderer Kostenbegriff vor. Danach sind Kosten der Oberbegriff für Gebühren und Auslagen. Beispielsweise umfasst die Kostenberechnung des Notars seine Gebühren und Auslagen (vgl. § 154 Kostenordnung). Auch die

---

<sup>97</sup> Burgi, DVBl. 2007, 70/76f.; Germann, in: Kluth (Hrsg.), Föderalismusgesetz – Einführung und Kommentierung, 2007, Art. 84, 85 Rn. 114.

Verwaltungsvollstreckungsgesetze und einige Polizei- und Ordnungsgesetze verstehen unter Kosten die Gebühren und Auslagen (vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes des Bundes)<sup>99</sup>. Lässt man der Einfachheit halber hier einmal die Auslagen beiseite und konzentriert sich auf die Gebühren als öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer, öffentlicher Leistungen auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken<sup>100</sup>, dann muss grundsätzlich danach unterschieden werden, ob die Leistung eine solche der Exekutive oder der Judikative ist. Verwaltungsgebühren sind Teil des Verwaltungsverfahrens<sup>101</sup> und fallen damit in die Gesetzgebungskompetenz der Länder gem. Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG. Wenn Bundesgesetze gem. Art. 84 Abs. 1 S. 2 GG etwas anderes bestimmen, dürfen die Länder davon abweichende Regelungen treffen. Gegenüber dieser allgemeinen Kompetenzregelung für Verwaltungsgebühren gibt es einige spezielle Bundesgesetzgebungskompetenzen. So steht dem Bund die konkurrierende Bundesgesetzgebungskompetenz über die Erhebung und Verteilung von Gebühren oder Entgelten für die Benutzung öffentlicher Straßen mit Fahrzeugen gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 GG zu. Kraft Sachzusammenhangs mit der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz für den Tierschutz darf der Bund Gebührenregelungen für die Hygienekontrollen von frischem Fleisch treffen<sup>102</sup>.

Keine Frage des Verwaltungsverfahrens ist dagegen das gerichtliche Verfahren. Es steht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG in der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz und umfasst die Regelung von Gerichtskosten<sup>103</sup> und Gerichtsgebühren<sup>104</sup>. Gerichtsgebühren sind also Gebühren für die Inanspruchnahme von Gerichten. Als Gegenstand der konkurrierenden Bundesgesetzgebungskompetenz sind die Länder von der entsprechenden Gesetzgebungskompetenz ausgeschlossen, solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit gem. Art. 72 Abs. 1 GG Gebrauch gemacht hat.

---

<sup>98</sup> Schoch, DVBl. 2007, 261/263; Trute, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform – Einführung, 2007, Rn. 176.

<sup>99</sup> Weitere Nachweise bei Pieroth/Schlink/Kniesel (o. Fn. 29), 4. Aufl. 2007, § 25 Rn. 5.

<sup>100</sup> BVerfGE 50, 217/226; 97, 322/345; 108, 1/13.

<sup>101</sup> BVerfGE 26, 281/298, 301; BVerwGE 109, 272/278.

<sup>102</sup> BVerwGE 102, 39/40; 111, 143/146; BGHZ 146, 153/156.

<sup>103</sup> BVerfGE 47, 285/313f.

<sup>104</sup> BVerfGE 85, 337/346.

Die **Frage 244** ist daher wie folgt zu beantworten: Art. 84 GG ist für die Gerichtskosten nicht einschlägig. Einer ausdrücklichen Übertragung der Gesetzgebungskompetenz zum Erlass von Gerichtskostengesetzen für die Gerichte der Länder bedarf es nicht, weil der Bund auf Grund der gegenwärtigen Verfassungsrechtslage entsprechende Regelungen lediglich streichen oder partiell zurücknehmen muss. Ein teilweises Gebrauchmachen durch den Bund belässt den Ländern die Gesetzgebungskompetenz im nicht geregelten Bereich. Das kann auch durch die Einräumung von Abweichungsrechten (Zu- und Abschlagsrechte) bei den Gerichtskosten innerhalb bundesrechtlich vorgegebener Bandbreiten geschehen.

## **9. Studienplatzkosten**

In der Schweizer interkantonalen Universitätsvereinbarung vom 20.02.1997 ist festgelegt, dass die Kantone einander die Studienkosten ihrer Abiturienten ausgleichen. Dies erfolgt, differenziert nach Fächergruppen und angepasst an die Kostenentwicklung, in Form eines Vollkostenausgleichs. Die Kantone räumen im Gegenzug den Studierenden aus anderen Kantonen dieselbe Rechtsstellung ein wie denjenigen des eigenen Kantons. Daran angelehnt hat Rheinland-Pfalz den Vorschlag für eine „Reform der Hochschulfinanzierung im föderalen Wettbewerb“ gemacht, der auf zwei Eckpunkten beruht: erstens einer direkten Koppelung der echten Finanzierungskosten von Studienplätzen an die tatsächliche Inanspruchnahme dieser Plätze durch Studierende und zweitens darauf, dass für den Finanzierungsanteil des Staates am Studium nicht mehr das Land verantwortlich ist, das Studienplätze zur Verfügung stellt, sondern das Land, aus dem die Studienberechtigten kommen. Mit diesem Vorteilsausgleich soll ein „Verursacherprinzip“ zur Übernahme der Studienkosten mit dem Ergebnis eingeführt werden, dass die Länder, die keine ausreichende Anzahl an Studienplätzen für „ihre“ Studienberechtigten anbieten, einen finanziellen Vorteilsausgleich gegenüber den Ländern leisten, die eine höhere Anzahl an Studienplätzen anbieten.

Dieser Vorschlag kann auf der Grundlage des geltenden Verfassungsrechts umgesetzt werden. Als zweckgebundene Finanzleistung ist eine staatsvertragliche Regelung eines studienplatzbezogenen Vorteilsausgleichs zwischen den Ländern nicht an Art. 107 Abs. 2 GG, sondern an Art. 104a Abs. 1

GG zu messen<sup>105</sup>. Dieser entfaltet jedoch keine Wirkung im Verhältnis der Länder untereinander. Aufgabenakzessorische Zwischenländerfinanztransfers sind demnach grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig. Allerdings dürfen sie im Ergebnis nicht zu einem Unterlaufen des bundesgesetzlich geregelten Finanzausgleichs führen. Dies ist dann anzunehmen, wenn formal als zweckgebunden ausgestaltete Finanzzuweisungen zwischen den Ländern bei Würdigung aller Umstände tatsächlich den Charakter zweckungebundener Finanzhilfen haben. Für einen studienplatzbezogenen Vorteilsausgleich trifft dies jedoch nicht zu.

