



DEUTSCHER  
LANDKREISTAG

Ulrich-von-Hassell-Haus  
Lennéstraße 11  
10785 Berlin

Tel.: 0 30 / 59 00 97 – 309  
Fax: 0 30 / 59 00 97 – 400

E-Mail: Doreen.Schmidt  
@Landkreistag.de

Datum: 4.4.2008

Staatsministerium Baden-Württemberg  
Herrn Ministerpräsidenten  
Günther H. Oettinger  
Vorsitzender der Kommission zur Modernisierung  
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen  
Richard-Wagner-Str. 15  
70184 Stuttgart

Herrn Dr. Peter Struck, MdB  
Deutscher Bundestag  
Vorsitzender der Kommission zur Modernisierung  
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen  
Platz der Republik 1  
11011 Berlin

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

Kommissionsdrucksache  
101

Sehr geehrte Herren Vorsitzende,

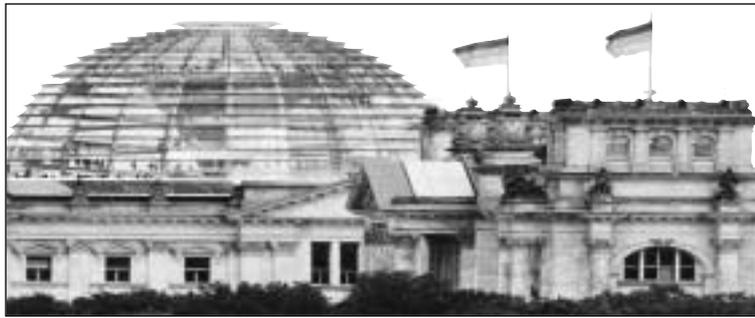
mit Kommissionsdrucksache 098 vom 27.3.2008 haben die Mitglieder der Bundesregierung in der Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen eine Stellungnahme zur Verbesserung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Verwaltung von Bund und Ländern abgegeben. Diese Stellungnahme ist inhaltlich „auch im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG zum SGB II“ abgegeben worden. Auf die Fragestellung einer verfassungskonformen Neuregelung des SGB II gehen die Mitglieder der Bundesregierung der Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen allerdings nicht ein.

Für den Deutschen Landkreistag bitte ich darum, dass sich die Kommission zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen in dem von den Mitgliedern der Bundesregierung angesprochenen Kontext der Verbesserung der staatlichen Aufgabenwahrnehmung im Bereich der Verwaltung von Bund und Ländern auch mit Wegen zu einer verfassungskonformen Neuregelung der SGB II-Organisation befasst. Zu diesem Zweck füge ich in der Anlage zwei Ausarbeitungen mit der Bitte bei, diese den Mitgliedern der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen als Kommissionsdrucksache zur Verfügung zu stellen.

Mit freundlichen Grüßen

Hans Jörg Duppré

Anlagen



# Arge-Regelungsprobleme: Wege zu einer verfassungskonformen SGB II-Organisation<sup>\*)</sup>

## A. Problemstellung

Mit Schreiben vom 27.3.2008 hat der Bundesinnenminister in Ergänzung seiner Ausführungen in der Sitzung der Föderalismuskommission II am 13.3.2008 den Kommissionsvorsitzenden zugleich im Namen der Mitglieder der Bundesregierung in der Kommission Vorschläge zu den Verwaltungsthemen übersandt (Kommissions-Drs. 98 in Konkretisierung der Kommissions-Drs. 5). Die Ausgangslage hinsichtlich der Verwaltungszusammenarbeit im Bundesstaat wird darin zutreffend u.a. wie folgt beschrieben:

„Das Grundgesetz geht von einer grundsätzlichen Verwaltungszuständigkeit und damit Eigenstaatlichkeit der Länder aus. Die Möglichkeit von Zusammenarbeit und Abstimmung bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben und Befugnisse wird dadurch nicht ausgeschlossen... Eine effektive und wirtschaftlich sinnvolle Kooperation der Gebietskörperschaften auch im Hinblick auf die durch die Föderalismusreform I gestärkten Länderkompetenzen erfordert eine Überprüfung und ggf. Weiterentwicklung des bestehenden rechtlichen Instrumentariums auch im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des BVerfG zum SGB II.“

Als Ziele werden u.a. benannt:

„Die Zusammenarbeit der Länder untereinander (und, wenn dies angezeigt ist, mit dem Bund) soll für grundsätzlich alle Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erleichtert werden.

Aufgrund der bisherigen Erfahrungen mit den vorhandenen Instrumenten soll diese Erleichterung vor allem das Verfahren zwischen der Entscheidung zur Zusammenarbeit und dem tatsächlichen Beginn der Kooperation wesentlich beschleunigen, wobei die Anforderungen des Demokratieprinzips zu beachten sind.

In die Prüfung sollen Finanzierungsfragen einbezogen werden.“

Zur Umsetzung der Ziele zur Verbesserung der Ausgangslage werden umfangreiche Verfassungsänderungsvorschläge unterbreitet. U.a. soll Art. 87 Abs. 3 GG um folgenden Satz 3 ergänzt werden:

„Bundesbehörden kann in Ausnahmefällen die Wahrnehmung bestimmter einzelner Aufgaben von Landesbehörden auch durch Bundesgesetz, das der Zustimmung der betroffenen Länder und des Bundesrates bedarf, gegen Kostenerstattung durch die jeweiligen Länder übertragen werden.“

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,  
Berlin/Osnabrück

Überdies soll ein neuer Abschnitt VIII b (Verwaltungszusammenarbeit) in das Grundgesetz mit den Art. 91c – 91e eingefügt werden, womit verwaltungsinterne Dienstleistungen, die informationstechnische Zusammenarbeit und Leistungsvergleiche geregelt werden sollen.

Eines sucht man in dem 36 Seiten umfassenden Papier allerdings vergebens, nämlich eine Lösung für einen der zentralen Auslöser der zugrundeliegenden Fragestellung, nämlich für eine verfassungskonforme Organisation des SGB II oder einen darauf bezogenen verfassungspolitischen Änderungsantrag der Bundesregierung.

Obwohl sich die Organisation des SGB II als verfassungswidrig erwiesen hat, ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales bisher der Auffassung, eine verfassungskonforme Lösung für diese Sozialverwaltungsaufgabe mit einem Finanzvolumen von etwa 50 Mrd. € durch untergesetzlich vereinbarte Kooperative Jobcenter und notfalls durch eine sog. getrennte Aufgabewahrnehmung von zwei Trägern ein und derselben Aufgabe gefunden zu haben.

Insoweit bietet – spätestens – die grundsätzliche Positionierung der Mitglieder der Bundesregierung in der Föderalismuskommission II zu den Verwaltungsthemen mit Detailvorschlägen u.a. zu den Feldern Statistik, Geoinformation, Bevölkerungs- und Katastrophenschutz, Medizinprodukte, Arzneimittel, Krebsregister, Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht, IT-Zusammenarbeit und Bechmarking Anlass, vor einem bundesstaatskonformen Regelungsbedarf der SGB II-Organisation nicht weiter die Augen zu verschließen, zumal die Mitglieder der Bundesregierung auch zu den Themenfeldern Steuerverwaltung, Verkehr, Börsenaufsicht und Länderneugliederung Vorschläge unterbreiten.

## B. Verfassungsrechtliche Grundannahmen des VIII. Abschnitts des GG

Wie immer man sich zu den rechtspolitischen Vorschlägen der Mitglieder der Bundesregierung in der Föderalismuskommission II zur Weiterentwicklung des Abschnitts VIII und zur Einfügung des VIII b auch stellt, ist zunächst festzustellen, dass sie von zutreffenden verfassungsrechtlichen Grundannahmen des VIII. Abschnitts, wie sie jetzt das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 zur SGB II-Organisation (DVBl. 2008, 183 ff. = NVwZ 2008, 173 ff.) aktualisiert hat, ausgehen:

- Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind grundsätzlich getrennt und können selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden (BVerfG, Tz. 151).
- Die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern sind in den Art. 83 ff. GG erschöpfend geregelt und grundsätzlich nicht abdingbares Recht (BVerfG, Tz. 152).
- Der Spielraum bei der organisatorischen Ausgestaltung der Verwaltung findet in den Kompetenz- und Organisationsnormen der Art. 83 ff. GG seine Grenzen (BVerfG, Tz. 153).
- Das GG schließt, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, auch eine sog. Mischverwaltung aus (BVerfG, Tz. 153).
- Aus Sicht des Bürgers bedeutet rechtsstaatliche Verwaltungsorganisation ebenfalls zuallererst Klarheit der Kompetenzordnung, denn nur so wird die Verwaltung in ihren Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für den Einzelnen ‚greifbar‘ (BVerfG, Tz. 157).
- Der Bürger muss wissen können, wen er wofür – auch durch Vergabe oder Entzug seiner Wählerstimme – verantwortlich machen kann (BVerfG, Tz. 158).

<sup>\*)</sup> Ein Beitrag aus kommunaler Sicht zur Position der Mitglieder der Bundesregierung in der Föderalismuskommission II

- Nach Art. 83 ff. GG führen die Länder, zu denen die Kommunen gehören, die Bundesgesetze aus, soweit das GG nichts anderes bestimmt oder zulässt. Zwar enthält Art. 87 Abs. 2 GG für soziale *Versicherungsträger* eine von der *Grundregel* des Art. 83 GG abweichende Regelung und Art. 87 Abs. 3 GG ermöglicht dem Bund, selbstständige Bundesoberbehörden und neue unmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz zu errichten. Es kann offen bleiben, ob der Bund nach diesen Vorschriften die Verwaltungszuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II an sich ziehen kann (BVerfG, Tz. 168).
- Der Gesetzgeber hat den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen (BVerfG, Tz. 148).

Und last but not least:

- Nach der Systematik des GG wird der Vollzug von Bundesgesetzen entweder von den Ländern oder vom Bund, *nicht hingegen zugleich von Bund und Land* oder einer von beiden geschaffenen dritten Institution wahrgenommen (BVerfG, Tz. 167).

