

Kommission von Bundestag und Bundesrat
zur Modernisierung
der Bund-Länder-Finanzbeziehungen
Kommissionsdrucksache
058*

**Der Bund und die Kommunen –
Aufgaben- und Finanzbeziehungen
an den Beispielen
SGB II, SGB VIII und SGB XII**

von Prof. Dr. Hans-Günter Henneke

*zugeleitet vom Präsidenten des Deutschen Landkreistages Hans-Jörg Duppré, Vertreter des DLT in der Kommission

Hans-Günter Henneke

Der Bund und die Kommunen – Aufgaben- und Finanzbeziehungen an den Beispielen SGB II, SGB VIII und SGB XII

I. Einleitung

Aufgaben und Ausgaben der Kommunen, namentlich der Kreise und kreisfreien Städte, werden ganz maßgeblich durch Sozialleistungen und die Kinder- und Jugendhilfe geprägt. Die Sachgesetzgebungskompetenz dafür liegt gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG beim Bund, der von seiner Regelungsbefugnis im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG auch umfassend Gebrauch gemacht hat. Anläufe in der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, insoweit zumindest partiell zur Übertragung der Gesetzgebungskompetenzen etwa im Bereich der steuerfinanzierten bildungsnahen öffentlichen Fürsorge auf die Länder zu kommen¹⁾, erwiesen sich als erfolglos. Allerdings ist Art. 84 Abs. 1 GG im Zuge der Föderalismusreform mit Wirkung ab 1.9.2006 grundlegend neu geregelt und die zuvor aus einem Satz bestehende Altregelung in sieben Sätze aufgefächert worden²⁾. Nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG dürfen Gemeinden und Gemeindeverbänden durch Bundesgesetz seither keine Aufgaben mehr übertragen werden.

Sowohl die Alt- wie die Neuregelung werfen zu den Aufgaben- und Finanzbeziehungen zwischen Bund und Kommunen zahlreiche Fragen auf. Vom BVerfG ist aufgrund von kommunalen Verfassungsbeschwerden zu entscheiden, ob der Bund nach der *früheren* Verfassungsrechtslage befugt war, den Kreisen und kreisfreien Städten die Aufgaben der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (ursprünglich im GSiG geregelt, inzwischen in das SGB XII überführt) sowie Teilaufgaben nach dem SGB II unmittelbar zu übertragen³⁾. Die *neue* Rechtslage hat zu schwierigen Fragen bei der sog. Weihnachtsbeihilfe für Heimbewohner⁴⁾ und beim Ausbau der Kinderbetreuung⁵⁾ sowie dazu geführt, dass der Bundespräsident den Gesetzentwurf eines Verbraucherinformationsgesetzes wegen offensichtlichen Verfassungsverstößes gegen Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG nicht ausgefertigt hat⁶⁾.

II. Aufgabenübertragungsverbot auf Kommunen nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG

1. Bisherige Verfassungsrechtslage

Die zentrale Fragestellung bei einer bundesgesetzlichen Aufgabenzuweisung an Kommunen liegt aus doppeltem Grund in der Kompetenzfrage. Für das Kommunalrecht liegt die Gesetzgebungsbefugnis nach Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern. Eine Ausnahme kommt nur in Betracht, wenn sich der Bund auf eine besondere Kompetenznorm zur Regelung der kom-

¹⁾ Deutscher Bundestag/Bundesrat (Hrsg.), Dokumentation der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung, Zur Sache 1/2005, S. 430 ff.; Henneke, in: ders. (Hrsg.), Föderalismusreform in Deutschland, S. 225 (240 ff.).

²⁾ Dazu ausf.: Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG-Kommentar, 11. Aufl. 2007, Art. 84 Rdn. 2 ff.

³⁾ Dazu ausf.: Vorholz, Der Landkreis 2007, 339; Henneke, DÖV 2005, 177; ders., Der Landkreis 2005, 3 sowie Der Landkreis 2007, 327 ff.

⁴⁾ Dazu ausf.: Henneke, ZG 2007, 21 ff.

⁵⁾ Dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2007, 177 ff.

⁶⁾ Dazu ausf.: Henneke, NdsVBl. 2007, 57 ff.; Schiedermaier, DÖV 2007, 726 ff.

munalen Selbstverwaltung berufen kann⁷⁾). Überdies obliegt die Ausführung von kompetenzgerecht erlassenen Bundesgesetzen nach Art. 83 GG grundsätzlich den Ländern, die eigenverantwortlich die für den Gesetzesvollzug zuständige Ebene und Stelle (z. B. staatliche Behörden, kommunale Gebietskörperschaften) bestimmen⁸⁾. Der bundesgesetzliche Durchgriff auf die kommunale Ebene hindert die Länder an der - von landesorganisatorischen Besonderheiten abhängigen - Gestaltung der Verwaltungsorganisation und war daher nach der bisherigen Fassung des Art. 84 Abs. 1 GG nur zulässig, soweit dies das GG ausdrücklich bestimmte oder zuließ⁹⁾.

Bei der Frage, ob der Bund Kommunen unmittelbar kraft Bundesgesetzes zu administrativen Aufgabenträgern bestimmen sowie zur - kostenwirksamen - Ausführung seiner Gesetze verpflichtet darf und unter welchen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen dies zulässig ist, geht es um die direkte und spezifische Inanspruchnahme gerade der Kommunen durch den Bund, nicht dagegen um die Einhaltung der allgemeinen Bundesrechtsordnung, an die die Kommunen selbstverständlich gebunden sind. Da die Organisationskompetenz in Art. 83 ff. GG ausdrücklich geregelt ist, verbietet sich insoweit der Rückgriff auf ungeschriebene Bundeskompetenzen¹⁰⁾ zur gesetzlichen Bestimmung der Aufgabenträgerschaft für die kommunale Ausführung von Bundesgesetzen¹¹⁾.

Das BVerfG¹²⁾ hat die notwendige Kompetenzzuweisungsnorm für den unmittelbaren bundesgesetzlichen Aufgabendurchgriff auf die Kommunen in Art. 84 Abs. 1 GG a. F. gesehen. Die Bestimmung von kommunalen Gebietskörperschaften zu zuständigen Aufgabenträgern bei der Gesetzesausführung fiel nicht ohne Weiteres unter die „Einrichtung der Behörden“. Körperschaften des öffentlichen Rechts sind keine „Behörden“. Und die „Einrichtung“ von Behörden umfasst im organisationsrechtlichen Sinne nur die personelle und sächliche Ausstattung einer rechtlich bereits bestehenden Behörde¹³⁾. Bei der bundesunmittelbaren Aufgabenzuweisung geht es jedoch um einen viel tiefer reichenden Eingriff des Bundes in die Landesorganisationsgewalt und das kommunale Selbstverwaltungsrecht, indem vom Bund eine komplette Verwaltungsebene fixiert und diese bundesrechtlich zur Gesetzesausführung für zuständig erklärt wird¹⁴⁾.

Das BVerfG¹⁵⁾ ging in seiner Rechtsprechung zur Altfassung des Art. 84 Abs. 1 GG insoweit von einem extensiven Begriffsverständnis aus, sodass die kommunale Ebene dem Zugriff des Bundesgesetzgebers nicht von vornherein entzogen war¹⁶⁾.

Wenn der Bund damit in Art. 84 Abs. 1 GG a. F. über einen Kompetenztitel verfügte, der es ihm erlauben konnte, Kommunen zu Aufgabenträgern bei der Ausführung von Bundesgesetzen zu bestimmen, ist die weitere Frage, ob der Bund gleichsam voraussetzungslos von seiner Kompetenz gemäß Art. 84 Abs. 1, 2. Halbs. Gebrauch machen durfte¹⁷⁾ oder ob der bundesgesetzliche Durchgriff auf die kommunale Ebene verfassungsrechtlich begrenzt war¹⁸⁾. Wegen der Fortgeltung des Altrechts nach Art. 125a Abs. 1 Satz 1 GG ist die Fragestellung auch weiterhin von Bedeutung.

⁷⁾ BVerfGE 56, 298 (310).

⁸⁾ BVerfGE 88, 203 (332); BVerwGE 40, 276 (282); BVerwG, DÖV 1982, 826.

⁹⁾ BVerfGE 88, 203 (332); *Schoch/Wieland*, Kommunale Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz, 2003, S. 32.

¹⁰⁾ So aber *Hermes*, in: Dreier, GG, Art. 84 Rdn. 44.

¹¹⁾ *Burgi/Maier*, DÖV 2000, 579 (584); *Trute*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 84 Rdn. 5.

¹²⁾ BVerfGE 22, 180 (209f.); 77, 288 (298 f.).

¹³⁾ *Bull*, AK-GG, Art. 84 Rdn. 7.