Durch die Föderalismusreform I ist die verfassungsrechtliche Grundlage geschaffen worden, dass sich der Bund gem. Art. 91b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GG an diesen Kosten beteiligt. Voraussetzung ist allerdings, dass gem. Art. 91b Abs. 1 S. 2 GG alle Länder zustimmen. Der sachgerechte Anknüpfungspunkt für den Umfang der Mitfinanzierung durch den Bund ist in dem Modell selbst angelegt: Die aus dem Ausland kommenden Studierenden sind keinem Land der Bundesrepublik zuzuordnen, so dass der Bund die durch sie entstehenden Kosten tragen könnte. Der Staatsvertrag müsste dann nicht nur zwischen den Ländern, sondern zusätzlich auch mit dem Bund abgeschlossen werden (**Frage 297**).

## 10. Länderneugliederung

Fragt man abstrakt, ob eine Neugliederung des Bundesgebiets durch Verringerung der Anzahl der Länder für unser Gemeinwesen gut wäre, wird kaum jemand diese Frage verneinen. Erst vor kurzem haben die Mitglieder des Konvents für Deutschland wieder gefordert, die konstitutionellen Hürden für Länderfusionen deutlich zu senken<sup>106</sup>. Offensichtlich scheinen aber der konkreten Umsetzung unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenzustehen. An guten Vorschlägen für eine sinnvolle Neugliederung mangelt es jedenfalls nicht. Mir persönlich hat beispielsweise der Vorschlag von Theo Waigel (CSU) nach der Wende eingeleuchtet, aus sechzehn neun Länder zu machen, wobei die großen Länder Nordrhein-Westfalen, Bayern, Baden-Württemberg und Sachsen unverändert bleiben, und folgende Länder jeweils zu einem neuen Land zusammengelegt werden: Schleswig-Holstein, Hamburg und Mecklenburg-Vorpommern; Niedersachsen, Bremen und Sachsen-Anhalt;

---

<sup>105</sup> Vgl. Pieroth/Haghu, in: DVBl. 2007, 1ff.

<sup>106</sup> Vgl. Pressemeldung vom 30.8.2007, These 12.

Berlin und Brandenburg; Hessen und Thüringen sowie Rheinland-Pfalz und das Saarland<sup>107</sup>. Aber hier geht es um die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen zur Erleichterung der Neugliederung. Dabei kommen prinzipiell zwei Ansatzpunkte in Betracht: Einmal kann man die Möglichkeiten erleichtern, durch Bundesgesetz zu einer Neugliederung zu kommen; zum anderen kann man die Möglichkeiten staatsvertraglicher Regelungen der Länder untereinander erleichtern.

Art. 29 GG stellt erhebliche materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Anforderungen an Neugliederungen, die regelmäßig eines Bundesgesetzes bedürfen. Dabei sind die materiell-rechtlichen Anforderungen des Art. 29 Abs. 1 GG noch weniger problematisch, weil sie anerkanntermaßen dem Gesetzgeber einen großen Entscheidungsspielraum lassen<sup>108</sup>. Demgegenüber enthält Art. 29 Abs. 2-6 GG beträchtliche verfahrensrechtliche Hürden. Insbesondere bedarf das Bundesgesetz der Bestätigung durch Volksentscheid und sind hierbei qualifizierte Abstimmungsmehrheiten vorgeschrieben. Beispielsweise ist danach die Neuordnung in einem Land, dessen Bevölkerung mehrheitlich die Neugliederung ablehnt, nicht möglich. Hätten diese Vorschriften 1951/52 für die Länder Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern gegolten, wäre das heutige Land Baden-Württemberg nicht zustande gekommen, weil im damaligen Land Baden die Mehrheit der Bevölkerung gegen den Zusammenschluss gestimmt hat<sup>109</sup>. Es ist durch die Spezialvorschrift des Art. 118 GG gleichwohl zustande gekommen. Die Abschaffung eines Landes gegen dessen Willen und auch gegen den Willen der Mehrheit der Bevölkerung dieses Landes ist also nichts verfassungsrechtlich Undenkbare.

Der andere Weg, Neugliederungen zu erleichtern, führt über Staatsverträge zwischen betroffenen Ländern. Dieser Weg ist schon bei der Verfassungsänderung von 1994 im Anschluss an die Wiedervereinigung beschränkt worden, als durch die Einführung des Art. 29 Abs. 8 GG mit der sogenannten staatsvertraglichen Option die Neugliederung nach der Vereinigung Deutschlands vereinfacht werden sollte<sup>110</sup>. Diese Erleichterung war bekanntlich nicht zielführend. Noch weniger Restriktionen als Art. 29 Abs. 8 GG enthält Art. 118a GG, wonach die Neugliederung in dem die

---

<sup>107</sup> Vgl. Der Spiegel 21/2003, S. 55.

<sup>108</sup> Vgl. Dietlein, in: Dolzer/Vogel/Grasshof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand: August 2007, Art. 29 Rn. 32, 37ff.; Kunig, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl., 2000-2003, Art. 29 Rn. 20; Maunz/Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Stand: März 2007, Art. 29 Rn. 23ff.

<sup>109</sup> Vgl. das Südweststaatsurteil BVerfGE 1, 14.

<sup>110</sup> Bundestags-Drucksache 12/6000, S. 44; 12/8165, S. 46.

Länder Berlin und Brandenburg umfassenden Gebiet abweichend von den Vorschriften des Art. 29 GG unter Beteiligung der Wahlberechtigten durch Vereinbarung beider Länder erfolgen kann. Hier ist also weder eine Zustimmung des Bundestags erforderlich noch zwingend eine Volksabstimmung vorgeschrieben<sup>111</sup>. Dass gleichwohl ein Zusammenschluss von Berlin und Brandenburg nicht zustande gekommen ist, lag daran, dass beide Länder eine Volksabstimmung vereinbart hatten, die negativ ausgefallen ist. Wie bei Art. 118a GG könnte auch in Art. 29 Abs. 8 GG auf die Pflicht zur Abhaltung einer Volksabstimmung verzichtet werden. Ein solcher Verzicht allein hätte aber noch keinen Einfluss auf Landesverfassungsrecht und Vertragsschließungsfreiheit der beteiligten Länder (**Frage 330**). Verfassungspolitisch wäre ich dafür, die „staatsvertragliche Option“ über die bisherigen Grenzen des Art. 29 Abs. 8 GG hinaus zu erweitern, ohne aber den Art. 118a GG vollständig zu verallgemeinern: Meines Erachtens sollte ein Zustimmungserfordernis des Bundestages beibehalten werden, um ganz unsinnige Zusammenschlüsse gegebenenfalls von Seiten des Gesamtstaats unterbinden zu können (**Fragen 328, 329**).