Der letzte Satz könnte auch als Obersatz für die gesamte Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern nach dem VIII. Abschnitt des GG angesehen und schlicht formuliert werden:

Nach dem Grundgesetz wird eine Aufgabe von einer – und nur von einer – Ebene im Bundesstaat wahrgenommen. Der weitere Grundsatz, dass die Verwaltungszuständigkeiten von Bund und Ländern grundsätzlich getrennt und selbst mit Zustimmung der Beteiligten nur in den vom Grundgesetz vorgesehenen Fällen zusammengeführt werden können (BVerfG, Tz. 151), bezieht sich – ohne dass dies vom BVerfG wörtlich zum Ausdruck gebracht wurde und werden musste – selbstverständlich auf den Fall der Ausführung je unterschiedlicher Gesetze.

### C. Auswirkungen auf das SGB II

Weil dies so ist, hat das BVerfG die verfassungswidrige Vorschrift des § 44b SGB II nicht für wichtig, sondern nur für unvereinbar mit dem GG erklärt:

„Bei einer Nichtigerklärung könnten die Aufgaben ab sofort *nicht mehr einheitlich* ... wahrgenommen werden.“

und daraus gefolgt:

„Ohne eine hinreichende Übergangszeit ist es nicht möglich, *eine geordnete Sozialverwaltung* sicherzustellen (BVerfG, Tz. 206).“

Genau darum geht es beim SGB II, die verwaltungsorganisatorischen Konsequenzen aus der Zusammenführung bisher verschie-

dener Aufgaben (mit daran anknüpfenden unterschiedlichen Ausführungszuständigkeiten) zu einer neuen einheitlichen, vom Bundesverfassungsgericht zutreffend als „Sozialverwaltung“ qualifizierten Aufgabe zu ziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat den Prozess des Zusammenführens bisher unterschiedlicher Aufgaben und der

„historisch bedingten Aufteilung des Sachverstands auf den Gebieten der Fürsorge und der Arbeitsvermittlung auf die Kommunen als öffentliche Träger der Sozialhilfe nach dem BSHG einerseits und die Bundesarbeitsverwaltung andererseits (BVerfG, Tz. 208)“

ebenso richtig wie behutsam beschrieben (BVerfG, Tz. 207ff), dabei aber nicht aus dem Auge gelassen, worum es beim SGB II ging und geht, nämlich

„diese historisch bedingte Aufteilung des Sachverstands einer *einheitlichen Aufgabenwahrnehmung* zuzuführen (BVerfG, Tz. 208).“

„Dem Gesetzgeber muss für eine Neuregelung, die das Ziel einer *Bündelung des Vollzugs* der Grundsicherung für Arbeitsuchende verfolgt, ein der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessener Zeitraum belassen werden (BVerfG, Tz. 210).“

Damit anerkennt das BVerfG (Tz. 207),

„dass die *bisherige* Zuordnung der getrennt wahrgenommenen Aufgabenkomplexe teils zum Bund, teils zur den Ländern zugehörigen Kommunalebene zur *Erreichung dieses Ziels Umstellungen von ungewöhnlichem Ausmaß* erfordert.“

Mit anderen Worten fordert das BVerfG den Bundesgesetzgeber auf, aus der 2003 erfolgten gesetzlichen Zusammenführung bisher verschiedener und daher zwangsläufig verwaltungsorganisatorisch getrennt wahrgenommener Aufgaben zu einer neuen einheitlichen Sozialverwaltungsaufgabe „Grundsicherung für Arbeitsuchende“ endlich (nämlich bis Ende 2010) die verfassungsrechtlich gebotene Konsequenz einer einheitlichen Aufgabenwahrnehmung (BVerfG, Tz. 208), also einer Bündelung des Vollzugs (BVerfG, Tz. 210), zu ziehen.

### D. Derzeitige verfassungsrechtliche Lösungsmöglichkeiten

#### 1. Kommunale Ausführungszuständigkeit

Die einheitliche Ausführung des SGB II kann verfassungsrechtlich gem. Art. 83 GG problemlos den Ländern als eigene Angelegenheit überlassen werden, die ihrerseits eine Aufgabenübertragung auf die Kommunen vornehmen können. Dies ist der verfassungsrechtliche Regelfall für die Ausführung von Gesetzen.

Dass damit eine Verlagerung von Finanzmitteln – im Regelfall über eine Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses nach Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG – einherzugehen hat, sieht das GG ebenso vor, wie es eine Bundesbeteiligung an den Geldleistungen nach dem SGB II gem. Art. 104a Abs. 3 GG ermöglicht. Dass der kombinierte, aber isolierte Einsatz beider Instrumente horizontal

zwischen den Ländern zu Verwerfungen führt, ist allseits erkannt und auf die in der Föderalismuskommission II allgemein diskutierte Frage der bisher nicht erfolgten Herstellung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung der einzelnen Gebietskörperschaften durch das rein einnahmeorientiert wirkende vierstufige Finanzausgleichssystem der Art. 106 und 107 GG zurückzuführen.

Diese ungelöste Problematik scheint auch für die Verschuldungssituation der Länder Bremen, Saarland und Schleswig-Holstein ursächlich zu sein.

Der Deutsche Landkreistag hat einen Vorschlag unterbreitet (*Henneke/Wohltmann*, Der Landkreis 2008, 62 ff.), wie man sich – beschränkt auf die Aufgaben des SGB II – im Rahmen geltenden Verfassungsrechts mit einer auf einem Mehrbelastungsausgleich nach Art. 106 Abs. 4 S. 2 GG beruhenden dritten Komponente ggf. behelfen könnte, Verteilungsgerechtigkeit im Vorher-Nachher-Vergleich herzustellen. Dass damit die grundsätzliche verfassungsrechtliche Frage der Herstellung einer aufgabenangemessenen Finanzausstattung und damit überhaupt einer aufgabenorientierten Finanzverteilung nicht gelöst ist, steht ebenso außer Frage, wie aktuell – wie die unterschiedlichen Positionen einzelner Länder in der Föderalismuskommission II zeigen – wohl auch nicht auf der Tagesordnung.

#### II. Verwaltungskompetenz des Bundes

Eine **Verwaltungskompetenz des Bundes** kommt nach dem VIII. Abschnitt des GG nur in den dort enumerativ aufgeführten Ausnahmefällen der Art. 86 – 90 GG in Betracht. Einschlägig für das SGB II könnten allenfalls Art. 87 Abs. 2, Art. 87 Abs. 3 S. 1 und Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG sein. Ob die Voraussetzungen dieser drei alternativ in Betracht zu ziehenden Vorschriften erfüllt sind, konnte das BVerfG in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 bewusst offen lassen, da es darauf für die Verfassungswidrigkeit von § 44b SGB II nicht ankam. Für die jetzt zu führende rechtspolitische Diskussion ist die Frage jedoch entscheidungserheblich. Die Antwort ist – dem Verlauf der aktuellen Diskussion ebenso zuwiderlaufend wie den Erörterungen im Zuge der ursprünglichen SGB II-Gesetzgebung – im Ergebnis einfach:

Die Voraussetzungen aller drei alternativen Verfassungsvorschriften des Art. 87 GG sind durch die SGB II-Reform nicht erfüllt worden und auf der Grundlage einer Einbeziehung der Bundesagentur für Arbeit in den SGB II-Vollzug auch nicht erfüllbar.

#### 1. Art. 87 Abs. 2 GG

Nach Art. 87 Abs. 2 GG ist die Bundesagentur mit eigenem Verwaltungsunterbau als „länderübergreifender Sozialversicherungsträger“ zur Ausführung von Verwaltungsaufgaben nach dem SGB III legitimiert, nicht aber für die neu geformte Sozialver-

waltungsaufgabe des SGB II. Schon bei der Arbeitslosenhilfe war umstritten, ob Art. 87 Abs. 2 GG insoweit eine Ausführungsermächtigung der Bundesagentur für Arbeit beinhaltet. Nach der Zusammenführung von Arbeitslosenhilfe und Sozialhilfe zu der neuen Aufgabe Grundsicherung für Arbeitssuchende handelt es sich – wie auch das BVerfG hervorgehoben hat (BVerfG, Tz. 206) – zweifelsfrei um eine *Sozialverwaltungsaufgabe*, deren Gesetzgebungskompetenz im Recht der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG wurzelt und nicht auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (Arbeitsrecht einschl. Arbeitsvermittlung sowie Sozialversicherung einschl. Arbeitslosenversicherung) beruht. Das jüngste Gesetzgebungsverfahren zur Verlängerung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes I für ältere Arbeitnehmer hatte seine Ursache gerade darin, dass diese nach Ablauf der Versicherungsleistung in eine von Versicherungsbeiträgen völlig losgelöste und abgekoppelte öffentlichen Fürsorgeleistung fallen. Auch eine entsprechende Anwendung des Art. 87 Abs. 2 GG kommt – sofern sie denn angesichts ihres Ausnahmeharakters überhaupt denkbar sein sollte – hier nicht in Betracht, da die Aufgabenerfüllung nach dem SGB II das Gepräge eines selbstverwalteten Sozialversicherungsträgers nachhaltig verändert (dazu näher *Henneke*, *Der Landkreis* 2008, 167 ff.).

## 2. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG

Nach Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG könnte die Bundesagentur für Arbeit, auch unabhängig davon, dass es sich dabei um einen länderübergreifenden Sozialversicherungsträger handelt, mit Verwaltungsaufgaben betraut werden – allerdings nur, soweit sie als bundesunmittelbare Anstalt des öffentlichen Rechts agiert. Ein eigener dezentraler Verwaltungsunterbau ist nach dieser Vorschrift zum Schutz der grundsätzlichen Gesetzesausführungskompetenz der Länder und zur Vermeidung des Aufbaus von Doppelstrukturen dezentraler Verwaltung nicht erlaubt.

## 3. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG

Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG erlaubt zwar unter hohen Hürden die Einrichtung von Mittel- und Unterbehörden, aber eben nur als *bundeseigene*. Darum handelt es sich bei der Bundesagentur für Arbeit aber fraglos nicht, sodass Art. 87 GG als Grundlage für eine Ausführungskompetenz der Bundesagentur für Arbeit mit dezentralem Unterbau für steuerfinanzierte Sozialverwaltungsleistungen nach dem SGB II mit einem Finanzvolumen von ca. 50 Mrd. € in toto nicht zur Verfügung steht. Darauf ist bereits 2003 mit Nachdruck hingewiesen worden (*Henneke*, *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2003, 137 ff.).