¹⁴⁾ *Wendt*, FS f. Stern, 1997, S. 603 (611).

¹⁵⁾ BVerfGE 77, 288 (299).

¹⁶⁾ Krit. dazu: *Mückl*, Finanzverfassungsrechtlicher Schutz der kommunalen Selbstverwaltung, 1998, S. 117f.; *Maurer*, in: *Henneke/Maurer/Schoch*, Die Kreise im Bundesstaat, 1994, S. 139 (142).

¹⁷⁾ In diesem Sinne *Remmert*, VerwArch 2003, 459ff.

¹⁸⁾ Dazu ausf. *Schoch/Wieland* (Fn. 9), S. 40 ff.

Bei einem unbegrenzt zulässigen Durchgriff des Bundes auf die kommunale Ebene würde die verfassungsrechtlich unabdingbare Komplementarität zwischen bundesstaatlicher Kompetenzordnung und finanzverfassungsrechtlicher Sicherung der kommunalen Aufgabewahrnehmung regelrecht ausgehebelt¹⁹). Im zweigliedrigen Bundesstaat (Bund-Länder) mit einem dreistufigen Verwaltungsaufbau (Bundes-, Landes-, Kommunalverwaltung) sind die Kommunen verfassungsorganisatorisch als Bestandteil der Länder anzusehen, können also grundsätzlich nicht Ansprechpartner des Bundes sein²⁰). Dies gilt – wie bei der gegenwärtigen Diskussion um eine Beteiligung des Bundes am Ausbau der Kinderbetreuung deutlich zeigt – sogar bei Begünstigungen der Kommunen durch den Bund. Direkte Finanzhilfen sind unzulässig²¹). Nichts anderes gilt in Bezug auf ausgabenwirksame Aufgabenzuweisungen des Bundes auf die Kommunen. Wenn in Ausübung der in Art. 104a GG getroffenen Regelung die unmittelbare bundesgesetzliche Aufgabenübertragung an die Kommunen weder eine Verpflichtung der Länder zur Übernahme der Ausgabenlast auslöst, noch den Bund verpflichtet oder auch nur ermächtigt, die den Kommunen kraft Bundesgesetzgebung entstehenden Ausgaben zu erstatten²²), kann die Vermeidung des vor diesem Hintergrund sichtbar werdenden strukturellen Problems nur auf der der Finanzverfassung vorgelagerten Ebene, also bei der Beurteilung der Zulässigkeit bundesgesetzlicher Aufgabenzuweisungen an die Kommunen bewältigt werden: durch restriktive Interpretation und Handhabung der bundesgesetzlichen Kompetenz (-ausübung) beim Durchgriff auf die Kommunen. Dieser Befund war auch in der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung unstrittig.

Das BVerfG hat daraus den Schluss gezogen, dass die verfassungsrechtliche Kompetenzlage für die Materie Kommunalrecht bei der Auslegung des Art. 84 Abs. 1, 2. Halbs. GG a.F. „beachtet“ werden muss²³). Dem Bund ist es grundsätzlich verwehrt, durch die Bestimmung des letztlich Leistungspflichtigen in das Verfassungs- und Finanzausgleichsgefüge der Länder einzugreifen²⁴). Nach der zutr. Rspr. des BVerfG erlaubte Art. 84 Abs. 1, 2. Alt. GG a.F. keinen unbeschränkten Durchgriff des Bundesgesetzgebers auf Kommunen. Das BVerfG hat dies mit der Wendung zur „Gewährleistung eines wirksamen Vollzugs der Bundesgesetze“²⁵) zum Ausdruck gebracht und zwei Voraussetzungen beim unmittelbaren Durchgriff auf Kommunen formuliert²⁶): Bei der Einschaltung von Kommunen in den Vollzug eines Bundesgesetzes durch den Bundesgesetzgeber muss es sich um eine punktuelle Annexregelung zu einer zur Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gehörenden materiellen Regelung handeln. Diese Annexregelung muss überdies für den wirksamen Vollzug der materiellen Bestimmungen des Gesetzes notwendig sein.

Diese Voraussetzungen haben bei den letzten - äußerst kostenträchtigen - bundesunmittelbaren Aufgabenübertragungen auf die Kommunen nach §§ 4 GSiG, 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II, 3 SGB XII und 69 i.V.m. §§ 24, 24a SGB VIII nicht vorgelegen.

Mit der Verfassungsmäßigkeit von § 6 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB II hat sich das BVerfG in einer mündlichen Verhandlung am 24.5.2007 ausführlich befasst²⁷. Kurz vor der mündlichen Verhandlung hat die Bundesregierung für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung eingeräumt, dass den Kommunen durch die neue Aufgabe unter Berücksichtigung der Bundesbeteiligung Nettomehrausgaben für 2003 in Höhe von 940 Mio. Euro, für 2004 von 1,7 Mrd. Euro und für 2005 von 2,4 Mrd. Euro bei zukünftig weiter aufwachsender Ten-

¹⁹) *Hellermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 104a Rdn. 56.

²⁰) BVerfGE 39, 96 (109); 96, 45 (56); BVerwG, DVBl. 1996, 986 (987).

²¹) BVerfGE 39, 96 (122); 41, 291 (313).

²²) Dazu ausf. *Henneke*, Der Landkreis 2004, 141ff. sowie 152ff.

²³) BVerfGE 22, 180 (210).

²⁴) BVerfGE 83, 363 (381).

²⁵) BVerfGE 22, 180 (210).

²⁶) BVerfGE 22, 180 (210); 77, 288 (299); *Schoch*, Jura 2001, 122; *Jarass/Pieroth*, GG, 8. Aufl. 2006, Art. 84 Rdn. 2.

²⁷) Dazu ausf.: *Vorholz*, Der Landkreis 2007, 339; *Henneke*, Der Landkreis 2007, 327 ff.

denz entstanden sind²⁸). In der mündlichen Verhandlung vor dem BVerfG wurde seitens des Bundes demgegenüber die Behauptung aufgestellt, es handele sich insoweit um „totes Recht“. Von kommunaler Seite wurde demgegenüber durch den Verfasser u. a. vorgetragen:

„Nach Art. 125a Abs. 1 GG gelten alle bis 31.8.2006 vorgenommenen Aufgabenzuständigkeitsbegründungen der Kommunen seitens des Bundesgesetzgebers bis ans Ende aller Tage weiter und der Bund ist – wie er bei der vor Weihnachten 2006 neu geregelten Weihnachtsbeihilfe für Heimbewohner und bei der Beantwortung von Anfragen der FDP-Fraktion zu Beginn des Jahres 2007 gleich mehrfach deutlich gemacht hat – der Auffassung, dass sich vor der Föderalismusreform normierte Zuständigkeitsbegründungen auch auf nach dem 1.9.2006 erlassenes materielles Recht erstrecken und in vielen materiellen Rechtsänderungen ohnehin keine „neue Aufgabe“ liege. Interessant ist demgegenüber, dass die Bundesregierung soeben in der Beantwortung einer Großen Anfrage den Darlegungen des Verfahrensbevollmächtigten der Bundesregierung diametral zuwiderlaufend eingeräumt hat, dass es sich bei der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung um eine zusätzliche Aufgabe der Kommunen handelt. Ganz anders beim SGB II: Geradezu symptomatisch ist es, was das besondere Schutzbedürfnis der Kreise in diesen Verfahren durch das BVerfG begründet, dass der Bund auch hinsichtlich der kommunalen Aufgaben nach dem SGB II davon ausgeht, dies seien gar keine neuen Aufgaben; sie seien vielmehr nur umetikettiert worden, so dass die kommunale Verfassungsbeschwerde gegen das SGB II sogar *unzulässig* sei.

Das glatte Gegenteil ist der Fall. Die hier zu verhandelnde kommunale Verfassungsbeschwerde ist hinsichtlich der Frage des bundesunmittelbaren Aufgabendurchgriffs in § 6 SGB II nicht nur von *grundsätzlicher*, sondern wegen der Föderalismusreform I sogar von *einzigartiger* Bedeutung. Weitere neue kommunale Aufgabenträgerbestimmungen durch den Bund wird es nicht geben. Das Verbraucherinformationsgesetz dürfte der letzte Versuch dieser Art gewesen sein. Der Bund wird künftig materielle Aufgabenausweitungen immer auf die zahlreich vorhandenen Aufgabenträgerbestimmungen stützen, wie er dies bereits bei der Weihnachtsbeihilfe für Heimbewohner getan hat und – in einer finanziellen Größenordnung von dauerhaft über 3 Mrd. Euro jährlich – bei der Kinderbetreuung vorhat.