Münster, 17. September 2007

(Prof. Dr. Bodo Pieroth)

---

<sup>111</sup> Vgl. Bundestags-Drucksache 12/6000, S. 46 sowie die einhellige Kommentarliteratur nachgewiesen bei Pieroth (o. Fn. 55), Art. 118a Rn. 1.



## Anhang

Universität Regensburg 93040 Regensburg

Universität Regensburg

**Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
Sozialrecht und Gesundheitsrecht**

Prof. Dr. Thorsten Kingreen  
Universitätsstraße 31  
93053 Regensburg  
Telefon (0941) 943--2608  
Telefax (0941) 943--3634  
king@jura.uni-regensburg.de

Regensburg, den 12.10.2007

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

Die nachfolgende Stellungnahme befasst sich primär mit den Rechtsfragen zur Einführung einer Familienkasse (**Fragen 193-199**). Wegen des engen Zusammenhanges werden aber auch Fragen aus dem Bereich Soziales (**Fragen 187-192**) gestreift.

### **I. Befund**

Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend hat in einer Aufstellung vom Dezember 2006 insgesamt 145 „familienbezogene Leistungen und Maßnahmen des Staates“ mit einem Volumen von insgesamt 184 Milliarden € einer Vielzahl von Zuständigkeiten und unterschiedlichsten Finanzierungsmodellen ausgemacht.<sup>1</sup> Man mag über die Zuordnung mancher Maßnahmen zum Lebensbereich Familie geteilter Meinung sein. Der Befund ist aber kaum zu bestreiten: Leistungen, Zuständigkeiten und finanzielle Verantwortlichkeit sind ausgesprochen intransparent, daher für den Einzelnen schwer zugänglich und gesamtwirtschaftlich ineffizient. Der

---

<sup>1</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Familienbezogene Leistungen und Maßnahmen des Staates“ v. 15. 12. 2006.

Vorschlag einer Familienkasse, die alle diese Leistungen normativ, organisatorisch und finanziell bündelt, liegt daher durchaus nahe.

Der Vorschlag ist allerdings fast so alt wie das Recht des Familienlasten/-leistungsausgleichs selbst. Bereits 1955 hat Wilfrid Schreiber, einer der wichtigsten sozialpolitischen Berater Konrad Adenauers, angeregt, ein soziales Sicherungssystem zu schaffen, das den Drei-Generationen-Vertrag der vorindustriellen Gesellschaft abbildet.<sup>2</sup> Es war für ihn ein „Gebot ökonomischer Vernunft“<sup>3</sup>, dass die Erwerbstätigen in einer Volkswirtschaft immer für zwei Generationen aufkommen müssen, die noch nicht und die nicht mehr Erwerbstätigen. Sozialpolitik müsse daher nicht nur mit Bezug auf zwei, sondern auf drei Generationen entwickelt, der Unterhalt der Kinder und der Rentner daher symmetrisch auf zwei Umverteilungssysteme aufgeteilt werden. Aus der Gesamtheit der Arbeitseinkommen sollte danach nicht nur den Rentnern, sondern auch den Kindern und Jugendlichen ein Anteil zufließen, die diese später an die Gesellschaft zurückerstatten müssen.

Schreibers Konzept war eine entscheidende Grundlage für die Rentenreform 1957, die die Rentenversicherung auf das bis heute praktizierte Umlageverfahren umgestellt hat. Das Konzept der Kinder- und Jugendrente ist freilich nicht übernommen worden. Dem Einwand, dass ein auf nur zwei Generationen beschränktes Umlageverfahren auf das Nachwachsen einer weiteren Generation angewiesen sei, konterte Adenauer mit den Worten: „Kinder kriegen die Leute sowieso.“ Allein auf der ideologischen Folie dieses in den 50er Jahren kaum hinterfragten familienpolitischen Leitbildes war es möglich, die Rentenversicherung auf eine Umlagefinanzierung umzustellen, dabei aber nur den Umverteilungsprozess zwischen Erwerbstätigen und Rentnern, nicht aber im Verhältnis zu den Kindern zu sozialisieren. Damit dienen die Beiträge zur Rentenversicherung nur noch dazu, die heute Rentenberechtigten zu finanzieren. Sie stellen aber, ebenso wie die eigenen Kinder, keinerlei Vorsorge für den eigenen Unterhalt dar. Auch die Kranken- und die Pflegeversicherung bilden die nach wie vor praktizierte Aufteilung des Lebens in drei Phasen nur noch unvollständig ab.

Die Sozialversicherung ist also zwar funktional in die Aufgaben der Familie der vorindustriellen Gesellschaft eingerückt, hat aber das Drei-Generationen-Prinzip auf ein Zwei-Generationen-Verhältnis reduziert. Diese Ausblendung der dritten Generation in den großen gesellschaftlichen Sicherungssystemen ist ein ganz entscheidender Grund für die Vielzahl familienbezogener Leistungen.

---

<sup>2</sup> W. Schreiber, Existenzsicherung in der industriellen Gesellschaft, 1955, S. 23ff.

<sup>3</sup> W. Schreiber (Fn. 2), S. 31.

Sie dienen nämlich der Reparatur des in der Sozialversicherung nur unvollständig abgebildeten Drei-Generationen-Prinzips. Dazu zählen insbesondere die kaum noch überschaubaren Maßnahmen des steuerlichen Familienlastenausgleichs<sup>4</sup>, vor allem direkte monetäre Leistungen wie Kindergeld/-zuschlag und das Elterngeld sowie die diversen familienbezogenen Maßnahmen im Bereich der Sozialversicherung (beitragsfreie Mitversicherung, Kindererziehungszeiten etc.).<sup>5</sup>

## II. Prämissen

Eine Reform familienbezogener Leistungen und Maßnahmen muss sich an folgenden Zielen orientieren (**Frage 193**):

- Sie muss zielgenau sein: Sie muss definieren, wer welche Leistungen erhält und wer sie finanziert.
- Sie muss nachhaltig sein: Familienleistungen dürfen nicht durch eine Einschränkung der zukünftigen politischen Gestaltungsmöglichkeiten von Kindern und Jugendlichen erkaufte werden.
- Sie muss ganzheitlich ausgestaltet sein. Sie muss daher eine möglichst gleichmäßige Verteilung des Einkommens über den gesamten Lebensverlauf sicherstellen.
- Sie muss transparent sein: Das setzt eine Bündelung von Zuständigkeiten und Finanzierungszuständigkeit für zusammenhängende Maßnahmenkomplexe voraus.