## III. Kommunale Gesamtausführung auf Antrag (Option)

**Die kommunale Gesamtausführung des SGB II auf Antrag** ist nach § 6a SGB II als

sog. Experimentierklausel beschränkt auf 69 Kreise und kreisfreie Städte zugelassen worden. Die gesetzliche Regelung und Bezeichnung erweckt dabei den Eindruck, als ob es sich insoweit um eine „exotische Ausnahme“ handele. Gegen ihre Verlängerung und Entkontingentierung werden jetzt sogar verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, die im Ergebnis allerdings nicht durchschlagen (dazu *Henneke*, *Der Landkreis* 2008, 113 ff.).

Bei unverstelltem Blick aus der Verfassungsperspektive – unter Außerachtlassung des einfachgesetzlichen Regelungsmechanismus – muss man allerdings sagen, dass es sich bei der Erfüllung der gesamten Aufgaben eines Gesetzes, hier in concreto des SGB II, durch kommunale Träger um den verfassungsgewollten Regelfall nach Art. 83 i.V.m. Art. 28 Abs. 2 GG und nicht um ein „Experiment“ handelt.

Zum Experiment und zur Ausnahme wird die kommunale Gesamtausführung des SGB II durch 69 kommunale Träger nur durch zwei einfachgesetzliche, durch das geltende Verfassungsrecht nicht legitimierte Maßnahmen:

- Durch eine im bundesdeutschen Recht beispiellose Aufteilung der Vollzugskompetenz einer gerade aus zwei alten Aufgaben zusammengeführten und inhaltlich neu konzipierten Sozialverwaltungsaufgabe auf zwei Träger und
- die grundsätzliche Betrauung der Bundesagentur für Arbeit und ihres Unterbaus mit der Erbringung von Leistungen nach dem SGB II, ohne dafür eine verfassungsrechtliche Legitimation in Art. 87 GG aufweisen zu können.

Um die neu gebildete Sozialverwaltungsaufgabe SGB II auf zwei Träger verteilen zu können, wurde einfachgesetzlich die in § 19 SGB II neu gebildete einheitliche Geldleistung Arbeitslosengeld II, die nach der Legaldefinition in § 19 S. 1 SGB II umschrieben wird als

„Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts einschließlich der angemessenen Kosten für Unterkunft und Heizung“,

hinsichtlich der Ausführungskompetenz durch § 6 Abs. 1 SGB II mit der Folge wieder durchschnitten, dass für diese soeben gesetzlich definierte einheitliche Leistung für jeden einzelnen der ca. 7 Mio. Leistungsempfänger grundsätzlich zwei verschiedene Behörden zuständig sind, was mit unabsehbaren Folgen für den Verwaltungsvollzug, die Aufsicht und den Rechtsschutz verbunden ist.

Diesen beiden – verfassungsrechtlich nicht legitimierten – Ausnahmen vom Regelfall des Verwaltungsvollzugs nach Art. 83 GG wurde gesetzestechnisch eine weitere – allerdings verfassungsrechtlich legitimierte Ausnahme hinzugefügt,

- die **kommunale Gesamtträgerschaft nach § 6a SGB II**,

die in der Wirkung **als kontingentierte Ausnahme von der Doppelausnahme die Rückkehr zum verfassungsgewollten Regelfall** darstellt – allerdings begrenzt auf nur 69 Kommunen und versehen mit einem Finanzierungsmodell, das angesichts der gewählten Konstruktion seine verfassungsrechtliche Grundlage nicht in Art. 104a Abs. 5 GG (selbstverständlich bei einer Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses nach Art. 106 Abs. 4 Abs. 1 GG und ggf. bei einer Bundesbeteiligung an Geldleistungen nach diesem Gesetz gem. Art. 104a Abs. 3 GG) gefunden hat, sondern im eigentlich für andere Anwendungsfälle konzipierten Sonderbelastungsausgleich nach Art. 106 Abs. 8 GG.

Das BVerfG hat zu § 6a SGB II in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 unter Tz. 173 zutreffend ausgeführt:

„Die Regelung des § 6a SGB II zeigt, dass der Bundesgesetzgeber selbst eine in der Natur der Aufgabe begründete Notwendigkeit für die gem. § 44b SGB II organisierte Aufgabenwahrnehmung von Bundesagentur und kommunalen Trägern nicht gesehen hat. Denn diese Regelung sieht ohne weitere Voraussetzungen vor, dass anstelle der Arbeitsgemeinschaften Kreise und kreisfreie Städte – in beschränkter Anzahl – die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende außerhalb der Regellösung des § 44b vollziehen können. Weshalb dies nicht auch ohne die in § 6a Abs. 3 S. 1 SGB II vorgesehene zahlenmäßige Beschränkung möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich.“

Diese Ausführungen des BVerfG sind sicherlich in erster Linie als ein Hinweis auf eine nicht nur verfassungsrechtlich mögliche, sondern auch in der Sache wenn nicht zwingend gebotene, so doch zumindest vom Gesetzgeber selbst als möglich erkannte kommunale Aufgabenträgerbestimmung nach dem SGB II zu deuten.

Sie sind zudem als Beleg dafür anzusehen, dass eine entfristete und damit dauerhafte sowie dekontingentierte kommunale Aufgabenträgerschaft („dauerhafte Option für alle kommunalen Antragsteller“) auf Antrag als verfassungskonformer Lösungsweg in Betracht kommt.

Eine „Verwaltungszuständigkeit auf Antrag“ ist im Staatsorganisationsrecht zwar äußerst ungewöhnlich, im Grundgesetz jedoch – wie Art. 89 Abs. 2 S. 3 und 4 sowie Art. 90 Abs. 3 GG zeigen – nicht gänzlich ohne Vorbild.

Einschlägig für das Regelungsmodell nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 6a SGB II in der Parallele ist Art. 89 Abs. 2 S. 3 GG, der sich mit der Bundeswasserstraßenverwaltung befasst. Nach Art. 89 Abs. 2 S. 1 GG verwaltet der Bund die Bundeswasserstraßen durch eigene Behörden. Insoweit liegt hier die verfassungsrechtliche Ermächtigungsgrundlage für eine Bundesverwaltung vor, die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II gerade fehlt. Nach Art. 89 Abs. 2 S. 3 GG kann der Bund die Verwaltung von Bundeswasserstraßen, soweit sie im Gebiete eines Lan-

des liegen, diesem Lande auf Antrag als Auftragsangelegenheit übertragen.

Der grundsätzlich parallele Regelungsmechanismus in § 6a SGB II weicht davon in dreifacher Hinsicht ab:

- Antragsbefugt sind die kommunalen Träger.
- Die Zulassung ist kontingentiert.
- Die Aufgabe wird nicht als Auftragsangelegenheit übertragen, sondern ist als Selbstverwaltungsangelegenheit ausgelegt.

Art. 89 Abs. 2 S. 4 GG gibt überdies eine bereichsspezifische moderne Antwort für die im Papier der Mitglieder der Bundesregierung aufgeworfenen Kooperationsfragen:

„Berührt eine Wasserstraße das Gebiet mehrerer Träger, so kann der Bund das Land beauftragen, für das die beteiligten Länder es beantragen.“

Art. 90 Abs. 2 und 3 GG regeln für die Bundesfernstraßenverwaltung einen umgekehrten Mechanismus. Nach Art. 90 Abs. 2 GG verwalten die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften die Bundesautobahnen und sonstigen Bundesstraßen des Fernverkehrs im Auftrag des Bundes. Nach Art. 90 Abs. 3 GG kann auf Antrag eines Landes der Bund Bundesautobahnen und sonstige Bundesstraßen des Fernverkehrs, soweit sie im Gebiet dieses Landes liegen, in bundeseigene Verwaltung übernehmen.

### E. Konsequenzen für die Neuregelung der Ausführung des SGB II

Die vorliegenden Darlegungen haben gezeigt, dass hinsichtlich der Neuregelung der Ausführung des SGB II **ohne Verfassungsänderung nur eine Ausführungsverantwortungsregelung seitens der Länder** in Betracht kommt.

Eine Entfristung und Dekontingentierung der Experimentierklausel ist mit Blick auf die kommunale Ausführungsverantwortung für das SGB II auf Antrag möglich – dann bleibt aber die Frage, wie die Organisation des SGB II dort geregelt werden soll, wo ein solcher Antrag nicht gestellt wird.

Das **geltende Verfassungsrecht bietet dafür mit Blick auf die Bundesagentur für Arbeit keine Lösung.**

Auch sieht das Grundgesetz eine getrennte Aufgabenwahrnehmung ein und derselben Aufgabe durch zwei Träger nicht vor. Ein von „Arbeitsgemeinschaft“ in „Kooperatives Jobcenter“ umetikettiertes Gebilde liegt gleich in dreifacher Hinsicht außerhalb des bisherigen Regelungsrahmens des Grundgesetzes:

- Es geht von einer bisher nicht gegebenen Verwaltungsausführungsbefugnis der Bundesagentur für Arbeit für Aufgaben nach dem SGB II aus.
- Es geht von einer im Grundgesetz nicht vorgesehenen Aufteilung der Verwaltungsaufgaben eines Gesetzes auf verschiedene Träger entgegen dem verfassungsrechtlichen Postulat:

„nicht zugleich von Bund und Land“  
aus und führt

- diese dann in einer verfassungsrechtlich bisher nicht vorgesehenen oder ermöglichten Kooperationsform wieder zusammen.

Will man sich – was aber einfachgesetzlich nicht und untergesetzlich schon gar nicht möglich ist – einer solchen oder vergleichbaren Konstruktion nähern, wäre letztlich der verfassungsändernde Gesetzgeber gefordert, um durch Verfassungsänderung dem Urteil des BVerfG vom 20.12.2007 die zugrundeliegenden verfassungsrechtlichen Prämissen zu entziehen, die schlicht lauten:

„Das Grundgesetz schließt, von begrenzten Ausnahmen abgesehen, auch eine sog. Mischverwaltung aus (BVerfG, Tz. 153).