Die *bestehenden* Aufgabenträgerbestimmungen können aber wegen Fristablaufs mit Kommunalverfassungsbeschwerden nicht mehr angegriffen werden. Gegen *neue* materielle Regelungen des Bundes im Rahmen seiner Gesetzgebungsbefugnis können Kommunen nicht vorgehen. Vorgehen müssten sie stattdessen vor den *Landesverfassungsgerichten* gegen landesgesetzgeberisch unterlassene Aufgabenzuweisungen. Das ist verfassungsprozessual aber unzulässig.

D. h.: Den Fragen: „Durfte der Bund in § 6 SGB II Kreise und kreisfreie Städte gem. Art. 84 Abs. 1 a. F. GG mit Sachaufgaben betrauen? Handelt es sich dabei wirklich nur um eine punktuelle Annexregelung, die zum wirksamen Gesetzesvollzug zwingend notwendig war?“ kommt also weit über das heute verhandelte Verfahren hinaus für die Zukunft der Kommunen zentrale Bedeutung zu. Vom Ausgang dieses Verfahrens hängt es ab, ob das Aufgabenübertragungsverbot nach Art. 84 Abs. 1 S. 7 und Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG (neu) auf einem soliden Fundament steht, oder über die Übergangsregelung des Art. 125a Abs. 1 GG in kurzer Zeit komplett im Morast versinkt.

Die unmittelbare Übertragung von Zuständigkeiten auf die Kreise und kreisfreien Städte nach § 6 SGB II hat für diese milliardenschwere Belastungen insbesondere mit den Kosten für Unterkunft und Heizung mit sich gebracht. Diese betragen 2005 12,1 Mrd. Euro und 2006 13,8 Mrd. Euro. Für 2007 wird mit 13,71 Mrd. Euro gerechnet. Demgegenüber war man 2003 zunächst nur von 7,8 Mrd. Euro ausgegangen. Um nicht missverstanden zu werden: Uns geht es nicht um die Verifizierung oder Falsifizierung einzelner Zahlen und Daten, sondern um die strukturelle Problematik: *Wenn und soweit* der Bund befugt ist, kostenträchtige Aufgaben unmittelbar auf die Kommunen zu übertragen, müssen diese die Finanzlast tragen, wie hoch auch immer sie sein mag. Ein Mehrbelastungsausgleichsanspruch besteht weder gegen den Bund noch gegen die Länder, da diese die Aufgabenübertragung auf die Kommunen ja nicht selbst vorgenommen haben, sondern nur an der Übertragung seitens des Bundes im Bundesrat mitgewirkt haben.

²⁸) BT-Drs. 16/5032, S. 15, 18 f.; dazu ausf.: Henneke, Der Landkreis 2007, 165.

Nur weil der Bund auch in § 6 SGB II auf die Kommunen unmittelbar durchgegriffen hat, kam es zu den höchst unerquicklichen, ständig wiederkehrenden Verhandlungen über die Bundesbeteiligung an den Kosten der Unterkunft nach § 46 SGB II mit nach wie vor völlig unterschiedlichen Ausgangsannahmen zwischen Bund und Kommunen. Die Kreise verfolgen deshalb das Ziel, dass diesem vom Grundgesetz nicht vorgesehenen Gebaren ein Ende bereitet wird.“

2. Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG n. F.

In der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung wurde schnell Einigkeit darüber erzielt, die Durchgriffsbefugnis des Bundes auf die Kommunen in Art. 84 Abs. 1 GG gänzlich zu unterbinden²⁹). Die kommunalen Spitzenverbände haben – da die Verankerung eines Konnexitätsprinzips unmittelbar zwischen Bund und Kommunen nicht durchzusetzen war – der Unterbindung des Bundesdurchgriffs auf die Kommunen sowohl in der vorberatenden Arbeitsgruppe 1 der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung als auch in der Sitzung der Kommission selbst ausdrücklich zugestimmt³⁰). Daran ist nachdrücklich zu erinnern³¹), weil bisweilen der Eindruck erweckt wird, als sei eine Rückänderung geboten³²). In Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG wurde daher geregelt, dass durch Bundesgesetz Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben nicht übertragen werden dürfen. Adressat für Aufgabenübertragungen durch den Bund sind die Länder³³). Eine Aufgabenübertragung auf die Kommunen kann nur noch durch Landesrecht erfolgen, für das das jeweilige Landesverfassungsrecht maßgeblich ist³⁴). Für bundesgesetzliche Aufgabenzuweisungen an die Kommunen, die nach bisheriger Verfassungsrechtslage zustande gekommen sind, enthält Art. 125a Abs. 1 GG eine Übergangsregelung: Das Bundesrecht gilt weiter, kann aber insoweit durch Landesrecht ersetzt werden³⁵).

²⁹) Dazu ausf. Henneke, Der Landkreis 2004, 355; ders., DVBl. 2006, 867ff.; unzut. daher: Maiwald, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, GG (Fn. 2), Art. 125a Rdn. 3 hinsichtlich Aufgabenerweiterungen und Regelung von Selbstverwaltungsaufgaben durch den Bund.

³⁰) In der sechsten Sitzung der Arbeitsgruppe 1: Gesetzgebungskompetenzen und Mitwirkungsrechte am 1.7.2004 heißt es im Protokollvermerk wörtlich: „Prof. Dr. Hans-Günter Henneke erklärt, dass der Deutsche Landkreistag den von der Projektgruppe 1 befürworteten ausdrücklichen Ausschluss eines Aufgabendurchgriffs des Bundes auf die Kommunen in Art. 84 Abs. 1 GG begrüße und sich diesem Vorschlag anschließe. Die kommunale Problematik sei so zufriedenstellend gelöst, zumal inzwischen auch Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz Konnexitätsregelungen in ihren Verfassungen verankert hätten, so dass nun alle Länder über eine derartige die Kommunen entlastende Regelung verfügten (S. 4)...“

Dr. Stephan Articus erklärt, dass aus Sicht der großen Städte der Gedanke einer Aufwertung der Städte durch einen eingegrenzten unmittelbaren Durchgriff des Bundes mit der Verankerung einer Konnexitätsregelung zwar erwägenswert, politisch jedoch nicht realisierbar sei. Im Ergebnis schließe der Deutsche Städtetag sich daher dem Vorschlag der Projektgruppe 1 an, den Durchgriff des Bundes auf die Kommunen vollständig auszuschließen (S. 7 f.).“

Auf der Grundlage dieser Erklärungen konnte der Verf. in der Kommissionssitzung am 8.7.2004 zu Protokoll geben: „Die kommunalen Spitzenverbände begrüßen einvernehmlich die zum unterbundenen Durchgriff gefundene Formulierung.“ (8. Sitzung der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung am 8.7.2004, S. 168 (C); alle Äußerungen sind dokumentiert in: Zur Sache 1/2005 (Fn. 1), S. 65.

³¹) So ausdrücklich: Duppré in der Klausurtagung der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 14.9.2007.

³²) Z. B. Articus/Ronnecker/Söbbeke, Kommunen in den föderalen Finanzbeziehungen – Die Reform der Finanzverfassung als Bestandteil der Modernisierung des Bundesstaates, in: Junkernheinrich/Scheller/Woisin (Hrsg.), Zwischen Reformidee und Funktionsanspruch – Konzeptionen und Positionen, 2007, S. 161 ff., sub 4 d: „Alle- dings verhindert das Verbot in seiner jetzigen Form... Kooperationen von Bund und Kommunen, bei denen eine Arbeitsteilung... zweckmäßig ist. Deshalb ist das absolute Verbot durch ein kommunales Abwehrrecht (Optionsmodell) zu ersetzen.“

³³) Art. 83 und 84 Abs. 1 Satz 1 GG.

³⁴) Zu diesen Bestimmungen ausf.: Henneke, Der Landkreis 2006, 258 ff.

³⁵) Zur Entstehungsgeschichte des Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG umfassend: Henneke, NdsVBl. 2007, 57 (58 ff.); s. a. Försterling, Der Landkreis 2007, 56 (58).

Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ist eine negative Kompetenzvorschrift. Unter einer Aufgabenübertragung ist die Zuweisung bestimmter Aufgaben zu verstehen, durch die der kommunale Aufgabenkreis verändert wird³⁶⁾. Der Bundespräsident hat in seiner Entscheidung zur Nichtausfertigung des Verbraucherinformationsgesetzes vom 8.12.2006³⁷⁾ zu Recht³⁸⁾ betont, dass in der Verpflichtung der Kommunen, Anträge nach dem Verbraucherinformationsgesetz auf Herausgabe von Informationen zu prüfen und zu bescheiden, ebenfalls eine Aufgabenübertragung i. S. v. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG zu sehen ist³⁹⁾. Auch mit dieser Verpflichtung wäre es zu einer Veränderung des kommunalen Aufgabenkreises gekommen. Nach der anerkannten Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte⁴⁰⁾ liegt eine neue Aufgabe auch dann vor, wenn Kommunen bestimmte Aufgaben schon wahrnehmen, aber Standards der Aufgabenerfüllung erhöht werden. Auch die Umwandlung einer freiwilligen in eine pflichtige Aufgabe stellte eine Aufgabenübertragung dar⁴¹⁾. Auch die Begründung jeder neuen Zuständigkeit für staatliche Aufgaben zu Lasten der Kommunen ist als Aufgabenübertragung zu verstehen⁴²⁾. Eine Übertragung von Aufgaben ist mithin alles, was die Zuständigkeiten der Kommunen als Verwaltungsträger für eine bestimmte Aufgabe inhaltlich ändert, gleichgültig, ob die betreffende Aufgabe gleichsam „von Null aus“ übertragen wird, oder ob bereits eine Teilzuständigkeit vorhanden war⁴³⁾.