In der wissenschaftlichen und politischen Diskussion gilt eine Familienkasse als ein wichtiges Instrument zur Schaffung eines zielgenauen, nachhaltigen, ganzheitlichen und transparenten Systems der Familienleistungen in dem skizzierten Sinne.<sup>6</sup> Eine Beurteilung dieses Vorschlags, der insbesondere den **Fragen 193** und **197-199** zugrunde liegt, begegnet zwei erheblichen Hürden:

- (1) Eine Familienkasse bedeutet eine organisations- und finanzierungsrechtliche Neuorientierung. Organisation und Finanzierung sind aber der inhaltlich-politischen Frage nachgelagert, was Familie leistet und was Familienpolitik leisten soll. Nur stichwortartig: Soll Familie weiterhin vor allem aus der fürsorgerischen Perspektive subventioniert oder stärker als Leistungsträger

---

<sup>4</sup> Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend nennt in seiner aktuellen Analyse „Familienbezogene Leistungen und Maßnahmen des Staates“ v. 15. 12. 2006, allein 24 verschiedene Leistungen mit einem Volumen von etwa 42 Milliarden €. Die Zahlen sind aber, etwa aufgrund der Abschaffung der Eigenheimförderung und des Erziehungsgeldes sowie der Einführung des Elterngeldes schon wieder veraltet.

<sup>5</sup> Vgl. näher unten III. 1. b).

profiliert werden? Soll sie weiterhin primär durch direkte und indirekte monetäre Transferleistungen unterstützt werden oder vermehrt durch die Schaffung von besseren gesellschaftlichen Rahmenbedingungen, die die „strukturelle Rücksichtslosigkeit“ (F.-X. Kaufmann) der Gesellschaft gegenüber der Familie abbauen oder zumindest kompensieren? M. a. W.: Das Familienbild muss ausreichend klare Konturen haben, bevor über seine rechtstechnische Umsetzung befunden wird.

- (2) Das Recht muss Rücksicht auf die Lebenswirklichkeit nehmen, die es ordnet, und diese ist im Einzelnen extrem kompliziert und voraussetzungsvoll. Familie ist kein isoliertes soziales Subsystem, dessen Angelegenheiten sich ohne Rücksicht auf die Regelung anderer Systeme regeln ließe. So ist die Reform des Familienlasten-/leistungsausgleichs untrennbar mit Fundamentalfragen unserer sozialen Sicherungssysteme, des Bildungssystems und der Finanzverfassung verbunden. Antworten auf die gestellten Fragen hängen daher etwa davon ab, ob die Sozialversicherung nach wie vor als Arbeitnehmer- oder zukünftig als Einwohnerversicherung ausgestaltet, ob an der kompetentiellen Trennung zwischen Sozial- und Bildungspolitik festgehalten und ob es zu einer Neuordnung der Finanzbeziehungen zwischen Bund und Ländern kommt, die auch die sozialen Sicherungssysteme einbezieht.

Der Wandel der Familienbilder und die Interdependenzen zwischen der Familienpolitik und anderen Politikbereichen haben wesentlich zur Intransparenz des geltenden Rechts der Familienleistungen beigetragen und müssen daher als immanenter Bestandteil einer Reform angesehen werden. Umsetzungsvorschläge setzen daher ein bestimmtes Vorverständnis voraus, das sich aus den gestellten Fragen nicht ergibt, dafür aber immerhin in den Antworten auf diese Fragen offen gelegt werden soll:

### **III. Umsetzung**

Das Recht der Familienleistungen und -maßnahmen durchzieht alle Lebensbereiche, in denen Familie auftritt. Die Familienkasse soll diese Leistungen ordnen und bündeln, indem sie zusammengehörende Leistungssysteme zusammenfasst. Sie darf aber bestehende Zusammenhänge auch nicht auseinander reißen. Wesentlich für die Beurteilung der Aufgaben und Konturen einer Familienkasse ist daher die Rolle von Familie in den jeweils geregelten Lebensbereichen. Als Mitte des Drei-

---

<sup>6</sup> Vgl. etwa C. K. Spieß, Die Bündelung und Integration familienbezogener Leistungen bei einer Familienkasse, in: J. Althammer/U. Klammer (Hrsg.), Ehe und Familie in der Steuerrechts- und Sozialordnung, 2006, S. 55ff.

Generationenvertrages verkörpert sie die Erwartung, dass eine Symmetrie zwischen Geben und Nehmen über die Generationen hinweg sichergestellt wird. Es ist jedenfalls grundsätzlich sinnvoll, alle Leistungen, die dem Ziel eines intergenerationellen Leistungsausgleichs dienen, zusammenzufassen (dazu 1.). Andere Leistungssysteme setzen hingegen punktuell, oftmals bei bestimmten, durch das Gesetz näher umschriebenen Bedarfslagen an und/oder hängen eng mit anderen gesellschaftlichen Subsystemen (Kindergarten, Schule) zusammen. Eine Integration auch dieser Leistungen in einer Familienkasse ist nicht zu empfehlen (2.):

## **1. Intergenerationeller Leistungsausgleich**

### **a) Vorverständnis: Familie als Leistungsträger**

Die Sozialversicherung ist, beginnend mit der Industrialisierung, in die Funktion der Familie als intergenerationelles Sicherungssystem eingerückt.<sup>7</sup> Besonders deutlich wird die Funktion der Familie als Leistungsträger im Leistungsrecht der Pflegeversicherung. Pflegeleistungen werden nach wie vor überwiegend durch Familienangehörige, insbesondere durch die Kinder von Pflegebedürftigen erbracht. Das dafür anfallende Pflegegeld beträgt auf der Pflegestufe I 205 € auf der Pflegestufe II 410 € und auf der Pflegestufe III 665 € (§ 37 Abs. 1 S. 3 SGB XI). Im Schnitt mehr als doppelt so teuer ist hingegen die professionelle Pflege, die nicht von Familienangehörigen erbracht wird: 384 € auf der Pflegestufe I, 921 € auf der Pflegestufe II und 1432 € auf der Pflegestufe III (§ 36 Abs. 3 SGB XI). Eine finanziell stabile Pflegeversicherung ist also ohne familiäre Pflege schlechterdings unvorstellbar.