Ein Zusammenwirken von Bund und Ländern bei der Verwaltung ist in vielfältiger Form vorgesehen. Damit wird dem Bedürfnis der öffentlichen Gewalt in ihrem Streben nach angemessenen Antworten auf neue staatliche Herausforderungen nicht durch eine zu strikte Trennung der Verwaltungsräume gebunden zu werden, Rechnung getragen (BVerfG, Tz. 154).

Das Grundgesetz enthält keine Vorschrift, die eine Gemeinschaftseinrichtung von Bund und Ländern zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung der Leistungen nach dem SGB II vorsieht (BVerfG, Tz. 167).“

Die qualitative und quantitative Bedeutung des Verwaltungsvollzugs des SGB II für den „demokratischen und sozialen Bundesstaat“ nach Art. 20 Abs. 1 GG und den „demokratischen und sozialen Rechtsstaat“ nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG rechtfertigt eine eigenständige Regelung im VIII. Abschnitt des GG allemal und legitimiert Neuregelungsüberlegungen eher als die Bereiche Statistik, Geoinformationswesen, Bevölkerungs- und Katastrophenschutz, Medizinprodukte, Arzneimittel, Krebsregister oder Ausländer- und Staatsangehörigkeitsrecht.

Hinsichtlich der Inhalte einer solchen Regelung sollte aber äußerst sorgfältig auf ihre Verträglichkeit mit dem Staatsorganisationsrecht im Übrigen, insbesondere mit dem VIII. und X. Abschnitt des GG geachtet werden, was Zurückhaltung gegenüber einer Neuregelung geboten erscheinen lässt. In Anknüpfung an die Darlegungen des BVerfG und die Vorschläge der Mitglieder der Bundesregierung in der Föderalismuskommission II könnte eine solche Neuregelung – etwa in Art. 90a GG – lauten:

„Die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen kommunalen Selbstverwaltungskörperschaften führen [die Grundsicherung für Arbeitssuchende] als eigene Angelegenheit aus. Auf Antrag eines Landes oder der nach Landesrecht zuständigen kommunalen Selbstverwaltungskörperschaft mit Zustimmung des Landes kann die Ausführung auf eine gemeinsame Einrichtung des Bundes und der ausführenden Körperschaft nach Satz 2 zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung übertragen werden.“

Sollte man den Regelungsmechanismus umkehren wollen, wäre die zu treffende Regelung noch komplizierter. Sie müsste dann im neu vorgeschlagenen Abschnitt VIII b vor der vorgeschlagenen Regelung des Art. 91c GG angesiedelt werden, weil dann wie dort die Übertragung auf „gemeinsame Einrichtungen“ den Ausgangspunkt der Regelung bildete. ■

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,  
Geschäftsführendes Präsidialmitglied  
des Deutschen Landkreistages,  
Berlin/Fachbereich Rechtswissenschaften  
der Universität Osnabrück

# Hat das BVerfG die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und die Kommunen andererseits bestätigt?

## A. Einleitung

Dass nach der BVerfG-Entscheidung zur SGB II-Organisation<sup>1)</sup> eine Bündelung des SGB II-Vollzugs in kommunaler Trägerschaft angezeigt ist<sup>2)</sup>, zu deren Übernahme der Deutsche Landkreistag die Bereitschaft der Kreise erklärt hat<sup>3)</sup> und insoweit eine verfassungskonforme, ebenso belastungsgerechte wie anreizorientierte Finanzierung aufgezeigt hat<sup>4)</sup>, wurde ebenso dargelegt, wie bewusst gestreute verfassungsrechtliche Bedenken gegen die dauerhafte Ausweitung des Optionsmodells widerlegt werden konnten<sup>5)</sup>.

Bemerkenswert ist es vor diesem Hintergrund, dass von Seiten des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) immer wieder propagiert wird<sup>6)</sup>:

„Die Trägerschaft im SGB II durch die Bundesagentur einerseits und durch die Kommunen andererseits bleibt nicht nur unberührt – sie wurde durch das BVerfG sogar bestätigt. Bundesagentur und Kommunen sind und bleiben jeweils für ‚ihre‘ Aufgaben zuständig: Die Bundesagentur für Regelleistung, Sozialgeld und die Leistungen zur Eingliederung, die Kommunen für die Leistungen für Unterkunft und Heizung sowie für ergänzende integrative Leistungen...“

Der Gesetzgeber wollte die Leistungen aus einer Hand ermöglichen... Es ist das Anliegen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, die positiven Errungenschaften der bisherigen Organisation soweit als möglich zu wahren. Bei *unveränderter Trägerschaft* soll daher ein Weg gewählt werden, der – bei unveränderter Finanzierung durch den Bund – weiterhin ein hohes Maß an dezentralen Entscheidungen und enger Kooperation mit den Kommunen ermöglicht.“

Um den Eindruck zu vermeiden, dass nach 2003/2004 quasi dasselbe Spiel noch einmal von vorn beginnen soll, wird hinzugefügt:

„Dabei sind natürlich die Vorgaben aus der Entscheidung des BVerfG zu beachten.“

Die vorläufig ausformende Antwort dieser Zielsetzung besteht in dem am 12.2.2008 in die Diskussion eingeführten sog. Kooperativen Jobcenter<sup>7)</sup>. Angesichts der eigenwilligen Interpretation des Urteils seitens des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, wonach Karlsruhe die getrennte Aufgabenträgerschaft (sogar) bestätigt habe, ist es angezeigt, vertiefend der Frage nachzugehen, ob das BVerfG in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 die Trägerschaft durch die BA einerseits und die Kommunen andererseits und damit auch die getrennte

Von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,  
Berlin

Aufgabenwahrnehmung wirklich bestätigt hat und ob das vom BMAS angekündigte Vorgehen mit der Zielsetzung „Kooperatives Jobcenter“ zur „Wahrung der positiven Errungenschaften der bisherigen Organisation“ von den verfassungsrechtlichen Vorgaben in der Ausgestaltung durch das BVerfG wirklich getragen ist.

## B. Einschlägige Ausführungen des BVerfG-Urteils vom 20.12.2007

Die einschlägigen Ausführungen in der Entscheidung des BVerfG sind sehr viel weniger eindeutig, als es das Bundesministerium für Arbeit und Soziales glauben zu machen versucht. Wörtlich heißt es nämlich<sup>8)</sup>:

„Der Gesetzgeber hat den verfassungsgewollten prinzipiellen Vorrang einer dezentralen, also gemeindlichen, vor einer zentral und damit staatlich determinierten Aufgabenwahrnehmung zu berücksichtigen.“

Einer Übertragung der *gesamten* Aufgabenpalette auf die Kommunen – nach der Föderalismusreform gem. Art. 83 GG über die Länder – steht damit nichts entgegen. Bei weitem nicht so einfach erweist sich indes eine Aufgabenzuweisung an die Bundesagentur für Arbeit; aber auch eine geteilte Aufgabenträgerschaft lässt sich nicht ohne Weiteres begründen. Wörtlich heißt es in der Entscheidung:

„Das Grundgesetz enthält keine Vorschrift, die eine Gemeinschaftseinrichtung von Bund und Ländern zur gemeinsamen Aufgabenwahrnehmung der Leistungen nach dem SGB II vorsieht. Nach der Systematik des Grundgesetzes wird der *Vollzug von Bundesgesetzen entweder von den Ländern oder vom Bund, nicht hingegen zugleich von Bund und Land* oder einer von beiden geschaffenen dritten Institution *wahrgenommen*“<sup>9)</sup>.

Das Bundesverfassungsgericht stellt in seiner Formulierung also ganz bewusst darauf ab, dass ein und dasselbe Bundesgesetz entweder *allein* von den Ländern (und Kommunen) oder *allein* vom Bund vollzogen wird, womit eine *gewillkürte Aufgabentrennung* zwischen verschiedenen Trägern *in einem Gesetz* durch den Gesetzgeber nicht zu vereinbaren ist. Außerdem – daran ist die Arbeitsgemeinschaft nach § 44b SGB II gescheitert – kann der Vollzug von Bundesgesetzen nicht von einer von Bund und Län-

dern geschaffenen dritten Institution wahrgenommen werden.

Das BVerfG knüpft daran unmittelbar wie folgt an<sup>10)</sup>:

„Nach Art. 83 ff. GG führen die Länder, zu denen die Kommunen gehören, die Bundesgesetze aus, soweit das Grundgesetz nichts anderes bestimmt oder zulässt.“

Mit dieser Aussage knüpft das BVerfG unmittelbar an die zuvor getätigte Feststellung des grundsätzlichen Vorrangs dezentraler Aufgabenwahrnehmung an. Sodann konkretisiert es die Zulässigkeit einer bundesunmittelbaren Aufgabenerfüllung wie folgt:

„Zwar enthält Art. 87 Abs. 2 GG für soziale *Versicherungsträger* eine von der Grundregel des Art. 83 GG abweichende Regelung, und Art. 87 Abs. 3 GG ermöglicht dem Bund, selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz zu errichten. Es kann *offen bleiben*, ob der Bund nach diesen Vorschriften die Verwaltungszuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem SGB II an sich ziehen kann, denn bei den Arbeitsgemeinschaften nach § 44b SGB II handelt es sich nicht um Bundesverwaltung gem. Art. 87 Abs. 2 oder Abs. 3 GG<sup>11)</sup>.“

Mit anderen Worten vermeidet das Bundesverfassungsgericht peinlich genau eine Aussage darüber, dass die – im vorliegenden Verfahren gar nicht streitbefangene – Aufgabenträgerbestimmung in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II bezüglich der Bundesagentur für Arbeit den verfassungsrechtlichen Anforderungen dieser Bestimmungen entspricht. Dies gilt es vielmehr vor dem Hintergrund der nunmehrigen Überlegungen des

<sup>1)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 ff. = NVwZ 2008, 183 ff. = Der Landkreis 2008, 5 ff. m. Anm. Henneke.

<sup>2)</sup> Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2008, 3 f.

<sup>3)</sup> Henneke, Der Landkreis 2008, 59 ff.

<sup>4)</sup> Dazu ausf.: Henneke/Wohltmann, Der Landkreis 2008, 62 ff.

<sup>5)</sup> Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2008, 113 ff.

<sup>6)</sup> So z. B. BT-Ausschuss für Arbeit und Soziales, Drs. 16 (11) 893 v. 21.1.2008, 1.

<sup>7)</sup> Dazu kritisch: Keller, Der Landkreis 2008, 111 f.