Das bedeutet, dass das Verbot der bundesgesetzlichen Aufgabenübertragung auf die Kommunen ausnahmslos gilt⁴⁴⁾, dass also auch die materiell-rechtliche Erweiterung bereits bestehender Aufgaben nicht mehr an die Kommunen adressiert werden kann, auch wenn gemäß Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG die vor dem 1.9.2006 bundesgesetzlich begründeten kommunalen Zuständigkeiten weiter gelten. Ob der Bund die Kompetenz zu materiell-rechtlichen Änderungen hat, richtet sich nach Art. 73 ff. GG. So durfte der Bund nach dem SGB XII auch nach dem 1.9.2006 materiell-rechtlich Heimbewohnern einen Anspruch auf eine einmalige Weihnachtsbeihilfe einräumen⁴⁵⁾. Auch ist er befugt, den weiteren Ausbau der Kinderbetreuung im SGB VIII zu normieren⁴⁶⁾. Er darf seither aber nicht mehr Gemeinden und Gemeindeverbände zu Aufgabenträgern und damit zu Leistungsverpflichteten bestimmen. Diesbezüglich gibt es seither eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder mit der Folge, dass im Falle der Kompetenzausübung zu Lasten der Kommunen tatbestandlich das landes-

³⁶⁾ BVerfGE 77, 288 (299).

³⁷⁾ BT-Drs. 16/3866.

³⁸⁾ Unzutr.: *Groß* in: Berliner Kommentar zum GG, Art. 84 Rdn. 17 mit Fn. 15; zu Unrecht kritisiert daher *Hans Meyer* immer wieder den Bundespräsidenten (zunächst in: *Süddeutsche Zeitung* Nr. 294 v. 21.12.2006, 2; so dann in: Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen, Kommissionsdrucksache 14, S. 34 ff., wo er allerdings zynisch einräumt: „Neben den angestellten Lobbyisten der kommunalen Spitzenverbände, für die das zu vertreten zu ihren Amtspflichten gehört, wird dies mittlerweile als Auslegung des Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG auch von kommunalnahen Wissenschaftlern vertreten“ (S. 36). Auch in der öffentlichen Anhörung „Finanzthemen“ der Kommission von Bundestag und Bundesrat zur Modernisierung der Bund-Länder-Finanzbeziehungen am 22.6.2007 konnte sich *Meyer* nicht verkneifen, den Bundespräsidenten zu kritisieren (Kommissionsprotokoll 4, 99 [A/B]: „Art. 84 Abs. 1 S. 7 und Art. 85 Abs. 1 S. 2 sind ebenfalls eine unglückliche Regelung. Dort haben die Kommunen eine finanzausgleichsrechtliche Regelung in die Kompetenzregeln hineingeschmuggelt und kein Mensch hat gedacht, dass das irgendwie nicht passen wird... An dieser Stelle kommt es auch zur Verwirrung oberster Köpfe dieser Republik bzw. ihrer Berater.“

³⁹⁾ Zustimmung *Henneke*, NdsVBl. 2007, 57 ff., *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (265 ff.); *Försterling*, Der Landkreis 2007, 56 (57 f.); *ders.* ZG 2007, 36 (40 ff.); *Schiedermair*, DÖV 2007, 726 (730 f.).

⁴⁰⁾ Z. B. VfG Bbg, LKV 2002, 323 f.

⁴¹⁾ SächsVerfGH, SächsVBl. 2001, 61 (63); LVerfG LSA, DVBl. 2004, 434 (435); ebenso *Schoch*, in: *Henneke/Meyer* (Hrsg.), *Kommunale Selbstverwaltung zwischen Bewahrung, Bewährung und Entwicklung*, 2006, S. 11 (54).

⁴²⁾ LVerfG LSA, LKV 2005, 218 f.

⁴³⁾ *Burgi*, DVBl. 2007, 70 (77); *Henneke*, NdsVBl. 2007, 57 (66); unzutr. daher *Maiwald* (Fn. 29), Art. 125a Rdn. 3.

⁴⁴⁾ *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (263).

⁴⁵⁾ Dazu *Henneke*, ZG 2007, 21 (30).

⁴⁶⁾ Dazu ausf.: *Henneke*, Der Landkreis 2007, 177 (178).

verfassungsrechtliche Konnexitätsprinzip in aller Regel eingreift⁴⁷). Dass die Länder ihrerseits finanziellen Belastungen aus einem Bundesgesetz nicht schutzlos ausgeliefert sind, ergibt sich aus dem sogleich zu behandelnden neuen Zustimmungstatbestand des Bundesrates bei Bundesgesetzen mit Kostenfolgen gem. Art. 104a Abs. 4 GG⁴⁸).

Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG kommt bei materiell-rechtlichen Änderungen seitens des Bundes nicht zur Anwendung⁴⁹). Statuiert der Bund nach dem 1.9.2006 in einem bereits zuvor erlassenen Gesetz neue Aufgaben, trifft dazu Art. 125a Abs. 1 S. 1 GG keine Regelung, da die fortgeltenden Zuständigkeitsbestimmungen nicht zukunfts offen und dynamisch auf das jeweilige materielle Recht verweisen⁵⁰).

Bundesgesetzliche finanzielle Anspruchsausweitungen bestehender Aufgaben nach dem 1.9.2006 sind entsprechend zu behandeln. Wäre diese Anspruchsausweitung durch den Landesgesetzgeber erfolgt, läge eine klassische Konstellation für einen kommunalen Mehrbelastungsausgleichsanspruch nach den landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregeln vor, da diese eine Dauerverpflichtung mit Anpassungspflicht darstellen⁵¹). Ein Schutzbedürfnis der Kommunen liegt auch in dieser Konstellation unzweifelhaft vor. Da durch die Unterbindung des Bundesdurchgriffs der gleiche Effekt wie bei der Einführung des Konnexitätsprinzips erreicht werden sollte⁵²) sind auch diese Konstellationen von der negativen Kompetenzvorschrift zu erfassen⁵³).

Maßgeblich für die Interpretation dessen, was unter einer Aufgabenübertragung nach Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG zu fassen ist, ist also, dass es in Art. 84 Abs. 1 GG nicht nur um den Schutz der Organisationshoheit der Länder ging (bisher Zustimmungspflicht des Bundesrates) und geht (jetzt Abweichungsrecht bei Behördeneinrichtungen), sondern auch um den Schutz der verfassungsrechtlich in Art. 28 Abs. 2 GG garantierten kommunalen Selbstverwaltung insbesondere vor den finanziellen Folgen von Aufgabenübertragungen⁵⁴). Die Rechtsprechung des BVerfG⁵⁵) zur Behördeneinrichtung nach Art. 84 Abs. 1 GG a. F. kann dem nicht entgegengehalten werden. Das BVerfG hatte zu Art. 84 Abs. 1 GG a. F. zutreffend entschieden, dass für die Frage nach der Zustimmungsbedürftigkeit von Bundesgesetzen die Festlegung des Aufgabenkreises einer Behörde qualitativ zu sehen sei und rein quantitative Vermehrungen bereits bestehender Aufgaben nicht erneut in den den Ländern vorbehaltenen Bereich eingreifen würden, da der Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder schon in der ursprünglichen Aufgabenzuweisung liege und Veränderungen im Kreis der Anspruchsberechtigten nicht zu einem erneuten Einbruch in die Verwaltungszuständigkeit der Länder führten. Allein mit Blick auf den Schutz der Organisationshoheit der Länder und die kompensatorische Zustimmungsbedürftigkeit des Gesetzes durch den Bundesrat nach Art. 84 Abs. 1 GG a. F. ist die Abgrenzungsformel kreiert worden und insoweit auch richtig gewesen. Auf das neu normierte Aufgabenübertragungsverbot in Art. 84 Abs. 1 Satz 7 GG kann diese Argumentation jedoch nicht übertragen werden⁵⁶). Die materiell-rechtliche Regelungsbefugnis des Bundes wird damit in keiner Weise eingeschränkt, die Gefahr einer Versteinigung des Rechts droht also nicht. Auch die Umwandlung von bisher im Ermessen stehenden Leistungen in subjektiv öffentliche Rechte, auf die Dritte einen Anspruch haben, stellt ebenfalls eine Veränderung des konkreten kommunalen Aufgabenkreises dar. Verpflichtungsad-

⁴⁷) *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (262).