Familie hat also, neben der internen sozialen Stabilisierungsfunktion, als Schaltstelle des Drei-Generationen-Prinzips erhebliche positive externe Effekte. Das Bundesverfassungsgericht profiliert diesen Gedanken in einem seiner Pflegeversicherungsurteile. Es hat die Beitragsgestaltung in der sozialen Pflegeversicherung wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1 GG für verfassungswidrig erklärt, weil die Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Bemessung der Beiträge nicht berücksichtigt werde.<sup>8</sup> Für das Verständnis des Urteils und das dahinter stehende Konzept der Familie als Leistungsträger ist von entscheidender Bedeutung, dass das

---

<sup>7</sup> Vgl. ausführlicher *T. Kingreen*, Familie als Kategorie des Sozialrechts, JZ 2004, 938 (943f.).

<sup>8</sup> BVerfGE 103, 242 (263ff.).

Bundesverfassungsgericht zwischen dem allgemeinen, steuerfinanzierten Familienlastenausgleich und einem systemspezifischen Vorteilsausgleich in der Sozialversicherung unterscheidet, der den Kinderlosen aus der sozialen Pflegeversicherung erwächst: Wenn nämlich ein soziales Leistungssystem ein Risiko abdecken solle, das vor allem die Altengeneration trifft und seine Finanzierung so gestaltet sei, dass sie im Wesentlichen nur durch das Nachwachsen vorhandener Generationen funktioniere, dann sei für ein solches System nicht nur der Versicherungsbeitrag, sondern auch die Kindererziehungsleistung konstitutiv. Werde „dieser generative Beitrag nicht mehr in der Regel von allen Versicherten erbracht, führt dies zu einer spezifischen Belastung Kindererziehender Versicherter im Pflegeversicherungssystem, deren benachteiligende Wirkung auch *innerhalb dieses Systems* auszugleichen ist. Die Kindererziehenden Versicherten sichern die Funktionsfähigkeit der Pflegeversicherung also nicht nur durch Beitragszahlung, sondern auch durch Betreuung und Erziehung von Kindern.“<sup>9</sup> Der Familienleistungsausgleich wird damit als Aufgabe nicht der Gesamtgesellschaft, sondern der Versichertengemeinschaft identifiziert, und zwar speziell der Versicherten ohne Kinder. Der Gleichheitsverstoß muss daher im Beitragsrecht ausgeglichen werden,<sup>10</sup> nicht, gewissermaßen von außen, durch die Gesamtheit der Steuerzahler. Derzeit ist beim Bundesverfassungsgericht die Frage anhängig, ob diese Entscheidung auch für die Rentenversicherung gilt.<sup>11</sup>

Das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts hat im Schrifttum neben Zustimmung<sup>12</sup> auch Kritik erfahren,<sup>13</sup> weil es die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung in Frage stelle. Doch hat das Bundesverfassungsgericht nur das Drei-Generationen-Prinzip ernst genommen, das insbesondere in Umlagefinanzierung konkrete Gestalt annimmt.<sup>14</sup> In einer Gesellschaft, die das Leben in drei selbständige Lebensphasen aufteilt, kann die Sicherung gegen fundamentale soziale Risiken (Alter, Krankheit, Pflegebedürftigkeit) nur als dreiphasiges Modell gedacht werden: Die Bereitschaft der Beitragszahler, die nicht mehr erwerbstätige Generation zu unterstützen, beruht ja auf der Erwartung, selbst beim Eintritt in den Lebensabend Leistungen der ihnen nachfolgenden Generation

---

<sup>9</sup> BVerfGE 103, 242 (266) – Hervorhebung nur hier. – Die beitragsfreie Mitversicherung von Kindern (§ 25 SGB XI) kompensiert die generativen Beiträge der Familie nicht (aaO, S. 269).

<sup>10</sup> Das ist mittlerweile, wenn auch unzureichend, geschehen: § 55 Abs. 3 SGB XI.

<sup>11</sup> Das BSG, NZS 2007, 311ff. lehnt dies ab; die Entscheidung dürfte aber kaum Bestand haben, vgl. etwa A. Lenze, Kindererziehung als generativer Beitrag in der Gesetzlichen Rentenversicherung – Zugleich eine Besprechung der Entscheidungen des BSG vom 5. Juli 2006, NZS 2007, 407ff.

<sup>12</sup> Z. B. von A. Lenze, Staatsbürgerversicherung und Verfassung, 2005, S. 286ff.

<sup>13</sup> Vgl. etwa F. Ruland, Familie und Alterssicherung, FamRZ 2004, 493 (497).

<sup>14</sup> U. Becker, Die alternde Gesellschaft – Recht im Wandel, JZ 2004, 929 (934f.).

zu erhalten. Weil typischerweise jeder zweimal im Leben Leistungen erhält (nämlich einmal als Kind und ein zweites Mal im Alter), muss er auch zweimal Leistungen erbringen, nämlich durch die Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme und durch den Unterhalt der Kinder.<sup>15</sup>

## b) Bündelung von Leistungen in einem intergenerationellen Solidarverbund

Das Pflegeversicherungsurteil des Bundesverfassungsgerichts ist auch für die Reform des Rechts der familienbezogenen Leistungen und Maßnahmen von eminenter Bedeutung. Es profiliert die Familie als Leistungsträger und belegt die zeitlose Modernität einer durch die Drei-Generationen-Solidarität geprägten Sozialversicherung, die den Lebenszyklus des Menschen mit seinen jeweils unterschiedlichen Fähigkeiten und Bedürfnissen abbildet, dies übrigens unabhängig davon, ob er selbst Nachkommen zeugt. Das unüberschaubare Geflecht von Zahlungen und Rückzahlungen sollte daher, gemeinsam mit den bereits vorhandenen Sicherungssystemen (Alter/Krankheit/Pflegebedürftigkeit), in einer durch die Gegenseitigkeit der Generationen geprägten Versicherung gebündelt werden.<sup>16</sup> Die Integration des überkommenen Familienlasten-/leistungsausgleichs in die bestehenden Sozialversicherungssysteme würde die Beziehung zwischen Leistungserbringung und Leistungsbezug, die durch die Kombination von kollektivierter Alterssicherung und Individualisierung der Kosten für diese Alterssicherung verloren gegangen ist, wieder herstellen.<sup>17</sup> Für die nähere Ausgestaltung dieses intergenerationellen Solidarverbundes kommt es insbesondere darauf an, in welchem Umfang die Mitglieder dieses Verbundes Leistungen für Kinder und für alte Menschen erbringen.