<sup>8)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (176 f.) = NVwZ 2008, 183 (186) = Der Landkreis 2008, 5 (7).

<sup>9)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (179) = NVwZ 2008, 183 (187) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

<sup>10)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (179) = NVwZ 2008, 183 (187) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

<sup>11)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (179) = NVwZ 2008, 183 (187) = Der Landkreis 2008, 5 (9) unter Hinweis auf Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (356 f.).

BMAS zu prüfen. Das BVerfG betont mit dem „Offenbleiben“, dass es eine solche Prüfung verfassungsprozessual nicht vorzunehmen hatte und folglich auch nicht vorgenommen hat.

An späterer Stelle fährt das BVerfG fort<sup>12)</sup>:

„Das Anliegen, die Grundsicherung für Arbeitsuchende ‚aus einer Hand‘ zu gewähren, ist ein sinnvolles Regelungsziel. Dieses kann aber sowohl dadurch erreicht werden, dass der Bund für die Ausführung den Weg des Art. 87 GG wählt, als auch dadurch, dass der Gesamtvollzug nach der Grundregel des Art. 83 GG insgesamt den Ländern als eigene Angelegenheit überlassen wird.“

Dieser Urteils Passage kann mitnichten entnommen werden, dass das BVerfG die Zulässigkeit einer Gesamtaufgabenübertragung auf den Bund nach Art. 87 GG für zulässig erklärt hat. Dies hat es vielmehr in der zuvor genannten Passage unter Nennung der einzelnen Tatbestandsmerkmale der Abs. 2 und 3 des Art. 87 GG bewusst offen gelassen. Mit dem hier gegebenen Hinweis auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Art. 87 GG macht das BVerfG nur deutlich, dass für die Möglichkeit der Aufgabenerfüllung aus einer Hand der verfassungsrechtlichen Vorgabe Rechnung zu tragen ist, dass der Vollzug von Bundesgesetzen entweder von den Ländern oder vom Bund, nicht hingegen zugleich von Bund und Land oder einer von beiden geschaffenen dritten Institution wahrgenommen werden kann. Ein Freibrief für das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 87 GG liegt darin selbstverständlich nicht, zumal das BVerfG hier bewusst ganz pauschal auf Art. 87 GG als solchen verweist, nicht aber auf die einzelnen, sich gegenseitig hinsichtlich der tatbestandlichen Voraussetzungen ausschließenden Absätze. Ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Abs. 2 bzw. 3 des Art. 87 GG erfüllt sind, bedarf der sogleich erfolgenden näheren Prüfung.

Auch der Tenor des Urteils deutet nicht darauf hin, dass der Vollzug des SGB II dauerhaft zugleich von Bund und Ländern bzw. ihren Kommunen nach dem Modell getrennter Aufgabenwahrnehmung erfolgen kann:

„§ 44b SGB ist mit Art. 28 Abs. 2 S. 1 und 2 i. V. m. Art. 83 GG unvereinbar. Die Vorschrift bleibt bis zum 31.12.2010 anwendbar, wenn der Gesetzgeber nicht zuvor eine andere Regelung trifft.“

Zunächst ist nach diesem Urteilstenor unbestreitbar, dass durch eine untergesetzliche Regelung § 44b SGB II bis Ende 2010 nicht außer Kraft gesetzt werden kann. Die Tenorierung des Urteils stellt aber auch keine Aufforderung an den Gesetzgeber dar, gar nichts zu tun und nach dem Außerkrafttreten von § 44b SGB II auf eine getrennte Aufgabenwahrnehmung zuzusteuern. Vielmehr ist die dreijährige Weitergeltungsfrist dem Gesetzgeber zweckorientiert eingeräumt worden:

„Dieser Zeitraum ist dem Gesetzgeber zur Schaffung einer Neuregelung im Rahmen der hier betroffenen besonders komplexen Regelungsma-

terie zuzubilligen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber mit den hier angegriffenen Regelungen, die Teil der Zusammenlegung der Arbeitslosenhilfe und der Sozialhilfe für Erwerbsfähige sind, ein Ziel verfolgt, das in der Wissenschaft ebenso wie im politischen Willensbildungsprozess von der weit überwiegenden Meinung als notwendig erachtet worden ist, dass zugleich aber die bisherige Zuordnung der getrennt wahrgenommenen jeweils bedeutenden Aufgabenkomplexe teils zum Bund, teils zur den Ländern zugehörigen Kommunalebene zur Erreichung dieses Ziels Umstellungen von ungewöhnlichem Ausmaß erfordert<sup>13)</sup>. Die historisch bedingte Aufteilung des Sachverstands auf den *Gebieten der Fürsorge und der Arbeitsvermittlung* auf die Kommunen als öffentliche Träger der Sozialhilfe nach dem Bundessozialhilfegesetz einerseits und die Bundesarbeitsverwaltung andererseits einer einheitlichen Aufgabenwahrnehmung zuzuführen, wird allgemein als sinnvoll und notwendig angesehen<sup>14)</sup>. Dem Gesetzgeber muss für eine Neuregelung, die das Ziel einer Bündelung des Vollzugs der Grundsicherung für Arbeitsuchende verfolgt, ein der Größe der Umstrukturierungsaufgabe angemessener Zeitraum belassen werden. Dabei muss ihm die Möglichkeit gegeben werden, die Erfahrungen der einheitlichen Aufgabenwahrnehmung in den sog. Optionskommunen des § 6a SGB II und die Ergebnisse der gem. § 6c SGB II vorgesehenen Wirkungsforschung zu den Auswirkungen der Neuregelungen des SGB II zu berücksichtigen<sup>15)</sup>.“

Das BVerfG macht in seiner Entscheidung selbst mehr als deutlich, warum es § 44b nicht für nichtig, sondern nur für mit der Verfassung unvereinbar erklärt hat, um nämlich auf diese Weise das Eintreten einer sofortigen *getrennten Aufgabenwahrnehmung zu verhindern*, die das BVerfG als *noch verfassungswidriger als den gegenwärtigen Zustand ansieht*<sup>16)</sup>:

„Die bloße Unvereinbarerklärung, verbunden mit der Anordnung befristeter Fortgeltung der verfassungswidrigen Regelung, kommt statt der gesetzlich vorgesehenen Nichtigkeit als Rechtsfolge dann in Betracht, wenn es aus verfassungsrechtlichen Gründen unabdingbar ist, eine verfassungswidrige Vorschrift für eine Übergangszeit fortbestehen zu lassen, damit *in dieser Zeit nicht ein Zustand besteht, der von der verfassungsmäßigen Ordnung noch weiter entfernt ist als der bisherige... Bei einer Nichtigerklärung könnten die Aufgaben ab sofort nicht mehr einheitlich* durch die nach § 44b SGB II gegründeten Arbeitsgemeinschaften wahrgenommen werden. Hiervon wären eine hohe Zahl von Leistungsempfängern und die Mitarbeiter in den Arbeitsgemeinschaften betroffen. Ohne eine hinreichende Übergangszeit ist es nicht möglich, **eine geordnete Sozialverwaltung** sicherzustellen.“

Aus diesen Befugnissen eine Bestätigung getrennter Aufgabenwahrnehmung und einen diesbezüglichen, möglichst schnell zu realisierenden ggf. nur untergesetzlichen Handlungsauftrag abzuleiten, erscheint in juristischer Hinsicht schlechterdings nicht vertretbar. Der vom BVerfG artikuliert **Auftrag** heißt vielmehr: **Sicherstellung einer geordneten Sozialverwaltung nach dem SGB II in einheitlicher Aufgabenwahrnehmung bei Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben.**

## C. Verfassungsrechtliche Qualifizierung der Bundesagentur für Arbeit im Rahmen des Art. 87 GG

Eine Bundeskompetenz für den Verwaltungsvollzug des SGB II kann sich allein aus Art. 87 Abs. 2 bzw. Art. 87 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GG ergeben.

### I. Art. 87 Abs. 2 GG

Nach Art. 87 Abs. 2 GG besitzt der Bund eine Verwaltungskompetenz mit Behördenunterbau für länderübergreifende Sozialversicherungsträger. Der Begriff „Sozialversicherungsträger“ entspricht in seinem ersten Wortteil „Sozialversicherung“ dem identischen Begriff bei den konkurrierenden Gesetzgebungskompetenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, insoweit gelten dieselben Auslegungsgrundsätze<sup>17)</sup>.

Der Begriff „Sozialversicherungsträger“ im Sinne von Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG bezeichnet die Träger der öffentlichen Verwaltung, die Aufgaben der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung wahrnehmen<sup>18)</sup>. Im Zentrum des Typus der Sozialversicherung steht das Prinzip der Versicherung, das durch Erbringung von Leistungen aus dem Beitragsaufkommen der Versicherten und ggf. Dritter geprägt ist. Notwendiges Merkmal der Sozialversicherung ist – ebenso wie bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG – die – jedenfalls überwiegende – Finanzierung der Leistungen durch Beiträge der Beteiligten.

Die nach dem SGB II erbrachten Leistungen an hilfebedürftige erwerbsfähige Personen werden indes nicht aus Beiträgen der Arbeitnehmer, sondern *ausschließlich* aus Steuermitteln des Bundes und der Kommunen bestritten<sup>19)</sup>. Die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitsuchende sind keine Sozialversicherungsleistungen, sondern Fürsorgeleistungen des Staates<sup>20)</sup>; die darauf bezogene Verwaltung ist in den Worten des BVerfG folglich eine „geordnete Sozialverwaltung“<sup>21)</sup>.

Ebenso wenig wie sich die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zur Regelung der

<sup>12)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (180) = NVwZ 2008, 183 (188) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

<sup>13)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (184) = NVwZ 2008, 183 (191) = Der Landkreis 2008, 5 (12).

<sup>14)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (184) = NVwZ 2008, 183 (191) = Der Landkreis 2008, 5 (12).

<sup>15)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (184) = NVwZ 2008, 183 (191) = Der Landkreis 2008, 5 (12).

<sup>16)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (183, 184) = NVwZ 2008, 183 (190, 191) = Der Landkreis 2008, 5 (12).