⁴⁸) Dazu *Henneke* (Fn. 2), Art. 104a Rdn. 35ff.

⁴⁹) Dazu auch *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (264 f.)

⁵⁰) Näher *Henneke*, NdsVBl. 2007, 57 (67); unzut. daher *Maiwald* (Fn. 29), Art. 125a Rdn. 3.

⁵¹) VfG Bbg, DÖV 1998, 336 (337); LKV 2002, 323 f.; StGH BW, DVBl. 1998, 1276 (1279 f.).

⁵²) So ausdrücklich *Röttgen/Boehl*, in: *Holtschneider/Schön* (Hrsg.), *Die Reform des Bundesstaates*, 2007, S. 17 (44).

⁵³) *Henneke*, NdsVBl. 2007, 57 (65); *Schoch*, DVBl. 2007, 261 (263 f.); *Försterling*, *Der Landkreis* 2007, 56 (58).

⁵⁴) *Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *GG*, 2. Aufl. 2006, Art. 28 Rdn. 122; *Henneke*, ZG 2007, 21 (24).

⁵⁵) BVerfGE 75, 108 (150 ff.).

⁵⁶) Dazu näher *Henneke*, ZG 2007, 21 (28 ff.).

ressaten zur Erfüllung bundesrechtlich statuerter neuer oder modifizierter Ansprüche sind seit dem 1.9.2006 verfassungsunmittelbar nach Art. 83 und 84 Abs. 1 S. 1 GG die Länder, die ihrerseits die bundesrechtlich ausgeformten Aufgaben hinsichtlich der Wahrnehmung auf die Kommunen übertragen können bzw. sogar müssen, wenn es sich dabei um Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft handelt⁵⁷).

III. Geldleistungsgesetze

1. Fakultative Beteiligung des Bundes

Die bisherige verfassungsrechtliche Regelung über vom Bund erlassene Geldleistungsgesetze in Art. 104a Abs. 3 GG ist im Zuge der Föderalismusreform I nicht grundlegend geändert worden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass Art. 104a Abs. 3 S. 3 GG gestrichen und in Art. 104a Abs. 4 GG ein neuer Zustimmungstatbestand für Bundesgesetze mit Kostenfolgen geschaffen worden ist.

Gem. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG können Bundesgesetze, die Geldleistungen gewähren und von den Ländern bzw. ihren Kommunen ausgeführt werden, bestimmen, dass die Geldleistungen ganz oder zum Teil vom Bund getragen werden. Damit kann der Bundesgesetzgeber bestimmen, ob der Bund die Zweckausgaben ganz oder zum Teil trägt oder sie nach dem Grundsatz des Abs. 1 vollständig den Ländern zur Last fallen.

Die Art. 104a Abs. 1 GG zugrunde liegende Erwägung, dass die Zweckausgaben erst auf der Ebene des Aufgabenvollzugs entstehen und von der zuständigen Verwaltung maßgeblich beeinflusst werden können, versagt, wenn die Gesetze der Verwaltung keine wesentlichen Entscheidungsspielräume mehr belassen, sondern das Verwaltungshandeln bis in alle Einzelheiten selbst vorschreiben. Das ist bei Geldleistungsgesetzen der Fall. In den Gesetzen sind Empfänger, Voraussetzungen sowie Art und Höhe der zu gewährenden Leistungen bereits geregelt. Bei Geldleistungsgesetzen nimmt also der Bund durch seine Gesetzgebung die Verwaltungen der Länder und Kommunen zu eher mechanischen Dienstleistungen im Rahmen bestimmter von ihm gewünschter Finanzierungen ohne maßgeblichen Gestaltungsspielraum über das Ausmaß der Aufgaben in Anspruch. Der Vollzug des Gesetzes läuft nach vorgegebenen Regeln gleichsam programmiert, so dass für ein eigenverantwortliches Verwaltungsermessen der ausführenden Landes- bzw. Kommunalbehörde praktisch kein Raum mehr bleibt. Wenn die Ausführung von Gesetzen auf den wortgetreuen Vollzug der angeordneten Maßnahme beschränkt bleibt, sind die typischen Merkmale der Wahrnehmung einer landeseigenen Aufgabe durch die gesetzliche Regelung damit weitgehend ausgeschaltet. Von Verwaltungsverantwortung i. S. von Art. 104a Abs. 1 GG kann ohne behördlichen Ermessens wegen der gesetzlichen Durchnormierung nicht gesprochen werden. Hier kommt allein dem Bund (und zwar dem Bundesgesetzgeber) die Zweckverantwortung zu. Eine Kostentragung der Länder und ihrer Kommunen für diese von ihnen nicht verantworteten Zweckausgaben ist im Grundsatz nicht gerechtfertigt. Hinzu kommt, dass die Zweckausgaben solcher Geldleistungsgesetze ein hohes Finanzvolumen aufweisen. Es besteht daher ein besonderes Schutzbedürfnis der Länder und ihrer Kommunen gegenüber Kostenbelastungen durch Geldleistungsgesetze des Bundes.

Geldleistungen i. S. v. Art. 104a Abs. 3 GG sind gegenleistungsunabhängige, einmalige oder laufende geldliche Zuwendungen an private oder öffentliche Empfangsberechtigte. Insbesondere fallen darunter Prämien, Unterstützungen und Förderleistungen, auch wenn sie als Darlehen gewährt werden. Das Gesetz selbst muss, damit es eine Geldleistung gewährt, diese anordnen. Ein Rechtsanspruch auf die Geldleistung muss nicht bestehen; ausreichend ist eine gesetzlich vorgesehene Ermessensleistung. Die Verwaltung darf indes nicht nach freiem Ermessen entscheiden können.

⁵⁷) Henneke, ZG 2007, 21 (32).

Gesetze, die – wie dies bei der Kinderbetreuung der Fall ist – lediglich auf geldwerte Sachleistungen oder vergleichbare Dienstleistungen zielen, werden - anders als nach Art. 104a Abs. 4 GG (neu)⁵⁸⁾ - vom Tatbestand des Art. 104a Abs. 3 GG nicht erfasst. Die Trennung zwischen Geldleistung und geldwerter Sachleistung mag schon auf der Grundlage des seit 1969 geltenden Verfassungsrechts rechtspolitisch fragwürdig gewesen sein, ist aber nach wie vor geltendes Recht. Im Zuge der Arbeiten der Kommission zur Modernisierung der bundesstaatlichen Ordnung ist auf den offenkundigen Wertungswiderspruch zwischen Art. 104a Abs. 3 sowie Art. 104a Abs. 4 GG hingewiesen worden⁵⁹⁾. Schön⁶⁰⁾ hat als Verhandlungsführer der Länder bei der Föderalismusreform I herausgearbeitet, dass es sich insoweit nicht um ein Redaktionsversehen handelt. Sachleistungs- und Geldleistungsgesetze seien ganz bewusst ungleich behandelt worden. Die bereits für Geldleistungsgesetze bestehende Finanzierungskompetenz des Bundes wollten die Länder nicht auf Sachleistungsgesetze ausgeweitet wissen. Dabei habe es sich um eine Systementscheidung gegen vermehrte Bundesmitfinanzierung und gegen tendenziell größeren Bundeseinfluss in den Verwaltungsvollzug der Länder gehandelt.

Der Tatbestand des Art. 104a Abs. 3 GG verlangt nicht, dass es sich um ein reines Geldleistungsgesetz handelt. Die Gewährung von Geldleistungen braucht demnach nicht der alleinige Inhalt des betreffenden Gesetzes zu sein. Art. 104a Abs. 3 GG ist auch anwendbar, wenn das Gesetz neben Geldleistungen andere Leistungen vorsieht. Allerdings erfasst die Verfassungsnorm dann nur die gesetzlichen Geldleistungsvorschriften. Auch das SGB II und das SGB XII mit ihren Bestimmungen über die Hilfe zum Lebensunterhalt, die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung und die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts werden daher vom Tatbestand des Art. 104a Abs. 3 GG erfasst. Nach § 46 Abs. 5 SGB II beteiligt sich etwa der Bund zweckgebunden an der Geldleistung für Unterkunft und Heizung nach § 22 Abs. 1 SGB II, wobei in den Berechnungsmodus die übrigen, von den kommunalen Trägern erbrachten Leistungen, die sich nicht als Geldleistungen darstellen, mit einbezogen werden⁶¹⁾.