Alle Maßnahmen, die spezifisch dem Ziel dieses intergenerationellen Ausgleichs dienen, können in einem intergenerationellen Solidarverbund organisatorisch und fiskalisch gebündelt werden. Das führt zum ersten Teil der **Frage 197**: Welche *Aufgaben* sollte eine Familienkasse übernehmen, welche *Leistungsgesetze* sollten im Rahmen einer Familienkasse vollzogen werden? In Betracht kommen hier insbesondere:

---

<sup>15</sup> R. Waltermann, Sozialrecht, 6. Aufl. 2006, Rn. 519.

<sup>16</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen. Gerechtigkeit für Familien. Zur Begründung und Weiterentwicklung des Familienlasten- und Familienleistungsausgleichs, 2001, S. 199ff.

<sup>17</sup> Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen (Fn. 16), S. 206.

- alle familienbezogenen Leistungen im Rahmen der Sozialversicherung, d. h. insbesondere die beitragsfreie Mitversicherung der Kinder in der Kranken- und Pflegeversicherung (§§ 10 SGB V, 25 SGB XI) und die Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung (§§ 56, 177 SGB VI).
- alle monetären und steuerrechtlichen Maßnahmen, die die Belastungen durch den Unterhalt der Kinder teilweise kompensieren sollen. Dazu zählen namentlich das Kindergeld (§ 1 BKKG, §§ 62ff. EStG) und der Kinderzuschlag (§ 6a BKKG); die diesbezügliche Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit ist sachwidrig (**Frage 199**). Die Einbeziehung von Kindergeld/-zuschlag in den Solidarverbund hätte den positiven Nebeneffekt, dass die ohnehin systemwidrige Abwicklung sozialer Leistungen über das Steuerrecht entfallen könnte. Ferner wäre das Elterngeld einzubeziehen. Vorstellbar ist ferner die Integration der Ausbildungskosten, wobei dies im Einzelnen von der anstehenden Neuordnung der staatlichen Ausbildungsförderung abhängt.
- Elternunterhalt bei Hilfebedürftigkeit im Alter. Familie ist zwar auch ein gesellschaftlicher Leistungsträger, aber vor allem und zuerst eine grundrechtlich geschützte Lebensform (Art. 6 Abs. 1 GG) und als solche Privatangelegenheit. Als privatrechtliche Kategorie ist sie geeigneter Rahmen für familienrechtliche Unterhaltsansprüche (§§ 1601ff. BGB) und Regelungen zur Erbfolge (§§ 1922ff., 2303ff. BGB). Es ist nicht Aufgabe eines neuen Sicherungssystems, dieses privatrechtliche System von Gegenseitigkeit durch umfassende Kompensationsregelungen zu kollektivieren. Gleichwohl sollte darüber nachgedacht werden, ob der Elternunterhalt bei Hilfebedarf im Alter (insbesondere Pflegebedürftigkeit) partiell zum Bestandteil der kollektiven intergenerationellen Absicherung gemacht wird, um einen angemessenen Lastenausgleich unter den Generationen herbeizuführen. Ebenso wie mit der Einbeziehung von Kinder- und Elterngeld eine partielle Kollektivierung des Kinderunterhalts erfolgen würde, könnte sich der Verbund bei Hilfebedürftigkeit im Alter am Elternunterhalt beteiligen. Man mag darin eine Schwächung des Solidarverbundes Familie sehen. Zu berücksichtigen ist aber, dass der familienrechtliche Elternunterhalt ohnehin erhebliche Beschränkungen erfahren hat<sup>18</sup> und daher in der Praxis oftmals der zuständige Sozialhilfeträger einspringen muss. Dieser erbringt dann aber Leistungen, zu deren Finanzierung weder der Berechtigte noch seine unterhaltspflichtigen Kinder spezifische Beiträge erbracht haben.

Es ist zu empfehlen, nur solche Leistungen in den intergenerationellen Solidarverbund einzubeziehen, die spezifisch auf den Ausgleich zwischen den drei Lebensphasen des Menschen bezogen sind. Leistungssysteme hingegen, die einen im Gesetz jeweils genauer umschriebenen besonderen Tatbestand der Bedürftigkeit voraussetzen, bilden in einem solchen System einen Fremdkörper. Die Leistungen der Jugendhilfe sollten daher ebenso außerhalb dieses Systems abgewickelt werden wie das Arbeitslosengeld II, Sozialhilfe und Wohngeld.<sup>19</sup> Allerdings ist eine Bündelung der Existenzsichernden Leistungssysteme angezeigt. Insbesondere sollte das Wohngeld materiell- und verfahrensrechtlich in das Recht der sozialen Grundsicherung (SGB II, SGB XII) integriert und die gerichtliche Zuständigkeit bei den Sozialgerichten konzentriert werden (**Frage 188**).

### c) **Organisation und Finanzierung**

Als „dienendes Recht“ muss das Recht der Organisation und der Finanzierung die soeben skizzierten Aufgaben des intergenerationellen Solidarverbundes abbilden. In der wissenschaftlichen Diskussion wird vorgeschlagen, die Familienkasse als Parafiskus auszugestalten.<sup>20</sup> Ein Parafiskus ist dank seiner organisationsrechtlichen Verselbständigung gegen tagespolitische Zugriffe verhältnismäßig gut abgeschirmt und ermöglicht daher eine langfristige, nachhaltige und verlässliche Aufgabenwahrnehmung. Er erlaubt es zudem, die erforderliche Symmetrie zwischen Geben und Nehmen innerhalb des Lebenszyklus eines Menschen abzubilden, und stößt daher vermutlich auf größere Akzeptanz. Die mit der Verselbständigung einhergehenden legitimatorischen Probleme in Gestalt insbesondere der sog. Schattenhaushalte sind ernst zu nehmen, lassen sich aber durch gesetzliche Steuerung und ministerielle Aufsichtsbefugnisse steuern.

Verwaltungsorganisationsrechtlich wäre die Familienkasse als Körperschaft des öffentlichen Rechts auszugestalten. Der durch die Familienkasse bewirkte verselbständigte und beitragsfinanzierte Solidarverbund ist Sozialversicherung i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und Art. 87 Abs. 2 GG.<sup>21</sup> Die

---

<sup>18</sup> BVerfG, JZ 2006, 313ff. sowie *W. Boecken/R. Klattenhoff*, Der Elternunterhalt bei Pflegebedürftigkeit zwischen sozialstaatlicher Verantwortung und individueller Einstandspflicht, JZ 2006, S. 285ff.

<sup>19</sup> Vgl. unten 2.

<sup>20</sup> Vgl. dazu vor allem *C. K. Spieß*, Parafiskalische Institutionen zur Finanzierung gesamtgesellschaftlicher Aufgaben, R. Schwarze et al. (Hrsg.), Arbeitsmarkt- und Sozialpolitikforschung im Wandel, Festschrift für Christof Helberger zum 65. Geburtstag, 2007, S. 245ff.