<sup>17)</sup> BVerfGE 63, 1 (35); *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 243; *Hermes*, in: Dreier (Hrsg.), GG, Art. 87 Rdn. 56; *Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 87 Rdn. 153, *Sachs*, in: ders. (Hrsg.), GG, 4. Aufl. 2007, Art. 87 Rdn. 49; *Pieroth*, in: Jarass/Pieroth, GG, 9. Aufl. 2007, Art. 87 Rdn. 30; *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 (350).

<sup>18)</sup> *Hermes* (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 56; *Sachs* (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 49; *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 (350 f.).

<sup>19)</sup> *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 (346 ff.).

<sup>20)</sup> *Brosius-Gersdorf*, VSSR 2005, 335 (352).

<sup>21)</sup> BVerfG, DVBl. 2008, 173 (184) = NVwZ 2008, 183 (191) = Der Landkreis 2008, 5 (12).

Grundsicherung für Arbeitsuchende aus dem Kompetenztitel der „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 (sondern aus dem des Rechts der öffentlichen Fürsorge nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 7) GG ergibt, unterfällt die Ausführung des SGB II dem Verwaltungstypus der Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG. Für den einen wie für den anderen Kompetenztitel fehlt die erforderliche Anknüpfung im SGB II an eine Sozialversicherungsleistung und damit ein Konnex zu dem Titel „Sozialversicherung im verfassungsrechtlichen Sinne“<sup>22)</sup>. Darauf habe ich bereits 2003 im Vorfeld der Neuregelung hingewiesen<sup>23)</sup> und darauf aufmerksam gemacht, dass bereits für die Bundesanstalt für Arbeit umstritten war, ob sie für ihr seinerzeit gesamtes Aufgabenspektrum auf Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG gestützt werden konnte<sup>24)</sup>.

Auf Art. 87 Abs. 2 S. 1 GG kann eine Verwaltungskompetenz der Bundesagentur für Arbeit und der Agenturen für Arbeit für die Leistungen nach dem SGB II nach der Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften mithin nicht gestützt werden.

Dagegen kann nicht argumentiert werden, dass der Bundesagentur für Arbeit bzw. ihrer Rechtsvorgängerin auch in der Vergangenheit versicherungsfremde Leistungen übertragen worden seien. Dabei handelte es sich nämlich stets um Aufgaben der Arbeitsvermittlung und sonstige arbeitsmarktpolitische Maßnahmen, die auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG gestützt wurden und das Gepräge der Bundesagentur für Arbeit bzw. ihrer Rechtsvorgängerin gewahrt haben. Davon unterscheidet sich die neukonzipierte öffentliche Fürsorgeleistung: „Grundsicherung für Arbeitsuchende“ fundamental.

### II. Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG

Einen weiteren Fall der Bundesverwaltung begründet Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG, wonach für Angelegenheiten, für die dem Bund die Gesetzgebung zusteht, selbständige Bundesoberbehörden und neue bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts durch Bundesgesetz errichtet werden können. Ebenso wie Art. 87 Abs. 2 GG enthält Art. 87 Abs. 3 GG Kompetenzregelungen, die dem Bund das Recht zur Ausführung von Bundesgesetzen gewähren, also im Sinne von Art. 83 2. Hs. GG etwas anderes zulassen. Der Bund kann durch die Errichtung von in Art. 87 Abs. 3 GG genannten Verwaltungsstellen, denen er bestimmte Aufgaben zuweist, die Verwaltungszuständigkeit an sich ziehen und die Verwaltungshoheit der Länder nach Art. 83 1. Hs. GG beenden.

Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG weist dem Bund die Verwaltungskompetenz für Angelegenheiten zu, für die ihm die Gesetzgebung zusteht. Insoweit ergänzt Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG die materielle Sachgesetzgebungsbezugnis des Bundes nach Art. 73 ff. GG und gewährt ihm das Recht, die Ausführung der

Bundesgesetze durch Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und neuer bundesunmittelbarer Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts zu regeln.

Selbständige Bundesoberbehörden im Sinne des Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG sind organisatorisch und funktionell verselbständigte Behörden des Bundes, die einer obersten Bundesbehörde unmittelbar nachgeordnet sind, der Dienst- und Fachaufsicht des Ministeriums unterstehen und örtliche Zuständigkeit für das gesamte Bundesgebiet besitzen<sup>25)</sup>. Im Gegensatz zu den in Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG genannten Verwaltungseinheiten weisen selbständige Bundesoberbehörden *keinen Verwaltungsunterbau* auf, sondern erledigen die ihnen übertragenen Aufgaben zentral.

Der Vollzug der Aufgabe der Grundsicherung für Arbeitsuchende ist in § 36 SGB II dezentral geregelt. Die Aufgabe der Grundsicherung nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB II wird nicht zentral im Bundesgebiet durch die Bundesagentur für Arbeit wahrgenommen, sondern soll nach der Verfassungswidrigkeit der Arbeitsgemeinschaften künftig dezentral den örtlich nach § 36 SGB II zuständigen Agenturen für Arbeit obliegen, die über das gesamte Bundesgebiet verteilt sind.

Auf Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG kann eine Ausführungskompetenz der Bundesagentur für Arbeit und der Agenturen für Arbeit nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB II mithin ebenfalls nicht gestützt werden.<sup>26)</sup>

### III. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG

Schließlich bleibt zu prüfen, ob die Ausführung des SGB II gem. §§ 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 36 SGB II dem Typus der Bundesverwaltung nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG entspricht. Erwachsen dem Bund auf Gebieten, für die ihm die Gesetzgebung zusteht, neue Aufgaben, kann er gem. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG bei dringendem Bedarf mit Zustimmung des Bundesrates und der Mehrheit der Mitglieder des Bundestages *bundeseigene* Mittel- und Unterbehörden errichten. Hierbei wird das Vorliegen eines besonderen Bedürfnisses im Sinne eines dringenden Bedarfs für die Errichtung der betreffenden Behörden gefordert<sup>27)</sup>. Die Regelung des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG greift im Übrigen nur ein, soweit dem Bund auf dem Gebiet der Gesetzgebungszuständigkeit *neue* Verwaltungsaufgaben erwachsen, die bisher weder vom Bund, noch von anderen Trägern hoheitlicher Verwaltung erfüllt worden sind<sup>28)</sup>.

Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG liegt eine restriktive Gesamtintention zugrunde und ist ein „Notbehelf für nicht absehbare Entwicklungen“<sup>29)</sup>. Ob diese Voraussetzungen beim SGB II erfüllt sind, kann mit Fug und Recht bestritten werden<sup>30)</sup>. Darauf kommt es indes letztlich nicht an.

Denn selbst wenn die Voraussetzungen des Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG für die Errichtung *bundeseigener* Mittel- und Unterbehörden erfüllt werden, es also zur wirksamen Erfüllung

der Aufgabe der Grundsicherung für Arbeitsuchende der Errichtung von Verwaltungsmittelbehörden oder -unterbehörden des Bundes bedürfte, hätte der Bund mit § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 36 SGB II von dieser Verwaltungskompetenz nicht in dem in der Verfassung vorgesehenen Sinne Gebrauch gemacht, da es sich bei den Agenturen für Arbeit um *mittelbare* und nicht um unmittelbare *Bundesbehörden* handelt. Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG ist aber nicht analogiefähig. Die Unstatthaftigkeit eines eigenen Verwaltungsaufbaus bei mittelbarer Bundesverwaltung folgt aus der föderalen Schutzrichtung der Bestimmung<sup>31)</sup>. Eine mittelbare Bundesverwaltung mit eigenem Unterbau ist nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG also unzulässig, da diese Bestimmung auf Konstellationen bundeseigener Verwaltung beschränkt ist.<sup>32)</sup>

Davon ist 2003 und 2004 auch der Bundesgesetzgeber ausgegangen. Schließlich sind das Vierte Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 (BGBl. I, 2954) und das Kommunale Optionengesetz vom 30.7.2004 (BGBl. I, 2014) weder mit der nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG vorgesehenen Eingangsformel verkündet noch mit der nach Art. 87 Abs. 3 S. 2 GG die Belange der Länder bei der Gesetzesausführung besonders wahrenenden erforderlichen Mehrheit im Bundestag beschlossen worden.

### IV. Entsprechende Anwendung von BVerfGE 97, 198 (217 f.)?

Nach der bisherigen Auslegung der Art. 87 Abs. 2 und 3 GG kommt man mithin zwingend zu dem Ergebnis, dass eine grundlegende Verwaltungskompetenznorm für

<sup>22)</sup> Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (351); ebenso Mempel, Hartz IV-Organisation auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, 2007, S. 102 ff.

<sup>23)</sup> Dazu ausf.: Henneke, ZG 2003, 137 (152).

<sup>24)</sup> Dazu ausf.: Henneke, ZG 2003, 137 (151 f.) unter Bezugnahme auf Bull, GG-Alternativkommentar, Band 2, 1989, Art. 87 Rdn. 106 ff.; dazu auch Dittmann (Fn. 17), S. 248 f.; Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 187 ff. u. 271 ff.; Harks, Kommunale Arbeitsmarktpolitik. Rechtliche Vorgaben und Grenzen, 2003, S. 76 f. u. 137 ff.; Hermes (Fn. 17), Art. 87 Rdn. 56 m. Fn. 236, siehe dazu auch: Henneke/Ruge, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, 10. Aufl. 2004, Art. 87 Rdn. 5a sowie Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoplauf, GG, 11. Aufl. 2008, Art. 87 Rdn. 6.

<sup>25)</sup> BVerfGE 14, 197 (211); Dittmann (Fn. 17), S. 253; Hermes (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 79; Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (353).

<sup>26)</sup> Harks (Fn. 24), S. 139; Mempel, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, 114 (122).

<sup>27)</sup> BVerfGE 14, 197 (213 f.).

<sup>28)</sup> Weitergehend: Lerche (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 213.

<sup>29)</sup> Sachs (Fn. 17), Art. 87 GG Rdn. 75; Henneke, Der Landkreis 2007, 327 (331); ders., in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hoplauf (Fn. 24), Art. 87 GG Rdn. 11.

<sup>30)</sup> Vgl. dazu Brosius-Gersdorf, VSSR 2005, 335 (354 f.); Mempel, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, 114 (122 f.).

<sup>31)</sup> Burgi, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 87 GG Rdn. 105.