Inkonsequent ist die in Art. 104a Abs. 3 GG getroffene Regelung insoweit, als sie dem Bund durch die Möglichkeit der Finanzierungsaufspaltung nicht zwingend die volle Ausgabenverantwortung für die Zweckausgaben zuweist, sondern es dem Bundesgesetzgeber überlässt, wie er die Zweckausgabenaufteilung zwischen Bund und Ländern verteilt. Bei den einzelnen Geldleistungsgesetzen sind die Finanzierungsanteile zwischen Bund und Ländern durch den Bundesgesetzgeber unterschiedlich bemessen worden, ohne dass ein System zu erkennen ist. Art. 104a Abs. 3 GG gibt den als schutzbedürftig angesehenen Ländern also keinen Anspruch auf die (Mit-)Finanzierung durch den Bund. Allerdings ist die Position der Länder durch die neu eingeführte Zustimmungspflicht des Bundesrates nach Art. 104a Abs. 4 GG durch die Föderalismusreform seit dem 1.9.2006 deutlich gestärkt worden.

2. Umschlagen in Bundesauftragsverwaltung

Bestimmt das Gesetz, dass der Bund die Hälfte der Ausgaben oder mehr trägt, wird es gem. Art. 104a Abs. 3 Satz 2 GG im Auftrage des Bundes durchgeführt. Die ursprünglich daran anknüpfende Regelung über die Zustimmungsbedürftigkeit des Bundesrates ist im Zuge der Föderalismusreform gestrichen worden. Damit die Rechtsfolge des Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG ausgelöst wird, muss im Bundesgesetz eine ausdrückliche Kostenregelung getroffen sein. Verzichtet das Bundesgesetz auf eine derartige Regelung, gilt auch für Geldleistungsgesetze das allgemeine Lastenverteilungsprinzip des Art. 104a Abs. 1 GG, so dass die Länder die gesamten Zweckausgaben in voller Höhe tragen müssen und die Lasten aus ihrem Anteil an

⁵⁸⁾ Dazu ausf.: Henneke (Fn. 2), Art. 104a Rdn. 26.

⁵⁹⁾ Henneke, in: ders. (Fn. 1), S. 225 (262ff.).

⁶⁰⁾ Schön, in: Holtschneider/Schön (Fn. 52), S. 73 (85 f.).

⁶¹⁾ Dazu ausf. Henneke, ZSE 2004, 548 ff. sowie ders., ZSE 2006, 57 ff.

den Gesamteinnahmen des Bundesstaates zu decken haben, was u. U. allerdings einen Revisionsanspruch hinsichtlich des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses nach Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG auszulösen vermag.

3. Quotale Beteiligung oder Festbetragsregelung?

Verschiedentlich wird behauptet, dass der Bundesgesetzgeber bei einer Beteiligung an einem Geldleistungsgesetz nach Art. 104a Abs. 3 GG die Aufteilung in Höhe einer bestimmten, prozentual festgelegten Quote zwischen Bund und Ländern vornehmen müsse, die Festlegung eines bestimmten absoluten, vom Bund zu tragenden Geldbetrages aber nicht erlaubt sei⁶²). Richtig ist, dass für die Anwendbarkeit der Regelungen über die Bundesauftragsverwaltung in Art. 104a Abs. 3 S. 2 vorab feststehen muss, ob die 50 %ige Bundesbeteiligungsquote erreicht oder überschritten wird. Nach Art. 104a Abs. 3 GG muss bei einer Bundesbeteiligung ausgeschlossen sein, dass bei Abhängigkeit des Bundesanteils von den Gesamtausgaben erst nachträglich, nach Ablauf des Haushaltsjahres, abschließend und sicher zu beurteilen ist, ob die Voraussetzungen der Auftragsverwaltung gegeben waren⁶³).

Aus diesem Grunde gab es gegen die reversible Quotenbildung in § 46 SGB II a.F. angesichts der hohen Prognoserisiken sogar verfassungsrechtliche Bedenken, weil bei Verabschiedung der Quotenregelung im Juli 2004 die Annahmen eines dafür gebildeten Arbeitskreises noch von einer Ausweitung der Kosten für Unterkunft und Heizung ausgingen, die die im Gesetzgebungsverfahren zunächst auf 29,1% fixierte Quote im Revisionsverfahren und damit nachträglich auf einen Wert von über 50% hätte anwachsen lassen. Diese quantitativen Annahmen haben sich im Nachhinein allerdings nicht im befürchteten Ausmaß bestätigt.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen eine Festbetragsregelung anstelle einer Quotenregelung schlagen nicht per se durch⁶⁴). So ist in § 34 WoGG aus Anlass der Begründung der kommunalen Aufgabenträgerschaft nach dem Grundsicherungsgesetz im Alter und bei Erwerbsminderung ergänzend zur bisherigen, zur Bundesauftragsverwaltung führenden, je hälftigen Kostentragung des Bundes und der Länder normiert worden, das von der den Ländern verbleibenden Hälfte der Bund ab dem 1.3.2003 jährlich einen Festbetrag in Höhe von 409 Mio. Euro übernimmt. Hier ging es um einen Mehrbelastungsausgleich, der mit einer betragsmäßigen und nicht quotalen Regelung im Rahmen des Art. 104a Abs. 3 GG aufgefangen wurde, ohne dass dagegen verfassungsrechtliche Bedenken erhoben wurden. In der Regelung nach § 34 WoGG wurde die Bundesbeteiligung betragsmäßig, aber unter Revisionsvorbehalt festgeschrieben, weil es einen festzuschreibenden kommunalen Entlastungsbetrag nicht gab. Im Rahmen der Reform des § 46 SGB II wurde demgegenüber die revisionsfreie betragsmäßige Festschreibung des kommunalen Eigenanteils und darauf aufsetzend ein vom Bund zu tragender Mehrbelastungsausgleich vorgeschlagen⁶⁵), da aufgrund der SGB II-Anwendungserfahrungen von zwei Jahren das Risiko von Fehleinschätzungen sich deutlich verengt hatte und die Gefahr, von einem Haushaltsjahr zum anderen die verfassungsrechtlich relevante 50%-Marke der Bundesbeteiligung zu überschreiten, real nicht bestand. Leider hat sich dafür im letzten Moment eine Mehrheit nicht finden lassen.

4. Ausgaben des Bundes für Geldleistungsgesetz

Im Jahre 2005 hat sich der Bund mit 5,91 Mrd. Euro an Geldleistungsgesetzen beteiligt, was insbesondere den Kommunen zugute kommt, und zwar im Einzelnen wie folgt:

⁶²) *Maunz*, in: *Maunz/Dürig*, GG, Art. 104a Rdn. 39; a.A. *Siekmann*, in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. 2004, Art. 104a Rdn. 32.

⁶³) *Maunz* (Fn. 62), Art. 104a Rdn. 40; *Hellermann* (Fn. 19), Art. 104a Rdn. 88.

⁶⁴) So auch *Berlit*, Nebenfinanzausgleiche im Sozialbereich – Das Beispiel der Unterkunftskostenerstattung nach § 46 SGB II, in: *Junkernheinrich/Scheller/Woisin* (Fn. 32), S. 327 ff., sub 3.1.

⁶⁵) Dazu ausf.: *Henneke*, *Der Landkreis*, 2006, 128ff.

- Beteiligung des Bundes an den Leistungen der kommunalen Träger für Unterkunft und Heizung für Arbeitsuchende (SGB II): 3.532,8 Mio. Euro,
- Wohngeld: 1.084,5 Mrd. Euro,
- BAföG: 976,1 Mio. Euro,
- Unterhaltsvorschuss: 268,3 Mio. Euro,
- Entschädigung für Opfer von Gewalttaten: 31,8 Mio. Euro,
- Bereinigung von SED-Unrecht: 14,9 Mio. Euro,
- Entschädigung von Hepatitis-C-Opfern der ehem. DDR: 1,8 Mio. Euro,

IV. Zustimmungserfordernis des Bundesrates nach Art. 104a Abs. 4 GG

Im Zuge der Föderalismusreform, die zum 1.9.2006 in Kraft getreten ist, wurde in Art. 104a Abs. 4 GG ein neues Zustimmungserfordernis des Bundesrates normiert. Eine Folgeänderung war die damit verbundene Streichung des bisherigen Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG. Nach der Neuregelung in Art. 104a Abs. 4 GG bedürfen Bundesgesetze, die Pflichten der Länder zur Erfüllung von Geldleistungen, geldwerten Sachleistungen oder vergleichbaren Dienstleistungen gegenüber Dritten begründen, der Zustimmung des Bundesrates, wenn daraus entstehende Ausgaben von den Ländern zu tragen sind. Anknüpfungspunkt der Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen sind die Interessen der Länder maßgeblich berührenden Kostenfolgen von Bundesgesetzen für die Länderhaushalte.