<sup>21</sup> Vgl. näher BVerfGE 11, 105 (113); 62, 354 (366); 87, 1(34); 89, 365 (377).

Familienkasse selbst ist daher sozialer Versicherungsträger i. S. v. Art. 87 Abs. 2 GG<sup>22</sup> und könnte nach Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts etabliert werden. Möglich ist es aber auch, Familienkassen in landesmittelbarer Verwaltung, d. h. als landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts zu führen, und zwar auch dann, wenn sich ihr Zuständigkeitsbereich über bis zu drei Länder erstreckt. Dann müssen die beteiligten Länder allerdings das Aufsicht führende Land bestimmen, Art. 87 Abs. 2 S. 2 GG. Eine Etablierung auf Landesebene würde zudem vermutlich mit der Notwendigkeit einhergehen, einen Finanzausgleich zu schaffen. Abzuraten ist jedenfalls von einem Dualismus von Bundes- und Landesbehörden, der, aus historischen Gründen, die Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung prägt.

Weithin ungeklärt ist das Verhältnis der Familienkasse zu den bestehenden Parafiski. Die bisher vorliegenden Vorschläge gehen offenbar davon aus, dass die Familienkasse als selbständiger Parafiskus neben den bestehenden Parafiski, also der Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung, konzipiert wird. Für diese kleine Lösung spricht sicherlich, dass die Familienkasse eine Querschnittsfunktion erfüllen soll und muss. Sie bündelt eine Fülle von Leistungen, die bislang zum Teil den einzelnen Sozialversicherungszweigen, zum Teil aber auch staatlichen Transfersystemen zugeordnet sind. Hinzu kommt, dass die zuständigen Leistungsträger teils auf Bundes-, teils auf Landes- und teils auf kommunaler Ebene angesiedelt sind. Gegen eine solche kleine Lösung spricht allerdings, dass die Transfers zwischen Familienkasse und den anderen Leistungsträgern komplizierte und damit vermutlich aufwändige Kooperations- und Koordinationsmechanismen voraussetzen, die dem Konzept viele seiner Vorteile nehmen würden. Effektiver ist eine Familienkasse daher vermutlich, wenn sie in das bestehende Sozialversicherungssystem integriert werden würde. Einer solchen großen Lösung steht aber bislang noch die sektorale Gliederung des Sozialversicherungssystems entgegen. Als Mittellösung denkbar wäre immerhin eine Integration in die Strukturen der Rentenversicherung als des zentralen Systems intergenerationaler sozialer Sicherung.<sup>23</sup>

Auch die Überlegungen zur Finanzierung der Familienkasse stehen erst am Anfang. Teilweise wird vorgeschlagen, den Parafiskus ganz oder überwiegend aus den staatlichen Haushaltsmitteln zu

---

<sup>22</sup> Vgl. BVerfGE 11, 105 (123), wonach Art. 87 Abs. 2 GG auch für neu hinzukommende Sozialversicherungsträger gilt.

<sup>23</sup> In diese Richtung auch Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Wissenschaftlicher Beirat für Familienfragen (Fn. 16), S. 236ff.

finanzieren.<sup>24</sup> Die überwiegend fiskalische Finanzierung eines Parafiskus indes ist systemwidrig und auch verfassungsrechtlich problematisch, soweit sie über Sonderabgaben erfolgen soll.<sup>25</sup> Sie gefährdet auch die Äquivalenz zwischen erbrachten und in Anspruch genommenen Leistungen und setzt die Familienkasse staatlicher Detailsteuerung aus, die ihre Beständigkeit eher in Frage stellt als stützt. Eine Beitragsfinanzierung ist demgegenüber grundsätzlich geeignet, die Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen Geben und Nehmen adäquat abzubilden; das ist letztlich die wesentliche Aussage des Pflegeversicherungsurteils des Bundesverfassungsgerichts.<sup>26</sup> Das gilt vor allem dann, wenn die Beiträge auch nach individuell erbrachten intergenerationellen Leistungen bemessen werden. Schon bislang orientieren sich die Beiträge in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung an der durch das Arbeitseinkommen definierten Leistungsfähigkeit. Bei einer Einbeziehung von Familienleistungen in die Sozialversicherung könnten auch die Zahl der unterhaltsberechtigten Kinder und erbrachte Pflege- und/oder Unterhaltsleistungen gegenüber der alten Generation in die Beitragsbemessung einbezogen werden. Eine paritätische Finanzierung unter Einbeziehung des Arbeitgebers scheidet freilich aus, da es sich insoweit um Kriterien handelt, die mit dem Arbeitsverhältnis selbst nichts zu tun haben. Überhaupt sollte eine große Lösung Anlass zu einer kritischen Überprüfung der Notwendigkeit der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung, damit aber auch ihrer Beteiligung im Rahmen der sozialen Selbstverwaltung sein. Eine im Rahmen der Sozialversicherung etablierte Familienkasse bedeutete eine Verschiebung der finanziellen Verantwortung für Familienleistungen vom Steuer- zum Beitragszahler. Die damit notwendig einhergehende Erhöhung der Beiträge dürfte gesamtwirtschaftlich nur vertretbar sein, wenn sie nicht von Arbeitgebern getragen werden.

Vom Verhältnis der Familienkasse zu anderen Parafiski hängt auch ab, wer Mitglied der Familienkasse wird. Das ist ein neuralgischer Punkt, weil jeweils etwa 10% der Bevölkerung nicht Mitglieder der intergenerationell relevanten Sozialversicherungssysteme sind. Wenn dieser Personenkreis Mitglied in der Familienkasse, nicht aber der Sozialversicherung wäre, würden den Beiträgen insoweit keine äquivalenten Leistungszusagen gegenüber stehen, weil die Familienkasse wesentlich auch die intergenerationelle Verteilung in der Sozialversicherung steuert. Allerdings ist es

---

<sup>24</sup> W. Schmähl, Familienleistungen und Alterssicherung – Anmerkungen aus ökonomischer Sicht, DRV 2002, S. 715ff.

<sup>25</sup> Vgl. näher zur beschränkten Zulässigkeit von Sonderabgaben B. Pieroth, in H. D. Jarass/B. Pieroth, Grundgesetz. Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 105 Rn. 10ff.