<sup>32)</sup> Broß, in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GGK, 5. Aufl. 2001, Art. 87 GG Rdn. 26; Blümel, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 101 Rdn. 80; Mempel (Fn. 22), S. 105.

<sup>33)</sup> Burgi (Fn. 31), Art. 87 GG Rdn. 63.

eine Aufgabenübertragung auf die Bundesagentur für Arbeit und die Agenturen für Arbeit nicht vorliegt.

Vor diesem Hintergrund hat *Burgi*<sup>34)</sup> die Frage aufgeworfen, wie sich Art. 87 Abs. 2 GG zu der Übertragung von Aufgaben verhält, die nicht mehr als Aufgaben eines Trägers für Sozialversicherung qualifiziert werden können, die aber auf eine im Übrigen als Träger der Sozialversicherung fungierende bestehende Organisationseinheit, also die Bundesagentur für Arbeit und die Agenturen für Arbeit, übertragen wird. *Burgi* kommt zu dem klaren Ergebnis, dass die Zuständigkeit für die Grundsicherung für Arbeitssuchende nach dem SGB II eine Aufgabe *jenseits der Sozialversicherung* darstellt<sup>34)</sup>. Er unterbreitet sodann folgenden Vorschlag:

„Bei der Beurteilung dieser und anderer Vorgänge erscheint eine Orientierung an den vom BVerfG für den Fall der Übertragung von Nicht-Grenzschutzaufgaben auf die Bundesgrenzschutzbehörden gem. Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG erarbeiteten Grundsätzen naheliegend. Demnach käme es darauf an, ob der Bund für jene Nicht-Sozialversicherungsträgeraufgaben über eine eigene Verwaltungskompetenz verfügt (hier dürfte zumeist Art. 87 Abs. 3 S. 1 GG zur Verfügung stehen), ob sich jene andere Verwaltungskompetenznorm negativ zur Überantwortung der betreffenden Aufgaben an einen bundesunmittelbaren Träger der Sozialversicherung verhält, und schließlich, ob die Zuweisung der sozialversicherungsfremden Aufgaben das ‚Gepräge‘ der betroffenen bundesunmittelbaren Sozialversicherungsträger wahr.“

Lässt man sich auf diesen Gedankengang ein, dessen Übertragung von Art. 87 Abs. 1 S. 2 GG auf Art. 87 Abs. 2 GG keineswegs zwingend erscheint, so liegt die dritte der genannten Voraussetzungen beim SGB II mit Blick auf die Bundesagentur für Arbeit offensichtlich nicht vor.

In der BGS-Entscheidung hat das BVerfG ausgeführt<sup>35)</sup>:

„Der Bundesgrenzschutz darf nicht zu einer allgemeinen, mit den Landespolizeien konkurrierenden Bundespolizei ausgebaut werden und damit sein Gepräge als Polizei mit begrenzten Aufgaben verlieren.“

An späterer Stelle heißt es<sup>36)</sup>:

„Die Übertragung der Aufgabe... wahrhaft das Gepräge der dem Bundesgrenzschutz in der Verfassung zugewiesenen Aufgaben. Es handelt sich um auf die Bahnanlagen begrenzte und auch sachlich eingeschränkte Zuständigkeiten. Sie nehmen derzeit nicht mehr als etwa 1/6 des Personals des Bundesgrenzschutzes in Anspruch.“

Ganz anders verhält es sich beim SGB II. Hier hat das BVerfG in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 herausgearbeitet<sup>37)</sup>:

„Bei der Grundsicherung für Arbeitssuchende handelt es sich um einen der größten *Sozialverwaltungs*bereiche, der einen beträchtlichen Teil der *Sozialleistungen* des Staates umfasst. Sowohl nach der Anzahl der von den Regelungen betroffenen Personen als auch nach dem Finanzvolumen handelt es sich um eine besonders bedeutsame Verwaltungsmaterie. Die Regelungen im SGB II, die sowohl staatliche Transferleistung-

gen als auch die Beratung und Betreuung von bedürftigen Erwerbsfähigen zum Gegenstand haben, betreffen nach seriösen Schätzungen etwa 6 – 7 Mio. Menschen. Die Zuständigkeiten der Leistungsträger nach § 6 Abs. 1 S. 1 SGB II machen jeweils einen erheblichen Teil der Sachaufgaben von Bundesagentur und kommunalen Trägern aus. Die sozialen und finanziellen Dimensionen der Grundsicherung für Arbeitssuchende sprechen klar gegen das Vorliegen einer eng umgrenzten Verwaltungsmaterie... Ein Abweichen von der Kompetenzordnung des Grundgesetzes (scheidet) schon wegen Bedeutung und Umfang der Grundsicherung für Arbeitssuchende aus...“

Das heißt, dass diejenigen Erwägungen, die dazu geführt haben, dass die auf die Arbeitsgemeinschaften übertragenen Aufgaben nicht eine eng umgrenzte Verwaltungsmaterie darstellen, die ausnahmsweise ein Abweichen vom Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung rechtfertigen könnten, auch dazu führen, dass eine den Grundsätzen von BVerfGE 97, 198 ff. entsprechende Übertragung auf Art. 87 Abs. 2 GG schon vom Sachverhalt her nicht in Betracht kommt<sup>38)</sup>. Schließlich beschäftigt die Bundesagentur für Arbeit insgesamt etwa 100.000 Mitarbeiter, von denen 42.000 im Bereich des SGB II tätig sind. Sollte es in Folge der Auflösung der Arbeitsgemeinschaften zu der von BMAS geplanten getrennten Trägerschaft von Bundesagentur für Arbeit und kommunalen Trägern kommen, wären von den ARGEN weitere 18.000 bisher von den kommunalen Trägern gestellte Mitarbeiter auf die Bundesagentur für Arbeit zu überführen.

#### V. Keine „neue Aufgabe“?

Da es bei der engen Auslegung des Art. 87 Abs. 2 und 87 Abs. 3 S. 2 GG um den Schutz der Organisationshoheit der Länder geht, könnte der Bund geneigt sein, zu argumentieren, dass es sich bei der Umwandlung der bisherigen Arbeitslosenhilfe und Arbeitsvermittlung in die Grundsicherung für Arbeitssuchende nur um eine Modifizierung des traditionellen, wenngleich über den Versicherungsbereich hinausgehenden Aufgabenbestandes der Bundesagentur handele und insoweit trotz der Neuregelung der Aufgabe im SGB II qualitativ kein neuer „Einbruch in die Organisationshoheit der Länder“ liege, sondern es allenfalls zu einer quantitativen Aufgabenerweiterung gekommen sei, die sich allerdings auch auf einen erheblich erweiterten, von der Bundesagentur für Arbeit bisher nicht erfassten Personenkreis auswirkt.

Eine solche Argumentation würde allerdings verkennen, dass mit dem **SGB II** zwei bisher unterschiedliche Aufgaben zu **einer neuen Fürsorgeleistung zusammengeführt** worden sind.

In dem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zur SGB II-Organisation hat die Bundesregierung allerdings mit Blick auf die alte kommunale Aufgabe der Sozialhilfe entsprechend argumentiert und ausgeführt:

„In ihrem sachlichen Kern waren die Kommunen für sämtliche der in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II aufgeführten Aufgaben schon bisher im Rahmen der Sozialhilfe zuständig und wären für diese ohne das SGB II auch weiter zuständig geblieben; Das SGB II hat insoweit lediglich einen bestimmten Personenkreis – die erwerbsfähigen Sozialhilfeempfänger – aus dem früheren BSHG ausgegliedert und in einen anderen materiellen Bezugsrahmen eingestellt, ohne aber an den betreffenden Leistungen selbst Maßgebliches zu verändern.“

Im Ergebnis sind die Kommunen damit für nichts zuständig, wofür sie nicht schon unter der Geltung des alten § 96 BSHG zuständig waren. Demgegenüber lässt sich auch nicht einwenden, für die Kommunen handele es sich schon deshalb um eine neue Aufgabe, weil der Kreis der Anspruchsberechtigten durch das SGB II um die bisherigen Bezieher von Arbeitslosenhilfe erweitert worden sei. Das ist schon deshalb unzutreffend, weil auch die bisherige Sozialhilfe eine – subsidiäre – Zuständigkeit für alle Hilfebedürftigen umfasst; dass die Kommunen an die Bezieher von Arbeitslosenhilfe bislang tatsächlich keine Leistungen erbracht hatten, ergab sich allein aus dem gesetzlich angeordneten Nachrang der Sozialhilfe gegenüber **anderen Sozialleistungen**. Die Kommunen wären also auch dann für die ehemaligen Bezieher von Arbeitslosenhilfe im Rahmen der Sozialhilfe zuständig gewesen, wenn jene ersatzlos gestrichen worden wäre, was sogar ohne Zustimmung des Bundesrats möglich gewesen wäre. Zum anderen stellt die bloße Erweiterung des anspruchsberechtigten Personenkreises sachlich auch für sich gesehen noch keine Neubegründung einer Aufgabe dar. Rein quantitative Vermehrungen bereits bestehender Aufgaben greifen danach nicht in den den Ländern vorbehaltenen Bereich der Schaffung neuer Behördenzuständigkeiten ein.

Ebenso wenig lässt sich hier deshalb von einer neuen Aufgabe sprechen, weil die betreffenden Leistungen durch das SGB II in eine neue Zielkonzeption, nämlich die Eingliederung in das Erwerbsleben, eingebunden werden. Dieser Einwand liegt schon deshalb offensichtlich neben der Sache, weil auch die **bisherige Sozialhilfe als Hilfe zur Selbsthilfe** konzipiert war und damit – wie aus §§ 18 ff., 40 f., 72 Abs. 2 BSHG erhellt – wesentlich **auch auf die Wiedereingliederung in das Arbeitsleben ausgerichtet**. Soweit einzelne Aufgaben durch das SGB II neu gefasst sind, handelt es sich lediglich um Modifikationen des zugrunde liegenden materiellen Rechts; sie ändern nichts daran, dass die Kommunen für die Aufgabe als Ganzes schon bisher nach Bundesrecht zuständig waren. Waren die Kommunen für die in § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II aufgeführten Aufgaben aber schon bisher im Rahmen der Sozialhilfe zuständig und bezog sich diese Zuständigkeit subsidiär auch bereits auf den gesamten nunmehr von der Grundsicherung für Arbeitssuchende umfassten Personenkreis, so hat sich – selbstverständlich – auch an der Rechtsnatur der betreffenden Aufgaben nichts geändert. Sie rechnen damit ebenso wie die Sozialhilfe insgesamt

<sup>34)</sup> *Burgi* (Fn. 31), Art. 87 GG Rdn. 63; dazu auch *Mempel* (Fn. 22), S. 104.