Bei der Bestimmung der die Zustimmungspflichtigkeit auslösenden Belastung knüpft Abs. 4 zunächst mit dem Tatbestandsmerkmal der „Geldleistung“ an den Regelungsgegenstand des bisherigen Art. 104a Abs. 3 Satz 3 GG an. Geldleistungen sind dadurch gekennzeichnet, dass den Ländern im Verwaltungsvollzug kein Ermessensspielraum hinsichtlich der Höhe der zu verausgabenden Mittel zukommt. Insoweit reicht es aus, dass das Gesetz die zu gewährende Geldleistung hinreichend vorbestimmt, d.h. die Auszahlung vorschreibt und den Ländern ein Leistungsprogramm mit klaren Merkmalen vorgibt, sodass die Verwaltung nicht nach freiem Ermessen entscheiden kann.

Bei gesetzlicher Verpflichtung zur Gewährung von geldwerten Sachleistungen haben die Länder zwar einen gewissen, letztlich aber doch nur beschränkten Einfluss auf den Umfang der anfallenden Zweckausgaben. Um die Länder vor kostenbelastenden Bundesgesetzen zu schützen, wird auch hierdurch seit 1.9.2006 eine Zustimmungspflichtigkeit ausgelöst. Der Begriff der „geldwerten Sachleistungen“ erfasst mit Blick auf diesen Schutzzweck der Norm auch hiermit vergleichbare Dienstleistungen. Die Vergleichbarkeit einer Dienstleistung mit Geld- und geldwerten Sachleistungen i.S.d. neuen Zustimmungstatbestandes ist dann gegeben, wenn sie unter vergleichbar engen Voraussetzungen wie dies bei Geld- und Sachleistungen der Fall ist, einem Dritten Vorteile gewährt oder sonstige Maßnahmen gegenüber Dritten veranlasst, die zu einer erheblichen Kostenbelastung der Länder führen.

Der verfassungsändernde Gesetzgeber hat sich bei Geldleistungsgesetzen also nicht für einen Übergang zum Grundsatz der Gesetzeskausalität entschließen können. Vielmehr setzt die Änderung bei der Regelung der Zustimmungspflichtigkeit von Bundesgesetzen an⁶⁶).

Soweit den Ländern durch den Bundesgesetzgeber keine wesentlichen Spielräume zur landeseigenen Bestimmung des Ausmaßes von Leistungspflichten eingeräumt werden, fällt z.B. die Verpflichtung der Länder zur Schaffung und Unterhaltung von Aufnahmeeinrichtungen für die Unterbringung von Asylbegehrenden grundsätzlich unter den Begriff der Sachleistung. Gleiches gilt z.B. grundsätzlich für die Verpflichtung der Länder zur Erbringung von Schuldnerberatungen oder zur Bereitstellung von Tagesbetreuungsplätzen.

⁶⁶) „Politische Lösung statt Konnexität“, dazu Schön (Fn. 60), S. 73 (83 f.); kritisch insoweit Hellermann, in: Starck (Hrsg.), Föderalismusreform, 2007, Rdn. 322.

Im Bereich der Sozialversicherung wird von Sachleistungen gesprochen, wenn es sich um Leistungen handelt, die dem Empfänger in Form von Diensten gewährt werden (z.B. bei Maßnahmen der Heilbehandlung). Im Bereich des Sozialgesetzbuches werden Geld-, Sach- und Dienstleistungen unter dem Begriff der Sozialleistungen zusammengefasst. Nach der vorstehenden Interpretation sind diese Dienstleistungen den Sachleistungen vergleichbare Leistungen. Mit diesem weiten Verständnis sind auch die Regelungen zur Schaffung von Tagesbetreuungsplätzen für Kinder im Kinder- und Jugendhilferecht umfasst. Die Bereitstellung von Tagesbetreuungsplätzen beinhaltet ein Bündel von staatlichen Sach- und vergleichbaren Dienstleistungen, wie Räumlichkeiten und deren Ausstattung sowie die Betreuungs- bzw. Erziehungsleistung.

Nicht dagegen fallen unter den Begriff der Sachleistungen reine Genehmigungen, Erlaubnisse oder sonstige Verwaltungsakte, die keine darüber hinausgehende Leistungen bestimmen, sondern nur die Vereinbarkeit mit materiellen Vorschriften feststellen.

Leistungen, die nicht durch Länderhaushalte, sondern vollständig aus Beitragsmitteln, Zuschüssen aus dem EU-Haushalt oder dem Bundeshaushalt finanziert werden, sind nicht von dem neuen Zustimmungstatbestand erfasst. Dieses wird im Verfassungstext durch den letzten Halbsatz von Art. 104a Abs. 4 GG zum Ausdruck gebracht.

Die Zustimmungsnorm gilt bei Bundesgesetzen, die von den Ländern als eigene Angelegenheit gem. Art. 84 Abs. 1 ausgeführt werden. Die Fälle der Bundesauftragsverwaltung sind nicht erfasst, da gem. Art. 104a Abs. 2 der Bund die sich daraus ergebenden (Zweck-)Ausgaben trägt. Etwas anderes gilt nur für die Fälle der Auftragsverwaltung aufgrund von Art. 104a Abs. 3 Satz 2, die infolge einer mindestens hälftigen Kostenbeteiligung des Bundes bei Geldleistungsgesetzen angeordnet ist. Solche Geldleistungsgesetze sollen aufgrund verbleibender Kostenfolgen für die Länder ebenfalls zustimmungsbedürftig sein. Geldleistungsgesetze bleiben zustimmungsfrei, wenn der Bund die Ausgaben gem. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG vollständig übernimmt. Dies ist eine bereichsbegrenzte freiwillige Gesetzeskausalität. Zustimmungspflicht gilt ebenfalls nicht, soweit das Gesetz die Länder nicht als staatliches Organ, sondern wie einem privaten Dritten betrifft, etwa als Betreiber einer Einrichtung oder Anlage⁶⁷⁾.

Wie unter III.1 bereits dargestellt, führt die in Art. 104a Abs. 4 GG neu geschaffene und tatbestandlich gegenüber Art. 104a Abs. 3 Satz 1 GG erweiterte Zustimmungspflicht zu einer Inkonsistenz zwischen beiden Regelungen, die seitens der Länder beabsichtigt war⁶⁸⁾. Sie ist verfassungsrechtlich vorgegeben und damit hinzunehmen. Verfassungspolitisch überzeugend erscheint die Lösung kaum. Damit ist allerdings dem Bund die Möglichkeit genommen, bei von Art. 104a Abs. 4 GG erfassten Sach- oder Dienstleistungsgesetzen – wie etwa zur Ausweitung der Kinderbetreuung – die Zustimmungspflichtigkeit dadurch abzuwenden, dass er die daraus entstehenden Lasten vollständig übernimmt. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG lässt dies nur bei Geldleistungsgesetzen zu⁶⁹⁾.

V. Finanzierung der Kinderbetreuung

Die (Mit-)Finanzierungsbefugnis des Bundes beim Ausbau der Kinderbetreuung stellen sich seit der Föderalismusreform wie folgt dar:

Aufgabeninakzessorische verfassungsunmittelbare Beziehungen zwischen Bund und Kommunen bestehen bei der Zuordnung von – seitens der Kommunen frei verwendbaren – Steuereinnahmen. Insoweit wäre insbesondere an eine Erhöhung des kommunalen Einkom-

⁶⁷⁾ Dazu auch *Hellermann* (Fn. 66), Rdn. 330.

⁶⁸⁾ *Schön* (Fn. 60), S. 73 (85f.).

⁶⁹⁾ Ebenso *Hellermann* (Fn. 66), Rdn. 326.

mensteueranteils von derzeit 15 v. H. oder des kommunalen Umsatzsteueranteils i. H. v. derzeit 2,2 v. H. zu denken. Für die Finanzierung von vor dem Inkrafttreten der Föderalismusreform I seitens des Bundes den Kommunen direkt übertragenen Aufgaben ist daran durchaus im Rahmen der Zielsetzungen der Föderalismusreform II zu denken⁷⁰⁾, für neue Aufgaben kommt dieser Weg aus zwei Gründen aber nicht in Betracht. Zum einen können die Länder nunmehr – im Rahmen der verfassungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Garantie kommunaler Selbstverwaltung – frei bestimmen, wer Träger einer sachgesetzlich durch den Bund geregelten Aufgabe wird. Gerade im Bereich der Kinderbetreuung spricht je nach dem Maß der Kleinteiligkeit der kommunalen Struktur in den einzelnen Ländern manches dafür, dass es landesrechtlich unterschiedliche Regelungen geben wird (hier: weiter die Kreise und kreisfreien Städte, dort durchweg die gemeindliche Ebene, des Weiteren gemeindliche Trägerschaft auf Antrag, im Übrigen Kreisträgerschaft sowie Trägerschaft der Kreise und kreisfreien Städte bei Heranziehbarkeit der kreisangehörigen Gemeinden). Von daher erscheint eine – verfassungsrechtlich ohne Weiteres mögliche – Bundes-(mit-)finanzierung über einen erhöhten gemeindlichen Einkommensteuer- bzw. Umsatzsteueranteil nicht sachangemessen. Hinzu kommt, dass die horizontale Verteilung der gemeindlichen Steuereinnahmen nach Wohnsitzaufkommen bei der Einkommensteuer bzw. nach orts- und wirtschaftsbezogenem Schlüssel bei der Umsatzsteuer hinsichtlich der Streuung der zusätzlichen Ausgabenlasten zwischen den einzelnen Kommunen nicht sachangemessen erscheint. Dieser Weg ist insoweit also nicht weiterzuverfolgen.