<sup>26</sup> Vgl. oben a).

auch sozialpolitisch prekär, wenn sich dieser überwiegend sehr leistungsfähige Teil der Bevölkerung der Finanzierung dem intergenerationellen Ausgleich entziehen könnte. In diesem Zusammenhang ist auch zu bedenken, dass eine vermehrte Beitragsfinanzierung von familienbezogenen Leistungen mit einer Entlastung der staatlichen Haushalte und daher mit Lohn- und Einkommens-steuersenkungen einhergehen müsste, von denen wiederum dieser Personenkreis besonders profitiert.

#### **d) Zusammenfassung**

Eine Familienkasse kann, bei richtiger Ausgestaltung, einen Beitrag zur Erreichung der unter II. genannten Ziele leisten. Sie ist zielgenau und ganzheitlich, weil sie diejenigen Leistungen bündelt, die zur gleichmäßigen Verteilung des Einkommens auf den Lebenszyklus beitragen, aber auch diejenigen Leistungen ausschließt, die nicht diesem Ziel dienen. Sie ist nachhaltig, weil sie durch Beiträge finanziert wird und damit den Teufelskreis einer Verschuldung für den Familienleistungsausgleich durchbricht. Und sie ist transparent, indem sie die dem intergenerationellen Lastenausgleich dienenden Finanzierungsströme bündelt und diese als Beiträge zu einer Versicherung der typischen Risiken von Kindheit, Jugend und Alter neu definiert.

Dieses und überhaupt jedes Konzept einer Familienkasse ist allerdings sehr voraussetzungsvoll. Seine Ausgestaltung im Einzelnen und sein Erfolg hängen von der Neujustierung einzelner Stellschrauben in anderen sozialstaatlichen Teilsystemen ab. Eine valide Antwort auf die Frage, welche Aufgaben eine Familienkasse übernehmen könnte (**Fragen 195, 197**) und welche Behörden diese Aufgaben wahrnehmen sollten (**Frage 198**), ist daher nur möglich, wenn Klarheit über die zukünftige Organisation und Finanzierung der Träger der sozialen Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung und ihr Verhältnis zu anderen gesellschaftlichen Sicherungssystemen (etwa berufsständische Versorgung und Beamtenversorgung) herrscht. Die Etablierung einer Familienkasse könnte aber Anlass und Grund sein, diese Fragen zu beantworten. Wird sie ohne Abstimmung mit diesen Systemen installiert, wird sie indes bestenfalls keinen Schaden anrichten.

## **2. Sonstige Familienmaßnahmen und -leistungen**

Die Etablierung einer Familienkasse darf nicht dazu führen, dass familienbezogene Leistungen und Maßnahmen aus anderen Kontexten herausgerissen werden. So besteht etwa ein enger Zusammenhang zwischen den Leistungen der Arbeitsmarktförderung nach dem Sozialgesetzbuch III

und der sozialen Grundsicherung (insbesondere Sozialgesetzbuch II und XII), für deren Durchführung kommunale Behörden prädestiniert sind (vgl. auch **Frage 190**). Diese Leistungen sind daher eher ungeeignet für eine Integration in einer Familienkasse, die sich dem intergenerationellen Ausgleich verschrieben hat.

Gleiches gilt für die Leistungen der Jugendhilfe, die in einem untrennbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Bildungssystem stehen. Schule wie Jugendhilfe sollen die Persönlichkeit der jungen Menschen stärken, sie zu eigenverantwortlichem Handeln und zur Wahrnehmung von Aufgaben für die Gemeinschaft befähigen sowie auf die Erwachsenen- und Berufswelt vorbereiten. In der Einrichtung und Durchführung von schulischen und außerschulischen Angeboten (insbesondere im Rahmen der Ganztagschule), der Unterstützung und Beratung von Eltern, Kindern und Jugendlichen an den Schnittfeldern zwischen Kindergarten, Schule und Berufsausbildung, bei der Bewältigung von Krisensituationen (Schulversagen und -verweigerung) und der Ausarbeitung besonderer Betreuungskonzepte etwa für Migranten und Migrantinnen finden sie ein reichhaltiges Feld der Kooperation, zu der sie sowohl schul- als auch jugendhilferechtlich (§ 81 SGB VIII) verpflichtet sind.

Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes sind die Rechtsetzungszuständigkeiten für das Recht der Jugendhilfe und das Schulrecht geteilt. Während nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG der Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Jugendhilfe hat, sind für das Schulrecht in Ermangelung eines bundesrechtlichen Kompetenztitels die Länder zuständig. Die Leistungen der Jugendhilfe (unter Einschluss des Rechts der Kinderbetreuung) sind daher bundesrechtlich im Sozialgesetzbuch VIII geregelt, während das die Schule betreffende Recht in den Landesschulgesetzen zu finden ist. Für den Vollzug des Jugendhilfe- und des Schulrechts sind zwar jeweils Landes- und Kommunalbehörden zuständig, doch sind diese fachlich getrennt. Sonderlich sinnvoll ist die legislative und exekutive Trennung der Zuständigkeiten nicht. Eine Integration der Jugendhilfeleistungen in eine Familienkasse würde allerdings die Kluft zwischen Jugendhilfe und Schule vermutlich nochmals vertiefen. Sie ist daher nicht zu empfehlen.

gez. Prof. Dr. Thorsten Kingreen

## Fragen-Register

Frage 1: III. 1.

Frage 11: V. 1.

Frage 13: V. 2.

Frage 17: III. 1.

Frage 18: II. 2. b); II. 3. b); II. 4.

Frage 19-22: III. 1.

Frage 23: II. 3. b); II. 4.

Frage 32: II. 2. b)

Frage 33: II. 2. b)

Frage 41: V. 3.

Frage 46: V. 4.

Frage 48: V. 5.

Frage 67: IV. 4.

Frage 77: V. 7.

Frage 87: IV. 4.

Frage 88: V. 6.

Frage 89: V. 6.

Frage 117: II. 2. b)

Frage 128: II. 2. b)

Frage 152: III. 4. c)

Frage 156: II. 2. b); IV. 4.

Frage 179: V. 7.

Frage 180: V. 7.

Frage 182: II. 2. b); IV.2.

Frage 185: V. 4.

Fragen 187-199: Anhang

Frage 244: V. 8.

Frage 289: II. 2. b); IV. 3. a), b)

Frage 293: IV. 3. a)

Frage 297: V. 9.

Frage 300: II. 2. b); IV. 4.

Frage 301: IV. 2.

Frage 304: IV. 3. a)

Frage 305: IV. 4.

Frage 309: IV. 2.

Frage 310: II. 2. b); IV. 2.

Frage 321: IV. 4.

Frage 325-333: II. 2. b)

Frage 328: V. 10.

Frage 329: V. 10.

Frage 330: V. 10.