<sup>35)</sup> BVerfGE 97, 198 (218).

<sup>36)</sup> BVerfGE 97, 198 (224 f.).

<sup>37)</sup> BVerfGE, DVBl. 2007, 173 (179) = NVwZ 2008, 183 (187 f.) = Der Landkreis 2008, 5 (9).

<sup>38)</sup> Ebenso *Mempel* (Fn. 22), S. 104; *ders.*, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, 114 (121).

zum eigenen, unmittelbar von Art. 28 Abs. 2 GG geschützten Wirkungskreis der Kommunen und wurden in diesem Rahmen folgerichtig seit jeher auch in Selbstverwaltung wahrgenommen. Diese Zugehörigkeit der Sozialhilfe zur gemeindlichen Selbstverwaltung ist historisch gewachsen.“

Dass das SGB II entgegen diesen Ausführungen mehr ist als nur ein „loser Mantel für fortbestehende Altaufgaben der Arbeitsverwaltung einerseits und der kommunalen Selbstverwaltung andererseits“ hat nicht nur das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 20.12.2007 herausgearbeitet, sondern auch Bundesarbeitsminister Scholz im Ausschuss für Arbeit und Soziales am 20.2.2008 dankenswert klar herausgestellt (Deutscher Bundestag, Ausschuss für Arbeit und Soziales, 16/78, 1082 (1082 ff.)):

„Die erste Entscheidung ist die **bundesweite Finanzverantwortung für die Kosten der Arbeitslosigkeit**. Es ist eine Besonderheit der letzten Jahrzehnte gewesen, dass seit den 80er-Jahren und mit dem Wachstum der Langzeitarbeitslosigkeit die kommunalen Sozialhilfeeinrichtungen gefüllt wurden mit immer mehr Ausgaben für Langzeitarbeitslose. Darum war es und ist es eine der ganz richtigen Entscheidungen, die sich **mit der Arbeitsvermittlungsreform verbunden** hatte, zu sagen, es gibt eine **bundesweite Zuständigkeit in der Finanzverantwortung**. Ich glaube, dass dies zu großer Entspannung in Deutschland beigetragen hat.

Die **zweite Entscheidung** ist eine **große Dezentralisierung**. Dass wir also **nicht nur die alte Bundesanstalt für Arbeit** haben, sondern eine **dezentrale Struktur**. Ich glaube, auch das ist der zweite große Fortschritt der sich mit der Reform der Arbeitsvermittlung ergeben hatte und den wir aus meiner Sicht festhalten sollten.

Der dritte Fortschritt, der sich ergeben hatte mit der Reform der Arbeitsvermittlung, ist, dass die Langzeitarbeitslosen endlich in den Blick einer **eigenständigen für sie zuständigen Institution**

geraten sind. Denn das ist **bei der alten Struktur der Bundesanstalt für Arbeit** eben nicht der Fall gewesen. Sie hat sich als Institution sachgerecht im Wesentlichen zunächst einmal um die **Versicherungskunden** gekümmert, die gerade erst arbeitslos geworden waren und die schnell und leichter zu vermitteln waren. Die Langzeitarbeitslosen sind da immer mehr aus dem Blick geraten. Deshalb ist es ganz wichtig gewesen, dass wir jetzt eine **eigene Verantwortung** haben, wo auf die **Alg II-Bezieher, die nicht nur Langzeitarbeitslose sind**, ein neuer Blick gefunden wird und eine **Institution ihren Erfolg** darin hat, dass sie das Schicksal dieser Bürgerinnen und Bürger verbessert.

Wir müssen verhindern, dass die Langzeitarbeitslosen jetzt wieder unter die Räder eines institutionellen Interesses geraten, in der das schnelle Vermitteln der gerade arbeitslos gewordenen im Mittelpunkt steht. Und um das sicherstellen zu können haben wir gesagt, wir wollen, dass es **einen eigenen Strang SGB II mit seinen eigenen Besonderheiten gibt**, auf den wir Rücksicht nehmen. Den wollen wir **etablieren im Bereich der Bundesagentur für Arbeit** mit der Möglichkeit für die Landspolitik, zu intervenieren auf der Arbeitsgemeinschaftsebene, mit der Möglichkeit für die lokale Politik zu intervenieren und Einfluss zu nehmen. Dazu zählt auch, dass wir die **Arbeitsagenturen so aufbauen wollen**, da es ja jetzt auch die vom Gesetz vorgesehene dreiköpfige Geschäftsführung gibt mit einem, der für das SGB III zuständig ist, einem, der für allgemeine Dienste zuständig ist **und einem Geschäftsführer für SGB II**, von dem wir aber wollen, dass es immer einer der Geschäftsführer einer der Arbeitsgemeinschaften ist.

Wir wollen dann – und das ist für viele kommunale Verantwortliche sicherlich ganz interessant und eine wichtige Aussage – das **Angebot** machen, dass wir die Mitarbeiterinnen und **Mitarbeiter**, die sich mit der Frage Alg II-Auszahlung oder Arbeitsvermittlung beschäftigen, **übernehmen**. Das ist die Mehrheit der in den Arbeitsgemeinschaften tätigen, dass sie übernommen werden **von der Bundesagentur für Arbeit**.“

Deutlicher, als es Bundesarbeitsminister Scholz mit seinen Darlegungen gemacht hat, kann man nicht beweisen, dass es sich beim SGB II gegenüber der vorherigen Rechtslage qualitativ und quantitativ um eine neue Aufgabe handelt und ein neuer Einbruch in die Organisationshoheit der Länder und Kommunen nicht nur mit dem Inkrafttreten des SGB II vorgenommen worden, sondern auch nunmehr mit der Übernahme kommunalen Personals in der Größenordnung von ca. 18.000 Mitarbeitern beabsichtigt ist, um die vormaligen Aufgaben der Kommunen nach §§ 18 ff., 40 f., 72 Abs. 2 BSHG hinsichtlich der Wiedereingliederung in das Arbeitsleben nun auch hinsichtlich des damit betrauten kommunalen Personals auf die Bundesagentur für Arbeit zu ziehen. Wenn der Bundesarbeitsminister überdies von der Übernahme einer „bundesweiten Finanzverantwortung für die Kosten der Arbeitslosigkeit“ durch das SGB II gesprochen hat, liegt dem angesichts der Geltung des Art. 104a Abs. 1 GG selbstverständlich vorweg die Aufgabenübernahme zugrunde.

#### D. Ergebnis

Nach alledem sind die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für eine Übertragung der Verwaltungsaufgaben auf die Bundesagentur für Arbeit und die Agenturen für Arbeit nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i. V. m. § 36 SGB II und damit auch für eine getrennte Aufgabenwahrnehmung nicht erfüllt. ■

Prof. Dr. Hans-Günter Henneke,  
Hauptgeschäftsführer des Deutschen  
Landkreistages, Berlin

## Bundesarbeitsminister Scholz für Verlängerung der Option

Bundesarbeitsminister *Olaf Scholz* hat sich in einem Gespräch mit DLT-Präsident Landrat *Hans Jörg Duppré* und Geschäftsführendem Präsidialmitglied Prof. Dr. *Hans-Günter Henneke* am 14.3.2008 zu einer Verlängerung der kommunalen Gesamtverantwortung nach dem SGB II für die Optionskommunen ausgesprochen, nachdem er bereits am 20.2.2008 im Bundestagsausschuss für Arbeit und Soziales u. a. ausgeführt hatte:

„Man darf die Optionskommunen beibehalten, weil es ein ordentliches Verfassungsrecht war, als wir das beschlossen haben und – das will ich ausdrücklich dazu sagen – man darf sie auch verlängern. Das ist meine feste Überzeugung. Wenn wir also jetzt nach der Probezeit Anfang nächsten Jahres zum Ergebnis kommen, dass es noch mal drei Jahre weitergehen soll, steht dem aus

meiner Sicht nichts entgegen. Weil es auch eine politische Veranstaltung ist, will ich hier sagen, es wird auch von meiner Seite kein Problem geben. Ich bin für die Verlängerung derjenigen Optionskommunen, wenn sie gewünscht wird, die das gerne wollen.

Die Optionskommunen bestehen, die können sich sicher sein, dass sie nicht infrage gestellt werden. Wir haben uns fest vorgenommen, dass es bis zum Ende dieses Jahres eine Bewertung geben wird. Wir haben außerdem hier in der Koalition miteinander vereinbart – da sollte daraus nicht irgendein anderer weitergehender Schluss gezogen werden –, dass das auf alle Fälle noch einmal verlängert wird und diese Verlängerung werden wir auch realisieren. Ich habe keine rechtlichen Probleme damit zu sagen, dass etwas, das verfassungskonform beschlossen worden ist – das ist gar keine Frage, nämlich diese Optionskommunen zu etablieren – und das aufgrund der Verfassungsla-

ge nicht mehr neu beschlossen werden dürfte, auf alle Fälle verlängert werden kann. Ich habe nicht den geringsten Zweifel, dass uns das auch gelingen wird, das zu tun; der feste Wille ist jedenfalls da. Darum auch für alle – das ist manchmal als Botschaft wichtig: Die Optionskommunen werden durch das Urteil des Verfassungsgerichts nicht berührt, sie werden nicht beeinträchtigt, sie werden weitergeführt werden können. Als Politiker ergänze ich noch einmal: Wenn jemand erfolgreiche Arbeit leistet und auch von sich findet, dass es gut ist und er möchte es fortsetzen, dann wäre es völlig bescheuert, das zu beenden. Das ist etwas für Heißsporne, aber nicht für jemanden, der in diesem Jahr 50 wird und schon lange Politik gemacht hat. Ich glaube, da muss man schon respektieren, dass das Engagement, das da realisiert worden ist, dann auch seinen Niederschlag findet. Also, die bleiben erhalten, wenn sie erhalten bleiben wollen. Das kann man als sichere Botschaft mitnehmen.“