1. Investitionshilfen des Bundes

Beschränkt auf die Investitionsausgaben kann der Bund, da ihm das Grundgesetz nach der Rechtsprechung des BVerfG auf dem Feld der Kinderbetreuung nach Art. 72 Abs. 2 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG die Sachgesetzgebungsbefugnis verleiht⁷¹⁾, den Ländern befristete und im Zeitablauf mit fallenden Jahresbeträgen gestaltete Finanzhilfen für kommunalen Investitionen in Kinderbetreuungseinrichtungen gewähren, da diese gleich in doppelter Hinsicht der Förderung des wirtschaftlichen Wachstums dienen⁷²⁾. Die kommunalen Investitionen als solche leisten bereits einen Beitrag zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums. Im Zentrum steht aber, dass die damit geschaffenen vermehrten Betreuungseinrichtungen als eine Voraussetzung dafür angesehen werden können, die Erwerbsarbeitsmöglichkeiten der Mütter und Väter so betreuter Kinder zu fördern. Eine Vollfinanzierung der Investitionen verbietet allerdings die verfassungsrechtliche Regelung, die auf Finanz-„Hilfen“⁷³⁾ beschränkt ist. In der Vergangenheit hat der Bund – je nach gesetzlicher Ausgestaltung – bis zu 90 % der Investitionskosten übernommen⁷⁴⁾. Für die Mitfinanzierung des laufenden Betriebs von Kinderbetreuungseinrichtungen bietet Art. 104b GG allerdings keine Handhabe. Gegen eine (zu) hohe Bundesmitfinanzierung von Investitionsaufgaben spricht i. Ü., dass damit allein diejenigen Träger begünstigt werden, die bisher noch keinen bedarfsgerechten Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen vorgenommen haben. In dem Maß einer Finanzierungsbeteiligung des Bundes vermindert sich die nach den landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen auszugleichende „finanzielle Belastungsdifferenz“.

2. Neufestsetzung des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses

Andere Wege einer aufgabenakzessorischen Bundes-(mit-)finanzierung sieht das Grundgesetz aus Gründen der Sicherung der Eigenstaatlichkeit von Bund und Ländern und der Sicherung der kommunalen Selbstverwaltung (Vermeidung des „goldenen Zügels“) bewusst nicht vor. Da die Finanzverfassung als abschließende Regelung zwischen Bund und Ländern zu verstehen ist, die auf Formenklarheit und Formenbindung angelegt ist und dem politi-

⁷⁰⁾ Duppré, Der Landkreis 2007, 59 (62).

⁷¹⁾ BVerfGE 97, 332 (342).

⁷²⁾ Dazu ausf.: Henneke (Fn. 2), Art. 104b Rdn. 8, 11, 19 f.

⁷³⁾ Dazu ausf.: Henneke (Fn. 2), Art. 104b Rdn. 7.

⁷⁴⁾ Dazu ausf.: Henneke, Öffentliches Finanzwesen, Finanzverfassung, 2. Aufl. 2000, Rdn. 249 ff.

schen Prozess einen festen Rahmen vorgibt⁷⁵), sind Kompetenzverschiebungen zwischen Bund und Ländern auch mit Zustimmung der Beteiligten nicht zulässig; d. h., dass auch staatsvertragliche Regelungen *contra constitutionem* verfassungsrechtlich nicht in Betracht kommen.

Neben der Möglichkeit der Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen bleibt zur Berücksichtigung der erhöhten Betriebskosten, die u. U. noch mit gesetzlich statuierten und nach und nach ausweitbaren Beitragsbefreiungen verknüpft werden sollen, nur *ein* verfassungsrechtlich beschreitbarer Weg: Die Revision des Umsatzsteuerbeteiligungsverhältnisses zwischen Bund und Ländern nach Art. 106 Abs. 4 S. 1 GG, wenn sich das Verhältnis zwischen den Einnahmen und Ausgaben des Bundes und der Länder (dadurch) wesentlich anders entwickelt.

Als Alternative ermöglicht Art. 106 Abs. 4 S. 2 GG Finanzzuweisungen des Bundes für durch Bundesgesetz auferlegte zusätzliche Aufgaben der Länder, also einen sog. Mehrbelastungsausgleich⁷⁶), wenn diese auf einen kurzen Zeitraum begrenzt ist. Diesen Weg hätte man m. E. bei der Bundesbeteiligung an den Leistungen für Unterkunft und Heizung nach § 46 SGB II ins Auge fassen sollen und müssen, da es sich dabei gerade nach Einschätzung des Bundes um ein vorübergehendes Phänomen gehandelt hat und weiter handelt.

Beim Ausbau der Kinderbetreuung ist dagegen mit dauerhaft erhöhten Betriebsausgaben zu rechnen, die sich u. U. durch seitens des Gesetzgebers zunehmend ausgeweitete Beitragsfreiheit noch erhöhen. Daher bleibt allein der Weg einer Neufestsetzung des Beteiligungsverhältnisses zwischen Bund und Ländern an der Umsatzsteuer bzw. eines den Ländern zweckgebunden zufließenden Vorwegabzugs vom Umsatzsteueraufkommen, der in § 1 FAG zu regeln wäre⁷⁷). Da das Umsatzsteueraufkommen auf die einzelnen Länder zu Dreiviertel nach der Einwohnerzahl und im Übrigen auf der Grundlage von Art. 107 Abs. 1 S. 4, 2. Hs. GG zu einem Viertel nach der einwohnerbezogenen Steuerschwäche bei den Einnahmen der Länder aus den Landessteuern und dem Länderanteil an der Einkommen- und Körperschaftsteuer verteilt wird⁷⁸), werden alle Länder in den Stand versetzt, ihren durch die ausgeweiteten bundesgesetzlichen Ansprüche ausgelösten Verpflichtungen aus den landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen gegenüber ihren jeweiligen Kommunen besser nachzukommen, ohne dass die neuen Länder, die an der Umsatzsteuerverteilung wegen ihrer Steuerschwäche im Übrigen in besonderem Maße partizipieren, leer ausgehen, weil sie wegen eines saturierten Kinderbetreuungsangebots auf der kommunalen Ebene zusätzlichen Belastungen aufgrund der landesverfassungsrechtlichen Konnexitätsregelungen nicht oder nur sehr eingeschränkt ausgesetzt sind.

VI. Resümee

Man sieht also gerade am Beispiel des bundesgesetzlich zu regelnden Ausbaus der Kinderbetreuung, dass die Kommunen durch die Föderalismusreform I deutlich an Schutz vor finanziellen Belastungen gewonnen haben. Daher entbehren gerade aus kommunaler Sicht Erwägungen jeglicher Grundlage, die Uhren wieder zurückzustellen und im Zuge der Beratungen der Föderalismusreform II dafür zu sorgen, dass der Bund den Kommunen für besondere Aufgaben unmittelbar Finanzmittel zur Verfügung stellen kann. Wer damit argumentiert, dass nur so sichergestellt werden könne, dass Bundesmittel für eine bestimmte Aufgabe bei den Kommunen auch ankommen, betreibt das Geschäft der Fachpolitiker des Bundes und legt den Kommunen erneut einen – wie jeder weiß im Zeitverlauf gar nicht so – goldenen Zügel an.

⁷⁵) BVerfGE 67, 256 (288 f.); 72, 330 (390), dazu näher: *Henneke* (Fn. 74), Rdn. 59 ff.

⁷⁶) Dazu ausf.: *Henneke* (Fn. 74), Rdn. 727, 770, 791 ff., 857 f., 862, 880 ff.

⁷⁷) Beschreitet man diesen Weg, ist an spezifische Verteilungskriterien, etwa die Zahl der Kinder zwischen 3 – 6 Jahren, zu denken.

⁷⁸) *Henneke* (Fn. 74), Rdn. 741 ff.

